

vonnis

RECHTBANK DEN HAAG

Civiel recht

Zaaknummer: C/09/622304 / HA ZA 21-1105

Vonnis van 30 augustus 2023 (bij vervroeging)

in de zaak van

1. de rechtspersoon naar buitenlands recht
AUDI AKTIENGESELLSCHAFT,
te Ingolstadt, Duitsland,
hierna te noemen: Audi,
2. de rechtspersoon naar buitenlands recht
VOLKSWAGEN AKTIENGESELLSCHAFT,
te Wolfsburg, Duitsland,
hierna te noemen: Volkswagen,
eisende partijen,
hierna samen te noemen: Audi c.s. (vrouwelijk enkelvoud),
advocaat: mr. L. Kroon te Amsterdam,

tegen

de rechtspersoon naar buitenlands recht
FRUUGO.COM LIMITED,
te Ulverston, Verenigd Koninkrijk,
gedaagde partij,
hierna te noemen: Fruugo,
advocaat: mr. M.M. Truijens te Amsterdam.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de op 6 december 2021 betekende dagvaarding;
- de akte productieoverzicht met daarbij producties EP01A tot en met EP25;
- de conclusie van antwoord met producties GP01 tot en met GP11;
- het tussenvonnis van 1 maart 2023 waarin een mondelinge behandeling is bepaald;
- de brief van 3 maart 2023 van de zijde van Fruugo waarin zij, mede namens Audi c.s., verzoekt om een behandeling van de zitting in hybride vorm;
- het bericht van 8 maart 2023 van de rechtbank dat de mondelinge behandeling in hybride vorm zal plaatsvinden;
- het bericht van 23 maart 2023 van de zijde van Audi c.s. met het verzoek om haar toe te staan ter zitting een pleitnota voor te dragen;
- de brief van 27 maart 2023 van de zijde van Fruugo met eveneens het verzoek om haar toe te staan ter zitting een pleitnota voor te dragen;

-
- het bericht van 4 april 2023 van de rechtbank waarin zij partijen toestaat om tijdens de mondelinge behandeling een pleitnota voor te dragen;
 - de akte houdende aanvullende producties van de zijde van Audi c.s. waarmee zij producties EP26 tot en met EP32 in het geding heeft gebracht;
 - de akte houdende overlegging (aanvullende) producties waarmee Fruugo de producties GP12 t/m GP18 heeft overgelegd;
 - de akte houdende aanvullende productie van de zijde van Audi c.s. waarmee zij productie EP33 heeft ingediend;
 - het e-mailbericht van 27 juni 2023 van de zijde van Audi c.s. waarmee zij producties EP34a en EP34b heeft toegezonden; en
 - de door partijen tijdens de mondelinge behandeling voorgedragen pleitnota's.

1.2. Op 30 juni 2023 heeft de mondelinge behandeling plaatsgevonden. Audi c.s. heeft zich daarbij in de rechtszaal laten vertegenwoordigen door haar advocaat mr. Kroon voornoemd. Van de zijde van Fruugo waren in de zittingszaal aanwezig T. Preedy (*Managing Director* van Fruugo), bijgestaan door mr. Truijens voornoemd en mr. M. Peijnenburg (advocaat te Amsterdam). Op afstand – via een audiovisuele verbinding – hebben verder aan de mondelinge behandeling deelgenomen, namens Audi c.s., W. Weidemann (*legal counsel* van Volkswagen) en K. Fredrich (*legal counsel* van Audi) en, namens Fruugo, C. Dyball (*legal counsel* van Fruugo) en E. Longstaff (juridisch medewerker van Fruugo). Daarnaast waren op afstand aanwezig L. Mitzman en H. Bos (beiden tolk).

1.3. Aan het eind van de mondelinge behandeling heeft de rechtbank bepaald dat 6 september 2023 vonnis zal worden gewezen. Vonnis is nader bepaald op vandaag.

2. De feiten

Audi

2.1. Audi is een Duitse fabrikant van auto's.

2.2. Audi is houdster van verschillende geregistreerde Uniemerken (hierna: de Audi Uniemerken), waaronder:

- het beeldmerk met registratienummer 000018762 voor goederen en diensten in de Nice-klassen 9, 12, 14, 16, 18, 20, 25, 27, 28, 37:



- het woordmerk met registratienummer 009930751 voor goederen en diensten in Nice-klassen 1, 7, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20,

21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45:

AUDI

- het beeldmerk met registratienummer 002254068 voor goederen en diensten in de Nice-klassen 12, 14 en 18, dat er als volgt uitziet:



- het woordmerk met registratienummer 000019414 voor goederen en diensten in de Nice-klassen 12 en 37:

QUATTRO

- het woordmerk met registratienummer 000021147¹ voor goederen en diensten in de Nice-klassen 12 en 37:

RS4

- het beeldmerk met registratienummer 010715944 voor goederen en diensten in de Nice-klassen 4, 9, 12, 14, 16, 18, 25, 27 en 28, dat er als volgt uitziet:



2.3. Daarnaast is Audi houdster van de internationale merkregistratie met gelding in de Benelux voor het beeldmerk met registratienummer 657259 voor goederen en diensten in de Nice-klassen 2, 7, 8, 9, 12, 14, 16, 18, 20, 21, 25, 26, 28 en 37 (hierna: het Audi Benelux-merk), dat er als volgt uitziet:



2.4. De Audi Uniemerken en het Audi Beneluxmerk zullen hierna samen ook worden aangeduid als: de Audi-merken.

Volkswagen

2.5. Volkswagen is eveneens een Duitse fabrikant van auto's.

¹ In de dagvaarding (onder 4.1) staat het registratienummer 000019414, maar dat komt niet overeen met de informatie uit het merkenregister (geraadpleegd via de website van het EUIPO).

2.6. Volkswagen is houdster van verschillende geregistreerde Uniemerken (hierna: de VW-merken), waaronder:

- het beeldmerk met registratienummer 011238748 voor goederen en diensten in de Nice-klassen 1, 8, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, dat er als volgt uitziet:



- het beeldmerk met registratienummer 000703983 voor goederen en diensten in de Nice-klassen 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, dat er als volgt uitziet:



- het woordmerk met registratienummer 000703702 voor goederen en diensten in de Nice-klassen 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42:

VOLKSWAGEN

- het woordmerk met registratienummer 01354216 voor goederen en diensten in de Nice-klassen 4, 7, 9, 12, 14, 16, 18, 25, 28, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42:

VW

Fruugo

2.7. Fruugo is een in 2008 door Finse technologieondernemers opgerichte en in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming die een onlinemarktplaats beheert. Genoemde onlinemarktplaats (hierna: het Fruugo-platform) is beschikbaar voor consumenten in 42 landen via verschillende domeinextensies voor elk van de betrokken landen. Het Fruugo-platform is bijvoorbeeld te bereiken via de websites <www.fruugo.nl> (in het Nederlands), <www.fruugo.de> (in het Duits) en <www.fruugo.fr> (in het Frans). Fruugo is houdster van de door haar voor het Fruugo-platform gebruikte domeinnamen. Het Fruugo-platform is beschikbaar in 28 verschillende talen en biedt de mogelijkheid om te betalen met 31 verschillende munteenheden.

2.8. Op het Fruugo-platform zijn meer dan 2.000 *retailers* actief. Samen bieden zij wereldwijd ongeveer 40 miljoen verschillende producten aan. Niet alle producten worden naar elk land verzonden. Er zijn ongeveer 10 miljoen producten beschikbaar via de op Nederland gerichte website van het Fruugo-platform.

2.9. De rol van Fruugo is het exploiteren van de onlinemarktplaats. Zij biedt zelf geen producten te koop aan. Wel biedt Fruugo aan de *retailers* diensten aan die bestaan uit een technische en automatische verwerking van de gegevens die door de *retailers* op het Fruugo-platform zijn geüpload, zoals de vertaling van de beschrijving van de producten op het Fruugo-platform, de categorisering van de op het platform geplaatste producten en advertentiecampaagnes (op externe websites).

2.10. Het is voor *retailers* kosteloos om zich bij Fruugo aan te sluiten en gebruik te maken van het Fruugo-platform. Pas als een consument via het Fruugo-platform producten bestelt, betaalt de *retailer* een vergoeding aan Fruugo, bestaande uit een bepaald percentage van de transactiewaarde. Het precieze percentage is afhankelijk van de diensten die de *retailer* afneemt (bijvoorbeeld meer of minder gebruik van advertenties).

2.11. Op de (Nederlandse) website van Fruugo is, onder het kopje “Bedrijfsgegevens”, onder meer het volgende te lezen:

Over Fruugo

Fruugo is een wereldwijde marktplaats die winkelen over de grens gemakkelijk maakt!

Bij Fruugo kunt u bij *retailers* over de hele wereld in uw eigen taal en valuta kopen, met erkende betaalmethoden zonder dat u wisselkoersen of verzendkosten hoeft te berekenen.

We hebben miljoenen producten beschikbaar bij honderden *retailers* over de hele wereld.

Zoals alle marktplaatsen treden wij op als platformaanbieder en handelsagent van onze *retailers* die ons toestemming hebben gegeven om namens hen overeenkomsten te sluiten voor de verkoop van producten.

We breiden de producten die beschikbaar zijn voor klanten voortdurend uit en hopen dat u vindt wat u zoekt!

2.12. Consumenten verrichten de betaling voor hun via het Fruugo-platform geplaatste bestelling aan een lokale betaaldienstverlener ten behoeve van Fruugo, die het bedrag, na inhouding van de aan haar toekomende vergoeding, doorbetaalt aan de *retailer*.

Aanbod/Verkoop van Audi- en Volkswagen-producten op het Fruugo-platform

2.13. In juli 2020 heeft Audi c.s. geconstateerd dat op het Fruugo-platform een groot aantal verschillende producten werd aangeboden die waren voorzien van de Audi- dan wel VW-merken (hierna respectievelijk: de Audi-producten en de VW-producten). Ter illustratie daarvan heeft Audi c.s. verschillende *screenshots* van de Nederlandse website van Fruugo (<www.fruugo.nl>) overgelegd waarop de aanbieding van verschillende Audi- en VW-producten zichtbaar is. Het gaat onder meer om de volgende productaanbiedingen:



Audi

Glanzend zwart en rood Audi Quattro ABS boot side wing fender badge embleem voor S1 A3 A4 A5 A6 A7 A8 Q2 Q5 Q7 TT R8

€ 18,95



Audi

Zwarte Audi Wheel Center Cap Hub Badge 68mm-70mm 1 PC's voor TT A3 A4 A5 A6 A7 Q5 Q7 RS4

€ 12,95



Audi

Gloss Black Audi Ring Rear boot Badge Embleem Voor Q3 Q5 Q7 A6 A7

€ 30,95



Audi

Audi Rings White Set van 4 Chrome Anti Theft Auto Tyre Air Dust Valve Stem Cap Met Allen Key

€ 14,95



Audi

Zwarte Audi Wheel Center Caps Hub Badges 60mm 4 PCS Voor A3 A4 A6 A8 TT

€ 36,95



Volkswagen

Mat zwarte VW Volkswagen Golf MK5 Front Gril Bonnet Badge Embleem Gril 125mm 2003-2010

€ 42,95



Volkswagen

Mat Zwarte VW Volkswagen Golf MK6 GTI Rear Boot Tailgate Badge Embleem 2009-2012 110mm

€ 42,95



Volkswagen

Mat Zwart/Rood VW Volkswagen Golf MK5 Achterlaarst Met deksel Badge Embleem 110mm 2003-2010

€ 42,95



Tech of sweden

VW09-55MM 4-pack Centrumkåpor Volkswagen

€ 24,95

Opslaan € 18,00

Adviesprijs: € 42,95



Tech of sweden

VW40-58MM 4-pack Centrumkåpor Volkswagen

€ 24,95

Opslaan € 18,00

Adviesprijs: € 42,95



Tech of sweden

VW08-56MM 4-pack Centrumkåpor Volkswagen

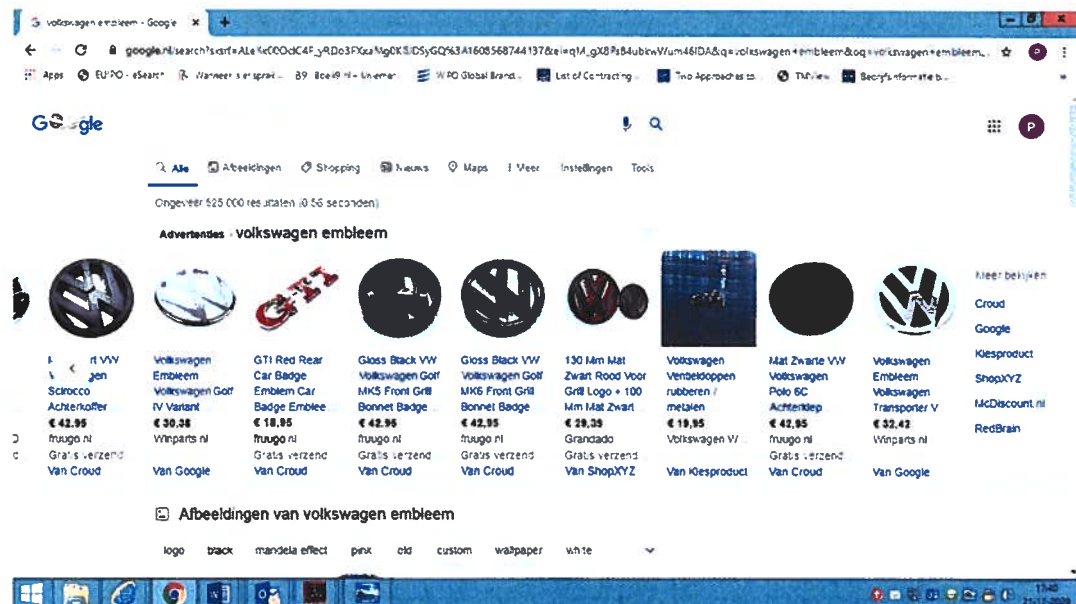
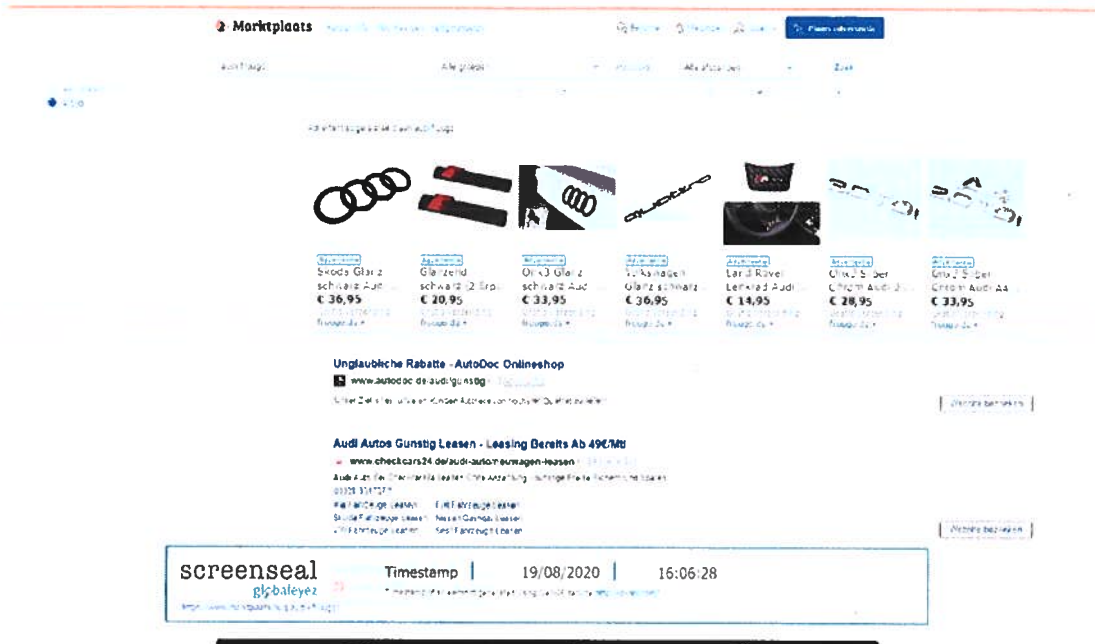
€ 24,95

Opslaan € 18,00

Adviesprijs: € 42,95

2.14. Audi c.s. heeft ook geconstateerd dat de Audi- en VW-producten die op het Fruugo-platform werden verhandeld, via websites van derden, waaronder de websites van Marktplaats en Google, onder de aandacht van het publiek werden gebracht. Ter illustratie

daarvan heeft Audi c.s. verschillende *screenshots* van genoemde websites overgelegd, waaronder de volgende:



2.15. Audi c.s. heeft via haar advocaten in de tweede helft van 2020 bovendien meerdere proefaankopen via het Fruugo-platform verricht, welke aankopen ook zijn geleverd. Het gaat onder meer om:

- “Set van 4 chroom anti-diefstal autoband lucht stofklep stam dop met keyring spanner voor Audi Sline”;
- “Audi logo led basisplaat voor bekerhouder”;
- “AU05 69mm 4 stuks naafdoppen AUDI”;
- “Audi hoepels motoring geborduurd logo sweatshirt”;
- “VW Wheel Centre Cap Hub Badge 65mm 1PCS voor Golf, Passat, Polo”;
- “Zwart / zilver VW Volkswagen R-Line Wiel Centrum Cap Hub Badge 65mm 1PCS voor Golf Jetta Passat Tiguan Kever CC EOS”; en
- “Mat Zwart VW Volkswagen Scirocco Achterkoffer Koffer Badge Embleem 2009 -2014”.

2.16. Audi c.s. heeft de geleverde producten onderzocht en, onder meer op grond van de inferieure kwaliteit en onjuiste markeringen, vastgesteld dat de geleverde Audi-producten respectievelijk de VW-producten namaakproducten betreffen waarop de Audi- en VW-merken zonder haar toestemming zijn aangebracht (hierna respectievelijk: Inbreukmakende Audi-producten en Inbreukmakende VW-producten).

Sommatie

2.17. Audi c.s. heeft Fruugo bij brief van 21 december 2020 gesommeerd iedere inbreuk op de Audi- en VW-merken te staken, opgave te doen van de verkoopaantallen van de Inbreukmakende Audi-producten en Inbreukmakende VW-producten en de schade en kosten van Audi c.s. te vergoeden.

2.18. Fruugo heeft op die sommatie gereageerd en bij e-mailbericht van 22 december 2020, onder verwijzing naar haar *terms of use* voor consumenten, onder meer gesteld dat zij een neutraal onlineverkoopplatform is en dat de producten niet door Fruugo zelf verkocht worden, maar door onafhankelijke *retailers*. Fruugo heeft per diezelfde datum de toegang tot alle Audi- en VW-producten die op het Fruugo-platform werden verhandeld, geblokkeerd.

2.19. In de daaropvolgende correspondentie heeft Fruugo aan Audi c.s. contactinformatie van haar *retailers* verstrekt alsmede nadere informatie over de Audi- en VW-producten die via het Fruugo-platform zijn aangeboden en over de *retailers* die deze producten ter verkoop aanboden.

3. Het geschil

3.1. Audi c.s. vordert, voor zover mogelijk bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

A. Fruugo te veroordelen zich met onmiddellijke ingang na de betekening van het vonnis te onthouden van iedere inbreuk in Nederland op de Audi-merken, althans het faciliteren daarvan, en/of van ieder onrechtmatig handelen jegens Audi, waaronder begrepen maar niet beperkt tot zich te onthouden van het (doen) te koop aanbieden, (doen) verkopen, (doen) adverteren voor en/of anderszins (doen) verhandelen van producten en/of verpakkingen daarvan waarop zonder toestemming van Audi tekens zijn aangebracht die identiek zijn aan of overeenstemmen met de Audi-merken, alsmede van het zakelijk gebruik en het gebruik in advertenties van de Audi-merken, zulks op straffe van een

direct opeisbare dwangsom van EUR 5.000,- (vijfduizend euro) voor iedere afzonderlijke overtreding van dit bevel, of zulks naar keuze van Audi, voor iedere dag of deel daarvan dat door Fruugo in strijd met dit bevel wordt gehandeld, met aan maximum te verbeuren dwangsommen van EUR 1.000.000,- (een miljoen euro);

- B. Fruugo te veroordelen zich met onmiddellijke ingang na de betekening van het vonnis te onthouden van iedere inbreuk in Nederland op de Volkswagen-merken en/of van ieder onrechtmatig handelen jegens Volkswagen, waaronder begrepen maar niet beperkt tot zich te onthouden van het (doen) te koop aanbieden, (doen) verkopen, (doen) adverteren voor en/of anderszins (doen) verhandelen van producten en/of verpakkingen daarvan waarop zonder toestemming van Volkswagen tekens zijn aangebracht die identiek zijn aan of overeenstemmen met de VW-merken, alsmede van het zakelijk gebruik en het gebruik in advertenties van de VW-merken, zulks op straffe van een direct opeisbare dwangsom van EUR 5.000,- (vijfduizend euro) voor iedere afzonderlijke overtreding van dit bevel, of zulks naar keuze van Volkswagen, voor iedere dag of deel daarvan dat door Fruugo in strijd met dit bevel wordt gehandeld, met aan maximum te verbeuren dwangsom van EUR 1.000.000,- (een miljoen euro);
- C. Fruugo te veroordelen om binnen één maand na de betekening van het vonnis maatregelen te implementeren:
- a. ter beëindiging van de weergave van bestaande aanbiedingen op het Fruugo-platform waarmee inbreuk wordt gemaakt op de Audi- en VW-merken; en
 - b. ter voorkoming van nieuwe aanbiedingen op het Fruugo-platform waarmee inbreuk wordt gemaakt op de Audi- en VW-merken;

welke maatregelen Fruugo de mogelijkheid dienen te bieden met behulp van *software tools* het aanbod op het Fruugo-platform automatisch en/of handmatig te screenen op de Audi- en VW-merken en hierop inbreukmakend aanbod automatisch en/of handmatig te verwijderen of te weigeren, zulks op straffe van (i) een direct opeisbare dwangsom van EUR 2.500,- voor iedere dag of deel daarvan dat door Fruugo te laat is met het implementeren van dergelijke maatregelen met een maximum van EUR 500.000,-, en (ii) een direct opeisbare dwangsom van EUR 1.000,- per aanbod op het Fruugo-platform dat inbreuk maakt op de Audi- of VW-merken en dat na het implementeren van de maatregelen op het Fruugo-platform zoals bedoeld in deze vordering door Audi c.s. wordt vastgesteld en gemeld aan Fruugo, met dien verstande dat Fruugo steeds pas de dwangsom verbeurt voor ieder tweede inbreukmakende aanbod dat Audi c.s. binnen één kalendermaand aan Fruugo meldt, mits het eerste inbreukmakende aanbod binnen 24 uur na de melding door Audi c.s. aan Fruugo is verwijderd bij gebreke waarvan Fruugo ook voor dat eerste aanbod de dwangsom verbeurt;

- D. Fruugo te veroordelen om op eigen kosten binnen zes weken na de betekening van het vonnis aan de advocaat van Audi c.s., mr. L. Kroon (via kroon@dillingerlaw.nl), een juiste en volledige schriftelijke opgave te doen, gerangschikt per type/soort product en per leverancier, producent of distributeur en commerciële afnemer, welke opgave ter staving vergezeld dient te zijn van goed leesbare en niet-geanonimiseerde kopieën van alle brondocumenten (waaronder in ieder geval maar niet beperkt tot facturen, orders, orderbevestigingen, orderadministraties op alle relevante data, e-mails en overige correspondentie), sinds april 2008 van:

-
- a. de verkoper(s), vervoerder(s) en afnemer(s) (niet zijnde consumenten), van Inbreukmakende Audi-producten en Inbreukmakende VW-producten;
 - b. de aantallen van de Inbreukmakende Audi-producten en Inbreukmakende VW-producten die door of via Fruugo aan commerciële afnemers en/of aan consumenten zijn verkocht en/of geleverd, onder vermelding van de verkoopprijzen en verkoop-/leverdata;
 - c. de door Fruugo met de verkoop van Inbreukmakende Audi-producten en Inbreukmakende VW-producten behaalde totale bruto-omzet en de behaalde bruto- en nettowinst, met een verantwoording voor de op de brutowinst in mindering gebrachte kosten;

zulks op straffe van een direct opeisbare dwangsom van EUR 5.000,- (vijfduizend euro) voor iedere afzonderlijke overtreding van dit bevel, of zulks naar keuze van Audi c.s., voor iedere dag of deel daarvan dat door Fruugo in strijd met dit bevel wordt gehandeld, met aan maximum te verbeuren dwangsom van EUR 1.000.000,- (een miljoen euro);

- E. Fruugo te bevelen om binnen tien weken na betekening het vonnis aan de advocaat van Audi c.s., mr. L. Kroon (via kroon@dillingerlaw.nl), te verstrekken een verslag van een (Nederlandse) registeraccountant waaruit blijkt dat deze de onder D. bedoelde opgave van Fruugo heeft geverifieerd aan de hand van de administratie van Fruugo, dat, voor zover verifieerbaar, de opgave van Fruugo strookt met de gegevens uit de administratie van Fruugo en dat, voor zover afdoende verificatie om door de accountant te noemen redenen niet meer mogelijk zou zijn, de accountant geen aanwijzingen heeft aangetroffen welke de verdenking doen rijzen dat de opgave geen getrouwe weergave van de werkelijkheid omtrent de te verstrekken gegevens zou inhouden, zulks op straffe van een direct opeisbare dwangsom van EUR 5.000,- (vijfduizend euro) voor iedere dag of deel daarvan dat door Fruugo in strijd met dit bevel wordt gehandeld, met aan maximum te verbeuren dwangsom van EUR 500.000,- (vijfhonderdduizend euro);
- F. Fruugo te veroordelen tot vergoeding van de schade die Audi c.s. heeft geleden als gevolg van het inbreukmakend dan wel onrechtmatig handelen van Fruugo jegens Audi c.s. sinds april 2008 in Nederland, nader op te maken bij staat;
- G. Fruugo te veroordelen om binnen twee weken na de betekening van dit vonnis aan Audi c.s. de buitengerechtelijke kosten, het volledige salaris en de verschotten van de advocaat, alsmede van de deurwaarder of een ander door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag ter vergoeding van de “redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt” in de zin van artikel 1019h Rv², te betalen, een en ander te vermeerderen met de nakosten en de wettelijke rente met ingang van veertien (14) dagen na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis.

3.2. Audi c.s. legt, samengevat weergegeven, het volgende aan haar vorderingen ten grondslag. Fruugo gebruikt op haar platform en in (Adword-)advertentiecampagnes op websites van derden diverse merken van Audi en Volkswagen zonder hun toestemming. Verder worden op het Fruugo-platform producten aangeboden waarop de Audi- en VW-merken zijn aangebracht zonder toestemming van Audi c.s.. Daarmee maakt Fruugo inbreuk

² Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

op de Audi- en VW-merken als bedoeld in artikel 2.20 lid 2 sub a en/of sub c BVIE³ en artikel 9 lid 2 sub a en/of sub c UMVo⁴ dan wel handelt zij onrechtmatig jegens Audi c.s. in de zin van art. 6:162 BW⁵ omdat Fruugo inbreuk door anderen faciliteert.

3.3. Fruugo voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen van Audi c.s., met uitvoerbaar bij voorraad te verklaren veroordeling van Audi c.s. in de op de voet van artikel 1019h Rv te begroten kosten van deze procedure, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf veertien dagen na heden.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover nodig, nader ingegaan.

4. De beoordeling

Bevoegdheid

4.1. De vorderingen zijn onder meer gegrond op gestelde inbreuken op verschillende Uniemerken. De rechtbank is internationaal (en relatief) bevoegd om daarvan kennis te nemen, omdat de beweerdelijke inbreuken in Nederland hebben plaatsgevonden (artikel 123 lid 1, artikel 124 onder a en 125 lid 5 van de UMVo in verbinding met artikel 3 van de Uitvoeringswet EG-verordening inzake het Gemeenschapsmerk). Deze bevoegdheid is territoriaal beperkt tot het Nederlandse grondgebied (artikel 126 lid 2 UMVo).

4.2. Voor zover de vorderingen zijn gegrond op het Audi Beneluxmerk, is de rechtbank op grond van artikel 4.6 lid 1 BVIE bevoegd, omdat de gestelde inbreuken via het Fruugo-platform en de websites van derden ook in het arrondissement Den Haag plaatsvinden. Deze bevoegdheid strekt zich uit over de gehele Benelux.

4.3. Voor zover aan de vorderingen onrechtmatig handelen ten grondslag is gelegd, zijn de vorderingen verknocht aan de vorderingen betreffende de Uniemerken en het Beneluxmerk, zodat de rechtbank uit dien hoofde bevoegdheid toekomt.

4.4. De internationale en relatieve bevoegdheid van deze rechtbank zijn overigens ook niet bestreden.

(Faciliteren van) Merkinbreuk

4.5. Van inbreuk in de zin van artikel 9 lid 2 sub a UMVo en artikel 2.20 lid 2 sub a BVIE is sprake indien een derde, zonder toestemming van de merkhouder, een teken dat gelijk is aan het merk in het economisch verkeer gebruikt voor waren of diensten die gelijk zijn aan de waren of diensten waarvoor het merk is ingeschreven.

4.6. Tussen partijen is niet in geschil dat op/via het Fruugo-platform waren voorzien van de Audi- en VW-merken zijn aangeboden en verhandeld, zonder dat Audi c.s. daarvoor toestemming heeft gegeven, en dat die aangeboden en verhandelde waren gelijk zijn aan de waren waarvoor de Audi- en VW-merken zijn ingeschreven. Hierdoor – zo staat ook tussen

³ Verordening (EU) 2017/1001 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 inzake het Uniemerken.

⁴ Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen).

⁵ Burgerlijk Wetboek.

partijen vast – hebben de *retailers* die deze producten op het Fruugo-platform aanboden/verhandelden inbreuk gemaakt op de merkrechten van Audi c.s. in de zin van artikel 9 lid 2 sub a UMVo en artikel 2.20 lid 2 sub a BVIE.

4.7. Het punt dat partijen verdeeld houdt, betreft de vraag of Fruugo ook verantwoordelijk kan worden gehouden voor de merkinbreuken die op/via haar platform hebben plaatsgevonden, oftewel: heeft Fruugo de Audi- en VW-merken ook zelf gebruikt dan wel heeft zij onrechtmatig gehandeld door merkinbreuk via haar platform te faciliteren. Fruugo beantwoordt die vraag ontkennend en betoogt daartoe – samengevat – dat zij als beheerder van een elektronische marktplaats niet zelf gebruik maakt van de merken waaronder de op haar platform aangesloten *retailers* producten aanbieden. Fruugo is een “neutrale tussenpersoon” in de zin van artikel 14 lid 1 REH⁶ en de implementatie daarvan in artikel 6:196c lid 4 BW. Fruugo krijgt geen kennis van of controle over de gegevens die op haar platform worden geüpload. Verder heeft zij een goed werkende *notice and takedown* procedure en neemt zij haar verantwoordelijkheden als neutrale tussenpersoon zeer serieus, aldus Fruugo.

4.8. Audi c.s. stelt daarentegen, ten eerste, dat Fruugo de merken gebruikt in gesponsorde links (advertenties). Die advertenties tonen de Audi- of VW-merken en de naam van Fruugo op websites van derden, te weten Google en Marktplaats. Fruugo zelf geldt hier als de adverteerder én de inbreukmaker omdat dit haar eigen commerciële communicatie voor de diensten van haar platform betreft. Ten tweede stelt Audi c.s. dat Fruugo de merken gebruikt en/of heeft gebruikt voor het aanbieden van inbreukmakende producten op het Fruugo-platform. Daartoe wijst Audi c.s. erop dat voor het publiek dat het Fruugo-platform bezoekt, althans ten tijde van de door Audi c.s. geconstateerde inbreuken bezocht, zowel voorafgaand aan als tijdens de aankoop van een product, niet duidelijk was/is dat de producten niet door Fruugo, maar door derde-verkopers (*retailers*) worden aangeboden, althans niet zonder diepgaand onderzoek te doen. Ten derde neemt Audi c.s. het, subsidiaire, standpunt in dat Fruugo met haar platform diensten aanbiedt die door derden worden gebruikt om inbreuk op de Audi- en VW-merken te maken. Fruugo is een actief onlineverkoopplatform en biedt vergaande assistentie/hulp aan externe detailhandelaren, bijvoorbeeld door de presentatie van de productaanbiedingen te standaardiseren en te optimaliseren, en door de aanbiedingen buiten haar eigen websites te promoten door middel van advertenties op externe websites en de verkopers alle reclame uit handen te nemen. Hiermee worden de verkopen van de *retailers* bevorderd en hun omzet verhoogd. De diensten van Fruugo zijn aldus zodanig bevorderend voor de verkoop van (inbreukmakende) producten via haar platform dat Fruugo een dermate actieve rol vervult dat een beroep op artikel 14 lid 1 REH dan wel artikel 6:196c BW redelijkerwijs niet kan slagen.

(i) *Zelfstandige merkinbreuk door Fruugo*

4.9. Bij de vraag of Fruugo de Audi- en VW-merken zelf heeft gebruikt en derhalve als inbreukmaker kan worden aangesproken, stelt de rechtbank voorop dat uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU)⁷ volgt dat het begrip

⁶ Richtlijn 2000/31/EG 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.

⁷ Zie bijvoorbeeld het arrest 22 december 2022, zaak C-148/21 en C-184/21 (Louboutin/Amazon), ECLI:EU:C:2022:1016.

“gebruik” in de gangbare betekenis ervan een actieve gedraging vereist, alsook een directe of indirecte controle over de handeling waarin het gebruik bestaat. Alleen een derde die directe of indirecte controle heeft over de handeling waarin het gebruik bestaat, is daadwerkelijk in staat om dat gebruik te staken en dus om een verbod na te leven. Verder heeft het HvJEU herhaaldelijk geoordeeld dat het gebruik door een derde van een teken dat gelijk is aan of overeenstemt met het merk van de houder in de zin van artikel 9 lid 2 UMVo, op zijn minst impliceert dat deze derde het teken in het kader van zijn eigen commerciële communicatie gebruikt. Zo kan iemand zijn klanten de mogelijkheid bieden om gebruik te maken van tekens die gelijk zijn aan of overeenstemmen met merken, zonder zelf van deze tekens gebruik te maken.⁸

4.10. De rechtbank is van oordeel dat Fruugo de Audi- en VW-merken niet zelf heeft gebruikt en overweegt daartoe het volgende. Tussen partijen is niet in geschil dat Fruugo aan *retailers* de mogelijkheid biedt om via het Fruugo-platform producten aan te bieden. Fruugo biedt zelf (voor eigen rekening en risico) geen producten te koop aan en is ook niet voornemens om dat te doen. Eveneens staat vast dat de *retailers* de informatie omtrent de door hen via het Fruugo-platform aangeboden producten zelf uploaden, dat Fruugo geen betrokkenheid heeft bij de keuze van de bewoordingen van de aanbiedingen en de daarbij getoonde foto's en dat Fruugo de geüpload informatie na een volledig technische en automatische verwerking in een uniform format weergeeft op haar platform. Daarnaast biedt Fruugo aan *retailers* de mogelijkheid om – tegen afdracht van een hoger percentage van de transactiewaarde – gebruik te maken van advertentiecampagnes. Indien een *retailer* van die optie gebruik maakt, wordt de door de *retailer* aangeleverde informatie door Fruugo via een technisch en automatisch proces geüpload in een aan Google gelinkte *database* ('Google Merchant Center'). Vervolgens genereert deze database de advertenties uit deze informatie. Fruugo heeft geen betrokkenheid bij de totstandkoming van de inhoud van de advertenties (bewoordingen en foto's) en geen invloed op de vraag waar en hoe vaak een advertentie wordt getoond.

4.11. Voor zover het, in de eerste plaats, de advertenties en gesponsorde links op de websites van derden betreft, oordeelt de rechtbank dat niet Fruugo, maar de betreffende *retailer* die het geadverteerde product aanbiedt, als adverteerder dient te worden aangemerkt. De advertenties dienen ter promotie van de producten die de *retailers* via het Fruugo-platform aanbieden. Bovendien is het volledig aan de *retailer* om te besluiten of hij (tegen afdracht van een hogere vergoeding aan Fruugo) van de door Fruugo geboden advertentiemogelijkheid gebruik maakt. De omstandigheid dat in de advertentie ook het internetadres waarop het Fruugo-platform beschikbaar is (voor Nederland <www.fruugo.nl>) wordt getoond, maakt niet dat de advertentie onderdeel uitmaakt van de commerciële communicatie van Fruugo ter promotie van haar eigen dienstverlening (het Fruugo-platform). Die website wordt immers door Google Merchant Center vermeld omdat het gepromote product op dat internetadres door de *retailer* wordt aangeboden en strekt er zodoende primair toe om het door die *retailer* aangeboden product onder de aandacht te brengen en dus niet zozeer het Fruugo-platform als zodanig (dat wil zeggen los van het specifieke, door de *retailer* aangeboden product). Daarbij komt dat Fruugo, zoals de rechtbank hiervoor heeft vastgesteld, anders dan via de door haar aangeboden technische en automatische verwerking van de door *retailers* aangeleverde gegevens, verder geen

⁸ Zie ook het arrest van het HvJEU van 2 april 2020, zaak C-567/18 (Coty/Amazon). ECLI:EU:C:2020:267.

betrokkenheid heeft bij of zeggenschap over de plaatsing, de vorm en de inhoud van de betreffende advertenties.

4.12. In de tweede plaats, met betrekking tot het aanbod van producten op het Fruugo-platform zelf, geldt het volgende. Naar de stelling van Audi c.s. is voor het publiek dat het Fruugo-platform bezoekt, althans ten tijde van de door Audi c.s. geconstateerde inbreuken bezocht, zowel voorafgaand aan als tijdens de aankoop van een product niet duidelijk dat de producten niet door Fruugo, maar door *retailers* worden aangeboden. Onder die omstandigheden komt het aanbod van die producten (en dus een eventuele merkinbreuk als gevolg van dat aanbod) volgens Audi c.s. voor rekening en risico van Fruugo.

4.13. Dat betoog volgt de rechtbank niet. Uit hetgeen het HvJEU heeft overwogen over het begrip “gebruik” (zoals hiervoor onder 4.9 beknopt weergegeven), kan niet anders worden afgeleid dan dat het begrip “aanbieden”, dat – gelet op zijn plaats in artikel 9 lid 3 UMVo – als een *species* van het in artikel 9 lid 2 UMVo genoemde “gebruik” moet worden beschouwd, eveneens een actieve gedraging vereist die gepaard gaat met een directe of indirecte controle over de handeling waarin het aanbieden bestaat.⁹ Dat van een dergelijke actieve gedraging van Fruugo of van directe of indirecte controle door Fruugo over de handeling waarin het aanbieden bestaat, sprake is, staat gelet op hetgeen hiervoor in 4.10 is overwogen, voor de rechtbank niet vast.

4.14. Het beroep van Audi c.s. in dat verband op het (hiervoor in voetnoot 6 genoemde) arrest van het HvJEU in de zaak *Louboutin/Amazon* (hierna: het Louboutin-arrest), kan haar niet baten. In het Louboutin-arrest heeft het HvJEU zijn bestendige rechtspraak¹⁰ herhaald waaruit volgt dat, in verband met het beheer van een onlinemarktplaats, de in verkoopaanbiedingen op die onlinemarktplaats getoonde tekens die gelijk zijn aan merken of daarmee overeenstemmen, uitsluitend worden gebruikt door de klanten-verkopers van de beheerder van die marktplaats en niet door de beheerder zelf. Dat is volgens het HvJEU slechts anders wanneer die beheerder het teken in het kader van zijn eigen commerciële communicatie gebruikt.

4.15. Vervolgens gaat het HvJEU¹¹ in op een situatie die in het nu voorliggende geval niet aan de orde is, namelijk de situatie waarin de betrokken website voor onlineverkoop naast de onlinemarktplaats ook verkoopaanbiedingen van de beheerder van die site zelf omvat. Het HvJEU benadrukt de relevantie daarvan voor de beoordeling van de vraag of die beheerder zelf gebruik maakt van het (in aanbiedingen van derden) getoonde inbreukmakende teken. Het HvJEU komt tot de slotsom dat in een dergelijke context de beheerder van een website voor onlineverkoop kan worden geacht zelf gebruik te maken van een inbreukmakend teken wanneer derde verkopers op die marktplaats van dat teken voorziene waren te koop aanbieden, indien een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende gebruiker van die website een verband legt tussen de diensten van die beheerder en het betrokken teken. Dit is volgens het HvJEU met name het geval wanneer die gebruiker, gelet op alle elementen die de betrokken situatie kenmerken, de indruk kan krijgen dat de beheerder zelf in eigen naam en voor eigen rekening de van dat teken voorziene waren in de handel brengt.

⁹ Vgl. in die zin het hiervoor in voetnoot 7 genoemde arrest, punt 37.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld de arresten van het HvJEU van 23 maart 2010, *Google France en Google*, C-236/08–C-238/08, EU:C:2010:159, punt 56) en van 12 juli 2011, *L'Oréal e.a.*, C-324/09, EU:C:2011:474, punt 103.

¹¹ Zie met name punten 47 e.v. van dat arrest (vindplaats in voetnoot 6).

4.16. Anders dan Audi c.s. betoogt, volgt uit het Louboutin-arrest niet een algemene regel die inhoudt dat de perceptie van de (normaal geïnformeerde en redelijk oplettende) consument of in dit geval de gebruiker van het Fruugo-platform, in alle omstandigheden relevant is voor de vraag door wie (vermeend inbreukmakende) waren in merkenrechtelijke zin worden aangeboden. Aan die perceptie van de consument komt naar het oordeel van de rechtbank enkel betekenis toe indien de specifieke context waarin het (vermeend inbreukmakend) merkgebruik plaatsvindt, daartoe aanleiding geeft. In het Louboutin-arrest bestond die context er dus uit dat de beheerder van de onlinemarktplaats (Amazon) op dezelfde website tevens voor eigen rekening producten aanbood, terwijl tegelijkertijd voor de (normaal geïnformeerde en redelijk oplettende) gebruiker van die website niet duidelijk was of een getoonde aanbieding van Amazon zelf of van een derde afkomstig was. Een dergelijke context – die tot het in aanmerking nemen van de perceptie van de gebruiker noopt – is in het onderhavige geval afwezig, nu – zo staat vast – Fruugo niet zelf producten aanbiedt en ook niet voornemens is dat te gaan doen.

4.17. Gelet daarop is de “hoofdregeel” die het HvJEU ook in het Louboutin-arrest in herinnering heeft geroepen (en die hiervoor onder 4.14 is weergegeven), in dit geval van toepassing. Dat betekent dat de in verkoopaanbiedingen op het Fruugo-platform (de onlinemarktplaats) getoonde tekens die gelijk zijn aan merken of daarmee overeenstemmen, uitsluitend worden gebruikt door de *retailers* (de klanten-verkopers van Fruugo) en niet door Fruugo (de beheerder van die onlinemarktplaats) zelf. Om die reden kunnen de door Audi c.s. opgevoerde omstandigheden die verband houden met de (in de tijd verschillende) inrichting(en) van het Fruugo-platform en die zij ten grondslag legt aan haar betoog dat voor de gebruiker niet (steeds) duidelijk was/is dat de producten niet door Fruugo, maar door derde-verkopers (*retailers*) worden aangeboden, buiten beschouwing blijven.

4.18. Nu – zo heeft de rechtbank hiervoor onder 4.11 vastgesteld – Fruugo de Audi- en VW-merken ook niet in het kader van haar eigen commerciële communicatie heeft gebruikt, is de slotsom dat Audi c.s. Fruugo niet op grond van artikel 9 lid 2 UMVo (of artikel 2.20 lid 2 BVIE) aansprakelijk kan houden voor de merkinbreuken die op/via het Fruugo-platform plaatsvinden.

(ii) *Onrechtmatig handelen door retailers in de gelegenheid te stellen inbreuk te maken op de IE-rechten van Audi c.s.*

4.19. De rechtbank zal in het kader van het subsidiaire verwijt van onrechtmatig handelen allereerst onderzoeken of Fruugo een beroep toekomt op artikel 14 lid 1 REH/6:196c lid 4 BW. Audi c.s. betwist dit.

4.20. Om een beroep te kunnen doen op de vrijstelling van aansprakelijkheid voor hostingdiensten als bedoeld in artikel 14 lid 1 REH/6:196c lid 4 BW, moet een dienstenaanbieder aan twee eisen voldoen.¹² De eerste eis is dat de aanbieder moet kwalificeren als een *hosting provider* zoals gedefinieerd in artikel 14 REH. De tweede eis is dat de dienstenaanbieder moet voldoen aan de twee materiële voorwaarden a) en b) van artikel 14 REH, die het volgende inhouden:

¹² Vgl. de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 17 maart 2021 (ECLI:NL:RBDHA:2021:2422) waarin het toetsingskader uiteen is gezet waar de rechtbank in deze uitspraak bij zal aansluiten.

-
- a) de dienstverlener mag geen weet hebben van de specifieke content met een vermeend onrechtmatig karakter en,
 - b) de dienstverlener moet zodra deze kennis krijgt van het onrechtmatige karakter van de content maatregelen treffen om de content prompt te verwijderen of om toegang daartoe onmogelijk te maken.

4.21. Wat betreft de eerste eis, volgt uit vaste rechtspraak van het HvJEU over de uitleg van overweging 42 van de REH dat een dienstenaanbieder, wil deze kwalificeren als *hosting provider*, een neutrale tussenpersoon moet zijn, die geen actieve rol vervult ten aanzien van inhoud die zij opslaat. Er is sprake van een *hosting* dienst als die voldoet aan drie voorwaarden:

- i) het moet een dienst van de informatiemaatschappij zijn;
- ii) de dienst moet bestaan uit het opslaan van informatie die afkomstig is van gebruikers;
- iii) de dienstverlener moet als neutrale tussenpersoon optreden.¹³

4.22. De in deze zaak aan de orde zijnde dienstverlening van Fruugo voldoet naar het oordeel van de rechtbank aan deze drie voorwaarden. Tussen partijen is niet in geschil dat de door Fruugo aangeboden dienstverlening, diensten van de informatiemaatschappij zijn, die bestaan uit het opslaan van informatie die afkomstig is van gebruikers (de *retailers*). Dat is ook in lijn met arresten van het HvJEU over vergelijkbare diensten, zoals aangeboden door bijvoorbeeld eBay.¹⁴ Daarmee is duidelijk dat de dienstverlening van Fruugo aan de onder i) en ii) genoemde voorwaarden voldoet.

4.23. Wat betreft de onder iii) genoemde voorwaarde over neutraliteit geldt het volgende. Op grond van overweging 42 van de REH voldoet een dienstenaanbieder niet aan die voorwaarde als hij een “actieve rol” heeft waardoor hij kennis heeft van of controle heeft over de informatie die wordt opgeslagen.¹⁵ Hoewel het HvJEU nog niet definitief heeft geoordeeld over de omstandigheden die maken dat een dienstenaanbieder een actieve rol speelt, heeft het wel geoordeeld dat nationale rechters bij de beoordeling van de rol van de dienstenaanbieder het volgende in aanmerking moeten nemen¹⁶:

- of de dienstenaanbieder een actieve rol speelt bij het schrijven van de informatie die zij vervolgens opslaat of bij het selecteren van trefwoorden; en/of
- de dienstenaanbieder bijstand verleent om de advertenties te optimaliseren of te bevorderen.

Niet relevant is daarentegen of:

- voor de dienst moet worden betaald of dat de dienstenaanbieder de manier van vergoeding bepaalt;
- de dienstenaanbieder algemene inlichtingen verstrekt aan haar klanten; of

¹³ Zie bijvoorbeeld de arresten van het HvJEU van 23 maart 2010, zaken C-236/08 en C-238/08 (Google France en Google EU), punten 112 t/m 1144; van 12 juli 2011, zaak C-324/09 (L'Oréal / eBay), punten 111 t/m 113; en van 22 juni 2021, zaken C-682/18 en C-683/18 (Youtube/Cyando), ECLI:EU:C:2021:503, punt 106.

¹⁴ Arrest van het HvJEU van 12 juli 2011, zaak C-324/09 (L'Oréal / eBay), ECLI:EU:C:2011:474, punt 116.

¹⁵ Zie in die zin het arrest van het HvJEU van 23 maart 2010, zaken C-236/08 en C-238/08 (Google France en Google EU), ECLI:EU:C:2010:159, punten 112 en 113.

¹⁶ Zie met name de hiervoor in voetnoot 12 genoemde arresten van het HvJEU.

-
- de dienstenaanbieder bepaalt of een ingegeven trefwoord overeenkomt met een door een internetgebruiker ingevoerd zoekwoord.

4.24. In dit geval bevestigen de relevante omstandigheden dat Fruugo in het kader van haar dienstverlening als een neutrale tussenpersoon optreedt en dus in aanmerking komt voor de vrijstelling van aansprakelijkheid. De rechtbank licht dat oordeel als volgt toe

4.25. Ten eerste is van belang hetgeen hiervoor onder 4.10 is vastgesteld, waaruit blijkt dat Fruugo niet zelf producten aanbiedt, dat de *retailers* de informatie omtrent de door hen via het Fruugo-platform aangeboden producten zelf uploaden, dat Fruugo geen betrokkenheid heeft bij de keuze van de bewoordingen van de aanbiedingen en de daarbij getoonde foto's en dat Fruugo de geüploade informatie na een volledig technische en automatische verwerking in een uniform format weergeeft op haar platform.

4.26. Ten tweede herhaalt de rechtbank – onder verwijzing naar haar hiervoor onder 4.11 gegeven oordeel – dat Fruugo de Audi- en VW-merken niet in haar eigen commerciële communicatie (door middel van gesponsorde links en op websites van derden) gebruikt. Audi c.s. voert weliswaar terecht aan dat Fruugo aan de *retailers* de mogelijkheid biedt om gebruik te maken van advertentiecampagnes waarmee zij de *retailers* de benodigde marketing uit handen neemt, maar daarmee is nog geen sprake van eigen commerciële communicatie van Fruugo. Het is en blijft immers aan de *retailer* om te bepalen of hij gebruik maakt van de door Fruugo geboden optie. Het is bovendien de *retailer* ten behoeve van wie die advertenties vervolgens op websites van derden worden getoond. Ook het feit dat Fruugo een groot budget uitgeeft aan (onder meer) die advertentiecampagnes – welk bedrag zij, via de in te houden vergoedingen, weer aan haar *retailers* in rekening brengt – maakt niet dat zij geen “neutrale tussenpersoon” is. Bedoelde advertenties en de daarmee gemoeide kosten maken onderdeel uit van de dienstverlening die Fruugo aan haar klantenverkopers (*retailers*) biedt en waarvoor zij wordt vergoed. Gesteld noch gebleken is verder dat Fruugo bij de totstandkoming van de advertenties van haar *retailers* (zowel op haar eigen website als op de websites van derden) bijstand verleent of anderszins inspanningen verricht – anders dan haar technische en automatische verwerking van de gegevens – om de advertenties (die op de websites van derden via een koppeling met ‘Google Merchant Center’ worden gegenereerd) te optimaliseren of te bevorderen.

4.27. Het enkele feit dat Fruugo de *retailers* algemene richtlijnen geeft voor het opstellen van een advertentie brengt evenmin mee dat Fruugo moet worden geacht kennis te hebben van of controle te hebben over de daadwerkelijke advertenties die *retailers* maken aan de hand van die instructies. Naar het oordeel van de rechtbank is dit het door het HvJEU niet relevant geachte verschaffen van algemene inlichtingen.

4.28. Ten derde is de rechtbank van oordeel dat de door Audi c.s. aangevoerde omstandigheden bestaande uit (i) het (overigens geautomatiseerde) gebruik van de merken als productcategorie/indexering op het Fruugo-platform (“van Audi” en “van Volkswagen”), (ii) het afhandelen van retourzendingen door Fruugo, (iii) de klantenservice van Fruugo, (iv) de automatisch gegenereerde vertalingen van de productaanbiedingen en het bestelproces, (v) de mogelijkheid voor consumenten om in de eigen munteenheid te betalen aan lokale betaaldienstverleners ten behoeve van Fruugo, en (vi) de vermelding van het Fruugo-logo op de bij de levering van de bestelling meegezonden factuur, niet maken dat Fruugo geen “neutrale tussenpersoon” is. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien hoe

die omstandigheden – die alle verband houden met de grotendeels technische en geautomatiseerde dienstverlening die Fruugo aan haar *retailers* biedt – ertoe (kunnen) leiden dat Fruugo geacht kan worden concrete wetenschap te hebben van of controle te hebben over de informatie die op haar platform wordt opgeslagen.

4.29. Voor zover Audi c.s. ook in dit kader betoogt dat belang moet worden gehecht aan de perceptie van de (normaal geïnformeerde en redelijk oplettende) consument/gebruiker van het Fruugo-platform die – zo begrijpt de rechtbank dat betoog – zou kunnen geloven dat de via het Fruugo-platform aangeboden producten van Fruugo afkomstig zijn, wijst de rechtbank op het volgende. Ten eerste bestaat er, voor zover de rechtbank heeft kunnen nagaan, in de Europese of nationale wetgeving en rechtspraak geen algemene regel waaruit volgt dat de perceptie van de (normaal geïnformeerde en redelijk oplettende) consument/gebruiker een in aanmerking te nemen factor is bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een *hosting provider* die zich kan beroepen op de in artikel 14 lid 1 REH/6:196c lid 4 BW neergelegde aansprakelijkheidsvrijstelling. Ten tweede is in het derde lid van het door Audi c.s. aangehaalde artikel 6 van de *Digital Services Act* (of *Digitaal dienstenverordening*)¹⁷, welk artikel vanaf 17 februari 2024 van toepassing is en dan in de plaats zal treden van artikel 14 REH, opgenomen dat de in het eerste lid van dat artikel (gelijk aan artikel 14 lid 1 REH) neergelegde aansprakelijkheidsvrijstelling niet van toepassing is:

“op de consumentenbeschermingsrechtelijke aansprakelijkheid van onlineplatforms die consumenten de mogelijkheid bieden overeenkomsten op afstand met handelaren te sluiten, wanneer een dergelijk onlineplatform de specifieke informatie toont of anderszins de betrokken specifieke transactie mogelijk maakt op een wijze die een gemiddelde consument zou doen geloven dat de informatie of het (de) in de transactie aan de orde zijnd(e) product of dienst wordt verstrekt door het onlineplatform zelf dan wel door een afnemer van de dienst die op gezag of onder toezicht van de dienst aanbieder handelt.”

4.30. De rechtbank stelt vast dat aldus in artikel 6 van de *Digitaal dienstenverordening* – anders dan in artikel 14 REH – de consumentenbeschermingsrechtelijke aansprakelijkheid als zodanig zelfstandig van de algemene aansprakelijkheidsvrijstelling wordt uitgezonderd. Daaruit kan de rechtbank niet anders dan afleiden dat het consumentenrechtelijke perspectief (en dus de perceptie van de normaal oplettende, gemiddeld geïnformeerde consument/gebruiker) bij de beoordeling van de toepasselijkheid van artikel 14 lid 1 REH/6:196c lid 4 BW, voor het overige niet relevant is, zodat Audi c.s. – die de aansprakelijkheid van Fruugo niet baseert op de regels van consumentenbescherming – daarvan niet kan profiteren, zelfs als in artikel 14 lid 1 REH/6:196c BW vooruitlopend op de toepassing van de *Digitaal dienstenverordening* reeds eenzelfde uitzondering zou moeten worden gelezen.

4.31. Audi c.s. heeft niet gesteld en anderszins is ook niet gebleken dat Fruugo – als *hosting provider* – voordat zij door Audi c.s. daarop is gewezen, al wetenschap had van concrete merkinbreuken die op/via haar platform plaatsvinden. Aan de eerste, in artikel 14 lid 1 REH/6:196c lid 4 BW onder a genoemde eis, hiervoor weergegeven in 4.20, is dus voldaan. In dat verband merkt de rechtbank op dat de enkele omstandigheid dat Fruugo zich

¹⁷ Verordening (EU) 2022/2065 van het van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG.

in het algemeen ervan bewust is of zou moeten zijn dat haar platform ook wordt gebruikt om producten aan te bieden die inbreuk kunnen maken op intellectuele eigendomsrechten en zij dus in abstracto kennis heeft of zou moeten hebben van illegaal aanbod van *counterfeit* producten, onvoldoende is om te oordelen dat aan deze bepaling niet is voldaan.¹⁸

4.32. Aan de tweede, in artikel 14 lid 1 REH/6:196c lid 4 BW onder b genoemde eis, hiervoor weergegeven in 4.20, is eveneens voldaan. Audi c.s. heeft weliswaar betwist dat Fruugo beschikt over een effectieve *notice and takedown* procedure, maar Fruugo heeft daar tegenover – onbetwist – gesteld dat zij naar aanleiding van de melding van Audi c.s. van 21 december 2020 snel heeft gereageerd door de volgende dag de toegang tot *alle* (dus niet enkel beperkt tot de door Audi c.s. als zodanig aan te wijzen, vermeend inbreukmakende) Audi- en VW-producten op haar platform te blokkeren. Ter zitting heeft Fruugo nader toegelicht dat na een melding door een rechthebbende van de aanwezigheid van (aanbod van) een specifiek *counterfeit item* op het Fruugo-platform, dat (aanbod van dat) specifieke product wordt verwijderd evenals alle overeenkomstige producten die door anderen via het Fruugo-platform worden aangeboden. *Retailers* die *counterfeit* hebben aangeboden, krijgen de eerste keer bovendien een waarschuwing. Als het een flagrante inbreuk betreft of als de inbreuk structureel plaatsvindt, dan wordt de betreffende *retailer* van het platform geweerd. Daar heeft Audi c.s. niets tegenin gebracht. Naar het oordeel van de rechtbank heeft Fruugo daarmee voldoende aannemelijk gemaakt dat zij aan de eis uit artikel 14 lid 1 REH/6:196c lid 4 BW onder b voldoet. De door Audi c.s. aangevoerde omstandigheid dat in 2021 op de website van Fruugo nog niet werd gerept van een *notice and takedown* procedure is onvoldoende om tot een andere conclusie te komen (zowel voor dit moment als voor het verleden). De aanwezigheid van een specifiek document (zoals een “*Anti-Counterfeit Products Policy*” dat tegenwoordig op de website van Fruugo te vinden is) is immers niet vereist om aan de uit genoemd artikel voortvloeiende verplichting te kunnen voldoen. Het betoog van Audi c.s. dat de *notice and takedown* procedure van Fruugo niet effectief is omdat zij niet altijd prompt zou handelen, schuift de rechtbank verder als onvoldoende onderbouwd ter zijde. Voor zover een enkele overgelegde e-mail van de *inhouse* advocaat van Philips van 22 juni 2023 in dat verband al voldoende zou kunnen zijn om dat betoog op te doen steunen, geldt dat uit die e-mail de precieze toedracht (waaronder aard en tijdstip) van de 600 (sinds 31 mei 2023) nog niet door Fruugo verwerkte *reports* (op een totaal dit jaar van 17.356 gerapporteerde *listings*), niet blijkt. Die e-mail is reeds daarom ongeschikt om het standpunt van Audi c.s. dat een effectieve *notice and takedown* procedure ontbreekt, op te baseren.

4.33. Gelet op het voorgaande luidt de conclusie dat Fruugo een geslaagd beroep op artikel 14 lid 1 REH/6:196c lid 4 BW toekomt.

4.34. Ter zitting heeft Audi c.s. als (slot)betoog nog aangevoerd dat genoemde aansprakelijkheidsvrijstelling niet meer van deze tijd is omdat onder de noemer van een “neutraal platform” een verdienmodel kan worden gemaakt van het laten aanbieden van inbreukmakende waren. Daar is voor merkhouders niet tegenop te boksen, aldus Audi c.s. De rechtbank overweegt daarover dat, wat er verder ook zij van de juistheid van dat betoog van Audi c.s., het aan de (Europese) wetgever is om al dan niet paal en perk te stellen aan de aansprakelijkheid van onlineplatforms. Gelet op de Digitaledienstenverordening, meer in het bijzonder artikel 6 daarvan, waarin de aansprakelijkheidsvrijstelling voor *hosting providers*

¹⁸ Zie in die zin (naar analogie) het arrest van het HvJEU van 22 juni 2021. zaken C-682/18 en C-683/18 (Youtube/Cyando), ECLI:EU:C:2021:503. punt 111.

in wezen onveranderd (ten opzichte van artikel 14 REH) is opgenomen, heeft de wetgever kennelijk nog geen aanleiding gezien om die vrijstelling – waarvan ook onlinemarktplaatsen kunnen profiteren, mits zij aan de daarin gestelde voorwaarden voldoen – anders vorm te geven. Het is in die omstandigheden niet aan de rechter om daarover (anders) te oordelen en in de door de wetgever te maken belangenafweging te treden.

De vorderingen

4.35. Dit alles betekent dat de vorderingen van Audi c.s., die volledig zijn gestoeld op vermeende merkinbreuk door Fruugo dan wel op onrechtmatig handelen door Fruugo, bestaande uit het faciliteren van een dergelijke inbreuk, moeten worden afgewezen.

4.36. Audi c.s. zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten. Die proceskosten zijn (deels) te begroten conform artikel 1019h Rv. Fruugo heeft een specificatie van haar advocaatkosten tot een totaalbedrag van meer dan € 88.000,- overgelegd en verzoekt – onder toepassing van de landelijk vastgestelde Indicatietarieven in IE-zaken (versie april 2017) – om toewijzing van een bedrag van € 40.000,-.

4.37. De rechtbank stelt voorop dat het geschil tussen partijen enkel binnen het toepassingsbereik van artikel 1019 Rv valt voor zover het betreft de vorderingen waaraan Audi c.s. merkinbreuk door Fruugo zelf ten grondslag heeft gelegd. Gelet op het feit dat de vorderingen die zijn gebaseerd op onrechtmatig handelen (door het faciliteren van merkinbreuk) (juridisch) verknocht zijn aan de vorderingen waaraan merkinbreuk ten grondslag is gelegd en zij voortspruiten uit hetzelfde feitencomplex, zal de rechtbank bij de begroting van de proceskosten uitgaan van een percentuele verdeling tussen het IE-deel en het 'niet-IE-deel' van respectievelijk 80% en 20%.

4.38. Teneinde de redelijkheid en evenredigheid van de advocatenhonoraria te kunnen beoordelen, wordt aansluiting gezocht bij genoemde Indicatietarieven. De rechtbank is van oordeel dat deze zaak moet worden aangemerkt als een 'normale bodemzaak' in de zin van die Indicatietarieven.

4.39. De Indicatietarieven betreffen uitsluitend de werkzaamheden van de advocaat/advocaten. Voor een 'normale bodemzaak' geldt een indicatietarief, een bedrag dat als redelijk en evenredig wordt beschouwd, van maximaal € 17.500,-. De advocaatkosten aan de zijde van Fruugo worden daarom op dit bedrag begroot. Van dit tarief komt (€ 17.500,- X 80% =) € 14.000,- voor vergoeding in aanmerking, nu 80% van de proceskosten ziet op het IE deel. Voor het 'niet-IE-deel' van de zaak zal de rechtbank voor het vaststellen van het honorarium van de advocaat van Fruugo het in deze toepasselijke liquidatietarief gebruiken (tarief II, 3 punten). Dit betekent dat een bedrag van (20% X € 1.794,- =) € 358,80 zal worden toegekend. Deze bedragen worden vermeerderd met het betaalde griffierecht van € 667,-, waarmee het totaalbedrag uitkomt op € 15.025,80.

4.40. Onder de proceskosten vallen ook de (niet afzonderlijk door Fruugo gevorderde) nakosten. De nakosten worden begroot op het bedrag genoemd in het liquidatietarief civiel (per 1 februari 2023: € 173,-). In geval van betekening worden een extra bedrag aan salaris (per 1 februari 2023: € 90,-) en de exploitkosten van betekening toegekend.

4.41. De gevorderde wettelijke rente over de proceskosten en de nakosten wordt op na te melden wijze toegewezen.

4.42. Nu de door Fruugo gevorderde uitvoerbaarheid bij voorraad van de proceskostenveroordeling niet is bestreden, zal de rechtbank dit vonnis voor wat betreft die veroordeling uitvoerbaar bij voorraad verklaren.

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst de vorderingen af;

5.2. veroordeelt Audi c.s. in de proceskosten aan de zijde van Fruugo, vastgesteld op een bedrag van € 15.025,80 aan tot op heden gemaakte kosten, te vermeerderen met de nakosten zoals begroot in 4.40 en te vermeerderen met de wettelijke rente over die kosten met ingang van de vijftiende dag na betekening van dit vonnis tot aan de dag van algehele voldoening;

5.3. verklaart dit vonnis, voor wat betreft de proceskostenveroordeling, uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. H.D. Overbeek en in het openbaar uitgesproken op 30 augustus 2023.



