

# vonnis

---

## RECHTBANK ROTTERDAM

Sector kanton

Locatie Rotterdam

zaaknummer: 1320252 CV EXPL 12-8002

uitspraak: 2 november 2012

### vonnis

in de zaak van

**de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
Gay Group B.V.,**  
gevestigd te Amsterdam,  
eiseres,  
gemachtigde: mr. A. Engelfriet te Amsterdam,

tegen

, h.o.d.n. Feya Entertainment, La Belle,  
wonende te Rotterdam,  
gedaagde,  
gemachtigde: mr. S.R. Markus te Capelle aan den IJssel.

Partijen zullen hierna worden aangeduid als 'Gay Group' en '\_\_\_\_\_';

### 1. Het verloop van het proces

1.1. Het verloop van de procedure volgt uit de volgende processtukken, waarvan de kantonrechter heeft kennisgenomen.

- het exploit van dagvaarding van 30 januari 2012, met producties;
- de conclusie van antwoord;
- het vonnis van 18 april 2012, waarbij een comparitie van partijen is bepaald;
- het proces-verbaal van de op 21 mei 2012 gehouden comparitie van partijen;
- de conclusie van repliek;
- de conclusie van dupliek;
- de rolbeslissing van 10 augustus 2012;
- de brief van 14 augustus 2012 van de gemachtigde van Gay Group.

1.2. Wegens organisatorische redenen is de behandeling van deze procedure overgenomen door mr. V.F. Milders.

1.3. De kantonrechter heeft de uitspraak van het vonnis nader bepaald op heden.

### 2. De vaststaande feiten

De kantonrechter gaat uit van de volgende feiten.

2.1. Gay Group exploiteert de website Gay.nl (hierna: de website), een website die als platform voor dienstverlening gericht op homoseksuelen dient. De website kent onder meer

een forum, een chatdienst en diverse informatiediensten. Gebruikers kunnen daarnaast profielen aanmaken en met elkaar in contact komen.

2.2. \_\_\_\_\_ heeft zich op 21 oktober 2011 als eenmanszaak ingeschreven bij de Kamer van Koophandel te Rotterdam. Zij wilde met haar bedrijf feesten organiseren.

2.3. Het eerste feest dat \_\_\_\_\_ heeft georganiseerd vond plaats op 9 december 2011. De doelgroep van dit feest waren homoseksuelen.

2.4. \_\_\_\_\_ heeft op 29 oktober 2011 een account aangemaakt op de website Gay.nl onder de gebruikersnaam 'La-Belle'. Daarbij heeft \_\_\_\_\_ zich akkoord verklaard met de algemene voorwaarden van de Gay Group (hierna: de algemene voorwaarden). In de algemene voorwaarden is – voor zover hier van belang – het volgende bepaald:

“(…)

#### 7. SPAM/HARVESTEN

7.1. Het gebruik van de Dienst alsmede het gebruik van de informatie op de Site is enkel en alleen toegestaan met het oog op het kunnen communiceren, discussiëren met andere gebruikers op de site waarbij geldt dat het karakter van de communicatie geen commercieel maar slechts een particulier doel mag dienen. Het is onder geen beding toegestaan de dienst of de persoonsgegevens te gebruiken voor enig ander doel, hetgeen onder meer inhoudt dat het verboden is:

- a) het (ongevraagd) initiëren van iedere vorm van commerciële communicatie door middel van e-mail, fax, SMS, MMS, post, de Gay.nl messenger, het gay.nl forum, het profiel van de Gebruiker of anderszins met gebruikers, althans het direct of indirect promoten van de goederen, diensten of het imago van een onderneming, organisatie of persoon, zulks ongeacht of deze producten of diensten (indirect) betrekking hebben op het karakter van de dienst of mogelijke interesse van een gebruiker;
- b) iedere andere vorm van ongevraagde communicatie;
- c) e-mailadressen van gebruikers te verzamelen om welke reden dan ook.

7.2. Indien gebruiker (gedeeltelijk) in strijd handelt met het in dit artikel bepaalde verbeurt gebruiker, zonder nadere waarschuwing of ingebrekestelling en zonder dat daartoe rechterlijke tussenkomst is vereist, een direct opeisbare boete van € 500,- (vijfhonderd euro) per gebeurtenis, waarbij het verzenden van een niet toelaatbare uiting naar een gebruiker geldt als één gebeurtenis.

(…)

2.5. \_\_\_\_\_ heeft tussen 29 en 30 oktober 2011 via de website 378 berichten verstuurd aan andere gebruikers van de site Gay.nl. onder meer met de tekst:

“Met trots presenteert LA-BELLE 9 december 2011 haar eerste Gay-minded dance event!!! In de Maassilo te Rotterdam! (...) haal je kaartje snel bij de free record shop [http:// www.maassilo.nl](http://www.maassilo.nl) en [http:// www.la-belle.me](http://www.la-belle.me) (...)

2.6. Naar aanleiding van deze berichten heeft Gay Group het account La- Belle van \_\_\_\_\_ geblokkeerd.

2.7. Gay Group heeft \_\_\_\_\_ via facebook en per e-mail van 4 november 2011 een schikkingsvoorstel gedaan tot betaling van een bedrag van € 5.000,- vanwege het versturen van de e-mailberichten. \_\_\_\_\_ heeft hierop niet gereageerd.

2.8. \_\_\_\_\_ heeft wel onder de gebruikersnaam 'labelle' een nieuw account aangemaakt. Vanaf dit account zijn via de website nogmaals 20 berichten met de hiervoor weergegeven tekst verstuurd.

### 3. Het geschil

3.1. Gay Group heeft bij dagvaarding gevorderd, bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

1. .... te veroordelen om binnen twee dagen na betekening van dit vonnis ieder ongevraagd benaderen, op welke wijze dan ook, van gebruikers van de website Gay.nl, te staken en gestaakt te houden, waaronder mede verstaan het versturen van ongevraagde berichten met commerciële strekking naar deze gebruikers via enige faciliteit van Gay.nl, zulks op straffe van een dwangsom van 500 euro voor elk bericht of andere toenaderingspoging in strijd met het voorgaande;
2. .... te veroordelen om aan Gay Group tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen een bedrag van € 15.000,- vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding tot de dag der algehele voldoening;
3. .... te veroordelen in de kosten van de procedure, vermeerderd met de wettelijke rente.

3.2. Aan haar vordering heeft Gay Group naast de vaststaande feiten – zakelijk weergegeven en voor zover thans van belang – het volgende ten grondslag gelegd. I ..... heeft met het versturen van de wervende berichten aan de gebruikers van Gay.nl het bepaalde in artikel 7 van de toepasselijke algemene voorwaarden overtreden. Voorts heeft ..... met dit spangedrag de Telecommunicatiewet overtreden en aldus onrechtmatig jegens Gay Group gehandeld. Gay Group heeft een evident en zwaarwegend belang om tegen het handelen van ..... te ageren. Zij maakt daarom aanspraak op nakoming van het boetebeding. Omdat het eiseres primair gaat om de preventieve werking van het boetebeding, beperkt zij haar vordering tot een bedrag van € 15.000,- (boete voor 30 berichten). Gay Group maakt voorts aanspraak op vergoeding van de verschuldigde wettelijke rente.

3.3. .... heeft de vordering betwist. Primair heeft zij aangevoerd het boetebeding van artikel 7 van de algemene voorwaarden te vernietigen omdat het boetebeding in de algemene voorwaarden onredelijk bezwarend is in de zin van artikel 6:233 sub a BW. Subsidiair stelt ..... zich op het standpunt dat een beroep op het boetebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is en meer subsidiair heeft ..... een beroep op matiging van de boete gedaan.

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

### 4. De beoordeling

#### *Bevoegdheid*

4.1. Nu Gay Group bij brief van 14 augustus 2012 uitdrukkelijk afstand heeft gedaan van het meerdere boven € 25.000,-, is de kantonrechter bevoegd de zaak te behandelen.

#### *Vernietiging van het boetebeding in de algemene voorwaarden.*

4.2. Het meest verstrekkende verweer van ..... is dat het boetebeding vernietigbaar is. Op grond van het bepaalde in artikel 6:233 sub a BW is een beding in de algemene voorwaarden vernietigbaar, indien het geteeld op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij. Daarbij komt het aan op de beoordeling van de eventuele onredelijk bezwarende gevolgen waaraan het beding, bij gebondenheid daaraan, de wederpartij van aanvang af blootstelt en dus niet slechts van die voor de wederpartij nadelige gevolgen die zich in het gegeven geval ook daadwerkelijk hebben verwezenlijkt.

4.3. Er zijn de kantonrechter onvoldoende feiten en omstandigheden gebleken op grond waarvan zou moeten worden geoordeeld dat het onderhavige boetebeding onredelijk bezwarend is. De kantonrechter overweegt daartoe het volgende. Dat ..... geen invloed heeft kunnen uitoefenen op de inhoud van de voorwaarden en er evenmin een belangenorganisatie bij de totstandkoming van de voorwaarden was betrokken, is in dit geval geen omstandigheid die maakt dat het boetebeding onredelijk bezwarend is. Pizarro heeft zich uit eigen beweging aangemeld op de site en is daartoe op geen enkele wijze verplicht. Zonder nadere onderbouwing valt niet in te zien waarom een extra bescherming van de potentiële gebruikers door tussenkomst van een belangenorganisatie nodig is. De hoogte van de boete van € 500,- per overtreding is naar het oordeel van de kantonrechter, in het licht van het onweersproken belang van Gay Group - het beschermen van de gebruikers van de website tegen spam en het voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van de populariteit en het grote gebruikersbestand van de website - niet buitenproportioneel.

4.4. Evenmin is de hoogte van de boete grond voor het aannemen van de door beoogde informatie- of waarschuwingsplicht. Voor het aannemen van een plicht die verder strekt dan het wijzen op de toepasselijkheid van algemene voorwaarden en er in voorziet dat eenvoudig kennis kan worden genomen van de inhoud van de voorwaarden, is gelet op de doelstelling van de website en de doelgroep daarvan, onvoldoende grond. Ook de door ..... gestelde mogelijkheid dat het boetebeding in de algemene voorwaarden door onzorgvuldigheid en/of naïviteit niet wordt gelezen, is, wat daarvan verder ook zij, voor het aannemen van een dergelijke plicht onvoldoende. .... heeft haar stelling dat zij het boetebeding niet hoefde te verwachten niet nader onderbouwd. De sociale en maatschappelijke positie van partijen kan in de gegeven omstandigheden niet leiden tot een ander oordeel. Hoewel ..... in dit geval moet worden aangemerkt als een kleine ondernemer is de kantonrechter onvoldoende gebleken waarom dat in dit geval tot de door ..... gewenste gevolgen zou moeten leiden.

*Beroep op het boetebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar*  
4.5. Subsidiar heeft Pizarro zich beroepen op het bepaalde in artikel 6:248 lid 2 BW. Ingevolge deze bepaling is een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Bij de toepassing van deze bepaling dient de rechter de nodige terughoudendheid te betrachten en alle omstandigheden te betrekken.

4.6. Nu ..... bij dit ingenomen standpunt een beroep doet op dezelfde omstandigheden als aangevoerd in het kader van haar, hierboven besproken, primaire standpunt, verwijst de kantonrechter in zoverre naar hetgeen in dat verband al is overwogen. Daarnaast acht de kantonrechter van belang dat ..... bij het aanmelden op de site uitdrukkelijk is geweest op de algemene voorwaarden. Dat zij vervolgens geen kennis heeft genomen van de inhoud daarvan kan bezwaarlijk Gay Group worden tegengeworpen. Zoals hiervoor al overwogen rust op Gay Group geen waarschuwingsplicht. Gelet ook op het doel waarvoor zij zich heeft aangemeld als gebruiker van de website, had het op de weg van ..... gelegen kennis te nemen van de algemene voorwaarden. Van iemand die zich vanuit een commercieel en zakelijk oogpunt aanmeldt, mag worden verwacht dat hij of zij zich rekenschap geeft van de inhoud van die algemene voorwaarden. Niet valt in te zien dat en in hoeverre het beginnend ondernemerschap van ..... en haar leeftijd van 22 jaar tot een ander oordeel zouden moeten leiden. .... heeft er zelf voor gekozen op deze leeftijd een eigen onderneming te beginnen.

Zaaknummer: 1320252 CV EXPL 12-8002

---

4.7. Verder zij opgemerkt dat ..... ondanks dat haar account werd geblokkeerd en door Gay Group via facebook en per e-mail is gewezen op het verschuldigd worden van een boete omdat zij e-mailberichten had verzonden op de website, via een nieuw account wederom e-mailberichten heeft verzonden. Dat ..... ondanks de waarschuwing is doorgegaan is een omstandigheid die voor haar rekening en risico komt. Een en ander overziend, komt de kantonrechter dan ook tot het oordeel dat toepassing van het boetebeding in het onderhavige geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is.

#### *Matiging van de boete*

4.8. Tot slot dient de vraag te worden beantwoord of op grond van artikel 6:94 lid 1 BW de boete dient te worden gematigd. De in dit artikel geformuleerde maatstaf brengt mee dat matigen alleen dan aan de orde is, als toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt. Daarbij zal niet alleen moeten worden gelet op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen.

4.9. De vraag of Gay Group daadwerkelijk schade heeft geleden kan in het midden blijven, gelet op de strekking en de aard van het beding. Het beding beoogt berichten als door ..... verzonden te voorkomen en voorziet in een fixatie van de schade. Verder kan de kantonrechter ..... niet volgen in haar betoog dat het slechts ging om de uitnodiging voor een feest. Niet in geschil is immers dat het een bericht betrof met een zakelijk en commercieel doel en daarmee dus in strijd met het spamverbod. Dat Gay Group nauwelijks last zou hebben gehad van de berichten, zoals ..... naar voren brengt, is ook niet van belang. De gebeurtenis waarop de boete staat, ziet namelijk op het verzenden van de berichten. Ook de stelling dat ..... geen winst heeft gemaakt met de organisatie van het feest, kan haar niet baten. Dit doet immers niets af aan overtreding van het spamverbod. Dit alles maakt dat geen aanleiding wordt gezien de boete op nihil te stellen.

4.10. Wel acht de kantonrechter redenen aanwezig om te komen tot een matiging van het boetebedrag. Daartoe wordt overwogen dat toepassing van het boetebeding in onderhavig geval niet zozeer samenhangt met geleden schade, maar vooral een preventieve werking beoogt. Niet valt zonder meer in te zien dat dat beoogde doel enkel wordt geëffectueerd door het gevorderde boetebedrag van € 15.000,-. Nu het feit dat ..... procedeert met een toevoeging met de laagste eigen bijdrage, een indicatie oplevert dat haar financiële armslag beperkt is, ligt het in de rede dat het gewenste effect ook bij een lager op te leggen boetebedrag wordt bereikt. In die zin zal toewijzing van het gevorderde bedrag naar het oordeel van de kantonrechter leiden tot een onaanvaardbaar resultaat. Het gevorderde bedrag zal daarom worden gematigd tot € 5.000,-.

4.11 De gevorderde rente is op de wet gegrond en zal als niet weersproken worden toegewezen.

4.12. De vordering tot het staken en het gestaakt houden van het commerciële gebruik van de website zal worden toegewezen, met dien verstande dat de dwangsom zal worden beperkt tot € 100,- met een maximum van € 1.000,-.

4.13. .... zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de ..... tot een bedrag uitkomst aan de zijde van Gay Group benaamd op € 76,17 aan

Zaaknummer: 1320252 CV EXPL 12-8002

(3 punten x tarief € 300,-). Ook de gevorderde rente over deze kosten zal worden toegewezen als nader vermeld.

### 5. De beslissing

De kantonrechter:

veroordeelt ..... om binnen twee dagen na betekening van dit vonnis ieder ongevraagd benaderen, op welke wijze dan ook, van gebruikers van de website Gay.nl, te staken en gestaakt te houden, waaronder mede verstaan het versturen van ongevraagde berichten met commerciële strekking naar deze gebruikers via enige faciliteit van Gay.nl, zulks op straffe van een dwangsom van € 100,- voor elk bericht of andere toenaderingspoging in strijd met het voorgaande, tot een maximum van € 1.000,-;

veroordeelt ..... om aan Gay Group tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen een bedrag van € 5.000,- te vermeerderen met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf 30 januari 2012 tot de dag der algehele voldoening;

veroordeelt ..... in de kosten van de procedure, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Gay Group vastgesteld op € 873,- aan vastrecht, op € 76,17 aan verschotten en € 900,- aan salaris voor de gemachtigde, en indien betaling daarvan niet binnen veertien dagen na datum van dit vonnis plaatsvindt, deze bedragen te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf de veertiende dag na de datum van dit vonnis tot de dag der algehele voldoening.

verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad en wijst af het anders of meer gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. V.F. Milders en uitgesproken ter openbare terechtzitting.

788

Uitgegeven voor eerste grosse aan de <sup>eiser(es)</sup>  
~~gedeegde~~

de \_\_\_\_\_ - 6 NOV 2012

De Griffier,