

arrest

IN NAAM DES KONINGS

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Leeuwarden

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.127.347/01
(zaaknummer rechtbank Noord-Nederland 128340/ HA ZA 11-589)



arrest van de eerste kamer van 13 mei 2014

in de zaak van

Telefoongids.com B.V.

gevestigd te Amsterdam,

appellante,

in eerste aanleg: gedaagde,

hierna: **Telefoongids.com**,

advocaat: mr. T.J. van Vugt, kantoorhoudend te Amsterdam,

tegen

Stichting Gilde Utrecht

gevestigd te Utrecht,

geïntimeerde,

in eerste aanleg: eiseres,

hierna: **Stichting Gilde**,

advocaat: mr. O.F.A.W. van Haperen, kantoorhoudend te Rotterdam, voor wie mr. D. Ada heeft gepleit,

1. Het geding in eerste aanleg

In eerste aanleg is geprocedeerd en beslist zoals weergegeven in het tussen partijen alsmede Koninklijke vereniging MKB-Nederland, Floryth Pascalle Schoofs als eisers en Holland Internet Group B.V. en Infosite B.V. als gedaagden gewezen vonnis van 20 februari 2013 van de rechtbank Noord-Nederland, zittingplaats Groningen.

2. Het geding in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure is als volgt:

- de dagvaarding in hoger beroep d.d. 3 mei 2013 met grieven,

- de memorie van antwoord tevens akte houdende overlegging producties, d.d. 5 november 2013,

- de pleidooien ter zitting van 22 april 2014 waarbij door beide partijen pleitnotities zijn overgelegd. Bij die gelegenheid is Telefoongids.com akte verleend voor het in geding

brenge van een nieuw stuk, te weten productie 39.

2.2 Na afloop van de pleidooien heeft het hof arrest bepaald op een kopie van het pleitdossier van Telefoongids.com

2.3 De vordering telefoongids.com luidt

" (...) bij arrest, uitvoer bij voorraad:

- I. het vonnis waarvan beroep (gedeeltelijk) te vernietigen, en (in lijn met hetgeen in eerste aanleg is aangevoerd), opnieuw rechtdoende, de vorderingen van de Stichting jegens Telefoongids.com alsnog af te wijzen;
- II. de Stichting te veroordelen om al hetgeen Telefoongids.com ter uitvoering van het bestreden vonnis aan de Stichting heeft voldaan of nog zal voldoen aan de Stichting terug te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente van de dag van betaling tot de dag van terugbetaling;
- III. de Stichting te veroordelen in de proceskosten in beide instanties, de nakosten voor de advocaat daarbij te begroten, onder de bepaling dat indien de gedingkosten niet binnen veertien dagen na de dag waarop het arrest is gewezen aan de Telefoongids.com zijn voldaan, daarover vanaf de vijftiende dag wettelijke rente verschuldigd is."

3. De verdere beoordeling in hoger beroep

De vaststaande feiten

3.1 Tussen partijen staan de volgende feiten vast als enerzijds gesteld en anderzijds onvoldoende weersproken.

3.1.1 Stichting Gilde is een kleine vrijwilligersstichting te Utrecht die zich richt op 50-plussers die zich actief voor de samenleving inzetten.

3.1.2 Telefoongids.com houdt zich bezig met de exploitatie van een telefoongids op internet.

3.1.3 Op 15 maart 2010 is mevrouw J. van den Heuvel (hierna: Van den Heuvel), directeur van Stichting Gilde, telefonisch door Telefoongids.com benaderd met betrekking tot een vermelding op www.telefoongids.com. Op dezelfde dag heeft Telefoongids.com aan Stichting Gilde per fax een offerte gestuurd, waarop, voor zover hier van belang, het navolgende staat weergegeven:

"(logo) telefoongids.com

"Offerte

Groningen, 15 maart 2010

Geachte Mevr. _____ :

Naar aanleiding van gebleken interesse doen wij u hierbij een offerte toekomen inzake een vermelding op www.telefoongids.com met de onderstaande specificaties: in het bedrijvengedeelte zult u als adverteerder te vinden zijn op bedrijfsnaam en plaats. Daarnaast wordt uw vermelding in een afwijkende kleur opgenomen. Bij uw vermelding komt een link te staan naar de internetgemeentegids, Naar routeplanner met plattegrond en tevens naar meer "info" met eventueel een link naar uw e-mail en internetadres. Daarnaast krijgt u een routerende logo-banner op 1 netnummergebied naar keuze. Verder kunt u 10 trefwoorden opgeven waaronder uw bedrijf gevonden kan worden.

Offertenummer : BEME VE (afdeling verkoop)

Verschijningsdatum : Eén maand na datum, opdracht onder voorbehoud

Maandtarief : € 150,- exclusief 19% BTW.
Abonnementspakket : Pakket A zie bovenstaande specificaties en mogelijkheden
Internetadres : www.telefoongids.com
Looptijd : looptijd 36 maanden, hierna volgt automatische verlenging
Trefwoorden : indien aanwezig, zie onderstaande zoekargumenten.

Gilde Utrecht

**Lange Smeestraat 7
3511 PS Utrecht
Telefoon 030 - 234 32 52
Telefax 030-231 37 16**

**post@gildeutrecht.nl
www.gildeutrecht.nl**

RETOURFAX 050-3681990

Voor de totstandkoming van de overeenkomst dient u zorg te dragen voor ondertekening door een bevoegd persoon. Ondergetekende verklaart op de hoogte te zijn van de onze Algemene Voorwaarden zoals gedeponeerd bij KvK Groningen (...). Genoemde prijzen zijn per maand. Abonnementen dienen 1 maand voor het verstrijken van de looptijd te worden opgezegd. Annuleringen uitsluitend per aangetekend schrijven binnen 8 dagen na ontvangst van de opdrachtbevestiging".

3.1.4 Op eveneens 15 maart 2010 heeft Van den Heuvel de van Telefoongids.com ontvangen fax voor akkoord ondertekend en aan Telefoongids.com geretourneerd. Nadien heeft een telefoongesprek tussen Telefoongids.com en Van den Heuvel plaatsgevonden, van welk gesprek door Telefoongids.com een geluidsopname is gemaakt. Dit gesprek wordt door Telefoongids.com als verificatiegesprek aangeduid.

3.1.5 Bij aangetekende brief van 17 maart 2010 heeft Telefoongids.com Stichting Gilde van harte welkom geheten als webadverteerder op Telefoongids.com.

3.1.6 Op 12 april 2010 heeft Stichting Gilde een nota ontvangen van Telefoongids.com. Diezelfde dag heeft Van den Heuvel namens Stichting Gilde aan Telefoongids.com gemaild dat zij 'het abonnement' wil stopzetten, omdat zij is geschrokken van de hoogte van het in rekening gebrachte bedrag, zich niet kan herinneren daar toestemming voor gegeven te hebben en de stichting een vrijwilligersorganisatie betreft.

3.1.7 Op 13 april 2010 heeft Van den Heuvel een tweede e-mail aan Telefoongids.com gestuurd waarin zij nogmaals reageert op de nota. In dit e-mailbericht heeft zij Telefoongids.com onder andere het volgende meegedeeld:
"dat ik van mening ben geweest dat het hier om een KPN telefoongids gaat en dat het standaard tarief gratis is".
Van de Heuvel heeft Telefoongids.com verzocht de nota te annuleren.

3.1.8 In antwoord op de afwijzende schriftelijke reactie van Telefoongids.com van 14 april 2010, heeft Van den Heuvel bij brief van 21 april 2010 Telefoongids.com onder meer als volgt bericht:

"Ik laat u weten dat er door uw callcentermedewerker opgenomen contact met St. Gilde Utrecht (vrijwilligersorganisatie) op 15 maart jl., sprake is van misleiding. Mevrouw van callcenter meldt zich

namelijk met "de Telefoongids" en daarna "ik wil even met u de gegevens checken". Daarna volgt een vraag of wij een standaard vermelding of een uitgebreide vermelding willen. Kortom u doet u voor als KPN telefoongids waarvoor een standaardvermelding gratis is. Dit heb ik ook zo met uw medewerker afgesproken. Daarna ontvang ik een fax, die ik teken in de veronderstelling dat het om een gratis standaard vermelding gaat".

Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

3.2 Stichting Gilde heeft met Koninklijke Vereniging MKB-Nederland en Floryth Pascale Schoofs (hierna gezamenlijk MKB c.s.) bij de rechtbank Noord-Nederland een procedure aanhangig gemaakt tegen Holland Internet Group B.V. en haar voormalige dochterondernemingen Telefoongids.com en Infosite B.V. (hierna gezamenlijk HIG c.s.). MKB c.s. hebben daarbij de in de dagvaarding onder I tot en met X vermelde vorderingen ingesteld. MKB c.s. hebben – samengevat en voor zover in hoger beroep van belang - gevorderd voor recht te verklaren dat i) de wijze van acquireren door HIG c.s. te kwalificeren is als een oneerlijke handelspraktijk als bedoeld in boek 6, titel 3, afdeling 3a van het Burgerlijk wetboek en ii) een natuurlijke persoon of rechtspersoon die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, middels reflexwerking een beroep toekomt op de in afdeling 3a opgenomen regeling oneerlijke handelspraktijken (door partijen aangeduid als de Wet op de Oneerlijke Handelspraktijken). MKB c.s. hebben daarnaast gevorderd dat het HIG c.s. op straffe van een dwangsom wordt verboden de in de inleidende dagvaarding genoemde handelingen te verrichten. MKB c.s. hebben ten slotte op grond van artikel 3:33 BW, en/of artikel 6:228 BW en/of 3:44 BW de vernietiging althans, op grond van artikel 6:74 BW, de ontbinding van de overeenkomst tussen Telefoongids.com en Stichting Gilde gevorderd.

3.3 In reconventie hebben HIG c.s. – eveneens samengevat weergegeven – gevorderd voor recht te verklaren dat MKB onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld en op grond daarvan aansprakelijk is voor de door HIG c.s. geleden schade, op te maken bij staat, althans een in goede justitie door de rechtbank te bepalen verklaring. Aan die vordering hebben HIG c.s. ten grondslag gelegd dat MKB door de onjuiste mededelingen op haar website en in de uitzending van TROS Opgelicht?! van 4 januari 2011 onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld.

3.4 De rechtbank heeft in conventie de gevorderde verklaringen voor recht afgewezen omdat daarin een algemene uitspraak wordt verlangd over tal van gedragingen, terwijl voor ieder van die gedragingen geldt dat de eventuele misleiding/onrechtmatigheid slechts kan worden vastgesteld in het concrete geval. In het geval van Stichting Gilde heeft de rechtbank geoordeeld dat beschermende bepalingen van de Wet op de oneerlijke handelspraktijken op haar van overeenkomstige toepassing zijn (vgl. r.o. 4.5.6 laatste volzin). De rechtbank heeft het verder passend geacht, overeenkomstig het bepaalde in artikel 6:193j BW, Telefoongids.com te belasten met het bewijs van het juist en volledig informeren van Stichting Gilde. De rechtbank heeft geoordeeld dat Telefoongids.com dit bewijs niet heeft geleverd. Naar het oordeel van de rechtbank moet worden aangenomen dat Stichting Gilde door de oneerlijke handelspraktijk bij het aangaan van de overeenkomst is uitgegaan van een onjuiste voorstelling omtrent het product, de prijs en de hoedanigheid van de contractspartner. Gelet op de inhoud van het eerste gesprek kon Telefoongids.com weten dat Stichting Gilde dwaalde en had zij Stichting Gilde hierover moeten inlichten. De rechtbank heeft de vordering tot vernietiging van de overeenkomst om die reden op grond van dwaling toegewezen. MKB c.s. zijn als de in conventie in overwegende mate in het ongelijk gestelde

partij in de kosten aan de zijde van HIG c.s. veroordeeld. In reconventie heeft de rechtbank de vordering van Telefoongids.com in reconventie afgewezen en haar veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van MKB c.s.

De grieven

3.5 Tegen de toewijzing van de vordering van Stichting Gilde in conventie heeft Telefoongids.com onder aanvoering van zes grieven hoger beroep ingesteld.

3.6 In hoger beroep gaat het, in de eerste plaats, om de vraag of Telefoongids.com door omkering van de bewijslast terecht is belast met het bewijs dat zij Stichting Gilde in het eerste gesprek juist en volledig heeft geïnformeerd (**grieven 1 en 2**). Volgens Telefoongids.com moet die vraag ontkennend worden beantwoord. Daartoe voert zij, samengevat, het volgende aan. De in artikel 6:193j lid 1 BW opgenomen regel van omkering van bewijslast is niet van toepassing. Stichting Gilde is niet te vergelijken met een consument in de zin van artikel 6:193a lid 1 onder a BW. Telefoongids.com verwijst daartoe onder andere naar het jaarverslag 2011 van Stichting Gilde. Uit dit jaarverslag blijkt volgens Telefoongids.com dat Stichting Gilde functioneert als een onderneming in de normale zin van het woord. Telefoongids.com stelt verder dat Stichting Gilde evenmin via reflexwerking een beroep op artikel 6:193j BW toekomt.

Wet op de oneerlijke handelspraktijken

3.7 Het hof overweegt hierover als volgt. De bepalingen over oneerlijke handelspraktijken als opgenomen in boek 6, titel 3 afdeling 3A van het Burgerlijk Wetboek (hierna: de Wet op de oneerlijke handelspraktijken) strekken tot implementatie van Richtlijn 2005/29 EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt (*PbEUL* 149, hierna: Richtlijn oneerlijke handelspraktijken). De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en daarmee de Wet op de oneerlijke handelspraktijken beogen uitdrukkelijk slechts criteria te geven voor oneerlijke handelspraktijken van handelaren jegens consumenten. De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken beoogt wat betreft de bescherming van de consument een maximumharmonisatie. De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken verhindert lidstaten niet maatregelen te nemen op een gebied waarop zij geen betrekking heeft, zoals de bescherming van een handelaar tegen oneerlijke handelspraktijken van een handelaar. De Nederlandse wetgever heeft evenwel besloten dat de Wet op de handelspraktijken alleen op consumenten van toepassing is.

3.8 In de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken wordt onder consument verstaan iedere natuurlijke persoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen. Artikel 6:193a lid 1 onder a BW definieert consument als een natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een bedrijf of een beroep. Het begrip consument dient, omdat het om de implementatie van een communautaire regeling gaat, aan de hand van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof van Justitie) autonoom te worden uitgelegd.

3.9 Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat het begrip consument restrictief moet worden uitgelegd (zie onder meer arresten van 14 maart 1991, zaak C-361/89, Pinto, ECLI:NL:XX:1991:AC3494 en 3 juli 1997, zaak C-269/95, Benincasa, ECLI:NL:XX:1997:AD4024). In het arrest Benincasa, waar het ging om de uitleg van het

begrip consument in artikel 13, eerste alinea, van het verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, heeft het Hof van Justitie uitgemaakt dat om te bepalen of een persoon de hoedanigheid heeft van consument aansluiting moet worden gezocht bij de positie van deze persoon in een bepaalde overeenkomst, rekening houdend met de aard en het doel van deze overeenkomst, en niet bij de subjectieve situatie van deze persoon. Alleen overeenkomsten die worden gesloten om te voorzien in de consumptiebehoeften van een persoon als particulier, vallen onder de bepalingen ter bescherming van de consument, die als de economisch zwakkere partij wordt beschouwd.

3.10 Naar het oordeel van het hof is geen reden om het begrip consument in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken op andere wijze uit te leggen nu dat begrip in gelijke termen is gedefinieerd als in de regelingen die aan de orde waren in genoemde arresten Pinto en Benincasa en de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, net als de richtlijn 85/577/EEG van de raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten zoals aan de orde in Pinto, strekt ter bescherming van een economische zwakkere en juridisch minder ervaren contractpartij.

3.11 De overeenkomst tussen Stichting Gilde en Telefoongids.com heeft betrekking op het vermelden van Stichting Gilde als adverteerder in het bedrijvengedeelte van Telefoongids.com. De overeenkomst voorziet derhalve niet in de consumptiebehoeften van Stichting Gilde als particulier. Stichting Gilde kan dus niet worden gekwalificeerd als consument in de zin van artikel 6:193a lid 1 onder a BW. De wet op de oneerlijke handelspraktijken is dus niet rechtstreeks van toepassing.

3.12 Het hof is verder van oordeel dat Stichting Gilde, gelet op het doel van de Wet op de oneerlijke handelspraktijken en de restrictieve uitleg van het begrip consument, niet door middel van reflexwerking bescherming kan ontnemen aan de Wet op de oneerlijke handelspraktijken. Dat Stichting Gilde geen winstoogmerk heeft, niet btw-plichtig is en voor haar inkomsten vrijwel volledig afhankelijk is van gemeentelijke subsidies is gelet op de hiervoor aangehaalde uitleg van het begrip consument niet relevant. Evenmin is relevant dat Stichting Gilde een overeenkomst heeft gesloten buiten het eigenlijke terrein van haar werkzaamheden. Dat de overeenkomst ook door een consument gesloten had kunnen worden, speelt evenmin een rol.

3.13 Ook in de wetsgeschiedenis van de Wet op de oneerlijke handelspraktijken is voor de door Stichting Gilde bepleite reflexwerking geen steun te vinden. Integendeel, in de nadere memorie van antwoord inzake de aanpassing van boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek en andere wetten aan de Richtlijn betreffende oneerlijke handelspraktijken heeft de minister destijds aangegeven dat kleine zelfstandigen die worden gedupeerd door oneerlijke handelspraktijken hiertegen kunnen optreden op basis van de bestaande mogelijkheden in het burgerlijk recht zoals onrechtmatige daad, dwaling of bedrog. Van belang is verder dat het hier niet gaat om de door de minister gesuggereerde mogelijke reflexwerking van de zwarte lijsten als opgenomen in de artikelen 6:193g en 193i BW ter invulling van de algemene onrechtmatigheidsbepaling van artikel 6:162 BW, maar om de omkering van de bewijslast zoals neergelegd in art. 6:193j BW.

3.14 Volgens de hoofdregel van artikel 150 Rv in verbinding met artikel 6:228 lid 1 BW rust de bewijslast met betrekking tot de feiten die een beroep op dwaling kunnen leveren op degene die zich op dwaling beroept, in dit geval Stichting Gilde. Uit de eisen van

redelijkheid en billijkheid kan een andere verdeling van bewijslast voortvloeien. Bij de toepassing van deze op de eisen van redelijkheid en billijkheid gegronde uitzonderingsbepaling is terughoudendheid geboden (vgl. HR 17 april 2009, LJN: BH2955, NJ 2009/196 en HR 9 september 2005, LJN: AT8238, NJ 2006/99). Dat Stichting Gilde, zoals zij stelt, in bewijsnood verkeert, is onvoldoende reden voor omkering van de bewijslast. Andere omstandigheden zijn door haar niet gesteld.

3.15 Uit het voorgaande volgt dat de rechtbank Telefoongids.com ten onrechte met het bewijs heeft belast dat zij Stichting Gilde voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst juist en volledig heeft geïnformeerd. De grieven 1 en 2 zijn terecht voorgedragen. Of dit ook tot vernietiging van het bestreden vonnis zal leiden zal worden gezien. In verband met de devolutieve werking van het hoger beroep, zullen bij de beoordeling van de vraag of Stichting Gilde zich terecht op dwaling heeft beroepen, de niet behandelde of verworpen weren en de niet prijsgegeven stellingen van Stichting Gilde worden betrokken.

Dwaling

3.16 Stichting Gilde stelt, kort gezegd, dat zij door Telefoongids.com bewust is misleid met betrekking tot de hoedanigheid van Telefoongids.com en de door haar aangeboden diensten. Naar aanleiding van de vragen van een callcenter medewerker van Telefoongids.com of de gegevens in de telefoongids nog klopten en of huidige de standaardvermelding volstond, dacht Stichting Gilde te maken te hebben met de bekende telefoongids van KPN, waarin zij al jaren stond vermeld. Indien zij had geweten dat het hier niet ging om de gratis standaardvermelding in de telefoongids van KPN, had zij de overeenkomst niet gesloten, aldus nog steeds Stichting Gilde.

3.17 Telefoongids.com betwist dat er tijdens het eerste telefoongesprek mededelingen zijn gedaan die als misleidend kunnen worden aangemerkt. Met **grief 3** komt Telefoongids.com op tegen het oordeel van de rechtbank dat het eerste gesprek van cruciaal belang is. Het eerste gesprek is volgens Telefoongids.com uitsluitend informierend en volledig vrijblijvend van aard en heeft daarom geen enkele, althans geen noemenswaardige juridische waarde. Deze opvatting kan naar het oordeel van het hof niet worden gevolgd. Daartoe is het volgende redengevend.

3.18 Artikel 6:228 lid 1 a BW bepaalt, voor zover hier van belang, dat een overeenkomst die is tot stand gekomen onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten, vernietigbaar is indien de dwaling is te wijten aan een inlichting van de wederpartij, tenzij deze mocht aannemen dat de overeenkomst ook zonder deze inlichting zou zijn gesloten. Artikel 6:228 lid 1 onder a BW veronderstelt dus juist dat voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst door de wederpartij een inlichting is verstrekt die de onjuiste veronderstelling heeft veroorzaakt. Bij de beoordeling van de vraag of Stichting Gilde een beroep op dwaling toekomt, speelt het eerste gesprek dus wel degelijk een cruciale rol.

3.19 Vaststaat dat de callcenter medewerker van Telefoongids.com Stichting Gilde heeft gebeld met de vraag of de vermelding in de telefoongids.com nog klopte. In dit eerste gesprek heeft de callcenter medewerker tevens gevraagd of de huidige standaardvermelding van Stichting Gilde volstond. Bij gelegenheid van pleidooi heeft de bestuurder van Telefoongids.com, de heer Van Oerle, verklaard dat de bestaande standaardvermelding in de telefoongids het vertrekpunt voor het eerste gesprek is.

3.20 Op grond van de mededelingen, of beter gezegd de vragen, van de callcenter medewerker van telefoongids.com mocht Stichting Gilde naar het oordeel van het hof ervan uitgaan dat het ging om een controle van haar standaardvermelding in de telefoongids van KPN. Stichting Gilde behoefde op grond van die mededelingen niet te verwachten, zoals Telefoongids.com betoogt, dat het ging om de vermelding van haar gegevens in het databestand van Telefoongids.com. Stichting Gilde wist immers niet, en kon ook niet weten, dat haar gegevens in het databestand van Telefoongids.com waren opgenomen. Daartoe had Stichting Gilde, zoals zij onweersproken heeft gesteld, geen opdracht of toestemming gegeven, terwijl haar gegevens al jarenlang standaard in de telefoongids van KPN waren opgenomen. Volgens Telefoongids.com ging het om een betaalde vermelding op haar website telefoongids.com waardoor Stichting Gilde beter vindbaar zou zijn. Stichting Gilde heeft de overeenkomst dus gesloten met een onjuiste voorstelling van zaken. Stichting Gilde heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat zij overeenkomst niet zou hebben gesloten, als zij de juiste stand van zaken zou hebben geweten. Het causale verband tussen de dwaling en het aangaan van de overeenkomst is door Telefoongids.com ook niet betwist. De vordering van Stichting Gilde kan daarom met succes op artikel 6:228 lid 1 sub a BW worden gebaseerd.

3.21 Telefoongids.com stelt dat een mogelijke onjuiste indruk met betrekking tot de hoedanigheid van Telefoongids.com en de door haar uitgegeven telefoongids is weggenomen door de offerte en het verificatiegesprek. Het hof begrijpt deze stelling als een beroep op artikel 6:228 lid 2 BW.

3.22 Bij de beoordeling van het beroep van Telefoongids.com op artikel 6:228 lid 2 BW wordt het volgende vooropgesteld. Degene die overweegt een overeenkomst aan te gaan, is tegenover de wederpartij gehouden om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat zij onder invloed van onjuiste veronderstellingen haar toestemming geeft, doch deze gehoudenheid gaat niet zover dat zij niet zou mogen afgaan op de juistheid van door deze wederpartij gedane mededelingen. De onjuistheid of onvolledigheid van dergelijke mededelingen rechtvaardigt in beginsel een beroep op dwaling, maar de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat de dwaling voor rekening van de dwalende behoort te blijven. De stelplicht en bewijslast hiervan rusten op de wederpartij, in dit geval dus Telefoongids.com.

3.23 In de gegeven omstandigheden, waarbij Telefoongids.com i) ervoor heeft gekozen een handels- en domeinnaam te gebruiken die lijkt op de naam van een reeds jarenlang bestaande en bekende uitgave van een gevestigde partij en ii) zich bedient van "cold calling" door callcenter medewerkers, terwijl niet is gebleken dat deze medewerkers duidelijke instructies van Telefoongids.com hebben ontvangen om eventuele onduidelijkheid inzake de identiteit van de aanbieder weg te nemen, is het gevaar voor dwaling met betrekking tot de hoedanigheid van Telefoongids.com zodanig dat de dwaling naar het oordeel van het hof alleen dan voor rekening van Stichting Gilde blijft indien de offerte en het verificatiegesprek iedere onduidelijkheid met betrekking tot de hoedanigheid van Telefoongids.com en de door haar uitgegeven telefoongids wegnemen. Dit geldt temeer nu Telefoongids.com op grond van de tegen haar ingestelde rechtszaken (vgl. producties 7, 8 en 12 Telefoongids.nl) en het aantal klachten, nog daargelaten of die klachten terecht waren, ermee bekend was dat ondernemers en ondernemingen die door haar telefonisch waren benaderd, dachten met KPN te maken te hebben.

3.24 Naar het oordeel van het hof wordt die onjuiste indruk in de offerte en het verificatiegesprek niet weggenomen. Telefoongids stelt slechts dat zij zich niet voordoet als

telefoongids.nl. Die stelling is echter gelet op hetgeen waarover is gedwaald, niet ter zake dienend. In de offerte noch in het verificatiegesprek wordt duidelijk gemaakt dat de telefoongids van Telefoongids.com iets anders is dan de bekende telefoongids van KPN. De dwaling behoort in de gegeven omstandigheden dus niet voor rekening van Stichting Gilde te blijven. Het beroep van Telefoongids.com op artikel 6:228 lid 2 BW faalt derhalve.

3.25 Het voorstaande betekent dat de rechtbank per saldo de overeenkomst tussen Telefoongids.com en Stichting Gilde terecht heeft vernietigd. De daartegen gerichte **grief 6** is tevergeefs voorgedragen. Er bestaat geen belang meer bij de afzonderlijke bespreking van de **grievens 4 en 5**.

4. De Slotsom

Het hoger beroep faalt. Het bestreden vonnis zal, onder aanpassing van gronden, worden bekrachtigd. Het hof zal Telefoongids.com als de (overwegend) in het ongelijk te stellen partij in de kosten van het hoger beroep veroordelen. De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van Stichting Gilde zullen worden vastgesteld voor salaris advocaat overeenkomstig het liquidatietarief op € 2.682,- (3 punten in tariefgroep II). Het hof ziet, gelet op de beperkte omvang van het hoger beroep, geen reden om in te gaan op het verzoek van Stichting Gilde om de hoogste staffel van het liquidatietarief toe te passen.

5. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

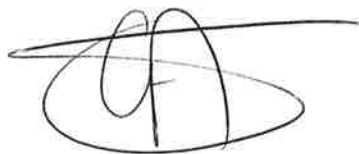
bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Noord-Nederland te Groningen van 20 februari 2013;

veroordeelt Telefoongids.com in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Stichting Gilde vastgesteld op € 2682,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en op € 683,- voor verschotten;

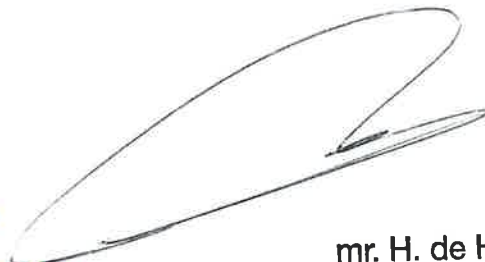
verklaart dit arrest (voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft) uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mr. R.E. Weening, mr. L. Groefsema en mr. M. Schut en is door de rolraadsheer in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op dinsdag 13 mei 2014.



Uitgegeven voor grosse
op 13/5/14
door de griffier van het Gerechtshof
Arnhem-Leeuwarden



mr. H. de Hek