

IN NAAM DER KONINGIN !

vonnis



RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht, voorzieningenrechter

zaaknummer / rolnummer: 416841 / KG ZA 09-25 SP/EB

Vonnis in kort geding van 9 januari 2009

in de zaak van

**de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
TELFORT B.V.,**

gevestigd te Amsterdam,

eiseres bij dagvaarding van 9 januari 2009,

✓ advocaat mr. J.C.H. van Manen te Amsterdam,

tegen

**de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
XB MANAGED SERVICES B.V.,**

gevestigd te Almere,

gedaagde,

advocaat mr. J.B. van Dijk te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Telfort en XB worden genoemd.

1. De procedure

Ter terechtzitting van 9 januari 2009 heeft Telfort gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding, met dien verstande dat zij haar vordering heeft verminderd als na te melden. XB heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening en vervolgens in reconventie gevorderd overeenkomstig de eveneens aan dit vonnis gehechte akte. Telfort heeft de vordering in reconventie bestreden. Telfort heeft producties en een pleitnota in het geding gebracht. Ter zitting waren aanwezig aan de zijde van Telfort B. Linneman, projectmanager bij Telfort, met mr. Van Manen en mr. T.A.B.Y. Conijn, advocaat te Amsterdam, en aan de zijde van XB P. Zuidgeest, indirect bestuurder van XB, met mr. Van Dijk. Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen. In verband met de spoedeisendheid van de zaak is op 9 januari 2009 in verkorte vorm vonnis gewezen. Aan partijen is ter zitting meegedeeld dat de uitwerking van dit vonnis zal volgen op 22 januari 2009. Het onderstaande vormt de uitwerking van het vonnis.

2. De feiten in conventie en reconventie

2.1. Telfort is de rechtsopvolger onder algemene titel van Green ISP B.V. (hierna Green ISP). Green ISP en thans Telfort lever(d)en de ADSL internetdienst Speedlinq. De zogeheten Virtual ISP diensten in verband met Speedlinq – waarbij gebruikers toegang verkrijgen tot het internet en de beschikking krijgen over een e-mailadres, een mailbox en een individuele homepage – werden, op basis van een tussen Green ISP en XB gesloten overeenkomst, verzorgd door XB.

2.2. Telfort is houder van de domeinnaam www.speedlinq.nl. Deze domeinnaam wordt beheerd door XB. Artikel 7.1 van de Algemene Voorwaarden voor Deelnemers van SIDN (Stichting Internet Domeinregistratie Nederland, in Nederland verantwoordelijk voor de toewijzing van .nl-domeinnamen) luidt, voor zover hier relevant:

“Houders kunnen gedurende de looptijd van hun abonnement van deelnemer (een beheerder van een domeinnaam, vzr.) veranderen. (...) De deelnemer met wie de houder de relatie beëindigt, verleent hieraan altijd zijn medewerking. (...)”

2.3. In het kader van een aanstaande fusie van Telfort met Green ISP is de onder 2.1 genoemde overeenkomst in 2007 geëindigd. Het was de bedoeling dat Telfort de Virtual ISP diensten zelf, via het moederbedrijf KPN, zou gaan verrichten.

2.4. Voor een soepele migratie van de Virtual ISP diensten naar Telfort hebben Green ISP en XB op 29 februari 2008 een overeenkomst (hierna: de Overeenkomst) gesloten, die – voor zover hier van belang – luidt:

“(...) 12.1 XB zal ten behoeve van Green ISP gegevens van Gebruikers van de dienst verzamelen voor zover zulks noodzakelijk is voor het gebruik van de Dienst en/of de Extra Diensten door die gebruikers. XB zal voornoemde gegevens daartoe vastleggen in een databank (hierna de Databank). XB draagt hierdoor onvoorwaardelijk en zonder beperkingen het databankrecht op de Databank over aan Green ISP. De overdracht omvat uitdrukkelijk alle bevoegdheden die XB ten aanzien van de Databank heeft en in de toekomst zal verkrijgen. Deze Overeenkomst is een tot overdracht bestemde akte als bedoeld in artikel 2 lid 4 van de Databankenwet. (...)”

15.3 Beide partijen hebben het recht deze Overeenkomst op te zeggen tegen het einde van een kalendermaand met inachtneming van een opzegtermijn van 3 (drie) maanden. Indien na opzegging blijkt dat de overeenkomst toch gedurende een bepaalde tijd moet worden voortgezet omdat bepaalde werkzaamheden niet zijn afgerond, anders dan overeengekomen in artikel 16, dan is XB bereid de overeenkomst na de middels de opzegging afgesproken einddatum toch voort te zetten voor een minimale periode van 3 maanden. (...)”

16.1 Onmiddellijk na opzegging en/of kennisgeving van ontbinding van deze Overeenkomst zal XB alle nuttige en noodzakelijke werkzaamheden verrichten om het voor Green ISP mogelijk te maken om de Dienst aan Gebruikers aan te kunnen blijven bieden, al dan niet in samenwerking met een derde. Tot zodanige werkzaamheden behoren in ieder geval, maar niet alleen:

a. overleg met medewerkers van Green ISP en door Green ISP aan te wijzen derden;

-
- b. medewerking aan het overzetten van bestanden en (de inhoud van) e-mailboxen van gebruikers naar andere systemen;
 - c. medewerking aan eventuele conversie van de in artikel 12 bedoelde databank van gebruiksgegevens;
 - d. overleg en medewerking aan eventuele verhuizing van domeinnamen; (...)
 - g. het verstrekken aan Green ISP van alle gegevensdragers en van alle exemplaren van geschriften die betrekking hebben op de Dienst.

XB zal bedoelde werkzaamheden tegen kostprijs verrichten, tenzij de Overeenkomst is geëindigd door opzegging van Green ISP. In dat geval is Green ISP voor bedoelde werkzaamheden aan XB een nader overeen te komen redelijke marktconforme vergoeding verschuldigd. (...)"

2.5. De migratie hield onder meer in dat XB de klantgegevens van Telfort door middel van een zogeheten export – het gieten van gegevens vanuit een bij XB draaiende, niet overdraagbare infrastructuur in een voor Telfort leesbare vorm – aan Telfort zou verschaffen. De actuele klantgegevens zijn in de periode van februari tot mei 2008 ook daadwerkelijk aan Telfort verstrekt.

2.6. Bij e-mail van 8 augustus 2008 heeft Telfort de Overeenkomst opgezegd. XB heeft deze e-mail beantwoord op 13 augustus 2008 met onder meer de volgende bewoordingen:

"(...) Rekening houdend met de opzegtermijn in artikel 15.3 van de raamovereenkomst, eindigt de overeenkomst derhalve op 30 november 2008. (...)"

2.7. Rond september 2008 is Telfort tot de ontdekking gekomen dat de door XB aangeleverde export niet de historische gebruiksgegevens van het klantenbestand van Telfort bevatte. Zij heeft daarop XB verzocht om deze gegevens alsnog aan haar over te dragen. In reactie op dit verzoek heeft XB op 6 oktober 2008 een offerte uitgebracht, waarbij – voor zover hier van belang – voor de werkzaamheden aan een export van deze historische gegevens een bedrag van EUR 50.000,00 werd gevraagd. Telfort is niet ingegaan op deze offerte.

2.8. Op 5 januari 2009 heeft M. Kaatman, een medewerker van XB, per e-mail aan Telfort geschreven:

"Het contract tussen XB en GreenISP is inmiddels beëindigd. Binnenkort zullen wij de gegevens van Speedlinq op ons platform op gaan schonen. Hierna is het niet meer mogelijk om nog enige gegevens, zoals ook genoemd in onze offerte van 6 oktober 2008, te exporteren. Graag verneem ik uiterlijk vrijdag 9 januari aanstaande voor 17:00 uur of jullie alsnog gebruik willen maken van de offerte. Indien jullie niet over een export willen beschikken hoeft je niet te reageren, wij zullen dan de gegevens zoals voorgenomen gaan schonen."

2.9. Bij brief van 8 januari 2009 – tevens per e-mail verzonden – heeft Telfort XB (onder meer) gesommeerd te bevestigen dat de historische gebruiksgegevens van de klanten van Telfort niet vernietigd zullen worden. Voorts heeft Telfort XB (opnieuw) verzocht om haar medewerking te verlenen aan verhuizing van de

domeinnaam naar een nieuwe deelnemer. XB heeft aan deze sommatie geen gehoor gegeven en ook geweigerd haar medewerking aan verhuizing van de domeinnaam te verlenen.

3. Het geschil in conventie

3.1. Telfort vordert na vermindering van eis, kort gezegd, XB te verbieden om de databank met historische gebruiksgegevens van klanten van Telfort (hierna: de Databank) te vernietigen, alsmede XB te veroordelen om de Databank aan Telfort over te dragen en om mee te werken aan de verhuizing van de domeinnaam – al het voorgaande op straffe van een dwangsom – alsmede om XB te veroordelen om haar medewerking te verlenen aan de overgang van de Virtual ISP diensten naar Telfort, alles met veroordeling van XB in de proceskosten.

3.2. Daartoe stelt zij, samengevat, dat de Databank haar eigendom is en dat XB op grond van artikelen 12.1 en 16.1 van de Overeenkomst verplicht is deze aan haar over te dragen. Telfort stelt zich op het standpunt dat er geen sprake is van verlenging van de Overeenkomst zoals bedoeld in artikel 15.3, maar van afrondende werkzaamheden zoals bedoeld in artikel 16.1 van de Overeenkomst. De door haar gevraagde historische gegevens maken onderdeel uit van de eerdere opdracht aan XB, zodat XB deze gegevens aan haar dient te leveren zonder daarvoor extra betaling te verlangen. Verder is XB op grond van artikel 16.1.d van de Overeenkomst en op grond van artikel 7.1 van de Algemene Voorwaarden voor Deelnemers van de SIDN gehouden om haar medewerking te verlenen aan de verhuizing van de domeinnaam. Tot slot is XB op grond van artikel 16.1 van de Overeenkomst verplicht om haar medewerking te verlenen aan de overgang van de Virtual ISP diensten naar Telfort.

3.3. XB voert gemotiveerd verweer, waarop voor zover van belang hierna zal worden ingegaan.

4. Het geschil in reconventie

4.1. XB vordert – kort weergegeven – Telfort te veroordelen tot (medewerking aan) teruggave aan XB van de apparatuur zoals vermeld in de aan dit vonnis gehechte akte, op straffe van een dwangsom.

4.2. Aan haar vordering legt XB, samengevat, ten grondslag dat de apparatuur van XB is geïnstalleerd in een ruimte van Telfort ter uitvoering van de Overeenkomst, en dat Telfort – nu de Overeenkomst is geëindigd – gehouden is om deze apparatuur aan XB terug te geven.

4.3. Tegen de vordering voert Telfort gemotiveerd verweer, waarop voor zover van belang hierna zal worden ingegaan.

5. De beoordeling in conventie

5.1. XB betwist dat Telfort een spoedeisend belang bij haar vordering heeft, omdat zij nooit heeft gedreigd met vernietiging van de Databank. Zij stelt dat zij uitsluitend de vraag aan Telfort heeft voorgelegd of de infrastructuur in stand moest worden gehouden of niet. Uit de tekst van de onder 2.8 geciteerde e-mail blijkt echter dat XB voornemens was om, indien op 9 januari 2009 niet zou zijn ingestemd met de offerte, de gegevens te schonen waarna export niet meer mogelijk zou zijn. Bovendien heeft XB niet gereageerd op de onder 2.9 vermelde brief, waarin haar werd gevraagd te bevestigen dat zij niet tot schoning zou overgaan. Verder heeft Telfort onweersproken gesteld dat haar debiteurenbeheer momenteel moeizaam verloopt, omdat zij niet beschikt over de historische klantgegevens. Onder deze omstandigheden heeft Telfort voldoende spoedeisend belang bij haar vordering.

5.2. Blijkens het bepaalde in artikel 12.1 van de Overeenkomst is Telfort eigenaar van de Databank. Vernietiging van deze Databank zou een onrechtmatige daad opleveren. XB heeft ter zitting aangevoerd dat een veroordeling niet nodig is, omdat zij niet voornemens is de Databank te vernietigen. De enkele omstandigheid dat de aangesprokene toezegt een bepaalde handeling niet (meer) te zullen plegen, behoeft de rechter echter niet te beletten een verbod tot het plegen van zodanige handeling op te leggen. Of ondanks een toezegging een verbod dient te worden opgelegd hangt af van de omstandigheden van het geval, zoals de ernst van de reeds gepleegde overtreding, het gedrag van de aangesprokene naar aanleiding van een eerdere waarschuwing, zijn standpunt met betrekking tot de ongeoorloofdheid van zijn handelen en de wijze waarop en het verband waarin de toezegging is gedaan. Vernietiging van de Databank zou een ernstige en onherstelbare inbreuk op het eigendomsrecht van Telfort opleveren. Daarbij komt dat voorshands voldoende aannemelijk is geworden dat XB eerder geweigerd heeft aan Telfort te bevestigen dat zij niet tot vernietiging zou overgaan. Het gevorderde verbod van vernietiging is dan ook toewijsbaar. De na te melden dwangsom komt daarbij redelijk voor.

5.3. Partijen zijn het erover eens dat de Databank eigendom is van Telfort. XB heeft ter zitting ook verklaard dat de Databank aan Telfort dient te worden geleverd. De vraag die partijen verdeeld houdt is of de export van de historische gegevens valt onder de werkzaamheden die XB in het kader van de Overeenkomst zijn opgedragen. Telfort stelt dat dit het geval is en dat zich de situatie van artikel 16.1 van de Overeenkomst voordoet. XB bestrijdt dat sprake is van afrondende werkzaamheden. Volgens haar heeft Telfort niet eerder gevraagd om de historische gegevens, zodat zij betaling mag vragen voor de aanvullende export. Zij stelt zich op het standpunt dat zich de situatie van artikel 15.3 van de Overeenkomst voordoet. In dit kader wordt het volgende overwogen. Vaststaat dat de Overeenkomst is opgezegd tegen 30 november 2008. Partijen hebben blijkens het bepaalde in artikel 16.1 van de Overeenkomst afgesproken dat XB ná opzegging alle nuttige en noodzakelijke werkzaamheden zal verrichten om het mogelijk te maken om de Virtual ISP diensten aan gebruikers te kunnen blijven bieden. Voor het geval dat –

na opzegging – zou blijken dat de Overeenkomst toch nog gedurende een bepaalde tijd moet worden voortgezet omdat bepaalde werkzaamheden niet zijn afgerond is artikel 15.3 in het leven geroepen. Artikel 15.3 maakt echter slechts melding van een bereidheid aan de zijde van XB om gedurende drie maanden na beëindiging van de overeenkomst deze voort te zetten om werkzaamheden anders dan overeengekomen in artikel 16.1 af te ronden. Het enkele bestaan van deze bereidheid aan de zijde van XB maakt echter niet dat de Overeenkomst moet worden geacht te zijn voortgezet. Ook XB is daar zoals blijkt uit onder meer haar onder 2.8 genoemde e-mail niet van uitgegaan. Nu verder de historische bestanden waar Telfort om heeft gevraagd aan te merken zijn als noodzakelijk voor de dienstverlening door Telfort, omdat deze onontbeerlijk zijn voor haar debiteurenbeheer, is naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter sprake van de in artikel 16.1 van de Overeenkomst bedoelde situatie. XB dient dan ook de historische gegevens zo spoedig mogelijk aan Telfort te verstrekken in een voor Telfort bruikbare vorm. Gelet op de verklaring van de zijde van XB ter zitting dat hiermee ongeveer 150 uren gemoeid zijn en ervan uitgaande dat meer dan één werknemer van XB hiervoor kan worden ingeschakeld, komt de na te noemen termijn redelijk voor. De dwangsom zal worden gematigd als na te melden.

Een en ander neemt niet weg dat XB, voorzover komt vast te staan dat de door haar nog te verrichten werkzaamheden zijn aan te merken als afrondende werkzaamheden als bedoeld in artikel 16 van de Overeenkomst, recht heeft op een redelijke, marktconforme vergoeding voor deze werkzaamheden. Of deze werkzaamheden als zodanig zijn aan te merken, dan wel – zoals Telfort stelt – nog vallen onder de aan XB eerder opgedragen werkzaamheden waarvoor XB al betaald is, valt buiten het bestek van deze procedure.

5.4. Op grond van artikel 16.1 sub b van de Overeenkomst en artikel 7.1 van de Algemene Voorwaarden voor Deelnemers van SIDN dient XB haar medewerking te verlenen aan verhuizing van de domeinnaam naar een nieuwe deelnemer. Aanvankelijk weigerde XB haar medewerking omdat zij van mening was dat eerst het geschil over de historische gegevens moest worden opgelost, maar ter zitting heeft zij verklaard haar medewerking niet langer te zullen opschorten. Het voor de verhuizing vereiste formulier was ter zitting niet beschikbaar, zodat dit punt nog niet is geregeld. Gelet op het feit dat XB eerder volhardde in haar standpunt dat opschorting van haar medewerking geoorloofd was zolang de kwestie rond de historische gegevens niet was opgelost, zal XB worden veroordeeld tot medewerking aan de verhuizing van de domeinnaam. Daarbij zal de dwangsom worden gematigd als na te melden.

5.5. De gevorderde medewerking aan de overgang van de Virtual ISP diensten naar Telfort is te weinig concreet om te kunnen worden toegewezen. Toewijzing van een dergelijke onbepaalde vordering zou immers gemakkelijk tot executiegeschillen kunnen leiden.

5.6. XB zal, als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de proceskosten. De kosten aan de zijde van Telfort worden begroot op:

- exploitkosten	EUR	72,25
- vast recht		254,00
- salaris advocaat		<u>816,00</u>
Totaal	EUR	1.142,25

6. De beoordeling in reconventie

6.1. Telfort heeft ten aanzien van de reconventionele vordering aangevoerd dat zij niet kan beoordelen of de op de akte vermelde apparatuur eigendom van XB is. Nu uit de stukken en hetgeen XB ter zitting naar voren heeft gebracht verder onvoldoende blijkt dat de bedoelde apparatuur eigendom van XB is, zal de vordering tot teruggave van deze apparatuur worden afgewezen.

6.2. XB zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de proceskosten, die wegens samenhang met de conventie worden begroot op nihil.

7. De beslissing

De voorzieningenrechter

in conventie

7.1. verbiedt XB de Databank en de daarin opgeslagen gegevens te vernietigen of gegevens daaruit te verwijderen,

7.2. bepaalt dat XB bij overtreding van het onder 7.1 genoemde verbod een dwangsom verbeurt van EUR 1.000.000,00,

7.3. veroordeelt XB om de Databank met historische gebruiksgegevens van klanten van Telfort zo snel als redelijkerwijs mogelijk, maar uiterlijk op 6 februari 2009, aan Telfort te leveren in een voor Telfort goed bruikbaar formaat,

7.4. bepaalt dat XB, voor iedere dag of dagdeel dat zij in gebreke blijft te voldoen aan de onder 7.3 genoemde veroordeling, een dwangsom verbeurt van EUR 10.000,00,

7.5. veroordeelt XB om met onmiddellijke ingang mee te werken aan de verhuizing van de domeinnaam speedlinq.nl naar een door Telfort aan te wijzen deelnemer,

7.6. bepaalt dat XB, voor iedere dag of dagdeel dat zij in gebreke blijft te voldoen aan de onder 7.5 genoemde veroordeling, een dwangsom verbeurt van EUR 10.000,00,

7.7. veroordeelt XB in de proceskosten tot op heden begroot op EUR 1.142,25, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na de datum van het vonnis,

7.8. verklaart dit vonnis in conventie tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

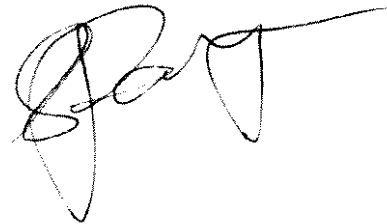

7.9. wijst af het meer of anders gevorderde.

in reconventie

7.10. weigert de gevraagde voorziening,

7.11. veroordeelt XB in de kosten van de procedure, die gelet op de samenhang met de conventie worden begroot op nihil.

Dit vonnis is gewezen door mr. S.P. Pompe, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. E. van Bennekom, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 9 januari 2009.



UITGEGEVEN VOOR GROSSE
De griffier van de
rechtbank Amsterdam