

dat de Wet Van Dam in werking zou treden een jaar na publicatie. Maar het punt is dat artikel 191 Overgangswet NBW niet werd aangepast, zodat de vraag rees of de overgangperiode nu in totaal *twee* jaar zou zijn. Dat lijkt, als men de totstandkomingsgeschiedenis van deze initiatiefwet beziet, niet de bedoeling te zijn geweest van de wetgever.⁵ Artikel III van de Wet Van Dam moet in zoverre dus als *lex specialis* worden gezien ten opzichte van artikel 191 Overgangswet NBW. Een reparatiewetje werd bij nader inzien overbodig geacht,⁶ en de kanton-

rechter sluit zich hierbij aan. Voor overeenkomsten die onder het bereik van de Wet Van Dam vallen en die gesloten zijn vóór 30 november 2010, geldt sinds 1 december 2011 het nieuwe opzeggingsregime (en dat geldt *a fortiori* voor nieuw afgesloten overeenkomsten).

Prof. mr. W.H. van Boom

Hoogleraar Privaatrecht, Erasmus School of Law Rotterdam en redacteur van dit tijdschrift

Handelspraktijken

Rb. Dordrecht (sector kanton) 27 december 2012

(*mr. S.M. Lecluse-de Bruijn*)

Zaaknr. 297343 CV EXPL 12-2485

ECLI:NL:RBDOR:2012:BY8127

(*Intrum Justitia/gedaagde*)

(Zie de noot onder deze uitspraak.)

- sms-gedragscode
- niet-naleving klachtenregeling gedragscode
- beperkende werking redelijkheid en billijkheid

1. De feiten

1.1. Als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende weersproken, alsmede op grond van de inhoud van de overgelegde producties, voor zover niet betwist, staat het volgende tussen partijen vast.

1.2. Op 17 juni 2009 heeft [gedaagde] door tussenkomst van Traders B.V. met Vodafone Libertel B.V. (hierna: Vodafone) een overeenkomst gesloten voor de duur van 24 maanden ter zake van het gebruik door [gedaagde] van door Vodafone aangeboden (tele)communicatiediensten. Op de tussen partijen tot stand gekomen overeenkomst zijn algemene voorwaarden van toepassing.

1.3. De door [gedaagde] afgenomen diensten zijn door Vodafone maandelijks aan [gedaagde] gefactureerd.

1.4. Vodafone heeft op 5 juli 2009 de aansluiting dan wel de levering van haar diensten geblokkeerd, zodat [gedaagde] vanaf 5 juli 2009 geen gebruik meer kon maken van zijn mobiele telefoon.

1.5. Uit een Memo Report van Vodafone is – voor zover relevant – het volgende vermeld bij 6 juli 2009:

‘Er is een high user bar geplaatst omdat klant kosten heeft in juli van € 534,64. Uitgelegd dat deze hoge kosten te maken hebben met een content dienst. Meneer is echt

heel erg boos vanwege de kosten, en heb het hem nog proberen uit te leggen. Klant begon te schreeuwen en schelden, en heb gezegd dat een gesprek helaas niet meer mogelijk was en heb de verbinding verbroken. Klant zou morgen terugbellen ivm h bar.’

1.6. Bij brief van 7 juli 2009 heeft [gedaagde] aan Traders B.V. – voor zover relevant – geschreven:

‘Naar aanleiding van een telefoongesprek op Maandag 6 juli 2009 met een van Uw medewerkers wil ik U gaarne het volgende mededelen. (...) Na een van Uw medewerkers te hebben gebeld via de telefoon van mijn baas, werd mij tot mijn ontsteltenis medegedeeld dat mijn telefoon van nog geen 18 dagen oud was geblokkeerd, en als reden werd opgegeven dat ik ruim in de € 550,00 schuld had die ik zou hebben gemaakt in deze korte tijd, of waarmee dan ook. (...) Hopende dat dit voldoende is om ook intern op deze voor mij zeer onsmakelijke zaak in te gaan en uit te willen zoeken wat hier aan de hand is, en derhalve mij van Uw bevindingen op de hoogte wil stellen, zal ik in afwachting enig bericht Uwerzijds nog geen verdere stappen ondernemen, omdat ik persoonlijk wil begrijpen dat dit geheel op een misverstand berust.’

1.7. Het telefoontoestel van [gedaagde] heeft op 4 juli 2009 vanaf 08:05:59 uur tot 4 juli 2009 23:38:57 uur een zeer groot aantal sms-berichten verzonden naar nummer 2323. Op 4 juli 2009 heeft het telefoontoestel van [gedaagde] eveneens vanaf 08:06:01 uur tot 23:23:18 uur een zeer groot aantal sms-berichten dan wel overige content ontvangen van Mobillion.nl dan wel Mobillion B.V. Op deze sms-dienst is de Gedragscode SMS-Dienstverlening van 2008 (hierna: sms-gedragscode) van toepassing.

1.8. Vodafone heeft [gedaagde] facturen gezonden voor de betaling van de door haar geleverde diensten, waarbij de laatste factuur uitgefactureerde abonnementskosten bevat. Op grond van wanbetaling heeft Vodafone conform haar algemene voorwaarden, nadat [gedaagde] na aanmaning niet aan zijn betalingsverplichtingen voldeed,

5. Zie Loos, t.a.p.

6. Het reparatiewetje (*Kamerstukken II* 2011/12, 32 884) werd op 3 november 2011 door de Tweede Kamer als hamerstuk aangenomen (*Handelingen II* 2011/12, 19) maar werd in de Senaat 29 bij vergadering van 29 november 2011 van de agenda gehaald (*Handelingen I* 2011/12, 9).

de overeenkomst buitengerechtelijk ontbonden per 4 oktober 2009.

1.9. Vodafone heeft haar vordering verkocht aan Intrum Justitia. [gedaagde] is daarvan schriftelijk op de hoogte gesteld.

2. De vordering

2.1. Intrum Justitia vordert dat [gedaagde] bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 1184,39, vermeerderd met de wettelijke rente over een bedrag van € 953,68 vanaf 30 januari 2012 tot de dag der algehele voldoening, een en ander een bedrag van € 25 000 niet te boven gaand, alsmede dat [gedaagde] wordt veroordeeld in de proceskosten.

2.2. Naast een bedrag van € 953,68 ter zake van onbetaald gebleven facturen, vordert Intrum Justitia een bedrag van € 80,71 aan wettelijke rente tot en met 30 januari 2012 en een bedrag van € 150 aan buitengerechtelijke kosten. Intrum Justitia beperkt de eindfactuur tot 75% van de resterende abonnementstermijnen, waarbij de BTW over de eindfactuur niet aan [gedaagde] in rekening is gebracht dan wel door Intrum Justitia is gecrediteerd.

2.3. Intrum Justitia heeft haar vordering nader onderbouwd. Op de inhoud wordt hierna – voor zover van belang – nader ingegaan.

3. Het verweer

[gedaagde] heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Op de inhoud wordt hierna – voor zover van belang – nader ingegaan.

Beoordeling van het geschil

4. Tijdens de comparitie heeft [gedaagde] erkend dat hij op 17 juni 2009 met Vodafone een overeenkomst is aangegaan met een looptijd van 24 maanden. Gelet op deze gerechtelijke erkenning wordt het aanvankelijk gevoerde verweer van [gedaagde] dat hij geen overeenkomst met Vodafone op 17 juni 2009 is aangegaan verworpen.

5. Op grond van artikel 6:145 BW kan [gedaagde] alle verweermiddelen tegen de schuldvordering zelf die hij vóór de overgang van de vordering tegen Vodafone had kunnen aanvoeren aan Intrum Justitia tegenwerpen. Als meest verstrekkend verweer heeft [gedaagde] naar voren gebracht dat sprake is van oplichting dan wel bedrog dan wel dwaling op grond waarvan de overeenkomst vernietigd dient te worden. Op grond van artikel 3:51 lid 3 BW kan een beroep in rechte op een vernietigingsgrond te allen tijde worden gedaan ter afwering van een op de rechtshandeling steunende vordering of andere rechtsmaatregel. De kantonrechter begrijpt het verweer van [gedaagde] aldus dat sprake zou zijn geweest van een door de verkoper van Traders B.V. afgeleverde ‘geprepareerde’ telefoon. Intrum Justitia heeft dit betwist. Tijdens de comparitie heeft de gemachtigde van [gedaagde] vermeld hier geen bewijs van te kunnen leveren, zodat dit niet kan worden vastgesteld. De kantonrechter gaat dan

ook voorbij aan deze stelling. Voorts heeft [gedaagde] naar voren gebracht dat uit meerdere berichten op internet blijkt dat Traders B.V. en de sms-aanbieder Mobillion eerder zijn genoemd in verband met oplichtingspraktijken. Deze stelling is op zichzelf gezien onvoldoende om oplichting, bedrog of dwaling te kunnen aannemen. Het verweer van [gedaagde] wordt dan ook op dit punt als onvoldoende onderbouwd verworpen.

6. Tussen partijen staat vast dat de sms-gedragscode van 2008 van toepassing is. Bij deze sms-gedragscode is Vodafone als deelnemende partij in de zin van Operator en Service Provider vermeld. In artikel 13 lid 1 sub a, f en g is het volgende bepaald:

‘Artikel 13. Klachtenafhandeling

1. Uitgangspunten

a) SMS-dienstverleners en Content Providers zijn, met uitsluiting van de Operators en Service Providers, verantwoordelijk voor de door of via hen aangeboden SMS-diensten, en het afhandelen van klachten daarover. Afhandeling van klachten over de inhoud, werking van en communicatie over SMS-diensten van SMS-dienstverleners valt buiten de verantwoordelijkheid van de Operator of Service Provider.

(...)

f) Onverminderd het bepaalde in sub a van dit artikellid worden klachten over de facturatie door de Operators en Service Providers afgehandeld.

g) Met inachtneming van deze uitgangspunten staat het de Eindgebruiker vrij zelf de partij te kiezen waar hij/zij vragen, opmerkingen en klachten indient.’

In lid 3 onder a, c, d en e van artikel 13 is vervolgens bepaald:

‘3. Klachtenafhandeling door Operator/Service Provider

a) Meldt de Eindgebruiker zich bij de Operator of Service Provider, dan handelt deze vragen, opmerkingen en klachten van klant af met betrekking tot de door de Operator of Service Provider gestuurde factuur c.q. de in rekening gebrachte kosten, en informeert de klant/Eindgebruiker op verzoek over de kosten en frequentie van afgenomen SMS diensten van SMS dienstverleners.

b) (...)

c) Indien de klacht betrekking heeft op het beweerdelijk onterecht ontvangen van betaalde SMS-berichten, dan zijn SMS-dienstverleners gehouden desgevraagd binnen drie werkdagen aan Operators of aan de Service Providers via de desbetreffende Operator een registratie (shortcode, dienst, tijdstip van het bericht, mobiel nummer en de inhoud) te overleggen van de aanmelding, afmelding van de klant plus de volledige Premium SMS MO bericht en Premium SMS MT bericht geschiedenis voor een SMS-dienst (opmerking: bij Eenmalige diensten zoals goal alerts kunnen meerdere premium MT berichten zijn verstuurd) ten behoeve van oplossing van klachten en geschillen. Tevens zijn SMS-dienstverleners hiertoe gehouden in het kader van informatie op verzoek van de Eindgebruiker en oplossing of voorkoming van fraude.

d) Operators en Service Providers zijn gerechtigd de verkregen registratie van het aanmeld- of afmeldbericht plus het overzicht van de volledige Premium SMS MO bericht en Premium SMS MT bericht geschiedenis door te geven aan de Eindgebruiker aan wie de betreffende kosten in rekening zijn gebracht.

e) Indien de onder d) bedoelde informatie niet of niet tijdig wordt overgelegd door de SMS-dienstverlener, dan wordt de Eindgebruiker geacht geen toestemming te hebben gegeven voor de Abonnementdienst. In dat geval wordt de Eindgebruiker schadeloos gesteld door de SMS-dienstverlener. De SMS-dienstverlener is verantwoordelijk voor de terugbetaling. De Operator of Service Provider zal de SMS-dienstverlener op diens verzoek hierin assisteren. Dit laat onverlet dat de Operator of Service Provider zelfstandig kan besluiten tot terugbetaling van de ten onrechte ontvangen berichten indien de registratie niet of niet tijdig wordt overgelegd. Indien de Operator of de Service Provider tot terugbetaling overgaat, heeft deze een regresrecht op de SMS-dienstverlener.⁷

7. Tussen partijen staat vast dat [gedaagde] op 6 juli 2009 telefonisch contact heeft gehad met één van de medewerkers van Vodafone en in dat gesprek zijn ongenoegen heeft geuit over de hoge kosten. In de brief van 7 juli 2009 van [gedaagde]s aan Traders B.V. wordt verwezen naar het telefoongesprek van een dag eerder, worden de hoge kosten genoemd en wordt verzocht één en ander uit te zoeken. De inhoud van het telefoongesprek en de inhoud van de brief kunnen worden opgevat als een klacht tegen de facturatie die op grond van het bepaalde in artikel 13 lid 1 sub f van de sms-gedragscode door de Operator en Service Provider, in casu Vodafone, dient te worden afgehandeld. Dat de brief naar Traders B.V. is verzonden kan [gedaagde] niet tegengeworpen worden, omdat Traders B.V. een tussenpersoon is van Vodafone en in dat kader van Vodafone verwacht had mogen worden dat zij met haar tussenpersonen afspraken zou maken over doorzending van klachten. Bovendien blijkt uit de weergave van het telefoongesprek op 6 juli 2009 in het memo report van Vodafone dat Vodafone op dat moment al op de hoogte was van een klacht over de hoge kosten. Intrum Justitia heeft niet weersproken dat op de brief aan Traders B.V. geen actie is ondernomen, zodat de kantonrechter daarvan uit zal gaan.

8. Intrum Justitia heeft zich op het standpunt gesteld dat de sms-dienst waarvoor [gedaagde] zich aanmeldde een eenmalige sms-dienst betrof. [gedaagde] heeft dit betwist bij gebrek aan wetenschap. Op basis van de overgelegde facturen is niet zondermeer vast te stellen om wat voor soort sms-dienst het gaat. De kantonrechter is echter van oordeel dat in het midden kan blijven om wat voor soort sms-dienst het gaat, nu gelet op de zeer hoge verbruikskosten in verband met een sms-dienst kort nadat het telefoonabonnement is afgesloten alsmede gelet op de aard en inhoud van de klacht zoals die in het telefoongesprek van 6 juli 2009 en de brief van 7 juli 2009 naar voren komt het op de weg van Vodafone had gelegen om ter afhande-

ling van de klacht over de facturatie op grond van artikel 13 lid 3 van de sms-gedragscode de onderliggende registratiegegevens op te vragen bij de SMS-dienstverlener en deze tijdig te verstrekken aan [gedaagde]. Door dit destijds niet te doen en de vordering naderhand over te dragen aan Intrum Justitia, waardoor in verband met de inmiddels verstreken tijd, de volledige registratiegegevens niet meer te achterhalen zijn, kan niet gesproken worden van een (juiste) afhandeling van de klacht van [gedaagde]. [gedaagde] heeft in zijn conclusie van dupliek en tijdens de comparitie een beroep gedaan op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Gelet op voornoemde omstandigheden en het feit dat artikel 13 lid 3 sub e van de sms-gedragscode bij een abonnementdienst ervan uit gaat dat de eindgebruiker geen toestemming voor een dergelijke dienst heeft gegeven als de onderliggende registratiegegevens niet (tijdig) worden overgelegd door de SMS-dienstverlener, zou het in dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn om op basis van de tussen Vodafone en [gedaagde] afgesloten overeenkomst de kosten bij [gedaagde] in rekening te brengen. Het voorgaande brengt mee dat Vodafone onterecht is overgegaan tot buitengebruikstelling van haar diensten en dat zij zonder dat sprake was van een tekortkoming aan de zijde van [gedaagde] en dus onterecht tot ontbinding van de overeenkomst is overgegaan. De daarmee verband houdende abonnementskosten c.q. schade kunnen dan ook niet worden verhaald op [gedaagde].

9. Het voorgaande leidt ertoe dat de gevorderde hoofdsom wordt afgewezen alsmede de daarmee samenhangende gevorderde wettelijke rente en de buitengerechtigde kosten. Hetgeen partijen overigens hebben gesteld kan onbesproken blijven omdat dat niet leidt tot een ander oordeel. Intrum Justitia wordt als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten veroordeeld.

Beslissing

De kantonrechter:
wijst de vordering af;
veroordeelt Intrum Justitia in de kosten van het geding, tot op heden aan de zijde van [gedaagde] bepaald op € 300 aan salaris gemachtigde.

NOOT

1. In deze zaak wordt een consument aangesproken tot betaling van een hoog opgelopen telefoonrekening bestaande uit 'een zeer groot aantal sms-berichten' verzonden naar, en ontvangen van een premium nummer. Om aan zijn betalingsverplichting te ontkomen doet deze consument een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Dit beroep wordt gehonoreerd omdat de telefoonoperator in strijd heeft gehandeld met artikel 13 lid 3 onder e van de SMS-gedragscode.¹ De door een incassobureau gedagvaarde consument trekt aan het langste eind omdat zijn klacht over de factuur

1. Rb. Dordrecht (sector kanton) 27 december 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BY8127, *NJF* 2013, 156.

niet op de in de gedragscode aangewezen wijze is afgehandeld.² Hieruit volgt dat hij wordt geacht geen toestemming te hebben gegeven voor de betreffende dienst. Dat de operator de kosten voor deze dienst niettemin bij de consument in rekening brengt, acht de rechter naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

2. In een vergelijkbare zaak kwam de kantonrechter te Arnhem in 2008 tot eenzelfde voor de consument zeer gunstige uitspraak. Deze rechter ging echter nog verder met de vervlechting van gedragscode en contract. De door telefoonaanbieders en sms-dienstverleners contractueel verankerde bepalingen uit de SMS-gedragscode gaven in deze zaak niet slechts invulling aan de redelijkheid en billijkheid maar werden als derdenbedingen in de zin van artikel 6:253 lid 4 BW aangemerkt. De consument werd verondersteld bekend te zijn met de bepalingen uit de gedragscode en zou de daarin vervatte bescherming om niet hebben verkregen. Aan deze aannames kan mijns inziens echter worden getwijfeld en de eerstgenoemde zaak toont aan dat de gekunstelde omweg via artikel 6:253 lid 4 BW niet nodig is om de gedragscode de vereisten van redelijkheid en billijkheid te laten inkleuren.

3. De niet-naleving van de gedragscode leidt er in beide zaken toe dat de telefoonaanbieder het recht op nakoming wordt ontzegd. Dit komt neer op een weinig terughoudende toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Een dergelijke toepassing is mijns inziens echter alleszins gerechtvaardigd nu zij de, door het optreden van de ACM inmiddels verbeterde, maar in de individuele verhouding nog steeds moeizame³ handhaving van de SMS-gedragscode ten goede komt. Deze inkleuring van de open norm van artikel 6:248 lid 2 BW versterkt de gebondenheid van de telefoonoperator aan de door hem onderschreven gedragscode.⁴ Zodoende draagt de civiele rechter bij aan de handhaving van de gedragscode in individuele gevallen.⁵

Mw. mr. drs. C.M.D.S. Pavillon

Universitair docent aan het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden en redacteur van dit tijdschrift

Reclame Code Commissie & College van

Beroep 21 september 2012

Dossiernr. 2012/00544

(Gratis iPad)

(Zie de noot onder deze uitspraak.)

- *Nederlandse Reclame Code*
- *misleidende omissie*
- *essentiële informatie*
- *uitnodiging tot aankoop*

De bestreden reclame-uiting

Het betreft een banner op internet, waarin onder het logo van Oxxio staat: 'Stap nu over en krijg de nieuwe iPad!'

2. Artikel 13 lid 3 onder e van de SMS-gedragscode gaat er bij een abonnementsdienst van uit dat de eindgebruiker geen toestemming voor een dergelijke dienst heeft gegeven als de onderliggende registratiegegevens niet (tijdig) worden overgelegd door de sms-dienstverlener.
3. M. de Hek, 'De bescherming van consumenten tegen malafide sms-diensten', *TvC* 2011-3. Deze consumenten hadden zich overigens ook tot de Commissie Handhaving Gedragscode SMS-Dienstverlening kunnen wenden.
4. I. Giesen, 'Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen', in: W.J. Witteveen, I. Giesen en J.L. de Wijkerslooth, *Alternatieve regelgeving. Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging* 137e jaargang/2007-II.
5. Vgl. van dezelfde auteur, 'De omgang met en handhaving van "meervoudigheid van maatschappelijke normstelsels": een analyse van recente rechtspraak', *WPNR* 2008-6772 (paragraaf 6.4).