



de Rechtspraak

Gerechtshof
Leeuwarden

Per telefax : 020 - 577 1775
Mr. T. Cohen Jehoram

Per telefax : 058 - 215 8317
Mr. J.V. van Ophem

Sector Civiel- /
Belastingrecht

bezoekadres
Zaailand 106
8911 BN Leeuwarden

correspondentieadres
Postbus 1704
8901 CA Leeuwarden

t (058) 234 13 41
f (058) 234 18 34
www.rechtspraak.nl

datum	22 mei 2012
onderdeel	Sector Civiel
contactpersoon	G. Haites-Verbeek
doorkiesnummer	058 234 1823
faxnummer	058 234 1835
kamernummer	F301
ons kenmerk	HD 107.001.948/01 Marktplaats / Stokke
uw kenmerk	----
onderwerp	

De griffie is geopend van 09:00
uur tot 17.00 uur

X Hierbij ontvangt u het zojuist gewezen arrest in bovengenoemde zaak.

arrest

GERECHTSHOF LEEUWARDEN

Sector Civiel Recht

Zaaknummer : 107.001.948/01
Rolnummer (oud) : 07/467
Zaak-/rolnummer rechtbank : 106031/HA ZA 05-211

arrest d.d. 22 mei 2012

inzake

1. de vennootschap naar Noors recht **STOKKE AS**,
gevestigd te Skodje, Noorwegen,
2. **STOKKE NEDERLAND B.V.**,
gevestigd te Tilburg,
3. **Peter OPSVIK**,
wonende te Oslo, Noorwegen,

appellanten,

hierna ook te noemen: Stokke AS, Stokke B.V. en Opsvik, en gezamenlijk: Stokke (in enkelvoud),

advocaat: mr. T. Cohen Jehoram te Amsterdam,

tegen

MARKTPLAATS B.V.,
gevestigd te Emmeloord,
geïntimeerde,
hierna te noemen: Marktplaats,
advocaat: mr. J.V. van Ophem te Leeuwarden.

Het verloop van het geding

Voor het verloop van de procedure in hoger beroep tot dan toe verwijst het hof naar de tussenarresten van 8 juni 2010 en 25 oktober 2011, waarin melding is gemaakt van de volgende processtukken:

- memorie van grieven van Stokke (MvG);
- memorie van antwoord alsmede verzoek tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) van Marktplaats (MvA);
- memorie van antwoord in het incident tevens akte tot wijziging van eis van Stokke (MvA-il);
- akte van antwoord in het incident alsmede aanvulling van prejudiciële vragen van Marktplaats (AvAAPJ);
- akte van antwoord in het incident van Stokke (AvA);
- akte van antwoord nieuwe feiten in het incident alsmede houdende verzoek tot het aanhouden van iedere beslissing (AvANF).

Na het tussenarrest van 25 oktober 2011 is pleidooi gevraagd, dat heeft plaatsgevonden op 28 maart 2012. Bij die gelegenheid hebben partijen hun zaak doen bepleiten, Stokke door haar

advocaat en diens kantoorgenoot mr. M. Bronneman, en Marktplaats door mrs. Chr. A. Alberdingk Thijm en V.A. Zwaan, advocaten te Amsterdam. De raadslieden hebben zich hierbij bediend van pleitnota's (hierna: PA = Pleitnota in Appel), die deel uitmaken van de processtukken. Op de onderdelen van de PA van Marktplaats, die in het geheel niet zijn voorgedragen, ook niet in verkorte vorm, heeft het hof geen acht geslagen. Met het oog op het pleidooi zijn door partijen nog stukken in het geding gebracht, te weten door Stokke de producties 87 t/m 95, en door Marktplaats de producties 76-91. Vervolgens hebben partijen arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

1. De feiten

1. De door de rechtbank onder 2 van haar tussenvonnis van 3 mei 2006 (hierna: het tussenvonnis) vermelde feiten zijn niet bestreden en worden daarom ook door het hof als vaststaand beschouwd. Met aanvulling van hetgeen in hoger beroep onbestreden is gesteld, gaat het in dit geding om de volgende feiten.

- a. Stokke AS en Stokke N.V. produceren en verhandelen onder meer de zogenoemde Tripp Trapp-stoel, een verstelbare kinderstoel (een meegroeistoel) die is ontworpen door Opsvik. Stokke AS is houdster van de Beneluxmerken TRIPP TRAPP en STOKKE.
- b. Marktplaats biedt op internet een website aan – marktplaats.nl – waarvan vooral particulieren gebruikmaken om (gebruikte) goederen te kopen en te verkopen door middel van het plaatsen van en het reageren op advertenties. Begin 2012 werd deze website maandelijks door 6,5 miljoen unieke personen bezocht (PA Marktplaats onder 5). In 2005 had Marktplaats 5,6 miljoen unieke bezoekers per maand.
- c. Het plaatsen van een advertentie op marktplaats.nl gaat via een volledig geautomatiseerd proces dat ongeveer 3 minuten in beslag neemt. De adverteerder moet de volgende stappen doorlopen voordat de advertentie wordt geplaatst (zie o.m. MvG onder 16, productie 54 bij MvG en PA Marktplaats onder 6).
 - i. De adverteerder gaat naar de website marktplaats.nl en klikt op de button "Plaats een advertentie".
 - ii. De adverteerder kiest een groep en een rubriek waarin de advertentie moet worden geplaatst. In het geval van een kinderstoel zal dat de groep "Kinderen en Baby's" zijn en de rubriek "Kinderstoelen". De adverteerder moet een geldig emailadres opgeven. Daarna drukt hij op de button "Verder".
 - iii. De adverteerder vult dan verplicht zijn adverteerdersnaam en de vier cijfers van zijn postcode in, en geeft eventueel aanvullende gegevens op, zoals een telefoonnummer. Hij kiest een advertentietitel, geeft de conditie van het product aan, voegt indien gewenst foto's toe, bepaalt de prijs en schrijft een tekst bij de advertentie.
 - iv. De adverteerder bevestigt de advertentie via een link die hij per email heeft ontvangen.
 - v. Hierna is de advertentie op marktplaats.nl geplaatst.Marktplaats controleert alleen de geldigheid van het emailadres en de postcode (punt 173 MvG en productie 73 van Stokke). De overeenkomsten tussen de

adverteerders/verkopers en de kopers worden niet op het platform gesloten, maar buiten het platform om. De adverteerder en de koper maken zelf een afspraak over het brengen/ophalen en inspecteren dan wel verzenden van de goederen. Het adverteren op marktplaats.nl is in de meeste gevallen (95%, MvA onder 12 en 29) gratis. De adverteerder moet onder meer betalen wanneer in de advertentie een website wordt genoemd of direct of indirect naar een website wordt verwezen en wanneer hij zijn advertentie wil laten opvallen (een topadvertentie, voor professionele verkopers een Admarkt topadvertentie).

- d. Onderaan de geplaatste advertenties was vroeger een zogenoemde 'Tip de webmaster'-optie opgenomen. Met behulp van deze optie konden derden contact opnemen met Marktplaats wanneer zij bezwaar hadden tegen de inhoud van een geplaatste advertentie. Marktplaats kon vervolgens besluiten een 'getipte' advertentie te verwijderen. Inmiddels is de mogelijkheid om een tip in te dienen gewijzigd (MvA onder 15). Onderaan iedere advertentie is nu een knop opgenomen 'In strijd met de regels'. Nadat een bezoeker van marktplaats.nl de advertentie door middel van de knop heeft gemeld, komt hij op een aparte pagina waar hem uitleg wordt gegeven over de regels van het plaatsen van advertenties. Verder heeft Marktplaats het – kosteloze, in 2006 geautomatiseerde en in 2008 met een 'bulk tipping'-optie uitgebreide – Melding van Inbreuk Programma (MIP) ontwikkeld, dat bedoeld is voor de afhandeling van klachten van rechthebbenden op intellectuele eigendomsrechten (hierna ook: IE-rechten) over (mogelijk) inbreukmakende advertenties. Naast de knop 'In strijd met de regels' staat een knop 'Melding van Inbreuk'. In 2008 waren 586 rechthebbenden bij dit programma aangesloten en werden 8000 meldingen verwerkt. Meldingen via het MIP kunnen via email worden ingediend en worden doorgaans binnen 24 uur door Marktplaats opgevolgd.
- e. Naast de in rov. 1.c omschreven en voornamelijk voor particulieren bestemde dienst voor het plaatsen van advertenties voorziet Marktplaats voor bedrijven in de mogelijkheid om op haar website door middel van banners te adverteren. Dit vormt de voornaamste, althans een belangrijke inkomstenbron van Marktplaats (zie ook punt 11 PA Stokke).
- f. Op marktplaats.nl worden en werden regelmatig (gebruikte) kinderstoelen aangeboden waarvan in eerdere rechtelijke uitspraken is geoordeeld dat zij inbreuk maken op het auteursrecht van Stokke op de 'Tripp Trapp'-stoel. Verder worden en werden op die website met regelmaat stoelen, niet zijnde de 'Tripp Trapp'-stoel, aangeboden in combinatie met de woorden TRIPP TRAPP en/of STOKKE of vergelijkbare woorden. Advertenties als hier bedoeld zullen verder worden aangeduid als: inbreukmakende advertenties of inbreukmakende Stokke-advertenties.
- g. In opdracht van Stokke controleert SNB REACT de advertenties voor kinderstoelen die op marktplaats.nl worden geplaatst. Met een specifieke inlogcode kan SNB REACT (de achterkant van) deze website bezoeken. Door het drukken op een voor normale gebruikers niet zichtbare link kan zij aan Marktplaats laten weten dat het een inbreukmakende Stokke-advertentie betreft, waarna Marktplaats deze vrijwel direct verwijdt (MvG onder 30-32). Aldus verwijdt SNB REACT – gebruikmakend van het MIP (PA Marktplaats onder 40) – alle inbreukmakende Stokke-advertenties (MvG onder 109). Voor het jaar 2006 heeft SNB REACT Stokke voor het verrichten van deze dienst € 5.430,- in rekening gebracht (MvG

Zaaknummer: 107.001.948/01

4

onder 32), daarna een bedrag van minder dan € 4.000 per jaar (MvG onder 109). Stokke betaalt SNB REACT een vast totaal van € 2.000,- per jaar en daarnaast een bedrag van € 1,- per verwijderde inbreukmakende advertentie (PA Stokke onder 52).

- h. Sedert augustus 2003 heeft Stokke Marktplaats verzocht en later gesommeerd om de inbreukmakende advertenties te verwijderen en nieuwe inbreukmakende advertenties te weren.

2. Het geschil en de oorspronkelijke vorderingen van Stokke

- 2.1 Het tussen partijen gerezen geschil betreft in de eerste plaats de vraag of Marktplaats op eigen initiatief – en dus zonder de voor verwijdering via SNB REACT vereiste melding – moet optreden tegen de inbreukmakende advertenties, waarmee Stokke doelt op advertenties waarmee inbreuk wordt gemaakt op haar auteursrecht op de Tripp Trapp-stoel, op haar in rov. 1.a genoemde merkrechten en/of waarmee jegens haar ongeoorloofde (vergelijkende) reclame wordt gemaakt (zie de artikelen 6:194 en 6:194a BW). Volgens Stokke is Marktplaats tot zulk optreden verplicht, Marktplaats bestrijdt dit. Verder verschillen partijen van mening over de vraag of Marktplaats verplicht is de naam- en adresgegevens (hierna: NAW-gegevens) van de adverteerders te registreren en deze op diens verzoek aan Stokke bekend te maken. In deze zaak speelt met name de volgende regelgeving een rol:
- Richtlijn 2003/31/EG van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel in de interne markt (hierna: Richtlijn inzake elektronische handel, kortweg: Reh);
 - Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (hierna: de Auteursrechtlijn);
 - Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten (hierna: de Handhavingsrichtlijn);
 - de Auteurswet (hierna: Aw);
 - het Beneluxverdrag inzake de intellectuele eigendom (merken, tekeningen en modellen) (hierna: BVIE);
 - de Wet Bescherming Persoonsgegevens (Wbp).
- 2.2 Stokke heeft in de eerste aanleg gevorderd, verkort weergegeven:
- primair:
- (a) een verbod aan Marktplaats om advertenties te (doen) plaatsen die inbreuk opleveren op het auteursrecht van Stokke op de 'Tripp trapp'-stoel;
 - (b) een verbod aan Marktplaats om advertenties te (doen) plaatsen die inbreuk opleveren op de merkrechten van Stokke AS of waarvan de inhoud misleidend en/of ongeoorloofd is;
- subsidiar:
- (a) een gebod aan Marktplaats om advertenties te verwijderen die inbreuk opleveren op het auteursrecht van Stokke op de 'Tripp trapp'-stoel;
 - (b) een gebod aan Marktplaats om advertenties te verwijderen die inbreuk opleveren op de merkrechten van Stokke AS of waarvan de inhoud misleidend en/of ongeoorloofd is;

voorts:

(c) een gebod aan Marktplaats om aan Stokke AS de NAW-gegevens bekend te maken van de adverteerders waarvan voldoende aannemelijk is dat deze inbreuk maken op de rechten van Stokke en mits er praktisch geen andere mogelijkheid voor Stokke is om deze gegevens te achterhalen;

subsidiair

(c) een gebod aan Marktplaats om aan Stokke AS de NAW-gegevens bekend te maken van de adverteerders als omschreven in het lichaam van de dagvaarding sub 23;

en voorts:

(d) veroordeling van Marktplaats tot betaling van een dwangsom voor overtreding van de ge- en verboden sub (a), (b), (c) en/of (i);

(e) veroordeling van Marktplaats tot betaling van buitengerechtelijke kosten;

(f) veroordeling van Marktplaats tot vergoeding van alle overige door Stokke geleden schade, op te maken bij staat;

(g) veroordeling van Marktplaats in de kosten van het geding;

(h) uitvoerbaar bij voorraad-verklaring van het vonnis

primair

(i) een gebod aan Marktplaats om de naam- en adresgegevens te doen registreren van elke adverteerder die een advertentie plaatst(e) op marktplaats.nl;

subsidiair

(i) een gebod aan Marktplaats om de naam- en adresgegevens te doen registreren van elke adverteerder die een advertentie plaatst(e) op marktplaats.nl en die gebruik maakt van de aanduiding Stokke, Tripp Trapp, Trip Trap en/of Triptrap.

3. De vonnissen van de rechtbank

3.1 De rechtbank heeft bij haar beoordeling van deze vorderingen in haar tussenvonnis het volgende vooropgesteld.

- i. Er wordt inbreuk gemaakt op de merkrechten van Stokke wanneer door particulieren op marktplaats.nl advertenties worden geplaatst ten behoeve van een andere verstelbare kinderstoel dan de 'Tripp Trapp'-stoel indien in die advertenties de merknamen TRIPP TRAPP of STOKKE of enig daarmee overeenstemmend teken worden gebruikt (rov. 4.6).
- ii. De Aw is ook direct van toepassing op het handelen van consumenten (rov. 4.7).
- iii. Het beroep van Marktplaats op de beperkte beschermingsomvang van het auteursrecht op de 'Tripp Trapp'-stoel faalt. Er kan in dit geding van uit worden gegaan dat het plaatsen van een advertentie van een van de zeven stoelen, waarvan in diverse gerechtelijke procedures in Nederland is vastgesteld dat zij inbreuk maken op het auteursrecht op de 'Tripp Trapp'-stoel, een inbreuk vormt op het auteursrecht van Stokke (rov. 4.7).
- iv. De vorderingen van Stokke moeten worden beoordeeld op basis van de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW, en niet op basis van artikel 6:196c BW, zoals Marktplaats heeft betoogd (rov. 4.10-4.14).
- v. De zorgvuldigheidsnorm brengt in dit geval met zich dat enerzijds van Marktplaats kan worden gevergd dat zij maatregelen treft die er op gericht zijn de schade van Stokke als gevolg van de inbreukmakende advertenties te voorkomen of te beperken, maar dat anderzijds in hoge mate rekening dient te worden gehouden met de daaruit voor Marktplaats voortvloeiende kosten

en met de bedrijfsvoering van Marktplaats, in die zin dat de kosten beperkt dienen te blijven en dat van Marktplaats niet verwacht mag worden dat zij zodanige wijzigingen in haar bedrijfsvoering aanbrengt dat daardoor afbreuk wordt gedaan aan de voordelen voor haar site (voor gebruikers te goeder trouw), en daarmee aan haar marktpositie (rov. 4.24)

Over de afzonderlijke vorderingen van Stokke heeft de rechtbank in het tussenvonnis en het eindvonnis van 14 maart 2007 (hierna: het eindvonnis) het volgende overwogen, verkort en geparafraseerd weergegeven.

- vi. De primaire vorderingen onder (a) en (b), die strekken tot preventieve controle, zijn niet toewijsbaar omdat deze leiden tot een (forse) toename van de kosten bij Marktplaats en tot een devaluatie van de aantrekkelijkheid van de door Marktplaats aangeboden dienst voor haar adverteerders (rovv. 4.26-4.28 van het tussenvonnis).
- vii. De subsidiaire vorderingen onder (a) en (b), die strekken tot controle achteraf, zijn niet toewijsbaar omdat Marktplaats met het door haar ontwikkelde MIP voldoet aan hetgeen van haar op grond van de voor haar geldende zorgvuldigheidsplicht kan worden verlangd (rovv. 4.29-4.30 van het tussenvonnis).
- viii. Wat de vorderingen (c) en (i) betreft is allereerst van belang dat de Reh en de implementatiewetgeving daarvan niet in de weg staan aan het verstrekken door internetdienstverleners van de NAW-gegevens van hun opdrachtgevers en dat het registeren daarvan ook niet in strijd is met de Wbp. Niettemin is Marktplaats alleen verplicht tot het daadwerkelijk verzamelen van de NAW-gegevens wanneer zij onzorgvuldig handelt door dit na te laten, waarbij het onder v. vermelde toetsingskader dient te worden gehanteerd (rovv. 4.31-4.36 van het tussenvonnis). Nu:
 - het belang van Stokke bij opgave van de NAW-gegevens beperkt is;
 - het opvragen van NAW-gegevens van al haar adverteerders niet van Marktplaats kan worden gevergd gezien de gevolgen daarvan voor de bedrijfsvoering van Marktplaats;
 - met het implementeren door Marktplaats van een filter, waarmee een procedure kan worden ingevoerd dat alleen bij advertenties met de aanduidingen STOKKE, TRIPP TRAPP of vergelijkbare aanduidingen de NAW-gegevens opgegeven dienen te worden, een meer dan verwaarloosbaar bedrag is gemoeid,kan van Marktplaats niet worden gevergd dat zij opgave doet van de NAW-gegevens van al haar adverteerders, dan wel van haar adverteerders van Stokke-producten. Ook de vorderingen (c) en (i) zijn dus niet toewijsbaar (rovv. 2.23-2.24 jo. rov. 2.18-2.19 van het eindvonnis).
- ix. Aangezien Marktplaats niet onzorgvuldig heeft gehandeld door geen preventieve controle uit te voeren zijn ook de vorderingen (e) en (f), die strekken tot vergoeding van schade, niet toewijsbaar (rov. 4.37 van het tussenvonnis).
- x. De overige vorderingen van Stokke hebben geen zelfstandig karakter, en kunnen, nu geen van de hiervoor besproken vorderingen toewijsbaar is geoordeeld, daarom evenmin worden toegewezen (rov. 4.38 van het tussenvonnis en rov. 2.24 van het eindvonnis).

Op deze gronden heeft de rechtbank de vorderingen van Stokke afgewezen, onder veroordeling van haar in de kosten van het geding, begroot aan de hand van het liquidatietarief.

Zaaknummer: 107.001.948/01

7

4. Het hoger beroep

- 4.1 Het door Stokke – tijdig – ingestelde hoger beroep richt zich tegen zowel het eindvonnis als het tussenvonnis.
- 4.2 Bij MvG heeft Stokke haar eis gewijzigd, in die zin voege dat deze thans luidt, dat het hof (door Stokke is geen vordering H geformuleerd):
- primair:
- A. Marktplaats verbiedt enige advertentie op haar website marktplaats.nl of enige andere website in haar beheer, te (doen) plaatsen, wanneer daarin – cumulatief – :
- (1) gebruik wordt gemaakt van de aanduiding Stokke, Tripp Trapp, Trip Trap, Tripp-Trapp, Trip-Trap en/of Triptrap,
 - (2) de advertentie een afbeelding bevat
 - (3) die afbeelding een stoel toont, welke identiek is aan één van de modellen die in rechte reeds inbreukmakend op de auteursrechten van Stokke c.s. zijn geoordeeld (als afgebeeld in het lichaam van de dagvaarding alinea 15 en productie 55);
- B. Marktplaats verbiedt enige advertentie op haar website marktplaats.nl of enige andere website in haar beheer, te (doen) plaatsen, wanneer daarin – cumulatief – :
- (1) gebruik wordt gemaakt van de aanduiding Stokke, Tripp Trapp, Trip Trap, Tripp-Trapp, Trip-Trap en/of Triptrap,
 - (2) en van de aanduiding: stoel,
 - (3) die advertentie een afbeelding bevat,
 - (4) een aanduiding wordt gebruikt van een stoel waarvan in rechte reeds is geoordeeld dat deze inbreuk maakt op de auteursrechten van Stokke, te weten Hauck, Alpha, Beta, Situp, Laurus, Waldrecht, MiniMax, Vario en/of Mon Ami;
- C. Marktplaats verbiedt enige advertentie op haar website marktplaats.nl, of enige andere website in haar beheer, te (doen) plaatsen, waarmee inbreuk wordt gemaakt op de merkrechten van Stokke c.s., dan wel waarvan de inhoud misleidend en/of ongeoorloofd is, meer in het bijzonder Marktplaats verbiedt enige advertentie te plaatsen waarin — cumulatief —:
- (1) het merk of teken Stokke, Tripp Trapp, Tripp-Trapp, Trip Trap, Trip-Trap, Triptrap of enig daarmee nagenoeg volledig overeenstemmend teken wordt gebruikt,
 - (2) tezamen met een afbeelding,
 - (3) ter aanduiding van een verstelbare hoge kinderstoel die niet door of voor Stokke c.s. is geproduceerd (dat wil zeggen: anders dan gebruikt ter aanduiding van de originele TRIPP TRAPP stoel als afgebeeld in het lichaam van de inleidende dagvaarding, sub 3);
- D. Eventueel alternatief, in plaats van de primaire vorderingen onder A, B en C, Marktplaats gebiedt om SNB REACT of een vergelijkbaar bedrijf in te schakelen of zelf zulk een dienst te vormen om daarmee te voorkomen dat er inbreukmakende advertenties als beschreven onder A, B en C worden geplaatst op marktplaats.nl of enige andere website in beheer van Marktplaats;
- E. Marktplaats verbiedt enige advertentie te herplaatsen op haar website

- marktplaats.nl of enige andere website in haar beheer, waarvan de inhoud een afbeelding en/of tekst bevat die gelijk is aan een advertentie die reeds is verwijderd vanwege het inbreukmakend karakter;
- F. vaststelt dat Marktplaats niet in overtreding zal zijn van de toegewezen primaire vorderingen onder A, B en C wanneer uit de afbeelding(en) bij, en/of de tekst van, de bewuste advertentie(s) niet af te leiden is dat sprake is van één of meer van de modellen die in rechte reeds inbreukmakend op de auteursrechten van Stokke c.s. zijn geoordeeld (als afgebeeld in het lichaam van de dagvaarding alinea 15 en productie 55);

subsidiair

- A. Marktplaats gebiedt al die advertenties van haar website Marktplaats.nl, of enige andere website in haar beheer, binnen 24 uur (of enige andere door het hof in goede justitie te bepalen periode) na plaatsing te verwijderen, wanneer daarin – cumulatief –:
- (1) gebruik wordt gemaakt van de aanduiding Stokke, Tripp Trapp, Trip Trap, Tripp-Trapp, Trip-Trap en/of Triptrap,
 - (2) die advertentie een afbeelding bevat en
 - (3) wanneer die afbeelding een stoel toont, welke identiek is aan één van de modellen die in rechte reeds inbreukmakend op de auteursrechten van Stokke c.s. is geoordeeld (als afgebeeld in het lichaam van de dagvaarding sub 15 en productie 55);
- B. Marktplaats gebiedt al die advertenties van haar website Marktplaats.nl, of enige andere website in haar beheer, binnen 24 uur (of enige andere door het hof in goede justitie te bepalen periode) na plaatsing te verwijderen, wanneer daarin – cumulatief –:
- (1) gebruik wordt gemaakt van de aanduiding Stokke, Tripp Trapp, Trip Trap, Tripp-Trapp, Trip-Trap en/of Triptrap,
 - (2) en van de aanduiding: stoel,
 - (3) de advertentie een afbeelding bevat en
 - (4) een aanduiding gebruikt wordt van een stoel waarvan in rechte reeds is geoordeeld dat deze inbreuk maakt op de auteursrechten van Stokke, te weten Hauck Alpha, Beta, Sit Up, Laurus, Waldrecht, MiniMax, Vario en/of Mon Ami;
- C. Marktplaats gebiedt al die advertenties van haar website marktplaats.nl, of enige andere website in haar beheer, binnen 24 uur (of enige andere door het hof in goede justitie te bepalen periode) na plaatsing te verwijderen, wanneer daarmee inbreuk wordt gemaakt op de merkrechten van Stokke c.s., dan wel wanneer de inhoud daarvan misleidend en/of ongeoorloofd is, meer in het bijzonder door Marktplaats te gebieden, binnen de genoemde periode, al die advertenties te verwijderen waarin – cumulatief –:
- (1) het merk of teken Stokke, Tripp Trapp, Tripp-Trapp, Trip Trap, Trip-Trap, Triptrap of enig daarmee nagenoeg volledig overeenstemmend teken wordt gebruikt,
 - (2) tezamen met een afbeelding,
 - (3) ter aanduiding van een verstelbare hoge kinderstoel die niet door of voor Stokke c.s. is geproduceerd (dat wil zeggen: anders dan gebruikt ter aanduiding van de originele TRIPP TRAPP stoel als afgebeeld in het lichaam van de inleidende dagvaarding, sub 3);
- D. eventueel alternatief, in plaats van de subsidiaire vorderingen onder A, B en C, Marktplaats gebiedt om SNB REACT óf een vergelijkbaar bedrijf in te

- schakelen of zelf zulk een dienst te vormen, om inbreukmakende advertenties als beschreven onder A, B en C geplaatst op marktplaats.nl of enige andere website in beheer van Marktplaats, binnen 24 uur (of enige andere door het hof in goede justitie te bepalen periode) na plaatsing te verwijderen;
- E. eventueel alternatief, in plaats van de subsidiaire vorderingen onder A, B en C, Marktplaats gebiedt om de kosten die Stokke moet betalen aan SNB REACT om de advertenties zoals genoemd onder A, B en C te verwijderen, aan Stokke te vergoeden;
- F. Marktplaats gebiedt elke advertentie die een afbeelding en/of tekst bevat die gelijk is aan een advertentie die reeds is verwijderd vanwege het inbreukmakend karakter, binnen 24 uur (of enige andere door het hof in goede justitie te bepalen periode) na plaatsing van haar website marktplaats.nl of enige andere website in haar beheer te verwijderen;
- G. vaststelt dat Marktplaats niet in overtreding zal zijn van de toegewezen subsidiaire vorderingen onder A, B en C wanneer uit de afbeelding(en) bij en/of de tekst van, de bewuste advertentie(s) niet af te leiden is dat sprake is van één of meer van de modellen die in rechte reeds inbreukmakend op de auteursrechten van Stokke c.s. zijn geoordeeld (als afgebeeld in het lichaam van de dagvaarding alinea 15 en productie 55);
- voorts:
- I. Marktplaats gebiedt de volledige naam- en adresgegevens bekend te maken (aan de raadsman van Stokke AS), binnen 7 dagen (of enige andere door het hof in goede justitie te bepalen periode) na ontvangst van een verzoek daartoe van Stokke c.s., van elke adverteerder die een advertentie plaatst(e) op haar website marktplaats.nl, of enige andere website in haar beheer, waarvan voldoende aannemelijk is dat deze inbreuk maakt op de rechten van Stokke c.s. én mits er voor Stokke c.s. geen eenvoudige andere mogelijkheid bestaat om deze gegevens te achterhalen;
- J. Marktplaats gebiedt om de volledige naam-en adresgegevens te (doen) registreren van elke adverteerder die een advertentie plaatst op haar website marktplaats.nl, of enige andere website in haar beheer;
- J. subsidiair, in plaats van toewijzing van de vordering onder J Marktplaats gebiedt om de volledige naam-en adresgegevens te (doen) registreren van elke adverteerder die een advertentie plaatst(e) op haar website marktplaats.nl, of enige andere website in haar beheer, en die gebruik maakt van de aanduiding Stokke, Tripp Trapp, Trip Trap, Tripp-Trapp, Trip-Trap en/of Triptrap;
- en verder:
- K. Marktplaats veroordeelt tot betaling van een dwangsom van € 10.000,- aan Stokke AS voor iedere overtreding van de ver- en geboden sub A tot en met J te vermeerderen met een dwangsom van € 1.000,- voor iedere dag of gedeelte van een dag dat deze overtreding voortduurt;
- L. Marktplaats veroordeelt de door Stokke c.s. gemaakte buitengerechterlijke kosten te vergoeden (te betalen aan Stokke AS) tot € 29.591,-, althans een bedrag door het hof in goede justitie te bepalen;
- M. Marktplaats veroordeelt tot vergoeding van alle overig door Stokke c.s. geleden schade (te betalen aan Stokke AS) die het gevolg is van het in de dagvaarding omschreven onrechtmatig handelen van Marktplaats, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

Zaaknummer: 107.001.948/01

10

- N. Marktplaats veroordeelt in de kosten van het geding;
O. dit arrest voor zover als mogelijk uitvoerbaar bij voorraad verklaart.

- 4.3 Tevens heeft Stokke in hoger beroep de grondslag van haar vorderingen uitgebreid, in die zin dat zij thans ook Marktplaats als inbreukmaker aansprakelijk stelt (MvG onder 49-51). Bij repliek bij pleidooi in hoger beroep is namens Stokke bevestigd dat zij hiermee bedoelt dat Marktplaats zelf auteursrecht inbreuk heeft gepleegd en niet dat Marktplaats zelf ook merkinbreuk wordt tegengeworpen. Stokke heeft niet (voldoende duidelijk) gesteld dat Marktplaats zich zelf schuldig maakt aan ongeoorloofde (vergelijkende) reclame, zodat er vanuit gegaan wordt dat haar vorderingen niet mede op die grondslag berusten. Met haar verwijzing onder 57 PA naar de overweging in punt 55 van het arrest van het HvJEU van 12 juli 2011 inzake l'Oréal-eBay (zaak C-324/09), dat, kort gezegd, een verkoop in de sfeer van een privé-activiteit geen gebruik van het merk in het economisch verkeer oplevert, heeft Stokke tot uitdrukking gebracht dat zij haar stelling, dat ook particuliere aanbieders merkinbreuk plegen, niet handhaaft. Zulks terecht, gezien die overweging van het HvJEU.
- 4.4 Het hof neemt in dit geding als vaststaand aan dat de door Stokke genoemde stoelen, waarover in rechtelijke uitspraken geoordeeld is dat zij inbreuk maken op haar auteursrecht, inderdaad onder de beschermingsomvang van dit auteursrecht vallen. De desbetreffende stelling van Stokke is met de – overigens in een ander kader (zie rov. 8.7 hierna) gemaakte – opmerkingen van Marktplaats, dat de beschermingsomvang van Stokke's auteursrecht is beperkt (MvA onder 25), dat de auteursrechtinbreuk niet vaststaat (AvAAPJ onder 25) en (PA onder 44) dat het zeer de vraag is of de stoelen waar Stokke in deze procedure over klaagt, inbreukmakend zijn (PA onder 44), onvoldoende concreet en gemotiveerd betwist.
- 4.5 De dienst waar het in dit geding om gaat is de in rov. 1.b-d omschreven dienst en niet de in rov. 1.e omschreven, voor bedrijven geopende mogelijkheid om door middel van banners te adverteren. Het door Stokke gestelde onrechtmatig handelen vindt niet door middel van die banners plaats. Waar hierna wordt gesproken over de dienst of website van Marktplaats wordt daarmee derhalve bedoeld op de in rov. 1.b-d omschreven dienst. De personen die van deze dienst gebruik maken om een advertentie te plaatsen zullen tevens worden aangeduid als de 'klanten-adverteerders' of 'klanten-verkopers' van Marktplaats.
- 4.6 Het verweer van Marktplaats (o.m. PA onder 143), dat er via haar site geen professionele handel in inbreukmakende Stokke-stoelen plaatsvindt, is door Stokke genoegzaam weerlegd met haar producties 60 en 65 (vergelijk ook punt 20 MvG en punt 13 van Stokke's pleitnota in de 1^e aanleg). Hoewel dat op haar weg had gelegen, zeker in het licht van de in hoger beroep niet bestreden vaststelling van de rechtbank dat marktplaats.nl voornamelijk door particulieren wordt gebruikt en de concretisering hiervan door Marktplaats onder 11 PA, dat het aandeel van particulieren 90% bedraagt, heeft Stokke evenwel niet duidelijk gemaakt dat een substantieel deel van de inbreukmakende advertenties buiten de sfeer van een privé-activiteit op marktplaats.nl wordt geplaatst. Het moet er daarom voor worden gehouden dat de advertenties, en ook de inbreukmakende advertenties, op die site voor het overgrote deel afkomstig zijn van personen die in de privé-sfeer, buiten hun eigenlijke beroepsactiviteiten, incidenteel een product of dienst aanbieden (kort

Zaaknummer: 107.001.948/01

11

gezegd: particulieren).

- 4.7 Het hof zal de vorderingen van Stokke – wat haar oorspronkelijke vorderingen betreft: opnieuw – *ex nunc* beoordelen binnen de door haar grieven en nieuwe vorderingen getrokken grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep, met inachtneming van hetgeen binnen het door die grieven ontsloten gebied door partijen in de eerste aanleg is aangevoerd.

5. Is Marktplaats een host in de zin van artikel 6:196c lid 4 BW die vrijwaring geniet?

- 5.1 Voor de beoordeling van een aantal van de vorderingen van Stokke is – direct of indirect – van belang of Marktplaats, zoals zij stelt, een opslagdienst in de zin van 6:196c lid 4 BW (artikel 14 Reh) verricht, en zo ja, of zij zich in dit geval met vrucht op de daarin opgenomen vrijwaring van aansprakelijkheid kan beroepen. Het hof zal dit eerst onderzoeken.

- 5.2 Niet betwist is dat Marktplaats de gegevens opslaat die haar door de klanten-adverteerders worden geleverd voor het plaatsen van advertenties als in rov. 1.b en c bedoeld (bijvoorbeeld de adverteerdersnaam, de omschrijving van het aangeboden goed en de prijs). Zoals het HvJEU in het l'Oréal/eBay-arrest heeft overwogen wettigt het feit dat de door de beheerder van een elektronische marktplaats verrichte dienst de opslag van door de klanten-verkopers verstrekte informatie omvat, nog niet de conclusie dat deze dienst in alle omstandigheden binnen de werkingssfeer van artikel 14 Reh valt. In dit arrest heeft het HvJEU hieromtrent het volgende nader overwogen.

112. Dienaangaande heeft het Hof reeds gepreciseerd dat, wil de verlener van een dienst op internet binnen de werkingssfeer van artikel 14 (Reh) kunnen vallen, het essentieel is dat hij een "als tussenpersoon optredende dienstverlener" is in de zin die de wetgever in afdeling 4 van hoofdstuk II van deze richtlijn daaraan heeft willen geven (...).

113. Dit is niet het geval wanneer de dienstverlener, in plaats van zich te beperken tot een neutrale levering van die dienst met behulp van een louter technische en automatische verwerking van de gegevens die hem door zijn klanten zijn verstrekt, een actieve rol heeft waardoor hij kennis heeft van of controle heeft over die gegevens (...).

115. Zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk terecht heeft opgemerkt, kan het enkele feit dat de beheerder van een elektronische marktplaats de verkoopaanbiedingen op zijn server opslaat, bepaalt hoe zijn dienst wordt verleend, daarvoor een vergoeding ontvangt en algemene inlichtingen aan zijn klanten verstrekt, er niet toe leiden dat hij geen beroep kan doen op de in (de Reh) voorziene vrijstellingen van aansprakelijkheid.

116. Wanneer de genoemde beheerder daarentegen bijstand verleent die er onder meer in bestaat om de wijze waarop de verkoopaanbiedingen worden getoond te optimaliseren of deze aanbiedingen te bevorderen, moet ervan worden uitgegaan dat hij geen neutrale positie tussen de betrokken klant-verkoper en de potentiële kopers heeft ingenomen, maar dat hij een actieve rol heeft gespeeld waardoor hij kennis van of controle over de gegevens betreffende die offertes heeft verkregen. Hij kan zich wat die gegevens betreft dan niet beroepen op de in artikel 14 (Reh) voorziene vrijstelling van

aansprakelijkheid'.

Uit deze passage is op te maken dat de vraag of Marktplaats een dienstverlener in de zin van de artikel 14 Reh (een host) is, bevestigend moet worden beantwoord indien zij een 'neutrale positie tussen de betrokken klant-verkoper en de potentiële kopers heeft ingenomen', en ontkennend moet worden beantwoord indien zij een 'actieve rol' heeft gespeeld, waarmee dan eveneens moet zijn bedoeld: een actieve rol tussen de betrokken klant-verkoper en de potentiële kopers.

- 5.3 Volgens Stokke beperkt Marktplaats zich niet tot opslag, maar vervult zij als beheerder van de site marktplaats.nl een actieve rol aangezien zij bijstand verleent 'om de wijze waarop de verkoopaanbiedingen worden getoond te optimaliseren en deze te bevorderen' (PA onder 24) en zij inhoudelijk betrokken is bij (de informatie op) haar website en de handelingen van de adverteerders (punt 10 MvA-iI, punt 5 AvA). Stokke heeft ter onderbouwing van dit standpunt in haar processtukken de volgende argumenten naar voren gebracht.
- a) Marktplaats maakt het technisch mogelijk dat de advertenties worden geplaatst (punt 84 MvG).
 - b) Marktplaats vraagt voor bepaalde advertenties een vergoeding (punt 10 MvA-iI).
 - c) Marktplaats biedt hulp bij het opstellen van een advertentie (zie de in rov. 1.c genoemde stappen).
 - d) Marktplaats ordent de advertenties en rubriceert deze in categorieën; de adverteerder moet zich dus schikken in de inhoudelijke indeling die door Marktplaats is bepaald en die in de functionaliteit van haar website is meegegeven; Marktplaats creëert de look and feel en de lay-out van deze advertenties (punt 84 MvG, punt 10 MvA-iI).
 - e) Marktplaats neemt adverteerders aan het handje waar het gaat om hoe een advertentie het beste kan worden opgesteld (punt 27 PA), waarmee, gelet op de in punt 27 PA genoemde bijlage 5 bij productie 88 van Stokke, kennelijk is bedoeld dat door Marktplaats tips worden verschaft over de keuze van de juiste rubriek, over de omschrijving van de titel, het te verkopen product en de prijs en over de te verschaffen informatie ('Vul altijd de plaats in waar het object zich bevindt. En een telefoonnummer verlaagt de drempel voor de koper om contact met de verkoper op te nemen en dat bevordert dus het succes van verkopen');
 - f) Marktplaats treedt op als gastheer, bijvoorbeeld door middel van de 'Tip de webmaster'-functie, die inhoudt dat haar medewerkers de advertenties controleren die 'getipt' zijn (punt 88 MvG, punt 10 MvA-iI) en door middel van de MIP (punt 89 MvG).
 - g) Marktplaats oefent ook anderszins repressief toezicht uit, zoals blijkt uit het volgende (punt 88 MvG en punten 27-31 PA). Marktplaats heeft Friestalige advertenties verboden omdat haar personeel zulke advertenties vanwege de taal niet kan controleren. Een advertentie voor 'Mein Kampf' alsmede een advertentie voor gekopieerde DVD's werden verwijderd, de laatste advertentie zelfs binnen 1 uur (buiten werktijden). Marktplaats heeft een zwarte lijst van trefwoorden waar zij geen reclame bij wil maken. Zij weert en verwijdt uit eigen initiatief bepaalde advertenties van haar site, zoals onlangs nog tientallen advertenties waarin niet overdraagbare startbewijzen voor de Elfstedentocht werden aangeboden.
 - h) Marktplaats biedt – tegen (extra) betaling – de adverteerder verschillende

- mogelijkheden om zijn advertentie te laten opvallen, bijvoorbeeld door van zijn advertentie een zogenoemde 'topadvertentie' te maken waardoor deze boven in de lijst van advertenties komt, of door de advertentie in een aparte rubriek te vermelden (punten 14 en 85 MvG, punt 10 MvA-ii).
- i) Marktplaats creëert de look and feel en de lay-out van de website, bepaalt de aantrekkelijkheid daarvan en vergroot deze aantrekkelijkheid, onder meer via eigen advertenties, billboards en commercials op televisie (punt 87 MvG, punt 10 MvA-ii).
 - j) Marktplaats adverteert voor haar eigen advertenties, onder meer doordat zij haar website zo heeft ingericht dat bij het intypen van de termen 'tripp trapp', 'trip trap' en 'triptrap' in de Google zoekmachine, marktplaats.nl zeer hoog in de natuurlijke Google-zoekresultaten terecht komt (PA onder 22).
 - k) Marktplaats biedt mogelijkheden om mensen advertenties makkelijker te laten vinden. Zo suggereert Marktplaats bij verschillende rubrieken op haar website enkele veel gebruikte zoektermen (PA onder 21);
 - l) Marktplaats maakt gebruik van 'behavioural targeting', onder meer doordat in de geplaatste advertenties reclameboodschappen (van derden) worden getoond, zodat men meteen kan doorklikken naar diensten waarnaar men verder nog op zoek is (punt 86 MvG, punt 5 AvA en punt 26 PA).

Marktplaats heeft gemotiveerd betwist dat zij een actieve rol speelt, stellende onder meer dat zij niet betrokken is bij de inhoud van de advertenties en dat zij deze ook niet ordent of rangschikt (MvA onder 19).

- 5.4 Uit de in rov. 5.2 weergegeven passage uit het L'Oréal/eBay-arrest blijkt dat de dienstverlener ook nog een 'neutrale positie' inneemt wanneer de technische mogelijkheid om advertenties te plaatsen wordt geboden, de dienst tegen betaling wordt verricht, de dienstverlener bepaalt hoe zijn dienst wordt verleend en hij algemene inlichtingen – waaronder, naar valt aan te nemen, ook zijn begrepen algemene inlichtingen over de wijze van inkleding van advertenties – aan zijn klanten verstrekt. De argumenten a) t/m e) van Stokke berusten alle op zulke feiten. Bij argument a) gaat het om het bieden van de technische mogelijkheid om advertenties te plaatsen, bij argument b) om de betaling die Marktplaats voor haar dienst ontvangt, bij de argumenten c) en d) om voorschriften van Marktplaats in verband met de wijze waarop zij haar dienst verleent en bij argument e) om algemene inlichtingen over de inkleding van advertenties. Deze argumenten kunnen Stokke derhalve niet baten.
- 5.5 De argumenten f) en g) van Stokke komen er op neer dat, nu Marktplaats – op basis van een melding of op eigen initiatief – achteraf controle uitoefent, zij kennis heeft of kan hebben van de inhoud van de advertenties. Uit de zinsnede 'dat hij een actieve rol heeft gespeeld waardoor hij kennis (...) heeft verkregen' (onderstreping door het hof, in de Engelse taalversie: an active role of such a kind as to give it knowledge') in de punten 113 en 116 van het L'Oréal/eBay-arrest is evenwel af te leiden dat de dienstverlener alleen dan geen neutrale positie inneemt wanneer hij kennis van de inhoud van de advertentie heeft verkregen als gevolg van het spelen van een actieve rol tussen de klant-verkoper en de potentiële koper. De kennis die hij over de inhoud van een advertentie heeft verkregen als gevolg van een melding of als gevolg van het houden van toezicht op onwettelijke en/of ongewenste informatie of activiteiten, kan er derhalve niet toe leiden dat hij geen neutrale positie meer inneemt. Bovendien zou niet te rijmen zijn met artikel 14 lid 1 sub b Reh (dat voorziet in vrijwaring indien de

dienstverlener prompt handelt wanneer hij kennis heeft gekregen van de inbreukmakende advertentie) en artikel 15 Reh (dat, gelet ook op punt 47 van de considerans van die richtlijn, het opleggen van een beperkte toezichtverplichting toestaat), dat een dienstverlener de status van host verliest wanneer hij, zoals Marktplaats beoogt met de 'In strijd met de regels'- functie en het MIP, naar aanleiding van een melding onrechtmatige informatie verwijdt of wanneer hij toezicht houdt op onwettige of ongewenste informatie. Ook Stokke's argumenten f) en g) gaan bijgevolg niet op.

- 5.6 In het geval dat de beheerder van een elektronische marktplaats bijstand verleent die er 'in het bijzonder' (in de Engelse taalversie: 'in particular') in bestaat om de wijze waarop de verkoopaanbiedingen worden getoond te optimaliseren of deze aanbiedingen te bevorderen', moet ervan uit gegaan worden dat hij geen neutrale positie heeft ingenomen, maar een actieve rol heeft gespeeld. Met de zinsnede 'deze aanbiedingen te bevorderen' (in de Engelse taalversie: 'promoting those offers') heeft het HvJEU, zo begrijpt het hof, tot uitdrukking willen brengen dat wanneer een beheerder van een elektronische marktplaats een bepaalde verkoopaanbieding of de aanbiedingen van een bepaalde verkoper promoot, hij een actieve rol vervult. Een aanwijzing hiervoor is ook te putten uit punt 44 van de considerans van de Reh, waarin wordt opgemerkt dat een 'dienstverlener die met opzet met een van zijn afnemers van de dienst samenwerkt om onwettige handelingen te verrichten verder gaat dan de activiteiten "mere conduit" of "caching"' (onderstreping hof) en dus ook verder gaat dan 'hosting'. Door, zoals Stokke met haar argument h) aanvoert, al haar klanten-verkopers de mogelijkheid te bieden om tegen (extra) betaling hun advertenties te laten opvallen, promoot Marktplaats nog niet een bepaalde advertentie of de advertenties van een bepaalde klant-verkoper. Marktplaats heeft daarmee geen verdere bemoeienis en maakt daarbij geen nadere eigen afweging. Al haar klanten-verkopers kunnen op gelijke voet van de optie om hun advertenties te laten opvallen gebruikmaken en het zijn, zoals Marktplaats heeft opgemerkt (MvA onder 19), de klanten-verkopers die zelf, door al dan niet voor die optie te kiezen, de rangschikking bepalen. Derhalve kan niet worden gezegd dat Marktplaats een bepaalde advertentie of de advertenties van een bepaalde verkoper bevordert. Wellicht dat anders zou moeten worden geoordeeld wanneer Marktplaats een bepaalde klant-verkoper zou hebben geadviseerd om van de (voor al haar klanten geopende) mogelijkheid om zijn advertentie te laten opvallen, gebruik te maken. Dat dit gebeurt, is door Stokke echter niet gesteld. Verder is er op te wijzen dat Marktplaats als gevolg van de door haar voor alle klanten geopende mogelijkheid om advertenties te laten opvallen, geen kennis heeft verkregen of had kunnen verkrijgen van de inhoud van die advertenties (zie rov. 5.5). Argument h) van Stokke faalt dus eveneens.
- 5.7 Dit lot treft om vergelijkbare redenen ook de argumenten i) en j) van Stokke. Het feit dat Marktplaats haar dienst (de website marktplaats.nl) zo aantrekkelijk mogelijk wil presenteren en daarvoor adverteert wil immers niet zeggen dat zij de bepaalde op die website geplaatste verkoopaanbiedingen of aanbiedingen van bepaalde klanten-verkopers bevordert. Aangezien al haar klanten-verkopers op gelijke wijze van die inspanningen van Marktplaats profiteren, blijft haar neutrale positie ten opzichte van de afzonderlijke verkoopaanbiedingen daardoor onaangetast. Opmerking verdient nog dat Marktplaats bij pleidooi in appel, buiten de PA om, heeft betwist dat zij er iets aan doet om haar website hoog in de natuurlijke zoekresultaten van Google

Zaaknummer: 107.001.948/01

15

terecht te laten komen.

- 5.8 Anders dan Stokke betoogt met haar argument k), kan uit het feit dat Marktplaats – door middel van, zo heeft Marktplaats bij pleidooi in appel buiten haar PA om gesteld, een geautomatiseerd systeem – aan de potentiële kopers die op zoek zijn naar een verkoopaanbieding, eerder gebruikte zoektermen worden gesuggereerd waardoor deze een advertentie makkelijker kunnen vinden, evenmin worden afgeleid dat Marktplaats een actieve rol speelt waardoor zij kennis van, of controle over de gegevens van de advertenties heeft verkregen. Dat feit duidt niet op enige bemoeienis van Marktplaats met de inhoud van de advertenties, en, nu niet is gesteld dat alleen voor bepaalde advertenties zoektermen worden gesuggereerd, ook niet op het bevorderen van bepaalde advertenties of advertenties van bepaalde verkopers. De hier bedoelde maatregel impliceert bovendien niet dat Marktplaats enige kennis heeft van de inhoud van de advertentie omdat de aanvullende zoektermen worden gekoppeld aan de zoekvraag van de potentiële koper, en niet aan de advertentie.
- 5.9 Het in het kader van haar argument l) door Stokke genoemde feit dat in de geplaatste advertenties ook wel eens/regelmatig reclameboodschappen van derden worden getoond, zodat de potentiële kopers meteen kunnen doorklikken naar diensten waarnaar zij verder nog op zoek zouden kunnen zijn maakt de advertenties zelf niet aantrekkelijker voor die potentiële kopers. De potentiële kopers zullen door de aanwezigheid van een link naar een reclameboodschap van een derde niet eerder geneigd zijn om op de in die advertenties opgenomen verkoopaanbiedingen in te gaan. Weliswaar veronderstelt de hier bedoelde vorm van ‘behavioural targeting’ dat Marktplaats een zekere kennis van de inhoud van de desbetreffende advertentie heeft – de gelinkte reclameboodschap moet immers in een daarbij passende advertentie verschijnen – maar dit wil niet zeggen dat Marktplaats enige betrokkenheid bij de inhoud en vormgeving van die advertentie heeft gehad. Een advertentie kan immers worden geselecteerd voor een reclameboodschap van een derde op basis van een zoekterm in die advertentie die met een filtertechniek eenvoudig is te vinden en in dat geval is de kennis van de inhoud van de advertentie niet terug te voeren op een actieve rol van Marktplaats (zie ook rov. 5.5). Argument l) van Stokke stuit op dit een en ander af. Hierbij zij nog opgemerkt dat voor zover Stokke tevens zou willen wijzen op behavioural targeting die wordt toegepast in de banners op de website van Marktplaats, zij hieraan geen argument kan ontlelen om de in rov. 4.5 genoemde reden.
- 5.10 Niet valt in te zien dat het door Stokke onder 5 van haar AvA nog aangestipte feit dat Marktplaats metzoekmachines blokkeert, met zich kan brengen dat Marktplaats een actieve rol als hiervoor bedoeld speelt.
- 5.11 De conclusie van het onder 5.4 t/m 5.10 overwogene is dat Marktplaats geen actieve, maar een neutrale rol speelt tussen haar klanten-verkopers en de potentiële kopers en dat zij derhalve – wat de in de rov. 1.b-d beschreven dienst betreft – een opslagdienst (hosting-dienst) levert als bedoeld in artikel 6:196c lid 4 BW (artikel 14 Reh).
- 5.12 Thans is de vraag aan de orde of Marktplaats zich – voor de inbreukmakende (Stokke-)advertenties die in het kader van de zojuist bedoelde dienst op marktplaats.nl verschijnen – kan beroepen op de vrijwaring van aansprakelijkheid van artikel 6:196c lid 4 BW (artikel 14 Reh). Daarvoor is vereist, kort gezegd, hetzij

dat Marktplaats wist noch behoorde te weten van de inbreukmakende advertenties hetzij dat Marktplaats, zodra zij daarvan weet of behoort te weten, 'prompt handelt om deze te verwijderen'.

- 5.13 Bij conclusie van repliek in de eerste aanleg heeft Stokke opgemerkt dat haar meldingen in het kader van het MIP er voornamelijk toe hebben geleid dat de advertenties op korte termijn door Marktplaats worden verwijderd. In rov. 4.30 van haar tussenvonnis heeft de rechtbank – mede naar aanleiding van deze opmerking van Stokke – vastgesteld dat de effectiviteit van het MIP niet ter discussie stond. Deze vaststelling is door Stokke in hoger beroep niet bestreden, zodat daar verder vanuit moet worden gegaan. Dit betekent dat aangenomen moet worden dat Marktplaats nadat haar inbreukmakende advertenties zijn gemeld 'prompt handelt' om deze advertenties te verwijderen.
- 5.14 Een beheerder van een elektronische marktplaats dient evenwel ook prompt te handelen om inbreukmakende advertenties te verwijderen wanneer hij anders dan door een melding kennis heeft gekregen van feiten en omstandigheden op grond waarvan een behoedzaam marktdeelnemer het inbreukmakend karakter daarvan had moeten vaststellen (zie punt 124 van het L'Oréal/eBay-arrest). Aanhakend bij deze regel heeft Stokke onder 22 en 23 MvA-II betoogd dat, wanneer Marktplaats als host in de zin van artikel 6:196c lid 4 BW (artikel 14 Reh) moet worden aangemerkt, haar beroep op vrijwaring van aansprakelijkheid niet opgaat omdat Marktplaats zich er evident van bewust is dat op haar website informatie met een inbreukmakend karakter is te vinden en meer in het bijzonder omdat zij er door Stokke meerdere malen op is gewezen dat op die website 'doorlopend' inbreukmakende kinderstoelen worden aangeboden. Hiermee gaat Stokke er aan voorbij dat het aan Marktplaats bekende feit dat op haar website 'doorlopend' inbreukmakende kinderstoelen worden aangeboden, Marktplaats nog geen enkel aanknopingspunt biedt om te kunnen vaststellen of een bepaalde advertentie inbreukmakend is, in aanmerking nemend dat, naar Marktplaats onweersproken heeft gesteld onder 164 MvA, de met behulp van marktplaats.nl verkochte Stokke-stoelen voor 95% uit legitieme stoelen bestaan en voor slechts 5% uit inbreukmakende stoelen. Om te kunnen vaststellen of een bepaalde op marktplaats.nl aangeboden stoel een inbreukmakende Stokke-stoel is, zou Marktplaats dus alle advertenties voor kinderstoelen althans alle Stokke-kinderstoelen moeten onderzoeken. Een dergelijk onderzoek wordt door artikel 6:196c lid 4 BW (artikel 14 Reh) echter niet van de beheerder van een elektronische marktplaats geveerd om voor vrijwaring in aanmerking te komen. Genoemd betoog van Stokke kan dan ook niet als juist worden aanvaard.
- 5.15 Het onder 5.13 en 5.14 overwogene geldt ook voor inbreukmakende advertenties die na verwijdering worden herplaatst (waarover meer in de rov. 10.1-10.5 hierna). Zodra zulke herplaatsingen aan Marktplaats worden gemeld, worden zij prompt verwijderd. Weliswaar kan met behulp van een filter worden vastgesteld dat het om een herplaatste en dus waarschijnlijk onrechtmatige advertentie gaat, maar artikel 6:196c lid 4 BW (artikel 14 Reh) verlangt van een host niet dat hij een filter moet toepassen om met succes een beroep op vrijwaring te kunnen doen. Daarvoor moet de host handelend optreden vanaf het moment dat hij, kort gezegd, moet vermoeden dat een onrechtmatige advertentie op zijn site wordt geplaatst. De eisen voor vrijwaring gaan echter niet zo ver dat de host zelf, door te filteren, op zoek moet gaan naar feiten die zo'n vermoeden zouden kunnen opleveren.

5.16 Nu niet op andere gronden is betwist dat Marktplaats prompt handelt om inbreukmakende Stokke-advertenties verwijderen zodra zij daarvan kennis heeft gekregen of had behoren te krijgen, moet worden geconcludeerd dat Marktplaats zich als host in de zin van artikel 6:196c lid 4 BW (artikel 14 Reh) met vrucht op de vrijwaring van dat artikel kan beroepen.

6. Pleegt Marktplaats zelf auteursrechtinbreuk?

6.1 Van auteursrechtinbreuk door Marktplaats zou sprake zijn wanneer Marktplaats zelf de advertenties waarin een afbeelding van de Tripp Trapp-stoel is opgenomen, openbaar maakt in de zin van de Aw. Het begrip 'openbaarmaking' moet hierbij worden uitgelegd overeenkomstig het begrip 'mededeling aan het publiek' uit artikel 3 van de Auteursrechtlijn.

6.2 Gezien haar hoedanigheid van dienstverlener in de zin van artikel 14 Reh biedt Marktplaats als 'neutrale' tussenpersoon een dienst (marktplaats.nl) aan: een elektronische marktplaats waarop door afnemers van die dienst (adverteerders) onder meer objecten worden getoond die te koop worden aangeboden. Met behulp van deze dienst maakt een aantal van haar klanten-adverteerders inbreuk op het auteursrecht van Stokke doordat zij het werk van Stokke in hun advertenties mededelen aan het publiek. Wat Marktplaats doet is, zo blijkt hieruit, niet méér dan het beschikbaar stellen van een fysieke faciliteit om die mededeling aan het publiek mogelijk te maken. Het verrichten en het beschikbaar stellen van zo'n faciliteit is blijkens overweging 27 van de considerans van de Auteursrechtlijn op zich geen mededeling aan het publiek. Dat een tussenpersoon als Marktplaats niet zelf een mededeling aan het publiek verricht is tevens af te leiden uit artikel 8 lid 3 Auteursrechtlijn, artikel 11, 3° volzin, Handhavingsrichtlijn en artikel 26d Aw, die – in aanvulling op de bepalingen in deze en andere regelingen die voorschrijven dat tegen inbreukmakers een bevel/verbod wordt uitgevaardigd – bepalen dat de rechthebbenden een verbod/bevel kunnen verzoeken tegen tussenpersonen als Marktplaats wier diensten worden gebruikt om inbreuk te maken. Deze bepalingen zouden overbodig zijn wanneer de tussenpersoon zelf inbreuk zou maken (zie ook de punten 127-129 van het L'Oréal/eBay-arrest). Marktplaats pleegt kortom zelf geen auteursrechtinbreuk. Voor zover de vorderingen van Stokke op deze stelling zijn gebaseerd, zijn zij niet toewijsbaar.

6.3 Nu de vorderingen van Stokke niet mede zijn gebaseerd op de stelling dat Marktplaats zelf merkinbreuk pleegt of ongeoorloofde reclame maakt, blijft als feitelijke grondslag van de vorderingen van Stokke dus over dat de klanten-adverteerders van Marktplaats die inbreukmakende advertenties als bedoeld in de rovv. 1.f en 2.1 op marktplaats.nl plaatsten, daarbij gebruik maken van de hosting-dienst van Marktplaats, dat Marktplaats in zoverre betrokken is bij de door haar klanten-adverteerders gepleegde inbreuken, en dat zonder de door haar verleende dienst die inbreuken niet zouden plaatsvinden, althans niet in de vorm van een advertentie op marktplaats.nl. De vorderingen van Stokke op deze grondslag zullen hierna de 'betrokkenheids-vorderingen' worden genoemd.

Zaaknummer: 107.001.948/01

18

7. De 'betrokkenheids'-vorderingen; inleiding

Doel en achtergrond van Stokke's 'betrokkenheids'-vorderingen

- 7.1 In de huidige situatie worden alle inbreukmakende advertenties met gebruikmaking van het door Marktplaats ontwikkelde MIP na een melding van de website marktplaats.nl verwijderd. Onder 157 MvG heeft Stokke toegelicht dat de primaire vorderingen A-E in essentie betekenen dat Marktplaats dient te voorkomen dat advertenties worden geplaatst voor stoelen die in rechte inbreukmakend zijn bevonden en zien de subsidiaire vorderingen A-F op verwijdering van de advertenties na plaatsing. Deze primaire en subsidiaire vorderingen strekken dus tot het op eigen initiatief treffen van maatregelen door Marktplaats voordat en ook zonder dat een melding is gedaan.
- 7.2 Bij pleidooi in appel, buiten de PA om, heeft Stokke gepreciseerd dat de vorderingen A en B berusten op haar auteursrecht op de Tripp Trapp-stoel en dat de vorderingen C zijn gestoeld op ongeoorloofde (vergelijkende) reclame en merkinbreuk. Het hof begrijpt dat de overige vorderingen op al deze drie grondslagen zijn gestoeld. Hierbij zij er nog op gewezen dat artikel 6:194 BW is gericht op advertenties van personen die daarbij handelen in de uitoefening van een bedrijf of beroep en dat het bij artikel 6:194a BW gaat om advertenties van concurrenten, zodat – anders dan Stokke meent (zie o.m. de punten 18-20 van haar pleitnota in de eerste aanleg) – deze bepalingen niet van toepassing zijn op particulieren die het overgrote deel van de adverteerders op marktplaats.nl vormen (zie rov. 4.6).
- 7.3 Onder 158 MvG heeft Stokke nader toegelicht dat het haar niet om alle advertenties gaat, maar alleen om advertenties die gemakkelijk te selecteren zijn omdat (i) zij het merk STOKKE of TRIPP TRAPP of een gelijkende aanduiding bevatten, (ii) zij een afbeelding (het hof begrijpt: een foto) bevatten en (iii) die afbeelding van een inbreukmakende of niet-originele kinderstoel moet zijn. Gelet op deze toelichting moet overigens het bij de vorderingen B opgenomen selectiecriteria (4) aldus worden verstaan dat een stoel is afgebeeld waarop de naam van een van de daarbij genoemde inbreukmakende bedrijven is aangebracht.
- 7.4 Voor het geval de primaire en subsidiaire vorderingen A t/m C zouden worden afgewezen, vordert Stokke (zie ook punt 162 MvG) veroordeling van Marktplaats om SNB REACT of een vergelijkbaar bedrijf in te schakelen of om zelf zulk een dienst te vormen om daarmee te voorkomen dat inbreukmakende advertenties als beschreven bij de vorderingen A t/m C op de website worden geplaatst (primaire vordering D) dan wel om te zorgen dat deze worden verwijderd (subsidiaire vordering D) dan wel om de kosten van SNB REACT aan Stokke te vergoeden (subsidiaire vordering E). Verder beoogt Stokke herplaatsing van reeds verwijderde advertenties te voorkomen door middel van haar primaire vordering E en subsidiaire vordering F.
- 7.5 Het primair onder F en subsidiair onder G gevorderde moet kennelijk worden opgevat als een disclaimer die er toe strekt om alleen onmiskenbare inbreuken onder de gevorderde verboden en bevelen A-C te doen vallen. Bij serieuze twijfel hoeft Marktplaats niets te weigeren of te verwijderen, aldus Stokke onder 55 PA. Bij pleidooi in appel (PA onder 47) heeft Stokke – voor het geval dat niet duidelijk zou

zijn en zo nodig haar eis in die zin verminderend – benadrukt dat deze disclaimer niet alleen geldt voor die vorderingen op basis van het auteursrecht, maar ook voor zover die vorderingen zijn gebaseerd op het merkenrecht en ongeoorloofde reclame.

- 7.6 Met haar vorderingen I en J primair en subsidiair beoogt Stokke de beschikking te krijgen over de NAW-gegevens van klanten-adverteerders zodat zij zelf kan optreden tegen degenen van hen die inbreukmakende advertenties plaatsen.

De rechtsgrond(en) van de 'betrokkenheids'-vorderingen; verwerpen

- 7.7 Stokke heeft al haar 'betrokkenheids'-vorderingen gebaseerd op de stelling dat Marktplaats de op haar rustende zorgvuldigheidsverplichting om het ontstaan of voortbestaan van schade bij Stokke te voorkomen, schendt (artikel 6:162 BW). Aan haar primaire vorderingen A-E en haar subsidiaire vorderingen A-F heeft Stokke meer specifiek ten grondslag gelegd dat Marktplaats (primair) niets doet om te voorkomen dat inbreukmakende advertenties op marktplaats.nl worden geplaatst en (subsidiair) niets althans te weinig doet om inbreukmakende advertenties te verwijderen (MvG onder 52 en 53). Met betrekking tot de vorderingen I en J heeft Stokke geconcretiseerd dat de jegens haar in acht te nemen zorgvuldigheid registratie en afgifte van de NAW-gegevens vergt vanwege haar in rov. 7.6 genoemde gerechtvaardigd belang.
- 7.8 Marktplaats heeft hier onder meer tegenin gebracht (punt 167 MvA en de punten 106 t/m 110 PA) dat de door Stokke gevorderde maatregelen niet aan de beginselen van evenredigheid en subsidiariteit voldoen, waartoe zij onder meer naar voren heeft gebracht dat Stokke niet zozeer directe schade (omzet- of winstderving) leidt, dat Stokke tegen een relatief laag tarief SNB REACT heeft ingeschakeld, en dat de gevorderde maatregelen, waarop ook andere rechthebbenden aanspraak zullen maken, met aanzienlijke ('buitensporige') kosten voor Marktplaats gepaard gaan, en bovendien, onder meer omdat advertenties in quarantaine moeten worden geplaatst, een zeer negatieve impact op het succes/de bedrijfsvoering van Marktplaats zullen hebben (o.m. MvA onder 173 en PA onder 51, 92 en 116).
- 7.9 Het meest verstrekkende verweer van Marktplaats tegen Stokke's vorderingen houdt evenwel in dat zij beoordeeld moeten worden aan de hand van artikel 6:196c lid 4 BW, en niet op basis van artikel 6:162 BW, en dat, nu Marktplaats aan de voorwaarden voor vrijstelling van aansprakelijkheid van het eerstgenoemde artikel voldoet, een verbod of bevel jegens haar niet mogelijk is. Dit verweer gaat echter niet op. In artikel 14 lid 3 Reh is – voortbouwend op hetgeen in punt 45 van de considerans van die richtlijn is vermeld – met zoveel woorden bepaald dat artikel 14 lid 1 Reh geen afbreuk doet aan de mogelijkheid om voor een rechtbank te eisen dat de dienstverlener een inbreuk beëindigt of voorkomt. In artikel 6:196c lid 5 BW is in overeenstemming hiermee bepaald dat onder meer het in artikel 6:196c lid 4 BW bepaalde niet aan het verkrijgen van een rechterlijk bevel of verbod in de weg staat. Ook de volgende passage uit de parlementaire geschiedenis van artikel 6:196c BW laat over de betekenis van lid 5 daarvan geen misverstand mogelijk:
- '[d]e drie besproken vrijwaringen van aansprakelijkheid laten de mogelijkheid onverlet dat de dienstverlener die als tussenpersoon optreedt door een rechterlijke autoriteit wordt bevolen om een inbreuk te beëindigen of voorkomen (respectievelijk artikel 12 lid 3, artikel 13 lid 2 en artikel 14*

lid 3 van de richtlijn)' (TK, 2001-2002, 28197, nr. 3, par. 16).

De vrijwaring van artikel 6:196c lid 4 BW (artikel 14 lid 1 Reh) ziet dus op vrijwaring voor strafrechtelijke aansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor schade, en niet op 'vrijwaring' voor een verbod of bevel tot voorkoming of beëindiging van een onrechtmatige toestand. Anders dan Marktplaats onder 68-71 MvA lijkt te willen betogen is er, zeker gezien de duidelijke tekst van artikel 14 lid 3 Reh, geen grond om hierbij onderscheid te maken tussen de dienstverlening als bedoeld in de artikelen 12 en 13 Reh ('mere conduit' en 'caching') en de dienstverlening als bedoeld in artikel 14 Reh ('hosting').

- 7.10 In verband met Stokke's vordering L tot schadevergoeding dient in aansluiting op het zojuist overwogene nog het volgende te worden opgemerkt. Het is logischerwijze zo dat een regeling voor vrijwaring van aansprakelijkheid voor schade pas aan de orde is wanneer die aansprakelijkheid bestaat. De vraag of aansprakelijkheid bestaat, is – zo is af te leiden uit punt 108 van het L'Oréal/eBay-arrest – een kwestie van nationaal recht. Vordering L moet daarom worden beoordeeld aan de hand van artikel 6:162 BW, met dien verstande dat op grond van de hier toepasselijke vrijwaringsregeling van artikel 6:196c lid 4 BW (artikel 14 lid 1 Reh) geen veroordeling tot schadevergoeding kan worden uitgesproken indien het een aansprakelijkheid betreft die onder de reikwijdte van die vrijwaringsregeling valt.
- 7.11 Marktplaats heeft zich verder op het standpunt gesteld dat, indien de vrijwaringsregeling niet aan de door Stokke gevorderde ge- en verboden in de weg staat, in ieder geval geen sprake kan zijn van schending van een zorgvuldigheidsverplichting wanneer aan de voorwaarden voor vrijwaring is voldaan, althans voor zover het om opslagdiensten gaat (punten 72-81 MvA). Over dit standpunt is het volgende te zeggen. Weliswaar zal een host – die zelf geen IE-inbreuk pleegt of ongeoorloofde reclame maakt – doorgaans inderdaad geen onzorgvuldig handelen kunnen worden tegengeworpen indien hij de maatregelen heeft genomen die nodig zijn om voor vrijwaring in aanmerking te komen, doch geheel uitgesloten is dat niet. Onder bijzondere omstandigheden zal, gelet op de concrete belangen, wellicht toch onzorgvuldig handelen kunnen worden aangenomen waardoor – ook al zal schadevergoeding vanwege de vrijwaring niet mogelijk zijn – op de voet van artikel 3:296 BW een verbod of bevel kan worden gegeven. In het geval echter dat aan de voorwaarden voor vrijwaring is voldaan en daarnaast de van de host gevergd verplichting onevenredig is, zal het nalaten van de host om aan die verplichting te voldoen niet als strijdig met de zorgvuldigheidsnorm kunnen worden beschouwd – een host is niet gehouden tot voor hem onevenredig nadelige maatregelen – zodat in dat geval naar Nederlands recht ook geen verbod of bevel kan worden opgelegd.
- 7.12 Voor zover de vorderingen van Stokke zijn gebaseerd op inbreuk op IE-rechten zijn zij echter onderworpen aan een eigen regime. Zoals onder 6.2 al is opgemerkt, verplichten de artikelen 8 lid 3 Auteursrecht, richtlijn en 11, 3° volzin, Handhavingsrichtlijn de lidstaten om in hun nationale wetten te voorzien in de mogelijkheid om een verbod of bevel te verkrijgen tegen een tussenpersoon als Marktplaats wiens dienst door derden worden gebruikt om inbreuk op IE-rechten te maken. Deze verplichting voor de lidstaten komt ook tot uiting in artikel 18 Reh, in samenhang gelezen met punt 50 van de considerans van die richtlijn. Deze voorschriften zijn in Nederland geïmplementeerd in artikel 26d Aw en artikel 2.22

lid 6 BVIE. De Nederlandse rechter dient op grond van zijn verplichting tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden (artikel 25 Rv) deze artikelen toe te passen, zeker nu zij van EU-rechtelijke origine zijn. Niet relevant is derhalve dat Stokke haar vorderingen, ook voor zover deze inbreuken op IE-rechten betreffen, heeft gebaseerd op artikel 6:162 BW en dat zij onder 14 AvA heeft opgemerkt dat zij artikel 11 Handhavingsrichtlijn en artikel 26d Aw niet aan haar vorderingen ten grondslag legt. Aantekening verdient hierbij nog dat Stokke onder 39-42 PA ter onderbouwing van haar vorderingen juist wel een beroep heeft gedaan op de op artikel 11 Handhavingsrichtlijn betrekking hebbende passages uit het L'Oréal/eBay-arrest.

- 7.13 In punt 128 van dit arrest heeft het HvJEU voorop gesteld dat een bevel aan een tussenpersoon zich wezenlijk onderscheidt van een bevel tegen een inbreukmaker omdat een aan de inbreukmaker gericht bevel er logischerwijze in bestaat dat het hem wordt verboden om de inbreuk voort te zetten terwijl de situatie van de verlener van de dienst waarmee de inbreuk wordt gepleegd, complexer is en zich leent voor een ander soort bevel. In de punten 136-138 van het L'Oréal/eBay-arrest heeft het HvJEU dit uitgewerkt met de overweging dat, kort gezegd, de regels van nationaal recht enerzijds zo moeten worden ingericht dat het doel van de Handhavingsrichtlijn, dat de daarin opgenomen maatregelen, waaronder de maatregel van artikel 11, 3^e volzin, doeltreffend en afschrikwekkend zijn, kan worden bereikt, maar anderzijds de beperkingen moeten eerbiedigen die uit de Handhavingsrichtlijn en de rechtsbronnen waarnaar deze richtlijn verwijst, voortvloeien. De Nederlandse rechter moet zich bij de uitleg en toepassing van de artikelen 26d Aw en 2.22 lid 6 BVIE dus op deze uitgangspunten richten en daarbij een passend evenwicht verzekeren tussen de betrokken rechten en belangen (punt 143 van het L'Oréal/eBay-arrest), ongeacht wat zijn nationale zorgvuldigheidsnorm te dien aanzien inhoudt.
- 7.14 Het EU-recht noch het Nederlandse recht voorziet in een specifiek bevel of verbod tegen een tussenpersoon wiens diensten worden gebruikt om ongeoorloofde (vergelijkende) reclame te maken. Weliswaar is er een sterke relatie/wisselwerking tussen vergelijkende reclame en het merkenrecht, doch het beroep dat Stokke in deze zaak op ongeoorloofde (vergelijkende) reclame heeft gedaan moet als alternatief van of subsidiair aan haar beroep op het merkenrecht worden beschouwd. Voor zover de vorderingen van Stokke op ongeoorloofde reclame zijn gebaseerd moeten zij daarom worden beoordeeld aan de hand van de Nederlandse zorgvuldigheidsnorm en artikel 3:296 BW. Het onder 7.10 en 7.11 overwogene is hier onverkort van toepassing.
- 7.15 Op grond van de hoofdregel van artikel 150 Rv rusten in het kader van zowel de in de rov. 7.10/7.11 als de in rov. 7.13 genoemde toets de stelplicht en bewijslast op Stokke. Het beroep van Marktplaats op de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit kan niet worden gezien als een bevrijdend verweer, waarvoor zij de stelplicht en bewijslast heeft (vergelijk HR 15 december 2006, NJ 2007, 203 en HR 11 juli 2008, LJN: BC8967).
- 7.16 Het hof zal nu eerst – onder 8 t/m 11 – ingaan op de vorderingen A-J, voorzover deze gebaseerd zijn op inbreuk op Stokke's IE-rechten, en daarna onder 12 deze vorderingen bespreken voor zover zij zijn gebaseerd op ongeoorloofde reclame. Onder 13 zullen vervolgens de vorderingen K-O worden behandeld.

8. De op de IE-rechten gebaseerde vorderingen A-C

8.1 In de punten 139 en 140 van het L'Oréal/eBay-arrest heeft het HvJEU over de in rov. 7.13 genoemde, uit de Handhavingsrichtlijn voortvloeiende beperkingen, de volgende nadere uiteenzetting gegeven.

- (i) In artikel 2 lid 3 van de Handhavingsrichtlijn is onder meer bepaald dat deze richtlijn geen afbreuk doet aan artikel 15 Reh, dat de lidstaten verbiedt om de dienstverlener van onder meer artikel 14 Reh een algemene verplichting op te leggen om toe te zien op de informatie die zij opslaat of om actief te zoeken naar omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden. De maatregelen die van zo'n dienstverlener kunnen worden verlangd kunnen dus niet bestaan in het actief surveilleren van alle gegevens van ieder van zijn klanten om elke toekomstige inbreuk op intellectuele eigendomsrechten via de site van die dienstverlener te voorkomen.
- (ii) Ingevolge artikel 3 van de Handhavingsrichtlijn moeten de bij die richtlijn bedoelde maatregelen, waaronder de maatregel van artikel 11, 3^e volzin, billijk en evenredig zijn en mogen zij niet overdreven kostbaar zijn, terwijl uit artikel 3 van die richtlijn tevens volgt dat de in een bevel omschreven maatregelen geen belemmeringen voor legitiem handelsverkeer mogen scheppen.

Op deze door de nationale rechter te eerbiedigen beperkingen heeft Marktplaats zich beroepen (zie ook rov.7.8).

8.2 Naar aanleiding van Marktplaats' beroep op de zojuist onder (i) weergegeven beperking wordt het volgende overwogen. Niet in geschil is dat de vorderingen A-C van Stokke een eerste selectie vergen op advertenties waarin de aanduidingen STOKKE, TRIPP TRAPP of een daaraan gelijkende aanduiding worden gebruikt, en dat deze eerste selectie door middel van het instellen van een filter eenvoudig kan gebeuren (MvG onder 160, PA Stokke onder 46, MvA onder 171 en PA Marktplaats onder 48 en 71). Anders dan Marktplaats meent (punten 71-86 PA), komen deze vorderingen hiermee nog niet in strijd met artikel 15 Reh, ook niet wanneer, zoals Marktplaats stelt (MvA onder 174), toewijzing van deze vorderingen tot gevolg zou hebben dat (vele) andere rechthebbenden zich met vergelijkbare vorderingen tot Marktplaats wenden. Met het filteren op basis van bepaalde criteria en het daarna afzonderen ('in quarantaine plaatsen') en nader beoordelen van advertenties die aan deze criteria voldoen worden nog niet de advertenties van alle klanten gesurveilleerd op mogelijk onrechtmatige informatie; bij het filteren wordt de inhoud van de advertenties immers alleen onderzocht op de aanwezigheid van bepaalde elementen en vindt wanneer deze elementen daarin niet voorkomen, geen nader onderzoek plaats naar eventueel daarin opgenomen onrechtmatige informatie.

8.3 Wat het op de in rov. 8.1 onder (ii) vermelde beperkingen geënte verweer van Marktplaats betreft – het evenredigheidsbeginsel en het vrije handelsverkeer – dient allereerst te worden opgemerkt dat Stokke niet wordt gevolgd in haar betoog (MvG onder 94-99) dat Marktplaats profijt trekt van de inbreukmakende advertenties. Deze advertenties leveren voor Marktplaats voornamelijk extra kostenposten op (bijvoorbeeld voor de ontwikkeling en instandhouding van het MIP) en de incidentele opbrengsten die zij daarvoor kan ontvangen (zie rov. 1.c *in fine*) vallen daartegenover in het niet. Dat Marktplaats in zijn algemeenheid profiteert van het feit dat op haar website wordt geadverteerd maakt dit niet anders. Naar is af te leiden uit

de vaststelling onder 5.14, dat 95% van de op marktplaats.nl aangeboden Stokke-stoelen legitiem is, vindt op die site voornamelijk rechtmatige handel plaats.

- 8.4 De vorderingen A-C zien alleen op advertenties die aan de daarin genoemde criteria (1) t/m (3) of (4) voldoen en waarin een foto van een stoel wordt getoond die onmiskenbaar inbreukmakend is (zie de rov. 7.3 en 7.5), en niet op alle inbreukmakende advertenties. Naar stelling van Marktplaats (PA onder 36-39) beantwoorden slechts zeer weinig inbreukmakende advertenties aan die criteria. Nu Stokke, hoewel dat op haar weg lag, hieromtrent niets nader heeft opgemerkt, moet van die stelling van Marktplaats worden uitgegaan. Dit betekent dat de vorderingen A-C in getalsmatige zin slechts in (zeer) beperkte wijze kunnen bijdragen aan het voorkomen of beëindigen van inbreukmakende advertenties. Het belang van Stokke bij deze vorderingen moet verder worden gerelativeerd in het licht van het feit (zie rov. 4.6), dat het overgrote deel van de inbreukmakende advertenties wordt geplaatst door particulieren die – vanwege het incidentele karakter van hun inbreuken – een minder grote bedreiging voor IE-gerechtigden vormen dan de professionele handel.
- 8.5 Aangezien SNB REACT voor Stokke alle inbreukmakende advertenties verwijderd, en niet alleen het beperkte aantal inbreukmakende advertenties waarop Stokke's vorderingen A-C zien, kan er van uitgegaan worden dat – naar Marktplaats heeft opgemerkt (punt 40 PA) – Stokke ook wanneer die vorderingen zullen worden toegewezen, gebruik zal blijven maken van de diensten van SNB REACT. Derhalve dient bij de verdere beoordeling van het evenredigheidsverweer van Marktplaats tot vertrekpunt te worden genomen dat met de door Marktplaats getroffen maatregelen, met name het MIP, reeds wordt bereikt – zij het via SNB REACT – dat alle inbreukmakende advertenties binnen korte tijd worden verwijderd. In zoverre is dus al voorzien in doeltreffende en afschrikwekkende maatregelen.
- 8.6 In rov. 1.g is vastgesteld dat SNB REACT, naast een vast bedrag van € 2.000,- per jaar, € 1 per verwijderde inbreukmakende advertentie rekent. Gezien het zojuist onder 8.5 overwogene, kan derhalve worden geconcludeerd dat bij toewijzing van de vorderingen A-C Stokke een financieel voordeel geniet van € 1 x het aantal advertenties dat dan door Marktplaats zelf preventief wordt 'onderschept' of wordt verwijderd, en daarom niet door SNB REACT hoeft te worden verwijderd. Volgens Stokke zijn in 2011 door SNB REACT 1361 inbreukmakende advertenties verwijderd. De gedingstukken bevatten geen aanwijzing dat dit aantal in de (nabije) toekomst wezenlijk anders zal zijn. Slechts een klein deel van de circa 1.300 inbreukmakende advertenties per jaar wordt met de door Stokke onder A-C gevorderde maatregelen tegengegaan of verwijderd (zie rov. 8.4). Bij inwilliging van de vorderingen A-C zou Stokke dus aan kosten aan SNB REACT een bedrag van naar schatting enkele honderden euro's per jaar besparen.
- 8.7 Na de in rov. 8.2 besproken eerste selectie nopen de vorderingen A-C van Stokke tot een nadere selectie op basis van een vervolgcriterium (de aanwezigheid van een foto, gebruik van de aanduiding 'stoel'), die eveneens met behulp van een filter kan plaatsvinden. Daarna moet worden vastgesteld of deze foto een afbeelding bevat van een inbreukmakend geoordeelde kinderstoel (de vorderingen A) van een niet-originele Tripp Trapp-stoel (de vorderingen C) of van een stoel waarop de naam van een inbreukmakend bedrijf is aangebracht (de vorderingen B). De stelling van Marktplaats dat deze vaststelling visueel door haar medewerkers moet geschieden, is

door Stokke niet voldoende gemotiveerd weersproken. Zij heeft weliswaar onder 181 MvG en 51 PA gewezen op het bestaan van beeldsoftware waarmee gefilterd kan worden op beeldmateriaal, maar hiermee heeft zij niet duidelijk en concreet gesteld dat een filtersysteem beschikbaar is waarmee de inbreukmakend geoordeelde/niet originele stoelen kunnen worden onderscheiden van de originele Tripp Trapp-stoel en/of waarmee een woord op een gefotografeerde stoel kan worden geïdentificeerd, hoewel dat temeer op haar weg had gelegen in het licht van het verweer van Marktplaats (onder 48 PA) dat een filter om foto's goed te vergelijken nog moet worden uitgevonden. Uit de door Stokke als productie 42 overgelegde verklaring van TNO blijkt alleen dat een automatische selectie kan plaatsvinden van gelijkende stoelen, niet dat met zo'n systeem binnen de groep van gelijkende stoelen een nader onderscheid kan worden gemaakt.

- 8.8 Door Marktplaats is becijferd dat de kosten die de visuele beoordeling (voor alleen Stokke-stoelen) met zich zou brengen € 120.000,- tot € 260.000,- per jaar bedragen, uitgaande van een gemiddeld aantal advertenties voor Stokke-producten van 94 per dag en een gemiddelde beoordelingstijd per foto van 10 minuten (PA onder 48 en productie 80). Hoewel Stokke moet worden toegegeven dat op dit laatste het nodige valt af te dingen, zeker wanneer tevens acht wordt geslagen op Stokke's disclaimer (zie rov. 7.5), kan er niettemin van uitgegaan worden dat toewijzing van de vorderingen A-C voor Marktplaats (jaarlijks) tot extra kosten zal leiden die een veelvoud bedragen van het geringe bedrag van enkele honderden euro's per jaar dat Stokke bij toewijzing van die vorderingen bespaart. Het ligt voor de hand dat Marktplaats de beoordelingswerkzaamheden niet – althans niet zonder daarvoor eerst de nodige investeringen te hebben verricht – kan uitvoeren tegen de lage kosten die een zeer gespecialiseerd bedrijf als SNB REACT (de voormalige Stichting Namaakbestrijding) weet te bereiken. In dit verband is voorts van belang dat, indien Marktplaats jegens Stokke verplicht zou zijn tot het treffen van de maatregelen als bedoeld in de vorderingen A-C, genoegzaam kan worden aangenomen dat andere rechthebbenden die maatregelen eveneens van Marktplaats zullen vergen, met als gevolg dat haar extra kosten dienovereenkomstig zullen stijgen.
- 8.9 Naast de onder 8.6 berekende besparing hebben de primaire vorderingen A-C voor Stokke het voordeel dat daarmee een aantal inbreuken op haar auteursrecht wordt voorkomen. Het belang van dit voordeel moet echter worden gerelativeerd nu met die vorderingen slechts plaatsing van een gering aantal inbreukmakende advertenties wordt tegengegaan en niet aannemelijk is dat Stokke serieus nadeel van financiële aard of voor de exclusiviteit van haar IE-rechten ondervindt wanneer, zoals in de huidige situatie, dit geringe aantal inbreukmakende advertenties van voornamelijk particulieren op marktplaats.nl verschijnen en daar korte tijd op blijft staan voordat zij door SNB REACT worden verwijderd. Aan de andere kant heeft toewijzing van de primaire vorderingen A-C voor de klanten-verkopers van Marktplaats die Stokke-producten aanbieden de ongunstige consequentie dat – zoals Marktplaats heeft gesteld (PA onder 48) en Stokke ook onderkent (PA onder 54) – het langer duurt voordat hun advertenties, die voor het visuele onderzoek eerst 'in quarantaine' moeten worden geplaatst, op marktplaats.nl verschijnen. Dit klemmt temeer daar dit ook geldt voor de rechtmatig handelende adverteerders van Stokke-producten die de overgrote meerderheid vormen (zie rov. 8.3), en aangenomen kan worden dat andere rechthebbenden, wanneer Stokke's primaire vorderingen A-C toewijsbaar worden geoordeeld, dezelfde preventieve controle van Marktplaats zullen verlangen, met als

gevolg dat de kring van adverteerders die met een wachttijd wordt geconfronteerd dienovereenkomstig wordt vergroot. Door de voor het overgrote deel rechtmatig handelende adverteerders zal zo'n wachttijd negatief worden gewaardeerd, zodat – naar ook de rechtbank heeft overwogen – de primaire vorderingen onder A-C tot een devaluatie van de aantrekkelijkheid van de door Marktplaats aangeboden dienst zullen leiden. In zoverre vormen deze vorderingen een belemmering van het vrije handelsverkeer.

8.10 Resumerend leveren de primaire vorderingen onder A-C voor Stokke tamelijk geringe voordelen op (een besparing van enkele honderden euro's per jaar, voorkoming van plaatsing van een beperkt aantal inbreukmakende advertenties), terwijl daaraan voor Marktplaats – die geen profijt trekt van de inbreukmakende advertenties – aanmerkelijke, althans aanmerkelijk grotere, nadelen zijn verbonden (kostenverhoging, devaluatie van de aantrekkelijkheid van de door haar aangeboden dienst). Dit brengt het hof tot de conclusie dat die vorderingen niet in een redelijke verhouding staan tot het daarmee nagestreefde doel. Zij kunnen de bij de beoordeling daarvan aan te leggen evenredigheidstoets bijgevolg niet doorstaan en zullen daarom worden afgewezen.

8.11 De subsidiare vorderingen A-C hebben naast het voordeel van een kostenbesparing van enkele honderden euro's per jaar, voor Stokke het voordeel dat de inbreukmakende advertenties eerder dan nu doorgaans/regelmatig het geval zal zijn, van marktplaats.nl worden verwijderd, namelijk binnen 24 uur na plaatsing en niet pas na de melding. In aanmerking ook nemende dat dit voordeel slechts voor een (zeer) beperkt aantal inbreukmakende advertenties van voornamelijk particulieren kan worden gerealiseerd, kan dit voordeel nauwelijks gewicht in de schaal leggen. Verwezen wordt naar hetgeen hierover onder 8.9 is overwogen. Hoewel de subsidiaire vorderingen A-C voor Marktplaats niet het nadeel met zich brengen dat haar klanten-verkopers met een wachttijd worden geconfronteerd, moet ook ten aanzien van deze vorderingen worden geconcludeerd dat de daarmee beoogde voordelen, die met name bestaan in een (zeer) geringe kostenbesparing, niet in een redelijke verhouding staan het daarmee nagestreefde doel, gezien het daaraan voor Marktplaats verbonden nadeel, dat zij extra kosten moet maken die het bedrag van de besparing van Stokke aanzienlijk te boven gaan. Het evenredigheidsbeginsel staat, zo volgt hieruit, ook aan toewijzing van de subsidiaire vorderingen A-C in de weg.

9. De op de IE-rechten gebaseerde vorderingen D en subsidiaire vordering E

9.1 Deze vorderingen – tot inschakeling door Marktplaats van SNB REACT of een vergelijkbaar bedrijf, het zelf opzetten van zo'n dienst althans het betalen van de kosten van SNB REACT – treden, als mogelijk alternatief, in de plaats van de vorderingen A-C. De vorderingen D en de subsidiaire vordering E zijn, zo blijkt hieruit, onderworpen aan de in de vorderingen A-C opgenomen selectiecriteria. Dat betekent, gelet op het onder 8.5 en 8.6 overwogene, dat zij slechts betrekking hebben op een gering aantal inbreukmakende advertenties (enkele honderden per jaar) en dat (derhalve) aangenomen moet worden dat Stokke ook bij toewijzing van deze vorderingen SNB REACT zal blijven inschakelen om de overige inbreukmakende advertenties te verwijderen.

9.2 Op de primaire en subsidiaire vorderingen D, voor zover deze strekken tot

inschakeling van SNB REACT of een vergelijkbaar bedrijf, is het onder 8.3 t/m 8.11 overwogene van overeenkomstige toepassing, met echter één verschil dat hierin bestaat dat Marktplaats niet wordt geconfronteerd met personeelskosten voor de in rov. 8.7 en 8.8 besproken visuele beoordeling die Stokke met deze vorderingen immers door SNB REACT of een daarmee vergelijkbaar bedrijf wil doen plaatsvinden. Bij toewijzing van deze vorderingen zal Marktplaats in plaats daarvan – naast de (variabele) kosten van verwijdering van de inbreukmakende advertenties van € 1,- per advertentie (enkele honderden euro's per jaar) – de vaste kosten van SNB REACT of het vergelijkbare bedrijf (voor SNB REACT: € 2.000,- per jaar) moeten dragen. Om de in rov. 9.1 genoemde reden blijft Stokke deze vaste kosten evenwel ook zelf maken. De primaire en subsidiaire vorderingen D leveren Stokke dus een besparing op van niet meer dan enkele honderden euro's per jaar, terwijl Marktplaats bij toewijzing van een van die vorderingen naast dit bedrag ook € 2.000,- per jaar moet gaan betalen. Hierbij komt nog dat deze vorderingen een inbreuk vormen op de, door Marktplaats onder 89 PA in het kader van haar verweer ter sprake gebrachte, contractsvrijheid waarvoor onvoldoende rechtvaardiging bestaat nu:

- (i) Marktplaats zelf geen inbreuk maakt;
- (ii) Marktplaats inbreukmakende advertenties prompt verwijderd nadat zij daarvan kennis heeft gekregen of had behoren te krijgen (zie de rovv. 5.13-5.15);
- (iii) Marktplaats, naar zojuist is overwogen, met kosten wordt geconfronteerd die de daar tegenover staande besparing van Stokke aanmerkelijk te boven gaan.

Gelet op dit een en ander valt – in het midden latend of het beoordelingskader hier wordt gevormd door de Nederlandse zorgvuldigheidsnorm of de in rov. 7.13 genoemde toets – de in deze te maken afweging niet anders uit dan de in rovv. 8.10 en 8.11 gemaakte afwegingen. Dat geldt eveneens voor de primaire en subsidiaire vordering D voor zover deze strekt tot het door Marktplaats zelf opzetten van een dienst als SNB REACT. De daarmee gemoeide kosten zullen immers, zo moet worden aangenomen, ver uitstijgen boven de voormelde besparing voor Stokke, ook wanneer deze over een reeks van jaren wordt berekend.

- 9.3 De subsidiaire vordering onder E, strekkende tot een bevel tot vergoeding van de kosten van verwijdering – dat zijn de kosten van SNB REACT – is niet te beschouwen als een vordering tot een bevel of verbod in de zin van artikel 11, 3^e volzin, Handhavingsrichtlijn en artikel 8 lid 3 Auteursrechtlijn en moet daarom worden beoordeeld naar intern Nederlands recht. Die vordering kan worden opgevat hetzij als een vordering tot schadevergoeding (zie ook artikel 6:105 BW) hetzij als een vordering uit hoofde van artikel 3:299 BW, in die zin dat door Stokke impliciet een machtiging wordt gevraagd om SNB REACT in te schakelen, met vergoeding van de kosten daarvan op de voet van lid 3 van die bepaling. In het eerste geval is de genoemde vordering niet toewijsbaar omdat daarvoor de voor Marktplaats toepasselijke vrijwaringsregeling van artikel 6:196c lid 4 BW geldt. In het tweede geval acht het hof – dat hierbij een discretionaire bevoegdheid heeft (zie PG Boek 3, blz. 898) – toewijzing van die vordering niet geïndiceerd vanwege a) het geringe financiële voordeel van enkele honderden euro's dat daarmee voor Stokke is gemoeid, b) het feit dat met die vordering in wezen de zojuist genoemde vrijwaringsregeling wordt omzeild en c) de in rov. 9.2 bij (i) en (ii) genoemde feiten.

- 9.4 De primaire vordering D en de subsidiaire vorderingen D en E zijn, zo moet worden

geconcludeerd, niet toewijsbaar.

10. De op de IE-rechten gebaseerde primaire vordering E en subsidiaire vordering F

10.1 Niet betwist is dat, zoals Stokke heeft aangevoerd, het geregeld voorkomt dat wanneer een advertentie met tussenkomst van SNB REACT is verwijderd, dezelfde, volledig identieke advertentie nogmaals op marktplaats.nl wordt geplaatst. Met haar primaire vordering E beoogt Stokke voorkoming van dergelijke herplaatsingen. De subsidiaire vordering F strekt tot verwijdering binnen 24 uur van een herplaatste advertentie. Deze vorderingen zijn dus niet onderworpen aan de in de vorderingen A-C opgenomen selectiecriteria, maar hebben een eigen 'selectie criterium', namelijk dat het gaat om herhaald geplaatste inbreukmakende advertenties.

10.2 Aan deze vorderingen heeft Stokke ten grondslag gelegd (MvG onder 34, 35 en 180) dat Marktplaats onrechtmatige advertenties die al een of meer keren waren verwijderd, niet van haar site weert, hoewel dat met behulp van filtertechnologie bij identieke advertenties eenvoudig zou kunnen gebeuren. Dit laatste is door Marktplaats bevestigd onder 17 CvA, waar zij heeft opgemerkt dat filteren mogelijk is indien twee afbeeldingen exact (byte voor byte) gelijk zijn. Marktplaats heeft de hier bedoelde vorderingen van Stokke onder meer bestreden met haar in rov. 7.8 genoemde verweren, waaronder het beroep op strijdigheid met het evenredigheidsbeginsel.

10.3 In punt 141 van het L'Oréal/eBay-arrest heeft het HvJEU het volgende overwogen. *'Ondanks de in de vorige punten genoemde beperkingen (dat zijn de beperkingen die uit de Handhavingsrichtlijn voortvloeien, hof) kunnen bevelen die zowel doeltreffend als evenredig zijn aan dienstverleners zoals beheerders van elektronische marktplaatsen worden opgelegd. Zoals de advocaat-generaal in punt 182 van zijn conclusie heeft opgemerkt, kan de beheerder van een elektronische marktplaats, indien hij niet op eigen initiatief de inbreukmaker op de intellectuele-eigendomsrechten schorst teneinde nieuwe inbreuken van diezelfde aard door diezelfde handelaar op diezelfde merken te voorkomen, door middel van een rechterlijk bevel verplicht worden om dit te doen'.*

Het HvJEU heeft in deze passage de maatregel om de inbreukmaker na een geconstateerde (eerste) inbreuk op eigen initiatief te schorsen, aangehaald als een voorbeeld van een zowel doeltreffende als evenredige maatregel. Hieruit en uit het gebruik van het woord 'kan' is af te leiden dat naar de opvatting van het HvJEU een schorsing op eigen initiatief van de site-beheerder na de eerste inbreuk niet in alle omstandigheden een passende maatregel is. Hierbij moet tevens worden bedacht dat in de zaak L'Oréal/eBay de inbreuken werden gepleegd door personen die als handelaar optraden (zie punt 56 van dat arrest) en professionele inbreukmakers een grotere bedreiging voor IE-rechthebbenden vormen dan particuliere inbreukmakers. In de onderhavige zaak, waarin de klanten-adverteerders voornamelijk particulieren zijn en de inbreuken dus ook voornamelijk door particulieren zullen worden gepleegd, moet derhalve de ruimte aanwezig worden geacht voor een nadere toets aan het evenredigheidsbeginsel.

10.4 Omdat, naar valt aan te nemen, Stokke gegarandeerd wil blijven zien dat ook eenmalig geplaatste onrechtmatige advertenties worden verwijderd, moet ook er in

dit verband van uit worden gegaan dat de samenwerking met SNB REACT wordt gecontinueerd, en dat derhalve – nu SNB REACT alle onrechtmatige advertenties, en dus ook de ‘recidive’-advertenties, binnen korte tijd verwijdt – al is voorzien in een maatregel waarmee wordt bereikt dat de herhaald geplaatste inbreukmakende advertenties, waar de primaire vordering E en de subsidiaire vordering F op zien, maar korte tijd op marktplaats.nl blijven staan.

- 10.5 Uit de door Stokke als productie 58 overgelegde rapporten van SNB REACT (zie de punten 34 en 35 MvG) is, ook al betreft het hier momentopnamen, af te leiden dat de door SNB REACT verwijderde advertenties – dat zijn alle inbreukmakende advertenties, 1361 stuks in 2011 – voor minder dan 50% uit ‘recidive’-advertenties bestaan. Dit betekent, in aanmerking nemende dat Stokke SNB REACT blijft inschakelen, dat toewijzing van de hier bedoelde vorderingen tot een besparing voor Stokke leidt van minder dan (ongeveer 50% van $1361 \times € 1,- =$) € 700,-, per jaar terwijl – naar onder 8.9 en 8.11 is overwogen – het voor Stokke met die vorderingen te realiseren voordeel, dat de ‘recidive’-advertenties niet op marktplaats.nl verschijnen of iets minder lang op die site blijven staan, weinig gewicht in de schaal kan leggen. Hier tegenover staat dat Marktplaats bij toewijzing van die vordering kosten zal moeten maken, bijvoorbeeld om haar bestaande systemen aan te passen. Er kan genoegzaam van worden uitgegaan dat deze kosten een veelvoud belopen van het (zeer) lage bedrag van minder dan € 700,- dat Stokke jaarlijks bespaart. Derhalve verzet het evenredigheidsbeginsel zich ook tegen toewijzing van Stokke’s primaire vordering E en subsidiaire vordering F.

11. De op de IE-rechten gebaseerde vorderingen I en J: de NAW-gegevens

- 11.1 Vordering I strekt, kort gezegd, tot het door Marktplaats aan Stokke verstrekken van de NAW-gegevens van al haar klanten-adverteerders, die via marktplaats.nl inbreukmakende stoelen aanbieden. Met vordering J wil Stokke bereiken dat Marktplaats de NAW-gegevens registreert van primair al haar klanten-adverteerders subsidiair al haar klanten-adverteerders die een advertentie plaatsen waarbij gebruik wordt gemaakt van de aanduiding Stokke, Tripp Trapp, Trip Trap, Tripp-Trapp, Trip-Trap en/of Triptrap.

- 11.2 In punt 142 van het L’Oréal/eBay-arrest heeft het HvJEU het volgende overwogen.
‘Ter waarborging van het recht op een effectieve rechtsgang tegen degenen die een online-dienst hebben gebruikt om inbreuk te maken op intellectuele eigendomsrechten, kan de beheerder van een elektronische marktplaats bovendien worden gelast om maatregelen te treffen om de identiteit van zijn klanten-verkopers eenvoudiger te kunnen vaststellen. Zoals (...) volgt uit artikel 6 van richtlijn 2000/31 (de Reh, het hof) is het, ofschoon de bescherming van persoonsgegevens uiteraard moet worden geëerbiedigd, niettemin zo dat wanneer de inbreukmaker in het economisch verkeer actief is en niet in de privésfeer, zijn identiteit duidelijk moet kunnen worden vastgesteld’.

Gelet op de eerste volzin van deze passage moeten de vorderingen I en J worden aangemerkt als vorderingen als bedoeld in de artikelen 26d Aw en 2.22 lid 6 BVIE, die aan de hand van het in rov. 7.13 omschreven toetsingskader moeten worden beoordeeld. Dat Stokke die vorderingen heeft gebaseerd op artikel 6:162 BW doet hier niet aan af, zoals onder 7.12 is uiteengezet.

- 11.3 Stokke heeft toegelicht dat haar belang bij deze vorderingen hierin is gelegen dat zij de NAW-gegevens nodig heeft om te kunnen optreden tegen de klanten-adverteerders van Marktplaats die inbreuk plegen. Vaststaat dat Marktplaats de emailadressen van haar klanten-adverteerders registreert. Tevens kan als vaststaand worden beschouwd dat Marktplaats de NAW-gegevens van haar klanten-adverteerders niet registreert – Stokke heeft dit zelf naar voren gebracht in punt 153 MvG en punt 66 PA – ook al kan Marktplaats daarover in voorkomende gevallen wel de beschikking krijgen (zie o.m. PA Marktplaats onder 22 en 147). Uit dit een en ander blijkt dat de vorderingen J zijn ingesteld om vordering I mogelijk te maken. De vorderingen J zullen daarom als eerste worden beoordeeld.
- 11.4 Deze vorderingen berusten op de stelling dat gezien het belang dat Stokke bij verkrijging van de NAW-gegevens heeft, Marktplaats verplicht is om die gegevens te registreren.
- 11.5 Marktplaats heeft het bestaan van deze verplichting bestreden, onder meer op de grond dat zij in strijd met de artikelen 6, 7 en 8 Wbp zou handelen wanneer zij de NAW-gegevens van haar klanten-adverteerders zou registreren. Registratie van de NAW-gegevens van de klanten-adverteerders van Marktplaats is niet nodig voor een gerechtvaardigd belang van Stokke en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de gebruikers van marktplaats.nl dient te prevaleren, aldus Marktplaats. Stokke betwist dat Marktplaats in strijd zou komen met de Wbp wanneer zij tot registratie van de NAW-gegevens van haar klanten-adverteerders zou overgaan. Een dergelijke registratie is volgens Stokke gerechtvaardigd voor haar hiervoor genoemde belang en daarnaast voor de doelen die Marktplaats blijkens haar website nastreeft en voor de belangen van derden. Hierbij heeft Stokke er op gewezen (zie punt 143 MvG in verbinding met de punten 103-105 van haar pleitnota in de eerste aanleg) dat op de website van Marktplaats staat vermeld dat zij persoonlijke informatie verzamelt om *‘de website te laten werken en te beveiligen’* en dat zij de persoonlijke informatie van gebruikers gebruikt voor:
‘het leveren van onze diensten, het oplossen van geschillen, het innen van vergoedingen, het bevorderen van een veilige handel en het afdwingen van ons beleid’.
- 11.6 In artikel 6 Wbp zijn de basisbeginselen van die wet neergelegd, namelijk dat verwerking (waaronder registratie) van persoonsgegevens op zorgvuldige wijze en in overeenstemming met de wet moet plaatsvinden. Artikel 7 Wbp preciseert dat persoonsgegevens alleen voor gerechtvaardigde doelen mogen worden verzameld. In artikel 8 Wbp worden de gronden die verwerking van persoonsgegevens rechtvaardigen opgesomd. In dit verband is relevant de onder f van dat artikel genoemde grond, dat de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigd belang van de verantwoordelijke of van een derde aan wie de gegevens worden verstrekt, tenzij het belang van of de fundamentele rechten van de betrokkene, in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, prevaleert. Deze formulering – die is overgenomen van artikel 7, sub f van Richtlijn 95/46/EG (de Richtlijn Bescherming Persoonsgegevens) – behelst een evenredigheidstoets.
- 11.7 In de tweede volzin van de in rov. 11.2 weergegeven passage uit het L’Oréal/eBay-

arrest heeft het HvJEU tot uitdrukking gebracht dat bij de afweging in het kader van artikel 11, 3e volzin, Handhavingsrichtlijn/artikel 8 lid 3 Auteursrechtlijn terdege rekening moet worden gehouden met de bescherming van persoonsgegevens van gebruikers van een online dienst die niet verplicht zijn hun identiteit kenbaar te maken. In de visie van Stokke rust ingevolge met name de artikelen 3:15d en 3:15e BW op de klanten-adverteerders van Marktplaats de verplichting tot identificatie. Marktplaats is van mening dat haar klanten-adverteerders niet verplicht zijn om hun identiteit aan haar kenbaar te maken omdat zij natuurlijke personen zijn die handelen buiten hun eigenlijke beroepsactiviteiten (particulieren) en zij geen diensten in de informatiemaatschappij aanbieden (MvA onder 192).

- 11.8 Artikel 3:15d BW, waarmee de artikelen 2a en 5 Reh zijn geïmplementeerd, legt op de degene die een dienst in de informatiemaatschappij verleent, de verplichting om zijn identiteit en adres van vestiging kenbaar te maken. Het hof onderschrijft de stelling van Marktplaats dat haar klanten-adverteerders geen dienst in de informatiemaatschappij verrichten. Zij leveren, zoals in deze zaak aan de orde is, immers een product, althans bieden een product aan, en dat is iets anders dan dienstverlening. Dit onderscheid wordt ook gemaakt in de Europese regelgeving waarop artikel 3:15d BW is gebaseerd. In artikel 1 van Richtlijn 98/34 (gewijzigd door Richtlijn 98/48) – waarnaar in artikel 2a Reh wordt verwezen voor de definitie van ‘dienst in de informatiemaatschappij’ – zijn ‘product’ en ‘dienst’ afzonderlijk gedefinieerd. Voor zover er door de adverteerders wel diensten worden aangeboden (bijvoorbeeld ‘oppassen’), betreft ook dat geen dienstverlening in de informatiemaatschappij zoals bedoeld in de Reh, reeds omdat die dienst niet langs elektronische weg, op afstand, wordt verricht (zie artikel 1 sub 2 van Richtlijn 98/43). Artikel 3:15d BW biedt derhalve geen grondslag voor de gestelde verplichting van de klanten-adverteerders om hun identiteit kenbaar te maken. Artikel 3:15e BW bepaalt, voor zover hier van belang, dat, indien een commerciële communicatie deel uitmaakt van een dienst in de informatiemaatschappij of een dergelijke dienst vormt, degene in wiens opdracht de commerciële communicatie geschiedt, zorgt dat de commerciële communicatie zijn identiteit vermeld. Dit artikel vormt de omzetting van artikel 6 Reh, waarin is voorgeschreven dat natuurlijke of rechtspersonen voor wiens rekening een commerciële communicatie geschiedt die deel uitmaakt van een dienst in de informatiemaatschappij of een dergelijke dienst vormt, duidelijk te identificeren moet zijn. In artikel 2 sub f Reh is ‘commerciële communicatie’ als volgt gedefinieerd:

‘elke vorm van communicatie bestemd voor het direct of indirect promoten van de goederen, diensten of het imago van een onderneming, organisatie of persoon, die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een gereguleerd beroep uitoefent’.

Hieruit blijkt dat een natuurlijke persoon die de verkoop van goederen als een privé-activiteit en niet als een handelsactiviteit uitoefent (een particulier), geen commerciële communicatie in de zin van de Reh verricht. In de in rov. 11.2 geciteerde passage van het L’Oréal/eBay-arrest heeft het HvJEU bevestigd dat uit artikel 6 Reh volgt dat alleen *‘wanneer de inbreukmaker in het economisch verkeer actief is en niet in de privésfeer, zijn identiteit duidelijk moet kunnen worden vastgesteld’*. Niets wijst er op dat aan het begrip ‘commerciële communicatie’ in artikel 3:15e BW een ruimere betekenis zou moeten worden toegekend. De Handelsregisterwet, waaraan Stokke heeft gerefereerd (zie punt 134 MvG in verbinding met punt 93 van haar pleitnota in de 1^e aanleg), is evenmin van

toepassing op natuurlijke personen die uitsluitend als privé-activiteit advertenties plaatsten. Van een algemene verplichting van in de privésfeer handelende adverteerders om hun identiteit kenbaar te maken is, zo volgt uit het voorgaande, geen sprake. Of particuliere verkopers op grond van het BW verplicht zijn om hun identiteit aan de kopers kenbaar te maken, is voor dit geding niet relevant. Zoals Stokke zelf heeft benadrukt onder 77 PA gaat het 'er alleen maar om dat de gegevens bij Marktplaats bekend zijn'. Overigens verplicht het door Stokke genoemde artikel 7:46c BW alleen de verkoper die een beroep of bedrijf uitoefent om gegevens te verstrekken waaruit zijn identiteit blijkt. Dit artikel ziet namelijk op koop op afstand dat (zie artikel 7:46a sub b BW) een vorm van consumentenkoop in de zin van artikel 7:5 lid 1 BW is.

- 11.9 Onder 4.6 is vastgesteld dat het overgrote deel van de advertenties op marktplaats.nl, en ook van de inbreukmakende advertenties, daarop is geplaatst door in de privésfeer handelende particulieren. Er is geen reden om aan te nemen dat dit anders is voor de klanten-adverteerders van Marktplaats waarop het subsidiaire onderdeel van vordering J betrekking heeft, te weten degenen die een advertentie plaatsen waarbij gebruik wordt gemaakt van de aanduidingen Stokke, Tripp Trapp, Trip Trap, Tripp-Trapp, Trip-Trap en/of Triptrap. Voor het overgrote deel van de klanten-adverteerders wier NAW-gegevens Stokke geregistreerd wil zien, geldt dus, gezien het onder 11.8 overwogene, geen verplichting om de identiteit kenbaar te maken.
- 11.10 Gelet op het in rov. 8.3 *in fine* overwogene en het ontbreken van (voldoende onderbouwde) stellingen die in een andere richting wijzen, moet worden aangenomen dat op marktplaats.nl in zijn algemeenheid voor het overgrote deel legitieme producten worden aangeboden.
- 11.11 Uit het onder 11.9 en 11.10 overwogene kan worden opgemaakt dat een (zeer) groot deel van de personen die op marktplaats.nl producten aanbieden respectievelijk producten aanbieden waarbij gebruik wordt gemaakt van de aanduidingen Stokke, Tripp Trapp, Trip Trap, Tripp-Trapp, Trip-Trap en/of Triptrap, niet verplicht zijn om hun identiteit prijs te geven en bovendien geen inbreukmakende handeling verrichten. Toewijzing van de primaire of subsidiaire vordering J zou derhalve met zich brengen dat ook de NAW-gegevens van deze grote groep van 'onschuldige' en niet tot opgave van de identiteit verplichte personen worden geregistreerd. Dit is alleen te rechtvaardigen wanneer daarmee een voldoende zwaarwegend belang wordt gediend.
- 11.12 Dat, zoals Stokke stelt, de door haar gevorderde registratie van NAW-gegevens gerechtvaardigd is voor de behartiging van de belangen van Marktplaats en/of de belangen van andere derden dan zijzelf bij het 'bevorderen van een veilige handel' kan niet de gevolgtrekking dragen dat Marktplaats jegens Stokke verplicht is om NAW-gegevens te registreren. Stokke kan in rechte geen registratie verlangen op de grond dat dit gerechtvaardigd is voor de behartiging van belangen van anderen dan Stokke zelf. Hierbij komt nog dat de op de website van Marktplaats genoemde doelen zo vaag en algemeen zijn geformuleerd dat daarin geen concreet belang kan worden gezien dat een registratie als onder 11.11 bedoeld kan rechtvaardigen.
- 11.13 Bij de beantwoording van de vraag hoe het door Stokke ingeroepen eigen belang – dat zij de NAW-gegevens nodig heeft om tegen inbreukmakers te kunnen optreden –

moet worden gewaardeerd, dient tot uitgangspunt te worden genomen dat Stokke, ook wanneer zij die gegevens bezit, gebruik blijft maken van de (tamelijk goedkope) diensten van SNB REACT omdat daarmee gegarandeerd blijft dat binnen korte tijd alle inbreukmakende advertenties worden verwijderd. Een dergelijke garantie is er niet wanneer alleen maar tegen individuele inbreukmakers zou worden opgetreden. Aannemelijk is dat de met de verkrijging van de NAW-gegevens voor Stokke geopende mogelijkheid om te kunnen optreden tegen de inbreukmakers tot een grotere bescherming van haar intellectuele eigendomsrechten kan leiden dan met de inschakeling van SNB REACT wordt bereikt. Hoewel Stokke dit niet nader heeft uitgewerkt kan er hierbij met name aan worden gedacht dat zij dan a) de inbreukmakers tot schadevergoeding kan aanspreken, b) van de inbreukmakers een met een boetebeding versterkte onthoudingsverklaring kan bedingen, hetgeen een effectief middel vormt om nieuwe inbreuken te voorkomen en c) inbreukmakende advertenties wellicht nog eerder verwijderd kan krijgen. Omdat, vanwege de gecontinueerde inschakeling van SNB REACT, de inbreukmakende advertenties maar voor korte tijd op marktplaats.nl verschijnen, is het voordeel dat deze maatregelen Stokke per saldo opleveren, echter tamelijk gering; er wordt hoe dan ook slechts over een korte periode schade geleden en met voorkoming of eerdere beëindiging van plaatsing van inbreukmakende advertenties die toch al snel worden verwijderd wordt geen serieus nadeel tegengegaan (zie ook rov. 8.9). Het door Stokke ingeroepen belang kan, zo moet worden geconcludeerd, niet veel gewicht in de schaal leggen, ook niet – om de zojuist genoemde redenen en de in rov. 11.12 *in fine* genoemde reden – wanneer het op de website van Marktplaats vermelde doel van ‘het bevorderen van veilige handel’ tot de eigen belangen van Stokke wordt gerekend. Dit betekent dat de door Stokke gevorderde registratie van NAW-gegevens ter behartiging van haar belang niet gerechtvaardigd is in de zin van artikel 8 Wbp, en bijgevolg in strijd met de artikelen 6 en 7 van die wet zou zijn. Gelet op de betekenis die aan de bescherming van persoonsgegevens van niet tot identificatie verplichte personen moet worden gehecht bij de in het kader van artikel 11, 3^e volzin, Handhavingsrichtlijn/artikel 8 lid 3 Auteursrechtlijn te verrichten evenredigheidstoets, brengt dit met zich dat Stokke’s vordering J in de primaire noch in de subsidiaire vorm kan worden toegewezen.

- 11.14 Dit oordeel heeft tot gevolg dat Marktplaats niet de beschikking zal althans hoeft te hebben over de NAW-gegevens van al haar klanten-adverteerders en evenmin over de gegevens van al haar klanten-adverteerders die een advertentie plaatsen waarbij gebruik wordt gemaakt van de aanduidingen Stokke, Tripp Trapp, Trip Trap, Tripp-Trapp, Trip-Trap en/of Triptrap. Zoals onder 11.3 is overwogen, kan Marktplaats in de praktijk wel regelmatig, maar niet altijd, de beschikking krijgen over persoonsgegevens van haar klanten.
- 11.15 Vordering I strekt ertoe dat Marktplaats aan Stokke ‘binnen 7 dagen (...) na de ontvangst van een verzoek daartoe van Stokke’ de NAW-gegevens bekend maakt ‘van elke adverteerder’, die, kort gezegd, een inbreukmakende advertentie plaatst. Deze vordering komt er dus op neer dat zodra Stokke constateert dat een inbreukmakende advertentie op marktplaats.nl wordt geplaatst, zij Marktplaats kan verzoeken om de NAW-gegevens van die adverteerder en dat Marktplaats deze gegevens vervolgens (binnen 7 dagen) moet verstrekken. Dit is voor Marktplaats echter niet in alle gevallen mogelijk, omdat zij niet altijd over de NAW-gegevens kan beschikken. Nu in vordering I geen nadere clausulering tot bij Marktplaats

beschikbare NAW-gegevens is opgenomen en door het gebruik van de woorden 'elke adverteerder' zo'n clausulering ook niet geacht kan worden in die vordering besloten te liggen, is ook deze vordering niet toewijsbaar.

12 De op ongeoorloofde reclame gebaseerde vorderingen A t/m J

- 12.1 Alle vorderingen, voor zover gebaseerd op de IE-rechten, zijn afgewezen op de grond dat zij niet evenredig zijn of op daarmee vergelijkbare gronden (de subsidiaire vordering E en vordering I). De daartoe gebezigde feitelijke motiveringen zijn van overeenkomstige toepassing op de vorderingen A t/m J voor zover gebaseerd op de stelling dat de klanten-adverteerders van Marktplaats zich schuldig hebben gemaakt aan ongeoorloofde (vergelijkende) reclame. Gelet op het onder 7.11 en 7.14 overwogene zijn de vorderingen A t/m J ook op deze grondslag niet toewijsbaar.

13 Vordering L tot schadevergoeding en de overige vorderingen

- 13.1 Omdat Marktplaats zelf geen auteursrechtinbreuk heeft gepleegd en – gezien de voor de afwijzing van de vorderingen A-J gebezigde gronden en het in de rov. 7.10 en 7.11 overwogene – ook niet anderszins onrechtmatig jegens Stokke heeft gehandeld en omdat Marktplaats bovendien een host in de zin van artikel 6:196c lid 4 BW is die zich met vrucht op de vrijwaring van dat artikel kan beroepen, is ook Stokke's schadevordering L niet toewijsbaar.

- 13.2 De vorderingen K en M t/m O van Stokke delen het lot van haar overige vorderingen.

14. Slotsom en proceskosten

- 14.1 Voor het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJEU als door Marktplaats verzocht bestaat, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, geen aanleiding.
- 14.2 De slotsom luidt dat de bestreden vonnissen moeten worden bekrachtigd en dat de vorderingen die door Stokke in hoger beroep bij wege van vermeerdering van (grondslag van) eis zijn ingesteld, zullen worden afgewezen.
- 14.3 Als de in hoger beroep in het ongelijk gestelde partij zal Stokke worden veroordeeld in de daarop gevallen kosten.
- 14.4 Marktplaats heeft haar proceskosten in hoger beroep begroot op basis van artikel 1019h Rv. Deze begroting komt uit op € 200.765,28, zo blijkt uit de eerste bladzijde van productie 91 van Marktplaats. Daarop staat tevens vermeld dat – alleen – de bedragen aan honorarium exclusief BTW zijn.
- 14.5 Stokke heeft deze begroting bestreden met de volgende argumenten:
- a) het grootste deel van de zaak ziet op de vraag of sprake is van een door Marktplaats gepleegde onrechtmatige daad en op dit deel is artikel 1019h Rv niet van toepassing;
 - b) de door Marktplaats opgevoerde kosten zijn buitensporig hoog en onrealistisch;
 - c) naast 'het bizar hoge aantal uren' dat aan de zaak is besteed, heeft

- d) Marktplaats ook kosten van een taxi, koeriersdiensten, een togadoos, jaarabonnement en KPN kosten van telefonische vergaderingen opgevoerd; de opgevoerde BTW-bedragen komen niet voor vergoeding in aanmerking aangezien Marktplaats deze kosten kan verrekenen.

- 14.6 Artikel 1019h Rv, waarin is bepaald dat in IE-zaken een 'volledige' proceskostenveroordeling wordt uitgesproken, is van toepassing op de vorderingen van Stokke die betrekking hebben op de handhaving van IE-rechten en inbreuk op zulke rechten als bedoeld in de artikelen 1 en 2 van de Handhavingsrichtlijn, waaronder tevens zijn begrepen de in die richtlijn uitdrukkelijk genoemde vorderingen tot een ge- of verbod tegen een tussenpersoon. De vorderingen op basis van de stelling dat Marktplaats zelf auteursrechtinbreuk heeft gepleegd, vallen onmiskenbaar onder artikel 1019h Rv. Nu deze grondslag als de primaire grondslag van Stokke's vorderingen is te beschouwen en het uitvoerige debat tussen partijen over de vraag of Marktplaats al dan niet een host in de zin van artikel 6:196c lid 4 BW is, vooral in dit kader van belang is, maakt deze IE-grondslag ongeveer 30% van de zaak uit. De 'betrokkenheids'-vorderingen vormen samen met vordering L tot schadevergoeding de resterende 70% van de zaak. Deze vorderingen hebben drie als even 'zwaar' aan te merken grondslagen, namelijk het auteursrecht, het merkenrecht en ongeoorloofde reclame. Voor zover zij zijn gebaseerd op ongeoorloofde reclame – dat is dus voor (naar boven afgerond, mede in verband met hetgeen onder 14.8 is te overwegen) circa 24% van de zaak het geval – vallen deze vorderingen niet onder artikel 1019h Rv. Van de resterende 'betrokkenheids'-vorderingen is alleen vordering E, al dan niet voor een deel, niet aan te merken als een ge- of verbod tegen een tussenpersoon als bedoeld in de Handhavingsrichtlijn. Het gewicht van het 'niet IE-deel' van deze vordering in deze zaak wordt geschat op 6%. Schadevordering L voor zover gebaseerd op IE-inbreuk door de adverteerders – die 5% van de zaak uitmaakt – is jegens Marktplaats een vordering op grond van schending van de zorgvuldigheidsnorm waarop artikel 1019h Rv evenmin van toepassing is. Dit alles overziend is het 'niet IE-deel' van de zaak te stellen op $(24+6+5=)$ 35%, en het 'IE-deel' waarvoor artikel 1019h Rv geldt, op 65 %. Argument a) van Stokke treft dus slechts in zoverre doel.
- 14.7 Stokke heeft een groot aantal vorderingen ingesteld die tamelijk complexe juridische en feitelijke kwesties aan de orde stellen. In hoger beroep heeft zij deze complexiteit nog vergroot door de grondslag van haar eis te vermeerderen met de stelling dat Marktplaats zelf auteursrechtinbreuk pleegt, waardoor de vraag of Marktplaats een host als bedoeld in artikel 6:196c lid 4 BW (artikel 14 Reh) is, des te pregnanter is geworden. Wanneer Marktplaats geen host zou zijn, zou moeten zijn geoordeeld dat zij zich zelf schuldig maakt aan auteursrechtinbreuk en omdat er in dat geval in een bodemprocedure niet of nauwelijks ruimte is voor een belangenafweging/evenredigheidstoets (zie punt 128 van het L'Oréal/eBay-arrest, weergegeven in rov. 7.13, en HR 15 december 1995, NJ 1996, 509 'Pampers/Huggies'), zou een ander oordeel over de host-status van Marktplaats tot een andere uitkomst van deze procedure hebben geleid. Op alle vorderingen en daartoe door Stokke aangevoerde grondslagen moest Marktplaats een verweer formuleren en temeer daar zij redelijkerwijs kon vrezen dat zij bij toewijzing van een of meer vorderingen van Stokke zou worden geconfronteerd met vergelijkbare claims van andere rechthebbenden, had zij alle reden om daarvoor een diepgaand onderzoek te (doen) verrichten. Gelet hierop kan niet worden gezegd dat de door

Zaaknummer: 107.001.948/01

35

Marktplaats opgevoerde uren/kosten niet redelijk en evenredig zijn. Argument b) van Stokke faalt derhalve.

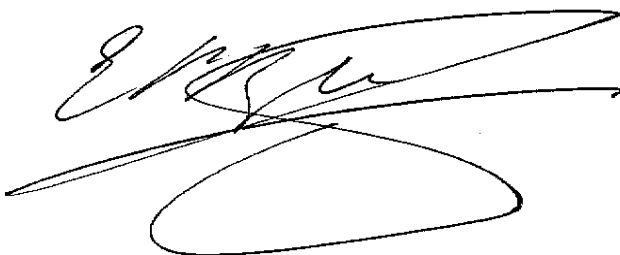
- 14.8 Omdat met de in argument c) van Stokke concreet genoemde 'buitensporigheden' relatief zeer geringe bedragen zijn gemoeid, zijn zij verdisconteerd in de onder 14.6 gemaakte grove schatting. Een exacte berekening van de daarvoor op de begroting van Marktplaats in mindering te brengen kosten zou naast deze grove schatting niet meer dan schijnnaauwkeurigheid zijn.
- 14.9 Argument d) van Stokke slaagt. Marktplaats heeft ten onrechte bij haar kostenbegroting alleen de BTW op het honorarium in mindering gebracht. In het dictum zal tot uitdrukking worden gebracht dat de kostenveroordeling zich niet ook uitstrekt tot de BTW over de overige goederen/diensten.
- 14.10 De proceskosten van Marktplaats worden voor het 65% 'IE-deel' daarvan begroot op (ongeveer 65% van het bedrag € 200.765,28 =) € 130.000,-, met de in rov. 14.9 bedoelde aftrek voor BTW. Hierbij komen nog de naar het liquidatietarief te begroten kosten van de overige 35% van de zaak die worden bepaald op € 2.682,- voor salaris en (35% van € 890,- =) € 311,50 voor griffierecht.

Beslissing

Het gerechtshof:

- bekrachtigt de tussen partijen gewezen vonnissen van de rechtbank Zwolle-Lelystad van 3 mei 2006 en 14 maart 2007;
- wijst af de door Stokke in hoger beroep bij wege van vermeerdering van (grondslag van) eis ingestelde vorderingen;
- veroordeelt Stokke in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Marktplaats begroot op a) € 2.993,50 en b) € 130.000,- minus 65% van de in de kostenstaat (de eerste bladzijde van productie 91 van Marktplaats) ten onrechte verwerkte bedragen voor BTW over andere goederen/diensten dan honorarium;
- verklaart dit arrest ten aanzien van de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.Y Bonneur, H.J.H van Meegen en L.A.R Siemerink, en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 22 mei 2012, in tegenwoordigheid van de griffier.



mr. K.E. Mollema