Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 2. juni 2022 [1]

Forenede sager C-148/21 og C-184/21

Christian Louboutin
mod
Amazon Europe Core Sàrl,
Amazon EU Sàrl,
Amazon Services Europe Sàrl (C-148/21)
(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af tribunal d'arrondissement de Luxembourg (kredsdomstolen i Luxembourg, Luxembourg))
og
Christian Louboutin
mod
Amazon.com Inc.,
Amazon Services LLC (C-184/21)

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles (den fransksprogede ret i handels- og erhvervsretlige sager i Bruxelles, Belgien))

»Præjudicielle forelæggelser – intellektuel ejendomsret – varemærkeret – EU-varemærkets virkninger – rettigheder knyttet til varemærket – ret til at forbyde tredjemands brug af varemærket, af et identisk eller lignende tegn for varer eller tjenesteydelser af samme eller lignende art – begrebet brug«

I. Indledning

1. Selv om spørgsmålet om mellemmænds ansvar ikke i sig selv er nyt, opstår det til gengæld igen og igen, når nye former for formidling dukker op på internettet. Derom vidner en række forskellige sager vedrørende aktivitet på onlineplatforme, som er blevet forelagt for Domstolen i de senere år [2], og denne række fortsættes med de foreliggende anmodninger om præjudiciel afgørelse, der er indgivet i forbindelse med tvister mellem Christian Louboutin og Amazon Europe Core Sàrl, Amazon EU Sàrl og Amazon Services Europe Sàrl (sag C-148/21) og Amazon.com Inc. og Amazon Services LLC (herefter hver for sig eller samlet »Amazon«) (sag C-184/21).

[1] – Originalsprog: fransk.

[2] – Jf. bl.a. dom af 20.12.2017, Asociación Profesional Elite Taxi (C-434/15, EU:C:2017:981), af 19.12.2019, Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112), og af 22.6.2021, YouTube og Cyando (C-682/18 og C-683/18, EU:C:2021:503).

2. Denne udvikling er ikke overraskende. Internettet indtager en stadig mere central plads i vores samfund, ikke kun ud fra et socialt synspunkt, men også fra et økonomisk, og mellemmændene, som opererer på internettet, spiller en væsentlig rolle i denne henseende. Disse mellemmænd giver brugerne mulighed for at finde, udveksle, dele og fremstille indhold, for at købe og sælge varer og tjenesteydelser og for at skabe og udtrykke sig på internettet [3]. De letter helt klart brugernes adgang til visse former for indhold. Selv om de i et vist opfang kan udgøre et virtuelt sidestykke til de traditionelle mellemmænd, begunstiger onlineområdet, der er kendetegnet ved konstante teknologiske nyskabelser, navnlig, at der skabes nye formidlingsmodeller, som ikke findes tilsvarende i den virkelige verden [4], og hvis praktiske betydning der ikke kan ses bort fra, hvilket gør det relevant, at lovgivningen beskæftiger sig hermed.

3. Internetmellemmændenes stadig større rolle indebærer nemlig nødvendigvis, at deres aktivitet kommer i berøring med andre erhvervsdrivendes, og at denne aktivitet i et vist omfang kan udgøre en trussel mod disse erhvervsdrivendes rettigheder. Det er tilfældet for erhvervsdrivende, der er indehavere af intellektuelle ejendomsrettigheder, herunder af et varemærke, idet disse rettigheder f.eks. kan gøres til genstand for krænkelser på onlinesalgsplatforme, hvilket rejser spørgsmålet om, hvorvidt internetmellemmænd, der driver sådanne platforme, kan ifalde ansvar. Udviklingen af aktiviteterne på platformene for onlinesalg og de ledsagende teknologiske nyskabelser letter forbrugernes adgang til varerne og begunstiger markedsføringen af disse. Mængden af varer i omsætning stiger derfor automatisk. Det samme gælder for mængden af krænkende varer [5].

4. En placering af ansvaret hos den mellemmand, der driver en onlinesalgsplatform, for salget af krænkende varer via denne platform er umiddelbart forståelig set ud fra det synspunkt, som en indehaver af et varemærke, der er blevet krænket på denne platform, vil indtage. Det er ganske vist korrekt, at krænkelsen først og fremmest er begået af den sælger, der benytter onlinesalgsplatformen til at udbyde krænkende varer til salg. Disse sælgere er imidlertid i reglen vanskelige at identificere, og lokaliseringen af disse kan desuden udgøre en forhindring for at drage dem til ansvar [6].

5. Mellemmanden gør det på sin side teknisk muligt for en tredjemand at foretage en sådan krænkelse og har kontrol over sin platform. En sådan mellemmand kan, i det mindste i princippet, bringe denne krænkelse til ophør. For en varemærkeindehaver forekommer det så meget mere effektivt at forsøge at drage mellemmanden til ansvar frem for den eksterne sælger [7], hvad enten der er tale om mellemmandens direkte ansvar – som krænkende part – eller om dennes indirekte ansvar – som følge af tredjeparters handlinger via deres tjenesteydelser [8].

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

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

[5] – Mængden af krænkende varer, der bringes i omsætning på verdensplan, udgør på nuværende tidspunkt ca. 2,5% af verdenshandelen. Jf. OECD/EUIPO, *Global Trade in Fakes, A Worrying Threat*, Illicit Trade, OECD Publishing, Paris, 2021, s. 61.

[6] – P. Van Eecke, »Online service providers and liability: A plea for a balanced approach«, *Common Market Law Review*, 2011, nr. 48, bind 5, s. 1455.

[7] – Om de teoretiske og økonomiske begrundelser for at pålægge internetmellemmænd ansvar jf. A. Marsoof, op.cit., s. 5-10, C. Ullrich, op.cit., s. 104-108, og A. Ohly, »The Liability of Intermediaries for Trademark Infringement«, *Research Handbook on Trademark Law Reform*, G.B. Dinwoodie og M.D. Janis (red.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, s. 396-430.

[8] – Om sondringen mellem primært og sekundært ansvar jf. generaladvokat Jääskinens forslag til afgørelse L'Oréal m.fl. (C-324/09, EU:C:2010:757, punkt 54 ff.) samt A. Kur og M. Senftleben, *European Trade Mark Law: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 691, og C. Ullrich, op.cit., s. 356 ff.

6. Varemærkeindehaveres interesse i at drage mellemmændene til ansvar kan dog ikke betragtes isoleret og kan ikke i sig selv begrunde, at mellemmændene altid gøres ansvarlige for krænkelser af disse indehaveres rettigheder, der begås på deres platforme. Denne interesse skal afvejes i forhold til andre modstående interesser [9].

7. For det første kan omfanget af internetmellemmænds ansvar reelt set forpligte dem til at foretage en generel overvågning af enhver mulig krænkelse af varemærkerettigheder begået på deres platforme. For det andet kan det tilsvarende hindre udviklingen af nye aktiviteter på internetområdet og mere generelt enhver form for nyskabelse på området, såfremt det tillades, at internetmellemmænd kan gøres direkte ansvarlige for krænkelser af varemærkeindehaveres rettigheder, der finder sted på deres platforme.

8. Nødvendigheden af en afvejning af disse modstridende interesser har foranlediget EU-lovgiver til i et vist omfang at træffe foranstaltninger til beskyttelse af internetmellemmændene for så vidt angår det ansvar, de pålægges for tredjeparters krænkelser på deres platforme – dvs. deres indirekte ansvar. Selv om det indirekte ansvar nemlig ikke er omfattet af en harmoniseret ordning i EU-retten, er der i direktiv 2000/31/EF [10] ikke desto mindre fastsat visse ansvarsfritagelser, som medlemsstaterne er forpligtede til at indføre. Internetmellemmænd kan således bl.a. ikke gøres ansvarlige for ulovlige handlinger begået af brugere af deres platforme i forbindelse med deres transmission af information på et kommunikationsnet og med levering af adgang til dette net, med mellemliggende eller midlertidig oplagring (»caching«), eller med oplagring (»hosting«) [11]. I forbindelse med disse aktiviteter kan disse mellemmænd i øvrigt ikke pålægges en generel forpligtelse til at overvåge den information, de fremsender eller oplagrer, eller til aktivt at undersøge forhold eller omstændigheder, der tyder på ulovlig virksomhed [12].

9. Selv om det er fastsat i direktiv 2004/48/EF [13] (herefter »direktiv 2004/48«), at medlemsstaterne sikrer, at rettighedshaverne har mulighed for at ansøge om udstedelse af et påbud til en mellemmand, hvis tjenesteydelser anvendes af tredjemand til at krænke en intellektuel ejendomsrettighed [14], er disse påbud, som tager sigte på at bringe en sådan krænkelse til ophør, imidlertid endvidere uafhængige af mellemmandens mulige ansvar for de omtvistede omstændigheder [15], hvorfor spørgsmålet om behandlingen af mellemmænd med hensyn til handlinger begået af tredjeparter via førstnævntes tjenester i det store hele ikke nævnes i dette direktiv.

10. Ud over spørgsmålet om deres indirekte ansvar skal der også tages stilling til, om internetmellemmænd kan ifalde direkte ansvar for krænkelser af varemærkeindehaveres rettigheder, navnlig for så vidt angår operatører af onlinemarkedspladser, når krænkende varer udbydes til salg på deres platforme. I modsætning til internetmellemmænds indirekte ansvar, som reguleres i national ret med forbehold af de ansvarsfritagelser, der er fastsat i direktivet om

9 – A. Ohly, op.cit., s. 397.

10 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 8.6.2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (EFT 2000, L 178, s. 1, herefter »direktivet om elektronisk handel«).

11 – Artikel 12-14 i direktivet om elektronisk handel.

12 – Artikel 15 i direktivet om elektronisk handel.

13 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 29.4.2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder (EUT 2004, L 157, s. 45, berigtiget i EUT 2004, L 195, s. 16).

14 – Artikel 11 i direktiv 2004/48.

15 – Jf. dom af 7.7.2016, Tommy Hilfiger Licensing m.fl. (C-494/15, EU:C:2016:528, præmis 22). Om dette spørgsmål jf. ligeledes M. Husovec, *Injunctions against Intermediaries in the European Union, Accountable but not Liable*?, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, s. 62 ff.

elektronisk handel, er pålæggelsen af direkte ansvar for operatører af markedspladser som følge af en krænkelse af varemærkeindehaveres rettigheder, der finder sted på disse, omfattet af EU-retten, nærmere bestemt af bestemmelserne i forordning (EU) 2017/1001 [16].

11. Det påhviler derfor Domstolen selv at foretage en afvejning af de foreliggende interesser ved at trække en grænse mellem de situationer, hvor operatøren af en markedsplads kan ifalde direkte ansvar, og de situationer, hvor en sådan operatør ikke kan gøres direkte ansvarlig for en krænkelse af en varemærkeindehavers rettigheder på sin platform. Domstolens praksis vedrørende fortolkningen af artikel 9, stk. 2, i forordning 2017/1001 [17] har ved at præcisere begrebet »brug« af et varemærke i erhvervsmæssigt øjemed i et vist omfang gjort det muligt at drage en sådan grænse [18], for så vidt som dette begreb tager sigte på at fastlægge de former for adfærd, som indehaveren af et varemærke kan forbyde en tredjemand.

12. De vedvarende nyskabelser på internettet, som skal beskyttes, hvilket har begrundet en omfattende beskyttelse af mellemmændenes aktivitet på området, har imidlertid ligeledes medført en betydelig udvikling af modellen for onlinemarkedspladser. Amazon kan f.eks. ikke anses for en traditionel markedsplads.

13. Som den forelæggende ret har anført, er Amazon nemlig både en anerkendt forhandler og operatør af en markedsplads. På sit websted for onlinesalg offentliggør Amazon både annoncer vedrørende sine egne varer, som virksomheden sælger og forsender i eget navn, og annoncer fra eksterne sælgere. Den måde, hvorpå Amazon fungerer, giver desuden mulighed for, at forsendelsen af de varer, som udbydes til salg af eksterne sælgere på platformen, enten varetages af disse, eller af Amazon, der oplagrer disse varer i sine distributionscentre og afsender dem til købere fra sine egne lokaler.

14. Disse elementer, der gør dette selskabs model til en »hybrid«-model [19], udgør en ny ramme for undersøgelsen af spørgsmålet om, hvorvidt operatøren af en sådan markedsplads kan ifalde direkte ansvar for krænkelser af varemærkeindehaveres rettigheder på dennes platform, fordi operatøren gør brug af dette varemærke som omhandlet i artikel 9, stk. 2, i forordning 2017/1001, og det er disse elementer, der ligger til grund for de præjudicielle spørgsmål, som er blevet forelagt i de foreliggende sager.

15. Disse sager giver således Domstolen mulighed for at præcisere dette begreb »brug« og dermed også de principper, der skal lægges til grund for besvarelsen af spørgsmålet om internetmellemmænds direkte ansvar, når der foreligger en krænkelse af varemærkeretten, der er begået på deres platform.

16 – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 14.6.2017 om EU-varemærker (EUT 2017, L 154, s. 1).

17 – Eller, før denne, Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EF-varemærker (EUT 2009, L 78, s. 1).

18 – Jf. analysen af denne retspraksis i punkt 49 ff. i dette forslag til afgørelse.

19 – Ohly, op.cit., s. 413.

II. Retsforskrifter

A. Forordning 2017/1001

16. 13. betragtning til forordning 2017/1001 lyder således:

»Der kan opstå usikkerhed om varernes eller tjenesteydelsernes handelsmæssige oprindelse, når en virksomhed bruger samme eller et tilsvarende tegn som et handelsnavn på en sådan måde, at der skabes en forbindelse mellem virksomheden, der bærer navnet, og de pågældende varer eller tjenesteydelser fra denne virksomhed. Krænkelse af et EU-varemærke bør derfor også omfatte anvendelse af tegnet som handelsnavn eller lignende betegnelse, når anvendelsen sker med henblik på at adskille varer eller tjenesteydelser.«

17. Artikel 9 i forordning 2017/1001 med overskriften »Rettigheder knyttet til et EU-varemærke« bestemmer følgende i stk. 1-3:

»1. Registrering af et EU-varemærke giver indehaveren en eneret.

2. Med forbehold af indehaverrettigheder erhvervet inden EU-varemærkets ansøgnings- eller prioritetsdato kan indehaveren af det pågældende EU-varemærke forbyde tredjemand, der ikke har den pågældende indehavers samtykke, at gøre erhvervsmæssig brug af ethvert tegn i forbindelse med varer eller tjenesteydelser, når:

a) tegnet er identisk med EU-varemærket og anvendes i forbindelse med varer eller tjenesteydelser, som er identiske med dem, for hvilke EU-varemærket er registreret

b) tegnet er identisk med eller ligner EU-varemærket og anvendes i forbindelse med varer eller tjenesteydelser, som er identiske med eller ligner de varer eller tjenesteydelser, for hvilke EU-varemærket er registreret, hvis der i offentlighedens bevidsthed er risiko for forveksling; risikoen for forveksling indbefatter risikoen for, at der antages at være en forbindelse mellem tegnet og varemærket

c) tegnet er identisk med eller ligner EU-varemærket, uanset om det anvendes i forbindelse med varer eller tjenesteydelser, der er identiske med, ligner eller ikke ligner dem, for hvilke EU-varemærket er registreret, når varemærket er velkendt i Unionen, og brugen af dette tegn uden rimelig grund medfører en utilbørlig udnyttelse af EU-varemærkets særpræg eller renommé, eller sådan brug skader dette særpræg eller renommé.

3. Navnlig følgende kan forbydes i medfør af stk. 2:

[…]

b) at udbyde varerne til salg, at markedsføre dem eller oplagre dem med disse formål eller at tilbyde eller præstere tjenesteydelser under tegnet

[…]

d) at anvende tegnet som handels- eller firmanavn eller en del af et handels- eller firmanavn

e) at anvende tegnet på forretningspapirer og i reklameøjemed

f) at anvende tegnet i sammenlignende reklame på en måde, der er i strid med direktiv 2006/114/EF [20].«

B. Direktiv 2004/48

18. Artikel 11 i direktiv 2004/48, der bærer overskriften »Påbud«, bestemmer:

»Medlemsstaterne sikrer, at de retslige myndigheder, når der er truffet en retsafgørelse, som fastslår en krænkelse af en intellektuel ejendomsrettighed, kan udstede et påbud til den krænkende part med henblik på at forhindre fortsat krænkelse. Hvis det er muligt efter national lovgivning, pålægges der ved manglende overholdelse af et påbud i givet fald en tvangsbøde for at sikre, at påbuddet overholdes. Medlemsstaterne sikrer endvidere, at rettighedshaverne har mulighed for at ansøge om udstedelse af et påbud til en mellemmand, hvis tjenesteydelser anvendes af tredjemand til at krænke en intellektuel ejendomsrettighed; jf. dog artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29/EF [21].«

19. Dette direktivs artikel 13 med overskriften »Erstatning« er affattet således:

»1. Medlemsstaterne sikrer, at de kompetente retslige myndigheder på begæring af den forurettede pålægger den krænkende part, der vidste eller med rimelighed burde vide, at hans aktiviteter medførte en sådan krænkelse, at betale rettighedshaveren en erstatning, der står i rimeligt forhold til det tab, denne har lidt som følge af krænkelsen.

[…]

2. I sager, hvor den [krænkende] part har krænket intellektuelle ejendomsrettigheder uden at vide det eller uden at have rimelig grund til at vide det, kan medlemsstaterne bestemme, at de retslige myndigheder kan træffe beslutning om tilbagebetaling af et overskud eller om betaling af en erstatning, der kan være fastsat på forhånd.«

C. Direktivet om elektronisk handel

20. 48. betragtning til direktivet om elektronisk handel har følgende ordlyd:

»Dette direktiv berører ikke medlemsstaternes mulighed for at pålægge tjenesteydere, som oplagrer oplysninger, der er fremsendt af modtagere af deres tjeneste, pligt til en sådan agtpågivenhed, som med rimelighed kan forventes af dem, og som der er fastsat bestemmelser om i den nationale lovgivning, med henblik på at afsløre og forhindre visse former for ulovlige aktiviteter.«

20 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 12.12.2006 om vildledende og sammenlignende reklame (EUT 2006, L 376, s. 21).

21 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 22.5.2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (EFT 2001, L 167, s. 10).

21. Direktivets artikel 14 med overskriften »Oplagring (»Hosting«)« bestemmer i stk. 1:

»Medlemsstaterne sikrer, at tjenesteyderen i tilfælde af levering af en informationssamfundstjeneste, som består i oplagring af information leveret af en tjenestemodtager, ikke pådrager sig ansvar for information oplagret på anmodning af en tjenestemodtager, forudsat:

a) at tjenesteyderen ikke har konkret kendskab til den ulovlige aktivitet eller information og, for så vidt angår erstatningskrav, ikke har kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf den ulovlige aktivitet eller information fremgår,

   eller

b) at tjenesteyderen fra det øjeblik, hvor han får et sådant kendskab, straks tager skridt til at fjerne informationen eller hindre adgangen til den.«

III. Tvisterne i hovedsagerne, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

22. Christian Louboutin er en fransk skodesigner, hvis mest kendte varer er kvindesko med høj hæl. Siden midten af 1990'erne har Christian Louboutin forsynet sine sko med en ydersål i farven rød, hvis Pantone-farvekode er 18.1663TP.

23. Denne farve, der anvendes på sålen af en højhælet sko, er registreret som Beneluxvaremærke nr. 0874489 og som EU-varemærke nr. 8845539 [22]. Dette varemærke er beskyttet for »sko med høje hæle (dog ikke ortopædisk fodtøj)«.

24. Amazon er en virksomhed, der er specialiseret i at udbyde forskellige varer og tjenesteydelser til onlinesalg både direkte for egen regning og indirekte som platform for eksterne sælgere.

25. På Amazons websteder vises regelmæssigt reklamer for sko med røde såler, der ifølge Christian Louboutin omhandler varer, som markedsføres uden hans samtykke.

A. Sag C-148/21

26. Ved hjælp af en stævningsmand indstævnede Christian Louboutin under påberåbelse af en krænkelse af sine enerettigheder knyttet til sit EU-varemærke den 19. september 2019 Amazons datterselskaber med hjemsted i Luxembourg for tribunal d'arrondissement de Luxembourg (kredsdomstolen i Luxembourg, Luxembourg) i dens egenskab af domstol i handelsretlige sager. Christian Louboutin har nedlagt påstand om, at det fastslås, at Amazon er ansvarlig for krænkelsen af førnævnte varemærke, at Amazon skal ophøre med erhvervsmæssig brug af tegn, der er identiske med dette varemærke på hele Unionens område, bortset fra Beneluxlandene, der er omfattet af en afgørelse truffet af den belgiske ret, under tvangsbødestraf, og at der tildeles erstatning for den lidte skade som følge af den omtvistede ulovlige brug.

[22] – I registreringen hedder det: »Mærket består af farven rød (Pantone 18.1663TP), der anvendes på sålen af den gengivne sko (omridset på skoen udgør ikke en del af mærket, men har kun det formål at vise mærkets placering).«

27. Christian Louboutins påstande er støttet på artikel 9, stk. 2, litra a), i forordning 2017/1001. Christian Louboutin har nemlig gjort gældende, at Amazon uden hans samtykke har gjort brug af et tegn, der er identisk med det varemærke, som han er indehaver af, i forbindelse med varer eller tjenesteydelser, som er identiske med dem, for hvilke dette varemærke er registreret, navnlig i form af visning på dette selskabs websteder for onlinesalg af reklamer for varer, som er forsynet med det omtvistede tegn, men også i form af oplagring, forsendelse og levering af sådanne varer. Ifølge Christian Louboutin kan en sådan brug tilregnes Amazon, for så vidt som dette selskab har spillet en aktiv rolle i udførelsen af den handling, der udgør denne brug, og hvor reklamerne vedrørende de krænkende varer indgik i Amazons egen kommercielle kommunikation. Amazon kan ikke anses for blot at være hostingudbyder eller en neutral mellemmand.

28. Amazon har bestridt, at brugen af varemærket kan tilregnes virksomheden. Selskabet har henvist til flere af Domstolens domme vedrørende andre platforme, såsom eBay, og på grundlag heraf gjort gældende, at selskabet som operatør af en onlinemarkedsplads ikke kan holdes ansvarlig for brugen af dette varemærke, som de eksterne sælgere, der benytter dens platform, har foretaget. Ifølge selskabet adskiller den måde, hvorpå dets markedsplads fungerer, idet eksterne sælgere har adgang til denne, sig ikke væsentligt fra andre markedspladser, og den omstændighed, at Amazons logo figurerer i annoncerne fra eksterne sælgere på virksomhedens websteder, indebærer ikke, at selskabet tilegner sig disse annoncer. Ifølge Amazon vil de tillægsydelser, som selskabet tilbyder, ikke kunne begrunde, at eksterne tilbud kvalificeres som en del af selskabets egen kommunikation. Den omstændighed, at de nødvendige tekniske betingelser for at gøre brug af et tegn tilvejebringes, og at der modtages et vederlag for denne ydelse, betyder ifølge Amazon ikke, at den, der udbyder denne ydelse, selv gør brug af dette tegn.

29. Ifølge den forelæggende ret skal det afgøres, om det af den særlige måde, hvorpå de platforme, som Amazon driver, fungerer, kan udledes, at der foreligger en brug af et tegn, der er identisk med varemærket, som følge af integrationen af annoncerne fra eksterne sælgere i dette selskabs egen kommercielle kommunikation.

30. Den forelæggende ret har for det første henvist til dommen i sagen L'Oréal m.fl.[23], herefter »eBay-dommen«, hvori Domstolen fastslog, at en tredjemands »brug« af et tegn, der er identisk med eller ligner indehaverens varemærke, i det mindste forudsætter, at tredjemand gør brug af tegnet i sin egen kommercielle kommunikation, hvorefter den konkluderede, at en operatør af en onlinemarkedsplads ikke foretager en sådan brug. Den forelæggende ret har dog anført, at for så vidt som den nævnte dom vedrørte platformen eBay, som ubestrideligt udelukkende medvirker ved offentliggørelsen af sine brugeres annoncer i egenskab af mellemmand og ikke som sælger og forhandler, kan denne retspraksis ifølge den forelæggende ret imidlertid ikke ipso facto overføres på en platform, der fungerer på en anden måde.

31. Den forelæggende ret er i denne forbindelse af den opfattelse, at hvert element i tilbuddene, således som de vises på Amazons websteder, ikke skal betragtes isoleret, men at der bør foretages en vurdering af strategien som helhed med henblik på at afgøre, om den salgsmodel, som Amazon anvender, kan være forskellig fra modellen for en markedsplads i egentlig forstand og i givet fald føre til andre former for ansvar.

32. Den forelæggende ret har anført, at Domstolen, til trods for sin omfattende praksis, aldrig har udtalt sig om spørgsmålet om, hvorvidt en forhandler af varer på internettet, der samtidig driver en onlinemarkedsplads, kan anses for at integrere tilbuddene fra tredjeparter i sin egen

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

kommercielle kommunikation. Denne retspraksis tager nemlig udgangspunkt i den opfattelse, at annoncerne fra tredjeparter ikke er en del af platformsoperatørens egen kommercielle kommunikation, hvilket i det foreliggende tilfælde fører til kun at anse Amazon for en simpel operatør af en onlinemarkedsplads.

33. Den forelæggende ret har anført, at Domstolen i Coty-dommen [24] udelukkende behandlede dette spørgsmål i forhold til oplagringen af varer uden at tage højde for en mere omfattende undersøgelse af Amazons forretningsmodel, hvorfor Domstolen ikke har taget stilling til det spørgsmål, der er blevet indbragt for den i den foreliggende sag, som ikke alene vedrører Amazons oplagring af varer, der sælges af tredjeparter, men ligeledes rejser et bredere spørgsmål om, hvorvidt tilbud fra tredjeparter skal anses for at være en integrerende del af Amazons egen kommercielle kommunikation.

34. Den forelæggende ret har tilføjet, at den omstændighed, at der i givet fald vil kunne findes en besvarelse af dette bredere spørgsmål i de EU-retlige forskrifter om e-handel, ikke gør det muligt med sikkerhed at udelukke, at der foreligger et ansvar for mellemmanden på området for varemærkebeskyttelse.

35. Den forelæggende ret har for det andet rejst spørgsmålet om, hvorvidt offentlighedens opfattelse af, om markedspladsoperatøren spiller en mere eller mindre aktiv rolle i offentliggørelsen af annoncerne, kan være af betydning. Nærmere bestemt ønsker den forelæggende ret oplyst, om den omstændighed, at offentligheden opfatter en annonce eller et tilbud fra tredjemænd dom som en del af den kommercielle kommunikation, der hidrører fra operatøren af en digital salgsplatform, skal tilskrives den kommercielle kommunikation, kan sidestilles med en faktisk integration af tilbuddet i dennes kommercielle kommunikation, hvilket dermed indebærer, at operatøren er ansvarlig i henseende til varemærkeretten.

36. Den forelæggende ret er endelig for det tredje i tvivl om, om en operatør skal anses for at bruge et tegn, når denne forsender varer, som er forsynet med det omtvistede tegn. Den har anført, at Domstolen i Coty-dommen ikke tog stilling til forsendelsen af varerne efter oplagringen, eftersom forsendelsen i den sag, der gav anledning til den pågældende dom, blev varetaget af en ekstern tjenesteyder.

37. På denne baggrund har tribunal d'arrondissement de Luxembourg (kredsdomstolen i Luxembourg) besluttet at udsætte sagen og stille Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 9, stk. 2, i [forordning 2017/1001] fortolkes således, at brugen af et tegn, der er identisk med et varemærke, i en reklame, der vises på et websted, kan tilregnes webstedets operatør eller dertil forbundne økonomiske enheder som følge af, at der på dette websted forekommer en blanding af tilbud fra operatøren og dertil forbundne økonomiske enheder og tilbud fra eksterne sælgere gennem integration af disse reklamer i operatørens eller dertil forbundne økonomiske enheders egen kommercielle kommunikation?

Forstærkes en sådan integration af den omstændighed, at

– reklamerne vises ensartet på webstedet?

– reklamer fra operatøren og dertil forbundne økonomiske enheder og reklamer fra eksterne sælgere vises uden forskel for så vidt angår deres oprindelse, mens det logo, der tilhører

[24] – Dom af 2.4.2020 (C-567/18, herefter »Coty-dommen«, EU:C:2020:267).

operatøren eller dertil forbundne økonomiske enheder, tydeligt vises i reklamerubrikkerne på tredjepartswebsteder i form af pop op-vinduer?

– operatøren eller dertil forbundne økonomiske enheder udbyder en samlet tjeneste til eksterne sælgere, inklusive bistand i forbindelse med udarbejdelse af reklamer og fastsættelse af salgspriser samt oplagring af varer og forsendelse heraf?

– webstedet, der tilhører operatøren og dertil forbundne økonomiske enheder, er udarbejdet således, at det fremtræder som butikker og med labels såsom »bedst sælgende«, »mest efterspurgte« eller »hyppigst udbudte«, uden at der ved et første øjekast forekommer nogen tydelig skelnen mellem varer fra operatøren og dertil forbundne økonomiske enheder og varer fra eksterne sælgere?

2) Skal artikel 9, stk. 2, i [forordning 2017/1001] fortolkes således, at brugen af et tegn, der er identisk med et varemærke, i en reklame, der vises på et websted for onlinesalg, principielt kan tilregnes webstedets operatør eller dertil forbundne økonomiske enheder, såfremt operatøren eller en dertil forbundet økonomisk enhed i bevidstheden hos en internetbruger, der er almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom, har spillet en aktiv rolle i forbindelse med udarbejdelsen af reklamen, eller såfremt reklamen opfattes som en del af operatørens egen kommercielle kommunikation?

   Vil en sådan opfattelse blive påvirket af:

   – den omstændighed, at operatøren og/eller dertil forbundne økonomiske enheder er en anerkendt forhandler af meget forskelligartede varer, herunder varer af samme kategori som dem, der reklameres for?

   – den omstændighed, at den således viste reklame indeholder en overskrift, hvori servicemærket for denne operatør eller dertil forbundne økonomiske enheder er gengivet, idet dette mærke er anerkendt som forhandlermærke[?]

   – eller den omstændighed, at operatøren eller dertil forbundne økonomiske enheder samtidigt med denne visning udbyder tjenester, der sædvanligvis udbydes af forhandlere af varer af samme kategori, som den vare, der reklameres for, henhører under?

3) Skal artikel 9, stk. 2, i [forordning 2017/1001] fortolkes således, at en erhvervsmæssig forsendelse uden varemærkeindehaverens samtykke til den endelige forbruger af en vare, der er forsynet med et tegn, der er identisk med varemærket, alene udgør en brug, der kan tilregnes afsenderen, såfremt sidstnævnte har et faktisk kendskab til, at dette tegn er anbragt på varen?

   Er en sådan afsender bruger af det pågældende tegn, såfremt vedkommende selv eller en dertil forbundet økonomisk enhed over for den endelige forbruger har oplyst at ville varetage forsendelsen, efter at vedkommende selv eller en dertil forbundet økonomisk enhed har oplagret varen med henblik på forsendelse?

   Er en sådan afsender bruger af det pågældende tegn, såfremt vedkommende selv eller en dertil forbundet økonomisk enhed på forhånd har bidraget aktivt til erhvervsmæssig visning af en reklame for en vare, der er forsynet med dette tegn, eller har registreret den endelige forbrugers bestilling under henvisning til denne reklame?«

38. Anmodningen om præjudiciel afgørelse indgik til Domstolen den 8. marts 2021. Parterne i hovedsagen, den tyske regering og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. De samme parter, med undtagelse af den tyske regering, deltog i retsmødet, som blev afholdt den 22. februar 2022.

B. Sag C-184/21

39. Den 4. oktober 2019 anlagde Christian Louboutin sag ved tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles (den franskprogede ret i handels- og erhvervsretlige sager i Bruxelles, Belgien) med påstand om forbud mod Amazons brug af hans varemærke og om erstatning for den lidte skade som følge af denne brug.

40. Til støtte for sit søgsmål har Christian Louboutin påberåbt sig de samme argumenter som dem, der er blevet gjort gældende i sag C-148/21, idet han navnlig har anført, at de omtvistede reklamer i deres helhed er en del af Amazons kommercielle kommunikation, idet semifigurmærket Amazon, der er et varemærke for en meget velrenommeret forhandler, er placeret i overskriften til hver enkelt annonce, og at de i deres udformning ligner de reklamer, som de store forhandlere gør brug af. Christian Louboutin har ligeledes gjort gældende, at der ved undersøgelsen af spørgsmålet om, hvorvidt en reklame er en integrerende del af en bestemt persons egen kommercielle kommunikation, skal tages hensyn til opfattelsen hos en almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom forbruger, som denne reklame er rettet mod. Han har i øvrigt anført, at den omstændighed, at en vare, der er forsynet med et tegn, som er identisk med et varemærke, sendes til en køber, udgør en brug af dette tegn.

41. Heroverfor har Amazon gjort gældende, at tilbud om sko, der angiveligt indebærer en krænkelse, som fremsættes af eksterne sælgere på virksomhedens websteder, og forsendelsen af disse sko, som sælges af de nævnte eksterne sælgere, ikke udgør brug af varemærket fra Amazons side, og at virksomheden ifølge fast retspraksis som operatør af et websted for onlinesalg ikke kan gøres ansvarlig for tredjemands (ikke-tilladte) brug af et varemærke. I denne henseende har Amazon henvist til en nyere dom afsagt af cour d'appel de Bruxelles (appeldomstolen i Bruxelles, Belgien)[25], hvori denne domstol fastslog, at »brugen af varemærket i en salgsannonce for krænkende varer, der hidrører fra en ekstern sælger, ikke kan tilregnes operatøren af onlinemarkedspladsen, selv om sidstnævntes identitet er synlig, eftersom den ikke er et led i dennes egen kommercielle kommunikation«.

42. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at det for at afgøre den tvist, der er indbragt for den, er relevant at besvare dels spørgsmålet om, under hvilke omstændigheder brugen af et krænkende tegn i en reklame kan tilregnes operatøren af et websted for onlinesalg, som ligeledes er forhandler, dels spørgsmålet om, hvorvidt og under hvilke omstændigheder der skal tage hensyn til offentlighedens opfattelse af denne reklame med henblik på at fastslå, hvem en sådan brug skal tilregnes. Ifølge den forelæggende ret gælder det samme for spørgsmålet om de omstændigheder, der vedrører forsendelsen af en vare, der er forsynet med et tegn, som krænker et varemærke, der ifølge den forelæggende ret er nødvendigt for at kunne afgrænse anvendelsen af artikel 9, stk. 2, i forordning 2017/1001 i den foreliggende sag.

[25] – Dom af 25.6.2020, RG/2019/AR/1480.

43. På denne baggrund har tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles (den fransksprogede ret i handels- og erhvervsretlige sager i Bruxelles) besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 9, stk. 2, i [forordning 2017/1001] fortolkes således, at brugen af et tegn, der er identisk med et varemærke, i en reklame, der vises på et websted principielt kan tilregnes webstedets operatør, såfremt operatøren i bevidstheden hos en internetbruger, der er almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom, har spillet en aktiv rolle i forbindelse med udarbejdelsen af reklamen, eller såfremt reklamen af en sådan internetbruger kan opfattes som en del af operatørens egen kommercielle kommunikation?

Vil en sådan opfattelse blive påvirket af:

– den omstændighed, at operatøren er en anerkendt forhandler af meget forskelligartede varer, herunder varer af samme kategori som dem, der reklameres for

– den omstændighed, at den således viste reklame indeholder en overskrift, hvori servicemærket for denne operatør er gengivet, idet dette varemærke er anerkendt som forhandlermærke

– eller den omstændighed, at operatøren samtidigt med denne visning udbyder tjenester, der sædvanligvis udbydes af forhandlere af varer af samme kategori som den vare, der reklameres for, henhører under?

2) Skal artikel 9, stk. 2, i [forordning 2017/1001] fortolkes således, at en erhvervsmæssig forsendelse uden varemærkeindehaverens samtykke til den endelige forbruger af en vare, der er forsynet med et tegn, der er identisk med varemærket, alene udgør en brug, der kan tilregnes afsenderen, såfremt sidstnævnte har et faktisk kendskab til, at dette tegn er anbragt på varen?

Er en sådan afsender bruger af det pågældende tegn, såfremt vedkommende selv eller en dertil forbundet økonomisk enhed over for den endelige forbruger har oplyst at ville varetage forsendelsen, efter at vedkommende selv eller en dertil forbundet økonomisk enhed har oplagret varen med henblik på forsendelse?

Er en sådan afsender bruger af det pågældende tegn, såfremt vedkommende selv eller en dertil forbundet økonomisk enhed på forhånd har bidraget aktivt til erhvervsmæssig visning af en reklame for en vare, der er forsynet med dette tegn, eller har registreret den endelige forbrugers bestilling under henvisning til denne reklame?«

44. Anmodningen om præjudiciel afgørelse indgik til Domstolen den 24. marts 2021. Parterne i hovedsagen og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Disse parter deltog alle i retsmødet, der blev afholdt den 22. februar 2022.

IV. Bedømmelse

45. Jeg skal påpege, at de præjudicielle spørgsmål, som Domstolen er blevet forelagt i sag C-148/21 og sag C-184/21, vedrører fortolkningen af begrebet »brug« som omhandlet i artikel 9, stk. 2, i forordning 2017/1001, og at de elementer, der er anført i hvert af disse

spørgsmål, stort set er sammenfaldende [26]. Jeg vil derfor behandle dem samlet.

46. Med deres spørgsmål ønsker de forelæggende retter nærmere bestemt oplyst, om artikel 9, stk. 2, i forordning 2017/1001 skal fortolkes således, at operatøren af en onlinesalgsplatform skal anses for at gøre brug af et varemærke i et salgstilbud, der offentliggøres af en tredjemand på denne platform, som følge af, at operatøren dels på samme tid offentliggør sine egne tilbud og tredjeparters tilbud på ensartet måde uden forskel i deres visning for så vidt angår deres oprindelse, idet operatøren lader sit eget logo som anerkendt forhandler optræde i disse annoncer, dels tilbyder eksterne sælgere supplerende tjenesteydelser i form af oplagring og forsendelse af varer, der udbydes online på dennes platform, idet mulige købere informeres om, at operatøren vil varetage disse aktiviteter. De forelæggende retter ønsker endvidere oplyst, om opfattelsen hos en internetbruger, der er almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom, har betydning for fortolkningen af begrebet »brug« i denne bestemmelses forstand.

47. Med henblik på at besvare de præjudicielle spørgsmål vil jeg først gennemgå retspraksis vedrørende begrebet »brug« af et varemærke som omhandlet i artikel 9, stk. 2, i forordning 2017/1001 for at redegøre for grundene til, at det efter min opfattelse følger af denne praksis, at anvendelsen af begrebet forudsætter, at der tages hensyn til opfattelsen hos en bruger af den omhandlede platform. Dernæst vil jeg undersøge konsekvenserne af en sådan inddragelse, eftersom det drejer sig om at fastslå, hvorvidt Amazon som følge af særegenheder ved platformens funktionsmåde som dem, de forelæggende retter har beskrevet, gør brug af et varemærke, der vises i et salgstilbud, som offentliggøres af en tredjemand på Amazons websted.

A. Fastlæggelse af rammen for bedømmelsen

48. I henhold til artikel 9, stk. 2, i forordning 2017/1001, som i det væsentlige gengiver indholdet af artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, kan en indehaver af et EU-varemærke i medfør af denne eneret forbyde tredjemand erhvervsmæssigt at »*gøre brug*« af et tegn, der er identisk med varemærket, for varer eller tjenesteydelser af samme art som dem, for hvilke varemærket er registreret. Bestemmelserne i forordning 2017/2001 definerer imidlertid ikke begrebet »brug«, hvorfor principperne for fortolkningen af dette begreb er blevet udviklet i Domstolens praksis.

1. En utilstrækkelig definition, der følger af retspraksis

49. Domstolen har fastslået, at udtrykket »gøre brug af« i artikel 9, stk. 2, i forordning 2017/1001 indebærer en aktiv handling fra tredjemandens, internetmellemmandens, side og en direkte eller indirekte kontrol over den handling, der består i denne brug [27].

50. Dette krav om en aktiv handling og kontrol over den handling, der består i denne brug, fremgår for det første af opbygningen af artikel 9 i forordning 2017/1001, eftersom denne bestemmelses stk. 3, på ikke udtømmende vis opregner de former for brug, som indehaveren af varemærket kan modsætte sig og kun nævner de aktive handlinger, som en tredjemand kan foretage sig [28]. Dette krav fremgår for det andet af formålet med denne forordnings artikel 5, stk. 1, som har til formål at give indehaveren et retligt instrument, der sætter ham i stand til at forbyde enhver brug af hans varemærke, der foretages af tredjemand uden hans samtykke, og

[26] – Jf. punkt 90 og 91 i dette forslag til afgørelse.

[27] – Dom af 3.3.2016, Daimler (C-179/15, EU:C:2016:134, præmis 41), og af 2.7.2020, mk advokaten (C-684/19, EU:C:2020:519, præmis 23).

[28] – Dom af 3.3.2016, Daimler (C-179/15, EU:C:2016:134, præmis 40).

dermed bringe denne brug til ophør. Det er derfor alene den tredjemand, som har kontrol over den handling, der udgør denne brug, som faktisk er i stand til at bringe brugen til ophør [29]. Dette krav er derfor udtryk for princippet, hvorefter ingen i henhold til loven kan være forpligtet til at gøre det umulige [30].

51. I øvrigt har Domstolen fastslået, at en internetmellemmands brug »i det mindste forudsætter, at denne sidstnævnte gør brug af tegnet i forbindelse med sin egen kommercielle kommunikation« [31]. Denne betingelse, som ligger i direkte forlængelse af betingelsen om, at der skal udvises en aktiv adfærd, udgør efter min opfattelse kernen i begrebet »brug« for så vidt angår en internetmellemmand. Det er en betingelse, der er nødvendig for at anerkende brugen af et tegn, og hvis den ikke er opfyldt, foreligger der ikke en sådan brug.

52. Det skal nævnes, at betingelsen om, at tegnet skal anvendes af en internetmellemmand i dennes egen kommercielle kommunikation i øvrigt hidtil altid har ført til, at det kunne udelukkes, at der var tale om brug fra en sådan mellemmands side. I Google-dommen fastslog Domstolen således, at udbyderen af en søge- og annonceringsydelse ikke gør brug af tegn i sin egen kommercielle kommunikation, eftersom en sådan udbyder alene giver sine klienter mulighed for selv at gøre brug af tegn, der er identiske med et varemærke, og således blot tilvejebringer de nødvendige tekniske betingelser for brugen af et tegn [32]. Tilsvarende fastslog Domstolen i eBay-dommen [33], at operatøren af en markedsplads ikke gør brug af det omhandlede tegn i forbindelse med sin egen kommercielle kommunikation, når operatøren leverer en tjenesteydelse, der indebærer, at kunderne som led i deres handelsmæssige virksomhed får mulighed for at vise det pågældende tegn, og i Coty-dommen [34], at oplagring af varer, der er forsynet med det omhandlede tegn, ikke udgør en brug af dette tegn i en tredjeparts egen kommercielle kommunikation, eftersom operatøren ikke selv udbyder de pågældende varer til salg eller markedsfører dem.

53. Jeg vil imidlertid påpege, at denne betingelse aldrig er blevet defineret mere detaljeret i Domstolens praksis, og at retslitteraturen heller ikke har behandlet dette spørgsmål mere indgående [35], hvorfor det er uklart, hvad begrebet »en mellemmands brug af et tegn i sin egen kommercielle kommunikation« omfatter [36]. Den omstændighed, at denne betingelse udelukkende er blevet anvendt negativt og alene til at påvise, at der ikke forelå brug af et tegn, selv i tilfælde, der gav anledning til, at brugen blev opdaget, forstærker i høj grad dens vage karakter.

54. Selv om det ved en læsning af Domstolens praksis ikke umiddelbart er let at fastslå, hvad der positivt kendetegner begrebet »en mellemmands brug af et tegn i sin egen kommercielle kommunikation«, og hvordan det kan godtgøres, at en sådan betingelse er opfyldt, gør en nærmere analyse af begrebet det alligevel muligt at indkredse det.

[29] – Dom af 3.3.2016, Daimler (C-179/15, EU:C:2016:134, præmis 41).

[30] – Jf. A. Kur og M. Senftleben, op.cit., s. 276.

[31] – Dom af 23.3.2010, Google France og Google (C-236/08 – C-238/08, herefter »Google-dommen«, EU:C:2010:159, præmis 56), eBay-dommen, præmis 102, og Coty-dommen, præmis 39.

[32] – Google-dommen, præmis 56 og 57.

[33] – eBay-dommen, præmis 102.

[34] – Coty-dommen, præmis 47. Om konstateringen af, at der ikke foreligger brug af et tegn, fordi det ikke er blevet anvendt i egen kommerciel kommunikation, uden for situationer vedrørende internetmellemmænd, jf. ligeledes dom af 15.12.2011, Frisdranken Industrie Winters (C-119/10, EU:C:2011:837), og af 16.7.2015, TOP Logistics m.fl. (C-379/14, EU:C:2015:497).

[35] – Som anført af visse forfattere. Jf. A. Marsoof, op.cit., s. 37, og C. Ullrich, op.cit., s. 358.

[36] – Om den vage karakter af begrebet »brug« jf. A. Kur og M. Senftleben, op.cit., s. 275.

2. »En mellemmands brug af et tegn i sin egen kommercielle kommunikation «: et begreb, der nødvendigvis må inddrage brugerens syn på platformen

55. En virksomheds kommercielle kommunikation betegner i almindelighed enhver form for kommunikation, der tager sigte på at promovere virksomhedens aktivitet, varer eller tjenesteydelser, eller på at vise, at en sådan aktivitet udøves. Kommunikationen er rettet til tredjeparter uden for denne virksomhed med henblik på at skabe kendskab til eller gøre opmærksom på dennes aktivitet. Der er således tale om et rent eksternt formål, idet udtrykket »kommunikation« i øvrigt almindeligvis defineres som den handling, hvorved nogen delagtiggøres i noget, formidles kendskab til noget [37].

56. Kommunikationen kan udelukkende ses i et forhold mellem den virksomhed, der gør brug af tegnet, og tredjemænd, og en internetmellemmands anvendelse af et tegn i dennes egen kommercielle kommunikation forudsætter således, at det omhandlede tegn uden for denne virksomhed fremstår som en integrerende del heraf. Mellemmanden tilegner sig med andre ord dette tegn i en sådan grad, at dette tegn synes at henhøre under dennes aktivitet.

57. Denne tanke er ikke ny. Domstolen har fastslået, at der foreligger en brug af et tegn, når tredjemand »bruger dette tegn på en sådan måde, at der skabes en forbindelse mellem det nævnte tegn og de varer eller tjenesteydelser, som tredjemand sælger eller præsterer« [38]. Når dette element hidtil ikke udtrykkeligt er blevet gentaget for så vidt angår internetmellemmænd og er blevet erstattet af betingelsen om anvendelse af tegnet i mellemmandens egen kommercielle kommunikation, skyldes dette, at sidstnævnte betingelse er støttet på samme tankegang.

58. Betingelsen vedrørende brugen af tegnet i den kommercielle kommunikation forudsætter nemlig, at internetmellemmanden bruger dette tegn, således at adressaten for denne kommunikation kan fastslå en særlig forbindelse mellem mellemmanden og det omhandlede tegn [39], hvorved denne forbindelse navnlig følger af mellemmandens tilegnelse af det pågældende tegn.

59. Denne betingelse skal derfor analyseres ud fra den synsvinkel, som indtages af en bruger af markedspladsen, der er adressat for operatøren af markedspladsens kommercielle kommunikation, med henblik på at afgøre, om det omhandlede tegn af denne bruger opfattes som integreret i denne kommercielle kommunikation, for så vidt som internetmellemmanden har tilegnet sig dette tegn.

60. Jeg vil påpege, at nødvendigheden af at tage udgangspunkt i opfattelsen hos denne bruger i øvrigt allerede blev fremhævet af generaladvokat Campos Sánchez Bordona i hans forslag til afgørelse Coty Germany-sagen [40], hvori han angav, at han »tage[r] udgangspunkt i opfattelsen hos

37 – Udtrykket »kommunikation« vil af dem, der har kendskab til intellektuel ejendomsret, være forbundet med begrebet »kommunikation til offentligheden« som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/790 af 17. april 2019 om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked og om ændring af direktiv 96/9/EF og 2001/29/EF (EUT 2019, L 130, s. 92). Jeg henholder mig imidlertid ikke til retspraksis vedrørende dette begreb med henblik på at definere begrebet »kommerciel kommunikation«, således som det fremstår i Domstolens praksis vedrørende brugen af et tegn. Begrebet »kommunikation til offentligheden« er nemlig et selvstændigt EU-retligt begreb, der anvendes i en anden sammenhæng, hvori det at give adgang til et værk i sig selv altid udgør et potentielt indgreb i en intellektuel ejendomsret, eftersom kvalificeringen af en brug kan finde sted i erhvervsmæssig sammenhæng og forudsætter en nærmere analyse.

38 – Kendelse af 19.2.2009, UDV North America (C-62/08, EU:C:2009:111, præmis 47).

39 – Således som allerede anført af generaladvokat Kokott i forslag til afgørelse Frisdranken Industrie Winters (C-119/10, EU:C:2011:258, punkt 28).

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

en slutbruger«, og anførte, at »[f]or så vidt som køberen kan udlede, at det er [operatøren af markedspladsen], der markedsfører [varen]«, er det muligt at nå frem til en løsning, »som understøtter en vurdering, hvorefter der foreligger en brug af varemærket«.

61. Det forekommer mig derfor, at det ligger i selve betingelsen for en mellemmands brug af tegnet i sin egen kommercielle kommunikation, at denne kommunikation skal vurderes ud fra opfattelsen hos adressaten, dvs. internetbrugeren af den omhandlede platform.

62. Jeg skal desuden præcisere, hvilken bruger af markedspladsen der skal tages som udgangspunkt med henblik på at fastslå, om operatøren efter førstnævntes opfattelse har integreret det omhandlede tegn i sin egen kommercielle kommunikation. De forelæggende retter har foreslået, at situationen for en »internetbruger, der er almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom« lægges til grund.

63. Dette udtryk er i overensstemmelse med den standard, der anvendes med henblik på at fastslå, om en tredjemands brug af et tegn krænker en af varemærkets væsentlige funktioner. I forbindelse med denne undersøgelse vurderer Domstolen nemlig, om det er muligt for »en internetbruger, der er almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom, […] at gøre sig bekendt med, om de […] varer eller tjenesteydelser[, for hvilke varemærket benyttes,] hidrører fra varemærkeindehaveren eller fra […] en tredjemand« [41].

64. Som Kommissionen og Amazon med rette har anført, er spørgsmålet, om operatøren af en markedsplads gør brug af et varemærke, og om denne brug kan krænke en af varemærkets funktioner, to forskellige spørgsmål.

65. For så vidt angår det andet spørgsmål fokuseres analysen på den vare eller den tjenesteydelse, der bærer det omhandlede tegn, med henblik på at afgøre, om dette tegn af en almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom forbruger fejlagtigt kan opfattes som hidrørende fra en varemærkeindehaver. Det første spørgsmål drejer sig ikke om at undersøge den vare eller tjenesteydelse, der bærer det omhandlede tegn, men alene operatørens kommercielle kommunikation med henblik på at fastslå, om det omhandlede tegn af brugerne af platformen opfattes som værende anvendt direkte af denne operatør i forbindelse med dennes aktivitet.

66. Disse to undersøgelser følger desuden forskellige logikker. Spørgsmålet om krænkelse af en af varemærkets funktioner, navnlig dets funktion som angivelse af oprindelse, indeholder nemlig en beskyttende dimension, ikke blot af varemærkeindehaverens rettigheder, men også af forbrugernes interesser [42]. Omvendt vedrører afgørelsen om brugen af et varemærke kun forholdet mellem den pågældende varemærkeindehaver og en påstået krænker, eftersom den tager sigte på at fastslå, om den pågældende tredjemand med sin handling gør brug af en eneret, der tilkommer varemærkeindehaveren.

67. Disse elementer kan imidlertid ikke begrunde, at der ikke også kan tages hensyn til opfattelsen hos en almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom internetbruger, med henblik på at afgøre, om det omhandlede tegn er integreret i en onlinesalgsplatforms kommercielle kommunikation. Tværtimod er jeg af den opfattelse, at en sådan internetbruger, i sin egenskab af adressat for operatøren af platformens kommercielle kommunikation, nødvendigvis er referencepunktet med henblik på at fastslå, om en mellemmand har tilegnet sig tegnet ved at anvende det i sin egen kommercielle kommunikation.

41 – Google-dommen, præmis 84.

42 – Om varemærkets væsentlige funktioner jf. A. Kur og M. Senftleben, op.cit., s. 6.

68. Der rejses ikke tvivl om eksistensen af en sådan ramme for analysen af en mellemmands brug af et tegn i sin egen kommercielle kommunikation og dermed begrebet »brug« af det pågældende tegn som følge af det af Amazon og Kommissionen fremførte argument, hvorefter Domstolen ikke udtrykkeligt har nævnt nødvendigheden af at tage hensyn til internetbrugeres opfattelse i denne forbindelse.

69. Som jeg for det første anførte i punkt 52 og 53 i dette forslag til afgørelse, er begrebet »en mellemmands brug af et tegn i sin egen kommercielle kommunikation« alene blevet anvendt med negativt fortegn i situationer, hvor Domstolen har fastslået, at mellemmanden ikke havde gjort en sådan brug af det omhandlede tegn. En sådan konklusion kan således ikke drages på grundlag af den omstændighed, at der ikke er blevet henvist til en internetbrugers opfattelse med henblik på at godtgøre, at det omhandlede tegn udgjorde en integrerende del af mellemmandens kommercielle kommunikation, i situationer, hvor dette ikke var tilfældet, for så vidt som analysen af internetbrugerens opfattelse kun er relevant, såfremt der hersker tvivl med hensyn til mellemmandens brug af tegnet i dennes egen kommercielle kommunikation.

70. Dette gælder for det andet så meget desto mere, som den løsning, der af Domstolen blev valgt i disse domme, under alle omstændigheder kan begrundes med, at det omhandlede tegn ud fra en almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom internetbrugers synspunkt ikke var blevet omfattet som værende brugt af operatørerne i deres egen kommercielle kommunikation. I Google-dommen [43] fandt Domstolen således, at når udbyderen af en søge- og annonceringsydelse, der for klienters regning som søgeord lagrer tegn, der er identiske med varemærker, og tilrettelægger visningen af annoncer ved hjælp af disse, blot udøver sin sædvanlige virksomhed, opfattes denne udbyder af en almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom internetbruger derfor ikke selv som bruger af de omhandlede tegn i forbindelse med sin egen kommercielle kommunikation. Tilsvarende fandt Domstolen i eBay-dommen [44], at operatøren af markedspladsen, for så vidt som vedkommende leverer en tjenesteydelse, der indebærer, at den pågældendes kunder som led i deres handelsmæssige virksomhed får mulighed for at vise tegn, der svarer til varemærker på den pågældendes websted, ikke ud fra opfattelsen hos en bruger, der er almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom, træder ud af rollen som tredjemand og ikke selv gør brug af disse tegn i sin egen kommercielle kommunikation.

71. For det tredje anerkendte Domstolen i eBay-dommen [45] uden dog at nævne betingelsen om brug af et tegn i operatøren af markedspladsens egen kommercielle kommunikation, at der gøres brug af et varemærke af en sådan operatør, når denne vælger søgeord på søgemaskinen Google, som svarer til et varemærke, for at vise et *kommercielt* link og en meddelelse om muligheden for at købe varer med det søgte varemærke. I en sådan situation er det imidlertid som følge af den omstændighed, at de meddelelser og links, som eBay viser, også udgør en reklame for markedspladsen som sådan, og at det pågældende varemærke af en internetbruger, der er almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom, opfattes som en del af eBays egen kommercielle kommunikation, at Domstolen fastslog, at eBay havde gjort brug af dette varemærke.

72. Jeg er derfor af den opfattelse, at opfattelsen hos en almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom internetbruger af en onlinesalgsplatform er et relevant element med henblik på at afgøre, om der gøres brug af et tegn i den pågældende platformoperatørs kommercielle kommunikation. En sådan standard, der forudsætter, at brugeren er almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom, forekommer mig så meget desto mere begrundet, idet, for en del af brugerne af

[43] – Google-dommen, præmis 53.

[44] – eBay-dommen, præmis 102.

[45] – eBay-dommen, præmis 84 og 85.

onlinesalgsplatforme, identiteten af sælgeren er uden betydning, eftersom det eneste købskriterium er varen og dens pris. Sådanne brugere kan derfor ikke anvendes som målestok med henblik på at fastslå, om de opfatter et tegn som en integreret del af den pågældende platformoperatørs kommercielle kommunikation og ikke blot et tegn, der bliver brugt af den eksterne sælger. Efter min opfattelse er det således nødvendigt at henholde sig til en bruger med en gennemsnitlig adfærd, for hvem denne information er relevant.

73. Endelig skal jeg ligeledes præcisere, at anerkendelsen af, at sælgeren af en vare via en onlinesalgsplatform gør brug af et tegn som omhandlet i artikel 9, stk. 2, i forordning 2017/1001, ikke udelukker, at mellemmanden, der er operatør af denne platform, i teorien ligeledes kan gøre brug af dette tegn, når mellemmanden gør brug af det omhandlede tegn i sin egen kommercielle kommunikation.

74. På baggrund af disse betragtninger vil jeg nu foretage en analyse af den aktivitet, der udøves af en operatør af en onlinesalgsplatform, således som den er beskrevet af de forelæggende retter, med henblik på at fastslå, om denne operatør kan anses for at gøre brug af det omhandlede varemærke som omhandlet i artikel 9, stk. 2, i forordning 2017/1001, for så vidt som selskabet har anvendt dette varemærke i forbindelse med sin egen kommercielle kommunikation.

B. Indvirkningen af Amazons funktionsmåde på anerkendelsen af »brug« af varemærket som omhandlet i artikel 9, stk. 2, i forordning 2017/1001

75. Med det første og det tredje spørgsmål i sag C-148/21 og det andet spørgsmål i sag C-184/21 ønsker de forelæggende retter nærmere bestemt oplyst, om artikel 9, stk. 2, i forordning 2017/1001 skal fortolkes således, at operatøren af en onlinesalgsplatform skal anses for at gøre brug af et varemærke i salgstilbud, der offentliggøres af en tredjemand på denne platform, som følge af, at operatøren dels på samme tid offentliggør sine egne tilbud og tredjeparters tilbud på ensartet måde uden forskel i deres visning for så vidt angår deres oprindelse, idet operatøren lader sit eget logo som anerkendt forhandler optræde i disse annoncer, både på sit websted og i reklamerubrikkerne på tredjepartswebsteder, og dels tilbyder eksterne sælgere supplerende tjenesteydelser i form af bistand, oplagring og forsendelse af varer, der udbydes online på dennes platform, idet mulige købere informeres om, at operatøren vil levere disse ydelser.

1. Afgrænsning af de præjudicielle spørgsmåls rækkevidde

76. Indledningsvis finder jeg det vigtigt at erindre om, at de spørgsmål, der er nævnt i det foregående punkt, alene tager sigte på en situation, hvor en operatør, der driver en onlinesalgsplatform, kan ifalde direkte ansvar, når denne har gjort brug af et tegn, der er identisk med et varemærke som omhandlet i artikel 9 i forordning 2017/1001. Som anført i punkt 8 og 10 i dette forslag til afgørelse adskiller dette spørgsmål sig fra spørgsmålet om internetmellemmænds indirekte ansvar som følge af tredjeparters handlinger via deres tjenester.

77. Den analyse, som jeg foreslår, er således ikke til hinder for, at de forelæggende retter, for så vidt som en erhvervsdrivende har gjort det muligt for en anden erhvervsdrivende at gøre brug af et varemærke, kan undersøge virkningen af andre retsregler end den, der er fastsat i artikel 9 i forordning 2017/1001.

78. Den omstændighed, at et tegn ikke er integreret i den kommercielle kommunikation fra operatøren af en onlinesalgsplatform, betyder ikke, at denne operatør aldrig kan drages til ansvar for en krænkelse af varemærkeindehaveres rettigheder, men blot, at dette ansvar skal undersøges som subsidiært ansvar på grundlag af den nationale lovgivning.

79. I et sådant tilfælde tilkommer det de forelæggende retter på grundlag af national ret at afgøre, om der eventuelt kan gøres et indirekte ansvar gældende over for internetmellemmanden, idet et sådant ansvar skal være foreneligt med de ansvarsfritagelser, der er anført i direktivet om elektronisk handel.

80. Udvalget af foranstaltninger til beskyttelse af en varemærkeindehavers rettigheder, der kan træffes over for en internetmellemmand, som har givet en tredjemand adgang til at gøre brug af et tegn ved hjælp af denne tjeneste, er desuden ikke begrænset til at pålægge denne mellemmand et ansvar, enten direkte eller indirekte. Artikel 11, tredje punktum, i direktiv 2004/48 fastsætter således, at der kan udstedes et påbud til en mellemmand, hvis tjenesteydelser anvendes af tredjemand til at krænke en intellektuel ejendomsrettighed.

81. Efter disse præciseringer vil jeg herefter redegøre for grundene til, at jeg er af den opfattelse, at operatøren af en onlineplatform som Amazon ikke gør brug af et tegn som omhandlet i artikel 9 i forordning 2017/1001 ved udøvelsen af sin aktivitet som beskrevet af de forelæggende retter.

2. Særegenhederne ved Amazons model

82. Det første præjudicielle spørgsmål i sag C-148/21 tager hovedsageligt sigte på en markedspladsoperatørs aktivitet vedrørende offentliggørelse af eksterne sælgeres salgstilbud på dennes websted, når disse salgstilbud viser et tegn, der er identisk med et varemærke. Som jeg har redegjort for i punkt 52 i dette forslag til afgørelse, og som Amazon har anført, har Domstolen fastslået, at denne aktivitet ikke udgør en brug af det pågældende tegn som omhandlet i artikel 9, stk. 2, i forordning 2017/1001 [46].

83. Som den forelæggende ret i sag C-148/21 har anført, adskiller den aktivitet, der udøves af operatøren af en onlinesalgsplatform som Amazon, sig fra den aktivitet, der udøves af operatøren på den markedsplads, der var genstand for eBay-dommen. Den nævnte forelæggende ret har henvist til, at der ikke kan sondres mellem de eksterne sælgeres tilbud og Amazons tilbud som følge af deres visning. Den har endvidere anført, at logoet for Amazon, en anerkendt forhandler, vises systematisk på alle salgstilbuddene, både på markedspladsen og på tredjepartswebstederne i forbindelse med reklamerne. Retten har endelig fremhævet, at Amazon selv integrerer disse salgstilbud i visse butikker på Amazons websted eller lister over varer.

84. Efter min opfattelse rejser ingen af disse elementer imidlertid tvivl om Domstolens konklusion i eBay-dommen. Jeg er nemlig af den opfattelse, at disse elementer ikke kan føre til, at almindeligt oplyste og rimeligt opmærksomme internetbrugere opfatter de tegn, der indgår i eksterne sælgeres annoncer, som en integrerende del af platformoperatørens kommercielle kommunikation.

[46] – Jf. eBay-dommen.

85. For så vidt angår den manglende sondring mellem eksterne sælgeres tilbud og Amazons tilbud er det ganske vist korrekt, at disse tilbud vises ensartet, og at de alle indeholder logoet for Amazon, der er en anerkendt forhandler. Som det imidlertid fremgår af de eksempler på tilbud, der er indeholdt i anmodningen om præjudiciel afgørelse i sag C-148/21, noterer jeg mig, at det altid er angivet i annoncerne, om varerne sælges af eksterne sælgere eller direkte af Amazon.

86. Selv om Amazon har opnået et betydeligt renommé som forhandler, er dette selskab desuden lige så kendt for sin markedspladsaktivitet. Brugere af platformen er således bekendt med, at der på webstedet både findes annoncer for varer, der sælges direkte af Amazon, og annoncer, der offentliggøres af eksterne sælgere. Den blotte tilstedeværelse af Amazons logo kan derfor lige så vel signalere over for forbrugeren, at der er tale om en annonce, der er offentliggjort af en ekstern sælger. Under disse omstændigheder kan alene den omstændighed, at Amazons annoncer og de eksterne sælgeres annoncer optræder ved siden af hinanden, ikke føre til, at en almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom internetbruger opfatter de tegn, der vises i de eksterne sælgeres annoncer, for at være en del af Amazons kommercielle kommunikation.

87. Dette ræsonnement gælder også for annoncer, der offentliggøres på tredjepartswebsteder, hvor Amazons logo indgår, og som linker til salgstilbud, der er offentliggjort på dette selskabs websted af eksterne sælgere.

88. Det samme gør sig gældende for så vidt angår Amazons integration af eksterne sælgeres annoncer i butikker på selskabets platform eller i lister over de mest solgte eller hyppigst udbudte varer. Som anført af Kommissionen er denne integration i virkeligheden en følge af platformens opbygning. Amazon har i retsmødet desuden fremhævet, at denne opbygning sker automatisk, idet annoncer for lignende varer samles, og sker på grundlag af de mest søgte og de mest solgte varer. Denne opbygning er således en integrerende del af den rolle, som en internetmellemmand som Amazon spiller i sin egenskab af operatør af markedspladsen, og opfattes af almindeligt oplyste og rimeligt opmærksomme internetbrugere alene som en foranstaltning vedrørende præsentationen og udformningen af platformen.

89. Den forelæggende ret i sag C-148/21 har med sit første spørgsmål også ønsket nærmere oplysninger om, hvorvidt den omstændighed, at Amazon tilbyder en »samlet« tjeneste, inklusive bistand i forbindelse med udarbejdelse af reklamer samt oplagring af visse varer og forsendelse heraf, har betydning for kvalificeringen af en brug af et tegn, som vises af Amazon i disse annoncer.

90. Dette spørgsmål hænger i det væsentlige sammen med det tredje spørgsmål i sag C-148/21 og det andet spørgsmål i sag C-184/21, som tager sigte på at få afklaret, om oplagring og forsendelse af varer, der vises med et tegn, der er identisk med et varemærke, for hvilket Amazon også har bidraget aktivt til udarbejdelsen og offentliggørelsen af salgstilbud, udgør en brug af varemærket som omhandlet i artikel 9, stk. 2, i forordning 2017/1001.

91. Som den tyske regering har anført, skal der, for at besvare disse spørgsmål, derfor foretages en samlet analyse af Amazons aktiviteter med henblik på at afgøre, om dette selskabs medvirken, fra offentliggørelsen af annoncen, der indeholder det omtvistede tegn, til forsendelsen af den omhandlede vare, kan kvalificeres som en brug af det pågældende tegn. Dette er efter min opfattelse ikke tilfældet.

92. En sådan medvirken, der er specifik for Amazons funktionsmåde, kan ganske vist, i det mindste principielt, give dette selskab en større kontrol over salget af en vare, der krænker et varemærke. Efter min opfattelser er denne medvirken, som foretages til fordel for forbrugeren, for så vidt som den reelt har til formål at sikre hurtig levering og en garanti efter købet af en vare og derved underbygge onlinesalgsplatformens renommé, imidlertid ikke tilstrækkelig til at godtgøre en brug af det omhandlede tegn af Amazon i sin egen kommercielle kommunikation.

93. Domstolen har i Coty-dommen [47] nemlig allerede fastslået, at et tegn ikke kan anses for anvendt inden for rammerne af operatøren af markedspladsens egen kommercielle kommunikation, når denne operatør oplagrer varer, der er forsynet med et tegn, for en ekstern sælgers regning uden selv at forfølge et mål om at udbyde disse varer til salg eller markedsføre dem. Jeg ser ingen grund til at drage en anden konklusion, når denne operatør forsender sådanne varer for tredjemands regning. I en sådan situation står det klart for almindeligt oplyste og rimeligt opmærksomme internetbrugere, at det alene er den eksterne sælger, som søger at udbyde varerne til salg eller markedsføre dem [48].

94. Denne konklusion drages ikke i tvivl af den omstændighed, at Amazon selv offentliggør de omhandlede annoncer. Som jeg har redegjort for, er jeg nemlig af den opfattelse, at offentliggørelsen af disse annoncer heller ikke er en handling, der udgør brug som omhandlet i artikel 9, stk. 2, i forordning 2017/1001 [49]. To handlinger, der ikke udgør brug i denne bestemmelses forstand, kan efter min opfattelse ikke bedømmes anderledes alene af den grund, at de gøres til genstand for en samlet analyse.

95. Under disse omstændigheder er det min opfattelse, at de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af de forelæggende retter i sag C-148/21 og C-184/21, skal besvares således, at artikel 9, stk. 2, i forordning 2017/1001 skal fortolkes således, at operatøren af en onlinesalgsplatform ikke kan anses for at gøre brug af et varemærke i et salgstilbud, der offentliggøres af en tredjemand på denne platform, som følge af, at operatøren dels på samme tid offentliggør sine egne tilbud og tredjeparters tilbud på ensartet måde uden forskel i deres visning for så vidt angår deres oprindelse, idet operatøren lader sit eget logo som anerkendt forhandler optræde i disse annoncer, både på sit websted og i reklamerubrikkerne på tredjepartswebsteder, og dels tilbyder eksterne sælgere supplerende tjenesteydelser i form af bistand, oplagring og forsendelse af varer, der udbydes online på dennes platform, idet mulige købere informeres om, at operatøren vil levere disse tjenesteydelser, forudsat at sådanne elementer ikke fører til, at en almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom internetbruger opfatter det omhandlede varemærke som en integrerende del af operatørens kommercielle kommunikation.

3. Specifikke forhold i varemærkeretten

96. En sådan løsning indebærer, at særegenhederne ved den model, der anvendes af en operatør af en onlinesalgsplatform som Amazon, som har foretaget en integration af en række tjenesteydelser fra offentliggørelse af salgstilbud til forsendelse af de omhandlede varer, er uden betydning for begrebet »brug« som omhandlet i artikel 9 i forordning 2017/2011.

47 – Coty-dommen, præmis 45-47.

48 – Coty-dommen, præmis 47.

49 – Jf. punkt 84 ff. i dette forslag til afgørelse.

97. Denne tilgang er imidlertid begrænset af fortolkningen af dette begreb og kan ikke udvides til andre områder. Selv om den omstændighed, at en operatør af en onlinesalgsplatform integrerer forskellige tjenesteydelser, ikke i sig selv indebærer, at denne operatør kan anses for at gøre brug af et tegn, selv hvis denne integration kan medføre en mere aktiv rolle, er dette dog ikke ensbetydende med, at en sådan integration slet ikke har nogen betydning for kvalificeringen af de tjenesteydelser, som den pågældende operatør leverer, på andre retsområder.

98. Jeg tænker navnlig på den tilgang, som Domstolen anlagde i de sager, der gav anledning til dommen i sagen Asociación Profesional Elite Taxi [50] og Uber France-dommen [51]. Det fremgår nemlig af disse domme, at integrationen af flere tjenesteydelser, der leveres af en virksomhed og giver den mulighed for at udøve kontrol over alle relevante aspekter af en bytransporttjeneste, indebærer, at en sådan tjeneste ikke skal anses for en ren formidlingsydelse, der har til formål at sætte passagerer i forbindelse med chauffører, men som én enkelt levering af en tjenesteydelse, som den pågældende virksomhed er ansvarlig for. Det vil med andre ord sige, at det, når virksomheden har større kontrol over alle aspekter af en tjeneste, har en vis betydning for denne virksomheds rolle som mellemmand, navnlig henset til de EU-retlige regler om elektronisk handel.

99. Denne argumentation kan imidlertid ikke overføres på fortolkningen af begrebet »brug« som omhandlet i den foreliggende sag. Ved denne fortolkning drejer det sig ikke om at kvalificere den tjenesteydelse, som operatøren af en onlinesalgsplatform leverer, men om at afgøre, om dennes aktivitet kan fremstå som brug af et tegn i forbindelse med den pågældendes egen kommercielle kommunikation. Disse to spørgsmål skal derfor nødvendigvis besvares på grundlag af forskellige ræsonnementer.

100. De følger desuden forskellige logikker. Kvalificeringen af den tjenesteydelse, som en tjenesteyder leverer på internettet, kan have betydning for dennes ansvar i forhold til brugeren af den platform, som tjenesteyderen driver. Det er indlysende, at jo større kontrol denne tjenesteyder har over den leverede tjeneste, jo større bliver dennes ansvar. Dette er ikke tilfældet, når det skal fastslås, om den nævnte tjenesteyder gør brug af et varemærke som omhandlet i forordning 2017/1001, idet et sådant spørgsmål alene tager sigte på at beskytte rettighederne for indehaveren af det omhandlede varemærke.

V. Forslag til afgørelse

101. På baggrund af samtlige ovenfor anførte betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af tribunal d'arrondissement de Luxembourg (kredsdomstolen i Luxembourg, Luxembourg) i sag C-148/21 og af tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles (den fransksprogede ret i handels- og erhvervsretlige sager i Bruxelles, Belgien) i sag C-184/21, således, at artikel 9, stk. 2, i Europa-Parlamentets forordning (EU) 2017/1001 af 14. juni 2017 om EU-varemærker skal fortolkes således, at operatøren af en onlinesalgsplatform ikke kan anses for at gøre brug af et varemærke i et salgstilbud, der offentliggøres af en tredjemand på denne platform, som følge af, at operatøren dels på samme tid offentliggør sine egne tilbud og tredjeparters tilbud på ensartet måde uden forskel i deres visning for så vidt angår deres oprindelse, idet operatøren lader sit eget logo som anerkendt forhandler optræde i disse annoncer, både på sit websted og i reklamerubrikkerne på tredjepartswebsteder, og dels tilbyder eksterne sælgere supplerende tjenesteydelser i form af bistand, oplagring og

50 – Dom af 20.12.2017 (C-434/15, EU:C:2017:981).

51 – Dom af 10.4.2018 (C-320/16, EU:C:2018:221).

forsendelse af varer, der udbydes online på dennes platform, idet mulige købere informeres om, at operatøren vil levere disse tjenesteydelser, forudsat at sådanne elementer ikke fører til, at en almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom internetbruger opfatter det omhandlede varemærke som en integrerende del af operatørens kommercielle kommunikation.