

Jurisprudentie

Onder redactie van M. van der Linden – Smith

77. HvJ EU 23 maart 2010, grote kamer (Google France v Louis Vuitton), C-236/08

Merkenrecht, Adwords, Google, zoekmachine-advertentiedienst, art. 5 Richtlijn 89/104/EEG, art. 9 Verordening (EG) nr. 40/94, art. 14 Richtlijn 200/31/EG

Art. 5, lid 1, sub a, van de Merkenrichtlijn en art. 9, lid 1, sub a, van de Merkenverordening moeten aldus worden uitgelegd dat de houder van een merk een adverteerder mag verbieden om op basis van een trefwoord dat gelijk is aan dat merk en dat door die adverteerder zonder toestemming van deze houder is geselecteerd in het kader van een zoekmachineadvertentiedienst op internet, reclame te maken voor dezelfde waren of diensten als die waarvoor het merk ingeschreven is, wanneer die reclame het voor de gemiddelde internetgebruiker onmogelijk of moeilijk maakt om te weten of de waren of diensten waarop de advertentie betrekking heeft, afkomstig zijn van de merkhouder of een economisch met hem verbonden onderneming, dan wel, integendeel, van een derde.

De verlener van een zoekmachineadvertentiedienst op internet die een teken dat gelijk is aan een merk, als trefwoord opslaat en op basis daarvan voor de weergave van advertenties zorgt, maakt geen gebruik van dat teken in de zin van art. 5, leden 1 en 2, van richtlijn 89/104 of art. 9, lid 1, van verordening nr. 40/94.

Art. 14 van de e-commerce richtlijn moet aldus worden uitgelegd dat de daarin genoemde regel geldt voor de verlener van een zoekmachineadvertentiedienst op internet wanneer die dienstverlener geen actieve rol heeft gehad waardoor hij kennis heeft van of controle heeft over de opgeslagen gegevens. Indien dat het geval is, kan de dienstverlener niet aansprakelijk worden gesteld voor de gegevens die hij op verzoek van een adverteerder heeft opgeslagen, tenzij hij niet snel die gegevens verwijdert of de toegang daartoe onmogelijk maakt nadat hij kennis heeft gekregen van het onwettige karakter van die gegevens of van activiteiten van die adverteerder.

Noot

mr. O.M.B.J. Volgenant¹

Het Hof van Justitie heeft op 23 maart 2010 een langverwacht arrest gewezen naar aanleiding van door de Franse rechter gestelde prejudiciële vragen in een geschil tussen Google en een aantal Franse merkrechthebbers. In deze annotatie wordt kort stilgestaan bij de merkenrechtelijke aspecten, en wat uitgebreider bij de vraag of Google een beroep kan doen op de aansprakelijkheidsuitsluiting die op grond van de E-Commerce richtlijn (2000/31) geldt voor internet hosting providers.

1. Feiten

Google biedt tegen betaling adwords aan en bij de resultaten van een zoekvraag op zo'n adword wordt een advertentie (een 'gesponsorde link') in beeld gebracht. Dat is de belangrijkste inkomstenbron voor Google, en uiterst lucratief. Om een idee te geven: bij Google werken begin 2010 meer dan 20.000 mensen en er is in het eerste kwartaal van 2010 een winst gemaakt van 2 miljard dollar, op een omzet van 7 miljard dollar. Louis Vuitton en andere merkhouders hadden Google in Frankrijk gedagvaard in verband met het aan derden verkopen van adwords, en de Franse rechter oordeelde daarop dat Google inbreuk maakte op de rechten van de merkhouders.

2. Merkenrechtelijke aspecten

Het Europese Hof van Justitie legt het risico bij de adverteerder die een adword van Google heeft gekocht. Google zelf is in beginsel niet aansprakelijk voor merkinbreuk bij het gebruik van adwords. De adverteerder die het merk van een ander als adword van Google koopt, kan daarentegen wel door de merkhouder worden aangesproken. Die adverteerder maakt gebruik van het merk van de merkhouder, en de vraag is of hij inbreuk op dat merk maakt. Louis Vuitton voert deze procedure tegen Google, niet tegen individuele adverteerders. De Nederlandse Hoge Raad heeft prejudiciële vragen gesteld over een vergelijkbare situatie, in een geschil tussen een merkhouder en een adverteerder.²

De internetgebruiker kan zich vergissen omtrent de herkomst van de waren of diensten, wanneer zijn zoekterm nog in het scherm staat en tegelijkertijd de advertentie wordt getoond. Het Hof meent dat het tonen van de advertentie de indruk wekt dat er een materieel verband bestaat tussen de advertentie en de merkhouder. Er wordt dan afbreuk gedaan aan de zogeheten 'herkomstfunctie' van het merk. In de woorden van het Hof: er is sprake van afbreuk hieraan wanneer 'de advertentie het voor de normaal geïnformeerde en redelijke oplettende internetgebruiker onmogelijk of moeilijk maakt om te weten of de waren of diensten waarop de advertentie betrekking heeft, afkomstig zijn van de merkhouder dan wel van een derde'. De merkhouder moet dus kunnen verbieden dat advertenties van derden worden weergegeven waarvan internetgebruikers ten onrechte kunnen denken dat zij van de merkhouder afkomstig zijn. Maar de merkhouder moet dan de adverteerder aanpakken, en niet Google. Het Hof oordeelt dat de zogeheten 'reclamefunctie' van het merk niet wordt aangetast door het enkele feit dat een derde het merk van de merkhouder als adword koopt. Hierbij speelt volgens het Hof een rol dat normaliter de website van de merkhouder als één van de eerste niet-gesponsorde resultaten verschijnt.

1. Otto Volgenant is als advocaat en partner werkzaam bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.
2. Portokabin – Primakabin, Hoge Raad 12 december 2008, L/JN BF0518.

3. Aansprakelijkheidsuitsluiting voor Google adword

Het arrest bevat een aantal interessante overwegingen over de aansprakelijkheid van Google. Daar geldt volgens het Hof hetzelfde regime voor als voor hosting providers, namelijk geen aansprakelijkheid mits aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan.

Art. 14 van de E-Commerce richtlijn voorziet in de volgende vrijstelling van aansprakelijkheid voor hosting-activiteiten: 'De lidstaten zorgen ervoor dat, wanneer een dienst van de informatiemaatschappij bestaat in de opslag van de door een afnemer van de dienst verstrekte informatie, de dienstverlener niet aansprakelijk is voor de op verzoek van de afnemer van de dienst opgeslagen informatie, op voorwaarde dat (a) de dienstverlener niet daadwerkelijk kennis heeft van de onwettige activiteit of informatie en, wanneer het een schadevergoedingsvordering betreft, geen kennis heeft van feiten of omstandigheden waaruit het onwettige karakter van de activiteiten of informatie duidelijk blijkt, of (b) de dienstverlener, zodra hij van het bovenbedoelde daadwerkelijk kennis heeft of beseft krijgt, prompt handelt om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.'

In Nederland is dit geïmplementeerd in art. 6:196c lid 4 BW. De E-Commerce richtlijn bevat geen specifieke bepalingen over zoekmachines of de exploitatie daarvan. De enige verwijzing naar zoekmachines is te vinden in art. 21, dat de Europese Commissie opdraagt verslag te doen van de toepassing van de richtlijn. In dat verslag moet met name worden onderzocht of er voorstellen moeten worden gedaan ten aanzien van de aansprakelijkheid van 'aanbieders van superkoppelingen en zoekinstrumenten', de procedures voor kennisgeving en verwijdering, alsmede de aansprakelijkstelling na verwijdering van inhoud.

4. De conclusie van de AG

Advocaat Generaal Maduro stelt in zijn conclusie van 22 september 2009 dat art. 21 van de E-Commerce richtlijn op twee manieren kan worden uitgelegd: het aanbieden van hyperlinks en zoekmachines valt niet onder deze richtlijn en de Commissie moet beoordelen of dit aanbieden binnen de werkingssfeer van de richtlijn moet worden gebracht, of deze diensten vallen reeds onder de richtlijn en de eventuele voorstellen van de Commissie betreffen de aanpassing van de regels aan specifieke behoeften op dit vlak. De AG meent dat deze laatste uitleg correct is.

In het eerste verslag van de Commissie over de E-Commerce richtlijn koos zij de andere route en gaf zij aan verplicht te zijn om te onderzoeken 'of er voorstellen moeten worden gedaan ten aanzien van de aansprakelijkheid van aanbieders van superkoppelingen en zoekinstrumenten'.³ De Commissie heeft dat standpunt vervolgens verlaten door in deze Google adwords zaak te stellen dat de vrijstelling van art. 14 van toepassing is op Google.

Dat Google adwords een 'dienst van de informatiemaatschappij' betreft, daar valt weinig op af te dingen. De cruciale vraag is of de activiteiten van Google kunnen worden aangemerkt als hosting in de zin van art. 14 van de E-Commerce Richtlijn. Is Google adwords een dienst die bestaat in de opslag, op verzoek van de afnemer van de dienst, van door deze afnemer verstrekte informatie?

AG Maduro meende dat de vrijstelling van aansprakelijkheid van art. 14 van de E-Commerce Richtlijn niet mag gelden voor adwords. Zijn belangrijkste argument was dat hij

in de E-Commerce Richtlijn het beginsel ziet dat dienstverleners die vrijgesteld willen worden van aansprakelijkheid, neutraal moeten blijven wat de informatie betreft die zij doorgeven of opslaan. Die neutraliteit ziet hij wel bij de gewone zoekresultaten, maar niet bij Google adwords. Het tonen van gesponsorde links of advertenties door Google is het gevolg van de band van Google met de adverteerders. Adwords is volgens hem dan ook geen neutraal informatie-instrument: Google heeft er direct belang bij dat internetgebruikers klikken op de links van de advertenties. Hij ziet daarom niets in het brengen van Google adwords onder de algemene aansprakelijkheidsuitsluiting die voor hosting diensten geldt. Dat betekent in zijn optiek overigens nog niet dat Google automatisch aansprakelijk is, dat is in zijn redenering een zaak van het nationale recht.

5. Het arrest van het Hof

Het Hof volgt een andere redenering. Er moet worden onderzocht of de rol van Google in die zin neutraal is dat haar handelingen louter technisch, automatisch en passief zijn, wat impliceert dat zij geen kennis heeft van of controle heeft over de gegevens die zij opslaat. Het enkele feit dat voor de zoekmachineadvertentiedienst moet worden betaald, dat Google de wijze van vergoeding bepaalt of dat zij algemene inlichtingen aan haar klanten verstrekt, kan er volgens het Hof niet toe leiden dat Google geen beroep kan doen op de in de E-commerce richtlijn opgenomen vrijstellingen van aansprakelijkheid. Het Hof stelt dat het feit dat het geselecteerde trefwoord en het door een internetgebruiker ingevoerde zoekwoord overeenkomen, op zich niet voldoende reden is om ervan uit te gaan dat Google kennis heeft van of controle heeft over de door adverteerders in haar systeem ingevoerde en op haar server opgeslagen gegevens.

Wél relevant is volgens het Hof de rol van Google bij het schrijven van de reclameboodschap die de advertentielink begeleidt, of bij de vaststelling of de selectie van trefwoorden. Dat moet de nationale (Franse) rechter nu gaan onderzoeken. Hoewel de ruimte voor de Franse rechter klein is, valt niet uit te sluiten dat er toch wordt geoordeeld dat de aansprakelijkheidsvrijstelling voor hosts niet op Google van toepassing is. Volgens merkhoudster Louis Vuitton doet Google actief suggesties voor de selectie van trefwoorden, en dat kan al genoeg zijn om die aansprakelijkheidsuitsluiting buiten toepassing te laten. Daarnaast zorgt Google ervoor dat de resultaten alleen verschijnen bij een door de adverteerder gekozen doelgroep binnen een bepaalde plaats, regio of land. Als gebruik wordt gemaakt van het AdSense programma van Google, verschijnen de advertenties van Google niet alleen bij de resultaten van haar zoekmachine, maar ook op websites van derden. Google stemt de advertenties af op de inhoud van de website waarop de advertentie wordt geplaatst. Deze dienst gaat een stap verder dan de door het Hof beoordeelde functionaliteit.

Het antwoord van het Hof is dat het hosting regime geldt voor Google adwords wanneer Google geen actieve rol heeft gehad waardoor zij kennis heeft van of controle heeft over de opgeslagen gegevens. Indien dat het geval is, kan Google niet aansprakelijk worden gesteld voor de gegevens die zij op verzoek van een adverteerder heeft opgeslagen, ten-

3. Eerste verslag over de toepassing van Richtlijn 2000/31/EG, 21 november 2003, COM(2003) 702.

zij Google niet snel die gegevens verwijdert of de toegang daartoe onmogelijk maakt nadat zij kennis heeft gekregen van het onwettige karakter van die gegevens of van activiteiten van die adverteerder.

6. Conclusie

Preventief toezicht door Google op de door haar verkochte adwords is dus niet nodig. Over de vraag of de nationale rechter een gebod mag opleggen om een filter te installeren zijn recent door de Belgische rechter prejudiciële vragen gesteld⁴. Google moet wel snel ingrijpen nadat zij in kennis is gesteld van het onwettige karakter van een adword. De vraag is hoe dit in de praktijk gaat uitpakken. Google zal een goed werkend Notice and Takedown systeem moeten hanteren om te kunnen blijven profiteren van de aansprakelijkheidsuitsluiting die voor hosting providers geldt. Daar kan Google nog een hele klus aan krijgen. Het gevolg hiervan is dat merkhouders altijd achter de feiten aanlopen en pas als ze zien dat er inbreukmakende adwords worden gebruikt bij Google aan de bel kunnen trekken.

Al met al een overwinning voor Google. Google kan haar succesvolle businessmodel van het verkopen van adwords voortzetten. Wanneer een adverteerder het merk van een ander wil kopen als adword, dan mag Google dat verkopen. De merkhouder moet zijn pijlen op die adverteerder richten. De Franse rechter zal nog moeten beslissen of de aansprakelijkheidsvrijstelling die op grond van de E-Commerce richtlijn voor hosts geldt in Frankrijk ook daadwerkelijk op Google van toepassing is.

78. Hof -s-Gravenhage 2 maart 2010 (MyLastMANinfo), LJV BL9874

Executiegeschil, zeggenschap over website, zonecontact

Executiegeschil met betrekking tot het openen en in stand houden van de website met de domeinnaam MyLastMANinfo.com, in strijd met vonnis van voorzieningenrechter Rotterdam van 15 februari 2005. Heeft appellant zodanig middellijk of onmiddellijk belang of zeggenschap dat hij het in zijn macht heeft de overtreding van de getroffen voorzieningen te bewerkstelligen of te voorkomen?

In dat kader is wel degelijk van belang dat appellant, hoewel het hof voorshands aannemelijk acht dat hij als voorzitter van de raad van bestuur stemrecht had, de drie andere stemmen tegen zich moest laten gelden. De omstandigheid dat de andere leden van het bestuur zijn echtgenote en kinderen waren, doet daaraan niet (zonder meer) af. Ook het hebben van 40% van de aandelen rechtvaardigt niet zonder meer de conclusie dat appellant beslissingsmacht had. Dit leidt echter nog niet tot de door appellant gewenste conclusie. Hij heeft immers niet bestreden dat hij (als enig aandeelhouder en bestuurder) ten tijde van het openen van de gewraakte website wél een doorslaggevend belang en/of doorslaggevende zeggenschap had in NHG Trans International B.V. Uit de inhoud van de stukken die door MAN zijn overgelegd blijkt dat een 'zonecontact' de verbinding tussen een domeinnaam en het internet kan verbreken en de inhoud van de website kan wijzigen. Appellant heeft dat niet bestreden. Appellant was derhalve (door middel van zijn belang en zeggenschap in NHG Trans International B.V.) als zonecontact wél betrokken bij het openen en in stand houden van de gewraakte website.

79. Sector kanton Rechtbank 's-Hertogenbosch 4 maart 2010 (Goldpakket), LJV BM1632

Verbintenissenrecht, internettoegang, TV via internet, telefonische overeenkomst, informatieplicht, schriftelijke informatie, ontbindingsrecht, verkoop op afstand van dienst, art. 7:46i BW, art. 7:46d BW

Telefonisch gesloten overeenkomst met betrekking tot internettoegang en TV via internet is door Tele2 niet schriftelijk bevestigd. Tele2 heeft bewust in het geheel geen schriftelijke informatie verstrekt.

Nu Tele2 door haar stelselmatig gedrag de doelstellingen van art. 7:46a ev BW volledig ontwijkt kan zij, gezien de beschermingsratio van genoemde bepalingen als te interpreteren in het licht van Richtlijn 97/71/EG en gezien HvJ 17 december 2009 inzake Martin Martin (LJV BK7889, C-227/08) r.o. 35, zich naar eisen van redelijkheid en billijkheid in de gegeven omstandigheden niet beroepen op het verstrijken van de drie maanden termijn van art. 7:46d lid 1 BW. Aan gedaagde moet derhalve alsnog de mogelijkheid van ontbinding worden toegekend.

80. Rechtbank Groningen 4 maart 2010 (belaging Hyves), LJV BL7961

Strafrecht, Hyves, MSN, virtueel plegen, belaging, bedreiging, identiteitsfraude, art. 285 Sr, art. 285b Sr

Belaging door middel van emails en berichten op Hyves, en bedreiging.

Verdachte en aangeefster (toen 14 jaar) hebben elkaar via een spelletje op internet leren kennen. Verdachte deed zich toen voor als een jongen van 19 jaar. Verdachte en aangeefster hebben gedurende een aantal maanden chatcontact gehad via MSN. Toen aangeefster 16 jaar was, heeft zij verdachte, die inmiddels als leeftijd begin 30 had opgegeven, ontmoet. In de maanden daarna was er sprake van een seksuele relatie tussen hen. In oktober 2008 wilde aangeefster deze relatie beëindigen en heeft dat meegedeeld aan verdachte. Verdachte, die volgens zijn zeggen niet begreep waarom de relatie beëindigd werd, heeft daarna gedurende een periode van bijna een jaar de toen zestien- en zeventienjarige aangeefster belaagd. Verdachte heeft aangeefster een grote hoeveelheid e-mails gestuurd, haar familie en vrienden benaderd via de website Hyves.nl en een naaktfoto van aangeefster op internet gezet. Ook heeft verdachte aangeefster en haar vriend bedreigd. Verdachte heeft door zijn handelen een ernstige inbreuk gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van aangeefster en haar en haar vriend veel vrees aangejaagd. De rechtbank rekent het verdachte bovendien aan dat hij deze strafbare feiten heeft gepleegd jegens minderjarige slachtoffers.

Hoewel de rechtbank van oordeel is dat het hier ernstige strafbare feiten betreft, heeft de rechtbank er ook rekening mee gehouden dat de belaging en de bedreiging ten aanzien van haar vriend virtueel werden gepleegd. Ze vonden im-

4. Gerechtshof Brussel, 28 januari 2010, RG2007/AR/2424 (Scarlet/SABAM).