

ECLI:NL:GHARL:2013:7947

Instantie	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak	22-10-2013
Datum publicatie	25-10-2013
Zaaknummer	200.101.052-01
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Vordering ter zake van internetgebruik mobiele telefoon in een geval waarin geen mobiel internet in het abonnementstarief is inbegrepen. Vordering bedraagt over een periode van enkele dagen ruim € 4.000,-. Openbare cessie Vodafone aan Intrum Justitia. Constitutieve vereisten daarvoor zijn cessieakte en mededeling cliënt. Niet vereist is dat de akte aan de cessie vooraf gaat. Vordering afgewezen omdat niet is voldaan aan stelplicht ter zake van beweerdelijk overeengekomen (extreem hoge) tarieven bij niet in het abonnement inbegrepen internetgebruik.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Leeuwarden

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.101.052/01
(zaaknummer rechtbank Zwolle-Lelystad 175655/HA ZA 10-1246)

arrest van de tweede kamer van 22 oktober 2013

in de zaak van

Intrum Justitia B.V.,
gevestigd te 's-Gravenhage,
appellante,
in eerste aanleg: Intum Justitiaes,
hierna: **Intrum Justitia**,
advocaat: mr. M.J. Koning, kantoorhoudend te Amsterdam,

tegen

1 Aster Media Producties,
gevestigd te Emmeloord,
2. [geïntimeerde 2],
wonende te [woonplaats],
geïntimeerden,
in eerste aanleg: Aster Median,
hierna gezamenlijk te noemen: **Aster Media c.s.**,
advocaat: mr. E. Uijt de boogaardt, kantoorhoudend te Emmeloord.

Het hof neemt de inhoud van het tussenarrest van 6 maart 2012 hier over.

1 Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

1.1 Intrum Justitia heeft een memorie van grieven genomen waarvan het petitum strekt tot vernietiging van het bestreden vonnis en toewijzing alsnog van haar vordering. Hierop hebben Aster Media c.s. bij memorie geantwoord. Hun conclusie strekt tot bekrachtiging van dit vonnis. Vervolgens zijn de stukken wederom overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.

2 De verdere beoordeling

2.1 De feiten

2.1.1 Tegen de weergave van de vaststaande feiten in rechtsoverweging 2 van het bestreden vonnis van 25 mei 2011 is geen grief ontwikkeld en ook anderszins is niet van bezwaren daartegen gebleken, zodat ook in hoger beroep van die feiten zal worden uitgegaan.

Deze feiten, aangevuld met feiten die in hoger beroep zijn komen vast te staan, luiden:

2.1.2 Blijkens een op 19 mei 2008 gedateerde onderhandse akte (een zogenaamde stamakte) heeft Vodafone Libertel BV (hierna: Vodafone) aan Intrum Justitia al haar reeds bestaande en toekomstige vorderingen op naam gecedeerd.

2.1.3 Nadien, op 29 september 2008, zijn op naam van Aster Media overeenkomsten gesloten met Vodafone met betrekking tot mobiele telefonie. De beide mobiele aansluitingen betreffen een Vodafone business abonnement voor twee jaar (voice-only-abonnementen zonder data-abonnement voor mobiel internet) en zijn ingegaan op 1 oktober 2008. Daarnaast is een data-abonnement "data only op je laptop" afgesloten, dat eveneens is ingegaan op 1 oktober 2008. De drie abonnementen zijn maandelijks gezamenlijk bij Aster Media in rekening gebracht.

2.1.4 Op 20 september 2009 is de mobiele telefoon van Aster Media met nummer [telefoonnummer] gestolen. Zij heeft hiervan op 25 september 2009 melding gedaan bij Vodafone.

2.1.5 In oktober 2009 heeft Vodafone voor de periode van 21 september tot en met 24 september 2009 onder meer een bedrag van € 4.125,19 exclusief btw aan dataverkeer aan Aster Media gefactureerd.

2.1.6 Aster Media heeft de facturen van september, oktober, november en december 2009 niet voldaan. De drie overeenkomsten zijn eind 2009 beëindigd en Vodafone heeft de nog resterende abonnementstermijnen in januari 2010 aan Aster Media c.s. gefactureerd. Deze factuur is door Aster Media c.s. evenmin betaald.

2.1.7 Op 27 januari 2010 heeft Intrum Justitia per brief aan Aster Media laten weten dat zij eigenaar is geworden van de vordering van Vodafone op Aster Media c.s.

2.2 De vordering en de beslissing van de rechtbank

2.2.1 Intrum Justitia heeft met een beroep op de hiervoor onder 2.1.2 en 2.1.7 bedoelde cessie veroordeling van Aster Media c.s. gevorderd tot betaling van € 6.059,01, vermeerderd met rente en kosten. Aster Media c.s. hebben betwist dat Intrum Justitia bevoegd is tot inning van deze vordering, kort gezegd omdat op het moment dat de cessie-akte tot stand kwam Vodafone op Aster media geen bestaande vordering had en tussen hen ook nog geen rechtsverhouding bestond waaruit de thans in geding zijnde vorderingen zijn vpoortgevloeid.

2.2.2 De rechtbank heeft dit verweer gehonoreerd, onder meer overwegende dat indien sprake is van een openbare cessie als bedoeld in artikel 3:94 lid 1 BW, de beperking geldt dat toekomstige vorderingen alleen geleverd kunnen worden indien de debiteur ervan reeds bekend is. Omdat aan die voorwaarde niet is voldaan, is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake van cessie.

2.3 De grieven

2.3.1 Grief I strekt ertoe het onder 2.2.2 weergegeven oordeel te bestrijden. Aangevoerd wordt ondermeer dat in geval van openbare cessie van een toekomstige vordering niet als voorwaarde geldt dat al op het moment van opmaken van de akte van cessie bekend is welke partij (in de toekomst) de schuldenaar zal zijn.

2.3.2 Het hof leest in dit onderdeel van de grief en in de daarop betrekking hebbende toelichting in essentie geen andere relevante stellingen of verweren dan die reeds in eerste aanleg waren aangevoerd en door de rechtbank in rechtsoverweging 4.4 tot en met 4.6 gemotiveerd zijn verworpen. Het hof onderschrijft wat de rechtbank ter motivering van haar beslissing heeft overwogen en neemt die motivering over. Ter toelichting voegt het hof daar het volgende aan toe.

2.3.3 Intrum Justitia baseert haar vordering op een openbare cessie van een vordering die ten tijde van het verlijden van de stamakte nog niet bestond en ook niet zijn onmiddellijke grondslag had in een op dat moment al bestaande rechtsverhouding. Blijkens de wetsgeschiedenis is in een dergelijk geval vereist dat de (aspirant) debiteur ten tijde van het verlijden van die akte al wel bekend is (Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW, pagina 397), zoals het geval kan zijn bij openbare cessie van toekomstige vorderingen uit rekening-courant. De wet laat dus geen cessie toe van geheel toekomstige vorderingen op debiteuren die ten tijde van de cessieakte nog onbekend zijn (zogenaamd dubbel toekomstige vorderingen). Dergelijke vorderingen zijn onvoldoende bepaald in de zin van artikel 3:84 lid 2 BW.

2.3.4 De grief kan echter ook worden gelezen als een herstel van een in eerste aanleg gemaakte fout. Anders dan in de bij de rechtbank gevoerde procedure, wordt in de toelichting op de grief namelijk ook, zij het terzijde, verwezen naar een uitdraai van (het de vordering van Aster Media betreffende gedeelte van) het zogenoemde overdrachtsbestand en de daarbij horende begeleidende brief. Ter onderbouwing zijn bij memorie van grieven overgelegd een pagina van een als *overdrachtsbestand Intrum Justitia* aangeduid document waarop vorderingen op Aster Media zijn gespecificeerd en de begeleidende brief van Vodafone aan Intrum Justitia. Deze brief luidt als volgt.

" Hierbij ontvangt u conform "overeenkomst van koop, verkoop en cessie van toekomstige vorderingen op naam tussen Vodafone en vijf B.V." het overdrachtsbestand Intrum Justitia Zakelijk januari 2010, Intrum Justitia Particulier januari 2010 en Intrum Justitia Internationaal januari 2010 waarin de Vorderingen op naam vermeld staan die in overeenstemming met de voornoemde overeenkomst in de periode 1 januari 2010 t/m 31 januari 2010 aan Intrum Justitia gecedeerd zijn"

2.3.5 Aangevoerd wordt dat in dit overdrachtsbestand een overvloed aan gegevens te vinden is die zorgt voor de voldoende bepaalbaarheid van de vordering en dat dus, zo begrijpt het hof, niet sprake is van cessie van een toekomstige, maar van een bestaande, voldoende bepaalde vordering.

2.3.6 Bij de beoordeling van deze aanvullende onderbouwing van de vordering staat voorop dat een beroep wordt gedaan op een openbare cessie. Voor de totstandkoming daarvan is zowel de cessieakte als de mededeling een vereiste. Voor zover in de toelichting op de grief is bedoeld te verdedigen dat de levering is voltooid op de datum van de aan Aster Media gedane mededeling (27 januari 2010), is dat standpunt om die reden onjuist. Ten tijde van deze mededeling was de brief van 31 januari 2010 (de cessieakte) immers nog niet verzonden. Op laatstgenoemde datum werd de levering echter wel voltooid. Blijkens de wetsgeschiedenis is namelijk onverschillig in welke volgorde aan de eis van een akte en de eis van mededeling is voldaan (Parlementaire Geschiedenis Boek 3, p. 398, N.v.W.). Dat met verzending (en ontvangst) van de brief van 31 januari 2010 aan de te stellen kenbaarheidsvereisten werd voldaan, staat tussen partijen niet ter discussie.

2.3.7 De conclusie luidt dat het vorderingsrecht rechtsgeldig is overgedragen en dat de grief in zoverre doel treft. Dat betekent dat het hof de verweren van Aster Media c.s. zal moeten beoordelen voor zover die niet zijn prijsgegeven. Daaromtrent wordt het volgende overwogen.

Geen internetabonnement

2.3.8 Volgens Aster Media c.s. zijn geen kosten verschuldigd voor internetverkeer (of kosten van voortijdige beëindiging), omdat het abonnement was beperkt tot telefonie en sms-verkeer (voice-only), zonder dat daarnaast sprake was van een data-abonnement voor mobiel internet. De reactie van Intrum Justitia hierop luidt dat de telefoon ook geschikt is voor het gebruik van het internet en dat voor niet afgekochte extra diensten of voor diensten die uitkomen boven de overeengekomen bundel aanvullende kosten volgens de overeengekomen tarievenlijsten in rekening worden gebracht, zoals uit de verzonden facturen ook blijkt. Voor de extra diensten, zoals het gebruik van internet, geldt niet een vooraf overeengekomen prijs, maar een gebruikspreis, aldus Intrum Justitia. De gebruiker kan de tarieven voor deze diensten via internet of in telefoonwinkels inzien of downloaden.

2.3.9 Het hof is van oordeel dat de vordering in het licht van het gevoerde verweer hiermee onvoldoende is onderbouwd, voor zover die vordering betrekking heeft op gemaakte kosten ter zake van internetgebruik (€ 4.125,19). Intrum Justitia onderbouwt in het licht van het gevoerde verweer namelijk niet afdoende dat de verschuldigdheid van kosten voor het gebruik van dergelijke 'extra' diensten, die niet bij de abonnementsbundel zijn inbegrepen, desalniettemin tussen partijen is overeengekomen. Elke verwijzing naar enige bepaling uit de overeenkomsten of de daarbij horende algemene voorwaarden ter zake ontbreekt. Het enkele feit dat het technisch mogelijk is om met de bewuste telefoon gebruik te maken van het internet, is als onderbouwing onvoldoende, omdat de gebruiker daar niet zonder meer op bedacht hoeft te zijn. Evenmin volstaat dat een beroep wordt gedaan op het feit dat de door Vodafone in dat verband gehanteerde tarieven vrij toegankelijk zijn door raadpleging van internet of een bezoek aan een telefoonwinkel. Als dat al zo is, dan kan dit er immers niet aan afdoen dat van Intrum Justitia enige onderbouwing kan worden verlangd van haar stelling dat partijen daadwerkelijk zijn overeengekomen dat (nu de gebruikte telefoon geschikt is voor internetgebruik) voor het gebruik van het internet een afzonderlijk tarief geldt. Zodanige onderbouwing ontbreekt. Intrum

Justitia heeft juist in de inleidende dagvaarding benadrukt dat in het kader van de overeenkomsten vaste lasten zijn verschuldigd en de kosten van de gevoerde telefoongesprekken. In de conclusie van repliek spreekt zij slechts in algemene termen over 'de overeengekomen tarieflijsten'. Dat is onvoldoende, temeer omdat het hier niet gaat om vaste tarieven, die in relatie tot de voor de gesprekskosten gehanteerde tarieven disproportioneel hoog zijn. De suggestie dat de verschuldigdheid van dergelijke bijzondere tarieven een 'feit' van algemene bekendheid zou zijn (of, mocht dat zijn bedoeld: dat algemeen bekend is dat mobiele telefoons geschikt zijn voor het gebruik van het internet), zoals in de memorie van grieven nog wordt gesuggereerd, is ongefundeerd.

- 2.3.10 Voorts geldt dat geen bewijs is aangeboden van de betwiste stelling dat Vodafone en Aster Media ter zake van het gebruik van het internet enig tarief zijn overeengekomen.
- 2.3.11 De verwijzing naar het begrippen 'schade' en 'eigen schuld' in de memorie van grieven kan het hof niet plaatsens, omdat de vordering strekt tot nakoming van een overeenkomst.
- 2.3.12 Het verweer ter zake van de voor de beëindiging van de overeenkomsten in rekening gebrachte abonnementskosten, faalt. Niet ter discussie staat immers dat dergelijke kosten op grond van de overeenkomst verschuldigd zijn indien Aster Media c.s. met betrekking tot alle drie de overeenkomsten in gebreke zijn. Evenmin is bestreden dat daarvan feitelijk sprake is, ook indien rekening wordt gehouden met het voorgaande.

De hoogte van de vordering

- 2.3.13 De hoogte van (het resterende deel van) de vordering wordt betwist: Aster Media c.s. stellen dat het enkele overleggen van een factuur waaruit blijkt dat een totaal som in rekening wordt gebracht ter onderbouwing van de vordering, onvoldoende is. Naar zij stellen, heeft Intrum Justitia nog steeds niet duidelijk gemaakt hoe de vordering is opgebouwd. Uit de bij dagvaarding overgelegde stukken kan immers niet worden afgeleid op welke wijze het totaal van de resterende abonnementskosten tot stand is gekomen, aldus Aster Media c.s. Dit verweer faalt, gelet op de gedetailleerde specificatie die van de vordering is gegeven.

Dwaling

- 2.3.14 Aangevoerd wordt dat de overeenkomsten niet zouden zijn gesloten indien Aster Media c.s. ervan op de hoogte zouden zijn gesteld dat de gebruikte sim-kaarten geschikt waren om aan het mobiele internetverkeer deel te nemen. Nog daargelaten dat het belang aan dit verweer is komen te ontvallen door hetgeen hiervoor onder 2.3.9 is overwogen, is deze stelling betwist, en wordt er geen bewijs van aangeboden. Daarop strandt dit verweer.

Onvoorzien omstandigheden; redelijkheid en billijkheid

- 2.3.15 Aster Media c.s. menen dat het 'niet redelijk' is om vast te houden aan ongewijzigde contractuele rechtsverhoudingen indien deze mee zouden brengen dat voor het gebruik van mobiel internetverkeer moet worden betaald, omdat zij daarvan niet vooraf duidelijk op de hoogte zijn gesteld. Ook aan dit verweer is het belang komen te ontvallen. Voorts geldt dat het verweer onvoldoende is onderbouwd voor zover er mee is bedoeld een beroep te doen op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Voor het overige vindt een dergelijk verweer geen steun in het recht.
- 2.3.16 Voorts wordt verdedigd dat sprake is van een onvoorzienbare omstandigheid waardoor 'in alle redelijkheid' de ongewijzigde instandhouding van de contractuele rechtsverhoudingen niet mag worden verwacht. Ook aan dit verweer in het belang komen te ontvallen omdat het ziet op het gebruik van internet. Het verweer vindt bovendien geen steun in de feiten. Het gegeven dat de sim-kaarten konden worden gebruikt voor mobiel internetverkeer, is niet te beschouwen als een onvoorzienbare omstandigheid in de zin van artikel 6:258 BW.

Wetenschap Intrum Justitia en onwetendheid van Aster Media c.s.

- 2.3.17 Intrum Justitia wordt verweten dat haar rechtsvoorganger, Vodafone, de sim-kaart niet al heeft geblokkeerd op 21 september 2009, toen in een kwartier tijd voor een bedrag van € 1.500,- werd verbruikt. Aster Media c.s. beroepen zich er bovendien op, kort gezegd, dat de gebruiker van de telefoon na vermissing op 20 september 2009 op goede gronden heeft gemeend dat de telefoon wel weer zou worden teruggevonden en dat de gekozen abonnementsvorm uitsluitend mobiel bellen betrof, en niet mobiel internet. Ook als sprake was van diefstal, hoefde zij dus niet te bevroeden dat onbevoegd zou worden ingelogd op het internet. Ook aan deze verweren is het belang komen te ontvallen.

Het proefabonnement

- 2.3.18 Aster Media c.s. hebben aangevoerd dat zij onder meer een proefabonnement hebben afgesloten waarmee mobiel internetverkeer op de laptop mogelijk zou worden. Zij spreken in dit verband over een 'manco levering' en betogen dat zij dit abonnement door de 'manco levering' niet hebben kunnen opzeggen of gebruiken. Deze opmerkingen zijn zonder nadere onderbouwing, die ontbreekt, als verweer tegen de ingestelde vorderingen onbegrijpelijk.

Rente en kosten

2.3.19 De wettelijke rente wordt bestreden op grond van alle voorgaande verweren. Ten aanzien van de gevorderde kosten wordt opgemerkt dat geen werkzaamheden zijn verricht die naast de proceskostenveroordeling voor vergoeding in aanmerking komen.

Het renteverweer deelt het lot van de overige verweren, met dien verstande dat de rente bij gebreke van enige stelling omtrent de vervaldag wordt toegewezen vanaf de dag van betekening van de inleidende dagvaarding. Ook het bezwaar tegen de gevorderde buitengerechtelijke kosten wordt verworpen, omdat de desbetreffende vordering is gebaseerd op de toepasselijke algemene voorwaarden en conform de aanbevelingen van het Rapport Voorwerk II is beperkt. Deze kosten zullen wel in overeenstemming worden gebracht met het toewijsbare deel van de vordering (15%, conform de algemene voorwaarden).

2.3.20 Grief II behoeft in aanvulling op het voorgaande geen afzonderlijke bespreking.

2.4 Slotsom

2.4.1 Grief I treft deels doel, zodat het bestreden vonnis deels moet worden vernietigd. Voor het overige wordt dit vonnis bekrachtigd. Toewijsbaar is een hoofdsom van € 1.933,82 (6.059,01 - 4.125,19) en € 290,07 aan buitengerechtelijke kosten, een en ander vermeerderd met wettelijke rente vanaf 13 augustus 2010.

2.4.2 Het hof zal Intrum Justitia als de overwegend in het ongelijk te stellen partij in de kosten van het hoger beroep veroordelen. Er bestaat geen aanleiding om terug te komen op de kostenveroordeling in eerste aanleg. De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van Aster Media c.s. zullen worden vastgesteld op: € 632,- (1 punt bij tarief I).

3 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

vernietigt vonnis van de rechtbank Zwolle-Lelystad van 25 mei 2011 voor zover de vordering daarin geheel is afgewezen en opnieuw rechtdoende:

veroordeelt Aster Media hoofdelijk tot betaling van € 1.933,82 en € 290,07 aan buitengerechtelijke kosten, een en ander vermeerderd met wettelijke rente vanaf 13 augustus 2010;

wijst het meer of anders gevorderde af;

bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Zwolle-Lelystad van 25 mei 2011 voor het overige;

veroordeelt Intrum Justitia in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Aster Media c.s. vastgesteld op € 632,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en op nihil voor verschotten;

verklaart dit arrest voor zover het de hierin vermelde vernietiging en veroordelingen betreft uitvoerbaar bij voorraad;

Dit arrest is gewezen door mr. M.W. Zandbergen, mr. G. van Rijssen en mr. I. Tubben en is door de rolraadsheer in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op dinsdag 22 oktober 2013.