

AFSCHRIJF

arrest

GERECHTSHOF LEEUWARDEN

Sector handel

Zaaknummer: 107.001/948
Rolnummer (oud): 07/467
Zaak/rolnummer rechtbank: 106031 /HA ZA 05-211

arrest van de vijfde civiele kamer d.d. 8 juni 2010

inzake:

MARKTPLAATS B.V.,
gevestigd te Emmeloord,
eiseres in het incident, geïntimeerde
hierna ook te noemen: Marktplaats,
procesadvocaat: mr J.V. van Ophem,
behandelend advocaten: mrs Chr. A. Alberdingk Thijm en V.A. Zwaan,
te Amsterdam,

tegen:

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,
verweerders in het incident, appellanten,
hierna ook te noemen: Stokke c.s.,
procesadvocaat: mr F.J. Boom te Arnhem,
behandelend advocaten: mrs T. Cohen Jehoram,
M. Bronneman en A. Groen, te Amsterdam.

Het geding

Stokke c.s. zijn bij exploit van 13 juni 2007 in hoger beroep gekomen van de vonnissen van de rechtbank Zwolle-Lelystad van 3 mei 2006 en 14 maart 2007, gewezen tussen hen (Stokke c.s.) als eisers en Marktplaats als gedaagde. Stokke c.s. hebben bij memorie van grieven, onder overlegging van producties (genummerd 48-75), zes grieven tegen de vonnissen aangevoerd. Marktplaats heeft bij memorie van antwoord de grieven weersproken en het hof verzocht prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU te stellen en bij akten producties (genummerd 41-44, 45-60 en 61 -70) in het geding gebracht. Stokke c.s. hebben bij memorie van antwoord in het incident tevens akte tot wijziging van eis (met producties



zaaknummer 200.048.481/01

genummerd 76-83), geconcludeerd tot afwijzing van het verzoek. Daarop heeft Marktplaats, onder overlegging van producties (genummerd 71- 74) een akte van antwoord in het incident genomen, en haar prejudiciële vragen aangevuld, waarna Stokke c.s. een akte van antwoord in het incident (met producties genummerd 84-86) hebben genomen. Vervolgens hebben partijen hun processtukken overgelegd en arrest gevraagd in het incident.

Beoordeling

1. De door de rechtbank als vaststaand aangemerkte feiten, weergegeven in het tussenvonnis van 3 mei 2006 onder 2.1 tot en met 2.8, zijn niet weersproken, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

In dit geding is verder het volgende niet weersproken:

- Marktplaats (in 2004 overgenomen door eBay International AG) biedt op internet een website aan (marktplaats.nl) waarvan particulieren en bedrijven gebruik kunnen maken om (gebruikte) goederen te kopen en te verkopen door middel van het plaatsen van en reageren op advertenties. Marktplaats geniet inkomsten uit betaalde advertenties van particulieren, waaronder topadvertenties en advertenties met verwijzing naar een website, en advertenties van bedrijven, waaronder topadvertenties en advertenties door gebruikmaking van ad-words. Een adverteerder kan ervoor kiezen zich te aan te melden als "Gecontroleerde verkoper", waarvoor de adverteerder zijn naam en adres (hierna: NAW-gegevens) moet aanmelden en aan Marktplaats daartoe - na het besluit van het College bescherming persoonsgegevens van 9 januari 2007 - een recent bank- of giroafschrift en een kopie van een geldig identiteitsbewijs moet overleggen teneinde Marktplaats in staat te stellen de gegevens te verifiëren. Meldt de adverteerder zich niet als zodanig aan, dan hoeft hij slechts een geldig e-mail adres en (vier cijfers van) de postcode op te geven, hetgeen niet wordt geverifieerd. Het plaatsen van advertenties verloopt via een geautomatiseerd proces, waarbij de afnemer van de dienst van Marktplaats (de adverteerder) een aantal stappen moet doen, voordat een advertentie wordt geplaatst.

- Ten tijde van de memorie van grieven (november 2007) ging het om de volgende stappen:

- a. men gaat naar de website www.marktplaats.nl en klikt op "Plaats een advertentie";
- b. men kiest een groep en een rubriek waarin de advertentie moet worden geplaatst (bijvoorbeeld de groep "Kinderen en baby's" en de rubriek "kinderstoelen") en geeft een e-mail adres op en klikt op "verder";
- c. er verschijnt een venster waarop de volgende gegevens kunnen worden ingevuld: Adverteerdernaam*, Postcode*, Telefoonnummer, Buitenland, Advertentietitel*, Foto's toevoegen, Prijs*, Website, Advertentietekst, Mogelijkheden voor opvallen en Gebruikersovereenkomst* (invulling van de met een * aangegeven velden is verplicht; bij het veld Postcode kan worden volstaan met vier cijfers); vervolgens klikt men op "verder"
- d. er verschijnt een venster met de volgende tekst: "Raadpleeg uw e-mail en bevestig uw advertentie. Om uw advertentie daadwerkelijk te plaatsen moet u de bevestigingslink kiezen in de verstuurd e-mail. Het bevestigingsverzoek is gestuurd naar het e-mail-adres (...)",
- e. men gaat naar de opgegeven email-account en opent de e-mail van Marktplaats; de advertentie wordt bevestigd door op een link te klikken die in de e-mail is weergegeven;
- f. men krijgt bericht dat de advertentie is geplaatst en dat het ongeveer 10 minuten kan duren voordat de advertentie zichtbaar is;
- g. enkele minuten later ontvangt men nog een e-mailbericht van Marktplaats; in deze mail is

zaaknummer 200.048.481/01

een link naar de geplaatste advertentie opgenomen;
h. door op de link te klikken wordt de advertentie weergegeven; tevens is vermeld:
"Plaats uw advertentie bovenin de rubriek. Uw advertentie staat momenteel op pagina 1
> Bel 0900-41 11 111 (€ 1,30 per gesprek) en voer uw code in:
> Bel voor andere manieren van opvallen klik hier."
i. de advertentie is geplaatst op www.marktplaats.nl in de rubriek kinderstoelen.

- Marktplaats heeft na de overname door eBay in 2004, het "Melding van Inbreuk programma" ontwikkeld, dat is bedoeld voor de afhandeling van klachten van rechthebbenden op intellectuele eigendomsrechten over (mogelijk) inbreukmakende advertenties.

2. Stokke c.s. hebben, kort aangeduid, op grond van onrechtmatige daad en inbreuk een groot aantal verboden en geboden, te versterken door dwangsommen, gevorderd, alsmede schadevergoeding. Zij hebben daartoe gesteld, samengevat, dat Marktplaats inbreuk maakt op auteursrecht door inbreukmakende advertenties openbaar te maken. Voorts hebben zij gesteld dat Marktplaats zich onrechtmatig gedraagt door na te laten doeltreffende maatregelen te nemen om de plaatsing van inbreukmakende en misleidende advertenties te voorkomen, waarvoor Marktplaats aansprakelijk is primair als publiciteitsmedium en subsidiair omdat zij handelt in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid, alsmede door na te laten de volledige naam- en adresgegevens van haar adverteerders te verstrekken. Marktplaats faciliteert de inbreuken, trekt daar commercieel voordeel uit en weigert zelfstandig evidente en eenvoudig opspoorbare inbreuken te weren. Volgens Stokke c.s. worden per week ongeveer tien advertenties van inbreukmakende Tripp Trapp stoelen geplaatst en brengt de maatschappelijke zorgplicht mee dat Marktplaats de advertenties die de inbreukmakende aanduidingen en een foto bevatten en/of anderszins misleidend zijn, dient te selecteren en van haar website te weren. Marktplaats heeft weliswaar voorzien in de mogelijkheid om via het programma "Tip de Webmaster" haar op inbreukmakende advertenties te wijzen, maar Marktplaats heeft de "getipte" advertenties te laat of soms in het geheel niet van haar website verwijderd en in voorkomende gevallen toegestaan dat de inbreukmakende advertentie onmiddellijk weer werd herplaatst (zie producties 16a en 16b bij akte van 16 februari 2005). Volgens het (nieuwe) programma "Melding van Inbreuk", dat het eerstgenoemde programma inmiddels heeft vervangen, moeten afzonderlijke formulieren worden ingevuld en worden meer handelingen van de rechthebbenden vereist dan bij eerstgenoemd programma hetgeen van hen niet kan worden gevergd. Verder bestaat de mogelijkheid van het opvragen van persoonsgegevens door ondertekening van de "Personal Information".

De rechtbank heeft bij het eindvonnis alle vorderingen van Stokke c.s. afgewezen. In hoger beroep hebben Stokke c.s. hun vorderingen grotendeels gehandhaafd en deels gewijzigd, zoals weergegeven in de memorie van grieven onder 47 en de memorie van antwoord in het incident, onder 70.

3. Tussen partijen bestaat verschil van mening omtrent de beantwoording van de vraag of Marktplaats onrechtmatig handelt door op de door haar beheerde website advertenties te (laten) plaatsen waarop stoelen, die (mogelijk) inbreuk maken op de auteursrechten en/of merkrechten van Opsvik/Stokke betreffende TRIP TRAP stoelen, te koop worden aangeboden.

In hoger beroep hebben Stokke c.s. hun stellingen gehandhaafd en verder een beroep gedaan

zaaknummer 200.048.481/01

op aan het Duitse recht ontleende "rechtsverstoordersaansprakelijkheid".

4. Marktplaats heeft verzocht prejudiciële vragen voor te leggen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

5. Marktplaats stelt daartoe, kort weergegeven, dat de door haar aangeboden dienst die bestaat in de opslag op verzoek van de afnemer van de dienst van door deze afnemer verstrekte informatie moet worden aangemerkt als "host"-dienst in de zin van artikel 14 van Richtlijn 2000/31 van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (hierna: richtlijn inzake elektronische handel of Richtlijn 2000/31), zodat zij niet aansprakelijk is. Zij betwist dat haar afnemers op haar gezag of onder haar toezicht handelen. Marktplaats stelt verder dat zij de advertenties op haar website niet ordent maar dat de adverteerder zelf kiest in welke categorie een advertentie wordt geplaatst; dat niet zij maar de adverteerder de rangschikking van de advertenties bepaalt, alsmede dat zij niet betrokken is bij de inhoud van de advertenties. Zij voert aan dat het "Melding van Inbreuk Programma", waarvan de effectiviteit ook volgens Stokke c. s. (tussenvonnis, onder 4.30) niet ter discussie staat, maandelijks gemiddeld 8000 meldingen verwerkt en dat de meldingen doorgaans binnen 24 uur door haar (Marktplaats) worden opgevolgd. Daarnaast heeft Marktplaats, naar zij stelt, in januari 2008 een nieuw instrument geïntroduceerd voor rechthebbenden om advertenties nog efficiënter te kunnen melden via "bulk reporting"; daarmee is het mogelijk alle zoekresultaten van een bepaalde zoekopdracht of alle advertenties van een bepaalde adverteerder in een keer te selecteren en door slechts eenmaal klikken te melden. Zij stelt dat inbreukmakende advertenties haar jaarlijks enorme bedragen kosten; dat het aantal inbreukmakende advertenties behoorlijk is afgenomen en dat de vermeend inbreukmakende stoelen hoofdzakelijk door particulieren te goeder trouw worden verkocht.

Marktplaats betoogt dat niet duidelijk is onder welke nadere (nationale) voorwaarden Richtlijn 2000/31 en artikel 6:196c BW (welke bepaling in Nederland dient ter omzetting van artikelen 12, 13 en 14 van de richtlijn) aansprakelijkheid van de tussenpersoon op grond van (de algemene bepaling van) artikel 6:162 BW toelaten.

6. Stokke c.s. voeren (primair) aan dat artikel 6:196c, lid 4 BW toepassing mist omdat Marktplaats geen 'host' diensten aanbiedt.

Zij voeren (subsidiar) aan, voor het geval dat wel van "host"-diensten sprake is, dat Marktplaats moet worden beschouwd als inbreukmaker, nu de afnemer van de "host"-dienst op gezag en onder toezicht van Marktplaats handelt.

Stokke c.s. voeren verder aan dat Marktplaats aansprakelijk is uit hoofde van het schenden van haar zorgvuldigheidsverplichtingen door a) niets te doen om te voorkomen dat advertenties op haar website worden geplaatst die inbreuk maken op haar rechten en ook niets doet om dergelijke inbreukmakende advertenties te verwijderen en b) de namen en adressen van haar adverteerders niet wenst te registreren en te verstrekken.

Verder beroepen Stokke c.s. zich op artikel 11 van Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten (hierna: de Handhavingsrichtlijn) waarin expliciet is bepaald dat de lidstaten ervoor zorg dragen dat rechthebbenden om een rechterlijk bevel kunnen verzoeken tegen tussenpersonen wier diensten door derden gebruikt worden om inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht te maken, welke bepaling onder meer is omgezet in artikel 26d Auteurswet.

Stokke c.s. meent dat het voorleggen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de

zaaknummer 200.048.481/01

Europese Unie niet aan de orde is, primair omdat artikel 14 Richtlijn 2000/31 EG (en artikel 6:196c BW waarin de artikelen 12, 13 en 14 van deze richtlijn zijn omgezet) niet van toepassing is op (de diensten van) Marktplaats en subsidiair omdat er geen twijfel kan bestaan dat artikel 6:196c, lid 4 BW ruimte laat om aansprakelijkheid van de tussenpersoon aan te nemen op grond van artikel 6:162 BW (acte clair).

7. Het hof overweegt aangaande het voorleggen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie het volgende. Op grond van artikel 234 EG (artikel 177 (oud) EG) is in het kader van een bij een nationale rechter aanhangig geschil de hoogste nationale rechter (de rechter waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor een hogere voorziening) verplicht uitleggingsvragen betreffende een wettelijke gemeenschapsbepaling aan het Hof van Justitie voor te leggen tenzij deze rechter heeft vastgesteld dat de opgeworpen vraag niet relevant is of de betrokken bepaling reeds door het Hof van Justitie is uitgelegd (acte éclairé) of dat de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht zo evident is dat redelijkerwijs geen ruimte voor twijfel kan bestaan (acte clair). Bij de vraag of een dergelijk geval zich voordoet, moet rekening worden gehouden met de eigen kenmerken van het gemeenschapsrecht, de bijzondere moeilijkheden bij de uitlegging daarvan en het geval van uiteenlopende rechtspraak binnen de Gemeenschap (vgl. de arresten van Hof van Justitie van 6 oktober 1982, 283/81 (Cilfit) en 15 september 2005, C-495/03 (Intermodal)). De omstandigheid dat de beslissingen van het Haagse hof volgens het nationale recht vatbaar zijn voor een hogere voorziening, heeft tot gevolg dat het hof niet verplicht is aan het Hof van Justitie uitleggingsvragen voor te leggen. Echter, het hof is wel bevoegd zodanige vragen te stellen; daartoe is aanleiding wanneer in het kader van een aanhangig geschil, zoals het onderhavige, een vraag over gemeenschapsrecht rijst waarvan de beantwoording relevant is voor de beslissing van het geschil, terwijl geen sprake is van een acte clair of een acte éclairé.

Naar het voorlopige oordeel van het hof kan naar Nederlands recht onder meer sprake zijn van een onrechtmatige daad van Marktplaats indien zij (stelselmatig) ondanks aanmeldingen van de rechthebbenden niet overgaat tot directe verwijdering van de desbetreffende inbreukmakende advertenties. De vraag of Marktplaats ook anderszins onrechtmatig heeft gehandeld zal in een volgend arrest aan de orde komen. Eerst dan zal de vraag kunnen worden behandeld of het stellen van prejudiciële vragen in verband met de vrijstelling van aansprakelijkheid op de voet van artikel 6:196c BW/artikelen 12-14 van Richtlijn 2000/31 zinvol is.

8. Bij akte van antwoord in het incident voeren Stokke c.s. evenwel nog aan dat Marktplaats inmiddels "behavioural targeting" heeft geïntroduceerd en metzoekmachines blokkeert, en als zodanig inhoudelijk betrokken is bij de informatie op haar website en de handelingen van de adverteerders, zodat zij zich niet op artikel 196c BW kan beroepen. Het betreft hier een nieuwe stelling van Stokke c.s. in het kader van hun verweer naar aanleiding van het verweer van Marktplaats althans een mogelijk nieuw feit. Nu Marktplaats hierop nog niet heeft kunnen reageren, zal het hof de zaak naar de rol verwijzen ten einde Marktplaats daartoe in de gelegenheid te stellen (vgl. ook HR 19 juni 2009, NJ 2009, 154).

Beslissing

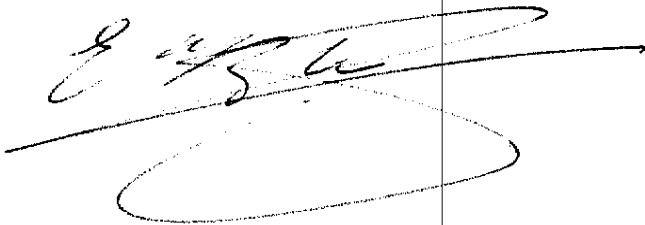
Het hof:

- verwijst de zaak naar de rolzitting van dinsdag 6 juli 2010, ter fine als onder 8 is vermeld.

zaaknummer 200.048.481/01

- houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs J.C. Fasseur-van Santen, A.D. Kiers-Becking en M.Y. Bonneur, en is uitgesproken door de rolraadsheer op 8 juni 2010, in tegenwoordigheid van de griffier.



KE-1-1

VOOR AFSCRIFT
de Griffier van het Gerechtshof
te Leeuwarden,

