Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
MACIEJ SZPUNAR
2 päivänä kesäkuuta 2022[1]

Yhdistetyt asiat C-148/21 ja C-184/21

Christian Louboutin
vastaan
Amazon Europe Core Sàrl,
Amazon EU Sàrl ja
Amazon Services Europe Sàrl (C-148/21)
(Ennakkoratkaisupyyntö – Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (piirituomioistuin, Luxemburg))
ja
Christian Louboutin
vastaan
Amazon.com Inc. ja
Amazon Services LLC (C-184/21)

(Ennakkoratkaisupyyntö – Tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles (Brysselin ranskankielinen yritystuomioistuin, Belgia))

Ennakkoratkaisupyynnöt – Immateriaalioikeudet – Tavaramerkkioikeus – EU-tavaramerkin oikeusvaikutukset – Tavaramerkkiin perustuvat oikeudet – Oikeus kieltää kolmansia osapuolia käyttämästä samanlaista tai samankaltaista merkkiä samanlaisia tai samankaltaisia tavaroita tai palveluja varten – Käytön käsite

I Johdanto

1. Vaikka kysymys välittäjien vastuusta ei ole sinänsä mitenkään uusi, se nousee silti jatkuvasti esiin, kun internet-alalla kehitetään uusia välitystoiminnan muotoja. Tästä ovat osoituksena unionin tuomioistuimen käsiteltäväksi viime vuosina saatetut lukuisat internetalustojen toimintaa koskevat asiat,[2] joihin nyt käsiteltävät ennakkoratkaisupyynnöt lukeutuvat. Pyynnöt on esitetty asioissa, joissa Christian Louboutin on vastakkain yhtäältä Amazon Europe Core Sàrlin, Amazon EU Sàrlin ja Amazon Services Europe Sàrlin (asia C-148/21) ja toisaalta Amazon.com Inc:n ja Amazon Services LLC:n (asia C-184/21) (jäljempänä yksin tai yhdessä Amazon) kanssa.

[1] Alkuperäinen kieli: ranska.

[2] Ks. esim. tuomio 20.12.2017, Asociación Profesional Elite Taxi (C-434/15, EU:C:2017:981), tuomio 19.12.2019, Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112), tai tuomio 22.6.2021, YouTube ja Cyando (C-682/18 ja C-683/18, EU:C:2021:503).

2. Tilanne ei ole yllättävä. Internet on sekä sosiaalisesti että taloudellisesti yhä tärkeämmässä asemassa yhteiskunnissamme, ja internetissä toimivilla välittäjillä on tältä osin keskeinen merkitys. Ne mahdollistavat sen, että käyttäjät voivat hakea, vaihtaa, jakaa ja tuottaa sisältöjä, ostaa ja myydä tavaroita ja palveluja sekä luoda ja ilmaista itseään internetissä.[3] Ne tarjoavat käyttäjille mahdollisuuden käyttää tiettyjä sisältöjä. Vaikka internetissä toimivia välittäjiä voidaan tietyssä mielessä pitää perinteisten välittäjien virtuaalisena vastineena, internet-ala, jolle ovat ominaisia jatkuvat tekniset innovaatiot, suosii ennen muuta sellaisten uusien välitystoiminnan muotojen kehittämistä, joille ei löydy vastinetta tosimaailmasta[4] ja joiden käytännön merkitystä ei voida sivuuttaa, minkä vuoksi niitä on perusteltua säännellä.

3. Internetissä toimivien välittäjien kasvava merkitys tarkoittaa nimittäin väistämättä sitä, että niiden toiminta kilpailee muiden talouden toimijoiden toiminnan kanssa ja että se voi tietyssä määrin uhata jälkimmäisten oikeuksia. Tämä koskee erityisesti niitä talouden toimijoita, joilla on immateriaali- ja erityisesti tavaramerkkioikeuksia, koska verkkokauppa-alustoilla saatetaan esimerkiksi loukata näitä oikeuksia, jolloin herää kysymys siitä, voiko tällaisia alustoja ylläpitäville välittäjille syntyä vastuu. Verkkokauppa-alustojen toiminnan kehittäminen ja siihen liittyvät teknologiset innovaatiot parantavat tuotteiden saatavuutta kuluttajille ja edistävät niiden myyntiä. Liikkeeseen laskettujen tuotteiden määrä kasvaa siten automaattisesti. Tämä pätee myös immateriaalioikeuksia loukkaaviin tuotteisiin.[5]

4. Se, että verkkokauppa-alustaa ylläpitäviä välittäjiä pyritään saattamaan vastuuseen näiden alustojen kautta tapahtuvasta väärennettyjen tuotteiden myynnistä, on hyvin ymmärrettävää, kun tilannetta tarkastellaan sen toimijan kannalta, jonka tavaramerkkiä kyseisellä alustalla on loukattu. Pitää toki paikkansa, että loukkaukseen syyllistyy ensisijaisesti verkkokauppa-alustaa käyttävä myyjä, joka on tarjonnut myyntiin näitä oikeuksia loukkaavia tuotteita. Näitä myyjiä on kuitenkin pääsääntöisesti vaikea yksilöidä, ja myös niiden sijainti voi olla esteenä vastuun syntymiselle.[6]

5. Välittäjä on se, joka mahdollistaa teknisesti tällaisen kolmannen osapuolen tekemän loukkauksen, ja alusta on välittäjän hallinnassa. Se voisi ainakin periaatteessa saada loukkaamisen lakkaamaan. Tästä syystä tavaramerkin haltijasta voi vaikuttaa tehokkaammalta pyrkiä vetoamaan ennemminkin välittäjän kuin kolmannen myyjän vastuuseen,[7] riippumatta siitä, onko kyse sen suorasta vastuusta oikeudenloukkaajana tai välillisestä vastuusta, joka perustuu menettelyihin, joihin kolmas osapuoli on syyllistynyt välittäjän tarjoamien palvelujen kautta.[8]

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

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

5 Maailmassa liikkeeseen laskettujen immateriaalioikeuksia loukkaavien tuotteiden volyymi on nykyään noin 2,5 % maailmankaupasta. Ks. OECD/EUIPO, *Global Trade in Fakes, a Worrying Threat*, Illicit Trade, OECD Publishing, Pariisi, 2021, s. 61.

6 Van Eecke, S., ”Online service providers and liability: A plea for a balanced approach”, *Common Market Law Review*, 2011, nro 48, osa 5, s. 1455.

7 Teoreettisista ja taloudellisista perusteista internetissä toimivien välittäjien vastuun syntymiselle, ks. edellä alaviitteessä 4 mainittu teos Marsoof, A., s. 5–10; edellä alaviitteessä 3 mainittu teos Ullrich, C., s. 104–108 ja Ohly, A., ”The Liability of Intermediaries for Trademark Infringement”, *Research Handbook on Trademark Law Reform*, Dinwoodie, G. B., ja Janis, M. D., (toim.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, s. 396–430.

8 Ensisijaisen ja ns. välillisen vastuun erottelusta ks. julkisasiamies Jääskisen ratkaisuehdotus L’Oréal ym. (C-324/09, EU:C:2010:757, 54 kohta ja sitä seuraavat kohdat) tai Kur, A., Senftleben, M., *European Trade Mark Law: A Commentary*, 2017, Oxford University Press, Oxford, s. 691, ja edellä alaviitteessä 3 mainittu teos Ullrich, C., s. 356 ja sitä seuraavat sivut.

6. Tavaramerkin haltijoiden intressiä siihen, että välittäjille syntyy vastuu, ei kuitenkaan voida tarkastella irrallaan, eikä se yksinään voi oikeuttaa sitä, että välittäjien katsottaisiin aina olevan vastuussa niiden alustoilla tapahtuvista tavaramerkkioikeuksien loukkauksista. Tätä intressiä on nimittäin punnittava muiden, vastakkaisten intressien kanssa. [9]

7. Ensinnäkin internetissä toimivien välittäjien vastuun laajentamisella käytännössä pakotettaisiin ne valvomaan yleisesti kaikkia mahdollisia alustoillaan tapahtuvia tavaramerkkioikeuksien loukkauksia. Toiseksi ja vastaavasti se, että internetissä toimivien välittäjien voitaisiin katsoa olevan suoraan vastuussa alustoillaan tapahtuvista tavaramerkkioikeuksien loukkauksista, voisi haitata uusien toimintojen kehittämistä internet-alalla ja laajemmin kaikenlaisia alan innovaatioita.

8. Koska unionin lainsäätäjä halusi sovittaa yhteen nämä vastakkaiset intressit, se päätyi jossain määrin suojelemaan internetissä toimivia välittäjiä vastuulta, joka niille aiheutuisi niiden alustoilla toimivien kolmansien osapuolten menettelyistä – eli välilliseltä vastuulta. Vaikka nimittäin välillisen vastuun järjestelmää ei ole yhdenmukaistettu unionin oikeudessa, direktiivissä 2000/31/EY [10] säädetään kuitenkin tilanteista, joissa jäsenvaltiot ovat velvollisia säätämään poikkeuksia tästä vastuusta. Internetissä toimivia välittäjiä ei erityisesti voida saattaa vastuuseen lainvastaisista menettelyistä, joihin niiden alustojen käyttäjät syyllistyvät sellaisten kyseisten välittäjien tarjoamien toimintojen puitteissa, jotka liittyvät siirtoon ja yhteyden tarjoamiseen, välimuistiin tallentamiseen ja säilytykseen (”hosting”). [11] Näiden toimintojen yhteydessä internetissä toimiville välittäjille ei myöskään voida asettaa yleistä velvoitetta valvoa siirtämiään ja tallentamiaan tietoja eikä yleistä velvoitetta pyrkiä aktiivisesti saamaan selville laitonta toimintaa osoittavia tosiasioita tai olosuhteita. [12]

9. Lisäksi on niin, että vaikka teollis- ja tekijänoikeuksien noudattamisen varmistamisesta 29.4.2004 annetussa Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivissä 2004/48/EY [13] säädetään, että jäsenvaltioiden on varmistettava, että oikeudenhaltijoilla on mahdollisuus hakea kieltoa sellaisia välittäjiä vastaan, joiden palveluja kolmannet osapuolet käyttävät immateriaalioikeuden loukkaamiseksi, [14] tällaiset kiellot ovat itsenäisiä suhteessa välittäjien mahdolliseen vastuuseen riidanalaisten tosiseikkojen olosuhteissa, [15] joten kyseisessä direktiivissä ei oikeastaan säädetä mitään siitä, miten välittäjiä on kohdeltava niiden menettelyjen johdosta, joihin kolmannet osapuolet ovat syyllistyneet niiden palvelujen välityksellä.

10. Välillistä vastuuta koskevan kysymyksen lisäksi on ratkaistava, voidaanko internetissä toimivat välittäjät saattaa suoraan vastuuseen tavaramerkkioikeuksien loukkauksista, jotka perustuvat siihen, että niiden alustoilla on näitä oikeuksia loukkaavia tuotteita koskevia myyntitarjouksia. Toisin kuin internetissä toimivien välittäjien välillinen vastuu, jota koskevasta järjestelmästä säädetään kansallisessa oikeudessa, lukuun ottamatta tätä vastuuta koskevia

[9] Edellä alaviitteessä 7 mainittu teos A. Ohly, s. 397.

[10] Tietoyhteiskunnan palveluja, erityisesti sähköistä kaupankäyntiä, sisämarkkinoilla koskevista tietyistä oikeudellisista näkökohdista 8.6.2000 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2000/31/EY (direktiivi sähköisestä kaupankäynnistä) (EUVL 2000, L 178, s. 1; jäljempänä sähköistä kaupankäyntiä koskeva direktiivi).

[11] Sähköistä kaupankäyntiä koskevan direktiivin 12–14 artikla.

[12] Sähköistä kaupankäyntiä koskevan direktiivin 15 artikla.

[13] Teollis- ja tekijänoikeuksien noudattamisen varmistamisesta 29.4.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL 2004, L 157, s. 45).

[14] Direktiivin 2004/48 11 artikla.

[15] Tuomio 7.7.2016, Tommy Hilfiger Licensing ym. (C-494/15, EU:C:2016:528, 22 kohta). Ks. tästä kysymyksestä myös Husovec, M., *Injunctions against Intermediaries in the European Union, Accountable but not Liable*?, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, s. 62 ja sitä seuraavat sivut.

poikkeuksia, jotka vahvistetaan sähköistä kaupankäyntiä koskevansa direktiivissä, sähköisten markkinapaikkojen ylläpitäjien suoran vastuun syntyminen näillä markkinapaikoilla tapahtuvien tavaramerkkioikeuksien loukkausten perusteella kuuluu hyvinkin unionin oikeuden ja erityisesti asetuksen (EU) 2017/1001 [16] säännösten soveltamisalaan.

11. Unionin tuomioistuimen oli siten itse punnittava kyseessä olevia intressejä ja koetettava erottaa toisistaan tapaukset, joissa markkinapaikan ylläpitäjä voidaan saattaa suoraan vastuuseen, ja tapaukset, joissa sen ei voida katsoa olevan suoraan vastuussa sen ylläpitämällä alustalla tapahtuvasta tavaramerkkioikeuksien loukkauksesta. Asetuksen 2017/1001 [17] 9 artiklan 2 kohdan tulkintaa koskevassa unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä on jossain määrin onnistuttu tekemään tällainen ero täsmentämällä elinkeinotoiminnassa tapahtuvan tavaramerkin käytön käsitettä siten, [18] että kyseisellä käsitteellä pyritään määrittämään menettelyt, jotka tavaramerkin haltija voi kieltää kolmansilta osapuolilta.

12. Internet-alalla tapahtuvat jatkuvat innovaatiot, joiden turvaamisella välittäjien toiminnan laajaa suojelua on perusteltu, ovat myös johtaneet sähköisten markkinapaikkojen liiketoimintamallin huomattavaan kehitykseen. Etenkään Amazonia ei voida pitää perinteisenä markkinapaikkana.

13. Kuten ennakkoratkaisua pyytäneet tuomioistuimet toteavat, Amazon on samanaikaisesti sekä laajalti tunnettu jakelija että markkinapaikan ylläpitäjä. Amazon julkaisee verkkokauppasivustollaan sekä omiin, omalla nimellään myymiinsä ja lähettämiinsä tuotteisiin liittyviä mainoksia että kolmansien myyjien mainoksia. Amazonin toimintatapa mahdollistaa myös sen, että kolmansien myyjien myytäväksi tarjoamien tuotteiden lähettämisestä voivat huolehtia joko viimeksi mainitut itse tai Amazon, joka varastoi niiden tuotteita jakelukeskuksissaan ja lähettää niitä ostajille omista toimitiloistaan käsin.

14. Nämä eri seikat, jotka tekevät Amazonin liiketoimintamallista eräänlaisen ”hybridimallin”, [19] muodostavat uuden tarkastelukehyksen, jota on käytettävä sen määrittämiseksi, voidaanko tällaisen markkinapaikan ylläpitäjä saattaa suoraan vastuuseen sen alustalla tapahtuneesta tavaramerkkioikeuden loukkauksesta, koska se on asetuksen 2017/1001 9 artiklan 2 kohdassa tarkoitetulla tavalla käyttänyt kyseistä merkkiä, ja juuri nämä seikat ovat käsiteltävissä asioissa esitettyjen ennakkoratkaisukysymysten taustalla.

15. Käsiteltävät asiat tarjoavat siten unionin tuomioistuimelle tilaisuuden täsmentää käytön käsitettä ja samalla periaatteita, joita on sovellettava ratkaistaessa kysymystä siitä, ovatko internetissä toimivat välittäjät suoraan vastuussa niiden alustoilla tapahtuvista oikeudenloukkauksista.

16 Euroopan unionin tavaramerkistä 14.6.2017 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EUVL 2017, L 154, s. 1).

17 Tai sitä edeltäneen asetuksen N:o 207/2009.

18 Ks. kyseisen oikeuskäytännön tarkastelu jäljempänä tämän ratkaisuehdotuksen 49 kohdassa ja sitä seuraavissa kohdissa.

19 Edellä alaviitteessä 7 mainittu teos Ohly, A., s. 413.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A Asetus (EU) 2017/1001

16. Asetuksen 2017/1001 johdanto-osan 13 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”Sekaannusta voi aiheutua tavaroiden tai palvelujen kaupallisen lähteen suhteen, kun yritys käyttää samaa tai samankaltaista merkkiä toiminimenä siten, että nimeä kantavan yrityksen ja kyseisestä yrityksestä tulevien tavaroiden tai palvelujen välille luodaan yhteys. EU-tavaramerkin loukkauksiin olisi sen vuoksi kuuluttava myös merkin käyttö toiminimenä tai vastaavana nimityksenä, siltä osin kuin käytön tarkoituksena on tavaroiden tai palvelujen erottaminen toisistaan.”

17. Asetuksen 2017/1001, 9 artiklassa, jonka otsikko on ”EU-tavaramerkin antamat oikeudet”, 1–3 kohdassa säädetään seuraavaa:

”1. EU-tavaramerkin haltijalla on rekisteröinnin perusteella EU-tavaramerkkiin yksinoikeudet.

2. Rajoittamatta ennen EU-tavaramerkin hakemis- tai etuoikeuspäivää hankittujen oikeuksien soveltamista kyseisen EU-tavaramerkin haltijalla on oikeus kieltää kaikkia kolmansia osapuolia ilman hänen suostumustaan käyttämästä elinkeinotoiminnassa tunnusta tavaroita tai palveluja varten, jos:

a) tunnus on sama kuin EU-tavaramerkki, ja sitä käytetään samoja tavaroita tai palveluita varten kuin ne tavarat ja palvelut, joita varten EU-tavaramerkki on rekisteröity;

b) tunnus on sama tai samankaltainen kuin EU-tavaramerkki, ja sitä käytetään samoja tai samankaltaisia tavaroita tai palveluja varten kuin ne, joita varten EU-tavaramerkki on rekisteröity, jos tämä aiheuttaa yleisön keskuudessa sekaannusvaaran, mukaan lukien vaara tunnuksen ja tavaramerkin välisestä mielleyhtymästä;

c) tunnus on sama tai samankaltainen kuin EU-tavaramerkki riippumatta siitä, käytetäänkö sitä sellaisia tavaroita tai palveluja varten, jotka ovat samoja tai samankaltaisia tai jotka eivät ole samankaltaisia kuin ne, joita varten EU-tavaramerkki on rekisteröity, jos viimeksi mainittu tavaramerkki on laajalti tunnettu unionissa ja [tunnuksen] aiheeton käyttö merkitsee EU-tavaramerkin erottamiskyvyn tai maineen epäoikeutettua hyväksi käyttämistä taikka on haitaksi EU-tavaramerkin erottamiskyvylle tai maineelle.

3. Edellä 2 kohdassa säädetyin edellytyksin voidaan kieltää erityisesti:

– –

b) tavaroiden tarjoaminen tai markkinoille saattaminen tai niiden varastoiminen tällaista tarkoitusta varten tunnusta käyttäen taikka palvelujen tarjoaminen tai suorittaminen tunnusta käyttäen;

– –

d) tunnuksen käyttö toimi- tai liikenimenä taikka toimi- tai liikenimen osana;

e) tunnuksen käyttö liikeasiakirjoissa ja mainonnassa;

f) tunnuksen käyttö vertailevassa mainonnassa direktiivin 2006/114/EY[20] vastaisella tavalla.”

B Direktiivi 2004/48/EY

18. Direktiivin 2004/48 11 artiklassa, jonka otsikko on ”Kieltotuomiot”, säädetään seuraavaa:

”Jäsenvaltioiden on varmistettava, että kun teollis- tai tekijänoikeuden loukkauksen toteava oikeuden päätös on tehty, toimivaltaiset oikeusviranomaiset voivat antaa loukkaajaa vastaan kieltotuomion, jonka tarkoituksena on kieltää loukkauksen jatkaminen. Jos kansallinen lainsäädäntö sen sallii, kieltotuomion noudattamatta jättämisestä voidaan tarvittaessa määrätä uhkasakko tuomion noudattamisen varmistamiseksi. Jäsenvaltioiden on myös varmistettava, että oikeudenhaltijoilla on mahdollisuus hakea kieltotuomiota sellaisia välittäjiä vastaan, joiden palveluja kolmannet osapuolet käyttävät teollis- tai tekijänoikeuden loukkaamiseksi, sanotun kuitenkaan rajoittamatta direktiivin 2001/29/EY[21] 8 artiklan 3 kohdan soveltamista.”

19. Kyseisen direktiivin 13 artiklassa, jonka otsikko on ”Vahingonkorvaukset”, säädetään seuraavaa:

”1. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että toimivaltaiset oikeusviranomaiset määräävät vahingon kärsineen osapuolen hakemuksesta loukkaajan, joka tiesi tai jolla oli riittävät perusteet tietää ryhtyneensä loukkaavaan tekoon, maksamaan oikeudenhaltijalle vahingonkorvauksen, joka vastaa tälle loukkauksen johdosta koitunutta tosiasiallista vahinkoa.

– –

2. Jos oikeudenloukkaaja ei ole tietoisesti ryhtynyt loukkaavaan tekoon tai ryhtyi loukkaavaan tekoon ilman, että hänellä oli riittävät perusteet tietää ryhtyvänsä siihen, jäsenvaltiot voivat säätää, että oikeusviranomaiset voivat määrätä voitot perittäviksi takaisin tai maksettavaksi vahingonkorvauksen, joka voi olla ennalta määrätty.”

C Sähköistä kaupankäyntiä koskeva direktiivi

20. Sähköistä kaupankäyntiä koskevan direktiivin johdanto-osan 48 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”Tämä direktiivi ei vaikuta jäsenvaltioiden mahdollisuuteen vaatia, että palvelun tarjoajat, jotka säilyttävät tarjoamiensa palvelujen vastaanottajien antamia tietoja, täyttävät tietyntyyppisten laittomien toimien selville saamista ja ehkäisemistä varten tarvittavan, kansallisessa lainsäädännössä määriteltävän huolenpitovelvoitteen, jonka noudattamista heiltä voidaan kohtuudella odottaa.”

[20] Harhaanjohtavasta ja vertailevasta mainonnasta 12.12.2006 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL 2006, L 376, s. 21).

[21] Tekijänoikeuden ja lähioikeuksien tiettyjen piirteiden yhdenmukaistamisesta tietoyhteiskunnassa 22.5.2001 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EYVL 2001, s. 167, s. 10).

21. Kyseisen direktiivin 14 artiklan, jonka otsikko on ”Säilytys (’hosting’)”, 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Jos tietoyhteiskunnan palvelun tarjoaminen käsittää palvelun vastaanottajan toimittamien tietojen tallentamisen, jäsenvaltioiden on varmistettava, että palvelun tarjoaja ei ole vastuussa palvelun vastaanottajan pyynnöstä tallennettujen tietojen osalta, edellyttäen, että:

a) palvelun tarjoajalla ei ole tosiasiallista tietoa laittomasta toiminnasta tai tiedoista eikä hänen tiedossaan vahingonkorvausvaatimuksen kyseessä ollen ole tosiasioita tai olosuhteita, joiden perusteella toiminnan tai tietojen laittomuus on ilmeistä; tai

b) palvelun tarjoaja toimii viipymättä tietojen poistamiseksi tai niihin pääsyn estämiseksi heti saatuaan tiedon tällaisista seikoista.”

III Pääasia, ennakkoratkaisukysymykset ja asian käsittely unionin tuomioistuimessa

22. Louboutin on ranskalainen kenkäsuunnittelija, jonka tunnetuin tuote ovat naisten korkokengät. Hän on 1990-luvun puolivälistä lähtien värjännyt kenkiensä pohjan punaisella värillä, jonka koodi on Pantone 18.1663TP.

23. Tämä korkokenkien pohjaan lisätty väri on rekisteröity Benelux-tavaramerkkinä nro 0874489 ja EU-tavaramerkkinä nro 8845539.[22] Kyseinen tavaramerkki saa suojaa seuraaville tavaroille: ”korkeakorkoiset kengät (paitsi ortopediset jalkineet)”.

24. Amazon-konserni myy internetissä erilaisia tavaroita ja palveluja sekä suoraan omaan lukuunsa että välillisesti kolmansien myyjien lukuun toimimalla näiden verkkokauppa-alustana.

25. Amazon näyttää internetsivustoillaan säännöllisesti mainoksia kengistä, joissa on punainen pohja, ja Louboutin väittää, että nämä mainokset koskevat tuotteita, jotka on laskettu liikkeeseen ilman hänen suostumustaan.

A Asia C-148/21

26. Louboutin haastoi Luxemburgiin sijoittautuneet Amazonin tytäryhtiöt oikeuteen tribunal d’arrondissement de Luxemburgin (piirituomioistuin, Luxemburg) kauppaoikeudellisia asioita käsittelevässä jaostossa 19.9.2019 nostamallaan kanteella, jossa hän vetosi EU-tavaramerkin antamiin yksinoikeuksiin. Louboutin vaati, että Amazon saatetaan vastuuseen edellä mainitun tavaramerkin loukkaamisesta, että Amazonia kielletään sakon uhalla käyttämästä kyseisen tavaramerkin kanssa samanlaisia merkkejä elinkeinotoiminnassa koko unionin alueella lukuun ottamatta Benelux-aluetta, josta on annettu belgialaisen tuomioistuimen ratkaisu, ja että hänellä todetaan olevan oikeus korvaukseen kyseessä olevista luvattomista käytöistä aiheutuneista vahingoista.

27. Louboutinin vaatimukset perustuvat asetuksen 2017/1001 9 artiklan 2 kohdan a alakohtaan. Louboutin nimittäin väittää, että Amazon on ilman hänen suostumustaan käyttänyt merkkiä, joka on sama kuin hänen tavaramerkkinsä, ja että sitä on käytetty samoja tavaroita tai palveluja

[22] Rekisteröintihakemuksen mukaan ”[m]erkissä on punaista väriä (Pantone 18.1663TP) lisättynä kengän pohjaan esitetyssä muodossa (kengän ääriviiva ei siis kuulu merkkiin, vaan sen tarkoituksena on osoittaa merkin sijainti)”.

varten kuin ne tavarat ja palvelut, joita varten hänen tavaramerkkinsä on rekisteröity, koska Amazon on paitsi julkaissut riidanalaisella merkillä varustettujen tuotteiden mainoksia verkkokauppasivustoillaan myös varastoinut, lähettänyt ja toimittanut näitä tuotteita. Louboutinin mukaan kyseinen käyttö on luettava Amazonin syyksi, koska Amazon on osallistunut aktiivisesti käyttämistoimiin ja koska tavaramerkkioikeutta loukkaaviin tavaroihin liittyvät mainokset ovat osa Amazonin omaa kaupallista viestintää. Amazonia ei voida pitää pelkkänä ylläpitäjänä tai neutraalina välittäjänä.

28. Amazon väittää, ettei tavaramerkin käyttöä voida lukea sen syyksi. Se vetoaa useisiin muita alustoja, kuten eBaytä, koskeviin unionin tuomioistuimen tuomioihin ja toteaa, että sähköisen markkinapaikan ylläpitäjänä sille ei voi syntyä vastuuta sen alustalla toimivien kolmansien myyjien toteuttamasta käytöstä. Amazonin markkinapaikan, joka on avoin kolmansille myyjille, toimintatapa ei eroa merkittävästi muiden markkinapaikkojen toimintatavasta. Amazonin logon sisällyttäminen Amazonin sivustoilla oleviin kolmansien myyjien mainoksiin ei myöskään merkitse sitä, että Amazon olisi vastuussa näistä mainoksista. Amazonin mukaan on myös virheellistä väittää, että Amazonin tarjoamat liitännäispalvelut oikeuttaisivat pitämään kolmansien myyjien tarjouksia osana Amazonin omaa viestintää. Merkin käyttämisen edellyttämien teknisten edellytysten luominen ja korvauksen saaminen tästä palvelusta ei merkitse sitä, että palvelun tarjoaja käyttää itse kyseistä merkkiä.

29. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan on määritettävä, voiko Amazonin ylläpitämien alustojen erityinen toimintatapa tarkoittaa sitä, että kyse on tavaramerkin kanssa samanlaisen merkin käytöstä, koska kolmansien myyjien mainokset on sisällytetty Amazonin omaan kaupalliseen viestintään.

30. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa ensinnäkin tuomioon L'Oréal ym.[23] (jäljempänä tuomio eBay), jossa unionin tuomioistuin totesi, että se, että kolmas ”käyttää” sellaista merkkiä, joka on sama tai samankaltainen kuin tavaramerkin haltijan tavaramerkki, edellyttää vähintäänkin sitä, että tämä kolmas käyttää merkkiä omassa kaupallisessa viestinnässään, ja päätteli, että sähköisen markkinapaikan ylläpitäjän tapauksessa kyse ei ole tällaisesta käytöstä. Koska kyseinen tuomio koski eBay-alustaa, joka tunnetusti toimii käyttäjiensä mainosten julkaisemisessa ainoastaan välittäjänä eikä myyjänä ja jakelijana, ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan tätä oikeuskäytäntöä ei kuitenkaan voida ipso facto soveltaa alustaan, jolla on eri toimintatapa.

31. Tältä osin ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoo, että sen sijaan, että tarkasteltaisiin myyntitarjousten, sellaisina kuin ne esitetään Amazonin sivustoilla, kutakin osaa erikseen, sen toimintastrategiaa olisi tarkasteltava kokonaisuutena, jotta voitaisiin määrittää, eroaako Amazonin käyttöön ottama liiketoimintamalli varsinaisen markkinapaikan liiketoimintamallista ja syntyykö siitä siten erilainen vastuu.

32. Mainittu tuomioistuin toteaa, että vaikka unionin tuomioistuimella on tästä runsaasti oikeuskäytäntöä, se ei ole koskaan lausunut siitä, voidaanko internetissä toimivan tavaroiden jakelijan, joka samanaikaisesti ylläpitää verkossa toimivaa markkinapaikkaa, katsoa sisällyttävän kolmansien osapuolten tarjouksia omaan kaupalliseen viestintäänsä. Kyseisessä oikeuskäytännössä lähdetään nimittäin siitä, että kolmansien osapuolten mainokset eivät ole osa alustan ylläpitäjän omaa kaupallista viestintää, minkä vuoksi Amazonia olisi pidettävä ainoastaan sähköisen markkinapaikan ylläpitäjänä.

[23] Tuomio 12.7.2011 (C-324/09, EU:C:2011:474).

33. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin huomauttaa, että tuomiossa Coty Germany[24] unionin tuomioistuin tarkasteli kysymystä ainoastaan tavaroiden varastoinnin kannalta analysoimatta laajemmin Amazonin liiketoimintamallia, joten se ei ole tähän mennessä ottanut kantaa käsiteltävissä asioissa kyseessä olevaan ongelmaan, joka koskee paitsi kolmansien osapuolten myymien tavaroiden varastointia Amazonin varastoissa myös laajempaa kysymystä kolmansien osapuolten tarjousten sisältymisestä Amazonin omaan kaupalliseen viestintään.

34. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin lisää, että sillä perusteella, että tarkasteltavaan laajempaan kysymykseen voisi mahdollisesti löytyä ratkaisu sähköistä kaupankäyntiä koskevasta unionin lainsäädännöstä, ei voida varmuudella sulkea pois tavaramerkkisuojaa koskevaa välittäjän vastuuta.

35. Kyseinen tuomioistuin haluaa toiseksi selvittää, voiko kohdeyleisön käsityksellä markkinapaikan ylläpitäjän aktiivisesta osallistumisesta ilmoitusten julkaisemiseen olla merkitystä. Tarkemmin sanottuna se haluaa tietää, vastaako se, että yleisö käsittää kolmannen osapuolen mainoksen tai tarjouksen digitaalisen alustan ylläpitäjän omaksi kaupalliseksi viestinnäksi, tosiasiallisesti tarjouksen sisällyttämistä tähän kaupalliseen viestintään, mikä merkitsisi ylläpitäjän vastuuta tavaramerkkioikeuden kannalta.

36. Kolmanneksi ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pohtii, voidaanko riidanalaisella merkillä varustettujen tavaroiden lähettämistä pitää tavaramerkin käyttönä. Se toteaa, ettei tuomiossa Coty lausuttu mitään tavaroiden lähettämisestä varastoinnin jälkeen, koska kyseisen tuomion taustalla olleessa asiassa lähettämisestä vastasi ulkopuolinen palveluntarjoaja.

37. Tässä tilanteessa tribunal d'arrondissement de Luxemburg on päättänyt lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko [asetuksen 2017/1001] 9 artiklan 2 kohtaa tulkittava siten, että merkin, joka on sama kuin tavaramerkki, käyttö sivustolla näytetyssä mainoksessa voidaan lukea sivuston ylläpitäjän tai taloudellisesti sidoksissa olevien yksiköiden syyksi sen vuoksi, että kyseinen sivusto sisältää sekoituksen ylläpitäjän tai taloudellisesti sidoksissa olevien yksiköiden omia tarjouksia ja kolmansien myyjien tarjouksia, jolloin mainokset sisältyvät ylläpitäjän tai taloudellisesti sidoksissa olevien yksiköiden omaan kaupalliseen viestintään?

Vahvistaako tällaista sisältymistä se, että

– mainokset näytetään sivustolla yhdenmukaisella tavalla

– ylläpitäjän ja taloudellisesti sidoksissa olevien yksiköiden omat mainokset ja kolmansien myyjien mainokset näytetään tekemättä eroa niiden alkuperän mukaan, mutta ylläpitäjän tai taloudellisesti sidoksissa olevien yksiköiden logo näytetään selvästi kolmansien internetsivustojen mainosotsikoissa, jotka ovat pop-up-muodossa

– ylläpitäjä tai taloudellisesti sidoksissa olevat yksiköt tarjoavat kolmansille myyjille täyden palvelun, johon kuuluu avustaminen mainosten laadinnassa ja myyntihintojen määrittämisessä, tavaroiden varastointi ja niiden lähettäminen

– ylläpitäjän ja taloudellisesti sidoksissa olevien yksiköiden sivusto on suunniteltu sillä tavoin, että se esiintyy tiettyjen verkkokaupan osioiden ja sellaisten tunnusmerkkien muodossa,

[24] Tuomio 2.4.2020 (C-567/18, EU:C:2020:267; jäljempänä tuomio Coty).

kuten ’eniten myydyt’, ’kysytyimmät’ tai ’eniten tarjotut’, tekemättä ensi näkemältä ilmeistä eroa ylläpitäjän ja taloudellisesti sidoksissa olevien yksiköiden omien tavaroiden ja kolmansien myyjien tavaroiden välillä?

2) Onko [asetuksen 2017/1001] 9 artiklan 2 kohtaa tulkittava siten, että merkin, joka on sama kuin tavaramerkki, käyttö verkkokauppasivustolla näytetyssä mainoksessa on lähtökohtaisesti luettava sivuston ylläpitäjän tai taloudellisesti sidoksissa olevien yksiköiden syyksi, jos tavanomaisesti valistuneen ja kohtuullisen tarkkaavaisen internetin käyttäjän näkökulmasta tämä ylläpitäjä tai taloudellisesti sidoksissa oleva yksikkö on toiminut aktiivisesti mainoksen tekemisessä tai jos tämä mainos ymmärretään osaksi ylläpitäjän omaa kaupallista viestintää?

   Vaikuttaako tällaiseen käsitykseen:

   – se, että tämä ylläpitäjä ja/tai taloudellisesti sidoksissa olevat yksiköt ovat erilaisten tavaroiden, mukaan lukien mainoksessa mainittujen tavaroiden tavaraluokka, laajalti tunnettuja jakelijoita

   – tai se, että näin näytetyssä mainoksessa on ylätunniste, jossa esitetään kyseisen ylläpitäjän tai taloudellisesti sidoksissa olevien yksiköiden palvelumerkki, joka on laajalti tunnettu jakelijan tunnuksena

   – tai vielä se, että tämä ylläpitäjä tai nämä taloudellisesti sidoksissa olevat yksiköt tarjoavat samanaikaisesti tähän ilmoitukseen nähden samaan luokkaan kuin mainostettu tavara kuuluvien tavaroiden jakelijoiden perinteisesti tarjoamia palveluja?

3) Onko [asetuksen 2017/1001] 9 artiklan 2 kohtaa tulkittava siten, että samalla merkillä kuin tavaramerkki varustetun tavaran lähettäminen loppukuluttajalle elinkeinotoiminnassa ilman tavaramerkin haltijan suostumusta on lähettäjän syyksi luettavaa käyttöä ainoastaan, jos lähettäjä on tosiasiallisesti tietoinen merkin asettamisesta tavaraan?

   Onko tällainen lähettäjä kyseisen merkin käyttäjä, jos se itse tai taloudellisesti sidoksissa oleva yksikkö on ilmoittanut loppukuluttajalle huolehtivansa lähettämisestä sen jälkeen, kun se itse tai taloudellisesti sidoksissa oleva yksikkö on varastoinut tavaran tässä tarkoituksessa?

   Onko tällainen lähettäjä kyseisen merkin käyttäjä, jos se itse tai taloudellisesti sidoksissa oleva yksikkö on etukäteen aktiivisesti myötävaikuttanut tällä merkillä varustetun tuotteen mainoksen näyttämiseen elinkeinotoiminnassa tai rekisteröinyt loppukuluttajan tilauksen tämän mainoksen yhteydessä?”

38. Ennakkoratkaisupyyntö saapui unionin tuomioistuimeen 8.3.2021. Kirjallisia huomautuksia ovat esittäneet pääasian asianosaiset, Saksan hallitus ja Euroopan komissio. Saksan hallitusta lukuun ottamatta samat osapuolet osallistuivat 22.2.2022 pidettyyn istuntoon.

B Asia C-184/21

39. Louboutin nosti 4.10.2019 tribunal de l’entreprise francophone de Bruxellesissä (Brysselin ranskankielinen yritystuomioistuin, Belgia) Amazonia vastaan kanteen, jossa hän vaati tavaramerkkinsä käytön lopettamista ja tästä käytöstä aiheutuneiden vahinkojen korvaamista.

40. Kanteensa tueksi Louboutin vetoaa samoihin perusteluihin kuin ne, joihin hän vetoaa asiassa C-148/21, ja korostaa erityisesti, että riidanalaiset mainokset ovat osa Amazonin omaa kaupallista viestintää, koska jokaisen mainoksen ylätunnisteessa on Amazonin yhdistelmämerkki, joka on laajalti tunnetun jakelijan merkki, ja että nämä mainokset muistuttavat sommittelultaan suurten jakelijoiden tavanomaisia mainoksia. Louboutin myös väittää, että kysymystä siitä, sisältyykö mainos tietyn henkilön omaan kaupalliseen viestintään, on arvioitava kyseisen mainoksen kohderyhmänä olevien tavanomaisesti valistuneiden ja kohtuullisen tarkkaavaisten keskivertokuluttajien kannalta. Lisäksi Louboutin väittää, että tavaramerkin kanssa samanlaisella merkillä varustetun tuotteen lähettäminen ostajalle merkitsee tavaramerkin käyttöä.

41. Vastauksessaan Amazon väittää, että se, että kolmannet myyjät julkaisevat väitetysti immateriaalioikeuksia loukkaavia kenkiä koskevia myyntitarjouksia sen sivustoilla ja että se lähettää niiden myymiä kenkiä, ei merkitse sitä, että Amazon on käyttänyt kyseistä tavaramerkkiä, ja että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan sen ei voida sähköisen markkinapaikan ylläpitäjänä katsoa olevan vastuussa siitä, että kolmannet osapuolet käyttävät tavaramerkkiä (luvatta). Amazon viittaa tältä osin cour d'appel de Bruxellesin (Brysselin ylioikeus, Belgia) äskettäin antamaan ratkaisuun,[25] jossa kyseinen tuomioistuin lausui, että ”merkin käyttöä kolmannen myyjän laatimassa oikeuksia loukkaavien tuotteiden myyntitarjouksessa ei voida lukea sähköisen markkinapaikan ylläpitäjän syyksi – vaikka siinä näkyisikin viimeksi mainitun nimi –, sillä se ei sisälly tämän omaan kaupalliseen viestintään”.

42. Tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles katsoo, että yhtäältä se, missä olosuhteissa verkkokauppasivuston ylläpitäjän, joka on myös jakelija, voidaan katsoa olevan vastuussa oikeuksia loukkaavan merkin käytöstä mainoksessa, ja toisaalta se, onko yleisön käsitys otettava huomioon määritettäessä, kuka merkin käytöstä on vastuussa, ovat kumpikin kyseisen tuomioistuimen käsiteltäväksi saatetun asian ratkaisun kannalta merkityksellisiä kysymyksiä. Sama koskee mainitun tuomioistuimen mukaan kysymystä siitä, missä olosuhteissa tavaramerkkioikeutta loukkaavalla merkillä varustetun tuotteen lähettäminen on tapahtunut, sillä sen ratkaiseminen on ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan välttämätöntä, jotta voidaan määrittää, sovelletaanko käsiteltävässä tapauksessa asetuksen 2017/1001 9 artiklan 2 kohtaa.

43. Tässä tilanteessa tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles on päättänyt lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko [asetuksen 2017/1001] 9 artiklan 2 kohtaa tulkittava siten, että merkin, joka on sama kuin tavaramerkki, käyttö verkkokauppasivustolla näytetyssä mainoksessa on lähtökohtaisesti luettava sivuston ylläpitäjän syyksi, jos tavanomaisesti valistuneen ja kohtuullisen tarkkaavaisen internetin käyttäjän näkökulmasta tämä ylläpitäjä on toiminut aktiivisesti mainoksen tekemisessä tai jos tällainen internetin käyttäjä voi katsoa mainoksen osaksi ylläpitäjän omaa kaupallista viestintää?

Vaikuttaako tällaiseen käsitykseen

– se, että tämä ylläpitäjä on erilaisten tavaroiden, mukaan lukien mainoksessa mainittujen tavaroiden tavaraluokka, laajalti tunnettu jakelija

– tai se, että näin näytetyssä mainoksessa on ylätunniste, jossa esitetään kyseisen ylläpitäjän palvelumerkki, joka on laajalti tunnettu jakelijan tunnuksena

[25] Tuomio 25.6.2020, RG/2019/AR/1480.

– tai vielä se, että tämä ylläpitäjä tarjoaa samanaikaisesti tähän ilmoitukseen nähden samaan luokkaan kuin mainostettu tavara kuuluvien tavaroiden jakelijoiden perinteisesti tarjoamia palveluja?

2) Onko [asetuksen 2017/1001] 9 artiklan 2 kohtaa tulkittava siten, että samalla merkillä kuin tavaramerkki varustetun tavaran lähettäminen loppukuluttajalle elinkeinotoiminnassa ilman tavaramerkin haltijan suostumusta on lähettäjän syyksi luettavaa käyttöä ainoastaan, jos lähettäjä on tosiasiallisesti tietoinen merkin asettamisesta tavaraan?

Onko tällainen lähettäjä kyseisen merkin käyttäjä, jos se itse tai taloudellisesti sidoksissa oleva yksikkö on ilmoittanut loppukuluttajalle huolehtivansa lähettämisestä sen jälkeen, kun se itse tai taloudellisesti sidoksissa oleva yksikkö on varastoinut tavaran tässä tarkoituksessa?

Onko tällainen lähettäjä kyseisen merkin käyttäjä, jos se itse tai taloudellisesti sidoksissa oleva yksikkö on etukäteen aktiivisesti myötävaikuttanut tällä merkillä varustetun tuotteen mainoksen näyttämiseen elinkeinotoiminnassa tai rekisteröinyt loppukuluttajan tilauksen tämän mainoksen yhteydessä?”

44. Ennakkoratkaisupyyntö saapui unionin tuomioistuimeen 24.3.2021. Kirjallisia huomautuksia ovat esittäneet pääasian asianosaiset ja komissio. Samat osapuolet osallistuivat 22.2.2022 pidettyyn istuntoon.

IV Asian tarkastelu

45. Huomautan aluksi, että unionin tuomioistuimelle asioissa C-148/21 ja C-184/21 esitetyt ennakkoratkaisukysymykset liittyvät asetuksen 2017/1001 9 artiklan 2 kohdassa mainitun käytön käsitteen tulkintaan ja että kaikissa kysymyksessä esiin tuodut seikat ovat pitkälti päällekkäisiä. [26] Tutkin ne tämän vuoksi yhdessä.

46. Asiassa ennakkoratkaisua pyytäneet tuomioistuimet haluavat lähinnä selvittää kysymyksillään, onko asetuksen 2017/1001 9 artiklan 2 kohtaa tulkittava siten, että verkkokauppa-alustan ylläpitäjän on katsottava käyttävän tavaramerkkiä kolmansien osapuolten kyseisellä alustalla julkaisemissa myyntitarjouksissa, koska se yhtäältä julkaisee omat tarjouksensa ja kolmansien osapuolten tarjoukset mainoksissa yhdenmukaisella tavalla tekemättä eroa niiden alkuperän mukaan mutta näyttää näissä mainoksissa oman laajalti tunnetun jakelijan logonsa, ja koska se toisaalta tarjoaa kolmansille myyjille lisäpalveluina tavaroiden varastointi- ja lähetyspalveluja alustallaan ja ilmoittaa mahdollisille ostajille huolehtivansa näistä toiminnoista. Ennakkoratkaisua pyytäneet tuomioistuimet tiedustelevat myös, vaikuttaako kyseisessä säännöksessä tarkoitetun käytön käsitteen tulkintaan se, miten tavanomaisesti valistunut ja kohtuullisen tarkkaavainen internetin käyttäjä mieltää tilanteen.

47. Vastatakseni näihin unionin tuomioistuimelle esitettyihin ennakkoratkaisukysymyksiin palautan aluksi mieleen asetuksen 2017/1001 9 artiklan 2 kohdassa mainittua tavaramerkin käytön käsitettä koskevan oikeuskäytännön ja esitän syyt, joiden vuoksi kyseisestä oikeuskäytännöstä mielestäni ilmenee, että tämän käsitteen tulkitseminen edellyttää kyseisen alustan käyttäjien käsityksen huomioon ottamista. Sen jälkeen tarkastelen, mitä seurauksia sen huomioon ottamisella on silloin, kun on määritettävä, onko Amazon toimintatapansa

[26] Ks. jäljempänä tämän ratkaisuehdotuksen 90 ja 91 kohta.

erityispiirteiden, sellaisina kuin ennakkoratkaisua pyytäneet tuomioistuimet ovat ne kuvanneet, vuoksi käyttänyt kolmannen osapuolen sen sivustolla julkaisemassa myyntitarjouksessa olevaa tavaramerkkiä.

A Tarkastelukehyksen määrittäminen

48. Asetuksen 2017/1001 9 artiklan 2 kohdan, jossa olennaisin osin toistetaan asetuksen N:o 207/2009 9 artiklan 1 kohta, mukaan tavaramerkin haltijalla on oikeus kieltää kaikkia kolmansia osapuolia *käyttämästä* elinkeinotoiminnassa tunnusta, joka on sama kuin sen tavaramerkki, jos sitä käytetään samoja tavaroita tai palveluita varten kuin ne tavarat ja palvelut, joita varten tavaramerkki on rekisteröity. Asetuksen 2017/1001 säännöksissä ei kuitenkaan määritellä käytön käsitettä, joten kyseisen käsitteen tulkinnassa noudatettavat periaatteet on vahvistettu unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä.

1. Oikeuskäytännössä vahvistettu määritelmä on nykyisellään riittämätön

49. Unionin tuomioistuin on todennut, että asetuksen 2017/1001 9 artiklan 2 kohdassa olevalla ilmaisulla ”käyttää” tarkoitetaan aktiivista menettelyä ja sitä, että käyttämistoimi on suoraan tai välillisesti hallinnassa. [27]

50. Aktiivista toimintaa ja käyttämistoimen hallinnassa olemista koskevat edellytykset perustuvat yhtäältä asetuksen 2017/1001 9 artiklan rakenteeseen, sillä 9 artiklan 3 kohdassa, jossa luetellaan esimerkinomaisesti käyttömuodot, jotka tavaramerkin haltija voi kieltää, mainitaan yksinomaan kolmannen suorittamia aktiivisia toimia. [28] Toisaalta kyseinen vaatimus johtuu saman asetuksen 5 artiklan 1 kohdan tarkoituksesta, sillä tämän säännöksen tarkoituksena on antaa haltijalle laillinen väline, joka mahdollistaa sen, että hän voi kieltää kolmatta ilman hänen suostumustaan millään tavoin käyttämästä tavaramerkkiä ja näin saada kyseisen käytön lakkaamaan. Kuitenkin vain sellainen kolmas, joka hallitsee käyttämistointa, kykenee tosiasiallisesti lopettamaan tuon käytön. [29] Tämä vaatimus on ilmaus periaatteesta, jonka mukaan ketään ei voida laillisesti velvoittaa mahdottomaan. [30]

51. Lisäksi unionin tuomioistuin on vakiintuneesti katsonut, että se, että internetissä toimiva välittäjä käyttää merkkiä, edellyttää ”vähintäänkin sitä, että tämä kolmas käyttää merkkiä omassa kaupallisessa viestinnässään”. [31] Tämä edellytys, joka on aktiivista toimintaa koskevan edellytyksen välitön jatke, on mielestäni käytön käsitteen ydin, kun kyseessä on internetissä toimiva välittäjä. Se on ehdoton edellytys merkin käytön toteamiseksi, ja jos se ei täyty, kyse ei ole käytöstä.

52. Edellytyksellä, jonka mukaan internetissä toimivan välittäjän on käytettävä merkkiä omassa kaupallisessa viestinnässään, on tähän mennessä aina johtanut siihen, että kyse ei ole tämän välittäjän toteuttamasta käytöstä. Näin ollen unionin tuomioistuin katsoi tuomiossa Google, ettei indeksointipalvelun tarjoaja itse käytä merkkiä omassa kaupallisessa viestinnässään vaan se ainoastaan antaa asiakkaidensa käyttää tavaramerkkien kanssa samoja tai samankaltaisia

[27] Tuomio 3.3.2016, Daimler (C-179/15, EU:C:2016:134, 39 kohta) ja tuomio 2.7.2020, mk advokaten (C-684/19, EU:C:2020:519, 23 kohta).

[28] Tuomio 3.3.2016, Daimler (C-179/15, EU:C:2016:134, 40 kohta).

[29] Tuomio 3.3.2016, Daimler (C-179/15, EU:C:2016:134, 41 kohta).

[30] Ks. edellä mainittu teos Kur, A. ja Senftleben, M., s. 276.

[31] Tuomio 23.3.2010, Google France ja Google (C-236/08–C-238/08, EU:C:2010:159, 56 kohta; jäljempänä tuomio Google); tuomio eBay, 102 kohta ja tuomio Coty Germany, 39 kohta.

merkkejä luomalla merkin käyttämisen edellyttämät tekniset edellytykset.[32] Unionin tuomioistuin totesi vastaavasti tuomiossa eBay,[33] ettei markkinapaikan ylläpitäjä käytä merkkiä omassa kaupallisessa viestinnässään, kun se tarjoaa palvelua, joka muodostuu siitä, että se antaa asiakkaidensa esittää tätä merkkiä kaupallisessa toiminnassaan, ja edelleen tuomiossa Coty,[34] että riidanalaisella merkillä varustettujen tavaroiden varastointi ei ole merkin käyttöä kolmansien osapuolien omassa kaupallisessa viestinnässä, jos nämä osapuolet eivät ole itse tarjonneet kyseisiä tavaroita myyntiin eivätkä laskeneet niitä liikkeeseen.

53. Totean kuitenkin, että unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä ei ole koskaan määritelty tarkemmin tätä edellytystä ja että myöskään oikeuskirjallisuudessa ei ole käsitelty tätä kysymystä yksityiskohtaisesti,[35] joten on epäselvää, mitä merkin käyttämisellä omassa kaupallisessa viestinnässä tarkoitetaan käsitteenä.[36] Tätä epämääräisyyttä lisää merkittävästi se, että mainittua edellytystä on käytetty yksinomaan ”negatiivisesti” eli osoittamaan, että kyseessä ei ole merkin käyttö, ja näin on myös asiassa, jonka johdosta kyseinen edellytys otettiin käyttöön.

54. Vaikkei unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä luettaessa ole ensi näkemältä helppo määrittää, mitä merkin käyttö välittäjän omassa kaupallisessa viestinnässä tarkoittaa käsitteenä positiivisesti ja millä tavoin tämän edellytyksen täyttyminen voidaan osoittaa, kyseinen käsite pystytään silti rajaamaan analysoimalla sitä hieman tarkemmin.

2. Merkin käyttö välittäjän omassa kaupallisessa viestinnässä: käsite, jossa on välttämättä otettava huomioon alustan käyttäjän näkökulma

55. Yrityksen kaupallisella viestinnällä tarkoitetaan yleensä kaikkia viestinnän muotoja, joiden tarkoituksena on yrityksen liiketoiminnan ja tavaroiden tai palvelujen myynnin edistäminen tai tällaisen toiminnan harjoittamisesta ilmoittaminen. Se on tarkoitettu yrityksen ulkopuolisille henkilöille, ja sillä pyritään tekemään tunnetuksi yrityksen toimintaa tai tiedottamaan siitä. Se on siis pelkästään ulospäin suuntautuvaa toimintaa, ja yleisessä merkityksessään ”viestintä” on jonkin esiin tuomista, antamista tiedoksi jollekulle.[37]

56. Kaupallisessa viestinnässä on siten kyse pelkästään merkkiä käyttävän yrityksen ja sen ulkopuolisten henkilöiden välisestä suhteesta, ja sillä, että internetissä toimiva välittäjä käyttää merkkiä omassa kaupallisessa viestinnässään, tarkoitetaan näin ollen sitä, että ulkopuolelta

[32] Tuomio 23.3.2010, Google France ja Google (C-236/08–C-238/08, EU:C:2010:159, 56 ja 57 kohta).

[33] Tuomion 102 kohta.

[34] Tuomio 2.4.2020, Coty Germany (C-567/18, EU:C:2020:267, 47 kohta). Muita kuin internetissä toimivia välittäjiä koskevista tapauksista, joissa on todettu, että kyse ei ole merkin käytöstä, koska merkkiä ei ole käytetty omassa kaupallisessa viestinnässä, ks. myös tuomio 15.12.2011, Frisdranken Industrie Winters (C-119/10, EU:C:2011:837) ja tuomio 16.7.2015, TOP Logistics ym. (C-379/14, EU:C:2015:497).

[35] Jotkut kirjoittajat korostavat tätä. Ks. edellä alaviitteessä 4 mainittu teos Marsoof, A., s. 37 ja edellä alaviitteessä 3 mainittu teos Ullrich, C., s. 358.

[36] Käytön käsitteen epämääräisyydestä ks. edellä alaviitteessä 8 mainittu teos Kur, A., Senftleben, M., s. 275.

[37] Immateriaalioikeuksia koskevaan lainsäädäntöön perehtyneille ilmaus ”viestintä” tuo mieleen tekijänoikeudesta ja lähioikeuksista digitaalisilla sisämarkkinoilla ja direktiivien 96/9/EY ja 2001/29/EY muuttamisesta 17.4.2019 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin (EU) 2019/790 (EUVL 2019, L 130, s. 92) 3 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun yleisölle välittämisen käsitteen. Määritelläkseni kaupallisen viestinnän käsitteen, sellaisena kuin se esiintyy tavaramerkin käyttöä koskevassa unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä, en kuitenkaan viittaa yleisölle välittämisen käsitteen tulkintaa koskevaan oikeuskäytäntöön. ”Yleisölle välittäminen” on nimittäin unionin oikeuden itsenäinen käsite, jota sovelletaan aivan toisessa asiayhteydessä, jossa teoksen saattaminen yleisön saataviin voi jo sellaisenaan merkitä immateriaalioikeuden loukkausta, kun taas käytöksi määrittäminen voi tapahtua ainoastaan elinkeinotoiminnassa, ja se edellyttää perusteellisempaa arviointia.

tarkasteltuna kyseinen merkki näyttää olevan erottamaton osa välittäjän kaupallista viestintää. Toisin sanoen välittäjä on ottanut merkin siinä määrin omakseen, että se vaikuttaa kuuluvan sen toimintaan.

57. Tämä ei ole mikään uusi ajatus. Unionin tuomioistuin on todennut, että kysymyksessä on merkin käyttäminen, kun kolmas ”käyttää tätä merkkiä sellaisella tavalla, jolla merkin ja sen myymien tavaroiden tai tarjoamien palvelujen välille luodaan yhteys”.[38] Vaikka edellytystä tällaisen yhteyden olemassaolosta ei sittemmin ole nimenomaisesti toistettu internetissä toimivien välittäjien tapauksessa ja vaikka se on korvattu edellytyksellä, joka koskee merkin käyttöä välittäjän omassa kaupallisessa viestinnässä, viimeksi mainitun edellytyksen taustalla on aivan sama logiikka.

58. Merkin käyttöä omassa kaupallisessa viestinnässä koskeva edellytys nimittäin tarkoittaa, että internetissä toimiva välittäjä käyttää merkkiä siten, että viestinnän vastaanottaja voi luoda erityisen yhteyden välittäjän ja merkin välille,[39] ja tämä erityinen yhteys johtuu siitä, että välittäjä on ottanut kyseisen merkin omakseen.

59. Tätä edellytystä voidaan siten analysoida ainoastaan markkinapaikan ylläpitäjän kaupallisen viestinnän vastaanottajana olevan markkinapaikan käyttäjän näkökulmasta, jotta voitaisiin arvioida, mieltääkö hän merkin sisältyvän internetissä toimivan välittäjän omaan kaupalliseen viestintään, koska tämä on ottanut merkin omakseen.

60. Huomautan, että julkisasiamies Campos Sánchez Bordona korosti markkinapaikan käyttäjän näkökulman huomioon ottamista jo ratkaisuehdotuksessaan Coty Germany,[40] jossa hän selitti ”tarkastelevansa tilannetta loppukuluttajan näkökulmasta” ja korosti, että ”jos ostaja voisi tulkita, että tavarat saattaa markkinoille [markkinapaikan ylläpitäjä]”, olisi päädyttävä siihen ratkaisuun, että oltaisiin ”taipuvaisia katsomaan, että kyseessä on tavaramerkin käyttö”.

61. Edellytykselle, jonka mukaan välittäjän on käytettävä merkkiä omassa kaupallisessa viestinnässään, näyttää siis olevan ominaista se, että sen täyttymistä arvioidaan tämän viestinnän vastaanottajien eli kyseistä alustaa käyttävien internetin käyttäjien näkökulmasta.

62. On syytä täsmentää, keihin markkinapaikan käyttäjiin on viitattava määritettäessä sitä, mieltävätkö käyttäjät, että merkki sisältyy markkinapaikan ylläpitäjän omaan kaupalliseen viestintään. Ennakkoratkaisua pyytäneet tuomioistuimet ehdottavat, että tilannetta tarkasteltaisiin ”tavanomaisesti valistuneen ja kohtuullisen tarkkaavaisen internetin käyttäjän” näkökulmasta.

63. Tämä käsite toistuu arviointiperusteessa, jota noudatetaan määritettäessä sitä, voiko se, että kolmas osapuoli on käyttänyt merkkiä, aiheuttaa vahinkoa jollekin tavaramerkin olennaisista tehtävistä. Kyseisen arvioinnin yhteydessä unionin tuomioistuin nimittäin tarkastaa, voiko ”tavanomaisesti valistunut ja kohtuullisen tarkkaavainen internetin käyttäjä” saada selville, ”ovatko [tavaramerkillä varustetut] tavarat tai palvelut peräisin tavaramerkin haltijalta vai – – kolmannelta”.[41]

38 Määräys 19.2.2009, UDV North America (C-62/08, EU:C:2009:111, 47 kohta).

39 Kuten julkisasiamies Kokott totesi jo ratkaisuehdotuksessaan Frisdranken Industrie Winters (C-119/10, EU:C:2011:258, 28 kohta).

40 C-567/18, EU:C:2019:1031, 53 kohta.

41 Tuomio Google, 84 kohta.

64. Pitää paikkansa, kuten komissio ja Amazon toteavat, että se, käyttääkö markkinapaikan ylläpitäjä merkkiä, ja se, voiko tämä käyttö aiheuttaa vahinkoa jollekin merkin tehtävistä, ovat kaksi eri kysymystä.

65. Jälkimmäisen kysymyksen analyysissa keskitytään kyseisellä merkillä varustettuun tavaraan tai palveluun, jotta voidaan määrittää, voiko tavanomaisesti valistunut ja kohtuullisen tarkkaavainen kuluttaja erehtyä luulemaan, että merkki kuuluu tavaramerkin haltijalle. Kyseinen ensimmäinen kysymys siitä, käyttääkö markkinapaikan ylläpitäjä merkkiä omassa kaupallisessa viestinnässään, edellyttää toisenlaista analyysia. Siinä ei tarkastella kyseisellä merkillä varustettua tavaraa tai palvelua, vaan siinä tarkastellaan pelkästään ylläpitäjän kaupallista viestintää sen määrittämiseksi, mieltävätkö alustan käyttäjät merkin niin, että ylläpitäjä käyttää sitä suoraan omassa toiminnassaan.

66. Lisäksi näillä kahdella arvioinnilla on eri logiikka. Kysymyksellä siitä, onko jotakin tavaramerkin tehtävää, erityisesti sen alkuperän osoittamista koskevaa tehtävää, loukattu, on suojelullinen ulottuvuus, joka koskee paitsi tavaramerkin haltijan oikeuksia myös kuluttajan intressejä.[42] Tavaramerkin käytön arvioiminen sitä vastoin koskee yksinomaan tavaramerkin haltijan ja tavaramerkin väitetyn loukkaajan välistä suhdetta, sillä sen avulla pyritään määrittämään, käyttääkö tämä kolmas osapuoli toiminnassaan tavaramerkin haltijalle kuuluvaa yksinoikeutta.

67. Näillä seikoilla ei kuitenkaan voida perustella tulkintaa, jonka mukaan tavanomaisesti valistuneen ja kohtuullisen tarkkaavaisen internetin käyttäjän käsitystä ei voida ottaa huomioon myös määritettäessä, sisältyykö kyseinen merkki verkkokauppa-alustan omaan kaupalliseen viestintään. Päinvastoin olen sitä mieltä, että tällaista internetin käyttäjää on alustan ylläpitäjän kaupallisen viestinnän vastaanottajana välttämättä pidettävä vertailukohtana arvioitaessa sitä, onko välittäjä ottanut merkin omakseen käyttämällä sitä omassa kaupallisessa viestinnässään.

68. Tämän tarkastelukehyksen noudattamista sen määrittämisessä, ovatko välittäjä käyttänyt merkkiä omassa kaupallisessa viestinnässään ja onko näin ollen kyse merkin käytöstä, ei voida kyseenalaistaa Amazonin ja komission esittämällä argumentilla, jonka mukaan unionin tuomioistuin ei ole nimenomaisesti maininnut, että internetin käyttäjien käsitys on otettava huomioon tältä osin.

69. Ensinnäkin, kuten edellä tämän ratkaisuehdotuksen 52 ja 53 kohdassa totesin, käsitettä ”käyttö välittäjän omassa kaupallisessa viestinnässä” on tähän asti käytetty vain negatiivisesti eli niissä tapauksissa, joissa unionin tuomioistuin on katsonut, että kyseinen välittäjä ei ole käyttänyt kyseistä merkkiä omassa kaupallisessa viestinnässään. Siitä, ettei internetin käyttäjän käsitystä ole otettu huomioon osoitettaessa sitä, että merkki on erottamaton osa välittäjän omaa kaupallista viestintää, ei siten voida tehdä tällaista johtopäätöstä tilanteissa, joissa näin ei ole ollut, koska internetin käyttäjän käsitystä on tarkoituksenmukaista arvioida vain, jos on syytä epäillä, että merkkiä on käytetty välittäjän omassa kaupallisessa viestinnässä.

70. Toiseksi näin on sitäkin suuremmalla syyllä siksi, että unionin tuomioistuimen omaksumaa ratkaisua voitiin joka tapauksessa perustella sillä, että tavanomaisesti valistunut ja kohtuullisen tarkkaavainen internetin käyttäjä ei mieltänyt kyseistä merkkiä siten, että sitä käytettiin ylläpitäjien omassa kaupallisessa viestinnässä. Niinpä tuomiossa Google[43] katsottiin, että indeksointipalvelujen tarjoaja, joka tallentaa tiettyjen asiakkaidensa lukuun tavaramerkkien

[42] Tavaramerkin keskeisistä tehtävistä ks. edellä alaviitteessä 8 mainittu teos Kur, A., Senftleben, M., s. 6.

[43] Tuomion 53 kohta.

kanssa samanlaisia merkkejä avainsanoiksi ja järjestää niihin perustuvien mainosten esittämisen, harjoittaa tavanomaista kaupallista toimintaansa eikä käytä kyseisiä merkkejä omassa kaupallisessa viestinnässään. Tuomiossa eBay[44] vastaavasti todettiin, että sähköisen markkinapaikan ylläpitäjä tarjoaa palvelua, joka muodostuu siitä, että se antaa asiakkaidensa esittää kaupallisen toimintansa puitteissa tavaramerkkejä vastaavia merkkejä verkkosivullaan, joten tavanomaisesti valistuneen ja kohtuullisen tarkkaavaisen internetin käyttäjän näkökulmasta se ei lakkaa toimimasta välittäjänä eikä käytä kyseisiä merkkejä omassa kaupallisessa viestinnässään.

71. Kolmanneksi unionin tuomioistuin on todennut tuomiossa eBay[45] – mainitsematta kuitenkaan sanallakaan edellytystä, joka koskee merkin käyttöä markkinapaikan ylläpitäjän omassa kaupallisessa viestinnässä –, että tällainen ylläpitäjä käyttää merkkiä, kun se valitsee hakukoneoperaattori Googlen avainsanoja, jotka vastaavat tiettyä tavaramerkkiä, ja saa tällä tavoin ilmestymään *mainos*linkin ja viestin, jossa tarjotaan mahdollisuutta ostaa haetulla tavaramerkillä varustettuja tuotteita kyseiseltä sivustolta. Tällaisessa tilanteessa viestit ja linkit, jotka markkinapaikan ylläpitäjä saa näkyviin, merkitsevät myös markkinapaikan mainostamista sellaisenaan, ja näin tavanomaisesti valistunut ja kohtuullisen tarkkaavainen internetin käyttäjä mieltää kyseisen merkin osaksi eBayn omaa kaupallista viestintää, mitä unionin tuomioistuin piti merkin käyttämisenä.

72. Katson näin ollen, että verkkokauppa-alustaa käyttävän internetin käyttäjän näkökulma on merkityksellinen arviointiperuste määritettäessä sitä, onko alustan ylläpitäjä käyttänyt merkkiä omassa kaupallisessa viestinnässään. Tällainen arviointiperuste, joka edellyttää käyttäjältä tavanomaista valistuneisuutta ja kohtuullista tarkkaavaisuutta, vaikuttaa mielestäni sitäkin perustellummalta, koska osalle verkkokauppa-alustan käyttäjiä ei ole mitään merkitystä sillä, kenen kanssa kauppa tehdään, vaan ostotapahtuman ainoana perusteena on itse tuote ja sen hinta. Näitä internetin käyttäjiä ei siten voida pitää vertailukohtana sen määrittämisessä, mieltävätkö käyttäjät merkin siten, että se on erottamaton osa alustan ylläpitäjän omaa kaupallista viestintää, eivätkä miellä ainoastaan kolmannen myyjän käyttävän sitä. Mielestäni tässä on siten välttämätöntä viitata sellaiseen internetin keskivertokäyttäjään, jolle tällaisella tiedolla on merkitystä.

73. Lisäksi on täsmennettävä, että sen toteaminen, että tuotteen myyjä on asetuksen 2017/1001 9 artiklan 2 kohdassa tarkoitetulla tavalla käyttänyt merkkiä verkkokauppa-alustan kautta, ei sulje pois sitä, että myös kyseistä alustaa ylläpitävän välittäjän voidaan teoriassa katsoa käyttävän tätä merkkiä, jos se on käyttänyt sitä omassa kaupallisessa viestinnässään.

74. Näiden näkökohtien perusteella arvioin jäljempänä verkkokauppa-alustan ylläpitäjän toimintaa, sellaisena kuin ennakkoratkaisua pyytäneet tuomioistuimet ovat sitä kuvanneet, sen määrittämiseksi, voidaanko ylläpitäjän katsoa käyttävän kyseistä tavaramerkkiä asetuksen 2017/1001 9 artiklan 2 kohdassa tarkoitetulla tavalla, koska se käyttää sitä omassa kaupallisessa viestinnässään.

44 Tuomion 102 kohta.

45 Tuomion 84 ja 85 kohta.

B Amazonin toimintatavan vaikutus sen määrittämiseen, onko kyseessä asetuksen 2017/1001 9 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu merkin käyttö

75. Asiassa C-148/21 esittämillään ensimmäisellä ja kolmannella ennakkoratkaisukysymyksellä ja asiassa C-184/21 esittämällään toisella ennakkoratkaisukysymyksellä ennakkoratkaisua pyytäneet tuomioistuimet haluavat lähinnä selvittää, onko asetuksen 2017/1001 9 artiklan 2 kohtaa tulkittava siten, että verkkokauppa-alustan ylläpitäjän on katsottava käyttävän tavaramerkkiä kolmannen osapuolen kyseisellä alustalla julkaisemassa myyntitarjouksessa, koska se yhtäältä julkaisee omat tarjouksensa ja kolmansien osapuolten tarjoukset mainoksissa yhdenmukaisella tavalla tekemättä eroa niiden alkuperän mukaan mutta näyttää näissä mainoksissa oman laajalti tunnetun jakelijan logonsa sekä omalla sivustollaan että kolmansien internetsivustojen mainosotsikoissa ja koska se toisaalta tarjoaa kolmansille myyjille lisäpalveluina tukipalveluja ja alustallaan myytävien tuotteiden varastointi- ja lähetyspalveluja ja ilmoittaa mahdollisille ostajille huolehtivansa viimeksi mainituista palveluista.

1. Ennakkoratkaisukysymyksen rajaaminen

76. Aluksi on mielestäni tärkeää muistuttaa, että edellisessä kohdassa mainittu kysymys koskee ainoastaan sitä, voidaanko verkkokauppa-alusta ylläpitäjä saattaa suoraan vastuuseen, koska se on asetuksen 2017/1001 9 artiklassa tarkoitetulla tavalla käyttänyt tavaramerkin kanssa samanlaista merkkiä. Kuten edellä tämän ratkaisuehdotuksen 8 ja 10 kohdassa totesin, tämä on eri kysymys kuin se, voidaanko internetissä toimivat välittäjät saattaa välilliseen vastuuseen menettelyistä, joihin kolmannet osapuolet ovat syyllistyneet niiden tarjoamien palvelujen kautta.

77. Tässä esittämäni analyysi ei siten millään tavoin rajoita ennakkoratkaisua pyytäneiden tuomioistuinten mahdollisuutta – siinä tapauksessa, että talouden toimija on mahdollistanut merkin käytön toiselle toimijalle – tutkia myös muiden oikeussääntöjen kuin asetuksen 2017/1001 9 artiklan vaikutusta.

78. Se, että merkki ei sisälly verkkokauppa-alustan ylläpitäjän omaan kaupalliseen viestintään, ei nimittäin tarkoita sitä, ettei ylläpitäjää voida missään tapauksessa asettaa vastuuseen tavaramerkkioikeuksien loukkauksesta, vaan se tarkoittaa ainoastaan sitä, että tämä vastuu on määritettävä toissijaisena vastuuna kansallisen oikeuden perusteella.

79. Tällaisessa tapauksessa ennakkoratkaisua pyytäneiden tuomioistuinten asiana on siis tarkistaa kansallisen oikeutensa perusteella, onko internetissä toimiva välittäjä mahdollisesti asetettava välilliseen vastuuseen, missä yhteydessä tällainen vastuu on sovitettava yhteen sähköistä kaupankäyntiä koskevassa direktiivissä vastuusta säädettyjen poikkeusten kanssa.

80. Lisäksi toimenpidevalikoima, jota tavaramerkkioikeuksien suojelemiseksi voidaan käyttää siihen internetissä toimivaan välittäjään nähden, joka on antanut kolmannen osapuolen käyttää merkkiä palvelujensa välityksellä, ei rajoitu pelkästään välittäjän vastuun syntymiseen, olipa kyse suorasta tai välillisestä vastuusta. Tästä syystä direktiivin 2004/48 11 artiklan kolmannessa virkkeessä säädetään, että sellaisia välittäjiä vastaan, joiden palveluja kolmannet osapuolet käyttävät immateriaalioikeuden loukkaamiseksi, voidaan antaa kieltotuomio.

81. Näiden tarkennusten jälkeen esitän syyt, joiden vuoksi olen sitä mieltä, että Amazonin kaltaisen verkkokauppa-alustan ylläpitäjä ei asetuksen 2017/1001 9 artiklassa tarkoitetulla tavalla käytä merkkiä liiketoiminnassaan, sellaisena kuin ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin sitä on kuvannut.

2. Amazonin liiketoimintamallin erityisyys

82. Asiassa C-148/21 esitetty ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys koskee ensisijaisesti markkinapaikan ylläpitäjän toimintaa, joka muodostuu kolmansien myyjien myyntitarjousten julkaisemisesta sen sivustolla tilanteessa, jossa näissä myyntitarjouksissa näytetään tavaramerkin kanssa samanlainen merkki. Kuten edellä tämän ratkaisuehdotuksen 52 kohdassa esitin ja kuten Amazon korostaa, unionin tuomioistuin on jo todennut, ettei tämä toiminta merkitse asetuksen 2017/1001 9 artiklan 2 kohdassa tarkoitettua merkin käyttöä. [46]

83. Kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa, Amazonin kaltaisen verkkokauppa-alustan ylläpitäjä eroaa tuomiossa eBay kyseessä olleen markkinapaikan ylläpitäjästä. Se korostaa näin ollen, että kolmansien myyjien tarjoukset ja Amazonin tarjoukset sekoittuvat, eikä niitä voida erotella mitenkään toisistaan mainoksissa. Se toteaa, että Amazonin, laajalti tunnetun jakelijan, logo esitetään järjestelmällisesti myyntitarjouksissa sekä markkinapaikalla että kolmansien internetsivustoilla mainosviestien yhteydessä. Se korostaa vielä, että Amazon itse sisällyttää näitä tarjouksia tiettyihin sivustonsa verkkokaupan osioihin tai tuotehakemistoihin.

84. Mielestäni mikään näistä seikoista ei näytä kuitenkaan kyseenalaistavan toteamusta, johon unionin tuomioistuin päätyi tuomiossa eBay. Olen nimittäin sitä mieltä, että tavanomaisesti valistunut ja kohtuullisen tarkkaavainen internetin käyttäjä ei miellä kolmansien myyjien mainoksissa olevia merkkejä erottamattomaksi osaksi verkkokauppa-alustan ylläpitäjän omaa kaupallista viestintää.

85. Kolmansien myyjien myyntitarjousten sekoittumisesta Amazonin omiin myyntitarjouksiin sen markkinapaikalla on todettava, että pitää paikkansa, että nämä tarjoukset esitetään yhdenmukaisesti ja että niissä on Amazonin, laajalti tunnetun jakelijan, logo. Kuten ennakkoratkaisupyyntöön asiassa C-148/21 sisältyvistä tarjousten esimerkeistä kuitenkin ilmenee, totean myös, että näissä mainoksissa täsmennetään aina, ovatko ne kolmansien myyjien julkaisemia vai myykö Amazon tuotteet suoraan.

86. Lisäksi, vaikka Amazon on laajalti tunnettu jakelija, se tunnetaan aivan yhtä laajalti markkinapaikan ylläpitotoiminnastaan. Alustan käyttäjät siis tietävät, että alustalla esitetään sekä Amazonin suoraan myymien tuotteiden mainoksia että kolmansien myyjien julkaisemia mainoksia. Jo pelkkä Amazonin logon näkyminen voi siten osoittaa kuluttajalle, että hän on tekemisissä kolmannen myyjän julkaiseman mainoksen kanssa. Tässä tilanteessa se, että esillä on samanaikaisesti sekä Amazonin mainoksia että kolmansien myyjien mainoksia, ei vielä yksinään osoita, että tavanomaisesti valistunut ja kohtuullisen tarkkaavainen internetin käyttäjä voi mieltää kolmansien myyjien mainoksissa olevat merkit osaksi Amazonin omaa kaupallista viestintää.

87. Samaa päättelyä on sovellettava kolmansien osapuolten sivustoilla julkaistuihin mainoksiin, joissa on Amazonin logo ja linkki kolmansien myyjien Amazonin sivustolla julkaisemiin tarjouksiin.

88. Sama koskee sitä, että Amazon sisällyttää kolmansien myyjien mainoksia alustallaan oleviin verkkokaupan osioihin tai eniten myytyjen tai tarjottujen tuotteiden hakemistoihin. Kuten komissio toteaa, tällainen sisällyttäminen on todellisuudessa alustan järjestelyä. Amazon myös

[46] Tuomio eBay.

korosti istunnossa, että tämä järjestely toteutetaan automaattisesti ryhmittämällä yhteen samankaltaisten tuotteiden mainoksia sen perusteella, mitä tuotteita haetaan tai myydään kaikkein eniten. Se kuuluu siten erottamattomasti Amazonin kaltaisen internetissä toimivan välittäjän käyttäytymiseen markkinapaikan ylläpitäjänä, ja tavanomaisesti valistuneet ja kohtuullisen tarkkaavaiset internetin käyttäjät mieltävät sen siten pelkäksi alustan ulkoasuun ja asetteluun liittyväksi toimenpiteeksi.

89. Asiassa C-148/21 ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee ensimmäisessä ennakkoratkaisukysymyksessään unionin tuomioistuimelta myös sitä, miten Amazonin tarjoama ”täysi” palvelu, johon kuuluvat avustaminen mainosten laadinnassa ja tiettyjen tavaroiden varastointi ja lähettäminen, vaikuttaa sen määrittämiseen, onko kyseessä näissä Amazonin mainoksissa olevan merkin käyttö.

90. Tähän kysymykseen kiteytyvät olennaisin osin asiassa C-148/21 esitetty kolmas ennakkoratkaisukysymys ja asiassa C-184/21 esitetty toinen ennakkoratkaisukysymys, joilla halutaan selvittää, onko sellaisten tavaroiden varastointi ja lähettäminen, joissa on tavaramerkin kanssa samanlainen merkki ja joita koskevien myyntitarjousten laadintaan ja julkaisemiseen Amazon on niin ikään osallistunut aktiivisesti, asetuksen 2017/1001 9 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua merkin käyttöä.

91. Näihin kysymyksiin vastaamiseksi Amazonin toimintaa on, kuten Saksan hallitus toteaa, siten tarkasteltava kokonaisvaltaisesti sen määrittämiseksi, voidaanko sitä, että Amazon osallistuu näihin toimintoihin riidanalaisen merkin sisältävän mainoksen julkaisemisesta aina kyseisen tuotteen lähettämiseen asti, pitää kyseisen merkin käyttönä. Nähdäkseni näin ei ole.

92. Toki ainakin periaatteessa tällaisesta Amazonin toiminnalle ominaisesta osallistumisesta voi seurata, että tavaramerkkioikeutta loukkaavan tuotteen myynti on laajalti Amazonin hallinnassa. Tämä osallistuminen, josta on etua kuluttajalle sikäli, että sillä pyritään todellisuudessa takaamaan kuluttajalle ostetun tuotteen varma ja nopea toimitus ja siten lujittamaan verkkokauppa-alustan mainetta, ei mielestäni kuitenkaan yksinään riitä osoittamaan, että Amazon on käyttänyt kyseistä merkkiä omassa kaupallisessa viestinnässään.

93. Unionin tuomioistuin on nimittäin jo todennut tuomiossa Coty,[47] ettei voida katsoa, että merkkiä on käytetty osana verkkokauppa-alustan ylläpitäjän omaa kaupallista viestintää, kun ylläpitäjä varastoi riidanalaisella merkillä varustettuja tuotteita kolmannen myyjän lukuun, jos se ei itse pyri tarjoamaan näitä tuotteita tai laskemaan niitä liikkeeseen. En näe mitään syytä, miksi vastaavien tuotteiden lähettämistä kolmansien lukuun pitäisi kohdella eri tavalla. Tässä tilanteessa tavanomaisesti valistuneille ja kohtuullisen tarkkaavaisille internetin käyttäjille on selvää, että ainoastaan kolmas myyjä aikoo tarjota kyseisiä tuotteita ja laskea ne liikkeeseen.[48]

94. Tätä päätelmää ei kyseenalaista se, että Amazon itse julkaisee kyseiset mainokset. Kuten nimittäin jo edellä esitin, olen sitä mieltä, että myöskään tällaisten mainosten julkaisemista ei voida pitää asetuksen 2017/1001 9 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuna käyttämistoimena.[49] Näitä kahta toimea, joita ei pidetä kyseisessä säännöksessä tarkoitettuna käyttämisenä, ei mielestäni voida luokitella eri tavoin pelkästään siitä syystä, että ne ovat kokonaisvaltaisen arvioinnin kohteena.

47 Tuomion 45–47 kohta.

48 Tuomion 47 kohta.

49 Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 84 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

95. Näin ollen olen sitä mieltä, että ennakkoratkaisukysymyksiin asioissa C-148/21 et C-184/21 on vastattava, että asetuksen 2017/1001 9 artiklan 2 kohtaa on tulkittava siten, että verkkokauppa-alustan ylläpitäjän ei voida katsoa käyttävän tavaramerkkiä kolmannen osapuolen kyseisellä alustalla julkaisemassa myyntitarjouksessa siitä syystä, että se yhtäältä julkaisee omat tarjouksensa ja kolmansien osapuolten tarjoukset mainoksissa yhdenmukaisella tavalla tekemättä eroa niiden alkuperän mukaan mutta näyttää näissä mainoksissa oman laajalti tunnetun jakelijan logonsa sekä omalla sivustollaan että kolmansien internetsivustojen mainosotsikoissa ja se toisaalta tarjoaa kolmansille myyjille lisäpalveluina tukipalveluja ja alustallaan myytävien tuotteiden varastointi- ja lähetyspalveluja ja ilmoittaa mahdollisille ostajille huolehtivansa viimeksi mainituista palveluista, kunhan nämä seikat eivät voi johtaa siihen, että tavanomaisesti valistunut ja kohtuullisen tarkkaavainen internetin käyttäjä mieltää tavaramerkin erottamattomaksi osaksi ylläpitäjän omaa kaupallista viestintää.

3. Tavaramerkkioikeuden erityisyys

96. Tällaisen ratkaisun antaminen edellyttää, ettei Amazonin kaltaisen verkkokauppa-alustan ylläpitäjän sellaisen liiketoimintamallin erityisyydellä, jossa yhdistetään useita eri palveluja myyntitarjousten julkaisemisesta aina kyseisten tuotteiden lähettämiseen asti, ole mitään vaikutusta asetuksen N:o 2017/2011 9 artiklassa tarkoitettuun käytön käsitteeseen.

97. Tämän ratkaisun on kuitenkin pysyttävä kyseisen käsitteen tulkinnalle asetetuissa rajoissa, eikä sitä voida laajentaa muille oikeudenaloille. Toisin sanoen, vaikka se, että verkkokauppa-alustan ylläpitäjä yhdistää erilaisia palveluja, ei sinänsä tarkoita, että sen voitaisiin katsoa käyttävän merkkiä, ei edes tästä palvelujen yhdistämisestä mahdollisesti johtuvan aktiivisemman toimintansa vuoksi, tämä ei silti tarkoita, että tällainen yhdistäminen ei vaikuta mitenkään kyseisen ylläpitäjän tarjoamien palvelujen määrittämiseen muilla oikeudenaloilla.

98. Muistutan erityisesti unionin tuomioistuimen tuomiossa Asociación Profesional Elite Taxi [50] ja tuomiossa Uber France [51] antamasta ratkaisusta. Kummastakin tuomiosta nimittäin ilmenee, että useiden yrityksen tarjoamien palvelujen yhdistäminen niin, että yritys saattoi hallita kaupunkiliikenteen kuljetuspalvelun kaikkia merkityksellisiä muuttujia, tarkoitti sitä, ettei tällaista palvelua voitu pitää pelkkänä välityspalveluna, jolla asiakkaita saatetaan yhteen kuljettajien kanssa, vaan sitä oli pidettävä yhtenä ainoana palvelusuorituksena, josta kyseinen yritys oli vastuussa. Toisin sanoen sillä, että kaikki palvelun osa-alueet ovat laajalti yrityksen hallinnassa, on vaikutusta yrityksen asemaan välittäjänä, erityisesti sähköistä kaupankäyntiä koskevien unionin oikeussääntöjen kannalta.

99. Tätä päättelyä ei kuitenkaan voida suoraan soveltaa käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan käytön käsitteen tulkintaan. Tällaisessa tulkinnassa ei nimittäin ole kyse verkkokauppa-alustan ylläpitäjän tarjoaman palvelun luonnehdinnasta vaan siitä, voiko sen toiminnasta saada sen vaikutelman, että se käyttää merkkiä omassa kaupallisessa viestinnässään. Vastaukseen johtava päättely on kummassakin kysymyksessä väistämättä erilainen.

100. Myös näiden kysymysten logiikka on erilainen. Internetissä toimivan palveluntarjoajan tarjoaman palvelun luonnehdinnalla voi olla vaikutusta vastuuseen, joka tällä palveluntarjoajalla on sen ylläpitämän alustan käyttäjään nähden. Tämän palveluntarjoajan vastuu on ymmärrettävästikin sitä suurempi, mitä laajemmin tarjottu palvelu on sen hallinnassa. Näin ei ole

[50] Tuomio 20.12.2017, Asociación Profesional Elite Taxi (C-434/15, EU:C:2017:981).

[51] Tuomio 10.4.2018, Uber France (C-320/16, EU:C:2018:221).

sen kysymyksen osalta, onko tämä palvelunharjoittaja asetuksessa 2017/1001 tarkoitetulla tavalla käyttänyt tavaramerkkiä, sillä tämä kysymys koskee ainoastaan kyseessä olevien tavaramerkkioikeuksien suojelua.

V Ratkaisuehdotus

101. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa tribunal d'arrondissement de Luxembourgin (Luxemburg) asiassa C-148/21 ja tribunal de l'entreprise francophone de Bruxellesin (Belgia) asiassa C-184/21 esittämiin kysymyksiin, että Euroopan unionin tavaramerkistä 14.6.2017 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EU) 2017/1001 9 artiklan 2 kohtaa on tulkittava siten, että verkkokauppa-alustan ylläpitäjän ei voida katsoa käyttävän tavaramerkkiä kolmannen osapuolen kyseisellä alustalla julkaisemassa myyntitarjouksessa siitä syystä, että se yhtäältä julkaisee omat tarjouksensa ja kolmansien osapuolten tarjoukset mainoksissa yhdenmukaisella tavalla tekemättä eroa niiden alkuperän mukaan mutta näyttää näissä mainoksissa oman laajalti tunnetun jakelijan logonsa sekä omalla sivustollaan että kolmansien internetsivustojen mainosotsikoissa, ja se toisaalta tarjoaa kolmansille myyjille lisäpalveluina tukipalveluja ja alustallaan myytävien tuotteiden varastointi- ja lähetyspalveluja ja ilmoittaa mahdollisille ostajille huolehtivansa viimeksi mainituista palveluista, kunhan nämä seikat eivät voi johtaa siihen, että tavanomaisesti valistunut ja kohtuullisen tarkkaavainen internetin käyttäjä mieltää tavaramerkin osaksi ylläpitäjän omaa kaupallista viestintää.