Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
M. SZPUNAR
представено на 2 юни 2022 година [1]

Съединени дела C-148/21 и C-184/21

Christian Louboutin
срещу
Amazon Europe Core Sàrl,
Amazon EU Sàrl,
Amazon Services Europe Sàrl (C-148/21)
(Преюдициално запитване, отправено от Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Районен съд Люксембург)
и
Christian Louboutin
срещу
Amazon.com Inc.,
Amazon Services LLC (C-184/21)

(Преюдициално запитване, отправено от Tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles (Френскоезичен търговски съд Брюксел, Белгия)

„Преюдициални запитвания — Интелектуална собственост — Право относно марките — Действие на марката на Европейския съюз — Права, предоставени от марката — Право да се забрани на трето лице да използва марката, идентичен или сходен знак за идентични или сходни стоки или услуги — Понятие „използване“

I. Въведение

1. Макар въпросът за отговорността на посредниците сам по себе си да не е нов, той се поставя отново и отново, тъй като в интернет възникват нови форми на посредничество. За това свидетелства големият брой дела относно дейността на интернет платформи, с които е сезиран Съдът през последните години [2], и в тази поредица се вписват настоящите преюдициални запитвания, отправени в рамките на спорове между г-н Christian Louboutin, от една страна, и Amazon Europe Core Sàrl, Amazon EU Sàrl и Amazon Services Europe Sàrl, от друга страна (дело C-148/21), и между г-н Christian Louboutin, от една страна, и Amazon.com Inc. и Amazon Services LLC, от друга страна (дело C-184/21) (наричани по-нататък поотделно или заедно „Amazon“).

[1] Език на оригиналния текст: френски.

[2] Вж. по-специално решения от 20 декември 2017 г., Asociación Profesional Elite Taxi (C-434/15, EU:C:2017:981), от 19 декември 2019 г., Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112), и от 22 юни 2021 г., YouTube и Cyando (C-682/18 и C-683/18, EU:C:2021:503).

2. Възникването на тези спорове не е изненадващо. Интернет заема все по-важно място в нашите общества както от социална, така и от икономическа гледна точка, а интернет посредниците играят ключова роля в това отношение. Те позволяват на потребителите да намират, обменят, споделят и създават съдържание, да купуват и продават стоки и услуги, както и да създават и да изразяват мнение по интернет[3]. Казано съвсем просто, те улесняват достъпа на потребителите до определено съдържание. Макар в известна степен да се явяват виртуално съответствие на традиционните посредници, интернет, който се характеризира с постоянни технологични нововъведения, насърчава в частност създаването на нови модели на посредничество, които нямат еквивалент в реалния свят[4] и чиято практическа значимост не може да се пренебрегва, като по този начин се обосновава уреждането на тези модели в правото.

3. Всъщност нарасналата роля на интернет посредниците непременно предполага, че дейността им се сблъсква с тази на други оператори и в известна степен може да представлява заплаха за правата им. Такъв е случаят с оператори, притежатели на права върху интелектуална собственост, и по-специално на права върху марка, тъй като тези права могат да бъдат обект на нарушения например на платформите за онлайн продажби, поради което се поставя въпросът за ангажиране на отговорността на интернет посредниците, които стопанисват такива платформи. Развитието на дейността на платформите за онлайн продажби и съпътстващите я технически нововъведения увеличават достъпа на потребителите до стоки и насърчават търговията с тези стоки. Следователно количеството на пуснатите в продажба стоки автоматично нараства. Това важи и за нарушаващите марката стоки[5].

4. Търсенето на отговорност от посредника, който стопанисва платформа за онлайн продажби, заради продажбата чрез тази платформа на нарушаващи марката стоки лесно може да се разбере от гледна точка на притежателя на марка, правата върху която са били нарушени на тази платформа. Несъмнено е вярно, че нарушението се състои главно в предлагането за продажба на нарушаващи марката стоки от продавача, който използва платформата за онлайн продажби. По принцип обаче тези продавачи трудно се идентифицират, а освен това местоположението им може да представлява пречка за ангажирането на отговорността им[6].

5. От своя страна посредникът прави технически възможно такова нарушение от трето лице и упражнява контрол върху платформата си. Следователно той може, поне по принцип, да сложи край на това нарушение. Ето защо за притежателя на марка се оказва по-ефективно да ангажира отговорността на посредника, а не на третото лице продавач[7], било то пряко — като нарушител, или непряко — за противоправните действия на трети лица, извършени посредством неговите услуги[8].

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

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

[5] Количеството на пуснатите в продажба в света нарушаващи марка стоки понастоящем представлява 2,5 % от световната търговия. Вж. OECD/EUIPO. Global Trade in Fakes: A Worrying Threat. Illicit Trade. OECD Publishing, Paris, 2021, p. 61.

[6] *Van Eecke*, P. Online service providers and liability: A plea for a balanced approach. — Common Market Law Review, 2011, No. 48, vol. 5, p. 1455.

[7] Относно теоретичната и икономическата обосновка за ангажиране на отговорността на интернет посредниците вж. *Marsoof*, A., op. cit., p. 5—10; *Ullrich*, C., op. cit., p. 104—108; *Ohly*, A. The Liability of Intermediaries for Trademark Infringement. — In: Research Handbook on Trademark Law Reform, *Dinwoodie*, G. B., *Janis*, M. D. (éds), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, 396—430.

[8] Относно разграничението между основна и непряка отговорност вж. заключението на генералния адвокат Jääskinen по дело L'Oréal и др. (C-324/09, EU:C:2010:757, т. 54 и сл.) или *Kur*, A., *Senftleben*, M. European Trade Mark Law: A Commentary. Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 691, както и *Ullrich*, C., op. cit., p. 356 sq.

6. Интересът на притежателите на марка да ангажират отговорността на посредниците обаче не може да се разглежда изолирано и сам по себе си не може да обоснове неизменното носене на отговорност от посредниците за извършени на техните платформи нарушения на правата на тези притежатели. Всъщност този интерес трябва да се съпостави с други, конкуриращи се интереси [9].

7. На първо място, обхватът на отговорността на интернет посредниците би могъл на практика да ги задължи да извършват общ контрол на всяко възможно нарушение на правото относно марките на техните платформи. На второ място и по същия начин, да се приеме, че интернет посредниците могат да носят пряка отговорност за извършените на платформата им нарушения на правата на притежатели на марки, би могло да възпрепятства развитието на нови дейности в областта на интернет и в по-широк смисъл — на всички видове нововъведения в тази област.

8. Необходимостта да се съвместят тези конкуриращи се интереси, е накарала законодателя на Съюза да приеме мерки, за да защити в известна степен интернет посредниците, що се отнася до ангажирането на тяхната отговорност за действията на трети лица на платформите им — тоест на непряката им отговорност. Всъщност, макар непряката отговорност да не е предмет на хармонизиран в правото на Съюза режим, Директива 2000/31/ЕО [10] предвижда случаи на освобождаване от отговорност, които държавите членки са длъжни да предвидят. По-специално, интернет посредниците не могат да носят отговорност за неправомерните действия на потребителите на тяхната платформа в рамките на дейността си по предаване на информация по комуникационна мрежа и по предоставяне на достъп до тази мрежа, на дейността си по така нареченото „кеширане“ („caching“) или на дейността си по съхраняване на информация [11]. Освен това в рамките на същите тези дейности на интернет посредниците не може да бъде наложено общо задължение да контролират информацията, която пренасят или съхраняват, нито общо задължение да търсят активно факти или обстоятелства за незаконна дейност [12].

9. Освен това, макар Директива 2004/48/ЕО [13] да предвижда, че държавите членки гарантират, че притежателите на права могат да поискат съдебна забрана срещу посредници, чиито услуги се ползват от трети лица за нарушаване на правото върху интелектуална собственост [14], тези съдебни забрани, чиято цел е да се преустанови такова нарушение, не зависят от евентуалната отговорност на посредника за спорните факти [15], от което следва, че последиците за посредниците от действия, които са извършени от трети лица посредством техните услуги, остават в голяма степен неуредени в тази директива.

9 *Ohly*, A., op. cit., p. 397.

10 Директива на Европейския парламент и на Съвета от 8 юни 2000 година за някои правни аспекти на услугите на информационното общество, и по-специално на електронната търговия на вътрешния пазар („Директива за електронната търговия“) (ОВ L 178, 2000 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 29, стр. 257, наричана по-нататък „Директива за електронната търговия“).

11 Членове 12—14 от Директивата за електронната търговия.

12 Член 15 от Директивата за електронната търговия.

13 Директива на Европейския парламент и на Съвета от 29 април 2004 година относно упражняването на права върху интелектуалната собственост (ОВ L 157, 2004 г., стр. 45; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 2, стр. 56).

14 Член 11 от Директива 2004/48.

15 Вж. решение от 7 юли 2016 г., Tommy Hilfiger Licensing и др. (C-494/15, EU:C:2016:528, т. 22). По този въпрос вж. също *Husovec*, M. Injunctions against Intermediaries in the European Union, Accountable but not Liable? Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 62 sq.

10. Наред с въпроса за непряката отговорност на интернет посредниците остава да се определи дали те могат да носят пряка отговорност за нарушения на правата на притежателите на марка, по-специално що се отнася до операторите на електронни пазари поради наличието на собствената им платформа на оферти за продажба на нарушаващи марката стоки. За разлика от непряката отговорност на интернет посредниците, чийто режим се урежда съгласно националното право, с изключение на предвидените в Директивата за електронната търговия случаи на освобождаване от отговорност, ангажирането на пряката отговорност на операторите на електронни пазари поради нарушаване на правата на притежател на марки на тези електронни пазари действително попада в обхвата на правото на Съюза, и в частност в обхвата на разпоредбите на Регламент (ЕС) 2017/1001 [16].

11. Следователно самият Съд трябва да претегли наличните интереси и да очертае граница между хипотезите, в които може да се ангажира пряката отговорност на оператора на електронен пазар, и хипотезите, в които този оператор не може да носи пряка отговорност за нарушения на правата на притежател на марка на стопанисваната от него платформа. С уточняване на понятието „използване“ на марката в търговската дейност практиката на Съда относно тълкуването на член 9, параграф 2 от Регламент 2017/1001 [17] позволи в известна степен да се установи такава граница [18], доколкото това понятие има за цел да определи действията, които притежателят на дадена марка може да забрани на трето лице.

12. Непрекъснатите нововъведения в областта на интернет, за чиято закрила е било необходимо да се установи по-висока защита на дейността на посредниците в тази област, обаче също водят до значително развитие на модела на електронните пазари. В частност Amazon не може да се счита за традиционен електронен пазар.

13. Всъщност, както посочват запитващите юрисдикции, Amazon е известен дистрибутор и същевременно оператор на електронен пазар. Amazon публикува на уебсайта си за онлайн продажби както обяви за собствените си стоки, които продава и изпраща от свое име, така и обяви на трети лица продавачи. Освен това начинът на функциониране на Amazon позволява изпращането на стоките, продавани от трети лица продавачи на неговата платформа, да се поеме от тях или от Amazon, което съхранява тези стоки в дистрибуторските си центрове и ги изпраща на купувачите от собствените си складове.

14. Тези аспекти, които превръщат модела на Amazon в „хибриден“ модел [19], залагат нова аналитична рамка, в която да се разглежда въпросът дали операторът на такъв пазар може да носи пряка отговорност за нарушения на правата на притежатели на марка на платформата си, тъй като е използвал тази марка по смисъла на член 9, параграф 2 от Регламент 2017/1001, и са в основата на преюдициалните въпроси, поставени по настоящите дела.

[16] Регламент на Европейския парламент и на Съвета от 14 юни 2017 година относно марката на Европейския съюз (ОВ L 154, 2017 г., стр. 1).

[17] Или преди него, Регламент (ЕО) № 207/2009 на Съвета от 26 февруари 2009 година относно марката на Общността (ОВ L 78, 2019 г., стр. 1).

[18] Вж. анализа на тази съдебна практика в точка 49 и сл. от настоящото заключение.

[19] *Ohly*, A., op. cit., p. 413.

15. Следователно настоящото дело предоставя на Съда възможност да поясни това понятие, а оттам — и принципите, които трябва да уреждат пряката отговорност на интернет посредниците за нарушения на правото върху марките, извършени на собствената им платформа.

II. Правна уредба

1. Регламент (ЕС) 2017/1001

16. Съображение 13 от Регламент 2017/1001 гласи:

„Обърквane по отношение на търговския източник, от който произхождат стоките или услугите, може да възникне, когато едно дружество използва същия или сходен знак като търговско наименование по такъв начин, че се установява връзка между дружеството, носещо наименованието, и стоките или услугите, произхождащи от това дружество. Поради това нарушенията на марката на ЕС следва да включват също така използването на знака като търговско наименование или подобно указание, при условие че използването се прави за целите на отличаването на стоките или услугите“.

17. Член 9 от Регламент 2017/1001 е озаглавен „Права, предоставени от марка на ЕС“ и предвижда в параграфи 1—3:

„1. Регистрацията на марка на ЕС предоставя на притежателя ѝ изключителни права.

2. Без да се засягат правата на притежателите, придобити преди датата на подаване на заявката или датата на приоритета на марката на ЕС, притежателят на тази марка на ЕС има право да забрани на всяко трето лице да използва в търговската дейност без негово съгласие всеки знак за стоки или услуги, когато:

а) знакът е идентичен с марката на ЕС и е използван за стоки или услуги, идентични с тези, за които е регистрирана марката на ЕС;

б) знакът е идентичен или сходен с марката на ЕС и е използван във връзка със стоки или услуги, идентични или сходни със стоките или услугите, за които е регистрирана марката на ЕС, ако съществува вероятност от обърквane в съзнанието на хората; вероятността от обърквane включва възможност за свързване на знака с марката;

в) знакът е идентичен или сходен с марката на ЕС, независимо дали е използван за стоки или услуги, които са идентични, сходни или не сходни с тези, за които е регистрирана марката на ЕС, ако последната се ползва с известност в Съюза и ако използването без основание на този знак би довело до несправедливо облагодетелстване от отличителния характер или от репутацията на марката на ЕС или би ги увредило.

3. По-специално може да бъде забранено съгласно параграф 2:

[…]

б) да се предлагат стоки или да се пускат на пазара, или да се съхраняват за тези цели под знака, или да се предлагат или предоставят услуги под знака;

[…]

г) да се използва знак[ът] като търговско или фирмено наименование или като част от търговско или фирмено наименование;

д) да се използва знакът в деловите книжа и в рекламата;

е) да се използва знакът в сравнителната реклама по начин, който е в противоречие с Директива 2006/114/ЕО[20]“.

2. Директива 2004/48/ЕО

18. Член 11 от Директива 2004/48/ЕО е озаглавен „Забрани“ и предвижда:

„Държавите членки гарантират, че когато съдебните органи излизат със съдебно решение, чрез което се установява нарушение на право върху интелектуална собственост, те могат да постановят съдебна забрана на нарушителя, чиято цел е да се забрани по-нататъшно извършване на нарушението. Когато е предвидено в националното законодателство, неспазването на съдебната забрана, когато е уместно, следва да подлежи на плащане на парични глоби с цел да гарантира спазването ѝ. Държавите членки също така гарантират, че притежателите на права могат да внасят искове за съдебна забрана срещу посредници, чиито услуги се ползват от трети [лица] за нарушаване на правото върху интелектуална собственост, без да се накърнява член 8, параграф 3 от Директива 2001/29/ЕО[21]“.

19. Член 13 от същата директива е озаглавен „Обезщетение за вреди“ и гласи:

„1. Държавите членки гарантират, че по заявление на увредената страна компетентните съдебни органи постановяват на нарушителя, който съзнателно или при разумни основания да съзнава това[,] е предприел действия, с които е нарушил права, да заплати на притежателя на правата обезщетение съобразно действителните вреди, понесени от последния в резултат на нарушението.

[…]

2. Когато нарушителят несъзнателно или без разумни основания да е съзнавал това[,] е предприел действия, с които е нарушил права, държавите членки могат да установят, че съдебните органи могат да постановят да се възстанови печалбата или [да се плати] обезщетение, които могат предварително да бъдат установени“.

[20] Директива на Европейския парламент и на Съвета от 12 декември 2006 година относно заблуждаващата и сравнителната реклама (ОВ L 376, 2006 г., стр. 21; Специално издание на български език, 2007 г., глава 15, том 18, стр. 229).

[21] Директива на Европейския парламент и на Съвета от 22 май 2001 година относно хармонизирането на някои аспекти на авторското право и сродните му права в информационното общество (ОВ L 167, 2001 г., стр. 10; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 1, стр. 230).

3. Директивата за електронната търговия

20. Съображение 48 от Директивата за електронната търговия гласи:

„Настоящата директива не засяга възможността държавите членки да изискват от доставчиците на услуги, които съхраняват информация, предоставена от получатели на тяхната услуга, да действат с вниманието, което може да е основателно да се очаква от тях и ко[е]то [е] предвиден[о] в националното законодателство, за да се открият и предотвратят определени видове незаконни дейности“.

21. Член 14 от тази директива е озаглавен „Съхраняване на информация“ и в параграф 1 гласи:

„Когато се предоставя услуга на информационното общество, която се състои в съхраняване на информация, предоставяна на получателя на услугата, държавите членки гарантират, че доставчикът на услуги не носи отговорност за информацията, съхранена по молба на получателя на услугата, при условие че:

а) доставчикът няма сведения за незаконна дейност или информация, а във връзка с искове за щети […] не е запознат с факти или обстоятелства, от които да е видна незаконната дейност или информация;

или

б) доставчикът, при получаването на такива сведения или запознаването с такива факти, действа експедитивно за отстраняването или блокирането на достъпа до информацията“.

III. Споровете в главните производства, преюдициалните въпроси и производството пред Съда

22. Г-н Louboutin е френски дизайнер на обувки, чиито най-известни продукти са дамски обувки на висок ток. От средата на 90-те години той поставя на обувките външна подметка в червено, чийто код Pantone е 18.1663TP.

23. Този цвят, покриващ подметката на обувка на висок ток, е регистриран като марка на Бенелюкс под номер 0874489 и като марка на Европейския съюз под номер 8845539[22]. Марката е защитена за следните стоки: „обувки на висок ток (с изключение на ортопедични обувки)“.

24. Amazon е предприятие, специализирано в предлагането на различни стоки и услуги за онлайн продажба както пряко — за собствена сметка, така и непряко — като платформа за продажби за сметка на трети лица продавачи.

[22] Съгласно документа за регистрация „[м]арката се състои от червен цвят (код Pantone № 18-1663TP), покриващ подметката на обувка по показания на изображението начин (контурът на обувката не е част от марката, а има за цел да изясни разположението на марката)“.

25. На уебсайтовете на Amazon редовно се публикуват реклами за обувки с червена подметка, за които г-н Louboutin твърди, че се отнасят за стоки, за чието пускане на пазара той не е дал съгласието си.

A. Дело C-148/21

26. Г-н Louboutin се позовава на изключителните права, произтичащи от неговата марка на Европейския съюз, и с призовка от 19 септември 2019 г. съдебен служител призовава дъщерните дружества на Amazon, със седалище в Люксембург, да се явят пред Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Районен съд Люксембург), който разглежда търговски спорове. Г-н Louboutin иска Amazon да бъде обявено за отговорно за нарушението на неговата марка, да преустанови използването в търговската си дейност на идентични с тази марка знаци на цялата територия на Съюза, с изключение на територията на Бенелюкс, за която е прието решение на белгийския съд, като в противен случай му бъде наложена парична санкция, както и да установи правото му на обезщетение за вреди, причинени от спорното незаконно използване.

27. Исканията на г-н Louboutin се основават на член 9, параграф 2, буква а) от Регламент 2017/1001. Всъщност г-н Louboutin поддържа, че Amazon е използвало без негово съгласие знак, идентичен с марката, на която той е притежател, за стоки или услуги, идентични с тези, за които е регистрирана тази марка, по-специално поради факта, че в уебсайтовете си за онлайн продажби това дружество публикува реклами, свързани със стоки, носещи спорния знак, но също и поради притежаването, изпращането и доставката на такива стоки. Според г-н Louboutin Amazon може да носи отговорност за това използване, тъй като то извършва активно действия, съставляващи използване, и рекламите на нарушаващите права стоки са част от търговската му комуникация. Следователно Amazon не можело да се счита за обикновен доставчик на хостинг услуги или за неутрален посредник.

28. Amazon оспорва, че може да носи отговорност за използването на марката. То се позовава на няколко решения на Съда относно други платформи, като eBay, и твърди, че като оператор на електронен пазар, не може да носи отговорност за използване на тази марка от страна на трети лица продавачи, които ползват платформата му. То твърди, че начинът на функциониране на неговия електронен пазар, до който имат достъп трети лица продавачи, не се различава съществено от начина на функциониране на другите електронни пазари и че включването на логото му в обявите на тези трети лица продавачи в сайтовете му не означава, че то се отнася към тези обяви като към свои собствени обяви. Според Amazon предлаганите от него допълнителни услуги не дават основание офертите на трети лица да се считат за част от търговската му комуникация. То твърди, че създаването от доставчик на необходимите технически условия за използването на даден знак и получаването на възнаграждение за тази услуга не означават, че самото лице, което предоставя услугата, използва този знак.

29. Според запитващата юрисдикция следва да се установи дали специфичният начин на функциониране на управляваните от Amazon платформи може да доведе до използване на идентичен с марката знак поради включването на обявите на трети лица продавачи в търговската комуникация на това дружество.

30. На първо място, запитващата юрисдикция се позовава на решение L'Oréal и др.[23] (наричано по-нататък „решение eBay"), в което Съдът приема, че наличието на „използване" от трето лице на знак, идентичен или сходен с марката на притежателя, предполага най-малкото последният да използва знака в търговската си комуникация, за да се приеме, че оператор на електронен пазар не използва този знак. Тази юрисдикция обаче изтъква, че тъй като това решение се отнася до платформа на eBay, за която е известно, че участва в публикуването на обявите на своите потребители не като продавач и дистрибутор, а само като посредник, тази съдебна практика не може да се приложи ipso facto за платформа, която функционира по различен начин.

31. В това отношение запитващата юрисдикция счита, че не трябва да се разглежда поотделно всеки елемент от представените на уебсайтовете на Amazon оферти, а следва да се прецени стратегията в нейната цялост, за да се определи дали създаденият от това дружество модел за продажба се различава от този на същински електронен пазар, и евентуално да се реализира различен вид отговорност.

32. Запитващата юрисдикция изтъква, че въпреки богатата си практика Съдът никога не се е произнасял по въпроса дали може да се приеме, че офертите на трети лица се включват в търговската комуникация на дистрибутор на стоки по интернет, който същевременно стопанисва електронен пазар. Всъщност тази съдебна практика изхождала от схващането, че обявите на трети лица не са част от собствената търговска комуникация на оператора на платформата, което в случая означавало, че Amazon следва да се разглежда само като оператор на електронен пазар.

33. Запитващата юрисдикция отбелязва, че в решение Coty Germany[24] Съдът е разгледал този въпрос само от гледна точка на държането на склад на стоки, без да предвиди по-обширен анализ на търговския модел на Amazon, поради което не е изразил становище по проблема, поставен по настоящото дело, който се отнася не само до държането на склад от Amazon на продавани от трети лица стоки, но поставя и по-широкия въпрос дали трябва да се приеме, че Amazon включва офертите на трети лица в търговската си комуникация.

34. Запитващата юрисдикция добавя, че фактът, че този по-широк въпрос може евентуално да намери отговор в правната уредба на Съюза относно електронната търговия, не позволява категорично да се изключи отговорност на посредника в областта на защитата на марките.

35. На второ място, запитващата юрисдикция иска да се установи дали възприятието на потребителите може да е от значение, във връзка с въпроса за повече или по-малко активната роля на оператора на електронния пазар при публикуването на обявите. По-конкретно тя иска да се установи дали фактът, че потребителите възприемат дадена обява или оферта като част от търговската комуникация на оператор на платформа за онлайн продажби, е равнозначен на действително включване на офертата в неговата търговска комуникация, което води до ангажиране на отговорността на този оператор на основание на правото на търговските марки.

[23] Решение от 12 юли 2011 г. (C-324/09, EU:C:2011:474).

[24] Решение от 2 април 2020 г. (C-567/18, наричано по нататък „решението Coty", EU:C:2020:267).

36. Най-накрая, на трето място, запитващата юрисдикция иска да се установи дали може да се счете, че оператор използва знак, когато изпраща стоки, обозначени със спорния знак. Тя счита, че в решение Coty Съдът не се е произнесъл по изпращането на стоки след държането на склад, тъй като по делото, по което е постановено това решение, изпращането е било осигурено от външен изпълнител.

37. При тези обстоятелства Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Районен съд Люксембург) решава да спре производството и да отправи до Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Трябва ли член 9, параграф 2 от [Регламент 2017/1001] да се тълкува в смисъл, че използването на идентичен с марка знак в реклама, публикувана в уебсайт, може да се вмени на оператора на този сайт или на икономически свързани образувания поради смесването в посочения сайт на собствени оферти на оператора или на икономически свързани образувания и на оферти на трети лица продавачи чрез включването на тези оферти в собствената търговска комуникация на оператора или на икономически свързаните образувания?

Подсилва ли се такова включване от факта, че:

– рекламите са представени по еднакъв начин в сайта,

– собствените реклами на оператора и на икономически свързани образувания и тези на трети лица продавачи се публикуват в рекламните рубрики на уебсайтове на трети лица под формата на изскачащо изображение (pop-up), без разлика, що се отнася до техния произход, но показвайки ясно логото на оператора или на икономически свързани образувания,

– операторът или икономически свързани образувания предлагат цялостна услуга на третите лица продавачи, включваща съдействие при изготвянето на рекламите и при определянето на продажните цени, държането на стоките на склад и изпращането им,

– сайтът на оператора и на икономически свързаните образувания е проектиран така, че да се представя под формата на бутици и на марки като „най-продаваните“, „най-търсените“ или „най-предлаганите“, без видима на пръв поглед разлика между собствените стоки на оператора и на икономически свързаните образувания и стоките на третите лица продавачи?

2) Трябва ли член 9, параграф 2 от [Регламент 2017/1001] да се тълкува в смисъл, че използването на идентичен с марка знак в реклама, публикувана в сайт за онлайн продажби, по принцип може да се вмени на оператора на този сайт или на икономически свързани образувания, ако във възприятието на нормално информирания и разумно внимателен потребител в интернет този оператор или икономически свързано образувание има активна роля в изготвянето на тази реклама или ако последната се възприема като част от собствената търговска комуникация на този оператор?

Ще се повлияе ли това възприятие:

– от обстоятелството, че този оператор и/или икономически свързани образувания е/са известен дистрибутор на най-разнообразни стоки, включително на стоки от категорията на тези, които са предмет на рекламата,

– или от обстоятелството, че така показаната реклама представлява заглавна част, в която е възпроизведена марката на услугата на този оператор или на икономически свързаните образувания, като тази марка е известна като марка на дистрибутор,

– или пък от обстоятелството, че този оператор или икономически свързани образувания едновременно с това рекламиране предлага(т) услуги, обичайно предлагани от дистрибуторите на стоки от същата категория като тази, в която попада продуктът, предмет на рекламата?

3) Трябва ли член 9, параграф 2 от [Регламент 2017/1001] да се тълкува в смисъл, че изпращането — в рамките на търговската дейност и без разрешението на притежателя на марка — до крайния потребител на стока, носеща идентичен с марката знак, съставлява използване, за което е отговорен изпращачът, само ако последният действително е запознат с поставянето на този знак върху стоката?

Използва ли съответния знак такъв изпращач, ако самият той или икономически свързано образувание е уведомил(о) крайния потребител, че ще извърши изпращането, след като самият той или икономически свързано образувание е държал(о) стоката на склад за тази цел?

Използва ли съответния знак такъв изпращач, ако самият той или икономически свързано образувание предварително е допринесъл/допринесло активно за публикуването в рамките на търговската дейност на реклама за стоката, носеща този знак, или е регистрирал(о) поръчката на крайния клиент с оглед на тази реклама?“.

38. Преюдициалното запитване постъпва в Съда на 8 март 2021 г. Писмени становища представят страните в главното производство, германското правителство и Европейската комисия. С изключение на германското правителство, те вземат участие в съдебното заседание, проведено на 22 февруари 2022 г.

Б. Дело C-184/21

39. На 4 октомври 2019 г. г-н Louboutin предявява иск за преустановяване на използването на неговата марка от Amazon и за обезщетение за вреди, причинени от това използване, пред Tribunal de l’entreprise francophone de Bruxelles (Френскоезичен търговски съд Брюксел, Белгия).

40. В подкрепа на иска си г-н Louboutin изтъква същите доводи като изложените по дело C-148/21, като набляга по-специално на факта, че от една страна, спорните реклами са включени изцяло в търговската комуникация на Amazon, тъй като в заглавната част на всяка обява присъства полуфигуративната марка на Amazon, която е марка на дистрибутор с голяма известност, и от друга страна, структурата на тези реклами е сходна с тази на обичайните реклами на големите дистрибутори. Г-н Louboutin твърди също, че при разглеждането на въпроса дали рекламата е неразделна част от търговската комуникация на конкретно лице, трябва да се има предвид възприятието на нормално информиран и

разумно внимателен потребител, за когото е предназначена тази реклама. Освен това той твърди, че изпращането на купувача на стока със знак, идентичен с марка, представлява използване на този знак.

41. В отговор Amazon твърди, че офертите за обувки, с които се твърди, че се нарушават права върху марка, публикувани от трети лица продавачи на неговите сайтове за продажби, както и изпращането на обувките, продавани от тези трети лица продавачи, не представляват използване на марката от Amazon и че съгласно постоянната съдебна практика в качеството си на оператор на електронен пазар Amazon не може да носи отговорност за (неразрешено) използване на марка от трети лица. В това отношение Amazon се позовава на неотдавнашно решение на Cour d'appel de Bruxelles (Апелативен съд Брюксел, Белгия)[25], в което този съд постановява, че „използването на марката в обява на трето лице продавач, с която се предлагат за продажба нарушаващи марката стоки, не може да се вмени на оператора на електронния пазар […] дори ако е нагледно идентифициран, тъй като това използване не попада в търговската му комуникация".

42. Запитващата юрисдикция счита, че от една страна, въпросът при какви обстоятелства използването на нарушаващия знак в реклама може да се вмени на оператора на уебсайт за онлайн продажби, който е и дистрибутор, и от друга страна, въпросът дали и при какви обстоятелства възприятието на потребителите на тази реклама трябва да се вземе предвид, за да се заключи, че такова използване може да бъде вменено, са от значение за решаването на отнесения до нея спор. Според тази юрисдикция същото се отнася и до въпроса за обстоятелствата около изпращането на стока, носеща нарушаващ марка знак, на който според нея трябва да се отговори, за да се очертае обхватът на приложение на член 9, параграф 2 от Регламент 2017/1001 в настоящия случай.

43. При тези обстоятелства Tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles (Френскоезичен търговски съд Брюксел, Белгия) решава да спре производството и да отправи до Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Трябва ли член 9, параграф 2 от [Регламент 2017/1001] да се тълкува в смисъл, че използването на идентичен с марка знак в реклама, публикувана в уебсайт, може по принцип да се вмени на оператора на този уебсайт, ако във възприятието на нормално информирания и разумно внимателен потребител в интернет този оператор има активна роля в изготвянето на тази реклама или ако последната може да се възприеме от такъв интернет потребител като част от собствената търговска комуникация на този оператор?

Ще се повлияе ли това възприятие:

– от обстоятелството, че този оператор е известен дистрибутор на най-разнообразни стоки, включително на стоки от категорията на тези, които са предмет на рекламата,

– или от обстоятелството, че така показаната реклама представлява заглавна част, в която е възпроизведена марката на услугата на този оператор, като тази марка е известна като марка на дистрибутор,

[25] Решение от 25 юни 2020 г., RG/2019/AR/1480.

– или от обстоятелството, че този оператор едновременно с това рекламиране предлага услуги, предлагани обичайно от дистрибутори на стоки от същата категория като тази, в която попада продуктът — предмет на рекламата?

2) Трябва ли член 9, параграф 2 от [Регламент 2017/1001] да се тълкува в смисъл, че изпращането — в рамките на търговската дейност и без разрешението на притежателя на марка — до крайния потребител на стока, носеща идентичен с марката знак, съставлява използване, за което е отговорен изпращачът, само ако последният действително е запознат с поставянето на този знак върху стоката?

Използва ли съответния знак такъв изпращач, ако самият той или икономически свързано образувание е уведомил(о) крайния потребител, че ще извърши изпращането, след като самият той или икономически свързано образувание е държал(о) стоката на склад за тази цел?

Използва ли съответния знак такъв изпращач, ако самият той или икономически свързано образувание предварително е допринесъл/допринесло активно за публикуването в рамките на търговската дейност на реклама за стоката, носеща този знак, или е регистрирал(о) поръчката на крайния клиент с оглед на тази реклама?“.

44. Преюдициалното запитване постъпва в Съда на 24 март 2021 г. Писмени становища представят страните в главното производство и Комисията. Същите страни вземат участие в съдебното заседание, проведено на 22 февруари 2022 г.

IV. Анализ

45. Отбелязвам, че всички преюдициални въпроси, отправени до Съда по дела C-148/21 и C-184/21, се отнасят до тълкуването на понятието „използване“ по смисъла на член 9, параграф 2 от Регламент 2017/1001 и че обстоятелствата, посочени във всеки от въпросите, до голяма степен се припокриват [26]. Поради това ще разгледам заедно тези въпроси.

46. С въпросите си запитващите юрисдикции искат по същество да се установи дали член 9, параграф 2 от Регламент 2017/1001 трябва да се тълкува в смисъл, че трябва да се приеме, че операторът на платформа за онлайн продажби използва марка в публикувана от трето лице на тази платформа оферта за продажба, тъй като, от една страна, този оператор публикува по един и същи начин както собствените си оферти, така и оферти на трети лица, без разлика в показването в зависимост от техния произход, като оставя видимо логото си на известен дистрибутор в обявите, и от друга страна, предлага на третите лица продавачи допълнителни услуги по държане на склад и изпращане на стоките, които се предлагат онлайн на платформата му, като уведомява потенциалните купувачи, че поема отговорност за тези дейности. Освен това запитващите юрисдикции искат Съдът да установи дали възприятието на нормално информиран и разумно внимателен интернет потребител е от значение за тълкуването на понятието „използване“ по смисъла на тази разпоредба.

47. За да отговоря на отправените до Съда преюдициални въпроси, ще започна с припомняне на съдебната практика относно понятието „използване“ на марката по смисъла на член 9, параграф 2 от Регламент 2017/1001 и ще изложа причините, поради които считам, че от тази съдебна практика следва, че прилагането на това понятие изисква

[26] Вж. точки 90 и 91 от настоящото заключение.

да се вземе предвид възприятието на потребител на съответната платформа. След това ще анализирам последиците от това, когато трябва да се определи дали, поради описаните от запитващите юрисдикции особености на начина му на функциониране, Amazon използва марка, включена в оферта за продажба, публикувана от трето лице на неговия уебсайт.

A. Определяне на аналитичната рамка

48. Съгласно член 9, параграф 2 от Регламент 2017/1001, който възпроизвежда по същество член 9, параграф 1 от Регламент № 207/2009, притежателят на марка на Европейския съюз има право да забрани на всяко трето лице да *използва* в търговската дейност без негово съгласие знак, идентичен с марката, когато този знак се използва за стоки или услуги, идентични с тези, за които е регистрирана марката. Разпоредбите на Регламент 2017/2001 обаче не дефинират понятието „използване“, поради което принципите за тълкуване на това понятие са изведени в практиката на Съда.

1. Недостатъчна пълнота на установената в досегашната съдебна практика дефиниция

49. Съдът е постановил, че терминът „използване“ в член 9, параграф 2 от Регламент 2017/1001 предполага активно поведение и пряк или непряк контрол върху действието, съставляващо използването, от трето лице посредник в интернет [27].

50. Това изискване за активно поведение и пряк или непряк контрол върху действието, съставляващо използването, произтича, от една страна, от структурата на член 9 от Регламент 2017/1001, тъй като в параграф 3 на тази разпоредба неизчерпателно се изброяват видовете използване, които притежателят на марка може да забрани, и се посочват само активни действия на третото лице [28]. От друга страна, това изискване произтича от целта на член 5, параграф 1 от посочения регламент, която е да предостави на притежателя правен инструмент, който му позволява да забрани и следователно да прекрати всяко използване на марката от трето лице без неговото съгласие. Единствено трето лице обаче, което има пряк или непряк контрол върху действието, съставляващо използването, е в състояние да прекрати на практика това използване [29]. Следователно това изискване е израз на принципа impossibilium nulla obligatio est (никой не може да бъде задължен да прави нещо невъзможно) [30].

51. Освен това Съдът последователно приема, че използването от интернет посредник „най-малкото изисква то[зи посредник] да използва знака в рамките на собствената си търговска комуникация“ [31]. Това условие, което се вписва в прякото продължение на условието за активно поведение, според мен представлява същината на понятието „използване“, когато става дума за посредник, извършващ дейността си по интернет. Това условие е необходимо, за да се признае използването на знак, и ако то не е изпълнено, няма да е налице използване.

[27] Решения от 3 март 2016 г., Daimler (C-179/15, EU:C:2016:134, т. 41), и от 2 юли 2020 г., mk advokaten (C-684/19, EU:C:2020:519, т. 23).

[28] Решение от 3 март 2016 г., Daimler (C-179/15, EU:C:2016:134, т. 40).

[29] Решение от 3 март 2016 г., Daimler (C-179/15, EU:C:2016:134, т. 41).

[30] Вж. *Kur*, A., *Senftleben*, M., op. cit., p. 276.

[31] Решение от 23 март 2010 г., Google France и Google (C-236/08—C-238/08, наричано по-нататък „решението Google“, EU:C:2010:159, т. 56), решение eBay (т. 102) и решение Coty (т. 39).

52. Трябва да се посочи, че условието знакът да се използва от интернет посредник в собствената му търговска комуникация, винаги досега е позволявало да се изключи наличието на използване от този посредник. Така в решение Google Съдът е приел, че доставчикът на услуга по интернет каталогизиране не използва знака в рамките на търговската си комуникация, тъй като само позволява на клиентите си да използват знаци, идентични на марка, и така само създава необходимите технически условия за използването на даден знак[32]. По същия начин в решение eBay[33] Съдът е приел, че операторът на електронен пазар не използва съответния знак в търговската си комуникация, когато предоставя услуга, изразяваща се в осигуряване на възможност на неговите клиенти да покажат този знак в рамките на търговските си дейности, а в решение Coty[34] — че държането на склад на стоки, на които е поставен съответният знак, не представлява използване на знака в рамките на собствената търговска комуникация на трето лице, когато самото то не предлага съответните стоки за продажба, нито ги пуска на пазара.

53. Следва да се отбележи обаче, че това условие никога не е било дефинирано по-подробно в практиката на Съда и че доктрината не разглежда по-отблизо този въпрос[35], поради което не е напълно ясно какво точно обхваща понятието „използване на знак от посредник в търговската му комуникация“[36]. Използването единствено в отрицателен смисъл на това условие, което служи само да се докаже липсата на използване на даден знак дори в конкретния случай, довел до узнаването за използването, задълбочава тази неяснота.

54. Следователно, макар на пръв поглед при прочита на практиката на Съда да не е лесно да се определи какво със сигурност означава понятието „използване на знак от посредник в собствената му търговска комуникация“, и начинът, по който може да се установи, че това условие е изпълнено, по-внимателният анализ на това понятие все пак позволява да се очертаят границите му.

2. „Използване на знак от посредник в търговската му комуникация“: понятие, което непременно включва гледната точка на потребителя на платформата

55. Понятието „търговска комуникация на предприятие“ обикновено обозначава всяка форма на комуникация, предназначена да насърчава осъществяването на неговата дейност, продажбата на стоки или услуги или да указва упражняването на такава дейност. Търговската комуникация е предназначена за трети лица, за да представи или

[32] Решение Google (т. 56 и 57).

[33] Точка 102 от това решение.

[34] Точка 47 от това решение. По констатацията за липса на използване на даден знак поради неизползване на знака от посредник в търговската му комуникация, освен случаите на интернет посредници, вж. също решения от 15 декември 2011 г., Frisdranken Industrie Winters (C-119/10, EU:C:2011:837), и от 16 юли 2015 г., TOP Logistics и др. (C-379/14, EU:C:2015:497).

[35] Това се отбелязва от някои автори. Вж. *Marsoof*, A., op. cit., p. 37 и *Ullrich*, C., op. cit., p. 358.

[36] Относно неяснотата на понятието „използване“ вж. *Kur*, A., *Senftleben*, M., op. cit., p. 275.

популяризира дейността на това предприятие. Следователно тази комуникация има чисто външна насоченост, като съгласно общоприетото разбиране терминът „комуникация“ впрочем се дефинира като „съобщавам някому нещо“, „запознавам някого с нещо“ [37].

56. Така комуникацията се осъществява само в отношенията между предприятието, използващо знака, и трети лица, а по този начин използването на даден знак от интернет посредник в търговската му комуникация предполага, че извън това предприятие съответният знак се възприема като неразделна част от него. С други думи, посредникът си присвоява знака до такава степен, че този знак изглежда като част от неговата дейност.

57. Тази идея не е нова. Съдът е постановил, че е налице използване на знак, когато третото лице „използва този знак по начин, по който се установява връзка между посочения знак и стоките, с които третото лице търгува, или услугите, които то предоставя“ [38]. Макар оттогава условието за наличие на такава връзка да не се прилага изрично по отношение на интернет посредници и да е заменено с условието знакът да се използва в собствената търговска комуникация на посредника, това е така, защото последното условие се основава на същата логика.

58. Всъщност условието за използване на знака в търговската комуникация предполага, че интернет посредникът използва знака по такъв начин, че адресатът на тази търговска комуникация може да установи особена връзка между посредника и съответния знак [39], като тази особена връзка произтича от присвояването на този знак от посредника.

59. Следователно това условие трябва да се анализира от гледна точка на потребителя на електронния пазар, който е адресат на търговската комуникация на оператора на електронния пазар, за да може да се установи дали ползвателят възприема въпросния знак като част от тази търговска комуникация, доколкото интернет посредникът си е присвоил този знак.

60. Следва да отбележа, че необходимостта да се възприеме гледната точка на този потребител, вече е била подчертана от генералния адвокат Campos Sánchez Bordona в заключението му по дело Coty Germany [40], в което той посочва, че „се сп[и]ра върху гледната точка на краен потребител“, и отбелязва, че „[д]околкото купувачът би могъл да смята, че [операторът на електронния пазар] е [този], ко[й]то пуска на пазара [продукта]“, би могло да се заключи, „че е налице използване“.

[37] За запознатите с правото на интелектуалната собственост терминът „комуникация“ напомня за понятието „публично разгласяване“ по смисъла на член 3, параграф 1 от Директива (ЕС) 2019/790 на Европейския парламент и на Съвета от 17 април 2019 година относно авторското право и сродните му права в цифровия единен пазар и за изменение на директиви 96/9/ЕО и 2001/29/ЕО (ОВ L 130, 2019 г., стр. 92). Няма обаче да се спирам на съдебната практика относно тълкуването на това понятие, за да дефинирам понятието „търговска комуникация“ така, както то произтича от практиката на Съда относно използването на знак. Всъщност понятието „публично разгласяване“ е самостоятелно понятие на правото на Съюза в различен контекст, в който предоставянето на достъп до произведение само по себе си представлява винаги евентуално нарушение на право върху интелектуална собственост, докато квалификацията „използване“ може да е налице само в търговската дейност и предполага по-задълбочен анализ.

[38] Определение от 19 февруари 2009 г., UDV North America (C-62/08, EU:C:2009:111, т. 47).

[39] Както отбелязва генералният адвокат Kokott в заключението си по дело Frisdranken Industrie Winters (C-119/10, EU:C:2011:258, т. 28).

[40] C-567/18, EU:C:2019:1031, т. 53.

61. Ето защо ми се струва, че част от вътрешната логика на условието за използване на знака от посредника в търговската му комуникация е тази комуникация да се преценява от гледна точка на нейния адресат, а именно на интернет потребителя, който е ползвател на съответната платформа.

62. Трябва да уточня и кой потребител на електронния пазар следва да се вземе предвид, за да се определи дали според възприятието му съответният знак е включен в търговската комуникация на оператора. Запитващите юрисдикции предлагат да се възприеме гледната точка на „нормално информиран и разумно внимателен интернет потребител“.

63. Този израз е в съзвучие с критерия, възприет за определяне дали използването на знак от трето лице засяга една от основните функции на марката. В рамките на този анализ всъщност Съдът проверява дали е позволено на „относително осведомен и в разумни граници наблюдателен интернет потребител да разбере дали [обозначени с марка] стоки или услуги са с произход от притежателя на марката[,] или […] от трето лице“ [41].

64. Наистина, както изтъкват Комисията и Amazon, въпросът дали операторът на електронен пазар използва дадена марка и въпросът дали това използване може да засегне една от функциите на марката са два отделни въпроса.

65. Що се отнася до втория въпрос, анализът се съсредоточава върху стоката или услугата, обозначена със съответния знак, за да се определи дали един нормално информиран и разумно внимателен потребител може неправилно да възприеме този знак като произхождащ от притежателя на дадена марка. От своя страна първият въпрос не изисква разглеждането на стоката или услугата, обозначена със съответния знак, а само на търговската комуникация на оператора, за да се определи дали съответният знак се възприема от потребителите на платформата като пряко използван от оператора в рамките на дейността му.

66. Освен това тези два анализа следват различна логика. Всъщност отговорът на въпроса дали е налице засягане на една от функциите на марката, и по-специално на функцията ѝ за указване на произход, обхваща защита не само на правата на притежателя на марката, но и на интересите на потребителите [42]. Обратно, въпросът дали е налице използване на марка се отнася само до отношенията между притежателя на въпросната марка и предполагаемия нарушител, тъй като има за цел да се установи дали с действията си това трето лице упражнява изключителните правомощия на притежателя на марката.

67. Тези съображения обаче не дават основание да се вземе предвид и възприятието на нормално информиран и разумно внимателен интернет потребител, за да се установи дали въпросният знак е включен в търговската комуникация на платформа за онлайн продажби. Обратно, считам, че отправната точка за установяване дали даден посредник си е присвоил знака посредством използването му в търговската си комуникация, неминуемо е информираният и разумно внимателен интернет потребител като адресат на търговската комуникация на оператора на платформата.

[41] Решение Google (т. 84).

[42] Относно основните функции на марката вж. *Kur*, A., *Senftleben*, M., op. cit., p. 6.

68. Наличието на такава аналитична рамка за използването на знак от посредник в търговската му комуникация, а следователно и на понятието „използване“ на този знак от интернет посредниците, не се поставя под въпрос от довода на Amazon и на Комисията, че Съдът не е посочил изрично необходимостта да се вземе предвид възприятието на интернет потребителите в това отношение.

69. На първо място, както отбелязах в точки 52 и 53 от настоящото заключение, понятието „използване на знак от посредник в търговската му комуникация“ се употребява само в отрицателен смисъл, в случаи, в които Съдът е приел, че посредникът не е използвал съответния знак в търговската си комуникация. Следователно подобен извод не може да се изведе от обстоятелството, че възприятието на интернет потребителите не е взето предвид, за да се докаже, че съответният знак е неразделна част от търговската комуникация на посредника в случаи, при които това не е така, доколкото анализът на възприятието на интернет потребителя е от значение само ако е налице съмнение относно използването на знака от посредника в търговската му комуникация.

70. На второ място, това важи в още по-голяма степен, тъй като възприетото от Съда разрешение в тези решения при всички положения може да се обоснове с обстоятелството, че съответният знак се възприема от нормално информиран и разумно внимателен интернет потребител като използван от операторите в търговската им комуникация. Така в решение Google[43] Съдът приема, че доставчикът на услуга по интернет каталогизиране, който за сметка на някои от своите клиенти съхранява като ключови думи знаци, идентични с марки, и организира визуализирането на съобщения чрез използване на тези ключови думи, осъществява само обичайната си дейност и следователно не се възприема от информиран интернет потребител в смисъл, че самият той използва въпросните знаци в търговската си комуникация. По същия начин в решение eBay[44] Съдът приема, че доколкото операторът на електронния пазар е доставчик на услуга, изразяваща се в осигуряване на възможност на неговите клиенти да покажат на неговия сайт в рамките на търговските си дейности, като например предложения за продажба, знаци, съвпадащи с марки, от гледна точка на нормално информиран и разумно внимателен потребител този оператор не излиза от ролята на посредник и не използва той самият тези знаци в търговската си комуникация.

71. На трето място, в решение eBay[45] Съдът е признал, без обаче да посочва условието за използване на знак от оператор на електронен пазар в собствената му търговска комуникация, че когато избира в търсачката на Google съвпадащи с марки ключови думи, за да се показва *спонсорирана* връзка към уебсайт заедно с търговско съобщение относно възможността за закупуване на стоки с търсената марка чрез неговия уебсайт, този оператор използва марка. В такъв случай обаче именно поради това, че съобщенията и препратките, които eBay показва, представляват също реклама за електронния пазар като такъв, и следователно поради това, че нормално информиран и разумно внимателен интернет потребител възприема въпросната марка като част от собствената търговска комуникация на eBay, Съдът постановява, че eBay е използвало тази марка.

72. Ето защо считам, че възприятието на нормално информиран и разумно внимателен интернет потребител на платформа за онлайн продажби е релевантен елемент, за да се определи дали операторът на тази платформа използва даден знак в търговската си

[43] Точка 53 от това решение.

[44] Точка 102 от това решение.

[45] Точки 84 и 85 от това решение.

комуникация. Подобен критерий, който предполага нормална степен на информираност и разумно внимание на потребителя, според мен е още по-обоснован, тъй като за част от потребителите на онлайн платформите за продажби е без значение кой е продавачът, и единственият критерий за покупка са продуктът и неговата цена. Следователно тези потребители не могат да послужат като еталон за установяване дали даден знак се възприема не само като използван от трети лица продавачи, но и като неразделна част от търговската комуникация на оператора на тази платформа. Ето защо ми се струва необходимо да се вземе предвид средностатистически потребител, за когото тази информация е от значение.

73. Накрая и на последно място, трябва да уточня, че признаването на използване на знак по смисъла на член 9, параграф 2 от Регламент 2017/1001 от продавача на стока посредством платформа за онлайн продажби не изключва възможността посредникът, който стопанисва тази платформа, теоретично също да използва този знак, когато използва съответния знак в търговската си комуникация.

74. Именно въз основа на тези съображения ще анализирам дейността на оператор на платформа за онлайн продажби така, както е описана от запитващите юрисдикции, за да определя дали може да се счете, че този оператор използва съответната марка по смисъла на член 9, параграф 2 от Регламент 2017/1001, доколкото използва тази марка в търговската си комуникация.

Б. По отражението на начина на функциониране на Amazon върху признаването на „използване“ на марката по смисъла на член 9, параграф 2 от Регламент 2017/1001

75. С първия и третия въпрос по дело C-148/21 и с втория въпрос по дело C-184/21 запитващите юрисдикции искат по същество да се установи дали член 9, параграф 2 от Регламент 2017/1001 трябва да се тълкува в смисъл, че може да се приеме, че операторът на платформа за онлайн продажби използва марка в публикувана от трето лице на тази платформа оферта за продажба, тъй като, от една страна, този оператор публикува по един и същи начин както офертите на трети лица, така и собствените си оферти, без разлика в показването в зависимост от техния произход, като оставя видимо логото си на известен дистрибутор и в обявите на своя интернет сайт, и в рекламните рубрики на уебсайтове на трети лица, и от друга страна, предлага на третите лица продавачи допълнителни услуги по държане на склад и изпращане на стоките, които се предлагат онлайн на платформата му, като уведомява потенциалните купувачи, че поема отговорност за предоставянето на тези услуги.

1. Очертаване на обхвата на преюдициалните въпроси

76. В самото начало ми се струва важно да се припомни, че посочените в предходната точка въпроси се отнасят само до хипотезата на пряка отговорност на оператора, който стопанисва платформа за онлайн продажби и е използвал знак, идентичен с марка, по смисъла на член 9 от Регламент 2017/1001. Както посочих в точки 8 и 10 от настоящото заключение, този въпрос се различава от въпроса за непряката отговорност на интернет посредниците за действията, извършени от трети лица посредством техните услуги.

77. Следователно анализът, който предлагам, не засяга възможността запитващите юрисдикции да изследват значението на правни норми, различни от тази по член 9 от Регламент 2017/1001, доколкото един икономически оператор е направил възможно друг оператор да използва дадена марка.

78. Всъщност обстоятелството, че даден знак не е включен в търговската комуникация на оператора на платформа за онлайн продажби, не означава, че този оператор никога не носи отговорност за нарушения на права на притежатели на марки, а само че установяване на тази отговорност следва да се търси въз основа на националното право като вторична отговорност.

79. В такъв случай запитващите юрисдикции следва да установят въз основа на националното право дали може да се ангажира евентуалната непряка отговорност на интернет посредника, като се има предвид, че такава отговорност трябва да се съвмести със случаите на освобождаване от отговорност, предвидени в Директивата за електронната търговия.

80. Освен това арсеналът от мерки за защита на правата на притежател на марка, които могат да бъдат предприети спрямо интернет посредника, позволил на трето лице да използва даден знак посредством предоставяните от него услуги, не се ограничава до ангажирането на отговорността на този посредник, независимо дали тя е пряка, или непряка. Така в член 11, трето изречение от Директива 2004/48 се предвижда, че съдебни забрани могат да се издават срещу посредници, чиито услуги се използват от трети лица за нарушаване на право върху интелектуална собственост.

81. След тези уточнения ще изложа причините, поради които считам, че операторът на онлайн платформа като Amazon не използва знак по смисъла на член 9 от Регламент 2017/1001 при упражняване на дейността си така, както е описана от запитващите юрисдикции.

2. По спецификите на модела на Amazon

82. Първият преюдициален въпрос по дело C-148/21 се отнася главно до дейността на оператора на електронен пазар, свързана с публикуване на оферти за продажба на трети лица продавачи на уебсайта му, когато тези оферти показват знак, идентичен с марка. Както посочих в точка 52 от настоящото заключение и както отбелязва Amazon, Съдът е приел, че тази дейност не съставлява използване на този знак по смисъла на член 9, параграф 2 от Регламент 2017/1001[46].

83. Както обаче отбелязва запитващата юрисдикция по дело C-148/21, дейността на оператора на платформа за онлайн продажби като Amazon се различава от тази на оператора на електронен пазар, предмет на решение eBay. Така тази юрисдикция подчертава, че предвид начина, по който се показват, офертите на трети лица продавачи не се различават от офертите на Amazon. Освен това тя отбелязва, че логото на Amazon, което е известен дистрибутор, се появява системно във всички оферти за продажба както на електронния пазар, така и на уебсайтовете на трети лица при рекламни съобщения. Накрая тя подчертава, че самото Amazon включва тези оферти за продажба към някои бутици на уебсайта си или в списъци на стоки.

[46] Вж. решение eBay.

84. Според мен обаче нито едно от тези обстоятелства не може да постави под въпрос извода на Съда, направен в решение eBay. Всъщност считам, че тези обстоятелства не могат да накарат нормално информирани и разумно внимателни интернет потребители да възприеме знаците, съдържащи се в обявите на трети лица продавачи, като неразделна част от търговската комуникация на оператора на платформа за онлайн продажби.

85. Що се отнася до това, че офертите на третите лица продавачи не се различават от тези на Amazon, несъмнено е вярно, че тези оферти са представени по еднакъв начин и включват логото на Amazon, което е известен дистрибутор. Както обаче е видно от примерите за оферти, съдържащи се в акта за преюдициално запитване по дело C-148/21, ще отбележа, че в обявите винаги се уточнява дали стоките се продават от трети лица продавачи, или директно от Amazon.

86. Освен това, макар Amazon да е дистрибутор, който се ползва с голяма известност, това дружество е също толкова известно и с дейността си на електронен пазар. Следователно на потребителите на платформата е известно, че се публикуват онлайн както обяви за стоки, продавани пряко от Amazon, така и обяви, публикувани от трети лица продавачи. Ето защо самото наличие на логото на Amazon може също да укаже на потребителя, че става дума за обява, публикувана от трето лице продавач. При тези обстоятелства фактът, че обявите на Amazon и тези на трети лица продавачи се публикуват съвместно, не може да накара един нормално информиран и разумно внимателен интернет потребител да възприеме показаните в обявите на трети лица продавачи знаци като част от търговската комуникация на Amazon.

87. Същите съображения важат по отношение на рекламните съобщения, публикувани на уебсайтове на трети лица, включващи логото на Amazon и препращащи към оферти за продажба, публикувани на уебсайта на Amazon от трети лица продавачи.

88. Същото се отнася и за включването от Amazon на обяви на трети лица продавачи към бутици на неговата платформа или в списъци на най-продаваните или най-предлаганите стоки. Както отбелязва Комисията, това включване в действителност е част от организацията на платформата на това дружество. Освен това в съдебното заседание Amazon посочва, че тази организация става автоматично, като се групират обяви за сходни стоки, както и въз основа на най-търсените или най-продаваните стоки. Следователно тази организация е неразделна част от ролята на един интернет посредник като Amazon, в качеството му на оператор на електронен пазар, и се възприема от нормално информирани и разумно внимателни интернет потребители само като мярка, свързана с представянето и подреждането на платформата на този интернет посредник.

89. С първия си преюдициален въпрос по дело C-148/21 запитващата юрисдикция иска от Съда да установи и дали обстоятелството, че Amazon предлага „цялостна“ услуга, която включва съдействие при изготвяне на обявите, държане на някои стоки на склад и изпращането им, оказва влияние върху квалифицирането като „използване“ на знак, поставен върху тези обяви от Amazon.

90. По същество този въпрос е в същата насока като третия въпрос по дело C-148/21 и втория въпрос по дело C-184/21, с които се иска да се установи дали държането на склад и изпращането на стоки с идентичен на марка знак, за които Amazon също е допринесло активно при изготвянето и публикуването на офертите за продажба, съставляват използване на марката по смисъла на член 9, параграф 2 от Регламент 2017/1001.

91. Следователно, както отбелязва германското правителство, за да се отговори на тези въпроси, следва да се извърши цялостен анализ на действията на Amazon, за да се установи дали участието на това дружество, от публикуването на обява със спорния знак до изпращането на съответната стока, може да се квалифицира като използване на този знак. Според мен случаят не е такъв.

92. Несъмнено такова участие, характерно за начина на функциониране на Amazon, поне по принцип може да даде на това дружество по-голям контрол върху продажбата на нарушаваща марката стока. Това участие обаче, което е в полза на потребителя, тъй като в действителност има за цел да осигури бърза доставка и гаранция след закупуването на стока и по този начин да увеличи известността на платформата за онлайн продажби, според мен не е достатъчно, за да се докаже, че Amazon използва съответния знак в търговската си комуникация.

93. Всъщност в решение Coty[47] Съдът вече е постановил, че няма как да се приеме, че знакът е използван в рамките на собствената търговска комуникация на оператора на електронен пазар, когато той държи на склад стоки, на които е поставен знак за сметка на трето лице продавач, без самият той да има за цел да предлага тези стоки или да ги пусне на пазара. Не виждам кое налага различен извод, когато този оператор изпраща такива стоки за сметка на трето лице. В подобна хипотеза за нормално информирани и разумно внимателни интернет потребители е очевидно, че единствено третото лице продавач възнамерява да предлага стоките и да ги пусне на пазара[48].

94. Този извод не се обезсилва от факта, че самото Amazon публикува въпросните обяви. Всъщност, както вече посочих, според мен публикуването на тези обяви не представлява използване по смисъла на член 9, параграф 2 от Регламент 2017/1001[49]. Считам, че две действия, които не представляват използване по смисъла на тази разпоредба, не трябва да се оценяват по различен начин само поради това, че са предмет на цялостен анализ.

95. При тези обстоятелства считам, че на поставените от запитващите юрисдикции по дело C-148/21 и дело C-184/21 преюдициални въпроси следва да се отговори, че член 9, параграф 2 от Регламент 2017/1001 трябва да се тълкува в смисъл, че не може да се приеме, че операторът на платформа за онлайн продажби използва марка в публикувана от трето лице на тази платформа оферта за продажба, тъй като, от една страна, този оператор публикува по един и същи начин както собствените си оферти, така и оферти на трети лица, без разлика в показването в зависимост от техния произход, като оставя видимо логото си на известен дистрибутор в обявите както на уебсайта си, така и в рекламните рубрики на уебсайтове на трети лица, и от друга страна, предлага на третите лица продавачи допълнителни услуги по съдействие, държане на склад и изпращане на стоките, които се предлагат онлайн на платформата му, като уведомява потенциалните купувачи, че поема отговорност за предоставянето на тези услуги, при условие че такива обстоятелства не карат нормално информиран и разумно внимателен интернет потребител да възприеме съответната марка като неразделна част от търговската комуникация на оператора.

47 Точки 45—47 от това решение.

48 Решение Coty (т. 47).

49 Вж. точка 84 и сл. от настоящото заключение.

3. Спецификите на правото относно марките

96. Едно такова разрешение предполага, че за понятието „използване“ по смисъла на член 9 от Регламент 2017/2011 са без значение спецификите на модела на оператора на платформа за онлайн продажби като Amazon, който включва съвкупност от услуги от публикуването на оферти за продажба до изпращането на съответните стоки.

97. Този подход обаче се ограничава до тълкуването само на това понятие и не може да се отнесе към други области. С други думи, макар включването на различни услуги от оператора на платформа за онлайн продажби да не означава само по себе си, че може да се счете, че този оператор използва знак, дори ако това включване може да доведе до по-активна роля, това все пак не означава, че подобно включване не оказва никакво влияние върху квалифицирането на предоставяните от този оператор услуги в други области на правото.

98. Имам предвид по-специално подхода, възприет от Съда по делата, довели до постановяване на решения Asociación Profesional Elite Taxi[50] и Uber France[51]. Всъщност от тези решения е видно, че включването на няколко услуги, предоставяни от предприятие, което му позволява да упражнява контрол върху всички релевантни аспекти на услуга по градски транспорт, предполага, че подобна услуга трябва да се разглежда не като обикновена посредническа услуга, имаща за цел да се осъществи връзка между пътници и шофьори, а като една-единствена доставка на услуги, за която това предприятие носи отговорност. С други думи, по-големият контрол на предприятието върху всички аспекти на дадена услуга се отразява със сигурност върху посредническата роля на това предприятие, по-специално от гледна точка на правните норми на Съюза относно електронната търговия.

99. Този извод обаче не може да се приложи и по отношение на тълкуването на понятието „използване“, предмет на разглеждане по настоящото дело. В рамките на това тълкуване целта не е да се квалифицира услугата, предоставяна от оператора на платформа за онлайн продажби, а по-скоро да се установи дали дейността му не води до това да бъде възприеман в смисъл, че използва знак в търговската си комуникация. Следователно тези два въпроса неминуемо намират отговор въз основа на различни съображения.

100. Освен това те следват различна логика. Квалифицирането на предоставяната от доставчик услуга в интернет може да окаже въздействие върху отговорността му по отношение на потребителя на управляваната от него платформа. Лесно може да се разбере, че колкото повече този доставчик упражнява контрол върху предоставяната услуга, в толкова по-голяма степен той носи отговорност. Що се отнася до това дали посоченият доставчик използва марка по смисъла на Регламент 2017/1001, случаят не е такъв, тъй като този въпрос се отнася само до защита на правата на притежателя на съответната марка.

V. Заключение

101. С оглед на изложените по-горе съображения предлагам на Съда да отговори на преюдициалните въпроси, поставени от Tribunal d’arrondissement de Luxembourg (Районен съд Люксембург) по дело C-148/21 и от Tribunal de l’entreprise francophone de Bruxelles

[50] Решение от 20 декември 2017 г. (C-434/15, EU:C:2017:981).

[51] Решение от 10 април 2018 г. (C-320/16, EU:C:2018:221).

(Френскоезичен търговски съд Брюксел, Белгия) по дело C-184/21, че член 9, параграф 2 от Регламент (ЕС) 2017/1001 на Европейския парламент и на Съвета от 14 юни 2017 година относно марката на Европейския съюз трябва да се тълкува в смисъл, че не може да се приеме, че операторът на платформа за онлайн продажби използва марка в публикувана от трето лице на тази платформа оферта за продажба, тъй като, от една страна, този оператор публикува по един и същи начин както собствените си оферти, така и оферти на трети лица, без разлика в показването в зависимост от техния произход, като оставя видимо логото си на известен дистрибутор в обявите както на уебсайта си, така и в рекламните рубрики на уебсайтове на трети лица, и от друга страна, предлага на третите лица продавачи допълнителни услуги по съдействие, държане на склад и изпращане на стоките, които се предлагат онлайн на платформата му, като уведомява потенциалните купувачи, че поема отговорност за предоставянето на тези услуги, при условие че такива обстоятелства не могат да накарат нормално информиран и разумно внимателен интернет потребител да възприеме съответната марка като неразделна част от търговската комуникация на оператора.