



Annotatie bij Vzngr. Rb. 's-Gravenhage 21 juli 2004 (Nationalevacaturebank.nl / CVBank)

In IER 2004-6, p. 419-420.

J.J.C. Kabel

Analoge toepassing van HR 12 maart 2004 (AbFab/xs4all) op website met klantenbestand waarbij gebruik wordt gemaakt van een ISP. Nu CV Bank tegen de aan haar kenbaar gemaakte wil van NVB adressen van klanten van NVB van de website van NVB haalt en deze vervolgens benadert met commerciële boodschappen, is sprake van inbreuk op het eigendomsrecht op het klantenbestand van NVB en derhalve van onrechtmatig handelen jegens NVB. Onderzoek naar strijd met het databankenrecht is daarom onnodig.

1. *Nationalevacaturebank.nl B.V. (NVB)*,
te Groningen,
2. [eiser sub 2],
wonende te [woonplaats],
eisers
proc.: mr. W. Taekema,
adv.: mr. Chr. A. Alberdingk Thijm te Amsterdam,
tegen
Add is Multiply 1 B.V. tevens handelend onder de naam CVBank,
te 's-Gravenhage,
gedaagde,
proc.: mr. C.J.R. van Binsbergen.

1. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 13 juli 2004 wordt in dit geding van het volgende uitgegaan:

- NVB is in 2000 begonnen met de website <http://www.nationalevacaturebank.nl>. Op die website worden werkgevers en werknemers met elkaar in contact gebracht.
 - [eiser sub 2] heeft diverse vacatures geplaatst op de website van NVB.
 - CVBank exploiteert eveneens een website, <http://www.cvbank.nl>, waarop werkgevers en werknemers met elkaar in contact worden gebracht.
 - NVB heeft van meerdere klanten klachten ontvangen. Daarin werd aangegeven dat zij zeer kort, binnen enkele minuten, na het plaatsen van een vacature op de website van NVB een commerciële email ontvingen van CVBank.
 - Ook [eiser sub 2] is op deze wijze door CVBank benaderd.
- (...)

2. De vordering, de gronden daarvoor en het verweer

(...)

3. De beoordeling van het geschil

3.1. Ter zitting heeft CVBank erkend dat zij op het internet zoekt naar adressen van werkgevers met vacatures om deze vervolgens ongevraagd te benaderen met commerciële boodschappen. Daarbij geeft CVBank aan dat de website van NVB geen blokkade bevat waardoor CVBank die website zonder problemen kan raadplegen, hetgeen zij geenszins uitsluit. Gelet op het vorenstaande is het aannemelijk dat CVBank ook adressen van de website van NVB heeft gehaald, waarvan in het onderstaande dan ook uitgegaan wordt. Tussen partijen is in geschil of een dergelijke handelwijze onrechtmatig is.

3.2. De voorzieningenrechter oordeelt daarover als volgt. Indien iemand zonder daartoe gerechtigd te zijn gebruik maakt van een goed waarop een ander een exclusief recht heeft, en hij daardoor - zoals in de regel het geval zal zijn - inbreuk maakt op dat exclusieve recht, handelt hij onrechtmatig tegenover die rechthebbende, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. In zijn arrest van 12 maart 2004 heeft de Hoge Raad (RvdW 2004, 46) beslist dat daar waar vaststaat dat een Internet Service Provider (ISP) exclusieve rechten heeft op zijn computersysteem (en klantenbestand), bedrijf X - bij gebreke van een gestelde of gebleken rechtvaardigingsgrond - tegenover de ISP onrechtmatig handelt door tegen de door hem kenbaar gemaakte wil van de ISP gebruik te maken van dat computersysteem om ongevraagd adressen van klanten van de ISP te achterhalen en deze vervolgens via emails te benaderen met commerciële boodschappen. In casu is geen sprake van een ISP met een eigen computersysteem, maar van NVB met een website met klantenbestand die gebruik maakt van een ISP. Analoog aan voornoemd arrest is de voorzieningenrechter van oordeel dat nu CVBank tegen de aan haar kenbaar gemaakte wil van NVB inbreuk maakt op het klantenbestand van NVB en dat klantenbestand het exclusieve eigendom is van NVB, CVBank onrechtmatig handelt jegens NVB.

3.3. Nu het beroep van NVB op het onrechtmatige handelen van CVBank slaagt behoeven de overige aangevoerde grondslagen - strijd met het databankenrecht en strijd met de gebruikersvoorwaarden van de website van NVB - geen behandeling meer. De vorderingen vermeld onder I, II en III zullen dan ook worden toegewezen.

3.4. NVB stelt schade te hebben geleden doordat haar medewerkers veel tijd moesten besteden aan het behandelen van klachten over de handelwijze van CVBank. Daarnaast lijdt zij reputatieschade, aangezien klanten denken dat de emails afkomstig zijn van NVB. Klanten dreigen daardoor hun abonnement niet te verlengen.

3.5. Gelet op de ter zitting aangedragen hoeveelheid klachten van klanten van NVB acht de voorzieningenrechter het aannemelijk dat NVB veel tijd heeft moeten besteden aan de behandeling van deze klachten. Tevens is het aannemelijk dat de reputatie van NVB door het handelen van CVBank is geschaad. De voorzieningenrechter oordeelt een voorschot van € 5.000,=, vermeerderd met de wettelijke rente, op een schadevergoeding dan ook op zijn plaats.

3.6. CVBank stelt dat het boetebeding in de door NVB gehanteerde gebruiksrechtovereenkomst onredelijk bezwarend is. Nu CVBank geen consument is rust de bewijslast op CVBank. Daargelaten of de gebruiksrechtovereenkomst in casu daadwerkelijk van toepassing is, is de behandeling van dit punt te gecompliceerd voor behandeling in een procedure in kort geding. De vordering tot toewijzing van een voorschot op verbeurde boetes zal dan ook worden afgewezen.

3.7. NVB stelt dat CVBank ook onrechtmatig heeft gehandeld jegens [eiser sub 2] door hem in strijd met artikel 11.7 lid 1 van de Telecommunicatiewet (Tw) ongewenste emails te sturen. CVBank voert als verweer dat [eiser sub 2] niet is benaderd als natuurlijke persoon, maar als directeur van Vitaflex. Hierdoor zou er geen strijd zijn met artikel 11.7 lid 1 Tw.

3.8. Uit artikel 1.1 sub p Tw blijkt dat onder "abonnee" wordt verstaan een natuurlijke persoon of rechtspersoon die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten. De vraag of [eiser sub 2] werd benaderd als natuurlijke persoon dan wel als directeur van Vitaflex is in casu dan ook niet relevant. Ter zitting is door NVB gesteld, hetgeen door CVBank niet is betwist, dat CVBank commerciële e-mails heeft gestuurd aan [eiser sub 2], zonder daartoe vooraf toestemming te hebben verkregen. Daarmee heeft CVBank gehandeld in strijd met artikel 11.7 lid 1 Tw en heeft zij onrechtmatig gehandeld jegens [eiser sub 2].

3.9. De voorzieningenrechter ziet aanleiding de gevorderde dwangsom te matigen en te maximeren. Voorts zal worden bepaald dat de op te leggen dwangsom vatbaar is voor matiging door de rechter, voor zover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, zulks mede in aanmerking genomen de mate waarin aan de veroordeling is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid daarvan.

3.10. De door NVB gevorderde buitengerechtelijke incassokosten zullen worden afgewezen. Onvoldoende is gebleken dat de verrichte inspanningen aan de zijde van NVB meer omvatten dan een enkele sommatie en het op gebruikelijke wijze samenstellen van het dossier. Kosten voor deze werkzaamheden behoren dan ook tot de proceskosten.

3.11. CVBank zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding.

4. De beslissing

De voorzieningenrechter:

veroordeelt CVBank:

A. om binnen twee dagen na betekening van dit vonnis, de volgende handelingen te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden:

a. het verzamelen van gegevens van enige gebruiker, waaronder [eiser sub 2], van de website, <http://www.nationalevacaturebank.nl>;

b. het ongevraagd benaderen, op welke wijze dan ook, van gebruikers, waaronder [eiser sub 2], van de website <http://www.nationalevacaturebank.nl>, waaronder mede verstaan het aanbieden van haar dienstverlening aan deze gebruikers;

B. om binnen 2 dagen na betekening van dit vonnis aan de raadsman van NVB en [eiser sub 2] opgave te doen van:

a) de namen (inclusief adressen, telefoonnummers en faxnummers) van alle personen en bedrijven die de CVBank heeft verzameld van de website

<http://www.nationalevacaturebank.nl>;

b) de namen van alle personen en bedrijven die zij aan de hand van de verzamelde gegevens van die website heeft benaderd;

C. om binnen vijf dagen na betekening van dit vonnis aan elke persoon en bedrijf die zij heeft benaderd aan de hand van de verzamelde gegevens van voornoemde website een brief te sturen met de volgende tekst, met gelijktijdige toezending van deze brieven aan de raadsman van NVB:

"Geachte heer/mevrouw,

In zijn vonnis van 21 juli 2004 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage bepaald dat wij u een brief met de volgende tekst moeten sturen.

Recentelijk hebben wij u benaderd om gebruik te maken van onze diensten. Uw gegevens hebben wij echter op onrechtmatige wijze verkregen door deze te verzamelen van de website <http://www.nationalevacaturebank.nl>. De Nationale Vacaturebank heeft ons hiervoor geen toestemming gegeven.

Wij betreuren onze handelwijze ten zeerste. Wij zullen uw gegevens vernietigen en u derhalve ook niet meer op enige wijze benaderen ter promotie van onze diensten.

Hoogachtend,

Namens de CVBank,

..... (naam)

..... (functie)"

D. om binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis aan NVB te betalen een bedrag van € 5.000,-- als voorschot, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;

E. om bij overtreding van een of meer van onder A, B en C genoemde ge- en verboden of een gedeelte daarvan te betalen aan NVB een dwangsom van € 1.000,-- per overtreding met een maximum van € 20.000,=;

veroordeelt CVBank in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van NVB en [eiser sub 2] begroot op € 1.014,40, waarvan € 703,-- aan salaris procureur, € 241,-- aan griffierecht en € 70,40 aan dagvaardingskosten;

verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

(Hoger beroep in gesteld, *bew.* .)

Annotatie

Het moet natuurlijk niet te gek worden. Hebben we pas een Databankenwet (wet van 8 juli 1999, S. 303) met allerlei subtiele afwegingen omtrent de bescherming van databanken, fietst een rechter daar dwars doorheen met een op het eerste oog eigen creatie van een eigendomsrecht op informatie. Alle bellen van de democratische rechtsstaat lijken te rinkelen. Dat dwingt tot nauwkeurige lezing. Ik citeer eerst de cruciale overwegingen uit het vonnis:

"3.2. (...) Indien iemand zonder daartoe gerechtigd te zijn gebruik maakt van een goed waarop een ander een exclusief recht heeft, en hij daardoor - zoals in de regel het geval zal zijn - inbreuk maakt op dat exclusieve recht, handelt hij onrechtmatig tegenover die rechthebbende, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. In zijn arrest van 12 maart 2004 heeft de Hoge Raad (RvdW 2004, 46) beslist dat daar waar vaststaat dat een Internet Service Provider (ISP) exclusieve rechten heeft op zijn computersysteem (en klantenbestand), bedrijf X - bij gebreke van een gestelde of gebleken rechtvaardigingsgrond - tegenover de ISP onrechtmatig handelt door tegen de door hem kenbaar gemaakte wil van de ISP gebruik te maken van dat computersysteem om ongevraagd adressen van klanten van de ISP te achterhalen en deze vervolgens via

emails te benaderen met commerciële boodschappen. In casu is geen sprake van een ISP met een eigen computersysteem, maar van NVB met een website met klantenbestand die gebruik maakt van een ISP. Analoog aan voornoemd arrest is de voorzieningenrechter van oordeel dat nu CVBank tegen de aan haar kenbaar gemaakte wil van NVB inbreuk maakt op het klantenbestand van NVB en dat klantenbestand het exclusieve eigendom is van NVB, CVBank onrechtmatig handelt jegens NVB. (...)

3.3. Nu het beroep van NVB op het onrechtmatige handelen van CVBank slaagt behoeven de overige aangevoerde grondslagen - strijd met het databankenrecht en strijd met de gebruikersvoorwaarden van de website van NVB - geen behandeling meer."

Er bestaat dus een eigendomsrecht op het klantenbestand. Negatieve reflexwerking van de recente Databankenwet is daardoor niet relevant, nadere voorwaarden aan het ontstaan van het uitsluitend recht hoeven niet te worden gesteld, noch hoeven belangen te worden afgewogen. Wat heeft de Hoge Raad echter precies gezegd in het AbFAB/XS4ALL arrest? Ik citeer:

"3.15 Middel III is gericht tegen 's hofs oordeel in de rov. 4.6.2 en 4.6.3 van zijn arrest dat uit het enkele feit dat XS4ALL rechthebbende is op haar computercapaciteit, haar transmissiecapaciteit en haar klantenbestand, niet zonder meer voortvloeit dat zij het gebruik dat Ab.Fab van haar voorzieningen maakt, kan tegenhouden. Niet ieder gebruik van de haar toekomstige voorzieningen tegen haar wil kan immers als een inbreuk op haar rechten worden beschouwd; het gaat veeleer om de vraag of het 'gebruik' door Ab.Fab van die voorzieningen, gelet op de specifieke omstandigheden van het geval, onrechtmatig is jegens XS4ALL. De aard van de dienstverlening van XS4ALL en de toenemende maatschappelijke betekenis daarvan, brengen mee dat gebruik van die voorzieningen door derden ten behoeve van verzending van die e-mailberichten, niet snel kan worden aangemerkt als strijdig met de rechten van XS4ALL. Ook al heeft XS4ALL geen wettelijke vervoersplicht, toch past het bij de publieke dienstverlening waarvan in dit geding sprake is, dat de vrijheid die XS4ALL voor zichzelf als rechthebbende/eigenaar opeist, aan zekere beperkingen is gebonden, zo overwoog het hof.

Onderdeel 1 van het middel voert daartegen in de kern aan dat de door het hof in deze overwegingen gehanteerde maatstaf onjuist is, nu sprake is van een rechtstreekse en opzettelijke inbreuk op de exclusieve rechten van XS4ALL.

3.16 Het onderdeel is gegrond. Indien iemand zonder daartoe gerechtigd te zijn gebruik maakt van een goed waarop een ander een exclusief recht heeft, en hij daardoor - zoals in de regel het geval zal zijn - inbreuk maakt op dat exclusieve recht, handelt hij onrechtmatig tegenover die rechthebbende, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Aangezien als onbestreden vaststaat dat XS4ALL exclusieve rechten heeft op haar computercapaciteit, haar transmissiecapaciteit en *haar klantenbestand (haar computersysteem) (curs. JK)*, waarvan Ab.Fab tegen de haar kenbaar gemaakte wil van XS4ALL gebruik maakt, heeft het hof, dat klaarblijkelijk van een andere maatstaf is uitgegaan, daarmee blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting."

Men lette op twee dingen: (1) wat het recht betreft: de Hoge Raad spreekt niet van een eigendomsrecht maar van een exclusief recht en (2) wat het rechtsobject betreft: zowel de overweging van het Hof, als het cassatiemiddel en dus ook de overweging van de Hoge Raad zijn gericht zijn op de voorzieningen die het functioneren van een ISP mogelijk maken. De crux zit hem in de combinatie: "haar klantenbestand (haar computersysteem)" en de bijbehorende vraag wat precies het object is van het exclusieve recht. De AG had dat als volgt omschreven:

"57) Dit Middel betreft de vraag of XS4ALL aan het vermogensrecht, namelijk als de rechthebbende met betrekking tot "haar" computer- en transmissiecapaciteit,

aanspraken kan ontlenen om anderen een gebruik daarvan dat XS4ALL onwelgevallig is, te ontzeggen. (...)

64) Zoals ik in de alinea's 59 - 61 hiervóór al liet blijken, meen ik dat er onvoldoende aanleiding is om voor het "normale" gebruik van de aan een ISP toebehorende faciliteiten - dus de toepassing van die faciliteiten voor de verzending, transmissie/opslag/en ontvangst van berichten -, af te stappen van het uitgangspunt dat dat gebruik aan die ISP is voorbehouden, en dat gebruik door derden dus in beginsel van de toestemming van de ISP afhankelijk mag worden gesteld. Ik beschouw de positie van (faciliteiten van) een ISP niet als zodanig uitzonderlijk, dat het gebruik van die faciliteiten tegen de verklaarde wens van de eigenaar in, desondanks niet als een gebruik zou mogen worden aangemerkt dat in beginsel inbreuk maakt op de aan de eigenaar voorbehouden rechten."

Het gaat de AG dus wat het recht betreft om een recht van de eigenaar en wat het rechtsobject betreft om de faciliteiten voor de verzending, transmissie/opslag/en ontvangst van berichten van een ISP die object zijn van het exclusieve eigendomsrecht. De Hoge Raad maakt daarvan iets wat mogelijk dubbelzinnig uit te leggen valt:

"haar capaciteit, haar transmissiecapaciteit en haar klantenbestand (haar computersysteem)".

Dubbelzinnig, omdat niet duidelijk wordt of het klantenbestand zelfstandig moet worden gezien of als een noodzakelijk onderdeel van de werking van het computersysteem. Ik meen dat wat tussen haakjes staat, slaat op alle drie voorafgaande begrippen en dus de tweede uitleg gevolgd moet worden, maar geef toe dat men daar anders over kan denken.

De Voorzitter maakt daar nu van:

"dat daar waar vaststaat dat een Internet Service Provider (ISP) exclusieve rechten heeft op zijn computersysteem (en (curs. JK) klantenbestand)"

en heeft aldus de woordvolgorde omgedraaid, het "klantenbestand" apart genomen en losgemaakt van de door de Hoge Raad gebezigde combinatie "klantenbestand (computersysteem)", zodat kan worden geconcludeerd dat:

"dat klantenbestand het exclusieve eigendom is van NVB"

Wat hier m.i. dus is gebeurd is dat het voor eigendom vatbare stoffelijke object (de computer-voorzieningen en inclusief de voor de werking daarvan noodzakelijke adresgegevens die het functioneren van een ISP mogelijk maken) getransformeerd is tot 'eigendom' van een onstoffelijk goed: het klantenbestand. Van *corpus mechanicum* naar *corpus mysticum* dus, om het eens anders te zeggen. Het haakje is voegwoord geworden en daarmee leek een analogie toelaatbaar. Bovendien is het open begrip exclusief recht getransformeerd tot een eigendomsrecht.

Toelaatbare analogie veronderstelt in dit geval dat de computervoorzieningen, mede gelet op het doel van de analogie toe te passen regel, op één lijn gesteld kunnen worden met het adresbestand en dat, mocht dat zo zijn, zulks ook voldoende reden is voor analoge toepassing (P.W. Brouwer e.a., *Recht, een introductie*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 625-626). Doel van de bescherming van adresbestanden als verzameling van gegevens is - zie onderstaande rechtspraak - tot dusver steeds geweest: beloning van oorspronkelijkheid of van substantiële investering. Bij bescherming door een eigendomsrecht behoeft - anders dan in filosofische zin - niet naar het doel te worden gevraagd (dat was dan ook de voornaamste reden waarom de

Hoge Raad het arrest van het Hof casseerde!). M.i. is de analogie, gelet op het woordgebruik van de Hoge Raad, dus wel begrijpelijk, maar niet geoorloofd.

Bestaat er dan misschien, los van de analogie, gelet op de rechtspraak tot dusver, een eigendomsrecht op een verzameling van gegevens (het klantenbestand) welke verzameling niet tegelijkertijd een computersysteem is of daarmee te vereenzelvigen? Anders gezegd: is het mogelijk om zonder nadere wettelijke voorwaarden, c.q. zonder afweging van de betrokken belangen in dit geval tot onrechtmatigheid te besluiten? In Vzngv Rb Rotterdam 5 december 2002, *Computerrecht* 2003-02, p. 149-153 (*Netwise/NTS*) wordt het zonder toestemming 'oogsten' op andermans website van e-mail adressen verboden wegens inbreuk op de contractvoorwaarden van de houder, zonder enige overweging omtrent een eventueel eigendomsrecht op het adressenbestand. In eerdere uitspraken over adresbestanden wordt steeds onderzocht of die bestanden voldoende oorspronkelijk zijn om in aanmerking te komen voor auteursrechtelijke bescherming (Pres. Rb. Haarlem 5 december 1989, *Informatierecht/AMI* 1990-3, p. 54-57 (*VNU Business/Speets*); Pres. Rb. Arnhem 19 januari 1990, *Informatierecht/AMI* 1990-3, p. 57-59 (*Laverman/Brinkman*), dan wel of het databankenrecht van toepassing is. Zie de voortreffelijke verzameling rechtspraak terzake in het [Dossier Databankenrecht](#) (onder redactie van P.B. Hugenholtz) en in het bijzonder de zaken [Stichting Vrije Recreatie v. Vakantieboerderij.nl](#), *KPN v. Denda International*, [Wegener et al v. Hunter Select](#), [NVM v. De Telegraaf](#) ('*Ei Cheapo*'). Geschriftenbescherming is doorgaans uit den boze omdat de adresbestanden waar het hier om gaat niet bestemd zijn om openbaar gemaakt te worden.

Conclusie? Natuurlijk deugt het niet wat CVBank doet. Maar dat had dan ook de reden moeten en kunnen zijn om het gedrag van CVBank onrechtmatig te verklaren. De gronden voor die onrechtmatigheid zouden dan gelegen kunnen zijn in de normen die zijn ontwikkeld in de rechtspraak op het gebied van het systematisch penetreren in en profiteren van de verkooporganisatie van de concurrent (zie bijv. *Onrechtmatige Daad* (oud), Deventer: Kluwer (losbl.), VIA (S.K. Martens), nr. 73a). Het min of meer uit het niets verlenen van een eigendomsrecht op een immateriële prestatie is, op het terrein van de oneerlijke mededinging – en daarom gaat het hier - waar vrijheid van handel en bedrijf uitgangspunt is (HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 191 (*Holland Nautic/Decca*)), iets wat op zijn zachtst gezegd in strijd is met de terughoudendheid die de Hoge Raad op dit terrein gepast acht. Dat diezelfde Hoge Raad door zijn ietwat dubbelzinnige formulering ruimte geschapen heeft voor die verlening, is op zijn beurt weer een vreugde voor het annotatiebedrijf.