

In naam van de Koning

vonnis



RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht, voorzieningenrechter civiel

zaaknummer / rolnummer: C/13/612983 / KG ZA 16-941 AB/EB

Vonnis in kort geding van 15 september 2016

in de zaak van

1. de vennootschap naar het recht van de Verenigde Staten van Amerika,
EDF COMMUNICATIONS LLC,
kantoorhoudend te West Hollywood, Californië, Verenigde Staten van Amerika,
2. **S**,
wonende te Los Angeles, Californië, Verenigde Staten van Amerika,
eisers bij dagvaarding van 26 augustus 2016,
advocaat mr. M.H.W. Bodelier te Amsterdam,

tegen

de stichting
STICHTING GEDRAGSCODES MOBIELE DIENSTEN,
gevestigd te Berkel en Rodenrijs,
gedaagde,
advocaat mr. A.C.M. Alkema te Amsterdam.

Eisers zullen hierna gezamenlijk EDF worden genoemd en afzonderlijk EDF Communications en **S**. Gedaagde zal worden aangeduid als de Stichting.

1. De procedure

Ter terechtzitting van 6 september 2016 heeft EDF gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding en akten wijziging eis. De Stichting heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorzieningen. Beide partijen hebben producties in het geding gebracht en het woord gevoerd aan de hand van pleitaantekeningen.

Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen.

Ter zitting waren aan de zijde van EDF aanwezig **S** (enig bestuurder van EDF Communications), bijgestaan door P. Molenaar, tolk in de Engelse taal) en mr. Bodelier. Aan de zijde van de Stichting waren aanwezig **R** (van het Loket van de Stichting) en **I** met mr. A.C.M. Alkema, mr. J.A. de Snoo en mr. B.J.H. Braeken.

C/13/612983 / KG ZA 16-941 AB/EB
15 september 2016

2

2. De feiten

2.1. EDF Communications richt zich op de ontwikkeling en het wereldwijd op de markt brengen van applicaties voor mobiele telefoons. S■■■■ is enig bestuurder van EDF Communications.

2.2. De Stichting is een privaatrechtelijke rechtspersoon, opgericht door verschillende marktpartijen. Zij heeft een aantal gedragscodes in het leven geroepen, waaronder de Gedragscode voor Betaalde Mobiel Internet Diensten (hierna: de Gedragscode).

2.3. EDF Communications heeft toegang tot de Nederlandse markt via een overeenkomst met Dimoco Europe GmbH (hierna: Dimoco), die op haar beurt een overeenkomst heeft met CM Telecom, een mobiel internet dienstverlener en deelnemer van de Stichting.

2.4. Dimoco hanteert bij haar dienstverlening algemene voorwaarden. In artikel 11.2 van de tussen EDF Communications en Dimoco gesloten overeenkomst heeft EDF Communications verklaard dat zij de algemene voorwaarden van Dimoco, die op de persoonlijke webpagina van EDF bij Dimoco zijn geplaatst, heeft gelezen en geaccepteerd. Ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met EDF Communications golden de voorwaarden van 26 april 2010. Nadien, met ingang van 15 januari 2016, heeft Dimoco de algemene voorwaarden gewijzigd, waarbij de eerdere voorwaarden als geheel zijn vervangen. Beide sets voorwaarden stellen de naleving van 'Country Specific Regulations' verplicht. In artikel 1.1 van de algemene voorwaarden van 15 januari 2016 zijn 'Country Specific Regulations' als volgt gedefinieerd:

"These are country-specific regulations as well as Operator-specific requirements that the Customer (EDF, vzt.) must observe and/or abide by in the provision of the Goods & Services (de dienstverlening van EDF aan de eindgebruiker, vzt.) and which DIMOCO makes available on My DIMOCO (de persoonlijke webpagina van de klant bij Dimoco, vzt.) (...)"

2.5. Op 27 februari 2015 heeft EDF Communications zich als *content provider* (aanbieder van mobiel internet- en/of SMS-diensten aan de consument) digitaal geregistreerd bij de Stichting. De registratie is verricht door een medewerker van EDF Communications, met gebruikmaking van het e-mailadres compliance@edfmedia.com. Op het registratieformulier is het vakje aangevinkt waarbij de *service provider* zich akkoord verklaart met, en verplicht om te allen tijde te voldoen aan de Gedragscode. De Gedragscode is op het aanvraagformulier direct te downloaden, zowel in het Nederlands als in het Engels. De medewerker van EDF Communications heeft het in het registratieformulier gevraagde identiteitsbewijs van S■■■■ ge-upload en de kosten van de registratie voldaan met de creditcard van het bedrijf.

C/13/612983 / KG ZA 16-941 AB/EB
15 september 2016

3

2.6. Het bestuur van de Stichting heeft een Commissie Handhaving (hierna: de Commissie) ingesteld die op basis van een reglement de naleving van de gedragscodes handhaaft. Een ander orgaan van de Stichting, het Loket, doet onderzoek naar marktpartijen en legt verzoeken tot handhaving voor aan de Commissie.

2.7. Het Loket heeft onderzoek gedaan naar EDF Communications en op 20 mei 2016 een verzoek tot handhaving gedaan aan de Commissie, omdat EDF Communications geen gebruik maakt van het in de Gedragscode voorgeschreven scherm dat aanbieders van mobiele internetdiensten, wanneer bij hen een bestelling wordt geplaatst, aan de consument moeten tonen om duidelijk te maken dat deze door het plaatsen van de bestelling een betalingsverplichting op zich neemt.

3. Het geschil

3.1. EDF vordert, na wijziging van eis, kort gezegd:

- (i) de Stichting en al haar organen te verbieden om enige uitspraak te doen over EDF of zich anderszins publiekelijk negatief uit te laten over EDF dan wel enige maatregel of sanctie aan EDF op te leggen of haar te belemmeren in haar dienstverlening, totdat onherroepelijk in rechte vaststaat dat EDF aan de gedragscode is gebonden en dat deze niet in strijd is met de Mededingingswet, en eventueel reeds gedane uitingen in te trekken en belemmeringen ongedaan te maken;
 - (ii) de Stichting te bevelen aan EDF afschrift te verstrekken van alle onder randnummer 4.6 van de dagvaarding opgesomde bescheiden;
- alles op straffe van dwangsommen en met veroordeling van de Stichting in de proceskosten.

3.2. De Stichting voert verweer.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. De vordering, die strekt tot het opleggen van een verbod, is in kort geding toewijsbaar indien voldoende aannemelijk is dat het verbod in een bodemprocedure zal worden toegewezen en indien van de eisende partij niet kan worden gevergd dat deze de uitkomst van een bodemprocedure afwacht.

4.2. EDF betwist de bevoegdheid van de Commissie of welk ander orgaan van de Stichting dan ook om een uitspraak te doen of handhavend op te treden tegenover haar, omdat EDF in haar visie niet gebonden is aan de Gedragscode. EDF vreest dat zij door de Stichting uit de markt zal worden gedrukt. De Stichting dreigt namelijk EDF op een 'zwarte lijst' te plaatsen. Concreet betekent dit dat het EDF wordt

C/13/612983 / KG ZA 16-941 AB/EB
15 september 2016

4

verboden om diensten aan eindgebruikers aan te bieden. De overige marktpartijen voor mobiel internet zullen in dat geval op hun beurt geen diensten meer mogen leveren aan EDF, omdat de uitspraak van de Commissie bindend is voor alle partijen bij de gedragscode. In elk geval alle *operators* (ondernemingen die consumenten toegang verlenen tot het mobiele netwerk in Nederland, te weten Vodafone, KPN, T-Mobile, Tele2 en Ziggo) zijn aangesloten bij de Gedragscode. Gevolg van een en ander zal zijn dat EDF in Nederland geen diensten meer kan verlenen. Zij wil voorkomen dat het zover komt.

4.3. Partijen verschillen van mening over de vraag of EDF aan de Gedragscode gebonden is. Vast staat dat EDF zich bij de Stichting heeft geregistreerd als *content provider* en dat zij daarbij een vakje heeft aangevinkt waarmee zij zich akkoord heeft verklaard met de Gedragscode en heeft verplicht tot naleving van die code. EDF stelt dat de registratie is uitgevoerd door een onbevoegde Roemeense administratieve medewerker die het Engels niet machtig is en niet begreep dat EDF door het plaatsen van het vinkje aan de Gedragscode zou zijn gebonden. Voor zover dat al juist is – kennelijk was de medewerker het Engels wel voldoende machtig om het in het Engels gestelde registratieformulier juist en volledig te doorlopen en de gevraagde informatie te *uploaden* – geldt dat de Stichting er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de medewerker tot registratie bevoegd was om EDF bij de Stichting te registreren en daarmee aan de Gedragscode te binden. Uit het gebruikte e-mailadres *compliance@edfmedia.com* mocht de Stichting afleiden dat de registratie werd verricht door een medewerker van de afdeling *compliance*. Normaal gesproken is dat de afdeling van een onderneming die ervoor zorgdraagt dat de onderneming voldoet aan de relevante wet- en regelgeving. De werknemer die de registratie heeft verricht, beschikte daarnaast over de statuten van EDF en het identiteitsbewijs van S■■■■ en heeft de registratiekosten betaald met gebruikmaking van de creditcard van EDF. Dit soort feiten en omstandigheden komen naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad voor risico van de onbevoegd vertegenwoordigde partij en daaruit kan naar verkeersopvattingen de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid worden afgeleid. Vooralsnog is dan ook aannemelijk dat EDF zich met de registratie als *content provider* bij de Stichting heeft verplicht tot naleving van de Gedragscode.

4.4. Daarnaast is voorshands voldoende aannemelijk geworden dat EDF ook via haar contract met Dimoco aan de Gedragscode gebonden is, omdat Dimoco in de door haar gehanteerde algemene voorwaarden de klant verplicht tot naleving van de *Country Specific Regulations*, waaronder de Gedragscode valt. Anders dan EDF veronderstelt, is voor de bevoegdheid van de Stichting tot controle op naleving van de Gedragscode door EDF niet vereist dat in de overeenkomst tussen EDF en Dimoco is bepaald dat de Stichting rechten kan ontleen aan de verplichting van EDF tot naleving van de Gedragscode. Die bevoegdheid vloeit immers rechtstreeks voort uit de gebondenheid van EDF aan de Gedragscode. Door zich aan te sluiten bij de Gedragscode onderwerpt een partij zich immers aan het toezicht op de naleving ervan door het Loket en aan geschillenbeslechting door de Commissie Handhaving.

C/13/612983 / KG ZA 16-941 AB/EB
15 september 2016

5

4.5. Al met al is aannemelijk dat de organen van de Stichting bevoegd zijn om te controleren of EDF voldoet aan de Gedragscode en zo nodig handhavend op te treden. Op deze grond kan het gevraagde verbod dan ook niet worden opgelegd.

4.6. Een tweede reden waarom de Stichting volgens EDF geen uitspraak over haar mag doen, is dat de wijze waarop de Stichting de Gedragscode wil toepassen in strijd zou zijn met de Mededingingswet (Mw). Op grond van artikel 6 lid 1 Mw zijn overeenkomsten tussen ondernemingen of besluiten van ondernemersverenigingen die ertoe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt wordt beperkt of verhinderd, verboden. Partijen zijn het oneens over de vraag of de Gedragscode strijd oplevert met dit kartelverbod. Aannemelijk is dat, zoals de Stichting stelt, de Gedragscode niet onder het kartelverbod valt of dat een ontheffing van het kartelverbod zal worden verleend, omdat de Gedragscode – evenals het kartelverbod – dient ter bescherming van de belangen van de consument en aannemelijk is dat de positieve effecten van de code – het voorkomen van misleiding van consumenten – groter zijn dan de concurrentiebeperkende effecten.

4.7. EDF beroept zich verder op het verbod op misbruik van een economische machtspositie. Zij is van mening dat als zij op de 'zwarte lijst' wordt geplaatst, dit een verboden gecoördineerde leveringsweigering oplevert. EDF miskent hiermee dat het plaatsen op de zwarte lijst geen tussen ondernemingen onderling afgestemde leveringsweigering oplevert en niet direct de mededinging beperkt, maar een noodzakelijk verbod behelst in verband met de handhaving van niet-mededingingsbeperkende gedragsregels, met als (mogelijk) neveneffect dat de concurrentie wordt beperkt. Daarbij komt dat niet zonder meer duidelijk is dat de Stichting een onderneming als bedoeld in artikel 24 Mw is. De Mededingingswet biedt al met al evenmin grond voor toewijzing van het gevraagde verbod.

4.8. EDF betoogt verder dat de verplichte deelname aan de Gedragscode een onaanvaardbare beperking van het recht op contractsvrijheid en partijautonomie oplevert. Anders dan EDF stelt, zijn die rechten echter niet zo sterk dat zij alleen bij wet kunnen worden beperkt. Aannemelijk is dat de – eveneens sterke – bescherming van de consument op het punt van de waarschuwing bij het aangaan van een betalingsverplichting zo zwaar weegt dat dit beperking van het recht op contractsvrijheid en partijautonomie rechtvaardigt, in het geval een partij de Gedragscode schendt.

4.9. EDF trekt de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de Stichting in twijfel. Zij stelt dat de deelnemers aan de Stichting concurrenten van EDF zijn, met elk hun eigen commerciële belangen die grotendeels tegengesteld zijn aan de commerciële belangen van EDF en dat de Stichting en de deelnemende partijen er voordeel bij hebben als aan EDF een boete wordt opgelegd omdat de Stichting mede wordt gefinancierd door die boetes. Bovendien is volgens EDF geen sprake (geweest) van een eerlijke procedure bij het Loket en de Commissie.

C/13/612983 / KG ZA 16-941 AB/EB
15 september 2016

6

4.10. Dat de procedure bij het Loket en de Commissie niet met voldoende procedurele waarborgen is omkleed, heeft EDF tegenover de gemotiveerde betwisting door de Stichting voorshands niet aannemelijk gemaakt. EDF doet de Stichting tekort wanneer zij haar afschildert als een stel ondernemingen die om oneigenlijke redenen een concurrent uit de markt kan drukken. De Stichting en de door haar vastgestelde gedragscodes zijn het resultaat van een oproep van de Minister van Economische Zaken, die maatregelen noodzakelijk achtte om het aantal klachten van consumenten over onduidelijkheden rond de kosten van internetdiensten terug te brengen. De politiek hecht veel belang aan (preventieve) zelfregulering door de Stichting, omdat handhaving achteraf door het Openbaar Ministerie en de Autoriteit Consument en Markt uitermate complex is. De Stichting en de gedragscodes genieten het vertrouwen van de Minister van Economische Zaken.

4.11. In dit verband is verder met name van belang dat de Commissie bestaat uit onafhankelijke leden, waaronder een rechter, en dat geen van de leden belangen heeft in of bij de partijen bij de Gedragscode (artikel 19 leden 2 en 3 Gedragscode). De *content provider* heeft de mogelijkheid tot het voeren van verweer (artikel 2 lid 1 Reglement Handhaving). De Commissie heeft een discretionaire bevoegdheid om een sanctie op te leggen en voordat zij over gaat tot het opleggen van een sanctie moet zij ervan overtuigd zijn dat de code is overtreden en dat het gaat om een ernstige overtreding (artikel 20 lid 1, 2 en 4 Gedragscode). Bij het opleggen van een sanctie worden de belangen van de consument en de *content provider* tegen elkaar afgewogen (artikel 4 lid 3 Reglement Handhaving). De hoorzitting is openbaar (artikel 3 lid 5 Reglement Handhaving) en de *content provider* heeft de mogelijkheid de sanctie ter toetsing voor te leggen aan de rechtbank. Voor zover er door het Loket fouten zijn gemaakt bij de uitvoering van het onderzoek of het verzoek tot handhaving, zal dat naar verwachting worden meegewogen bij de beoordeling door de Commissie.

4.12. Vooralsnog is er onvoldoende reden om aan te nemen, zoals EDF doet, dat zij geen eerlijke behandeling zal krijgen van de Commissie. Dat de Stichting marktpartijen nu reeds aanzet om niet meer met EDF samen te werken omdat EDF de Gedragscode zou hebben overtreden, heeft EDF tegenover de betwisting door de Stichting niet aannemelijk gemaakt. Er is dan ook geen sprake van dat EDF op onaanvaardbare wijze wordt overgeleverd aan de grillen van haar concurrenten.

4.13. EDF verzet zich tenslotte tegen het handhavend optreden van de Stichting tegen S in persoon. De Stichting heeft toegelicht dat in geval van ernstige schendingen van de Gedragscode, waartoe zij ook het ontbreken van het verplichte waarschuwingsscherm rekent, ook de bestuurders van de ondernemingen worden aangepakt omdat de ervaring leert dat deze anders direct een andere onderneming starten om vandaaruit hun laakbare handelspraktijken voort te zetten. Gelet op deze

C/13/612983 / KG ZA 16-941 AB/EB
15 september 2016

7

toelichting kan niet worden gezegd dat er onvoldoende juridische grondslag bestaat voor een procedure tegen S. in persoon.

4.14. De slotsom is dat voorshands niet aannemelijk is geworden dat de verbodsvordering van EDF in een bodemprocedure zal worden toegewezen, zodat die vordering in kort geding niet toewijsbaar is.

4.15. EDF vordert tevens afgifte van stukken op grond van artikel 843a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Een van de vereisten waaraan moet zijn voldaan wil een vordering tot afgifte van stukken toewijsbaar zijn, is dat er sprake moet zijn van een rechtsbetrekking. EDF grondt haar vordering op onrechtmatige daad. Uit hetgeen hiervoor onder 4.2 tot en met 4.14 is overwogen, volgt dat van onrechtmatig handelen door de Stichting geen sprake is. Daarmee komt de grond aan de vordering tot afgifte te ontvallen, zodat de vordering tot afgifte eveneens zal worden afgewezen.

4.16. EDF zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van de Stichting worden begroot op:

- griffierecht	€	619,00
- salaris advocaat		816,00
Totaal	€	1.435,00

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. weigert de gevraagde voorzieningen,

5.2. veroordeelt EDF in de proceskosten, aan de zijde van de Stichting tot op heden begroot op € 1.435,00,

5.3. verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is geweest door mr. A.J. Beukenhorst, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. E. van Bennekom, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 15 september 2016.

UITGEGEVEN VOOR GROSSE

De griffier van de
Rechtbank Amsterdam

type: eB
coll: TF