



Datum van
inontvangstneming

:

04/05/2021

Zaak C-148/21

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

8 maart 2021

Verwijzende rechter:

Tribunal d'arrondissement (Luxemburg)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

5 maart 2021

Verzoeker:

████████████████████

Verweersters:

Amazon Europe Core Sàrl

Amazon EU Sàrl

Amazon Services Europe Sàrl

I. Voorwerp van het geding en feiten

- 1 ████████████████████ is houder van het zogenoemde positiemerk „rode zool”, zoals hieronder afgebeeld en beschreven in zijn inschrijvingsbewijzen voor de waren „schoeisel met hoge hakken (uitgezonderd orthopedisch schoeisel)” van klasse 25. Het betreft meer concreet de inschrijving van Uniemerk nr. 8845539 en de inschrijving van Benelux-merk nr. 0874489:



„Het merk bevat de kleur rood (code Pantone nr. 18-1663TP) die is gebruikt voor de zool van een schoen zoals in de afbeelding (de omtrek van de schoen maakt dus geen deel uit van het merk, maar is bedoeld om de positie van het merk duidelijk te maken).”

- 2 De Amazon groep biedt online diverse waren en diensten te koop aan, zowel rechtstreeks voor eigen rekening als indirect voor rekening van externe verkopers.
- 3 Op haar websites publiceert Amazon regelmatig verkoopaanbiedingen voor schoenen met rode zolen die zonder instemming van ██████████ in de handel worden gebracht.
- 4 Op 1 maart 2019 heeft ██████████ op grond van zijn Benelux-merk bij de voorzitter van de tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles een vordering tot staking ingesteld tegen de vennootschappen Amazon Europe Core, Amazon EU en Amazon Services Europe.
- 5 Bij vonnis van 7 augustus 2019 heeft de voorzitter van deze rechtbank met name geoordeeld dat het gebruik van het merk in alle litigieuze verkoopaanbiedingen kon worden toegerekend aan gedaagde partijen en heeft hij verder gebruik ervan verboden, op straffe van een dwangsom.
- 6 Bij arrest van 25 juni 2020 heeft de cour d'appel de Bruxelles (hof van beroep te Brussel) dit vonnis gedeeltelijk herzien en met name geoordeeld dat alleen de verkoopaanbiedingen met betrekking tot door Amazon verkochte schoenen het voorwerp van stakingsmaatregelen konden uitmaken, aangezien het gebruik in de andere verkoopaanbiedingen alleen aan de externe verkopers kon worden toegerekend.
- 7 ██████████ heeft tegen dit arrest cassatieberoep ingesteld.
- 8 Op 19 september 2019 heeft ██████████ op grond van zijn Uniemerkt bij de tribunal d'arrondissement de Luxembourg (arrondissementsrechtbank Luxemburg, Luxemburg) een vordering ingesteld tot staking van het gebruik van zijn merk en tot vergoeding van de door dit gebruik geleden schade tegen de vennootschappen Amazon Europe Core, Amazon EU en Amazon Services Europe (hierna ook tezamen: „Amazon”) die gezamenlijk en in verschillende hoedanigheden de websites amazon.fr, amazon.de, amazon.es, amazon.it en amazon.co.uk exploiteren, welke zich specifiek richten op consumenten in de Europese Unie.

II. Unierecht:

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

- 9 De voor de onderhavige zaak relevante bepalingen van artikel 9 luiden als volgt:

■

„Rechten verbonden aan het Uniemerkt

1. De inschrijving van een Uniemerkt geeft de houder een uitsluitend recht.
2. Onverminderd de rechten die houders vóór de datum van indiening of de datum van voorrang van het Uniemerkt hebben verkregen, is de houder van dat Uniemerkt gerechtigd iedere derde die niet zijn toestemming hiertoe heeft verkregen, het gebruik van een teken in het economische verkeer voor waren en diensten te verbieden wanneer:

- a) het teken gelijk is aan het Uniemerkt en wordt gebruikt voor waren of diensten die gelijk zijn aan die waarvoor het Uniemerkt is ingeschreven;

[...]

3. Krachtens lid 2 kan met name worden verboden:

- a) het aanbrengen van het teken op de waren of op de verpakking van die waren;
- b) het aanbieden, in de handel brengen of daartoe in voorraad hebben van waren of het aanbieden of verrichten van diensten onder het teken;
- c) het invoeren of uitvoeren van waren onder het teken;
- d) het gebruik van het teken als handels- of bedrijfsnaam of als deel van een handels- of bedrijfsnaam;
- e) het gebruik van het teken in stukken voor zakelijk gebruik en in advertenties;
- f) het gebruik van het teken in vergelijkende reclame op een wijze die strijdig is met richtlijn 2006/114/EG.

[...]”

III. Standpunten van partijen:

-
- 10 Verzoeker steunt zijn vordering tot staking en schadevergoeding op artikel 9, lid 2, onder a), van verordening (EU) 2017/1001 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 inzake het Uniemerkt en verwijt Amazon dat zij zonder zijn toestemming in het economisch verkeer gebruikmaakt van een teken dat gelijk is aan het Uniemerkt (de rode zool) voor dezelfde waren.
 - 11 In casu bestaat het aan Amazon verweten gebruik erin dat laatstgenoemde op haar onlineverkoopsites verkoopaanbiedingen publiceert voor waren voorzien van een

inbreukmakend teken enerzijds, en deze waren in voorraad heeft, verzendt en levert anderzijds.

- 12 Verzoeker wijst erop dat dit gebruik wel degelijk toe te rekenen is aan Amazon, aangezien zij actief betrokken is bij de gelaakte handelingen en haar verkoopaanbiedingen voor de inbreukmakende waren deel uitmaken van haar eigen commerciële communicatie. Amazon beperkt zich immers niet tot een neutrale dienstverlening door slechts te zorgen voor de technische voorzieningen die nodig zijn voor het gebruik door derden. Haar commerciële communicatie is in wezen gestoeld op haar hoedanigheid van distributeur van de waren die zij op haar sites te koop aanbiedt. Alle door Amazon online aangeboden waren worden getoond op een kenmerkende wijze waarbij, in navolging van een klassieke verkoopaanbieding van een distributeur, de merknaam van distributeur Amazon opvallend in beeld wordt gebracht. Alle verkoopaanbiedingen zijn uniform vormgegeven, hetgeen wijst op de actieve rol die Amazon vervult. Het feit dat sommige waren door derden worden verkocht, staat niet zichtbaar vermeld op deze sites.
- 13 Derhalve kan Amazon niet worden aangemerkt als een louter hostingbedrijf of als een neutrale tussenpersoon, aangezien zij assistentie verleent aan externe verkopers, met name met het oog op een optimale voorstelling van hun aanbod.
- 14 Dat Amazon gebruikmaakt van tekens die gelijk zijn aan het Uniemerk, blijkt voorts ook uit de verzending van inbreukmakende schoenen naar de eindverbruikers, haar actieve rol en het feit dat zij op de hoogte is of zou moeten zijn van de aard van de waren die vanuit haar distributiecentra worden verzonden.

Amazon

- 15 Ten eerste werpt Amazon twee excepties van niet-ontvankelijkheid op wegens nietigheid van de dagvaarding (onduidelijke bewoordingen) en wegens ontbreken van procesbevoegdheid en procesbelang van verzoeker. Voorts stelt zij een reconventionele vordering in tot nietigverklaring van het ingeroepen merk.
- 16 Ten tweede voert Amazon ten gronde aan dat zij als beheerder van een onlinemarktplaats niet aansprakelijk kan worden gesteld voor het merkgebruik van verkopers die gebruikmaken van haar platform.
- 17 De werking van de marktplaats van Amazon, die voor externe verkopers openstaat, verschilt niet wezenlijk van die van andere marktplaatsen. Dat het beeldmerk van Amazon wordt getoond in verkoopaanbiedingen van externe verkopers op haar site, houdt niet in dat Amazon zich deze verkoopaanbiedingen toe-eigent. Bovendien maken ook andere platformen gebruik van deze techniek om de herkomst van de beheerdiensten aan te geven.
- 18 De consumenten die de sites van Amazon bezoeken, zijn perfect in staat om de waren en merken van externe verkopers niet systematisch gelijk te stellen met die

■■■■■

van de beheerder van de marktplaatsen. Volgens Amazon is het onjuist om te beweren dat het publiek de sites van Amazon niet opvat als marktplaats maar uitsluitend als distributieplatform.

- 19 Even onjuist is de bewering dat de door Amazon aangeboden nevendiensten voldoende grond opleveren om verkoopaanbiedingen van externe verkopers gelijk te stellen met verkoopaanbiedingen van Amazon. Ook eBay, waarvan de hoedanigheid van zuivere marktplaats door niemand wordt betwijfeld, biedt immers specifieke garanties aan de kopers.
- 20 Het feit dat de verkoopaanbiedingen op de sites van Amazon worden getoond in verschillende categorieën met het oog op een logische weergave, is ingegeven door het grote aantal gepubliceerde verkoopaanbiedingen en heeft niet tot gevolg dat zij worden opgenomen in de commerciële communicatie van Amazon.
- 21 Daarnaast voert Amazon aan dat het feit dat haar verschillende entiteiten waren voorzien van een merk verzenden voor rekening van derden, geen gebruik van dat merk inhoudt. Volgens Amazon is niet aangetoond dat zij op de hoogte was of had moeten zijn van het inbreukmakende karakter van bepaalde waren van externe verkopers die door haar in voorraad worden gehouden en verzonden. Het Hof en tal van nationale rechters hebben geoordeeld dat op een aanbieder van diensten op het gebied van goederenopslag en -verzending geen enkele aansprakelijkheid rust voor eventuele merkinbreuken die met deze waren worden gepleegd.
- 22 Dat een aanbieder van een dienst de benodigde technische voorwaarden creëert voor het gebruik van een teken en voor deze dienstverlening wordt vergoed, betekent niet dat deze aanbieder zelf gebruikmaakt van dit teken.
- 23 Een depothouder kan alleen worden geacht het voornemen te hebben om de door hem in voorraad gehouden waren in de handel te brengen wanneer hij deze waren in voorraad houdt met het oog op doorverkoop ervan in eigen naam en voor eigen geldelijk gewin, of wanneer hij niet meer bij machte is om de identiteit van de externe verkoper te achterhalen en beslist om de waar van onbekende herkomst zelf te verkopen. Hetzelfde geldt voor diensten op het gebied van goederenverzending, aangezien de expediteur volgens de rechtspraak consequent van elke aansprakelijkheid ter zake wordt ontslagen.
- 24 Tot slot benadrukt Amazon dat de aansprakelijkheidsbeoordeling van het gebruik van een merk door een beheerder van een onlinemarktplaats los moet staan van de beoordeling van diens mogelijk actieve rol daarbij, aangezien het begrip „actieve rol” moet worden beoordeeld in het licht van de aansprakelijkheidsregeling voor hostingbedrijven, zoals vastgesteld in de rechtsregels inzake elektronische handel.
- 25 De aansprakelijkheid voor de verkoopaanbieding blijft berusten bij de aanbieder, en niet bij de beheerder van de site, zolang de onlinepublicatie ervan op de site strookt met de instructies van de aanbieder.

IV. Beoordeling door de verwijzende rechter:

- 26 Om te beginnen wijst de verwijzende rechter de excepties van niet-ontvankelijkheid en de reconventionele vordering tot nietigverklaring van het merk af.
- 27 Vervolgens bakent hij het voorwerp van het geschil nauwer af door erop te wijzen dat de vordering uitsluitend is gestoeld op artikel 9, lid 2, onder a), van verordening 2017/1001 dat ziet op het gebruik van een teken dat gelijk is aan het Uniemerk zonder toestemming van de houder ervan.
- 28 ██████████ voert aan dat het gebruik van het teken in de zin van artikel 9, lid 2, onder a), van verordening 2017/1001 zowel bestaat in het publiceren van verkoopaanbiedingen voor inbreukmakende waren op de sites van Amazon, daaronder begrepen inbreukmakende waren die door externe verkopers worden aangeboden, als in het verzenden van deze waren. Amazon verwerpt dit argument.
- 29 Alvorens het gewraakte gebruik te onderzoeken, stelt de verwijzende rechter vast dat de drie verweersters binnen de Amazon groep zich niet op dezelfde activiteit toeleggen.
- 30 Amazon EU, waarvan de activiteit bestaat in de detailverkoop van eigen waren van Amazon, in haar eigen naam en voor eigen rekening, treedt niet op als tussenpersoon voor verkopen door derden, zodat niet is aangetoond op grond waarvan zij kan worden geacht gebruik te maken van tekens die door externe verkopers op de sites van Amazon worden gepubliceerd. Niettemin zou zij kunnen worden geacht gebruik te maken van inbreukmakende tekens, voor zover dit gebeurt in het kader van verkoopaanbiedingen in eigen naam.
- 31 Het is niet aangetoond op grond waarvan Amazon Europe Core, belast met de technische werking van de Amazon sites, zou kunnen worden geacht gebruik te maken van [de] inbreukmakende tekens. Doordat zij evenwel aan de overige entiteiten van de Amazon groep technische ondersteuning biedt bij het beheer van de websites, kan haar aansprakelijkheid niet bij voorbaat worden uitgesloten.
- 32 Amazon Services Europe is op haar beurt belast met de dienst „Verkoop op Amazon” waarmee externe verkopers toegang krijgen tot de onlinemarktplaats van Amazon teneinde er hun eigen waren te koop aan te bieden. Derhalve dient te worden nagegaan of Amazon op grond van deze activiteit, die erin bestaat dat aanbiedingen van externe verkopers tegelijkertijd met die van Amazon zelf worden getoond, een inbreukmakend gebruik van het teken kan worden verweten.
- 33 De verwijzende rechter spreekt zich in dit stadium echter niet uit over de eventuele respectieve aansprakelijkheden van de verschillende entiteiten van de Amazon groep, in het licht van de overweging dat de activiteiten ervan dermate hecht met elkaar zijn vervlochten dat bij de gebruikers de indruk wordt gewekt dat zij samen één geheel vormen. Deze respectieve aansprakelijkheden zullen alleen

██████████

worden onderzocht in het geval Amazon principieel aansprakelijk kan worden gesteld.

a) Aansprakelijkheid voor het gebruik van het teken in verkoopaanbiedingen

- 34 Het wordt niet betwist dat een merk kan worden gebruikt op uiteenlopende wijzen die niet alle zijn vermeld in de niet-limitatieve opsomming van artikel 9, lid 3, van verordening 2017/1001, met name in het kader van reclamevoering, en door het in voorraad hebben en het in de handel brengen van waren voorzien van het teken.
- 35 Amazon betoogt dat zij niet gebruikmaakt van de gewraakte tekens, aangezien zij als beheerder van een onlinemarktplaats niet aansprakelijk kan worden gesteld voor de content die op haar sites wordt gepubliceerd.
- 36 ██████████ betwist op zijn beurt dat de beginselen die volgens de rechtspraak van het Hof gelden voor onlinemarktplaatsen, van toepassing zijn op Amazon, aangezien zij is aan te merken als distributeur van de op haar sites verkochte waren en de verkoopaanbiedingen van externe verkopers deel uitmaken van haar eigen commerciële communicatie.
- 37 De uitdrukking „het gebruik” veronderstelt een actieve gedraging, alsook een rechtstreekse of indirecte controle over de handeling waarin het gebruik bestaat. In dit verband heeft het Hof reeds benadrukt dat de uitdrukking ‚het gebruik’ in de gangbare betekenis ervan een actieve gedraging vereist, alsook een rechtstreekse of indirecte controle over de handeling waarin het gebruik bestaat. Het Hof heeft in dit verband opgemerkt dat [...] artikel 9, lid 3, van verordening 2017/1001 [...] dat een niet-limitatieve opsomming bevat van soorten gebruik die de merkhouders kan verbieden, uitsluitend actieve gedragingen van een derde vermeldt [arrest van 2 april 2020, ██████████ (C-567/18, EU:C:2020:267, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak)].
- 38 In zijn arrest van 12 juli 2011, ██████████ e.a. (C-324/09, EU:C:2011:474, punt 102), heeft het Hof geoordeeld dat wanneer externe verkopers verkoopaanbiedingen publiceren op een uitsluitend online toegankelijke marktplaats, dit niet inhoudt dat de beheerder ervan zelf gebruikmaakt van deze tekens, voor zover hij deze verkoopaanbiedingen niet in het kader van zijn eigen commerciële communicatie gebruikt.
- 39 Daar waar Amazon ervoor pleit om deze rechtspraak in de onderhavige zaak zonder meer toe te passen, is ██████████ de mening toegedaan dat de handelingen van Amazon moeten worden aangemerkt als actieve gedragingen op grond waarvan het gerechtvaardigd is haar te verbieden om de gewraakte tekens te blijven gebruiken.
- 40 Onder de uitdrukking „onlinemarktplaats” wordt verstaan elk platform dat kopers en verkopers op het internet met elkaar in contact brengt, waarbij de verkopers in

ruil voor een commissie voordeel halen uit de mogelijkheden en de zichtbaarheid van het platform.

- 41 In casu wordt niet betwist dat Amazon op haar sites verkoopaanbiedingen publiceert voor haar eigen waren die zij in eigen naam verkoopt en verzendt, maar daarnaast ook verkoopaanbiedingen van externe verkopers die zelf instaan voor de verzending van verkochte waren of Amazon hiermee belasten. In dat laatste geval neemt Amazon deze waren in ontvangst in haar distributiecentra om ze vervolgens vanuit haar magazijnen naar de kopers te verzenden.
- 42 In casu wordt evenmin betwist dat de verkoopaanbiedingen volgens een boomstructuur in verschillende categorieën en subcategorieën zijn ingedeeld, waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen de waren die door Amazon en die welke door externe verkopers worden verkocht, waarbij de informatie over de verkoper en de verzender van de waren pas op het scherm wordt getoond na het aanklikken van de bewuste verkoopaanbieding en, in het concrete geval van schoenen, pas nadat de gewenste schoenmaat is opgegeven.
- 43 De verwijzende rechter stelt vast dat de werking van de Amazon platformen, bestaande in een mix van verkoopaanbiedingen van zowel Amazon als externe verkopers, verschilt van die van andere marktplaatsen zoals eBay of Rakuten die uitsluitend verkoopaanbiedingen van externe verkopers publiceren en zelf geen verkoopactiviteiten uitoefenen. Amazon staat echter niet alleen met dit verkoopmodel, want ook andere marktplaatsbeheerders – zoals bijvoorbeeld Cdiscount – bieden naast hun eigen productassortiment ook waren van externe verkopers aan.
- 44 ██████████ is van mening dat uit deze mengvorm van eigen verkoop en verkoop voor rekening van derden volgt dat Amazon niet kan worden aangemerkt als een marktplaatsbeheerder in de betekenis die het Hof eraan geeft, maar als een distributeur die persoonlijk aansprakelijk is voor de inhoud van alle gepubliceerde verkoopaanbiedingen. In de ogen van het relevante publiek, in casu de gemiddeld oplettende internetgebruiker, doet deze mengvorm de indruk ontstaan dat alle op de sites van Amazon aangeboden waren ook door laatstgenoemde worden verkocht, of op zijn minst dat de verkoopaanbiedingen van externe verkopers deel uitmaken van haar eigen commerciële communicatie.
- 45 Anders dan ██████████ is de verwijzende rechter van mening dat de diensten die Amazon via haar websites aanbiedt, aan te merken zijn als diensten die samenhangen met een onlinemarktplaats, aangezien in weerwil van de mix van uiteenlopende verkoopaanbiedingen niet te ontkennen valt dat alle kenmerken van een onlinemarktplaats ook terug te vinden zijn in de door Amazon Services Europe ontplooiende activiteit, meer bepaald in het kader van haar dienst „Verkopen op Amazon”.
- 46 Het feit dat naast deze diensten nog andere diensten worden aangeboden, namelijk verkoopaanbiedingen van de marktplaatsbeheerder zelf en door hem aangeboden

■■■■■

opslag- en verzendingsdiensten, en dat deze diensten zelfs dermate met elkaar zijn vervlochten dat hierdoor een zekere verwarring kan ontstaan bij de internetgebruikers van deze platformen, staat er niet aan in de weg dat de Amazon platformen als marktplaatsen kunnen worden aangemerkt.

- 47 Dit neemt echter niet weg dat moet worden onderzocht of deze specifieke werking van de door Amazon beheerde platformen ertoe kan leiden dat verkoopaanbiedingen van externe verkopers zodanig worden geïncorporeerd, dat Amazon kan worden geacht gebruik te maken van de gewraakte tekens in het kader van haar eigen commerciële communicatie zoals bedoeld door het Hof in het arrest van 12 juli 2011, ■■■■■ e.a. (C-324/09, EU:C:2011:474, punt 102).
- 48 De verwijzende rechter wijst erop dat het Hof in datzelfde arrest heeft geoordeeld dat het „gebruik”, door een derde, van een teken dat gelijk is aan of overeenstemt met het merk van de houder, op zijn minst impliceert dat deze derde het teken in het kader van zijn eigen commerciële communicatie gebruikt, om op grond daarvan te concluderen dat een beheerder van een onlinemarktplaats niet zelf gebruik van deze tekens maakt.
- 49 Aangezien dit arrest echter is gewezen in verband met het eBay platform waarvan genoegzaam bekend is dat het uitsluitend optreedt als tussenpersoon voor het publiceren van verkoopaanbiedingen van zijn gebruikers, en niet als verkoper en distributeur, kan deze rechtspraak niet zonder meer worden toegepast op een platform met een andere werking.
- 50 Volgens de rechtspraak van het Hof heeft het begrip „gebruik” van een merk „betrekking [...] op een situatie [...] waarin een handelstussenpersoon die optreedt in eigen naam maar voor rekening van de verkoper, en derhalve geen belanghebbende is bij een verkoop van waren waarin hij zelf wel verbonden partij is, in zijn stukken voor zakelijk gebruik een teken dat gelijk is aan een gemeenschapsmerk, gebruikt voor dezelfde waren of diensten als die waarvoor het merk is ingeschreven” [beschikking van 19 februari 2009, UDV North America (C-62/08, EU:C:2009:111, punt 54 en dictum ervan)]. Zie in die zin ook arrest van 30 april 2020, A (Inbreuk door invoer van kogellagers, C-772/18, EU:C:2020:341).
- 51 Derhalve is het niet van belang of de waren die op de sites van Amazon worden verkocht, economisch niet aan haar zijn toe te rekenen.
- 52 Dit neemt niet weg dat het Hof in zijn arrest van 12 juli 2011, ■■■■■ e.a. (C-324/09, EU:C:2011:474, punt 102), het begrip „eigen commerciële communicatie” heeft geïntroduceerd, en wel in die zin dat wanneer een teken is opgenomen in de eigen commerciële communicatie van een marktdeelnemer, deze kan worden geacht gebruik te maken van dit teken en bijgevolg aansprakelijk kan worden gesteld voor een merkinbreuk.
- 53 Derhalve moeten de verschillende argumenten worden onderzocht die ■■■■■ ■■■■■ heeft aangedragen voor zijn betoog dat Amazon moet worden geacht

gebruik te maken van de gewraakte tekens doordat zij de verkoopaanbiedingen van externe verkopers opneemt in haar eigen commerciële communicatie.

- 54 ██████████ verwijst in dit verband naar de eenvormigheid van de verkoopaanbiedingen – elke verkoopaanbieding bevat het vermaarde woord- en beeldmerk van Amazon en laatstgenoemde heeft ook zeggenschap over het formaat en de samenstelling van de verkoopaanbiedingen –, de discretie waarmee informatie over de verkopers van waren wordt getoond, de actieve inmenging van Amazon bij het opstellen van de verkoopaanbiedingen, de bemiddeling bij het opslaan en verzenden van waren en de actieve tussenkomst van Amazon bij het vaststellen van de verkoopprijzen.
- 55 De actieve rol van Amazon blijkt ook uit de wijze waarop de verschillende onlineshops worden getoond, waarbij systematisch gebruik wordt gemaakt van het persoonlijk voornaamwoord „ons” om het bestaande aanbod op de Amazon sites te beschrijven, maar ook uit de aanwezigheid van algemene rubrieken zoals „bestsellers”, „het meest gewild” of „in de lift”, zonder onderscheid naar de herkomst van de waren.
- 56 Voorts preciseert ██████████ dat verkoopaanbiedingen van Amazon ook worden getoond in de reclamerubrieken van andere websites, zoals onlinekranten of socialenetwerksites.
- 57 Uit het voorgaande kan volgens hem worden afgeleid dat de gemiddeld geïnformeerde en redelijk oplettende internetgebruiker Amazon ziet als de distributeur van alle op haar sites aangeboden waren, waarbij overigens nog komt dat Amazon zelf de nadruk legt op haar hoedanigheid van distributeur.
- 58 Ondanks zijn uitgebreide rechtspraak heeft het Hof zich nog niet uitgesproken over de vraag of van een onlinedistributeur van waren, die tegelijkertijd een onlinemarktplaats beheert, kan worden aangenomen dat hij verkoopaanbiedingen van externe verkopers inpast in zijn eigen commerciële communicatie. Alle door partijen aangehaalde arresten hebben immers als uitgangspunt dat de verkoopaanbiedingen van externe verkopers geen deel uitmaken van de eigen commerciële communicatie van de platformbeheerder.
- 59 Derhalve suggereert de verwijzende rechter om een eerste prejudiciële vraag aan het Hof voor te leggen.
- 60 Amazon heeft primair geconcludeerd tot overbodigheid en gebrek aan relevantie van deze eerste prejudiciële vraag, gelet op de rechtspraak van het Hof.
- 61 Het Hof heeft immers al de gelegenheid gehad om zich uit te spreken over de geopperde vraag, namelijk in de zaak ██████████ (C-567/18, EU:C:2020:267), waarin de advocaat-generaal in de zin van de voorgelegde prejudiciële vraag had geconcludeerd. Het Hof heeft er echter voor gekozen om deze conclusie niet te volgen en zich te beperken tot de vaststelling dat de beheerder van een onlinemarktplaats niet zelf gebruik maakt van de tekens waarvan derde verkopers

■■■■■

gebruikmaken. Hierbij heeft het Hof gepreciseerd dat bij de beoordeling van de rol van deze beheerders moet worden uitgegaan van andere rechtsregels.

62 De verwijzende rechter herinnert eraan dat in die zaak de volgende prejudiciële vraag aan het Hof was voorgelegd: „Heeft een persoon die voor een derde waren opslaat die een merkrecht schenden, zonder van deze inbreuk op de hoogte te zijn, deze waren in voorraad met het oogmerk deze aan te bieden of in de handel te brengen, wanneer niet hijzelf maar alleen de derde voornemens is de waren aan te bieden of in de handel te brengen?”

63 Het Hof heeft op deze vraag geantwoord dat artikel 9, lid 3, onder b), van verordening 2017/1001 aldus moet worden uitgelegd dat „een persoon die voor een derde waren opslaat die inbreuk maken op een merkrecht, zonder van deze inbreuk op de hoogte te zijn, moet worden geacht deze waren niet in voorraad te hebben met het oogmerk deze aan te bieden of in de handel te brengen in de zin van deze bepalingen, wanneer hij niet zelf dit oogmerk heeft”.

64 Hiermee heeft het Hof deze vraag uitsluitend benaderd vanuit het oogpunt van goederenopslag zonder het bedrijfsmodel dat door de verschillende entiteiten van de Amazon groep wordt gehanteerd nader te analyseren.

65 De advocaat-generaal heeft zich ter zake op het standpunt gesteld dat artikel 9, lid 3, onder b), van verordening 2017/1001 aldus moet worden uitgelegd dat:

„– [...];

– indien die persoon daarentegen actief betrokken is bij de distributie van die waren in het kader van een programma met de kenmerken van het programma genaamd ‚Amazon Logistics’, waar de verkoper aan deelneemt, kan worden aangenomen dat hij die waren opslaat met het oogmerk deze aan te bieden of in de handel te brengen;

– [...]”.

66 Door aldus te oordelen heeft het Hof geen rekening gehouden met het door de advocaat-generaal geformuleerde voorbehoud met betrekking tot een eventuele aansprakelijkheid van Amazon in haar hoedanigheid van deponhouder.

67 Aan deze elementen kan evenwel niet het argument worden ontleend dat het Hof zich reeds – zij het impliciet – heeft uitgesproken over de hier aan de orde zijnde vraag die niet alleen betrekking heeft op de opslag, door Amazon, van door externe verkopers verkochte waren, maar die een ruimere vraag opwerpt, namelijk of sprake is van een inpassing van verkoopaanbiedingen van externe verkopers in de eigen commerciële communicatie [van Amazon].

68 Hieruit volgt dat de voorgestelde prejudiciële vraag nog niet door het Hof is beantwoord, zodat zij in beginsel als relevant moet worden beschouwd.

- 69 Het feit dat de hier aan de orde zijnde kwestie in voorkomend geval een oplossing vindt in de rechtsregels inzake elektronische handel, sluit overigens niet met zekerheid uit dat aansprakelijkheid op het gebied van merkenbescherming aan de orde kan zijn.
- 70 Derhalve moet worden vastgesteld dat de prejudiciële vraag zoals geformuleerd door de verwijzende rechter, relevant is in het licht van het aanhangige geding en van de reeds door het Hof gegeven antwoorden in het kader van andere zaken.
- 71 De verwijzende rechter stelt vast dat in de door Amazon voorgestelde herformulering van de vraag niet langer sprake is van het begrip „mix” van verkoopaanbiedingen van uiteenlopende herkomst, een begrip dat echter ten grondslag ligt aan het vraagstuk dat in het onderhavige geschil is opgeworpen.
- 72 Amazon betoogt voorts dat zij op geen enkele wijze invloed uitoefent op de prijsstelling door externe verkopers.
- 73 De verwijzende rechter stelt vast dat de door hem in dat verband gebruikte formulering in zijn voorgestelde prejudiciële vraag suggereert dat Amazon de prijsstelling rechtstreeks beïnvloedt. Het staat evenwel vast dat Amazon assistentie verleent bij de prijsstelling. Daarbij komt dat verschillende – bij de processtukken gevoegde – persartikels die zijn verschenen in zeer gerenommeerde kranten zoals The Wall Street Journal of The New York Times, laten doorschemeren dat Amazon indirect invloed uitoefent op de prijsstelling doordat zij externe verkopers onder druk zet om hun waren niet goedkoper aan te bieden op andere sites. Derhalve dient de prejudiciële vraag te worden geherformuleerd in die zin dat Amazon assistentie verleent aan externe verkopers bij de prijsstelling van hun waren, zonder echter het vraagstuk van de prijsstelling in zijn geheel achterwege te laten.
- 74 De verwijzende rechter zal vervolgens de tweede prejudiciële vraag voorleggen, zoals voorgesteld door ██████████
- 75 ██████████ benadrukt het belang van de perceptie die het relevante publiek heeft van de actieve rol van de beheerder of van diens inpassing [van externe verkoopaanbiedingen] in zijn eigen commerciële communicatie, aangezien deze perceptie ertoe kan leiden dat het gebruik van een teken dat gelijk is aan of overeenstemt met een merk, wordt toegeschreven aan de beheerder. Derhalve verzoekt hij de verwijzende rechter om dienaangaande een prejudiciële vraag voor te leggen aan het Hof.
- 76 Het hof van beroep te Brussel heeft daarover anders geoordeeld in zijn arrest van 25 juni 2020 dat thans is voorgelegd aan het [Belgische] Hof van Cassatie.
- 77 De vraag hoe het publiek de min of meer actieve rol van de marktplaatsbeheerder bij het publiceren van verkoopaanbiedingen opvat, en derhalve of de gepubliceerde verkoopaanbiedingen deel uitmaken van de eigen commerciële communicatie van de beheerder, kan echter van belang zijn.

78 Derhalve moet worden ingegaan op de vraag of het feit dat het publiek een verkoopaanbieding of aanbod opvat als behorende tot de eigen commerciële communicatie van de beheerder van een digitaal verkoopplatform, niet gelijkstaat aan een daadwerkelijke inpassing van deze verkoopaanbieding in deze eigen commerciële communicatie, op grond waarvan deze beheerder merkenrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.

b) Gebruik van tekens door verzending van waren waarop het gewraakte teken is aangebracht

79 ██████████ is van mening dat het verzenden van door externe verkopers verkochte waren door Amazon vanuit haar distributiecentra kan worden aangemerkt als gebruik, aangezien de expediteur – anders dan de deponhouder die in beginsel niet op de hoogte is van eventuele inbreuken door de voor rekening van derden opgeslagen waren op een merkrecht – hiervan in beginsel wel op de hoogte is. Hij verwijt het hof van beroep te Brussel te hebben geoordeeld dat de verzending slechts in het verlengde ligt van de opslag om het Coty arrest van het Hof toe te passen en derhalve een gebruik door Amazon af te wijzen.

80 Volgens hem vormt het tonen van verkoopaanbiedingen voor inbreukmakende waren, in combinatie met het in voorraad hebben en verzenden daarvan, voldoende grond om aan te nemen dat Amazon daadwerkelijk kennis had van het op de waren aangebrachte inbreukmakende teken. Derhalve verzoekt hij de verwijzende rechter om dienaangaande een prejudiciële vraag voor te leggen aan het Hof.

81 In zijn arrest van 2 april 2020, ██████████ (C-567/18, EU:C:2020:267), heeft het Hof in zijn antwoord op de prejudiciële vraag met nadruk gewezen op het belang van het oogmerk van het in voorraad hebben van de waren.

82 Om de opslag van waren voorzien van tekens die gelijk zijn aan of overeenstemmen met merken te kunnen aanmerken als „gebruik” van deze merken, is het derhalve ook vereist dat de marktdeelnemer die deze waren in voorraad heeft, zelf ook het oogmerk heeft deze aan te bieden of in de handel te brengen in de zin van deze bepalingen.

83 Het voornoemde arrest is niet gewezen in verband met de verzending van waren na de opslag ervan, aangezien de verzending in het destijds aan het Hof voorgelegde geval was uitgevoerd door een externe dienstverlener.

84 De derde door ██████████ voorgestelde prejudiciële vraag mag dan al deels zijn vervat in de tweede prejudiciële vraag, dat neemt niet weg dat hierin enkele aanvullende preciseringen zijn aangebracht die met het oog op volledigheid ter kennis van het Hof moeten worden gebracht.

V. Prejudiciële vragen:

85 De verwijzende rechter legt de navolgende vragen voor aan het Hof:


1. Moet artikel 9, lid 2, van verordening (EU) 2017/1001 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 inzake het Uniemerkt aldus worden uitgelegd dat het gebruik van een aan een merk gelijk teken in een verkoop aanbieding op een website kan worden toegerekend aan de beheerder van die website of aan economisch daarmee verbonden entiteiten, gezien de op deze website bestaande mix van eigen verkoop aanbiedingen van de beheerder of de economisch verbonden entiteiten en verkoop aanbiedingen van externe verkopers, door de inpassing van deze verkoop aanbiedingen in de eigen commerciële communicatie van de beheerder of de economisch verbonden entiteiten?

Komt een dergelijke inpassing nadrukkelijker tot uiting door het feit dat:

- de verkoop aanbiedingen op de website op uniforme wijze worden getoond?
- de eigen verkoop aanbiedingen van de beheerder of de economisch verbonden entiteiten en die van externe verkopers zonder onderscheid naar herkomst via „pop-upvensters” worden getoond in de reclamerubrieken van websites van derden, waarbij echter het beeldmerk van de beheerder of van de economisch verbonden entiteiten duidelijk in beeld wordt gebracht?
- de beheerder of de economisch verbonden entiteiten een algehele service aan externe verkopers verlenen, daaronder begrepen assistentie bij het opstellen van verkoop aanbiedingen, het vaststellen van verkoopprijzen en het opslaan en verzenden van waren?
- de website van de beheerder of de economisch verbonden entiteiten is opgebouwd uit onlineshops en labels zoals „bestsellers”, „het meest gewild” of „in de lift”, zonder op het eerste gezicht een duidelijk onderscheid te maken tussen de eigen waren van de beheerder of de economisch verbonden entiteiten en die van externe verkopers?

2. Moet artikel 9, lid 2, van verordening (EU) 2017/1001 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 inzake het Uniemerkt aldus worden uitgelegd dat het gebruik van een aan een merk gelijk teken in een verkoop aanbieding op een onlinemarktplaats in beginsel kan worden toegerekend aan de beheerder daarvan of aan economisch daarmee verbonden entiteiten, wanneer bij een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende internetgebruiker de perceptie heerst dat deze beheerder of een economisch verbonden entiteit een actieve rol heeft vervuld bij de totstandkoming van deze verkoop aanbieding of dat deze verkoop aanbieding deel uitmaakt van de eigen commerciële communicatie van deze beheerder?

Wordt die perceptie beïnvloed door:

- 
- de omstandigheid dat deze beheerder en/of economisch verbonden entiteiten een gerenommeerd distributeur is/zijn van de meest uiteenlopende waren, daaronder begrepen de waren van de categorie van waren die in de verkoopaanbieding worden aangeprezen; of
 - de omstandigheid dat de aldus getoonde verkoopaanbieding een header bevat waarin het dienstmerk van deze beheerder of economisch verbonden entiteiten is weergegeven, waarbij dit merk algemeen bekendstaat als distributiemark; of
 - de omstandigheid dat deze beheerder of economisch verbonden entiteiten tegelijk met de getoonde verkoopaanbieding diensten aanbieden die traditioneel worden aangeboden door distributeurs van waren van dezelfde categorie als die waartoe de in de verkoopaanbieding aangeprezen waar behoort?

3. Moet artikel 9, lid 2, van verordening (EU) 2017/1001 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 inzake het Uniemark aldus worden uitgelegd dat aan de expediteur die een waar voorzien van een aan een merk gelijk teken zonder toestemming van de merkhouders in het economische verkeer brengt door deze waar te verzenden naar de eindverbruiker, alleen dan het gebruik van dit teken kan worden toegerekend indien hij daadwerkelijk ervan op de hoogte is dat dit teken op de waar is aangebracht?

Maakt een dergelijke expediteur gebruik van het betrokken teken wanneer hijzelf of een economisch verbonden entiteit aan de eindverbruiker heeft gemeld dat hij deze verzending op zich zal nemen, nadat hijzelf of een economisch verbonden entiteit de waar met het oog daarop in voorraad heeft gehad?

Maakt een dergelijke expediteur gebruik van het betrokken teken wanneer hijzelf of een economisch verbonden entiteit eerst actief heeft bijgedragen aan het tonen, in het economische verkeer, van een verkoopaanbieding voor de waar voorzien van dit teken, of de bestelling heeft geregistreerd die de eindverbruiker heeft geplaatst op basis van deze verkoopaanbieding?