Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. SZPUNAR
van 2 juni 2022[1]

Gevoegde zaken C-148/21 en C-184/21

Christian Louboutin
tegen
Amazon Europe Core Sàrl,
Amazon EU Sàrl,
Amazon Services Europe Sàrl (C-148/21)
[verzoek van de tribunal d'arrondissement de Luxembourg (rechter in eerste aanleg Luxemburg, Luxemburg) om een prejudiciële beslissing]
en
Christian Louboutin
tegen
Amazon.com Inc.,
Amazon Services LLC (C-184/21)

[verzoek van de tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles (Franstalige rechtbank van koophandel Brussel, België) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzingen – Intellectuele eigendom – Merkenrecht – Rechtsgevolgen van het Uniemerk – Rechten verbonden aan het merk – Recht om het gebruik door een derde van het merk en van een teken dat gelijk is aan of overeenstemt met dat merk voor dezelfde of soortgelijke waren en diensten te verbieden – Begrip ‚gebruik'"

I. Inleiding

1. Hoewel de aansprakelijkheid van tussenpersonen op zich geen nieuwe kwestie is, is zij steeds opnieuw aan de orde wanneer er op internet nieuwe vormen ontstaan waarin die tussenpersonen opereren. Dit blijkt uit de verscheidenheid van zaken betreffende de activiteit van internetplatforms die de afgelopen jaren bij het Hof aanhangig zijn gemaakt[2] en in navolging waarvan de onderhavige verzoeken om een prejudiciële beslissing zijn ingediend in de procedures tussen Christian Louboutin en Amazon Europe Core Sàrl, Amazon EU Sàrl en Amazon Services Europe Sàrl (zaak C-148/21), en Amazon.com Inc. en Amazon Services LLC (zaak C-184/21) (hierna afzonderlijk of samen: „Amazon").

[1] Oorspronkelijke taal: Frans.

[2] Zie bijvoorbeeld arresten van 20 december 2017, Asociación Profesional Elite Taxi (C-434/15, EU:C:2017:981); 19 december 2019, Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112), en 22 juni 2021, YouTube en Cyando (C-682/18 en C-683/18, EU:C:2021:503).

2. De opkomst van deze nieuwe vormen van opereren wekt geen verbazing. Internet neemt in onze maatschappijen zowel in sociaal als in economisch opzicht een steeds belangrijkere plaats in, en de tussenpersonen die daar actief zijn spelen in dit verband een sleutelrol. Via die tussenpersonen kunnen gebruikers inhoud vinden, uitwisselen, delen en produceren, waren en diensten kopen en verkopen, zich creatief uiten en hun stem laten horen op internet.[3] Kortom, zij maken het voor gebruikers gemakkelijker om toegang te krijgen tot bepaalde inhoud. Hoewel zij tot op zekere hoogte de virtuele tegenhanger van traditionele tussenpersonen kunnen vormen, ontstaan op internet – waar voortdurend technologische vernieuwingen plaatsvinden – vooral nieuwe bemiddelingsmodellen, waarvoor geen equivalent bestaat in de echte wereld[4] en waarvan het praktische belang niet kan worden genegeerd, zodat hiervoor een juridisch kader moet worden geboden.

3. Door de steeds grotere rol van tussenpersonen op internet kruisen hun activiteiten immers die van andere marktdeelnemers, wier rechten tot op zekere hoogte in het gedrang kunnen komen door die activiteiten. Dit is het geval ten aanzien van marktdeelnemers die intellectuele-eigendomsrechten en met name een merk bezitten, aangezien op deze rechten inbreuk kan worden gemaakt op bijvoorbeeld onlineverkoopplatforms, hetgeen de vraag doet rijzen in hoeverre tussenpersonen op internet die dergelijke platforms exploiteren, daarvoor aansprakelijkheid kunnen worden gesteld. De ontwikkeling van de activiteiten van onlineverkoopplatforms en de daarmee gepaard gaande technologische vernieuwingen leiden ertoe dat consumenten gemakkelijker toegang hebben tot waren, en deze gemakkelijker in de handel kunnen worden gebracht. Het aantal waren dat in omloop wordt gebracht, neemt dus automatisch toe. Dit geldt ook voor inbreukmakende producten.[5]

4. Vanuit het oogpunt van de houder van een merk waarop inbreuk wordt gemaakt op een onlineverkoopplatform, is eenvoudig te begrijpen dat hij de tussenpersoon die een dergelijk platform exploiteert, aansprakelijk wil stellen voor de verkoop van inbreukmakende producten via dat platform. Uiteraard wordt de inbreuk in de eerste plaats gepleegd door de verkoper die via het onlineverkoopplatform inbreukmakende producten te koop aanbiedt. Die verkopers zijn meestal echter moeilijk te identificeren en vanwege hun locatie kan het bovendien problematisch zijn om hen aansprakelijk te stellen.[6]

5. De tussenpersoon daarentegen maakt een dergelijke inbreuk door een derde technisch mogelijk en heeft controle over zijn platform. Hij kan dus, in beginsel althans, een einde maken aan die inbreuk. Voor een merkhouder lijkt het dan ook doeltreffender om te trachten de tussenpersoon en niet de externe verkoper aansprakelijk te stellen[7], ongeacht de vraag of die tussenpersoon rechtstreeks aansprakelijk is – als inbreukmaker – dan wel indirect aansprakelijk is – wegens handelingen van derden via diensten van de tussenpersoon[8].

[3] Ullrich, C., *Unlawful Content Online, Towards a New Regulatory Framework for Online Platforms*, Luxemburger Juristische Studien, Nomos, Baden-Baden, 2021, blz. 32.

[4] Marsoof, A., *Internet Intermediaries and Trademark Rights*, Routledge Research in Intellectual Property, Routledge, Abingdon, 2019, blz. 2.

[5] Het aantal namaakproducten dat wereldwijd in omloop wordt gebracht, bedraagt thans circa 2,5 % van de wereldhandel. Zie OESO/EUIPO, *Global Trade in Fakes: A Worrying Threat*, Illicit Trade, OECD Publishing, Parijs, 2021, blz. 61.

[6] Van Eecke, P., „Online service providers and liability: A plea for a balanced approach", *Common Market Law Review*, nr. 48, deel 5, 2011, blz. 1455.

[7] Over de theoretische en economische rechtvaardigingen voor de aansprakelijkheid van tussenpersonen op internet, zie Marsoof, A., op. cit., blz. 5-10; Ullrich, C., op. cit., blz. 104-108, en Ohly, A., „The Liability of Intermediaries for Trademark Infringement", *Research Handbook on Trademark Law Reform*, Dinwoodie, G.B., en Janis, M.D. (red.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, blz. 396-430.

[8] Over het onderscheid tussen primaire en indirecte aansprakelijkheid, zie de conclusie van advocaat-generaal Jääskinen in de zaak L'Oréal e.a. (C-324/09, EU:C:2010:757, punten 54 e.v.), alsook Kur, A., en Senftleben, M., *European Trade Mark Law: A commentary*, University Press, Oxford, 2017, blz. 691, en Ullrich, C., op. cit., blz. 356 e.v.

6. Het belang van merkhouders om tussenpersonen aansprakelijk te stellen, kan echter niet afzonderlijk worden bezien en kan op zich niet rechtvaardigen dat tussenpersonen altijd aansprakelijk moeten worden gesteld voor inbreuken op de rechten van merkhouders die zich op hun platforms voordoen. Dit belang moet immers worden afgewogen tegen andere tegenstrijdige belangen. [9]

7. In de eerste plaats zou de omvang van de aansprakelijkheid van tussenpersonen op internet hen waarschijnlijk kunnen verplichten tot een algemeen toezicht op elke potentiële merkinbreuk op hun platform. In de tweede plaats, en op dezelfde wijze, zou de erkenning dat tussenpersonen op internet rechtstreeks aansprakelijk kunnen worden gesteld voor inbreuken op de rechten van merkhouders op hun platform, in de weg kunnen staan aan de ontwikkeling van nieuwe activiteiten op internet, en meer in het algemeen aan elke vorm van innovatie op dit gebied.

8. De Uniewetgever heeft deze uiteenlopende belangen met elkaar willen verzoenen en tussenpersonen op internet daartoe tot op zekere hoogte beschermd tegen aansprakelijkheid voor handelingen van derden op hun platforms, dat wil zeggen hun indirecte aansprakelijkheid. Indirecte aansprakelijkheid is weliswaar niet geharmoniseerd in het Unierecht, maar in richtlijn 2000/31/EG [10] zijn wel gevallen vastgelegd waarin de lidstaten aansprakelijkheid moeten uitsluiten. Inzonderheid tussenpersonen op internet kunnen dus niet aansprakelijk worden gesteld voor onrechtmatige handelingen die een gebruiker van hun platform verricht in het kader van hun activiteit bestaande in het doorgeven van informatie via een communicatienetwerk en het verschaffen van toegang tot dat netwerk, „caching” (opslag) of hosting. [11] In het kader van deze activiteiten mag aan tussenpersonen op internet bovendien geen algemene verplichting worden opgelegd om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan, noch om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden. [12]

9. Voorts bepaalt richtlijn 2004/48/EG [13] dat de lidstaten er zorg voor dragen dat de rechthebbenden om een rechterlijk bevel kunnen verzoeken tegen tussenpersonen wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht te maken. [14] Deze maatregelen om een dergelijke inbreuk een halt toe te roepen, staan echter los van de eventuele aansprakelijkheid van de tussenpersoon ten aanzien van de litigieuze feiten [15], zodat de vraag hoe tussenpersonen dienen te worden behandeld wegens feiten die door derden via hun diensten zijn verricht, in deze richtlijn grotendeels onbesproken blijft.

10. Naast de vraag in hoeverre tussenpersonen op internet indirect aansprakelijk kunnen worden gesteld, moest ook nog worden bepaald of zij rechtstreeks aansprakelijk kunnen worden gesteld voor inbreuken op de rechten van merkhouders, met name in het geval van beheerders van onlinemarktplaatsen op wier platform inbreukmakende producten te koop worden aangeboden. Anders dan de indirecte aansprakelijkheid van tussenpersonen op internet, die – onder

9 Ohly, A., op. cit., blz. 397.

10 Richtlijn 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 mark („richtlijn inzake elektronische handel”) (PB 2000, L 178, blz. 1; hierna: „richtlijn inzake elektronische handel”).

11 Artikelen 12 tot en met 14 van de richtlijn inzake elektronische handel.

12 Artikel 15 van de richtlijn inzake elektronische handel.

13 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (PB 2004, L 157, blz. 45, met rectificatie in PB 2004, L 195, blz. 16).

14 Artikel 11 van richtlijn 2004/48.

15 Zie arrest van 7 juli 2016, Tommy Hilfiger Licensing e.a. (C-494/15, EU:C:2016:528, punt 22). Zie over deze vraag ook Husovec, M., *Injunctions against Intermediaries in the European Union: Accountable but not Liable*?, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, blz. 62 e.v.

voorbehoud van de vrijstellingen van aansprakelijkheid waarin de richtlijn inzake elektronische handel voorziet – in het nationale recht wordt geregeld, valt de rechtstreekse aansprakelijkheid van beheerders van marktplaatsen wegens inbreuk op de rechten van merkhouders op die marktplaatsen wel degelijk onder het Unierecht, en meer in het bijzonder onder verordening (EU) 2017/1001 [16].

11. Het stond dus aan het Hof om de betrokken belangen zelf af te wegen door een grens te trekken tussen gevallen waarin de beheerder van een marktplaats rechtstreeks aansprakelijk kan worden gesteld, en gevallen waarin die beheerder niet rechtstreeks aansprakelijk kan worden gesteld voor een inbreuk op de rechten van een merkhouder op zijn platform. In zijn rechtspraak inzake de uitlegging van artikel 9, lid 2, van verordening 2017/1001 [17] heeft het Hof die grens tot op zekere hoogte weten vast te stellen door het begrip „gebruik" van het merk in het economische verkeer te verduidelijken [18], aangezien aan de hand van dat begrip wordt bepaald welke gedragingen een merkhouder kan verbieden aan een derde.

12. Door de voortdurende vernieuwingen op het gebied van internet, ter waarborging waarvan de activiteiten van tussenpersonen op dit gebied uitgebreid moesten worden beschermd, heeft het model van onlinemarktplaatsen echter ook aanzienlijke veranderingen ondergaan. Met name Amazon kan niet als een traditionele marktplaats worden beschouwd.

13. Zoals de verwijzende rechters opmerken, is Amazon namelijk zowel een bekende distributeur als de beheerder van een marktplaats. Amazon publiceert op haar onlinemarktplaats dan ook zowel aanbiedingen voor haar eigen waren, die zij in eigen naam verkoopt en verzendt, als aanbiedingen van externe verkopers. Met de werkwijze van Amazon kunnen externe verkopers waren die zij op het platform te koop aanbieden, zelf verzenden of laten verzenden door Amazon. In dat geval slaat Amazon die waren in haar distributiecentra op en verzendt zij deze vanuit haar eigen locaties aan de kopers.

14. Deze elementen, die het model van die onderneming „hybride" maken [19], vormen een nieuw kader voor de beoordeling van de vraag of de beheerder van een dergelijke marktplaats rechtstreeks aansprakelijk kan worden gesteld voor inbreuken op de rechten van merkhouders op zijn platform doordat hij van dit merk gebruik heeft gemaakt in de zin van artikel 9, lid 2, van verordening 2017/1001, en liggen ten grondslag aan de in de onderhavige zaken gestelde prejudiciële vragen.

15. De onderhavige zaken bieden het Hof dus de gelegenheid om het begrip „gebruik" te verduidelijken en aldus uiteen te zetten op grond van welke beginselen tussenpersonen op internet rechtstreeks aansprakelijk kunnen worden gesteld voor merkinbreuken die worden begaan op hun platform.

[16] Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 inzake het Uniemerk (PB 2017, L 154, blz. 1).

[17] Of de voorloper ervan: verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het gemeenschapsmerk (PB 2009, L 78, blz. 1).

[18] Zie de analyse van deze rechtspraak in de punten 50 e.v. van deze conclusie.

[19] Ohly, A., op. cit., blz. 413.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Verordening 2017/1001

16. Overweging 13 van verordening 2017/1001 luidt:

„Over de commerciële oorsprong van de waren of diensten kan zich verwarring voordoen wanneer een onderneming hetzelfde of een soortgelijk teken op zodanige wijze als handelsnaam gebruikt dat er een verband wordt gelegd tussen de onderneming die de naam draagt, en de waren of diensten die van die onderneming afkomstig zijn. Bijgevolg is er eveneens sprake van een inbreuk op een Uniemerk wanneer het teken als handelsnaam of soortgelijke aanduiding wordt gebruikt, voor zover dat gebruik plaatsvindt met het oog op het onderscheiden van waren of diensten."

17. Artikel 9 van verordening 2017/1001, met als opschrift „Rechten verbonden aan het Uniemerk", bepaalt in de leden 1 tot en met 3:

„1. De inschrijving van een Uniemerk geeft de houder een uitsluitend recht.

2. Onverminderd de rechten die houders vóór de datum van indiening of de datum van voorrang van het Uniemerk hebben verkregen, is de houder van dat Uniemerk 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 Uniemerk en wordt gebruikt voor waren of diensten die gelijk zijn aan die waarvoor het Uniemerk is ingeschreven;

b) het teken gelijk is aan of overeenstemt met het Uniemerk en wordt gebruikt met betrekking tot waren of diensten die gelijk zijn aan of overeenstemmen met de waren of diensten waarvoor het Uniemerk is ingeschreven, indien daardoor verwarring bij het publiek kan ontstaan; verwarring behelst ook de mogelijkheid van associatie met het merk;

c) het teken gelijk is aan of overeenstemt met het Uniemerk ongeacht of het wordt gebruikt voor waren of diensten die gelijk zijn aan, overeenstemmen met of niet overeenstemmen met die waarvoor het Uniemerk is ingeschreven, wanneer het een in de Unie bekend merk betreft en wanneer door het gebruik zonder geldige reden van het teken ongerechtvaardigd voordeel wordt gehaald uit of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het Uniemerk.

3. Krachtens lid 2 kan met name worden verboden:

[...]

b) het aanbieden, in de handel brengen of daartoe in voorraad hebben van waren of het aanbieden of verrichten van diensten 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 [20]."

B. Richtlijn 2004/48

18. Artikel 11 van richtlijn 2004/48, met als opschrift „Rechterlijk bevel", bepaalt:

„De lidstaten dragen er zorg voor dat, wanneer bij rechterlijke uitspraak inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht is vastgesteld, de bevoegde rechterlijke instanties een bevel tot staking van de inbreuk tegen de inbreukmaker kunnen uitvaardigen. Indien het nationale recht erin voorziet, wordt bij niet-naleving van een bevel, indien passend, een dwangsom tot naleving van het verbod opgelegd. De lidstaten dragen er tevens zorg voor dat de rechthebbenden om een rechterlijk bevel kunnen verzoeken tegen tussenpersonen wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht te maken, onverminderd artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29/EG [21]."

19. Artikel 13 van deze richtlijn, met als opschrift „Schadevergoeding", bepaalt:

„1. De lidstaten dragen er zorg voor dat de bevoegde rechterlijke instanties op verzoek van de benadeelde partij de inbreukmaker die wist of redelijkerwijs had moeten weten dat hij inbreuk pleegde, gelasten de rechthebbende een passende vergoeding te betalen tot herstel van de schade die deze wegens de inbreuk heeft geleden.

[...]

2. De lidstaten kunnen bepalen dat de rechterlijke instanties invordering van winsten of betaling van een vooraf vastgestelde schadevergoeding kunnen gelasten, indien de inbreukmaker niet wist of niet redelijkerwijs had moeten weten dat hij inbreuk pleegde."

C. Richtlijn inzake elektronische handel

20. Overweging 48 van de richtlijn inzake elektronische handel luidt:

„Deze richtlijn mag geen afbreuk doen aan de mogelijkheid voor de lidstaten om van dienstverleners die door afnemers van hun dienst verstrekte informatie toegankelijk maken, te verlangen dat zij zich aan zorgvuldigheidsverplichtingen houden die redelijkerwijs van hen verwacht mogen worden en die bij nationale wet zijn vastgesteld, zulks om bepaalde soorten onwettige activiteiten op te sporen en te voorkomen."

[20] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame (PB 2006, L 376, blz. 21).

[21] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (PB 2001, L 167, blz. 10).

21. Artikel 14 van deze richtlijn, met als opschrift „Hosting", bepaalt in lid 1 ervan:

„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 besef krijgt, prompt handelt om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken."

III. Hoofdgedingen, prejudiciële vragen en procedures bij het Hof

22. Louboutin is een Franse schoenenontwerper die vooral bekend is om zijn hooggehakte damesschoenen. Sinds midden jaren negentig brengt hij op zijn schoenen een buitenzool met een rode kleur (Pantone nr. 18.1663TP) aan.

23. Deze kleur op de zool van een hooggehakte schoen is ingeschreven als Benelux-merk onder nummer 0874489, en als Uniemerk onder nummer 8845539.[22] Dit merk wordt beschermd voor „schoeisel met hoge hakken (uitgezonderd orthopedisch schoeisel)".

24. Amazon is een onderneming die gespecialiseerd is in het online te koop aanbieden van diverse waren en diensten, zowel rechtstreeks voor eigen rekening als indirect als platform voor rekening van externe verkopers.

25. Op de websites van Amazon verschijnen regelmatig verkoopaanbiedingen voor schoenen met rode zolen die volgens Louboutin betrekking hebben op producten die zonder zijn toestemming in de handel worden gebracht.

A. Zaak C-148/21

26. Bij deurwaardersexploot van 19 september 2019 heeft Louboutin met het betoog dat inbreuk werd gemaakt op de uitsluitende rechten die voortvloeien uit zijn Uniemerk de in Luxemburg gevestigde dochterondernemingen van Amazon laten dagvaarden bij de handelskamer van de tribunal d'arrondissement de Luxembourg (rechter in eerste aanleg Luxemburg, Luxemburg). Louboutin heeft gevorderd dat Amazon aansprakelijk wordt gesteld voor de inbreuk op genoemd merk, dat het gebruik van tekens die gelijk zijn aan dit merk op het gehele grondgebied van de Unie wordt gestaakt, met uitzondering van het grondgebied van de Benelux, waarvoor een beslissing van de Belgische rechter geldt, op straffe van een dwangsom, en dat een recht op vergoeding wordt vastgesteld van de schade die het gevolg is van het litigieuze onwettige gebruik.

[22] Volgens de inschrijving „bevat [het merk] 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)".

27. De vorderingen van Louboutin zijn gebaseerd op artikel 9, lid 2, onder a), van verordening 2017/1001. Louboutin betoogt dat Amazon zonder zijn toestemming een teken dat gelijk is aan het merk waarvan hij de houder is, heeft gebruikt voor dezelfde waren of diensten als die waarvoor het betrokken merk is ingeschreven, met name door op haar onlinemarktplaatsen verkoopaanbiedingen weer te geven voor waren waarop het litigieuze teken is aangebracht, maar ook door die waren in bezit te hebben, te verzenden en te leveren. Volgens Louboutin kan dit gebruik aan Amazon worden toegerekend, aangezien zij een actieve rol heeft gespeeld bij het verrichten van de handelingen waarin het gebruik bestaat en de verkoopaanbiedingen voor de inbreukmakende waren deel uitmaakten van haar eigen commerciële communicatie. Amazon kan dus niet louter als aanbieder van hostingdiensten of neutrale tussenpersoon worden beschouwd.

28. Amazon betwist dat het gebruik van het merk aan haar kan worden toegerekend. Zij beroept zich op verschillende arresten van het Hof betreffende andere platforms, zoals eBay, en voert daarbij aan dat zij als beheerder van een onlinemarktplaats niet aansprakelijk kan worden gesteld voor het gebruik dat externe verkopers van haar platform maken. De werking van de marktplaats van Amazon, waartoe externe verkopers toegang hebben, verschilt volgens haar niet wezenlijk van die van andere marktplaatsen. Het feit dat het logo van Amazon in de verkoopaanbiedingen van externe verkopers op haar sites is opgenomen, betekent niet dat Amazon zich deze aanbiedingen toe-eigent. Even onjuist is volgens Amazon de bewering dat de door haar aangeboden nevendiensten voldoende grond opleveren om aanbiedingen van externe verkopers aan te merken als verkoopaanbiedingen die deel uitmaken van de communicatie van Amazon. Zij stelt dat het feit dat iemand zorgt voor de technische voorzieningen die nodig zijn voor het gebruik van een teken en daarvoor wordt vergoed, niet betekent dat degene die deze dienst verleent, zelf dit teken gebruikt.

29. Volgens de verwijzende rechter moet worden onderzocht of er vanwege de bijzondere werking van de door Amazon geëxploiteerde platforms sprake kan zijn van gebruik van een teken dat gelijk is aan het merk, door de inpassing van verkoopaanbiedingen van externe verkopers in haar eigen commerciële communicatie.

30. In de eerste plaats verwijst de verwijzende rechter naar het arrest van 12 juli 2011, L'Oréal e.a.[23]; hierna: „arrest eBay"), waarin het Hof 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. 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 volgens de verwijzende rechter niet ipso facto worden toegepast op een platform met een andere werking.

31. De verwijzende rechter is in dit verband van mening dat niet zozeer elk element van de aanbiedingen op de Amazon-sites afzonderlijk moet worden onderzocht, maar dat veeleer de strategie in haar geheel moet worden beoordeeld om te bepalen of het door Amazon opgezette verkoopmodel kan verschillen van dat van een marktplaats in eigenlijke zin, en in voorkomend geval derhalve een andere aansprakelijkheid kan meebrengen.

[23] Arrest van 12 juli 2011 (C 324/09, EU:C:2011:474).

32. Die rechter stelt dat het Hof zich ondanks zijn uitgebreide rechtspraak nog niet heeft 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. Deze rechtspraak is namelijk gebaseerd op de premisse dat verkoopaanbiedingen van derden geen deel uitmaken van de eigen commerciële communicatie van de platformbeheerder, hetgeen in casu tot de conclusie zou leiden dat Amazon enkel als beheerder van een onlinemarktplaats moet worden beschouwd.

33. De verwijzende rechter merkt op dat het Hof de vraag in het arrest van 2 april 2020, Coty Germany[24], uitsluitend heeft onderzocht vanuit het oogpunt van de opslag van de waren, zonder een ruimere analyse van het bedrijfsmodel van Amazon in overweging te nemen, zodat het Hof zich niet heeft uitgesproken over de aan hem in de onderhavige zaak voorgelegde 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 er sprake is van een inpassing door Amazon van verkoopaanbiedingen van externe verkopers in haar eigen commerciële communicatie.

34. De verwijzende rechter voegt daaraan toe dat het feit dat die ruimere kwestie in voorkomend geval een oplossing vindt in de Uniewetgeving inzake elektronische handel, niet met zekerheid uitsluit dat aansprakelijkheid op het gebied van merkenbescherming aan de orde kan zijn.

35. In de tweede plaats vraagt die rechter zich af of de vraag hoe het publiek de min of meer actieve rol van de marktplaatsbeheerder bij het publiceren van verkoopaanbiedingen opvat, van belang kan zijn. Meer bepaald wenst de verwijzende rechter te vernemen of het feit dat het publiek een verkoopaanbieding of aanbod van een derde opvat als behorende tot de eigen commerciële communicatie van de beheerder van een digitaal verkoopplatform, gelijkstaat aan een daadwerkelijke inpassing van deze verkoopaanbieding in zijn eigen commerciële communicatie, op grond waarvan deze beheerder merkenrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.

36. In de derde plaats vraagt de verwijzende rechter zich af of een beheerder moet worden geacht gebruik te maken van een teken wanneer hij waren verzendt waarop het litigieuze teken is aangebracht. Volgens die rechter heeft het Hof zich in het arrest Coty niet uitgesproken over de verzending van waren na de opslag ervan, aangezien de verzending in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot dat arrest, was uitgevoerd door een externe dienstverlener.

37. In die omstandigheden heeft de tribunal d'arrondissement de Luxembourg de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moet artikel 9, lid 2, van verordening [2017/1001] aldus worden uitgelegd dat het gebruik van een aan een merk gelijk teken in een verkoopaanbieding 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 verkoopaanbiedingen van de beheerder of de economisch verbonden entiteiten en verkoopaanbiedingen van externe verkopers, door de inpassing van deze verkoopaanbiedingen 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 verkoopaanbiedingen op de website op uniforme wijze worden getoond?

[24] Arrest van 2 april 2020 (C 567/18, EU:C:2020:267; hierna: „arrest Coty"),

– de eigen verkoopaanbiedingen 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 verkoopaanbiedingen, 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 [2017/1001] aldus worden uitgelegd dat het gebruik van een aan een merk gelijk teken in een verkoopaanbieding 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 verkoopaanbieding of dat deze verkoopaanbieding 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 distributiemerk; 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 [2017/1001] aldus worden uitgelegd dat aan de expediteur die een waar voorzien van een aan een merk gelijk teken zonder toestemming van de merkhouder 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?"

38. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is op 8 maart 2021 bij het Hof ingekomen. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de partijen in het hoofdgeding en door de Duitse regering en de Europese Commissie. Dezelfde partijen, met uitzondering van de Duitse regering, hebben deelgenomen aan de terechtzitting op 22 februari 2022.

B. Zaak C-184/21

39. Op 4 oktober 2019 heeft Louboutin bij de tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles (Franstalige rechtbank van koophandel Brussel, België) een vordering ingesteld tot staking van het gebruik van zijn merk door Amazon en tot vergoeding van de door dit gebruik veroorzaakte schade.

40. Louboutin voert ter ondersteuning van zijn vordering dezelfde argumenten aan als in zaak C-148/21, waarbij hij met name benadrukt dat de litigieuze verkoopaanbiedingen ten eerste onlosmakelijk deel uitmaken van de commerciële communicatie van Amazon, aangezien in de header van elke verkoopaanbieding het woord- en beeldmerk Amazon staat afgebeeld, zijnde het merk van een gerenommeerde distributeur, en deze verkoopaanbiedingen ten tweede naar hun samenstelling gelijkenissen vertonen met de gebruikelijke verkoopaanbiedingen van grote distributeurs. Tevens voert Louboutin aan dat de vraag of een verkoopaanbieding deel uitmaakt van de eigen commerciële communicatie van een bepaald persoon, dient te worden beoordeeld vanuit het standpunt van de normaal geïnformeerde en redelijk oplettende consument aan wie de verkoopaanbieding is gericht. Voorts stelt hij dat het verzenden naar een koper van een waar voorzien van een aan een merk gelijk teken gelijkstaat aan het gebruik van dat teken.

41. In antwoord daarop betoogt Amazon dat de verkoopaanbiedingen voor vermeend inbreukmakende schoenen die door externe verkopers op haar verkoopsites worden geplaatst, alsook de verzending van deze door laatstgenoemden verkochte schoenen, niet kunnen worden aangemerkt als een gebruik van het merk door Amazon, en dat zij volgens vaste rechtspraak als beheerder van een onlinemarktplaats niet aansprakelijk kan worden gesteld voor het (niet-toegestane) gebruik van een merk door derden. Amazon verwijst in dit verband naar een recent arrest van de cour d'appel de Bruxelles (hof van beroep Brussel, België)[25], waarin dit hof heeft geoordeeld dat „het gebruik van het merk in een verkoopaanbieding voor inbreukmakende waren die afkomstig is van een externe verkoper, niet toerekenbaar is aan de beheerder van de onlinemarktplaats, zelfs wanneer de identiteit van de beheerder zichtbaar is, aangezien dit gebruik niet behoort tot de eigen commerciële communicatie van laatstgenoemde".

42. De verwijzende rechter is van mening dat voor de beslechting van het aan hem voorgelegde geschil ten eerste de vraag van belang is in welke omstandigheden het gebruik van een inbreukmakend teken in een verkoopaanbieding kan worden toegerekend aan de beheerder van een onlinemarktplaats die tevens een distributeur is, en ten tweede de vraag of en onder welke omstandigheden de perceptie van deze verkoopaanbieding door het publiek relevant is voor de toerekenbaarheid van een dergelijk gebruik. Hetzelfde geldt volgens deze verwijzende rechter

[25] Arrest van 25 juni 2020, RG/2019/AR/1480.

voor de vraag naar de omstandigheden waarin een waar voorzien van een inbreukmakend teken wordt verzonden, die zijns inziens noodzakelijk is om uit te maken of artikel 9, lid 2, van verordening 2017/1001 van toepassing is in het onderhavige geval.

43. In die omstandigheden heeft de tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moet artikel 9, lid 2, van verordening [2017/1001] aldus worden uitgelegd dat het gebruik van een aan een merk gelijk teken in een verkoopaanbieding op een website in beginsel kan worden toegerekend aan de beheerder van die website, wanneer bij een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende internetgebruiker de perceptie heerst dat deze beheerder een actieve rol heeft vervuld bij de totstandkoming van deze verkoopaanbieding of dat deze verkoopaanbieding deel uitmaakt van de eigen commerciële communicatie van deze beheerder?

Wordt die perceptie beïnvloed door:

– de omstandigheid dat deze beheerder een gerenommeerd distributeur is 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 is weergegeven, waarbij dit merk algemeen bekendstaat als distributiemerk; of

– de omstandigheid dat deze beheerder tegelijk met de getoonde verkoopaanbieding diensten aanbiedt die traditioneel worden aangeboden door distributeurs van waren van dezelfde categorie als die waartoe de in de verkoopaanbieding aangeprezen waar behoort?

2) Moet artikel 9, lid 2, van verordening [2017/1001] aldus worden uitgelegd dat aan de expediteur die een waar voorzien van een aan een merk gelijk teken zonder toestemming van de merkhouder 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?"

44. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is op 24 maart 2021 bij het Hof ingekomen. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de partijen in hoofdgeding, de Duitse regering en de Europese Commissie. Dezelfde partijen, met uitzondering van de Duitse regering, hebben deelgenomen aan de terechtzitting op 22 februari 2022.

IV. Analyse

45. Ik merk op dat de prejudiciële vragen die in de zaken C-148/21 en C-184/21 aan het Hof zijn voorgelegd, allemaal betrekking hebben op de uitlegging van het begrip „gebruik" in de zin van artikel 9, lid 2, van verordening 2017/1001 en dat de daarin aangevoerde elementen elkaar grotendeels overlappen. [26] Ik zal deze dan ook tezamen behandelen.

46. Met hun prejudiciële vragen wensen de verwijzende rechters in wezen te vernemen of artikel 9, lid 2, van verordening 2017/1001 aldus moet worden uitgelegd dat de beheerder van een onlineverkoopplatform moet worden geacht gebruik te maken van een merk in een verkoopaanbieding die door een derde op dat platform wordt gepubliceerd, ten eerste vanwege het feit dat die beheerder zowel zijn eigen verkoopaanbiedingen als die van derden op dezelfde wijze publiceert, waarbij die aanbiedingen ongeacht hun herkomst op dezelfde wijze worden weergegeven en hij zijn eigen logo van gerenommeerde distributeur in deze aanbiedingen opneemt, en ten tweede vanwege het feit dat de beheerder externe verkopers aanvullende diensten van opslag en verzending van de op zijn onlineplatform aangeboden waren aanbiedt en potentiële kopers meedeelt dat hij deze activiteiten op zich neemt. De verwijzende rechters wensen voorts van het Hof te vernemen of de perceptie van een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende internetgebruiker van invloed is op de uitlegging van het begrip „gebruik" in de zin van die bepaling.

47. Ter beantwoording van de aan het Hof voorgelegde prejudiciële vragen zal ik eerst de rechtspraak inzake het begrip „gebruik" van het merk in de zin van artikel 9, lid 2, van verordening 2017/1001 in herinnering brengen, teneinde te kunnen aangeven waarom naar mijn mening uit deze rechtspraak voortvloeit dat bij de toepassing van dit begrip dient te worden uitgegaan van de perceptie van een gebruiker van het betrokken platform. Vervolgens zal ik analyseren wat daarvan de gevolgen zijn voor de beantwoording van de vraag of Amazon, gelet op haar door de verwijzende rechters beschreven bijzondere werkwijze, gebruikmaakt van een merk wanneer dit merk voorkomt in een verkoopaanbieding die een derde op haar website plaatst.

A. Afbakening van het analysekader

48. Uit hoofde van artikel 9, lid 2, van verordening 2017/1001, waarin artikel 9, lid 1, van verordening nr. 207/2009 inhoudelijk is overgenomen, mag de houder van een Uniemerk iedere derde het „gebruik" zonder zijn toestemming van een teken dat gelijk is aan het merk in het economische verkeer verbieden, wanneer dat teken wordt gebruikt voor dezelfde waren of diensten als die waarvoor het merk is ingeschreven. In de bepalingen van verordening 2017/1001 is het begrip „gebruik" echter niet gedefinieerd, zodat de beginselen voor uitlegging van dit begrip in de rechtspraak van het Hof zijn ontwikkeld.

1. Ontoereikende definitie in de huidige rechtspraak

49. Het Hof heeft geoordeeld dat de term „gebruik" in artikel 9, lid 2, van verordening 2017/1001 een actieve gedraging alsook een rechtstreekse of indirecte controle over de handeling waarin het gebruik bestaat, van de derde – een tussenpersoon op internet – vereist. [27]

[26] Zie de punten 89 en 90 van deze conclusie.

[27] Arresten van 3 maart 2016, Daimler (C-179/15, EU:C:2016:134, punt 41), en 2 juli 2020, mk advokaten (C-684/19, EU:C:2020:519, punt 23).

50. Dit vereiste van een actieve gedraging alsook een controle over de handeling waarin het gebruik bestaat, vloeit ten eerste voort uit de opzet van artikel 9 van verordening 2017/1001, aangezien dit artikel in lid 3 ervan een niet-limitatieve opsomming bevat van soorten gebruik die de merkhouder kan verbieden en uitsluitend actieve gedragingen van de derde vermeldt.[28] Ten tweede vloeit een dergelijk vereiste voort uit het doel van artikel 9, lid 2, van verordening 2017/1001, waarmee wordt beoogd de merkhouder een rechtsinstrument aan te reiken waarmee hij elk gebruik dat een derde van zijn merk maakt zonder zijn toestemming, kan verbieden en dus kan laten beëindigen. Alleen een derde die controle heeft over de handeling waarin het gebruik bestaat, is evenwel daadwerkelijk in staat om dat gebruik te staken.[29] Dit vereiste vormt dan ook een uitdrukking van het beginsel dat niemand wettelijk kan worden verplicht het onmogelijke te doen.[30]

51. Bovendien veronderstelt de gebruikshandeling door een tussenpersoon op internet volgens vaste rechtspraak van het Hof „op zijn minst [...] dat deze [tussenpersoon] het teken in het kader van zijn eigen commerciële communicatie gebruikt".[31] Deze voorwaarde, die rechtstreeks aansluit bij de voorwaarde van een actieve gedraging, vormt mijns inziens de kern van het begrip „gebruik" in het geval van een tussenpersoon op internet. Dit is een noodzakelijke voorwaarde voor de erkenning van het gebruik van een teken, bij gebreke waarvan er geen sprake kan zijn van een dergelijk gebruik.

52. Benadrukt dient te worden dat de voorwaarde dat een tussenpersoon op internet het teken voor zijn eigen commerciële communicatie moet gebruiken, er tot dusver overigens steeds toe heeft geleid dat werd uitgesloten dat er sprake was van gebruik door die tussenpersoon. Zo heeft het Hof in het arrest Google geoordeeld dat de verlener van een zoekmachineadvertentiedienst het teken niet in zijn eigen commerciële communicatie gebruikt, omdat hij zijn klanten enkel de mogelijkheid biedt om zelf gebruik te maken van tekens die gelijk zijn aan een merk, zodat hij uitsluitend zorgt voor de technische voorzieningen die nodig zijn voor het gebruik van een teken.[32] Evenzo heeft het Hof in het arrest eBay[33] geoordeeld dat de beheerder van een marktplaats geen gebruik maakt van het betrokken teken in zijn eigen commerciële communicatie wanner hij een dienst levert die erin bestaat dat hij het zijn klanten mogelijk maakt om dit teken in het kader van hun handelsactiviteiten te laten tonen, en in het arrest Coty[34] dat de opslag van waren die zijn voorzien van het betrokken teken geen gebruik van dit teken in de eigen commerciële communicatie van een derde vormt wanneer hij die waren niet zelf te koop aanbiedt of in de handel brengt.

53. Ik merk echter op dat deze voorwaarde nooit nader is omschreven in de rechtspraak van het Hof en dat deze kwestie evenmin nader is uitgewerkt in de rechtsleer[35], zodat onduidelijk is wat het begrip „gebruik van een teken door een tussenpersoon in zijn eigen commerciële

28 Arrest van 3 maart 2016, Daimler (C-179/15, EU:C:2016:134, punt 39).

29 Arrest van 3 maart 2016, Daimler (C-179/15, EU:C:2016:134, punt 40).

30 Zie Kur, A., en Senftleben, M., op. cit., blz. 276.

31 Arrest van 23 maart 2010, Google France en Google (C-236/08–C-238/08, EU:C:2010:159, punt 56; hierna: „arrest Google"); arrest eBay (punt 102), en arrest Coty (punt 39).

32 Arrest Google (punten 56 en 57).

33 Punt 102 van dat arrest

34 Punt 47 van dat arrest. Zie over de vaststelling dat er geen sprake is van gebruik van een teken wanneer dat teken niet is gebruikt in de eigen commerciële communicatie in situaties die geen betrekking hebben op tussenpersonen op internet, ook arresten van 15 december 2011, Frisdranken Industrie Winters (C-119/10, EU:C:2011:837), en 16 juli 2015, TOP Logistics e.a. (C-379/14, EU:C:2015:497).

35 Een aantal auteurs heeft dit opgemerkt. Zie Marsoof, A., op. cit., blz. 37; Ullrich, C., op. cit., blz. 358.

communicatie" precies inhoudt [36]. Deze onduidelijkheid wordt nog eens versterkt door het uitsluitend ontkennende gebruik van die voorwaarde, die enkel heeft gediend tot het onderbouwen van de vaststelling dat er geen sprake was van gebruik van een teken, zelfs op een plaats die ertoe heeft geleid dat dit teken kon worden ontdekt.

54. Hoewel het op het eerste gezicht dus niet eenvoudig is om bij lezing van de rechtspraak van het Hof vast te stellen wat in bevestigende zin wordt verstaan onder „het gebruik van een teken door een tussenpersoon in zijn eigen commerciële communicatie" en hoe kan worden aangetoond dat een dergelijke voorwaarde is vervuld, is het wel mogelijk om aan de hand van een zorgvuldigere analyse van dat begrip de contouren ervan te schetsen.

2. Het „gebruik van een teken door een tussenpersoon in zijn eigen commerciële communicatie": een begrip waarin het perspectief van de gebruiker van het platform moet worden meegenomen

55. Onder „commerciële communicatie van een onderneming" wordt in het algemeen elke vorm van communicatie verstaan die ertoe dient om haar activiteit, goederen of diensten te promoten, of om aan te geven dat zij een dergelijke activiteit uitoefent. Die communicatie richt zich op derden, om bekendheid te geven aan de activiteiten van de betrokken onderneming of derden hierop te wijzen. Zij heeft dus een zuiver extern doel. De term „communicatie" of „mededeling" wordt doorgaans ook gedefinieerd als de handeling waarbij iets aan iemand kenbaar wordt gemaakt of meegedeeld. [37]

56. De communicatie wordt dan slechts opgevat in een relatie tussen de onderneming die het teken gebruikt en derden, en het gebruik door een tussenpersoon op internet van een teken in zijn eigen commerciële communicatie veronderstelt dus dat het betrokken teken buiten die onderneming wordt getoond als een volledig deel ervan. Met andere woorden, de tussenpersoon eigent zich het teken in die mate toe dat het deel lijkt uit te maken van zijn activiteit.

57. Deze gedachte is niet nieuw. Het Hof heeft geoordeeld dat er sprake is van gebruik van een teken wanneer de derde „dit teken op zodanige wijze gebruikt, dat een verband ontstaat tussen het genoemde teken en de waren die hij in de handel brengt of de diensten die hij verricht". [38] De voorwaarde betreffende het bestaan van een dergelijk verband is sindsdien weliswaar niet uitdrukkelijk overgenomen wat tussenpersonen op internet betreft, maar is vervangen door de voorwaarde inzake het gebruik van het teken in de eigen commerciële communicatie van de tussenpersoon, aangezien aan deze voorwaarde diezelfde logica ten grondslag ligt.

[36] Zie over de onduidelijkheid van het begrip „gebruik", Kur, A., en Senftleben, M., op. cit., blz. 275.

[37] Voor wie bekend is met het intellectuele-eigendomsrecht, verwijst de term „mededeling" naar het begrip „mededeling aan het publiek" in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG (PB 2019, L 130, blz. 92). Voor de definitie van het begrip „commerciële communicatie" zoals dat voortvloeit uit de rechtspraak van het Hof inzake het gebruik van een teken zal ik echter niet verwijzen naar de rechtspraak inzake de uitlegging van het begrip „mededeling aan het publiek". Dat is namelijk een autonoom Unierechtelijk begrip in een andere context, waarin het feit dat toegang tot een werk wordt verschaft, op zichzelf altijd een potentiële inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht vormt, terwijl gebruik slechts in het economische verkeer kan worden gekwalificeerd en een diepgaander onderzoek veronderstelt.

[38] Beschikking van 19 februari 2009, UDV North America (C-62/08, EU:C:2009:111, punt 47).

58. De voorwaarde betreffende het gebruik van het teken in de commerciële communicatie veronderstelt namelijk dat het teken op zodanige wijze door de tussenpersoon op internet wordt gebruikt dat de ontvanger van deze communicatie een bijzonder verband legt tussen de tussenpersoon en het teken in kwestie [39], waarbij dit bijzondere verband wordt gelegd doordat de tussenpersoon zich dit teken toe-eigent.

59. Die voorwaarde moet dus worden geanalyseerd vanuit het oogpunt van de gebruiker van de marktplaats, die de ontvanger is van de commerciële communicatie van de beheerder van die marktplaats, om te kunnen beoordelen of het betrokken teken deze gebruiker voorkomt als volledig onderdeel van die commerciële communicatie, in die zin dat de tussenpersoon op internet zich dat teken heeft toegeëigend.

60. Ik stel vast dat advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona in zijn conclusie in de zaak Coty Germany [40] reeds heeft benadrukt dat het standpunt van die gebruiker in aanmerking moet worden genomen. Hij heeft daarin aangegeven dat hij zich „[concentreert] op het perspectief van een eindconsument", en heeft opgemerkt dat „[v]oor zover de koper zou kunnen denken dat [de beheerder van de marktplaats] de onderneming is die de waren in de handel brengt", een oplossing moet worden gevonden „die inhoudt dat er sprake is van gebruik van het merk".

61. Het lijkt mij dus inherent aan de voorwaarde dat de tussenpersoon het teken in zijn eigen commerciële communicatie gebruikt, dat die communicatie wordt beoordeeld vanuit het oogpunt van de ontvangers van die communicatie, namelijk de gebruikers van het betrokken platform.

62. Dan moet nog worden verduidelijkt op basis van welke gebruiker van de marktplaats wordt bepaald of de beheerder het betrokken teken in diens perceptie heeft opgenomen in zijn eigen commerciële communicatie. De verwijzende rechters stellen voor uit te gaan van het standpunt van een „normaal geïnformeerde en redelijk oplettende internetgebruiker".

63. Deze uitdrukking weerspiegelt de norm die wordt gehanteerd om te bepalen of het gebruik van een teken door een derde inbreuk maakt op een van de wezenlijke functies van het merk. In het kader van dit onderzoek gaat het Hof namelijk na of „het voor de normaal geïnformeerde en redelijk oplettende internetgebruiker [mogelijk wordt gemaakt] om te weten of de waren of diensten [met het merk] afkomstig zijn van de merkhouder of [...] van een derde". [41]

64. Zoals de Commissie en Amazon opmerken, is het wel juist dat enerzijds de vraag of de beheerder van een marktplaats gebruikmaakt van een merk en anderzijds de vraag of dit gebruik afbreuk kan doen aan een van de functies van het merk, twee verschillende vragen zijn.

65. Wat deze tweede vraag betreft, is de analyse toegespitst op de waar of de dienst waarop het betrokken teken is aangebracht als zodanig, waarbij wordt nagegaan of een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende consument deze waar of dienst ten onrechte als afkomstig van de merkhouder kan beschouwen. Voor de eerste vraag hoeft daarentegen niet de waar of de dienst waarop het betrokken teken is aangebracht, maar enkel de commerciële communicatie van de beheerder te worden onderzocht om te bepalen of deze beheerder het betrokken teken in de ogen van de gebruikers van het platform rechtstreeks voor zijn eigen activiteit gebruikt.

[39] Zoals advocaat-generaal Kokott reeds heeft opgemerkt in haar conclusie in de zaak Frisdranken Industrie Winters (C-119/10, EU:C:2011:258, punt 28).

[40] C-567/18, EU:C:2019:1031, punt 53.

[41] Arrest Google (punt 84).

66. Deze twee onderzoeken volgen bovendien een andere logica. De vraag of afbreuk wordt gedaan aan een van de functies van het merk, met name de herkomstaanduidende functie, heeft een dimensie die betrekking heeft op bescherming van niet alleen de rechten van de merkhouder, maar ook van de belangen van de consument. [42] Daarentegen betreft de vraag of gebruik van een merk kan worden vastgesteld, enkel de betrekkingen tussen de houder van het betrokken merk en een vermeende inbreukmaker, aangezien op grond daarvan wordt bepaald of deze derde door zijn handelen een exclusief voorrecht van de merkhouder uitoefent.

67. Deze elementen kunnen echter niet rechtvaardigen dat de perceptie van een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende internetgebruiker niet eveneens in aanmerking kan worden genomen om vast te stellen of het betrokken teken deel uitmaakt van de commerciële communicatie van een onlineverkoopplatform. Ik ben juist van mening dat een dergelijke internetgebruiker, als ontvanger van de commerciële communicatie van de beheerder van het platform, noodzakelijkerwijs de referentie vormt om vast te stellen of een tussenpersoon zich het teken heeft toegeëigend door het in zijn eigen commerciële communicatie te gebruiken.

68. Aan het bestaan van een dergelijk kader voor de analyse van het gebruik van een teken door een tussenpersoon in zijn eigen commerciële communicatie, en dus van het begrip „gebruik" van dit teken door tussenpersonen op internet, wordt niet afgedaan door het argument van Amazon en de Commissie dat het Hof er niet uitdrukkelijk op heeft gewezen dat in dit verband rekening moet worden gehouden met de perceptie van internetgebruikers.

69. Ten eerste is het begrip „gebruik van een teken door een tussenpersoon in zijn eigen commerciële communicatie", zoals ik in de punten 52 en 53 van deze conclusie heb opgemerkt, alleen in ontkennende zin gebruikt, in gevallen waarin het Hof heeft geoordeeld dat de tussenpersoon geen dergelijk gebruik van het betrokken teken had gemaakt. Diezelfde conclusie kan dus niet worden getrokken uit het feit dat niet werd verwezen naar de perceptie van een internetgebruiker om aan te tonen dat het betrokken teken volledig deel uitmaakte van de commerciële communicatie van de tussenpersoon, in situaties waarin dit niet het geval was, aangezien het alleen zinvol is om de perceptie van de internetgebruiker te analyseren indien er twijfel bestaat over het gebruik van het teken door de tussenpersoon in zijn eigen commerciële communicatie.

70. Ten tweede geldt dit des te meer omdat de in die arresten door het Hof gekozen oplossing hoe dan ook kon worden gerechtvaardigd aan de hand van het feit dat het betrokken teken voor een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende internetgebruiker door de webpaginabeheerders niet leek te worden gebruikt voor hun eigen commerciële communicatie. Zo heeft het Hof in het arrest Google [43] geoordeeld dat wanneer de verlener van een zoekmachineadvertentiedienst die voor rekening van een aantal klanten met merken overeenstemmende tekens als trefwoorden opslaat en op basis daarvan advertenties toont, slechts zijn gebruikelijke activiteit verricht en hij de betrokken tekens in de ogen van een geïnformeerde internetgebruiker die vertrouwd is met het gebruik van deze dienst, dus niet zelf voor zijn eigen commerciële communicatie lijkt te gebruiken. Evenzo heeft het Hof in het arrest eBay [44] geoordeeld dat de beheerder van de marktplaats die aan verkopers een dienst ter beschikking stelt die erin bestaat dat hij het zijn klanten mogelijk maakt om in het kader van hun handelsactiviteiten met merken

[42] Zie over de wezenlijke functies van het merk, Kur, A., en Senftleben, M., op. cit., blz. 6.

[43] Punt 53 van dat arrest.

[44] Punt 102 van dat arrest.

overeenstemmende tekens te laten tonen op zijn webpagina, vanuit het oogpunt van de normaal geïnformeerde en redelijk oplettende gebruiker nog steeds zijn rol van tussenpersoon vervult en de betrokken tekens niet zelf in zijn eigen commerciële communicatie gebruikt.

71. Ten derde heeft het Hof in het arrest eBay[45] erkend, zonder dat het daarbij evenwel de voorwaarde van het gebruik van het teken door de beheerder van een onlinemarktplaats in zijn eigen commerciële communicatie heeft vermeld, dat er sprake is van gebruik van een merk door een dergelijke beheerder wanneer hij bij de beheerder van de zoekmachine Google trefwoorden kiest die met een merk overeenstemmen, om een *advertentielink* te doen verschijnen waarin wordt aangegeven dat de gezochte merkproducten kunnen worden aangeschaft op zijn site. In een dergelijk geval is het echter juist omdat de door eBay weergegeven berichten en links tevens reclame vormen voor de marktplaats als zodanig, en dus wegens het feit dat een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende internetgebruiker het betrokken merk als deel van de eigen commerciële communicatie van eBay opvat, dat het Hof heeft geoordeeld dat er sprake was van gebruik van dat merk door eBay.

72. Bijgevolg ben ik van mening dat de perceptie van een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende gebruiker van een onlineverkoopplatform een relevant element vormt om vast te stellen of een teken wordt gebruikt in de commerciële communicatie van de beheerder van dat platform. Een dergelijke norm, die een normaal informatieniveau en redelijke oplettendheid van de gebruiker veronderstelt, lijkt mij des te meer gerechtvaardigd aangezien het voor een deel van de gebruikers van de onlineverkoopplatforms van weinig belang is te weten met wie de verkoop wordt gesloten, omdat voor hen het product en de prijs ervan de enige aankoopcriteria zijn. Dergelijke gebruikers kunnen dus niet als maatstaf dienen om vast te stellen of een teken niet louter als een door de externe verkoper gebruikt teken wordt opgevat maar als volledig deel uitmakend van de commerciële communicatie van de beheerder van dat platform. Daarom moet mijns inziens worden uitgegaan van een gemiddelde gebruiker, voor wie dat gegeven wel relevant is.

73. Ten slotte zij daarbij nog verduidelijkt dat de erkenning dat de verkoper van een waar via een onlineverkoopplatform een teken gebruikt in de zin van artikel 9, lid 2, van verordening 2017/1001, niet uitsluit dat de tussenpersoon die dit platform exploiteert, in theorie eveneens gebruik van dit teken kan maken wanneer hij het betrokken teken in zijn eigen commerciële communicatie gebruikt.

74. Het is dus op basis van deze overwegingen dat ik thans zal overgaan tot de analyse van de activiteit van een beheerder van een onlineverkoopplatform en zoals dit de door de verwijzende rechters is omschreven, teneinde te bepalen of deze beheerder kan worden geacht gebruik te maken van het betrokken merk in de zin van artikel 9, lid 2, van verordening 2017/1001 doordat hij het merk in zijn eigen commerciële communicatie gebruikt.

B. Invloed van de werkwijze van Amazon op de vraag of er sprake is van „gebruik" van het merk in de zin van artikel 9, lid 2, van verordening 2017/1001

75. Met de eerste en de derde prejudiciële vraag in zaak C-148/21 en de tweede prejudiciële vraag in zaak C-184/21 wensen de verwijzende rechters in wezen te vernemen of artikel 9, lid 2, van verordening 2017/1001 aldus moet worden uitgelegd dat de beheerder van een onlineverkoopplatform moet worden geacht gebruik te maken van een merk in een

[45] Punten 84 en 85 van dat arrest.

verkoopaanbieding die door een derde op dat platform wordt gepubliceerd, vanwege ten eerste het feit dat die beheerder zowel zijn eigen verkoopaanbiedingen als die van derden op dezelfde wijze publiceert, waarbij die aanbiedingen ongeacht hun herkomst op dezelfde wijze worden weergegeven en hij zijn eigen logo van gerenommeerde distributeur in deze aanbiedingen opneemt, zowel op zijn eigen website als in de reclamerubrieken van websites van derden, en vanwege ten tweede het feit dat de beheerder externe verkopers aanvullende diensten van hulp, opslag en verzending van de op zijn onlineplatform aangeboden waren aanbiedt en potentiële kopers meedeelt dat hij de verstrekking van die diensten op zich neemt.

1. Afbakening van de prejudiciële vraag

76. Om te beginnen acht ik het van belang erop te wijzen dat de in het vorige punt vermelde vragen uitsluitend betrekking hebben op het geval waarin een beheerder die een onlineverkoopplatform exploiteert, rechtstreeks aansprakelijk kan worden gesteld omdat hij gebruik heeft gemaakt van een aan een merk gelijk teken in de zin van artikel 9 van verordening 2017/1001. Zoals ik in de punten 8 en 10 van deze conclusie heb gesteld, staat deze vraag los van de indirecte aansprakelijkheid van tussenpersonen op internet voor handelingen van derden via hun diensten.

77. De door mij voorgestelde analyse laat derhalve onverlet dat de verwijzende rechters de gevolgen van andere rechtsregels dan artikel 9 van verordening 2017/1001 kunnen onderzoeken, voor zover een marktdeelnemer het gebruik van een merk door een andere marktdeelnemer mogelijk heeft gemaakt.

78. Het feit dat een teken geen deel uitmaakt van de commerciële communicatie van de beheerder van een onlineverkoopplatform, betekent namelijk niet dat die beheerder nooit aansprakelijk kan worden gesteld voor de inbreuk op de rechten van merkhouders, maar alleen dat deze aansprakelijkheid op grond van het nationale recht als secundaire aansprakelijkheid moet worden gezocht.

79. In een dergelijke situatie staat het dus aan de verwijzende rechters om op basis van het nationale recht na te gaan of de tussenpersoon op internet eventueel indirect aansprakelijk is, met dien verstande dat een dergelijke aansprakelijkheid moet rijmen met de in de richtlijn inzake elektronische handel neergelegde vrijstellingen van aansprakelijkheid.

80. Bovendien is de waaier van tot bescherming van de rechten van een merkhouder strekkende maatregelen die kunnen worden genomen tegen een tussenpersoon op internet die een derde via zijn diensten gebruik heeft laten maken van een teken, er niet toe beperkt dat die tussenpersoon rechtstreeks of indirect aansprakelijk wordt gesteld. Zo is in artikel 11, derde zin, van richtlijn 2004/48 bepaald dat een rechterlijk bevel kan worden uitgevaardigd tegen tussenpersonen wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht te maken.

81. Na deze verduidelijkingen zal ik nu uiteenzetten waarom ik van mening ben dat de beheerder van een onlineplatform zoals Amazon bij de uitoefening van zijn door de verwijzende rechters beschreven activiteit geen gebruik maakt van een teken in de zin van artikel 9 van verordening 2017/1001.

2. Specifieke kenmerken van het model van Amazon

82. De eerste prejudiciële vraag in zaak C-148/21 heeft in hoofdzaak betrekking op de activiteit van een beheerder van een marktplaats waarop verkoopaanbiedingen van externe verkopers worden gepubliceerd, wanneer deze aanbiedingen een teken bevatten dat gelijk is aan een merk. Zoals ik in punt 52 van deze conclusie heb uiteengezet en zoals ook Amazon heeft opgemerkt, heeft het Hof geoordeeld dat deze activiteit geen gebruik van dit teken in de zin van artikel 9, lid 2, van verordening 2017/1001 vormt. [46]

83. Zoals de verwijzende rechter in zaak C-148/21 opmerkt, verschilt de activiteit van een beheerder van een onlineverkoopplatform zoals Amazon echter van die van de beheerder van de marktplaats waarop het arrest eBay betrekking had. Die rechter benadrukt aldus dat de aanbiedingen van externe verkopers, gelet op de wijze waarop zij worden weergegeven, niet kunnen worden onderscheiden van die van Amazon. Hij merkt bovendien op dat het logo van Amazon, een gerenommeerde distributeur, systematisch wordt getoond in alle verkoopaanbiedingen, niet alleen op de marktplaats zelf, maar ook in reclameboodschappen op de websites van derden. Ten slotte onderstreept de verwijzende rechter dat Amazon zelf deze verkoopaanbiedingen in bepaalde winkels op haar website of in productlijsten opneemt.

84. Niettemin kan geen van deze elementen mijns inziens afdoen aan de slotsom waartoe het Hof in het arrest eBay is gekomen. Volgens mij kunnen deze elementen er niet toe leiden dat tekens in aanbiedingen van externe verkopers in de ogen van normaal geïnformeerde en redelijk oplettende internetgebruikers een volledig onderdeel van de commerciële communicatie van de beheerder van het onlineverkoopplatform vormen.

85. Met betrekking tot het ontbreken van een onderscheid tussen de aanbiedingen van externe verkopers en die van Amazon, is het inderdaad zo dat deze aanbiedingen op uniforme wijze worden weergegeven en zij alle het logo van Amazon, een gerenommeerde distributeur, bevatten. Zoals blijkt uit de voorbeelden van aanbiedingen die in de verwijzingsbeslissing in zaak C-148/21 zijn opgenomen, merk ik echter ook op dat in die aanbiedingen steeds wordt aangegeven of zij afkomstig zijn van externe verkopers dan wel of de waren rechtstreeks door Amazon worden verkocht.

86. Bovendien is Amazon weliswaar een zeer gerenommeerde distributeur, maar staat deze onderneming net zo bekend om haar activiteit als marktplaats. Het is gebruikers van het platform dus bekend dat op de website zowel verkoopaanbiedingen voor waren die rechtstreeks door Amazon worden verkocht als verkoopaanbiedingen van externe verkopers worden geplaatst. Het enkele feit dat het logo van Amazon te zien is, kan voor de consument dus evenzeer een aanwijzing zijn dat hij te maken heeft met een aanbieding van een externe verkoper. In deze omstandigheden kan louter uit het feit dat aanbiedingen van Amazon en die van externe verkopers naast elkaar bestaan, niet worden afgeleid dat een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende internetgebruiker tekens die in de aanbiedingen van externe verkopers worden weergegeven, als deel van de commerciële communicatie van Amazon kan zien.

87. Dezelfde redenering geldt voor op websites van derden gepubliceerde reclameboodschappen waarin het Amazon-logo is opgenomen en waarin wordt verwezen naar aanbiedingen van externe verkopers op de website van deze onderneming.

[46] Zie arrest eBay.

88. Hetzelfde geldt ook voor het feit dat Amazon aanbiedingen van externe verkopers opneemt in winkels op haar platform, of in lijsten met bestverkochte of meest aangeboden producten. Zoals de Commissie opmerkt, vloeit dit feit voort uit de wijze waarop het platform van deze onderneming is georganiseerd. Amazon heeft er ter terechtzitting tevens op gewezen dat een dergelijke organisatie automatisch plaatsvindt, doordat aanbiedingen van soortgelijke producten op basis van de meestgezochte of bestverkochte producten worden gegroepeerd. Die organisatie maakt dus volledig deel uit van de rol van een tussenpersoon op internet zoals Amazon, als beheerder van een marktplaats, en komt bij normaal geïnformeerde en redelijk oplettende internetgebruikers alleen zo over vanwege de presentatie en indeling van het platform.

89. Met zijn eerste prejudiciële vraag in zaak C-148/21 wenst de verwijzende rechter eveneens van het Hof te vernemen wat of het feit dat Amazon een „volledige" dienst aanbiedt, die hulp bij het opstellen van aanbiedingen alsook opslag en verzending van bepaalde waren omvat, een impact heeft op de vraag of Amazon in deze aanbiedingen gebruikmaakt van een teken.

90. Deze vraag komt in wezen overeen met de derde vraag in zaak C-148/21 en de tweede vraag in zaak C-184/21, die ertoe strekken vast te stellen of de opslag en de verzending van waren met een aan een merk gelijk teken – voor welke waren Amazon tevens actief heeft bijgedragen aan het opstellen en publiceren van de aanbiedingen tot verkoop ervan – gebruik van het merk in de zin van artikel 9, lid 2, van verordening 2017/1001 vormen.

91. Om deze vragen te kunnen beantwoorden, moeten de activiteiten van Amazon derhalve, zoals de Duitse regering opmerkt, in hun geheel worden geanalyseerd om vast te stellen of de betrokkenheid van die onderneming, vanaf de publicatie van de verkoopaanbieding bevattende het litigieuze teken tot aan de verzending van de betrokken waar, als gebruik van dat teken kan worden aangemerkt. Ik denk dat dit niet het geval is.

92. Een dergelijke betrokkenheid, die specifiek is voor de werking van Amazon, kan de onderneming, althans in beginsel, inderdaad meer controle bieden over de verkoop van een waar die inbreuk maakt op een merk. Deze betrokkenheid, die de consument ten goede komt omdat zij er in feite op gericht is dat wordt gewaarborgd dat waren na aankoop snel en daadwerkelijk worden geleverd en de reputatie van het onlineverkoopplatform aldus wordt versterkt, volstaat mijns inziens echter niet om het gebruik door Amazon van het betrokken teken in haar eigen commerciële communicatie aan te tonen.

93. Het Hof heeft in het arrest Coty[47] immers reeds geoordeeld dat het teken niet kan worden geacht te zijn gebruikt in de eigen commerciële communicatie van de beheerder van een marktplaats wanneer hij waren die van een teken zijn voorzien, voor rekening van een externe verkoper opslaat zonder zelf het oogmerk te hebben deze waren aan te bieden of in de handel te brengen. Ik zie niet in waarom de verzending van dergelijke waren door die beheerder voor rekening van een derde tot een andere conclusie zou moeten leiden. In een dergelijk geval blijft het voor normaal geïnformeerde en redelijk oplettende internetgebruikers duidelijk dat alleen de externe verkoper voornemens is de waren aan te bieden en in de handel te brengen.[48]

94. Het feit dat Amazon de betrokken verkoopaanbiedingen zelf publiceert, laat deze conclusie onverlet. Zoals ik heb uiteengezet, ben ik namelijk van mening dat de publicatie van die aanbiedingen geen „gebruik" van het merk in de zin van artikel 9, lid 2, van verordening

47 Punten 45-47 van dat arrest.

48 Arrest Coty (punt 47).

2017/1001 vormt.[49] Twee handelingen die geen gebruik in de zin van deze bepaling vormen, mogen mijns inziens niet verschillend worden beoordeeld om de enkele reden dat zij samen worden onderzocht.

95. In deze omstandigheden ben ik van mening dat op de door de verwijzende rechters in de zaken C-148/21 en C-184/21 gestelde prejudiciële vragen dient te worden geantwoord dat artikel 9, lid 2, van verordening 2017/1001 aldus moet worden uitgelegd dat de beheerder van een onlineverkoopplatform niet kan worden geacht gebruik te maken van een merk in een verkoopaanbieding die door een derde op dat platform wordt gepubliceerd, vanwege ten eerste het feit dat die beheerder zowel zijn eigen verkoopaanbiedingen als die van derden op dezelfde wijze publiceert, waarbij die aanbiedingen ongeacht hun herkomst op dezelfde wijze worden weergegeven en hij zijn eigen logo van gerenommeerde distributeur in deze aanbiedingen opneemt, zowel op zijn eigen website als in de reclamerubrieken van websites van derden, en vanwege ten tweede het feit dat de beheerder externe verkopers aanvullende diensten van hulp, opslag en verzending van de op zijn onlineplatform aangeboden waren aanbiedt en potentiële kopers meedeelt dat hij de verstrekking van deze diensten op zich neemt, mits dergelijke elementen er niet toe leiden dat een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende internetgebruiker het betrokken merk opvat als volledig deel van de commerciële communicatie van de beheerder.

3. Specifieke kenmerken van het merkenrecht

96. Een dergelijke oplossing impliceert dat de specifieke kenmerken van het model van de beheerder van een onlineverkoopplatform zoals Amazon, dat een geheel van geïntegreerde diensten aanbiedt vanaf de publicatie van verkoopaanbiedingen tot aan de verzending van de betrokken waren, niet van invloed zijn op het begrip „gebruik” in de zin van artikel 9 van verordening 2017/1001.

97. Deze benadering blijft echter beperkt tot de uitlegging van dit begrip en kan niet tot andere gebieden worden uitgebreid. Met andere woorden, hoewel de integratie van verschillende diensten door de beheerder van een onlineverkoopplatform op zich niet impliceert dat deze beheerder kan worden geacht gebruik te maken van een teken, zelfs niet indien deze integratie een actievere rol kan meebrengen, betekent dit nog niet dat een dergelijke integratie geen enkele invloed heeft op de kwalificatie van de door deze beheerder verrichte diensten op andere rechtsgebieden.

98. Hierbij denk ik met name aan de benadering van het Hof in de zaken die hebben geleid tot de arresten Asociación Profesional Elite Taxi[50] en Uber France[51]. Uit deze arresten blijkt namelijk dat de integratie van verschillende door een onderneming verrichte diensten, waarmee zij controle kan uitoefenen op alle relevante aspecten van een stedelijke vervoersdienst, inhoudt dat een dergelijke dienst niet louter als een bemiddelingsdienst moet worden aangemerkt waarmee passagiers in contact worden gebracht met chauffeurs, maar als één dienstenpakket waarvoor deze onderneming verantwoordelijk is. Met andere woorden, de grotere controle van de onderneming over alle aspecten van een dienst heeft een zekere invloed op de rol van deze onderneming als tussenpersoon, met name vanuit het oogpunt van de Unierechtelijke regels inzake elektronische handel.

[49] Zie de punten 84 e.v. van deze conclusie.

[50] Arrest van 20 december 2017 (C-434/15, EU:C:2017:981).

[51] Arrest van 10 april 2018 (C-320/16, EU:C:2018:221).

99. Deze redenering kan echter niet worden toegepast op de uitlegging van het begrip „gebruik" dat in casu aan de orde is. Bij de onderhavige uitlegging gaat het niet om de vraag hoe de dienst van de beheerder van een onlineverkoopplatform moet worden gekwalificeerd, maar om de vraag of zijn activiteit de indruk kan wekken dat hij een teken in zijn eigen commerciële communicatie gebruikt. Voor het antwoord op elk van deze twee vragen moet dus een andere redenering worden gevolgd.

100. Bovendien beantwoorden zij aan een andere logica. De kwalificatie van de dienst van een dienstverlener op internet kan gevolgen hebben voor zijn aansprakelijkheid jegens de gebruiker van het door hem geëxploiteerde platform. Het valt gemakkelijk in te zien dat de aansprakelijkheid van die dienstverlener des te groter is naarmate hij een grotere controle over de verleende dienst heeft. Dit is niet het geval voor de vraag of die dienstverlener gebruikmaakt van een merk in de zin van verordening 2017/1001, aangezien die vraag enkel betrekking heeft op bescherming van de rechten van de houder van het merk in kwestie.

V. Conclusie

101. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging om op de prejudiciële vragen die de tribunal d'arrondissement de Luxembourg heeft gesteld in zaak C-148/21 en op de prejudiciële vragen die de tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles heeft gesteld in zaak C-184/21 te antwoorden dat artikel 9, lid 2, van verordening (EU) 2017/1001 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 inzake het Uniemerk aldus moet worden uitgelegd dat de beheerder van een onlineverkoopplatform niet kan worden geacht gebruik te maken van een merk in een verkoopaanbieding die door een derde op dat platform wordt gepubliceerd, vanwege ten eerste het feit dat die beheerder zowel zijn eigen verkoopaanbiedingen als die van derden op dezelfde wijze publiceert, waarbij die aanbiedingen ongeacht hun herkomst op dezelfde wijze worden weergegeven en hij zijn eigen logo van gerenommeerde distributeur in deze aanbiedingen opneemt, zowel op zijn eigen website als in de reclamerubrieken van websites van derden, en vanwege ten tweede het feit dat de beheerder externe verkopers aanvullende diensten van hulp, opslag en verzending van de op zijn onlineplatform aangeboden waren aanbiedt en potentiële kopers meedeelt dat hij de verstrekking van deze diensten op zich neemt, mits dergelijke elementen er niet toe leiden dat een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende internetgebruiker het betrokken merk opvat als volledig deel van de commerciële communicatie van de beheerder.