Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJ SZPUNAR
föredraget den 2 juni 2022 [1]

De förenade målen C-148/21 och C-184/21

Christian Louboutin
mot
Amazon Europe Core Sàrl,
Amazon EU Sàrl,
Amazon Services Europe Sàrl (C-148/21)
(begäran om förhandsavgörande från Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Distriktsdomstolen i Luxemburg, Luxemburg))
och
Christian Louboutin
mot
Amazon.com, Inc.,
Amazon Services LLC (C-184/21)

(begäran om förhandsavgörande från Tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles (Domstolen för frankofona företag i Bryssel, Belgien))

"Begäran om förhandsavgörande – Immaterialrätt – Varumärkesrätt – EU-varumärkets rättsverkningar – Rättigheter som är knutna till varumärket – Rätt att förbjuda användning av ett varumärke av tredje man, ett kännetecken som är identiskt med eller liknar varumärket för varor eller tjänster som är identiska eller av liknande slag – Begreppet användning"

I. Inledning

1. Frågan om mellanhänders ansvar är visserligen inte i sig ny, men den förnyas ständigt i tak med att nya former av förmedling uppkommer på internet. Detta framgår av de många olika mål som rör verksamhet på internetplattformar och som har anhängiggjorts vid EU-domstolen under de senaste åren, [2] och som ligger till grund för de aktuella framställningarna med begäran om förhandsavgörande i målet mellan Christian Louboutin och Amazon Europe Core Sàrl, Amazon EU Sàrl och Amazon Services Europe Sàrl (mål C-148/21) samt Amazon.com Inc. och Amazon Services LLC (nedan kallade, individuellt eller gemensamt, Amazon) (mål C-184/21).

[1] Originalspråk: franska.

[2] Se, bland annat, dom av den 20 december 2017, Asociación Profesional Elite Taxi (C-434/15, EU:C:2017:981), dom av den 19 december 2019, Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112), och dom av den 22 juni 2021, YouTube och Cyando (C-682/18 och C-683/18, EU:C:2021:503).

2. Denna utveckling är inte överraskande. Internet spelar en allt större roll i våra samhällen, både socialt och ekonomiskt, och de mellanhänder som är verksamma på internet spelar en viktig roll i detta avseende. De gör det möjligt för användarna att hitta, utbyta, dela och producera innehåll, köpa och sälja varor och tjänster samt skapa och uttrycka sig på internet. [3] Kort sagt gör de det lättare för användarna att få tillgång till ett visst innehåll. Även om de i viss mån kan utgöra den virtuella motsvarigheten till traditionella mellanhänder, gynnar internet, som kännetecknas av ständiga tekniska innovationer, framför allt skapandet av nya förmedlingsmodeller som inte har någon motsvarighet i den verkliga världen [4] och vars praktiska betydelse inte kan bortses från, vilket motiverar att detta blir föremål för rättsregler.

3. Det förhållandet att internetmellanhänder spelar en allt större roll innebär nämligen med nödvändighet att deras verksamhet samexisterar med verksamhet som bedrivs av andra näringsidkare och att den i viss mån kan utgöra ett hot mot deras rättigheter. Så är fallet när det gäller näringsidkare som innehar immateriella rättigheter och ett varumärke, bland annat eftersom dessa rättigheter kan bli föremål för intrång på exempelvis försäljningsplattformar på nätet. Därmed uppkommer frågan om ansvar för mellanhänder på internet som driver sådana plattformar. Utvecklingen av verksamheten på försäljningsplattformar på nätet och de tekniska innovationer som följer med denna ökar konsumenternas tillgång till varor och främjar marknadsföringen av dessa. Volymen av varor i omlopp ökar därför mekaniskt. Detta gäller även för intrångsgörande varor. [5]

4. Åläggande av ansvar för mellanhänder som driver en försäljningsplattform på nätet på grund av försäljning av intrångsgörande varor via denna plattform kan lätt förstås utifrån synvinkeln hos innehavaren av det varumärke som utsatts för intrång på denna plattform. Det är visserligen riktigt att intrånget i första hand orsakas av den säljare som använder försäljningsplattformen på nätet för att utbjuda intrångsgörande varor till försäljning. Sådana säljare är emellertid vanligtvis svåra att identifiera och deras lokalisering kan också utgöra ett hinder för att ålägga dem ansvar. [6]

5. Mellanhanden i sin tur gör det tekniskt möjligt för tredje man att göra ett sådant intrång och har kontroll över sin plattform. Denne kan därför, åtminstone i princip, få intrånget att upphöra. Det framstår således som mer effektivt för innehavaren av ett varumärke att ålägga mellanhanden ansvar i stället för en utomstående säljare, [7] oavsett om det rör sig om dennes direkta ansvar – i egenskap av intrångsgörare – eller om dennes indirekta ansvar för tredje mans ageranden via dess tjänster. [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, 2019, s. 2.

[5] Volymen intrångsgörande varor som är i omlopp i världshandeln utgör nu cirka 2,5 procent av världshandeln. Se OECD/EUIPO, *Global Trade in Fakes: A worrying threat*, Illicit Trade, 2021, OECD Publishing, Paris, 2021, s. 61.

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

[7] När det gäller de teoretiska och ekonomiska skälen för att ålägga mellanhänder på internet ansvar, se Marsoof, A., a.a., sidorna 5–10, Ullrich, C., ovan, sidorna 104–108, och Ohly, A., ”The Liability of Intermediaries for Trademark Infringement”, *Research Handbook on Trademark Law Reform*, Dinwoodie, G.B. och Janis, M.D. (utgivare), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, sidorna 396–430.

[8] Avseende åtskillnaden mellan primärt och indirekt ansvar, se förslag till avgörande av generaladvokaten Jääskinen i målet L’Oréal m.fl. (C-324/09, EU:C:2010:757, punkt 54 och följande punkter), eller Kur, A. och Senftleben, M., *European Trade Mark Law: A Commentary*, 2017, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 691, och Ullrich, C., a.a., s. 356 och följande sidor.

6. Varumärkesinnehavarnas intresse av att ålägga mellanhänder ansvar kan emellertid inte ses isolerat och kan inte i sig motivera att mellanhänder alltid hålls ansvariga för intrång i varumärkesinnehavarnas rättigheter som sker på deras plattformar. Detta intresse måste nämligen vägas mot andra motstridiga intressen. [9]

7. För det första skulle omfattningen av internetmellanhändernas ansvar teoretiskt sett kunna tvinga dem att allmänt övervaka varje potentiell överträdelse av varumärkesrätten på deras plattformar. För det andra, och på samma sätt, skulle ett erkännande att mellanhänder på internet kan hållas direkt ansvariga för varumärkesintrång på deras plattform kunna hindra utvecklingen av nya verksamheter på internet och, mer allmänt, alla former av innovation på området.

8. Behovet att förena dessa olika intressen har föranlett unionslagstiftaren att vidta åtgärder för att i viss utsträckning skydda mellanhänder på internet när det gäller deras ansvar för tredje mans handlingar på deras plattformar – det vill säga deras indirekta ansvar. Även om det indirekta ansvaret inte är föremål för en harmoniserad reglering i unionsrätten, föreskrivs i direktiv 2000/31 [10] inte desto mindre att medlemsstaterna är skyldiga att införa undantag från ansvar. Mellanhänder på internet kan särskilt inte hållas ansvariga för olagliga handlingar av användare av deras plattform i samband med deras överföring av information i ett kommunikationsnät och tillhandahållande av tillgång till detta nät, deras lagringsverksamhet, så kallad ”cachning” eller verksamhet som består i tillhandahållande av värdtjänster. [11] Inom ramen för denna verksamhet kan mellanhänder på internet för övrigt inte åläggas en allmän skyldighet att övervaka den information de överför eller lagrar, och inte heller någon allmän skyldighet att aktivt efterforska fakta eller omständigheter som kan tyda på olaglig verksamhet. [12]

9. Även om det i direktiv 2004/48 [13] föreskrivs att medlemsstaterna ska se till att rättighetshavare har möjlighet att begära ett föreläggande mot mellanhänder vars tjänster utnyttjas av tredje man för att göra intrång i en immateriell rättighet, [14] är dessa förelägganden som syftar till att få ett sådant intrång att upphöra emellertid oberoende av mellanhandens eventuella ansvar för de omtvistade gärningarna, [15] vilket innebär att frågan hur mellanhänder ska behandlas när det gäller de handlingar som begås av tredje man via deras tjänster i stor utsträckning förtigs i detta direktiv.

10. Utöver frågan om internetmellanhänders indirekta ansvar återstår det att avgöra huruvida de sistnämnda kan hållas direkt ansvariga för varumärkesintrång, bland annat vad gäller näringsidkare som driver marknadsplatser på nätet, på grund av förekomsten av erbjudanden om försäljning av intrångsgörande produkter på deras plattform. Till skillnad från indirekt ansvar för mellanhänder på internet, som regleras i nationell lagstiftning, med förbehåll för de undantag från

9 A. Ohly, a.a., s. 397.

10 Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden (direktivet om elektronisk handel) (EGT L 178, 2000, s. 1) (nedan kallat direktivet om elektronisk handel).

11 Artiklarna 12, 13 och 14 i direktivet om elektronisk handel.

12 Artikel 15 i direktivet om elektronisk handel.

13 Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48 av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter (EUT L 157, 2004, s. 45 och rättelse i EUT L 195, 2004, s. 16).

14 Artikel 11 i direktiv 2004/48.

15 Se dom av den 7 juli 2016, Tommy Hilfiger Licensing m.fl. (C-494/15, EU:C:2016:528, punkt 22). Avseende denna fråga, se även Husovec, M., *Injunctions against Intermediaries in the European Union, Accountable but not Liable*?, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, s. 62 och följande sidor.

ansvar som föreskrivs i direktivet om elektronisk handel, omfattas direkt ansvar för näringsidkare som driver marknadsplatser för varumärkesintrång av unionsrätten, närmare bestämt av bestämmelserna i förordning (EU) 2017/1001. [16]

11. Det ankommer således på EU-domstolen att själv göra en avvägning mellan de föreliggande intressena, genom att göra en gränsdragning mellan de fall då en näringsidkare som driver en elektronisk marknadsplats kan hållas direkt ansvarig, och de fall då denne näringsidkare inte kan hållas direkt ansvarig för varumärkesintrång på den plattform som den driver. EU-domstolens praxis avseende tolkningen av artikel 9.2 i förordning 2017/1001 [17] har i viss mån möjliggjort inrättandet av en sådan gräns [18] genom att precisera begreppet ”användning” av varumärket i näringsverksamhet, eftersom detta begrepp syftar till att fastställa de beteenden som innehavaren av ett varumärke kan förbjuda tredje man.

12. De ständiga innovationerna på internet, vars skyddsbehov motiverade ett omfattande skydd för mellanhändernas verksamhet på området, hindrade emellertid också en betydande utveckling av modellen för marknadsplatser på nätet. Särskilt Amazon kan inte betraktas som en traditionell marknadsplats.

13. Såsom de hänskjutande domstolarna har påpekat är Amazon nämligen både en välrenommerad återförsäljare och en näringsidkare som driver en marknadsplats. Amazon publicerar på sina elektroniska marknadsplatser således såväl annonser för sina egna varor, som företaget säljer och expedierar i eget namn, liksom annonser härrörande från utomstående säljare. Amazons funktionssätt möjliggör dessutom att expediering av de varor som utomstående försäljare bjuder ut till försäljning på plattformen kan ombesörjas av dessa, eller av Amazon, som lagrar dessa produkter i sina distributionscentraler och expedierar dem till köparna från sina lager.

14. Dessa omständigheter, som gör Amazon-modellen till en ”hybridmodell”, [19] utgör en ny ram för bedömning av frågan om huruvida den näringsidkare som driver en sådan marknadsplats kan hållas direkt ansvarig för varumärkesintrång på sin plattform, på grund av att denne har använt varumärket i den mening som avses i artikel 9.2 i förordning nr 2017/1001, och ligger till grund för de tolkningsfrågor som ställts i de aktuella målen.

15. Förevarande mål ger således EU-domstolen tillfälle att precisera begreppet användning och därigenom de principer som ska reglera frågan om direkt ansvar för mellanhänder på internet för varumärkesintrång på deras plattform.

[16] Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2017/1001 av den 14 juni 2017 om EU-varumärken (EUT L 154, 2017, s. 1).

[17] Eller innan den, rådets förordning (EG) nr 207/2009 av den 26 februari 2009 om gemenskapsvarumärken (EUT L 78, 2009, s. 1).

[18] För en analys av denna rättspraxis, se punkt 49 och följande punkter i detta förslag till avgörande.

[19] A. Ohly, a.a., s. 413.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Förordning 2017/1001

16. I skäl 13 i förordning 2017/1001 anges följande:

”Oklarhet om vilken den kommersiella källan är för varor och tjänster kan föreligga om ett företag använder samma eller ett liknande tecken som firmanamn på ett sätt som ger en koppling mellan företaget som bär namnet och de varor eller tjänster som kommer från det företaget. Intrång i ett EU-varumärke bör därför även innefatta användning av tecknet som ett firmanamn eller liknande beteckning så länge användningens syfte är att särskilja varor eller tjänster.”

17. I artikel 9 i förordning 2017/1001, med rubriken ”Rättigheter som är knutna till ett EU-varumärke”, förskrivs följande i punkterna 1–3:

”1. Registreringen av ett EU-varumärke ger innehavaren en ensamrätt.

2. Utan att det påverkar innehavares rättigheter som förvärvats före ansökningsdagen eller prioritetsdagen för EU-varumärket ska innehavaren av ett EU-varumärke ha rätt att förhindra tredje man som inte har hans medgivande att i näringsverksamhet, för varor eller tjänster, använda ett tecken om

a) tecknet är identiskt med EU-varumärket och används för varor eller tjänster som är identiska med dem för vilka EU-varumärket är registrerat,

b) tecknet är identiskt med eller liknar EU-varumärket och används för varor eller tjänster som är identiska med eller liknar de varor eller tjänster för vilka EU-varumärket är registrerat, om detta kan leda till förväxling hos allmänheten, inbegripet risken för association mellan tecknet och varumärket,

c) tecknet är identiskt med eller liknar EU-varumärket oavsett om det används för varor och tjänster som är identiska med, liknar eller inte liknar dem för vilka EU-varumärket är registrerat, om det senare är känt i unionen och om användningen av tecknet i fråga utan skälig anledning drar otillbörlig fördel av eller är till förfång för EU-varumärkets särskiljningsförmåga eller renommé.

3. Följande handlingar får särskilt förbjudas med stöd av punkt 2:

…

b) Att utbjuda varor till försäljning, marknadsföra dem eller lagra dem för dessa ändamål eller utbjuda eller tillhandahålla tjänster under tecknet.

…

d) Att använda tecknet som firma- eller företagsnamn eller som del av ett firma- eller företagsnamn.

e) Att använda tecknet på affärshandlingar och i reklam.

f) Att använda tecknet i jämförande reklam på ett sätt som strider mot direktiv 2006/114/EG.[20]”

B. Direktiv 2004/48

18. I artikel 11 i direktiv 2004/48, med rubriken ”Förelägganden”, föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna skall se till att de behöriga rättsliga myndigheterna, när de har fastställt att ett intrång har begåtts i en immateriell rättighet, får utfärda ett föreläggande mot intrångsgöraren med förbud att fortsätta intrånget. Om så föreskrivs i nationell lagstiftning skall föreläggandet, där så är lämpligt, förenas med vite för att säkerställa efterlevnad. Medlemsstaterna skall även se till att rättighetshavare har möjlighet att begära ett föreläggande mot mellanhänder vars tjänster utnyttjas av tredje man för att göra intrång i en immateriell rättighet, utan att det påverkar tillämpningen av artikel 8.3 i direktiv 2001/29/EG.[21]”

19. I artikel 13 i samma direktiv, med rubriken ”Skadestånd”, föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall se till att de behöriga rättsliga myndigheterna, efter ansökan från den skadelidande parten, förpliktar den som har begått immaterialrättsintrång och som visste eller rimligen borde ha vetat att han eller hon ägnade sig åt intrångsgörande verksamhet, att betala ett skadestånd till rättighetshavaren som är lämpligt i förhållande till den faktiska skada som denne har orsakats till följd av intrånget.

…

2. För de fall då en intrångsgörare har begått ett immaterialrättsintrång utan att ha vetat eller rimligen borde ha vetat om det, får medlemsstaterna föreskriva att de rättsliga myndigheterna får förordna om återbetalning av vinst eller betalning av skadestånd som kan vara fastställt i förväg.”

C. Direktivet om elektronisk handel

20. I skäl 48 i direktivet om elektronisk handel anges följande:

”Detta direktiv berör inte medlemsstaternas möjlighet att kräva av tjänsteleverantörer som lagrar information från sina tjänstemottagare att visa den omsorg som skäligen kan förväntas av dem och vilken preciseras i nationell rätt, för att upptäcka och förhindra vissa slags olaglig verksamhet.”

21. I artikel 14.1 i detta direktiv, med rubriken ”Värdtjänster”, anges följande:

”Medlemsstaterna skall se till att en tjänsteleverantör som levererar någon av informationssamhällets tjänster bestående av lagring av information som tillhandahållits av tjänstemottagaren inte skall vara ansvarig för information som lagrats på begäran av en tjänstemottagare av tjänsten, under förutsättning att

[20] Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/114 av den 12 december 2006 om vilseledande och jämförande reklam (EUT L 376, 2006, s. 21).

[21] Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29 av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (EGT L 167, 2001, s. 10).

a) tjänsteleverantören inte hade kännedom om förekomsten av olaglig verksamhet eller olaglig information och, beträffande skadeståndsanspråk, inte var medveten om fakta eller omständigheter som gjort förekomsten av den olagliga verksamheten eller den olagliga informationen uppenbar, eller

b) tjänsteleverantören så snart han fått sådan kännedom eller blivit medveten om detta handlat utan dröjsmål för att avlägsna informationen eller göra den oåtkomlig.”

III. Målen vid de nationella domstolarna, tolkningsfrågorna och förfarandena vid EU-domstolen

22. Christian Louboutin är en fransk formgivare av skor vars mest kända produkter är högklackade damskor. Sedan mitten av 1990-talet har han utformat sina skor på så sätt att sulans yttersida är röd. Färgkoden i färgsystemet Pantone är 18.1663TP.

23. Denna färg, som anbringas på yttersidan av skosulan till en högklackad sko, är registrerad som ett Beneluxvarumärke under nummer 0874489 och som EU-varumärke under nummer 8845539. [22] Detta varumärke skyddas för följande produkter: ”högklackade skor (utom ortopediska skor)”.

24. Amazon är ett företag som specialiserar sig på att sälja diverse varor och tjänster online, såväl direkt för egen räkning som indirekt som försäljningsplattform för utomstående säljares räkning.

25. På Amazons webbplatser visas regelbundet reklam för skor med röd sula, som enligt Christian Louboutin rör produkter som saluförs utan hans medgivande.

A. Mål C-148/21

26. Genom inlaga av den 19 september 2019 kallade Christian Louboutin, med åberopande av intrång i de exklusiva rättigheter som följer av hans EU-varumärke, Amazons dotterbolag med säte i Luxemburg att infinna sig vid Tribunal d’arrondissement de Luxembourg (Distriktsdomstolen i Luxemburg, Luxemburg), handelsroteln. Christian Louboutin har yrkat att det ska fastställas att Amazon är ansvarig för intrång i det ovannämnda varumärket, att företaget ska föreläggas att upphöra att i näringsverksamhet använda kännetecken som är identiska med detta varumärke inom hela Europeiska unionens territorium, med undantag för Beneluxområdet som omfattas av ett beslut av den belgiska domstolen, vid äventyr av vite, och att det ska fastställas att företaget har rätt till ersättning för den skada som orsakats av det omtvistade olagliga användandet.

27. Christian Louboutins yrkanden grundar sig på artikel 9.2 a i förordning 2017/1001. Christian Louboutin har hävdat att Amazon utan hans samtycke har använt ett kännetecken som är identiskt med det varumärke som han är innehavare av för varor eller tjänster som är identiska med dem för vilka varumärket i fråga är registrerat, särskilt genom att på sina elektroniska marknadsplatser visa reklam för varor som är försedda med det omtvistade kännetecknet, men även genom att lagra, expediera och leverera sådana varor. Enligt Christian Louboutin kan denna användning faktiskt tillskrivas Amazon på grund av att Amazon utövade en aktiv roll i de

[22] Enligt registreringen ”… består [varumärket] av röd färg (koden Pantone 18.1663TP), som anbringats på sulan till en sko som den avbildade (skons form är således inte en del av varumärket, utan syftar till att visa varumärkets placering)”.

ageranden som utgjorde användning och på grund av att reklamen för varor som innebär varumärkesintrång ingick i Amazons eget reklammeddelande. Amazon kan således inte betraktas enbart som en värd eller neutral mellanhand.

28. Amazon har bestritt att användningen av varumärket kan tillskrivas företaget. Amazon har åberopat flera domar från EU-domstolen rörande andra plattformar, såsom eBay, och har dragit slutsatsen att företaget i egenskap av näringsidkare som driver en elektronisk marknadsplats inte kan hållas ansvarigt för hur säljare som utnyttjar dess plattform använder detta varumärke. Amazon anser inte att dess marknadsplats, till vilken utomstående säljare har tillgång, fungerar påtagligt annorlunda än andra marknadsplatser. Att Amazons logotyp ingår i de utomstående säljarnas annonser på Amazons webbplatser innebär inte att Amazon har gjort dessa annonser till sina egna. De tilläggstjänster som Amazon tillhandahåller gör det inte möjligt att motivera att de utomstående säljarnas erbjudanden kvalificeras som att de ingår i Amazons reklammeddelande. Att för en tillhandahållare skapa de tekniska förutsättningar som krävs för att använda ett kännetecken och få betalt för denna tjänst är inte liktydigt med att själv använda kännetecknet.

29. Enligt den hänskjutande domstolen behöver det prövas huruvida det särskilda funktionssättet för de plattformar som Amazon driver kan leda till att det föreligger användning av ett kännetecken som är identiskt med varumärket på grund av att de utomstående säljarnas annonser införlivas i bolagets eget reklammeddelande.

30. Den hänskjutande domstolen har för det första hänvisat till domen L'Oréal m.fl.[23] (nedan kallad eBay-domen), där EU-domstolen noterade att tredje mans ”användning” av ett kännetecken som är identiskt med eller liknar innehavarens varumärke åtminstone förutsätter att tredje man använder kännetecknet i sitt eget reklammeddelande. Därefter fann EU-domstolen att en näringsidkare som drev en elektronisk marknadsplats inte ägnade sig åt sådan användning. Den domen rörde emellertid enligt domstolen plattformen eBay, beträffande vilken det är ett notoriskt faktum att den publicerar sina användares annonser endast i egenskap av mellanhand, inte i egenskap av säljare eller återförsäljare, varför nämnda rättspraxis enligt den hänskjutande domstolen i kraft av själva sakförhållandet (*ipso facto*) inte kan tillämpas på en plattform med ett annat funktionssätt.

31. Den hänskjutande domstolen anser i detta avseende att det i stället för att beakta varje beståndsdel i erbjudandena, såsom de visas på Amazons webbplatser för sig, ska göras en helhetsbedömning av strategin för att avgöra om den försäljningsmodell som Amazon infört kan skilja sig från den på en marknadsplats i egentlig mening och således, i förekommande fall, medföra olika ansvar.

32. Den hänskjutande domstolen har uppgett att EU-domstolen trots sin omfattande praxis aldrig uttalat sig om huruvida en på internet verksam återförsäljare av varor som samtidigt driver en elektronisk marknadsplats kan anses införliva tredjepartserbjudanden i sitt eget reklammeddelande. I denna rättspraxis utgås nämligen från antagandet att tredjepartsannonserna inte ingår i den plattformsdrivande näringsidkarens eget reklammeddelande, vilket i förevarande fall medför att Amazon endast betraktas som en näringsidkare som driver en elektronisk marknadsplats.

[23] Dom av den 12 juli 2011 (C-324/09, EU:C:2011:474)

33. Den hänskjutande domstolen har påpekat att EU-domstolen i domen Coty Germany[24] prövade frågan uteslutande såvitt avsåg lagring av varor, utan att göra en bredare bedömning av Amazons affärsmodell, vilket innebär att EU-domstolen inte tagit ställning till det problem som är aktuellt i förevarande fall, vilket inte endast avser Amazons lagring av varor som säljs av utomstående, utan även aktualiserar en större fråga som rör huruvida erbjudanden från utomstående ska anses ingå i Amazons eget reklammeddelande.

34. Den hänskjutande domstolen har tillagt att den omständigheten att svaret på denna större fråga i förekommande fall skulle kunna hämtas i unionslagstiftningen om elektronisk handel inte innebär att ansvar för mellanhänder enligt varumärkesskyddsreglerna säkert kan uteslutas.

35. Den hänskjutande domstolen vill för det andra få klarhet i huruvida det kan vara betydelsefullt vilken uppfattning omsättningskretsen har om hur aktiv roll en marknadsplatsdrivande näringsidkare utövar i samband med publicering av annonser. Den hänskjutande domstolen vill närmare bestämt få klarhet i huruvida den omständigheten att omsättningskretsen anser att en annons eller ett erbjudande är en del av det egna reklammeddelandet från en näringsidkare som driver en digital försäljningsplattform inte innebär att erbjudandet faktiskt ingår i det reklammeddelandet, vilket skulle betyda att näringsidkaren kan hållas varumärkesrättsligt ansvarig.

36. Den hänskjutande domstolen vill för det tredje få klarhet i huruvida ett företag ska anses använda ett kännetecken om det expedierar varor försedda med det ifrågasatta kännetecknet. Den anser att EU-domstolen i domen Coty inte uttalade sig om expediering av varor efter lagring, eftersom expedieringen i det aktuella fallet ombesörjdes av en utomstående tjänsteleverantör.

37. Mot denna bakgrund beslutade Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Distriktsdomstolen i Luxemburg) att förklara målet vilande och att ställa följande tolkningsfrågor till EU-domstolen:

”1. Ska artikel 9.2 i [förordning 2017/1001] tolkas så, att en användning av ett kännetecken som är identiskt med ett varumärke i reklam som visas på en webbplats kan tillskrivas den näringsidkare som driver webbplatsen eller till denne ekonomiskt knutna enheter, på grund av att det på webbplatsen visas en blandning av erbjudanden från näringsidkaren eller till denne ekonomiskt knutna enheter och erbjudanden från utomstående säljare, genom att nämnda reklam är införlivad i näringsidkarens eller de till denne ekonomiskt knutna enheternas eget reklammeddelande?

Förstärks införlivandet om

– reklamen på webbplatsen har en enhetlig framställning?

– reklam från näringsidkaren eller till denne ekonomiskt knutna enheter och reklam från utomstående säljare visas, utan åtskillnad med avseende på ursprung men med tydlig visning av näringsidkarens eller till denne ekonomiskt knutna enheters logotyp, som reklam på utomstående webbplatser i form av ’pop up’-fönster?

[24] Dom av den 2 april 2020 (C-567/18, EU:C:2020:267) (nedan kallad domen Coty).

– näringsidkaren eller till denne ekonomiskt knutna enheter erbjuder utomstående säljare en fullservicetjänst som innefattar bistånd vid utarbetande av reklam och fastställande av försäljningspriser samt lagring och expediering av varor?

– näringsidkarens och till denne ekonomiskt knutna enheters webbplats har en sådan utformning att den framställs i form av butiker och rubriker som ’bästsäljare’, ’topprankad’ och ’mest erbjudna’, utan någon vid första anblicken synbar åtskillnad mellan näringsidkarens och till denne ekonomiskt knutna enheters egna varor och varor från utomstående säljare?

2. Ska artikel 9.2 i [förordning 2017/1001] tolkas så, att en användning i reklam som visas på en e-handelswebbplats av ett kännetecken som är identiskt med ett varumärke i princip kan tillskrivas den näringsidkare som driver den elektroniska försäljningsplatsen eller till denne ekonomiskt knutna enheter, om en normalt informerad och skäligen uppmärksam internetanvändare uppfattar att näringsidkaren eller en till denne ekonomiskt knuten enhet har utövat en aktiv roll vid utarbetandet av reklamen eller om reklamen uppfattas som en del av näringsidkarens eget reklammeddelande?

   Förstärks denna uppfattning

   – av att näringsidkaren och/eller till denne ekonomiskt knutna enheter är en välrenommerad återförsäljare av ett synnerligen brett spektrum av varor, inbegripet varor i den kategori där de varor som reklamen avser återfinns, eller

   – av att det ovanför den sålunda visade reklamen finns ett rubrikfält där näringsidkarens eller till denne ekonomiskt knutna enheters tjänstevarumärke återges och detta varumärke är ett välrenommerat återförsäljarvarumärke, eller

   – av att näringsidkaren eller till denne ekonomiskt knutna enheter parallellt med denna visning erbjuder tjänster som traditionellt erbjuds av återförsäljare av varor i den kategori som den vara som reklamen avser tillhör?

3. Ska artikel 9.2 i [förordning 2017/1001] tolkas så, att expediering i näringsverksamhet till en slutkonsument av en vara försedd med ett kännetecken som är identiskt med ett varumärke, utan varumärkesinnehavarens medgivande, utgör användning som kan tillskrivas den som expedierar varan endast om denne har faktisk kännedom om att kännetecknet har anbringats på varan?

   Ska den som sålunda expedierar varan anses ha använt det berörda kännetecknet, om denne eller en därtill ekonomiskt knuten enhet har uppgett för slutkonsumenten att den expedierande enheten eller en därtill ekonomiskt knuten enhet skulle komma att ombesörja expedieringen efter det att den expedierande enheten eller en därtill knuten ekonomisk enhet hade lagrat varan för det syftet?

   Ska den som sålunda expedierar varan anses ha använt det berörda kännetecknet, om denne eller en därtill ekonomiskt knuten enhet tidigare har bidragit aktivt till visning i näringsverksamhet av reklam för den med nämnda kännetecken försedda varan eller har registrerat den beställning som slutkonsumenten har lagt efter att ha sett nämnda reklam?”

38. Begäran om förhandsavgörande inkom till EU-domstolens kansli den 8 mars 2021. Skriftliga yttranden lämnades in av parterna i det nationella målet samt av den tyska regeringen och av Europeiska kommissionen. Samma parter, förutom den tyska regeringen, deltog i förhandlingen den 22 februari 2022.

B. Mål C-184/21

39. Genom stämningsansökan av den 4 oktober 2019 väckte Christian Louboutin talan vid Tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles (Domstolen för frankofona företag i Bryssel, Belgien) mot Amazon, och yrkade att Amazon skulle föreläggas att upphöra att använda hans varumärke och förpliktas att utge ersättning för den skada som nämnda användning hade vållat.

40. Till stöd för sin talan har Christian Louboutin anfört samma argument som de som anfördes i mål C-148/21, och bland annat framhållit att den tvistiga reklamen i sin helhet ingår i Amazons reklammeddelande, dels därför att Amazons halvfigurativa varumärke, som är ett mycket välkänt återförsäljarvarumärke, visas längst upp i varje annons, dels därför att annonserna till sitt utförande påminner om typisk reklam från större återförsäljare. Christian Louboutin har också gjort gällande att bedömningen av huruvida viss reklam ingår i en viss persons eget reklammeddelande ska göras i förhållande till en normalt informerad och skäligen uppmärksam konsument som ingår i målgruppen för denna reklam. Christian Louboutin har vidare hävdat att expediering till en köpare av en vara försedd med ett kännetecken som är identiskt med ett varumärke utgör användning av det tecknet.

41. Amazon har i sitt svaromål hävdat att de erbjudanden avseende påstått intrångsgörande skor som av utomstående säljare publiceras på dess försäljningswebbplatser och expedieringen av dessa av nämnda säljare sålda skor inte utgör någon användning av varumärket från Amazons sida och att företaget, i egenskap av näringsidkare som driver en digital marknadsplats, enligt fast rättspraxis inte kan hållas ansvarigt för tredje mans (otillåtna) användning av ett varumärke. Amazon har i detta avseende hänvisat till en nyligen meddelad dom från Cour d'appel de Bruxelles (Appellationsdomstolen i Bryssel, Belgien),[25] i vilken den domstolen slog fast att ”en användning av varumärket i en från en utomstående säljare härrörande annons med ett erbjudande om försäljning av intrångsgörande varor inte kan tillskrivas den näringsidkare som driver den digitala marknadsplatsen, inte ens om det går att se vem den näringsidkaren är, eftersom en sådan användning inte ingår i nämnda näringsidkares eget reklammeddelande”.

42. Den hänskjutande domstolen anser att dels frågan om under vilka omständigheter användningen av ett intrångsgörande kännetecken i reklam kan tillskrivas en näringsidkare som driver en e-handelswebbplats och som även är återförsäljare, dels frågan om huruvida, och under vilka omständigheter, omsättningskretsens uppfattning om denna reklam är relevant vid bedömningen av vem som kan tillskrivas en sådan användning, är relevanta för utgången av den tvist som anhängiggjorts vid den. Detsamma gäller enligt nämnda domstol för frågan om omständigheterna kring expedieringen av en vara försedd med ett kännetecken som innebär intrång i ett varumärke som behöver besvaras för att få klarhet i hur artikel 9.2 i förordning 2017/1001 ska tillämpas i förevarande fall.

[25] Dom av den 25 juni 2020, RG/2019/AR/1480.

43. Mot denna bakgrund beslutade Tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles (Domstolen för frankofona företag i Bryssel) att förklara målet vilande och att ställa följande tolkningsfrågor till EU-domstolen:

”1. Ska artikel 9.2 i [förordning 2017/1001] tolkas så, att en användning i reklam som visas på en e-handelswebbplats av ett kännetecken som är identiskt med ett varumärke i princip kan tillskrivas den näringsidkare som driver webbplatsen, om en normalt informerad och skäligen uppmärksam internetanvändare uppfattar att näringsidkaren har utövat en aktiv roll vid utarbetandet av reklamen eller om reklamen uppfattas som en del av näringsidkarens eget reklammeddelande?

Påverkas denna uppfattning

– av att näringsidkaren är en välrenommerad återförsäljare av ett synnerligen brett spektrum av varor, inbegripet varor i den kategori där de varor som reklamen avser återfinns,

– av att det ovanför den sålunda visade reklamen finns ett rubrikfält där näringsidkarens tjänstevarumärke återges och detta varumärke är ett välrenommerat återförsäljarvarumärke, eller

– av att näringsidkaren parallellt med denna visning erbjuder tjänster som traditionellt erbjuds av återförsäljare av varor i den kategori som den vara som reklamen avser tillhör?

2. Ska artikel 9.2 i [förordning 2017/1001] tolkas så, att expediering i näringsverksamhet till en slutkonsument av en vara försedd med ett kännetecken som är identiskt med ett varumärke, utan varumärkesinnehavarens medgivande, utgör användning som kan tillskrivas den som expedierar varan endast om denne har faktisk kännedom om att kännetecknet har anbringats på varan?

Ska den som sålunda expedierar varan anses ha använt det berörda kännetecknet, om denne eller en därtill ekonomiskt knuten enhet har uppgett för slutkonsumenten att den expedierande enheten eller en därtill ekonomiskt knuten enhet skulle komma att ombesörja expedieringen efter det att den expedierande enheten eller en därtill knuten ekonomisk enhet hade lagrat varan för det syftet?

Ska den som sålunda expedierar varan anses ha använt det berörda kännetecknet, om denne eller en därtill ekonomiskt knuten enhet tidigare har bidragit aktivt till visning i näringsverksamhet av reklam för den med nämnda kännetecken försedda varan eller har registrerat den beställning som slutkonsumenten har lagt efter att ha sett nämnda reklam?”

44. Begäran om förhandsavgörande inkom till EU-domstolens kansli den 24 mars 2021. Parterna i målet vid den nationella domstolen och kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Samma parter deltog i förhandlingen den 22 februari 2022.

IV. Bedömning

45. Jag vill påpeka att alla de tolkningsfrågor som ställts till EU-domstolen i målen C-148/21 och C-184/21 avser tolkningen av begreppet användning i den mening som avses i artikel 9.2 i förordning 2017/1001 och att de omständigheter som anförts i var och en av dessa frågor i stor

utsträckning överlappar varandra.[26] Jag kommer därför att granska dem tillsammans.

46. De hänskjutande domstolarna har ställt sina tolkningsfrågor för att få klarhet i huruvida artikel 9.2 i förordning 2017/1001 ska tolkas så, att en näringsidkare som driver en försäljningsplattform på internet ska anses använda ett varumärke i ett försäljningserbjudande som publicerats av tredje man på denna plattform, dels på grund av att han på ett enhetligt sätt publicerar sina egna erbjudanden och erbjudanden från tredje man utan åtskillnad vad gäller deras ursprung vid visningen genom att visa sin egen logotyp som välrenommerad återförsäljare i dessa annonser, dels på grund av att näringsidkaren erbjuder utomstående säljare ytterligare tjänster för lagring och expediering av varor som lagts ut på deras plattform och informerar potentiella köpare om att han kommer att ansvara för dessa verksamheter. De hänskjutande domstolarna har dessutom frågat EU-domstolen huruvida uppfattningen hos en normalt informerad och skäligen uppmärksam internetanvändare har betydelse för tolkningen av begreppet användning i den mening som avses i denna bestämmelse.

47. För att besvara de tolkningsfrågor som har ställts kommer jag först att erinra om rättspraxis avseende begreppet användning av varumärket i den mening som avses i artikel 9.2 i förordning 2017/1001, för att ange skälen till varför jag anser att det följer av denna rättspraxis att tillämpningen av detta begrepp förutsätter att bedömningen görs utifrån uppfattningen hos en användare av den aktuella plattformen. Jag kommer därefter att analysera konsekvenserna av ett sådant beaktande när det gäller att avgöra huruvida Amazon, på grund av de särdrag i Amazons funktionssätt som angetts av de hänskjutande domstolarna, använder ett varumärke som visas i ett försäljningserbjudande som tredje man publicerat på sin webbplats.

A. Fastställande av ramen för bedömningen

48. Enligt artikel 9.2 i förordning 2017/1001, som har samma innehåll som artikel 9.1 i förordning nr 207/2009, ska innehavaren av ett EU-varumärke ha rätt att förhindra tredje man att i näringsverksamhet, utan tillstånd *använda* ett tecken som är identiskt med varumärket, om tecknet används för varor eller tjänster som är identiska med eller liknar de varor eller tjänster för vilka varumärket är registrerat. I bestämmelserna i förordning 2017/2001 definieras emellertid inte begreppet användning, vilket innebär att principerna för tolkning av detta begrepp har fastställts i EU-domstolens praxis.

1. En otillräcklig definition i rättspraxis som sådan

49. EU-domstolen har således slagit fast att uttrycket ”använda” i artikel 9.2 i förordning 2017/1001 förutsätter ett aktivt handlande från tredje man, som är mellanhand på internet, och direkt eller indirekt kontroll över den handling som utgör användning.[27]

50. Kravet på ett aktivt handlande och kontroll över den handling som utgör användning följer för det första av systematiken i artikel 9 i förordning 2017/1001, eftersom artikel 9.3 i denna förordning innehåller en icke uttömmande uppräkning av former av användning som innehavaren av varumärket kan förbjuda och endast nämner aktiva handlingar av tredje man.[28] För det andra följer ett sådant krav av ändamålet med artikel 5.1 i förordning 2017/1001 som

[26] Se punkterna 90 och 91 i förevarande förslag till avgörande.

[27] Dom av den 3 mars 2016, Daimler (C-179/15, EU:C:2016:134, punkt 41), och dom av den 2 juli 2020, mk advokaten (C-684/19, EU:C:2020:519, punkt 23).

[28] Dom av den 3 mars 2016, Daimler (C-179/15, EU:C:2016:134, punkt 40).

syftar till att ge innehavaren ett rättsligt instrument som gör det möjligt för denne att förbjuda tredje man att använda innehavarens varumärke utan tillstånd och därmed att få sådan användning att upphöra. Endast en tredje man som har kontroll över den handling som utgör användning kan faktiskt få sådan användning att upphöra. [29] Detta krav är således ett uttryck för principen att ingen är juridiskt skyldig att göra det som är omöjligt. [30]

51. EU-domstolen har dessutom vid flera tillfällen slagit fast att användning av en mellanhand på internet ”åtminstone förutsätter att tredje man använder kännetecknet i sitt eget reklammeddelande”. [31] Detta villkor, som utgör en direkt konsekvens av kravet på ett aktivt handlande, utgör enligt min mening kärnan i begreppet användning när det gäller en mellanhand som driver verksamhet på internet. Det är en nödvändig förutsättning för att ett kännetecken ska anses ha använts; utan detta kan sådan användning inte anses ha skett.

52. Villkoret att kännetecknet ska användas av en mellanhand på internet i ett eget reklammeddelande har för övrigt hittills alltid gjort det möjligt att utesluta en användning av kännetecknet av denna mellanhand. I domen i målet Google slog EU-domstolen fast att det i söktjänstleverantörens fall inte rör sig om användning av kännetecknet i sitt eget reklammeddelande, eftersom denne endast gör det möjligt för kunderna att själva använda kännetecken som är identiska med ett varumärke på så sätt att denne enbart skapar de tekniska förutsättningar som krävs för att använda ett kännetecken. [32] På samma sätt slog EU-domstolen, i domen eBay, [33] fast att en näringsidkare som driver en marknadsplats inte använder det aktuella kännetecknet i sitt eget reklammeddelande när han tillhandahåller en tjänst som gör det möjligt för kunderna att låta detta kännetecken framgå i deras näringsverksamhet och, i domen Coty, [34] att lagring av varor som är försedda med det aktuella kännetecknet inte utgör användning av detta kännetecken i en tredje mans eget reklammeddelande när denne inte själv utbjuder de berörda varorna till försäljning eller saluför dem.

53. Jag vill emellertid påpeka att detta villkor aldrig har definierats mer ingående i EU-domstolens praxis och att denna fråga inte heller har behandlats mer ingående i doktrinen, [35] vilket innebär att det inte framgår klart vad som omfattas av begreppet ”användning av ett kännetecken av en mellanhand i ett eget reklammeddelande”. [36] En rent negativ användning av detta villkor, som endast haft till syfte att visa att ett kännetecken inte har använts, inte heller i det fall som gav upphov till att användningen upptäcktes, stärker denna brist på precision.

54. Även om det vid en första anblick således inte är lätt att vid en tolkning av EU-domstolens praxis fastställa vad begreppet användning av ett kännetecken av en mellanhand i ett eget reklammeddelande positivt innebär och på vilket sätt det kan fastställas att ett sådant villkor är uppfyllt, gör en mer noggrann analys av begreppet det emellertid möjligt att ange dess konturer.

29 Dom av den 3 mars 2016, Daimler (C-179/15, EU:C:2016:134, punkt 41).

30 Se Kur, A., och Senftleben, M., a.a., s. 276.

31 Dom av den 23 mars 2010, Google France och Google (C-236/08–C-238/08, EU:C:2010:159, punkt 56) (nedan kallad domen Google), domen eBay (punkt 102) och domen Coty (punkt 39).

32 Domen Google, punkterna 56 och 57).

33 Punkt 102 i den domen.

34 Punkt 47 i den domen. När det gäller konstaterandet att ett kännetecken inte använts på grund av att kännetecknet inte använts i ett eget reklammeddelande, i situationer som inte rör mellanhänder på internet, se även dom av den 15 december 2011, Frisdranken Industrie Winters (C-119/10, EU:C:2011:837), och dom av den 16 juli 2015, TOP Logistics m.fl. (C-379/14, EU:C:2015:497).

35 Vilket vissa författare har påpekat. Se Marsoof, A., a.a., s. 37, Ullrich, C., a.a., s. 358.

36 Avseende det vaga begreppet användning, se Kur, A., och Senftleben, M., a.a., s. 275.

2. Användning av ett kännetecken av en mellanhand i eget reklammeddelande: ett begrepp som nödvändigtvis integrerar uppfattningen hos användaren av plattformen

55. Med ett reklammeddelande från ett företag avses i allmänhet varje form av meddelande som syftar till att främja företagets verksamhet, varor eller tjänster, eller till att ange utövandet av en sådan verksamhet. Det är avsett för utomstående för att informera dem om eller uppmärksamma dem på företagets verksamhet. Det har därför ett rent externt ändamål, eftersom begreppet meddelande vanligen definieras som att informera om, ge någon kännedom om något. [37]

56. Meddelanden kan således endast göras i ett förhållande mellan det företag som använder kännetecknet och tredje man i förhållande till detta, och användning av en mellanhand på internet av ett kännetecken i dess eget reklammeddelande förutsätter således att kännetecknet i fråga framkommer utanför företaget, som en integrerad del av detta. Med andra ord gör mellanhanden kännetecknet till sitt eget till den grad att kännetecknet förefaller omfattas av dess verksamhet.

57. Denna idé är inte ny. EU-domstolen har slagit fast att det är fråga om användning av ett kännetecken när tredje man ”använder kännetecknet på sådant sätt att ett samband uppstår mellan kännetecknet och de varor som saluförs eller de tjänster som tillhandahålls av denne tredje man”. [38] Även om villkoret om ett sådant samband sedan dess inte har angetts uttryckligen när det gäller mellanhänder på internet och har ersatts med villkoret om användning av kännetecknet i mellanhandens eget reklammeddelande, är anledningen till detta att sistnämnda villkor bygger på samma logik.

58. Villkoret om användning av kännetecknet i ett eget reklammeddelande förutsätter nämligen att mellanhanden på internet använder det på så sätt att mottagaren av detta reklammeddelande ser ett särskilt samband mellan mellanhanden och det aktuella kännetecknet, [39] varvid detta särskilda samband följer av att mellanhanden gör kännetecknet till sitt eget.

59. Detta villkor ska således bedömas med utgångspunkt från den som använder marknadsplatsen, som är mottagare av reklammeddelandet från en näringsidkare som driver marknadsplatsen, för att kunna bedöma huruvida kännetecknet i fråga för denne förefaller vara integrerat i dess reklammeddelande, genom att mellanhanden på internet har gjort nämnda kännetecken till sitt eget.

60. Jag vill framhålla att behovet av att beakta situationen för denne användare redan har betonats av generaladvokaten Campos Sánchez Bordona i förslaget till avgörande i målet Coty Germany, [40] där han förklarar att han ”koncentrera[r sig] på … situation[en för] en slutkonsument”, och

[37] Begreppet meddelande påminner den för vilken immaterialrätten är bekant om begreppet ”överföring till allmänheten” i den mening som avses i artikel 3.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG (EUT L 130, 2019, s. 92). Jag kommer emellertid inte att hänvisa till rättspraxis avseende tolkningen av detta begrepp för att definiera begreppet reklammeddelande såsom det följer av domstolens praxis om användning av ett kännetecken. ”Överföring till allmänheten” är nämligen ett självständigt unionsrättsligt begrepp som används i ett annat sammanhang, i vilket den omständigheten att tillgång ges till ett verk i sig alltid utgör ett potentiellt intrång i en immateriell rättighet, medan kvalificeringen som en användning endast kan ske i näringsverksamhet och förutsätter en mer ingående bedömning.

[38] Beslut av den 19 februari 2009, UDV North America (C-62/08, EU:C:2009:111, punkt 47).

[39] Såsom generaladvokaten Kokott redan har påpekat i sitt förslag till avgörande i målet Frisdranken Industrie Winters (C-119/10, EU:C:2011:258, punkt 28).

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

konstaterar att ”[i] den mån köparen kan uppfatta det så, att det är [en marknadsplatsdrivande näringsidkare] som marknadsför varorna”, bör en lösning nås som innebär att ”det kan anses föreligga en användning av varumärket”.

61. Enligt min mening är det således inneboende i villkoret om att en mellanhand ska använda kännetecknet i sitt eget reklammeddelande att detta meddelande ska bedömas utifrån den synvinkel som mottagarna av reklammeddelandet har, det vill säga internetanvändaren av den aktuella plattformen.

62. I detta sammanhang måste jag också klargöra vilken användare av marknadsplatsen som ska beaktas för att avgöra om det berörda kännetecknet, enligt användarens uppfattning, har införlivats av näringsidkaren i hans eget reklammeddelande. De hänskjutande domstolarna föreslår att den ståndpunkt som en ”normalt informerad och skäligen uppmärksam internetanvändare” intar ska antas.

63. Detta uttryck återspeglar den standard som valts för att avgöra om tredje mans användning av ett kännetecken skadar en av varumärkets grundläggande funktioner. EU-domstolen ska inom ramen för denna prövning kontrollera om det är möjligt för ”en normalt informerad och skäligen uppmärksam internetanvändare att få reda på om de varor och tjänster [som försetts med varumärket] härrör från varumärkesinnehavaren eller … från tredje man”. [41]

64. Såsom kommissionen och Amazon har påpekat är det riktigt att frågan huruvida en näringsidkare som driver en marknadsplats använder ett varumärke och frågan huruvida denna användning kan skada en av varumärkets funktioner är två skilda frågor.

65. När det gäller den andra frågan fokuserar bedömningen på den produkt som försetts med det aktuella kännetecknet för att avgöra huruvida detta av en normalt informerad och skäligen uppmärksam konsument felaktigt kan anses härröra från innehavaren av ett varumärke. Den första frågan innebär i sin tur inte att man ska undersöka den produkt som försetts med det aktuella kännetecknet, utan endast näringsidkarens reklammeddelande för att avgöra om det aktuella kännetecknet enligt plattformens användare förefaller användas direkt av näringsidkaren inom ramen för dess verksamhet.

66. Dessa två undersökningar har dessutom olika inneboende logik. Frågan huruvida en av varumärkets funktioner skadats, i synnerhet dess ursprungsangivelsefunktion, omfattar nämligen en skyddsdimension, inte enbart av varumärkesinnehavarens rättigheter, utan även av konsumenternas intressen. [42] Tvärtom avser fastställandet av användningen av ett varumärke endast förhållandena mellan den aktuella varumärkesinnehavaren, å ena sidan, och en påstådd intrångsgörare, å andra sidan, eftersom det avser att fastställa om denna tredje man genom sitt agerande utövar en befogenhet som uteslutande tillkommer varumärkesinnehavaren.

67. Dessa omständigheter kan emellertid inte motivera att uppfattningen hos en normalt informerad och skäligen uppmärksam internetanvändare inte också kan beaktas vid bedömningen av huruvida det aktuella kännetecknet har införlivats i reklammeddelandet på en försäljningsplattform på nätet. Tvärtom anser jag att en sådan internetanvändare, i egenskap av mottagare av reklammeddelandet från den näringsidkare som driver plattformen, nödvändigtvis utgör referenspunkt för att fastställa om en mellanhand har gjort kännetecknet till sitt eget genom att använda det i sitt eget reklammeddelande.

41 Domen Google (punkt 84).

42 Beträffande varumärkets väsentliga funktioner, se Kur, A. och Senftleben, M., a.a., s. 6.

68. Förekomsten av en sådan ram för prövningen av en mellanhands användning av ett kännetecken i egna reklammeddelanden, och därmed begreppet användning av detta kännetecken av mellanhänder på internet, ifrågasätts inte av Amazons och kommissionens argument att EU-domstolen inte uttryckligen har nämnt behovet av att ta hänsyn till internetanvändarnas uppfattning i detta avseende.

69. För det första har, såsom jag har påpekat i punkterna 52 och 53 i detta förslag till avgörande, begreppet ”användning av en mellanhand av ett kännetecken i ett eget reklammeddelande” endast använts på ett negativt sätt, i fall där EU-domstolen har slagit fast att den aktuella mellanhanden på internet inte hade använt det aktuella kännetecknet i sitt eget reklammeddelande. En sådan slutsats kan således inte dras av det faktum att det inte har hänvisats till en internetanvändares uppfattning för att visa att kännetecknet i fråga var en integrerad del av mellanhandens reklammeddelande, i situationer där så inte var fallet, eftersom analysen av internetanvändarens uppfattning endast är relevant om det råder tvivel om användningen av kännetecknet i mellanhandens reklammeddelande.

70. För det andra gäller detta i än högre grad eftersom den lösning som valts i dessa domar under alla omständigheter kan vara motiverad på grund av att det aktuella kännetecknet, enligt en normalt informerad och skäligen uppmärksam internetanvändare, inte föreföll ha använts i näringsidkarnas eget reklammeddelande. I domen i målet Google[43] utövar således en söktjänstleverantör sin vanliga verksamhet, och framstår således inte för en normalt informerad och skäligen uppmärksam internetanvändare som att han själv använder de aktuella kännetecknen i sitt eget reklammeddelande, när han för vissa kunders räkning lagrar sökord bestående av kännetecken som är identiska med varumärken och ser till att annonser visas utifrån dessa sökord. På samma sätt tillhandahåller en näringsidkare som driver en marknadsplats, enligt EU-domstolen i domen eBay,[44] säljarna en tjänst som består i att göra det möjligt för dem att i sin affärsverksamhet, såsom i försäljningserbjudanden, visa kännetecken som motsvarar varumärken på webbplatsen så att denne, ur en normalt informerad och skäligen uppmärksam internetanvändares synvinkel, inte går utanför sin roll som mellanhand och inte använder de aktuella kännetecknen i sitt eget reklammeddelande.

71. För det tredje har EU-domstolen, i domen eBay,[45] utan att emellertid nämna villkoret att ett kännetecken ska användas av näringsidkaren som driver en elektronisk marknadsplats i ett eget reklammeddelande, slagit fast att ett varumärke används av en sådan näringsidkare när han väljer sökord i sökmotorn Google som sammanfaller med ett varumärke. Härigenom visas en *reklam* länk, tillsammans med reklam för möjligheten att köpa varor med det eftersökta varumärket. I ett sådant fall är det emellertid på grund av att den reklam och de länkar som eBay visar även utgör reklam för marknadsplatsen som sådan och följaktligen av det skälet att det aktuella varumärket ur en normalt informerad och skäligen uppmärksam internetanvändares synvinkel förefaller utgöra en del av eBays eget reklammeddelande, som EU-domstolen slagit fast att eBay använt detta varumärke.

72. Jag anser således att uppfattningen hos en internetanvändare av en försäljningsplattform på nätet som är normalt informerad och skäligen uppmärksam är en relevant omständighet vid fastställandet av om ett kännetecken används i reklammeddelandet från den näringsidkare som driver denna plattform. En sådan standard som förutsätter en normal grad av information och rimlig uppmärksamhet från användarens sida, förefaller mig vara desto mer motiverad eftersom

43 Punkt 53 i den domen.

44 Punkt 102 i den domen.

45 Punkterna 84 och 85 i den domen.

det för vissa användare av försäljningsplattformar på nätet inte har någon betydelse vem som utbjuder varan till försäljning, då det enda kriteriet för köpet är varan och dess pris. Dessa internetanvändare kan därför inte beaktas som ett avgörande kriterium vid fastställandet av om ett kännetecken för dem framstår inte bara som att det använts av den utomstående säljaren utan som en integrerad del av reklammeddelandet från den näringsidkare som driver plattformen. Jag anser därför att det är nödvändigt att hänvisa till en internetanvändare vars beteende representerar ett genomsnittsbeteende för vilken sådan information är relevant.

73. Slutligen ska det även preciseras att den omständigheten att det erkänns att det förekommer en användning av ett kännetecken i den mening som avses i artikel 9.2 i förordning 2017/1001 av säljaren av en vara via en försäljningsplattform på nätet inte utesluter att en mellanhand som driver denna plattform i teorin även kan använda detta kännetecken när den använder det aktuella kännetecknet i sitt eget reklammeddelande.

74. Det är på grundval av dessa överväganden som jag nu kommer att analysera den verksamhet som bedrivs av en näringsidkare som driver en försäljningsplattform på nätet, såsom den beskrivits av de hänskjutande domstolarna, för att avgöra huruvida sistnämnda kan anses använda det aktuella varumärket i den mening som avses i artikel 9.2 i förordning 2017/1001, genom att använda detta varumärke i sitt eget reklammeddelande.

B. Inverkan av Amazons funktionssätt vad gäller erkännandet av förekomsten av ”användning” av varumärket i den mening som avses i artikel 9.2 i förordning 2017/1001

75. Genom sin första och sin tredje fråga i mål C-148/21 och genom sin andra fråga i mål C-184/21 vill de hänskjutande domstolarna få klarhet i om artikel 9.2 i förordning 2017/1001 ska tolkas så, att en näringsidkare som driver en försäljningsplattform på nätet ska anses använda ett varumärke i ett erbjudande till försäljning som en tredje man har publicerat på denna plattform, dels på grund av att han på ett enhetligt sätt publicerar både sina egna erbjudanden och erbjudanden från tredje man utan åtskillnad med avseende på deras ursprung vid visningen, och låter sin egen logotyp som välkänd återförsäljare visas i dessa annonser, både på sin webbplats och i reklam på utomstående webbplatser, dels på grund av att han erbjuder utomstående säljare ytterligare tjänster i fråga om bistånd, lagring och expediering av varor som läggs ut på nätet på dess plattform, och informerar potentiella köpare om att han kommer att ansvara för leveransen av sistnämnda verksamheter.

1. Avgränsning av tolkningsfrågans tillämpningsområde

76. Inledningsvis anser jag att det är viktigt att erinra om att frågorna i ovanstående punkt endast avser direkt ansvar för en näringsidkare som driver en försäljningsplattform på nätet, eftersom denne har använt ett kännetecken som är identiskt med ett varumärke i den mening som avses i artikel 9 i förordning 2017/1001. Som jag har påpekat i punkterna 8 och 10 i detta förslag till avgörande, skiljer sig denna fråga från frågan om internetmellanhändernas indirekta ansvar på grund av tredje mans agerande via deras tjänster.

77. Den bedömning som jag föreslår påverkar således inte de hänskjutande domstolarnas möjlighet att, i den mån en ekonomisk aktör har gjort det möjligt för en annan aktör att använda ett varumärke, undersöka vilken inverkan andra rättsregler än artikel 9 i förordning 2017/1001 har.

78. Den omständigheten att ett kännetecken inte är införlivat i reklammeddelandet från en näringsidkare som driver en försäljningsplattform på nätet innebär nämligen inte att denne näringsidkare aldrig kan hållas ansvarig för intrånget i varumärkesinnehavarnas rättigheter, utan endast att detta ansvar ska fastställas på grundval av nationell rätt, såsom sekundärt ansvar.

79. I ett sådant fall ankommer det således på de hänskjutande domstolarna att med stöd av nationell rätt kontrollera huruvida internetmellanhanden eventuellt har ett indirekt ansvar, varvid det är underförstått att ett sådant ansvar även ska förenas med de undantag från ansvar som föreskrivs i direktivet om elektronisk handel.

80. Denna uppsättning åtgärder för att skydda varumärkesinnehavarens rättigheter som kan vidtas mot en mellanhand på internet som har låtit en tredje man använda ett kännetecken via sina tjänster, är inte begränsad till att denne mellanhand kan bli direkt eller indirekt ansvarig. I artikel 11 tredje meningen i direktiv 2004/48 föreskrivs således att ett föreläggande kan utfärdas mot mellanhänder vars tjänster utnyttjas av tredje man för att göra intrång i en immateriell rättighet.

81. Efter ovannämnda preciseringar ska jag nu redogöra för skälen till att jag anser att en näringsidkare som driver en plattform på nätet, såsom Amazon, inte använder ett kännetecken i den mening som avses i artikel 9 i förordning 2017/1001, vid utövandet av sin verksamhet på det sätt som de hänskjutande domstolarna har beskrivit.

2. Särdragen hos Amazons modell

82. Den första tolkningsfrågan i mål C-148/21 avser huvudsakligen verksamhet som bedrivs av en näringsidkare som driver en marknadsplats för att publicera försäljningserbjudanden från utomstående säljare på sin webbplats, när dessa försäljningserbjudanden visar ett kännetecken som är identiskt med ett varumärke. Såsom jag har angett i punkt 52 i detta förslag till avgörande, och såsom Amazon har påpekat, har EU-domstolen redan slagit fast att denna verksamhet inte utgör användning av detta kännetecken i den mening som avses i artikel 9.2 i förordning 2017/1001. [46]

83. Såsom den hänskjutande domstolen i mål C-148/21 har påpekat skiljer sig emellertid den verksamhet som bedrivs av en näringsidkare som driver en försäljningsplattform på nätet, såsom Amazon, från den verksamhet som bedrivs på den marknadsplats som var föremål för domen eBay. Denna domstol har således insisterat på att med avseende på deras annonser kan erbjudanden från utomstående säljare särskiljas från erbjudanden från Amazon. Den hänskjutande domstolen har vidare påpekat att den logotyp som Amazon, en välrenommerad återförsäljare, använder, systematiskt visas i samtliga försäljningserbjudandena, både på marknadsplatsen och på utomstående webbplatser inom ramen för reklammeddelanden. Den hänskjutande domstolen har slutligen understrukit att Amazon självt har införlivat försäljningserbjudandena i vissa butiker på sin webbplats, eller förteckningar över varor.

84. Ingen av dessa omständigheter tycks emellertid ifrågasätta den slutsats som EU-domstolen drog i domen eBay. Jag anser nämligen att de inte, enligt en normalt informerad och skäligen uppmärksam internetanvändare, kan få kännetecknen i annonser från utomstående säljare att framstå på så sätt att de utgör en integrerad del av reklammeddelandet från den näringsidkare som driver en försäljningsplattform på nätet.

[46] Se domen eBay.

85. Vad gäller avsaknaden av distinktion mellan erbjudanden från utomstående säljare och från Amazon, är det visserligen riktigt att dessa erbjudanden visas på ett enhetligt sätt och att de alla innefattar den logotyp som Amazon, som är en välrenommerad återförsäljare, använder. Såsom framgår av de exempel på erbjudanden som återfinns i beslutet om hänskjutande i mål C-148/21, ska det emellertid även påpekas att det i annonserna alltid specificeras om de härrör från utomstående säljare eller om varorna säljs direkt av Amazon.

86. Även om Amazon är en välrenommerad återförsäljare är företaget lika känt för sin verksamhet på marknadsplatsen. Användarna av plattformen känner således till att såväl annonser för varor som säljs direkt av Amazon som annonser som publicerats av utomstående säljare läggs ut på nätet. Enbart förekomsten av logotypen Amazon kan således likväl vara en indikation för konsumenten på att han eller hon har att göra med en annons som publicerats av en utomstående säljare. Under dessa omständigheter kan enbart den omständigheten att annonser från Amazon och annonser från utomstående säljare förekommer vid sidan av varandra inte i sig tyda på att en normalt informerad och skäligen uppmärksam internetanvändare kan anse att de kännetecken som anges i annonser från utomstående säljare utgör en del av Amazons reklammeddelanden.

87. Samma resonemang är tillämpligt på reklam som publiceras på utomståendes webbplatser som innehåller Amazons logotyp och som hänvisar till försäljningserbjudanden som publicerats på bolagets webbplats av utomstående säljare.

88. Detsamma gäller Amazons införlivande av annonser från utomstående säljare i butiker på dess plattform, eller förteckningar över mest sålda eller mest erbjudna varor. Som kommissionen påpekat omfattas detta införlivande i själva verket av organisationen av bolagets plattform. Amazon underströk dessutom vid förhandlingen att en sådan organisation sker automatiskt, genom att annonser för liknande produkter sammanförs, och på grundval av de mest efterfrågade eller mest sålda produkterna. Den utgör därför en integrerad del av rollen som mellanhand på internet, såsom Amazon, som näringsidkare som driver en marknadsplats, och framstår endast som sådan för en normalt informerad och skäligen uppmärksam internetanvändare när det gäller en åtgärd som rör presentationen och utformningen av dess plattform.

89. Den hänskjutande domstolen vill genom sin första tolkningsfråga i mål C-148/21 även få klarhet i vilken inverkan det förhållandet att Amazon erbjuder en ”fullservicetjänst”, inklusive bistånd vid utarbetande av annonser, samt lagring och expediering av vissa varor, har på kvalificeringen som användning av ett kännetecken som finns i dessa annonser av Amazon.

90. Denna fråga sammanhänger i huvudsak med den tredje frågan i mål C-148/21 och den andra frågan i mål C-184/21, vilka syftar till att fastställa huruvida lagring och expediering av varor med ett kännetecken som är identiskt med ett varumärke, med avseende på vilka Amazon även aktivt har bidragit till utformandet och publiceringen av försäljningserbjudandena, utgör en användning av varumärket i den mening som avses i artikel 9.2 i förordning 2017/1001.

91. Såsom den tyska regeringen har påpekat är det således inom ramen för dessa frågor fråga om att göra en helhetsbedömning av Amazons verksamhet för att avgöra om bolagets inblandning, från publiceringen av annonsen med det omtvistade kännetecknet till dess att den aktuella varan expedieras, kan kvalificeras som en användning av detta kännetecken. Jag anser att så inte är fallet.

92. En sådan inblandning, som är utmärkande för Amazons funktionssätt, kan visserligen åtminstone i princip ge företaget en större kontroll över försäljningen av en vara som gör intrång i ett varumärke. Denna inblandning, som genomförs till fördel för konsumenten, eftersom den faktiskt syftar till att säkerställa denne en snabb och garanterad leverans efter köpet av en vara och därmed stärka försäljningsplattformens rykte, är dock enligt min mening inte tillräcklig för att visa att Amazon har använt det aktuella kännetecknet i sitt eget reklammeddelande.

93. EU-domstolen har nämligen redan i domen Coty [47] slagit fast att kännetecknet inte kan anses ha använts av en näringsidkare som driver en marknadsplats i egen marknadskommunikation, när denne lagrar varor som är försedda med ett kännetecken för en utomstående säljares räkning utan att själv sträva efter att utbjuda dessa varor till försäljning eller marknadsföra dem. Jag ser ingen anledning till att behandla expediering av sådana varor för tredje mans räkning annorlunda. I ett sådant fall står det klart, för en normalt informerad och skäligen uppmärksam internetanvändare, att det är den utomstående säljaren, ensam, som har för avsikt att utbjuda varorna till försäljning och marknadsföra dem. [48]

94. Denna slutsats vederläggs inte av det faktum att Amazon själv publicerar annonserna i fråga. Såsom jag har anfört anser jag att publicering av sådana annonser inte heller utgör en användning i den mening som avses i artikel 9.2 i förordning 2017/1001. [49] Två handlingar som inte utgör en användning i den mening som avses i denna bestämmelse kan enligt min mening inte bedömas annorlunda enbart av det skälet att de är föremål för en helhetsbedömning.

95. Under dessa omständigheter anser jag att tolkningsfrågorna från de hänskjutande domstolarna i målen C-148/21 och C-184/21 ska besvaras på så sätt att artikel 9.2 i förordning 2017/1001 ska tolkas så, att en näringsidkare som driver en försäljningsplattform på nätet inte kan anses använda ett varumärke i ett försäljningserbjudande som publiceras av en tredje part på denna plattform, dels på grund av att han på ett enhetligt sätt publicerar både sina egna erbjudanden och erbjudanden från tredje part utan åtskillnad vad gäller deras ursprung vid visningen av dem, genom att låta sin egen logotyp som välrenommerad återförsäljare visas i dessa annonser, såväl på sin webbplats som i reklam på utomståendes webbplatser, dels på grund av att han erbjuder utomstående säljare ytterligare tjänster i form av bistånd, lagring och expediering av de varor som läggs ut på dess plattform, och informerar potentiella köpare om att han kommer att ansvara för dessa tjänster, under förutsättning att dessa inslag inte leder till att en normalt informerad och skäligen uppmärksam internetanvändare uppfattar det aktuella varumärket som en integrerad del av reklammeddelandet från näringsidkaren.

3. Varumärkesrättens särdrag

96. En sådan lösning innebär att särdragen hos den modell som används av den näringsidkare som driver försäljningsplattformen på nätet, såsom Amazon, som har införlivat ett antal tjänster från publicering av försäljningserbjudanden till expediering av de aktuella varorna, inte har någon inverkan på begreppet användning i den mening som avses i artikel 9 i förordning 2017/2011.

[47] Punkterna 45–47 i den domen.

[48] Domen Coty (punkt 47).

[49] Se punkt 84 och följande punkter i detta förslag till avgörande.

97. Detta synsätt är dock begränsat till tolkningen av detta begrepp och kan inte utvidgas till andra områden. Med andra ord, även om den omständigheten att olika tjänster införlivas av en näringsidkare som driver en försäljningsplattform på nätet inte i sig innebär att näringsidkaren kan anses använda ett kännetecken även på grund av den mer aktiva roll som detta införlivande kan medföra, betyder inte detta att ett sådant införlivande inte har någon betydelse för kvalificeringen av de tjänster som tillhandahålls av näringsidkaren på andra rättsområden.

98. Jag tänker särskilt på det synsätt som EU-domstolen har antagit i de domar som avgjorde målen Asociación Profesional Elite Taxi [50] och Uber France. [51] I var och en av dessa domar framgår att införlivandet av flera tjänster som tillhandahålls av ett företag och som gör det möjligt för det att utöva en kontroll över alla relevanta aspekter av en tjänst för lokaltrafik innebär att en sådan tjänst inte ska betraktas som en ren förmedlingstjänst som syftar till att sammanföra passagerare med förare, utan som en enda tjänst för vilken företaget är ansvarigt. Med andra ord har den större kontroll som företaget utövar över alla aspekter av en tjänst en bestämd inverkan på företagets roll som mellanhand, särskilt mot bakgrund av de unionsrättsliga bestämmelserna om elektronisk handel.

99. Detta resonemang kan emellertid inte överföras på tolkningen av begreppet användning, såsom det är fråga om i förevarande fall. Vid denna tolkning är det inte fråga om att kvalificera den tjänst som tillhandahålls av den näringsidkare som driver en försäljningsplattform på nätet, utan om att fastställa huruvida dess verksamhet kan ge intrycket att den använder ett kännetecken i sitt eget reklammeddelande. Dessa båda frågor ska således med nödvändighet besvaras utifrån ett annat resonemang.

100. De grundas dessutom på olika logik. Kvalificeringen som en tjänst som tillhandahålls av en internetleverantör kan påverka dennes ansvar gentemot användaren av den plattform som internetleverantören driver. Det är lätt att förstå att ju mer kontroll leverantören utövar över den tjänst som tillhandahålls, desto mer ansvar har han. Så är inte fallet när det gäller frågan huruvida leverantören använder ett varumärke i den mening som avses i förordning 2017/1001, eftersom en sådan fråga endast syftar till att skydda varumärkesinnehavarens rättigheter.

V. Förslag till avgörande

101. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att EU-domstolen besvarar tolkningsfrågorna från Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Distriktsdomstolen i Luxemburg, Luxemburg) i mål C-148/21 och från Tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles (Domstolen för frankofona företag i Bryssel, Belgien) i mål C-184/21 på följande sätt. Artikel 9.2, i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2017/1001 av den 14 juni 2017 om EU-varumärken ska tolkas så, att den näringsidkare som driver en försäljningsplattform på nätet inte kan anses använda ett varumärke i ett försäljningserbjudande som publicerats av en tredje man på denna plattform dels på grund av att han på ett enhetligt sätt publicerar både sina egna erbjudanden och erbjudanden från tredje man, utan att göra någon åtskillnad vad gäller deras ursprung vid visningen, genom att låta sin egen logotyp som välrenommerad återförsäljare visas i dessa annonser, både på sin webbplats och i reklamen på tredje mans webbplatser, dels på grund av att han erbjuder utomstående säljare ytterligare tjänster i form av bistånd, lagring och expediering av de varor som läggs ut på dess plattform, och informerar potentiella köpare om att

[50] Dom av den 20 december 2017 (C-434/15, EU:C:2017:981).

[51] Dom av den 10 april 2018 (C-320/16, EU:C:2018:221).

han kommer att ansvara för leveransen av dessa tjänster, under förutsättning att dessa inslag inte leder till att en normalt informerad och skäligen uppmärksam internetanvändare uppfattar det aktuella varumärket som en integrerad del av näringsidkarens reklammeddelande.