

arrest

GERECHTSHOF DEN HAAG

Civiel recht
Team Handel

Zaaknummer hof : 200.336.336/01
Zaak- en rolnummer rechtbank : C/09/622304 / HA ZA 21-1105

Arrest van 25 november 2025

in de zaak van

1. **Audi AG**,
gevestigd in Ingolstadt, Duitsland,
2. **Volkswagen AG**,
gevestigd in Wolfsburg, Duitsland,
appellanten,
advocaat: mr. L. Kroon, kantoorhoudend in Amsterdam,

tegen

Fruugo.com Ltd,
gevestigd in Ulverston, Verenigd Koninkrijk,
geïntimeerde,
advocaat: mr. M.G.W. Peijnenburg, kantoorhoudend in Amsterdam.

Het hof noemt partijen hierna Audi, Volkswagen en Fruugo.

1. De zaak in het kort

- 1.1 Fruugo exploiteert een wereldwijd opererende *online* marktplaats waarop uitsluitend derde verkopers producten aanbieden, onder andere in Nederland. Op die marktplaats zijn producten aangeboden die inbreuk maken op merkrechten van Audi en Volkswagen en voor die productaanbiedingen is reclame gemaakt op websites van derden zoals Google en Marktplaats.nl. Audi en Volkswagen vorderen tegen Fruugo een inbreukverbod met bijkomende vorderingen, primair op de grondslag dat Fruugo zelf inbreuk heeft gemaakt op de merkrechten van Audi en Volkswagen en subsidiair op de grondslag dat Fruugo op onrechtmatige wijze de inbreuk door de derde verkopers heeft gefaciliteerd. Het hof verwerpt in dit arrest beide grondslagen en bekrachtigt daarom het vonnis waarmee de rechtbank deze vorderingen heeft afgewezen.

2. Procesverloop in hoger beroep

- 2.1 Het verloop van de procedure in hoger beroep blijkt uit de volgende stukken:
- de dagvaarding van 3 oktober 2023 waarmee Audi en Volkswagen in hoger beroep zijn gekomen van het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag

van 30 augustus 2023;¹

- de memorie van grieven van Audi en Volkswagen, met producties;
- de memorie van antwoord van Fruugo, met producties;
- de producties nrs 40 tot en met 56 die Audi en Volkswagen ter gelegenheid van de hierna te noemen mondelinge behandeling hebben overgelegd;
- de producties nrs 27 tot en met 40 die Fruugo ter gelegenheid van de hierna te noemen mondelinge behandeling heeft overgelegd;
- de producties nrs 57 tot en met 59 die Audi en Volkswagen ter gelegenheid van de hierna te noemen mondelinge behandeling hebben overgelegd.

- 2.2 Op 9 oktober 2025 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden waarin de advocaten de zaak hebben toegelicht aan de hand van pleitaantekeningen die zij hebben overgelegd.

3. Feitelijke achtergrond

Partijen

- 3.1 De autofabrikanten Audi en Volkswagen houden ieder meerdere Unie- en Beneluxmerken (hierna: de merken van Audi en Volkswagen). Fruugo exploiteert een internationale *online* marktplaats die benaderbaar is via een veelheid aan URLs met “www.fruugo” gevolgd door de landafkorting, waaronder <www.fruugo.nl>.

De werking van de marktplaats van Fruugo

- 3.2 Op de marktplaats van Fruugo worden uitsluitend producten van derde verkopers aangeboden (hierna: niet-hybride marktplaats, in tegenstelling tot een *online* marktplaats waarop ook de exploitant zelf producten aanbiedt, hierna aangeduid als: hybride marktplaats). Op de versie die benaderbaar is via <www.fruugo.nl> zijn ongeveer tien miljoen producten van deze derde verkopers te koop.
- 3.3 Deze derde verkopers vullen op het *online Merchant Center* van Fruugo per aangeboden product een formulier in met gegevens over de aanbieding, waaronder de naam, foto's, een beschrijving, de prijs, de productcategorie, het merk, de verzendkosten en bezorgopties en informatie over retournering. Nadat de derde verkoper deze gegevens heeft afgesloten worden zij automatisch in een centrale databank van Fruugo opgeslagen, gecategoriseerd en machinevertaald naar de talen van de landen die de verkoper als verkooppand heeft opgegeven. Fruugo gebruikt de gegevens uit deze databank voor haar marktplaats en geeft deze ook door aan zoekmachineadvertentiediensten van derden zoals Google Shopping en Marktplaats.nl.
- 3.4 In het geval van Google Shopping worden de gegevens in een doorlopend volautomatisch proces doorgezet naar het *Merchant Data Center* van de Google Shopping-dienst. Google neemt deze dan tegen betaling op in de gegevens die zij doorzoekt als een gebruiker op haar zoekmachine een zoekopdracht geeft waarin de productaanduiding voorkomt. Fruugo heeft daartoe de velden van haar eigen *Merchant Center* afgestemd op het *Merchant Data Center* van Google Shopping. Fruugo is degene die de betrokken zoekmachineadvertentiediensten betaalt voor het plaatsen van deze advertenties.

¹ ECLI:NL:RBDHA:2023:12679.

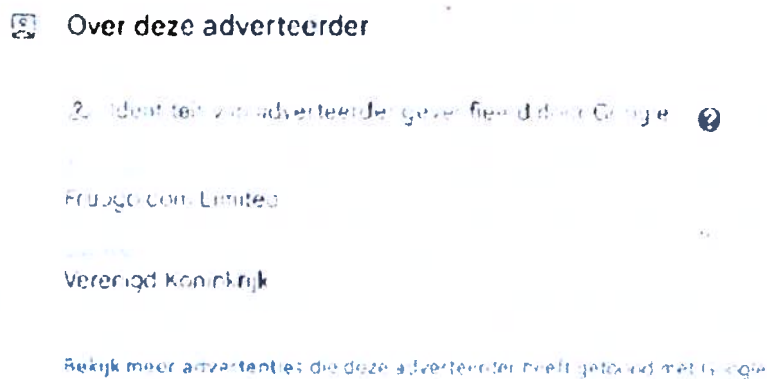
- 3.5 Het is voor derde verkopers kosteloos om zich bij Fruugo aan te sluiten en gebruik te maken van haar marktplaats. Pas als een consument via die marktplaats producten bestelt, betaalt de derde verkoper een vergoeding aan Fruugo, bestaande uit een percentage van de transactiewaarde dat afhankelijk is van de diensten die de retailer afneemt (bijvoorbeeld meer of minder gebruik van zoekmachineadvertenties).

De advertenties op websites van derden en de productaanbiedingen op de marktplaats van Fruugo

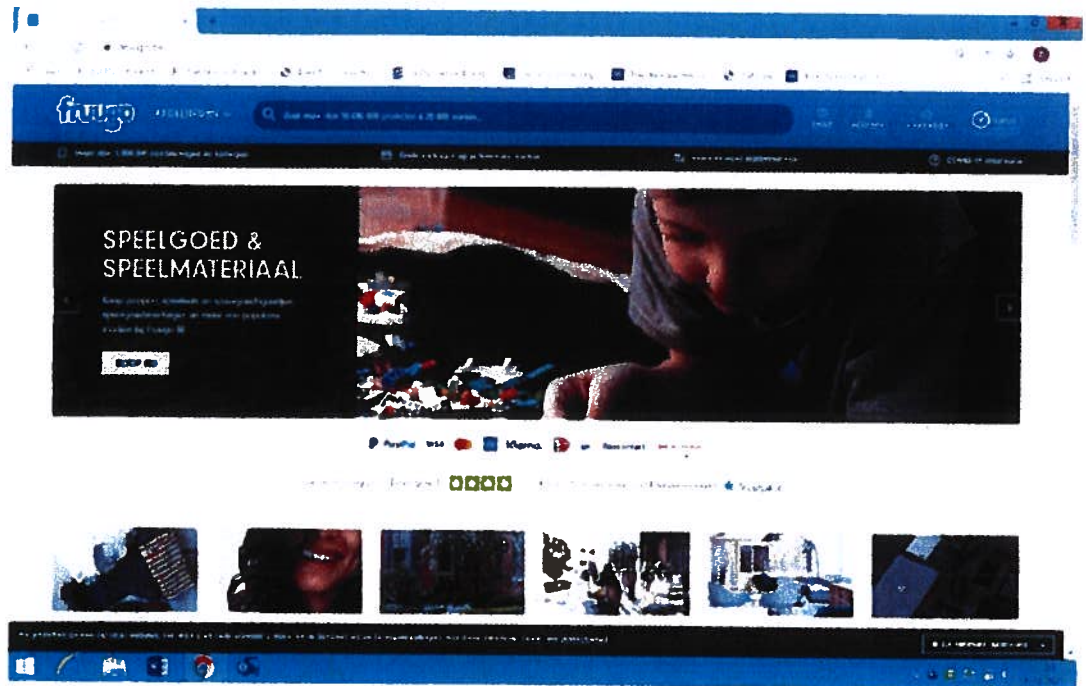
- 3.6 Van de consumenten die de marktplaats van Fruugo bezoeken is 97% daarnaartoe geleid door het aanklikken van betaalde advertenties in de resultaten van zoekmachines van derden.
- 3.6.1 Na het invoeren van bijvoorbeeld “naafdoppen Volkswagen” in de zoekbalk van Google verschenen in een bepaalde periode in 2020/2021 bovenaan de resultaten de volgende tegeltjes:



Onder de prijsvermelding stond in de zoekresultaten vermeld waar de producten kunnen worden gekocht. Bij de eerste, vijfde, zesde en zevende tegel was dat in dit voorbeeld fruugo.nl. Bij het klikken op de drie verticale puntjes rechts naast “Gesponsord” verscheen een overzicht van dezelfde tegels, met nadere informatie. In het geval van een tegel met de vermelding “fruugo.nl” verscheen destijds het volgende venster:



- 3.6.2 Een zoekopdracht op Marktplaats.nl leverde destijds resultaten op die vergelijkbaar waren vormgegeven.
- 3.7 De landingspagina van www.fruugo.nl heeft het volgende uiterlijk (in dit geval na het klikken op de productgroep “Speelgoed & speelmateriaal”):



Onderaan deze pagina staan doorklikbare kopjes, waaronder een kopje “Over Fruugo” met daaronder een aanklikbaar subkopje “Bedrijfsgegevens”. Na het aanklikken van dat subkopje verschijnt, voor zover van belang, de volgende tekst:

“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 (...).

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!”

- 3.8 Na het doorklikken op een advertentie op een derde zoekmachine of het gebruiken van de eigen zoekfunctie van de marktplaats van Fruugo wordt de gebruiker geleid naar de relevante productaanbiedingen op die marktplaats. Het uiterlijk daarvan is in de loop der tijd gewijzigd.
- 3.8.1 Tussen medio 2020 en december 2020 zagen de productaanbiedingen er als volgt uit, met een veld “Van”, gevolgd door hetzij het productmerk, hetzij de naam van de verkoper (hierna: Inrichting I). In het eerste geval zag de productaanbieding er als volgt uit:

Vertragingen in de levering van uw bestelling

Vertragingen in de levering van uw bestelling




VW Wheel Centre Cap Hub
Badge 65mm 1PCS voor Golf,
Passat, Polo

€ 12,95

Op voorraad

De nieuwste VW Wheel Centre Cap Hub Badge 65mm 1PCS is nu beschikbaar voor € 12,95.

TOEGEVOEGD AAN WINKELWAGEN

PayPal Visa Mastercard Klarna

Bestel nu! € 12,95

ISO 9001

Beschrijving

De VW Wheel Centre Cap Hub Badge 65mm 1PCS is een hoogwaardig kunststof badge die perfect past op de velgen van uw Volkswagen Golf, Passat of Polo. De badge is gemaakt van hoogwaardig kunststof en is voorzien van een afwerfcoating die ervoor zorgt dat de badge lang mee gaat en niet afbladdert. De badge is ook voorzien van een afwerfcoating die ervoor zorgt dat de badge lang mee gaat en niet afbladdert.

Meer voertuigemblemen en motorkapornamenten

30001 VW Wheel Centre Cap Hub Badge 65mm 1PCS voor Golf, Passat, Polo
 € 12,95

30002 VW Wheel Centre Cap Hub Badge 65mm 1PCS voor Golf, Passat, Polo
 € 12,95

30003 VW Wheel Centre Cap Hub Badge 65mm 1PCS voor Golf, Passat, Polo
 € 12,95

Deze aanbiedingen waren gevolgd door een aantal velden, waaronder een veld “Retailer VRN”, gevolgd door een nummer of “NA”.

3.8.2 Tussen eind december 2020 en medio 2021 waren de productaanbiedingen als volgt vormgegeven, waarbij onderaan opnieuw een veld “Retailer VRN” was opgenomen, gevolgd door een nummer of “NA” (hierna: Inrichting II):

Vertragingen in de levering van uw bestelling

Vertragingen in de levering van uw bestelling



S Line Set van 4 zwarte anti-diefstal
autoband luchtstol

€ 15,95

Op voorraad

De nieuwste S Line Set van 4 zwarte anti-diefstal autoband luchtstol is nu beschikbaar voor € 15,95.

TOEGEVOEGD AAN WINKELWAGEN

PayPal Visa Mastercard Klarna

Bestel nu! € 15,95

Beschrijving

De S Line Set van 4 zwarte anti-diefstal autoband luchtstol is een hoogwaardig kunststof set die perfect past op de velgen van uw Volkswagen Golf, Passat of Polo. De set is gemaakt van hoogwaardig kunststof en is voorzien van een afwerfcoating die ervoor zorgt dat de set lang mee gaat en niet afbladdert. De set is ook voorzien van een afwerfcoating die ervoor zorgt dat de set lang mee gaat en niet afbladdert.

Euro Car Parts

De nieuwste Euro Car Parts is nu beschikbaar voor € 15,95.

Top Merken

De nieuwste Top Merken is nu beschikbaar voor € 15,95.

3.8.3 Tussen medio 2021 en december 2021 waren de productaanbiedingen als volgt vormgegeven (hierna: Inrichting III):

[illegible]

3.8.4 In september 2025 waren de productaanbiedingen als volgt vormgegeven (hierna: Inrichting IV):

Nike Unisex converteerbare nekwarmer voor volwassenen

€ 64,00
+ € 1,00 verzending

Op voorraad

Hoeveelheid

KOOP NU

TOEGEVOEGD AAN WINKELWAGEN

We accepteren de volgende betalingsmethodes:

Beschrijving

De volgende beschrijving is vertaald uit Engels: [klik hier om originele beschrijving](#)

45% nylon, 55% polyurethaan; 13% elasticaal, 74% polyurethaan. Size: Personal. Statechnologie: ademend, Dri-Fit, lichtgewicht, vochtabsorberend, waterafstotend, winddicht. Verwijderbare velcroband met One-way Logo. Siroosh Caboolat, Portogalo.

Merk: [Nike](#) Categorie: [Socks](#) Kleur: Zwart Levensduurperiode: 1 Garantie: 5 Jaar Gender: v.w.

Fruugo-ID: 240128556348193819 EAN: 5063425483938

Nike

- [Stoepzolen 35 \(1\)](#)
- [Overhemden, shirts en overmuntjes \(124\)](#)
- [Zonnebrillen \(456\)](#)
- [Lampen, lampen \(55\)](#)
- [Hoesken \(143\)](#)
- [Kousen, sokkeltjes \(282\)](#)
- [Jassen en jacks \(17\)](#)
- [Overhemden \(18\)](#)
- [Pyjamama \(149\)](#)

Top Merken

- [TSL \(49\)](#)
- [New Balance \(3\)](#)
- [Boschert \(7\)](#)
- [Pactone & Bie \(100\)](#)
- [VINTAGE \(55\)](#)
- [Sport Shoes \(24\)](#)
- [Sport Schoenen \(18\)](#)
- [Loftungen of Sportshoes \(3\)](#)
- [Boots and Brown \(1\)](#)

- 3.8.5 Consumenten die klikten (klikken) op de aanklikbare blauwe naam achter “Van” (Inrichting I in geval van een derde verkoper), “Merk” (Inrichting II) en “Verkocht door” (Inrichtingen III en IV) kregen (krijgen) een *popup* venster te zien met onder andere de naam en het adres van de derde verkoper.
- 3.9 Consumenten verrichten de betaling voor hun via de marktplaats van Fruugo geplaatste bestelling in hun eigen valuta aan een lokale betaaldienstverlener ten behoeve van Fruugo, die het bedrag, na inhouding van de aan haar toekomende vergoeding, doorbetaalt aan de derde verkoper.

Verkoop van inbreukmakende producten en sommatie

- 3.10 In de tweede helft van 2020 zijn op de marktplaats van Fruugo producten aangeboden en verkocht die inbreuk maken op de merken van Audi en Volkswagen. Audi en Volkswagen hebben Fruugo bij brief van 21 december 2020 onder andere gesommeerd iedere inbreuk op deze merken te staken.
- 3.11 Fruugo heeft op 22 december 2020 de toegang geblokkeerd tot de Audi- en Volkswagen-producten die op haar marktplaats werden aangeboden.

4. Procedure bij de rechtbank

- 4.1 Audi en Volkswagen hebben Fruugo gedagvaard en inbreukvorderingen met nevenvorderingen ingesteld, verzwaard met dwangsommen. Zij hebben deze vorderingen primair gegrond op directe merkinbreuk door Fruugo zelf en subsidiair op aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wegens het onrechtmatig door Fruugo faciliteren van inbreuk door derde verkopers.

4.1.1 Eigen inbreuk

Volgens Audi en Volkswagen moet Fruugo worden aangemerkt als degene die met het aanbieden van en adverteren voor de inbreukmakende producten gebruik heeft gemaakt van de merken van Audi en Volkswagen in de zin van artikel 9 lid 2 aanhef en onder a) en/of c) van de Verordening inzake het Uniemerkt (hierna: UMVo)² en artikel 2.20 lid 2 aanhef en onder a. en/of c. van het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen) (hierna: BVIE).

- Wat de advertenties op zoekmachines betreft moet Fruugo volgens Audi en Volkswagen zelf als de adverteerder worden aangemerkt, omdat de advertenties deel uitmaken van haar eigen commerciële communicatie voor de diensten van haar marktplaats.

- Wat het aanbieden van de inbreukmakende producten op de eigen marktplaats betreft hebben Audi en Volkswagen een beroep gedaan op de uitleg die het HvJ EU in zijn arrest *Louboutin/Amazon*³ heeft gegeven aan het begrip “gebruik van een teken” in de zin van artikel 9 lid 2 UMVo. In het dictum van dat arrest heeft het HvJ EU voor zover hier van belang voor recht verklaard dat:

² Verordening (EU) 2017/1001 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 inzake het Uniemerkt, *PbEU* 2017, L 154, p. 1.

³ HvJ EU 22 december 2022, gevoegde zaken C-148/21 en C-184/21, ECLI:EU:C:2022:1016 (*Louboutin/Amazon*).

“de beheerder van een website [met een hybride marktplaats, hof], kan worden geacht zelf gebruik te maken van een 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, hetgeen met name het geval is 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.”

Volgens Audi en Volkswagen kan uit dat arrest worden afgeleid dat deze regel ook van toepassing is op een niet-hybride marktplaats zoals die van Fruugo, en zal de normaal geïnformeerde en redelijk oplettende gebruiker (hierna: de referentiegebruiker) van die marktplaats aannemen dat niet een derde maar Fruugo zelf de verkoper is van de daarop aangeboden producten.

4.1.2 *Onrechtmatig faciliteren van inbreuk door derde verkopers*

Omdat Fruugo aan de derde verkopers vergaande assistentie en advertentiediensten biedt, komt haar volgens Audi en Volkswagen geen beroep toe op de *hosting*-uitzondering van artikel 6:196c lid 4 BW.

4.2 De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen en Audi en Volkswagen in de proceskosten veroordeeld. Zij oordeelde daartoe kort gezegd als volgt.

Eigen inbreuk

- Fruugo kan niet worden aangemerkt als de adverteerder op de websites van derden, omdat de inhoud van de advertenties uitsluitend wordt bepaald door de derde verkopers.
- Als het gaat om het aanbieden op de marktplaats geldt dat het begrip “aanbieden” in de zin van artikel 9 lid 3 aanhef en onder b) UMVo een *species* is van het begrip “gebruiken” in de zin van artikel 9 lid 2 UMVo. Uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt dat voor dat gebruik een actieve gedraging is vereist die gepaard gaat met een directe of indirecte controle over de handeling waarin het aanbieden bestaat.
- De regel uit het arrest *Louboutin/Amazon* over de waarneming van de referentiegebruiker is beperkt tot de situatie van een hybride marktplaats en is daarom niet van toepassing op de niet-hybride marktplaats van Fruugo.
- Daarmee is de hoofdregel uit de rechtspraak van het HvJ EU van toepassing dat inbreukmakende tekens die worden getoond in verkoopaanbiedingen op een marktplaats alleen worden gebruikt door de derde verkopers en niet door de exploitant van de marktplaats zelf, tenzij deze de tekens worden gebruikt in het kader van zijn eigen commerciële communicatie. Dat laatste is echter niet vast komen te staan.

Onrechtmatig faciliteren

- Fruugo kan met succes een beroep doen op de *hosting*-uitzondering van artikel 6:194c BW.

5. **Vorderingen in hoger beroep**

- #### 5.1 Audi en Volkswagen vorderen vernietiging van het vonnis en toewijzing van hun vorderingen. Zij vorderen hetzelfde als bij de rechtbank. Hun bezwaren hebben betrekking op de vaststelling van de feiten (Grief I), de in de vorige alinea weergegeven oordelen (Grievens II tot en met V) en de proceskostenveroordeling (Grief VI).

6. Beoordeling in hoger beroep

Inleiding

- 6.1 Het hof is bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen van Audi en Volkswagen om de redenen die de rechtbank heeft uiteengezet in de r.o. 4.1. tot en met 4.4. van het bestreden vonnis. Het hof verenigt zich met deze overwegingen.
- 6.2 Volgens artikel 9 lid 2 aanhef en onder a) UMVo heeft de houder van een Uniemerkt het recht om, behoudens oudere merkrechten, iedere derde het gebruik in het economische verkeer te verbieden van een teken dat gelijk is aan dat merk voor waren of diensten die gelijk zijn aan die waarvoor dat merk is ingeschreven. Artikel 9 lid 3 UMVo bepaalt, voor zover hier van belang, dat daarbij met name is verboden:
- b) het aanbieden van waren onder het teken; en
 - e) het gebruik van het teken in advertenties.
- 6.3 Artikel 2.20 BVIE bevat in lid 2 aanhef en onder a. en lid 3 aanhef en onder b. en e. vrijwel identieke bepalingen en moet zoveel mogelijk worden uitgelegd conform het aan artikel 9 UMVo gelijke artikel 10 van de herschikte Merkenrichtlijn (hierna: MRI)⁴.
- 6.4 Tussen partijen staat vast dat zonder toestemming van Audi en Volkswagen (i) op websites van derden is geadverteerd en (ii) op de marktplaats van Fruugo producten zijn aangeboden met tekens die gelijk zijn aan de merken van Audi en Volkswagen voor dezelfde waren als die waarvoor die merken zijn ingeschreven. Daarmee is tussen partijen niet in geschil dat met deze handelingen sprake is geweest van inbreuken "onder a" in de zin van artikel 9 lid 2 UMVo en artikel 2.20 lid 2 BVIE. Het gaat daarom in hoger beroep om de vraag of deze inbreuken zijn gepleegd door Fruugo zelf of door de derde verkopers en, in het laatste geval, of Fruugo kan worden aangesproken op het faciliteren van die inbreuken door de derde verkopers. Het hof zal die vragen in die volgorde beoordelen.
- 6.5 De bezwaren die Audi en Volkswagen in Grief I hebben geuit tegen de vaststelling van de feiten door de rechtbank kunnen daarbij op zichzelf niet leiden tot vernietiging van het bestreden vonnis. Het hof stelt in hoger beroep zelfstandig de volgens hem ter zake doende feiten vast en heeft dat hiervoor onder 3. gedaan, in voorkomend geval met inachtneming van de bezwaren van Audi en Volkswagen.

Geen eigen inbreuk

- Rechtspraak van het HvJ EU

- 6.6 In de arresten *Google France en Google EU/Louis Vuitton*⁵ en *L'Oréal/eBay*⁶, die betrekking hadden op respectievelijk de AdWords zoekmachineadvertentiedienst van Google en de online marktplaats van eBay, heeft het HvJ EU geoordeeld dat een adverteerder inbreuk maakt op de merkrechten van een derde in de zin van de (gelijkluidende) voorgangerbepalingen van de artikelen 9 lid 2 UMVo en 10 lid 2 MRI

⁴ Richtlijn (EU) 2015/2436 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2015 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (herschikking), *PbEU* 2015, L 336, p. 1.

⁵ HvJ EU 23 maart 2010, gevoegde zaken C-236/08 tot en met C-238/08, ECLI:EU:C:2010:159 (*Google France en Google EU/Louis Vuitton c.s.*), punt 99.

⁶ HvJ EU 12 juli 2011, zaak C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal/eBay*), punt 97.

wanneer hij een zoekmachineadvertentiedienst gebruikt om met behulp van door hem gekozen, aan het betrokken merk gelijke trefwoorden reclame te maken voor de waren van dat merk, en de advertentie het de referentiegebruiker onmogelijk of moeilijk maakt om te weten of deze waren afkomstig zijn van de merkhouder of een economisch met hem verbonden onderneming, dan wel van een derde.

- 6.7 In dezelfde arresten⁷ en in het arrest *Coty Germany/Amazon*,⁸ dat betrekking had op de *online* marktplaats van Amazon, heeft het HvJ EU als volgt geoordeeld over de vraag of de exploitant van een zoekmachineadvertentiedienst of een marktplaats, wanneer hij productaanbiedingen met inbreukmakende tekens laat zien, deze tekens “gebruikt” in de zin van diezelfde voorgangerbepalingen van de artikelen 9 lid 2 UMVo en 10 lid 2 MRI. Het begrip “gebruik” in de zin van deze bepalingen is in de betrokken voorgangerregelingen niet gedefinieerd. Het vereist in de gangbare betekenis ervan een actieve gedraging en een directe of indirecte controle over de handeling waaruit het gebruik bestaat. Het gebruik door een derde van een teken in de zin van deze bepalingen veronderstelt op zijn minst 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. Het enkele feit dat iemand zorgt voor de technische voorzieningen die nodig zijn voor het gebruik van een teken en daarvoor wordt vergoed, betekent nog niet dat hij zelf het teken gebruikt, ook al handelt hij in zijn eigen economisch belang.
- 6.8 In de arresten *L'Oréal/eBay* (punt 103) en *Coty Germany/Amazon* (punt 40) concludeerde het HvJ EU op grond van deze overwegingen kort gezegd dat inbreukmakende tekens die worden getoond in verkoopaanbiedingen op een *online* marktplaats worden gebruikt door de verkopers op de marktplaats en niet door de marktplaatsexploitant zelf.
- 6.9 In de zaak die vervolgens heeft geleid tot het arrest *Louboutin/Amazon* heeft de verwijzende rechter het HvJ EU in verband met de *online* marktplaats van Amazon opnieuw gevraagd naar de uitleg van het hiervoor bedoelde begrip “gebruik”, ditmaal met de verduidelijking dat Amazon op die marktplaats ook zelf actief is als verkoper, en met de vraag of bij de betrokken beoordeling belang moet worden gehecht aan de waarneming van de gebruikers van deze marktplaats. Het HvJ EU heeft daarvoor allereerst zijn hiervoor onder 6.6 en 6.7 weergegeven rechtspraak in herinnering gebracht (punten 25 tot en met 29), alsmede zijn in de vorige alinea beschreven eerdere conclusie met betrekking tot de *online* marktplaatsen van eBay en Amazon (punten 30 tot en met 32). Het HvJ EU heeft vervolgens verwezen naar de hiervoor bedoelde verduidelijkingen van de verwijzende rechter, die maken dat sprake is van een andere context (punten 33 tot en met 38). Het HvJ EU heeft daarna als volgt geoordeeld over die context:

“39. Wat in dit verband de „commerciële communicatie” van een onderneming (...) betreft, zij erop gewezen dat (...) hieronder in het algemeen elke vorm van aan derden gerichte communicatie wordt verstaan die ertoe dient om haar activiteit, goederen of diensten te promoten, of om aan te geven dat zij een dergelijke activiteit uitoefent. De onderneming maakt in haar eigen commerciële communicatie slechts gebruik van het betrokken teken indien dit teken in de ogen

⁷ Arresten *Google France en Google EU/Louis Vuitton*, punten 56 en 57, en *L'Oréal/eBay*, punt 102.

⁸ HvJ EU 2 april 2020, zaak C-567/18, ECLI:EU:C:2020:267 (*Coty Germany/Amazon*), punten 36-39 en 43.

van derden overkomt als een integrerend bestanddeel van die communicatie en dus als een onderdeel van de activiteit van deze onderneming.

40. In dit verband zij eraan herinnerd dat het Hof reeds heeft vastgesteld dat in een situatie waarin een dienstverlener een [inbreukmakend, hof] teken gebruikt (...) om waren aan te prijzen die een van zijn klanten met behulp van de verleende diensten in de handel brengt, deze dienstverlener zelf gebruikmaakt van dit teken wanneer hij het op zodanige wijze gebruikt dat een verband ontstaat tussen dat teken en de door hem verrichte diensten (...).

41. Aldus heeft het Hof geoordeeld dat een dergelijke dienstverlener niet zelf een [inbreukmakend, hof] teken gebruikt (...), wanneer de door deze dienstverlener verrichte dienst naar zijn aard niet kan worden vergeleken met een dienst ter bevordering van de verhandeling van waren die van dit teken zijn voorzien en niet impliceert dat een verband tussen deze dienst en dit teken ontstaat. De dienstverlener is immers niet zichtbaar voor de consument, zodat zijn diensten niet met het betrokken teken kunnen worden geassocieerd (...).

42. Daarentegen is er wel sprake van een dergelijk verband wanneer de beheerder van een onlinemarktplaats – in het kader van een vermeldingsservice op internet en met behulp van een trefwoord dat gelijk is aan een merk van een ander - reclame maakt voor de door zijn klanten op zijn marktplaats verkochte waren van dat merk. Dergelijke reclame creëert immers voor internetgebruikers die op dit trefwoord zoeken een duidelijke associatie tussen deze merkproducten en de mogelijkheid om ze via die marktplaats te kopen. Om die reden is de merkhoudster gerechtigd die beheerder een dergelijk gebruik te verbieden wanneer die reclame inbreuk maakt op zijn merkrecht omdat zij het voor een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende internetgebruiker onmogelijk of moeilijk maakt om te weten of de betrokken waren afkomstig zijn van de merkhoudster of een economisch met hem verbonden onderneming, dan wel, integendeel, van een derde (...).

43. [Uit de rechtspraak volgt, hof] dat, om vast te stellen of de beheerder van een [hybride marktplaats, hof] zelf gebruikmaakt van een [inbreukmakend, hof] teken (...) dat wordt gebruikt in verkoopaanbiedingen voor waren die door derde verkopers op die marktplaats worden aangeboden, moet worden nagegaan of een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende gebruiker van die website een verband legt tussen de diensten van deze beheerder en het betrokken teken.

(...) 48. Om te bepalen of een verkoopaanbieding die op een [hybride marktplaats, hof] is gepubliceerd door een op die marktplaats actieve derde verkoper die gebruikmaakt van een [inbreukmakend, hof] teken (...) kan worden geacht onderdeel uit te maken van de commerciële communicatie van de beheerder van die website, moet dus worden nagegaan of deze verkoopaanbieding een verband kan doen ontstaan tussen de door deze beheerder aangeboden diensten en het betrokken teken omdat een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende gebruiker zou kunnen denken dat het deze beheerder zelf is die in eigen naam en voor eigen rekening de waar in de handel brengt waarvoor het betrokken teken wordt gebruikt.

49. In het kader van deze algemene beoordeling van de omstandigheden van het concrete geval zijn de wijze waarop de verkoopaanbiedingen, zowel afzonderlijk als in hun geheel, op de betrokken website worden gepresenteerd alsmede de aard en de omvang van de door de websitebeheerder verleende diensten van bijzonder belang.”

Het HvJ EU heeft vervolgens twee concrete omstandigheden geschetst die in het geval van een hybride marktplaats bij de referentiegebruiker de indruk kunnen wekken dat het de marktplaatsexploitant zelf is die de betrokken waren verhandelt, namelijk, kort gezegd:

(i) wanneer de exploitant de productaanbiedingen op zijn marktplaats uniform inricht,

zonder onderscheid tussen zijn eigen aanbiedingen en die van derde verkopers en overal met zijn eigen logo (punten 50 tot en met 52); en

(ii) wanneer hij derde verkopers in het kader van de verhandeling van de betrokken waren aanvullende diensten aanbiedt die met name bestaan in de opslag en de verzending van die waren (punt 53).

- Het vereiste van een actieve gedraging met controle over de betrokken gebruikshandeling is niet achterhaald (Grief III)

6.10 Anders dan Audi en Volkswagen aanvoeren, is het vereiste uit punt 37 van het arrest *Coty Germany/eBay* (met verwijzing naar eerdere rechtspraak) dat “gebruik” van een inbreukmakend teken een actieve gedraging met (directe of indirecte) controle over de betrokken gebruikshandeling veronderstelt, niet achterhaald als gevolg van de punten 39 tot en met 41 van het arrest *Louboutin/Amazon*.

6.11 Uit de punten 33 e.v. van dat laatste arrest volgt weliswaar dat het HvJ EU daarin, op grond van de gewijzigde feitelijke context, terugkomt op het oordeel in zijn arresten *L'Oréal/eBay* (punt 103) en *Coty Germany/Amazon* (punt 40) dat de exploitant van een online marktplaats niet moet worden aangemerkt als gebruiker van inbreukmakende tekens in verkoopaanbiedingen op die marktplaats, maar niet dat het ook terugkomt op de (deels bestendige) rechtspraak die het daarvoor in de punten 25 tot en met 29 in herinnering heeft gebracht, waaronder de vereisten van (i) een actieve gedraging met (directe of indirecte) controle over de betrokken gebruikshandeling en (ii) het gebruik in het kader van de eigen commerciële communicatie. In punt 39 grijpt het HvJ EU vervolgens terug op vereiste (ii) om dat nader uit te werken, waarbij de waarneming van de referentiegebruiker relevant wordt. Daarmee is vereiste (i) niet achterhaald.

6.12 Daar komt bij dat het HvJ EU vereiste (i) motiveert door te verwijzen naar [a] de gangbare betekenis van “gebruik” en [b] de noodzaak om ervoor te zorgen dat een merkhouders alleen een inbreukverbod kan verkrijgen ten aanzien van een derde die daadwerkelijk in staat is om dat verbod na te leven door het betrokken gebruik te staken.⁹ Niets in het arrest *Louboutin/Amazon* wijst erop dat deze motivering aan belang zou inboeten in het geval van een hybride marktplaats, en een dergelijke uitkomst zou ook ongerijmd zijn.

- Geen eigen inbreuk als het gaat om het adverteren op zoekmachines van derden (Grief II)

6.13 Audi en Volkswagen voeren aan dat Fruugo degene is die moet worden aangemerkt als inbreukmaker als het gaat om het adverteren voor inbreukmakende producten op websites van derden. Het is immers Fruugo die de betrokken advertenties aan de betrokken zoekmachineadvertentiediensten doorgeeft. De referentiegebruiker zal die advertenties ook opvatten als advertenties voor de marktplaats van Fruugo en dus als onderdeel van de eigen commerciële communicatie van Fruugo, en niet als advertenties van de derde verkopers. Bij eerste beschouwing ziet de referentiegebruiker namelijk niet dat die producten niet door Fruugo, maar door een derde worden verkocht. Daarbij heeft Fruugo ervoor gekozen om bij de zoekmachineadvertentiediensten aan wie zij advertenties doorzet, in het zoekveld “Store or business name” niet bijvoorbeeld “Externe verkoper op Fruugo.nl” op te nemen, maar “Fruugo.nl”, zo betogen nog steeds Audi en Volkswagen.

⁹ Reeds aangehaalde arresten *Coty Germany/Amazon*, punten 37 en 38, met verwijzing naar eerdere rechtspraak, en *Louboutin/Amazon*, punten 27 en 28.

Zij verwijzen in dat verband naar de arresten *Google France en Google EU/Louis Vuitton, Daimler*¹⁰, *mk advocaten*¹¹ en *Louboutin/Amazon* (punt 42).

- 6.14 Het hof volgt Audi en Volkswagen hier niet in, omdat de derde verkopers en niet Fruugo hier moeten worden aangemerkt als adverteerder. Het zijn hier immers die derde verkopers die alle gegevens bepalen voor gebruik in de betrokken advertenties, waaronder de door de zoekmachineadvertentiediensten te gebruiken zoektermen. Audi en Volkswagen hebben niet weersproken dat Fruugo alle productaanbiedingsgegevens, zoektermen en overige door de derde verkopers op het *Merchant Centre* van Fruugo ingevulde gegevens één op één aan die zoekmachineadvertentiediensten doorgeeft doordat zij haar productgegevensdatabank in een doorlopend volautomatisch proces uploadt naar het *Merchant Data Center* van Google Shopping en naar gelijksoortige *portals* van andere zoekmachineadvertentiediensten.
- 6.14.1 Audi en Volkswagen voeren aan dat Fruugo de betrokken advertentiekosten betaalt en die slechts doorbelast aan de derde verkopers als een advertentie tot een verkoop heeft geleid, hetgeen ertoe leidt dat Google Fruugo als de adverteerder presenteert als men na een zoekopdracht op Google op de drie verticale puntjes naast “Gesponsord” klikt (zie hiervoor onder 3.6.1). Dat maakt het voorgaande niet anders, omdat de voor gebruik kenmerkende handeling niet de betaling van de advertentiekosten is, maar het bepalen van de in de advertentie te vermelden gegevens, waaronder de zoektermen.
- 6.14.2 Dat Fruugo aan haar derde verkopers bepaalde adviesdiensten verleent, maakt de zaak evenmin anders. Fruugo heeft in dat kader onweersproken aangevoerd dat die diensten zich beperken tot advies over hoe die derde verkopers het beste internationaal kunnen verkopen, door bijvoorbeeld gratis bezorgdiensten of bezorgdiensten met *track and trace* aan te bieden, de productomschrijvingen op een bepaalde manier op te stellen en bepaalde types productafbeeldingen te gebruiken. Ook dan zijn het uiteindelijk de derde verkopers zelf die de zoektermen bepalen.
- 6.14.3 Audi en Volkswagen stellen dat Fruugo zelf op de achtergrond “*custom*” *product data* aan zoekmachineadvertentiediensten verstrekt, dat wil zeggen productgegevens die niet voor de gebruiker zichtbaar zijn, maar die wel werken als zoekterm voor de merken van Volkswagen of Audi. Fruugo heeft dat gemotiveerd betwist. Zij heeft daarbij onweersproken toegelicht dat voorbeelden waarin Google Shopping een product herkent zonder dat bepaalde merk- of productnaamgegevens in de advertentie verschijnen zijn te verklaren doordat Google Shopping een *computer vision* algoritme gebruikt om de foto’s te analyseren die door adverteerders in haar *Merchant Data Center* worden geüpload en om op basis daarvan zoekopdrachten aan de betrokken producten te koppelen.
- 6.14.4 De door Audi en Volkswagen aangehaalde arresten kunnen hen niet baten, omdat het HvJ EU daarin als adverteerder op een zoekmachineadvertentiedienst en dus als mogelijk inbreukmaker heeft aangemerkt diegene die de betrokken zoektermen heeft gekozen¹², die “de advertentie heeft besteld en op wiens aanwijzingen de websitebeheerder, als

¹⁰ HvJ EU 3 maart 2016, C-179/15, ECLI:EU:C:2016:134 (*Daimler/Egyűd Garage Gépjárműjavító és Értékesítő*).

¹¹ HvJ EU 2 juli 2020, C-684/19, ECLI:EU:C:2020:519 (*mk advocaten/MBK Rechtsanwälte*).

¹² Reeds aangehaalde arresten *Google France en Google EU/Louis Vuitton*, punt 51 en *L'Oréal/eBay*, punten 84 en 85.

aanbieder van die [zoekmachineadvertentie]dienst, heeft gehandeld”¹³, of “die (...) aan de beheerder van een internetzoekmachine de opdracht geeft om een advertentie te publiceren”¹⁴.

- 6.14.5 Gelet op het voorgaande is niet ter zake doende dat Fruugo de zoekmachineadvertentiediensten niet heeft verzocht om niet haar, maar de betrokken derde verkoper of een generieke aanduiding als “Externe verkoper op Fruugo.nl” in de betrokken advertenties te vermelden.
- Geen eigen inbreuk als het gaat om het aanbieden van producten op de marktplaats (Grief IV)
- 6.15 Audi en Volkswagen voeren aan dat het HvJ EU zijn regel uit het arrest *Louboutin/Amazon* ter zake van het verband dat de referentiegebruiker zal leggen tussen de diensten van de marktplaatsexploitant en een op die marktplaats gebruikt inbreukmakend teken weliswaar heeft ontwikkeld met betrekking tot een hybride marktplaats, maar dat niets in dat arrest erop wijst dat die regel niet ook van toepassing is op een niet-hybride marktplaats. Fruugo betwist dat.
- 6.16 Het hof kan het antwoord op deze vraag in het midden laten, omdat Audi en Volkswagen voor het geval die regel van toepassing zou zijn niet voldoende hebben toegelicht waarom de referentiegebruiker in het geval van de productaanbiedingen op Fruugo zou kunnen denken dat niet een derde, maar Fruugo zelf de verkoper is van de op haar marktplaats met inbreukmakende tekens aangeboden producten.¹⁵
- 6.17 Voor deze beoordeling moeten alle relevante omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, waaronder met name (i) de wijze waarop de verkoopaanbiedingen, zowel afzonderlijk als in hun geheel, op de betrokken marktplaats worden gepresenteerd, en (ii) de aard en omvang van de door de marktplaatsexploitant verleende diensten.¹⁶
- 6.18 Voor deze beoordeling moet worden uitgegaan van de waarneming van de normaal geïnformeerde en redelijk oplettende gebruiker, in dit arrest verkort weergegeven als de referentiegebruiker.
- 6.18.1 Het HvJ EU heeft diezelfde termen ook gebruikt om invulling te geven aan het begrip “gemiddelde consument” in de zin van de artikelen 5 e.v. van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (hierna: RIOHP)¹⁷ en heeft in dat verband mede verwezen naar zijn rechtspraak over het begrip “verwarring bij het publiek” in, kort gezegd, de inbreuk “sub b” van het unitaire merkenrecht¹⁸. Daarom kan worden aangenomen dat andersom de

¹³ Reeds aangehaald arrest *Daimler*, punt 34.

¹⁴ Reeds aangehaald arrest *mk advocaten*, punt 21.

¹⁵ Reeds aangehaald arrest *Louboutin/Amazon*, punten 43 en 48.

¹⁶ *Idem*, punt 49.

¹⁷ Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van een aantal richtlijnen en verordeningen, *PbEU* 2005 L 149, p. 22.

¹⁸ HvJ EU 14 november 2024, C-646/22, ECLI:EU:C:2024:957 (*Compass Banca/AGCM*), punt 55, onder verwijzing naar HvJ EU 22 juni 1999, C-342/97, ECLI:EU:C:1999:323 (*Lloyd Schuhfabrik Meyer*), punten 25 en 26.

rechtspraak van het HvJ EU met betrekking tot de normaal geïnformeerd en redelijk oplettende consument uit de RIOHP ook relevant is voor de bepaling van de met dezelfde termen omschreven marktplaatsgebruiker uit de punten 43 en 48 van het arrest *Louboutin/Amazon*.

- 6.18.2 Volgens die rechtspraak met betrekking tot de RIOHP is de “gemiddelde consument”, in overweging 18 van de considerans van die richtlijn omschreven als een redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument, een objectief begrip dat verwijst naar een fictieve doorsneeconsumenten en dat losstaat van de concrete kennis waarover de betrokkene beschikt of kan beschikken. De vaststelling van de reactie van de gemiddelde consument mag geen louter theoretische aangelegenheid zijn maar moet ook realistischere overwegingen in aanmerking nemen. De informatie waarover deze normaal geïnformeerde consument beschikt is de informatie waarvan redelijkerwijs mag worden aangenomen dat die, gelet op de relevante maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren, bij elke consument bekend is, en niet informatie die specifiek is voor de transactie in kwestie, zij het dat zijn aandachtsniveau kan variëren naargelang van het soort diensten waarom het gaat.¹⁹
- 6.18.3 Fruugo heeft onweersproken aangevoerd dat in 2023 circa acht op de tien Nederlanders *online* inkopen hebben gedaan, waardoor het *online* aankopen voor de meeste mensen aan de orde van de dag is. Audi en Volkswagen bestrijden terecht dat daarmee is gezegd dat de referentiegebruiker een *internet wizzard* is, maar daaruit volgt wel dat die gebruiker, zoals Fruugo aanvoert, heel goed weet hoe een *online* marktplaats is ingericht, hoe daarop te navigeren en waar relevante informatie is te vinden.
- 6.19 Wat vervolgens ten eerste de presentatie van de productaanbiedingen op de marktplaats van Fruugo betreft, geldt het volgende.
- 6.19.1 Audi en Volkswagen voeren aan dat 97% van de bezoekers van de marktplaats van Fruugo daar komt omdat zij daarnaartoe worden geleid door een advertentie op een zoekmachine waarin “Fruugo.nl” wordt vermeld als adverteerder. Op de marktplaats zelf heeft Fruugo vervolgens prominent haar eigen logo in beeld gezet, zonder meteen op duidelijk zichtbare wijze kenbaar te maken dat op die marktplaats alleen producten van derde verkopers worden aangeboden. Als het daarna gaat om de productaanbiedingen vermeldt Fruugo volgens Audi en Volkswagen slechts op betrekkelijk ondergeschikte wijze de naam van de betrokken derde verkoper, waarbij slechts na doorklikken nadere gegevens over die verkoper zichtbaar worden, zo betogen nog steeds Audi en Volkswagen.
- 6.19.2 Het hof volgt Audi en Volkswagen niet in dit betoog, omdat het is gegrond op de veronderstelling dat de referentiegebruiker bij het raadplegen van productaanbiedingen op de marktplaats van Fruugo (uit eigen beweging of na het klikken op een advertentie op een zoekmachine) zou kunnen denken dat die marktplaats hybride is, waardoor die gebruiker er op meteen waarneembare wijze op zou moeten worden geattendeerd dat het om een niet-hybride marktplaats gaat. Fruugo heeft dat gemotiveerd weersproken. Zij voert aan dat haar marktplaats een “normale” of “klassieke” marktplaats is zoals eBay en Etsy, in de zin dat zij daarop zelf geen producten te koop aanbiedt, terwijl daarnaast ook hybride marktplaatsen bestaan als Amazon en Bol.com, waarbij de referentiegebruiker

¹⁹ Punten 46 e.v. van het in de vorige noot aangehaalde arrest *Compass Banca/AGCM*.

weet dat hij of zij bij deze laatste marktplaatsen ook productaanbiedingen van Amazon en Bol.com zelf kan aantreffen. Audi en Volkswagen hebben daarna niet toegelicht waar hun veronderstelling op is gebaseerd.

6.19.3 Dat in de advertenties op zoekmachines “Fruugo.nl” wordt vermeld als plek waar het product kan worden gekocht, doet hier niet aan af. Fruugo heeft namelijk onweersproken aangevoerd dat wanneer op een zoekmachine wordt geadverteerd voor een product dat op een *online* marktplaats wordt aangeboden, het bij alle *online* marktplaatsen, dat wil zeggen zowel hybride en niet-hybride, standaardpraktijk is dat in de advertentie wordt verwezen naar de marktplaats als de plek waar het product kan worden gekocht, en niet naar de verkoper. Op dit punt kan daarom geen verwarring ontstaan bij de referentiegebruiker.

6.19.4 Als de referentiegebruiker geen reden heeft om te denken dat de marktplaats van Fruugo hybride is, valt niet in te zien hoe hij of zij op grond van de inrichting van de productaanbiedingen op die marktplaats kan denken dat niet een derde verkoper, maar Fruugo zelf de verkoper is. Dat Fruugo op haar website linksboven de pagina haar eigen logo voert, kan haar moeilijk worden tegengeworpen: zij is immers de exploitant van de betrokken marktplaats en heeft afbeeldingen in het geding gebracht van andere *online* marktplaatsen waaruit blijkt dat alle grotere marktplaatsexploitanten hun logo op een vergelijkbare wijze voeren. Vervolgens bevatten de productaanbiedingen zelf:

- eerst in Inrichting I bovenaan een veld “Van”, gevolgd door de aanklikbare naam van het merk of van de derde verkoper en, onderaan, een veld “Retailer VRN”, gevolgd door een nummer of “NA”;

- vervolgens in Inrichting II bovenaan een veld “Merk”, gevolgd door een aanklikbare naam van de derde verkoper en, onderaan, eenzelfde veld “Retailer VRN” als in Inrichting I;

- later in Inrichting III bovenaan hetzelfde veld “Merk” als in Inrichting II en, onderaan, een veld “Verkocht door”, gevolgd door een aanklikbare naam; en

- ten slotte in Inrichting IV hetzelfde veld “Verkocht door” als in Inrichting III, maar bovenaan.

In de loop van de tijd wordt de vermelding van de naam van de derde verkoper weliswaar steeds duidelijker, maar ook in Inrichting I moet voor de referentiegebruiker al duidelijk zijn dat de verkoper niet Fruugo is, maar een derde. Een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende gebruiker zal immers willen weten met wie hij zaken aan het doen is.

6.20 De punten die Audi en Volkswagen hier tegenin hebben gebracht, kunnen niet tot een ander oordeel leiden.

6.20.1 In die gevallen waarin in Inrichting I het veld “Van” wordt gevolgd door een merk, kan weliswaar enige verwarring ontstaan, maar ook dan kan van de referentiegebruiker worden verwacht dat hij of zij die verwarring opheft door verder te kijken in de productaanbiedingen om te zien wie de verkoper is. Hetzelfde geldt voor de Inrichtingen II en III, waar de aanklikbare naam van de derde verkoper volgt op de vermelding “Merk”. Fruugo wijst er terecht op dat haar eigen logo in geen van de Inrichtingen in de productaanbieding zelf wordt getoond, maar alleen linksboven de pagina.

6.20.2 Dat in Inrichtingen I en II onderaan achter “Retailer VRN” een niet door de referentiegebruiker traceerbaar nummer stond of in sommige gevallen “NA” (van “not applicable”) doet er niet aan af dat duidelijk is dat sprake is van een derde verkoper.

Hetzelfde geldt voor de door Audi en Volkswagen aangehaalde voorbeelden waarin in Inrichting III na “Verkocht door” een onbegrijpelijke naam stond.

- 6.20.3 De positie van Fruugo onderscheidt zich daarom van die van Brandtraders in de door Audi en Volkswagen in dit verband aangehaalde beschikking van het HvJ EU *UDV/Brandtraders*²⁰, waarin vaststond dat gestelde inbreukmaker Brandtraders handelde als commissionair, dat wil zeggen in eigen naam maar voor rekening van een achterliggende verkoper.
- 6.20.4 Dat werknemers van Fruugo in het openbaar hebben verklaard dat Fruugo als doel heeft dat een gebruiker van haar marktplaats nergens door wordt afgeleid en zo snel mogelijk zijn of haar mandje valideert, betaalt en vertrekt, of dat haar marktplaats de antithese is van een marktplaats, dan wel geen marktplaats maar een heel goede marketingmachine, doet niet af aan de hiervoor beoordeelde kenmerken van de Inrichtingen. Ook het feit dat Fruugo zichzelf in haar algemene voorwaarden in sommige gevallen aanduidt als “handelsagent” of “commercial agent” betekent niet dat de referentiegebruiker zal denken dat zij de verkoper is.
- 6.21 Wat ten tweede de door Fruugo aan de derde verkopers verleende diensten betreft, geldt dat Fruugo onweersproken heeft aangevoerd dat zij geen magazijn of afhandelingscentra beheert. Audi en Volkswagen wijzen erop dat Fruugo de productprijs telkens vertaalt naar de valuta van de betrokken gebruiker en bij een aankoop de betaling laat verwerken, maar hebben niet toegelicht in hoeverre een en ander waarneembaar is voor de referentiegebruiker bij het bezoeken van de marktplaats.
- 6.22 Audi en Volkswagen hebben verder *online* beoordelingen van de koopervaring op Fruugo in het geding gebracht waaruit in sommige gevallen blijkt dat de betrokken kopers dachten dat de betrokken verkoper Fruugo zelf was, al dan niet als zogeheten *dropshipper*, dat wil zeggen een verkoper die geen producten op voorraad houdt maar de producten bij bestelling inkoopt en laat leveren door een derde. Ook deze beoordelingen kunnen niet tot een andere uitkomst leiden. Audi en Volkswagen hebben met deze beoordeling ten eerste in kwantitatieve zin niet toegelicht wat de verhouding is tussen kopers die dachten dat Fruugo de verkoper was en kopers die hadden begrepen dat dat een derde was. Ten tweede hebben zij in kwalitatieve zin niet toegelicht waarom de betrokken kopers konden worden aangemerkt als normaal geïnformeerd en redelijk oplettend.
- 6.23 De vorderingen moeten daarom worden afgewezen voor zover zij zijn gegrond op de primaire grondslag.

Geen aansprakelijkheid wegens het faciliteren van merkinbreuk door derde verkopers (Grief V)

- De hosting-exceptie

- 6.24 Artikel 6:196c lid 4 BW bepaalde tot 3 februari 2025 dat degene die diensten van de informatiemaatschappij verricht als bedoeld in artikel 3:15d lid 3 BW, bestaande uit het op verzoek opslaan van informatie die van een ander afkomstig is, niet aansprakelijk is voor de opgeslagen informatie, indien hij:
- a. niet weet van de activiteit of informatie met een onrechtmatig karakter en, in geval van

²⁰ HvJ EU 19 februari 2009, C-62/08, ECLI:EU:C:2009:111 (*UDV/Brandtraders*), punt 8.

een schadevergoedingsvordering, niet redelijkerwijs behoort te weten van de activiteit of informatie met een onrechtmatig karakter, dan wel
b. zodra hij dat weet of redelijkerwijs behoort te weten, prompt de informatie verwijdt of de toegang daartoe onmogelijk maakt.

- 6.25 Deze bepalingen waren de omzetting voor Nederland van de vrijwel gelijkkluidende definitiebepaling van “diensten van de informatiemaatschappij” in artikel 2 aanhef en onder a en van de *hosting*-exceptie van artikel 14 lid 1 van de Richtlijn Elektronische Handel (hierna: RIEH)²¹, en moeten daarom zoveel mogelijk conform die bepaling worden uitgelegd. Naast de uit de bewoording van artikel 14 lid 1 RIEH kenbare vereisten van (i) het verlenen van een dienst van de informatiemaatschappij (ii) die bestaat uit het op verzoek opslaan van informatie die van een ander afkomstig is, heeft het HvJ EU uit overweging 42 van de considerans bij de RIEH en uit het opschrift “Aansprakelijkheid van dienstverleners die als tussenpersoon optreden” van de betrokken Afdeling 4 van Hoofdstuk II RIEH het vereiste afgeleid dat de betrokken onderneming (iii) zich moet beperken tot een neutrale verlening van haar opslagdienst met behulp van een louter technische, automatische en passieve verwerking van de betrokken gegevens, en geen actieve rol mag vervullen waardoor zij kennis heeft van of controle daarover.²²
- 6.26 Met ingang van 17 februari 2024 is de Digitaledienstenverordening (hierna: DDVo)²³ van toepassing geworden. Artikel 3 aanhef en onder a daarvan bevat dezelfde definitiebepaling als artikel 2 aanhef en onder a RIEH en artikel 6 lid 1 bevat dezelfde regeling als die van artikel 14 lid 1 RIEH, zij het dat in lid 3 van dat artikel is bepaald dat die regeling niet van toepassing is voor de consumentenbeschermingsrechtelijke aansprakelijkheid van *online* platforms die consumenten de mogelijkheid bieden overeenkomsten op afstand met handelaren te sluiten, wanneer een dergelijk platform de specifieke informatie toont of anderszins de betrokken specifieke transactie mogelijk maakt op een wijze die een gemiddelde consument zou doen geloven dat de betrokken informatie, producten of diensten worden verstrekt door het onlineplatform zelf dan wel door een afnemer van de dienst die op gezag of onder toezicht van de dienaar aanbieder handelt. Audi en Volkswagen zijn niet opgekomen tegen het oordeel van de rechtbank (r.o. 4.30) dat dit nieuwe lid 3 hier niet van toepassing is en daarmee niet in de weg staat aan toepassing van de *hosting*-exceptie.
- 6.27 Omdat beide bepalingen de *hosting*-exceptie regelen is met ingang van 17 februari 2024 op grond van de directe werking en voorrang van de DDVo niet meer artikel 6:196c lid 4 BW van toepassing op dat onderwerp, maar uitsluitend artikel 6 DDVo.²⁴ Aangenomen kan worden dat het HvJ EU in geval van vragen van uitleg zijn rechtspraak met betrekking tot artikel 14 lid 1 RIEH zal doortrekken naar de uitleg van artikel 6 lid 1

²¹ 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, *PbEG* 2000 L 178, p. 1.

²² Reeds aangehaalde arresten *Google France en Google EU/Louis Vuitton*, punten 112-114, en *L'Oréal/eBay*, punten 112 en 113.

²³ Verordening (EU) 2022/2065 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, *PbEU* 2022 L 277, p. 1. Zie artikel 93 lid 2 daarvan voor de datum waarop deze verordening van toepassing is geworden.

²⁴ Artikel 6:196c lid 4 BW is op 4 februari 2025 komen te vervallen krachtens artikel 5.4 van de Uitvoeringswet digitaledienstenverordening, *Stb.* 2025, 21.

DDVo. Deze bepaling is namelijk gelijklopend, Hoofdstuk II DDVo heeft een gelijkaardig opschrift “Aansprakelijkheid van aanbieders van tussenhandeldiensten” en overweging 18 van de considerans van de DDVo is in zoverre gelijklopend aan overweging 42 van de considerans van de RIEH.

- 6.28 Het hof zal de toepassing van de *hosting*-exceptie daarom hierna gezamenlijk beoordelen (i) onder het regime van artikel 6:196c lid 4 BW voor de periode tot 17 februari 2024; en, voor zover Audi en Volkswagen met punt 2.29 van hun memorie van grieven stellen dat na die datum een inbreuk heeft plaatsgevonden, (ii) onder het regime van artikel 6 lid 1 DDVo voor de periode vanaf die datum.
- Het als dienst van de informatiemaatschappij opslaan van informatie van een derde
- 6.29 Audi en Volkswagen zijn bij memorie van grieven niet opgekomen tegen het oordeel van de rechtbank (r.o. 4.22) dat Fruugo met haar marktplaatsactiviteit (i) een dienst van de informatiemaatschappij verleent (ii) dat bestaat uit het op verzoek opslaan van informatie die van een ander afkomstig is.
- 6.30 Audi en Volkswagen voeren wel aan dat Fruugo meer doet dan alleen het opslaan van informatie, omdat zij ook bij zoekmachineadvertentiediensten adverteert en de productaanbiedingen van haar derde verkopers in dat kader actief naar die advertentiediensten doorzet. Het hof volgt Audi en Volkswagen niet in deze klacht. Als het gaat om het plaatsen van advertenties op zoekmachineadvertentiediensten heeft het hof hiervoor geoordeeld dat niet Fruugo, maar de derde verkopers als de adverteerder moeten worden aangemerkt. Met betrekking tot het doorzetten van advertenties geldt dat dat onlosmakelijk is verbonden met dezelfde advertentieactiviteit, die louter aan deze derde verkopers kan worden toegerekend.
- 6.31 Tijdens de mondelinge behandeling hebben Audi en Volkswagen aangevoerd dat uit de toelichting van de Europese Commissie bij haar voorstel voor de RIEH²⁵ volgt dat niet als *hosting* kan worden aangemerkt een activiteit als handelsagent, zoals wanneer een reisbureau namens een luchtvaartmaatschappij vliegtickets verkoopt. Dat argument ligt niet in het verlengde van de toelichting die Audi en Volkswagen hebben gegeven bij hun grief tegen het oordeel van de rechtbank dat Fruugo zich wat het faciliteren betreft kan beroepen op de *hosting*-exceptie, en is daarom te laat aangevoerd.
- 6.32 Daar komt bij dat Fruugo gemotiveerd heeft betwist dat haar rol vergelijkbaar is met die van een reisbureau dat vliegtickets verkoopt. De artikelen 2.1 en 4.3.1 van haar *Terms and Conditions for Fruugo Retailers* luiden, voor zover hier van belang, als volgt:

“2.1 **Platform.** The Fruugo Platform enables the Retailer to display and sell Products in some or all of the Fruugo Country Marketplaces, as determined by the Retailer. (...)

(...)

4.3.1. **Fruugo is not a party.** Fruugo provides the Fruugo Platform for the Retailer and Customers to complete Transactions. Fruugo is never a party to any Transaction completed through the Fruugo Platform. Any contract of sale concluded through the Fruugo Platform is solely between the Retailer and the Customer, and Fruugo has the Retailer's authority to bind the Retailer to a

²⁵ Commissiestuk COM (1998) 586 definitief, p. 27.

Transaction pursuant to such contract to the extent it is created through the Fruugo Platform. Fruugo acts as a commercial agent on behalf of the Retailer only and not on behalf of the Customer. By joining the Fruugo Portal and/or listing Products for sale on the Fruugo Platform, the Retailer authorises Fruugo to conclude the sale of Products to Customers through the Fruugo Platform on behalf of the Retailer."

Aan Audi en Volkswagen kan worden toegegeven dat in de laatste twee volzinnen van dat artikel 4.3.1 staat dat Fruugo als handelsagent van de verkoper optreedt en dat deze, door zich bij Fruugo aan te melden en producten op te geven voor verkoop op haar marktplaats, Fruugo machtigt om namens hem de producten via de marktplaats aan klanten te verkopen. Uit de daaraan voorgaande tekst volgt echter dat de bemoeienis van Fruugo zich daarbij beperkt tot het aanbieden van de marktplaats waarop verkopers en klanten koopovereenkomsten kunnen sluiten en tot het binden van een verkoper aan een aldus gesloten overeenkomst, en dat Fruugo daar nooit zelf partij bij is.

- Louter passieve dienstverlening

- 6.33 Audi en Volkswagen zijn opgekomen tegen het oordeel van de rechtbank dat (iii) Fruugo bij haar *hosting*-dienst geen actieve rol vervult. Zij voeren aan dat Fruugo aan haar derde verkopers vergaande bijstand verleent om hun verkoopaanbiedingen te bevorderen, met name door daarover te adviseren, door de verkoopaanbiedingen actief door te zetten naar zoekmachineadvertentiediensten en door daarbij de juiste zoektermen te selecteren.
- 6.34 Fruugo heeft onder verwijzing naar de technische inrichting van haar *Merchant Centre* en marktplaats gemotiveerd betwist dat zij de hiervoor bedoelde activiteiten verricht en dat de activiteiten die zij wel verricht een actieve rol meebrengen met betrekking tot de door haar opgeslagen gegevens, aldus dat zij daarvan kennis krijgt of daarover controle krijgt.
- 6.35 Het hof geeft Fruugo om de volgende redenen gelijk.
- 6.35.1 In de punten 115 en 116 van zijn reeds aangehaalde arrest *L'Oréal/eBay* heeft het HvJ EU geoordeeld dat het enkele feit dat de exploitant van een *online* marktplaats de verkoopaanbiedingen op zijn server opslaat, bepaalt hoe zijn dienst wordt verleend, daarvoor een vergoeding ontvangt en algemene inlichtingen aan zijn klanten/verkopers verstrekt, er niet toe leidt dat hij geen beroep kan doen op de *hosting*-exceptie, maar dat hij zich daar niet op kan beroepen wanneer hij de verkoopaanbiedingen van zijn derde verkopers optimaliseert of bevordert. Met dat laatste heeft hij namelijk geen neutrale positie ingenomen tussen die derde verkopers en de potentiële kopers, maar een actieve rol gespeeld waardoor hij kennis van of controle over de gegevens betreffende die aanbiedingen heeft gekregen. Uit deze laatste verduidelijking volgt dat het bij het hier door het HvJ EU bedoelde "optimaliseren en bevorderen van verkoopaanbiedingen van derde verkopers" moet gaan om het optimaliseren en bevorderen op individueel niveau. Alleen dan kan de exploitant immers kennis van en controle over de inhoud van die aanbiedingen krijgen. Fruugo heeft echter toegelicht dat zij slechts op macroniveau adviseert en niet over individuele aanbiedingen, en dat zij in zoverre kennis noch controle kan krijgen over de inhoud van die aanbiedingen.
- 6.35.2 De omstandigheid dat de exploitant van een online marktplaats een geautomatiseerde indexering van de op die marktplaats aangeboden producten verricht en dat de

marktplaats een zoekfunctie heeft kan niet volstaan om te oordelen dat deze exploitant „concrete” kennis heeft van de inhoud van die productaanbiedingen.²⁶

- 6.35.3 Uit de door Fruugo beschreven, in zoverre niet bestreden werkwijze van haar systemen volgt dat het de derde verkopers zijn die de door hen gewenste zoektermen selecteren voor gebruik op zoekmachineadvertentiediensten. Uit deze werkwijze volgt dat het doorzetten van de productaanbiedingsgegevens van de derde verkopers naar de zoekmachineadvertentiediensten in een doorlopend volautomatisch proces plaatsvindt doordat Fruugo de structuur van de velden op haar eigen *Merchant Centre* heeft afgestemd op die op de *Merchant Centres* van de betrokken zoekmachineadvertentiediensten.
- 6.35.4 Dat de referentiegebruiker volgens Audi en Volkswagen mogelijk zal denken dat hij producten bij een lokale verkoper aan het kopen is, is buiten het geval van artikel 6 lid 3 DDVo, dat zich hier niet voordoet, niet relevant. Audi en Volkswagen hebben in punt 2.34 van hun memorie van grieven overweging 24 van de considerans van de DDVo onvolledig aangehaald, terwijl uit de inleidende volzin van die overweging duidelijk wordt dat zij slechts betrekking heeft op datzelfde lid 3. Bovendien heeft het hof hiervoor geoordeeld dat Audi en Volkswagen hun stelling op dit punt onvoldoende hebben onderbouwd.
- 6.35.5 Tijdens de mondelinge behandeling hebben Audi en Volkswagen verwezen naar stukken waaruit volgens hen blijkt dat Fruugo een zeer actieve rol speelt bij de inhoud van het productaanbod van haar derde verkopers, bijvoorbeeld door proactief te zoeken naar verkoopkansen, te investeren in de producten van de derde verkopers en door op maat gemaakte advertenciacampagnes te maken. Fruugo heeft dat gemotiveerd betwist door toe te lichten dat de betrokken stukken dateren van voor de gestelde inbreukperiode, betrekking hebben op uitspraken van derden die een onjuist beeld geven van de werkwijze van Fruugo, en/of onnauwkeurig machinevertaald zijn uit het Chinees.
- 6.35.6 Voor de periode sinds 17 februari 2024 komt daar bij dat overweging 20 van de considerans van de DDVo verduidelijkt, samengevat, dat tussenhandeldiensten moeten worden geacht niet neutraal te zijn verricht wanneer de aanbieder van die diensten opzettelijk met een afnemer samenwerkt om illegale activiteiten te ontplooiën, bijvoorbeeld wanneer hij zijn dienst aanbiedt met als voornaamste doel illegale activiteiten te faciliteren. Audi en Volkswagen hebben niet gesteld dat dat hier het geval is.
- 6.36 Audi en Volkswagen zijn niet opgekomen tegen het oordeel van de rechtbank (r.o. 4.31. e.v.) dat Fruugo voldoet aan de hiervoor onder 6.24 weergegeven vereisten onder a. en b. van de *hosting*-exceptie. De vorderingen moeten daarom ook op de subsidiaire grondslag worden afgewezen.

Slotsom en proceskosten

- 6.37 Het hoger beroep van Audi en Volkswagen slaagt niet, ook niet als het gaat om de proceskostenveroordeling in eerste aanleg (Grief VI). Het hof zal het bestreden vonnis daarom bekrachtigen en Audi en Volkswagen als de in het ongelijk gestelde partijen

²⁶ Vgl. HvJ EU 22 juni 2021, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503 (*YouTube en Cyando*), punt 114.

hoofdelijk veroordelen in de proceskosten van het hoger beroep.

6.38 Fruugo heeft gevorderd dat Audi en Volkswagen op de voet van artikel 1019h Rv worden veroordeeld in de daadwerkelijke proceskosten en heeft daartoe een declaratieoverzicht overgelegd dat niet door Audi en Volkswagen is betwist. De subsidiaire grondslag van de vorderingen van Audi en Volkswagen is weliswaar aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, maar de door hen gestelde onrechtmatige daad bestaat uit het faciliteren van merkinbreuken en Audi en Volkswagen hebben met hun beide grondslagen dezelfde, op handhaving van hun merkrechten gerichte vorderingen willen schragen. Het hof beschouwt deze zaak daarom als in haar geheel betrekking hebbend op de handhaving van IE-rechten in de zin van de artikelen 1019 en 1019h Rv. Het hof zal wat betreft de redelijkheid van de door Fruugo opgevoerde advocatenkosten aansluiten bij de Indicatie-tarieven IE-zaken gerechtshoven, waarbij het uitgaat van het indicatie-tarief voor een normale IE-bodemzaak in hoger beroep van maximaal € 20.000,-, dat lager ligt dan de door Fruugo gespecificeerde kosten.

6.39 Het hof begroot de proceskosten van Fruugo daarom op:

griffierecht	€ 783,-
salaris advocaat	€ 20.000,-
<u>nakosten</u>	<u>€ 178,-</u> (plus de verhoging zoals vermeld in de beslissing)
Totaal	€ 20.961,-

Het hof zal de gevorderde wettelijke rente over de proceskosten toewijzen zoals vermeld in de beslissing.

7. Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag van 30 augustus 2023;
- veroordeelt Audi en Volkswagen hoofdelijk in de kosten van de procedure in hoger beroep, aan de zijde van Fruugo begroot op € 20.961,-, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten als Audi en Volkswagen deze niet binnen veertien dagen na vandaag heeft betaald;
- bepaalt dat als Audi en Volkswagen niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan de uitspraak heeft voldaan en Fruugo hen vervolgens dit arrest betekent, Audi en Volkswagen hoofdelijk de kosten van die betekening moeten betalen, plus extra nakosten van € 92,-, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten als Audi en Volkswagen deze niet binnen veertien dagen na betekening heeft betaald;
- verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst af wat in hoger beroep meer of anders is gevorderd.

Dit arrest is gewezen door mrs. H.M.H. Speyart van Woerden, M.P.J. Ruijpers en P.B. Hugenholtz en in het openbaar uitgesproken op 25 november 2025 in aanwezigheid van de griffier.

Voorschrift,
De Griffier van het Gerechtshof
te Den Haag

