

pleit ik ervoor de juiste classificatie te gebruiken, al was het maar omdat dat leidt tot een beter gebruik van de CPV; dit zal de duidelijkheid in de markt uiteindelijk alleen maar ten goede komen.

7. Conclusie

Al met al is dit een teleurstellende uitspraak. Eigenlijk kunnen bij de beantwoording van alle rechtsvragen vraagtekens worden gezet. Ten aanzien van de wijziging van de aard en/of omvang van de aanbesteding krijgt de voorzieningenrechter wellicht nog het voordeel van de twijfel, nu in de afwezigheid van voldoende duidelijkheid over de feiten niet duidelijk kan worden vastgesteld of een ontoelaatbare wijziging heeft plaatsgevonden. Ten aanzien van de belangenverstrengeling is al duidelijker dat vraagtekens kunnen worden gezet bij de uitkomst van de afweging van de voorzieningenrechter; vaststaat in ieder geval dat de rechter heeft nagelaten te toetsen aan het toepasselijke juridisch regime. Bij het vooraf bekendmaken van de weging van de gunningcriteria ten slotte, is duidelijk dat de voorzieningenrechter, mijns inziens ten onrechte, de eisen die voortvloeien uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie niet heeft toegepast. Op dit punt zal de implementatie van de nieuwe richtlijn nr. 2004/18/EG hopelijk snel verbetering brengen.

R.J.J. Westerdijk

Voorzieningenrechter rechtbank 's-Gravenhage, sector civiel recht, kort geding, 21 juli 2004 Rolnr. KG 04/714

Toezenden spam, zonder toestemming verzamelen van vacatures

Partijen:

1. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, Nationale-Vacaturebank.nl B.V., gevestigd te Groningen, eiseres sub 1,
Procureur: mr. W. Taekema,
Advocaat: mr. Chr.A. Alberdingk Thijm te Amsterdam,
2. [eiser sub 2], wonende te [woonplaats], eiser sub 2,

Procureur: mr. W. Taekema,
Advocaat: mr. Chr.A. Alberdingk Thijm te Amsterdam,

tegen:

De besloten vennootschap, Add is Multiply 1 B.V. tevens handelend onder de naam CVBank, gevestigd te 's-Gravenhage, gedaagde,
Procureur: mr. C.J.R. van Binsbergen

Partijen worden hierna aangeduid als 'NVB', '[eiser sub 2]' en 'CVBank'.

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 *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, *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 e-mail ontvingen van CVBank.
- Ook [eiser sub 2] is op deze wijze door CVBank benaderd.
- Per brief van 19 februari 2004 heeft NVB de CVBank gesommeerd deze handelwijze te staken en gestaakt te houden.
- Vervolgens heeft de CVBank, via haar raadsman, op 3 maart 2004 laten weten geen aanleiding te zien haar handelwijze aan te passen.

2. De vordering, de gronden daarvoor en het verweer

NVB en [eiser sub 2] vorderen – zakelijk weergegeven – CVBank:

- I. te gebieden 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, *www.nationalevacaturebank.nl*;

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

II. te gebieden 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 van alle personen en bedrijven die de CVBank heeft verzameld van de website *www.nationalevacaturebank.nl*;
- b. de namen van alle personen en bedrijven die zij aan de hand van de verzamelde gegevens heeft benaderd;

III. te gebieden 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 excuusbrief te sturen volgens een in de dagvaarding opgenomen tekst;

IV. te veroordelen om binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis aan NVB te betalen een bedrag van € 20 000 als voorschot op verbeurde boeten en geleden schade;

V. te veroordelen om binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis aan NVB een bedrag van € 848 te betalen wegens buitengerechtelijke kosten;

VI. te bevelen dat CVBank na betekening van dit vonnis bij overtreding van een of meer van de onder I t/m V omschreven ge- en verboden een dwangsom verbeurt.

Daartoe voeren NVB en [eiser sub 2] het volgende aan.

De handelwijze van CVBank ten opzichte van NVB is ongeoorloofd wegens strijd met het databankenrecht van NVB, wegens strijd met de gebruiksvoorwaarden van de website van NVB en omdat CVBank onrechtmatig handelt door zonder toestemming van NVB gebruik te maken van haar eigendommen.

Ten opzichte van [eiser sub 2] is de handelwijze van CVBank in strijd met onder meer art. 11.7 Telecommunicatiewet en de Wet bescherming persoonsgegevens.

CVBank voert gemotiveerd verweer dat

hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

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 gezinszins 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 e-mails 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. Analoot 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 gebruikers-

voorwaarden 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 e-mails 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 € 5000, vermeerderd met de wettelijke rente, op een schadevergoeding dan ook op zijn plaats.

3.6. CVBank stelt dat het boetedebiting in de door NVB gehanteerde gebruiksrechtsovereenkomst onredelijk bezwarend is. Nu CVBank geen consument is rust de bewijslast op CVBank. Daargelaten of de gebruiksrechtsovereenkomst 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 art. 11.7 lid 1 van de Telecommunicatiewet (Tw) ongewenste e-mails 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 art. 11.7 lid 1 Tw.

3.8. Uit art. 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 art. 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 overtrekking 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, www.nationalevacaturebank.nl;
 - b. het ongevraagd benaderen, op welke wijze dan ook, van gebruikers, waaronder [eiser sub 2], van de website 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 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 *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 €5000 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 geen verboden of een gedeelte daarvan te betalen aan NVB een dwangsom van €1000 per overtreding met een maximum van €20000;

veroordeelt CVBank in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van NVB en [eiser sub 2] begroot op €1014,40, 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.

Dit vonnis is gewezen door mr. R.J. Paris en uitgesproken ter openbare zitting van 21 juli 2004 in tegenwoordigheid van de griffier.

Noot

De Haagse Voorzieningenrechter is in dit vonnis van 21 juli 2004 oordeel dat de Hoge Raad in het *XS4ALL*-arrest van 12 maart 2004 een exclusief recht op een klantenbestand zou hebben erkend. Vervolgens concludeert de rechter dat NationaleVacaturebank.nl zich in deze procedure op basis van een dergelijk exclusief recht op een klantenbestand kan verzetten tegen inbreuk op de exclusieve eigendom van NVB op haar klantenbestand.

Tegen het vonnis is weliswaar hoger beroep ingesteld, maar naar ik begrijp wordt daarin geen haast gemaakt, zodat het nog maar de vraag is of de appelrechter wel de kans krijgt zich over dit vonnis uit te laten. Alle reden om in deze noot stil te staan bij dit vonnis dat uniek is waar het een *exclusief eigendomsrecht* op een klantenbestand erkent. Om maar met de deur in huis te vallen: het vonnis is op dit punt onjuist en die conclusie dient men ook niet uit het arrest van de Hoge Raad in *XS4ALL* tegen Ab.Fab te trekken. Ik zeg ‘dient’ want helaas is dat arrest van de Hoge Raad zo ‘suboptimaal’ geformuleerd dat wel te volgen is dat de Haagse Voorzieningenrechter tot deze conclusie gekomen is. De kritische kanttekeningen in deze noot richten zich dan ook meer tegen het arrest van de Hoge Raad dan tegen het vonnis in deze procedure.

Hoewel de Haagse rechter in dit vonnis spreekt over eigendom dient de conclusie te zijn dat dit uiteraard niet het eigendomsrecht van art. 5:1 BW kan zijn, aangezien dat begrip gereserveerd is voor stoffelijke zaken in de zin van art. 3:2 BW. Een klantenbestand is geen stoffelijke zaak, maar een immaterieel object. Het vonnis begeeft zich dus op het terrein van de exclusieve rechten op onstoffelijke voorwerpen, oftewel het domein van de intellectuele eigendom. Door te spreken over een exclusief recht en het maken van inbreuk daarop erkent de rechter dus in wezen een *ongeschreven IE-recht*. Dat onderwerp wordt ook wel aangeduid met de term *prestatiebescherming*: het aan een niet door een wettelijk IE-recht beschermd

prestatie verlenen van een daarmee vergelijkbare bescherming.¹ Het *Decca*-arrest van de Hoge Raad van 27 juni 1986 (*NJ* 1987, 191) leert dat dit mogelijk kan, maar dat dan allereerst *terughoudendheid* geboden is en ten tweede sprake moet zijn van een *éénlijnsprestatie*: een prestatie van dien aard dat hij op één lijn gesteld kan worden met prestaties die toekenning van een dergelijk recht rechtvaardigen. In de *Decca*-zaak ging het om het door Holland Nautic verkopen van ontvangers voor het door Decca in de lucht gehouden radionavigatiesysteem, en de Hoge Raad oordeelde dat daarin geen éénlijnsprestatie gelegen was. In de daaropvolgende arresten paste de Hoge Raad de *Decca*-leer steeds toe en oordeelde dat de KNVB géén aanspraak kon maken op een éénlijnsprestatie ter zake van de voetbalcompetitie.² Ter zake van het zetsel van het Binnenvaartpolitierglement in de *Staatscourant* liet de Hoge Raad dat in het midden³ om vervolgens in het *Elvis Presley*-arrest voor het eerst een éénlijnsprestatie te erkennen voor de uitvoerend kunstenaar.⁴ Op de hiel gezeten door de implementatie van de Conventie van Rome bij wege van de Wet op de Naburige Rechten in 1993 kon dat oordeel ook moeilijk anders luiden. Het fraaie van het *Decca*-arrest is dat het uitnodigde tot een systematische analyse van de mogelijkheden tot prestatiebescherming en het verlenen van ongeschreven IE-rechten en ook de basis vormde voor deze drie latere arresten. Voor een uitvoeriger analyse daarvan verwijs ik gemakshalve naar mijn proefschrift uit 1994.⁵

Heeft de Hoge Raad nu in het *XS4ALL*-arrest een exclusief recht op een klantenbestand als zodanig erkend? Het antwoord is naar mijn oordeel ontkennend.

In de *XS4ALL*-zaak bekreunde de Hoge Raad zich ook in het geheel niet om overwegingen in de lijn van het *Decca*-arrest. Een exclusief recht van

1 Zie daarover uitgebreid Van Engelen, *Prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrechten* (diss.), Kluwer, Deventer 1994.

2 HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 310 (KNVB/NOS).

3 HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 311 (Staat/Den Ouden).

4 HR 24 februari 1989, *NJ* 1989, 701 (Elvis Presley).

5 Van Engelen, a.w.

XS4ALL is ook niet wat in die zaak gevorderd werd. Wat daar speelde was dat XS4ALL als internet service provider (ISP) bezwaar maakte tegen het sturen van ongevraagde direct-e-mailcampagnes (oftewel spam) door Ab.Fab aan (onder meer) klanten van XS4ALL. XS4ALL beriep zich bij wege van 'zaakwaarneming' op de belangen van haar individuele klanten ten opzichte van wie Ab.Fab onrechtmatig zou handelen. Ook stelde XS4ALL dat Ab.Fab misbruik maakte van de 'voorzieningen' van XS4ALL, zoals haar computernetwerk, en dat Ab.Fab onrechtmatig binnendringt in het klantenbestand en de organisatie van XS4ALL. Dat ziet dus in essentie op een door de omstandigheden bepaald handelen in strijd met maatschappelijke zorgvuldigheidsverplichtingen, en niet op een exclusief recht op een klantenbestand, waardoor XS4ALL exclusieve rechten op die klantgegevens zou kunnen doen gelden.

Ab.Fab was succesvol geweest bij het Hof en verscheen vervolgens niet in cassatie. In zijn Conclusie geeft A-G Huydecoper aan dat het cassatiemiddel 'waarin XS4ALL zich enigszins verhullend uitdrukt' de vraag opwerpt of XS4ALL als rechthebbende tot 'haar' computersysteem aan anderen een gebruik daarvan dat haar onwelgevallig is kan ontzeggen. Daarbij neemt hij dan aan dat XS4ALL kennelijk doelt op haar eigendomsrechten – in de zin van art. 5:1 BW – op het computersysteem c.q. de 'voorzieningen'. De A-G meent dan dat XS4ALL zich als eigenaar tegen dit gebruik van haar voorzieningen kan verzetten en dat het arrest van het hof vernietigd dient te worden.

De A-G gaat uitdrukkelijk niet in op een eigendomsrecht of enig ander exclusief recht van XS4ALL op een klantenbestand. Hij beperkt zich tot het eigendomsrecht op stoffelijke zaken.

Dat is veelzeggend omdat het hof kennelijk wel had gesproken over XS4ALL als 'rechthebbende op haar capaciteit, haar transmissiecapaciteit en haar klantenbestand'. Het hof overwoog daarover dat het enkele feit dat XS4ALL daar 'rechthebbende' op zou zijn niet met zich bracht dat XS4ALL het gebruik daarvan door Ab.Fab kon tegenhouden en als 'inbreuk op haar rechten' kan worden beschouwd. Het Hof gaf aan dat het erom ging of dit gebruik onder de gegeven omstandigheden onrechtmatig was en lijkt daar-

mee dus eventuele aanspraken van XS4ALL op dergelijke exclusieve rechten opzij te zetten om de kwestie vervolgens in de sfeer van maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen af te doen. De A-G bespreekt vervolgens enkel de mogelijkheden die XS4ALL als 'eigenaar' zou hebben, waarbij hij opmerkt:

'(...) ik wil niet uitsluiten dat XS4ALL ook op rechten van andere aard een beroep wil of kan doen – maar het ligt in de rede dat als wij het probleem onderzoeken aan de hand van de rechten die XS4ALL als eigenares van de betreffende voorzieningen pretendeert, geen ongunstiger resultaat (voor XS4ALL) uit de bus kan komen dan wanneer rechten van andere aard mee in de beschouwing worden betrokken.'

Voorzover XS4ALL dus met haar volgens de A-G verhullende wijze van uitdrukken een grotere broek dan dit eigendomsrecht probeert aan te trekken, parkeert de A-G die aanspraken op elegante wijze 'in de modder'.

De Hoge Raad volgt vervolgens de eigendomsrechtelijke benadering van de A-G, maar overweegt tevens dat als *onbestreden* in deze procedure vast zou staan dat XS4ALL exclusieve rechten op 'haar capaciteit, haar transmissiecapaciteit en haar klantenbestand (haar computerbestand)' heeft. Verder overweegt de Hoge Raad enigszins tautologisch dat wanneer iemand zonder daartoe gerechtigd te zijn gebruikmaakt van een goed waarop een ander een exclusief recht heeft, hij onrechtmatig handelt wanneer een rechtvaardigingsgrond ontbreekt. De Hoge Raad stelt dus niet dat er een exclusief recht op een klantenbestand bestaat, maar meent dat dit vast zou staan in deze procedure, omdat het niet bestreden was. De Hoge Raad parafraseert dus het arrest van het hof, dat op die wijze de stellingname van XS4ALL weergaf en vervolgens afwees. Dit alles moet naar het mij voorkomt ook gelezen worden tegen de achtergrond van de omstandigheid dat Ab.Fab in cassatie verstek had laten gaan en het cassatiemiddel van XS4ALL zich uiteraard niet tegen dit onderdeel van het arrest van het hof richtte. Wellicht ben ik hier echter te aardig voor de Hoge Raad want ik heb altijd begrepen dat de Hoge Raad alleen maar gebonden was aan vastgestelde feiten en bij het vaststellen van het recht zijn eigen meester is. Als

de Hoge Raad dit in het midden wil laten, is het wellicht ook wel zo handig dat hij dat met zoveel woorden zegt en nader toelicht, zodat een nadere 'gebruiksaanwijzing' bij dit arrest achterwege kan blijven. Belangrijk is echter dat de Hoge Raad niet zelf aftekent op een exclusief recht op een klantenbestand, maar het doet voorkomen dat dit voor hem een gedwongen uitgangspunt is. Verder is onduidelijk wat bedoeld wordt met 'haar klantenbestand (haar computersysteem)'. Het lijkt erop dat met 'computersysteem' bedoeld om de combinatie van *computercapaciteit, transmissiecapaciteit* en *klantenbestand* samen te vatten. Ik denk dat het verstandig is om het arrest van de Hoge Raad, dat verder ook niet nader gemotiveerd wordt, op dit punt als 'ongelukkig geformuleerd' aan te merken.

Ook voor de Hoge Raad is het soms maandagmorgen (of vrijdagmiddag). Belangrijker dan al deze fijnslijperij en 'second guessing' naar aanleiding van een ongelukkig geformuleerd arrest is dat een ongeschreven exclusief eigendomsrecht op een klantenbestand ook niet past binnen het systeem van de intellectuele eigendom. De vrijheid van informatie is een fundamentele vrijheid die aan het systeem van IE-rechten ten grondslag ligt.⁶ Kennis en informatie zijn vrij. Het auteursrecht beschermt om die reden niet de inhoud, maar enkel de vorm van een werk. Ik kan de verhaallijn van een boek parafraserend navertellen, zonder inbreuk op enig auteursrecht te maken. De enige uitzondering op het beginsel van de vrijheid van informatie wordt gevormd door het octrooirecht, maar dat is dan uitdrukkelijk beperkt tot een inventief en nieuw technisch inzicht dat volledig nawerkbaar openbaar gemaakt dient te worden en het kent een maximum duur van twintig jaar. Bij gebreke van een octrooi zijn kennis en informatie echter niet te beschermen. Ook voor bedrijfsgeheimen – die ingevolge TRIPS ook een zekere bescherming dienen te genieten – geldt dat niet de informatie zelf beschermd wordt, maar de beveiligingsmaatregelen die getroffen zijn om het geheime geheim te houden. De Hoge Raad heeft echter ook nimmer een exclusief recht op een bedrijfsge-

6 Van Engelen, a.w., p. 200.

heim of geheime *knowhow* aanvaard.⁷ In dit alles heeft het *XS4ALL*-arrest ook geen verandering in gebracht. Uit het vonnis blijkt dat het klantenbestand van de NVB gewoon op haar website is te raadplegen en de website daar geen blokkades tegen bevat. Van een bedrijfsgeheim of beveiligde, afgeschermd informatie kan dus ook niet gesproken worden. Als er geen sprake van een bedrijfsgeheim is, zijn kennis en informatie in de vorm van een klantenbestand vrij, althans kan men daarop geen exclusieve rechten claimen. Waar de voorzieningenrechter dus spreekt over een klantenbestand dat het exclusieve eigendom van NVB zou zijn, maakt de voorzieningenrechter een fout. Hooguit zou sprake kunnen zijn van een databankenrecht van de NVB op dit klantenbestand, maar dan dient de rechter 'man en paard' te noemen en bovendien de casus langs de meetlat van de Databankenwet te leggen. Verder is ook voorstelbaar dat het handelen van CVBank onder de gegeven omstandigheden in strijd met een maatschappelijke zorgvuldigheidnorm is, maar in dat geval dient de rechter ook dat pad in zijn vonnis af te wandelen. Ik wil in deze noot dan ook uitdrukkelijk in het midden laten of CVBank deze zaak wel of niet zou moeten kunnen winnen. Dat lijkt meer een goede vraag voor een aparte beschouwing. In deze noot beperk ik mij tot de conclusie dat de door de voorzieningenrechter gehanteerde grondslag onjuist is.⁸

D. van Engelen

Voorzieningenrechter rechtbank 's-Gravenhage, sector civiel recht, kort geding, 12 november 2004 KG 04/1053

Merkeninbreuk – onrechtmatige advertenties – zoekmachines op internet

Partijen:

Vonnis gewezen in de zaak van:

1. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Pretium Telecom B.V.
2. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Pretium B.V., beide gevestigd te Haarlem, eiseressen

Procureur : mr. A. Killan tegen:

1. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Yiggers Nederland B.V.
2. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Fourth Wave Ventures B.V., beide gevestigd te Dordrecht en kantoorhoudende te Papendrecht, gedaagden, in persoon verschenen

Partijen worden hierna respectievelijk ook aangeduid als 'Pretium Telecom', 'Pretium B.V.', 'Yiggers' en 'Fourth Wave'.

Overwegingen ten aanzien van het verloop van het geding

Eiseressen hebben gedaagden doen dagvaarden om te verschijnen ter zitting van de voorzieningenrechter in kort geding van 20 oktober 2004.

De advocaat van eiseressen heeft de vorderingen toegelicht aan de hand van pleitnotities en producties. Gedaagden hebben verweer gevoerd bij monde van de directeur van Fourth Wave, de heer M.E. Schuurman (hierna ook 'Schuurman'), eveneens aan de hand van pleitnotities en producties.

Partijen hebben vonnis gevraagd. Het vonnis is bepaald op heden.

Overwegingen ten aanzien van het recht

De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 20 oktober 2004 wordt in dit kort geding van het volgende uitgegaan.

1.1. Pretium Telecom en Yiggers zijn concurrenten van elkaar. Zij bieden beide vaste telefoniediensten aan. Zij maken daarbij gebruik van 'carrier preselectie', hetgeen inhoudt dat de consument op voorhand kan regelen dat al zijn telefoongesprekken via de door hem gekozen aanbieder zullen lopen.

1.2. Op 12 april 2000 heeft Pretium B.V. het woordmerk 'Pretium' laten inschrijven bij het Benelux-Merkenbureau. Voorts heeft Pretium B.V. op 8 augustus 2000 een beeldmerk doen inschrijven, kort gezegd bestaande uit het woord 'Pretium' en twee handen. Daarnaast gebruiken eiseressen de handelsnamen 'Pretium' en 'Pretium Telecom'.

1.3. Yiggers maakt gebruik van de dienst 'Adwords' van de internetzoekmachine Google (hierna ook 'Google'). Een Adword is een advertentie die in Google aan een bepaalde zoekterm is verbonden. Indien men zoekt op de betreffende zoekterm verschijnt (ook) de betreffende advertentie. Doorgaans bevat deze een link naar de website van de adverteerder. Bij het zoeken op 'Pretium' of een daarop gelijkende zoekterm op Google, verscheen tot voor kort de volgende advertentie van Yiggers:

'Alle telecom-advertenties

*Bekijk ze goed vóór u een vaste telefonieaanbieder kiest
www.yiggers.nl'*

1.4. Daarnaast verschijnt deze advertentie – in ieder geval tot en met 19 oktober 2004 – indien men zoekt op 'Pretium' of een daarop gelijkende zoekterm op de aan Google gerelateerde websites *www.marktplaats.nl* en *www.planet.nl*.

1.5. Fourth Wave heeft op diverse internetfora, waaronder *www.consumentbond.nl*, uitlatingen over Pretium Telecom gedaan. Daarbij heeft zij gebruik gemaakt van het pseudoniem 'Anne-Lise'.

Op 9 juni 2004 heeft zij de volgende tekst geplaatst:

⁷ Zie Idenburg, *Kennis van zaken*, 1980, p. 90-92; Martens, *Onrechtmatige daad* (Editie VI), nr. 74 en nr. 124 (losbl.); Verkade, *Ongeoorloofde Mededeling*, 1986, nr. 52; Van Engelen, a.w., p. 201.

⁸ Het vonnis is ook – evenzeer kritisch – besproken door Koelman (*AMI* 2004, 223) en Kabel (*IER* 2004, p. 419).