

Hof Amsterdam, 28 december 2006, Makelaarsland**VERGELIJKENDE RECLAME****Niet maken van een brochure en afwezigheid bij bezichtigingen zijn geen ondergeschikte aspecten en niet vermelden daarvan is misleidend**

Niet betwist is echter dat Makelaarsland geen brochure maakt (de klant dient zelf foto's en een beschrijving van het huis te maken, deze worden vervolgens op internet gepubliceerd) en niet aanwezig is bij bezichtigingen van het huis door potentiële kopers (waardoor de klant niet alleen zelf daaraan de vereiste tijd en aandacht moet spenderen maar er ook zelf voor moet zorgen dat voldaan wordt aan de zogenoemde informatieplicht). Het hof is met de voorzieningenrechter van oordeel dat Makelaarsland door deze beperkte(re) opzet van haar dienstverlening niet in de commercial te vermelden zich schuldig maakt aan misleidende reclame en sluit zich aan bij hetgeen door de voorzieningenrechter op de aangeduide plaats is overwogen. Dat het hier slechts om ondergeschikte aspecten van de door een makelaar geboden verkoopbemiddeling zou gaan vermag het hof niet in te zien, ook Makelaarsland erkent dat het rondleiden en informeren van potentiële kopers een tijdrovend aspect is van de dienstverlening van de (traditionele) makelaar.

Algemeen verbod van misleidende reclame te ruim

De grief slaagt op dit punt, met name ziet het hof onvoldoende aanleiding voor een bevel aan Makelaarsland tot staking van "iedere andere vorm van misleidende reclame ten aanzien van haar dienst" op straffe van verbeurte van een dwangsom en acht het hof het door de voorzieningenrechter geformuleerde bevel hiermee te ruim.

Rectificatie door tijdsverloop niet opportuun

Het verloop van tijd sinds de verschijning op televisie van de gewraakte commercial is inmiddels zodanig dat van een rectificatie-uitzending als remedie tegen een door de uitzending van de commercial bij het publiek gewekte onjuiste voorstelling weinig effect meer valt te verwachten.

PROCESRECHT**Nieuwe advertenties kunnen niet in hoger beroep betrokken worden**

Het hof acht het verzet van Makelaarsland tegen de eiswijziging gegrond voorzover deze betrekking heeft op een nieuwe lijn van adverteren die Makelaarsland (hangende dit hoger beroep) heeft ingezet (o.m. door middel van een advertentie in het juninummer van het magazine van de Vereniging Eigen Huis) waarin zij (onder meer) claimt woningen sneller te verkopen dan andere makelaars. De aldus bij grief 4 door X gevor-

derde voorziening berust op een nieuw feitencomplex; daaraan ligt een andere (beweerdelijk) onrechtmatige gedraging van Makelaarsland ten grondslag dan de handelwijze die de aanleiding vormde tot het debat in eerste aanleg. Makelaarsland stelt zich terecht op het standpunt dat het instellen van deze eis in hoger beroep in strijd is met de eisen van goede procesorde. Het hof zal mitsdien daaraan voorbij gaan.

Vindplaatsen: LJN: [AZ5825](#)

Zie ook: [IEPT 20061228 – Hof Amsterdam – Makelaarsland II](#), LJN: [AZ5826](#)

Hof Amsterdam, 28 december 2006

(M. Coeterier, N. van Lingen en E.E. van Tuyl van Se-rooskerken-Röell).

Arrest

in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid MAKELAARSLAND B.V.,
gevestigd te Heerhugowaard,
APPELLANTE in het principaal appel,
GEÏNTIMEERDE in het incidenteel appel,
procureur: mr. L.P. Broekveldt,
t e g e n

1. X,

wonende te Y,

2. X,

wonende te Y,

3. X,

wonende te Y,

GEÏNTIMEERDEN in het principaal appel,

APPELLANTEN in het incidenteel appel,

procureur: mr. H.J.M. Harmeling.

1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna aangeduid als Makelaarsland en X c.s. Bij dagvaarding van 8 juni 2006 is Makelaarsland in hoger beroep gekomen van een kortgedingvonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank te Alkmaar, in deze zaak onder KG nummer 06-147 gewezen tussen X als eisers en Makelaarsland als gedaagde en uitgesproken op 16 mei 2006. Bij memorie heeft Makelaarsland tegen dit vonnis vijf grieven aangevoerd en geconcludeerd dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en de vorderingen van X alsnog zal afwijzen met veroordeling van X in de kosten van het geding in beide instanties, te vermeerderen met rente. Bij memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in het incidenteel appel, hebben X de grieven van Makelaarsland bestreden, zelf vier grieven voorgesteld, hun eis vermeerderd, producties overgelegd en geconcludeerd, kort samengevat, dat het hof het vonnis waarvan beroep zal bekrachtigen voorzover daarbij de vorderingen van X zijn toegewezen en zal vernietigen voorzover daarbij de vorderingen van X zijn afgewezen en de vorderingen van X zoals in de incidentele memorie (met vermeerdering van eis) verwoord alsnog zal toewijzen, met veroordeling van Makelaarsland in de kosten van het geding in hoger beroep, zowel in het principaal als in het incidenteel

appel. Makelaarsland heeft zich bij akte verzet tegen de vermeerdering van eis. Partijen hebben de onderhavige zaak, tezamen met het executiegeschil dat bij dit hof onder rolnummer 1258/06 SKG aanhangig is, ter zitting van 24 november 2006 doen bepleiten, Makelaarsland door mr. H.J.M. Boukema, advocaat te 's-Gravenhage, en X door mr. J.K. van Hezewijk, advocaat te Amsterdam, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Van de zijde van Makelaarsland is op de memorie van grieven in het incidenteel appel gereageerd. Voorts is aan het hof bij die gelegenheid een (zich op CD-rom bij de stukken bevindende) tv-commercial getoond en zijn door Makelaarsland nog producties in het geding gebracht. Ten slotte hebben partijen arrest gevraagd op de stukken van beide instanties, waarvan de inhoud als hier ingelast geldt.

2. Grieven

Voor de grieven wordt verwezen naar de desbetreffende memories.

3. Feiten

De voorzieningenrechter heeft in het vonnis waarvan beroep onder 2, 2.1 tot en met 2.4, de feiten opgesomd die door hem bij de beoordeling van het geschil van partijen tot uitgangspunt zijn genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet bestreden en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt.

4. Beoordeling

4.1. Makelaarsland treedt op als makelaar bij de verkoop van onroerende zaken. Haar contacten met de (potentiële) huizenverkopers die van haar diensten gebruik maken lopen via internet (e-mails), telefoon en fax. Makelaarsland brengt zelf geen bezoek aan het te verkopen object, de waarde/vraagprijs van de desbetreffende woning wordt vastgesteld aan de hand van een taxatie van een door haar ingeschakelde (lokale) makelaar-taxateur. De gegevens en foto's ten behoeve van de op de Funda-site te plaatsen beschrijving van het object worden door de verkopende klant aangeleverd en die leidt zelf de potentiële kopers rond en verschaft hen informatie over de te verkopen woning.

Voor de door haar geboden dienstverlening vraagt Makelaarsland een vaste courtage van €795,-.

Op de televisie is een (groot) aantal keren een commercial van Makelaarsland uitgezonden waarin een vertrekkend cruiseschip is te zien. Op dat schip bevindt zich een groep klassiek geklede mannen met hoed in de hand die wuiven naar een eigentijds (sportief) geklede man die op de kade achterblijft. Daarbij wordt de volgende tekst uitgesproken:

“Er is een nieuwe makelaar in Nederland. Een makelaar die maar 795 euro vraagt voor welk huis dan ook, in plaats van de duizenden euro's die die andere makelaars rekenen. Dus heren: “Vaarwel”. Het is tijd voor Makelaarsland.nl, de nieuwe makelaar van Nederland.”

Op de website van Makelaarsland staat een pagina met de titel “Bereken uw voordeel”. Op deze pagina kan de bezoeker van de website na het invullen van de waarde van zijn woning aan de hand van een door Makelaarsland als gemiddeld aangemerkt courtagetarief berekenen hoeveel hij bij een andere (traditionele) makelaar aan courtage verschuldigd is. Het resultaat van

deze berekening wordt vervolgens vergeleken met het vaste tarief van Makelaarsland van €795,- waarbij de “besparing” wordt weergegeven.

4.2. X vorderen in het onderhavige geding diverse voorzieningen die er toe strekken, kort gezegd, dat Makelaarsland zich op straffe van een dwangsom onthoudt van misleidende uitingen (onder meer) op de televisie en op haar website omtrent de door haar aangeboden diensten en dat Makelaarsland voorts de reeds door haar gedane misleidende reclame-uitingen rectificeert.

De voorzieningenrechter heeft de door X gevraagde voorzieningen voor een groot deel (in iets gewijzigde vorm) toegewezen. Tegen die toewijzing van de vordering van X en de motivering waarop deze berust komt Makelaarsland in het principaal hoger beroep op.

X komen in het incidenteel hoger beroep op tegen de afwijzing van de door hen gevorderde rectificatie door middel van televisie-uitzendingen en tegen de wijze waarop de voorzieningenrechter het met een dwangsomveroordeling versterkt bevel heeft ge(her)formuleerd en vermeerderen hun eis ten aanzien van de reclame-uitingen waarvan Makelaarsland zich dient te onthouden.

4.3. De eerste grief van Makelaarsland is gericht tegen hetgeen de voorzieningenrechter in het vonnis waarvan beroep onder 4.1 tot en met 4.6 heeft overwogen. Makelaarsland betoogt dat zij wel degelijk dezelfde diensten verleent als andere NVM-makelaars.

Niet betwist is echter dat Makelaarsland geen brochure maakt (de klant dient zelf foto's en een beschrijving van het huis te maken, deze worden vervolgens op internet gepubliceerd) en niet aanwezig is bij bezichtigingen van het huis door potentiële kopers (waardoor de klant niet alleen zelf daaraan de vereiste tijd en aandacht moet spenderen maar er ook zelf voor moet zorgen dat voldaan wordt aan de zogenoemde informatieplicht). Het hof is met de voorzieningenrechter van oordeel dat Makelaarsland door deze beperkte(re) opzet van haar dienstverlening niet in de commercial te vermelden zich schuldig maakt aan misleidende reclame en sluit zich aan bij hetgeen door de voorzieningenrechter op de aangeduide plaats is overwogen. Dat het hier slechts om ondergeschikte aspecten van de door een makelaar geboden verkoopbemiddeling zou gaan vermag het hof niet in te zien, ook Makelaarsland erkent dat het rondleiden en informeren van potentiële kopers een tijdrovend aspect is van de dienstverlening van de (traditionele) makelaar. Het feit dat Makelaarsland haar diensten alleen via internet aanbiedt en dat een eventuele onjuiste voorstelling van de consument omtrent de omvang/aard van de door Makelaarsland te verlenen diensten bij het (voor het “consumeren” noodzakelijke) raadplegen van de website wordt weggelaten, doet aan het onrechtmatige karakter van de reclame-boodschap niet af. Niet te betwisten valt dat het hier om een (opvallende) reclame-uiting gaat die, op zichzelf beschouwd, de beeldvorming van de consument kan beïnvloeden. Daarbij komt dat de aanwezigheid van vereiste informatie op de site onverlet laat dat door de onjuiste en/of onvolledige boodschap van de commercial de interesse bij de poten-

tiële klant wordt gewekt en het gevaar ontstaat dat deze zich vervolgens door een onjuiste beeldvorming onvoldoende rekenschap zal geven van de naast Makelaarsland aanwezige alternatieven.

4.4. Ook de tweede grief van Makelaarsland, die gericht is tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat de prijsvergelijking op de website van Makelaarsland misleidend is, treft geen doel. X wijzen er in dit verband terecht op dat naast het onvermeld laten op de desbetreffende internet-pagina van de reeds besproken beperkte opzet van de dienstverlening waarop de vaste courtage van € 795,- betrekking heeft, op die pagina onvoldoende inzicht wordt gegeven in de herkomst van het gemiddelde tarief (van 1,9 %) waarmee wordt vergeleken en dat, voor zover het huizen betreft met een waarde van boven de €200.000,-, naar Makelaarsland niet heeft weersproken, dit gemiddelde in ieder geval onjuist is.

4.5. In de toelichting op haar derde grief voert Makelaarsland onder meer aan dat het door de voorzieningenrechter in het eerste deel van het dictum gegeven bevel te ruim geformuleerd is. De grief slaagt op dit punt, met name ziet het hof onvoldoende aanleiding voor een bevel aan Makelaarsland tot staking van "iedere andere vorm van misleidende reclame ten aanzien van haar dienst" op straffe van verbeurte van een dwangsom en acht het hof het door de voorzieningenrechter geformuleerde bevel hiermee te ruim. Dit onderdeel van het dictum zal in de hierna te geven beslissing dan ook worden verduidelijkt c.q. gewijzigd, waarbij de geciteerde passage komt te vervallen.

Voor het overige treft de grief geen doel. Artikel 10 EVRM staat beperkingen van de uitingsvrijheid toe voorzover die bij wet zijn voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van (onder meer) de bescherming van rechten van anderen. Het bevel aan Makelaarsland om de reclameboodschap te staken, die blijkens het vooroverwogene als misleidend en daarmee onrechtmatig moet worden gekwalificeerd, valt binnen de aldus getrokken grenzen.

4.6. Bij de uitkomst van het geding in eerste aanleg past een veroordeling van Makelaarsland in de proceskosten. Het feit dat het met betrekking tot de uitzending van de commercial door X gevorderde "verbod" in beperktere zin dan in eerste aanleg zal worden toegewezen brengt daarin geen verandering. Dit brengt mee dat ook de vierde grief van Makelaarsland geen doel treft.

4.7. In haar vijfde grief betoogt Makelaarsland onder meer dat een aan haar gericht verbod om de televisie-commercial uit te zenden miskent dat niet zij doch de STER de uitzendende instantie is en dat zij door de wijze waarop de voorzieningenrechter het gegeven bevel heeft geformuleerd het risico loopt om een dwangsom te verbeuren indien de commercial alsnog door anderen wordt uitgezonden, zonder dat zulks haar te verwijten valt. Het hof verwerpt dit bezwaar tegen de beslissing van de voorzieningenrechter. Uitzending door de STER heeft Makelaarsland, als opdrachtgever, in eigen hand en een eventuele heruitzending door der-

den zonder haar opdracht valt niet onder de draagwijdte van het aan Makelaarsland opgelegde "verbod".

Voor beperking van de hoogte dan wel het maximum van te verbeuren dwangsommen ziet het hof geen aanleiding: met de toegewezen hoogte wordt recht gedaan aan (de aard van) de financiële belangen die in dit geding op het spel staan.

Het betoog van Makelaarsland dat de bevolen rectificatietekst een verkeerd beeld geeft van de door haar geboden diensten moet worden verworpen. X voeren terecht aan dat over de vraag of het rondleiden van potentiële kopers tot de kern van de diensten van een verkopende makelaar behoort verschillend kan worden gedacht: vaststaat in ieder geval dat het hier, zoals gezegd, om een tijdrovend onderdeel gaat van de verkoopbemiddeling die een makelaar doorgaans voor zijn rekening neemt.

Makelaarsland betoogt ten slotte dat ook het bevel met betrekking tot de vergelijking van tarieven te ruim is. Zoals het door de voorzieningenrechter is geformuleerd is het bevel echter op adequate wijze toegespitst op het voorkomen van toekomstig onrechtmatig gedrag zoals in dit geding door X aan de orde gesteld. Van een te ruime voorziening is gelet hierop geen sprake.

4.8. In het incidenteel appel is de eerste grief van X gericht tegen de afwijzing van het gevorderde gebod tot het doen uitzenden van rectificaties op de televisie. Het hof laat in het midden of er grond was om in eerste aanleg een dergelijke (in verhouding tot de betrokken financiële belangen van drie individuele makelaars relatief kostbare) voorziening toe te wijzen. Het verloop van tijd sinds de verschijning op televisie van de gewraakte commercial is inmiddels zodanig dat van een rectificatie-uitzending als remedie tegen een door de uitzending van de commercial bij het publiek gewekte onjuiste voorstelling weinig effect meer valt te verwachten. Van een belang aan de zijde van X dat een tot dergelijke uitzendingen strekkende voorziening rechtvaardigd is gelet hierop thans geen sprake, zodat dit onderdeel van de vordering van X (ook in hoger beroep) niet toewijsbaar wordt geoordeeld. Grief 1 faalt.

4.9. Hierboven onder 4.5 is naar aanleiding van de derde grief van Makelaarsland overwogen dat het eerste onderdeel van het dictum te ruim is en opnieuw geformuleerd dient te worden. Het hof ziet geen aanleiding om de met een dwangsom versterkte veroordeling uit te breiden naar andere vormen van reclame dan de uitzending van de commercial per televisie of internet en zal de veroordeling daartoe beperken, zoals ook de voorzieningenrechter blijkens het dictum kennelijk heeft beoogd. Voorzover in (de toelichting op) de tweede grief in het incidenteel appel een ruimere strekking van de dwangsomveroordeling wordt bepleit faalt deze.

4.10. De derde en vierde grief in het incidenteel appel hebben betrekking op een door X beoogde eiswijziging in hoger beroep.

Het hof acht het verzet van Makelaarsland tegen de eiswijziging gegrond voorzover deze betrekking heeft op een nieuwe lijn van adverteren die Makelaarsland (hangende dit hoger beroep) heeft ingezet (o.m. door middel van een advertentie in het juninummer van het

magazine van de Vereniging Eigen Huis) waarin zij (onder meer) claimt woningen sneller te verkopen dan andere makelaars. De aldus bij grief 4 door X gevorderde voorziening berust op een nieuw feitencomplex; daaraan ligt een andere (beweerdelijk) onrechtmatige gedraging van Makelaarsland ten grondslag dan de handelwijze die de aanleiding vormde tot het debat in eerste aanleg. Makelaarsland stelt zich terecht op het standpunt dat het instellen van deze eis in hoger beroep in strijd is met de eisen van goede procesorde. Het hof zal mitsdien daaraan voorbij gaan.

De eiswijziging die door X in hun derde grief aan de orde wordt gesteld strekt er toe Makelaarsland te verbieden om te vermelden of suggereren dat zij het gehele verkoopproces begeleidt en de onderhandelingen doet. Dat de dienstverlening van Makelaarsland met betrekking tot de hierbedoelde aspecten van de verkoopbemiddeling tekort schiet en/of onderdoet voor die van de "traditionele" makelaars wordt door Makelaarsland bestreden en valt zonder nader feitelijk onderzoek niet met voldoende mate van zekerheid vast te stellen. Voor de toewijzing van een voorziening bij voorraad als door X gevorderd is gelet hierop onvoldoende grond.

4.11. Uit het voorgaande volgt dat de grieven in het principaal appel falen behoudens ten aanzien van de formulering van het eerste onderdeel van het dictum. De grieven in het incidenteel appel treffen geen doel. Makelaarsland zal als (hoofdzakelijk) in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het principaal appel en X in die van het incidenteel appel. Dit leidt tot de volgende beslissing.

5. Beslissing

Het hof:

in het principaal appel en in het incidenteel appel:

- vernietigt het vonnis waarvan beroep voorzover het het eerste onderdeel van het dictum betreft;
- en, in zoverre opnieuw rechtdoende,
- beveelt Makelaarsland om met onmiddellijke ingang iedere verdere uitzending of andere publicatie van de commercial te (doen) staken voor zover daarin "795 euro" wordt vermeld zonder toelichting omtrent het beperkte karakter van de aangeboden dienst, op straffe van verbeurte van een dwangsom van €50.000,- voor iedere keer dat de (gewijzigde) commercial alsnog wordt uitgezonden, of in het geval van internet, voor iedere dag dat de (gewijzigde) commercial nog beschikbaar is op internet, met een maximum aan te verbeuren dwangsommen van €500.000,- en met dien verstande dat de dwangsom pas voor het eerst zal worden verbeurd na afloop van de eerstvolgende werkdag na de dag van betekening van dit arrest;
- bekrachtigt het vonnis waarvan beroep voor het overige;
- wijst af het door X in hoger beroep anders of meer dan in eerste aanleg gevorderde;
- veroordeelt Makelaarsland in de kosten van het principaal appel tot op heden aan de zijde van X begroot op €296,- aan verschotten en €2.682,- voor salaris procureur;

- veroordeelt X in de kosten van het incidenteel appel tot op heden aan de zijde van Makelaarsland begroot op €1.341,- voor salaris procureur;
 - verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.
-