ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

12 juli 2011 *

In zaak C-324/09,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door de High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division (Verenigd Koninkrijk) bij beslissing van 16 juli 2009, ingekomen bij het Hof op 12 augustus 2009, in de procedure

L'Oréal SA,

Lancôme parfums et beauté & Cie SNC,

Laboratoire Garnier & Cie,

L'Oréal (UK) Ltd

tegen

eBay International AG,

* Procestaal: Engels.

eBay Europe SARL,

eBay (UK) Ltd,

Stephen Potts,

Tracy Ratchford,

Marie Ormsby,

James Clarke,

Joanna Clarke,

Glen Fox,

Rukhsana Bi,

wijst

HET HOF (Grote kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, president, A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, K. Schiemann, J.-J. Kasel en D. Šváby, kamerpresidenten, A. Rosas, R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič (rapporteur), M. Safjan en M. Berger, rechters,

advocaat-generaal: N. Jääskinen,
griffier: L. Hewlett, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 22 juni 2010,

gelet op de opmerkingen van:

— L'Oréal SA e.a., vertegenwoordigd door H. Carr en D. Anderson, QC, en door T. Mitcheson, barrister,

— eBay International AG e.a., vertegenwoordigd door T. van Innis en G. Glas, advocaten,

— de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door H. Walker en L. Seeboruth als gemachtigden, bijgestaan door C. May, barrister,

— de Franse regering, vertegenwoordigd door G. de Bergues, B. Beaupère-Manokha, J. Gstalster en B. Cabouat als gemachtigden,

— de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door S. Fiorentino, avvocato dello Stato,

— de Poolse regering, vertegenwoordigd door M. Dowgielewicz en A. Rutkowska als gemachtigden,

— de Portugese regering, vertegenwoordigd door L. Inez Fernandes als gemachtigde,

— de Europese Commissie, vertegenwoordigd door H. Krämer als gemachtigde,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 9 december 2010,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 5 en 7 van de Eerste richtlijn (89/104/EEG) van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB 1989, L 40, blz. 1), zoals gewijzigd bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992 (PB 1994, L 1, blz. 3; hierna: „richtlijn 89/104"), van de artikelen 9 en 13 van verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het Gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1), van artikel 14 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") (PB L 178, blz. 1), alsook van artikel 11 van richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (PB L 157, blz. 45, met rectificaties in PB 2004, L 195, blz. 16, en PB 2007, L 204, blz. 27).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen L'Oréal SA tezamen met haar dochterondernemingen Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie en L'Oréal (UK) Ltd (hierna gezamenlijk: „L'Oréal") en drie dochterondernemingen van eBay Inc., te weten eBay International AG, eBay Europe SARL en eBay (UK) Ltd (hierna gezamenlijk: „eBay") alsook S. Potts, T. Ratchford, M. Ormsby, de heer J. Clarke, mevrouw J. Clarke, G. F. Fox en R. Bi (hierna: „verwerende natuurlijke personen"), betreffende het aanbod tot verkoop van de producten van L'Oréal, zonder toestemming van deze laatste, op de elektronische marktplaats die door eBay wordt beheerd.

I — Toepasselijke bepalingen

A — *Richtlijn 89/104 en verordening nr. 40/94*

3 Richtlijn 89/104 en verordening nr. 40/94 zijn ingetrokken bij respectievelijk richtlijn 2008/95/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2008 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (Gecodificeerde versie) (PB L 299, blz. 25), die op 28 november 2008 in werking is getreden, en verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het Gemeenschapsmerk (Gecodificeerde versie) (PB L 78, blz. 1), die op 13 april 2009 in werking is getreden. Gelet op de datum van de feiten zijn desalniettemin richtlijn 89/104 en verordening nr. 40/94 op het hoofdgeding van toepassing.

4 Artikel 5 van richtlijn 89/104, „Rechten verbonden aan het merk", is als volgt verwoord:

„1. Het ingeschreven merk geeft de houder een uitsluitend recht. Dit recht staat de houder toe iedere derde die niet zijn toestemming hiertoe heeft verkregen, het gebruik van een teken in het economisch verkeer te verbieden:

a) wanneer dat gelijk is aan het merk en gebruikt wordt voor dezelfde waren of diensten als die waarvoor het merk ingeschreven is;

b) dat gelijk is aan of overeenstemt met het merk en gebruikt wordt voor dezelfde of soortgelijke waren of diensten, indien daardoor bij het publiek verwarring kan ontstaan, inhoudende het gevaar van associatie met het merk.

2. Elke lidstaat kan tevens bepalen dat de houder gerechtigd is derden die zijn toestemming niet hebben gekregen, het gebruik in het economisch verkeer te verbieden van een teken dat gelijk is aan of overeenstemt met het merk voor waren of diensten die niet soortgelijk zijn aan die waarvoor het merk ingeschreven is, wanneer dit bekend is in de lidstaat en door het gebruik, zonder geldige reden, van het teken ongerechtvaardigd voordeel getrokken wordt uit of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk.

3. Met name kan krachtens de leden 1 en 2 worden verboden:

a) het aanbrengen van het teken op de waren of op hun verpakking;

b) het aanbieden, in de handel brengen of daartoe in voorraad hebben van waren of het aanbieden of verrichten van diensten onder het teken;

c) het invoeren of uitvoeren van waren onder het teken;

d) het gebruik van het teken in stukken voor zakelijk gebruik en in advertenties.

[...]"

5 De bewoordingen van artikel 9, lid 1, sub a en b, van verordening nr. 40/94 stemden in wezen overeen met die van artikel 5, lid 1, van richtlijn 89/104. Lid 2 van genoemd artikel 9 stemde overeen met lid 3 van genoemd artikel 5. Artikel 9, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94, bepaalde het volgende:

„Het Gemeenschapsmerk geeft de houder een uitsluitend recht. Dit recht staat de houder toe iedere derde die niet zijn toestemming hiertoe heeft verkregen, het gebruik van een teken in het economisch verkeer te verbieden:

[...]

c) dat gelijk is aan of overeenstemt met het Gemeenschapsmerk en gebruikt wordt voor waren of diensten die niet soortgelijk zijn aan die waarvoor het Gemeenschapsmerk ingeschreven is, indien het een in de Gemeenschap bekend merk betreft en indien door het gebruik zonder geldige reden van het teken ongerechtvaardigd voordeel getrokken wordt uit of afbreuk gedaan wordt aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het oudere merk."

6 Artikel 7 van richtlijn 89/104, „Uitputting van het aan het merk verbonden recht", zette uiteen:

„1. Het aan het merk verbonden recht staat de houder niet toe het gebruik daarvan te verbieden voor waren die onder dit merk door de houder of met zijn toestemming in een overeenkomstsluitende partij [van de Europese Economische Ruimte] in de handel zijn gebracht.

2. Lid 1 is niet van toepassing wanneer er voor de houder gegronde redenen zijn om zich te verzetten tegen verdere verhandeling van de waren, met name wanneer de toestand van de waren, nadat zij in de handel zijn gebracht, gewijzigd of verslechterd is."

7 Volgens de bewoordingen van artikel 13, lid 1, van verordening nr. 40/94 „[staat h]et aan het Gemeenschapsmerk verbonden recht [...] de houder niet toe het gebruik daarvan te verbieden voor waren die onder dit merk door de houder of met zijn toestemming in de Gemeenschap in de handel zijn gebracht". Lid 2 van dit artikel is identiek aan artikel 7, lid 2, van richtlijn 89/104.

B — *Richtlijn 2000/31 („richtlijn inzake elektronische handel")*

8 Artikel 2, sub a, van richtlijn 2000/31 definieert de „diensten van de informatiemaatschappij" onder verwijzing naar richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij (PB L 204, blz. 37), zoals gewijzigd bij richtlijn 98/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 juli 1998 (PB L 217, blz. 18; hierna: „richtlijn 98/34"), als zijnde „elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten verricht wordt".

9 Artikel 1, lid 2, van richtlijn 98/34 luidt vervolgens:

„[...]

In deze definitie wordt verstaan onder:

— ‚op afstand': een dienst die geleverd wordt zonder dat de partijen gelijktijdig aanwezig zijn;

— ‚langs elektronische weg': een dienst die verzonden en ontvangen wordt via elektronische apparatuur voor de verwerking [...] en de opslag van gegevens, en die geheel via draden, radio, optische middelen of andere elektromagnetische middelen wordt verzonden, doorgeleid en ontvangen;

— ‚op individueel verzoek van een afnemer van diensten': een dienst die op individueel verzoek via de transmissie van gegevens wordt geleverd.

[...]"

10 Artikel 6 van richtlijn 2000/31 zet het volgende uiteen:

„In aanvulling op de overige informatievoorschriften van het [...]recht [van de Unie] zorgen de lidstaten ervoor dat commerciële communicaties die deel uitmaken van een dienst van de informatiemaatschappij [...], ten minste aan de volgende voorwaarden voldoen:

[...]

b) de natuurlijke of rechtspersoon voor wiens rekening de commerciële communicatie geschiedt, moet duidelijk te identificeren zijn;

[...]"

11 Hoofdstuk II van richtlijn 2000/31 omvat een afdeling 4, „Aansprakelijkheid van dienstverleners die als tussenpersoon optreden", waarin de artikelen 12 tot en met 15 zijn samengebracht.

12 Artikel 14 van richtlijn 2000/31, „‚Hosting' (‚host'-diensten)", bepaalt het volgende:

„1. 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.

2. Lid 1 is niet van toepassing wanneer de afnemer van de dienst op gezag of onder toezicht van de dienstverlener handelt.

3. Dit artikel doet geen afbreuk aan de mogelijkheid voor een rechtbank of een administratieve autoriteit om in overeenstemming met het rechtsstelsel van de lidstaat te eisen dat de dienstverlener een inbreuk beëindigt of voorkomt. Het doet evenmin afbreuk aan de mogelijkheid voor lidstaten om procedures vast te stellen om informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken."

13 Artikel 15 van richtlijn 2000/31, „Geen algemene toezichtverplichting", voorziet in het volgende:

„1. Met betrekking tot de levering van de in de artikelen 12, 13 en 14 bedoelde diensten leggen de lidstaten de dienstverleners geen algemene verplichting op 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.

[...]"

14 Hoofdstuk III van richtlijn 2000/31 omvat onder meer artikel 18, „Beroep op rechterlijke instanties", dat het volgende bepaalt:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat hun nationale wetgeving op het gebied van diensten van de informatiemaatschappij voorziet in rechtsgedingen waarbij snel maatregelen kunnen worden getroffen — met inbegrip van voorlopige maatregelen — om de vermeende inbreuk te doen eindigen en om te verhinderen dat de betrokken belangen verder worden geschaad.

[...]"

C — *Richtlijn 2004/48 („richtlijn betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten")*

15 De punten 1 tot en met 3, 23, 24 en 32 van de considerans van richtlijn 2004/48 luiden:

„(1) Voor de totstandbrenging van de interne markt moeten de beperkingen van het vrije verkeer en de verstoringen van de mededinging worden opgeheven en moet tegelijkertijd een gunstig klimaat voor innovatie en investeringen worden geschapen. In deze context is de bescherming van de intellectuele eigendom een essentieel element [...].

(2) [...] Tegelijkertijd mag de bescherming van de intellectuele eigendom geen belemmering van de vrijheid van meningsuiting, het vrije verkeer van informatie of de bescherming van persoonsgegevens vormen, ook niet op het Internet.

(3) Zonder doeltreffende middelen om intellectuele-eigendomsrechten te handhaven, worden innovatie en creativiteit echter ontmoedigd en investeringen verminderd. Er moet dus voor worden gezorgd dat het materiële recht inzake de intellectuele eigendom, dat tegenwoordig grotendeels onder het communautaire acquis valt, in de [Unie] doeltreffend wordt toegepast. [...]

[...]

(23) [...] rechthebbenden [moeten] de mogelijkheid hebben te verzoeken dat een bevel wordt uitgevaardigd tegen een tussenpersoon wiens diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op het industriële-eigendomsrecht van de rechthebbende. De voorwaarden voor en modaliteiten van deze bevelen moeten aan het nationale recht van de lidstaten worden overgelaten. Met betrekking tot inbreuken op auteursrechten en naburige rechten is al een

grote mate van harmonisatie bewerkstelligd door richtlijn 2001/29/EG [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 L 167, blz. 10)]. Aan artikel 8, lid 3, van die richtlijn dient dan ook door deze richtlijn geen afbreuk te worden gedaan.

(24) Afhankelijk van het geval en zo de omstandigheden het rechtvaardigen, moeten de vast te stellen maatregelen, procedures en rechtsmiddelen verbodsmaatregelen omvatten ter voorkoming van nieuwe inbreuken op intellectuele-eigendomsrechten. [...]

[...]

(32) Deze richtlijn eerbiedigt de grondrechten [...], die met name worden erkend door het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Deze richtlijn beoogt meer bepaald te waarborgen dat de intellectuele eigendom volledig wordt geëerbiedigd overeenkomstig artikel 17, lid 2, van genoemd Handvest."

16 Artikel 2 van richtlijn 2004/48, dat de werkingssfeer daarvan definieert, bepaalt het volgende:

„1. Onverminderd de middelen die in de [wetgeving van de Unie] of nationale wetgeving zijn of kunnen worden vastgelegd, voor zover deze middelen gunstiger zijn voor de rechthebbenden, zijn de bij deze richtlijn vastgestelde maatregelen, procedures en rechtsmiddelen [...] van toepassing op elke inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten, zoals bepaald in het [...] recht [van de Unie] en/of het nationale recht van de betrokken lidstaat.

[...]

3. Deze richtlijn doet geen afbreuk aan:

a) [...] richtlijn 2000/31/EG in het algemeen en de artikelen 12 tot en met 15 daarvan in het bijzonder;

[...]"

17 Hoofdstuk II van richtlijn 2004/48, „Maatregelen, procedures en rechtsmiddelen", bevat zes afdelingen, waarvan de eerste, „Algemene bepalingen", onder meer artikel 3 bevat, dat het volgende bepaalt:

„1. De lidstaten stellen de maatregelen, procedures en rechtsmiddelen vast die nodig zijn om de handhaving van de in deze richtlijn bedoelde intellectuele-eigendomsrechten te waarborgen. Deze maatregelen, procedures en rechtsmiddelen dienen eerlijk en billijk te zijn, mogen niet onnodig ingewikkeld of kostbaar zijn en mogen geen onredelijke termijnen inhouden of nodeloze vertragingen inhouden.

2. De maatregelen, procedures en rechtsmiddelen moeten [...] doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn; zij worden zodanig toegepast dat het scheppen van belemmeringen voor legitiem handelsverkeer wordt vermeden [...]"

18 Afdeling 5 van hoofdstuk II van richtlijn 2004/48 heeft als opschrift „Maatregelen ten gevolge van een beslissing over de grond van de zaak". Zij bestaat uit de artikelen 10 tot en met 12, die respectievelijk de opschriften „Corrigerende maatregelen", „Rechterlijk bevel" en „Alternatieve maatregelen" dragen.

19 Artikel 11 van richtlijn 2004/48 is als volgt verwoord:

„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."

20 Genoemd artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29, bepaalt het volgende:

„De lidstaten zorgen ervoor dat de rechthebbenden kunnen verzoeken om een verbod ten aanzien van tussenpersonen wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht of naburige rechten."

D — *Richtlijn 76/768 („richtlijn inzake cosmetische producten")*

21 Artikel 6, lid 1, van richtlijn 76/768/EEG van de Raad van 27 juli 1976 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake cosmetische producten (PB L 262, blz. 169, met rectificatie in PB 1977, L 53, blz. 30), zoals gewijzigd bij richtlijn 2003/15/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 februari 2003 (PB L 66, blz. 26), bepaalt het volgende:

„1. De lidstaten treffen alle nodige maatregelen opdat cosmetische producten slechts in de handel kunnen worden gebracht indien op de recipiënt en op de verpakking in onuitwisbare letters, goed leesbaar en zichtbaar, de volgende aanduidingen zijn aangebracht; de onder g) vermelde aanduidingen hoeven evenwel alleen op de verpakking te worden aangebracht:

a) de naam of de handelsnaam en het adres of de maatschappelijke zetel van de fabrikant of van de in de Gemeenschap gevestigde persoon die verantwoordelijk is voor het in de handel brengen van het cosmetische product [...];

b) de nominale inhoud op het tijdstip van verpakking, [...];

c) de minimale houdbaarheidsdatum [...];

d) de bijzondere voorzorgen in verband met het gebruik [...];

e) het nummer van de charge van productie of referentie die het mogelijk maakt deze te identificeren. [...]

f) de functie van het product, behalve wanneer deze blijkt uit de aanbiedingsvorm van het product;

g) een lijst van ingrediënten [...].

[...]”

E — *Nationale regeling*

22 Richtlijn 89/104 is in nationaal recht omgezet bij de merkenwet (Trade Marks Act). De omzetting van artikel 5, leden 1 tot en met 3, van richtlijn 89/104 is verzekerd in artikel 10 van deze wet.

23 Richtlijn 2000/31 is in nationaal recht omgezet bij de verordening inzake elektronische handel (Electronic Commerce Regulations). De omzetting van artikel 14 van richtlijn 2000/31 is verzekerd door artikel 19 van die verordening.

24 Het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland heeft wat artikel 11, derde volzin, van richtlijn 2004/48 betreft geen specifieke regels ter uitvoering van deze bepaling vastgesteld. De bevoegdheid om rechterlijke bevelen uit te spreken wordt evenwel beheerst door artikel 37 van de wet inzake het Hooggerechtshof (Supreme Court Act), volgens welk het Hooggerechtshof een rechterlijk bevel kan uitvaardigen in alle zaken waarin dit gerechtvaardigd en gepast voorkomt („in all cases in which it appears to be just and convenient to do so").

25 Richtlijn 76/768 is in nationaal recht omgezet bij de verordening inzake cosmetische producten (Cosmetic Products Regulations). Artikel 12 daarvan stemt overeen met artikel 6, lid 1, van richtlijn 76/768 en de schending daarvan kan een strafbaar feit opleveren.

II — Hoofdgeding en prejudiciële vragen

26 L'Oréal vervaardigt parfums, cosmetica en haarverzorgingsproducten en brengt die ook in de handel. In het Verenigd Koninkrijk is zij houdster van verschillende nationale merken. Zij is daarenboven houdster van gemeenschapsmerken.

27 De distributie van de producten van L'Oréal vindt plaats via een gesloten distributienetwerk in het kader waarvan het aan de erkende distributeurs verboden wordt om de producten aan andere distributeurs te leveren.

28 eBay beheert een elektronische marktplaats waarop objecten worden getoond die te koop worden aangeboden door personen die met dat doel bij eBay zijn ingeschreven en daarbij een verkoperaccount hebben aangemaakt. eBay int een percentage over de transacties die via haar elektronische marktplaats tot stand komen.

29 Op eBay kunnen potentiële kopers op de door de verkopers aangeboden objecten bieden. Objecten kunnen ook zonder veiling worden verkocht, dus tegen een vaste prijs, volgens het „Nu kopen"-systeem. Verkopers kunnen bovendien „online-winkels" op de eBay-sites creëren, die alle objecten tonen die een verkoper op een bepaald moment te koop aanbiedt.

30 Verkopers en kopers moeten de door eBay opgestelde gebruiksvoorwaarden voor de elektronische marktplaats accepteren. Onderdeel van deze voorwaarden is dat de verkoop van namaakproducten en merkinbreuken verboden zijn.

31 In voorkomend geval helpt eBay de verkopers om hun aanbod te optimaliseren, om online-winkels op te zetten en om hun verkopen te bevorderen en te verhogen. Afgezien daarvan maakt zij reclame voor bepaalde van de op haar elektronische marktplaats te koop aangeboden objecten door advertenties te plaatsen bij zoekmachines zoals Google.

32 Bij brief van 22 mei 2007 heeft L'Oréal bij eBay haar bezorgdheid geuit over het feit dat met behulp van de Europese eBay-sites op grote schaal transacties worden gesloten die inbreuk maken op haar intellectuele-eigendomsrechten.

33 Daar L'Oréal geen genoegen kon nemen met het antwoord dat zij daarop had ontvangen, heeft zij in verschillende lidstaten tegen eBay rechtszaken aanhangig gemaakt, waaronder een rechtszaak bij de High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division.

34 L'Oréal heeft zich tot de High Court of Justice gewend om te doen vaststellen, in de eerste plaats, dat eBay en de verwerende natuurlijke personen aansprakelijk moeten worden gehouden voor de verkopen van deze laatste via de site www.ebay.co.uk, van 17 objecten die vermeend inbreuk maken op de aan L'Oréal verleende rechten, waaronder het gemeenschapsbeeldmerk bestaande uit de woorden „Amor Amor" en het nationale woordmerk „Lancôme".

35 Tussen L'Oréal en eBay is niet in geschil dat van deze 17 objecten er twee nabootsingen van merkproducten van L'Oréal zijn.

36 Wat de vijftien andere objecten betreft, stelt L'Oréal niet dat het nabootsingen zijn, maar meent zij niettemin dat de verkoop ervan inbreuk maakt op haar merkrechten, aangezien deze objecten niet voor de verkoop zijn bestemd, daar het demonstratieproducten en monsters betreft, dan wel merkproducten van L'Oréal die voor

de verkoop in Noord-Amerika zijn bestemd, en niet in de Europese Economische Ruimte (hierna: „EER"). Bovendien zijn sommige van deze objecten zonder verpakking verkocht.

37 Zonder in dit stadium uitspraak te doen over de vraag in hoeverre inbreuk wordt gemaakt op de merkrechten van L'Oréal, heeft de High Court of Justice bevestigd dat de verwerende natuurlijke personen in het hoofdgeding de door L'Oréal omschreven verkopen op de site www.ebay.co.uk hebben gerealiseerd.

38 L'Oréal betoogt in de tweede plaats dat eBay verantwoordelijk is voor het gebruik van de merken van L'Oréal omdat zij deze op haar site toont en op de site van beheerders van zoekmachines, zoals Google, gesponsorde links toont die worden geactiveerd wanneer met deze merken overeenstemmende trefwoorden worden gebruikt.

39 Wat dit laatste betreft, staat vast dat eBay, door in het kader van de dienst van vermelding op internet „AdWords" van Google trefwoorden te kiezen die overeenstemmen met de merken van L'Oréal, een advertentielink naar de site www.ebay.co.uk heeft doen verschijnen telkens wanneer een dergelijk woord overeenstemde met een woord dat voorkomt in de zoekopdracht van de internetgebruiker in de zoekmachine van Google. Deze link verscheen in de rubriek „Advertenties", die hetzij rechts hetzij in het bovenste deel van het scherm door Google wordt getoond.

40 Zo is op 27 maart 2007, toen een internetgebruiker de woorden „shu uemura", die in wezen overeenstemmen met het nationale woordmerk „Shu Uemura" van L'Oréal, als zoekwoorden heeft ingegeven in de zoekmachine Google, de volgende advertentie van eBay verschenen in de rubriek „advertenties":

„Shu Uemura

Voordelige aanbiedingen voor Shu uemura

Koop op eBay en bespaar!

www.ebay.co.uk"

(„Shu Uemura

Great deals on Shu uemura

Shop on eBay and Save!

www.ebay.co.uk")

41 Door op deze advertentielink te klikken, werd men naar een pagina op de site www.ebay.co.uk geleid met daarop weergegeven „96 objecten gevonden voor shu uemura". Voor de meeste van deze objecten was uitdrukkelijk aangegeven dat zij afkomstig waren uit Hong Kong.

42 Een van de andere voorbeelden is dat wanneer een internetgebruiker op 27 maart 2007 de woorden „matrix hair", die deels overeenstemmen met het nationale woordmerk „Matrix" van L'Oréal, als zoekwoord ingaf in de zoekmachine Google, de volgende advertentie van eBay verscheen in de rubriek „Advertenties":

„Matrix hair

Fantastisch lage prijzen hier

Leef je passie uit op eBay.co.uk!

www.ebay.co.uk”

(„Matrix hair

Fantastic low prices here

Feed your passion on eBay.co.uk!

www.ebay.co.uk”)

43 L’Oréal geeft in de derde plaats te kennen dat zelfs indien eBay niet verantwoordelijk is voor de inbreuk op de met haar merken verbonden rechten, tegen haar krachtens artikel 11 van richtlijn 2004/48 een rechterlijk bevel moet worden uitgevaardigd.

44 L’Oréal heeft een schikking getroffen met sommige van de verwerende natuurlijke personen, te weten Potts, Ratchford, Ormsby, de heer Clarke en mevrouw Clarke, en een bij verstek gewezen arrest verkregen tegen andere, te weten Fox en Bi. Vervolgens is in de loop van de maand maart van het jaar 2009 een terechtzitting gewijd aan de rechtszaak tegen eBay gehouden bij de High Court of Justice.

45 Bij arrest van 22 mei 2009 is de High Court of Justice tot enkele feitelijke oordelen gekomen en heeft hij geconcludeerd dat de zaak niet in staat van wijzen was omdat eerst voor verschillende rechtsvragen een uitlegging door het Hof van Justitie van de Europese Unie moest worden gegeven.

46 Bij genoemd arrest heeft de High Court of Justice vastgesteld dat eBay filters had aangebracht om advertenties op te sporen die met de gebruiksvoorwaarden van de site in strijd zouden kunnen zijn. Genoemde rechter stelt tevens vast dat eBay een programma heeft ontwikkeld dat „VeRO" („Verified Rights Owner") wordt genoemd, een systeem van kennisgeving en intrekking dat voor houders van intellectuele-eigendomsrechten bestemd is om hen te helpen om inbreukmakende advertenties van de marktplaats te doen verwijderen. L'Oréal heeft geweigerd aan dit programma deel te nemen, omdat zij meende dat het niet voldeed.

47 De High Court of Justice heeft tevens opgemerkt dat eBay sancties toepast ten aanzien van verkopers die haar reglementen niet naleven, zoals tijdelijke of zelfs permanente schorsing van de verkopers die de gebruiksvoorwaarden van de online-marktplaats niet hebben nageleefd.

48 Ondanks de hierboven uiteengezette vaststellingen, was de High Court of Justice van oordeel dat eBay nog meer maatregelen had kunnen treffen ter beperking van het aantal, door tussenpersonen via haar elektronische marktplaats gerealiseerde verkopen die inbreuk maken op intellectuele-eigendomsrechten. Volgens deze rechter zou eBay aanvullende filters kunnen gebruiken. Zij zou in haar reglementen ook kunnen opnemen dat het verboden is om zonder toestemming van de merkhouders niet uit de EER afkomstige merkproducten te verkopen. Zij zou in diezelfde zin in staat moeten zijn om aanvullende beperkingen op te leggen ten aanzien van de hoeveelheden producten die tegelijkertijd in een advertentie kunnen worden aangeboden en zou ook strikter sancties kunnen opleggen.

49 De High Court of Justice preciseert evenwel dat het feit dat het voor eBay mogelijk ware om meer maatregelen te treffen, niet noodzakelijkerwijs betekent dat zij daartoe rechtens ook gehouden is.

50 Bij beslissing van 16 juli 2009, die een vervolg is op het genoemde arrest van 22 mei 2009, heeft de High Court of Justice besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

„1) Is er in het geval van testers van parfums en cosmetische middelen (dat wil zeggen monsters die in detailhandelzaken worden gebruikt om producten aan de consument te demonstreren) en ‚dramming bottles' (‚doseerflessen', dat wil zeggen recipiënten waaruit kleine hoeveelheden kunnen worden genomen om als gratis monster aan de consument te geven), die niet bestemd zijn om aan de consument te worden verkocht (en die vaak zijn voorzien van de vermelding ‚niet bestemd voor verkoop' of ‚niet bestemd voor losse verkoop'), maar kosteloos worden verstrekt aan de erkende distributeurs van de merkhouder, sprake van ‚in de handel brengen' in de zin van artikel 7, lid 1, van [richtlijn 89/104] en artikel 13, lid 1, van [verordening nr. 40/94]?

2) Heeft de merkhouder een ‚gegronde reden' in de zin van artikel 7, lid 2, van [richtlijn 89/104] en artikel 13, lid 2, van [verordening nr. 40/94] om zich te verzetten tegen verdere verhandeling van parfums en cosmetische middelen waarvan [de buitenverpakking] zonder zijn toestemming is verwijderd?

3) Maakt het voor de beantwoording van de tweede vraag verschil of:

a) de verwijdering van [de buitenverpakking] tot gevolg heeft dat de uitgepakte producten niet de informatie dragen die wordt vereist bij artikel 6, lid 1, van [richtlijn 76/768], en in het bijzonder niet de ingrediënten of de uiterste datum van houdbaarheid vermelden?

b) de omstandigheid dat dergelijke informatie ontbreekt, meebrengt dat het te koop aanbieden of de verkoop van de uitgepakte producten een strafbaar feit vormt in de lidstaat waarin deze producten door derden te koop worden aangeboden of worden verkocht?

4) Maakt het voor de beantwoording van de tweede vraag verschil of verdere verhandeling het imago van de producten en dus de reputatie van het merk schaadt of kan schaden? Zo ja, bestaat voor dit effect een vermoeden of dient de merkhouder het aan te tonen?

5) Wanneer [de beheerder van een] elektronische markt het gebruik van een aan een ingeschreven merk gelijk teken als trefwoord verwerft van een exploitant van een zoekmachine, zodat de zoekmachine het teken aan een gebruiker toont in een gesponsorde link naar de website van de exploitant van de elektronische markt, is dan de vertoning van het teken in de gesponsorde link ‚gebruik' van het teken in de zin van artikel 5, lid 1, sub a, van [richtlijn 89/104] en artikel 9, lid 1, sub a, van [verordening nr. 40/94]?

6) Wanneer het aanklikken van de in de vijfde vraag bedoelde gesponsorde link de gebruiker rechtstreeks leidt naar advertenties of verkoopaanbiedingen die derden, onder vermelding van het teken, op de website hebben geplaatst voor producten die gelijk zijn aan die waarvoor het merk is ingeschreven, en sommige van deze advertenties of verkoopaanbiedingen wel en sommige geen inbreuk maken op het merk, afhankelijk van de status van de respectieve producten, is er dan sprake van gebruik van het teken door de exploitant van de elektronische markt ‚voor' de inbreukmakende producten in de zin van artikel 5, lid 1, sub a, van [richtlijn 89/104] en artikel 9, lid 1, sub a, van [verordening nr. 40/94]?

7) Volstaat het, wanneer de producten waarop de reclame of verkoopaanbieding op de in de zesde vraag bedoelde website betrekking heeft, ook producten omvatten die niet door de merkhouder of met diens toestemming in de EER in het verkeer zijn gebracht, dat de advertentie of de verkoopaanbieding is gericht tot de consument op het grondgebied waarop het merk bescherming geniet om te kunnen spreken van gebruik dat valt onder artikel 5, lid 1, sub a, van [richtlijn 89/104] en artikel 9, lid 1, sub a, van [verordening nr. 40/94] en niet onder artikel 7, lid 1,

van [richtlijn 89/104] en artikel 13, lid 1, van [verordening nr. 40/94], of moet de merkhouder aantonen dat de advertentie of de verkoopaanbieding noodzakelijkerwijs meebrengt dat de betrokken producten in het verkeer worden gebracht op het grondgebied waarop het merk bescherming geniet?

8) Maakt het voor de beantwoording van de vijfde tot en met de zevende vraag verschil of het door de merkhouder gelaakte gebruik inhoudt dat het teken op de website van de exploitant van de elektronische markt zelf wordt getoond, en niet in een gesponsorde link?

9) Indien het volstaat dat de advertentie of de verkoopaanbieding is gericht tot de consument op het grondgebied waar het merk bescherming geniet om te kunnen spreken van gebruik dat valt onder artikel 5, lid 1, sub a, van [richtlijn 89/104] en artikel 9, lid 1, sub a, van [verordening nr. 40/94] en niet onder artikel 7 [...] van [richtlijn 89/104] en artikel 13 [...] van [verordening nr. 40/94]:

   a) bestaat dit gebruik uit of omvat het de ‚opslag van de door een afnemer van de dienst verstrekte informatie' in de zin van artikel 14, lid 1, van [richtlijn 2000/31]?

   b) indien het gebruik niet uitsluitend bestaat uit activiteiten die onder artikel 14, lid 1, van [richtlijn 2000/31] vallen, maar zulke activiteiten omvat, is dan de exploitant van de elektronische markt vrijgesteld van aansprakelijkheid voor zover het gebruik bestaat uit dergelijke activiteiten, en zo ja, kan een schadevergoeding of andere financiële vergoeding worden toegekend met betrekking tot zulk gebruik waarvoor de exploitant niet is vrijgesteld van aansprakelijkheid?

c) is er sprake van ‚daadwerkelijke kennis' of ‚besef' in de zin van artikel 14, lid 1, van [richtlijn 2000/31] indien de exploitant van de elektronische markt ermee bekend is dat bij het adverteren, te koop aanbieden en verkopen van producten op zijn website inbreuk is gemaakt op ingeschreven merken en dat op die ingeschreven merken verder inbreuk kan worden gemaakt door het adverteren, te koop aanbieden of verkopen van dezelfde of soortgelijke producten door dezelfde of andere gebruikers van de website?

10) Vereist artikel 11 van [richtlijn 2004/48] in gevallen waarin een derde de diensten van een tussenpersoon, zoals een exploitant van een website, heeft gebruikt om inbreuk te maken op een ingeschreven merk, dat de lidstaten er zorg voor dragen dat de merkhouder een rechterlijk bevel kan verkrijgen tegen de tussenpersoon om verdere inbreuken — en niet enkel de voortzetting van de specifieke inbreukhandeling — op bedoeld merk te voorkomen, en zo ja, wat is de draagwijdte van het rechterlijk bevel dat moet worden uitgevaardigd?"

III — Beantwoording van de prejudiciële vragen

A — *Eerste tot en met vierde en zevende vraag, inzake de verkoop van merkproducten op een elektronische marktplaats*

1. Voorafgaande overwegingen

51 Zoals is uiteengezet in de punten 36 en 37 van het onderhavige arrest, staat vast dat de verwerende natuurlijke personen via de site www.ebay.co.uk aan consumenten in de Unie producten van het merk L'Oréal te koop hebben aangeboden en ook hebben verkocht die door deze laatste voor de verkoop aan derde landen bestemd waren, en

daarnaast ook producten die niet voor de verkoop bestemd waren zoals demonstratievoorwerpen en monsters. Evenmin wordt betwist dat sommige van deze producten zonder verpakking zijn verkocht.

52 Het te koop aanbieden op de site www.ebay.co.uk van producten die in derde landen in de handel zijn gebracht, volgt ook uit de in de punten 40 en 41 van het onderhavige arrest samengevatte vaststellingen, volgens welke eBay op genoemde site reclame heeft gemaakt voor verkoopaanbiedingen van producten van het merk Shu Uemura uit Hong Kong (China).

53 eBay betwist dat dergelijke verkoopaanbiedingen op haar elektronische marktplaats inbreuk kunnen maken op de rechten die merken verlenen. Met de eerste tot en met vierde en de zevende prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of dit standpunt van eBay juist is.

54 Alvorens deze vragen aan een onderzoek te onderwerpen, moet eraan worden herinnerd, zoals de advocaat-generaal in punt 79 van zijn conclusie heeft gedaan, dat de uitsluitende rechten die door merken worden verleend, in beginsel slechts tegen marktdeelnemers kunnen worden ingeroepen. Immers, opdat de houder van een merk een derde het gebruik van een aan dit merk gelijk of overeenstemmend teken kan verbieden, dient dit gebruik plaats te vinden in het economisch verkeer (zie onder meer arresten van 16 november 2004, Anheuser-Busch, C-245/02, Jurispr. blz. I-10989, punt 62, en 18 juni 2009, L'Oréal e.a., C-487/07, Jurispr. blz. I-5185, punt 57).

55 Hieruit volgt dat wanneer een natuurlijke persoon een merkproduct via een elektronische marktplaats verkoopt zonder dat deze transactie in de context van een handelsactiviteit plaatsvindt, de houder van het merk zijn uitsluitende recht als neergelegd in de artikelen 5 van richtlijn 89/104 en 9 van verordening nr. 40/94 niet kan inroepen. Indien, daarentegen, de verkopen die op een dergelijke marktplaats worden gerealiseerd, wegens hun volume, frequentie of andere kenmerken, buiten de sfeer

van een privéactiviteit vallen, begeeft de verkoper zich in „het economisch verkeer" in de zin van genoemde artikelen.

56 In zijn arrest van 22 mei 2009 heeft de verwijzende rechter vastgesteld dat Potts, een van de verwerende natuurlijke personen, via de site www.ebay.co.uk een groot aantal objecten voorzien van de merken van L'Oréal heeft verkocht. In het licht van dit feit heeft de verwijzende rechter geconcludeerd dat deze persoon als handelaar was opgetreden. Vergelijkbare vaststellingen zijn gedaan ten aanzien van Ratchford, Ormsby, Clarke en Bi en de heren Clarke en Fox.

57 Aangezien de in punt 51 van het onderhavige arrest genoemde verkoopaanbiedingen en verkopen, die het gebruik omvatten van tekens die gelijk zijn aan of overeenstemmen met de merken waarvan L'Oréal de houder is, hebben plaatsgevonden in het economische verkeer, en aangezien voor het overige niet wordt betwist dat L'Oréal daarvoor geen toestemming had gegeven, moet worden onderzocht of zij zich, gelet op het samenstel van regels die zijn vastgelegd in de artikelen 5 van richtlijn 89/104 en 9 van verordening nr. 40/94 alsook de rechtspraak betreffende deze artikelen, tegen deze verkoopaanbiedingen en verkopen mocht verzetten.

2. Aanbod tot verkoop op een elektronische marktplaats bestemd voor consumenten in de Unie, van merkproducten die door de houder van dat merk zijn bestemd voor verkoop aan derde staten

58 Met zijn zevende vraag, die als eerste moet worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het voor een verzet krachtens de artikelen 5 van richtlijn 89/104 en 9 van verordening nr. 40/94 van de zijde van de houder van een in een lidstaat van de Unie ingeschreven merk of een gemeenschapsmerk tegen het aanbod tot verkoop, op een elektronische marktplaats, van producten van dat merk die niet voorheen in de EER of, in het geval van het gemeenschapsmerk, niet

voorheen in de Unie in de handel zijn gebracht, volstaat dat de verkoopaanbieding is gericht tot consumenten die zijn gevestigd op het grondgebied waarvoor het merk is ingeschreven.

59 De regel die is neergelegd in de artikelen 5 van richtlijn 89/104 en 9 van verordening nr. 40/94 verleent de merkhouder een uitsluitend recht dat hem toestaat, iedere derde te verbieden van zijn merk voorziene waren in te voeren, aan te bieden, in de handel te brengen of daartoe in voorraad te hebben. De artikelen 7 van diezelfde richtlijn en 13 van diezelfde verordening bevatten een uitzondering op deze regel, waar zij bepalen dat het recht van de merkhouder is uitgeput wanneer de waren door de merkhouder zelf of met diens toestemming in de EER — of in het geval van het gemeenschapsmerk in de Unie — in de handel zijn gebracht (zie onder meer arresten van 30 november 2004, Peak Holding, C-16/03, Jurispr. blz. I-11313, punt 34; 15 oktober 2009, Makro Zelfbedieningsgroothandel e.a., C-324/08, Jurispr. blz. I-10019, punt 21, en 3 juni 2010, Coty Prestige Lancaster Group, C-127/09, Jurispr. blz. I-4965, punten 28 en 46).

60 In het in het kader van deze vraag onderzochte geval dat de producten op geen enkel ogenblik door de merkhouder of met diens toestemming binnen de EER in de handel zijn gebracht, kan de uitzondering in de artikelen 7 van richtlijn 89/104 en 13 van verordening nr. 40/94 niet van toepassing zijn. Dienaangaande heeft het Hof herhaaldelijk geoordeeld dat het essentieel is dat de houder van een in een lidstaat ingeschreven merk de eerste verhandeling van de van het merk voorziene waren in de EER moet kunnen controleren (zie onder meer arrest van 20 november 2001, Zino Davidoff en Levi Strauss, C-414/99–C-416/99, Jurispr. blz. I-8691, punt 33 en arresten Peak Holding, reeds aangehaald, punten 36 en 37, en Makro Zelfbedieningsgroothandel e.a., reeds aangehaald, punt 32).

61 Hoewel zij deze beginselen erkent, stelt eBay dat de houder van een in een lidstaat ingeschreven merk of van een gemeenschapsmerk het door dit merk verleende uitsluitende recht niet dienstig kan inroepen zolang de daarvan voorziene waren die op een elektronische marktplaats worden aangeboden, zich in een derde staat bevinden en niet noodzakelijkerwijs naar het door dat merk bestreken grondgebied worden gebracht. L'Oréal, de regering van het Verenigd Koninkrijk, de Italiaanse, de Poolse en de Portugese regering, alsook de Europese Commissie menen daarentegen dat de

regels van richtlijn 89/104 en van verordening nr. 40/94 van toepassing zijn wanneer blijkt dat het aanbod tot verkoop van het merkproduct dat zich in een derde staat bevindt, gericht is tot consumenten die gevestigd zijn op het grondgebied dat door het merk wordt bestreken.

62 Deze laatste stelling moet worden aanvaard. Anders zouden de marktdeelnemers die elektronisch handel drijven door op een voor consumenten uit de Unie bestemde elektronische marktplaats merkproducten aan te bieden die zich in een derde staat bevinden en die op scherm kunnen worden bekeken en via die marktplaats kunnen worden besteld, geen enkele verplichting hebben om, wat dit soort verkoopaanbiedingen betreft, de regels van de Unie op het gebied van de intellectuele eigendom na te leven. Een dergelijke situatie zou afbreuk doen aan de nuttige werking van deze regels.

63 Het volstaat om dienaangaande op te merken dat krachtens de artikelen 5, lid 3, sub b en d, van richtlijn 89/104 en 9, lid 2, sub b en d, van verordening nr. 40/94, het gebruik door een derde van tekens die gelijk zijn aan of overeenstemmen met merken waartegen de houder zich kan verzetten, ook het gebruik van dergelijke tekens in verkoopaanbiedingen en in reclame omvat. Zoals de advocaat-generaal in punt 127 van zijn conclusie en de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen hebben uiteengezet, zou aan de effectiviteit van die regels afbreuk worden gedaan indien het gebruik van een teken dat gelijk is aan of overeenstemt met een in de Unie ingeschreven merk in een verkoopaanbieding of reclame op internet die voor consumenten uit de Unie is bestemd, aan de toepassing van die regels zou ontsnappen vanwege het enkele feit dat de derde van wie deze aanbieding of deze reclame afkomstig is, in een derde staat gevestigd is of de server van de website die hij gebruikt zich in een dergelijke staat bevindt, of nog de waar waarop deze aanbieding of deze reclame betrekking heeft, zich in een derde staat bevindt.

64 Niettemin moet worden gepreciseerd dat het niet volstaat dat een website vanaf het door het merk bestreken grondgebied toegankelijk is om te concluderen dat de daarop afgebeelde verkoopaanbiedingen bestemd zijn voor op dat grondgebied gevestigde

consumenten (zie naar analogie arrest van 7 december 2010, Pammer en Hotel Alpenhof, C-585/08 en C-144/09, Jurispr. blz. I-12577, punt 69). Indien de toegankelijkheid van een elektronische marktplaats vanaf genoemd grondgebied immers zou volstaan opdat de daarop getoonde advertenties binnen de werkingssfeer van richtlijn 89/104 en verordening nr. 40/94 vallen, zouden sites en advertenties die, hoewel zij klaarblijkelijk alleen voor in derde staten gevestigde consumenten bestemd zijn, technisch gezien vanaf het grondgebied van de Unie toegankelijk zijn, ten onrechte aan het recht van de Unie worden onderworpen.

65 Bijgevolg staat het aan de nationale rechter om van geval tot geval te beoordelen of er relevante aanwijzingen zijn die de conclusie wettigen dat een verkoopaanbieding die getoond wordt op een elektronische marktplaats die vanaf het door het merk bestreken grondgebied toegankelijk is, bestemd is voor consumenten die daarop gevestigd zijn. Wanneer de verkoopaanbieding vergezeld gaat van een precisering ten aanzien van de geografische zones waarnaar de verkoper bereid is het product te verzenden, is dit soort precisering van bijzonder belang in het kader van die beoordeling.

66 In het hoofdgeding lijkt de site met het adres „www.ebay.co.uk", bij gebreke van tegenbewijs, bestemd te zijn voor consumenten die zich bevinden op het grondgebied dat door de ingeroepen nationale en gemeenschapsmerken bestreken wordt, zodat de verkoopaanbiedingen die op deze site voorkomen en waarop het hoofdgeding betrekking heeft, binnen de werkingssfeer van de regels van de Unie op het gebied van de merkenbescherming vallen.

67 Gelet op een en ander moet op de zevende vraag worden geantwoord dat wanneer waren die zich in een derde land bevinden, voorzien zijn van een merk dat in een lidstaat van de Unie is ingeschreven of van een gemeenschapsmerk en niet voorheen in de EER, of in het geval van een gemeenschapsmerk niet voorheen in de Unie in de handel zijn gebracht, door een marktdeelnemer worden verkocht met behulp van een elektronische marktplaats en zonder de toestemming van de houder van dat merk aan consumenten die zich op het door dat merk bestreken grondgebied bevinden, of voorwerp zijn van een verkoopaanbieding of reclame op een dergelijke plaats die bestemd is voor consumenten die zich op dit grondgebied bevinden, kan genoemde houder zich tegen deze verkoop, verkoopaanbieding of reclame verzetten krachtens het bepaalde in artikel 5 van richtlijn 89/104 of artikel 9 van verordening nr. 40/94.

Het staat aan de nationale rechter om van geval tot geval te beoordelen of er relevante aanwijzingen zijn die de conclusie wettigen dat een verkoopaanbieding of een advertentie die getoond wordt op een elektronische marktplaats die vanaf het door het merk bestreken grondgebied toegankelijk is, bestemd is voor consumenten die zich daarop bevinden.

3. Aanbod tot verkoop van demonstratievoorwerpen en monsters

68 Vaststaat dat ten tijde van de feiten die door de verwijzende rechter zijn onderzocht, de verwerende natuurlijke personen op de site www.ebay.co.uk tevens demonstratievoorwerpen en monsters die L'Oréal gratis aan haar erkende distributeurs ter beschikking had gesteld, te koop hebben aangeboden.

69 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de terbeschikkingstelling van voorwerpen die van zijn merk zijn voorzien, bestemd voor demonstratie aan de consument in de erkende verkooppunten, alsook van eveneens van dat merk voorziene flacons waaruit kleine hoeveelheden kunnen worden gehaald die als gratis monsters aan de consument kunnen worden gegeven, moet worden aangemerkt als in de handel brengen in de zin van richtlijn 89/104 en verordening nr. 40/94.

70 Deze rechter heeft in die context vastgesteld dat L'Oréal duidelijk aan haar erkende distributeurs te kennen had gegeven dat zij dergelijke voorwerpen en flacons, die overigens vaak de vermelding „verkoop verboden" droegen, niet mochten verkopen.

71 Het Hof heeft reeds geoordeeld dat wanneer de merkhouder zijn merk aanbrengt op artikelen die hij gratis meegeeft ter bevordering van de verkoop van zijn waren, deze artikelen niet aan de klant worden verstrekt met het oog op de penetratie van de artikelen op de markt (zie arrest van 15 januari 2009, Silberquelle, C-495/07, Jurispr. blz. I-137, punten 20-22). De gratis terbeschikkingstelling van dergelijke artikelen vormt dus in beginsel geen in de handel brengen daarvan door genoemde houder.

72 Het Hof heeft tevens vastgesteld dat wanneer de merkhouder op artikelen zoals parfumtesters vermeldingen aanbrengt als „demonstratie" en „verkoop verboden", zich dit bij gebreke van tegenbewijs verzet tegen de conclusie dat de merkhouder impliciet heeft toegestemd tot het in de handel brengen van genoemde artikelen (zie arrest Coty Prestige Lancaster Group, reeds aangehaald, punten 43, 46 en 48).

73 In die omstandigheden moet op de eerste vraag worden geantwoord dat de terbeschikkingstelling door een merkhouder aan zijn erkende distributeurs van artikelen die van dat merk zijn voorzien, die voor demonstratie aan de consument in de erkende verkooppunten zijn bestemd, alsook van eveneens van dat merk voorziene flacons waaruit kleine hoeveelheden kunnen worden gehaald die als gratis monsters aan de consument kunnen worden gegeven, behoudens tegenbewijs geen in de handel brengen in de zin van richtlijn 89/104 en verordening nr. 40/94 vormt.

4. Verhandeling van producten zonder verpakking

74 Zoals is uiteengezet in de punten 36, 37 en 51 van het onderhavige arrest, zijn sommige exemplaren van de waren waarvan L'Oréal de merkhouder is, door handelaren die via de marktplaats eBay actief zijn verkocht zonder buitenverpakking.

75 Met zijn tweede tot en met vierde prejudiciële vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de verwijdering van de buitenverpakking van waren zoals die in het hoofdgeding, inbreuk maakt op het uitsluitende recht van de houder van het op die waren aangebrachte merk, krachtens welk deze laatste zich tegen de verkoop van de aldus uitgepakte waren kan verzetten.

76 Gelet op de omstandigheid dat de uitgepakte producten die in het hoofdgeding aan de orde zijn voornamelijk cosmetische producten zijn, verzoekt de verwijzende rechter om bij de beantwoording van die vragen rekening te houden met artikel 6, lid 1, van richtlijn 76/768, krachtens welk cosmetische producten slechts in de handel mogen worden gebracht indien op de recipiënt en op de verpakking vermeldingen zijn aangebracht van onder meer de identiteit van de fabrikant of de persoon die voor het in de handel brengen verantwoordelijk is, de samenstelling van het product (inhoud en ingrediëntenlijst), het gebruik van het product (functie en bijzondere voorzorgen in verband met het gebruik) en de bewaring daarvan (minimale houdbaarheidsdatum). Hij wenst in dit verband in wezen te vernemen of de houder van een merk, uit hoofde van zijn uitsluitende recht als bedoeld in richtlijn 89/104 of in het geval van een gemeenschapsmerk verordening nr. 40/94, zich kan verzetten tegen de verdere verhandeling van waren die van dat merk zijn voorzien, wanneer deze verhandeling in strijd met de in genoemde bepaling van richtlijn 76/768 vastgelegde vereisten plaatsvindt.

77 L'Oréal meent, zoals de Franse, de Poolse en de Portugese regering en de Commissie, dat, los van de vraag naar een eventuele schending van richtlijn 76/768, de verpakking een essentieel onderdeel van het imago van parfums en cosmetische producten is. De houder van het op die producten en die verpakking aangebrachte merk zou zich dus tegen de verdere verhandeling van die producten in uitgepakte vorm moeten kunnen verzetten. eBay benadrukt daarentegen dat in de sector van de parfums en cosmetica vaak het flacon of de houder en niet de buitenverpakking het prestige- en luxe-imago geeft.

78 In de eerste plaats moet worden overwogen dat, gelet op de uiteenlopende gamma's van parfums en cosmetische producten, de vraag of het uitpakken van een dergelijk product afbreuk doet aan het imago van dit laatste, en dus aan de reputatie van het

merk waarvan het is voorzien, van geval tot geval moet worden onderzocht. Zoals de advocaat-generaal immers heeft uiteengezet in de punten 71 tot en met 74 van zijn conclusie, kan de verschijningsvorm van een parfum of cosmetisch product soms ook zonder verpakking op doeltreffende wijze het prestige- en luxe-imago van dat product weergeven, terwijl in andere gevallen juist het verwijderen van die verpakking afbreuk doet aan dat imago.

79 Van een dergelijke afbreuk kan sprake zijn wanneer de buitenverpakking op gelijke wijze als of meer nog dan het flacon of de recipiënt bijdraagt tot de wijze waarop het door de merkhouder en zijn erkende distributeurs gecreëerde imago wordt getoond. Ook is mogelijk dat het ontbreken van sommige of alle bij artikel 6, lid 1, van richtlijn 76/768 vereiste informatie afbreuk doet aan het imago van het product. Het staat aan de merkhouder om het bewijs te leveren dat van deze afbreuk sprake is.

80 In de tweede plaats moet eraan worden herinnerd dat aangezien de wezenlijke functie van het merk daarin is gelegen dat aan de consument de identiteit van de oorsprong van de waar wordt gewaarborgd, het onder meer dienst doet als bevestiging dat alle van dat merk voorziene waren zijn vervaardigd of geleverd onder controle van een en dezelfde onderneming, die kan worden geacht voor de kwaliteit ervan in te staan (zie onder meer arresten van 12 november 2002, Arsenal Football Club, C-206/01, Jurispr. blz. I-10273, punt 48, en 23 april 2009, Copad, C-59/08, Jurispr. blz. I-3421, punt 45).

81 Wanneer bepaalde wettelijk vereiste informatie, zoals die betreffende de identiteit van de fabrikant of van de persoon die voor het in de handel brengen ervan verantwoordelijk is, ontbreekt, wordt afbreuk gedaan aan de functie van het merk om de herkomst van de waar aan te geven. Dan wordt daaraan immers de wezenlijke werking ontnomen om te waarborgen dat alle van dat merk voorziene waren zijn geleverd onder controle van een en dezelfde onderneming, die kan worden geacht voor de kwaliteit ervan in te staan.

82 In de derde en laatste plaats moet worden opgemerkt, zoals de advocaat-generaal heeft gedaan in punt 76 van zijn conclusie, dat de vraag of de verkoopaanbieding of de verkoop van de van hun buitenverpakking ontdane merkproducten en dus zonder sommige van de krachtens artikel 6, lid 1, van richtlijn 76/768 vereiste informatie al of niet naar nationaal recht strafbaar is, niet van invloed kan zijn op de toepasselijkheid van de regels van de Unie op het gebied van merkenbescherming.

83 Gelet op een en ander moet op de tweede tot en met vierde vraag worden geantwoord dat de artikelen 5 van richtlijn 89/104 en 9 van verordening nr. 40/94 aldus moeten worden uitgelegd dat de houder van een merk zich krachtens het daarbij aan hem verleende uitsluitende recht kan verzetten tegen de verdere verhandeling van producten zoals die in het hoofdgeding op grond dat de wederverkoper de buitenverpakking van die producten heeft verwijderd, wanneer dit uitpakken tot gevolg heeft dat wezenlijke informatie, zoals die betreffende de identiteit van de fabrikant of de persoon die voor het in de handel brengen ervan verantwoordelijk is, ontbreekt. Wanneer de verwijdering van de buitenverpakking er niet toe leidt dat deze informatie ontbreekt, kan de merkhouder zich er niettemin tegen verzetten dat een parfum of een cosmetisch product dat van zijn merk is voorzien verder wordt verhandeld in uitgepakte vorm, mits hij het bewijs levert dat de verwijdering van de verpakking afbreuk doet aan het imago van genoemd product en dus aan de reputatie van het merk.

B — *Vijfde en zesde vraag, inzake de reclame die de beheerder van de elektronische marktplaats voor zijn site en de daarop aangeboden producten maakt*

84 Uit de feiten van het hoofdgeding, die in de punten 39 tot en met 42 van het onderhavige arrest zijn samengevat, volgt dat eBay, door bij de beheerder van de zoekmachine Google trefwoorden te kiezen die met de merken van L'Oréal overeenstemmen, een advertentielink naar de site www.ebay.co.uk doet verschijnen die vergezeld gaat van een reclameboodschap over de mogelijkheid om de gezochte merkproducten op die site aan te schaffen, zodra de internetgebruiker in die zoekmachine een zoekopdracht

ingeeft waarin deze woorden voorkomen. Deze advertentielink komt voor in de rubriek „advertenties", die zich hetzij rechts hetzij bovenaan het scherm met de zoekresultaten op Google bevindt.

85 Vaststaat dat de beheerder van de elektronische marktplaats in dat geval als adverteerder optreedt. Zoals de advocaat-generaal in punt 89 van zijn conclusie heeft opgemerkt, zijn deze links en boodschappen reclame voor niet alleen sommige verkoopaanbiedingen op de marktplaats, maar ook voor die marktplaats als zodanig. Onder andere in de door de verwijzende rechter genoemde reclame-uitingen die in de punten 40 en 42 van het onderhavige arrest zijn uiteengezet, kan een illustratie van deze praktijk worden gevonden.

86 Met zijn vijfde en zesde vraag, die tezamen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de artikelen 5, lid 1, sub a, van richtlijn 89/104 en 9, lid 1, sub a, van verordening nr. 40/94 aldus moeten worden uitgelegd dat de houder van een merk de beheerder van een elektronische marktplaats mag verbieden om een trefwoord dat identiek is aan dit merk en dat door die beheerder zonder toestemming van de houder is gekozen in het kader van een dienst van vermelding op internet, te gebruiken in reclame voor die marktplaats en de daarop aangeboden waren van dat merk.

87 Ten aanzien van reclame die op internet wordt getoond met behulp van met merken overeenstemmende trefwoorden heeft het Hof reeds geoordeeld dat een dergelijk trefwoord het door de adverteerder gebruikte middel is dat leidt tot weergave van de reclame en dat daarvan dus „in het economisch verkeer" gebruik wordt gemaakt in de zin van de artikelen 5 van richtlijn 89/104 en 9 van verordening nr. 40/94 (arresten van 23 maart 2010, Google France en Google, C-236/08–C-238/08, Jurispr. blz. I-2417, punten 51 en 52, en 25 maart 2010, BergSpechte, C-278/08, Jurispr. blz. I-2517, punt 18).

88 Om te bepalen of reclame van dat soort ook aan de andere voorwaarden voldoet die volgens het bepaalde in de artikelen 5, lid 1, sub a, van richtlijn 89/104 en 9, lid 1, sub a, van verordening nr. 40/94 moeten zijn vervuld opdat de merkhouder zich daartegen kan verzetten, moet in de eerste plaats worden onderzocht of reclameboodschappen zoals die welke door eBay worden getoond met behulp van een dienst van vermelding op internet zoals die van Google, worden gebruikt voor dezelfde of soortgelijke waren of diensten als die waarvoor het merk is ingeschreven, en in de tweede plaats of dergelijke reclameboodschappen afbreuk doen of afbreuk kunnen doen aan een van de functies van het merk (zie arrest BergSpechte, reeds aangehaald, punt 21).

89 Dienaangaande moet om te beginnen worden opgemerkt dat voor zover eBay trefwoorden gebruikt die met de merken van L'Oréal overeenstemmen om haar eigen dienst aan te prijzen, namelijk het aan verkopers en kopers van waren ter beschikking stellen van een elektronische marktplaats, dat daarvan dan geen gebruik is gemaakt voor „dezelfde waren of diensten als die waarvoor het merk is ingeschreven" in de zin van lid 1, sub a, van de artikelen 5 van richtlijn 89/104 en 9 van verordening nr. 40/94, en evenmin voor dezelfde of soortgelijke waren in de zin van lid 1, sub b, van diezelfde artikelen.

90 Dit gebruik dat eBay maakt van met de merken van L'Oréal overeenstemmende tekens teneinde haar elektronische marktplaats aan te prijzen, kan dus hoogstens worden onderzocht op basis van lid 2 van genoemd artikel 5 van richtlijn 89/104 en lid 1, sub c, van artikel 9 van verordening nr. 40/94, welke bepalingen ten behoeve van bekende merken een verdergaande bescherming invoeren dan die voorzien in lid 1, sub a en b, van diezelfde artikelen, en met name het geval dekken waarin derden gebruik maken van tekens die met dergelijke merken overeenstemmen voor producten of diensten die soortgelijk zijn aan de waren of diensten waarvoor deze merken zijn ingeschreven.

91 Vervolgens moet worden vastgesteld dat voor zover eBay met de merken van l'Oréal overeenstemmende trefwoorden heeft gebruikt om verkoopaanbiedingen voor merkproducten die van haar klanten-verkopers afkomstig zijn aan te prijzen, zij daarvan

gebruik heeft gemaakt voor waren of diensten die dezelfde zijn als die waarvoor deze merken zijn ingeschreven. Dienaangaande moet eraan worden herinnerd dat de uitdrukking „voor waren of diensten" niet uitsluitend betrekking heeft op de waren of diensten van de derde die van de met het merk overeenstemmende tekens gebruik maakt, maar ook betrekking kan hebben op de waren of diensten van andere personen. Immers, de omstandigheid dat een marktdeelnemer een met een merk overeenstemmend teken gebruikt voor waren die niet zijn eigen waren zijn, in die zin dat hij daarop geen titel heeft, staat er op zich niet aan in de weg dat dit gebruik onder de artikelen 5 van richtlijn 89/104 en 9 van verordening nr. 40/94 valt (zie arrest Google France en Google, reeds aangehaald, punt 60, en beschikking van 19 februari 2009, UDV North America, C-62/08, Jurispr. blz. I-1279, punt 43).

92 Wat specifiek de situatie betreft van een dienstverrichter die een teken gebruikt dat met het merk van een ander overeenstemt om waren aan te prijzen die een van zijn klanten met behulp van die dienst in de handel brengt, heeft het Hof geoordeeld dat dergelijk gebruik binnen de werkingssfeer van lid 1 van de artikelen 5 van richtlijn 89/104 en 9 van verordening nr. 40/94 valt, wanneer dit zodanig geschiedt dat een verband ontstaat tussen genoemd teken en genoemde dienst (zie beschikking UDV North America, reeds aangehaald, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

93 Zoals de advocaat-generaal in punt 89 van zijn conclusie en de Franse regering ter terechtzitting hebben benadrukt, is van een dergelijk verband sprake in omstandigheden als die van het hoofdgeding. De advertenties van eBay leggen immers duidelijk verband tussen de in die advertenties vermelde merkproducten en de mogelijkheid om deze via eBay te kopen.

94 Ten aanzien van de vraag, ten slotte, of het gebruik van een met een merk overeenstemmend trefwoord afbreuk kan doen aan een van de functies van het merk, heeft het Hof in andere zaken gepreciseerd dat dergelijke afbreuk wordt gedaan wanneer de advertentie het de normaal geïnformeerde en redelijk oplettende internetgebruiker onmogelijk of moeilijk maakt om te weten of de waren of diensten waarop de advertentie betrekking heeft, afkomstig zijn van de merkhouder of een economisch met

hem verbonden onderneming, dan wel, integendeel, van een derde (arrest Google France en Google, reeds aangehaald, punt 99, en arrest van 8 juli 2010, Portakabin en Portakabin, C-558/08, Jurispr. blz. I-6963, punt 54).

95 In dat verband moet eraan worden herinnerd dat internetadvertenties volgens de Unieregelgeving betreffende elektronische handel op doorzichtige wijze moeten worden weergegeven. Met het oog op de eerlijkheid van de transacties en in het belang van de consument schrijft artikel 6 van richtlijn 2000/31 voor dat de natuurlijke of rechtspersoon voor wiens rekening commerciële communicatie in het kader van een dienst van de informatiemaatschappij geschiedt, duidelijk te identificeren moet zijn (arrest Google France en Google, reeds aangehaald, punt 86).

96 De van de beheerder van een elektronische marktplaats afkomstige en door de exploitant van een zoekmachine getoonde advertentie moet dus in elk geval de identiteit van die beheerder vermelden, alsook het feit dat de merkproducten die het voorwerp van de advertentie zijn, te koop worden aangeboden op de door hem beheerde marktplaats.

97 Gelet op een en ander moet op de vijfde en de zesde vraag worden geantwoord dat de artikelen 5, lid 1, sub a, van richtlijn 89/104 en 9, lid 1, sub a, van verordening nr. 40/94 aldus moeten worden uitgelegd dat de houder van een merk het recht heeft om de beheerder van een elektronische marktplaats te verbieden om met behulp van aan dat merk gelijke trefwoorden, die deze beheerder heeft gekozen in het kader van een dienst van vermelding op internet, reclame te maken voor de op die marktplaats verkochte waren van dat merk, wanneer die advertentie het de normaal geïnformeerde en redelijk oplettende internetgebruiker onmogelijk of moeilijk maakt om te weten of genoemde waren afkomstig zijn van de merkhouder of een economisch met hem verbonden onderneming, dan wel, integendeel, van een derde.

C — *Achtste vraag, inzake het gebruik van met merken overeenstemmende tekens in de verkoopaanbiedingen die op de site van de beheerder van de elektronische marktplaats worden getoond*

98 Met zijn achtste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen hoe het tonen van aan merken gelijke of daarmee overeenstemmende tekens op de site van de beheerder van een elektronische marktplaats in het licht van richtlijn 89/104 en verordening nr. 40/94 moet worden gekwalificeerd.

99 In dat verband moet om te beginnen worden opgemerkt dat in de handel die met behulp van dergelijke marktplaatsen wordt gedreven, de door de beheerder van een dergelijke plaats verleende dienst bestaat in het tonen, ten behoeve van zijn klanten-verkopers, van de van deze laatste afkomstige verkoopaanbiedingen.

100 Vervolgens moet worden vastgesteld dat wanneer deze aanbiedingen betrekking hebben op merkproducten, er op de site van de beheerder van de marktplaats onvermijdelijk tekens worden getoond die gelijk zijn aan of overeenstemmen met merken.

101 Ofschoon het juist is dat deze tekens in die omstandigheden op genoemde site worden „gebruikt", volgt daaruit niet noodzakelijkerwijs dat daarvan door de beheerder van de marktplaats gebruik wordt gemaakt in de zin van richtlijn 89/104 en verordening nr. 40/94.

102 Het bestaan van een „gebruik", door een derde, van een teken dat gelijk is aan of overeenstemt met het merk van de houder in de zin van de artikelen 5 van richtlijn 89/104 en 9 van verordening nr. 40/94, impliceert op zijn minst dat deze derde het teken in het kader van zijn eigen commerciële communicatie gebruikt. Voor zover deze derde een dienst levert die erin bestaat dat hij het zijn klanten mogelijk maakt om in het kader van hun handelsactiviteiten, zoals hun verkoopaanbiedingen, met

merken overeenstemmende tekens te laten tonen op zijn site, maakt hij op genoemde site immers niet zelf gebruik van deze tekens in de zin bedoeld in genoemde Unieregelgeving (zie in die zin arrest Google France en Google, reeds aangehaald, punten 56 en 57).

103 Zoals met name door de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie ter terechtzitting en door de advocaat-generaal in de punten 119 en 120 van zijn conclusie is uiteengezet, volgt hieruit dat de aan merken gelijke of daarmee overeenstemmende tekens in de verkoopaanbiedingen die op een elektronische marktplaats worden getoond, door de klanten-verkopers en niet door deze beheerder zelf worden gebruikt.

104 Daar waar hij het zijn klanten mogelijk maakt om deze te gebruiken, kan de rol van de beheerder van de elektronische marktplaats niet worden beoordeeld aan de hand van de bepalingen van richtlijn 89/104 en van verordening nr. 40/94, maar moet deze worden beoordeeld vanuit de invalshoek van andere rechtsregels, zoals die welke zijn neergelegd in richtlijn 2000/31, meer bepaald in onderdeel 4 van hoofdstuk II daarvan met als opschrift „Aansprakelijkheid van dienstverleners die als tussenpersoon optreden" in de elektronische handel, dat de artikelen 12 tot en met 15 van die richtlijn bevat (zie naar analogie arrest Google France en Google, reeds aangehaald, punt 57).

105 Gelet op een en ander moet op de achtste vraag worden geantwoord dat de beheerder van een elektronische marktplaats geen „gebruik" in de zin van de artikelen 5 van richtlijn 89/104 en 9 van verordening nr. 40/94 maakt van aan merken gelijke of daarmee overeenstemmende tekens die voorkomen in verkoopaanbiedingen die op zijn site worden getoond.

D — *Negende vraag, inzake de aansprakelijkheid van de beheerder van de elektronische marktplaats*

106 Met zijn negende vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen

— of de door beheerder van een elektronische marktplaats geleverde dienst onder artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31 (hosting) valt, en zo ja,

— in welke omstandigheden geconcludeerd moet worden dat de beheerder van een elektronische marktplaats „kennis heeft" in de zin van artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31.

1. Hosting, door de beheerder van de elektronische marktplaats, van door zijn klanten-verkopers verstrekte informatie

107 Zoals het Hof reeds heeft opgemerkt, strekken de artikelen 12 tot en met 15 van richtlijn 2000/31 tot beperking van de gevallen waarin dienstverleners die in de informatiemaatschappij als tussenpersoon optreden, overeenkomstig het ter zake geldende nationale recht aansprakelijk kunnen worden gesteld. Voor de voorwaarden voor de vaststelling van de aansprakelijkheid moet dus worden gekeken naar het nationale recht, met dien verstande echter dat ingevolge de bovengenoemde artikelen van richtlijn 2000/31 in bepaalde gevallen geen sprake kan zijn van aansprakelijkheid van de dienstverleners die als tussenpersoon optreden (arrest Google France en Google, reeds aangehaald, punt 107).

108 Ofschoon het aan de nationale rechter staat om te bepalen welke de voorwaarden zijn waaronder sprake is van aansprakelijkheid zoals door L'Oréal ten opzichte van eBay ingeroepen, is het de taak van het Hof om te onderzoeken of de beheerder van een elektronische marktplaats zich op de in richtlijn 2000/31 voorziene vrijstelling van aansprakelijkheid kan beroepen.

109 Zoals met name de regering van het Verenigd Koninkrijk, de Poolse regering en de Commissie en de advocaat-generaal in punt 134 van zijn conclusie hebben opgemerkt, kan een dienst op internet die erin bestaat contact mogelijk te maken tussen verkopers en kopers van waren, in beginsel worden aangemerkt als een dienst in de zin van richtlijn 2000/31. Zoals het opschrift ervan reeds aangeeft, heeft deze richtlijn betrekking op de „diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel". Uit de in de punten 8 en 9 van het onderhavige arrest aangehaalde definitie van het begrip „dienst van de informatiemaatschappij" volgt dat deze de diensten omvat die gewoonlijk tegen vergoeding, via elektronische apparatuur voor de verwerking en de opslag van gegevens, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten worden verricht. Het is evident dat het beheer van een elektronische marktplaats al deze bestanddelen in zich kan verenigen.

110 Aangaande de elektronische marktplaats die in het hoofdgeding aan de orde is, is niet betwist dat eBay de door haar klanten aangeleverde gegevens opslaat, dat wil zeggen in het geheugen van haar server plaatst. eBay gaat telkens wanneer een klant een verkoperaccount bij haar aanmaakt en haar gegevens over zijn verkoopaanbiedingen aanlevert, tot die opslag over. Voor het overige ontvangt eBay normalerwijze een vergoeding daar zij een percentage int over de transacties die op basis van genoemde verkoopaanbiedingen tot stand komen.

111 Het feit dat de door de beheerder van een elektronische marktplaats verleende dienst de opslag van door de klanten-verkopers verstrekte informatie omvat, wettigt echter op zich nog niet de conclusie dat deze dienst in alle omstandigheden binnen de werkingssfeer van artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31 valt. Deze bepaling moet immers niet alleen aan de hand van de bewoordingen ervan worden uitgelegd, maar

ook rekening houdend met de context en de doelstellingen die de regeling waarvan zij deel uitmaakt nastreeft (zie naar analogie arrest van 16 oktober 2008, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, C-298/07, Jurispr. blz. I-7841, punt 15 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

112 Dienaangaande heeft het Hof reeds gepreciseerd dat, wil de verlener van een dienst op internet binnen de werkingssfeer van artikel 14 van richtlijn 2000/31 kunnen vallen, het essentieel is dat hij een „als tussenpersoon optredende dienstverlener" is in de zin die de wetgever in afdeling 4 van hoofdstuk II van deze richtlijn daaraan heeft willen geven (zie arrest Google France en Google, reeds aangehaald, punt 112).

113 Dit is niet het geval wanneer de dienstverlener, in plaats van zich te beperken tot een neutrale levering van die dienst met behulp van een louter technische en automatische verwerking van de gegevens die hem door zijn klanten zijn verstrekt, een actieve rol heeft waardoor hij kennis heeft van of controle heeft over die gegevens (arrest Google France en Google, reeds aangehaald, punten 114 en 120).

114 Uit het dossier en de omschrijving die in de punten 28 tot en met 31 van het onderhavige arrest is weergegeven, volgt dat eBay de door haar klanten-verkopers aangeleverde gegevens verwerkt. De verkopen waartoe deze aanbiedingen kunnen leiden, vinden plaats op de door eBay vastgestelde wijze. In voorkomend geval verleent eBay ook bijstand om bepaalde verkoopaanbiedingen te optimaliseren of te bevorderen.

115 Zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk terecht heeft opgemerkt, kan het enkele feit dat de beheerder van een elektronische marktplaats de verkoopaanbiedingen op zijn server opslaat, bepaalt hoe zijn dienst wordt verleend, daarvoor een vergoeding ontvangt en algemene inlichtingen aan zijn klanten verstrekt, er niet toe leiden dat hij geen beroep kan doen op de in richtlijn 2000/31 voorziene vrijstellingen van aansprakelijkheid (zie naar analogie arrest Google France en Google, reeds aangehaald, punt 116).

116 Wanneer genoemde beheerder daarentegen bijstand verleent die er onder meer in bestaat om de wijze waarop de verkoopaanbiedingen worden getoond te optimaliseren of deze aanbiedingen te bevorderen, moet ervan worden uitgegaan dat hij geen neutrale positie tussen de betrokken klant-verkoper en de potentiële kopers heeft ingenomen, maar dat hij een actieve rol heeft gespeeld waardoor hij kennis van of controle over de gegevens betreffende die offertes heeft gekregen. Hij kan zich wat die gegevens betreft dan niet beroepen op de in artikel 14 van richtlijn 2000/31 voorziene vrijstelling van aansprakelijkheid.

117 Het staat aan de verwijzende rechter om te onderzoeken of eBay een rol als in het vorige punt omschreven heeft gespeeld met betrekking tot de verkoopaanbiedingen die in het hoofdgeding aan de orde zijn.

2. Het hebben van „kennis" van de zijde van de beheerder van de elektronische marktplaats

118 Mocht de verwijzende rechter tot de conclusie komen dat eBay niet heeft gehandeld op de wijze als bedoeld in punt 116 van het onderhavige arrest, staat het aan hem om na te gaan of deze onderneming in de omstandigheden van het hoofdgeding voldoet aan de voorwaarden die in artikel 14, lid 1, sub a en b, van richtlijn 2000/31 zijn gesteld opdat vrijstelling van aansprakelijkheid kan worden genoten (zie naar analogie arrest Google France en Google, punt 120).

119 Ingeval deze dienstverlener zich heeft beperkt tot een louter technische en automatische gegevensverwerking en dus de regel genoemd in artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31 op hem van toepassing is, kan hij immers alsnog vrijstelling genieten, krachtens lid 1, van enige aansprakelijkheid voor de onwettige informatie, op voorwaarde dat hij niet „daadwerkelijk kennis heeft van de onwettige activiteit of informatie" en, wanneer het een schadeactie betreft, „geen kennis heeft van feiten of omstandigheden waaruit het onwettige karakter van de activiteiten of informatie duidelijk blijkt"

of, nadat hij dusdanige kennis heeft verkregen, prompt heeft gehandeld om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.

120 Daar het hoofdgeding kan leiden tot een veroordeling tot het betalen van schadevergoeding, staat het aan de verwijzende rechter om te onderzoeken of eBay, ten aanzien van de betrokken verkoopaanbiedingen en voor zover zij op de merken van L'Oréal inbreuk hebben gemaakt, „kennis heeft gehad van feiten of omstandigheden waaruit het onwettige karakter van de activiteiten of informatie duidelijk blijkt". Wat dit laatste betreft volstaat het om de verlener van een dienst van de informatiemaatschappij een beroep op de vrijstelling van aansprakelijkheid als voorzien in artikel 14 van richtlijn 2000/31 te ontzeggen, dat hij kennis had van feiten of omstandigheden op grond waarvan een behoedzame marktdeelnemer de onwettigheid in kwestie had moeten vaststellen en overeenkomstig lid 1, sub b, van genoemd artikel 14 had moeten handelen.

121 Bovendien moeten de regels die zijn neergelegd in artikel 14, lid 1, sub a, van richtlijn 2000/31, wil hen hun nuttige werking niet worden ontnomen, in die zin worden uitgelegd dat zij zien op elke situatie waarin de betrokken dienstverlener op enige wijze kennis verkrijgt van dergelijke feiten of omstandigheden.

122 Zo zijn onder meer bedoeld de situatie waarin de beheerder van een elektronische marktplaats een onwettige activiteit of informatie ontdekt na een op eigen initiatief verricht onderzoek, evenals die waarin het bestaan van een dergelijke activiteit of van dergelijke informatie hem ter kennis wordt gebracht. Ofschoon in het tweede geval een dergelijke kennisgeving uiteraard niet kan betekenen dat het voordeel van de vrijstelling van aansprakelijkheid als voorzien in artikel 14 van richtlijn 2000/31 automatisch verloren gaat, aangezien de kennisgeving van vermeend onwettige activiteiten of informatie onvoldoende nauwkeurig en onderbouwd kan blijken te zijn, doet dit er niet aan af dat zij in een dergelijk geval in het algemeen een factor is waarmee de nationale rechter rekening moet houden om te beoordelen of, gelet op de inlichtingen die aldus aan de beheerder zijn verstrekt, deze kennis had van feiten of omstandigheden op grond waarvan een behoedzame marktdeelnemer de onwettigheid had moeten vaststellen.

123 Gelet op een en ander moet op de negende vraag worden geantwoord dat artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31 aldus moet worden uitgelegd dat het van toepassing is op de beheerder van een elektronische marktplaats wanneer deze geen actieve rol heeft gehad waardoor hij kennis heeft van of controle heeft over de opgeslagen gegevens. Genoemde beheerder heeft een dergelijke rol wanneer hij bijstand verleent die onder meer bestaat in het optimaliseren van de wijze waarop de betrokken verkoopaanbiedingen worden getoond of het bevorderen daarvan.

124 Wanneer de beheerder van de elektronische marktplaats geen actieve rol heeft gehad als bedoeld in het voorgaande punt en zijn dienstverlening derhalve binnen de werkingssfeer van artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31 valt, kan hij zich in een zaak die tot een veroordeling tot het betalen van schadevergoeding kan leiden niet op de vrijstelling van aansprakelijkheid als bedoeld in die bepaling beroepen wanneer hij kennis heeft gehad van feiten of omstandigheden op grond waarvan een behoedzame marktdeelnemer de onwettigheid van de betrokken verkoopaanbiedingen had moeten vaststellen en hij, ingeval hij deze kennis had, niet prompt heeft gehandeld overeenkomstig lid 1, sub b, van genoemd artikel 14.

E — *Tiende vraag, inzake rechterlijke bevelen gericht aan de beheerder van de elektronische marktplaats*

125 Met zijn tiende vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen

— of artikel 11 van richtlijn 2004/48 van de lidstaten vereist dat zij de houders van intellectuele-eigendomsrechten de mogelijkheid bieden om aan de beheerder van een internetsite, zoals de beheerder van een elektronische marktplaats waarmee inbreuk op hun rechten is gemaakt, rechterlijke bevelen te richten waarbij deze beheerder wordt gelast om maatregelen te nemen om toekomstige inbreuken op hun rechten te voorkomen en zo ja,

— welke maatregelen dit zouden kunnen zijn.

126 eBay meent dat een bevel in de zin van genoemd artikel enkel betrekking kan hebben op specifieke en duidelijk omschreven inbreuken op een intellectueel-eigendomsrecht. L'Oréal, de regering van het Verenigd Koninkrijk, de Franse, de Italiaanse, de Poolse en de Portugese regering evenals de Commissie zijn van mening dat de in richtlijn 2004/48 bedoelde bevelen ook betrekking kunnen hebben op toekomstige inbreuken, mits bepaalde grenzen in acht worden genomen.

127 Zoals volgt uit de verwijzingsbeslissing, heeft de gestelde vraag betrekking op de derde volzin van artikel 11 van richtlijn 2004/48, volgens welk de lidstaten ervoor moeten zorgen „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". Zij komt erop neer te bepalen of dit voorschrift de lidstaten verplicht om ervoor te zorgen dat de beheerder van de elektronische marktplaats, onverminderd zijn eventuele eigen aansprakelijkheid ten aanzien van de litigieuze feiten, kan worden verplicht om naast de maatregelen die bedoeld zijn om de door de gebruikers van zijn diensten gepleegde inbreuken op de intellectuele-eigendomsrechten te doen beëindigen, maatregelen te nemen om nieuwe inbreuken van die aard te voorkomen.

1. Verplichting van de lidstaten om hun rechterlijke instanties de bevoegdheid te verlenen om te gelasten dat de verleners van online-diensten maatregelen nemen om toekomstige inbreuken op de intellectuele eigendom te voorkomen

128 Teneinde te bepalen of de in artikel 11, derde volzin, van richtlijn 2004/48 bedoelde bevelen tevens het voorkomen van nieuwe inbreuken tot doel hebben, moet om te beginnen worden opgemerkt dat het gebruik van het woord „rechterlijk bevel" in de derde volzin van genoemd artikel 11 zich wezenlijk onderscheidt van het gebruik, in de eerste volzin van datzelfde artikel, van de woorden „bevel tot staking van de

inbreuk", die verwijzen naar de bevelen die aan de inbreukmakers op een intellectueel-eigendomsrecht kunnen worden gericht.

129 Zoals onder meer de Poolse regering heeft opgemerkt, wordt dit verschil verklaard door het feit dat het bevel dat aan een inbreukmaker wordt gericht, er logischerwijze in bestaat dat het hem wordt verboden om de inbreuk voort te zetten, terwijl de situatie van de verlener van de dienst met behulp waarvan de inbreuk is gepleegd complexer is en zich leent voor andere soorten van bevel.

130 Om die reden kan het woord „rechterlijk bevel" dat in artikel 11, derde volzin, van richtlijn 2004/48 is gebruikt, niet gelijk worden gesteld met de woorden „bevel tot staking van de inbreuk" die in de eerste volzin van datzelfde artikel voorkomen.

131 Vervolgens moet worden opgemerkt dat in het licht van het door richtlijn 2004/48 nagestreefde doel, namelijk dat de lidstaten met name in het kader van de informatiemaatschappij zorgen voor de doeltreffende bescherming van de intellectuele eigendom (zie in die zin arrest van 29 januari 2008, Promusicae, C-275/06, Jurispr. blz. I-271, punt 43), de bevoegdheid die overeenkomstig artikel 11, derde volzin, van genoemde richtlijn aan de nationale rechterlijke instanties wordt verleend, hun de mogelijkheid moet bieden om de verlener van een online-dienst, zoals die waarbij aan internetgebruikers een elektronische marktplaats ter beschikking wordt gesteld, te gelasten om doeltreffende maatregelen te treffen om niet alleen inbreuken die met behulp van die marktplaats worden gepleegd te beëindigen, maar ook om nieuwe inbreuken te voorkomen.

132 Deze uitlegging vindt steun in artikel 18 van richtlijn 2000/31, dat van de lidstaten vereist dat zij ervoor zorgen dat hun nationale wetgeving op het gebied van diensten van de informatiemaatschappij voorziet in rechtsgedingen waarbij maatregelen

kunnen worden getroffen „om de vermeende inbreuk te doen eindigen en om te verhinderen dat de betrokken belangen verder worden geschaad".

133 Een uitlegging van artikel 11, derde volzin, van richtlijn 2004/48 volgens welke de daarin aan de lidstaten opgelegde verplichting enkel erin zou bestaan dat aan de houders van het intellectuele-eigendomsrecht de mogelijkheid wordt geboden om tegen de verleners van online-diensten bevelen te verkrijgen die erop gericht zijn om de op hun rechten gepleegde inbreuken te doen eindigen, zou de omvang van de verplichting die is neergelegd in artikel 18 van richtlijn 2000/31 doen afnemen, hetgeen in strijd zou zijn met de regel die is vastgesteld bij artikel 2, lid 3, van richtlijn 2004/48, inhoudende dat richtlijn 2004/48 geen afbreuk doet aan richtlijn 2000/31.

134 Ten slotte zou een beperkte uitlegging van artikel 11, derde volzin, van richtlijn 2004/48 niet te rijmen zijn met punt 24 van de considerans van deze richtlijn, waarin is opgenomen dat, afhankelijk van het geval en zo de omstandigheden het rechtvaardigen, moet worden voorzien in maatregelen om nieuwe inbreuken op intellectueleeigendomsrechten te voorkomen.

2. De aan de verleners van online-diensten opgelegde maatregelen

135 Zoals volgt uit punt 23 van de considerans van richtlijn 2004/48, worden de modaliteiten van de bevelen waarin de lidstaten krachtens artikel 11, derde volzin, van genoemde richtlijn moeten voorzien, zoals die betreffende de te vervullen voorwaarden en de te volgen procedure, aan het nationale recht overgelaten.

136 Deze regels van nationaal recht moeten evenwel zo worden ingericht dat het door de richtlijn nagestreefde doel kan worden bereikt (zie onder meer, aangaande het effectiviteitsbeginsel, arresten van 14 december 1995, van Schijndel en van Veen,

C-430/93 en C-431/93, Jurispr. blz. I-4705, punt 17; 7 juni 2007, van der Weerd e.a., C-222/05–C-225/05, Jurispr. blz. I-4233, punt 28, en 6 mei 2010, Club Hotel Loutraki e.a., C-145/08 en C-149/08, Jurispr. blz. I-4165, punt 74). Dienaangaande moet eraan worden herinnerd dat de betrokken maatregelen ingevolge artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/48 doeltreffend en afschrikkend moeten zijn.

137 Gelet bovendien op de in de verwijzingsbeslissing uiteengezette omstandigheid die in punt 24 van het onderhavige arrest is weergegeven, dat er voor artikel 11, derde volzin, van richtlijn 2004/48 in het Verenigd Koninkrijk geen specifieke omzettingsmaatregelen zijn getroffen, moet eraan worden herinnerd dat de nationale rechter bij de toepassing van het nationale recht gehouden zal zijn om dit zo veel mogelijk in het licht van de bewoordingen en het doel van genoemd artikel 11, derde volzin, te doen (zie naar analogie arresten van 13 november 1990, Marleasing, C-106/89, Jurispr. blz. I-4135, punt 8, en 23 april 2009, Angelidaki e.a., C-378/07–C-380/07, Jurispr. blz. I-3071, punt 106).

138 De door de lidstaten ingevoerde regels, alsook de toepassing ervan door de nationale rechters, moeten eveneens de beperkingen eerbiedigen die voortvloeien uit richtlijn 2004/48, en uit rechtsbronnen waarnaar deze richtlijn verwijst.

139 In de eerste plaats volgt uit artikel 15, lid 1, van richtlijn 2000/31, gelezen in samenhang met artikel 2, lid 3, van richtlijn 2004/48, dat de maatregelen die van de verlener van de online-dienst worden verlangd niet kunnen bestaan in het actief surveilleren van alle gegevens van ieder van zijn klanten om elke toekomstige inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten via de site van die dienstverlener te voorkomen. Een dergelijke algemene surveillanceplicht zou bovendien onverenigbaar zijn met artikel 3 van richtlijn 2004/48, krachtens welk de bij die richtlijn bedoelde maatregelen billijk en evenredig moeten zijn en niet overdreven kostbaar mogen zijn.

140 In de tweede plaats volgt uit artikel 3 van richtlijn 2004/48 tevens dat de rechter die de bevelen oplegt ervoor moet zorgen dat de daarin omschreven maatregelen geen belemmeringen voor legitiem handelsverkeer scheppen. Dit houdt in dat in een zaak zoals die in het hoofdgeding, die betrekking heeft op mogelijke inbreuken op merken die in het kader van de door de beheerder van een elektronische marktplaats verleende dienst worden gepleegd, het bevel aan die beheerder niet tot doel of gevolg kan hebben dat een algemeen en permanent verbod wordt opgelegd om op die marktplaats producten van dat merk te koop aan te bieden.

141 Ondanks de in de vorige punten genoemde beperkingen, kunnen bevelen die zowel doeltreffend als evenredig zijn aan dienstverleners zoals de beheerders van elektronische marktplaatsen worden gericht. Zoals de advocaat-generaal in punt 182 van zijn conclusie heeft opgemerkt, kan de beheerder van de elektronische marktplaats, indien hij niet op eigen initiatief de inbreukmaker op de intellectuele-eigendomsrechten schorst teneinde nieuwe inbreuken van diezelfde aard door diezelfde handelaar op diezelfde merken te voorkomen, door middel van een rechterlijk bevel worden verplicht om dit te doen.

142 Ter waarborging van het recht op een effectieve rechtsgang tegen degenen die een online-dienst hebben gebruikt om inbreuk te maken op intellectuele-eigendomsrechten, kan de beheerder van een elektronische marktplaats bovendien worden gelast om maatregelen te treffen om de identiteit van zijn klanten-verkopers eenvoudiger te kunnen vaststellen. Zoals L'Oréal dienaangaande terecht in haar schriftelijke opmerkingen heeft uiteengezet en zoals volgt uit artikel 6 van richtlijn 2000/31 is het, ofschoon de bescherming van persoonsgegevens uiteraard moet worden geëerbiedigd, niettemin zo dat wanneer de inbreukmaker in het economisch verkeer actief is en niet in de privésfeer, zijn identiteit duidelijk moet kunnen worden vastgesteld.

143 De niet uitputtend in de voorafgaande punten omschreven maatregelen, alsook elke andere maatregel die in de vorm van een rechterlijk bevel in de zin van artikel 11,

derde volzin, van richtlijn 2004/48 kan worden gelast, moeten een passend evenwicht tussen de verschillende hierboven genoemde rechten en belangen verzekeren (zie naar analogie arrest Promusicae, reeds aangehaald, punten 65-68).

144 Gelet op een en ander moet op de tiende vraag worden geantwoord dat artikel 11, derde volzin, van richtlijn 2004/48 aldus moet worden uitgelegd dat het van de lidstaten vereist dat zij ervoor zorgen dat de op het gebied van de intellectuele-eigendomsrechten bevoegde nationale rechterlijke instanties de beheerder van een elektronische marktplaats kunnen gelasten om maatregelen te treffen die niet alleen bijdragen tot het doen eindigen van de door de gebruikers van die marktplaats gepleegde inbreuken op die rechten, maar ook tot het voorkomen van nieuwe inbreuken van die aard. Deze bevelen moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn en mogen geen belemmeringen voor het legitiem handelsverkeer scheppen.

IV — Kosten

145 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Grote kamer) verklaart voor recht:

1) Wanneer waren die zich in een derde land bevinden, voorzien zijn van een merk dat in een lidstaat van de Unie is ingeschreven of van een gemeenschapsmerk en niet voorheen in de Europese Economische Ruimte, of in het geval van een gemeenschapsmerk niet voorheen in de Unie, in de handel zijn gebracht, door een marktdeelnemer worden verkocht met behulp van een

elektronische marktplaats en zonder de toestemming van de houder van dat merk aan consumenten die zich op het door dat merk bestreken grondgebied bevinden, of voorwerp zijn van een verkoopaanbieding of reclame op een dergelijke plaats die bestemd is voor consumenten die zich op dit grondgebied bevinden, kan genoemde houder zich tegen deze verkoop, verkoopaanbieding of reclame verzetten krachtens het bepaalde in artikel 5 van richtlijn 89/104/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten of artikel 9 van verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het Gemeenschapsmerk. Het staat aan de nationale rechter om van geval tot geval te beoordelen of er relevante aanwijzingen zijn die de conclusie wettigen dat een verkoopaanbieding of een advertentie die getoond wordt op een elektronische marktplaats die vanaf het door het merk bestreken grondgebied toegankelijk is, bestemd is voor consumenten die zich daarop bevinden.

2) **De terbeschikkingstelling door een merkhouder aan zijn erkende distributeurs van artikelen die van dat merk zijn voorzien, die voor demonstratie aan de consument in de erkende verkooppunten zijn bestemd, alsook van eveneens van dat merk voorziene flacons waaruit kleine hoeveelheden kunnen worden gehaald die als gratis monsters aan de consument kunnen worden gegeven, vormt behoudens tegenbewijs geen in de handel brengen in de zin van richtlijn 89/104 en verordening nr. 40/94.**

3) **De artikelen 5 van richtlijn 89/104 en 9 van verordening nr. 40/94 moeten aldus worden uitgelegd dat de houder van een merk zich krachtens het daarbij aan hem verleende uitsluitende recht kan verzetten tegen de verdere verhandeling van waren zoals die in het hoofdgeding op grond dat de wederverkoper de buitenverpakking van die waren heeft verwijderd, wanneer dit uitpakken tot gevolg heeft dat wezenlijke informatie, zoals die betreffende de identiteit van de fabrikant of de persoon die voor het in de handel brengen ervan verantwoordelijk is, ontbreekt. Wanneer de verwijdering van de buitenverpakking er niet toe leidt dat deze informatie ontbreekt, kan de merkhouder zich er niettemin tegen verzetten dat een parfum of een cosmetisch product dat van zijn merk is voorzien verder wordt verhandeld in uitgepakte vorm, mits hij het bewijs levert dat de verwijdering van de verpakking afbreuk doet aan het imago van genoemd product en dus aan de reputatie van het merk.**

4) De artikelen 5, lid 1, sub a, van richtlijn 89/104 en 9, lid 1, sub a, van verordening nr. 40/94 moeten aldus worden uitgelegd dat de houder van een merk het recht heeft om de beheerder van een elektronische marktplaats te verbieden om met behulp van aan dat merk gelijke trefwoorden, die deze beheerder heeft gekozen in het kader van een dienst van vermelding op internet, reclame te maken voor de op die marktplaats verkochte producten van dat merk, wanneer die advertentie het de normaal geïnformeerde en redelijk oplettende internetgebruiker onmogelijk of moeilijk maakt om te weten of genoemde waren afkomstig zijn van de merkhouder of een economisch met hem verbonden onderneming, dan wel, integendeel, van een derde.

5) De beheerder van een elektronische marktplaats maakt geen „gebruik" in de zin van de artikelen 5 van richtlijn 89/104 en 9 van verordening nr. 40/94 van aan merken gelijke of daarmee overeenstemmende tekens die voorkomen in verkoopaanbiedingen die op zijn site worden getoond.

6) Artikel 14, lid 1, 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"), moet aldus worden uitgelegd dat het van toepassing is op de beheerder van een elektronische marktplaats wanneer deze geen actieve rol heeft gehad waardoor hij kennis had van of controle had over de opgeslagen gegevens.

Genoemde beheerder heeft een dergelijke rol wanneer hij bijstand verleent die onder meer bestaat in het optimaliseren van de wijze waarop de betrokken verkoopaanbiedingen worden getoond of het bevorderen daarvan.

Wanneer de beheerder van de elektronische marktplaats geen actieve rol heeft gehad als bedoeld in de voorgaande alinea en zijn dienstverlening derhalve binnen de werkingssfeer van artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31 valt, kan hij zich in een zaak die tot een veroordeling tot het betalen van schadevergoeding kan leiden niet op de vrijstelling van aansprakelijkheid als bedoeld in die bepaling beroepen wanneer hij kennis heeft gehad van feiten of omstandigheden op grond waarvan een behoedzame marktdeelnemer de

onwettigheid van de betrokken verkoopaanbiedingen had moeten vaststellen en hij, ingeval hij deze kennis had, niet prompt heeft gehandeld overeenkomstig lid 1, sub b, van genoemd artikel 14.

7) **Artikel 11, derde volzin, van richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten moet aldus worden uitgelegd dat het van de lidstaten vereist dat zij ervoor zorgen dat de op het gebied van de intellectuele-eigendomsrechten bevoegde nationale rechterlijke instanties de beheerder van een elektronische marktplaats kunnen gelasten om maatregelen te treffen die niet alleen bijdragen tot het doen eindigen van de door de gebruikers van die marktplaats gepleegde inbreuken op die rechten, maar ook tot het voorkomen van nieuwe inbreuken van die aard. Deze bevelen moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn en mogen geen belemmeringen voor het legitiem handelsverkeer scheppen.**

ondertekeningen