CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
G. HOGAN
van 25 juni 2020 [1]

Zaak C-763/18 P

Wallapop, SL
tegen
Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO),

Unipreus, SL

„Hogere voorziening – Uniemerk – Oppositieprocedure – Beeldmerk met het woordelement ‚wallapop' – Ouder nationaal beeldmerk met het woordelement ‚wala w' – Artikel 8, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 – Soortgelijkheid van de diensten – Klasse 35 – Detailhandelsdiensten – Onlinemarktplaats"

I. Inleiding

1. Wallapop, SL (hierna: „Wallapop"), rekwirante in deze hogere voorziening, is een Spaanse onderneming die een onlinemarktplaats exploiteert. Via haar app voor smartphones en tablets en haar webpagina kunnen gebruikers online goederen verkopen en kopen. Wallapop heeft bij het Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO) een aanvraag ingediend tot inschrijving van een beeldmerk met het woordelement „wallapop". Daarmee heeft zij merkbescherming gevraagd voor diensten van klasse 35 van de Overeenkomst van Nice van 15 juni 1957 betreffende de internationale classificatie van de waren en diensten ten behoeve van de inschrijving van merken, zoals herzien en gewijzigd, onder meer voor bepaalde onlinehandelsdiensten met betrekking tot de exploitatie van een onlinemarktplaats en aanverwante diensten.

2. Unipreus, SL (hierna: „Unipreus"), een Spaanse detailhandelaar in schoeisel, heeft oppositie ingesteld tegen de aanvraag van Wallapop op basis van een ouder Spaans beeldmerk met het woordelement „wala w" dat was ingeschreven voor diensten van klasse 35, te weten „detailhandel in sportartikelen".

3. Bij beslissing van 18 januari 2017 (hierna: „litigieuze beslissing") heeft de vijfde kamer van beroep van het EUIPO het beroep verworpen dat Unipreus had ingesteld tegen de beslissing van de oppositieafdeling van het EUIPO houdende afwijzing van de oppositie. In de litigieuze

[1] Oorspronkelijke taal: Engels.

beslissing heeft de kamer van beroep van het EUIPO geoordeeld dat er geen gevaar voor verwarring van de conflicterende tekens bestaat, omdat de diensten waarop het aangevraagde merk betrekking heeft en die van het oudere Spaanse merk verschillend zijn. [2]

4. Bij arrest van 3 oktober 2018, Unipreus/EUIPO – Wallapop (wallapop) (T-186/17, niet gepubliceerd, EU:T:2018:640; hierna „bestreden arrest"), heeft het Gerecht het door Unipreus ingestelde beroep tot vernietiging van de litigieuze beslissing toegewezen. Het Gerecht heeft geoordeeld dat de betrokken diensten op zijn minst in geringe mate soortgelijk zijn.

5. Het bestreden arrest werpt de volgende rechtsvragen op: verschillen onlinehandelsdiensten met betrekking tot de exploitatie van een onlinemarktplaats van detailhandelsdiensten of gaat het om soortgelijke diensten? Met andere woorden, vallen die onlinehandelsdiensten met betrekking tot de exploitatie van een onlinemarktplaats onder het begrip „detailhandelsdiensten", gelet op het recente arrest van het Hof in de zaak Tulliallan Burlington/EUIPO [3]?

6. Alvorens op deze vragen in te gaan, moet ik echter de toepasselijke bepalingen en voorgeschiedenis van deze procedure uiteenzetten en de feiten van de zaak uitvoeriger beschrijven.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Verordening nr. 207/2009

7. Artikel 8, lid 1, van verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het Uniemerk [4], zoals gewijzigd, bepaalt:

„1. Na oppositie door de houder van een ouder merk wordt inschrijving van het aangevraagde merk geweigerd:

[…]

b) wanneer het gelijk is aan of overeenstemt met het oudere merk en betrekking heeft op dezelfde of soortgelijke waren of diensten, indien daardoor verwarring bij het publiek kan ontstaan op het grondgebied waarop het oudere merk beschermd wordt; verwarring omvat het gevaar van associatie met het oudere merk."

B. Richtlijn 2011/83

8. Het opschrift van artikel 6 van richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking

[2] Zie punt 14 van deze conclusie.

[3] Arrest van 4 maart 2020, Tulliallan Burlington/EUIPO (C-155/18 P–C-158/18 P, EU:C:2020:151; hierna: „arrest Tulliallan Burlington").

[4] PB 2009, L 78, blz. 1. Verordening nr. 207/2009 is vervangen door verordening (EU) 2017/1001 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 inzake het Uniemerk (PB 2017, L 154, blz. 1).

van richtlijn 85/577/EEG en van richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad [5] luidt: „Informatievoorschriften voor overeenkomsten op afstand en buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten". Lid 1, onder b) en c), van voornoemd artikel bepaalt:

„1. Voordat de consument door een overeenkomst op afstand of een buiten verkoopruimten gesloten overeenkomst, dan wel een daarmee overeenstemmend aanbod daartoe is gebonden, verstrekt de handelaar de consument op duidelijke en begrijpelijke wijze de volgende informatie:

[…]

b) de identiteit van de handelaar, zoals zijn handelsnaam;

c) het geografisch adres waar de handelaar gevestigd is en het telefoonnummer, fax en e-mailadres van de handelaar, indien beschikbaar, zodat de consument snel contact met de handelaar kan opnemen en efficiënt met hem kan communiceren alsmede, indien van toepassing, het geografische adres en de identiteit van de handelaar voor wiens rekening hij optreedt."

C. Verordening nr. 524/2013

9. Artikel 4, lid 1, onder f), van verordening (EU) nr. 524/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van verordening (EG) nr. 2006/2004 en richtlijn 2009/22/EG (verordening ODR consumenten) [6] bepaalt:

„1. Voor de toepassing van deze verordening wordt verstaan onder:

[…]

f) ‚onlinemarktplaats': een dienstverlener, als omschreven in artikel 2, punt b), van richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (‚richtlijn inzake elektronische handel'), die consumenten en ondernemers in staat stelt op de website van de onlinemarktplaats verkoop- en dienstenovereenkomsten te sluiten;"

D. Richtlijn 2016/1148

10. Artikel 4, lid 17, van richtlijn (EU) 2016/1148 van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 2016 houdende maatregelen voor een hoog gemeenschappelijk niveau van beveiliging van netwerk- en informatiesystemen in de Unie [7] bepaalt:

„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder:

[…]

5 PB 2011, L 304, blz. 64.

6 PB 2013, L 165, blz. 1.

7 PB 2016, L 194, blz. 1.

‚onlinemarktplaats': een digitale dienst die het consumenten en/of ondernemers, zoals gedefinieerd in artikel 4, lid 1, onder a) respectievelijk onder b), van richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad [van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van verordening (EG) nr. 2006/2004 en richtlijn 2009/22/EG (richtlijn ADR consumenten) (PB 2013, L 165, blz. 63)], mogelijk maakt online verkoop- of dienstenovereenkomsten met ondernemers te sluiten op de website van de onlinemarktplaats of op de website van een ondernemer die gebruikmaakt van door de onlinemarktplaats aangeboden informaticadiensten".

III. Voorgeschiedenis van het geding

11. Op 18 september 2014 heeft Wallapop bij het EUIPO een Uniemerkaanvraag ingediend krachtens verordening nr. 207/2009. Het merk waarvan inschrijving is aangevraagd, betreft het volgende beeldteken (hierna: „litigieus merk"):



12. De diensten waarvoor om inschrijving werd verzocht, behoren tot klasse 35 en zijn met name omschreven als volgt:

„onlinehandelsdiensten, te weten exploitatie van onlinemarktplaatsen voor kopers en verkopers van goederen en diensten; onlinehandel waarbij verkopers producten of diensten kunnen plaatsen om aan te bieden voor de verkoop en waarbij het kopen of bieden geschiedt via internet ter vergemakkelijking van de verkoop van goederen en diensten door derden via een netwerk; verschaffing van evaluatieve feedback en beoordelingen ten aanzien van de goederen en diensten van verkopers, de waarde en prijzen van de goederen en diensten van verkopers en de prestaties van kopers en verkopers, de levering, en daarmee verband houdende handelservaringen in het algemeen; verschaffing van een doorzoekbare onlinedatabase met beoordelingen voor kopers en verkopers; het verschaffen van commerciële informatie in verband met producten en/of diensten, beoordeling en classificering van dit soort producten en diensten, alsmede van de kopers en verkopers van dit soort producten en/of diensten; opzoeken, verzamelen, systematiseren, verwerken en verstrekken van commerciële informatie voor derden; […]"

13. Op 7 januari 2015 heeft Unipreus krachtens artikel 41 van verordening nr. 207/2009 oppositie ingesteld tegen de inschrijving van het litigieuze merk voor de in punt 12 hierboven bedoelde diensten.

14. De oppositie was onder meer gebaseerd op het hieronder weergegeven, op 30 april 2009 aangevraagde en op 10 november 2009 onder nummer 2874101 ingeschreven Spaanse nationale merk voor diensten van klasse 35 die worden omschreven als volgt: „detailhandel in sportartikelen".



15. Ter ondersteuning van de oppositie werden de gronden van artikel 8, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 aangevoerd.

16. Bij beslissing van 19 oktober 2015 heeft de oppositieafdeling de oppositie voor de in punt 12 bedoelde diensten afgewezen.

17. Op 24 november 2015 heeft Unipreus krachtens de artikelen 58 tot en met 64 van verordening nr. 207/2009 bij het EUIPO beroep tot vernietiging van de beslissing van de oppositieafdeling ingesteld voor zover de oppositie was afgewezen voor de in punt 12 van deze conclusie bedoelde diensten.

18. Bij de litigieuze beslissing heeft de vijfde kamer van beroep van het EUIPO het beroep met betrekking tot deze diensten verworpen. De kamer van beroep was van oordeel dat de vergeleken tekens, in hun geheel beschouwd, in geringe mate overeenstemden, maar dat de in punt 12 van deze conclusie bedoelde diensten verschilden van de diensten waarop het oudere Spaanse merk betrekking had en dat er dus voor deze diensten geen gevaar voor verwarring van de tekens bestond.

IV. Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

19. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 23 maart 2017, heeft Unipreus beroep tot vernietiging van de litigieuze beslissing ingesteld. Tot ondersteuning van haar beroep heeft Unipreus één middel aangevoerd, te weten schending van artikel 8, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009.

20. Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht het door Unipreus ingestelde beroep, en dus het enige middel ervan, toegewezen. Het Gerecht heeft in punt 54 van het bestreden arrest geoordeeld dat de in punt 12 van deze conclusie bedoelde diensten en de diensten waarop het oudere Spaanse merk betrekking heeft, op zijn minst in geringe mate soortgelijk zijn. Het Gerecht heeft derhalve de litigieuze beslissing vernietigd voor zover daarbij werd geoordeeld dat eerstbedoelde diensten en de diensten waarvoor het oudere Spaanse merk werd ingeschreven, niet soortgelijk zijn.

21. Ten eerste heeft het Gerecht in punt 36 van het bestreden arrest geoordeeld dat het begrip „detailhandel” zowel verkoop in fysieke verkoopruimten als onlineverkoop omvat en dat het oudere Spaanse merk derhalve, anders dan de kamer van beroep heeft geoordeeld, ook betrekking heeft op de onlineverkoop van sportartikelen. In punt 37 van het bestreden arrest heeft het Gerecht opgemerkt dat, aangezien de door het litigieuze merk aangeduide diensten betrekking hebben op „onlinehandel”, het vooruitzicht dat Wallapop een „klassieke” website zou gebruiken om rechtstreeks waren of diensten aan gebruikers te verkopen, niet kan worden

uitgesloten. Het Gerecht heeft hieruit in punt 38 van het bestreden arrest afgeleid dat de distributiekanalen van de betrokken diensten op zijn minst in geringe mate soortgelijk zijn, en niet verschillend zoals geoordeeld door de kamer van beroep.

22. Wat ten tweede de aard, de bestemming en het gebruik van de betrokken diensten betreft, heeft het Gerecht erop gewezen dat volgens vaste rechtspraak [8] het doel van de detailhandel de verkoop van waren aan consumenten is. [9] Het Gerecht heeft in casu geoordeeld dat de diensten van het litigieuze merk, dat verwijst naar „onlinehandel", en de diensten van het oudere Spaanse merk, dat betrekking heeft op detailhandel, ook online, in sportartikelen, elkaar ten dele overlappen. [10] Volgens het Gerecht doet het argument dat het litigieuze merk geen betrekking heeft op detailhandelsdiensten, maar op bemiddelingsdiensten of diensten met betrekking tot het beheer van onlinemarktplaatsen, met inbegrip van het verstrekken van commerciële informatie, niets af aan deze conclusie. Volgens het Gerecht is het verstrekken van dergelijke informatie bedoeld om de detailverkoop, ook van sportartikelen, te bevorderen. Het brede publiek kan dus via de diensten waarop het litigieuze merk betrekking heeft, dezelfde of soortgelijke waren kopen als die welke door Unipreus worden verkocht. Het Gerecht heeft derhalve geoordeeld dat de diensten waarop het litigieuze merk betrekking heeft, indirect voldoen aan een behoefte van het brede publiek die soortgelijk is aan die van de detailhandelsdiensten waarop het oudere Spaanse merk betrekking heeft. Bijgevolg zijn volgens het Gerecht de bestemming en het gebruik van de betrokken diensten op zijn minst in geringe mate soortgelijk, en niet verschillend zoals geoordeeld door de kamer van beroep. [11]

23. Ten derde heeft het Gerecht opgemerkt dat in de merkaanvraag van Wallapop alleen sprake is van „kopers" en „verkopers", zonder te verduidelijken of de bemiddelingsdiensten waarop het litigieuze merk betrekking heeft, gericht zijn op particulieren of op ondernemers. Volgens het Gerecht is het dus niet uitgesloten dat het litigieuze merk zou worden gebruikt om professionele verkopers en consumenten met elkaar in contact te brengen en om een platform te beheren waarop ook nieuwe waren en niet alleen tweedehandsgoederen kunnen worden verkocht. Bijgevolg heeft het Gerecht geoordeeld dat de kamer van beroep ten onrechte heeft geoordeeld dat de betrokken diensten niet voor dezelfde consumenten zijn bestemd. [12]

24. Ten vierde heeft het Gerecht gesteld dat een consument de aanbiedingen voor hetzelfde product zowel op de website van Unipreus „www.walashop.com" als op de website „www.wallapop.com" of op de overeenkomstige mobiele app kan bekijken. Nog volgens het Gerecht heeft de kamer van beroep niet uitgelegd waarom het gebruik van een mobiele app waarmee een consument in contact kan komen met de verkopers van bepaalde waren en deze waren kan laten leveren, tot op zekere hoogte niet kan worden vervangen door de aankoop van die waren in een fysieke winkel of online. Het Gerecht heeft dan ook geoordeeld dat het bestaan van een concurrentieverhouding tussen de betrokken diensten niet kan worden uitgesloten en dat de kamer van beroep derhalve ten onrechte heeft geoordeeld dat de diensten niet met elkaar concurreren. [13]

8 Het Gerecht heeft verwezen naar punt 34 van het arrest van 7 juli 2005, Praktiker Bau- und Heimwerkermärkte (C-418/02, EU:C:2005:425; hierna: „arrest Praktiker").

9 Zie punt 39 van het bestreden arrest.

10 Zie de punten 41-44 van het bestreden arrest.

11 Zie de punten 41-44 van het bestreden arrest.

12 Zie de punten 46-49 van het bestreden arrest.

13 Zie de punten 50-53 van het bestreden arrest.

V. Conclusies en procedure bij het Hof

25. Met haar hogere voorziening verzoekt Wallapop het Hof:

– het bestreden arrest te vernietigen;

– Unipreus te verwijzen in de kosten van Wallapop voor zowel de procedure in eerste aanleg als de procedure voor het Hof.

26. Unipreus verzoekt het Hof:

– de hogere voorziening af te wijzen;

– Wallapop te verwijzen in de kosten.

27. Het EUIPO verzoekt het Hof:

– de hogere voorziening van Wallapop toe te wijzen;

– Unipreus te verwijzen in de kosten.

28. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Wallapop, Unipreus en het EUIPO. Ter terechtzitting van 12 maart 2020 zijn Wallapop, Unipreus en het EUIPO verschenen.

VI. Hogere voorziening

29. Ter ondersteuning van haar hogere voorziening voert Wallapop één middel aan, te weten schending van artikel 8, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009.

A. Argumenten van partijen

30. Met haar enige middel stelt Wallapop dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de diensten waarop het litigieuze merk betrekking heeft, en de diensten waarop het oudere Spaanse merk betrekking heeft, in geringe mate soortgelijk zijn.

31. Het middel in hogere voorziening bestaat in wezen uit twee onderdelen.

32. In het eerste onderdeel verwijt Wallapop het Gerecht een onjuiste uitlegging van het begrip „onlinemarktplaats", zoals dat voortvloeit uit diverse bepalingen van het Unierecht en uit de rechtspraak van het Hof.

33. Wallapop stelt dat in artikel 4, lid 1, onder f), van verordening nr. 524/2013 en artikel 4, lid 17, van richtlijn 2016/1148 de kernelementen van het begrip „onlinemarktplaats" in het kader van het Unierecht worden geschetst. Uit deze bepalingen volgt dat een „onlinemarktplaats" een digitale dienst of een dienst van de informatiemaatschappij is die derden, te weten ondernemers en/of consumenten, in staat stelt om, onafhankelijk van de onlinemarktplaatsdienstverlener, handelstransacties of dienstenovereenkomsten te sluiten.

34. Volgens Wallapop heeft het Gerecht geen rekening gehouden met een fundamenteel kenmerk van de door onlinemarktplaatsen aangeboden diensten dat uit deze definitie voortvloeit, namelijk dat onlinemarktplaatsen niet aan onlineverkoop doen, maar bemiddelingsdiensten aanbieden aan derden die dergelijke diensten gebruiken om online handel te drijven op het platform. Het Gerecht heeft dus een op het merkenrecht gebaseerde uitlegging van de door een onlinemarktplaats aangeboden diensten gegeven die onverenigbaar is met het eenvormige begrip „onlinemarktplaats" zoals dat in het Unierecht is gedefinieerd.

35. Wallapop stelt voorts dat de redenering van het Gerecht onverenigbaar is met de uitlegging van het begrip „aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij" door het Hof in het arrest van 20 december 2017, Asociación Profesional Elite Taxi (C-434/15, EU:C:2017:981). In dat arrest heeft het Hof geoordeeld dat een aanbieder van bemiddelingsdiensten langs elektronische weg, zoals Uber, niet kan worden beschouwd als een eenvoudige aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij wanneer hij diensten aanbiedt die verder gaan dan het in contact brengen van derden op het platform en een beslissende invloed uitoefent op bepaalde elementen van de transacties die op het platform plaatsvinden. In casu beweert Wallapop echter dat zij, anders dan Uber, slechts bemiddelingsdiensten en aanverwante diensten aanbiedt en geen andere afzonderlijke activiteiten verricht.

36. In het tweede onderdeel van haar middel in hogere voorziening stelt Wallapop, daarin gesteund door het EUIPO, dat het Gerecht de relevante factoren die in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling van de soortgelijkheid van de betrokken diensten, onjuist heeft uitgelegd.

37. Wat in de eerste plaats de beoordeling door het Gerecht van de distributiekanalen betreft, betogen Wallapop en het EUIPO dat het feit dat Unipreus haar producten online op haar „klassieke" website verkoopt, niet tot de conclusie kan leiden dat de betrokken diensten soortgelijk zijn. Volgens hen leidt de benadering van het Gerecht tot een onevenredige verruiming van de draagwijdte van het oudere merk. Het internet is geen distributiekanaal; het is gewoon een vorm van media of een hulpmiddel voor verschillende distributiekanalen. Het is simplistisch om de soortgelijkheid van de betrokken diensten te baseren op het feit dat zij het internet als gemeenschappelijk kenmerk hebben. Wallapop verkoopt niet rechtstreeks producten op haar platform. Wanneer platformexploitanten producten op hun platform verkopen, verrichten zij in ieder geval andere diensten dan de diensten van onlinemarktplaatsen. Bovendien moet de handelaar (Wallapop) krachtens artikel 6, lid 1, onder b), van richtlijn 2011/83 aan de consument zijn identiteit verstrekken. [14]

38. Wat in de tweede plaats de aard van de betrokken diensten betreft, verwijten Wallapop en het EUIPO het Gerecht geen enkel element te hebben aangevoerd ter ondersteuning van de slotsom dat de diensten waarop het litigieuze merk betrekking heeft, ook detailhandelsdiensten omvatten.

39. Wallapop en het EUIPO voeren voorts aan dat het Gerecht zijn analyse van de soortgelijkheid van de betrokken diensten heeft gebaseerd op een gedeeltelijke of onjuiste lezing van de formulering van de opgave van diensten waarvoor om inschrijving van het litigieuze merk is verzocht. Bijgevolg heeft het Gerecht in punt 37 van het bestreden arrest ten onrechte geoordeeld dat deze diensten detailhandelsdiensten zijn en geen digitale diensten waarmee derden online kunnen verkopen. Wat de eerste twee in punt 12 van deze conclusie genoemde

[14] Het lijkt gepast op dit punt op te merken dat het feit dat de naam van de handelaar wordt verstrekt, een relevante factor kan zijn bij de beoordeling van het verwarringsgevaar, maar bij verwarring in het kader van een merkaanvraag is dit mogelijkerwijs niet van doorslaggevend belang.

diensten betreft, had een volledige lezing van de formulering ervan het Gerecht moeten doen concluderen dat niet de aanbieder van bemiddelingsdiensten, maar de derden die van deze diensten gebruikmaken, op het platform verkopen. Wat de andere vier diensten betreft, verwijten Wallapop en het EUIPO het Gerecht deze niet te hebben geïdentificeerd en ze te hebben samengenomen onder de noemer „het verstrekken van commerciële informatie die nuttig is voor de verkoop”. [15] Na een grondige analyse van die diensten zou het Gerecht hebben vastgesteld dat het gaat om digitale diensten die noodzakelijk zijn voor de werking van een onlinemarktplaats. Daarnaast betoogt Wallapop dat zij geen enkele informatie verstrekt die aanzet tot het sluiten van verkooptransacties, maar dat de verkopers zelf dergelijke informatie verstrekken.

40. In de derde plaats betogen Wallapop en het EUIPO dat de bestemming van de diensten waarop het litigieuze merk betrekking heeft, volledig verschilt van de bestemming van detailhandelsdiensten waarop het oudere Spaanse merk betrekking heeft. De bestemming van de eerste twee in punt 12 van deze conclusie genoemde bemiddelingsdiensten bestaat in het aanbieden en in stand houden van een digitale ruimte waar derden – verkopers en kopers – waren of diensten kunnen kopen en verkopen, zonder enige band met de exploitant van de dienst. Net als de eigenaar van een als winkelcentrum gebruikt gebouw aan derden ruimten verhuurt waar deze hun waren te koop kunnen aanbieden, biedt de eigenaar van een virtuele marktplaats digitale diensten aan die erop gericht zijn een digitale ruimte en instrumenten aan te bieden om de verkoop door derden te vergemakkelijken. Bovengenoemde tweede groep van aanvullende diensten heeft tot doel ervoor te zorgen dat verkopers en kopers gemakkelijk informatie kunnen inwinnen over de mogelijkheden die een virtueel platform biedt om waren te verkopen of te kopen. Het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de bestemmingen van deze diensten in geringe mate soortgelijk zijn.

41. Wallapop betoogt voorts dat de benadering van het Gerecht in strijd is met zijn eigen rechtspraak betreffende de vaststelling van een primaire en een secundaire bestemming. Volgens die rechtspraak [16] is het bij het vergelijken van waren of diensten noodzakelijk om de dominante bestemming ervan vast te stellen, teneinde hun soortgelijkheid te beoordelen. Zelfs indien de diensten waarop het litigieuze merk betrekking heeft, indirect dezelfde bestemming hebben als de diensten van het oudere merk, namelijk de consument in staat stellen sportartikelen te kopen, doet dat volgens Wallapop niets af aan het feit dat de dominante bestemming van de betrokken diensten verschillend is. Het feit dat bepaalde diensten indirect aan dezelfde behoefte kunnen voldoen, belet niet dat de relevante consument deze als onderscheiden diensten kan zien.

42. In de vierde plaats stelt Wallapop dat de diensten waarop het litigieuze merk betrekking heeft, niet concurreren met die van het oudere merk, aangezien zij geen betrekking hebben op detailhandel. Zij concurreren eerder met andere diensten van de informatiemaatschappij.

43. Unipreus voert aan dat bij de vergelijking van de betrokken diensten rekening moet worden gehouden met de marktrealiteit en met de perceptie van de gemiddelde consument. In dat opzicht is de beoordeling van het Gerecht correct en zijn de argumenten van Wallapop gebaseerd op een kunstmatige benadering.

44. Unipreus stelt in wezen dat de betrokken diensten niet verschillend, maar soortgelijk zijn. Deze diensten zijn gericht op hetzelfde publiek, namelijk het brede publiek dat dezelfde of soortgelijke producten wil kopen, met name kleding, schoeisel en sportartikelen. Zij hebben hetzelfde doel, namelijk het brede publiek in staat stellen te voldoen aan de behoefte om deze

15 Punt 41 van het bestreden arrest.

16 Wallapop verwijst naar het arrest van 2 juli 2015, BH Stores/BHIM – Alex Toys (ALEX), (T-657/13, EU:T:2015:449, punten 64-66).

producten te kopen. Zij zijn complementair, aangezien de consument beide diensten kan gebruiken om deze producten te kopen. Ten slotte bestaat er tussen hen een concurrentieverhouding, omdat beide diensten in de ogen van de consument onderling verwisselbaar zijn daar de consument het aanbod voor hetzelfde product zowel op de webpagina van Unipreus als op de mobiele app of de website van Wallapop kan bekijken.

B. Analyse

1. Opmerkingen vooraf

45. Volgens vaste rechtspraak van het Hof volgt uit artikel 256 VWEU, gelezen in samenhang met artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, dat het Gerecht bij uitsluiting bevoegd is om enerzijds de feiten vast te stellen, behoudens het geval waarin de feitelijke onjuistheid van zijn vaststellingen blijkt uit de hem overgelegde processtukken, en anderzijds die feiten te beoordelen, behoudens in het geval van een onjuiste opvatting ervan. Wanneer het Gerecht de feiten heeft vastgesteld of beoordeeld, is het Hof wel bevoegd om krachtens artikel 256 VWEU toezicht uit te oefenen op de wijze waarop het Gerecht die feiten juridisch heeft gekwalificeerd en op de rechtsgevolgen die het daaraan heeft verbonden. [17]

46. Bovendien is, eveneens volgens vaste rechtspraak van het Hof, het Hof niet bevoegd om de feiten vast te stellen en in beginsel evenmin om de bewijzen te onderzoeken die het Gerecht voor deze feiten in aanmerking heeft genomen. Wanneer die bewijzen regelmatig zijn verkregen en de algemene rechtsbeginselen en regels van procesrecht inzake de bewijslast en de bewijsvoering zijn geëerbiedigd, staat het immers enkel aan het Gerecht om te beoordelen welke waarde moet worden gehecht aan de hem voorgelegde bewijzen. Deze beoordeling levert dus geen rechtsvraag op die vatbaar is voor toetsing door het Hof, behoudens in het geval van een onjuiste opvatting van dit bewijs. In dit verband moet eraan worden herinnerd dat er van een onjuiste opvatting van de bewijselementen in het bijzonder sprake is wanneer, zonder dat gebruik behoeft te worden gemaakt van nieuwe bewijselementen, de beoordeling van de bestaande bewijselementen kennelijk onjuist blijkt te zijn. [18]

47. Tot de feitelijke beoordelingen die niet vatbaar zijn voor toetsing door het Hof in hogere voorziening, behoren de vaststellingen van het Gerecht met betrekking tot de kenmerken van het relevante publiek en de aandacht, perceptie of houding van de consument, en de beoordeling door het Gerecht van de overeenstemming van de conflicterende tekens in het kader van het onderzoek van het verwarringsgevaar in de zin van artikel 8, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009. Hetzelfde moet gelden voor de beoordeling door het Gerecht, in het kader van het onderzoek van dit verwarringsgevaar, van de soortgelijkheid van de waren of diensten waarop de betrokken merken betrekking hebben. [19]

48. Deze specifieke overwegingen zijn met name relevant voor het enige middel in hogere voorziening.

[17] Beschikking van 3 juni 2015, The Sunrider Corporation/BHIM (C-142/14 P, niet gepubliceerd, EU:C:2015:371, punt 47).

[18] Beschikking van 3 juni 2015, The Sunrider Corporation/BHIM (C-142/14 P, niet gepubliceerd, EU:C:2015:371, punten 48 en 49).

[19] Beschikking van 3 juni 2015, The Sunrider Corporation/BHIM (C-142/14 P, niet gepubliceerd, EU:C:2015:371, punten 51 en 52). Zie ook het arrest van 7 mei 2009, Waterford Wedgwood/Assembled Investments (Proprietary) en BHIM (C-398/07 P, niet gepubliceerd, EU:C:2009:288, punt 42).

2. Eerste onderdeel van het enige middel in hogere voorziening: het Gerecht heeft de definitie van onlinemarktplaats, zoals deze voortvloeit uit het Unierecht en de rechtspraak van het Hof, onjuist uitgelegd of toegepast

49. Het lijkt gepast eerst het eerste onderdeel van het enige middel in hogere voorziening te behandelen, volgens hetwelk het Gerecht de definitie van „onlinemarktplaats" zoals onder meer vastgesteld in artikel 4, lid 1, onder f), van verordening nr. 524/2013 en artikel 4, lid 17, van richtlijn 2016/1148, en de redenering van het Hof in het arrest van 20 december 2017, Asociación Profesional Elite Taxi (C-434/15, EU:C:2017:981), onjuist heeft uitgelegd of, minstens, onjuist heeft toegepast.

50. Mijns inziens is deze bewering onjuist.

51. Ten eerste kan worden opgemerkt dat de definities in artikel 4, lid 1, onder f), van verordening nr. 524/2013 en artikel 4, lid 17, van richtlijn 2016/1148 enkel gelden voor de toepassing van die specifieke verordening en die specifieke richtlijn. Dit blijkt met name uit de bewoordingen van de betrokken bepalingen: „voor de toepassing van deze verordening" en „in de zin van deze richtlijn". De betrokken definities zijn dus niet bedoeld om ruimer te worden toegepast op de inschrijving van merken in het algemeen of op de inschrijving van merken in verband met detailhandelsdiensten van klasse 35 in het bijzonder, hoewel ik niet ontken dat de erin vervatte definities van „onlinemarktplaats" nuttig zijn en minstens naar analogie kunnen worden toegepast op deze zaak.[20] Dit kan in het bijzonder het geval zijn bij de beoordeling of er een concurrentieverhouding bestaat tussen de diensten en in welke mate zij elkaar (eventueel) overlappen, zoals vastgesteld door het Gerecht in punt 40 van het bestreden arrest.[21]

52. Ten tweede ben ik het er in elk geval niet mee eens dat het Gerecht de definities van „onlinemarktplaats" in artikel 4, lid 1, onder f), van verordening nr. 524/2013 en artikel 4, lid 17, van richtlijn 2016/1148 of de redenering van het Hof in zaak C-434/15 verkeerd heeft begrepen of onjuist heeft toegepast.

53. Wanneer de punten 37 en 41 van het bestreden arrest nader worden bekeken, blijkt duidelijk dat het Gerecht goed heeft begrepen dat Wallapop, overeenkomstig haar merkaanvraag, onder meer of in het bijzonder een onlineplatform of bemiddelings- of beheerdiensten wil aanbieden *en geen verkoopdiensten als zodanig*.

54. In dit verband heeft het Gerecht in punt 37 van het bestreden arrest geoordeeld dat de merkaanvraag in het bijzonder betrekking heeft op „onlineverkoopdiensten, zijnde de exploitatie van onlinemarkten voor verkopers en kopers van goederen en diensten; diensten op het gebied van elektronische handel waarbij verkopers goederen of diensten te koop aanbieden en waarbij het kopen of bieden geschiedt via internet *ter vergemakkelijking van de verkoop van goederen en diensten door derden via een wereldwijd netwerk*".[22]

[20] Zie naar analogie beschikking van 3 juni 2015, The Sunrider Corporation/BHIM (C-142/14 P, niet gepubliceerd, EU:C:2015:371, punten 55 en 56). In die beschikking herinnert het Hof eraan dat zijn bevoegdheid om krachtens artikel 256 VWEU toezicht uit te oefenen op de wijze waarop het Gerecht feiten juridisch heeft gekwalificeerd, in de regel betrekking heeft op juridische kwalificaties die het Gerecht *in het licht van de regels en beginselen van het merkenrecht van de Unie* moet verrichten.

[21] In punt 23 van het arrest van 29 september 1998, Canon (C-39/97, EU:C:1998:442), heeft het Hof verklaard dat bij de beoordeling van de soortgelijkheid van de betrokken waren of diensten rekening moet worden gehouden met alle relevante factoren die de verhouding tussen de waren of diensten kenmerken. Dat zijn onder meer de aard, de bestemming en het gebruik ervan, maar ook het concurrerend dan wel complementair karakter ervan.

[22] Cursivering van mij. Zie ook punt 40 van het bestreden arrest.

55. Naar mijn mening heeft het Gerecht het onderscheid tussen het vergemakkelijken van de verkoop van goederen door derden [23] en het uitoefenen van een beslissende invloed op de verkoopvoorwaarden van de aangeboden goederen [24] of zelfs de onlineverkoop van goederen als zodanig goed begrepen.

56. Bovendien heeft het Gerecht in punt 37 van het bestreden arrest, ondanks de in de punten 37 en 41 van dat arrest aangehaalde andersluidende argumenten van Wallapop en het EUIPO, de facto vastgesteld dat de merkaanvraag van Wallapop *ook* het gebruik van een klassieke website voor onlineverkoop omvat. Uit die vaststelling van het Gerecht in punt 37 van het bestreden arrest blijkt mijns inziens niet dat het Gerecht het begrip „onlinemarktplaats" verkeerd heeft uitgelegd, maar juist dat het zich terdege bewust was van de verschillende aard van de diensten die via internet kunnen worden aangeboden en die Wallapop volgens het Gerecht wilde laten inschrijven, en van de verschillende wijze waarop die diensten werken.

57. In dit verband zij opgemerkt dat Wallapop van mening is dat het Gerecht in punt 37 van het bestreden arrest ten onrechte heeft vastgesteld dat niet kan worden uitgesloten dat de aanvraag van Wallapop betrekking heeft op het gebruik van een klassieke website voor onlineverkoop. [25]

58. Hoewel Wallapop die feitelijke vaststelling van het Gerecht in punt 37 van het bestreden arrest betwist [26], heeft zij mijns inziens niet aangevoerd dat het Gerecht de feiten in dit verband onjuist heeft opgevat.

59. Mijns inziens is dit argument derhalve niet-ontvankelijk.

60. Bovendien kan de vaststelling van het Gerecht in punt 38 van het bestreden arrest dat de distributiekanalen van de diensten in geringe mate soortgelijk zijn, niet worden bekritiseerd wat betreft het gebruik van een klassieke website voor onlineverkoop door zowel Wallapop als Unipreus.

61. Naar mijn mening moet ook worden benadrukt dat het Gerecht in punt 38 van het bestreden arrest met betrekking tot voornoemde vaststelling in punt 37 van dat arrest uitdrukkelijk heeft verklaard dat „moet worden vastgesteld dat de distributiekanalen van de bestreden diensten ten minste in geringe mate soortgelijk zijn, ook al is dat slechts één van de factoren die in aanmerking dienen te worden genomen […]".

62. De toereikendheid van die redenering is door Wallapop niet bestreden. Derhalve ben ik van mening dat moet worden ingestemd met de vaststelling van het Gerecht in punt 38 van het bestreden arrest met betrekking tot de distributiekanalen van de diensten.

63. Het argument van Wallapop, dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de distributiekanalen van de betrokken diensten op zijn minst in geringe mate soortgelijk zijn, is mijns inziens dan ook ongegrond.

[23] Zie naar analogie arrest van 19 december 2019, Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112).

[24] Zie naar analogie arrest van 22 maart 2017, GROFA e.a. (C-435/15 en C-666/15, EU:C:2017:232). Anders dan in bovengenoemd arrest zijn er in het bestreden arrest geen aanwijzingen dat het uitoefenen van een beslissende invloed op de verkoopvoorwaarden van goederen of diensten relevant was.

[25] Zie punten 67 e.v. van de hogere voorziening van Wallapop.

[26] Zie punt 36 van deze conclusie.

64. Ondanks deze vaststelling is het misschien toch noodzakelijk om ter wille van de volledigheid en de juridische duidelijkheid op dit gebied na te gaan of de vaststelling van het Gerecht in punt 38 van het bestreden arrest dat de (andere) distributiekanalen van de betrokken diensten, te weten het platform van Wallapop ter vergemakkelijking van de verkoop van goederen en diensten door derden en de meer conventionele website van Unipreus soortgelijke distributiekanalen zijn.

65. Ik stel voor om hiertoe over te gaan in de punten 72 en volgende hieronder.

66. Het eerste onderdeel van het enige middel in hogere voorziening moet naar mijn mening door het Hof ongegrond worden verklaard.

3. Tweede onderdeel van het enige middel in hogere voorziening: het Gerecht heeft de relevante factoren die bij de beoordeling van de soortgelijkheid van de betrokken diensten in aanmerking moeten worden genomen, onjuist uitgelegd

67. In dit verband kan worden opgemerkt dat artikel 8, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 bepaalt dat na oppositie door de houder van een ouder merk inschrijving van het litigieuze merk wordt geweigerd wanneer het gelijk is aan of overeenstemt met het oudere merk en betrekking heeft op dezelfde of soortgelijke waren of diensten, indien daardoor verwarring bij het publiek kan ontstaan op het grondgebied waarop het oudere merk beschermd wordt.

68. Uit vaste rechtspraak blijkt dat voor de toepassing van artikel 8, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 slechts sprake is van verwarringsgevaar indien tegelijkertijd het aangevraagde merk en het oudere merk gelijk zijn of overeenstemmen en de waren of diensten waarop de inschrijvingsaanvraag betrekking heeft, dezelfde zijn als of soortgelijk zijn aan die waarvoor het oudere merk is ingeschreven, en dat dit cumulatieve voorwaarden zijn. [27]

69. Volgens vaste rechtspraak moet bij de beoordeling van de soortgelijkheid van de betrokken waren of diensten rekening worden gehouden met alle relevante factoren die de verhouding tussen de waren of diensten kenmerken. Dat zijn inzonderheid de aard, de bestemming en het gebruik ervan, alsook het concurrerende dan wel complementaire karakter ervan. [28]

70. De kamer van beroep heeft in de litigieuze beslissing geoordeeld dat de betrokken tekens overeenstemmen, zij het slechts in geringe mate. Dat oordeel is niet ter discussie gesteld voor het Gerecht en evenmin voor het Hof.

71. Bovendien kan terloops worden opgemerkt dat niet is geopperd dat het oudere merk („wala w") in Spanje zo bekend is dat door het gebruik van een overeenstemmend merk „ongerechtvaardigd voordeel getrokken wordt uit of afbreuk gedaan wordt aan het onderscheidende vermogen of de reputatie van het oudere merk" in de zin van artikel 8, lid 5, van verordening nr. 207/2009. [29]

72. In dit verband zij echter opgemerkt dat het Gerecht zich *als zodanig* niet heeft uitgesproken over verwarringsgevaar. Het beroep tegen de beslissing van de kamer van beroep is immers toegewezen op de nogal beperkte grond dat – zoals het Gerecht in punt 54 van het bestreden

[27] Arrest van 20 september 2017, The Tea Board/EUIPO (C-673/15 P–C-676/15 P, EU:C:2017:702, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[28] Zie arresten van 29 september 1998, Canon (C-39/97, EU:C:1998:442, punt 23), en 20 september 2017, The Tea Board/EUIPO (C-673/15 P–C-676/15 P, EU:C:2017:702, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[29] Zie hiervoor bijvoorbeeld arrest van 27 november 2008, Intel Corporation (C-252/07, EU:C:2008:655).

arrest heeft geoordeeld – de kamer van beroep ten onrechte had geoordeeld dat de diensten waarop de merken betrekking hebben, verschillend zijn, terwijl zij in feite soortgelijk zijn, zij het in geringe mate.

73. Bijgevolg is de enige aan de orde zijnde grond voor oppositie tegen de inschrijving van het latere merk van Wallapop dat, in de bewoordingen van artikel 8, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009, de diensten waarop de aanvraag van Wallapop betrekking heeft, dezelfde zijn als of soortgelijk zijn aan die waarvoor het oudere merk is ingeschreven.

74. Ik stel voor thans te onderzoeken of het Gerecht terecht heeft geoordeeld dat de diensten waarop de aanvraag van Wallapop en het merk van Unipreus betrekking hebben, op zijn minst in geringe mate soortgelijk zijn.

75. Dit onderdeel van het enige middel in hogere voorziening bestaat uit vier delen. Wallapop is van mening dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld:

– ten eerste, dat de distributiekanalen van de betrokken merken soortgelijk zijn;

– ten tweede, dat de diensten waarop de merkaanvraag betrekking heeft, detailhandelsdiensten zijn;

– ten derde, dat de bestemming en de perceptie van de betrokken diensten door het publiek soortgelijk zijn, en

– ten vierde, dat er een concurrentieverhouding bestaat tussen de betrokken diensten.

76. Ik stel voor om deze argumenten achtereenvolgens te behandelen, maar aangezien zij elkaar overlappen en in feite in elkaar overlopen, is enige herhaling onvermijdelijk.

a) Eerste deel: soortgelijkheid van de distributiekanalen van de betrokken merken

77. Zoals ik in punt 63 hierboven heb aangegeven, ben ik van mening dat deze grief ongegrond is wat betreft de exploitatie van een klassieke website voor onlineverkoop door Wallapop en Unipreus.

78. Ter wille van de volledigheid en juridische duidelijkheid zal ik echter het argument van Wallapop behandelen dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat het internet een distributiekanaal is en niet een gewoon medium voor verschillende distributiekanalen.

79. Op dit punt lijkt enige toelichting bij de discussie over wat een detailhandelsdienst in de zin van klasse 35 is, op zijn plaats.

80. Het Hof heeft deze kwestie voor het eerst uitgebreid behandeld in het arrest Praktiker. In die zaak had Praktiker bij het Deutsche Patent- und Markenamt (Duits octrooi- en merkenbureau) een aanvraag tot inschrijving van het merk „Praktiker” ingediend, met name voor de dienst „detailhandel in bouw-, doe-het-zelf- en tuinartikelen en andere verbruiksgoederen voor de doe-het-zelver”. Het Deutsche Patent- und Markenamt heeft de aanvraag afgewezen. Zijns inziens is het begrip „detailhandel” geen aanduiding voor zelfstandige diensten met een autonome economische betekenis. Het doelt alleen op de distributie van waren als zodanig.

81. In zijn arrest merkte het Hof op dat het doel van de detailhandel de verkoop van waren aan consumenten is. Deze handel omvat naast de verkoop als rechtshandeling, alle activiteiten die de marktdeelnemer verricht om de totstandkoming van die verkoop te bevorderen. Deze activiteiten omvatten onder meer de selectie van een assortiment te koop aangeboden waren en het aanbod van verschillende prestaties die de consument moeten overhalen bij de betrokken handelaar in plaats van bij een concurrent te kopen.

82. Het Hof heeft geoordeeld dat er geen dwingende reden is die zich ertegen verzet dat deze prestaties onder het begrip „diensten" vallen, en dat het begrip „diensten" derhalve ook diensten omvat die in het kader van de detailhandel in waren worden verricht. [30]

83. Het arrest Praktiker heeft natuurlijk een grote rol gespeeld in de meest recente zaak over deze kwestie, de zaak Tulliallan Burlington. [31] In die zaak ging het erom of de activiteiten van een winkelgalerij die gespecialiseerd is in de verkoop van luxegoederen, onder door klasse 35 beschermde detailhandelsdiensten vallen. In zijn arrest had het Gerecht, steunend op het arrest Praktiker, geoordeeld dat de activiteiten van een winkelgalerij onder die klasse vallen. [32]

84. Tegen de beslissing van het Gerecht is vervolgens hogere voorziening ingesteld bij het Hof. In mijn conclusie in de zaak Tulliallan Burlington/EUIPO [33] heb ik enig voorbehoud geformuleerd over de juistheid van die vaststelling. Mijn twijfels zijn samengevat in punt 96 van mijn conclusie:

„De door het Hof gegeven eenvormige uitlegging van ‚detailhandelsdiensten' van klasse 35 maakt duidelijk dat de diensten van een winkelgalerij niet onder dat begrip vallen, daar de entiteit die die diensten verricht, zich niet bezighoudt met de verkoop van de betrokken waren. Zij levert integendeel diensten aan de verkoper van de waren, welke diensten naar mijn mening duidelijk verschillen van de detailhandelsdiensten van klasse 35 en overigens zijn opgenomen in een andere klasse. Zo kunnen de diensten van een winkelgalerij onder meer de winkelverhuur van klasse 36 omvatten, alsook de reclame- en verkooppromotiediensten van klasse 35." [34]

85. Die analyse van het arrest Praktiker is door het Hof echter niet gevolgd in het arrest Tulliallan Burlington. Het Hof is tot een tegenovergestelde conclusie gekomen en heeft onder meer (in de punten 127 en 128) geoordeeld:

„127. Bijgevolg dekt het begrip ‚detailhandelsdiensten' diensten die gericht zijn tot de consument en waarbij voor rekening van de handelszaken van een winkelgalerij diverse waren worden bijeengebracht in een reeks boetieken zodat de consument deze waren gemakkelijk kan bekijken en kopen en verschillende van de verkoophandeling te onderscheiden prestaties worden aangeboden die de consument moeten overhalen om de in die boetieken verkochte waren te kopen.

[30] Het Hof heeft in punt 36 van het arrest Praktiker verklaard dat dit wordt geïllustreerd door de toelichting bij klasse 35 van de classificatie van Nice, volgens welke deze klasse omvat: „het verzamelen voor rekening van derden van verschillende waren […] om de consument in staat te stellen ze gemakkelijk te bekijken en te kopen".

[31] Arrest van 4 maart 2020 (C-155/18 P–C-158/18 P, EU:C:2020:151).

[32] Arrest van 6 december 2017, Tulliallan Burlington/EUIPO – Burlington Fashion (Burlington) (T-120/16, EU:T:2017:873, punt 34).

[33] Conclusie van advocaat-generaal Hogan in gevoegde zaken Tulliallan Burlington/EUIPO (C-155/18 P–C-158/18 P, EU:C:2019:538).

[34] Conclusie van advocaat-generaal Hogan in de gevoegde zaken Tulliallan Burlington/EUIPO (C-155/18 P–C-158/18 P, EU:C:2019:538). In punt 95 van die conclusie heb ik erop gewezen dat het Hof in punt 34 van het arrest Praktiker heeft opgemerkt dat „het doel van de detailhandel de verkoop van waren aan consumenten is. Deze handel omvat naast de verkoop als rechtshandeling, alle activiteiten die *de marktdeelnemer* verricht om de totstandkoming van die verkoop te bevorderen. Deze activiteiten omvatten onder meer de selectie van een assortiment te koop aangeboden waren en het aanbod van verschillende prestaties die de consument moeten overhalen bij de betrokken handelaar in plaats van bij een concurrent te kopen." Cursivering van mij.

128. Uit de voorgaande overwegingen volgt dat, zoals het Gerecht in punt 32 van de bestreden arresten terecht heeft geoordeeld, uit de uitlegging van het Hof in punt 34 van het Praktiker-arrest niet kan worden afgeleid dat diensten van winkelgalerijen of winkelcentra per definitie zijn uitgesloten van de werkingssfeer van het in klasse 35 in de zin van de Overeenkomst van Nice omschreven begrip ‚detailhandelsdiensten'."

86. Hoewel het Hof uiteraard geenszins verplicht is het stare-decisiscriterium te eerbiedigen, moet er toch van worden uitgegaan dat het arrest Tulliallan Burlington de kwestie heeft beslecht. Uit dit arrest blijkt dat het begrip detailhandelsdiensten als bedoeld in klasse 35 in beginsel ook de diensten omvat die een klassieke winkelgalerij „ten behoeve van de winkels van die galerij verricht ten aanzien van de consument opdat deze de waren gemakkelijk kan bekijken en kopen"[35].

87. Bijgevolg is het feit dat Wallapop naar eigen zeggen zelf geen detailhandelsdiensten verricht, maar eerder online bemiddelingsdiensten aanbiedt, op zich niet voldoende om de kwestie af te doen, ook al zou dat inderdaad het geval zijn.

88. De echte vraag is of en in hoeverre het in het arrest Tulliallan Burlington neergelegde beginsel met betrekking tot de door een winkelgalerij verrichte diensten van toepassing is op bemiddelingsdiensten die online worden aangeboden.

89. In het arrest Tulliallan Burlington heeft het Gerecht (in punt 130) geoordeeld dat het begrip detailhandelsdiensten ook de diensten omvat die een winkelgalerij „ten behoeve van de winkels van die galerij verricht ten aanzien van de consument opdat deze de waren gemakkelijk kan bekijken en kopen". Hetzelfde kan naar analogie worden gezegd van bemiddelingsdiensten die worden aangeboden door een onlineplatform voor detailhandel. Terwijl de traditionele winkelgalerij tot doel heeft een divers winkelaanbod aan te bieden in één handige fysieke ruimte, is een onlineplatform voor detailhandel zoals Wallapop aanbiedt, in feite een soort „virtuele" winkelgalerij die toegankelijk is via het internet.[36]

90. Het traditionele onderscheid tussen verkooppunten die in fysieke ruimten aan klanten verkopen enerzijds, en entiteiten die zich bezighouden met directe onlineverkoop anderzijds, is de afgelopen jaren vervaagd door zowel de technologische evolutie als veranderende gedragspatronen bij de consument en is tegenwoordig nagenoeg helemaal verdwenen. Dit alles blijkt ook uit het feit dat, zoals het Gerecht in punt 51 van het bestreden arrest heeft vastgesteld, een consument die op zoek is naar specifieke (nieuwe) sportschoenen, dezelfde producten kan vinden op de website van zowel Unipreus („www.walashop.com") als Wallapop („www.wallapop.com"), ook al is in dit laatste geval de detailhandelaar een derde die gebruikmaakt van het onlineplatform van Wallapop.

91. Het staat dus niet ter discussie dat, zoals ik net heb opgemerkt, schoenen die door Unipreus online worden verkocht, ook op het platform van Wallapop te koop worden aangeboden, zij het door derden en niet door Wallapop zelf. Bijgevolg ben ik van mening dat in de ogen van een

[35] Arrest Tulliallan Burlington, punt 130.

[36] Naar mijn mening bepaalt de wijze waarop de detailhandelsdiensten van klasse 35 worden verricht (al dan niet online), niet of zij onder die klasse vallen. Wat wel belangrijk is, is de aard van de betrokken diensten. Het Gerecht heeft in punt 36 van het bestreden arrest geoordeeld dat „detailhandel" zowel verkoop in een winkel als online via het internet omvat. Dit oordeel wordt niet betwist door Wallapop. Daarbij zij opgemerkt dat het Hof in punt 125 van het arrest Tulliallan Burlington erop heeft gewezen dat de toelichting bij klasse 35 preciseert dat deze klasse onder meer ziet op het bijeenbrengen, voor derden, van diverse producten (uitgezonderd het transport daarvan) opdat de consument deze gemakkelijk kan bekijken en kopen. Deze diensten kunnen worden verleend door detailhandelsbedrijven en groothandelsbedrijven, via verkoopautomaten, door postorderbedrijven of langs elektronische weg, zoals websites of teleshoppinguitzendingen.

consument die de betrokken waren wil kopen, het platform van Wallapop en de website van Unipreus soortgelijke distributiekanalen zijn. Het is op dit punt dat het gevaar voor verwarring van de twee licht overeenstemmende merken het sterkst speelt.

92. Mijns inziens is het veelbetekenend dat het Hof in de zaak Tulliallan Burlington het argument van de hand heeft gewezen dat „het ontbreken van enige specifieke aanduiding inzake de waren die kunnen worden verkocht in de verschillende winkels waaruit een winkelgalerij […] bestaat, in de weg stond aan elke associatie tussen deze winkels en de door de aangevraagde merken aangeduide waren" en dat het Hof dan ook het middel van de eigenaren van de winkelgalerij op deze grond heeft toegewezen.[37] Dit geldt in grote lijnen ook voor de onderhavige hogere voorziening.

93. Unipreus staat in de onderhavige zaak echter in een nog sterkere positie. Anders dan in de zaak Tulliallan Burlington – waar de kwestie of de door verweerster[38] geproduceerde modeartikelen ooit daadwerkelijk hebben geconcurreerd met de door derden in de winkelgalerij van verzoekster verkochte luxegoederen in het beste geval onzeker was – heeft Unipreus in deze zaak een merk ingeschreven voor de diensten van klasse 35 die als volgt zijn omschreven: „detailhandel in sportartikelen". Unipreus heeft dus zowel de diensten als de waren waarop haar merk betrekking heeft, gepreciseerd en de geldigheid van dat merk is niet in twijfel getrokken. Dit is volledig in overeenstemming met de rechtspraak in zowel de zaak Praktiker als de zaak Tulliallan Burlington. Naar mijn mening zou het onaanvaardbaar zijn dat Unipreus zich niet op haar merk zou kunnen beroepen om oppositie in te stellen tegen de inschrijving van een overeenstemmend teken in klasse 35 waarbij de waren niet worden gepreciseerd[39], louter omdat de diensten waarop de merkaanvraag betrekking heeft, uitgebreider worden gepreciseerd.

94. Om deze redenen ben ik van mening dat dit deel ongegrond moet worden verklaard.

b) Tweede deel: de aard van de betrokken diensten

95. Wallapop betoogt dat het Gerecht in de punten 39 en volgende van het bestreden arrest niet heeft aangegeven waarom de diensten in haar merkaanvraag detailhandelsdiensten zijn in de zin van punt 34 van het arrest Praktiker.

96. In wezen stelt Wallapop dat de redenering van het Gerecht op dit punt ontoereikend is en dat het Gerecht derhalve blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

97. Opgemerkt dient te worden dat het Gerecht heeft vastgesteld dat de aard van de betrokken diensten op zijn minst in geringe mate soortgelijk is. De toereikendheid van de redenering moet worden beoordeeld in het licht van die vaststelling.

98. Naar mijn mening heeft het Gerecht de redenering in punt 34 van het arrest Praktiker gevolgd op vergelijkbare wijze als het Hof in punt 130 van het arrest Tulliallan Burlington had gedaan.

[37] Arrest Tulliallan Burlington, punt 137.

[38] Burlington Fashion GmbH.

[39] Een in het arrest Praktiker opgelegde eis die in het arrest Tulliallan Burlington slechts is versoepeld ten aanzien van het oudere merk waarvan de geldigheid niet werd betwist.

99. In punt 39 van het bestreden arrest herinnert het Gerecht aan de vaststelling van het Hof in het arrest Praktiker dat het doel van de detailhandel de verkoop van waren aan consumenten is. Deze handel omvat naast de verkoop als rechtshandeling, alle activiteiten die de marktdeelnemer verricht om de totstandkoming van die verkoop te bevorderen. Deze activiteiten omvatten onder meer de selectie van een assortiment te koop aangeboden waren en het aanbod van verschillende prestaties die de consument moeten overhalen bij de betrokken handelaar in plaats van bij een concurrent te kopen.

100. Het Gerecht heeft op basis van de gedachtegang in het arrest Praktiker geoordeeld dat *alle* diensten in de merkaanvraag van Wallapop – dus niet alleen onlineverkoopdiensten en diensten op het gebied van elektronische handel, maar ook bemiddelings- of beheerdiensten van onlinemarkten voor verkopers en kopers, met inbegrip van het verstrekken van commerciële informatie die nuttig is voor de verkoop – onder de definitie van detailhandelsdiensten vallen, omdat al die diensten uiteindelijk tot doel hebben de verkoop van goederen aan consumenten te stimuleren. [40]

101. Naar mijn mening is die redenering onmiskenbaar toereikend en verduidelijkt zij de juridische redenering die het Gerecht heeft gevolgd om op dit punt tot een slotsom te komen.

102. Derhalve ben ik van mening dat dit deel ongegrond moet worden verklaard.

c) Derde deel: soortgelijkheid van de bestemming en de perceptie van de betrokken diensten door het publiek

103. Een belangrijk element van het betoog van Wallapop is dat haar bemiddelingsdiensten door hun onlinekarakter niet onder detailhandelsdiensten vallen. Zij is van mening dat de voornaamste en dominante bestemming van de diensten waarop haar merkaanvraag betrekking heeft (exploitatie van onlinemarkten en aanverwante informatiediensten), duidelijk verschilt van de diensten die onder het merk van Unipreus worden verricht (detailhandel in sportartikelen).

104. In dit verband is Wallapop van mening dat het Gerecht in punt 43 van het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat „de diensten waarop de merkaanvraag betrekking heeft, in de ogen van het brede publiek indirect voldoen aan een soortgelijke behoefte als de detailhandelsdiensten voor sportartikelen waarop het oudere merk betrekking heeft, en het in staat stelt de betrokken waren te kopen, na informatie over de betrokken waren te hebben ingewonnen”. Zij vindt dat het Gerecht het begrip „bestemming” onjuist heeft uitgelegd. Bovendien merkt Wallapop op dat de in haar aanvraag genoemde diensten verschillend zijn en dat het Gerecht deze niet en bloc had mogen vergelijken met de diensten van het oudere Spaanse merk.

105. Naar mijn mening is het arrest Tulliallan Burlington in wezen doorslaggevend voor de afdoening van deze kwestie. Zoals reeds aangegeven, heeft het Hof in die zaak geoordeeld dat een eigenaar van een winkelgalerij detailhandelsdiensten van klasse 35 verricht, zodat hetzelfde kan

[40] In punt 40 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat onlineverkoopdiensten en diensten op het gebied van elektronische handel een gedeeltelijke overlapping vertonen met detailhandelsdiensten. In de punten 41 en 42 van het bestreden arrest heeft het Gerecht zijn standpunt verder gemotiveerd door uiteen te zetten dat het argument van Wallapop en het EUIPO dat het litigieuze merk geen betrekking heeft op detailhandelsdiensten als zodanig maar wel op bemiddelingsdiensten, irrelevant is, ook al is het juist, aangezien laatstgenoemde diensten de verkoop vergemakkelijken.

worden gezegd van de exploitant van een virtuele winkelgalerij zoals het internetplatform dat door Wallapop wordt gehost. De vaststelling van een vermeende dominante bestemming van de betrokken diensten doet evenmin af aan deze conclusie.

106. Wat de andere vier in de merkaanvraag van Wallapop genoemde diensten betreft – zoals de verschaffing van evaluatieve feedback en beoordelingen ten aanzien van de goederen en diensten van verkopers, de waarde en prijzen van de goederen en diensten van verkopers en de prestaties van kopers en verkopers, de verschaffing van een doorzoekbare onlinedatabase met beoordelingen voor kopers en verkopers, en het verschaffen van commerciële informatie in verband met producten en/of diensten – is het inderdaad zo dat deze diensten door het Gerecht en bloc zijn behandeld in de punten 41 en 42 van het bestreden arrest. In wezen is het Gerecht echter tot de slotsom gekomen dat deze diensten in de ogen van het brede publiek louter neerkomen op het verstrekken van nuttige commerciële informatie in verband met de verkoop van de goederen.

107. In dit opzicht ben ik het eens met het oordeel van het Gerecht. Bij toepassing van de in het arrest Praktiker gevolgde redenering, zoals uitgelegd in het arrest Tulliallan Burlington, moet worden vastgesteld dat die diensten ook moeten worden beschouwd als kenmerken van detailhandelsdiensten louter omdat ermee „verschillende van de verkoophandeling te onderscheiden prestaties worden aangeboden die de consument moeten overhalen om de in die boetieken verkochte waren te kopen”. [41]

108. Ongetwijfeld kunnen dergelijke beoordelings-, vergelijkings- en feedbackdiensten dankzij de opkomst van de onlinehandel gemakkelijker en efficiënter worden aangeboden aan diegenen die een onlinehandelsplatform willen gebruiken. Toch verschilt dit type informatiediensten volgens mij in beginsel niet van het type informatiediensten dat door exploitanten van traditionele winkelgalerijen kon worden verleend – en waarschijnlijk nog steeds wordt verleend. Want ook vóór de opkomst van het internet hebben exploitanten van dergelijke winkelgalerijen ongetwijfeld regelmatig dergelijke informatie aan hun huurders verstrekt, bijvoorbeeld over consumentenvoorkeuren, bezoekersaantallen, de resultaten van consumentenonderzoeken enz.

109. Om al deze redenen ben ik van mening dat de bestemming en de perceptie van deze diensten door het publiek geen afbreuk doen aan hun hoedanigheid van detailhandelsdiensten in de zin van klasse 35, zoals dit begrip door het Hof is uitgelegd in het arrest Praktiker en in het bijzonder in het arrest Tulliallan Burlington.

110. Deze grief moet derhalve ongegrond worden verklaard.

d) Vierde deel: concurrentieverhouding tussen de diensten waarop het litigieuze merk van Wallapop betrekking heeft, en de diensten die door Unipreus onder het oudere merk worden aangeboden

111. Wallapop blijft erbij dat de door haar aangeboden diensten slechts diensten van de informatiemaatschappij zijn en geen betrekking hebben op detailhandel.

112. Wallapop benadrukt dat de in de merkaanvraag genoemde diensten niet concurreren met de diensten voor de verkoop van sportartikelen die onder het merk van Unipreus worden aangeboden, maar eerder met andere digitale diensten of diensten van de informatiemaatschappij.

[41] Arrest Tulliallan Burlington, punt 127.

113. Zoals blijkt uit de punten 45 en 46 alsmede uit de punten 51 en 52 van deze conclusie, is de vaststelling van het Gerecht in punt 37 van het bestreden arrest dat niet kan worden uitgesloten dat de merkaanvraag van Wallapop betrekking heeft op het gebruik van een klassieke website voor onlineverkoop, een feitelijke vaststelling waartegen in het kader van een hogere voorziening niet kan worden opgekomen voor zover niet wordt betoogd dat de feiten onjuist zijn opgevat. Derhalve volgt hieruit dat er duidelijk een concurrentieverhouding bestaat tussen de betrokken diensten [42].

114. Bovendien is dit argument, zoals ik al heb opgemerkt, gebaseerd op een scherp onderscheid tussen onlinebemiddelingsdiensten, onlinehandel en detailhandel in een fysieke ruimte. Zoals Unipreus ter terechtzitting op alle mogelijke wijzen heeft benadrukt, wordt bij deze vergelijking echter geen rekening gehouden met de realiteit op de markt, het veranderde consumentengedrag met betrekking tot online winkelen en al helemaal niet met de perceptie van de gemiddelde consument. Deze stelling wordt bewezen door het loutere feit dat het Gerecht, zoals eerder gezegd, heeft vastgesteld dat de sportschoenen die door Unipreus online worden verkocht, ook op het platform van Wallapop te koop worden aangeboden, ook al gebeurt de onlineverkoop door derden die van de bemiddelingsdiensten gebruikmaken, en niet door Wallapop zelf.

115. Deze grief is derhalve ongegrond.

116. Om al de in deze conclusie uiteengezette redenen ben ik van mening dat het Gerecht terecht tot deze slotsom is gekomen met betrekking tot de soortgelijkheid van de betrokken diensten en geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

VII. Kosten

117. Volgens artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering beslist het Hof over de kosten wanneer de hogere voorziening ongegrond is. Overeenkomstig artikel 138, lid 1, van dit Reglement, dat op grond van artikel 184, lid 1, ervan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten voor zover dit is gevorderd.

118. Aangezien Wallapop in het ongelijk is gesteld, dient Wallapop overeenkomstig de vordering van Unipreus te worden verwezen in haar eigen kosten en in die van Unipreus.

119. Aangezien het EUIPO in het ongelijk is gesteld, maar Unipreus geen verwijzing in de kosten in hogere voorziening heeft gevorderd, dient het EUIPO te worden verwezen in zijn eigen kosten in hogere voorziening.

VIII. Conclusie

120. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging:

– de hogere voorziening af te wijzen en de beslissing van het Gerecht te bevestigen;

– Wallapop, SL te verwijzen in haar eigen kosten en in de kosten van Unipreus, SL in hogere voorziening;

[42] Het gebruik van een klassieke website voor onlineverkoop.

– het Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO) te verwijzen in zijn eigen kosten in hogere voorziening.