

ARREST

Het Hof van Beroep te BRUSSEL, achtste kamer, na beraadslaging, spreekt volgend arrest uit :

N° 204 *B*
Rep. Nr. 2014/ *385*

A.R. nr. 2009/AR/859

Vergelijkende reclame
Misleiding
Controleerbaarheid
Merkenrecht
Auteursrecht

INZAKE VAN :

8ste kamer

1. **MEDIA MARKT-SATURN BELGIUM N.V.**, met maatschappelijke zetel te 1731 ZELLIK, Brusselsesteenweg 496 bus 2,
2. **MEDIA MARKT BASILIX N.V.**, met maatschappelijke zetel te 1082 BRUSSEL, Keizer Karellaan 420,
3. **MEDIA MARKT CENTURY CENTER N.V.**, met maatschappelijke zetel te 2018 ANTWERPEN, De Keyserlei 58,
4. **MEDIA MARKT TWEE TORENS HASSELT N.V.**, met maatschappelijke zetel te 3500 HASSELT, Torenplein 9 bus 1.1,
5. **MEDIA MARKT BRUXELLES RUE NEUVE - MEDIA MARKT BRUSSEL NIEUWSTRAAT N.V.**, met maatschappelijke zetel te 1000 BRUSSEL, Nieuwstraat 111,
6. **MEDIA MARKT LIEGE PLACE ST-LAMBERT N.V.**, met maatschappelijke zetel te 4000 LIEGE, Place St-Lambert ZN,
7. **MEDIA MARKT SINT-PIETERS-LEEUEW N.V.**, met maatschappelijke zetel te 1600 SINT-PIETERS-LEEUEW, Bergensesteenweg 65,
8. **MEDIA MARKT GOSELIES/CHARLEROI N.V.**, met maatschappelijke zetel te 6041 GOSELIES, Rue de Namur 140,

14.1.2014

Eindarrest

9. **MEDIA MARKT JEMAPPES / MONS N.V.**, met maatschappelijke zetel te 7012 JEMAPPES, Avenue Wilson 510,
10. **MEDIA MARKT OOSTAKKER N.V.**, met maatschappelijke zetel te 9041 OOSTAKKER, Herman Teirlinckstraat 4,
11. **MEDIA MARKT OOSTENDE N.V.**, met maatschappelijke zetel te 8400 OOSTENDE, Northlaan ZN,
12. **MEDIA MARKT ROESELARE N.V.**, met maatschappelijke zetel te 8800 ROESELARE, Brugsesteenweg 435,
13. **MEDIA MARKT HERSTAL N.V.**, met maatschappelijke zetel te 4040 HERSTAL, Rue des Naiveux 2,
14. **MEDIA MARKT BRAINE L'ALLEUD N.V.**, met maatschappelijke zetel te 1420 BRAINE-L'ALLEUD, Chaussée de Charleroi 18,
15. **SATURN WILRIJK N.V.**, met maatschappelijke zetel te 2610 WILRIJK (ANTWERPEN), Kernenergiestraat 56,
16. **SATURN MEIR ANTWERPEN N.V.**, met maatschappelijke zetel te 2000 ANTWERPEN, Meir 78,
17. **MEDIA-SATURN-HOLDING GMBH**, een vennootschap naar Duits recht, met maatschappelijke zetel te 85053 INGOLSTADT (DUITSLAND), Wankelstrasse 5,

appellanten,

✓ vertegenwoordigd door Mr. CLOET Willem loco Mr. ROOSE Frank, advocaat te 1831 DIEGEM, Twin Squares - Madison Building, Culliganlaan 1a;

TEGEN:

1. **De vennootschap naar Luxemburgs recht EBAY EUROPE SARL**, met maatschappelijke zetel te L-2449 LUXEMBOURG (G.D.LUXEMBOURG), Boulevard Royal 22-24,
2. **EBAY BELGIUM B.V.B.A.**, ontbonden en vereffend, met maatschappelijke zetel te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 120,
3. **De vennootschap naar Zwitsers recht EBAY HOLDING AG**, thans **EBAY INTERNATIONAL AG**, met

maatschappelijke zetel te 3500 BERN (ZWITSERLAND),
Helvetiastrasse 15/17,

✓ geïntimeerden.

vertegenwoordigd door Mr. VAN INNIS Thierry, advocaat te
1081 BRUSSEL, De Neckstraat 22 bus 38.

Het hoger beroep is gericht tegen een vonnis d.d. 11 februari 2009 dat door de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel, zetelend zoals in kort geding (als stakingsrechter), werd uitgesproken.

Er wordt geen akte van betekening voorgelegd.

Het verzoekschrift tot hoger beroep werd tijdig en formeel regelmatig neergelegd op de griffie van het hof op 1 april 2009.

De advocaten van partijen werden gehoord op de openbare terechtzitting van 26 november 2013.

I. Situering van het geschil

1. Appellanten behoren tot de Media Markt/Saturn groep die onder meer in België actief is in de distributie van elektrische en elektronische gebruiksgoederen.

Eerste appellante is de Belgische moedervenootschap van appellanten vermeld onder de nrs. 2 tot en met 16, zijnde de exploitatievenootschappen van de 15 momenteel in België bestaande Media Markt- en Saturnwinkels (één exploitatievenootschap per vestiging).

Appellante sub nr. 17 is houder van het woordmerk Saturn dat onder het nummer 669021 is ingeschreven als internationaal, gemeenschaps- en Beneluxmerk, en bijkomend onder de nummers 642992 en 921811 als internationaal merk, en onder de nummers 284547 en 5147401 als gemeenschapsmerk en van de bijbehorende beeldmerken ingeschreven als gemeenschapsmerk onder de nummers 1957083 en 5148119. Zij is eveneens houder van het beeldmerk Media Markt dat onder het nummer 655158 ingeschreven is als internationaal, gemeenschaps- en Beneluxmerk, en bijkomend onder de nummers 921768 als internationaal merk, en onder nummer 5148481 als gemeenschaps- en Beneluxmerk.

2. De website www.ebay.be is een bekende elektronische marktplaats waarop geregistreerde gebruikers de meest uiteenlopende goederen kunnen verkopen en kopen. Op eBay kunnen potentiële kopers op de door de verkopers aangeboden goederen bieden gedurende een bepaalde periode (veilingstelsel). Goederen kunnen ook zonder veiling worden verkocht, dus tegen een vaste prijs, volgens het "Nu kopen"-stelsel.

Waar er traditioneel veeleer tweedehandsgoederen werden aangeboden, is sedert enkele jaren een evolutie merkbaar naar het steeds meer aanbieden van nieuwe producten.

Deze elektronische marktplaats wordt uitgebaat en beheerd door eBay International AG en eBay Europe SARL, terwijl eBay Belgium BVBA binnen de eBay groep als taak had eBay International AG te adviseren.

3. In september 2008 werd er door geïntimeerden een reclamecampagne gevoerd op de Belgische site www.ebay.be en de website van Het Laatste Nieuws (www.hln.be). Deze campagne werd eveneens gevoerd op de netwerksite www.facebook.com en op de internetmailsite www.hotmail.com evenals in de audiovisuele media (op

het radiostation Studio Brussel) (hierna: de Septembercampagne).

In deze Septembercampagne werden in wezen drie verschillende types van reclamebanners gebruikt:

- a) Horizontale reclamebanners met de boodschappen "September een dure maand? Koop je nieuwe producten op eBay en bespaar 20% of meer." gevolgd door een pijl met de boodschap "Klik hier" en "Koop uw nieuwe producten op eBay en bespaar 20% en meer";
- b) Verticale reclamebanners met bovenaan de boodschap "Bespaar gem. x% Kijk en vergelijk", gevolgd door een product met de boodschap "Gloednieuw op..." met daaronder het logo van eBay met vermelding van de eBay-prijs en het logo van twee winkelketens telkens gevolgd door hun prijs en tot slot de boodschap "Altijd eerst even eBay checken. Wil je meer weten hoe de prijzen vergeleken werden, klik hier"; wat appellanten betreft, betwist eBay niet dat zij de woord- en beeldmerken van appellante sub 17 gebruikt in deze banners;
- c) Rechthoekige reclamebanners met dezelfde boodschappen en logo's als de verticale reclamebanners.

Indien op de verticale en rechthoekige reclamebanners op het daarop geafficheerde product wordt geklikt, wordt de surfer doorverwezen naar een verkooppagina van eBay met de op dat moment geldende aanbiedingen van alle identieke en/of soortgelijke producten.

Indien op – tot eender welke van de hierboven geschetste categorieën behorende – reclamebanners de boodschap "klik hier" wordt aangeklikt, wordt de surfer doorverwezen naar een website over de "koopkrachtbarometer" van eBay. Op deze webpagina wordt het volgende

vermeld: "Uit de resultaten van deze "koopkrachtbarometer" blijkt immers dat u vaak 20% of zelfs meer kunt besparen door nieuwe producten op eBay te kopen. Neem de proef op de som en vergelijk zelf de winkelprijs van nieuwe producten met de prijzen voor diezelfde nieuwe producten op eBay".

In de koopkrachtbarometer van de Septembercampagne worden 41 consumptiegoederen (zoals onder meer (huishoud) elektronica, multimedia, dvd's en cd's) opgenomen, waarvan de gemiddelde eBay-prijs wordt vergeleken met de gemiddelde winkelprijs.

Op de webpagina wordt de werkwijze van de koopkrachtbarometer uitgelegd. Het volgende wordt onder meer vermeld:

"Om een realistisch beeld te krijgen van de gemiddelde marktprijs werd voor elk product de geafficheerde prijs bij drie verschillende, gekende retailers of winkels genoteerd (mogelijke klantenkortingen aan de kassa niet meegerekend). De productprijzen in de winkels werden tussen 1 en 14 augustus 2008 ingezameld. Deze resultaten werden vergeleken met de gemiddelde prijs waarvoor dezelfde nieuwe producten minstens drie maal verkocht werden op eBay, tussen 24 juli en 14 augustus."

Er wordt een lijst van 28 winkelketens opgesomd, waaronder Media Markt en Saturn.

4. Aangezien appellanten zich gegriefd achtten door deze Septembercampagne, werd eBay Belgium BVBA op 12 september 2008 in gebreke gesteld, om de bewuste reclamecampagne uiterlijk op 15 september 2008 stop te zetten. eBay gaf hieraan geen gevolg: zij betwistte dat er enige inbreuk werd gemaakt.

Op 19 september 2008 zijn appellanten overgegaan tot dagvaarding voor de stakingsrechter ten einde het voeren van de reclamecampagne te doen staken.

5. De Septembercampagne werd in de maanden oktober en november hernomen in een licht gewijzigde vorm (hierna: de Oktobercampagne en de Novembercampagne).

De slogan "Koop uw nieuwe producten op eBay en bespaar 20% en meer", gebruikt op de horizontale banners, werd als volgt aangepast: "Koop uw nieuwe producten op eBay en bespaar vaak 20% of meer".

Er werd een nieuw type verticale banner geïntroduceerd met 4 producten met daarnaast in een rode bol de boodschap "gem. x% goedkoper" en onderaan de boodschappen "Koop nieuwe producten vaak meer dan 20% goedkoper op eBay" en "Wil je weten hoe de prijzen vergeleken worden, klik hier".

De koopkrachtbarometer werd tweemaal geactualiseerd. De vergelijkende prijzenopname werd herhaald tussen 24 september en 1 oktober 2008 voor de Oktobercampagne en tussen 13 en 24 oktober 2008 voor de Novembercampagne.

Het aantal winkels waarvan de prijzen vergeleken werden, werd verminderd (van 28 in september tot 14 in november) en gewijzigd. De lijst van opgenomen producten werd ingekort (van 41 in september tot 23 in november).

6. In eerste aanleg vorderden appellanten dat al deze campagnes zouden worden verboden wegens strijdigheid met de wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument

van 14 juni 1991 (WHPC) en inbreuk op de merken- en auteursrechten van appellante sub 17.

In het bestreden vonnis d.d. 11 februari 2009 worden alle vorderingen van appellanten afgewezen.

7. Appellanten hebben hoger beroep aangetekend op 1 april 2009.

Volgens appellanten stond de koopkrachtbarometer (in de versie van de Novembercampagne) op die datum nog steeds online. Dit was niet meer het geval op de datum van de neerlegging van de beroepsbesluiten door appellanten.

Eind december 2010 stelden appellanten vast dat geïntimeerden opnieuw verticale en rechthoekige productbanners plaatsten op de website www.skynet.be (hierna: de December 2010-campagne). De koopkrachtbarometer was niet meer beschikbaar. Hieromtrent werden eBay Belgium BVBA (thans vereffend) en haar vereffenaars bij aangetekende brief in gebreke gesteld op 10 januari 2011. Hierop kwam geen reactie van de zijde van geïntimeerden.

II. Voorwerp van het hoger beroep

8. Appellanten vragen in graad van hoger beroep de staking van de Campagne of de "... 20% of meer"-campagne, zijnde de Septembercampagne, de Oktobercampagne, de Novembercampagne en de December 2010-campagne tezamen.

Zij vorderen het bestreden vonnis te hervormen in die zin dat hun vorderingen ontvankelijk en gegrond verklaard worden en dienvolgens:

"In hoofdde:

Te zeggen voor recht, al dan niet na gebruik te hebben gemaakt van het bepaalde in artikel 94/13 § 2 WHPC (artikel 103 § 1 WMPC) dat de publiciteitscampagne "... 20% of meer" een inbreuk uitmaakt op de artikelen 94/1, §1, 1° en 3°, 94/2, 1° en 9°, 94/3, 94/6, §1, 2° en 4° en 94/8, 5° WHPC (respectievelijk de artikelen 19 §1, 1° en 3°, 96, 1°, 95, 88, 2° en 4°, 91, 5° WMPC) evenals op artikel 2.20 van het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom en op de bepalingen van de Auteurswet van 30 juni 1994, en derhalve de drie geïntimeerden, hoofdelijk en ondeelbaar, de ene bij gebreke aan de andere, te veroordelen tot de onmiddellijke staking over te gaan van de integrale publiciteitscampagne "...20% of meer", en hen derhalve te gelasten om te verwijderen of te laten verwijderen (en zich in de toekomst te onthouden van het opnieuw gebruiken van), (i) alle reclamebanners die onder voormelde campagne worden gevoerd op de websites www.ebay.be, www.hln.be, www.facebook.com, www.hotmail.com, www.skynet.be en enigerlei andere in België consulteerbare website waarop deze campagne alsnog zou worden gevoerd, evenals de links die in voormelde banners worden opgegeven, en hen te gelasten (ii) de webpagina omtrent de "koopkrachtbarometer" offline te halen, (iii) de radiocampagne op Studio Brussel of enigerlei andere Belgische audiovisuele media, waar de "...20% of meer" campagne wordt gevoerd, (iv) en alle referenties naar (of reproducties van) weg te halen in of op de hierboven aangegeven websites en audiovisuele persinstellingen, het logo, de merken met referenties 921811, 669021, 642992, 5147401, 284547, 1957083, 5148119, 655158, 5148481 en 921768 en waarvan de lijst is opgenomen als stuk 13a tot en met c van appellanten en handelsbenaming van appellanten, dit, voor wat de onderdelen (i), (ii) en (iv) betreft, op straffe van een dwangsom van 10.000 euro per uur vertraging, voor het eerst te verbeuren na het verstrijken van 12 uur vanaf de betekening van het tussen te komen arrest, en voor wat onderdeel (iii)

betreft, op straffe van een dwangsom van 10.000 euro per aldus onrechtmatig uitgezonden radiospot, voor het eerst te verbeuren na het verstrijken van 12 uur vanaf de betekening van het tussen te komen arrest;

In ondergeschikte orde:

Indien het hof per impossibile van oordeel zou zijn dat niet de integrale campagne "... 20% of meer" ongeoorloofd is, de drie geïntimeerden te veroordelen, hoofdelijk en ondeelbaar, de ene bij gebreke aan de andere, tot de onmiddellijke staking over te gaan, in het kader van de campagne "... 20% of meer", zoals gevoerd op de websites www.ebay.be, www.hln.be, www.facebook.com, www.hotmail.com, www.skynet.be en enigerlei andere in België consulteerbare website waarop deze campagne alsnog zou worden gevoerd, en in de Belgische audiovisuele media (zo onder meer via Studio Brussel), van enigerlei vergelijking met of verwijzing naar enigerlei vestiging van appellanten, hetzij Saturn, hetzij Media Markt, enigerlei prijzen of producten van appellanten, enigerlei logo, de merken met referenties 921811, 669021, 642992, 5147401, 284547, 1957083, 5148119, 655158, 5148481 en 921768 en waarvan de lijst is opgenomen als stuk 13a tot en met c van appellanten of handelsbenaming van appellanten, dit alles op straffe van een dwangsom van 10.000 euro per geconstateerde inbreuk, voor het eerst te verbeuren na het verstrijken van 12 uur vanaf de betekening van het tussen te komen arrest, en waarbij elke individuele inbreuk, zelfs op dezelfde website, als telkens één inbreuk zal worden gezien;

In meer ondergeschikte orde:

De hierboven gevraagde maatregelen uit te spreken voor de Septembercampagne, zoals gevoerd op het ogenblik van de gedinginleidende dagvaarding;

In alle geval:

Te zeggen voor recht dat het gebruik van de merken Saturn en Media Markt in de publiciteitscampagne "... 20% of meer" een inbreuk uitmaakt op artikel 2.20 van het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom, op artikel 9 Verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het Gemeenschapsmerk en op artikel 4 van de overeenkomst van Madrid van 14 april 1891 betreffende de internationale registratie van merken, en overeenkomstig artikel 96 WHPC (artikel 2 van de wet van 6 april 2010 met betrekking tot de regeling van bepaalde procedures in het kader van de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming) derhalve aan de drie geïntimeerden, allen samen, hoofdelijk, in solidum, de ene bij gebreke aan de andere, de onmiddellijke staking te bevelen van elke vermelding van of verwijzing naar, op de websites www.ebay.be, www.hln.be, www.facebook.com, www.hotmail.com, www.skynet.be en enigerlei andere in België consulteerbare website waarop hun campagne "... 20% of meer" alsnog zou worden gevoerd, evenals in de audiovisuele perslichamen (zo onder meer Studio Brussel) waar voormelde campagne wordt gevoerd, het logo, de beeld- en woordmerken met referenties 921811, 669021, 642992, 5147401, 284547, 1957083, 5148119, 655158, 5148481 en 921768 van appellante 17, dit, op straffe van een dwangsom van 10.000 euro per uur vertraging, voor het eerst te verbeuren na het verstrijken van 12 uur vanaf de betekening van het tussen te komen arrest, en voor wat de verwijzingen in de audiovisuele pers betreft, op straffe van een dwangsom van 10.000 euro per aldus onrechtmatig uitgezonden radiospot, voor het eerst te verbeuren na het verstrijken van 12 uur vanaf de betekening van het tussen te komen arrest;

De publicatie te bevelen van de integrale tekst van het tussen te komen arrest, op kosten van de drie geïntimeerden, in duidelijk leesbare karakters,

op zowel de website www.ebay.be, in de originele Nederlandse tekst van het arrest evenals een Franstalige versie (waarbij de beëdigde vertaling op initiatief en kosten van geïntimeerden dient te komen), voor een periode zich uitstrekkende over één maand vanaf de daadwerkelijke publicatie daarvan online, als op de websites www.hln.be, www.facebook.com, en www.hotmail.com, www.skynet.be met telkens op de home-pagina's van voormelde websites een doorklik-"banner" ter grootte van minstens 15% van het scherm met volgende vermelding "Gerechtelijke veroordeling van [de datum van het tussen te komen arrest] wegens schending van de wetgeving inzake eerlijke handelspraktijken - Voor de integrale tekst van de veroordeling: hier klikken.", gedurende 72 uur vanaf de daadwerkelijke publicatie, en dit voor elk van de te verrichten publicaties op straffe van een dwangsom van telkens 10.000 euro per dag vertraging, voor het eerst te verbeuren na het verstrijken van 48 uur vanaf de betekening van het tussen te komen arrest, en van telkens 10.000 euro per 24 uur dat de publicatie te vroeg offline zou worden gehaald (waarbij deze dwangsom verbeurd wordt per dag waarop de publicatie, conform het arrest, online zou moeten staan);

Het tussen te komen arrest uitvoerbaar te horen verklaren op de minuut van het tussen te komen arrest, en de optredende gerechtsdeurwaarder te machtigen uit te voeren op de minuut;

Geïntimeerden te veroordelen tot de betaling van de gerechtskosten van beide aanleggen, rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, op basis van artikel 1022 Ger. Wetboek."

9. Geïntimeerden verzoeken het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond te verklaren.

Op incidenteel beroep vragen zij het bestreden vonnis te hervormen waar het de rechtsplegingsvergoeding in hoofde van geïntimeerden heeft begroot op 1.200 euro in plaats van op 2.400 euro.

Geïntimeerden vragen de nieuwe vordering(en) van appellanten onontvankelijk te verklaren.

Ten slotte verzoeken zij appellanten in de kosten van het hoger beroep te veroordelen, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding begroot op 20.000 euro ten voordele van de eerste twee geïntimeerden.

III. Beoordeling

10. Geïntimeerden vorderen de nieuwe vordering van appellanten onontvankelijk te verklaren. Dit is de vordering die betrekking heeft op de December 2010-campagne.

Deze vordering steunt inderdaad op feiten die niet in de inleidende dagvaarding zijn aangehaald en moet bijgevolg onontvankelijk worden verklaard op grond van artikel 807 Ger.W.

De hierna beoordeelde campagne betreft dan ook enkel de September-, Oktober- en Novembercampagne. Het hof betitelt deze drie campagnes gezamenlijk als de Campagne.

11. Appellanten vorderen inbreuken vast te stellen op grond van de artikelen 94/1, §1, 1° en 3° (vergelijkende reclame), 94/2, 1° en 9° (oneerlijke handelspraktijken jegens andere personen dan consumenten),

94/3 (verbod van met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daden), 94/6, §1, 2° en 4° (oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten) en 94/8, 5° (per se verbod van lokvogelprocédé) van de WHPC.

Zij vorderen tevens inbreuken vast te stellen op de corresponderende artikelen in de wet betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming d.d. 6 april 2010 (WMPC), meer bepaald op de artikelen 19, §1, 1° en 3° (vergelijkende reclame), 96, 1° (oneerlijke marktpraktijken jegens andere personen dan consumenten), 95 (verbod van met de eerlijke marktpraktijken strijdige daden), 88, 2° en 4° (oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten) en 91, 5° (per se verbod van lokvogelprocédé).

Partijen zijn het eens dat de genoemde artikelen van de WMPC inhoudelijk niet verschillen van die van de WHPC.

12. De WHPC werd opgeheven door artikel 138 van de WMPC, die in werking is getreden op 12 mei 2010.

In het bestreden vonnis worden er geen inbreuken vastgesteld en wordt er geen stakingsbevel opgelegd.

De WMPC is onmiddellijk toepasselijk vanaf haar datum van inwerkingtreding (12 mei 2010). Aangezien deze wet niet uitdrukkelijk afwijkt van het beginsel van niet-retroactiviteit vastgelegd in artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek, beschikt zij in principe enkel voor de toekomst en laat zij de rechtsverhoudingen onverlet die definitief voor de inwerkingtreding ervan zijn ontstaan.

Het hof kan enkel nog een stakingsbevel opleggen op basis van de WMPC.

Dit staat er echter niet aan in de weg dat het hof nog steeds op basis van de WHPC het bestaan kan vaststellen van een bij de inleiding van de procedure verboden handelspraktijk (Cass. 29 april 2004, www.juridat.be).

Voorts sluit artikel 2 van de wet van 6 april 2010 met betrekking tot de regeling van bepaalde procedures in het kader van de wet van 6 april 2010 betreffende de marktpraktijken en consumentenbescherming, niet uit dat de stakingsrechter vaststelt dat een bepaalde daad een inbreuk vormt op de eerlijke marktpraktijken en vervolgens niet de daad als dusdanig verbiedt omdat zij door het verloop van de tijd heeft opgehouden, maar de staking beveelt van de onrechtmatige praktijken die eraan ten grondslag liggen, dit teneinde herhaling te voorkomen (Cass. 17 juni 2005, www.juridat.be).

Derhalve kan het hof in voorliggend geschil nog steeds het bestaan vaststellen van een verboden handelspraktijk op basis van de WHPC, en in zoverre vaststaat dat het herhalingsgevaar niet objectief is uitgesloten, de onrechtmatige praktijken die eraan ten grondslag liggen, doen staken op grond van de WMPC.

Dat het herhalingsgevaar niet objectief is uitgesloten, wordt op zich niet betwist door geïntimeerden.

13. Partijen zijn het eens dat de gelaakte advertenties vergelijkende reclame betreffen in de zin van de artikelen 2, 19° en 2, 20° WMPC.

Het wordt evenmin betwist dat eBay (geïntimeerden) de adverteerder is van deze vergelijkende reclame als bedoeld in artikel 110 WMPC.

14. Volgens artikel 19, §1 WMPC is vergelijkende reclame, wat de vergelijking betreft, geoorloofd op voorwaarde dat ze:

"1° niet misleidend is in de zin van de artikelen 88 tot 91 en van artikel 96,1°;

(...)

3° op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van deze goederen en diensten, waartoe ook de prijs kan behoren met elkaar vergelijkt;"

Artikel 19, §2 WMPC verbiedt elke vergelijkende reclame die de voorwaarden gesteld in § 1 niet eerbiedigt.

Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie dient vergelijkende reclame te worden bevorderd in het belang van de consument en dienen de aan de vergelijkende reclame gestelde eisen, in de voor deze reclame meest gunstige zin te worden uitgelegd (HvJ, C-381/05, 19 april 2007, De Landtsheer, punt 35; HvJ, C-356/04, 19 september 2006, Lidl/Colruyt, punt 22; HvJ, C-59/05, 23 februari 2006, Siemens/VIPA, punt 23, HvJ, C-44/01, 8 april 2003, Pippig/Hartlauer, punt 42 en HvJ, C-112/99, 25 oktober 2001, Toshiba/Katun, punt 37).

15. Volgens appellanten is de Campagne misleidend.

Artikel 2, lid 2 van de Richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame (Richtlijn Vergelijkende Reclame) definieert

misleidende reclame als elke vorm van reclame die op enigerlei wijze, daaronder begrepen door haar opmaak, de personen tot wie zij zich richt of die zij bereikt, misleidt of kan misleiden en die door haar misleidende karakter hun economisch gedrag kan beïnvloeden, of om die redenen een concurrent schade toebrengt of kan toebrengen.

In het arrest Lidl/Colruyt oordeelde het Hof van Justitie dat het aan de nationale rechter toekomt om, gelet op de omstandigheden van het geval, na te gaan of een reclame, rekening houdend met de consumenten tot wie zij zich richt, een misleidend karakter kan hebben (punt 77).

Daartoe moet die rechter rekening houden met de verwachting van de normaal geïnformeerde, redelijk oplettende en omzichtige, gemiddelde consument van de producten of diensten waarop de betrokken reclame betrekking heeft (Arrest Lidl/Colruyt, punt 78). In voorliggend geval richt de gelaakte reclame zich tot de eindconsument die zijn aankopen van gangbare consumptiegoederen online verricht, onder meer via elektronische marktplaatsen zoals die van eBay. Tot deze groep van eindconsumenten behoren ook jongeren.

Voor de in het arrest Lidl/Colruyt aan de orde zijnde prijsvergelijkende reclame, werd bij de beoordeling van de misleiding het criterium van "een aanzienlijk aantal consumenten tot wie deze reclame zich richt" in aanmerking genomen (Arrest Lidl/Colruyt punt 83).

Voor de vereiste beoordeling moet de nationale rechter alle relevante gegevens van de zaak in aanmerking nemen, met inachtneming van de in de reclame voorkomende mededelingen en meer algemeen van alle bestanddelen daarvan (Arrest Lidl/Colruyt, punt 79).

16. Appellanten betogen dat de reclame "bespaar 20% of meer " of "bespaar vaak 20% of meer" gevoerd op de horizontale en verticale banners en in de koopkrachtbarometer in wezen een ongeoorloofde geëxtrapoleerde vergelijking is tussen het prijzniveau voor transacties via eBay en dat voor transacties via winkelketens, en daarom misleidend is.

17. Het hof oordeelt als volgt.

Wat de versie van deze banners in de Septembercampagne betreft, stelt het hof vast dat de slogan "Koop je nieuwe producten op eBay en bespaar 20% of meer" verder reikt dat de gewijzigde slogan "Koop je nieuwe producten op eBay en bespaar vaak 20% of meer". In zoverre de gewijzigde slogan door het hof als inbreukmakend wordt beschouwd, zal de oorspronkelijke slogan a fortiori inbreukmakend zijn.

Geïntimeerden voeren overigens geen enkel verweer aangaande de slogan "bespaar 20% of meer" en behandelen in hun conclusie enkel de slogan "bespaar vaak 20% of meer".

18. De gelaakte banners verschijnen op de in het feitenrelaas aangehaalde webpagina's. Wanneer op de woorden "Klik hier" wordt geklikt, wordt de consument doorverwezen naar de koopkrachtbarometer. Bovenaan de webpagina van de koopkrachtbarometer wordt de slogan herhaald. Daarna wordt uitgelegd hoe eBay tot de slogan komt.

In wezen komt de reclame van eBay (in de Novembercampagne) erop neer dat zij voor een staal van 23 specifieke producten tijdens een bepaalde periode drie eBay-prijzen vergelijkt met de prijzen bij drie van de veertien opgesomde winkelketens en op basis van de vergelijking van de aldus berekende, gemiddelde prijzen voor de 23 producten tot de algemene

conclusie komt dat nieuwe producten op eBay vaak 20% of meer goedkoper zijn dan elders (zijnde de veertien winkelketens). De reclameboodschap houdt een veralgemening in. Het is een algemene slogan over het lagere prijsniveau op eBay en suggereert dat eBay voor nieuwe producten vaak 20% of meer goedkoper is. Geconfronteerd met de reclameboodschap "bespaar vaak 20% of meer" zal de gemiddelde consument (in de betekenis van de normaal geïnformeerde, redelijk oplettende en omzichtige, gemiddelde consument) veronderstellen dat hij bij de aankoop van nieuwe producten op eBay, vaak 20% of meer zal besparen, waarbij "vaak" staat voor "dikwijls" en "geregeld".

eBay benadrukt in haar laatste syntheseconclusie dat zij met deze reclame geen gewag maakt van enig algemeen prijsniveau en er enkel op wijst dat bepaalde (nieuwe) producten vaak op eBay kunnen worden verkregen aan prijzen die lager liggen dan de gemiddelde prijs voor diezelfde producten in winkelketens. Appellanten zouden niet stellen, laat staan bewijzen dat de vergeleken producten niet representatief waren voor toen gevraagde producten en dat de winkels binnen dewelke de vergeleken prijzen werden genoteerd niet representatief waren voor winkels waar doorgaans 'betere prijzen' worden toegepast.

Appellanten betwisten dit echter wel. Zij stellen namelijk dat op basis van een korf waarin slechts 23 producten zitten, waarvan de prijzen slechts bij drie van de veertien opgesomde winkelketens werden nagegaan (nauwelijks één vijfde van alle winkelketens), bezwaarlijk kan worden gesteld dat op de aankoop van gelijk welke van de honderden producten die over de diverse winkels van de veertien ketens worden verkocht, vaak besparingen van 20% of meer kunnen worden gedaan, indien dezelfde goederen op eBay zouden zijn aangekocht.

eBay suggereert met de reclame in algemene termen dat nieuwe producten op eBay vaak 20% of meer goedkoper zijn dan elders. Er is geen enkele aanwijzing dat de door eBay beperkte, uitgevoerde vergelijking deze toegepaste veralgemening kan schragen. Het door eBay bijgebrachte krantenartikel (stuk 11) heeft geen uitstaans met de door eBay gemaakte vergelijking. Het handelt over een studie die van een totaal andere orde is (vergelijking tussen 90 webwinkels en drie grote elektronikaketens).

Rekening houdend met de hele uitleg rond de koopkrachtbarometer kan de gemiddelde consument dan ook in de onjuiste overtuiging worden gebracht dat het door eBay geselecteerde staal van producten en prijzen representatief is voor haar globaal prijsniveau ten opzichte van de concurrentie (de veertien winkelketens), zodat hij, wanneer hij zijn nieuwe, gangbare consumptiegoederen zou aankopen op eBay en niet bij de concurrentie, vaak een besparing van 20% of meer zou kunnen realiseren. De gemiddelde consument kan worden misleid in die zin dat hij denkt dat de prijsvergelijking verder gaat dan de vergelijking van gemiddelde prijzen van bepaalde producten.

Bovendien is het niet uitgesloten dat de gemiddelde consument nooit kennis neemt van de koopkrachtbarometer of niet de moeite neemt om de hele uitleg te lezen, zodat de gemiddelde consument zeker zal worden misleid over de draagwijdte van de slogan "bespaar vaak 20% of meer". In die hypothese zal de gemiddelde consument in de overtuiging zijn dat nieuwe producten op eBay vaak 20% of meer goedkoper zijn dan bij de andere verkopers van die producten. Het ontgaat deze consument dan totaal dat eBay enkel een prijsvergelijking heeft gemaakt van 23 producten met drie winkelketens per product op basis van gemiddelden, zodat hij de reclameslogan zelfs niet in zijn context kan plaatsen.

Rekening houdend met deze elementen en alle relevante omstandigheden van de reclame, zou een aanzienlijk aantal consumenten tot wie de reclame is gericht, door de reclame tot aankoop kunnen besluiten. Door de reclame wordt de consument naar de site van eBay gelokt, met de bedoeling de site van eBay te ontdekken, de mogelijke transacties te kunnen bekijken en effectief tot een transactie over te gaan. De reclame kan de consument een besluit over een transactie doen nemen dat hij anders niet had genomen, meer bepaald de aankoop van het goed op eBay in plaats van bij een winkelketen.

De vaststelling dat voor de September- en Oktobercampagne een ander aantal producten en winkelketens in de vergelijking werd betrokken, is niet van aard om voor deze campagnes tot een ander besluit te komen. De betrokken verschillen zijn niet doorslaggevend.

De reclameslogan "bespaar vaak 20% of meer" gevoerd op de banners en de koopkrachtbarometer beantwoordt zodoende niet aan de voorwaarde van artikel 19, § 1, 1° WMPC en 94/1, §1, 1° WHPC (niet misleiding), zodat de reclamecampagne, gebaseerd op en houdende deze slogan, ongeoorloofd is en moet worden verboden (artikel 19, §2 WMPC).

19. Appellanten betogen dat ook de verticale en rechthoekige banners voor specifieke producten misleidend zijn.

Wanneer de consument klikt op het weergegeven product, komt hij terecht op een pagina waarop producten die behoren tot dezelfde categorie als het geafficheerde product worden weergegeven. Appellanten tonen aan dat het geafficheerde product soms niet wordt aangeboden, soms beschikbaar is tegen een andere prijs of soms beschikbaar is tegen een prijs die nog niet vaststaat. Volgens appellanten maakt de reclame in veel gevallen haar aankondiging niet waar en misleidt zij de potentiële consument omtrent de

prijs waartegen het product kan worden verkregen. Bovendien, aangezien de banners zelf niet vermelden dat het gaat om een gemiddelde en gedateerde eBay-prijs en de consument sturen in de richting van het onmiddellijk rechtstreeks doorlinken naar de verkoopsite, zal de gemiddelde consument in de meeste gevallen niet op de hoogte zijn van het feit dat het gemiddelde en gedateerde prijzen betreft, en bijgevolg misleid zijn met betrekking tot de prijs waartegen het geafficheerde product wordt aangeboden.

Volgens eBay is het, gelet op de zeker door de normaal geïnformeerde consument best gekende essentiële kenmerken van de werking van eBay als website waarop aanbiedingen worden geplaatst, niet ernstig voor te houden dat er misleiding is doordat eBay uiteraard niet kan verzekeren dat steeds op zijn website op een aanbieding kan worden ingegaan tegen dezelfde prijsvoorwaarden als de aangegeven gemiddelde prijs op eBay. Eenieder weet immers dat aanbiedingen niet uitgaan van eBay en dat slechts daarom elke prijsvergelijking die uitgaat van eBay noodzakelijkerwijze prijzen zal verwerken die verleden tijd zijn en zeker voor de toekomst door eBay niet kunnen worden gegarandeerd. Daarbij komt dat de verticale en rechthoekige banners onzelfstandige bestanddelen van de campagne zijn, die de normaal geïnformeerde consument kan geacht worden te percipiëren als deel van de vergelijking en niet als de aankondiging van een actuele prijs op eBay. In de koopkrachtbarometer wordt ten overvloede uitdrukkelijk bepaald dat het gaat om gemiddelde prijzen op basis van prijsnotering in het verleden.

20. Het hof overweegt als volgt.

De banners die deel uitmaken van de Campagne worden alternerend vertoond. Het is mogelijk dat een consument enkel een specifieke productbanner te zien krijgt en deze niet ziet als een onderdeel van een

ganse reclamecampagne. Door de lay-out van dit type van productbanner is de kans ook reëel dat de gemiddelde consument nooit de koopkrachtbarometer bezoekt, maar meteen klikt op het weergegeven product en zo doorverwezen wordt naar de verkooppagina's van eBay.

Door de afbeelding van het specifieke product met bovenaan de vermelding "bespaar gem. %" met daarnaast of daaronder drie specifieke prijzen naast drie logo's (een van eBay en twee van winkelketens), zou bij de gemiddelde consument (in de betekenis van de normaal geïnformeerde, redelijk oplettende en omzichtige, gemiddelde consument) de verkeerde indruk kunnen ontstaan dat het hier gaat om een actueel, concreet aanbod waarbij drie actuele prijzen worden vergeleken en waarvan één prijs geldt voor het aanbod op eBay. De gemiddelde consument waartoe de reclame zich richt, zal inderdaad weten dat de producten op eBay niet door eBay zelf maar door derden worden aangeboden. Dit neemt niet weg dat door het geheel en de aard van de gevoerde reclame – het gaat trouwens om nieuwe producten en niet om tweedehandsproducten – de gemiddelde consument in de onjuiste overtuiging zou kunnen worden gebracht dat er, op het moment van het voeren van de reclame, op eBay door een derde een product tegen de vermelde prijs wordt aangeboden die bovendien gemiddeld x % lager ligt dan bij de twee genoemde winkelketens.

eBay betoogt dat de reclame toch niet misleidend kan zijn omdat de normaal geïnformeerde consument normaliter geen besluit tot transactie zal nemen wanneer hij zou vaststellen geen goedkopere prijs op eBay te vinden is. Indien de betrokken consument, ondanks deze boodschap, toch besluit op eBay tegen een niet goedkopere prijs aan te kopen, zal zijn besluit zeker niet door de slogan zijn ingegeven.

Er moet enkel worden aangetoond dat de gemiddelde consument ertoe gebracht kan worden een besluit over een transactie te nemen dat hij

anders niet had genomen. Een besluit over een transactie is volgens artikel 2, 35° WMPC elk door een consument genomen besluit over de vraag of, en zo ja, hoe en op welke voorwaarden hij een product koopt, geheel of gedeeltelijk betaalt, behoudt of van de hand doet, of een contractueel recht uitoefent in verband met een product, ongeacht of de consument wel of niet tot handelen overgaat. Het begrip "besluit over een transactie" is ruim gedefinieerd en omvat dus niet alleen het besluit om een product al dan niet te kopen maar tevens het besluit dat daarmee rechtstreeks verband houdt, met name het besluit om de winkel binnen te gaan (HvJ, C-281/12, 19 december 2013, Trento Sviluppo tegen Centrale Adriatica, punt 36-37).

Door de gelaakte reclame wordt de consument naar de verkooppagina van eBay gelokt, waar hij zal besluiten het product al dan niet aan te kopen. Het staat dan ook vast dat de consument door de reclame een besluit over een transactie heeft genomen dat hij anders niet had genomen.

Ten slotte neemt het hof aan dat, rekening houdend met alle relevante omstandigheden van de reclame, dit het geval is voor een aanzienlijk aantal consumenten tot wie de reclame is gericht.

De reclame gevoerd op de verticale en rechthoekige productbanners beantwoordt zodoende niet aan de voorwaarde van artikel 19, § 1, 1° WMPC en 94/1, §1, 1° WHPC (niet misleiding) zodat deze reclame ongeoorloofd is en moet worden verboden (artikel 19, § 2 WMPC).

Uit hetgeen voorafgaat, volgt dat deze reclame niet enkel misleidend is wat de vergelijking betreft, maar ook misleidend op zich is wat de prijs en beschikbaarheid op eBay betreft. Deze reclame is zodoende ook misleidend in de zin van artikel 88, 2° en 4° WMPC (en artikel 94/6, § 1, 2° en 4° WHPC).

In zoverre appellanten inroepen dat deze reclame ook inbreuk maakt op artikel 96,1 WMPC (artikel 94/2, 1° en 9° WHPC), overweegt het hof als volgt. Aangezien de door appellanten aangeklaagde praktijken commerciële praktijken zijn ten aanzien van consumenten, kunnen in de beoordeling ervan, wat het misleidend karakter betreft, geen strengere criteria worden betrokken dan die opgelegd door de artikelen 81 tot 91 WMPC (artikelen 94/4 tot 94/8 WHPC).

21. Bovendien voeren appellanten terecht aan dat de Campagne niet beantwoordt aan de voorwaarde van controleerbaarheid in de zin van 1 artikel 19, § 1, 3° WMPC en 94/1, §1, 3° WHPC.

In zijn arrest Lidl/Colruyt heeft het Hof van Justitie overwogen dat, wanneer een kenmerk in een vergelijkende reclame wordt vermeld zonder dat de vergelijkingsbestanddelen waarop de vermelding van dit kenmerk berust, in deze reclame zijn genoemd, dat kenmerk slechts voldoet aan de vereiste van controleerbaarheid indien de adverteerder met name voor de geadresseerden van die boodschap te kennen geeft waar en hoe deze gemakkelijk kennis kunnen nemen van die bestanddelen om de juistheid daarvan en de juistheid van het betrokken kenmerk te controleren of, indien zij niet over de daartoe vereiste kennis van zaken beschikken, te laten controleren (Lidl/Colruyt, punt 74).

22. Wanneer de consument de slogan "vaak 20% of meer" wil controleren wordt hij doorverwezen naar de koopkrachtbarometer.

De consument neemt dan kennis van de koopkrachtbarometer die, bijvoorbeeld in de Novembercampagne, voor 23 producten de gemiddelde eBay-prijs (voor de periode tussen 27 september en 24 oktober 2008) en de gemiddelde winkelprijs (genoteerd tussen 13 en 24 oktober 2008) vermeldt.

De consument wordt in deze barometer door eBay echter niet geïnformeerd bij welke drie winkelketens voor een specifiek product de prijzen werden genoteerd, noch welke de prijs per winkelketen precies was, noch welke de eBay-prijzen zijn die aan de basis van de gemiddelde eBay-prijs liggen. De koopkrachtbarometer geeft enkel een algemeen cijfer weer, opgesplitst tussen de gemiddelde eBay-prijs en de gemiddelde winkelprijs, en vermeldt vervolgens het verschil tussen beide bedragen, zowel in absolute cijfers als procentueel. Het onderliggende cijfermateriaal, zoals bijvoorbeeld de prijsopnames die tot een gemiddelde prijs hebben geleid, is niet verifieerbaar: dit cijfermateriaal wordt niet meegedeeld, noch worden er voldoende controleerbare parameters opgegeven opdat de consument zelf dit cijfermateriaal zou kunnen achterhalen en (laten) controleren. Zo wordt er niet meegedeeld bij welke drie winkels er prijzen werden genoteerd, noch waar de consument de eBay-prijzen kan vinden waarop de gemiddelde eBay-prijs werd berekend.

Bijgevolg is de slogan "bespaar vaak 20% of meer" voor de consument, zelfs na kennisneming van de koopkrachtbarometer, onvoldoende op juistheid controleerbaar.

23. Hetzelfde geldt voor de verticale en rechthoekige reclamebanners met reclame voor specifieke producten. Zij vermelden voor een specifiek product telkens de gemiddelde besparing die gerealiseerd kan worden, alsook de gemiddelde eBay prijs en de prijs bij 2 winkelketens. De koopkrachtbarometer waarnaar doorgedrukt kan worden, verschaft geen duidelijkheid over de identiteit van de derde winkelketen waarbij de prijs werd genoteerd, noch over de door deze winkelketen gehanteerde prijs, noch over de prijzen die aan de basis liggen van de voor de op de verticale of rechthoekige banner geafficheerde eBay-prijs.

De consument kan bijgevolg de reclame weergegeven in de verticale en rechthoekige banners niet op juistheid controleren.

24. De Campagne beantwoordt zodoende niet aan de voorwaarde van artikel 19, § 1, 3° WMPC en 94/1, §1, 3° WHPC (controleerbaarheid) zodat deze reclamecampagne ongeoorloofd is en moet worden verboden (artikel 19, §2 WMPC).

25. Daarnaast stellen appellanten dat de Campagne moet worden verboden als strijdig met artikel 91/5° WMPC (artikel 94/8,5° WHPC).

Krachtens dit artikel is onder alle omstandigheden oneerlijk de handelspraktijk die erin bestaat producten tegen een genoemde prijs te koop aan te bieden zonder dat de onderneming aangeeft dat er een gegrond vermoeden bestaat dat zij deze producten of gelijkwaardige producten niet tegen die prijs kan leveren of door een andere onderneming kan doen leveren gedurende een periode en in hoeveelheden die, rekening houdend met het product, de omvang van de door het product gevoerde reclame en de aangeboden prijs, redelijk zijn.

Terecht stellen geïntimeerden dat dit artikel niet op hen kan worden toegepast, aangezien zij zelf geen producten te koop aanbieden. eBay is een elektronische marktplaats waarop goederen door derden te koop worden aangeboden.

26. Appellanten stellen ook een merkenrechtelijke vordering in. Deze vordering is in ieder geval ongegrond in zoverre zij uitgaat van alle andere appellanten dan appellante sub 17, aangezien deze appellanten geen merkhouders zijn.

Appellante sub 17, Media-Saturn-Holding GmbH, betoogt dat het gebruik door geïntimeerden in de Campagne van haar beeld- en woordmerken Saturn en Media Markt een inbreuk uitmaakt op "artikel 2.20 van het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom, op artikel 9 van Verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het Gemeenschapsmerk en op artikel 4 van de overeenkomst van Madrid van 14 april 1891 betreffende de internationale registratie van merken".

Geïntimeerden betwisten dit en stellen dat zij geen merkinbreuk plegen.

27. Consideransen 13 tot 15 van Richtlijn 2006/114 Vergelijkende Reclame luiden als volgt:

"(13) Bij artikel 5 van de Eerste Richtlijn 89/104/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten worden de houder van een ingeschreven merk exclusieve rechten verleend waaronder het recht derden te verbieden in het economisch verkeer hetzelfde of een vergelijkbaar teken te gebruiken voor dezelfde producten of diensten, of in voorkomend geval zelfs voor andere producten.

(14) Voor een doeltreffende vergelijkende reclame kan het evenwel noodzakelijk zijn de producten of diensten van een concurrent aan te duiden door melding te maken van een merk waarvan deze laatste de houder is of van diens handelsnaam.

(15) Een dergelijk gebruik van het merk, de handelsnaam of een ander onderscheidingsteken van een derde, voor zover daarbij de in deze richtlijn vastgestelde voorwaarden worden nageleefd, vormt geen inbreuk op het exclusieve recht van die derde, aangezien er uitsluitend naar wordt gestreefd deze van elkaar te onderscheiden en aldus verschillen op

objectieve wijze te doen uitkomen."

Een vergelijkende reclame die voldoet aan alle voorwaarden van de Richtlijn Vergelijkende Reclame vormt geen merkinbreuk (HvJ, C-44/01, 8 april 2003, Pippig/Hartlauer, punt 83).

Het hof heeft geoordeeld dat de Campagne niet voldoet aan de vereisten van artikel 19, § 1, 1° en 3° WMCP die een uitvoering zijn van de Richtlijn Vergelijkende Reclame zodat er dient te worden nagegaan of geïntimeerden met de Campagne een merkinbreuk hebben begaan. Schending van één van de voorwaarden van de Richtlijn Vergelijkende Reclame betekent immers niet automatisch merkinbreuk.

28. Wat het Benelux- en het Gemeenschapsmerk betreft, roept appellante sub 17, in algemene termen, een schending in van artikel 2.20 artikel van het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken, tekeningen of modellen) (hierna: BVIE) en van artikel 9 van Verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het Gemeenschapsmerk.

Artikel 2.20.1. a. tot c. BVIE is de omzetting van artikel 5, leden 1 en 2 van Richtlijn 89/104/ EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, gecodificeerd bij Richtlijn 2008/95/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2008 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, hierna: de Merkenrichtlijn (beide richtlijnen verschillen inhoudelijk niet van elkaar wat de in casu relevante bepalingen betreft). Artikel 5, lid 5 Merkenrichtlijn laat de bepaling van artikel 2.20.1.d. BVIE onverlet.

Verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het Gemeenschapsmerk werd ingetrokken bij Verordening (EG) nr. 207/2009

van de Raad van 26 februari 2009 inzake het Gemeenschapsmerk die in werking is getreden op 13 april 2009 (hierna: de Merkenverordening). Gelet op het voor de feiten relevante tijdvak moet ervan worden uitgegaan dat het geschil door Verordening nr. 40/94 wordt beheerst. Beide verordeningen verschillen inhoudelijk echter niet van elkaar wat de in casu relevante bepalingen betreft.

29. Om een merkinbreuk te kunnen vaststellen, moet echter voor elk van de onderdelen van de genoemde artikelen afzonderlijk worden nagegaan of aan de voorwaarden is voldaan.

Geïntimeerden betwisten niet dat de gebruikte tekens gelijk zijn aan de woord- en beeldmerken Media Markt en Saturn van appellante sub 17 en dat deze tekens gebruikt worden in het economisch verkeer.

Geïntimeerden betwisten niet dat zij de tekens gebruiken ter onderscheiding van waren of diensten.

eBay gebruikt de overeenstemmende tekens in de eerste plaats om haar eigen dienst aan te prijzen, namelijk het aan verkopers en kopers van waren ter beschikking stellen van een elektronische marktplaats. De advertenties in de Campagne zijn bedoeld om reclame te maken voor de door eBay aangeboden diensten, meer bepaald haar elektronische marktplaats, door bij consumenten de associatie op te roepen dat de betrokken merkartikelen die Media Markt en Saturn verkopen, ook via die marktplaats kunnen worden gekocht. eBay beoogt reclame te maken voor haar eigen dienst (Conclusie van Advocaat-Generaal N. Jääskinen, 9 december 2010, zaak C-324/09, L'Oréal tegen eBay, punt 89). Dit gebruik is geen gebruik voor "dezelfde waren of diensten als die waarvoor het merk is ingeschreven" in de zin van artikel 2.20.1.a. BVIE en artikel 9, lid 1, a) Merkenverordening. Dit gebruik dat eBay maakt van de met de

merken Media Markt en Saturn overeenstemmende tekens teneinde haar eigen elektronische marktplaats aan te prijzen dient te worden onderzocht op basis van artikel 2.20.1.c. BVIE en artikel 9, lid 1, c) Merkenverordening (cfr. HvJ, C-324/09, 12 juli 2011, L'Oréal tegen eBay, punt 89 en punt 90).

Daarnaast maakt eBay gebruik van de met de merken Media Markt en Saturn overeenstemmende tekens om verkoopaanbiedingen voor merkproducten die van haar klanten-verkopers afkomstig zijn aan te prijzen. Dit gebruik is een gebruik voor waren of diensten die dezelfde zijn als die waarvoor de merken Media Markt en Saturn 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 waren of diensten van andere personen (HvJ, C-324/09, 12 juli 2011, L'Oréal tegen eBay, punt 91). eBay maakt gebruik van de merken Media Markt en Saturn om een onderscheid te maken tussen de waren en diensten van appellanten en andere waren en diensten, die niet haar eigen waren en diensten zijn. eBay gebruikt aan de merken Media Markt en Saturn gelijke tekens om onderscheid te maken tussen de waren en diensten die via haar diensten beschikbaar zijn, en die welke dat niet zijn. De gelaakte advertenties van eBay leggen een duidelijk verband tussen de in de advertenties vermelde waren en diensten van appellanten en de alternatieve mogelijkheden via eBay (cfr. HvJ, C-324/09, 12 juli 2011, L'Oréal tegen eBay, punt 93). Dit gebruik door eBay dient te worden onderzocht op basis van artikel 2.20.1.a. BVIE en artikel 9, lid 1, a) Merkenverordening.

Het hof stelt vast dat appellanten geen verwarringsgevaar inroepen zodat zij de beweerde merkinbreuk niet steunen op artikel 2.20.1.b. BVIE en artikel 9, lid 1, b) Merkenverordening.

Ten slotte stelt het hof vast dat geïntimeerden niet betwisten dat de woorden en beeldmerken van Media Markt en Saturn bekende merken zijn en dat het oudere merken zijn.

30. Opdat appellante sub 17 zich nuttig kan beroepen op artikel 2.20.1.a. BVIE en artikel 9, lid 1, a) Merkenverordening dient zij bijkomend aan te tonen dat het gebruik door eBay van de aan haar merken gelijke tekens afbreuk doet of dreigt te doen aan de functies van het merk (cfr. HvJ, C-17-06, 11 september 2007, Céline, punten 16 en 27).

Tot die functies behoren niet alleen de wezenlijke functie van het merk, de consument, de herkomst van de waar of de dienst te waarborgen (de herkomstaanduidingsfunctie), maar ook de overige functies ervan, zoals met name die welke erin bestaat de kwaliteit van deze waar of deze dienst te garanderen, of de communicatie-, de investerings- en de reclamefunctie (HvJ, C-487/07, 18 juni 2009, L'Oréal tegen Bellure, punt 58).

Appellante sub 17 maakt gewag van een afbreuk aan de reclamefunctie van haar merken. Zij beperkt zich er echter toe te stellen dat dit het geval is, maar licht dit niet toe en toont bijgevolg op geen enkele wijze aan hoe het gebruik door eBay afbreuk doet of dreigt te doen aan deze reclamefunctie.

Appellante sub 17 stelt eveneens dat door het gebruik van haar merken in de gelaakte reclame, er een negatieve connotatie wordt gekoppeld aan deze merken, hoewel zij gedurende jaren een positief imago trachtte op te bouwen. Deze stelling wordt niet nader toegelicht. Het hof neemt aan dat appellante sub 17 hiermee bedoelt dat er afbreuk wordt gedaan aan de investeringsfunctie van haar merken (het gebruik van het merk ter verwerving of behoud van een reputatie die consumenten kan aantrekken of aan zich kan binden). Opdat het gebruik door geïntimeerden de investeringsfunctie van de merken van appellante sub 17 aantast, dient

laatstgenoemde aan te tonen dat het gebruik door geïntimeerden het gebruik door haarzelf van haar merken ter verwerving of behoud van een reputatie die consumenten kan aantrekken en aan haar kan binden, aanzienlijk stoort (HvJ, C-323/09, Interflora tegen Marks & Spencer, punt 66). Dergelijk bewijs wordt niet geleverd. In dit verband stelt het hof ook vast dat appellanten in het kader van artikel 19, § 1 WMPC geen inbreuk aanvoeren op lid 5° van dit artikel (verbod van denigrerende en kleinerende vergelijkende reclame).

Afbreuk aan enig andere merkenrechtelijke functie wordt door appellante sub 17 niet ingeroepen.

Het hof besluit derhalve dat appellante sub 17 zich niet nuttig kan beroepen op artikel 2.20.1. a. BVIE en artikel 9, lid 1, a) Merkenverordening.

31. Opdat appellante sub 17 zich nuttig kan beroepen op artikel 2.20.1.c. BVIE en artikel 9, lid 1, c) Merkenverordening dient zij bijkomend aan te tonen dat het gebruik door eBay van de aan haar merken gelijke tekens ongerechtvaardigd voordeel trekt uit of afbreuk doet aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van haar merken en eBay daarvoor geen geldige reden heeft.

De merkenrechtelijke inbreuken waartegen bescherming wordt geboden, zijn ten eerste afbreuk aan het onderscheidend vermogen van het merk (verwatering), ten tweede afbreuk aan de reputatie van het merk (afbreken) en ten derde ongerechtvaardigd voordeel uit het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk (aanhaken) (HvJ, C-487/07, 18 juni 2009, L'Oréal tegen Bellure, punt 38).

In voorliggend geding betoogt appellante sub 17 dat er sprake is van aanhaken. Appellante sub 17 meent dat geïntimeerden trachten gratis mee te liften op de bekendheid en de reputatie van haar merken. Dit zou geïntimeerden een ongerechtvaardigd voordeel opleveren. Zij verwijst hiervoor naar de volgende overweging in het arrest L'Oréal tegen Bellure (punt 49) : *"In dit verband zij gepreciseerd dat wanneer een derde door het gebruik van een teken dat overeenstemt met een bekend merk, in het kielzog van dit merk probeert te varen om van de aantrekkingskracht, de reputatie en het prestige ervan te profiteren alsmede om zonder enige financiële vergoeding en zonder daarvoor passende inspanningen te moeten leveren, voordeel te halen uit de commerciële inspanning die de houder van het merk heeft gedaan om het imago van dat merk te creëren en te onderhouden, het uit dat gebruik voortvloeiende voordeel moet worden geacht ongerechtvaardigd te zijn getrokken uit het onderscheidend vermogen en de reputatie van het merk"*.

Het hof overweegt als volgt.

In het arrest Interflora van 22 september 2011 heeft het Hof van Justitie inzake aanhaking het volgende beslist (HvJ, C-323/09, Interflora tegen Marks & Spencer):

"Ongerechtvaardigd voordeel dat uit het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk wordt getrokken (aanhaken)

84 Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, beoogt een adverteerder die in het kader van een advertentieverwijzingsdienst op internet een aan een merk van een ander gelijk teken als trefwoord heeft geselecteerd, dat internetgebruikers die dit woord als zoekwoord invoeren, niet alleen op de getoonde links van de houder van dit merk klikken, maar ook op de advertentielink van die adverteerder (arrest Google France en Google,

reeds aangehaald, punt 67).

85 *Dat een merk een reputatie geniet, vergroot eveneens de kans dat een groot aantal internetgebruikers voor hun zoekopdracht op internet de naam van dit merk als trefwoord zullen gebruiken om inlichtingen of aanbiedingen betreffende de waren of diensten van dit merk te vinden.*

86 *Zoals de advocaat-generaal in punt 96 van zijn conclusie heeft opgemerkt, kan in die omstandigheden niet worden betwist dat wanneer de concurrent van de houder van een merk dat een reputatie geniet, dit merk in het kader van een advertentieverwijzingsdienst op internet als trefwoord selecteert, hij er met dit gebruik naar streeft profijt uit het onderscheidend vermogen en de reputatie van dat merk te trekken. Bedoelde selectie kan immers aanleiding geven tot een situatie waarin – wellicht een groot aantal – consumenten die een zoekactie op internet verrichten om op basis van dat trefwoord waren of diensten van het bekende merk te vinden, op hun scherm de advertentie van die concurrent zullen zien verschijnen.*

87 *Voorts kan niet worden betwist dat wanneer internetgebruikers na lezing van de advertentie van deze concurrent de door deze laatste aangeboden waar of dienst kopen in plaats van die van de houder van het merk waarop hun zoekactie aanvankelijk betrekking had, die concurrent een reëel voordeel uit het onderscheidend vermogen en de reputatie van dit merk haalt.*

88 *Bovendien staat vast dat een adverteerder die in het kader van een advertentieverwijzingsdienst tekens selecteert die gelijk zijn aan of overeenstemmen met de merken van een ander, in de regel geen vergoeding voor dit gebruik aan de houders van die merken betaalt.*

89. *Uit hetgeen aldus kenmerkend is voor de selectie van met bekende merken van derden overeenstemmende tekens als trefwoorden op internet volgt dat een dergelijke selectie – wanneer een "geldige reden" in de zin van artikel 5, lid 2, van richtlijn 89/104 en artikel 9, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94 ontbreekt – kan worden beschouwd als gebruik waarmee de adverteerder in het kielzog van een bekend merk probeert te varen om van de aantrekkingskracht, de reputatie en het prestige ervan te profiteren, alsmede om zonder enige financiële vergoeding en zonder daarvoor passende inspanningen te moeten leveren, voordeel te halen uit de commerciële inspanning die de merkhouder heeft gedaan om het imago van dit merk te creëren en te onderhouden. Indien dat het geval is, moet het op die manier behaalde voordeel als ongerechtvaardigd worden aangemerkt (zie dienaangaande arrest van 18 juni 2009, L'Oréal e.a., reeds aangehaald, punt 49).*

90. *Zoals het Hof reeds heeft gepreciseerd, kan een dergelijke conclusie zich met name opdringen in gevallen waarin internetadverteerders door middel van het gebruik van trefwoorden die met bekende merken overeenkomen, waren te koop aanbieden die imitaties van de waren van de houder van die merken zijn (arrest Google France en Google, reeds aangehaald, punten 102 en 103).*

91. *Wanneer de reclameboodschap die via een met een bekend merk overeenkomend trefwoord op internet verschijnt daarentegen een alternatief voor de waren of diensten van de houder van het bekende merk voorstelt, zonder dat daarin een loutere imitatie van de waren of diensten van dit merk wordt aangeboden, zonder dat dit tot een verwatering of een afbreken daarvan leidt en zonder dat de functies van dit merk anderszins worden aangetast, moet worden geconcludeerd dat een dergelijk gebruik in beginsel onder een gezonde en eerlijke mededinging in de sector van de betrokken waren en diensten valt en dus wordt verricht met een "geldige*

reden" in de zin van artikel 5, lid 2, van richtlijn 89/104 en artikel 9, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94.

92 Het staat aan de verwijzende rechter om met inaanmerkingneming van de voorgaande uitlegging te beoordelen of de feiten in het hoofdgeding dienen te worden aangemerkt als gebruik van het teken zonder geldige reden waarmee ongerechtvaardigd voordeel uit het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk Interflora wordt getrokken".

In dit arrest heeft het Hof van Justitie het begrip "geldige reden" niet opgevat als een dwingende reden (Conclusie advocaat-generaal J. Kokott, 21 maart 2013, zaak C-65/12, Leidseplein Beheer BV tegen H.J.M. de Vries, punt 32 en punt 34). Dit door het Hof van Justitie geboden toetsingskader kan worden toegepast op het gebruik van de bekende merken Media Markt en Saturn in de door eBay gevoerde vergelijkende reclame.

eBay doelt met haar reclame op het bieden van alternatieven voor de waren en diensten van appellanten, zonder dat daarin een loutere imitatie van de waren en diensten van de merken Media Markt of Saturn wordt aangeboden.

Dat de gelaakte reclame zou leiden tot een verwatering of een afbreken van de merken Media Markt of Saturn van appellante sub 17 of de functies van deze merken anderszins zou aantasten, wordt niet ingeroepen, minstens niet bewezen door appellanten (zie hierboven).

Het hof besluit bijgevolg dat het gebruik door eBay van de merken Media Markt en Saturn werd verricht met een geldige reden in de zin van artikel 2.20.1.c. BVIE en artikel 9, lid 1, c) Merkenverordening.

32. Uit alle voorgaande overwegingen volgt eveneens dat appellante sub 17 zich niet nuttig kan beroepen op artikel 2.20.1.b. BVIE en artikel 9, lid 1, b) Merkenverordening, noch op artikel 2.20.1.d. BVIE.

Uit alle voorgaande overwegingen volgt eveneens dat er geen sprake is van enige "inbreuk op artikel 4 van de overeenkomst van Madrid van 14 april 1891 betreffende de internationale registratie van merken".

33. Het hof concludeert dat de inbreukvordering van appellante sub 17 gesteund op "artikel 2.20 van het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom, op artikel 9 van Verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het Gemeenschapsmerk en op artikel 4 van de overeenkomst van Madrid van 14 april 1891 betreffende de internationale registratie van merken" ongegrond is.

34. Appellanten voeren aan dat geïntimeerden met de Campagne ook inbreuk plegen op hun auteursrechten.

Mede gelet op de consideransen 14 en 15 van de Richtlijn Vergelijkende Reclame en de rechtspraak van het Hof van Justitie in de zaak C-377/95, Dior/Evora (4 november 1997, punt 57 en punt 58) is het hof van oordeel dat in voorliggend geval van vergelijkende reclame de auteursrechtelijke bescherming niet verder kan reiken dan de geboden merkenrechtelijke bescherming.

De vordering van appellanten gesteund op hun auteursrechten is zodoende ongegrond.

35. Het door appellanten geformuleerde stakingsbevel bevat ook een verbod tot het gebruik van de handelsnamen van appellanten. Deze vordering wordt door appellanten niet nader toegelicht. Op pagina 33 van

hun syntheseconclusie in graad van hoger beroep suggereren zij overigens dat een neutrale vermelding van de handelsbenaming in de reclame wel mogelijk zou zijn geweest.

Mede gelet op de consideransen 14 en 15 van de Richtlijn Vergelijkende Reclame, oordeelt het hof dan ook dat de vordering betreffende het gebruik van de handelsnaam van appellanten ongegrond is.

36. Het hof besluit als volgt.

De door geïntimeerden gevoerde Campagne (September, Oktober en Novembercampagne) "... 20% of meer" en "... vaak 20% of meer" maakt inbreuk op de artikelen 94/1, §1, 1° en 3°, 94/6, § 1, 2° en 4° WHPC en de artikelen 19, § 1, 1° en 3°, 88, 2° en 4° WMPC. De staking van deze Campagne dient te worden bevolen.

Geïntimeerden betogen dat een dergelijke staking niet kan worden bevolen omdat de staking slechts kan worden bevolen van feiten of handelingen waarvan het onrechtmatig karakter eerst nauwkeurig wordt vastgesteld.

Het hof heeft echter de onrechtmatigheid van de Campagne vastgesteld. Uit de overwegingen in dit arrest volgt dat de Campagne als een geheel dient te worden beschouwd en bijgevolg in zijn integraliteit te worden verboden.

Geïntimeerden stellen ook dat "de gevraagde maatregelen kennelijk reclame zouden dekken die best rechtmatig kan zijn, zodanig dat de uitspraak ervan manifest strijdig zou zijn met artikel 10 EVRM."

Deze grief is niet gegrond. Het arrest verbiedt enkel de Campagne waarvan de onrechtmatigheid werd vastgesteld.

Het staat vast dat het herhalingsgevaar niet is uitgesloten. Bovendien moet het stakingsbevel voldoende doeltreffend zijn en niet alleen betrekking hebben op de gelaakte daden op zich, maar ook op daden met een gelijkaardig effect. Daarom moet voor de toekomst elke gelijkaardig campagne die op dezelfde wijze misleidend of niet-controleerbaar is, eveneens worden verboden.

Aangaande de gevorderde dwangsommen wordt er door geïntimeerden geen verweer gevoerd.

37. Ten slotte vorderen appellanten de publicatie van het arrest te bevelen.

Het hof oordeelt als volgt.

Hoewel het herhalingsgevaar niet is uitgesloten, zijn er thans al enkele jaren verstreken sinds het voeren van de gelaakte reclamecampagne. In die omstandigheden acht het hof dat niet voldaan is aan de voorwaarden van artikel 116 WMPC om de publicatie van dit arrest te kunnen bevelen.

38. Het incidenteel beroep van geïntimeerden is ongegrond, aangezien zij worden veroordeeld tot het betalen van een rechtsplegingsvergoeding aan appellanten.

OM DEZE REDENEN :

HET HOF, recht doende na tegenspraak,

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en in de volgende mate gegrond,

Verklaart het incidenteel beroep ontvankelijk doch ongegrond,

Vernietigt het bestreden vonnis behoudens in zoverre het heeft beslist over de voeging,

Opnieuw beslissend,

Verklaart de nieuwe vordering van appellanten inzake de December 2010-campagne onontvankelijk,

Verklaart de overige vorderingen van appellanten ontvankelijk,

Verklaart deze vorderingen van appellanten in de volgende mate gegrond,

Zegt voor recht dat de gevoerde Campagne (September, Oktober en Novemberecampagne) "... 20% of meer" en "... vaak 20% of meer" inbreukmakend is op de artikelen 94/1, §1, 1° en 3°, 94/6, § 1, 2° en 4° WHPC en de artikelen 19, § 1, 1° en 3°, 88, 2° en 4° WMPC,

Veroordeelt geïntimeerden hoofdelijk tot de onmiddellijke staking van deze Campagne of een gelijkaardige campagne die op dezelfde wijze misleidend of niet-controleerbaar is,

Beveelt geïntimeerden hoofdelijk om (i) te verwijderen of te laten verwijderen (en zich in de toekomst te onthouden van het opnieuw gebruiken van) alle reclamebanners die op de websites www.ebay.be, www.hln.be, www.facebook.com, www.hotmail.com en enigerlei andere in België consulteerbare website worden gevoerd in het kader van deze Campagne of een gelijkaardige campagne die op dezelfde wijze misleidend

of niet-controleerbaar is, evenals de links die in voormelde banners worden opgegeven, en (ii) de webpagina omtrent de "koopkrachtbarometer" van deze Campagne of een gelijkaardige campagne die op dezelfde wijze misleidend of niet-controleerbaar is, off line te halen,

dit op straffe van een dwangsom van 10.000 euro per uur vertraging, voor het eerst te verbeuren na het verstrijken van 24 uur vanaf de betekening van dit arrest,

Beveelt geïntimeerden hoofdelijk het voeren van de Campagne of een gelijkaardige campagne die op dezelfde wijze misleidend of niet-controleerbaar is, te staken op Studio Brussel of enigerlei andere Belgische audiovisuele media, op straffe van een dwangsom van 10.000 euro per aldus onrechtmatig uitgezonden radiospot, voor het eerst te verbeuren na het verstrijken van 24 uur vanaf de betekening van dit arrest,

Verklaart de vorderingen voor het overige ongegrond,


Veroordeelt geïntimeerden hoofdelijk in de kosten van beide aanleggen, vastgesteld in hoofde van appellanten op 3.262,78 euro +186 euro;

Veroordeelt geïntimeerden hoofdelijk tot de betaling van een rechtsplegingsvergoeding aan appellanten van 1.200 euro voor de procedure in eerste aanleg en van 1.320 euro voor de procedure in graad van hoger beroep.

Aldus gevonnist en uitgesproken ter openbare terechtzitting van de burgerlijke **achtste kamer** van het hof van beroep te Brussel, op **14.1.2014** waar aanwezig waren en zitting hielden :

B. LYBEER,
C. VAN SANTVLIET,
E. HERREGODTS,
K. BATSELIER,

Raadsheer dd. Voorzitter,
Raadsheer,
Raadsheer,
Griffier.



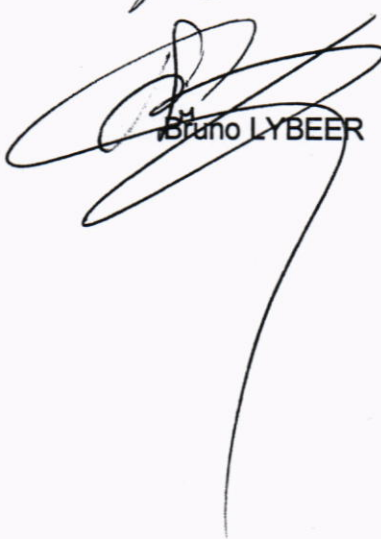
Kaatje BATSELIER



Els HERREGODTS



Catharina VAN SANTVLIET



Bruno LYBEER



Voor eensluidend afschrift
de griffier

HELPERS EMMY