



RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht, voorzieningenrechter civiel

zaaknummer / rolnummer: C/13/597769 / KG ZA 15-1432 CB/EB

Vonnis in kort geding van 4 januari 2016

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BUSINESSCOMPLEET.NL B.V.,
gevestigd te Abcoude,
eiseres bij dagvaarding van 27 november 2015,
advocaat mr. M. Weij te Amsterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
THE VALLEY B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
gedaagde,
advocaat mr. S.C. van Loon te Amsterdam.

Partijen zullen hierna BusinessCompleet en The Valley worden genoemd.

1. De procedure

Ter terechtzitting van 8 december 2015 heeft BusinessCompleet gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding en akte vermeerdere eis. The Valley heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorzieningen. Beide partijen hebben producties in het geding gebracht. Het bezwaar van The Valley tegen de eisvermeerdering en de late indiening van producties 12 t/m 15 door BusinessCompleet is verworpen. Een eisvermeerdering kan in beginsel nog op de zitting worden gedaan en als de eisvermeerdering zodanig was dat The Valley zich daartegen niet goed zou kunnen verweren, had het op de weg van The Valley gelegen om een aanhoudingsverzoek te doen. De bezwaren van The Valley zien verder met name op producties 13 en 14. Productie 13 betreft echter een rapportage die The Valley in september 2015 zelf aan BusinessCompleet heeft verstrekt zodat zij vooralsnog in staat wordt geacht daarop te reageren. Producties 14 betreft een analyse van die rapportage door BusinessCompleet. The Valley kan haar eigen analyse van de rapportage

daartegenover stellen. Toelating van de producties is dan ook niet in strijd met de goede procesorde.

Het debat tussen partijen is aangevangen op 8 december 2015. Partijen hebben zich daarbij bediend van pleitaantekeningen. Wegens tijdgebrek is besloten het debat voort te zetten op 18 december 2015. Partijen is in overweging gegeven de tussengelegen periode te benutten om het overleg te hervatten teneinde het bestaande wantrouwen weg te nemen. Daarin zijn zij niet geslaagd. The Valley heeft de voorzieningenrechter verzocht om vóór de voortzetting een schriftelijke ronde in te lassen omdat BusinessCompleet anders een voordeel zou genieten bij het voorbereiden van de tweede termijn. Dit verzoek is afgewezen omdat niet valt in te zien dat BusinessCompleet wordt bevoordeeld als geen schriftelijke ronde wordt ingelast. Beide partijen hebben evenveel tijd om de in de eerste termijn naar voren gebrachte standpunten te weerleggen.

Voorafgaand aan de voortzetting hebben partijen aanvullende producties overgelegd. BusinessCompleet heeft bezwaar gemaakt tegen de productie van The Valley die betrekking heeft op de door The Valley gemaakte advocaatkosten. Volgens haar is op de zitting van 8 december 2015 afgesproken dat partijen geen extra kosten aan hun cliënten in rekening zouden brengen met betrekking tot de voortzetting. Dit bezwaar is verworpen. Op de zitting van 8 december 2015 heeft mr. Weij uit eigen beweging toegezegd geen kosten in verband met de voortzetting te zullen rekenen. Een dergelijke toezegging is niet gedaan door mr. Van Loon of haar kantoorgenoot mr. Spauwen en daarover zijn ook geen afspraken gemaakt. Ook bij de voortzetting van de zitting op 18 december 2015 hebben partijen gebruik gemaakt van pleitaantekeningen. Partijen hebben verzocht vonnis te wijzen.

Op beide zittingen waren aan de kant van BusinessCompleet aanwezig, voor zover van belang, S. Eikhout (directeur-eigenaar), F. van Vuuren (directeur-eigenaar) en mr. Weij. Daarnaast was op de zitting van 8 december 2015 tevens aanwezig S. Post (senior programmeur) en op de zitting van 18 december 2015 S. Vieillard (programmeur). Aan de kant van The Valley waren op beide zittingen aanwezig A. Meijer (CFO), J. Soethout (sales & marketing), mr. Van Loon en mr. Spauwen. Op de zitting van 8 december 2015 was tevens aanwezig mr. M. Feenstra (bedrijfsjurist).

2. De feiten

2.1. BusinessCompleet legt zich toe op online ondersteuning van ondernemers door het aanbieden van uiteenlopende diensten. Zij exploiteert een website met informatie voor ondernemers en heeft een database opgebouwd met meer dan 200.000 abonneeprofielen (hierna: de Database). In de Database zijn onder andere NAW-gegevens, e-mailadressen, telefoonnummers en aankoopinteresses van de abonnees opgenomen. Tegen betaling kunnen de e-mailadressen uit de Database worden ingezet door publishers van mailings en advertorials.

2.2. The Valley is een dienstverlener op het gebied van marketing en communicatie. Zij verzorgt voor haar klanten onder meer (reclame)campagnes, zakelijke websites, e-commerce platforms en e-mail marketing.

2.3. In april 2014 is BusinessCompleet een samenwerking aangegaan met LeadGen B.V. (hierna: LeadGen), waarbij BusinessCompleet de Database voor de duur van de samenwerking aan LeadGen ter beschikking heeft gesteld voor commerciële doeleinden zoals gesponsorde mailings. LeadGen heeft daarbij The Valley ingeschakeld als degene die de mailings daadwerkelijk zou verzenden. Sinds 2014 verzendt The Valley regelmatig mailings in opdracht van LeadGen. LeadGen betreft ook adressen voor die mailings bij andere partners dan BusinessCompleet.

2.4. In het kader van de samenwerking tussen BusinessCompleet en LeadGen heeft The Valley via een beveiligde verbinding toegang gekregen tot kopieën van (telkens) de meest actuele versie van de Database van BusinessCompleet.

2.5. In het kader van de samenwerking tussen BusinessCompleet en LeadGen heeft The Valley een aantal mailings verstuurd. De samenwerking tussen BusinessCompleet en LeadGen is op 15 april 2015 geëindigd en The Valley heeft sindsdien geen opdracht meer van LeadGen gekregen om mailings te versturen naar adressen van BusinessCompleet.

2.6. Publishers zijn wettelijk verplicht een zogenoemde optout op te nemen in hun mailings, dat wil zeggen een mogelijkheid voor de ontvanger om zich uit te schrijven als abonnee. Dat gebeurt door middel van het aanklikken van een uitschrijflink. Gebleken is dat The Valley na de beëindiging van de samenwerking tussen BusinessCompleet en LeadGen mailings heeft verstuurd voor andere publishers dan BusinessCompleet waarin niet de uitschrijflink van de betreffende publisher, maar die van BusinessCompleet was opgenomen. Uitschrijvingen van abonnees zijn daardoor verwerkt bij BusinessCompleet in plaats van bij de publisher die de desbetreffende mailing had laten versturen. Het betrof email-adressen die zowel bij BusinessCompleet als bij een andere publisher voorkwamen.

2.7. Bij brief van 17 september 2015 heeft BusinessCompleet The Valley aansprakelijk gesteld voor de door haar beweerdelijk geleden omzet- (de ten onrechte beëindigde abonnementen) en reputatieschade tengevolge van het haars inziens onrechtmatige gebruik van de uitschrijflink. Partijen zijn vervolgens in overleg getreden en The Valley heeft haar verzekeraar ingeschakeld.

2.8. Op 3 november 2015 heeft BusinessCompleet bij deze rechtbank een verzoek ingediend om een voorlopig deskundigenbericht te gelasten teneinde de aanleiding, het ontstaan, de duur en de omvang van het gestelde onrechtmatige gebruik en daarmee samenhangend de omvang van de door BusinessCompleet geleden schade vast te stellen.

2.9. In een e-mail van de boekhouder van BusinessCompleet van 20 november 2015 staat onder meer het volgende:

"Hierbij het overzicht van de investeringen van BC (BusinessCompleet, vzw.) in 2014 en 2015 (tm oktober).

Deze cijfers hebben alleen betrekking op de ontwikkeling van onze software/database.

Daarbij heb ik gekeken naar personeelskosten van de programmeurs, aanschaf hardware, servers, afschrijving software, etc.

De cijfers van vorig jaar zijn overgenomen uit de jaarrekening 2014, die door onze externe accountant WPE is goedgekeurd.

(...)

Cijfers 2014:

	heel 2014
programmeurs	€ 146.100,00
afschrijving software	€ 61.392,00
hardware, servers etc	<u>€ 22.235,00</u>
	€ 229.727,00

Cijfers 2015

	jan/okt 2015
Programmeurs	€ 92.340,00
Afschrijving software	€ 51.160,00
Hardware, servers, etc	<u>€ 19.346,00</u>
	€ 162.846,00

Voor wat betreft design en ontwikkeling van de website waren de kosten in 2014 in totaal € 138.342 en in 2015 € 92.300 (t/m oktober)

Met betrekking tot de ontwikkeling van redactionele content waren de kosten in 2014 in totaal € 139.990 en in 2015 (eveneens tm okt) € 102.700 (...)"

3. Het geschil

3.1. BusinessCompleet vordert na vermeerdering van eis, samengevat weergegeven:

- i) The Valley te bevelen de inbreuken op de databankrechten van BusinessCompleet te staken en gestaakt te houden;
- ii) The Valley te bevelen een registeraccountant een goedgekeurde gecertificeerde verklaring over te laten leggen, met opgave van bewijsstukken waaruit de omvang van de inbreuk blijkt;
- iii) The Valley te bevelen haar een kopie van het door de deskundige van The Valley op te maken rapport te verstrekken en te gehangen en te gedogen dat een door BusinessCompleet in te schakelen deskundige aan de hand van dat rapport onderzoek verricht naar de wijze waarop de herkomst van de gegevens is vastgesteld;
- iv) The Valley te bevelen de Database en de daarop verkregen responsedata aan BusinessCompleet (terug) te geven;
- v) The Valley te bevelen een rectificatie te plaatsen op de openingspagina van haar website waarin zij uitlegt wat er is misgegaan met de uitschrijflink;
- vi) al het voorgaande op straffe van verbeurte van dwangsommen;

-
- vii) The Valley te veroordelen tot betaling aan haar van € 30.000,00 bij wijze van voorschot op de schadevergoeding;
 - viii) The Valley te veroordelen in de volledige proceskosten op grond van artikel 1019h Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv); en
 - ix) de termijn van artikel 1019i Rv te bepalen op zes maanden na vonnisdatum.

3.2. Aan haar vordering legt BusinessCompleet ten grondslag, samengevat weergegeven, dat The Valley inbreuk op haar databankrechten heeft gemaakt en nog steeds maakt. Bij repliek heeft BusinessCompleet daaraan toegevoegd dat de voorzieningenrechter zo nodig zelf de rechtsgronden kan aanvullen en de vordering kan toewijzen op grond van onrechtmatige daad of inbreuk auteursrecht. BusinessCompleet stelt er een spoedeisend belang bij te hebben dat de inbreuk zo spoedig mogelijk wordt gestaakt en de omvang van de inbreuk duidelijk wordt.

3.3. The Valley voert verweer.

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

4. De beoordeling

4.1. De vordering, die strekt tot beëindiging van een inbreuk op databankrechten, is in kort geding toewijsbaar indien voldoende aannemelijk is dat de bodemrechter het standpunt van BusinessCompleet zal volgen en indien van haar niet kan worden gevergd dat zij de uitkomst van een bodemprocedure afwacht.

4.2. Bij de beoordeling is van belang dat The Valley stelt uitsluitend een technische tussenpersoon te zijn die heeft uitgevoerd wat haar opdrachtgever LeadGen haar heeft opgedragen en die – anders dan BusinessCompleet – geen geld verdient met verrijkte profielgegevens, responsedata of welke gegevens dan ook die kunnen voortvloeien uit de mailings die zij voor LeadGen verzorgt. Dat dit anders ligt, is gesteld noch gebleken.

4.3. Het eerste geschilpunt is of de Database wel bescherming geniet onder de Databankenwet. Onder een databank in de zin van de Databankenwet wordt verstaan een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen die systematisch of methodisch geordend en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk zijn en waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering. Het is deze investering die de grondslag vormt voor de bescherming van de databank. Het begrip investering moet beperkt worden uitgelegd, in die zin dat het moet gaan om middelen die worden aangewend om de databank gegevens te kunnen laten verwerken, dat wil zeggen hetgeen is gedaan met het oog op de systematische of methodische ordening van de in de databank opgenomen elementen en de organisatie van de afzonderlijke toegankelijkheid daarvan (Fixtures Marketing

Ltd tegen Svenska Spel AB, r.o. 27 (ECLI:EU:C:2004:696). Daaronder vallen bijvoorbeeld niet algemene onderhoudskosten, of kosten die verband houden met het creëren en bijhouden van de gegevens waarmee de databank wordt gevuld.

4.4. BusinessCompleet stelt substantieel te investeren in de Database en beroept zich daarbij op de e-mail van haar boekhouder van 20 november 2015 (zie 2.9). The Valley heeft hier echter terecht tegen ingebracht dat deze e-mail onvoldoende inzichtelijk maakt in hoeverre de opgevoerde kosten zijn gemaakt om de Databank gegevens te kunnen laten verwerken in de hiervoor uitgelegde, enge zin. In dit verband is van belang dat het exploiteren van de Database slechts één van de activiteiten van BusinessCompleet is. Onduidelijk is ook in hoeverre BusinessCompleet zelf de gegevens genereert waarmee de Databank is gevuld en of het (mede) gaat om algemene onderhoudskosten. Het had op de weg van BusinessCompleet gelegen om een meer gespecificeerd overzicht, voorzien van bewijsstukken in het geding te brengen. Het nu beschikbare feitenmateriaal is onvoldoende om aan te kunnen nemen dat voldaan is aan het vereiste van een substantiële investering in de zin van artikel 1 aanhef en sub a van de Databankenwet.

4.5. Maar ook indien er veronderstellenderwijze van wordt uitgegaan dat BusinessCompleet een databankrecht heeft, is het nog maar de vraag of sprake is van een inbreuk op dat recht. Daarover het volgende. BusinessCompleet stelt dat The Valley de Database van begin af aan heeft gebruikt op een wijze waarvoor BusinessCompleet geen toestemming heeft gegeven. Volgens BusinessCompleet heeft The Valley de Database samengevoegd met de databases van andere publishers en daarmee één zogenoemde masterdatabase gecreëerd. Zij stelt dat The Valley dat zelf tegen haar heeft gezegd. Ter zitting heeft The Valley een en ander echter uitdrukkelijk betwist, zij stelt enkel in opdracht van LeadGen in het verleden gegevens van BusinessCompleet in de mailomgeving die zij voor LeadGen aanhield te hebben geladen. Tegenover deze betwisting heeft BusinessCompleet haar stelling vooralsnog niet aannemelijk gemaakt. De vraag of The Valley de Database heeft verwerkt in een eigen masterdatabase én daarin nog steeds de gegevens aanhoudt laat zich niet beantwoorden zonder nader onderzoek naar de feiten, waarvoor het kort geding zich niet leent.

4.6. Volgens BusinessCompleet maakt The Valley ook op een andere manier inbreuk op haar databankrecht. Uit het feit dat de uitschrijflink van BusinessCompleet is opgenomen in mailings die dateren van na de beëindiging van haar samenwerking met LeadGen, trekt BusinessCompleet de conclusie dat The Valley nadien nog gebruik heeft gemaakt van de Database, hoewel zij daartoe niet langer gerechtigd was. The Valley betwist dat zij na het beëindigen van de samenwerking tussen BusinessCompleet en LeadGen de Database nog heeft geselecteerd voor mailings. Zij stelt dat bij de aanvang van de samenwerking een technische aanpassing is geprogrammeerd in de mailomgeving van LeadGen omdat BusinessCompleet een eigen manier van afmelden wilde, die afweek van de

gezamenlijke optout die LeadGen ten behoeve van al haar overige publishers gebruikt. Feitelijk hield die aanpassing in dat een code werd toegevoegd aan de door BusinessCompleet aangeleverde e-mailprofielen. Door het toevoegen van die codering heeft het kunnen gebeuren dat in gevallen waarin een contact voorkwam in zowel de database van BusinessCompleet als in de database van een andere publisher, ten gevolge van die code de uitschrijflink van BusinessCompleet werd opgenomen in de mailing van die andere publisher.

4.7. Wat de oorzaak is geweest van het opduiken van de uitschrijflink van BusinessCompleet in mailings van andere publishers kan niet worden vastgesteld zonder nader onderzoek naar de feiten, waarvoor het kort geding zich niet leent. Maar als juist blijkt te zijn wat The Valley stelt, is niet aannemelijk dat het aanbrengen van de codering die de uitschrijflink van BusinessCompleet heeft gevoegd in de mailings van andere publishers inbreuk op enig databankrecht oplevert. Als een inbreuk wordt immers aangemerkt – kort gezegd – het zonder toestemming opvragen of hergebruiken van de inhoud van een databank. BusinessCompleet heeft niet betwist dat een uitschrijflink geen vast gegeven is dat onderdeel uitmaakt van de Databank, maar een variabel gegeven dat per mailing opnieuw wordt opgebouwd. Ook om deze reden kan er vooralsnog niet van worden uitgegaan dat The Valley inbreuk maakt of heeft gemaakt op databankrechten van BusinessCompleet.

4.8. Voor aanvulling van de rechtsgronden, zoals door BusinessCompleet aan het slot van haar repliek verzocht, is geen plaats. Het debat, waarvoor partijen alle ruimte hebben gekregen, is uitsluitend gevoerd over de gestelde inbreuk op databankrechten. Informatie om vast te kunnen stellen of BusinessCompleet auteursrechten op de Database kan doen gelden, ontbreekt ten enenmale. Ook is onduidelijk gebleven of The Valley inbreuk heeft gemaakt op rechten van BusinessCompleet of anderszins onrechtmatig heeft gehandeld. In dit verband is van belang dat The Valley bij het versturen van de mailings in opdracht van LeadGen heeft gewerkt en niet te overzien is in hoeverre zij verantwoordelijk kan worden gehouden voor de gevolgen van het toevoegen van de code aan de mailadressen van BusinessCompleet. Anders dan BusinessCompleet stelt, heeft The Valley geen onrechtmatige daad erkend.

4.9. Op grond van hetgeen hiervoor onder 4.2 tot en met 4.8 is overwogen, zal de vordering worden afgewezen.

4.10. BusinessCompleet zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. The Valley maakt aanspraak op een proceskostenveroordeling op grond van artikel 1019h Rv en stelt dat de door haar gemaakte kosten in totaal € 49.647,20 bedragen, onder verwijzing naar een specificatie. BusinessCompleet heeft hiertegen ingebracht dat de advocaatkosten van The Valley worden gedragen door haar verzekeraar, maar daarvan kan vooralsnog niet worden uitgegaan, nu The Valley onbetwist heeft gesteld dat zij een eigen risico

heeft. Anders dan BusinessCompleet betoogt, komt het verder niet onredelijk voor dat The Valley kosten in rekening brengt voor (i) het formuleren van een later door de voorzieningenrechter afgewezen verzoek een schriftelijke ronde in te lassen tussen beide zittingsdata en (ii) een door The Valley opgedragen deskundigenrapportage ten behoeve van de onderhavige procedure. Voor het overige heeft BusinessCompleet de opgevoerde kosten niet betwist. De kosten aan de zijde van The Valley worden derhalve begroot op:


- griffierecht	€	1.909,00
- salaris advocaat		<u>49.647,20</u>
Totaal	€	51.556,20

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

- 5.1. weigert de gevraagde voorzieningen,
- 5.2. veroordeelt BusinessCompleet in de proceskosten, aan de zijde van The Valley tot op heden begroot op € 51.556,20,
- 5.3. verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. C.M. Berkhout, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. E. van Bennekom, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 4 januari 2016.



UITGEGEVEN VOOR GRUWSE
wv De griffier van de
Rechtbank Amsterdam

