

IN NAAM VAN DE KONING

arrest

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.180.106/01

Zaaknummer rechtbank : C/09/481741 / HA ZA 15-126

arrest van 27 december 2016

inzake

PRETIUM B.V.,
gevestigd te Haarlem,
appellante,
hierna te noemen: Pretium,
advocaat: mr. W.E. Pors te Den Haag,

tegen

AVROTROS,
gevestigd te Hilversum,
geïntimeerde,
hierna te noemen: Tros,
advocaat: mr. H.A.J.M. van Kaam te Amsterdam.

1. Het geding

1.1. Bij exploit van 4 november 2015 is Pretium in hoger beroep gekomen van een door de rechtbank Den Haag tussen partijen gewezen vonnis van 5 augustus 2015, hersteld bij herstelvonnis van 23 december 2015. Bij memorie van grieven met een productie heeft Pretium elf grieven aangevoerd. Bij memorie van antwoord heeft Tros de grieven bestreden.

1.2. Vervolgens hebben partijen op 31 oktober 2016 de zaak doen bepleiten door hun hiervoor genoemde advocaten, beiden aan de hand van overgelegde pleitnotities. Ten slotte is arrest gevraagd.

2. De feiten

2.1. De door de rechtbank in het vonnis van 5 augustus 2015 vastgestelde feiten zijn niet in geschil. Ook het hof zal daar van uitgaan.

2.2. Pretium is een Nederlandse telecomaandbieder die sinds 2007 aan gebruikers van het vaste telefoonnet abonnementen aanbiedt voor gebruik van het vaste telefoonnetwerk van KPN.

2.3. Tros is een publieke omroepvereniging. Zij zendt regelmatig het consumentenprogramma Radar uit.

2.4. In de uitzending van Radar van 6 oktober 2014 is aandacht besteed aan de naleving van het sinds 13 juni 2014 geldende schriftelijkheidsvereiste dat in het kader van de implementatie van de Europese richtlijn 2011/83/EU van de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten is opgenomen in artikel 6:230v lid 6 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). In dit artikel is het volgende bepaald: de handelaar deelt bij het gebruik van de telefoon met als doel het sluiten van een overeenkomst op afstand met een consument aan het begin van het gesprek de identiteit en, voor zover van toepassing, de identiteit van de persoon namens wie hij opbelt, alsmede het commerciële doel van het gesprek mede. Een overeenkomst op afstand tot het geregeld verrichten van diensten of tot het geregeld leveren van gas, elektriciteit, water of van stadsverwarming, die het gevolg is van dit gesprek, wordt schriftelijk aangegaan. Van deze eis van schriftelijkheid is uitgezonderd de overeenkomst waarin een tussen partijen bestaande overeenkomst wordt verlengd of vernieuwd.

2.5. Voorafgaand aan de uitzending heeft de redactie van Radar, nadat zij telefonisch contact had opgenomen met het hoofdkantoor van Pretium, op 29 september 2014 de volgende brief aan Pretium verzonden:

De redactie van Radar doet onderzoek naar telemarketing door Pretium. Helaas zijn er consumenten die zich nog altijd overvallen en overrompeld voelen door de telefonische werving voor Pretium telefonieabbonementen en niet begrijpen wat de bedoeling van het gesprek is.

Onderwerp van onderzoek vormt de naleving van het op 13 juni 2014 aangepaste consumentenrecht. Deze wetgeving bevat onder meer een schriftelijkheidsvereiste voor overeenkomsten op afstand en telefonische verkoop (art. 6:230v lid 6 BW).

Wij zijn erop gewezen dat Pretium consumenten ter bevestiging van de mondelinge overeenkomst vraagt op de '1-toets' van de telefoon te drukken. (...)

Volgens uw klantenservice wordt daarmee aan voornoemd schriftelijkheidsvereiste voldaan. Dit betekent dat wij Pretium concreet de volgende vragen willen stellen:

1. Leeft Pretium het sinds 13 juni 2014 geldende schriftelijkheidsvereiste na?
2. Zo ja, op welke wijze wordt hier door Pretium aan voldaan?
3. In hoeverre beschouwt Pretium het bevestigen van de overeenkomst door het drukken op de 1-toets op zichzelf in overeenstemming met het schriftelijkheidsvereiste?
4. Bereiken Pretium signalen dat consumenten vragen of klachten hebben over het schriftelijkheidsvereiste en de wijze/mate waarop/in daar door Pretium aan voldaan wordt?
5. Zijn er de komende maanden aanpassingen ingepland op de wijze waarop Pretium probeert consumenten door middel van telemarketing tot het sluiten van een overeenkomst te brengen?

Vriendelijk verzoeken wij u (...) deze vragen op uiterlijk woensdag 1 oktober te 16.00 uur schriftelijk te beantwoorden.

2.6. Bij brief van 1 oktober 2014 heeft de advocaat van Pretium de vragen op de volgende wijze beantwoord:

Pretium is zich bewust van de wettelijke vereisten die gelden voor telemarketing en voldoet daaraan. Dat geldt evenzeer voor nieuwe wettelijke vereisten die zijn ingevoerd. Zo heeft Pretium er onder meer ook bij de inwerkingtreding van het Bel-Me-Niet-Register voor zorggedragen dat zij vanaf de datum van inwerkingtreding daarvan (1 oktober 2009) aan de nieuwe regels voldeed.

Ook over de invoering van het schriftelijkheidsvereiste heeft Pretium zich juridisch laten adviseren, waarna zij haar telemarketingactiviteiten heeft aangepast aan de nieuwe wetgeving om vanaf 13 juni 2014 aan het schriftelijkheidsvereiste te voldoen.

Artikel 6:230v lid 6 BW, waarin het schriftelijkheidsvereiste is neergelegd, bepaalt: (...)

Onder "schriftelijk" aangaan van een overeenkomst wordt verstaan op papier of elektronisch (zie TK 2012-2013, 33520, nr. 3, p 52). Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat op diverse wijzen invulling kan worden gegeven aan een elektronische bevestiging. Voorbeelden zijn het geven van instemming per e-mail, door middel van het aanklikken van een hyperlink of door gebruik te maken van de toetsen op de telefoon.

Pretium maakt op dit moment gebruik van elektronische bevestiging door middel van de toetsen op de telefoon en voldoet op die wijze aan het wettelijke schriftelijkheidsvereiste.

Radar heeft in de uitzending van 8 september 2014 een oproep gedaan aan kijkers om de redactie op de hoogte te stellen wanneer bedrijven volgens hen niet voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste. Tot die uitzending heeft Pretium slechts één vraag bereikt over het schriftelijkheidsvereiste. Na die uitzending heeft Pretium slechts enkele vragen daarover ontvangen.(...).

2.7. Na deze reactie heeft Radar geen verder contact met Pretium opgenomen.

2.8. In de uitzending van Radar van 6 oktober 2014 is aandacht besteed aan het schriftelijkheidsvereiste. De uitzending is aangevangen met de integrale uitzending van een telemarketinggesprek van 6,5 minuut dat volgens Radar is gevoerd met een vrouw die op het moment van het gesprek boven de 80 jaar oud was (hierna aan te duiden als "de vrouw"). Ter inleiding op dit gesprek heeft de presentatrice het volgende gezegd:

In 2008 besteedde Radar al aandacht aan Pretium. Het bedrijf spande een rechtszaak aan en deze zaak loopt nu in hoger beroep. In de regel laten wij geen gesprekken horen maar maken wij reportages, maar daar gaan we nu een uitzondering op maken. Wij gaan op televisie een minutenlang telefoongesprek uitzenden omdat wij u willen laten horen, in de breedte, hoe het gesprek is verlopen. Dit gesprek illustreert namelijk hoe er misverstanden ontstaan over de afzender van het gesprek, zelfs als de bedrijfsnaam wel wordt genoemd. Het gesprek is van een aantal jaren na onze uitzending. De wetswijziging is bedoeld dat dit soort telefoontjes niet meer leiden tot een abonnement tijdens een telefoongesprek een dame die op dat moment boven de 80 jaar oud was kreeg volkomen onverwacht het volgende telefoontje.

2.9. In het uitgezonden telemarketinggesprek is door de medewerkster van het callcenter weliswaar een aantal malen de naam Pretium telecom genoemd, maar ook de naam van KPN. Bij herhaling is benadrukt dat er niets voor de vrouw zou veranderen, zoals in de volgende passage:

Mevrouw, Uw KPN blijft ook te allen tijde uw netwerkbeheerder. Daar gaat niks aan veranderen, maar

als u mij laat uitpraten, want u schreeuwt gewoon door mij heen. Ik zeg alles blijft hetzelfde, het kastje, kabels, telefoonnummer. Blijft allemaal hetzelfde. KPN blijft te allen tijde uw netwerkbeheerder. Dus dat wil niet zeggen, op het kastje ziet u nu natuurlijk KPN staan, dat gaat niet veranderen. Dat wordt niet afgekapd bij u thuis en dat wordt veranderd in een andere naam, dat blijft gewoon bij de KPN. Mevrouw, u gaat gewoon wat minder betalen, dat is het enige dat voor u gaat veranderen.

2.10. Het telemarketinggesprek, dat niet heeft geleid tot een abonnement omdat de vrouw bij de KPN wilde blijven, is door de presentatrice op de volgende wijze uitgeleid:

Deze mevrouw heeft ondanks de aanpak van de callcentermedewerker het abonnement kunnen afhouden, maar zo ging het niet altijd. De afgelopen jaren bleven meldingen op onze redactie binnenkomen over de wijze waarop mensen benaderd worden. Mensen stapten ongewild over van KPN naar Pretium. Dit soort meldingen zijn voor de wetgever aanleiding geweest om het schriftelijkheidsvereiste in te stellen.

2.11. De weergegeven citaten zijn ontleend aan het door Pretium overgelegde transcript van de uitzending.

2.12. Het tweede deel van de uitzending is besteed aan drie klachten van oudere consumenten, waarvan filmpjes zijn getoond. Daarin zijn deze consumenten en hun kinderen geïnterviewd en is een gesprek te zien dat is gevoerd door een van de kinderen van de oudere consumenten met de klantenservice van Pretium over het gebruik van de 1-toets. Deze klachten hadden betrekking op de wijze waarop Pretium ten tijde van de uitzending uitvoering gaf aan het schriftelijkheidsvereiste: zij liet, zoals ook in de brief van Pretium van 1 oktober 2014 is beschreven, consumenten ter bevestiging van de te sluiten overeenkomst op de 1-toets drukken. De uitzending is geëindigd met een studiodiscussie over het schriftelijkheidsvereiste, waarbij een Tweede Kamerlid aanwezig was. Deze discussie is afgewisseld met opnamen van een eerder gevoerd gesprek met een advocate die zich eveneens op het standpunt stelde dat Pretium met het gebruik van de 1-toets geen juiste toepassing geeft aan het schriftelijkheidsvereiste. Daarnaast zijn tijdens het studiogesprek de volgende citaten uit de Parlementaire Geschiedenis bij artikel 6:230v lid 6 BW weergegeven:

Dit betekent dat een per telefoon aangegane overeenkomst op zichzelf niet geldig is. Slechts wanneer de overeenkomst schriftelijk is gesloten, is deze geldig. In de praktijk zal aan deze norm zijn voldaan doordat de handelaar een aanbod tot het aangaan van een overeenkomst in schriftelijke vorm opstelt en aan de consument toestuurt. De consument zal dit aanbod moeten aanvaarden om de uiteindelijke overeenkomst tot stand te brengen. Deze aanvaarding zal doorgaans blijken uit de ondertekening van de schriftelijke overeenkomst. (...) Op grond van artikel 6:227a BW geldt overigens dat onder de daar genoemde voorwaarden de overeenkomst ook op elektronische wijze tot stand kan komen. De handelaar kan dus ook, ter alternatief, een e-mail met het contract sturen. De consument zal dan per e-mail zijn instemming moeten geven, voordat aan het gestelde schriftelijkheidsvereiste is voldaan.

2.13. Ook is het volgende citaat uit de brief van Pretium van 1 oktober 2014 in beeld gebracht:

Onder "schriftelijk" aangaan van een overeenkomst wordt verstaan op papier of elektronisch (zie TK 2012-2013, 33520, nr. 3, p 52). Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat op diverse wijzen invulling kan worden gegeven aan een elektronische bevestiging. Voorbeelden zijn het geven van instemming per e-mail, door middel van het aanklikken van een hyperlink of door gebruik te maken van de toetsen op de

telefoon.

Pretium maakt op dit moment gebruik van elektronische bevestiging door middel van de toetsen op de telefoon en voldoet op die wijze aan het wettelijke schriftelijkheidsvereiste.

3. Het geschil

3.1. Pretium heeft in eerste aanleg – samengevat – gevorderd dat de rechtbank bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

I verklaart voor recht dat Tros onrechtmatig heeft gehandeld door:

- a) Pretium niet naar behoren de gelegenheid te geven onderzoek te doen en weerwoord te geven ten aanzien van het uitgezonden telemarketinggesprek van 6,5 minuut;
- b) Pretium niet naar behoren de gelegenheid te geven onderzoek te doen en weerwoord te geven ten aanzien van de in de uitzending gepresenteerde klachten in de vorm van citaten en gefilmde interviews met consumenten;
- c) Pretium niet naar behoren de gelegenheid te bieden tot een weerwoord in de discussie omtrent het schriftelijkheidsvereiste.

II. verklaart voor recht dat Tros onrechtmatig heeft gehandeld door Pretium, zonder voldoende steun in de feiten te beschuldigen van misleiding en het agressief benaderen van consumenten;

III. Tros gebiedt binnen een week na betekening van dit vonnis de uitzending van Radar van 6 oktober 2014 blijvend te verwijderen van de websites van Radar en uitzendinggemist.nl;

IV bepaalt dat Tros bij het niet voldoen aan het onder III gevorderde een dwangsom is verschuldigd;

V Tros veroordeelt tot het betalen van schadevergoeding, nader op te maken bij staat;

VI met veroordeling van Tros in de proceskosten.

3.2. Deze vorderingen zijn in de kern genomen gebaseerd op de volgende verwijten. Het telemarketinggesprek is ongeloofwaardig, misleidend en geeft een zeer negatief beeld van Pretium. Uitgesloten is dat dit gesprek representatief is voor de werving door Pretium. Bovendien heeft het geen enkel verband met het schriftelijkheidsvereiste. Uitzending van dit gesprek is daarom onrechtmatig tegenover Pretium. Tros had Pretium dit materiaal bovendien voorafgaand aan de uitzending ter beschikking moeten stellen om de juistheid daarvan te onderzoeken en daarop een weerwoord te kunnen geven. Ook de klachten van de drie consumenten die in de filmpjes zijn getoond maakten voorafgaand onderzoek alsmede het geven van een weerwoord noodzakelijk. Daarnaast verwijt Pretium Tros dat zij niet is uitgenodigd om deel te nemen aan het studiogesprek. Meer in het algemeen ligt in de stellingen van Pretium besloten dat Pretium in de uitzending zonder grond is beschuldigd van misleiding en een agressieve wijze van werving.

3.3. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen. Samengevat luidt de motivering van

die beslissing als volgt. Naar het oordeel van de rechtbank moet het ervoor worden gehouden dat het telemarketinggesprek authentiek en representatief is. Uitzending daarvan is naar het oordeel van de rechtbank niet onrechtmatig, mede omdat in de uitzending is toegelicht in welke context het gesprek moest worden gezien. Met betrekking tot de filmpjes over drie klachten van oudere consumenten heeft de rechtbank geoordeeld dat het Tros vrijstond daarover te berichten, ook als niet vaststond dat de klachten gegrond waren. Tros was niet verplicht Pretium uit te nodigen om in het programma te reageren omdat er geen absoluut recht op wederhoor bestaat en Pretium de gelegenheid had gekregen om vooraf een reactie te sturen en die reactie in uitzending is getoond. Het betoog van Pretium dat zij is misleid door de mededelingen van Tros in de brief van 29 september 2014 heeft de rechtbank onbesproken gelaten omdat Pretium daar naar het oordeel van de rechtbank geen vorderingen aan had verbonden.

3.4. In hoger beroep vordert Pretium dat het hof het bestreden vonnis vernietigt en opnieuw rechtdoende haar vorderingen alsnog toewijst, met veroordeling van Tros in de proceskosten in beide instanties. De elf grieven die Pretium naar voren brengt, zullen hierna worden besproken. Tros bestrijdt de grieven.

4. Beoordeling van het hoger beroep

4.1. Bij de beoordeling van de vorderingen en grieven van Pretium staat voorop dat het mede door artikel 10 Grondwet (Gw) en artikel van het 8 Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) beschermde recht op eerbiediging van de reputatie van Pretium in dit geval botst met het door artikel 7 Gw en artikel 10 EVRM gewaarborgde recht op vrijheid van meningsuiting van Tros. Het antwoord op de vraag welk van deze beide rechten in het concrete geval zwaarder weegt, moet worden gevonden door een afweging van alle terzake dienende omstandigheden van het geval. Bij deze afweging geldt niet als uitgangspunt dat voorrang toekomt aan het door artikel 10 Gw en artikel 8 EVRM gewaarborgde recht. Voor de door artikel 7 Gw en artikel 10 EVRM beschermde rechten geldt hetzelfde. Dit brengt met zich dat het hier niet gaat om een in twee fasen te verrichten toetsing (aldus dat eerst aan de hand van de omstandigheden moet worden bepaald welk van beide rechten zwaarder weegt, waarna vervolgens nog moet worden beoordeeld of de noodzakelijkheidstoets als neergelegd in artikel 8 lid 2 respectievelijk 10 lid 2 EVRM zich verzet tegen het resultaat van die afweging), maar dat deze toetsing in één keer dient te geschieden, waarbij het oordeel dat een van beide rechten, gelet op alle terzake dienende omstandigheden, zwaarder weegt dan het andere recht, meebrengt dat de inbreuk op het andere recht voldoet aan de noodzakelijkheidstoets van het desbetreffende lid 2 (zie HR 19 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB3210, *Van Gasteren/Hemelrijk*, HR 5 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9230, *Endemol en SBS/A*).

4.2. Een afweging van het recht op eerbiediging van de goede naam en reputatie van Pretium tegen de vrijheid van meningsuiting van Tros brengt om de volgende redenen mee dat de uitzending niet onrechtmatig is ten opzichte van Pretium.

4.3. Ten eerste dient de uitzending niet, en zeker niet louter de bevrediging van publieke nieuwsgierigheid. De uitzending gaat vooral over het overtreden van het schriftelijkheidsvereiste door Pretium en laat zien welke gevolgen die overtreding kan hebben voor kwetsbare consumenten. De uitzending kaart aldus een misstand aan en draagt daarmee bij aan een debat van algemeen maatschappelijk belang. Een beperking van de vrijheid van Tros om dat te doen en om het onderwerp kritisch naar voren te brengen, zou de

fundamentele persvrijheid in de kern aantasten.

4.4. Ten tweede staat vast dat de invulling van het schriftelijkheidsvereiste die Pretium in de uitzending wordt verweten, overeenstemt met de invulling die Pretium daar ten tijde van de uitzending daadwerkelijk aan gaf. Tros kon daar ook vanuit gaan omdat de advocaat van Pretium haar dat bij brief van 1 oktober 2014 uitdrukkelijk had bevestigd.

4.5. Ten derde is de kritiek die Tros in de uitzending uit op de invulling die Pretium gaf aan het schriftelijkheidsvereiste, niet ongefundeerd. Integendeel, in de uitzending wordt met kracht van argumenten betoogd waarom de door Pretium gekozen en verdedigde invulling onjuist was. Dat die kritische visie van Tros op zijn minst verdedigbaar is wordt onderstreept door het feit dat de Autoriteit Consument & Markt die visie inmiddels heeft overgenomen en door het feit dat ook Pretium zelf kort na de uitzending heeft besloten de bedoelde werkwijze niet meer toe te passen. Het betoog van Pretium dat de regeling van het schriftelijkheidsvereiste onduidelijk was en dat de visie van de toezichthouder nog niet beschikbaar was ten tijde van de uitzending, doet daar niet aan af. Naar het oordeel van het hof had het voor Pretium voldoende duidelijk kunnen zijn dat de invulling die zij destijds aan dat schriftelijkheidsvereiste gaf op gespannen voet stond met de doelstelling van dat vereiste, te weten de versterking van de positie van de consument. De door Pretium aangehaalde passage uit de Memorie van Toelichting ondersteunt haar visie ook niet. Daarin staat namelijk niet dat ook aan het schriftelijkheidsvereiste kan worden voldaan door het indrukken van een toets op de telefoon, maar juist dat 'een per telefoon aangegane overeenkomst op zichzelf niet geldig is' (*Kamerstukken II 2012-2013, 33 520, nr. 3, p. 52*). Daar komt bij dat de vrijheid van meningsuiting niet beperkt is tot het uiten van kritiek die al door toezichthouders gegrond is verklaard.

4.6. Ten vierde is niet in geschil dat Tros Pretium voorafgaand aan de uitzending in de gelegenheid heeft gesteld uit te leggen hoe Pretium destijds invulling gaf aan het schriftelijkheidsvereiste en dat een groot deel van de reactie die Pretium daarop heeft gegeven bij monde van haar advocaat, letterlijk is geciteerd en getoond in de uitzending. Daarmee heeft Tros Pretium voldoende gelegenheid gegeven haar visie te uiten op het belangrijkste onderwerp van de uitzending, te weten de wijze waarop Pretium invulling geeft aan het schriftelijkheidsvereiste.

4.7. Feit is dat in de uitzending ook andere aspecten van telefonische werving door Pretium naar voren komen dan alleen de invulling van het schriftelijkheidsvereiste. Het hof begrijpt dat Pretium vooral bezwaar maakt tegen het uit het telemarketinggesprek en de besproken klachten opdoemende beeld dat kwetsbare consumenten ongewild of onbewust worden omgezet naar een overeenkomst met Pretium. Ook daarvoor geldt echter dat de beschuldiging voldoende steun vindt in de feiten. Tros heeft er in dit verband op gewezen dat consumenten al jaren klagen over telefonische werving door Pretium omdat zij zich overvallen voelen of onvoldoende begrijpen wat er van hen wordt verlangd. Dat consumenten daar veelvuldig over hebben geklaagd, onder meer bij Radar en andere consumentenprogramma's, en dat Pretium in het verleden ook beboet is door de toezichthouder voor het onvolledig informeren van consumenten, staat als onweersproken vast.

4.8. Het betoog van Pretium dat de klachten en de boete waarop Tros zich in dit verband beroept van jaren terug dateren en daarom niet representatief meer zijn voor haar wervingspraktijk ten tijde van de uitzending, kan niet slagen. Het is aan Pretium om te stellen

en zo nodig te bewijzen dat haar wervingspraktijk daadwerkelijk is veranderd, omdat Pretium die stelling ten grondslag legt aan haar vorderingen. Tros betwist de gestelde verandering en wijst erop dat Pretium die ook niet heeft gesubstantieerd. Mede gelet op de in de uitzending aangehaalde klachten van consumenten, die overeenstemmen met de oudere klachten, had van Pretium mogen worden verwacht dat zij de gestelde wijziging had onderbouwd. Dat heeft Pretium niet, althans onvoldoende gedaan en bewijs van specifiek deze stelling, heeft Pretium ook niet aangeboden.

4.9. Dat uit de uitzending ook het beeld opdoemt dat kwetsbare consumenten ongewild of onbewust worden omgezet naar een overeenkomst met Pretium, brengt ook niet mee dat Tros Pretium uitgebreider gelegenheid voor een weerwoord had moeten bieden dan zij heeft gedaan. De uitzending gaat primair over de invulling van het schriftelijkheidsvereiste. De meer algemene klachten over telemarketing door Pretium dienen ter illustratie van de noodzaak van het schriftelijkheidsvereiste. In overeenstemming daarmee heeft Tros Pretium bij brief 29 september 2014 specifiek gevraagd naar de invulling van het schriftelijkheidsvereiste, maar in de inleiding wel vermeld dat er consumenten zijn die zich nog altijd overvallen en overrompeld voelen door de telefonische werving voor Pretium telefonieabonnementen en die niet begrijpen wat de bedoeling van het gesprek is. In het licht daarvan is het niet onzorgvuldig ten opzichte van Pretium om vervolgens in de uitzending ook aandacht te besteden aan de meer algemene klachten onder vermelding dat die de noodzaak van het schriftelijkheidsvereiste illustreren.

4.10. Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat Tros met de uitzending de voor consumentenprogramma's geldende zorgvuldigheidsregels niet heeft overschreden en dat de vorderingen dus terecht zijn afgewezen. Dat zal hierna nader worden toegelicht aan de hand van de grieven van Pretium.

grievens I en II

4.11. Met haar eerste twee grieven bestrijdt Pretium het oordeel van de rechtbank dat Pretium haar stelling dat het telemarketinggesprek niet authentiek is onvoldoende heeft onderbouwd, dat moet worden uitgegaan van de authenticiteit van het gesprek en dat er geen grond is gevolg te geven aan het verzoek van Pretium om Tros te bevelen informatie over het telemarketinggesprek in het geding te brengen.

4.12. Deze grieven kunnen niet slagen. Zoals de rechtbank terecht voorop heeft gesteld, rust op Pretium de plicht voldoende onderbouwd te stellen en zo nodig te bewijzen dat het telemarketinggesprek niet-authentiek of gemanipuleerd is. Het is namelijk Pretium die de gestelde niet-authenticiteit en manipulatie van het gesprek aan haar vorderingen ten grondslag legt. Anders dan Pretium in haar toelichting suggereert, is het in deze procedure dus niet aan Tros om bewijs aan te dragen dat het telemarketinggesprek authentiek en niet-gemanipuleerd is.

4.13. Het feit dat Pretium niet en Tros wel beschikt over bepaalde informatie op basis waarvan kan worden vastgesteld of het telemarketinggesprek niet-authentiek of gemanipuleerd is, zoals het ruwe geluidsmateriaal en de identiteit van de gespreksdeelnemers, brengt in dit geval niet mee dat de gestelde niet-authenticiteit of manipulatie als onvoldoende weersproken vast staat of dat Tros krachtens artikel 22 Rv moet worden bevolen die informatie over te leggen. Tros heeft namelijk een gegronde reden om zich te verzetten tegen de overlegging van die informatie. Tros heeft er terecht op gewezen

dat de verstrekking van die informatie op gespannen voet staat met haar, mede door het fundamentele recht op persvrijheid beschermde, belang van journalistieke bronbescherming (zie onder meer EHRM 27 maart 1996, ECLI:NL:XX:1996:AD2519, *Goodwin*). Een plicht voor Tros tot overlegging van de bedoelde informatie kan daarom niet zonder meer worden aangenomen, en zeker niet als er onvoldoende sterke aanwijzingen bestaan dat er sprake is van een niet-authentiek of gemanipuleerd gesprek. Zoals hierna zal worden toegelicht, zijn die aanwijzingen er in dit geval niet.

4.14. Daarbij weegt mee dat, zoals Tros heeft aangevoerd, het telemarketinggesprek niet op zichzelf staat, maar past in het beeld dat bestaat van gesprekken die namens Pretium worden gevoerd. Zoals hiervoor al is vastgesteld, staat vast dat consumenten al jaren veelvuldig klagen over telefonische werving door Pretium en dat Pretium in het verleden ook beboet is door de toezichthouder voor het onvolledig informeren van consumenten. Daarnaast heeft Tros ter zitting in eerste aanleg en hoger beroep een ander telemarketinggesprek van Pretium laten horen dat het bedoelde beeld bevestigt. De authenticiteit van dat gesprek staat niet ter discussie. In het licht van die feiten, die Tros aanhaalt ter onderbouwing van haar betwisting van de gestelde niet-authenticiteit en manipulatie, moet Pretium komen met duidelijke aanwijzingen voor de gestelde niet-authenticiteit en manipulatie.

4.15. Daarbij is allereerst van belang dat Pretium niet eens duidelijk heeft gesteld dat het telemarketinggesprek niet door of namens haar is gevoerd, maar alleen dat zij dat niet kan vaststellen en dat bij haar sterke twijfel bestaat over de authenticiteit. Pretium heeft ter onderbouwing van die twijfel de volgende negen omstandigheden aangevoerd:

- i) Het uitgezonden Telemarketinggesprek begint bij de openingszin ‘Goedemorgen u spreekt met ... van Pretium Telecom. Hallo?’, wat aangeeft dat het gesprek direct vanaf het eerste moment is opgenomen;
- ii) Het gaat om een gesprek dat door een callcentermedewerker zou zijn geïnitieerd. Het feit dat het gesprek vanaf het eerste moment is opgenomen moet betekenen dat, indien het gesprek door de consument zou zijn opgenomen, deze consument al haar gesprekken opneemt. Dit is – mede gezien de vermeende hoge leeftijd van de consument – zeer ongeloofwaardig;
- iii) AvroTros heeft nooit bevestigd dat het gesprek door de consument is opgenomen, terwijl zij dit eenvoudig had kunnen doen, ook zonder de naam van de consument prijs te geven;
- iv) Nu Pretium verder enkel kan vaststellen dat het gesprek ook niet van haar zelf afkomstig is, is de herkomst van het gesprek dus zonder meer onduidelijk;
- v) De datum van het gesprek is onbekend;
- vi) De identiteit van de consument en dus ook haar leeftijd zijn onbekend;
- vii) De identiteit van de vermeende callcentermedewerkster is onbekend, waardoor niet kan worden vastgesteld of dit gesprek werkelijk met een voor Pretium werkende callcentermedewerkster heeft plaatsgevonden;
- viii) Het gesprek wordt gevoerd in strijd met alle regels die bij Pretium voor telemarketing gelden en eveneens in strijd met het callscript dat Pretium voorschrijft. Dit zijn beide aspecten waarop Pretium zeer sterk controleert;
- ix) Het is zeer onwaarschijnlijk dat een telemarketeer, die resultaten zou willen boeken, meer dan 6 minuten zou besteden aan een gesprek met een consument die stelselmatig ‘nee’ blijft zeggen en waarbij door de telemarketeer zelfs geen enkele stap in de richting van een aanbod gemaakt kan worden.

In het midden kan blijven of de rechtbank deze omstandigheden allemaal voldoende duidelijk heeft meegewogen. De omstandigheden bieden om de volgende redenen namelijk onvoldoende aanwijzingen voor de gestelde niet-authenticiteit en manipulatie.

4.16. De onder i) en ii) bedoelde omstandigheid dat het gesprek vanaf het eerste moment is opgenomen, wijst er niet zonder meer op dat het gesprek niet-authentiek is. Pretium stelt dat opnemen vanaf het eerste moment alleen mogelijk is als de betreffende consument al haar gesprekken zou hebben opgenomen, wat Pretium gezien haar hoge leeftijd zeer ongelooftwaardig acht. Daargelaten dat niet is uitgesloten dat ook een oude consument – om wat voor reden dan ook – gesprekken opneemt, is die redenering niet concludent omdat het gesprek ook kan zijn opgenomen door een ander dan de consument, zoals een persoon binnen het telemarketingbedrijf of een bij het gesprek aanwezig familielid van de consument. Dat Tros nooit heeft bevestigd dat het gesprek door de consument is opgenomen, zoals Pretium zelf aanhaalt als omstandigheid iii), onderstreept dat die alternatieve scenario's op zijn minst denkbaar zijn en dat de twijfels die Pretium ontleent aan het feit dat het gesprek vanaf het eerste moment is opgenomen, ongegrond zijn.

4.17. De onder iii), iv), v), vi) en vii) bedoelde omstandigheden houden allemaal in dat Pretium bepaalde informatie over het gesprek mist. Dat gebrek aan informatie kan de gestelde niet-authenticiteit uiteraard niet ondersteunen. Als Pretium heeft bedoeld te betogen dat het feit dat Tros de bedoelde informatie niet heeft willen verstrekken, suggereert dat Tros de niet-authenticiteit wil verhullen, kan dat niet leiden tot een andere conclusie. Het niet-verstrekken van de informatie wordt namelijk verklaard door het terechte beroep van Tros op bronbescherming (zie hiervoor r.o. 4.13). Dat de privacy van de consument niet zou zijn geschonden als Tros de naam van de callcentermedewerker zou hebben genoemd, maakt dat niet anders. Denkbaar is dat informatie over de identiteit van de callcentermedewerker het voor Pretium makkelijker maakt om de bron te achterhalen.

4.18. Verder heeft Pretium aangevoerd dat het gesprek in strijd is 'met alle regels die bij Pretium voor telemarketing gelden' en met het callscript dat Pretium hanteert (onder viii). Tros heeft terecht opgemerkt dat Pretium die stelling niet heeft onderbouwd door overlegging van de bedoelde regels en callscripts. Evenmin heeft Pretium inzicht gegeven in de wijze waarop zij waarborgt dat callcentermedewerkers zich aan de gestelde regels en callscripts houden. Het hof kan daarom niet beoordelen in hoeverre de stelling juist is, terwijl Pretium de gestelde niet-authenticiteit van het gesprek juist op dit punt wel had kunnen onderbouwen. Die onderbouwing was nodig, mede omdat – zoals ook de rechtbank heeft opgemerkt – Pretium niet heeft gesteld dat de in het gesprek gedane mededelingen, zoals die over het abonnementsbedrag, onjuist zijn en Pretium ook niet concreet heeft laten zien dat er wendingen in het gesprek zitten die kunnen duiden op manipulatie van de opname. Bovendien heeft Pretium zelf naar voren gebracht dat het telemarketinggesprek mogelijk is gevoerd door een callcenter dat niet aan de strenge eisen van Pretium voldeed en waarmee Pretium inmiddels de banden heeft verbroken (memorie van grieven, paragraaf 52). Daaruit volgt dat ook als zou worden aangenomen dat het gesprek is gevoerd in strijd met de regels of callscripts van Pretium, dat gegeven ook in de visie van Pretium niet zonder meer meebrengt dat het gesprek niet-authentiek is.

4.19. Wat betreft de duur van het gesprek kan zonder nadere onderbouwing niet worden aangenomen dat die zo uitzonderlijk is dat de authenticiteit van het gesprek daardoor in twijfel wordt getrokken. Het enkele feit dat een telemarketeer 'resultaten zou willen boeken' is daarvoor onvoldoende, alleen al omdat de duur van het gewraakte telemarketinggesprek er

ook door kan worden verklaard dat de telemarkteer het idee had een resultaat te kunnen boeken tegen de uitdrukkelijke wil van de consument als hij maar lang genoeg aanhield.

grief III

4.20. Met haar derde grief bestrijdt Pretium het oordeel van de rechtbank dat Pretium geen belang had bij haar verklaring voor recht over het feit dat Pretium niet in de gelegenheid is gesteld onderzoek te doen naar het telemarketinggesprek, ervan uitgaande dat het gesprek authentiek is. In het midden kan blijven of die grief gegrond is. Ter motivering van het belang bij de vordering voert Pretium aan dat het onderzoek nodig was om zich voor te bereiden op een weerwoord. Zoals hiervoor al is geoordeeld, heeft Tros Pretium met de brief van 29 september 2014 voldoende gelegenheid gegeven voor een weerwoord. Tros was niet verplicht om alle elementen die zij in de uitzending gebruikt, zoals het telemarketinggesprek, afzonderlijk voor te leggen aan Pretium en Pretium te vragen om een reactie op al die elementen. Een dergelijke verplichting zou, mede gelet op de in rechtsoverwegingen 4.3 tot en met 4.9 genoemde omstandigheden, naar het oordeel een te vergaande beperking van de persvrijheid meebrengen. Daaruit volgt dat Tros in dit geval ook niet verplicht was Pretium gelegenheid te geven onderzoek te doen ter voorbereiding van een weerwoord.

grief IV

4.21. Met grief 4 komt Pretium op tegen het oordeel van de rechtbank dat de vorderingen III en IV niet toewijsbaar zijn ook als Tros onrechtmatig zou hebben gehandeld door de opname van het telemarketinggesprek niet voorafgaand aan de uitzending door Pretium op echtheid te laten onderzoeken. In het midden kan blijven of die grief gegrond is. Hiervoor heeft het hof al geoordeeld dat Tros niet onrechtmatig heeft gehandeld door de opname van het telemarketinggesprek niet voorafgaand aan de uitzending door Pretium op echtheid te laten onderzoeken. Gelet daarop heeft Pretium geen belang bij de beoordeling van haar grief.

grievens V en VI

4.22. Met haar grieven 5 en 6 bestrijdt Pretium het oordeel van de rechtbank over – samengevat – de representativiteit en relevantie van het telemarketinggesprek. Ook deze grieven kunnen niet slagen.

4.23. In de uitzending wordt uitgelegd dat de wetswijziging waarbij het schriftelijkheidsvereiste is ingevoerd is bedoeld om te voorkomen dat telefonische werving niet meer leidt tot een abonnement tijdens het telefoongesprek. Om het belang van die wetswijziging toe te lichten wordt in de uitzending verwezen naar klachten die Radar de afgelopen jaren had ontvangen van consumenten die tijdens een telemarketinggesprek ongewild of onbewust een overeenkomst hadden gesloten. Het gewraakte telemarketinggesprek wordt uitgezonden ter illustratie van die problematiek. Dat het telemarketinggesprek niet leidt tot een overeenkomst betekent, anders dan Pretium meent, niet dat het irrelevant is voor het schriftelijkheidsvereiste. De opname toont namelijk aan dat een consument zeer vasthoudend moet zijn om te voorkomen dat hem of haar in een telefoongesprek een overeenkomst wordt opgedrongen. Daarmee is de relevantie van het telemarketinggesprek voor het onderwerp van de uitzending gegeven.

4.24. Daar komt bij dat het niet ‘volstrekt willekeurig’ was dat Tros haar pijlen in de uitzending alleen richtte op Pretium en een telemarketinggesprek van Pretium selecteerde.

Integendeel, Tros had een goede reden om juist een telemarketinggesprek van Pretium te kiezen als illustratie bij de achtergrond van de wetswijziging. Tros heeft namelijk – als zodanig onweersproken – aangevoerd dat klachten van consumenten over telefonische werving door specifiek Pretium de directe aanleiding zijn geweest voor invoering van het schriftelijkheidsvereiste in Nederland.

4.25. Het betoog van Pretium dat het telemarketinggesprek niet representatief is voor haar werkwijze, heeft de rechtbank ook terecht verworpen. Het belangrijkste argument dat Pretium in dit kader in hoger beroep aanvoert, is dat haar wervingsmethoden voortdurend evolueren, waardoor het telemarketinggesprek, dat dateert van een aantal jaar vóór de uitzending en vóór de inwerkingtreding van de wetswijziging, niet representatief kan zijn voor de wervingsmethoden van Pretium ten tijde van de uitzending. Pretium miskent daarmee dat, zoals hiervoor is vastgesteld, Tros het telemarketinggesprek in de uitzending niet gebruikt om de op dat moment gebruikte wervingsmethode van Pretium te tonen, maar om een duidelijk voorbeeld te geven van het soort telefoongesprekken dat voor de wetgever de aanleiding is geweest om het schriftelijkheidsvereiste in te voeren.

4.26. Als Pretium heeft bedoeld te betogen dat het telemarketinggesprek ook niet representatief is voor de wervingsmethoden die zij een aantal jaren voor de wetswijziging hanteerde, moet dat worden verworpen. Pretium verwijst in dat verband naar een aantal van de hiervoor onder 4.15 genoemde omstandigheden, in het bijzonder haar regels en script (als bedoeld onder viii) en de duur van het gesprek (als bedoeld onder ix). In het licht van hetgeen Tros heeft aangevoerd over de klachten die zijn geuit over de wervingsmethoden door Pretium in die periode, is dat onvoldoende. Voor de motivering kan worden verwezen naar overwegingen onder 4.18 en 4.19.

grief VII

4.27. Met haar zevende grief bestrijdt Tros het oordeel van de rechtbank over de klachten van drie consumenten die in de uitzending voorkomen. Ook die grief is ongegrond.

4.28. In de uitzending klagen drie (familieleden van) consumenten erover dat zij naar aanleiding van een telemarketinggesprek zijn overgezet naar Pretium. Die klachten passen bij het onderwerp dat Tros in de uitzending bespreekt, te weten het schriftelijkheidsvereiste en de invulling die Pretium daaraan geeft. Het naar voren brengen van deze klachten is dan ook niet onrechtmatig. Dat Tros in de uitzending delen van brieven van consumenten laat zien met teksten zoals ‘agressieve wijze van verkoop’ en ‘misleid’, kan niet leiden tot een ander oordeel. Het staat Tros vrij om die teksten te tonen om duidelijk te maken hoe de wervingsmethoden van Pretium kunnen overkomen op consumenten en daarmee wat het belang is van het schriftelijkheidsvereiste. Tros was al daarom niet verplicht om afstand te nemen van de in de teksten gebruikte kwalificaties. Bovendien zal het voor de kijker voldoende duidelijk zijn dat de teksten die in beeld komen, niet afkomstig zijn van Tros maar van consumenten.

4.29. De opmerking van de presentatrice dat een van de consumenten na het telefoongesprek ‘aan een abonnement vast’ zat, maakt de uitzending ook niet onrechtmatig. Gelet op de rest van de uitzending is duidelijk dat daarmee werd bedoeld dat de consument in het telefoongesprek een overeenkomst was aangegaan. Dat is precies wat Pretium beoogde met haar invulling van het schriftelijkheidsvereiste en dus niet onjuist.

4.30. Dat de betreffende consumenten voorafgaand aan het gesprek gebruik hadden kunnen maken van het bel-me-niet-register en na het gesprek gebruik hebben gemaakt van een coullance regeling van Pretium, maakt het voorgaande niet anders. Het punt dat Tros in de uitzending wil maken, is juist dat Pretium een schriftelijke opt-in regeling zou moeten hanteren, in plaats van opt-out mogelijkheden bieden. Bovendien heeft Tros terecht en onweersproken opgemerkt dat in de uitzending uitdrukkelijk is gemeld dat de overeenkomsten met de klagers zijn geannuleerd.

4.31. Het betoog van Pretium dat Tros haar de gelegenheid had moeten bieden te reageren op de klachten en, ter voorbereiding daarop, de klachten te onderzoeken, kan niet leiden tot een ander oordeel. Zoals hiervoor is geoordeeld, heeft Tros Pretium voldoende gelegenheid geboden te reageren op de essentie van de uitzending en was Tros niet verplicht om alle filmpjes die zij in de uitzending heeft gebruikt, zoals de interviews met de klagers, afzonderlijk voor te leggen aan Pretium.

grief VIII

4.32. Met haar achtste grief klaagt Pretium over het oordeel van de rechtbank over de wijze waarop Pretium gelegenheid heeft gekregen voor een weerwoord.

4.33. Hiervoor is al geoordeeld dat het betoog van Pretium dat zij de gelegenheid had moeten krijgen om voorafgaand aan de uitzending of in de uitzending te reageren op het telemarketinggesprek en de klachten van drie consumenten ongegrond is. Dat geldt ook voor zover het betoog betrekking heeft op de in de uitzending verwerkte interviews met deskundigen. Mede gelet op het fundamentele recht van Tros om de uitzending in te kleden op de door haarzelf gewenste wijze, was het voldoende dat Tros de visie van Pretium presenteerde naast de interviews met de deskundigen en was het niet onrechtmatig dat Tros Pretium niet nog heeft laten reageren op die interviews.

4.34. Het feit dat Tros in de uitzending niet heeft vermeld dat Pretium in haar reactie ook had opgemerkt dat het om nieuwe regelgeving gaat en dat bij diverse partijen vragen leefde over de uitleg van het schriftelijkheidsvereiste, maakt de uitzending niet onrechtmatig. Het belangrijkste onderdeel van de reactie betrof de invulling door Pretium van het schriftelijkheidsvereiste en de redenen die Pretium daarvoor aanvoerde. Die kern van de reactie is op voldoende duidelijke wijze in de uitzending getoond. Daar komt bij dat in de uitzending uitdrukkelijk wordt vermeld dat het om nieuwe regelgeving gaat. Bovendien is gesteld nog gebleken dat ook andere partijen dan Pretium meenden dezelfde invulling te kunnen geven aan het schriftelijkheidsvereiste als Pretium. In het licht daarvan kan niet worden aangenomen dat in de markt inderdaad onduidelijk was dat niet kon worden voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste door de consument tijdens het wervingsgesprek op een toets te laten drukken.

grieven IX, X en XI

4.35. Mede gelet op het voorgaande zijn ook de overige grieven van Pretium ongegrond. Hiervoor is al geoordeeld dat de beschuldiging dat klanten ongewild of onbewust worden omgezet naar Pretium voldoende steun vond in het beschikbare feitenmateriaal en dat het er bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de uitzending niet om gaat of Pretium daadwerkelijk een onjuiste invulling heeft gegeven aan het schriftelijkheidsvereiste, maar of Tros voldoende grond had voor haar kritiek daarop. Aan die relatief lage drempel is

onmiskenaar voldaan. Grief IX slaagt dus niet.

4.36. Het betoog van Pretium dat Tros met haar brief van 29 september 2014 Pretium bewust heeft willen weerhouden van het geven van weerwoord op andere onderdelen van de uitzending dan de invulling van het schriftelijkheidsvereiste, heeft de rechtbank terecht gepasseerd. Hiervoor is immers al geoordeeld dat Tros met die brief Pretium voldoende gelegenheid voor weerwoord heeft gegeven. Grief X kan dus ook geen doel treffen.

4.37. Grief XI maakt bezwaar tegen de afwijzing van de vorderingen. Uit het voorgaande volgt dat die afwijzing terecht is, dus ook laatste grief kan niet slagen.

conclusie

4.38. Nu de grieven geen doel treffen, moet het bestreden vonnis worden bekrachtigd. Pretium zal als de volledig in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep. Aan de zijde van Tros worden die begroot op € 711,- aan griffierecht en € 2.682,- aan salaris advocaat (3,0 punten × tarief II), vermeerderd met eventuele nakosten.

5. Beslissing

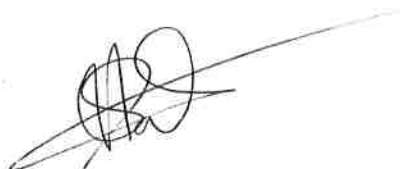
Het hof

5.1. bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag van 5 augustus 2015,

5.2. veroordeelt Pretium in de kosten van het hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Tros begroot op € 711,- aan griffierecht en € 2.682,- aan salaris advocaat, en op € 131,- aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met € 68,- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden,

5.3. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mr. P.H. Blok, mr. M.Y. Bonneur en mr. T. Ottervanger en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 27 december 2016 in aanwezigheid van de griffier.



Voor gosse aan:
Uitgegeven aan mr.
Advocaat van: app./geint.
De Griffier van het Gerechtshof
te Den Haag

H.A.J.M. van Keem