

arrest

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.231.325/01

zaaknummer rechtbank Noord-Holland : C/15/251636 / HA ZA 16-763

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 17 november 2020

inzake

1. **GEMEENTE ALKMAAR**,
zetelend te Alkmaar,
2. **GEMEENTE BERGEN**,
zetelend te Bergen,
3. **GEMEENTE CASTRICUM**,
zetelend te Castricum,
4. **GEMEENTE HEERHUGOWAARD**,
zetelend te Heerhugowaard,
5. **GEMEENTE HEILOO**,
zetelend te Heiloo,
6. **GEMEENTE LANGEDIJK**,
zetelend te Langedijk,
7. **GEMEENTE UITGEEST**,
zetelend te Uitgeest,
appellanten,
tevens incidenteel geïntimeerden,
advocaat: mr. J. Tophoff te Alkmaar,

tegen

1. **ZORGVERVOERCENTRALE NEDERLAND B.V.**,
gevestigd te Rotterdam,
2. **REVA TAXI B.V.**, handelend onder de naam
BIOS PERSONENVERVOER,
gevestigd te Rotterdam,
3. **CETORHINUS MAXIMUS B.V.**,
gevestigd te Rotterdam,
geïntimeerden,
tevens incidenteel appellanten,
advocaat: mr. R.W. de Vrey te Utrecht.

1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna de gemeente Alkmaar (appellant sub 1), de andere gemeenten (appellanten sub 2 tot en met 7), de gemeenten (appellanten gezamenlijk), ZCN, Reva en Cetorhinus (geïntimeerden 1 tot en met 3 afzonderlijk) en ZCN c.s. (geïntimeerden gezamenlijk) genoemd.

De gemeenten zijn bij dagvaarding van 4 december 2017 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Noord-Holland van 6 september 2017, onder bovenvermeld rol/zaaknummer gewezen tussen ZCN c.s. als eisers en de gemeenten als gedaagden.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, met een productie;
- memorie van antwoord in principaal appel, tevens memorie van grieven in incidenteel appel, met producties;
- memorie van antwoord in incidenteel appel.

Geïntimeerden hebben vervolgens nog een USB-stick met gegevens ter griffie van dit hof gedeponeed.

De zaak is mondeling behandeld ter zitting van 20 februari 2020. Voornoemde advocaten hebben pleitnotities voorgedragen en overgelegd. Ook hebben beide partijen bij die gelegenheid nog producties overgelegd.

Ten slotte is arrest gevraagd.

De gemeenten hebben in principaal appel geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en - voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad - alsnog de vorderingen van ZCN c.s. zal afwijzen, met veroordeling van ZCN c.s. in de kosten van het geding in beide instanties, voor zover de kosten zien op inbreuk op het databankrecht de volledige kosten ex artikel 1019 Rv, met nakosten.

ZCN c.s. hebben in principaal appel geconcludeerd tot verwerping daarvan, met - uitvoerbaar bij voorraad - veroordeling van de gemeenten in de kosten van beide instanties, althans tot vergoeding van de redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten. In incidenteel appel hebben zij geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis onder 5.5 tot en met 5.7 en tot toewijzing, alsnog, van de in eerste aanleg afgewezen vorderingen, met - uitvoerbaar bij voorraad - voor zover de proceskosten zien op inbreuk op de databankrechten veroordeling van de gemeenten in de proceskosten van beide instanties conform artikel 1019 Rv, en voor het andere deel in de overige proceskosten van beide instanties.

De gemeenten hebben in incidenteel appel geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van ZCN c.s. met veroordeling van ZCN c.s. in de kosten van het geding in incidenteel appel, voor zover dat betrekking heeft op een inbreuk van databankrechten op de voet van artikel 1019 Rv.

Beide partijen hebben bewijs van hun stellingen aangeboden.

2. Feiten

De rechtbank heeft in het vonnis onder het kopje 'De feiten', 2.1 tot en met 2.9, de feiten opgesomd die zij bij de beoordeling van de zaak tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die volgen uit niet weersproken stellingen van partijen dan wel de niet (voldoende) bestreden inhoud van producties waarnaar zij ter staving van hun stellingen verwijzen, komen de feiten neer op het volgende.

2.1 De gemeenten hebben in juli 2015 een Europese openbare aanbesteding uitgeschreven voor het uitvoeren van "het collectief vraagafhankelijk vervoer voor geïndiceerde reizigers vanuit de deelnemende gemeenten in de regio Noord-Kennemerland" vanaf 1 januari 2016. Deze aanbesteding liep via TenderNed, het online marktplein voor aanbestedingen van de Nederlandse overheid.

2.2 ZCN was op dat moment de dienstverlener en contracterende partij voor dit vervoer. Het contract dateerde van 1 december 2010 en was met de provincie Noord-Holland (verder: de provincie) gesloten. Reva was de feitelijke uitvoerder, handelend als 'onderaannemer' van ZCN. Cetorhinus is de moedermaatschappij van ZCN en Reva.

2.3 De gemeente Alkmaar was namens de gemeenten penvoerder in de aanbestedingsprocedure. In het kader van de voorbereiding van deze aanbestedingsprocedure is door de gemeenten in maart 2015 aan ZCN om gegevens gevraagd omtrent de zogenoemde 'integrale rittenbakken' over de periode 2010 tot en met 2014. Deze gegevens zouden moeten dienen als informatie die in de aanbestedingsprocedure aan de kandidaat inschrijvers zou kunnen worden meegegeeld om hun inschrijving op te baseren.

2.4 ZCN heeft niet aan dat verzoek voldaan, daarbij verwijzend naar bepalingen uit de geldende overeenkomst tussen haar en de provincie (verder: de overeenkomst):

'Artikel 25 - Geheimhouding

(...)

25.3 De provincie Noord-Holland verplicht zich jegens de Vervoerder tot geheimhouding ter zake al hetgeen haar bekend wordt ter zake van de onderneming van Vervoerder, behoudens algemeen bekende en/of voor een ieder toegankelijke informatie en behoudens voor zover het strafrechtelijke of bestuursrechtelijke misdrijven of overtredingen betreft.

25.4 *De in het kader van de uitvoering van deze Overeenkomst verzamelde gegevens worden niet aan derden - anders dan de provincie Noord-Holland en Wmo-gemeenten - ter beschikking gesteld. Na afloop van deze Overeenkomst draagt de Vervoerder en al diegenen die hij bij de uitvoering van deze overeenkomst heeft betrokken, alle bedoelde gegevens over aan de provincie Noord-Holland, tenzij dit in strijd zou zijn met alsdan geldende wettelijke regelingen.*

2.5 De gemeenten hebben van de provincie een excel-bestand (hierna: het bestand) ontvangen met gegevens over gefactureerde ritten in de maand december 2014. De gegevens in dat bestand waren door ZCN aan de provincie aangeleverd om te voldoen aan haar contractuele verplichting uit artikel 15 van de overeenkomst. Deze verplichting voor ZCN bestond om controle te kunnen uitoefenen op de door ZCN in te dienen facturen:

'Artikel 15 - Ritadministratie

15.1 *De Vervoerder dient een betrouwbare en nauwkeurige ritadministratie en ritregistratie te voeren. De Vervoerder dient de provincie Noord-Holland desgevraagd inzage te verlenen in zijn administratie. De ritadministratie en ritregistratie dienen te voldoen aan de daarvoor dienende wettelijke eisen.*

(...)

15.3 *In verband met de door de Opdrachtgever geëiste data en ten behoeve van analyse en controle van deze data, dient de aanbieder over het beschreven vervoerproces in, de volgende data te verzamelen, te registreren en vast te leggen in een database. De naar Opdrachtgever of Wmo-gemeente uitgesplitste database zal binnen twee weken na afloop van een maand door de aanbieder aan betreffende Opdrachtgever of Wmo-gemeente digitaal worden aangeleverd. Door Opdrachtgever zal in samenspraak met de aanbieder worden bepaald in welke bestandsvorm de database aan de Opdrachtgever wordt aangeleverd.*

15.4 *De Vervoerder dient aan de provincie Noord-Holland iedere maand de volgende gegevens te verstrekken met betrekking tot het bestellen van de rit:*

- Datum en tijdstip bestelling rit*
- Telefonische wachttijd en spreektijd (in seconden)*
- Het pasnummer indien het een Wmo-geïndiceerde of de term OV indien het een niet Wmo-geïndiceerde Reiziger betreft.*
- Geplande datum en vertrektijd van de rit*
- Geplande ritten met een aankomst- of aansluitgarantie*
- Beginpunt van de rit (adres + postcode of naam bushalte of station)*
- Eindpunt van de rit (adres + postcode of naam bushalte of station)*
- Indicatie wel of geen rolstoelrit*
- Indicatie Wmo-rit met begeleiding of gezinsleden*

De Vervoerder dient aan de provincie Noord-Holland iedere maand de volgende gegevens te verstrekken met betrekking tot de rit zelf:

-
- *Tijdstip terugbelservice*
 - *Daadwerkelijke vertrektijd*
 - *Daadwerkelijke aankomsttijd*
 - *Het aantal in rekening te brengen openbaar vervoer zones.*
 - *De werkelijk geïnde bijdrage per Reizigersrit, uitgesplitst naar reizigers die reizen in kader Wmo, openbaar vervoer Reizigers en openbaar vervoer Reizigers die reizen tegen het gereduceerde openbaar vervoer tarief.*
 - *Het door de gemeenten t.b.v. de Wmo-geïndiceerde Reizigers, gezinsleden en begeleiders nog aan te vullen verschil tussen het Wmo-tarief (en in geval van begeleiders gratis tarief.) en de ritprijs. Ook bestelde en naderhand door de Reizigers afgezegde ritten worden bij de punten 2 en 3 geregistreerd. Gekoppeld aan het in punt 1 geëiste en ten behoeve van een analyse- en controlemogelijkheid van de gegevens door de Opdrachtgever dient de aanbieder over het vervoerproces één (1) keer per maand de volgende data op papier en digitaal aan de Opdrachtgever te presenteren uitgesplitst naar openbaar vervoer provincie Noord-Holland en Wmo-reizigers uitgesplitst naar deelnemende gemeente:*
 - *Het totaal aantal verreden Reizigersritten.*
 - *Het totaal aantal verreden zones via de geografisch kortste route.*
 - *Het totaal aantal werkelijk geïnde Reizigersbijdragen.*

(...)

15.6 De Vervoerder dient tevens aan de provincie Noord-Holland en de Wmo-gemeenten iedere maand een korte managementrapportage te verstrekken. Deze managementrapportage bestaat in ieder geval uit:

- (a) Overzicht van totaal aantal uitgevoerde ritten;*
- (b) Overzicht van stiptheid;*
- (c) Overzicht van de in de vorige maand afgehandelde klachten waarbij de Vervoerder in ieder geval de volgende zaken registreert: type klacht en afhandelingstermijn van de klacht.'*

2.6 Het Excel-bestand van de zogenaamde rittenbakken met daarachter meerdere draaitabellen is vrijdagmiddag 31 juli 2015 door de gemeenten naar TenderNed geüpload en gepubliceerd als bijlage bij de Nota van Inlichtingen 2. Alle potentiële inschrijvers hebben een notificatie ontvangen van de publicatie van de Nota van Inlichtingen 2. ZCN heeft de gemeenten een uur nadat de gemeente Alkmaar het bestand publiceerde aangespoord dit direct offline te halen, omdat het bestand geheime informatie zou bevatten. Ondanks eerdere pogingen door de gemeenten is op maandag 3 augustus 2015, 8.43 uur, de bijlage op "vervallen" gezet, terwijl het bestand vanaf woensdag 5 augustus 2015, 8.56 uur, niet meer was te downloaden.

2.7 Nadien is overleg gevoerd tussen de gemeenten en ZCN. De gemeenten hebben aan hun respectieve gemeenteraden verslag gedaan:

'MEMO

Aan: De gemeenteraad

Van: College van B&W

Datum: 18 augustus 2015

Onderwerp: Aanbesteding regiotaxi

Alkmaar is namens de regiogemeenten penvoerder voor een aanbesteding voor het Wmo-vervoer. Op vrijdag 31 juli is op Tenderned, de site waarop de gemeente aanbestedingen bekendmaakt zodat er door aanbieders op ingeschreven kan worden, een nota van inlichtingen gepubliceerd.

Aan deze nota was een bestand gekoppeld waarin aanvullende gegevens waren opgenomen, zoals aantallen ritten, afstanden, wel of geen rolstoel et cetera. Deze informatie is nodig voor aanbieders om een gerichte prijsopgave te kunnen doen. Door een ambtelijke bedieningsfout c.q. knip- en plakvergissing blijken er ook aanvullende gegevens in dat bestand terecht te zijn gekomen van de huidige vervoerder. Hierdoor hadden de mededingers toegang tot informatie die als concurrentiegevoelig en vertrouwelijk te kenschetsen is. (...)

(...) Ze zouden daarmee in theorie voordeel ten opzichte van de uitschrijvende partij (i.c. de regiogemeenten) kunnen hebben opgedaan . (...)

Om herstart van de aanbesteding op korte termijn mogelijk te maken, ligt de oplossing in het aangeven van een gewenste (maximale) ritprijs zodat er tussen mogelijke aanbieders weer sprake is van gelijke uitgangspunten en gelijke kansen (gelijk level playing field). Concreet betekent dat dat in de gunning de prijs niet langer doorslaggevend is, maar de gunningscriteria aangepast worden naar economisch meest voordelige inschrijving (EMVI), waarbij onderdelen als innovatie, duurzaamheid en klanttevredenheid een meer doorslaggevend rol gaan spelen.'

2.8 ZCN heeft bij brieven van 10 augustus, 18 en 21 september 2015 de gemeenten aansprakelijk gesteld voor de schade geleden door hun handelswijze. De schade werd door ZCN in de brief van 18 september 2015 begroot op minimaal € 17,7 miljoen.

2.9 De gemeenten hebben naar aanleiding van het gebeurde de aanbesteding ingetrokken en besloten om de opdracht in gewijzigde vorm uit te vragen. Op 20 augustus 2015 is de tweede aanbesteding gepubliceerd. Daarbij is een andere systematiek gehanteerd. ZCN heeft met drie mededingers op deze aanbesteding ingeschreven en een aanbieding gedaan. ZCN is als vierde geëindigd in de aanbesteding. De opdracht is uiteindelijk gegund aan Connexxion. ZCN heeft een kort geding procedure aangespannen tegen de gunning aan Connexxion. De voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Holland heeft de vorderingen van ZCN bij vonnis van 17 december 2015 afgewezen. Tegen deze beslissing is geen hoger beroep ingesteld.

3. Beoordeling

3.1 ZCN c.s. hebben in eerste aanleg gevorderd:

- (i) te verklaren voor recht dat de gemeenten door het in het lichaam van de dagvaarding beschreven handelen, waaronder de publicatie van het bestand, tezamen althans ieder voor zich, in strijd hebben gehandeld met de op de gemeenten rustende contractuele geheimhoudingsplicht;
- (ii) te verklaren voor recht dat de gemeenten door het in het lichaam van de dagvaarding beschreven handelen, waaronder de publicatie van het bestand, tezamen althans ieder voor zich, in strijd handelen met de databankrechten van ZCN c.s.;
- (iii) te verklaren voor recht dat de gemeenten door het in het lichaam van de dagvaarding beschreven handelen, waaronder de publicatie van het bestand, tezamen althans ieder voor zich, onrechtmatig hebben gehandeld jegens ZCN c.s.;
- (iv) de gemeenten te veroordelen tot betaling aan ZCN c.s. van de door hen ten gevolge van het onrechtmatig handelen en de wanprestatie geleden en nog te lijden schade, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, vermeerderd met wettelijke rente ex artikel 6:119a BW, althans artikel 6:119 BW over dit bedrag vanaf 31 juli 2015, althans vanaf datum van dagvaarding tot aan de dag der voldoening;
- (v) de gemeenten hoofdelijk des dat de een betalende de ander zal zijn bevrijd, te veroordelen in de kosten van deze procedure met inbegrip van de nakosten, vermeerderd met de wettelijke rente ex artikel 6:119a BW, althans artikel 6:119 BW, over dit bedrag vanaf 14 dagen na de datum van het vonnis tot aan de dag der voldoening. Voor zover de kosten zien op de inbreuk op de databankrechten van ZCN c.s., vorderen ZCN c.s. dat de gemeenten overeenkomstig worden veroordeeld in de volledige kosten van deze procedure ex art. 1019h Rv.

De gemeenten hebben verweer gevoerd tegen de vordering.

3.2 De rechtbank heeft in de zaak tussen ZCN en de gemeenten, naar aanleiding van de vorderingen onder (iii) en (iv), voor recht verklaard dat de gemeenten jegens ZCN aansprakelijk zijn voor de schade die door ZCN is geleden en eventueel nog zal worden geleden als gevolg van het onrechtmatig publiceren van het bestand op vrijdag 31 juli 2015, welke schade nog dient te worden opgemaakt bij staat. De vordering van ZCN is voor het overige afgewezen. De rechtbank heeft voorts de gemeenten hoofdelijk veroordeeld in de proceskosten gevallen aan de zijde van ZCN en heeft deze kosten begroot aan de hand van het liquidatietarief.

De rechtbank heeft in de zaak tussen Reva en Cetorhinus en de gemeenten de vordering geheel afgewezen, met veroordeling van Reva en Cetorhinus in de proceskosten aan de zijde van de gemeenten, met begroting van deze kosten op nihil.

De overeenkomst

3.3 Grief I in incidenteel appel is gericht tegen de afwijzing van de vordering tot verklaring voor recht zoals geformuleerd onder (i). ZCN c.s. voeren bij deze grief wederom aan dat de gemeenten gebonden zijn aan de geheimhoudingsbepaling die is vervat in artikel 25 lid 3 en lid 4 van de tussen haar en de provincie gesloten overeenkomst. Het hof volgt hen daarin niet. De gemeenten zijn immers geen partij bij

deze overeenkomst, die als partijen vermeldt de provincie Noord-Holland enerzijds en ZCN anderzijds. Dat ZCN c.s. bij de uitvoering van de overeenkomst hebben samengewerkt met de gemeenten maakt nog niet dat de gemeenten zijn gebonden aan de bepalingen uit die overeenkomst. Ook de tekst van de onderhavige bepaling geeft geen aanleiding te veronderstellen dat de gemeenten daaraan zijn gebonden. Dat andere, niet op geheimhouding betrekking hebbende bepalingen in de overeenkomst rechten en verplichtingen van de gemeenten lijken vast te leggen, maakt evenmin dat de gemeenten aan de hiervoor genoemde geheimhoudingsbepaling zijn gebonden. De toezegging van een beleidsambtenaar van de gemeente Alkmaar, bij email van 13 april 2015, dat alle gegevens met de grootst mogelijke zorgvuldigheid en vertrouwelijkheid zullen worden behandeld, leidt evenmin tot die conclusie. In die toezegging wordt immers niet gerefereerd aan de overeenkomst en wordt kennelijk bedoeld op in het maatschappelijk verkeer levende normen. De grief faalt.

Databankrecht

3.4 ZCN c.s. stellen bij hun incidentele grieven II tot en met VI opnieuw hun vordering onder (ii) aan de orde. ZCN c.s. hebben ter onderbouwing van deze vordering aangevoerd dat zij veel tijd, geld en moeite hebben geïnvesteerd in het creëren van de databank. Deze heeft daarom te gelden als een beschermde *sui generis* databank, aldus ZCN in punt 5.13 van haar memorie van antwoord/memorie van grieven in incidenteel appel. De gemeenten hebben (een deel van) de databank op het internet gepubliceerd, hetgeen kan worden aangemerkt als het publiceren en hergebruiken van die databank, terwijl zij, ZCN c.s., daartoe geen toestemming hadden gegeven. De gemeenten hebben daarmee inbreuk gemaakt op hun databankrecht, zo stellen ZCN c.s. De gemeenten hebben betwist dat ZCN c.s. substantieel hebben geïnvesteerd in de gegevensverzameling. Het betreft een eenvoudig facturatiebestand, en de samenstelling van de gegevens hangt samen met de opdracht van de provincie, aldus de gemeenten. De gegevensverzameling voldoet dan ook niet, zo begrijpt het hof de stellingen van de gemeenten, aan de vereisten om voor bescherming 'sui generis' in aanmerking te komen.

3.5 De rechtbank heeft overwogen dat ZCN c.s. met stukken heeft onderbouwd dat zij substantieel hebben geïnvesteerd in de gegevensverzameling en hebben de gemeenten niet gevolgd in hun betwisting daarvan. De rechtbank heeft vervolgens overwogen dat geen sprake is van het opvragen of hergebruiken van een in kwalitatief of kwantitatief substantieel deel van de inhoud van de databank van ZCN c.s. zodat er geen inbreuk is gemaakt op het databankrecht van ZCN c.s. Zij heeft de vordering onder (ii) op die grond afgewezen. De onderhavige grieven van de zijde van ZCN c.s. richten zich tegen de overwegingen die tot die afwijzing hebben geleid. Wat er verder zij van de vraag of de gegevensverzameling voor een substantieel deel is opgevraagd en hergebruikt, het hof zal eerst beoordelen of wordt voldaan aan het investeringsvereiste van de Databankenwet. De gemeenten hebben in dit hoger beroep opnieuw betwist dat daaraan is voldaan.

Het hof stelt als onvoldoende betwist vast dat het door de gemeenten gepubliceerde bestand diverse gegevens over uitgevoerde ritten bevat zoals, onder meer, namen en

medische gegevens, van reizigers, namen van personeelsleden, (reis) tijden, bestemmingen, voertuigen, tarieven, en piektijden van de centrale.

3.6 Het Hof van Justitie van de EU (hierna: HvJ EU) heeft in zijn uitspraken van 9 november 2004 in de zaken C-203/02 (The British Horseracing Board e.a.) en C-444/02 (Fixtures Marketing) bepaald dat het begrip investering in de verkrijging van de inhoud van een databank in de zin van artikel 7, lid 1, van richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, welk begrip in artikel 1 lid 1 onder a van de Databankenwet woordelijk is overgenomen, aldus moet worden opgevat dat het duidt op de middelen die worden aangewend om bestaande elementen te verkrijgen en in deze databank te verzamelen. Het omvat niet de middelen die worden aangewend voor het creëren van de elementen die de inhoud van een databank vormen, aldus het HvJ EU. Het HvJ EU heeft in die uitspraken tevens (onder 35 respectievelijk 45) overwogen dat de omstandigheid dat de samenstelling van een databank samenhangt met de uitoefening van een hoofdactiviteit in het kader waarvan de samensteller van de databank tevens degene is die de in deze databank opgenomen elementen heeft gecreëerd, niet uitsluit dat deze aanspraak kan maken op de bescherming van de richtlijn, op voorwaarde dat hij aantoonbaar dat de verkrijging van deze elementen of de controle dan wel de presentatie daarvan, een in kwantitatief dan wel kwalitatief opzicht substantiële investering heeft geleverd, los van de middelen die voor het creëren van deze elementen zijn aangewend.

3.7 ZCN c.s. hebben ter comparitie in eerste aanleg betoogd dat uit door hen overgelegde producties blijkt dat zij veel hebben geïnvesteerd in de databank. In die producties is onder meer beschreven dat ZCN c.s. € 1,5 miljoen hebben geïnvesteerd in de ontwikkeling van een unieke planningstool waarmee zij in staat zijn de resultaten te genereren die in het door de gemeente gepubliceerde bestand staan. Het hof leidt daaruit af dat de samenstelling van de gegevensverzameling samenhangt met de uitoefening van een hoofdactiviteit, te weten het (op efficiënte wijze) vervoeren van reizigers. Uit de stellingen is tevens af te leiden dat de gegevens, althans de gegevens waar ZCN c.s. waarde aan hechten, zijn gecreëerd door de door ZCN c.s. ontwikkelde planningstool. ZCN c.s. heeft niet gesteld, laat staan onderbouwd, dat zij daarnaast substantiële kosten heeft gemaakt om de aldus gecreëerde elementen te verkrijgen en in de databank te verzamelen, te controleren of te presenteren. Dat ZCN c.s. heeft moeten investeren in ontwikkelkosten voor de planningstool zelf, is in dit verband niet relevant. ZCN c.s. komt daarom geen beroep toe op de door de Databankenwet geboden bescherming.

3.8 Dat de inhoud van de planningstool kan worden afgeleid uit de gepubliceerde bestanden, althans dat de combinatiegraad die daarmee in het reizigersvervoer bereikt kan worden en de ritcalculatieprijs uit die gegevens kan worden afgeleid, is in dit verband niet van betekenis. Het hof zal op een en ander wel terugkomen bij de bespreking van de vordering onder (iii).

3.9 Er is geen grond voor toewijzing van de vordering onder (ii). De grieven II tot en met VI in incidenteel appel hoeven daarom niet nader te worden besproken.

Onrechtmatig handelen

3.10 ZCN c.s. hebben in eerste aanleg ter onderbouwing van hun onder (iii) geformuleerde vordering aangevoerd dat de publicatie van het bestand door de gemeenten onrechtmatig is jegens hen omdat, ten eerste, de gemeenten daarmee bedrijfsgeheimen van ZCN c.s. hebben geopenbaard en verspreid en, ten tweede, de gemeenten daarmee (bijzondere) persoonsgegevens van reizigers en personeel hebben geopenbaard. De rechtbank heeft de eerste door ZCN c.s. aangevoerde grond gehonoreerd. Tegen dat oordeel zijn de grieven 1 en 2 in principaal appel gericht. De rechtbank heeft de tweede grondslag voor het onrechtmatig handelen verworpen. Daartegen zijn de grieven VII en VIII in incidenteel appel gericht.

3.11 Het hof zal eerst beoordelen of de gemeenten onrechtmatig hebben gehandeld jegens ZCN c.s. door het openbaren van bedrijfsgeheimen van ZCN c.s. ZCN c.s. hebben daartoe aangevoerd, primair, dat de gemeenten hebben gehandeld in strijd met artikel 2.57 Aanbestedingswet 2012 doordat zij vertrouwelijke gegevens van ZCN c.s. openbaar hebben gemaakt hetgeen hun commerciële belangen schaadt en afbreuk doet aan een eerlijke mededinging. Subsidiair hebben ZCN c.s. aangevoerd dat het openbaren van de gegevens onrechtmatig jegens haar is op grond van artikel 6:162 BW. Er is immers sprake van geheime informatie die handelswaarde heeft, terwijl zij alle redelijke maatregelen hebben genomen om de bedrijfsinformatie geheim te houden.

3.12 De rechtbank heeft overwogen, kort gezegd en voor zover van belang, dat evident is dat het gaat om bedrijfsgevoelige gegevens en dus om geheime bedrijfsinformatie met handelswaarde. ZCN c.s. hebben bovendien zoveel mogelijk maatregelen genomen om de informatie geheim te houden. De vordering onder (iii) is daarom toewijsbaar, aldus de rechtbank. De gemeenten voeren thans bij hun grieven 1 en 2 aan dat de informatie niet geheim is, dat ZCN c.s. niet hebben aangetoond dat deze handelswaarde heeft en evenmin dat zij eigenaar daarvan zijn en dat zij redelijke maatregelen hebben genomen ter bescherming van de informatie.

3.13 In de eerste plaats is van belang dat het merendeel van de door de gemeenten geopenbaarde gegevens de bedrijfsvoering van ZCN c.s. betreffen en dat ZCN c.s. deze gegevens niet zelf openbaar heeft gemaakt of wilde maken. Dat betekent dat het geheime informatie van ZCN betreft. Daaraan doet niet af dat ZCN c.s. de gegevens op grond van de overeenkomst aan de provincie diende te verstrekken en ook heeft verstrekt. De provincie had zich immers op haar beurt verbonden tot geheimhouding van de gegevens en mocht deze niet verstrekken aan derden, behoudens aan de deelnemende Wmo-gemeenten. ZCN c.s. hebben bovendien voldoende onderbouwd dat de gegevens van waarde kunnen zijn voor concurrerende ondernemingen. Zij voeren aan dat uit de gegevens hun rittensystematiek blijkt en hun knowhow om hun aanbod kwalitatief beter en meer efficiënt te maken, en tevens hun tarieven en hun strategie in het vormgeven van offertes. Uit de gegevens is af te leiden op welke wijze

zij haar personeel en voertuigen inzet om een bepaalde bezettingsgraad en stiptheid te realiseren, zo stellen zij. Ter zitting hebben zij dit toegelicht door erop te wijzen dat per rit is te zien met welk voertuig dit is verricht en wat de combinatiegraad van die rit is geweest. De gemeenten hebben onvoldoende gemotiveerd betwist dat dergelijke informatie van waarde kan zijn voor concurrerende ondernemingen. Het enkele feit dat het om historische gegevens gaat en dat deze dus zijn verouderd, is daartoe onvoldoende. Het hof is voorts van oordeel dat ZCN c.s. voldoende maatregelen hebben genomen om de gegevens geheim te houden. Zo hebben zij bij hun contractpartner, de provincie, geheimhouding bedongen en de gegevens slechts verstrekt aan de provincie en, naar het hof begrijpt: deels, aan de deelnemende gemeenten. ZCN c.s. hebben de gemeente Alkmaar voorts meermalen gewezen op het geheime en vertrouwelijke karakter van de gegevens die zij in verband met de aanbesteding wenste te verkrijgen.

3.14 De gemeenten hebben bij hun onderhavige grieven nog aangevoerd dat artikel 5.27 van de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing is. Dat is op zichzelf genomen juist. De gemeenten hebben immers – onbetwist – gesteld dat het door hen gepubliceerde bestand van de provincie afkomstig was en hen niet door ZCN c.s. (al dan niet in het kader van de aanbesteding) was verstrekt. Dat betekent echter niet, zoals uit het hiervoor overwogene reeds blijkt, dat de gemeente de gegevens in het kader van de aanbesteding heeft mogen publiceren.

3.15 Een en ander betekent dat de grieven 1 en 2 in principaal appel falen.

3.16 Vaststaat dat het door de gemeenten gepubliceerde bestand persoonsgegevens bevatte van klanten van ZCN c.s. De rechtbank heeft naar aanleiding van de stelling van ZCN c.s. dat het publiceren van deze persoonsgegevens jegens hen onrechtmatig is, overwogen dat de bepalingen van de Wbp niet strekken ter bescherming van de belangen van ZCN c.s. De rechtbank heeft voorts overwogen dat ZCN c.s. niet duidelijk hebben gemaakt, althans niet hebben onderbouwd, waaruit hun schade ten gevolge van de schending van de Wbp bestaat. De grieven VII en VIII in incidenteel appel zijn gericht tegen deze overwegingen.

3.17 Het hof kan zich vinden in de overweging dat de bepalingen van de Wbp niet strekken ter bescherming van ZCN c.s., in die zin dat zij aan de Wbp niet rechtstreeks rechten kunnen ontnemen met betrekking tot de persoonsgegevens van hun klanten. ZCN c.s. stellen nog wel dat een schending van de Wbp tevens kwalificeert als een schending van de ongeschreven zorgvuldigheidsnormen in de zin van artikel 6:162 BW. Meer concreet stellen zij dat zij mogelijk reputatieschade lijden door de publicatie van de persoonsgegevens. Er is immers een gereede kans dat bij het publiek de indruk ontstaat dat zij medeplichtig zijn aan het openbaar worden van die gegevens, aldus ZCN c.s. De gemeenten stellen zich op het standpunt dat ZCN c.s. niet hebben aangetoond dat zij reputatieschade hebben geleden. Dat is in dit geding echter niet van betekenis. Voor een verwijzing naar de schadestaatprocedure, zoals door ZCN c.s. gevorderd, is immers de mogelijkheid van schade voldoende. Het hof volgt ZCN c.s. in hun stelling dat de mogelijkheid van reputatieschade door het publiceren van de persoonsgegevens aanwezig is. Ook is in zoverre sprake van een normschending

jegens ZCN c.s. Dat ZCN c.s. steeds zelf de pers heeft opgezocht, zoals de gemeenten aanvoeren, is in dit geding evenmin van betekenis en kan in de schadestaatprocedure aan de orde komen.

3.18 Een en ander leidt niet tot andere beslissingen dan de rechtbank heeft genomen. In die zin falen de grieven VII en VIII in incidenteel appel. Wel is hetgeen naar aanleiding van de grieven is overwogen, van betekenis voor de schadestaatprocedure.

3.19 De gemeenten stellen bij grief 3 in principaal appel dat ten onrechte naar de schadestaatprocedure is verwezen. Zij voeren aan dat daarvoor minimaal nodig is dat aannemelijk is dat er enige schade is en dat er een causaal verband is tussen het verweten handelen en de schade.

3.20 Voor verwijzing naar een schadestaatprocedure is, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen en ook door dit hof reeds is gememoreerd, voldoende dat de mogelijkheid van schade aannemelijk is. Dat is hier het geval. Het is immers denkbaar dat de concurrenten van ZCN c.s. gebruik hebben gemaakt van de door de gemeenten geopenbaarde gegevens en dat ZCN c.s. daardoor de aanbesteding heeft verloren. Dat dit nog geenszins vaststaat, staat niet in de weg aan een verwijzing naar de schadestaatprocedure. Ook is denkbaar, zoals in 3.17 overwogen, dat reputatieschade is geleden. De stellingen van ZCN c.s. houden tevens in dat er een causaal verband bestaat tussen het verweten handelen en de schade. Ook aan die voorwaarde voor verwijzing is dus voldaan. De grief faalt.

3.21 ZCN c.s. voeren bij grief XI in incidenteel appel aan dat de vorderingen in de zaken van Reva en Cetorhinus jegens de gemeenten eveneens toegewezen hadden moeten worden. Reva is uitvoerder van het vervoer geweest en de openbaar gemaakte gegevens betreffen haar bedrijfsvoering. Ook is haar handelsnaam, Bios vervoer, telkens op negatieve wijze in de media verschenen, aldus nog steeds ZCN c.s. De gemeenten hebben deze stellingen niet bestreden zodat deze feiten vaststaan. Een en ander maakt naar het oordeel van het hof dat het handelen van de gemeenten tevens op de hiervoor beschreven gronden onrechtmatig is jegens Reva en dat de mogelijkheid van schade door dat handelen aan de zijde van Reva aannemelijk is. In de schadestaatprocedure zal moeten blijken in hoeverre de door ZCN c.s. gestelde schade door ZCN dan wel door Reva is geleden. De vorderingen van Reva jegens de gemeenten zullen dan ook, voor zover ook voor het overige toewijsbaar, worden toegewezen. In zoverre slaagt de grief.

3.22 De vorderingen van Cetorhinus zijn echter niet toewijsbaar. ZCN c.s. voeren ter toelichting op hun grief slechts aan dat Cetorhinus aandeelhouder is van zowel ZCN als van Reva en dat zij mogelijk schade lijdt als gevolg van waardevermindering van de aandelen in die vennootschappen. Dat maakt echter nog niet dat Cetorhinus als aandeelhouder een zelfstandige vordering uit onrechtmatige daad toekomt ter zake van onrechtmatig handelen van de gemeenten jegens die vennootschappen (zie Hoge Raad 2 december 1994, NJ 1995, 288, ro. 3.4.1) Op dit punt faalt de grief.

3.23 De gemeenten klagen met grief 4 in principaal appel erover dat zij in eerste aanleg in de proceskosten aan de zijde van ZCN zijn veroordeeld. De grief faalt voor zover deze slechts voortborduurde op de voorgaande grieven in principaal appel nu deze immers alle falen. De gemeenten voeren bij hun grief echter nog aan dat de vordering van ZCN c.s. inzake databankrechten is afgewezen en dat ZCN c.s. daarom ingevolge artikel 1019h Rv in de volledige proceskosten hadden moeten worden veroordeeld. De gemeenten zijn echter in eerste aanleg grotendeels in het ongelijk gesteld, hetgeen door dit hoger beroep niet anders is geworden. Er is dan ook geen aanleiding ZCN c.s. alsnog in een deel van de proceskosten van de eerste aanleg aan de zijde van de gemeenten te veroordelen. De grief faalt dan ook op alle onderdelen.

3.24 Bij grief X in incidenteel appel (grief IX in incidenteel appel ontbreekt) stellen ZCN c.s. van hun zijde aan de orde dat de gemeenten in de werkelijke proceskosten moeten worden veroordeeld. De grief borduurt slechts voort op de grief van ZCN c.s. inzake databankrechten en faalt dan ook evenals die grief.

3.25 Partijen hebben geen bewijs aangeboden van concrete feiten die, indien bewezen, tot andere beslissingen zouden leiden dan hiervoor zijn genomen. Hun bewijsaanbiedingen worden dan ook gepasseerd.

3.26 De slotsom is dat grief XI in incidenteel appel deels slaagt zoals hiervoor weergegeven en dat de overige grieven falen dan wel geen bespreking behoeven. Het bestreden vonnis zal deels worden vernietigd en de vorderingen van Reva jegens de gemeenten zullen alsnog (deels) worden toegewezen. Het bestreden vonnis zal voor het overige worden bekrachtigd. De gemeenten zullen als daarin in het ongelijk gestelde partijen worden verwezen in de kosten van het geding in principaal appel en ZCN c.s. als daarin grotendeels in het ongelijk gestelde partijen in de kosten van het incidentele appel. Van de zijde van de gemeenten is geen duidelijke specificatie ontvangen van de kosten van het incidenteel hoger beroep voor zover dit het databankenrecht betreft zodat zal worden volstaan met toepassing van het liquidatietarief.

4. Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep voor zover daarbij in de zaak tussen Reva en de gemeenten de vorderingen zijn afgewezen en Reva in de kosten (van de eerste aanleg) aan de zijde van de gemeenten is veroordeeld,

en in zoverre opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht dat de gemeenten jegens Reva aansprakelijk zijn voor de schade die door Reva is geleden en eventueel nog zal worden geleden als gevolg van het onrechtmatig publiceren van het bestand op vrijdag 31 juli 2015, welke schade nog dient te worden opgemaakt bij staat;

wijst de vordering van Reva jegens de gemeenten voor het overige af;

veroordeelt de gemeenten in de kosten van de eerste aanleg, aan de zijde van Reva begroot op nihil;

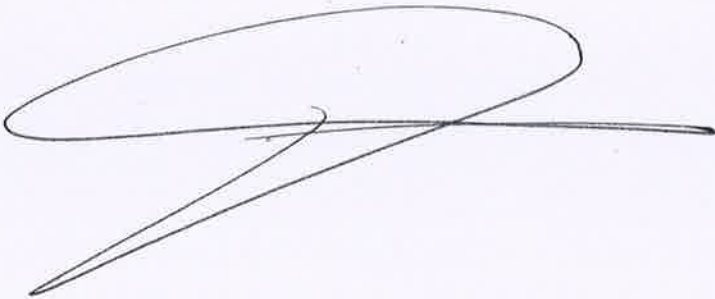
bekrachtigt het vonnis waarvan beroep voor het overige;

veroordeelt de gemeenten hoofdelijk in de kosten van het geding in principaal hoger beroep, tot op heden aan de zijde van ZCN c.s. begroot op € 726,- aan verschotten en € 2.148,- voor salaris;

veroordeelt ZCN c.s. hoofdelijk in de kosten van het geding in incidenteel hoger beroep, tot op heden aan de zijde van de gemeenten begroot op € 1.074,- voor salaris;

verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. D. Kingma, C.A.H.M. ten Dam en N.J. Huurdeman en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 17 november 2020.



mr. J.C.W. Rang

AFGEGEVEN VOOR GROSSE
AAN: mr. R.W. de Vrey
DE GRIFFIER

