

## ECLI:NL:GHAMS:2013:3722

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	29-10-2013
Datum publicatie	04-11-2013
Zaaknummer	200.109.773-01
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Overeenkomst plaatsen advertenties op websites. Te veel en/of frauduleuze kliks in rekening gebracht? Zorgplicht aanbieder online marketing diensten.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

### Uitspraak

#### GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team II

zaaknummer : 200.109.773/01

zaaknummer rechtbank Amsterdam : 468996/HA ZA 10-2823

#### arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 29 oktober 2013

inzake

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**VLEGTICKETINFO B.V.**,

gevestigd te 's-Hertogenbosch,

appellante,

advocaat: mr. F.A.M. Knüppe te Arnhem,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**TRADETRACKER NEDERLAND B.V.**,

gevestigd te Almere,

geïntimeerde,

advocaat: mr. J.A. Trimbach te Amsterdam.

#### 1 Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna Vliegticketinfo en TradeTracker genoemd.

Vliegticketinfo is bij dagvaarding van 12 juni 2012 in hoger beroep gekomen van vonnissen van de rechtbank Amsterdam van 10 augustus 2011 (verder: het tussenvonnis) en 28 maart 2012 (verder: het eindvonnis), onder bovenstaand zaaknummer geweest tussen TradeTracker als eiseres in conventie, tevens verweerster in reconventie en Vliegticketinfo als gedaagde in conventie tevens eiseres in reconventie.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, tevens houdende akte wijziging van eis, met producties;
- memorie van antwoord.

Ten slotte is arrest gevraagd.

Vliegticketinfo heeft geconcludeerd dat het hof de bestreden vonnissen zal vernietigen en - uitvoerbaar bij voorraad - alsnog de vorderingen van TradeTracker volledig zal afwijzen en haar eigen vorderingen, met inachtneming van de wijziging van eis, volledig zal toewijzen, met beslissing over de proceskosten.

TradeTracker heeft geconcludeerd tot bekrachtiging van de bestreden vonnissen, met - uitvoerbaar bij voorraad - beslissing over de proceskosten.

Beide partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

## 2 Feiten

De rechtbank heeft in het tussenvonnissen onder 2.1 tot en met 2.4 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt.

## 3 Beoordeling

3.1. In deze zaak gaat het om het volgende.

TradeTracker drijft een onderneming die zich bezig houdt met online marketing. Vliegticketinfo drijft een onderneming die via haar website vliegtickets en andere reisproducten aanbiedt. Partijen hebben bij onderhandse akte van 20 november 2006 een overeenkomst gesloten genaamd 'Overeenkomst Affiliate Partner Program' (hierna: de overeenkomst). TradeTracker is op grond van de overeenkomst gehouden om door middel van het door haar ontworpen en geëxploiteerde informatiesysteem te faciliteren dat door Vliegticketinfo aangeleverde advertenties worden geplaatst op de websites van relaties (affiliates) van TradeTracker. Vliegticketinfo is verplicht om elke keer dat een internetgebruiker een van haar advertenties aanklikt ("kliks"), afhankelijk van het marktsegment, 12 cent dan wel 17 cent aan TradeTracker te betalen.

Artikel 2.1 van de overeenkomst van toepassing zijnde algemene voorwaarden (verder: de algemene voorwaarden) luidt, voor zover van belang:

*'TradeTracker verbindt zich daarnaast ook om alle activiteiten op de website van cliënt (hof: Vliegticketinfo), die gegenereerd worden door de affiliates, te inspecteren, registreren en meten. Bij disputen over de meetresultaten zullen in de regel de meetresultaten van TradeTracker doorslaggevend zijn.'*

TradeTracker heeft gedurende de looptijd van de overeenkomst kliks in haar systeem geregistreerd en de door haar geregistreeerde kliks maandelijks aan Vliegticketinfo gefactureerd. Vliegticketinfo heeft de facturen van TradeTracker van 1 juli 2009, 1 augustus 2009, 1 september 2009, 1 oktober 2009 en 1 december 2009 onbetaald gelaten. Het totaal van deze facturen bedraagt, rekening houdende met de creditfactuur van 1 november 2009, € 5.731,14.

Vliegticketinfo heeft gedurende de looptijd van de overeenkomst de kliks laten registreren door het bedrijf Nedstat (in de stukken ook wel Sidestat genoemd).

Vliegticketinfo heeft bij e-mail van 23 oktober 2009 het vertrouwen in TradeTracker opgezegd en de overeenkomst per direct 'gestaakt'.

3.2. TradeTracker vorderde in eerste aanleg, na vermindering van eis en voor zover in hoger beroep nog van belang, TradeTracker te veroordelen aan haar te voldoen het hiervoor vermelde door haar gefactureerde en onbetaald gebleven bedrag, vermeerderd met rente en proceskosten. Zij voerde daartoe aan dat zij het aantal kliks heeft gefactureerd dat door haar systeem is geregistreerd en dat ingevolge artikel 2.1 van de algemene voorwaarden bij geschillen haar metingen leidend zijn. Vliegticketinfo verweerde zich tegen de vordering van TradeTracker en vorderde op haar beurt, zakelijk weergegeven:

- a. a) primair te verklaren voor recht dat de overeenkomst rechtsgeldig is ontbonden tegen 23 oktober 2009, althans tegen latere door haar genoemde data, subsidiair de overeenkomst alsnog (deels) te ontbinden en meer subsidiair te verklaren voor recht dat de overeenkomst tegen 23 oktober 2009, althans tegen latere door haar genoemde data is geëindigd en dat alle facturen van na die datum iedere rechtsgrond missen;
- b) TradeTracker te veroordelen aan haar te betalen op grond van de ongedaanmakingsverintenis uit de ontbinding, althans uit onverschuldigde betaling, althans wegens (schade

uit) wanprestatie, primair, na verrekening met de (oorspronkelijke) vordering van TradeTracker (in hoofdsom), een bedrag van € 4.967,11 met rente en subsidiair, voor zover haar beroep op verrekening niet opgaat, een bedrag van € 13.571,06 met rente;

c) TradeTracker te veroordelen aan haar te betalen (aan buitengerechtelijke kosten) een bedrag van € 441,49 met rente.

Vliegticketinfo voerde aan dat TradeTracker haar te veel kliks in rekening heeft gebracht. Zij stelde dat TradeTracker toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst doordat zij onjuiste bedragen in rekening heeft gebracht en voorts doordat zij de zorg van een goed opdrachtnemer heeft geschonden omdat zij klikfraude onvoldoende heeft bestreden.

- 3.3. De rechtbank overweegt in het tussenvonnissen dat TradeTracker onweersproken heeft gesteld dat partijen hebben afgesproken dat haar registratie leidend is bij geschillen. Daaruit volgt volgens de rechtbank dat uitsluitend van de registratie van Nedstat kan worden uitgegaan indien het beroep van TradeTracker op die afspraak naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, bijvoorbeeld ingeval van duidelijke, ondubbelzinnige aanwijzingen dat de registratie van TradeTracker niet juist is. De rechtbank overweegt in het eindvonnis, na bespreking van de stellingen die Vliegticketinfo daartoe had aangevoerd, dat geen sprake is van duidelijke, ondubbelzinnige aanwijzingen voor de onjuistheid van de registratie van TradeTracker en dat het beroep van TradeTracker op haar registratie in dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is. De rechtbank overweegt voorts dat niet kan worden gezegd dat de slotzin van artikel 2.1 van de algemene voorwaarden onredelijk bezwarend is. De rechtbank vervolgt met de overweging dat - samengevat - bewijslevering over de tussen partijen over deeplinks gemaakte afspraken achterwege kan blijven omdat Vliegticketinfo zelf stelt dat zij niet verwacht dat het toestaan van deeplinks de oorzaak is van afwijkingen in de meetresultaten. De rechtbank overweegt verder dat Vliegticketinfo onvoldoende heeft toegelicht haar stellingen i) dat TradeTracker is tekortgeschoten doordat zij na afloop van de reclamecampagne onvoldoende heeft gedaan om advertenties bij affiliates te verwijderen en ii) dat een deel van het in conventie gevorderde samenhangt met frauduleuze kliks. De rechtbank ziet bij deze stand van zaken geen termen TradeTracker te bevelen haar boeken open te leggen en wijst het daartoe strekkende verzoek van Vliegticketinfo af. De vordering van TradeTracker wordt vervolgens toegewezen en de vorderingen van Vliegticketinfo worden ongegrond bevonden en afgewezen.
- 3.4. Vliegticketinfo stelt in hoger beroep wederom dat TradeTracker kliks heeft doorberekend die niet hebben plaatsgevonden en kliks die dubieus en/of frauduleus waren. Zij vordert, na eiswijziging en - naar het hof begrijpt - onder handhaving van haar overige vorderingen, (in reconventie) betaling van het bedrag dat zij gedurende de gehele contractperiode te veel heeft betaald voor zowel spookkliks als dubieuze kliks, te weten primair een bedrag van € 9.796,92 en, indien verrekening niet mogelijk is, subsidiair een bedrag van € 15.527,16. Het hof zal de door Vliegticketinfo tegen de bestreden vonnissen aangevoerde grieven, genummerd 1 tot en met 12, bespreken met inachtneming van de gewijzigde vordering.
- 3.5. Grief 1 heeft geen andere strekking dan dat Vliegticketinfo het geschil in volle omvang aan het hof wenst voor te leggen. De grief behoeft geen verdere bespreking.
- 3.6. Vliegticketinfo voert bij grief 2 aan dat de rechtbank de stelling dat het aan TradeTracker is om de juistheid van haar administratie en haar vordering te bewijzen ten onrechte heeft verworpen. Het hof overweegt naar aanleiding daarvan het volgende. Partijen hebben afgesproken, aldus artikel 2.1 van de overeenkomst, dat de meetresultaten van TradeTracker doorslaggevend zijn indien er een dispuut is over de meetresultaten. Het hof volgt dan ook de rechtbank in de vaststelling dat bij geschillen de registratie van TradeTracker - in beginsel - leidend is. Het is gelet op deze afspraak aan Vliegticketinfo om feiten en omstandigheden aan te voeren die, indien juist, tot de conclusie leiden dat niet van de registratie van TradeTracker kan worden uitgegaan.
- 3.7. Vliegticketinfo voert ter toelichting van de onderhavige grief - onder meer - aan dat TradeTracker, als houder van de administratie waarin alle details omtrent de gegenereerde kliks zijn opgenomen, beter in staat moet worden geacht tot bewijslevering dan zij. Het hof wijst in dit verband erop dat TradeTracker reeds in eerste aanleg, namelijk bij haar akte van 5 oktober 2011, in het geding heeft gebracht een CD met een bestand inhoudende een overzicht van een groot aantal kliks en per klik daarbij behorende gegevens. TradeTracker voert aan dat dit alle kliks zijn vanaf 1 januari 2007 tot en met de stopdatum van de campagne (het hof begrijpt: het einde van de overeenkomst). Zij stelt niet meer te beschikken over de gegevens van de periode vóór 1 juli 2007. Het hof gaat bij gebreke van andersluidende stellingen ervan uit dat TradeTracker met de CD gegevens heeft verstrekt over alle door haar geregistreerde en gefactureerde kliks vanaf 1 juli 2007. Vliegticketinfo heeft niet aangevoerd dat zij nog inzage wenst in gegevens van kliks van vóór juli 2007 of dat het ontbreken van die gegevens consequenties dient te hebben. Vliegticketinfo heeft evenmin aangevoerd dat zij per klik nog andere gegevens wenst in te zien dan TradeTracker door middel van de CD heeft verstrekt, laat staan welke gegevens en waarom. Vliegticketinfo heeft in eerste aanleg in haar antwoordakte van 2 november 2011 aangevoerd dat de door TradeTracker overgelegde gegevens onduidelijk zijn omdat bij 874 van de in totaal 137.322 kliks een commissie van 0 staat vermeld en dat het totaalbedrag van de commissies € 21.613,82 bedraagt terwijl TradeTracker maar voor een bedrag van € 20.496,85 heeft gefactureerd. Het hof gaat echter aan deze stellingen voorbij omdat daaruit slechts kan worden geconcludeerd dat TradeTracker mogelijk te weinig heeft gefactureerd en niet, zoals Vliegticketinfo stelt, te veel. Het hof gaat op grond van een en ander ervan uit dat TradeTracker voldoende inzicht heeft gegeven in haar administratie en

dat Vliegticketinfo met de verstrekte gegevens in staat is de administratie van TradeTracker op juistheid te beoordelen. Dat TradeTracker de houdster is van de administratie maakt dan ook niet dat Vliegticketinfo in dit geding niet aan de afspraak kan worden gehouden dat de administratie van TradeTracker leidend is. Op dit onderdeel faalt grief 2.

- 3.8. Het hof ziet gelet op het voorgaande geen aanleiding de vordering van Vliegticketinfo tot het openleggen van de administratie van TradeTracker toe te wijzen. Vliegticketinfo maakt immers niet duidelijk welke gegevens zij nog wenst te verkrijgen laat staan welk belang zij daarbij heeft.
- 3.9. Het hof ziet aanleiding om alvorens de overige onderdelen van grief 2 te behandelen grief 3 te bespreken. Vliegticketinfo beroept zich bij die grief op artikel 6:233 aanhef en sub a BW en stelt dat artikel 2.1 van de algemene voorwaarden vernietigbaar is omdat dat artikel onredelijk bezwarend is in de zin van voornoemd wetsartikel. Zij voert daartoe aan dat TradeTracker als enige beschikt over de details van de eigen administratie en als enige kan bepalen welk deel van de gegevens ter beschikking zal worden gesteld. Het hof overweegt dat Vliegticketinfo niet concreet stelt dat TradeTracker gegevens achterhoudt en dat alleen al gelet op deze omstandigheid niet kan worden gezegd dat artikel 2.1 van de algemene voorwaarden op de daartoe door Vliegticketinfo aangevoerde gronden voor haar onredelijk bezwarend is. Het hof overweegt naar aanleiding van grief 3 voorts dat aan Vliegticketinfo geen beroep op artikel 6:236 BW toekomt omdat zij geen natuurlijke persoon is. Er is in dit geval evenmin aanleiding om reflexwerking van dat artikel aan te nemen. De enkele omstandigheid dat Vliegticketinfo een kleine onderneming drijft, zonder personeel anders dan de directeur, is daartoe onvoldoende. Grief 3 faalt.
- 3.10. Vliegticketinfo voert bij grief 2 voorts aan dat er sterke vermoedens zijn dat de administratie van TradeTracker niet juist is en dat het, gelet op daartoe door haar aangevoerde omstandigheden, volstrekt onredelijk is haar te belasten met bewijs omtrent het aantal kliks. Het hof oordeelt over de door Vliegticketinfo aangevoerde omstandigheden als volgt. De stelling van Vliegticketinfo onder (a) dat de bij akte van 5 oktober 2011 overgelegde gegevens niet corresponderen met eerdere door TradeTracker overgelegde gegevens zal worden gepasseerd. Vliegticketinfo heeft niet geconcretiseerd op welke punten de gegevens niet corresponderen en waarom dat in dit verband van belang zou zijn. Het hof gaat eveneens voorbij aan de stelling onder (b) dat TradeTracker kliks in rekening heeft gebracht die Nedstat niet heeft gemeten. Het enkele feit dat de metingen van Nedstat tot andere resultaten hebben geleid, impliceert immers niet dat de metingen van TradeTracker onjuist zijn. Het hof komt in verband met de bespreking van de grieven 8 tot en met 10 nog terug op de stelling onder (b) dat TradeTracker kliks in rekening heeft gebracht die aantoonbaar niet hebben plaatsgevonden. Het hof komt hierna bij de bespreking van de grieven 4, 11 en 12 nog terug op de stelling onder (c) dat TradeTracker kliks meet en in rekening brengt die van mindere kwaliteit zijn. Het hof gaat thans reeds voorbij aan de stelling van Vliegticketinfo onder (d) dat TradeTracker iedere aansprakelijkheid voor de kwaliteit van haar eigen administratie afwijst. TradeTracker heeft in dit geding haar gegevens inzichtelijk gemaakt zodat Vliegticketinfo in de gelegenheid is deze te controleren en te vergelijken met de gegevens van Nedstat. TradeTracker heeft zich op deze wijze voldoende verantwoord. Het hof gaat eveneens voorbij aan de stelling onder (e) dat TradeTracker niet proactief maar louter reactief haar eigen administratie op fouten onderzoekt. Vliegticketinfo maakt niet duidelijk hoe daaruit kan worden geconcludeerd dat de administratie van TradeTracker niet juist is. Vliegticketinfo legt evenmin uit wat haar stelling onder (f), dat TradeTracker een creditfactuur vordert als ware het een debetfactuur, in dit verband voor betekenis heeft zodat het hof ook daaraan voorbij gaat.
- 3.11. Vliegticketinfo voert bij de grieven 8, 9 en 10 aan, evenals bij grief 2 onder (b), dat TradeTracker kliks in rekening heeft gebracht die aantoonbaar niet hebben plaatsgevonden. Zij stelt daartoe het volgende. TradeTracker voert als verweer tegen de meetverschillen tussen haar en Nedstat aan dat deeplinks een verklaring voor die verschillen vormen. Vliegticketinfo stelt daar tegenover dat de overeenkomst niet toeliet dat deeplinks werden gebruikt, maar dat zelfs als van de gegevens van TradeTracker met betrekking tot die deeplinks wordt uitgegaan, een meetverschil van 5,9 % overblijft. Het verweer van TradeTracker dat het meetverschil de deeplinks betreft, is dan ook feitelijk niet juist en TradeTracker heeft geen afdoende andere verklaring voor de meetverschillen gegeven, aldus Vliegticketinfo. Vliegticketinfo wijst voorts op een piek in de meetverschillen in de zomer van 2009.
- 3.12. Het hof overweegt naar aanleiding van deze grieven het volgende. Het is, zoals onder 3.6 reeds overwogen, aan Vliegticketinfo om feiten en omstandigheden aan te voeren die, indien juist, tot de conclusie leiden dat niet van de registratie van TradeTracker kan worden uitgegaan. Vliegticketinfo voert bij de onderhavige grieven in feite alleen maar aan dat er meetverschillen bestaan in het aantal kliks en dat TradeTracker voor die verschillen geen sluitende verklaring heeft gegeven. Niet valt echter in te zien waarom op TradeTracker de verplichting zou rusten een sluitende verklaring voor de meetverschillen te geven. De vaststelling dat zij daarin niet is geslaagd, kan dan ook niet worden aangemerkt als een feit of omstandigheid leidend tot een gerechtvaardigde twijfel aan de juistheid van de registratie van TradeTracker. Vliegticketinfo heeft daarnaast nog gesteld dat in de zomer van 2009 sprake is van een piek in de meetverschillen en daarmee van een nog grotere afwijking dan eerder het geval was. Ook daarin is evenwel geen concrete aanwijzing te vinden dat de meting van TradeTracker onjuist is. Vliegticketinfo heeft nagelaten om – al dan niet aan de hand van de door TradeTracker overgelegde lijst – in concreto aan te geven welke van de door TradeTracker geregistreeerde kliks niet zouden hebben plaatsgevonden. Zij heeft evenmin aangevoerd dat het voor haar onmogelijk is om haar stellingen –

bijvoorbeeld door het inschakelen van een eigen deskundige - nader te concretiseren. Omdat Vliegticketinfo haar stelling dat TradeTracker kliks in rekening heeft gebracht die aantoonbaar niet hebben plaatsgevonden aldus onvoldoende heeft onderbouwd, gaat het hof aan die stelling voorbij.

- 3.13. Zoals reeds onder 3.11 werd overwogen, heeft TradeTracker aangevoerd dat deeplinks mogelijk de verklaring vormen voor het verschil in de metingen en heeft Vliegticketinfo daarop gereageerd met de stelling dat de overeenkomst niet toelaat dat deeplinks worden gebruikt. Het debat dat hierover is gevoerd, onder meer met betrekking tot de bewijslast van een dergelijke afspraak, is gelet op het voorgaande voor de beoordeling van de onderhavige grieven niet van betekenis. Vliegticketinfo heeft overigens niet aangevoerd dat zij niet gehouden is de kliks waarbij een deeplink is gebruikt te betalen en heeft evenmin een vordering op een dergelijke stelling gegrond. Zij voert immers slechts aan dat TradeTracker ten onrechte kliks die niet hebben plaatsgevonden en frauduleuze kliks heeft gefactureerd. De conclusie is dat de grieven 8, 9 en 10 falen.
- 3.14. De grieven 4, 11 en 12 hebben betrekking op kliks van mindere kwaliteit of, in de bewoordingen van Vliegticketinfo: dubieuze of frauduleuze kliks. Het hof zal deze grieven bespreken mede in verband met de bij grief 2 onder (c) genoemde omstandigheid. Vliegticketinfo stelt bij grief 4 dat er op de website van een van de affiliates, [www.limewire.nl](http://www.limewire.nl), geen advertenties van haar hebben bestaan zodat moet worden aangenomen dat de kliks die van die website afkomstig zijn, frauduleus zijn. TradeTracker betwist dat op genoemde website geen advertenties van Vliegticketinfo hebben bestaan. Vliegticketinfo legt ter onderbouwing van haar stelling een aantal afdrucken van die websites over zoals deze zijn gearchiveerd op de website [www.archive.org](http://www.archive.org). TradeTracker voert daarentrent (en voerde reeds in eerste aanleg) aan dat op de archiefpagina's niet alle gegevens worden bewaard, dat bijvoorbeeld plaatjes ontbreken en dat daarop slechts de homepage te zien is terwijl een website uit meer pagina's bestaat. De archiefpagina's zijn daarom niet voldoende als bewijs dat er geen advertenties zijn geweest, aldus TradeTracker. Vliegticketinfo is op deze stellingen niet meer ingegaan zodat zij haar stelling dat op de betreffende website geen advertenties van haar hebben bestaan - tegenover de gemotiveerde betwisting daarvan van de zijde van TradeTracker - onvoldoende heeft onderbouwd. Vliegticketinfo heeft bovendien niet specifiek aangeboden haar stelling met andere middelen te bewijzen. Aldus is niet vast komen te staan dat op bedoelde website geen advertenties van Vliegticketinfo te zien zijn geweest. Grief 4 faalt.
- 3.15. Vliegticketinfo betoogt bij de grieven 10 en 11 dat TradeTracker voor de periode 1 juni 2009 tot 13 oktober 2009 maar liefst 34 % van de kliks heeft afgekeurd nadat TradeTracker deze - op aangeven van Vliegticketinfo - grondig had gecontroleerd op geloofwaardigheid. Ten aanzien van deze kliks staat volgens Vliegticketinfo vast dat zij dubieus van aard zijn. Aangenomen kan worden dat over de gehele contractperiode 34 % van de kliks niet onder de overeenkomst valt, zo stelt Vliegticketinfo bij de onderhavige grieven. Zij vordert terugbetaling van 34 % van de factuurbedragen over de gehele contractperiode en wijst erop dat de creditnota die TradeTracker op haar vordering in mindering heeft gebracht, slechts betrekking heeft op de dubieuze kliks in de onderzochte periode. TradeTracker stelt daar tegenover dat zij geheel onverplicht kliks heeft afgekeurd die vanuit het oogpunt van Vliegticketinfo commercieel niet bruikbaar waren. De kliks zijn afgekeurd omdat niet iedere website van de aan haar gelieerde affiliates aansluit op de doelgroep van de adverteerder. Vliegticketinfo kan zelf echter kiezen de samenwerking met bepaalde affiliates te beëindigen, aldus TradeTracker. Het hof overweegt naar aanleiding van deze grieven het volgende. Vliegticketinfo stelt slechts in algemene termen dat moet worden aangenomen dat over de gehele contractperiode 34 % van de kliks dubieus van aard is. Zij geeft echter in dit geding niet aan, bijvoorbeeld aan de hand van de door TradeTracker overgelegde lijst met geregistreerde kliks, welke kliks volgens haar dubieus zijn. Vliegticketinfo licht evenmin toe op grond van welke kenmerken een klik als dubieus moet worden aangemerkt. Dat had wel in de rede gelegen nu de term dubieus in dit verband niet zonder meer duidelijk is. Vliegticketinfo voert evenmin aan dat en waarom van haar niet gevergd kan worden haar feitelijke stellingen nader te concretiseren aan de hand van bijvoorbeeld een door daar over te leggen deskundigenbericht. Zij heeft aldus onvoldoende toegelicht waarom zij 34 % van de door TradeTracker geregistreerde en gefactureerde klik niet hoeft te betalen. Ook de grieven 10 en 11 falen.
- 3.16. Op grond van een en ander faalt grief 2 op alle onderdelen.
- 3.17. Grief 5 luidt dat de rechtbank ten onrechte overweegt dat het aan Vliegticketinfo is om de kliks te controleren. Dat is in strijd met de overeenkomst en de zorgplicht van TradeTracker en bovendien feitelijk onmogelijk, aldus Vliegticketinfo. Vliegticketinfo voert daartoe meer concreet het volgende aan. Artikel 2.1 van de algemene voorwaarden verplicht TradeTracker om alle activiteiten op de website van Vliegticketinfo die gegenereerd worden door de affiliates te inspecteren. Voorts rust op grond van de zorgplicht van een goed opdrachtnemer op TradeTracker de plicht om maatregelen te treffen die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend bedrijf dat webadvertentiediensten aanbiedt mogen worden verwacht. TradeTracker is toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van deze verplichtingen. Vliegticketinfo licht dat als volgt toe. Een groot concurrerend webadvertentiebedrijf als Google filtert en analyseert kliks zowel geautomatiseerd als handmatig. Het percentage reactief afgekeurde kliks bedraagt bij Google slechts 0,02% hetgeen bevestigt dat TradeTracker, die achteraf 34% van de kliks afkeurt, tekortschiet in haar verplichtingen. TradeTracker kan op eenvoudige en volledig geautomatiseerde wijze controleren of, op het moment dat een klik wordt gegenereerd, op de website van de betreffende affiliate daadwerkelijk de juiste advertentie heeft bestaan. TradeTracker

beschikt immers over alle gegevens om die controle uit te voeren. Er zijn diverse bedrijven die websites automatisch controleren op de aanwezigheid van bepaalde inhoud zoals advertenties. Vliegticketinfo kan die controle niet uitvoeren. Zij krijgt de gegevens achteraf en een controle achteraf is illusoir. Bovendien adverteren affiliates als MSN en Google weer op andere websites hetgeen zij helemaal niet kan controleren. Vliegticketinfo kon slechts zien de hoeveelheid kliks die per affiliate waren gegenereerd. Zo was niet zichtbaar of er bijvoorbeeld vanuit een Spaans- of Chineestalig land op een Nederlandstalige advertentie was geklikt wat, indien dat het geval was geweest, waarschijnlijk duidt op fraude. Juist op basis van dergelijke gegevens heeft TradeTracker besloten om een groot deel van de gegenereerde kliks af te keuren. Vliegticketinfo heeft alles gedaan wat in redelijkheid mogelijk was om de kliks te controleren. Meer dan het instellen van de controle door Nedstat kon van haar niet worden verlangd, aldus nog steeds Vliegticketinfo.

- 3.18. Vliegticketinfo bedoelt bij grief 5 kennelijk te stellen dat TradeTracker op twee punten is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen, namelijk door niet te controleren of kliks afkomstig zijn van een website waarop een advertentie van Vliegticketinfo te zien is, en door niet te controleren of sprake is van kliks met kenmerken die aanleiding geven te veronderstellen dat sprake is van fraude, zoals kliks vanuit een Spaans- of Chineestalig land. Het hof zal beide punten hieronder afzonderlijk bespreken.
- 3.19. TradeTracker voert ten aanzien van de eerste door Vliegticketinfo gestelde tekortkoming als verweer dat zij steekproefsgewijs de websites van haar affiliates controleert en dat zij daarmee heeft voldaan aan het bepaalde in artikel 2.1 van de algemene voorwaarden. Het is ondoenlijk, aldus TradeTracker, om dagelijks miljoenen webpagina's van haar ruim 35.000 affiliates te controleren. Het hof oordeelt als volgt. Vliegticketinfo beroept zich op artikel 2.1 van de algemene voorwaarden dat bepaalt dat TradeTracker alle activiteiten op de website van Vliegticketinfo, die gegenereerd worden door de affiliates, dient te inspecteren. Vliegticketinfo licht evenwel onvoldoende toe waarom TradeTracker de afspraak dat zij de activiteiten op de website van Vliegticketinfo inspecteert zo dient in te vullen dat zij bij elke klik dient te controleren of er op dat moment daadwerkelijk een advertentie van Vliegticketinfo op de website van een affiliate heeft gestaan. De enkele omstandigheid dat het technisch mogelijk is om dit volledig geautomatiseerd te doen en dat bepaalde bedrijven als dienst aanbieden om websites op de aanwezigheid van content, bijvoorbeeld advertenties, te controleren, zoals Vliegticketinfo stelt, is daartoe onvoldoende. Dat een dergelijke controle technische mogelijk en op de markt beschikbaar is, maakt evenmin dat het uitvoeren van die controle tot de zorgplicht van TradeTracker als opdrachtnemer behoort.
- 3.20. Het hof overweegt ten aanzien van de tweede door Vliegticketinfo gestelde tekortkoming als volgt. Vliegticketinfo stelt zelf dat TradeTracker de door haar, TradeTracker, geregistreerde kliks voor de periode van 1 juni 2009 tot en met 13 oktober 2009 achteraf heeft gecontroleerd, 34 % van de kliks heeft 'afgekeurd' op grond van kenmerken die op fraude wijzen en vervolgens de daarvoor in rekening gebrachte bedragen heeft gecrediteerd. Daaruit volgt dat het kennelijk mogelijk is de kliks achteraf op frauduleuze kenmerken te beoordelen en dat TradeTracker dat ook heeft gedaan nadat Vliegticketinfo daarom had verzocht. Het valt dan ook niet in te zien dat TradeTracker op dit punt is tekortgeschoten in enige verplichting. Vliegticketinfo stelt immers niet dat TradeTracker over de desbetreffende periode meer kliks had moeten afkeuren dan zij heeft gedaan en zij stelt evenmin, zoals reeds overwogen, voldoende concreet dat in de periode voorafgaand aan de gecontroleerde periode sprake is geweest van kliks met kenmerken die wijzen op fraude. Evenmin is gesteld of gebleken dat Vliegticketinfo aan TradeTracker heeft verzocht de kliks in die periode alsnog te controleren. Vliegticketinfo stelt nog wel dat het ook in die periode om 34% aan frauduleuze kliks zal gaan maar die conclusie is onvoldoende op feiten gebaseerd.
- 3.21. Het hof is overigens van oordeel dat nergens uit blijkt dat TradeTracker alle kliks dient te controleren op frauduleuze kenmerken, laat staan dat TradeTracker dat dagelijks en zonder concrete aanleiding dient te doen. De plicht om de activiteiten op de website van Vliegticketinfo te inspecteren, is in de algemene voorwaarden niet nader geconcretiseerd en Vliegticketinfo heeft geen concrete feiten aangevoerd waaruit zou kunnen blijken dat TradeTracker tot de door Vliegticketinfo voorgestane controle is gehouden. Vliegticketinfo heeft evenmin voldoende feiten en omstandigheden aangevoerd waaruit zou kunnen blijken dat dit tot de zorgplicht van TradeTracker behoort. Dat een concurrent op de markt wel controleert op frauduleuze kliks is daartoe onvoldoende. Uit de door Vliegticketinfo overgelegd stukken blijkt overigens niet dat bedoelde concurrent controleert op frauduleuze kliks op de wijze zoals Vliegticketinfo in dit geding voorstaat.
- 3.22. Vliegticketinfo beroept zich bij grief 5 nog op de artikelen 7:403 BW en 6:248 BW. Het beroep op bedoelde artikelen wordt verworpen bij gebrek aan een verdere substantiëring. Voor zover Vliegticketinfo bij deze grief een beroep heeft gedaan op artikel 6:233 BW, verwijst het hof met betrekking tot artikel 2.1 van de overeenkomst naar de bespreking van grief 3. Met betrekking tot de overige door Vliegticketinfo bij dat beroep genoemde artikelen van de overeenkomst heeft zij haar belang onvoldoende toegelicht. Grief 5 faalt. Het is immers niet vast komen te staan dat TradeTracker is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen. ,
- 3.23. De zojuist vermelde conclusie heeft tot gevolg dat Vliegticketinfo de nakoming van haar betalingsverplichtingen niet heeft mogen opschorten en de overeenkomst niet heeft mogen ontbinden. Er is daarom evenmin grond de overeenkomst alsnog te ontbinden. Nu daarnaast niet is vast komen te staan dat TradeTracker te veel of ten onrechte kliks in

rekening heeft gebracht, is evenmin sprake van onverschuldigde betalingen of van een recht op verrekening van de zijde van Vliegticketinfo. Voor zover Vliegticketinfo een beroep doet op onmiddellijke beëindiging van de overeenkomst bij haar e-mail van 23 oktober 2009, heeft TradeTracker er terecht op gewezen dat Vliegticketinfo slechts kan beëindigen met een opzegtermijn van twee maanden. Er is daarom geen grond de vordering van TradeTracker af te wijzen voor zover deze betreft de factuur van 1 december 2009. De grieven 6 en 7, die anders betogen, falen gelet op het voorgaande.

3.24. De conclusie is dat alle grieven falen. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd en de door Vliegticketinfo in hoger beroep ingestelde gewijzigde (reconventionele) vordering zal worden afgewezen. Het bewijsaanbod van Vliegticketinfo wordt als onvoldoende gespecificeerd en concreet van de hand gewezen. Vliegticketinfo zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in hoger beroep.

#### **4 Beslissing**

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep en wijst de in hoger beroep door vliegticketinfo ingestelde gewijzigde (reconventionele) vordering af;

veroordeelt Vliegticketinfo in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van TradeTracker begroot op € 1.815,- aan verschotten en € 894,- aan salaris;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

Dit arrest is gewezen door mrs. D.J. van der Kwaak, R.J.M. Smit en D. Kingma en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 29 oktober 2013.