

arrest

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector handel

Zaaknummers : 200.028.826/01 en 200.029.041/01

Rolnummer Rechtbank : 325380/ KG ZA 08-1545

arrest van de negende civiele kamer d.d. 21 juli 2009

inzake de ambtshalve gevoegde zaken van:

zaaknummer 200.028.826/01

de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid Tros,
gevestigd te Hilversum,
appellant,
hierna te noemen: Tros,
advocaten mrs. H.A.J.M. van Kaam en R. Klöters te Amsterdam

tegen

Pretium Telecom B.V.,
gevestigd te Haarlem,
geïntimeerde,
hierna te noemen: Pretium,
advocaten mrs. D.P. Kuipers en O.G. Trojan te 's-Gravenhage,

en

zaaknummer 200.029.041/01

Pretium Telecom B.V.,
gevestigd te Haarlem,
appellante,
hierna te noemen: Pretium,
advocaten mrs. D.P. Kuipers en O.G. Trojan te 's-Gravenhage,

tegen

de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid Tros,
gevestigd te Hilversum,
geïntimeerde,
hierna te noemen: Tros,
advocaten mrs. H.A.J.M. van Kaam en R. Klöters te Amsterdam

Zaaknummers: 200.028.826/01 en 200.029.041/01

2

1. Het geding

In de zaak met rolnummer 200.028.826/01

Bij exploit van 13 maart 2009 met producties met daarin 6 grieven is Tros in hoger beroep gekomen van het tussen partijen op 13 februari 2009 in kort geding gewezen vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank 's-Gravenhage. De zaak is ambtshalve gevoegd met de zaak met zaaknummer 200.029.041/01. Pretium heeft de grieven bestreden bij memorie van antwoord met producties. Partijen hebben hun zaak doen bepleiten ter zitting van 27 mei 2009 door hun advocaten aan de hand van pleitnota's en daarbij tevens producties overgelegd. Pretium heeft haar eis bij akte verminderd. Aansluitend is door partijen arrest gevraagd.

In de zaak met rolnummer 200.029.041/01

Bij exploit van 18 februari 2009 is Pretium in hoger beroep gekomen van het tussen partijen op 13 februari 2009 in kort geding gewezen vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank 's-Gravenhage. Bij memorie van grieven met producties heeft Pretium 18 grieven aangevoerd tegen het bestreden vonnis. De zaak is ambtshalve gevoegd met de zaak met zaaknummer 200.028.826/01. Partijen hebben hun zaak doen bepleiten ter zitting van 27 mei 2009 door hun advocaten aan de hand van pleitnota's en daarbij tevens producties overgelegd. Pretium heeft haar eis bij akte verminderd. Aansluitend is door partijen arrest gevraagd.

2. Beoordeling van het hoger beroep in beide zaken

Inleiding

1. De beide zaken zullen gevoegd en onderwerpsgewijs worden behandeld. De door de voorzieningenrechter onder 1.1 tot en met 1.15 vastgestelde feiten zijn door geen van partijen in hoger beroep betwist, zodat daarvan zal worden uitgegaan.

2. Naar de kern genomen gaat het in dit geschil om het volgende. Pretium exploiteert een telecommunicatiebedrijf dat sinds 1996 actief is als aanbieder van vaste telecommunicatiediensten in Nederland. J.M.K. Nyks (hierna: Nyks) is directeur van Pretium. Pretium werft haar klanten via telemarketing. Deze telefonische werving wordt namens haar uitgevoerd door een aantal callcenters, waaronder CPM Nederland (hierna: CPM). Overeenkomstig de door de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en marktpartijen opgestelde gedragsregels wordt daarbij gebruik gemaakt van zogeheten 'voicelogs'. De voicelog is het laatste gedeelte van het telemarketinggesprek, waarin de eerder in dat gesprek gesloten overeenkomst tussen aanbieder en consument wordt bevestigd en opgenomen.

Naar aanleiding van berichten in de media over het misleiden van ouderen bij haar telefonische klantenwerving heeft Pretium met een advertentie in enkele landelijke dagbladen op 6 en 20 september 2008 een 'coulanceregeling' bekendgemaakt. Met deze regeling biedt Pretium consumenten van 72 jaar en ouder de mogelijkheid tot 3 maanden na het aangaan van hun overeenkomst met Pretium zonder opgaaf van redenen het jaarabonnement te beëindigen.

Tros Radar is een televisieprogramma dat consumenten op een kritische wijze beoogt te informeren over tal van producten en actualiteiten (vaststaand feit 1.4 van het bestreden vonnis).

Op 22 september en 29 september 2008 hebben door Pretium tegen Tros aangespannen korte

Zaaknummers: 200.028.826/01 en 200.029.041/01

3

gedingen gediend voor de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam in verband met een voorgenomen uitzending van Tros Radar over de wijze waarop telemarketing door, althans ten behoeve van Pretium plaatsvindt.

In de uitzending van 22 september 2008 heeft de presentatrice van Tros Radar, Antoinette Hertsberg (hierna: Hertsberg) meegedeeld dat het aangekondigde item over telemarketing een week werd uitgesteld. Een aantal personen uit het publiek is hierbij in beeld gebracht en heeft op een vraag van Hertsberg bevestigd wel eens te maken te hebben gehad met (agressieve) telefonische verkoop door Pretium. Deze personen hebben voorts bevestigd tijdens de uitzending een week later weer aanwezig te zullen zijn.

Op 29 september 2008 is het programma Tros Radar uitgezonden. Hierin zijn beelden vertoond die met een verborgen camera zijn opgenomen van een cursus bij een callcenter van CPM. Na vertoning van de beelden heeft Nyks in de studio en in de uitzending gereageerd. Aan het slot van de uitzending werd verwezen naar een voorbeeldbrief op de website van Tros Radar waarmee consumenten hun overeenkomst met Pretium kunnen ontbinden.

Op 18 oktober 2008 heeft Pretium in vier landelijke dagbladen een paginagrote advertentie geplaatst met als kop "De andere kant van het TROS Radar verhaal over Pretium Telecom". Naar aanleiding van deze advertenties is in de uitzending van Tros Radar van 20 oktober 2008 opnieuw aandacht besteed aan Pretium. Op 20 oktober 2008 heeft Hertsberg een column op de website van Tros Radar gepubliceerd.

3. In hoger beroep vordert Pretium, kort gezegd:
- de blijvende verwijdering van het programma Tros Radar van 22 september, 29 september en 20 oktober 2008 van uitzendinggemist.nl en de websites van Tros Radar,
 - het voorlezen en in beeld tonen van een rectificatietekst in het programma Tros Radar,
 - het plaatsen van deze rectificatie op nader aangegeven websites,
 - het zich onthouden van commentaar op deze rectificaties,
 - te verbieden dat Tros in enige uitzending stelt dan wel insinueert dat Pretium zich schuldig maakt aan onfatsoenlijke telemarketing dan wel derden daartoe een platform biedt,
 - alles op straffe van dwangsommen en met veroordeling van Tros in de proceskosten.

De uitzending van 29 september 2008

4. Het hof stelt voorop dat het onderwerp 'cold calling' (het ongevraagd bellen van consumenten door bedrijven, instellingen en goede doelen) een al langer in de samenleving levende bron van in ieder geval ergenis en irritatie is. Hieraan is voor 29 september 2008 reeds aandacht besteed in een aantal televisieprogramma's, waarin ook de naam van Pretium genoemd werd (Kassa d.d. 8 april 2007, Max en Loretta d.d. 3 augustus 2008 en De Leugen Roegert d.d. 12 september 2008). Verder zijn op 15 april 2008, dus ongeveer een half jaar voor de uitzending van 29 september 2008, over de telefonische verkoopmethodes van Pretium en een ander bedrijf schriftelijke kamervragen gesteld door leden van de PvdA Tweede Kamer-fractie (productie 17 akte 27 mei 2009 Tros).

5. Telefonische werving dient te voldoen aan de eisen gesteld door de artikelen 7:46a BW en volgende en de gedragsregels genoemd in vaststaand feit 1.2 van het bestreden vonnis. Tussen partijen is niet in geschil dat de consument die ongevraagd telefonisch benaderd wordt overeenkomstig art. 7:46h lid 1 BW aan het begin van het gesprek duidelijk omtrent de identiteit van het bedrijf dat belt en het commerciële oogmerk van het gesprek dient te

Zaaknummers: 200.028.826/01 en 200.029.041/01

4

worden geïnformeerd. Voorts dient hij overeenkomstig de voorschriften van art. 46c lid 1 BW tijdig vóór de totstandkoming van de transactie duidelijk en ondubbelzinnig te worden geïnformeerd over de inhoud van het aanbod. Alleen het laatste gedeelte van het telefoongesprek tussen aanbieder en consument wordt opgenomen, de zogeheten voicelog. Hierin wordt de eerder tussen aanbieder en consument gesloten overeenkomst bevestigd.

6. Gezien het feit dat alleen het laatste gedeelte van het telefoongesprek wordt opgenomen, vraagt Radar zich af wat in het eerste gedeelte van het telefonische wervingsgesprek plaatsvindt (zie tekst Hertsenberg blz 7 transcriptie uitzending 29 september 2008) en hoe het werkt op een callcentrum (promo voor Ster-blok, blz 1 idem). Het lijkt niet mogelijk daar op andere wijze achter te komen dan door zelf onderzoek te verrichten. Aan de ene kant ontkent Pretium immers dat zich problemen voordoen maar er wordt aan de andere kant door consumenten wel voortdurend geklaagd over Pretium. De ontstane maatschappelijke onrust heeft geleid tot Kamervragen en herhaalde media-aandacht voor dit verschijnsel zonder dat men er precies de vinger achter kan krijgen wat daarvan de oorzaak is. Onderzoeksjournalistiek in de vorm van participerende observatie (een medewerker van Radar die opgeleid wordt tot callcentermedewerker om telefoongesprekken voor Pretium te voeren) en met gebruikmaking van een verborgen camera is een in dit geval geëigende onderzoeksmethode ter verkrijging van inzicht/gegevens ter beantwoording van die vraag. Juist tijdens zo'n opleiding vindt immers de overdracht van kennis, methoden en technieken alsmede van gedragsregels plaats aan de personen die de telefonische werving gaan verzorgen. Gegeven de aanhoudende ruis rondom Pretium, het feit dat de voicelog alleen het laatste deel van het gesprek betreft, zodat onduidelijk is wat eerder in de gesprekken gebeurt, en de doelstelling van het programma Tros Radar (zie hiervoor) is het hof voorshands van oordeel dat de gekozen onderzoeksmethode (participerende observatie en vastlegging door middel van een verborgen camera) in de omstandigheden van dit geval niet onrechtmatig is jegens Pretium (memorie van grieven Pretium 5.73 e.v.). Het hof verwierpt de stelling van Pretium (memorie van grieven Pretium 5.83 e.v.) dat Tros Radar gehouden was Pretium met open vizier tegemoet te treden, aangezien Pretium het probleem ontkent en een open gesprek dus niet verheldert wat er gebeurt.

7. De met de verborgen camera gemaakte opnames betreffen beelden van de cursus, opmerkingen gemaakt tijdens pauzes in de cursus en telemarketinggesprekken gevoerd in het kader van de cursus of onmiddellijk daarna. Met het maken van opnames heeft Tros onderzoek gedaan, zodat hiermee de klacht van Pretium is weerlegd dat Tros geen eigen onderzoek heeft gedaan dan wel tekortgeschoten is in de op Tros rustende onderzoeksplicht (memorie van grieven Pretium 5.69 e.v.). Dat de beelden zijn gemaakt met een verborgen camera heeft kennelijk tot gevolg gehad dat zij van onderen in plaats van op schouderhoogte gemaakt zijn. Deze omstandigheid, ook in combinatie met het onherkenbaar maken van gezichten in verband met de privacy van betrokkenen, levert in dit geval naar het voorlopig oordeel van het hof geen onrechtmatige stigmatisering op gezien de aan de gekozen onderzoeksmethode inherente beperkingen ten aanzien van de wijze van het maken van opnames (memorie van grieven Pretium nummer 4.33).

8. Het hof heeft de uitzending van 29 september 2008 herhaaldelijk bekeken en onderschrijft het oordeel van de voorzieningenrechter dat de beelden een cursus tonen waarin een snelle, agressieve belmethode wordt gepropageerd en waarin forse beloningen in het vooruitzicht worden gesteld bij een succesvolle toepassing van deze methode. Het hof is het ook eens met het oordeel van de voorzieningenrechter dat de uitlatingen en handclwijze van de

Zaaknummers: 200.028.826/01 en 200.029.041/01

5

cursusleider en de assistent-cursusleider tijdens de cursus, de zogeheten pauzegesprekken en de door hem gevoerde telemarketinggesprekken grenzen overschrijden. Pretium betwist niet dat zij verantwoordelijk is wanneer de in haar opdracht werkende callcenters structureel onbehoorlijk werken. Dat dit het geval is zal in het hiernavolgende uitgewerkt worden.

9. Het hof verworpt de grief van Pretium (5.11 e.v., alsmede 5.26 e.v.) dat onderscheid gemaakt dient te worden tussen beelden van de cursus zelf en zogeheten pauzepraat. De betreffende opmerkingen zijn gemaakt tijdens de cursus en - op informele wijze - gedurende pauzes tijdens die cursus door bedoelde cursusleider. Verteld wordt hoe het beste te werk kan worden gegaan. Al deze opmerkingen dragen aldus het gezag van een naar eigen zeggen ervaren en succesvolle telemarketeer voor Pretium, die als zodanig een voorbeeldfunctie vervult voor nieuwe callcentrummedewerkers. Dat de betreffende medewerker eerder door Pretium ongeschikt was bevonden voor het trainen van cursisten leidt niet tot een ander oordeel. Kennelijk hield Pretium onvoldoende toezicht op de personen die optreden als cursusleiding en de daadwerkelijke inhoud van hun training, aangezien deze persoon anders de bedoelde uitlatingen niet had kunnen doen in het kader van deze cursus. Het hof gaat voorbij aan de stelling van Pretium dat het de cursisten precies duidelijk wordt tijdens de cursus wat van hen verwacht wordt, nu deze stelling niet geconcretiseerd en met feiten onderbouwd wordt.

10. Uit de beelden van de uitzending en de transcriptie komt het beeld naar voren dat de cursus aanzet tot een snelle, agressieve belmethode. De andersluidende stelling van Pretium wordt verworpen. De opmerkingen van cursusleider 1 en cursusleider 2 als weergegeven op blz 4 tot en met 7 van de transcriptie leggen er immers telkens de nadruk op dat het gaat om doorwerken, verkoop, snelheid en bonussen op basis van netto-verkoop. Juist de snelheid waarmee gewerkt moet worden, komt herhaaldelijk aan de orde:

- niet chillen achter de helpdesk,
- als je precies alles gaat uitleggen zoals het daar staat, kom je echt niet ver,
- je moet de klant gewoon niet laten praten. (...) Dat betekent gewoon geen gezcur (...),
- na 2 weken weet je wel een beetje je eigen script te maken. Een normaal script van 5 minuten kun je afkorten naar een script van 1 ½ minuut.

Ten aanzien van door de cursusleiding genoemde bonussen (geld, plasmascherm, Playstation 3, Nintendo Wii en kleding) wordt in de context van de cursus de indruk gewekt dat deze afkomstig zijn van Pretium.

De voice-over bij het beeldmateriaal is opiniërend van toon. De inhoud van deze tekst wordt naar het voorlopig oordeel van het hof in voldoende mate gedragen door het getoonde beeldmateriaal en de door de cursusleiding gemaakte opmerkingen. Het hof heeft hierbij mede acht geslagen op het karakter van het programma Tros Radar, zie hiervoor onder 2, waarover hierna meer. Waar de opnames gemaakt zijn tijdens een tweedaagse Pretium opleiding ligt de gevolgtrekking dat de gemaakte opmerkingen zien op de ten behoeve van Pretium te volgen werkwijze voor de hand. Dat het betreffende callcentrum ook voor andere bedrijven zou werken doet daar niet aan af.

11. De door cursusleider 1 gevoerde telemarketinggesprekken (blz 7 en 8 transcriptie) zijn in diverse opzichten onbetamelijk en ook in strijd met hetgeen is weergegeven aan toepasselijke regelgeving en gedragsregels in rechtsoverweging 5.

Mw Nizet wordt verteld dat de OPTA heeft bepaald dat zowel de abonnementskosten als de gesprekskosten namens Pretium verlaagd worden. Dhr. Van Zundert krijgt te horen dat door de nieuwe regels van de OPTA zijn telefoonrekening vanaf de volgende maand verlaagd

Zaaknummers: 200.028.826/01 en 200.029.041/01

6

wordt. Aan dhr. Van der Wal wordt meegedeeld dat, als hij op het netwerk wil blijven bellen zoals hij al jaren gewend is, Pretium genoodzaakt is vanaf de volgende maand zijn administratie te doen. De getoonde beelden leveren voldoende materiaal voor de opmerking van Radar dat de feiten slim naar de hand van de callcentrum-medewerker worden gezet. In al deze gevallen informeert de cursusleider de consument niet op duidelijke en begrijpelijke wijze over de identiteit van Pretium en het aanbod (een abonnement via een andere provider dan KPN) dat gedaan wordt. Integendeel, de consument wordt onjuiste informatie verschaft. Gezien de korte tijdsspanne waarin de opnames gemaakt zijn en het gegeven dat deze gesprekken tijdens dan wel kort na de training gevoerd zijn (zodat hetgeen geleerd is nog vers zou moeten zijn), dringt zich de conclusie op dat dit meer dan een enkel incident is.

Daarnaast is er het "geld teveel" incident, waar de cursusleider een mondige consument vrijpostig/brutaal bejegent. Ook drukt de cursusleider een gesprek met een mevrouw weg, om (onhoorbaar voor haar) opmerkingen terzijde te maken, waarna de cursusleider tegen die mevrouw zegt dat hij even wachtte omdat hij dacht dat zij iets wilde vragen. Het hof verwerpt de stelling van Pretium (onder meer memorie van grieven Pretium 5.22 laatste zin) dat de handelwijze van deze medewerker slechts wat betreft het "geld teveel" gesprek onbetamelijk is.

12. Pretium stelt dat er geen enkele reden is om te veronderstellen dat andere callcentermedewerkers op een vergelijkbare wijze getraind zijn. Pretium betwist onvoldoende toezicht te hebben gehouden op de opleidingen.

Dit betoog wordt verworpen.

Pretium was er mee bekend dat er veel geklaagd werd over de wijze waarop telefonisch werd geworven, namelijk zodanig dat er Kamervragen over gesteld waren en de Consumentenautoriteit een onderzoek instelde. Er was dus alle aanleiding voor Pretium om nauwlettend en tot in detail toezicht te houden op en leiding te geven aan de wijze waarop nieuwe medewerkers werden opgeleid en de wijze waarop gesprekken gevoerd werden. In de cursus wordt een snelle, agressieve belmethode gepropageerd, zie hiervoor. De aanhoudende en grote aantallen klachten over de wijze van telefonische werving door Pretium maken de stelling van Tros dat het hier gaat om een structureel probleem en niet om een op zichzelf staand incident voorshands voldoende aannemelijk. Getoetst aan de in kort geding te stellen eisen vormt dit een voldoende onderbouwing voor de door Pretium bestreden overweging van de voorzieningenrechter.

Het hof wijst er daarnaast op dat de aan het begin van deze rechtsoverweging weergegeven stelling van Pretium ondergraven wordt doordat de Consumentenautoriteit blijkens het besluit van 4 december 2008 tal van overtredingen van de toepasselijke regelgeving heeft vastgesteld in de gesprekken gevoerd door medewerkers van 2 callcenters in de periode 19 maart 2007 - 8 juli 2007 (prod 2 memorie van grieven Tros, blz 20, nummer 73). De problemen zijn dus niet beperkt tot alleen het callcenter waar opnames zijn gemaakt. Blijkens het persbericht van 12 mei 2009 van de Consumentenautoriteit (memorie van grieven Tros, productie 9) houdt Pretium zich nog steeds niet aan de regels. Dat Pretium van de betreffende besluiten in beroep is gegaan leidt voorshands niet tot een ander oordeel over de mate waarin Pretium toezicht hield op de opleidingen.

Daarnaast geldt nog dat het antwoord op de vraag of Pretium onvoldoende toezicht hield op de opleidingen niet van belang is, aangezien het eindresultaat, de kwaliteit van de telefonische werving, in ieder geval niet aan de daaraan te stellen eisen voldeed. Zoals onder 8 overwogen, is Pretium verantwoordelijk wanneer de in haar opdracht werkende callcenters structureel onbehoorlijk werken.

Zaaknummers: 200.028.826/01 en 200.029.041/01

7

13. Pretium stelt nog dat de gestelde overvloed aan klachten als sneeuw voor de zon verdwijnt wanneer de klachten aan een onderzoek worden onderworpen. Die klachten kunnen derhalve niet worden gebruikt ter onderbouwing van een misstand, aldus Pretium. Pretium miskent aldus dat het enkele feit dat een zeer groot aantal consumenten de moeite neemt om een klacht in te dienen niet alleen een signaal vormt dat er een structureel probleem aan het ontstaan is, maar ook dat dit wijd verspreid is. In dit opzicht vormen de aantallen ingediende klachten een voldoende onderbouwing van het oordeel dat ook andere callcentermedewerkers op een vergelijkbare wijze zijn getraind als getoond in de uitzending van 29 september 2008. Dit wordt niet anders wanneer de aantallen ingediende klachten afgezet worden tegen de aantallen gevoerde telemarketinggesprekken. Gemeenschappelijk aan de klachten is dat mensen een naar gevoel hebben overgehouden aan het in opdracht van Pretium gevoerde telemarketinggesprek. Dit hangt samen met de onduidelijkheid over het bedrijf waarmee zij te maken hebben gehad en de verstrekte informatie. Zij willen niet op deze wijze bejegend worden. Het is niet nodig inzage te hebben in alle klachten en de NAW-gegevens van de klagers om hiertegen verweer te kunnen voeren. Deze klagers hebben er bovendien voor gekozen Tros Radar te benaderen en niet Pretium. Zonder instemming van deze personen staat het Tros Radar dan niet vrij zonder meer hun NAW-gegevens en klachten aan Pretium door te geven. Het antwoord op de vraag of en in hoeverre deze klachten gegrond zijn, behoeft gelet op het voorgaande geen verdere bespreking bij gebrek aan belang. Op de inhoud van de klachten wordt immers niet verder concreet ingegaan. Daarnaast geldt dat het Tros Radar vrijstaat te vermelden dat er vele klachten door consumenten geuit worden over Pretium, aangezien voldoende onderbouwd is dat er vele uitingen van onvrede bij diverse organisaties gedaan zijn. Voor het overige verwijst het hof nog naar rechtsoverweging 17.

14. De cold calling methode is voor consumenten per definitie tot op zekere hoogte overrompend. Een speciaal opgeleide en op het gesprek voorbereide medewerker van een callcenter belt immers ongevraagd een willekeurig persoon op om hem/haar een product of dienst aan te bieden. Juist deze vorm van telemarketing vergt extra zorgvuldigheid. Dit wordt ook onderkend door de regelgeving vermeld in rechtsoverweging 5. In dit geval zijn echter met behulp van een verborgen camera opnames gemaakt van een cursus voor callcentermedewerkers waarin een snelle, agressieve belmethode wordt gepropageerd en waarin forse beloningen in het vooruitzicht worden gesteld bij een succesvolle toepassing van deze methode (rechtsoverweging 8 en volgende). Het gaat om doorwerken, verkoop, snelheid en bonussen op basis van netto-verkoop. Herhaaldelijk wordt gewezen op de snelheid waarmee gewerkt moet worden (rechtsoverweging 10 en volgende): niet alles precies uitleggen zoals in het script staat, de klant niet laten praten, een normaal script van 5 minuten inkorten tot 1 ½ minuut. Uit de gevoerde telemarketinggesprekken blijkt dat onjuiste en misleidende informatie gegeven wordt, in het bijzonder doordat geen duidelijke informatie gegeven wordt over de identiteit van het bedrijf dat belt en het aanbod dat gedaan wordt (rechtsoverweging 11). Voorshands is voldoende duidelijk dat sprake is van een structureel probleem. Tegen deze achtergrond bezien is de exacte duur van de voicelog niet interessant.

15. De wezenlijke uitspraken en gesprekken kunnen niet anders dan zo uitgesproken/gezegd zijn. Er is geen grond aan te nemen dat de strekking van de uitspraken gewijzigd is als gevolg van de montage van het beeldmateriaal. Hetgeen Pretium aanvoert inzake mw. Nizet leidt niet tot een ander oordeel. De overgang van de vraag naar het bankrekeningnummer naar de opmerking "U heeft geen interesse, tot ziens", gemaakt in een ander gesprek, is weliswaar abrupt, maar niet heel important. Deze passage wekte bij het hof niet de indruk

Zaaknummers: 200.028.826/01 en 200.029.041/01

8

dat Mw Nizet zich geschoffeerd voelde door de vraag naar haar rekeningnummer. In het geheel van de uitzending heeft deze overgang nauwelijks reliëf. De vraag van de Radar-medewerker aan andere personen in het callcenter of zij ook alleen maar ouders aan de lijn hebben en de terugkerende opmerking over leeftijd jegens consumenten ("U bent de jongste die ik vandaag aan de lijn heb gekregen") zijn kwetsieus, aangezien tussen partijen vaststaat dat telemarketeers vooraf niet weten hoe oud hun gesprekspartners zullen zijn en de telefoonnummers met behulp van een automatisch kiesprogramma worden gebeld (memorie van grieven Pretium nummer 4.48). Wel is duidelijk uit het geheel van de uitzending dat Tros deze opmerking/vraag niet heeft gebruikt om haar opvatting over de handelwijze van Pretium te onderbouwen. Dit brengt mee dat deze opmerking niet toe- of afdoet aan het oordeel over de rechtmatigheid van de uitzending. Ook de omstandigheid dat alleen de telemarketeers aan het woord zijn, is onvoldoende om het oordeel te kunnen dragen dat de strekking van hun uitspraken gewijzigd is. Het hof wijst in dat kader op hetgeen in rechtsoverweging 11 is overwogen.

Montage van het voorhanden beeldmateriaal in onvermijdelijk bij een programma met een beperkte duur (een half uur) en met ruimte voor inbreng van direct betrokkenen (een consument, Nyks en Mw Mei Li Vos) en met een naar een conclusie toewerkende structuur. Uiteraard worden de meest saillante beelden/uitspraken/gesprekken getoond, maar niet aannemelijk is geworden dat de inhoud van de beelden een andere lading heeft gekregen als gevolg van de montage.

Ook de zogeheten scrollende inbox met e-mail berichten inzake Pretium die telkens herhaald wordt, waardoor de indruk ontstaat van een veel groter aantal klachten dan in werkelijkheid het geval is geweest, en de tickertape met citaten uit e-mails leveren geen manipulatie op. Naar het voorlopig oordeel van het hof is de onderliggende boodschap van deze beelden en citaten niet meer dan dat bij Tros Radar klachten zijn binnengekomen van een zodanige aard dat deze niet verzonnen zijn. Daar komt bij dat de scrollende inbox en de citaten aan het begin van het programma vertoond zijn en de concrete verwijten aan Pretium nadien aan de orde gekomen zijn.

Mitsdien is onrechtmatige manipulatie van het beeldmateriaal niet aannemelijk geworden.

16. De toelichting van Radar, de voice-over bij de getoonde beelden, is weliswaar commentariërend en opiniërend, maar niet nodeloos grievend of diffamerend. Aan het gebruik van het woord 'telefoonterreur' kan een zekere mate van overdrijving niet ontzegd worden, maar gezien het oogmerk misstanden publiekelijk aan de kaak te stellen, is dit niet voorshands onrechtmatig te achten jegens Pretium. In het licht van de journalistieke formule van het programma, zie hiervoor onder 2, en hetgeen is vastgesteld omtrent het gebruik door Pretium van een snelle, agressieve en naar zijn aard tot op zekere hoogte overrompelende methode om consumenten te benaderen is er ruimte voor een dergelijk commentaar. De omstandigheid dat niet ingegaan wordt op de uitkomst van de vele procedures maakt het commentaar van Hertsensberg niet misleidend of onvolledig. In die procedures stonden immers andere uitlatingen, niet afkomstig van Tros Radar en al dan niet gebaseerd op eigen onderzoek centraal. In deze procedure gaat het om de door Tros Radar geformuleerde onderzoeksvraag, het daartoe verrichte onderzoek en de uitzending als uitgezonden.

17. Op grond van de beelden van de uitzending en de transcriptie kan naar het voorlopig oordeel van het hof niet worden aangenomen dat de beschuldiging dat Pretium erop uit is met name (kwetsbare) ouderen te overdonderen en een overeenkomst aan te praten een centrale rol speelt in de uitzending. Het gesprek met dhr. Janssen gaat weliswaar over zo'n kwetsbare oudere (zijn moeder van 90 jaar), maar de daarvoor getoonde beelden van een vrouw (naar schatting van het hof rond de 30 jaar oud), die gebeld wordt wanneer zij met een

Zaaknummers: 200.028.826/01 en 200.029.041/01

9

jong kind de warme maaltijd wil gaan eten, zien op een andere categorie van consumenten. De daarna vertoonde beelden van telemarketinggesprekken die zijn gemaakt in het callcentrum betreffen naar het zich laat aanzien geen ouderen uit deze categorie. De opmerking van Hertsensberg over de lievelingsdoelgroep van Pretium richt zich op de discrepantie tussen de overrompelende wijze waarop telemarketinggesprekken kennelijk gevoerd worden en de ruimhartig bedoelde strekking van de Coulancregeling Ouderen. Even daarvoor heeft Hertsensberg nog opgemerkt dat iedereen onder de 72 jaar op zijn tellen moet passen. Met andere woorden, deze opmerkingen zijn uitwerkingen van en variaties op het thema dat de telemarketinggesprekken grenzen overschrijden, waarbij aangetekend wordt dat deze methode van werving ten aanzien van ouderen vaker ongewenst uitpakt en dat dit kennelijk door Pretium onderkend wordt gezien de Coulancregeling Ouderen.

18. Het hof verwerpt het verweer dat Pretium, althans Nyks niet voldoende in de gelegenheid is geweest weerwoord te geven. Vast staat dat Nyks een week voorafgaand aan de uitzending van 29 september 2008 twee keer het gemonteerde beeldmateriaal heeft bekeken in aanwezigheid van zijn advocaat (Op 22 september 2008 te 10.00 uur en tijdens het kort geding dezelfde dag, zie het die dag gewezen vonnis). De advocaat heeft het beeldmateriaal drie keer gezien (twee keer op 22 september 2008 vanaf 10.00 uur en tijdens het kort geding dezelfde dag). Bovendien is aan Pretium op 22 september 2008 een transcript van de beelden overhandigd (rechtsoverweging 4.3 vonnis 30 september 2008). Nyks heeft zich aldus in voldoende mate kunnen voorbereiden op de inhoud en strekking van het programma. Tros was niet gehouden het volledige beeldmateriaal dan wel het gemonteerde beeldmateriaal aan Pretium af te geven voor voorafgaand nader eigen onderzoek. Hetzelfde geldt voor de NAW-gegevens van de personen die over Pretium hebben geklaagd bij Tros Radar. Voor het overige verwijst het hof naar hetgeen is overwogen in rechtsoverweging 13. Het hof begrijpt dat de uitzending 'live' plaatsvond. Dit betekent dat in het weerwoord van Pretium niet kan worden geknipt ten behoeve van montage, maar dat aan het kort, bondig en begrijpelijk formuleren van de boodschap van Pretium hoge eisen worden gesteld. Het hof heeft de uitzending herhaaldelijk bekeken. Niet kan worden aangenomen dat het interview Nyks geen redelijke mogelijkheid bood een weerwoord te geven. Gevraagd om een eerste reactie op het beeldmateriaal reageert Nyks bij herhaling door te zeggen dat hij dit net zo erg vindt als Hertsensberg. Hij laat zich met moeite van een meer emotioneel en/of oppervlakkig niveau naar een zakelijker en/of meer inhoudelijk niveau van reageren brengen om daadwerkelijk in te gaan op de getoonde beelden en de onderzoeksvraag, zie begin rechtsoverweging 6. Dit leidt tot interventies van Hertsensberg gericht op structuur en focus. Deze interventies zijn niet onredelijk, hinderlijk of ongepast, gelet ook op de beperkte duur en het 'live' karakter van het programma. Nyks heeft er geen blijk van gegeven van de wijs te raken. Pretium stelt weliswaar dat Nyks zijn verhaal niet heeft kunnen doen, maar laat na aan te geven wat hij destijds, in de uitzending, nog had willen zeggen. De enkele stelling dat dit blijkt uit de advertentie van 18 oktober 2008 is hiertoe onvoldoende, omdat daarbij niet ingegaan wordt op de aan een live uitzending verbonden beperkingen. Tros was niet gehouden Nyks in de gelegenheid te stellen een reactie te geven op de opmerkingen van mw. Mei Li Vos. Haar relaas over onder meer relevante toekomstige wetgeving en de reactie van Pretium op de gestelde Kamervragen stond los van de kernvraag van de uitzending, te weten wat er voorafgaand aan de voicelog gebeurt in de telefoongesprekken tussen Pretium en consumenten.

19. Alles afwegend leidt het voorgaande naar het voorlopig oordeel van het hof tot de slotsom dat de uitzending van 29 september 2008 niet onrechtmatig was jegens Pretium. De kern van de botsing tussen de vrijheid van meningsuiting voor Tros Radar en het recht van

Zaaknummers: 200.028.826/01 en 200.029.041/01

10

Pretium op een goede naam is door de voorzieningenrechter in rechtsoverweging 3.3 en 3.4 van het bestreden vonnis juist weergegeven. De tweede grief van Tros, die zich richt tegen de overweging 3.3, miskent het opiniërend karakter van het commentaar en de impact van de gemaakte selectie aan beelden. De geselecteerde beelden en het commentaar op die beelden vestigen een ongunstige indruk over de telefonische werving door Pretium. Dat de inkleding van de uitzending neutraal zou zijn en dat het aan de kijker overgelaten is om zich een mening te vormen doet daar niet aan af. Op de kwestie van de internetcolumn wordt separaat ingegaan.

Het gaat om de botsing tussen het recht op vrijheid van meningsuiting van Tros Radar en het recht op eerbiediging van een goede naam van Pretium. Het antwoord op de vraag welke van beide rechten in dit geval zwaarder weegt, moet worden gevonden door een afweging van alle relevante omstandigheden van het geval. Wat die omstandigheden betreft verwijst het hof naar hetgeen hiervoor is besproken. In het kader van deze afweging komt, gezien de doelstelling van het programma Tros Radar, naar het voorlopig oordeel van het hof aan de vrijheid van meningsuiting een bijzondere plaats toe, omdat de pers zijn 'vital role' van 'public watchdog' moet kunnen spelen. Misstanden bij de telefonische verkoop van abonnementen door Pretium aan consumenten moeten gesignaleerd kunnen worden. Tros Radar heeft in voldoende mate onderzocht wat zich in het eerste gedeelte van een telefonisch wervingsgesprek plaatsvindt. De resultaten van dat onderzoek leveren voldoende grond op voor hetgeen zij Pretium verwijt. De wijze van presentatie van dat onderzoek en de Pretium gemaakte verwijten, mede gezien de indringendheid van het medium televisie en het gezag dat door het publiek aan een consumentenprogramma als dat van Tros Radar wordt toegekend, is voldoende zorgvuldig geweest. Het opiniërende commentaar van Tros Radar bij de getoonde beelden overschrijdt de aan een programma als dit te stellen grenzen niet. Pretium is bij monde van Nyks voldoende lang in de gelegenheid gesteld weerwoord te geven.

20. Voor de gevorderde verwijdering van het programma van 29 september 2008 van genoemde websites bestaat geen grond. Hetgeen gevorderd wordt aan rectificaties is evenmin toewijsbaar. Dit betekent dat het hof ten dele anders oordeelt dan de voorzieningenrechter en dat zijn vonnis in zoverre niet in stand kan blijven. De grieven van beide partijen, voorzover deze uitzending betreffend, zijn hiermee afdoende behandeld en behoeven voor het overige bij gebrek aan belang geen bespreking meer.

Uitzending 22 september 2008

21. Pretium klaagt nog over de gang van zaken tijdens de uitzending op 22 september 2008 (memorie van grieven Pretium 4.11). De mededeling van Hertsberg dat de geplande uitzending over Pretium niet door kon gaan, omdat de rechter besloten had dat deze moest worden uitgesteld, acht het hof in de context van de gebeurtenissen neutraal. Ook de vraag aan het publiek ("Wie heeft er hier te maken gehad met agressieve telefonische verkoop van Pretium?") acht het hof niet ongepast. Het gebruik van het bijvoegelijk naamwoord 'agressief' is weliswaar opiniërend, maar wordt in de uitzending op 29 september 2008 in voldoende mate onderbouwd. Dat mensen uit het publiek te maken hebben gehad met telefonische werving door Pretium is gezien het bereik van de systematische aanpak door Pretium (zie memorie van grieven Pretium 4.48) niet verwonderlijk. Het staat het mensen in het publiek vrij zich te uiten zoals zij zich wensen te uiten. De gang van zaken tijdens de uitzending op 22 september 2008 kan derhalve niet als onrechtmatig jegens Pretium aangemerkt worden.

Zaaknummers: 200.028.826/01 en 200.029.041/01

11

Verwijzing en modelbrief

22. Aan het slot van de uitzending van 29 september 2008 geeft Hertsenberg informatie over Consuwijzer.nl en Infofilter.nl. Het verschaffen van dit soort nuttige en effectieve informatie is passend voor een consumentenprogramma. Hierop sluit aan de verwijzing naar de modelbrief. Gezien de inhoud en strekking van het programma van 29 september 2008 acht het hof het begrijpelijk dat Tros Radar als consumentenprogramma haar kijkers wil voorlichten over hun rechten en een handvat wil bieden om zo mogelijk van een overeenkomst af te komen die zij niet als zodanig dan wel op deze wijze hebben gewild. Voor de inhoud van de op de website van Tros Radar geplaatste modelbrief verwijst het hof naar productie 24c akte producties 28 januari 2009. Productie 24b bij deze akte bevat de toelichting op de modelbrief. Hieruit blijkt dat haar verwijt aan Tros Radar dat een toelichting op de brief ontbreekt, geen grond vindt in de feiten. Pretium laat na (voldoende) concreet en specifiek aan te geven in welk opzicht deze toelichting onrechtmatig jegens haar is.

Tros Radar biedt geen individuele rechtshulp. Het is derhalve overgelaten aan de consument om (rechts)hulp in te roepen dan wel zelf te beoordelen wat in zijn/haar situatie passend is. Daarnaast geldt het volgende. In de voorbeeldbrief is nadrukkelijk aangegeven dat de consument zijn eigen situatie dient uiteen te zetten ("hier situatie uiteenzetten"). Alsdan is het aan Pretium te beoordelen welke regeling in dit specifieke geval voor toepassing in aanmerking komt.

Dat Pretium nodeloos is lastig gevallen met op voorhand onhaalbare ontbindingsverklaringen als gevolg van dit programma en deze modelbrief, betreft in de omstandigheden van dit geval naar het voorlopig oordeel van het hof geen in rechte te beschermen belang (zie memorie van grieven Pretium 4.52 en volgende en grief 6 van Tros, die slaagt).

Uitzending 20 oktober 2008 en Column

23. Naar aanleiding van de uitzending op 29 september 2008 heeft Pretium op 18 oktober 2008 in vier landelijke dagbladen een paginagrote advertentie geplaatst, met als kop "De andere kant van het TROS Radar verhaal over Pretium Telecom".

Tros Radar heeft hierop gereageerd in de uitzending van 20 oktober 2008. Na het vermelden van de advertentie worden beelden van het 'geld teveel incident' vertoond (zie slot rechtsoverweging 11). Hertsenberg merkt op dat zij de indruk heeft dat de directeur van Pretium maar niet kan begrijpen wat de crux van de zaak is. Hij blijft maar ontkennen dat er onvrede is over zijn bedrijf. Vervolgens wordt verwezen naar de aantallen reacties en klachten op het forum en de door Hertsenberg geschreven column.

Naar het voorlopig oordeel van het hof volgt hieruit weliswaar dat de goede naam van Pretium wordt aangetast, maar dient het belang van de vrijheid van meningsuiting te prevaleren op de in rechtsoverweging 19 aangegeven gronden. In aanvulling hierop geldt het volgende. Gezien de inhoud en de bewoordingen van de advertentie had Pretium ernstig rekening moeten houden met de mogelijkheid dat een reactie van Tros Radar zou volgen. Wat door Hertsenberg als de crux van de zaak aangeduid wordt, sluit aan op de inhoud van de uitzending van 29 september 2008. De beelden van het 'geld teveel incident' zijn naar het oordeel van het hof bepaald niet als de meest schokkende aan te merken. Geen van de met de verborgen camera gemaakte beelden levert een verheffend beeld.

24. In de door Pretium geplaatste advertentie wordt Hertsenberg met name genoemd. De op 20 oktober 2008 op internet geplaatste column betreft de persoonlijke reactie van Hertsenberg op die advertentie ("Mijn mobiele telefoon piepte het afgelopen weekend nogal

Zaaknummers: 200.028.826/01 en 200.029.041/01

12

eens...”) en op de reactie van Pretium (“Ik vind het niet erg geloofwaardig...”). Naar het voorlopig oordeel van het hof herhaalt Hertsenberg in deze column vervolgens als de crux van de zaak de misleiding van al die mensen en de verkooppraktijken van Pretium. Dit ligt in de lijn van de inhoud van de uitzending op 29 september 2008 en is niet onrechtmatig te achten in het licht van hetgeen hiervoor is overwogen. Ouderen en hun kinderen worden wel genoemd, maar vooral als een nadere uitwerking en het herkenbaar maken van het probleem. In geen geval valt in de column te lezen dat Pretium zich met name richt op kwetsbare ouderen. In zoverre is de column niet onrechtmatig te achten jegens Pretium (grief 5 Tros). Pretium klaagt erover dat Hertsenberg zich wel erg persoonlijk en nadrukkelijk tot Nyks heeft gericht wat betreft de duur van de hem vergunde spreektijd op 29 september 2008 afgezet tegen de duur van de voicelog. Het hof stelt vast dat Hertsenberg zich wat betreft de klachten al eerder tot Nyks persoonlijk richt, te weten het appreciëren van klachten als uiting van onvrede ongeacht hun gegrondheid (zie ook hiervoor rechtsoverweging 13). Kennelijk heeft Pretium zich hieraan niet gestoord, want daarover klaagt zij niet. Pretium onderbouwt gemotiveerd dat de voicelog in zeer veel gevallen langer dan 20 seconden duurt. De duur van de voicelog en de duur van het weerwoord van Nyks zijn evenwel onvergelykbare grootheden. Deze vergelijking voegt niets toe aan de discussie en levert slechts goedkoop effect op. Dit neemt niet weg dat naar het voorlopig oordeel van het hof deze vergelijking van een onvoldoende ernst en impact is, gezien ook de overige inhoud en presentatie van de column om deze geheel onrechtmatig te achten. Bovendien is de door Pretium gevraagde voorziening te verstrekkend.

Forum

25. Pretium heeft een punt waar zij stelt dat op internetfora een beperkt aantal personen zich kan voordoen als een groot aantal personen en aldus een niet met de werkelijkheid overeenstemmende indruk kunnen doen ontstaan. Het hof heeft geen acht geslagen op deze fora en wat daaruit zou blijken. Zodanige gegevens liggen niet ten grondslag aan zijn beslissing.

Het sluiten van het platform dat Tros Radar aan derden biedt voor het voeren van discussies over onder meer Pretium gaat te ver. Tros heeft onbetwist gesteld dat zij een “notice and take down” beleid voert dat adequaat uitwerkt. Uirwassen worden hierdoor in afdoende mate bestreden. Voor rechterlijk ingrijpen bestaat geen grond.

Conclusie

26. Slotsom is dat het bestreden vonnis niet in stand kan blijven en dat de gevraagde voorzieningen worden afgewezen. Na het voorafgaande behoeven de wijzigingen van eis en het verweer daartegen, de grieven van Pretium en Tros geen verdere behandeling meer. De door Tros gestelde niet-ontvankelijkheid van Pretium wegens misbruik van procesrecht en schending van het ne bis in idem-beginsel behoeft bij gebrek aan belang geen bespreking meer. Pretium zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van Tros in de eerste aanleg en in hoger beroep.

3. Beslissing

vernietigt het bestreden vonnis;

en opnieuw rechtdoende in hoger beroep;

Zaaknummers: 200.028.826/01 en 200.029.041/01

13

wijst de gevraagde voorzieningen af;

veroordeelt Pretium in de proceskosten in eerste aanleg en in hoger beroep (in de zaken 200.028.826/01 en 200.029.041/01) aan de zijde van Tros gevallen, tot op heden wat betreft de eerste aanleg begroot op € 262,- aan verschotten en op € 1.356,- aan salaris voor de advocaat en in hoger beroep op € 711,98 aan verschotten en op € 3.576,- aan salaris voor de advocaat;

verklaart dit arrest wat de veroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. E.J. van Sandick, Th.W.H.E. Schmitz en M.H. van der Woude en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 21 juli 2009 in aanwezigheid van de griffier.



Voor afschrift,
De Griffier van het Gerechtshof
te Groningen

