

vonnis

RECHTBANK UTRECHT

Sector kanton

Locatie Amersfoort

zaaknummer: 676425 AC EXPL 10-934 LH 464

vonnis d.d. 8 december 2010

inzake

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Gay Group B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

verder ook te noemen Gay Group,

eisende partij,

gemachtigde: mr. A. Engelfriet,

tegen:

██████████ mede handelend onder de naam V. M. ██████████,

wonende te Elst (U),

verder ook te noemen V. M. ██████████

gedaagde partij,

gemachtigde: ing. R.P. van der Zee.

Het verloop van de procedure

Gay Group heeft een vordering ingesteld.

V. M. ██████████ heeft geantwoord op de vordering.

Gay Group heeft voor repliek en V. M. ██████████ heeft voor dupliek geconcludeerd.

Hierna is uitspraak bepaald.

De vaststaande feiten

Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend althans niet weersproken, neemt de kantonrechter het volgende als vaststaand aan.

1.1. Gay Group exploiteert een website, Gay.nl genaamd, bedoeld als platform voor dienstverlening aan homoseksuelen. Van de website maken onder meer een forum en een chatdienst deel uit, waarmee gebruikers van de website met elkaar in contact kunnen komen.

1.2. Alvorens van de diensten van de website gebruik kan worden gemaakt, moet een registratieprocedure worden doorlopen, waarbij de gebruiker een profiel met persoonlijke informatie aanmaakt en een 'nickname' en 'password' kiest. Van deze registratie maken deel uit het langs elektronische weg sluiten van een 'gebruiksrechtovereenkomst' en de

aanvaarding van de algemene voorwaarden van Gay Group door middel van het aanvinken van de tekst: *'Ja, ik ga akkoord met de Algemene voorwaarden.'* Deze algemene voorwaarden zijn vóór of bij het sluiten van de overeenkomst raadpleegbaar en kunnen door de gebruiker worden opgeslagen en uitgeprint.

1.3. Artikel 7 van deze algemene voorwaarden van Gay Group (met het opschrift: 'Spam/harvesten') luidt: *'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; (-) 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.'*

1.4. Op 9 juli 2009 hebben 198 gebruikers van de profielendienst van de website een bericht ontvangen met de volgende tekst: *'(Hey man! of: Hey gozer!) Voeg me anders toe op msn: surfer-nick@hotmail.com (veel makkelijker!).'* Een gebruiker die hierop inging, ontving automatisch het volgende bericht: *'AutoMessage: Laptop doet raar dus bel me maar op 090-60203 code 51!'* Het telefoonnummer 0906- is toegekend aan V M, het bedrijf van V M. Het betreft een commercieel geëxploiteerde telefoonlijn.

1.5. Nadat zij hierover enkele klachten had ontvangen, heeft Gay Group V M op 13 juli 2009 aangeschreven en aanspraak gemaakt op de volgens haar door hem ingevolge artikel 7 van de algemene voorwaarden verbeurde boetes. In haar reactie van diezelfde dag heeft V M ontkend zich aan spammen schuldig te hebben gemaakt: *'Het vermoeden dat er sprake is van spam kan ik mij niet voorstellen, integendeel voor mij staat vast dat hier geen sprake van is. Er is door mij (noch voor zover mij bekend), personen actief voor mij, ooit iets anders geïnitieerd dan het verzoek deze toe te voegen aan MSN via de website www.gay.nl om de simpele reden dat dit prettiger communiceert. Wanneer een persoon overlast heeft gehad van welk bericht dan ook van de MSN surfer-nick@hotmail.com, had deze die simpelweg kunnen verwijderen, blokkeren of deze verzoeken dit te staken. Voor zover bekend is er geen enkel gesprek zelf geïnitieerd op MSN of www.gay.nl of enige andere door GayGroup B.V. beheerde website. (-) Als u artikel 7 in uw algemene voorwaarden strikt leest is er geen enkele overtreding door V M (of een gerelateerd natuurlijk persoon) begaan.'*

De vordering en de standpunten van partijen

2.1. Gay Group vordert de veroordeling van V M om binnen twee dagen na betekening van het vonnis het ongevraagd benaderen van gebruikers van de website Gay.nl,

daaronder het versturen van ongevraagde berichten met commerciële strekking naar gebruikers via enige faciliteit van Gay.nl, te staken en gestaakt te houden, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 500,- voor elk bericht of andere toenaderingspoging dat/die hiermee in strijd is. Voorts vordert Gay Group dat V. M. wordt veroordeeld om binnen twee dagen na betekening van het vonnis alle door middel van de op 29 juli 2009 (kennelijk wordt bedoeld 9 juli 2009) verzonden berichten verkregen e-mailadressen van gebruikers van Gay.nl te verwijderen uit zijn bestanden en Gay Group daarvan bewijs te doen toekomen, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 2.500,- ingeval V. M. hiermee in gebreke blijft. Ten slotte vordert Gay Group de veroordeling van V. M. om aan haar te voldoen € 5.000,- aan verbeurde boetes, te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf 26 januari 2010 tot de voldoening, met veroordeling van V. M. in de proceskosten, te vermeerderen met de wettelijke rente over de proceskosten vanaf 14 dagen na de datum van vonniswijzing tot de voldoening.

2.2. Gay Group legt aan haar vordering ten grondslag dat V. M. heeft erkend zich op 9 juli 2009 te hebben geregistreerd als gebruiker van haar website Gay.nl. Vervolgens heeft hij geprobeerd ongeveer 200 van de mede-gebruikers van de website te bewegen om het door hem beheerde dure 0906-telefoonnummer te bellen. Aldus heeft V. M. de website gebruikt voor een verboden, commercieel, doel. Dit vormt een tekortkoming in de naleving van de verplichtingen die V. M. bij de tot stand gekomen gebruiksrechtsovereenkomst heeft aanvaard. Gay Group heeft er, gelet op wat de gebruikers van haar website verwachten, belang bij dat dergelijke commerciële spam wordt geweerd. Hiertoe dienen de verboden en de voldoening van de verbeurde - door Gay Group reeds gematigde - boetes.

3. V. M. betwist de vordering. Een gebruiksrechtsovereenkomst, als waarop Gay Group zich baseert, heeft hij niet met haar gesloten. V. M. ontkent dat hij op 9 juli 2009 zelf berichten aan gebruikers van de website Gay.nl heeft verzonden. Hij was toen in het buitenland en kan de berichten niet hebben verstuurd via het IP-adres, dat daarvoor volgens Gay Group is gebruikt. Dit IP-adres behoort toe aan de eigenaar van het bedrijfsverzamelgebouw waarin het bedrijf van V. M. is gehuisvest. In het kader van zijn bedrijfsactiviteiten heeft V. M. meer dan 50 freelancers aan het werk, over wie hij geen zeggenschap heeft. Aan de e-mail van 13 juli 2009 kan niet, zoals Gay Group meent, enige erkenning van V. M. worden ontleend, omdat die e-mail door een gemachtigde is verstuurd. De berichten die gebruikers van de website op 9 juli 2009 ontvingen, kunnen ook niet als commerciële spam worden aangemerkt. Van een verboden gebruik van de website is daarom geen sprake. De hoogte van de boetes waarop Gay Group aanspraak maakt, is willekeurig, omdat slechts vier gebruikers van de website zich bij haar hebben beklaagd. Bij haar vordering heeft Gay Group geen enkel relevant belang, omdat V. M. zich bereid heeft verklaard een onthoudingsverklaring te tekenen. Gay Group is kennelijk slechts uit op 'makkelijk' geld.

De beoordeling van het geschil

4.1. De kantonrechter overweegt ambtshalve dat zij bevoegd is van deze zaak kennis te nemen en over de vordering van Gay Group te beslissen. De geldvordering is uitdrukkelijk beperkt tot € 5.000,- (inclusief de tot aan de dag van dagvaarding verschenen rente). Weliswaar zijn daarenboven twee gebodsvorderingen ingesteld, zodat het voor de vraag naar de competentie van de kantonrechter mede aankomt op de waarde daarvan, doch V. M. heeft te kennen gegeven dat de gebodsvorderingen 'nut of noodzaak' ontberen,

omdat hij zich niet aan commercieel spammen heeft schuldig gemaakt en zich bereid heeft willen verklaren zich daarvan ook te zullen onthouden. Gelet op dit verweer is de totale waarde van de vorderingen beperkt tot het beloop van de geldvordering. Daarmee wordt de bevoegdheid van de kantonrechter niet overschreden.

4.2. De eerste vraag die partijen verdeeld houdt is of tussen hen een overeenkomst tot het gebruik van de website Gay.nl tot stand is gekomen. De kantonrechter beantwoordt deze vraag bevestigend, omdat Gay Group heeft gesteld dat het niet mogelijk is van haar website gebruik te maken zonder dat ter gelegenheid van de registratie wordt aangevinkt dat wordt ingestemd met haar algemene voorwaarden. V. M. heeft dit niet gemotiveerd weersproken. Hij wordt gehouden aan het door hem bij e-mail van 13 juli 2009 ingenomen standpunt, nu hij geen valide reden heeft aangevoerd waarom de tekst ervan niet van hem afkomstig is. Indien de e-mail door een gemachtigde is verstuurd, worden diens uitlatingen jegens Gay Group aan V. M. toegerekend. Uit de e-mail blijkt dat V. M. heeft erkend zich als gebruiker van de website van Gay Group te hebben aangemeld. Ook in dit geding heeft V. M. dat niet gemotiveerd bestreden.

4.3. Vervolgens bestaat geschil over de vraag of V. M. op 9 juli 2009 de door Gay Group gestelde berichten aan 198 mede-gebruikers van de website heeft verzonden. Ook deze vraag beantwoordt de kantonrechter bevestigend. V. M. ontkent dat hij (zelf) de litigieuze berichten heeft verstuurd, maar hij laat zich wisselend uit over de mogelijkheid dat het een van zijn freelance medewerkers is geweest. V. M. bedient zich van een domeinnaam, genaamd . Enerzijds betwist V. M. dat de berichten door (een of meer van) zijn medewerkers zijn verstuurd, overigens zonder dit te motiveren (hij stelt zijn freelancers niet volledig te kunnen controleren). V. M. heeft niet verklaard waarom een ander bedrijf, dat ook van het betreffende IP-adres gebruik heeft gemaakt, er belang bij zou kunnen hebben om gebruikers van Gay.nl te attenderen op het 0906-nummer van V. M. Anderzijds suggereert V. M. dat de verzending van de berichten het werk kan zijn geweest van een van zijn medewerkers. Redelijkerwijs kan alleen dit laatste verklaren dat de gebruikers van Gay.nl op 9 juli 2009 werd gevraagd via MSN contact te zoeken en daarop een automatisch bericht volgde met het verzoek te bellen met het 0906-telefoonnummer van het bedrijf van V. M. Ingevolge artikel 3:70 Burgerlijk Wetboek (BW) heeft V. M. in te staan voor de volmacht van degenen door wie hij zich in het kader van zijn bedrijfsactiviteiten doet vertegenwoordigen. Hierop stuit dit deel van het verweer van V. M. af. Of V. M. zelf op 9 juli 2009 in het buitenland was, is daarom in dit geding niet van belang.

4.4. Ook het verweer van V. M. dat geen sprake is van door artikel 7 van de algemene voorwaarden van Gay Group verboden spam, wordt verworpen. Met Gay Group is de kantonrechter van oordeel dat het aantal berichten dat op 9 juli 2009 in korte tijd werd verzonden erop wijst dat de website werd gebruikt voor een ander doel dan het leggen van privé contacten met andere homoseksuelen. Dat het hier een commercieel gebruik betrof, volgt tevens uit het feit dat de gebruikers van Gay.nl werden bewogen te bellen met de door V. M. zakelijk geëxploiteerde 0906-telefoonlijn. Dat de gebruikers van de website niet direct via de website van Gay Group, maar eerst door het automatisch gegenereerde MSN-bericht werd verzocht met dat 0906-telefoonnummer te bellen, doet er niet aan af dat van een door artikel 7 van de algemene voorwaarden van Gay Group verboden commercieel gebruik van de website sprake was. Daarop wijst ook het woord 'initieren' in dat artikel. V. M. heeft zich dan ook aan overtreding van de uit de gebruiksrechtovereenkomst voortgevloeide verplichting schuldig gemaakt. De rechtsgeldigheid van het boetebeding van

het tweede lid van genoemd artikel 7 heeft V ■ M ■ niet betwist. Zoals uit artikel 6:91 BW volgt kan een dergelijk beding strekken zowel tot vergoeding van schade als (enkel) tot aansporing tot nakoming. De kantonrechter begrijpt Gay Group aldus dat het haar om de preventieve werking van het boetebeding te doen is. Dat de boete wordt bepaald op € 500,-- per gebeurtenis is hiermee niet onverenigbaar. Anders dan V ■ M ■ meent, is het aantal door Gay Group van gebruikers van haar website ontvangen klachten niet relevant. Een gebeurtenis die tot het verbeuren van de overeengekomen boete leidt, bestaat in de verzending van een verboden bericht. Voor zover V ■ M ■ matiging van de boete mocht hebben verlangd, valt niet in te zien de billijkheid matiging klaarblijkelijk zou eisen. Hierbij worden de wederzijdse belangen van partijen in aanmerking genomen, alsook de omstandigheid dat Gay Group de boete reeds heeft beperkt door slechts van tien overtredingen uit te gaan, terwijl vast staat dat op 9 juli 2009 een veelvoud aan berichten is verzonden, met het oogmerk om de geadresseerden te bewegen met het 0906-nummer van V ■ M ■ te bellen. De vordering tot betaling van € 5.000,-- aan boetes wordt daarom toegewezen. De wettelijke rente hierover is, als niet specifiek betwist, eveneens toewijsbaar.

4.5. Nu Gay Group haar hoofdvordering tot betaling van boetes tot € 5.000,-- heeft beperkt, kan in het midden blijven of zij ook aanspraak heeft kunnen maken op buitengerechtelijke incassokosten.

4.6. De gebodsvordering, kort gezegd tot het staken en gestaakt houden van het commerciële gebruik van de website, wordt afgewezen. Omdat Gay Group ingevolge artikel 10 van haar algemene voorwaarden bevoegd is de gebruiksrechtovereenkomst met onmiddellijke ingang op te zeggen en/of haar diensten op te schorten, indien een gebruiker zijn verplichtingen niet nakomt, heeft zij bij een dergelijk verbod geen rechtens relevant belang.

4.7. De - met een dwangsom versterkte - gebodsvordering tot verwijdering van alle door middel van de op 9 juli 2009 verzonden berichten verkregen e-mailadressen van gebruikers van Gay.nl, en om dit aan Gay Group aan te tonen, is wèl toewijsbaar, omdat Gay Group daarzonder niet in staat is te verzekeren dat V ■ M ■ niet alsnog van die op verboden wijze verkregen gegevens gebruik maakt.

4.8. V ■ M ■ wordt, als de merendeels in het ongelijk gestelde partij, in de proceskosten veroordeeld. Ook de gevorderde wettelijke rente hierover wordt toegewezen, zoals hierna omschreven.

De beslissing

De kantonrechter:

veroordeelt V ■ M ■ om aan Gay Group tegen bewijs van kwijting te betalen € 5.000,-- met de wettelijke rente hierover vanaf 26 januari 2010 tot de voldoening;

veroordeelt V ■ M ■ om binnen twee dagen na betekening van dit vonnis alle door middel van de op 9 juli 2009 verzonden berichten verkregen e-mailadressen van gebruikers van Gay.nl te verwijderen uit zijn bestanden en Gay Group daarvan binnen deze zelfde termijn bewijs te doen toekomen, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 2.500,-- ingeval V ■ M ■ hiermee in gebreke blijft;

veroordeelt V ■ M ■ tot betaling van de proceskosten aan de zijde van Gay Group, tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 692,89, waarin begrepen € 400,-- aan salaris gemachtigde, te vermeerderen met de wettelijke rente over € 692,89 vanaf 14 dagen na het wijzen van dit vonnis tot de voldoening;

verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

h Dit vonnis is gewezen door mr. N.V.M. Gehlen, kantonrechter, en is in aanwezigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 8 december 2010.