# JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
# M. POIARES MADURO
# 22 päivänä syyskuuta 2009[1]

1. Avainsanan näppäilemisestä internetin hakukoneeseen on tullut osa kulttuuriamme, ja sen tulokset saadaan heti. On kohtuullista sanoa, että se, miten hakukone varsinaisesti tarjoaa nämä tulokset, ei pääosin ole suuren yleisön tiedossa. Ihmiset vain olettavat, että jos he kysyvät, tulokset annetaan heille: etsi, niin löydät.[2]

2. Todellisuudessa kunkin hakukoneeseen näppäillyn avainsanan osalta eli siis kunkin syötetyn sanajoukon osalta tarjotaan yleensä kahdentyyppisiä tuloksia: valikoima sivustoja, jotka liittyvät avainsanaan (jäljempänä luonnolliset tulokset), sekä niiden ohella tiettyjen sivustojen mainoksia (jäljempänä mainokset).[3]

3. Luonnolliset tulokset tarjotaan hakukoneen määrittämien objektiivisten kriteerien perusteella, mutta tämä ei päde mainoksiin. Mainoksia tarjotaan, koska mainostajat maksavat siitä, että niiden sivustot esiintyvät vastauksena tiettyihin avainsanoihin; tämä on mahdollista, koska hakukoneen tarjoaja antaa mainostajien valita kyseiset avainsanat.

4. Esillä olevat asiat koskevat avainsanoja, jotka vastaavat rekisteröityjä tavaramerkkejä. Täsmällisemmin sanottuna tavaramerkkien haltijat[4] pyrkivät estämään sen, että mainostajat valitsevat tällaisia avainsanoja. Ne pyrkivät myös estämään sen, että hakukoneiden tarjoajat esittävät mainoksia vastauksena kyseisiin avainsanoihin, koska tämä saattaa johtaa siihen, että kilpailevien tavaroiden tai jopa väärennettyjen tavaroiden sivustoja esitetään yhdessä niiden omien sivustojen luonnollisten tulosten kanssa. Yhteisöjen tuomioistuimelle esitetty kysymys on se, voidaanko tavaramerkkiä vastaavan avainsanan käyttöä sellaisenaan pitää kyseisen tavaramerkin käyttönä, joka edellyttää sen haltijan suostumusta.

1 – Alkuperäinen kieli: englanti.

2 – Matteusta (7:7) mukaillen.

3 – Tällä alaviitteellä ei ole merkitystä suomenkielisen tekstin kannalta.

4 – Käytän sanaa haltijat myös tavaramerkkien haltijoiden myöntämien lisenssien haltijoista; näiden lisenssien mukaan niiden haltijoilla on oikeus käyttää kyseessä olevaa tavaramerkkiä.

5. Vastaus määrittää sen, missä määrin tavaramerkkejä vastaavia avainsanoja voidaan käyttää tavaramerkkien haltijoiden valvonnan ulkopuolella. Toisin sanoen: kun syötetään tavaramerkkiä vastaava avainsana, mitä voidaan antaa ja mitä voidaan löytää verkkoavaruudessa?

8. Aloitan kuvailemalla sitä, miten AdWords toimii – erityisesti sitä, miten se on vuorovaikutuksessa Googlen hakukoneen kanssa –, ja sitä, millaisia oikeudenkäyntejä tällaiset mainosjärjestelmät ovat synnyttäneet tietyissä jäsenvaltioissa. Kuvailen tämän jälkeen lyhyesti kunkin ennakkoratkaisupyynnön taustan ja selitän esitetyt kysymykset. Lopuksi mainitsen esillä olevissa asioissa kyseessä olevat säännökset.

## I Asiaa koskevat tosiseikat ja oikeudelliset seikat

### A *Googlen hakukone, sen mainosjärjestelmä AdWords ja tähän liittyvät oikeudenkäynnit jäsenvaltioissa*

6. Esillä olevissa asioissa yhdistetään Ranskan Cour de cassationin esittämät kolme ennakkoratkaisupyyntöä, jotka kaikki koskevat Googlen mainosjärjestelmää nimeltään AdWords.

9. Google Inc. ja Google France SARL (joko yhdessä tai erikseen Google) antavat internetin käyttäjille vapaan käyttöoikeuden Googlen hakukoneeseen. Kun internetin käyttäjät syöttävät avainsanoja kyseiseen hakukoneeseen, heille esitetään luettelo luonnollisista tuloksista. Nämä luonnolliset tulokset valikoidaan ja asetetaan tärkeysjärjestykseen sen mukaan, miten merkityksellisiä ne ovat avainsanojen kannalta. Tämä tehdään automaattisin algoritmein, jotka ovat hakukoneohjelman taustalla, ja ne soveltavat täysin objektiivisia kriteerejä.

7. Näissä asioissa on kyse sekä yhteisön tavaramerkeistä että ranskalaisista tavaramerkeistä, joten ennakkoratkaisupyynnöissä pyydetään jäsenvaltioiden tavaramerkkilainsäädännön lähentämisestä annetun direktiivin 89/104[5] sekä yhteisön tavaramerkistä annetun asetuksen N:o 40/94 tulkintaa.[6] Tulkintaa pyydetään myös tietoyhteiskunnan palveluista annetusta direktiivistä 2000/31.[7]

10. Googlella on myös mainosjärjestelmä nimeltään AdWords, joka mahdollistaa mainosten esittämisen luonnollisten tulosten ohella vastauksena avainsanoihin. Mai-

5 – Jäsenvaltioiden tavaramerkkilainsäädännön lähentämisestä 21.12.1988 annettu ensimmäinen neuvoston direktiivi 89/104/ETY (EYVL 1989, L 40, s. 1).

6 – Yhteisön tavaramerkistä 20.12.1993 annettu neuvoston asetus (EY) N:o 40/94 (EYVL 1994, L 11, s. 1).

7 – Tietoyhteiskunnan palveluja, erityisesti sähköistä kaupankäyntiä, sisämarkkinoilla koskevista tietyistä oikeudellisista näkökohdista 8.6.2000 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2000/31/EY ("direktiivi sähköisestä kaupankäynnistä") (EYVL L 178, s. 1).

nokset muodostuvat tyypillisesti lyhyestä kaupallisesta viestistä ja linkistä mainostajan sivustolle; ne erotetaan luonnollisista tuloksista siten, että ne esitetään otsakkeen ”lien(s) commercial(aux)” alla joko sivun yläreunassa keltaisella taustalla tai sivun oikeassa reunassa.[8] Googlen tärkeimmillä kilpailijoilla (Microsoft ja Yahoo!) on samankaltaiset mainosjärjestelmät.[9]

11. Google antaa AdWordsin välityksellä mainostajien valita avainsanoja niin, että niiden mainokset esitetään internetin käyttäjille vastauksena kyseisten avainsanojen syöttämiselle Googlen hakukoneeseen.[10] Aina, kun internetin käyttäjä tämän jälkeen napsauttaa mainoksen linkkiä, Google saa korvauksen ennalta sovitun hinnan mukaisesti (price per click, jäljempänä napsautushinta). Niiden mainostajien määrää, jotka voivat valita avainsanan, ei ole rajoitettu, ja jos kaikkia kyseiseen avainsanaan liittyviä mainoksia ei voida esittää samanaikaisesti, ne asetetaan tärkeysjärjestykseen napsautushinnan ja sen mukaan, miten monta kertaa internetin käyttäjät ovat aikaisemmin napsauttaneet mainoksen linkkiä.

8 – Asianosaiset ovat esittäneet asiakirjoja niiden vastakkaisten näkemystensä tueksi, jotka koskevat sitä, erottavatko internetin käyttäjät todella luonnolliset tulokset mainoksista.

9 – Microsoftin ja Yahoo!:n mainosjärjestelmissä mainokset erotellaan luonnollisista tuloksista samalla tavoin, mutta niitä korostetaan eri värillä ja niissä käytetään otsikkoa ”liens sponsorisés”.

10 – Vaikka kolmannen ennakkoratkaisupyynnön ensimmäisessä kysymyksessä mainitaan, että mainostajat ”varaavat” avainsanoja, näyttää tarkoituksenmukaisemmalta käyttää ilmaisua ”valita”, koska yksinoikeutta ei ole.

12. Google on ottanut käyttöön automatisoidun menettelyn avainsanojen valinnalle ja mainosten luomiselle: mainostajat näppäilevät avainsanat, laativat kaupallisen viestin ja syöttävät linkin sivustolleen. Osana automatisoitua menettelyä Google tarjoaa haluttaessa saatavaa tietoa niiden hakujen määrästä sen hakukoneessa, joissa valitut avainsanat sekä niihin liittyvät avainsanat esiintyvät, ja vastaavasta mainostajien määrästä. Mainostajat voivat tämän jälkeen rajata avainsanojen valintaansa maksimoidakseen mainostensa näkyvyyden.

13. Google ylläpitää hakukonettaan sekä muita ilmaisia sovelluksia tuloilla, jotka se saa AdWordsista.

14. AdWordsin kaltaiset mainosjärjestelmät ovat olleet tavaramerkkeihin liittyvien oikeudenkäyntien kohteena useissa jäsenvaltioissa. Kyseessä on ollut tavaramerkkejä vastaavien avainsanojen käytön laillisuus. Google on kiinnittänyt huomiota tiettyihin tuomioihin, joiden mukaan tämä on laillista (joskin eri syistä) ja jotka on annettu Itävallassa, Belgiassa, Saksassa, Italiassa, Alankomaissa ja Yhdistyneessä kuningaskunnassa.

15. Huomautuksissaan asianosaiset mainitsevat vain yhden jäsenvaltion eli Ranskan, jossa tällaisten mainosjärjestelmien laillisuus on asetettu kyseenalaiseksi ja jossa alemmat tuomioistuimet ovat erimielisiä asiasta. Esillä olevassa asiassa kyseessä olevat kolme ennakkoratkaisupyyntöä ovat peräisin Ranskan Cour de cassationista, jota on pyydetty ratkaisemaan tämä kysymys.

B *Ennakkoratkaisupyyntöjen tausta ja esitetyt kysymykset*

16. Google on todennut, että sen epävarmuuden vuoksi, jota kolmeen ennakkoratkaisupyyntöön liittyvät oikeudenkäynnit ovat luoneet sen toiminnan laillisuuden osalta Ranskassa, se on evännyt mainostajilta mahdollisuuden valita tiettyjä kyseessä olevia tavaramerkkejä vastaavia avainsanoja siihen saakka, kunnes yhteisöjen tuomioistuin on vastannut esitettyihin kysymyksiin.

i) Asia C-236/08 (ensimmäinen ennakkoratkaisupyyntö)

17. Ensimmäinen ennakkoratkaisupyyntö perustuu Googlen ja Louis Vuitton Malletier SA:n (jäljempänä LV) väliseen oikeudenkäyntiin. LV on yhteisön tavaramerkin Vuitton ja ranskalaisten kansallisten tavaramerkkien Louis Vuitton ja LV haltija; kaikkien kyseisten merkkien katsotaan olevan laajalti tunnettuja.

18. Kyseisessä oikeudenkäynnissä on osoitettu, että LV:n tavaramerkkien syöttäminen Googlen hakukoneeseen johti sellaisten mainosten esittämiseen, jotka koskivat sivustoja, jotka tarjosivat väärennettyjä versioita LV:n tavaroista. On myös osoitettu, että Google tarjosi mainostajille mahdollisuuden valita tässä tarkoituksessa paitsi LV:n tavaramerkkejä vastaavia avainsanoja myös näitä avainsanoja yhdessä sellaisten ilmaisujen kanssa, jotka osoittivat väärennöstä ja joita olivat esimerkiksi jäljitelmä, toisinto ja jäljennös.[11]

19. Nämä tosiseikat johtivat siihen, että Googlen katsottiin syyllistyneen tavaramerkin loukkaukseen, ja tämä päätös pysytettiin muutoksenhaussa. Tämän jälkeen Google valitti oikeuskysymyksiä koskevilta osin Cour de cassationiin, joka on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle kolme ennakkoratkaisukysymystä.

20. Cour de cassationin esittämä ensimmäinen kysymys koskee mahdollista yhteisön

11 – Edellä kuvatussa avainsanojen valintamenettelyssä mainostajalle oli voitu antaa tietoa hauista, jotka oli tehty Googlen hakukoneessa käyttäen LV:n tavaramerkkejä ja niihin liittyviä avainsanoja, ja tähän jälkimmäiseen mahdollisuuteen sisältyi kyseisten tavaramerkkien käyttö yhdessä väärennöstä osoittavien ilmaisujen kanssa. Tavaramerkkien haltijat väittävät, että tällaisten tietojen tarjoaminen merkitsee itse asiassa sitä, että mainostajille ehdotetaan, että ne valitsevat kyseiset liitännäisilmaisut avainsanoiksi.

ja kansallisten tavaramerkkien loukkausta, joka muodostuu kyseisiä tavaramerkkejä vastaavan avainsanavalikoiman sallimisesta ja väärennettyjä tavaroita tarjoavien sivustojen mainostamisesta; toinen kysymys liittyy tähän asiaan sen erityissuojan osalta, joka maineen omaaville tavaramerkeille myönnetään, ja kolmas kysymys koskee palvelun vastaanottajan antamien tietojen säilytyspalvelua (hosting, jäljempänä säilytys) koskevan vastuusta vapauttamisen mahdollista soveltamista:

”1) Onko [direktiivin 89/104] 5 artiklan 1 kohdan a ja b alakohtaa ja [asetuksen N:o 40/94] 9 artiklan 1 kohdan a ja b alakohtaa tulkittava siten, että maksullisen indeksointipalvelun tarjoaja, joka luovuttaa mainostajien käyttöön avainsanoja, joissa toistetaan tai jäljitellään rekisteröityjä tavaramerkkejä, ja sopii indeksointisopimuksella luovansa ja esittävänsä suotuisalla tavalla näiden avainsanojen perusteella mainoslinkkejä sivustoille, joilla tarjotaan tavaramerkkejä loukkaavia tavaroita, käyttää näitä tavaramerkkejä tavalla, joka tavaramerkkien haltijalla on oikeus kieltää?

2) Jos tavaramerkit ovat laajalti tunnettuja, voiko tavaramerkkien haltija kieltää tällaisen käytön direktiivin 5 artiklan 2 kohdan ja asetuksen 9 artiklan 1 kohdan c alakohdan perusteella?

3) Jos tällainen käyttö ei ole käyttöä, joka tavaramerkin haltijalla on oikeus kieltää direktiivin ja asetuksen perusteella, voidaanko katsoa, että maksullisen indeksointipalvelun tarjoaja suorittaa tietoyhteiskunnan palvelun, joka muodostuu palvelun vastaanottajan toimittamien tietojen tallentamisesta [direktiivin 2000/31] 14 artiklassa tarkoitetulla tavalla, minkä seurauksena palvelun tarjoajan vastuu ei voi syntyä ennen kuin tavaramerkin haltija on ilmoittanut sille, että mainostaja käyttää merkkiä lainvastaisella tavalla?”

ii) Asia C-237/08 (toinen ennakkoratkaisupyyntö)

21. Toinen ennakkoratkaisupyyntö perustuu yhtäältä Googlen ja toisaalta Viaticum SA:n (jäljempänä Viaticum) ja Luteciel SARL:n (jäljempänä Luteciel) väliseen oikeudenkäyntiin. Viaticum ja Luteciel ovat ranskalaisten tavaramerkkien bourse des vols, bourse des voyages ja BDV haltijoita.

22. Kyseisessä oikeudenkäynnissä on osoitettu, että Viaticumin ja Lutecielin tavaramerkkien syöttäminen Googlen hakukoneeseen johti sellaisten mainosten esittämiseen, jotka koskivat sivustoja, joilla tarjottiin samoja tai samankaltaisia tavaroita. On myös osoitettu, että Google tarjosi mainostajille mahdollisuuden valita tässä tarkoituksessa kyseisiä tavaramerkkejä vastaavia avainsanoja. Mainostetuilla sivustoilla myydyt tavarat eivät kuitenkaan – ja tosiseikat eroavat tältä osin ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen tosiseikoista – loukanneet asianomaisia tavaramerkkejä: koko oikeudenkäynnin ajan ne on katsottu kuuluviksi Viaticumin ja Lutecielin kilpailijoille.

23. Tämä tosiseikkoihin liittynyt ero ei kuitenkaan estänyt sitä, että Googlen katsottiin syyllistyneen myös tavaramerkin loukkaukseen, ja muutoksenhaussa sen katsottiin olleen osallinen tavaramerkin loukkaukseen. Tämän jälkeen Google valitti oikeuskysymyksiä koskevilta osin Cour de cassationiin, joka esitti yhteisöjen tuomioistuimelle kaksi ennakkoratkaisukysymystä.

24. Cour de cassationin esittämä ensimmäinen kysymys koskee mahdollista tavaramerkin loukkausta, joka muodostuu kyseisiä tavaramerkkejä vastaavan avainsanavalikoiman sallimisesta sekä samoja tai samankaltaisia tavaroita tarjoavien sivustojen mainostamisesta; toinen kysymys koskee säilytystä koskevan vastuusta vapauttamisen mahdollista soveltamista (ensimmäisen ennakkoratkaisupyynnön kolmannen kysymyksen tavoin):

”1) Onko [direktiivin 89/104] 5 artiklan 1 kohdan a ja b alakohtaa tulkittava siten, että maksullisen indeksointipalvelun tarjoaja, joka luovuttaa mainostajien käyttöön avainsanoja, joissa toistetaan tai jäljitellään rekisteröityjä tavaramerkkejä, ja sopii indeksointisopimuksella luovansa ja esittävänsä suotuisalla tavalla näiden avainsanojen perusteella mainoslinkkejä sivustoille, joilla tarjotaan tavaramerkkirekisteröinnin kattamien tavaroiden kanssa samoja tai samankaltaisia tavaroita, käyttää näitä tavaramerkkejä tavalla, joka tavaramerkkien haltijalla on oikeus kieltää?

2) Jos tällainen käyttö ei ole käyttöä, joka tavaramerkin haltijalla on oikeus kieltää direktiivin tai [asetuksen N:o 40/94] perusteella, voidaanko katsoa, että maksullisen indeksointipalvelun tarjoaja suorittaa tietoyhteiskunnan palvelun, joka muodostuu palvelun vastaanottajan toimittamien tietojen tallentamisesta [direktiivin 2000/31] 14 artiklassa tarkoitetulla tavalla, minkä seurauksena palvelun tarjoajan vastuu ei voi syntyä ennen

kuin tavaramerkin haltija on ilmoittanut sille, että mainostaja käyttää merkkiä lainvastaisella tavalla?"

27. Googlen, Raboinin ja Tigerin katsottiin syyllistyneen tavaramerkin loukkaukseen, ja tämä päätös pysytettiin muutoksenhaussa. Tämän jälkeen Google ja Tiger valittivat erikseen Cour de cassationiin, joka on esittänyt kolme kysymystä yhteisöjen tuomioistuimelle ennakkoratkaisua varten.

iii) Asia C-238/08 (kolmas ennakkoratkaisupyyntö)

25. Kolmannen ennakkoratkaisupyynnön taustalla on yhtäältä Googlen, Raboinin ja Tiger SARL:n (jäljempänä Tiger) ja toisaalta Thonet'n ja Centre national de recherche en relations humaines SARL:n (jäljempänä CNRRH) välinen oikeudenkäynti. CNRRH:lla on hallussaan ranskalaisen tavaramerkin Eurochallenges lisenssi, jonka kyseisen tavaramerkin haltija Thonet on myöntänyt.

28. Cour de cassationin esittämä ensimmäinen kysymys koskee mahdollista tavaramerkin loukkausta, joka muodostuu tavaramerkkiä vastaavan avainsanan valitsemisesta mainostarkoituksessa; toinen kysymys koskee myös mahdollista tavaramerkin loukkausta, joka kuitenkin tällä kertaa muodostuu tämän valinnan sallimisesta sekä samoja tai samankaltaisia tavaroita tarjoavien sivustojen mainostamisesta (toisen ennakkoratkaisupyynnön ensimmäisen kysymyksen tavoin), ja kolmas kysymys koskee säilytystä koskevan vastuusta vapauttamisen mahdollista soveltamista (sekä ensimmäisen että toisen ennakkoratkaisupyynnön viimeisen kysymyksen tavoin):

26. Kyseisessä oikeudenkäynnissä on osoitettu, että sanan Eurochallenges syöttäminen Googlen hakukoneeseen johti sellaisten mainosten esittämiseen, jotka koskivat sivustoja, joilla tarjottiin samoja tai samankaltaisia tavaroita. On myös osoitettu, että Google tarjosi mainostajille mahdollisuuden valita tässä tarkoituksessa tällainen sana avainsanaksi. Toisen ennakkoratkaisupyynnön tavoin kyseisillä sivustoilla tarjotut tavarat eivät loukanneet asianomaista tavaramerkkiä ja ne on katsottu kuuluviksi kilpailijoille.

"1) Onko se, että talouden toimija varaa maksullisella indeksointisopimuksella avainsanan, joka saa aikaan kyseistä sanaa käyttävässä haussa sellaisen linkin esittämisen, jossa ehdotetaan yhteyttä sivustolle, jota kyseinen talouden toimija ylläpitää tarkoituksenaan pitää kaupan tavaroita ja palveluja, ja joka vastaa kolmannen osapuolen rekisteröimää tavaramerkkiä, joka kattaa samat tai samankaltaiset tavarat, tai jossa jäljitellään tätä tavaramerkkiä ilman kyseisen tavaramerkin haltijan lupaa, itsessään

[direktiivin 89/104] 5 artiklassa tälle jälkimmäiselle taatun yksinoikeuden loukkaus?

2) Onko [direktiivin 89/104] 5 artiklan 1 kohdan a ja b alakohtaa tulkittava siten, että maksullisen indeksointipalvelun tarjoaja, joka luovuttaa mainostajien käyttöön avainsanoja, joissa toistetaan tai jäljitellään rekisteröityjä tavaramerkkejä, ja sopii indeksointisopimuksella luovansa ja esittävänsä suotuisalla tavalla näiden avainsanojen perusteella mainoslinkkejä sivustoille, joilla tarjotaan tavaramerkkirekisteröinnin kattamien tavaroiden kanssa samoja tai samankaltaisia tavaroita, käyttää näitä tavaramerkkejä tavalla, joka tavaramerkkien haltijalla on oikeus kieltää?

3) Jos tällainen käyttö ei ole käyttöä, joka tavaramerkin haltijalla on oikeus kieltää direktiivin ja [asetuksen N:o 40/94] perusteella, voidaanko katsoa, että maksullisen indeksointipalvelun tarjoaja suorittaa tietoyhteiskunnan palvelun, joka muodostuu palvelun vastaanottajan toimittamien tietojen tallentamisesta [direktiivin 2000/31] 14 artiklassa tarkoitetulla tavalla, minkä seurauksena palvelun tarjoajan vastuu ei voi syntyä ennen kuin tavaramerkin haltija on ilmoittanut sille, että mainostaja käyttää merkkiä lainvastaisella tavalla?”

C *Asiaa koskevat oikeussäännöt*

29. Direktiivin 89/104 johdanto-osan kuudennessa perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”– – tämä direktiivi ei estä jäsenvaltioita soveltamasta tavaramerkkeihin muita kuin tavaramerkkilainsäädäntönsä säännöksiä, esimerkiksi niiden vilpillistä kilpailua, yksityisoikeudellista vastuuta tai kuluttajansuojaa koskevia säännöksiä”.

30. Kaikissa ennakkoratkaisupyynnöissä mainitaan direktiivin 89/104 5 artiklan 1 kohta, jossa määritellään, mikä muodostaa tavaramerkin loukkauksen:

”Rekisteröidyn tavaramerkin haltijalla on yksinoikeus tavaramerkkiin. Tavaramerkin haltijalla on oikeus kieltää muita ilman hänen suostumustaan käyttämästä elinkeinotoiminnassa:

a) merkkiä, joka on sama kuin tavaramerkki ja samoja tavaroita tai palveluja varten kuin ne tavarat tai palvelut, joita varten tavaramerkki on rekisteröity;

b) merkkiä, joka sen vuoksi, että se on sama tai samankaltainen kuin samoja tai samankaltaisia tavaroita tai palveluja varten oleva tavaramerkki, aiheuttaa yleisön keskuudessa sekaannusvaaran, joka sisältää myös vaaran merkin ja tavaramerkin välisestä mielleyhtymästä."

31. Direktiivin 89/104 5 artiklan 2 kohta koskee erityistä suojaa, joka voidaan myöntää tavaramerkeille, jotka ovat laajalti tunnettuja:

"Jäsenvaltio voi myös säätää, että haltijalla on oikeus kieltää muita ilman hänen suostumustaan elinkeinotoiminnassa käyttämästä merkkiä, joka on sama tai samankaltainen kuin tavaramerkki, vaikka tavarat tai palvelut, joita varten merkki on, eivät ole samankaltaisia kuin ne, joita varten tavaramerkki on rekisteröity, milloin viimeksi mainittu tavaramerkki on laajalti tunnettu tässä jäsenvaltiossa ja merkin aiheeton käyttö merkitsee tavaramerkin erottuvuuden tai maineen epäoikeutettua hyväksi käyttämistä taikka on haitaksi tavaramerkin erottuvuudelle tai maineelle."

32. Direktiivin 89/104 5 artiklan 3 kohdassa täsmennetään esimerkinomaisesti tiettyjä käyttötapoja, jotka voivat muodostaa tavaramerkin loukkauksen:

"Edellä 1 ja 2 kohdassa säädetyin edellytyksin voidaan kieltää muun muassa:

– –

d) merkin käyttäminen liikeasiakirjoissa ja mainonnassa."

33. Asetuksen N:o 40/94 9 artiklan 1 ja 2 kohta vastaavat yhteisön tavaramerkkien osalta direktiivin 89/104 5 artiklaa:

"1. Rekisteröidyn tavaramerkin haltijalla on yksinoikeus tavaramerkkiin. Tavaramerkin haltijalla on oikeus kieltää muita ilman hänen suostumustaan käyttämästä elinkeinotoiminnassa:

a) merkkiä, joka on sama kuin yhteisön tavaramerkki, samoille tavaroille tai palveluille, joille tavaramerkki on rekisteröity;

b) merkkiä, joka sen vuoksi, että se on sama tai samankaltainen kuin yhteisön tavaramerkki, ja sen vuoksi, että merkki ja yhteisön tavaramerkki tarkoittaa samoja tai samankaltaisia tavaroita tai palveluja, aiheuttaa yleisön keskuudessa sekaannusvaaran; sekaannusvaara sisältää myös vaaran merkin ja tavaramerkin välisestä mielleyhtymästä;

c) merkkiä, joka on sama tai samankaltainen kuin yhteisön tavaramerkki, tavaroille tai palveluille, jotka ovat erilaisia kuin ne, joille yhteisön tavaramerkki on rekisteröity, kun se on laajalti tunnettu yhteisössä, ja jos merkin käyttäminen ilman perusteltua syytä merkitsisi yhteisön tavaramerkin erottamiskyvyn tai maineen epäoikeudenmukaista hyväksikäyttöä taikka olisi niille haitaksi.

2. Edellä 1 kohdassa säädetyin edellytyksin voidaan kieltää etenkin:

– –

d) merkin käyttäminen liikeasiakirjoissa ja mainonnassa.”

34. Direktiivin 2000/31 14 artiklassa, joka on myös säännös, joka mainitaan kaikissa ennakkoratkaisupyynnöissä, vahvistetaan säilytystoimintaa koskeva vastuusta vapauttaminen:

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

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

tai

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

– –

3. Tämä artikla ei vaikuta tuomioistuimen tai hallintoviranomaisen mahdollisuuteen vaatia jäsenvaltioiden oikeusjärjestelmän mukaisesti palvelun tarjoajaa lopettamaan tai estämään väärinkäytökset, eikä se myöskään vaikuta jäsenvaltioiden mahdollisuuteen vahvistaa menettelyjä, joita sovelletaan tietojen poistamiseen tai niihin pääsyn estämiseen."

35. Direktiivin 2000/31 2 artiklan a kohdassa määritellään "tietoyhteiskunnan palvelut"

viittaamalla direktiivin 98/34,[12] sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 98/48,[13] 1 artiklan 2 kohtaan ja näin ollen seuraavasti:

"kaikki etäpalveluina sähköisessä muodossa palvelun vastaanottajan henkilökohtaisesta pyynnöstä toimitettavat palvelut, joista tavallisesti maksetaan korvaus".

Direktiivin 98/34 (sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 98/48) 1 artiklan 2 kohta jatkuu seuraavasti:

"Tässä määritelmässä tarkoitetaan:

– 'etäpalvelulla' palvelua, joka toimitetaan siten, että osapuolet eivät ole samanaikaisesti läsnä,

– ilmaisulla 'sähköisessä muodossa' palvelua, joka lähetetään lähetyspaikasta ja vastaanotetaan määränpäässä tietoja

12 – Teknisiä standardeja ja määräyksiä koskevien tietojen toimittamisessa noudatettavasta menettelystä 22.6.1998 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 98/34/EY (EYVL L 204, s. 37).

13 – Teknisiä standardeja ja määräyksiä koskevien tietojen toimittamisessa noudatettavasta menettelystä annetun direktiivin 98/34/EY muuttamisesta 20.7.1998 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 98/48/EY (EYVL L 217, s. 18).

elektronisesti käsittelevien laitteiden (mukaan lukien digitaalinen pakkaaminen) tai tietojen säilytyksen avulla, ja joka lähetetään, siirretään ja vastaanotetaan kokonaan linjoja, radioyhteyttä, optisia tai muita elektromagneettisia välineitä käyttäen,

– 'palvelun vastaanottajan henkilökohtaisesta pyynnöstä toimitettavalla palvelulla' palvelua, joka toimitetaan henkilökohtaisen pyynnön perusteella tapahtuvana tiedonsiirtona."

36. Direktiivin 2000/31 15 artiklassa vahvistetaan, että tietoyhteiskunnan palvelujen tarjoajien ei tarvitse valvoa tietoa, jota ne siirtävät tai tallentavat:

"1. Jäsenvaltiot eivät saa asettaa palvelun tarjoajille 12, 13 ja 14 artiklassa tarkoitettujen palvelujen toimittamisen osalta yleistä velvoitetta valvoa siirtämiään ja tallentamiaan tietoja eivätkä yleistä velvoitetta pyrkiä aktiivisesti saamaan selville laitonta toimintaa osoittavia tosiasioita tai olosuhteita.

2. Jäsenvaltiot voivat asettaa tietoyhteiskunnan palvelun tarjoajille velvoitteita ilmoittaa viipymättä toimivaltaisille viranomaisille kyseisen palvelun vastaanottajien väitetysti toteuttamista, laittomiksi väitetyistä toimista tai antamista väitetysti laittomista tiedoista taikka velvoitteen toimittaa toimivaltaisille viranomaisille näiden pyynnöstä tietoja, joiden avulla on mahdollista tunnistaa ne toimitetun palvelun vastaanottajat, joiden kanssa palvelun tarjoajat ovat tehneet tallentamista koskevan sopimuksen."

37. Direktiivin 2000/31 21 artiklassa säädetään kertomuksista, jotka komission on toimitettava ja jotka koskevat direktiivin täytäntöönpanoa:

"1. Komissio esittää ennen 17 päivää heinäkuuta 2003 ja sen jälkeen joka toinen vuosi Euroopan parlamentille, neuvostolle sekä talous- ja sosiaalikomitealle tämän direktiivin täytäntöönpanoa koskevan kertomuksen, jonka liitteenä on tarvittaessa ehdotuksia direktiivin mukauttamisesta tietoyhteiskunnan palvelujen alan oikeudelliseen, tekniseen ja taloudelliseen kehitykseen ottaen huomioon erityisesti rikosten torjunnan, alaikäisten suojelun, kuluttajansuojan sekä sisämarkkinoiden moitteettoman toiminnan.

2. Tarkasteltaessa tämän direktiivin mukauttamisen tarvetta on kertomuksessa erityisesti

käsiteltävä tarvetta antaa ehdotuksia, jotka koskevat hyperlinkkien ja paikannusvälinepalvelujen tarjoajien vastuuta, ilmoitus- ja poistamismenettelyjä ('notice and take down') sekä sisällön poistamisen jälkeisen vastuun osoittamista. Kertomuksessa on myös käsiteltävä tarvetta säätää lisäedellytyksistä 12 ja 13 artiklassa säädetylle vastuusta vapauttamiselle tekniikan kehityksen mukaisesti sekä mahdollisuutta soveltaa sisämarkkinoita koskevia periaatteita sähköpostitse tapahtuvaan ei-toivottuun kaupalliseen viestintään."

## II Asian tarkastelu

38. Kaikissa kolmessa Cour de cassationin esittämässä ennakkoratkaisupyynnössä esitetään sama peruskysymys: onko se, että Google käyttää AdWords-mainosjärjestelmässään tavaramerkkejä vastaavia avainsanoja, kyseisten tavaramerkkien loukkaus? Vaikka ennakkoratkaisupyynnöt on muotoiltu jossain määrin eri tavoin, niissä kaikissa tiedustellaan direktiivin 89/104 5 artiklan 1 kohdan tulkintaa, minkä vuoksi niiden aiheena on peruskysymys siitä, onko Google syyllistynyt tavaramerkin loukkaukseen.

39. Google on väittänyt, että kyseessä ei ole asianomaisten tavaramerkkien käyttö, koska avainsanat eivät ole niitä esittävä merkki. Jos tämä väite hyväksyttäisiin, kysymys tavaramerkin loukkauksesta ei edes nousisi esiin. Esillä olevat asiat eivät kuitenkaan ole läheskään näin yksinkertaisia. On totta, että avainsanat eivät vastaa merkkien klassista käsitettä: niitä ei liitetä tavaroihin, eivätkä yritykset harjoita liiketoimintaansa niiden alla. Nämä tekijät eivät kuitenkaan ole ratkaisevia sen määrittämiseksi, onko tietty toiminta tulkittava tavaramerkin käytöksi.

40. Kyseessä on tavaramerkin käyttö, kun tavaramerkki esitetään, ja erityisesti, kun käytetään merkkiä, joka on sama tai samankaltainen kuin kyseinen tavaramerkki.[14] Tavaramerkkejä vastaavien avainsanojen voidaan myös katsoa esittävän kyseisiä merkkejä. Näin ollen esillä olevissa asioissa, ja toisin kuin Google väittää, kyseessä on asianomaisten tavaramerkkien käyttö. Kysymys siitä, liittyykö tämä käyttö tavaroihin tai palveluihin, minkä Google myös kiistää, sisältää lisäksi sen, että arvioidaan yhtä niistä edellytyksistä,

14 – Tämä pätee sekä direktiivin 89/104 5 artiklan 1 että 2 kohtaan; ks. asia C-533/06, O2 Holdings ja O2 (UK), tuomio 12.6.2008 (Kok., s. I-4231, 34 kohta). Se liittyy kuitenkin tavallisemmin 5 artiklan 2 kohtaan, koska kolmannet osapuolet yrittävät usein hyötyä tavaramerkeistä, jotka ovat laajalti tunnettuja, käyttämällä merkkejä, jotka eivät ole samoja kuin tavaramerkki mutta jotka muistuttavat sitä suuresti, mikä johtaa analyysiin siitä, luovatko tällaiset esitykset "yleisön mieltämän yhteyden" tavaramerkin kanssa (ks. asia C-487/07, L'Oréal ym., tuomio 18.6.2009 (Kok., s. I-5185, 36 kohta).

joiden perusteella voidaan katsoa, että tämä käyttö on tavaramerkin loukkaus.[15]

41. Ennen näiden edellytysten tutkimista on käsiteltävä eroja Cour de cassationin esittämien kolmen ennakkoratkaisupyynnön välillä, jotta voidaan ymmärtää kyseessä olevien mahdollisten loukkausten puitteet.

42. Kaikki kolme ennakkoratkaisupyyntöä koskevat sitä, että Google käyttää tavaramerkkejä vastaavia avainsanoja; kolmannessa pyynnössä kuitenkin laajennetaan kysymystä tavaramerkin loukkauksesta mainostajien taholta tapahtuvaan käyttöön ja pohditaan, onko se, että nämä valitsevat kyseisiä avainsanoja, itsessään tällainen loukkaus (ensimmäinen kysymys). Jätän tämän kysymyksen viimeiseksi, jolloin vastaus, joka liittyy Googlen taholta tapahtuvaan käyttöön, on jo selvä.

43. Ensimmäisessä ennakkoratkaisupyynnössä on tiettyjä erityispiirteitä. Se koskee ensinnäkin sekä kansallisia tavaramerkkejä että yhteisön tavaramerkkejä, minkä vuoksi siinä pyydetään paitsi direktiivin 89/104 myös asetuksen N:o 40/94 tulkintaa (ensimmäinen kysymys). Tavaramerkin loukkauksen toteamisedellytykset ovat kuitenkin samat sekä direktiivissä 89/104 että asetuksessa N:o 40/94, joten vastaukseni siihen, onko kyseessä tällainen loukkaus, on sama kummassakin tapauksessa.[16]

44. Ensimmäisessä ennakkoratkaisupyynnössä pyydetään myös kummankin säädöksen niiden säännösten tulkintaa, jotka koskevat tavaramerkkejä, jotka ovat laajalti tunnettuja (toinen kysymys). Käsitellessäni kysymystä loukkauksesta tarkastelen näin ollen myös näille tavaramerkeille myönnettyä erityistä suojaa.

45. Lopuksi ensimmäinen ennakkoratkaisupyyntö on kiinnittänyt erityistä huomiota, koska sen tosiseikkoihin kuuluu ”väärennössivustoja” eli sivustoja, jotka tarjoavat väärennettyjä tavaroita (ensimmäinen kysymys). Muut ennakkoratkaisukysymykset koskevat sen sijaan ”kilpailevia sivustoja”, jotka tarjoavat tavaroita, jotka eivät loukkaa tavaramerkkejä. Tavaramerkkien haltijat, joita Ranska tukee, ovat maininneet erikseen mahdollisuuden

15 – Toisin sanoen sitä, onko kysymyksessä käyttö sellaisten tavaroiden tai palvelujen yhteydessä, jotka ovat samoja tai samankaltaisia kuin tavaramerkin kattamat tavarat tai palvelut; tämä on kysymys, jota analysoidaan myöhemmin tässä ratkaisuehdotuksessa. Tavaramerkin esittäminen on edellytys käytön olemassaololle, mutta tästä esittämisestä ei kuitenkaan väistämättä seuraa, että mikään edellytyksistä, joiden perusteella voidaan katsoa, että tällainen käyttö on loukkaus, täyttyy, ja erityisesti, että siihen liittyy kuluttajien sekaannusvaara tavaran tai palvelun alkuperästä (ks. em. asia L'Oréal ym., tuomion 37 kohta ja direktiivin 89/104 4 artiklassa tarkoitetun ”sekaannusvaaran” osalta asia C-251/95, SABEL, tuomio 11.11.1997, Kok., s. I-6191, 26 kohta).

16 – Samansuuntaisuus direktiivin 89/104 5 artiklan ja asetuksen N:o 40/94 9 artiklan välillä on selvä (ks. em. asia SABEL, tuomion 13 kohta). Näin ollen kummankin säännöksen osalta noudatetaan samaa tulkintaa, kun on kyse tavaramerkin loukkauksen toteamisedellytyksistä (ks. asia C-62/08, UDV, tuomio 19.2.2009, Kok., s. I-1279, 42 kohta).

siitä, että väärennössivustot hyödyntävät AdWordsia – kuten ensimmäisen ennakkoratkaisupyynnön tosiseikkojen mukaan tapahtui – osuvana esimerkkinä siitä, miksi niiden pitäisi valvoa avainsanoja. Tämä saa minut tekemään tiettyjä tärkeitä erotteluja.

46. Kaikki ennakkoratkaisupyynnöt koskevat tavaramerkkejä vastaavien avainsanojen käyttöä AdWordsissa; tällainen käyttö, kuten edellä kuvailtiin, muodostuu kyseisten sanojen valitsemisesta siten, että mainoksia esitetään hakutuloksina, ja mainosten esittämisestä yhdessä niiden luonnollisten tulosten kanssa, jotka kyseisille sanoille tarjotaan. Ennakkoratkaisupyynnöt eivät koske tavaramerkkien käyttöä mainostajien sivustoilla eivätkä kyseisillä sivustoilla myytävissä tavaroissa eivätkä myöskään tavaramerkkien käyttöä esitettyjen mainosten teksteissä.[17] Kaikki nämä ovat itsenäisiä käyttötapoja, joista kunkin laillisuus on arvioitava erikseen.[18] Esillä olevissa asioissa yhteisöjen tuomioistuinta pyydetään yksinomaan arvioimaan avainsanojen käytön laillisuutta.

47. Tavaramerkkien haltijat väittävät, että vaikka kyseiset käyttötavat ovat erillisiä, ne liittyvät kaikki jotenkin toisiinsa: jos esimerkiksi kyseessä on loukkaava käyttö sivustolla, joka myy väärennettyjä tavaroita, tämä vaikuttaa mihin tahansa kyseiseen sivustoon liittyvään käyttöön AdWordsissa, ja tavaramerkin haltija voi estää sen. Muutoin AdWords nimittäin helpottaisi kyseisellä sivustolla tehtyä loukkausta. Vaikka tavaramerkkien haltijoiden vaatimus ei rajoitu kyseiseen esimerkkiin, kuten tullaan havaitsemaan, se esiintyy näkyvästi niiden päättelyssä sen vaikuttavuuden vuoksi.

48. Tavaramerkkien haltijoiden tavoitteena on tavaramerkin suojan laajentaminen sellaisiin osapuolen toteuttamiin toimiin, jotka voivat myötävaikuttaa siihen, että kolmas osapuoli loukkaa tavaramerkkiä. Yhdysvalloissa tämä tunnetaan tavanomaisesti nimellä ”myötävaikuttava loukkaus” (contributory infringement),[19] mutta minun tietääkseni

17 – Ennakkoratkaisupyynnön perusteella ei ole selvää, käytetäänkö mainoksissa itsessään tavaramerkkiä, kuten LV väittää, mutta minkä Google kiistää.

18 – Koska Cour de cassation mainitsee ”contrefaçons” (väärennökset), oletus on, että ensimmäisessä ennakkoratkaisupyynnössä mainitut sivustot myyvät tavaramerkkiä loukkaavia tavaroita.

19 – Vahingonkärsijän vastuu tavaramerkin loukkauksesta, johon tämä on myötävaikuttanut (contributory liability), on kehittynyt tuomioistuinten tulkintana vuoden 1946 Lanham Actistä, jolla säädellään tavaramerkkeihin liittyviä riitoja Yhdysvalloissa, vaikka siitä ei nimenomaisesti säädetä kyseisessä laissa. Ks. 15 U.S.C. § 1051 ja tätä seuraavat kohdat; Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories Inc., 456 US 844, 853-55 (1982). Asiassa Ives annetun tuomion jälkeen kanteet, joissa on kyse myötävaikuttavasta loukkauksesta, on nostettu Lanham Actin pikemminkin kuin siviilioikeudellista vastuuta koskevien säännösten (tort law) nojalla. Ks. esim. asia Optimum Technologies, Inc. v. Henkel Consumer Adhesives, Inc., 496 F.3d 1231, 1245 (11th Cir. 2007); asia Rolex Watch USA v. Meece, 158 F.3d 816 (5th Cir. 1998) ja asia Hard Rock Cafe Licensing Corp. v. Concessions Services, Inc., 955 F.2d 1143 (7th Cir. 1992). Jopa Yhdysvalloissa vahingonkärsijän vastuun tavaramerkin loukkauksesta, johon tämä on myötävaikuttanut, katsotaan kuitenkin liittyvän läheisesti yleisiin vastuusäännöksiin. Kuten Yhdysvaltain Supreme Court totesi em. asiassa Ives antamassaan tuomiossa, tuomioistuimet ”ovat käsitelleet tavaramerkin loukkausta siviilioikeudellisen oikeudenloukkauksen lajina, ja ne ovat etsineet vastauksia common law’sta pohtiessaan vastuun asianmukaisia rajoja” (asia Hard Rock Cafe, 955 F.2d, sivulla 1148). Tämän seurauksena tuomioistuimet tekevät eron myötävaikuttavan loukkauksen ja suoran loukkauksen välillä ja vaativat yleisesti todisteita siviilioikeudellista vastuuta koskevista säännöksistä poimituista lisätekijöistä, kun on kyse vahingonkärsijän vastuusta vahingosta, johon tämä on myötävaikuttanut. Ks. esim. asia Optimum Technologies, 496 F.3d sivulla 1245.

tällaista näkökulmaa ei esiinny tavaramerkin suojassa Euroopassa, missä asiaa lähestytään tavallisesti vastuusäännöksin.[20]

49. Tavaramerkkien haltijat kehottavat yhteisöjen tuomioistuinta menemään vielä pidemmälle ja itse asiassa katsomaan, että pelkkä mahdollisuus siitä, että kolmas osapuoli saattaa käyttää järjestelmää – esillä olevissa asioissa AdWordsia – tavaramerkin loukkaamiseksi, on itsessään loukkaus tällaisen järjestelmän taholta. Tavaramerkkien haltijat eivät nimittäin halua rajoittaa vaatimuksiaan tapauksiin, joissa väärennettyjä tavaroita tarjoavat sivustot todella käyttävät AdWordsia, vaan ne haluavat tehdä tästä mahdollisuudesta lopun heti alkuunsa estämällä sen, että Google voi antaa niiden tavaramerkkejä vastaavia avainsanoja valittaviksi. Ne päättelevät sitä, että AdWordsia voidaan käyttää kyseisten väärennössivustojen markkinointiin, koskevasta vaarasta yleisen oikeuden estää niiden tavaramerkkien käyttö avainsanoina. Jos loukkaus perustuu kyseisten avainsanojen käyttämiseen AdWordsissa, kuten tavaramerkkien haltijat väittävät, tilanne on tämä siitä riippumatta, loukkaavatko sivustot, jotka esitetään vastauksena, todellisuudessa tavaramerkkiä.

50. Yhteisöjen tuomioistuinta pyydetään näin ollen laajentamaan merkittävästi tavaramerkin suojan soveltamisalaa. Teen selväksi, miksi sen ei mielestäni pitäisi tehdä näin. Tarkasteluni, joka koskee sitä, onko kyseessä tavaramerkin loukkaus, osoittaa ensinnäkin, että tavaramerkkejä vastaavien avainsanojen käyttö AdWordsissa ei sellaisenaan ole tavaramerkin loukkaus, ja toiseksi, että yhteyttä muihin (mahdollisesti loukkaaviin) käyttötapoihin lähestytään paremmin vastuusäännösten kautta, kuten tähän saakka on tehty.

51. Minun on näin ollen käsiteltävä kaikissa ennakkoratkaisupyynnöissä siinä tapauksessa, että tavaramerkkiä ei katsota loukatun, esitettyä lisäkysymystä: kattaako direktiivissä 2000/31 säädetty säilytystä koskeva vastuusta vapauttaminen Googlen toiminnan AdWordsissa?

52. Asianosaiset ovat erimielisiä kyseisen lisäkysymyksen merkityksestä, koska jotkut tulkitsevat sen koskevan mahdollista Googleen kohdistuvaa vapautusta tavaramerkin loukkauksista. Cour de cassation on kuitenkin nimenomaisesti muotoillut kyseisen kysymyksen siten, että se esitetään ainoastaan, jos tällaista loukkausta ei katsota tapahtuneen. Mielestäni Cour de cassation on tehnyt näin, koska jos tavaramerkkien haltijat voivat estää AdWordsia käyttämästä niiden tavaramerkkejä vastaavia avainsanoja, sen käsiteltävänä oleva asia on käytännöllisesti katsoen ratkaistu. Jos yhteisöjen tuomioistuin kuitenkin katsoo, että tavaramerkin loukkausta ei

20 – Ks. Ranskan ja Benelux-maiden osalta Pirlot de Corbion, S., ”Référencement et droit des marques: quand les mots clés suscitent toutes les convoitises” teoksessa *Google et les nouveaux services en ligne*, toim. A. Strowel ja J.-P. Triaille, Larcier, 2009, s. 143.

ole tapahtunut ja AdWordsin sallitaan jatkaa nykyisen tavanomaisen toimintatapansa (modus operandi) mukaisesti, on yhä tarpeen pohtia kysymystä Googlen mahdollisesta vastuusta AdWordsin sisällöstä. Tämän vuoksi säilytystä koskeva vastuusta vapauttaminen voi olla merkityksellinen esillä olevissa asioissa.

53. Etenen näin ollen esillä olevissa asioissa siten, että käsittelen ensiksi (A) peruskysymystä siitä, merkitseekö se, että Google käyttää AdWordsissa tavaramerkkejä vastaavia avainsanoja, tavaramerkin loukkausta, sen jälkeen (B) lisäkysymystä siitä, sovelletaanko säilytystä koskevaa vastuusta vapauttamista Googlen AdWordsissa esittämään sisältöön, ja lopuksi (C) jäljellä olevaa kysymystä siitä, merkitseekö se, että mainostajat käyttävät AdWordsissa tavaramerkkejä vastaavia avainsanoja, tavaramerkin loukkausta.

A *Ensimmäisen ja toisen ennakkoratkaisupyynnön ensimmäinen kysymys ja ensimmäisen ja kolmannen ennakkoratkaisupyynnön toinen kysymys: voivatko tavaramerkkien haltijat estää sen, että Google käyttää AdWordsissa niiden tavaramerkkejä vastaavia avainsanoja*

54. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan on olemassa neljä kumulatiivista edellytystä, joiden on täytyttävä, jotta tavaramerkkien haltijat voivat estää tavaramerkkiensä käytön direktiivin 89/104 5 artiklan 1 kohdan perusteella (tai toisin sanoen jotta kyseessä on tavaramerkin loukkaus). Yksi näistä edellytyksistä täyttyy selvästi, koska on ilmeistä, että tavaramerkkien haltijat eivät anna suostumustaan siihen, että Google käyttää AdWordsissa niiden tavaramerkkejä vastaavia avainsanoja. On näin ollen vielä selvitettävä, täyttyvätkö kolme jäljellä olevaa edellytystä, eli i) tapahtuuko tämä käyttö elinkeinotoiminnan yhteydessä, ii) liittyykö se tavaroihin tai palveluihin, jotka ovat samoja tai samankaltaisia kuin tavarat tai palvelut, jotka tavaramerkit kattavat, ja iii) vaikuttaako se tai voiko se vaikuttaa tavaramerkin keskeiseen tehtävään, joka on tavaroiden tai palvelujen alkuperän takaaminen kuluttajille, yleisölle aiheutuvan sekaannusvaaran vuoksi.[21]

55. Ennen kuin tutkin kyseisiä edellytyksiä, minun on oltava täsmällisempi Googlen käyttötapojen määrän osalta. Tähän asti olen viitannut tavaramerkkejä vastaavien avainsanojen käyttöön AdWordsissa. Tosiasiassa ei ole kyse yhdestä vaan kahdesta käyttötavasta: a) kun Google sallii mainostajien valita

21 – Ks. em. asia O2 Holdings ja O2 (UK), tuomion 57 kohta; asia C-206/01, Arsenal Football Club, tuomio 12.11.2002 (Kok., s. I-10273); asia C-245/02, Anheuser-Busch, tuomio 16.11.2004 (Kok., s. I-10989); asia C-120/04, Medion, tuomio 6.10.2005 (Kok., s. I-8551); asia C-48/05, Adam Opel, tuomio 25.1.2007 (Kok., s. I-1017) ja asia C-17/06, Céline, tuomio 11.9.2007 (Kok., s. I-7041). Kyseiset tapaukset koskivat sekä direktiivin 89/104 5 artiklan 1 kohdan a alakohtaa (käyttö, johon liittyivät samanlaiset tavarat) että b alakohtaa (käyttö, johon liittyivät samankaltaiset tavarat), mikä osoittaa, että näitä edellytyksiä sovelletaan kummankin säännöksen yhteydessä.

avainsanat niin,[22] että nämä avainsanat sisältävien hakujen tuloksina esitetään niiden sivustoja koskevia mainoksia (tämä on käyttötapa, joka kuuluu jossain määrin olennaisesti AdWordsin toimintaan), ja b) kun Google esittää nämä mainokset yhdessä vastauksena kyseisiin avainsanoihin esitettyjen luonnollisten tulosten kanssa. Tutkin tämän vuoksi erikseen sitä, täyttääkö kumpikin käyttötapa edellä mainitut edellytykset.

56. Nämä kaksi käyttötapaa liittyvät läheisesti elleivät jopa erottamattomasti toisiinsa: se, että tiettyjen avainsanojen valinta sallitaan, mahdollistaa mainosten esittämisen välittömänä vastauksena kyseisiin avainsanoihin. Tästä yhteydestä huolimatta kyseessä ovat eri käyttötavat. Ne tapahtuvat eri aikoina: käyttö a), kun mainostajat ryhtyvät avainsanojen valintaprosessiin, ja käyttö b), kun internetin käyttäjille esitetään heidän hakujensa tulokset. Näillä käyttötavoilla on eri kohteet: kun on kyse käytöstä a), kohteena ovat mainostajat, jotka haluavat käyttää AdWordsia; kun on kyse käytöstä b), kohteena ovat internetin käyttäjät, jotka käyttävät Googlea hakukoneena. Ne koskevat lopuksi eri tavaroita tai palveluja: käyttö a) koskee Googlen omaa palvelua AdWordsia, ja käyttö b) koskee mainostetuilla sivustoilla tarjottuja tavaroita ja palveluja.

57. Kahden eri käyttötavan olemassaolo ilmenee esitetyistä kysymyksistä, vaikka niitä ei erotellakaan selvästi. Cour de cassationin esittämissä kysymyksissä, joissa tarkoitetaan Googlea, mainitaan ”maksullisen indeksointipalvelun tarjoaja, joka luovuttaa mainostajien käyttöön avainsanoja, joissa toistetaan tai jäljitellään rekisteröityjä tavaramerkkejä, *ja* sopii indeksointisopimuksella luovansa ja esittävänsä suotuisalla tavalla näiden avainsanojen perusteella mainoslinkkejä sivustoille” (kursivointi tässä).

58. Jos näyttää siltä, että nämä kaksi käyttötapaa sulautuvat yhdeksi käytöksi, tämä johtuu mielestäni siitä, että tavaramerkkien haltijoiden todellisena aikomuksena on osoittaa jonkin tyyppinen ”myötävaikuttava loukkaus”. Kuten edellä todettiin, esillä olevat asiat edellyttävät sitä, että yhteisöjen tuomioistuin päättää, pitäisikö tavaramerkin suojaa laajentaa tällä tavoin. Tätä seikkaa käsitellään yksityiskohtaisemmin jäljempänä d osassa, jossa analysoin sitä, onko Googlen mahdollinen myötävaikutus AdWordsin kautta tavaramerkin loukkauksiin, joihin kolmannet osapuolet syyllistyvät, itsessään tavaramerkin loukkaus. Toistaiseksi en kuitenkaan poikkea yhteisöjen

22 – Googlen valintamenettely sallii mainostajien näppäillä avainsanat, jotka ne haluavat valita. Siinä tarjotaan halutaessa tietoja kyseisiä avainsanoja tai niihin liittyviä avainsanoja käyttävistä hauista Googlen hakukoneessa. Tavaramerkkien haltijoiden näkökulmasta tämä merkitsee sen ehdottamista, että mainostajat valikoivat avainsanoihin liittyviä avainsanoja, joita haetaan usein (ks. edellä alaviite 11). Koska esitetyt kysymykset keskittyvät siihen, että tavaramerkkejä vastaavia avainsanoja voidaan valita, viittaan käyttöön – siitä riippumatta, valitsivatko mainostajat avainsanat itsenäisesti vai ”ehdottiko” AdWords niitä – siten, että siinä annetaan mainostajien valita avainsanat.

tuomioistuimen vakiintuneesta oikeuskäytännöstä vaan analysoin kumpaakin kyseessä olevaa käyttötapaa erikseen.

a) Googlen taholta tapahtuva käyttö, joka muodostuu siitä, että mainostajien annetaan valita tavaramerkkejä vastaavia avainsanoja siten, että mainostajien sivustoja koskevia mainoksia esitetään nämä avainsanat sisältävien hakujen tuloksina

59. Käsittelen myös jäljempänä c osassa sitä, vaikuttaako se, että Google käyttää tavaramerkkejä vastaavia avainsanoja, tavaramerkin muihin tehtäviin sen keskeisen tehtävän, joka on tavaroiden ja palvelujen alkuperän takaaminen, ohella. Kuten on mainittu, kyseinen keskeiseen tehtävään vaikuttaminen on yksi tavaramerkin loukkauksen edellytyksistä. Yhteisöjen tuomioistuin on kuitenkin lisännyt kyseiseen vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön, että jopa tilanteessa, jossa tämä edellytys ei täyty, kyseessä voi olla loukkaus direktiivin 89/104 5 artiklan 1 kohdan a alakohdan perusteella, jos tavaramerkin muihin tehtäviin vaikutetaan.[23] Kuten selitän jatkossa, näillä muilla tehtävillä on tietty rooli sekä direktiivin 5 artiklan 1 kohdan että sen 2 kohdan perusteella myönnettävässä suojassa. Näin ollen ensimmäisen ennakkoratkaisupyynnön toista kysymystä, joka koskee tavaramerkeille, jotka ovat laajalti tunnettuja, myönnettyä erityistä suojaa, käsitellään myös tässä osassa.

i) Tapahtuuko käyttö elinkeinotoiminnassa

60. Tämän tavaramerkin loukkausta koskevan edellytyksen taustalla oleva tavoite on eron tekeminen yksityiskäytön ja ”kaupallisen toiminnan, jolla pyritään taloudelliseen hyötyyn”,[24] välillä, ja tavaramerkin haltija voi estää yksinomaan jälkimmäisen.

61. Kun Google tarjoaa mainostajille AdWordsin välityksellä mahdollisuutta valita tavaramerkkejä vastaavia avainsanoja, se tekee näin osana kaupallista toimintaa: vaikka se saa korvauksen vasta myöhemmin (kun internetin käyttäjät napsauttavat mainoksen linkkiä), Googlen palvelu tarjotaan ”taloudellisen hyödyn saamiseksi”. Tämän edellytyksen on näin ollen katsottava täyttyvän.

23 – Ks. em. asia L’Oréal ym., tuomion 63 kohta, jossa yhteisöjen tuomioistuin toteaa, että näihin muihin tehtäviin kuuluu tavaroiden ja palvelujen laadun takaaminen sekä tiedottamiseen, investointiin tai mainontaan liittyvät tehtävät. Näiden muiden tehtävien olemassaolo mainittiin jo tietyissä, alaviitteessä 21 mainituissa tapauksissa, jotka koskivat direktiivin 89/104 5 artiklan 1 kohdan a alakohtaa (käyttö, johon liittyvät samanlaiset tavarat), mutta niitä ei nimetty niissä (ks. julkisasiamies Mengozzin asiassa L’Oréal ym. antaman ratkaisuehdotuksen 50 kohta). Tällaisia muita tehtäviä ei kuitenkaan esiinny tapauksissa, jotka koskevat 5 artiklan 1 kohdan b alakohtaa (käyttö, johon liittyvät samankaltaiset tavarat). Näin ollen, kun yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut kummallekin säännökselle yhteisen testin, se on rajoittanut tavaramerkin loukkauksen toteamista koskevat edellytykset keskeiseen tehtävään eli tavaroiden ja palvelujen alkuperän takaamiseen.

24 – Ks. em asia Céline, tuomion 17 kohta ja em. asia Arsenal Football Club, tuomion 40 kohta.

ii) Tapahtuuko käyttö sellaisia tavaroita tai palveluja varten, jotka ovat samoja tai samankaltaisia kuin tavaramerkkien kattamat tavarat tai palvelut

62. Kun tässä tavaramerkin loukkausta koskevassa edellytyksessä käytetään laajaa muotoilua ”käyttö tavaroita tai palveluja varten”, siinä tarkoitetaan, että tavaramerkin haltija voi estää monia käyttötapoja pelkän tavaramerkin tavaraan liittämisen ohella. Tämän edellytyksen täyttämiseksi käytön on kuitenkin liityttävä tavaroihin tai palveluihin, jotka ovat samoja tai samankaltaisia kuin tavaramerkin kattamat tavarat tai palvelut.

63. Direktiivin 89/104 5 artiklan 3 kohdassa esitetään ei-tyhjentävä luettelo käyttötyypeistä, jotka voidaan estää. Tavaramerkkien haltijat ovat tulkinneet sen, että käyttö ”mainonnassa” on sisällytetty 5 artiklan 3 kohtaan, vahvistuksena sille, että ne voivat estää kaiken toiminnan, jonka Google toteuttaa AdWordsin välityksellä. Google väittää, että sen toiminta ei vastaa käyttöä ”mainonnassa”, koska avainsanat eivät ole osa itse mainoksia.

64. Mielestäni direktiivin 89/104 5 artiklan 3 kohdan viittauksen käyttöön ”mainonnassa” on tarkoitettu kattavan perinteisemmän tilanteen, jossa tavaramerkkiä käytetään itse mainoksessa. Tällainen käyttö voi todellakin tapahtua AdWordsin välityksellä esitetyissä mainoksissa, mutta kuten edellä mainittiin, yhteisöjen tuomioistuimelta ei tiedustella tällaisten mainosten teksteistä; siltä tiedustellaan yksinomaan avainsanoista. Kaiken Googlen AdWordsissa toteuttaman toiminnan keinotekoinen luokittelu käytöksi ”mainonnassa” hämärtäisi sen, mitä tällä edellytyksellä pyritään määrittämään: mihin tavaroihin tai palveluihin kukin käyttö liittyy. Tämä saattaa luonnollisesti vaihdella käytön mukaan.

65. Merkitystä on näin ollen käsitteellä ”käyttö tavaroita tai palveluja varten” – on muistettava, että käyttö ”mainonnassa” on vain esimerkki tästä. Yhteisöjen tuomioistuin on asianmukaisesti kiinnittänyt huomiota tähän käsitteeseen selventämällä, että tämä edellytys täyttyy, kun tavaramerkkiä vastaavaa merkkiä käytetään ”siten, että [luodaan] yhteys merkin ja myytyjen tavaroiden tai tarjottujen palvelujen välille”.[25]

66. Olennainen tekijä on näin ollen yhteys, joka muodostetaan tavaramerkin ja myytävän tavaran tai palvelun välillä. Käyttöä

25 – Ks. em. asia Céline, tuomion 23 kohta (tässä mennään yksinkertaisempaa tapausta, jossa merkki vain liitetään tavaroihin, pidemmälle). Asiassa Céline antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että tavaramerkkiä vastaavan merkin käyttö yrityksen osoittamiseksi oli käyttöä tavaroita tai palveluja varten vain, kun se liittyi niiden myyntiin, eikä silloin, kun sitä käytettiin yksinomaan yrityksen osoittamiseen.

mainonnassa koskevassa perinteisessä esimerkissä yhteys muodostetaan tavaramerkin ja suurelle yleisölle myytävän tavaran tai palvelun välillä. Tämä tapahtuu esimerkiksi silloin, kun mainostaja myy tavaran kyseistä tavaramerkkiä käyttäen. Kyse ei ole tästä Googlen taholta tapahtuvan käytön osalta, joka muodostuu siitä, että mainostajien annetaan valita avainsanoja siten, että niiden mainokset esitetään hakutuloksina. Tässä tilanteessa suurelle yleisölle ei myydä tavaraa tai palvelua. Käyttö rajoittuu valintamenettelyyn, joka on AdWordsin sisäinen ja joka koskee yksinomaan Googlea ja mainostajia.[26] Myytävä palvelu, johon tavaramerkkejä vastaavien avainsanojen käyttö liittyy, on siis Googlen oma palvelu AdWords.

67. On ilmeistä, että AdWords ei ole sama tai samankaltainen kuin tavaramerkkien kattamat tavarat tai palvelut. Tämä edellytys ei näin ollen täyty, minkä vuoksi käyttö, joka muodostuu siitä, että mainostajien annetaan valita AdWordsissa tavaramerkkejä vastaavia avainsanoja, jotta niiden sivustoja koskevia mainoksia esitetään tuloksina nämä avainsanat sisältäviin hakuihin, ei ole tavaramerkin loukkaus.

26 – Ennakkoratkaisupyyntö on ymmärrettävä tässä mielessä, kun siinä todetaan, että ”indeksointipalvelun tarjoaja ei käytä tavaramerkin toistavaa tai sitä jäljittelevää avainsanaa omien tavaroidensa ja palvelujensa osoittamiseen”: mitään yhteyttä suureen yleisöön ei muodosteta.

iii) Vaikuttaako käyttö tai voiko se vaikuttaa tavaramerkin keskeiseen tehtävään yleisölle aiheutuvan sekaannusvaaran vuoksi

68. Se, että Googlen taholta tapahtuva tavaramerkkien käyttö AdWordsin toiminnan edellyttämiin tarkoituksiin ei tapahdu sellaisia tavaroita tai palveluja varten, jotka ovat samoja tai samankaltaisia kuin kyseisten tavaramerkkien kattamat tavarat tai palvelut, minkä vuoksi se ei täytä edeltävää edellytystä, merkitsee sitä, että tämän edellytyksen yksityiskohtainen analyysi on tarpeetonta. On ennen kaikkea pidettävä mielessä, että tavaramerkin loukkausta koskevat neljä edellytystä ovat kumulatiivisia.[27]

69. Lisäksi tapauksissa, joissa edeltävä edellytys ei täyty, on epätodennäköistä, että tavaramerkin keskeiseen tehtävään – tavaroiden tai palvelujen alkuperän takaamiseen kuluttajille – on vaikutettu tai että on olemassa vaara siitä, että siihen vaikutetaan.[28] Koska Googlen taholta tapahtuvaan käyttöön ei liity samoja tai samankaltaisia tavaroita tai palveluja, sekaannusvaaraa kuluttajien keskuudessa ei periaatteessa voi olla. Tämä edellytys ei siis missään tapauksessa myöskään täyty.

27 – Ks. edellä alaviite 21.

28 – Ks. em. asia O2 Holdings ja O2 (UK), tuomion 57–59 kohta.

b) Käyttö, joka muodostuu siitä, että Google esittää mainoksia AdWordsin välityksellä luonnollisten tulosten yhteydessä vastauksena tavaramerkkejä vastaaviin avainsanoihin

70. Ennen sen analysoimista, onko tämä tavaramerkin loukkaus, on tärkeää käsitellä esillä olevien tapausten mahdollisia seurauksia Googlen hakukoneelle.

71. Kyseessä on mainosten esittäminen, joka perustuu tavaramerkkejä vastaavien avainsanojen käyttöön. Siinä tapauksessa, että tällaisen käytön katsotaan oleva tavaramerkin loukkaus, saattaa kuitenkin olla vaikeaa estää se, että tätä päätöstä sovelletaan myös avainsanojen käyttöön Googlen hakukoneessa. Siitä huolimatta, että esitetyt kysymykset rajoittuvat AdWordsiin, asianosaisten lausunnot osoittavat, että ne ovat tietoisia tästä vaarasta. Ne ovat oikeassa siinä, että Googlen tämänhetkinen toiminta AdWordsin välityksellä on erotettavissa sen toiminnasta hakukoneen tarjoajana. Tästä huolimatta sen, miten Google itse käyttää kyseisiä avainsanoja hakukoneessaan, ja sen välillä, miten se käyttää niitä AdWordsissa, ei ole huomattavaa eroa: se esittää tietyn sisällön vastauksena kyseisiin avainsanoihin.

72. On totta, että liittämällä mainoksiin tiettyjä avainsanoja AdWordsin välityksellä Google tarjoaa mainostajien sivustoille lisää näkyvyyttä. On kuitenkin muistettava, että tällaiset sivustot ja jopa väärennössivustot voivat esiintyä samojen avainsanojen luonnollisten tulosten joukossa (riippuen niiden merkityksellisyydestä, jonka hakukoneen automaattiset algoritmit saavat selville). On myös muistettava, että mainoksilla ja luonnollisilla tuloksilla on hyvin samankaltaiset ominaisuudet: lyhyt viesti ja linkki. Näin ollen mainosten ja luonnollisten tulosten välinen ero ei ole niinkään siinä, tarjoavatko mainokset näkyvyyttä, vaan pikemminkin siinä, miten paljon tällaista näkyvyyttä ne tarjoavat. Kun on kyse tavaramerkin suojasta, minulla on epäilyjä siitä, onko tämä ero näkyvyyden määrässä riittävä tekemään eron yhtäältä mainosten esittämisen ja toisaalta luonnollisten tulosten esittämisen, jotka tarjotaan molemmat vastauksena samoihin avainsanoihin, välillä.

73. Mielestäni on erityisen vaikeaa puolustaa tällaista erottelua yhteisöjen tuomioistuimen tavaramerkin loukkauksen toteamista koskevien edellytysten, jotka eivät riipu toiminnan tyypistä, kunhan se tapahtuu elinkeinotoiminnan yhteydessä, perusteella. Haluaisin kuitenkin tehdä selväksi, että tämä vaikeus ei itsessään riitä sulkemaan pois tavaramerkin loukkauksen mahdollisuutta esillä olevissa tapauksissa. Kiinnitän yhteisöjen tuomioistuimen huomion tähän seikkaan korostaakseni esillä olevien tapausten mahdollisia seurauksia. Jos yhteisöjen tuomioistuin katsoo, että se, että Google esittää sivustoja vastauksena tiettyihin avainsanoihin, on tavaramerkin loukkaus, voi olla vaikeaa tehdä ero tilanteen,

joka käsittää AdWordsin, ja tilanteen, joka käsittää Googlen hakukoneen, välillä.

74. Näiden kahden tilanteen välistä ”päällekkäisyyttä” koskevan vaaran osoittamiseksi vertaan edellytysten, jotka koskevat tavaramerkin loukkausta, soveltamista mainosten ja luonnollisten tulosten esittämiseen vastauksena tavaramerkkejä vastaaviin avainsanoihin. Tämä vertailu osoittautuu lisäksi hyödylliseksi arvioitaessa tähän liittyvää sekaannusvaaraa.

77. Vertailun vuoksi totean, että luonnollisten tulosten esittäminen vastauksena samoihin avainsanoihin tehdään myös ”taloudellisen hyödyn” tarkoituksessa. Luonnollisia tuloksia ei tarjota hyväntekeväisyytenä; ne tarjotaan, koska AdWords toimii samassa asiayhteydessä tarjoamalla tietyille sivustoille lisänäkyvyyttä, kuten edellä mainittiin. Tämän näkyvyyden arvo riippuu internetin käyttäjien hakukoneen käytöstä. Vaikka Google ei saa suoraan mitään tästä käytöstä, se on luonnollisesti niiden tulojen perustana, jotka Google saa AdWordsista ja jotka puolestaan mahdollistavat sen, että se voi rahoittaa hakukonettaan. Näin ollen luonnollisten tulosten esittäminen Googlen hakukoneessa täyttää myös tämän edellytyksen.

i) Tapahtuuko käyttö elinkeinotoiminnassa

75. Kuten edellä mainittiin, tämä edellytys täyttyy, kun käyttö tapahtuu ”kaupallisena toimintana, jolla pyritään taloudelliseen hyötyyn”.[29]

76. Tilanne on tämä, kun on kyse Googlen taholta tapahtuvasta mainosten esittämisestä: kun internetin käyttäjät napsauttavat kyseisten mainosten linkkejä, mainostajat maksavat tämän. Tämän edellytyksen on näin ollen katsottava täyttyvän.

ii) Tapahtuuko käyttö sellaisia tavaroita tai palveluja varten, jotka ovat samoja tai samankaltaisia kuin tavaramerkkien kattamat tavarat tai palvelut

78. Kuten on huomautettu, tämä edellytys riippuu yhteyden luomisesta tavaramerkin käytön ja myytyjen tavaroiden tai tarjottujen palvelujen välille.[30]

79. Tätä Google tekee AdWordsin avulla: esittämällä mainoksia vastauksena tavaramerkkejä

29 – Ks. edellä alaviite 24.

30 – Ks. edellä alaviite 25.

vastaaviin avainsanoihin se luo yhteyden näiden avainsanojen ja mainostettujen sivustojen välille, mukaan lukien kyseisten sivustojen kautta myydyt tavarat tai palvelut. Vaikka avainsanat eivät esiinny itse mainoksissa, tämä käyttö kuuluu direktiivin 89/104 5 artiklan 3 kohdan d alakohdassa mainitun käsitteen käyttö ”mainonnassa” soveltamisalaan: tavaramerkin ja mainostettujen tavaroiden tai palvelujen välille luodaan yhteys. Asianomaiset sivustot myyvät tavaroita, jotka ovat samoja tai samankaltaisia kuin tavaramerkin kattamat tavarat (väärennökset mukaan lukien). Tämän edellytyksen on näin ollen katsottava täyttyvän.

iii) Vaikuttaako tai voiko käyttö vaikuttaa tavaramerkin keskeiseen tehtävään yleisölle aiheutuvan sekaannusvaaran vuoksi

80. Tämä sama yhteys luodaan myös tavaramerkkejä vastaavien avainsanojen ja luonnolliset tulokset esittävien sivustojen välille. Voitaisiin väittää, että yhteys on erilainen, koska mainokset ja luonnolliset tulokset esitetään eri tavalla. Tilanne ei kuitenkaan ole tämä: molemmat muodostuvat lyhyestä viestistä ja linkistä sivustolle. AdWords jäljittelee tarkoituksella Googlen hakukonetta, koska hakukoneen tehtävä on nimenomaan linkin luominen avainsanojen ja sivustojen välille.

81. Voidaan myös väittää, että koska Google ei saa mitään luonnollisten tulosten esittämisestä tai koska sivuston omistajat eivät vaikuta mukana olevan lyhyen viestin sisältöön, kyseessä ei ole direktiivin 89/104 5 artiklan 3 kohdan d alakohdassa tarkoitettu käyttö ”mainonnassa”. Tätä kysymystä ei tarvitse tarkastella:[31] avainsanojen ja luonnollisina tuloksina esitettyjen sivustojen kautta myytävien tavaroiden tai palvelujen välille luodaan yhteys, ja tämä riittää siihen, että luonnollisten tulosten esittäminen täyttää tämän edellytyksen.

82. Kuten edellä mainittiin, tähän edellytykseen liittyy sen arvioiminen, onko olemassa vaara siitä, että yleisölle aiheutuu sekaannusta tavaroiden tai palvelujen alkuperästä.[32]

83. On hyödyllistä muistuttaa, että yhteisöjen tuomioistuimelta tiedustellaan yksinomaan tavaramerkkejä vastaavien avainsanojen käytöstä; siltä ei tiedustella tavaramerkkien

31 – Eli kuuluvatko Googlen hakukoneen ilmaiset ja automaattiset kaupalliset viestit 5 artiklan 3 kohdan d alakohdan soveltamisalaan, vai edellyttääkö tämä AdWordsin kaltaista maksullista palvelua.

32 – Ks. edellä alaviite 28.

käytöstä mainoksissa eikä mainostettujen sivustojen kautta myytävissä tavaroissa. Kolmannen osapuolen kumpikin edellä mainittu käyttö saattaa aiheuttaa sekaannusta ja muodostaa itsessään loukkauksen. Tämä vaikuttaisi kuitenkin Googlen taholta tapahtuvaan avainsanojen käyttöön yksinomaan siinä tapauksessa, että ”myötävaikuttavaa loukkausta” koskeva doktriini hyväksyttäisiin: Googlen taholta tapahtuva käyttö olisi loukkaus yksinomaan sen perusteella, että se myötävaikuttaa siihen, että kolmas osapuoli loukkaa tavaramerkkiä. Kuten edellä mainittiin, tätä mahdollisuutta analysoidaan erikseen. Toistaiseksi keskityn mahdolliseen sekaannusvaaraan, joka perustuu avainsanojen käyttöön mainosten esittämiseksi, kyseisten mainosten luonteesta ja kyseessä olevista sivustoista riippumatta.

84. Kuten on huomautettu, mainosten esittäminen luo yhteyden tavaramerkkiä vastaavien avainsanojen ja mainostettujen sivustojen välille. Kysymys on siitä, voiko tämä yhteys saada kuluttajat sekoittamaan kyseisillä sivustoilla tarjottujen tavaroiden tai palvelujen alkuperän – jopa ennen kuin kyseisten sivustojen sisältö otetaan huomioon. Jotta tällainen vaara olisi olemassa, kuluttajien olisi oletettava pelkästään siitä, että tietyt sivustot yhdistetään tällaisiin avainsanoihin, että kyseiset sivustot ovat peräisin ”samasta yrityksestä [kuin tavaramerkkien haltijat] tai mahdollisesti taloudellisesti keskenään sidoksissa olevista yrityksistä”.[33]

33 – Em. asia O2 Holdings ja O2 (UK), tuomion 59 kohta; asia C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, tuomio 22.6.1999 (Kok., s. I-3819, 17 kohta) ja asia Medion, tuomion 26 kohta.

85. Tällaisen sekaannusvaaran olemassaoloa ei voida olettaa; se on ehdottomasti näytettävä toteen.[34] Kysymys sekaannusvaaran olemassaolosta jätetään yleensä ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen tutkittavaksi, koska se saattaa sisältää monitahoisia, tosiseikkoja koskevia arviointeja.[35] Asianosaiset ovat kuitenkin kehottaneet yhteisöjen tuomioistuinta määrittämään tämän vaaran eli sen, ”sekoittavatko” internetin käyttäjät mainokset luonnollisiin tuloksiin.[36] Vaikka yhteisöjen tuomioistuin olisi sellaisessa asemassa, että se voisi tehdä tämän nimenomaisen tosiseikkoja koskevan arvioinnin, tästä ei mielestäni olisi mitään hyötyä – kysymys itsessään on nimittäin harhaanjohtava.

86. Vertailemalla mainoksia luonnollisiin tuloksiin asianosaiset olettavat, että luonnolliset tulokset edustavat ”oikeita” tuloksia – eli toisin sanoen, että ne ovat peräisin tavaramerkkien haltijoilta itseltään. Näin ei kuitenkaan ole; esitettyjen mainosten tavoin luonnolliset tulokset ovat vain tietoa, jonka Google esittää vastauksena avainsanoihin tiettyjen kriteerien perusteella. Monet esitetyt sivustot eivät itse asiassa vastaa tavaramerkkien haltijoiden sivustoja.

87. Asianosaisiin vaikuttaa uskomus, johon viittasin alussa: jos internetin käyttäjä etsii

34 – Ks. asia C-425/98, Marca Mode, tuomio 22.6.2000 (Kok., s. I-4861, 33 ja 39 kohta).

35 – Yhteisöjen tuomioistuin voi kuitenkin tehdä itse tämän arvioinnin tilanteissa, joissa tosiseikat ovat riittävän selvät tiettyjen erojen osoittamiseen (ks. em. asia Céline, tuomion 21 ja 25–28 kohta), tai ratkaista asian suoraan (ks. em. asia Arsenal Football Club, tuomion 56–60 kohta). Esillä olevissa asioissa on kyseessä tällainen tilanne, kuten jäljempänä havaitaan.

36 – Ks. edellä alaviite 8.

jotain Googlen hakukoneesta, hän löytää sen. Tähän ei kuitenkaan voida uskoa sokeasti; internetin käyttäjät ovat tietoisia siitä, että heidän on tutkittava tarkasti hakujensa luonnolliset tulokset, joita on usein paljon. He saattavat odottaa, että jotkin kyseisistä luonnollisista tuloksista vastaavat tavaramerkin haltijan (tai tämän kanssa taloudellisesti sidoksissa olevan yrityksen) sivustoa, mutta he eivät todellakaan usko, että tämä pätee kaikkiin luonnollisiin tuloksiin. Lisäksi joskus he eivät ehkä edes etsi tavaramerkkien haltijan sivustoa vaan muita tavaramerkillä myytyihin tavaroihin tai palveluihin liittyviä sivustoja; he eivät esimerkiksi ehkä ole kiinnostuneita ostamaan tavaramerkin haltijan tavaroita vaan haluavat yksinomaan päästä tutustumaan sivustoihin, joilla kyseisiä tavaroita arvostellaan.

88. Googlen hakukone auttaa luonnollisten tulosten tarkastelemisessa asettamalla ne järjestykseen sen mukaan, miten merkityksellisiä ne ovat avainsanojen kannalta. Internetin käyttäjät saattavat toivoa sen arvion perusteella, minkä he tekevät Googlen hakukoneen laadusta, että tavaramerkin haltijan sivusto tai mikä tahansa sivusto, jota he etsivät, kuuluu merkityksellisimpien tulosten joukkoon. Tämä on kuitenkin pelkkä toive. Vahvistus saadaan vasta, kun sivuston linkki ilmestyy esiin, sen kuvaus luetaan ja linkkiä napsautetaan. Usein toive ei täyty, ja internetin käyttäjien on palattava takaisin ja yritettävä seuraavaa merkityksellistä tulosta.

89. Googlen hakukone on pelkkä työkalu; linkki, jonka se luo tavaramerkkejä vastaavien avainsanojen ja luonnollisten tulosten ja jopa merkityksellisimpien sivustojen välille, ei riitä sekaannuksen aiheuttamiseen. Internetin käyttäjät päättävät sivustoilla tarjottujen tavaroiden tai palvelujen alkuperän yksinomaan lukemalla niiden kuvauksen ja, viime kädessä, poistumalla Googlesta ja siirtymällä kyseisille sivustoille.

90. Internetin käyttäjät käsittelevät mainoksia samalla tavoin kuin he käsittelevät luonnollisia tuloksia. AdWordsia käyttämällä mainostajat yrittävät itse asiassa saada mainoksensa hyötymään samasta toiveesta, että ne ovat haun kannalta merkityksellisiä – tämän vuoksi ne esitetään yhdessä merkityksellisimpien luonnollisten tulosten kanssa. Jopa olettaen, että internetin käyttäjät etsivät tavaramerkin haltijan sivustoa, sekaannusvaaraa ei kuitenkaan ole, jos myös ne esitetään mainosten kanssa.

91. Luonnollisten tulosten tavoin internetin käyttäjät arvioivat mainostettujen tavaroiden tai palvelujen alkuperän, yksinomaan mainoksen sisällön perusteella ja vierailemalla mainostetuilla sivustoilla; yksikään arviointi ei perustu yksinomaan siihen, että mainokset esitetään vastauksena tavaramerkkejä vastaaviin avainsanoihin. Sekaannusvaara riippuu mainoksesta ja mainostetuista sivustoista, mutta kuten on jo huomautettu, yhteisöjen tuomioistuimelta ei tiedustella kolmansien

osapuolten tällaisista käyttötavoista; siltä tiedustellaan yksinomaan tavaramerkkejä vastaavien avainsanojen Googlen taholta tapahtuvasta käytöstä.

92. On näin ollen katsottava, että mainosten esittäminen tai luonnollisten tulosten esittäminen vastauksena tavaramerkkejä vastaaviin avainsanoihin ei johda tavaroiden ja palvelujen alkuperää koskevaan sekaannusvaaraan. Näin ollen AdWords tai Googlen hakukone ei vaikuta eikä ole vaarassa vaikuttaa tavaramerkin keskeiseen tehtävään.

c) Vaikuttaako Googlen taholta tapahtuva, tavaramerkkejä muistuttavien avainsanojen käyttö tavaramerkin muihin tehtäviin kuin sen keskeiseen tehtävään erityisesti, kun tällä tavalla käytetään tavaramerkkien erottamiskykyä tai mainetta epäoikeutetusti hyväksi tai tällainen käyttö on haitallista niille

93. Tavaramerkit, jotka ovat laajalti tunnettuja, nauttivat erityistä suojaa tavallisiin tavaramerkkeihin verrattuina: niiden käyttö voidaan estää paitsi samoja tai samankaltaisia tavaroita tai palveluja varten myös mitä tahansa tavaraa tai palvelua varten, kun tällä tavalla käytetään tavaramerkin erottamiskykyä tai mainetta epäoikeutetusti hyväksi tai tällainen käyttö on haitallista niille.[37]

94. Yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut, että tämä laajalti tunnetuille tavaramerkeille annettava erityinen suoja ei riipu siitä, että kuluttajien keskuudessa olisi sekaannusvaara.[38] Tällainen erityinen suoja ei näin ollen riipu tavaramerkin keskeisestä tehtävästä eli tavaroiden tai palvelujen alkuperän takaamisesta, ja se liittyy tavaramerkin muihin tehtäviin.

95. Yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että tällaisiin tavaramerkin muihin tehtäviin kuuluvat tavaroiden tai palvelujen laadun takaaminen ja tiedottamiseen, investointiin tai mainontaan liittyvät tehtävät; se on myös todennut, että tällaiset tehtävät eivät rajoitu laajalti tunnettuihin tavaramerkkeihin vaan niitä sovelletaan kaikkiin tavaramerkkeihin.[39]

37 – Ks. em. asia L'Oréal ym., tuomion 34 kohta; em. asia Marca Mode, tuomion 36 kohta; asia C-408/01, Adidas Salomon ja Adidas Benelux, tuomio 23.10.2003 (Kok., s. I-12537, 27 kohta) ja asia C-102/07, adidas ja adidas Benelux, tuomio 10.4.2008 (Kok., s. I-2439, 40 kohta). Ks. myös direktiivin 89/104 4 artiklan 4 kohdan a alakohdan osalta asia C-252/07, Intel Corporation, tuomio 27.11.2008 (Kok., s. I-8787, 26 kohta).

38 – Em. asia L'Oréal ym., tuomion 50 kohta. Vaikka yhteisöjen tuomioistuin on katsonut näin vain epäoikeutetun hyväksikäytön osalta, tätä päätelmää on myös sovellettava tavaramerkin erottamiskyvylle tai maineelle aiheutuvan haitan tapauksessa.

39 – Ks. em. asia L'Oréal ym., tuomion 63 ja 64 kohta.

96. Yhteisöjen tuomioistuin antoi kaksi merkittävää selvennystä tässä yhteydessä. Ensinnäkin se vahvisti, että sen ohella, että tavaramerkeillä pyritään estämään kuluttajien johtaminen harhaan, niillä myös edistetään innovaatioita ja kaupallisia investointeja. Tavaramerkki suojaa investointia, jonka tavaramerkkien haltija on tehnyt siihen yhdistettyyn tavaraan tai palveluun, ja luo näin tehdessään taloudellisia kannustimia uusille innovaatioille ja investoinneille. Yhteisöjen tuomioistuimen mainitsemat tavaramerkin muut tehtävät liittyvät tähän innovaatioiden ja investointien edistämiseen.

97. Toisen selvennyksen osalta yhteisöjen tuomioistuin määritteli liukuvan asteikon innovaatioiden ja investointien suojelemiseksi. Tällaista asteikkoa ei ole olemassa kuluttajien harhaanjohtamisen estämisen osalta: kun sekaannusvaara on olemassa, tavaramerkkiä loukataan aina.[40] Muutoin kuin sekaannusvaaran osalta edellytykset loukkauksen toteamiseksi vaihtelevat.

98. Asteikon huipulla on direktiivin 89/104 5 artiklan 2 kohdan perusteella myönnetty erityinen suoja laajalti tunnetuille tavaramerkeille. ”Tavaramerkin haltijan tämän tavaramerkin imagon luomiseksi ja säilyttämiseksi suorittamat markkinointitoimenpiteet” mahdollistavat sen, että tämä voi estää monia mielleyhtymiä: negatiivisista mielleyhtymistä, jotka saattavat vahingoittaa tavaramerkin mainetta tai erottamiskykyä, positiivisiin mielleyhtymiin, jotka hyötyvät haltijan investoinnista.[41]

99. Asteikon keskellä on direktiivin 89/104 5 artiklan 1 kohdan a alakohdassa myönnetty suoja sellaisten tavaroiden tai palvelujen osalta, jotka ovat samoja kuin tavaramerkillä varustetut tavarat tai palvelut. Yhteisöjen tuomioistuin totesi samanlaisten tavaroiden tai palvelujen osalta, että tavaramerkkien haltija voi estää käyttötavat, jotka vaikuttavat tehtäviin, joita ovat ”asianomaisten tavaroiden tai palvelujen laadun takaaminen sekä tiedottamiseen, investointiin ja mainontaan liittyvät tehtävät”.[42]

100. Asteikon pohjalla on direktiivin 89/104 5 artiklan 1 kohdan b alakohdan perusteella myönnetty suoja sellaisten tavaroiden tai palvelujen osalta, jotka ovat samankaltaisia kuin tavaramerkillä varustetut tavarat tai palvelut. Yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että tämä suoja ei ole sama kuin 5 artiklan 1 kohdan a alakohdan perusteella myönnetty suoja: koska kyseessä on pelkästään tavaroiden tai palvelujen samankaltaisuus, ”sekaannusvaara on erityisedellytys suojan antamiselle”.[43] Tavaramerkin muihin

40 – Ks. edellä alaviite 23.

41 – Ks. em. asia L’Oréal ym., tuomion 50 kohta.

42 – Ks. edellä alaviite 39.

43 – Ks. em. asia L’Oréal ym., tuomion 59 kohta.

tehtäviin voidaan näin ollen vaikuttaa vain hyvin erityisissä tapauksissa, joita yhteisöjen tuomioistuin ei ole vielä määritellyt.

101. Kaikki nämä suojan tyypit – niiden asemasta liukuvalla asteikolla riippumatta – liittyvät innovaatioiden ja investointien edistämiseen. Mielleyhtymät, jotka voidaan estää, vaihtelevat sen mukaan, mitä pidetään oikeutettuna innovaatioiden ja investointien valossa: enemmän suojaa tavaramerkeille, jotka ovat laajalti tunnettuja, kuin tavallisille tavaramerkeille, ja enemmän suojaa samanlaisten tavaroiden tai palvelujen osalta kuin samankaltaisten tavaroiden tai palvelujen osalta.[44]

102. Siitä riippumatta, mitä suojaa innovaatioille ja investoinneille annetaan, tämä suoja ei kuitenkaan ole milloinkaan absoluuttinen. Se on aina saatettava tasapainoon muiden intressien kanssa samalla tavoin kuin itse tavaramerkin suoja on saatettava tasapainoon muiden intressien kanssa. Mielestäni esillä olevat tapaukset edellyttävät tällaista tasapainoon saattamista sananvapauden ja elinkeinotoiminnan vapauden osalta.[45]

103. Nämä vapaudet ovat erityisen tärkeitä tässä yhteydessä, koska innovaatioiden ja investointien edistäminen edellyttää myös kilpailua ja ideoiden, sanojen ja merkkien avointa käyttöoikeutta. Tämä edistäminen on aina sellaisen tasapainottamisen tulos, joka on tehty yksityisten hyvien muodossa olevien kannustimien, jotka annetaan niille, jotka haluavat innovoida ja investoida, sekä innovaatioiden ja investointien tukemisen ja ylläpitämisen edellyttämien hyvien julkisen luonteen välillä. Tämä tasapainottaminen on tavaramerkin suojan ytimessä. Näin ollen vaikka tavaramerkkioikeudet liitetään tavaramerkin haltijan intresseihin, niitä ei voida pitää klassisina omistusoikeuksina, joiden ansiosta tavaramerkin haltija voi sulkea pois minkä tahansa muun käytön.[46] Tiettyjen ilmaisujen ja merkkien, jotka ovat ominaisuuksiltaan julkisia hyviä, muuttaminen yksityisiksi hyviksi perustuu lainsäädäntöön ja rajoittuu oikeutettuihin etuihin, joita lainsäädännössä pidetään suojelun arvoisina. Tämän vuoksi tavaramerkkien haltija voi estää vain tietyt käyttötavat, kun taas monet muut on hyväksyttävä.[47]

104. Yksi käyttötavoista, jotka on hyväksyttävä, on käyttö puhtaasti kuvaileviin tarkoituksiin. Yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että tavaramerkkien haltija ei voi estää tavaramerkin käyttöä tavaroiden tai palvelujen ominaisuuksien kuvailemiseen, jos tässä yhteydessä ilmaistaan selvästi kyseessä olevien tavaroiden tai palvelujen alkuperä.[48] Näin todetessaan yhteisöjen tuomioistuin teki selväksi, että käytöllä puhtaasti kuvai-

44 – Ks. em. asia Arsenal Football Club, tuomion 54 kohta: ”Tavaramerkkien haltija ei [voi estää sellaisen merkin käyttöä], joka on sama kuin tavaramerkki ja niitä samoja tavaroita tai palveluja varten, joita varten tavaramerkki on rekisteröity, jos tästä käytöstä ei voi aiheutua vahinkoa niille intresseille, joita tavaramerkkien haltijalla on tavaramerkkien haltijan ominaisuudessa, kun otetaan huomioon tavaramerkin tehtävät.”

45 – Yhteisöjen tuomioistuin on tarkastellut näitä yleistä etua koskevia tavoitteita tavaramerkkien asiayhteyden ulkopuolella asiassa C-71/02, Karner, tuomio 25.3.2004 (Kok., s. I-3025, 50 kohta) ja yhdistetyissä asioissa C-20/00 ja C-64/00, Booker Aquaculture ja Hydro Seafood, tuomio 10.7.2003 (Kok., s. I-7411, 68 kohta).

46 – Ks. em. asia Arsenal Football Club, tuomion 51–54 kohta.

47 – Erityisesti käyttötavat, jotka eivät täytä tavaramerkin loukkausta koskevia edellytyksiä, jotka esitetään yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä (ks. edellä alaviite 21).

48 – Asia C-2/00, Hölterhoff, tuomio 14.5.2002 (Kok., s. I-4187, 16 ja 17 kohta).

leviin tarkoituksiin ”ei loukata mitään niistä intresseistä, joita [direktiivin 89/104 5 artiklan 1 kohdalla] on tarkoitus suojata”;[49] tämä sisältää määritelmällisesti tavaramerkin tehtävät, jotka liittyvät innovaatioihin ja investointeihin.[50] Näin ollen käyttö puhtaasti kuvaileviin tarkoituksiin on sallittua myös tilanteessa, jossa on kyse laajalti tunnetuista tavaramerkeistä.[51]

105. Toinen tällainen tilanne on vertaileva mainonta, joka määritellään direktiivissä 84/450[52] ja jossa yritykset voivat käyttää merkkejä, jotka ovat samanlaisia kuin kilpailijoiden tavaramerkit, tavaroidensa ja palvelujensa vertailemiseksi.[53] Jo luonteeltaan vertailevat mainokset hyödyntävät tavaramerkkien haltijoiden aikaisempia innovaatioita ja investointeja kilpailevien tavaroiden myynnin edistämiseksi. Se, että tämä sallitaan, osoittaa elinkeinovapauden, joka stimuloi kilpailua ja hyödyttää kuluttajia, tärkeyttä.[54] Näin ollen edes laajalti tunnettujen tavaramerkkien edustamat investoinnit eivät ole immuuneja tällaiselle mainonnalle.[55]

106. Esillä olevissa asioissa pohditaan sitä, pitääkö sananvapaudella ja elinkeinovapaudella olla myös etusija tavaramerkkien haltijoiden intresseihin nähden Googlen käyttämien, tällaisia tavaramerkkejä vastaavien avainsanojen käyttötapojen yhteydessä. Kyseiset käyttötavat eivät ole puhtaasti kuvailevia;[56] ne eivät myöskään ole vertailevaa mainontaa. Tällaisten tilanteiden kanssa verrattavissa olevalla tavalla AdWords kuitenkin luo yhteyden tavaramerkkiin, jotta kuluttajat saavat tietoa, johon ei liity sekaannusvaaraa. Se tekee näin sekä välillisesti, kun se sallii avainsanojen valinnan, että suoraan, kun se esittää mainoksia.

49 – Em. asia Arsenal Football Club, tuomion 54 kohta.

50 – Yhteisöjen tuomioistuin olisi voinut soveltaa direktiivin 89/104 6 artiklan 1 kohdan b alakohtaa käyttöön, jolla oli puhtaasti kuvaileva tarkoitus ja josta oli kyse asiassa Hölterhoff annetussa tuomiossa. Kyseisen säännöksen mukaan tavaramerkkien haltija ei voi estää kolmatta osapuolta käyttämästä elinkeinotoiminnassa muun muassa ”tavaroiden tai palvelujen lajia, laatua, määrää [ja] käyttötarkoitusta – – osoittavia merkintöjä” edellyttäen, että kolmas osapuoli käyttää niitä ”hyvää liiketapaa noudattaen” (ks. julkisasiamies Jacobsin asiassa Hölterhoff antaman ratkaisuehdotuksen 47–61 kohta). Sen sijaan yhteisöjen tuomioistuin päätti sulkea tämän käytön ehdottomasti tavaramerkin suojan ulkopuolelle.

51 – Em. asia L’Oréal ym., tuomion 62 kohta. Siitä huolimatta, että kyseisessä tapauksessa oli kyse maineen omaavista tavaramerkeistä, yhteisöjen tuomioistuin erotteli sen tosiseikkojen perusteella asiassa Hölterhoff tapahtuneesta puhtaasti kuvailevasta käytöstä.

52 – Harhaanjohtavaa mainontaa koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten lähentämisestä 10.9.1984 annettu neuvoston direktiivi 84/450/ETY (EYVL L 250, s. 17), sellaisena kuin se on muutettuna 6.10.1997 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 97/55/EY (EYVL L 290, s. 18) ja 11.5.2005 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2005/29/EY (EUVL L 149, s. 22).

53 – Ks. em. asia O2 Holdings ja O2 (UK), tuomion 41–45 kohta.

54 – Ks. em. asia O2 Holdings ja O2 (UK), tuomion 38–40 kohta ja em. asia L’Oréal ym., tuomion 68 kohta.

55 – Vertailevan mainonnan sinällään ei katsota olevan epäoikeutettua hyväksikäyttöä direktiivin 84/450 3 artiklan f kohdan perusteella. Asiassa L’Oréal ym. annetussa tuomiossa jäljitelmien, jotka kuuluvat direktiivin 3 artiklan g kohdan soveltamisalaan, olemassaolo oli edellytyksenä sille, että yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että tällainen epäoikeutettu hyväksikäyttö oli olemassa.

56 – Googlen taholta tapahtuvalla käytöllä, jossa mainostajien annetaan valita tavaramerkkejä vastaavia avainsanoja, on jotain samankaltaisuutta puhtaasti kuvaileviin käyttötapoihin: kun Google tarjoaa tällaisen mahdollisuuden, se kuvailee, miten sen AdWords-palvelu toimii, kun kyseiset avainsanat syötetään sen hakukoneeseen. Asiassa Hölterhoff annetussa tuomiossa kuvailuun käytettävä tavaratyyppi oli sama (tavaramerkillä varustettu jalokiven hionta, jota käytettiin toisen kuvailemiseen), mutta tästä ei ole kyse tässä asiassa (moniin tavaroihin ja palveluihin liitettyjä tavaramerkkejä käytetään kuvailemaan, miten Googlen mainosjärjestelmä toimii). Tämä osoittaa, että käyttö on enemmän kuin puhtaasti kuvailevaa: se tarjoaa mahdollisuuden saada mainosnäkyvyyttä hakukoneen yhteydessä.

107. Googlen käyttämät, tavaramerkkejä vastaavien avainsanojen käyttötavat eivät riipu tavaramerkin käytöstä esitetyissä mainoksissa ja AdWordsissa mainostetuilla sivustoilla; ne rajoittuvat kyseisen tiedon välittämiseen kuluttajalle. Google tekee tämän tavalla, jonka voidaan sanoa puuttuvan vielä vähemmän tavaramerkkien haltijoiden intresseihin kuin puhtaasti kuvailevan käytön tai vertailevan mainonnan. Kuten kohta selitän, tämä seikka tulee selvemmin esiin, jos pohditaan sitä, miten absurdia olisi sallia sivustojen käyttää tavaramerkkiä puhtaasti kuvailevasti tai vertailevaan mainontaan, mutta olla sallimatta Googlen esittää linkkiä kyseisille sivustoille. Olen näin ollen sitä mieltä, että samaa periaatetta tulisi soveltaa: koska sekaannusvaaraa ei ole, tavaramerkkien haltijoilla ei ole yleisesti oikeutta estää tuollaista käyttöä.

108. Minua huolestuttaa se, että jos tavaramerkkien haltijoiden annettaisiin estää tuollainen käyttö tavaramerkin suojan perusteella, niillä olisi ehdoton oikeus valvoa niiden tavaramerkkien käyttöä avainsanoina. Tällainen ehdoton valvontaoikeus kattaisi de facto kaiken, mitä verkkoavaruudessa voitaisiin näyttää ja sanoa tavaramerkkiin yhdistetyn tavaran tai palvelun osalta.

109. On totta, että esillä olevissa asioissa tavaramerkkien haltijat rajoittavat vaatimuksensa siihen, miten Google käyttää AdWordsia. Kun mainosten ja luonnollisten tulosten välisen ”sekaannuksen” käsite on häivytetty, tästä tulee kuitenkin näkökulmaa koskeva asia. Tavaramerkkien haltijat voivat myös yrittää estää luonnollisten tulosten esittämisen mainosten rinnalla. Niiden vaatima valvontaoikeus kattaa kaikki niiden tavaramerkkejä vastaavien avainsanojen tulokset.

110. Tässä ehdottomassa valvontaoikeudessa ei otettaisi huomioon internetin erityistä luonnetta eikä avainsanojen asemaa siinä. Internet toimii ilmaan minkäänlaista keskitettyä valvontaa, ja tämä on ehkä avain sen kasvuun ja menestykseen: se on riippuvainen siitä, mitä sen eri käyttäjät vapaasti syöttävät sinne.[57] Avainsanat ovat yksi keinoista – elleivät tärkein keino –, joiden avulla tätä tietoa järjestetään ja annetaan internetin käyttäjien saataville. Avainsanat itsessään ovat näin ollen sisällöllisesti neutraaleja: niiden avulla internetin käyttäjät voivat päästä sivustoille, jotka yhdistetään tällaisiin sanoihin. Monet näistä sivustoista ovat täysin oikeutettuja ja laillisia, vaikka ne eivät ole tavaramerkkien haltijoiden sivustoja.

111. Näin ollen internetin käyttäjien oikeutta tutustua tavaramerkkiä koskevaan tietoon ei pitäisi rajoittaa tavaramerkkien haltijaan eikä tämän pitäisi rajoittaa sitä. Tämä toteamus ei koske ainoastaan Googlen hakukoneen

57 – On huomautettu, että internet olisi voitu suunnitella eri tavoin siten, että sitä valvottaisiin keskitetymmin, sen sisältöä suodatettaisiin ja sen protokollat olisivat suljettuja (ks. kriittisessä valossa: Boyle, J., *The Public Domain*, Yale University Press, 2008, s. 80).

kaltaisia hakukoneita; vaatimalla oikeutta valvoa tavaramerkkejä vastaavia avainsanoja AdWordsin kaltaisissa mainosjärjestelmissä tavaramerkkien haltijat voisivat de facto estää internetin käyttäjiä katsomasta muiden osapuolten mainoksia, jotka koskevat täysin laillista toimintaa, joka liittyy tavaramerkkeihin. Tämä vaikuttaisi esimerkiksi sivustoihin, jotka omistautuvat tavaroiden arvioimiselle, hintojen vertailemiselle tai käytettyjen tavaroiden myynnille.

112. On muistettava, että kyseinen toiminta on laillista juuri siksi, että tavaramerkkien haltijoilla ei ole ehdotonta oikeutta valvoa tavaramerkkiensä käyttöä. Yhteisöjen tuomioistuimella oli ratkaiseva rooli tämän vahvistamisessa, kun se katsoi, että tavaramerkkien haltijoiden intressit eivät riittäneet estämään kuluttajia hyötymästä kilpailukykyisistä sisämarkkinoista.[58] Olisi paradoksaalista, jos yhteisöjen tuomioistuin nyt rajoittaisi kuluttajien mahdollisuutta päästä käsiksi kyseisiin etuihin internetin käyttäjinä avainsanoja käyttämällä.

113. On näin ollen katsottava, että Googlen taholta tapahtuva tavaramerkkejä vastaavien avainsanojen käyttö AdWordsissa ei vaikuta tavaramerkin muihin tehtäviin eli tavaroiden tai palvelujen laadun takaamiseen tai tiedottamiseen, investointeihin tai mainontaan liittyviin tehtäviin. Laajalti tunnetuilla tavaramerkeillä on oikeus erityiseen suojaan kyseisten tehtävien vuoksi, mutta tästä huolimatta tämän käytön ei pidä katsoa vaikuttavan näihin tehtäviin. Googlen taholta tapahtuvaa käyttöä ei siis voida estää, vaikka se koskee laajalti tunnettuja tavaramerkkejä.

d) Onko se, että Google mahdollisesti myötävaikuttaa AdWordsin välityksellä siihen, että kolmannet osapuolet loukkaavat tavaramerkkejä, itsessään tavaramerkin loukkaus

114. On jo todettu, että tavaramerkkien haltijoiden argumenteissa ei vaikuteta tehtävän eroa sen, että Google käyttää niiden tavaramerkkejä, ja sen välillä, että kolmannet osapuolet käyttävät niiden tavaramerkkiä. Kun Google sallii tavaramerkkejä vastaavien avainsanojen valinnan tai esittää mainoksia vastauksena näihin avainsanoihin, haltijat korostavat sen mahdollisuutta, että tavaramerkki joutuu väärennössivustojen ”vääriin käsiin”, väittääkseen, että Google syyllistyy tavaramerkin loukkaukseen.

115. Tavaramerkkien haltijoilla ei ole oikeudellista ongelmaa väärennössivustoihin puuttumisen osalta, koska tällaiset sivustot

58 – Eli poistamalla rajoitukset, jotka liittyvät kilpailuun ja tavaramerkkeihin, jälleenmyyjien rinnakkaistuonnin sallimiseksi (ks. tärkeät yhdistetyt asiat 56/64 ja 58/64, Consten ja Grundig, tuomio 13.7.1966, Kok., s. 299 ja 345, Kok. Ep. I, s. 275) ja vahvistamalla sammumisperiaatteen, joka mahdollistaa käytettyjen tavaroiden myynnin (ks. mm. asia C-10/89, HAG II, tuomio 17.10.1990, Kok., s. I-3711, Kok. Ep. X, s. 543, 12 kohta).

osallistuvat selvästi tavaramerkin loukkauksiin; tätä koskevia käytännön ongelmia ei kuitenkaan pidä jättää huomiotta. Usein on vaikeaa määrittää sivustojen omistusta, sovellettavaa lainsäädäntöä ja oikeuspaikkaa ja toimia vastaavien menettelytapojen mukaisesti. On lisäksi ilmeistä, että tavaramerkkien haltijat olettavat, että muut sivustot voivat nopeasti korvata sivustot, joiden katsotaan loukkaavan tavaramerkkejä. Ne ovat näin ollen keskittyneet AdWordsiin. Tunnettua metaforaa mukaillen: ne olettavat, että tehokkain tapa viestin pysäyttämiseksi on viestintuojan pysäyttäminen.

116. Päättelin edellä, että Googlen taholta tapahtuva, tavaramerkkejä vastaavien avainsanojen käyttö AdWordsissa ei ole tavaramerkin loukkaus. Tällainen käyttö voidaan selvästi erottaa kolmansien osapuolten käytöstä niiden sivustoilla, kyseisillä sivustoilla myytävissä tavaroissa ja AdWordsissa esitettyjen mainosten tekstissä. Yhteisöjen tuomioistuinta pyydetään arvioimaan yksinomaan tavaramerkkejä vastaavien avainsanojen käyttöä; tavaramerkkien haltijat pyrkivät siihen, että kolmansien osapuolten mahdollisesta käytöstä tulee ratkaiseva tekijä kyseisessä arvioinnissa.

117. Tavaramerkkien haltijoiden ehdottama periaate on seuraava: koska Googlen taholta tapahtuva käyttö voi mahdollisesti myötävaikuttaa kolmansien osapuolten tavaramerkin loukkauksiin, tällaista käyttöä on myös pidettävä loukkauksena – siitä huolimatta, että kyseinen käyttö ei itsessään täytä loukkauksen toteamisen edellytyksiä. Kuten on mainittu, tämä merkitsisi tavaramerkin suojan soveltamisalan huomattavaa laajentamista Yhdysvalloissa ”myötävaikuttavaksi loukkaukseksi” kutsuttuun suuntaan.[59] Tämä laajennus olisi uutta useimmille jäsenvaltioille, jotka perinteisesti käsittelevät näitä tilanteita vastuusääntöjen mukaisesti; se olisi myös yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön, jossa on tähän saakka keskitytty erilliseen, yksittäiseen käyttöön, vastainen.[60]

118. On ilmeistä, miksi tavaramerkkien haltijat ovat keskittyneet kolmansien osapuolten mahdollisiin loukkauksiin: jos edellytettäisiin, että väärennössivustot todella loukkaavat tavaramerkkejä, niihin puuttumiseen liittyvät käytännön vaikeudet eivät juuri poistuisi.[61] Vaikka tavaramerkkien haltijat eivät olisi vielä tehneet näin, kolmansien osapuolten todellisiin loukkauksiin perustuva tavaramerkin loukkauksen käsite olisi kuitenkin hylättävä. Yhden käyttötavan ei pidä välttämättä olla riippuvainen myöhäisemmästä käytöstä. Kun Google sallii avainsanojen valinnan tai kun se esittää mainoksia vastauksena kyseisiin avainsanoihin, sen käyttö on sama siitä riippumatta, liittyykö tähän väärennössivus-

59 – Ks. edellä alaviite 19.

60 – Loukkauksen toteamisedellytykset edellyttävät yksittäistä käyttöä: ks. edellä alaviite 21. Esim. em. asiassa Céline antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin teki eron saman yrityksen eri käyttötapojen välillä; ks. edellä alaviite 25.

61 – Tavaramerkkien haltijoiden vaatimukset kuvastuvat esitetyissä kysymyksissä, joissa keskitytään tavaramerkkejä vastaavien avainsanojen valittaviksi antamiseen – tämä mahdollisuus edeltää kolmansien osapuolten mahdollista loukkausta eikä riipu siitä.

toja. Kuten edellä huomautettiin, yhteisöjen tuomioistuin on asianmukaisesti muovannut oikeuskäytäntöään käsitelläkseen erillistä, yksittäistä käyttöä, eikä minusta ole syytä muuttaa radikaalisti kyseistä lähestymistapaa, sillä tähän liittyy suureksi osaksi ennakoimattomia seurauksia.

119. Hylkään ennen kaikkea ajatuksen siitä, että toimen, jolla myötävaikutetaan kolmannen osapuolen tavaramerkin todelliseen tai mahdolliseen loukkaukseen, pitäisi itsessään olla tavaramerkin loukkaus. Tällaiseen myötävaikutukseen liittyvät vaarat kuuluvat luontaisesti useimpiin järjestelmiin, jotka helpottavat tiedon saantia ja sen välittämistä; näitä järjestelmiä voidaan käyttää hyviin ja pahoihin tarkoituksiin.

120. Tilanne on tämä myös Googlen hakukoneen osalta, mutta ei ole välttämätöntä tarkastella yksinomaan digitaalisia esimerkkejä. Esimerkiksi kirjapainotaidon keksiminen on moninkertaistanut mahdollisuudet immateriaalioikeuksien loukkauksiin, mutta olisi absurdia väittää, että tällaisten mahdollisuuksien vuoksi esimerkiksi sanomalehdet pitäisi kieltää, tai ainakin, että niiden mainonta tai pikkuilmoitukset pitäisi kieltää.[62] ”Myötävaikuttavan loukkauksen” logiikka ja seuraukset ovat ilmeisiä, kun muistutetaan, että yhdessä kuuluisimmista tapauksista, joka perustui tähän doktriiniin tekijänoikeuteen sovellettuna Yhdysvalloissa, pyrittiin estämään videonauhureiden valmistus ja myynti.[63]

121. Tavaramerkkien haltijoiden vaatimukset loisivat vakavia esteitä mille tahansa tiedonvälitysjärjestelmälle. Tällaisen järjestelmän luojan tai siitä vastaavan pitäisi lamauttaa se alusta alkaen poistaakseen pelkän mahdollisuuden kolmansien osapuolten loukkauksista; tämän seurauksena se pyrkisi ylenmääräiseen suojaan vähentäákseen vastuun vaaraa tai jopa kalliita oikeudenkäyntejä.

122. Montako sanaa Googlen pitäisi sulkea pois AdWordsista ollakseen varma siitä, että

62 – Tilanne esillä olevissa asioissa on itse asiassa jossain määrin samankaltainen kuin pikkuilmoitusten osalta sanomalehdissä: näihin ei yleensä sovelleta tavaramerkin suojaa (sanomalehden osalta), mutta ne voivat johtaa vastuun syntymiseen tietyin edellytyksin.

63 – Asia Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 US 417 (1984). Muut oikeudenkäynnit Yhdysvalloissa osoittavat ”myötävaikuttavan loukkauksen” laajan tulkinnan mahdolliset seuraukset. Ks. esim. asia Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc., 76 F.3d 259 (9th Cir. 1996), jossa kantaja pyrki vuokranantajan oikeuteen haastamalla sulkemaan tavaranvaihtomyymälän (swap meet), jossa myytiin tekijänoikeuksia loukkaavaa materiaalia, ja asia Perfect 10, Inc. v. Visa International Service Association, 494 F.3d 788 (9th Cir. 2007), jossa kantaja pyrki saamaan luottokorttiyhtiöt vastuuseen siitä, että niiden asiakkaat ostivat tekijänoikeuksia loukkaavaa materiaalia internetistä.

ensimmäistäkään tavaramerkkiä ei loukata? Ja jos avainsanojen käyttö voi myötävaikuttaa tavaramerkin loukkauksiin, miten kaukana Google olisi siitä, että sen pitäisi sulkea kyseiset sanat pois sen hakukoneesta? Ei ole liioiteltua todeta, että jos Googlella olisi tällainen rajoittamaton velvollisuus, internetin ja hakukoneiden luonne, sellaisina kuin me ne tunnemme, muuttuisi.

123. Tämä ei tarkoita sitä, että tavaramerkkien haltijoiden huolia ei voida ottaa huomioon, vaan yksinomaan sitä, että ne on otettava huomioon tavaramerkin suojan soveltamisalan ulkopuolella. Vastuusäännöt ovat soveltuvampia tähän, koska niillä ei pohjimmiltaan muuteta internetin hajautettua luonnetta antamalla tavaramerkkien haltijoille yleinen – ja lähes täydellinen – mahdollisuus valvoa verkkoavaruudessa niiden tavaramerkkejä vastaavien avainsanojen käyttöä. Sen sijaan, että tavaramerkkien haltijat kykenisivät estämään tavaramerkin suojan välityksellä minkä tahansa mahdollisen käytön – mikä sisältää, kuten on todettu, monia laillisia ja jopa haluttavia käyttötapoja – niiden pitäisi osoittaa nimenomaisia tapauksia, jotka aiheuttavat Googlen vastuun, kun niiden tavaramerkkejä on lainvastaisesti vahingoitettu. Niiden pitäisi täyttää vastuun syntymistä koskevat edellytykset, jotka tällä alalla määritellään kansallisessa lainsäädännössä.

124. Mahdollisen vastuun asiayhteydessä tietyt näkökohdat Googlen roolissa – esimerkiksi menettely, jolla se sallii mainostajien valita avainsanoja AdWordsissa – voitaisiin ottaa huomioon. Google tarjoaa esimerkiksi mainostajille haluttaessa saatavia tietoja, jotka voivat auttaa niitä maksimoimaan mainostensa näkyvyyden. Kuten jotkut asianosaisista ovat huomauttaneet, on mahdollista, että tavaramerkkejä vastaavia avainsanoja koskeva tieto antaa myös (näihin liittyvinä avainsanoina) tietoa ilmaisuista, jotka ilmaisevat väärennöstä.[64] Kyseisen tiedon perusteella mainostajat voivat päättää valita kyseiset ilmaisut avainsanoiksi internetin käyttäjien houkuttelemiseksi. On mahdollista, että näin toimiessaan Google saattaa myötävaikuttaa siihen, että internetin käyttäjät ohjataan väärennössivustoille.

125. Tällaisessa tilanteessa Google voi joutua vastuuseen tavaramerkin loukkaukseen myötävaikuttamisesta. Vaikka tähän liittyy automatisoitu menettely, mikään ei estä Googlea sulkemasta rajoitetusti pois niiden tietojen joukosta, joita se tarjoaa mainostajille mielleyhtymistä, ilmaisuja, jotka ilmaisevat selvästi väärennöstä. Olosuhteet, joissa Google voisi olla vastuussa, ovat kuitenkin seikka, joka on ratkaistava kansallisessa oikeudessa. Direktiivi 89/104 tai asetus N:o 40/94 eivät kata niitä, minkä vuoksi ne eivät kuulu esillä olevien asioiden soveltamisalaan.

64 – Ks. edellä alaviite 11.

B *Ensimmäisen ja kolmannen ennakkoratkaisupyynnön kolmas kysymys ja toisen ennakkoratkaisupyynnön toinen kysymys: sovelletaanko säilytystä koskevaa vastuusta vapauttamista sisältöön, jonka Google esittää AdWordsissa*

126. Google esittää AdWordsissa kahdentyyppistä sisältöä: mainosten tekstin ja niiden linkit. Molemmat ovat sellaisen automatisoidun menettelyn tulos, jolla mainostajat tiettyjen ohjeiden mukaan laativat tekstin ja syöttävät linkin, jonka ne haluavat.

127. Kuten on todettu, Google voi olla kansallisen oikeuden mukaan vastuussa sellaisen sisällön esittämisestä, johon liittyy tavaramerkkien loukkauksia. Googlen vastuu ei myöskään rajoitu tavaramerkkien loukkauksiin; se voi joutua vastaamaan mistä tahansa siviili- tai rikosoikeudellisesta asiasta.

128. Kysymys on siitä, olisiko Google vapautettu tällaisesta vastuusta direktiivin 2000/31 14 artiklan perusteella.[65] Tätä vapautusta sovelletaan, kun: i) on kyseessä tietoyhteiskunnan palvelu; ii) tämä palvelu käsittää palvelun vastaanottajan toimittamien tietojen tallentamisen tämän pyynnöstä ja iii) palvelun tarjoajalla ei ole tosiasiallista tietoa tiedon laittomasta luonteesta tai tosiasioista, joiden perusteella tällainen laittomuus on ilmeistä, ja tämä toimii viipymättä tietojen poistamiseksi heti saatuaan tiedon sen laittomuudesta.

129. Tavaramerkkien haltijat, joita Ranska tukee, ovat väittäneet kahden ensimmäisen edellytyksen osalta seuraavaa: i) hyperlinkkien ja hakukoneiden tarjoaminen – ja näin ollen Googlen hakukoneen ja siihen liittyvän palvelun AdWordsin tarjoaminen – eivät kuulu direktiivin 2000/31 soveltamisalaan, ja ii) AdWordsiin kuuluva mainostoiminta ei voi olla kyseisen direktiivin 14 artiklassa tarkoitettua säilytystä. Kolmannen edellytyksen osalta ne eivät ole väittäneet, että Googlella olisi tosiasiallista tietoa tavaramerkin loukkauksista tai että nämä loukkaukset olisivat ilmeisiä, ja nämä olisivat joka tapauksessa seikkoja, joita ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen on arvioitava.[66] Käsittelen tavaramerkkien haltijoiden kahta väitettä erikseen.

65 – Komission kertomus Euroopan parlamentille, neuvostolle ja Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle – Ensimmäinen kertomus tietoyhteiskunnan palveluja, erityisesti sähköistä kaupankäyntiä, sisämarkkinoilla koskevista tietyistä oikeudellisista näkökohdista 8.6.2000 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2000/31/EY ("direktiivi sähköisestä kaupankäynnistä") soveltamisesta (KOM(2003) 702 lopullinen), 4.6 kohta: "Direktiivissä säädetyt vastuuta koskevat rajoitukset on vahvistettu horisontaalisesti, eli ne kattavat sekä siviili- että rikosoikeudellisen vastuun kolmansien osapuolien toteuttamien kaikentyyppisten laittomien toimien osalta."

66 – Direktiivin 2000/31 14 artiklan mukaista vapautusta sovelletaan vain vastuuseen kolmannen osapuolen sisällöstä; sitä ei sovelleta säilyttäjän palvelutoimintaan, joka on tästä sisällöstä riippumaton. Näin ollen direktiivissä 2000/31 ei ole yleistä vapautusta velvoitteista, jotka sitovat palvelutoimintaa, jolla säilytystä tarjotaan.

i) Kuuluuko hyperlinkkien ja hakukoneiden ja näin ollen AdWordsin tarjoaminen direktiivin 2000/31 soveltamisalaan

130. Direktiiviä 2000/31 sovelletaan tietoyhteiskunnan palveluihin. Nämä määritellään direktiivin 98/34 1 artiklan 2 kohdassa ”kaikiksi etäpalveluina sähköisessä muodossa palvelun vastaanottajan henkilökohtaisesta pyynnöstä toimitettaviksi palveluiksi, joista tavallisesti maksetaan korvaus”.[67]

131. Tietoyhteiskunnan palvelujen määritelmän sanamuodossa ei ole mitään, minkä perusteella sen soveltaminen hyperlinkkeihin ja hakukoneisiin eli Googlen hakukoneeseen ja AdWordsiin suljettaisiin pois. Osa ”joista tavallisesti maksetaan korvaus” voi aiheuttaa epäilyjä Googlen hakukoneen osalta, mutta kuten on todettu, hakukone tarjotaan maksutta, koska korvausta odotetaan AdWordsin kautta.[68] Koska kummatkin palvelut tarjotaan myös ”etäpalveluina sähköisessä muodossa palvelun vastaanottajan henkilökohtaisesta pyynnöstä”, ne täyttävät edellytetyt vaatimukset, jotta niitä voidaan pitää tietoyhteiskunnan palveluina.

132. Lainsäädännön esitöistä ilmenee kuitenkin monitahoisempi kuva,[69] kuten komission ensimmäinen kertomus direktiivin 2000/31 soveltamisesta osoittaa, kun siinä todetaan seuraavaa:

”Komissio – – aikoo – [direktiivin 2000/31] 21 artiklan mukaisesti – edelleen seurata ja analysoida tarkasti asiaan liittyvää uutta kehitystä, myös välittäjien vastuuseen liittyvää kansallista lainsäädäntöä, oikeuskäytäntöä sekä hallinnollisia käytäntöjä, ja tarkastelee jatkossa tarvetta mukauttaa nykyisiä puitteita tämän kehityksen mukaan, esimerkiksi onko tarvetta asettaa vastuuta koskevia lisärajoituksia muiden toimintojen kuten hyperlinkkien ja hakukoneiden tarjoamisen osalta.”

67 – Direktiivin 98/34 1 artiklan 2 kohdassa, joka esitetään edellä, ei määritellä näitä edellytyksiä yksityiskohtaisemmin.

68 – Tämä ei missään tapauksessa vaikuttaisi AdWordsiin, joka on korvausta vastaan tarjottava palvelu.

69 – Direktiivin 2000/31 13 artiklassa säädetyn ”välimuistiin tallentamista” koskevan vastuusta vapauttamisen osalta on kommentoitu, että ”ne, jotka osallistuivat neuvotteluihin, tietävät”, että tarkoituksena ei ollut tämän vapautuksen soveltaminen Googleen (Triaille, J.-P., ”La question des copies ’cache’ et la responsabilité des intermédiaires *Copiepresse c. Google, Field v. Google*”, edellä alaviitteessä 20 mainitussa teoksessa *Google et les nouveaux services en ligne*, s. 261). Direktiivin 14 artiklassa säädetyn säilytystä koskevan vastuusta vapauttamisen osalta on kuitenkin myös todettu, että vaikka hakukoneen tarjoajat eivät nimellisesti kuulu sen lainsäädännön soveltamisalaan, jolla tämä artikla on saatettu osaksi Ranskan oikeutta, näiden sääntöjen soveltaminen vastaavasti on sekä toivottavaa että oikeudenmukaista, kun otetaan huomioon kyseisten tarjoajien keskeinen rooli internetille ja se, että ne eivät voi valvoa tarjottua tietoa, ja on lisätty, että tällainen analogia ”hyväksytään laajasti” ranskalaisessa oikeuskirjallisuudessa ja -käytännössä (Pirlot de Corbion, S., em. teos, s. 127). Verrattuna lainsäädäntöön, jolla direktiivi on saatettu osaksi Ranskan oikeutta, Yhdysvaltain digitaalisen vuosituhannen tekijänoikeuslaissa (Digital Millennium Copyright Act) on hakukoneita koskeva nimenomainen vapautus (joskin tämä rajoittuu tekijänoikeuteen, eikä sitä ole nimenomaisesti suunnattu välimuistiin tallentamiseen tai säilytykseen).

133. Komissio laati tämän kertomuksen direktiivin 2000/31 21 artiklan mukaisesti; tässä artiklassa komissiolle asetetaan velvollisuus analysoida ”tarvetta antaa ehdotuksia, jotka koskevat hyperlinkkien ja paikannusvälinepalvelujen tarjoajien vastuuta”. Tätä 21 artiklaa voidaan tulkita kahdella tavalla: siten, että hyperlinkkien ja hakukoneiden tarjoaminen ei kuulu direktiivin soveltamisalaan ja että komission on arvioitava, onko tällainen tarjoaminen tuotava direktiivin soveltamisalaan, tai siten, että kyseiset palvelut kuuluvat jo direktiivin soveltamisalaan ja että komission ehdotusten on koskettava sääntöjen mukauttamista niiden erityistarpeisiin.

134. Mielestäni jälkimmäinen tulkinta on oikea. Direktiivissä 2000/31 ja direktiivissä 98/34 suljetaan monia toimintoja nimenomaisesti tietoyhteiskunnan palvelujen alan ulkopuolelle,[70] mutta hyperlinkkien ja hakukoneiden tarjoaminen, direktiivin 2000/31 21 artiklan nimenomaisesta viittauksesta huolimatta, ei kuulu näihin nimenomaisesti poissuljettuihin toimintoihin. Hyperlinkkipalvelujen ja hakukoneiden tarjoaminen kuuluu joka tapauksessa suoraan tietoyhteiskunnan palvelujen käsitteen soveltamisalaan, ja, mikä tärkeintä – kuten seuraavaksi esitän – niiden kuuluminen tähän soveltamisalaan on yhdenmukaista direktiivin 2000/31 päämäärien kanssa.

70 – Ks. direktiivin 98/34 1 artiklan 2 kohdan viittaus direktiivin liitteessä 5 esitettyyn pois suljettujen toimintojen luetteloon sekä direktiivin 2000/31 1 artiklan 5 kohdassa vahvistettu luettelo asioista, jotka on suljettu kyseisen direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle.

135. Komissio itse on muuttanut mieltään direktiivin 2000/31 soveltamisalasta ja väittänyt esillä olevissa asioissa, että 14 artiklassa säädettyä vapautusta sovelletaan AdWordsiin. Komission kertomuksessaan esittämä näkemys ei missään tapauksessa voi sitoa yhteisöjen tuomioistuinta, kun se tulkitsee direktiiviä, eivätkä tavaramerkkien haltijat ole esittäneet kyseisen kertomuksen lisäksi juuri muita argumentteja.

136. Tavaramerkin haltijoiden väite on näin ollen hylättävä ja sekä Googlen hakukoneen että AdWordsin on katsottava olevan direktiivin 2000/31 soveltamisalaan kuuluvia tietoyhteiskunnan palveluja.

ii) Onko AdWordsiin kuuluva mainostoiminta direktiivin 2000/31 14 artiklassa tarkoitettua säilytystä

137. Ratkaiseva seikka on näin ollen se, voidaanko Googlen toiminta luokitella

direktiivin 2000/31 14 artiklan mukaiseksi säilytykseksi, eli onko AdWords palvelu, joka muodostuu palvelun vastaanottajan toimittamien tietojen tallentamisesta tämän pyynnöstä.

138. Kuten on todettu, AdWordsissa esitetään tietty sisältö – eli mainosten teksti ja niiden linkit – jonka palvelun vastaanottajat (mainostajat) toimittavat ja joka tallennetaan niiden pyynnöstä. Tästä seuraa, että edellytykset direktiivin 2000/31 14 artiklassa määritellyn säilytyksen käsitteen soveltamisalaan kuulumiselle täyttyvät nimellisesti.

139. Tavaramerkkien haltijat väittävät kuitenkin, että säilytys on täysin tekninen toimenpide. AdWords ei kuulu direktiivin 2000/31 14 artiklan soveltamisalaan, koska siinä säilytys liitetään mainostoimintaan.

140. On kohtuullista pohtia, miksi mainostoiminnalla olisi tämä vaikutus. Tietoyhteiskunnan palvelut säilyttävät tietyn sisällön, olipa kyseessä mainonta tai mikä tahansa muu toiminta, jonka kyseiset palvelut kattavat. Tietoyhteiskunnan palvelut muodostuvat harvoin yksinomaan teknisestä toiminnasta, ja ne liitetään tavallisesti muuhun toimintaan, joka tukee niitä taloudellisesti.

141. Esillä olevissa asioissa on kuitenkin kyseessä tietyntyyppinen mainoskonteksti, josta säilytystoiminta on erillään. Tämän vuoksi olen samaa mieltä tavaramerkkien haltijoiden kanssa – vaikka en automaattisesti hyväksykään niiden väitteitä – siitä, että direktiivin 2000/31 14 artiklassa säädettyä vastuusta vapauttamista ei pitäisi soveltaa AdWordsiin. Tämä kanta perustuu 14 artiklan ja koko direktiivin 2000/31 taustalla olevaan päämäärään.

142. Mielestäni direktiivin 2000/31 tavoitteena on tehdä internetistä vapaa ja avoin julkinen tila. Direktiivissä pyritään tähän rajoittamalla niiden vastuuta, jotka siirtävät tai tallentavat tietoa, sen 12 ja 14 artiklan

perusteella tapauksiin, joissa ne olivat tietoisia laittomuudesta.[71]

143. Tämän tavoitteen kannalta avainasemassa on direktiivin 2000/31 15 artikla, jossa jäsenvaltioita estetään asettamasta tietoyhteiskunnan palvelun tarjoajalle velvoitetta valvoa siirrettyä tai säilytettyä tietoa tai aktiivisesti varmistaa sen laillisuus. Tulkitsen kyseisen direktiivin 15 artiklaa siten, että siinä ei pelkästään aseteta negatiivista velvoitetta jäsenvaltioille, vaan että se on myös sen periaatteen nimenomainen ilmentymä, jonka mukaan palvelun tarjoajien, jotka pyrkivät hyötymään vastuusta vapauttamisesta, on pysyttävä neutraaleina siirtämänsä tai säilyttämänsä tiedon suhteen.

144. Tätä seikkaa havainnollistetaan parhaiten tekemällä vertailu Googlen hakukoneeseen, joka on neutraali siirtämänsä tiedon suhteen.[72] Sen luonnolliset tulokset ovat sellaisten automaattisten algoritmien tulos, jotka soveltavat objektiivisia kriteerejä sellaisten sivustojen tuottamiseksi, jotka todennäköisesti kiinnostavat internetin käyttäjää. Kyseisten sivustojen esittäminen ja niiden tärkeysjärjestys riippuu siitä, miten merkityksellisiä ne ovat syötettyjen avainsanojen kannalta, eikä Googlen intressistä tiettyyn sivustoon tai sen suhteesta tähän. Googlella toki on intressi – ja jopa taloudellinen intressi – internetin käyttäjälle merkityksellisempien sivustojen esittämiseen; sillä ei kuitenkaan ole intressiä tuoda mitään tiettyä sivustoa internetin käyttäjän tietoisuuteen.

145. Tilanne ei ole tämä AdWordsissa esitetyn sisällön osalta. Se, että Google esittää mainoksia, perustuu sen suhteeseen mainostajien kanssa. Tämän vuoksi AdWords ei enää ole neutraali tiedon väline: Googlella on suora intressi siihen, että internetin käyttäjät napsauttavat mainosten linkkejä (toisin kuin

71 – Direktiivin 2000/31 johdanto-osan 46 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa: ”Voidakseen omaksi hyväkseen vedota vastuun rajoitukseen on tietoyhteiskunnan palvelun tarjoajan, jos palvelu käsittää tietojen tallentamisen, viipymättä saatuaan tosiasiallista tietoa laittomista toimista toimittava siihen liittyvien tietojen poistamiseksi tai niihin pääsyn estämiseksi. Tietojen poistaminen tai niihin pääsyn estäminen on toteutettava noudattamalla sananvapauden periaatetta ja tätä tarkoitusta varten vahvistettuja kansallisia menettelytapoja.” Ks. näiden kansallisten menettelyjen laillisuuden osalta Ranskan Conseil constitutionnelin 10.6.2009 tekemä päätös nro 2009–580.

72 – Mielestäni olisi direktiivin 2000/31 tavoitteen mukaista, että vastuusta vapauttaminen kattaisi Googlen hakukoneen. Googlen hakukone ei todennäköisesti kuulu kyseisen direktiivin 14 artiklan soveltamisalaan, koska se ei säilytä tietoa (luonnolliset tulokset) tiedon toimittavien sivustojen pyynnöstä. Katson kuitenkin, että kyseisiä sivustoja voidaan pitää Googlen tarjoaman (ilmaisen) palvelun, joka muodostuu niitä koskevan tiedon saattamisesta internetin käyttäjien käyttöön, vastaanottajina, mikä tarkoittaa sitä, että Googlen hakukone voi kuulua kyseisen direktiivin 13 artiklassa ”välimuistiin tallentamisen” osalta säädetyn vastuusta vapauttamisen soveltamisalaan. Tarpeen vaatiessa direktiivin 2000/31 taustalla oleva päämäärä mahdollistaisi myös sen 12–14 artiklassa säädetyn vastuusta vapauttamisen soveltamisen analogisesti.

hakukoneen esittämien luonnollisten tulosten osalta).

146. Direktiivin 2000/31 14 artiklassa säädettyä säilytystä koskevaa vastuusta vapauttamista ei näin ollen pitäisi soveltaa AdWordsissa esitettyyn sisältöön. Kansallisessa oikeudessa on määritettävä, onko tällainen vastuu ylipäätään olemassa, kuten edellä huomautettiin.

C *Kolmannen ennakkoratkaisupyynnön ensimmäinen kysymys: voivatko tavaramerkkien haltijat estää niiden tavaramerkkejä vastaavien avainsanojen käytön AdWordsissa*

147. Päättelin edellä, että kumpikaan Googlen taholta tapahtuva, tavaramerkkejä vastaavien avainsanojen käyttö ei loukkaa kyseisiä tavaramerkkejä ja että tällaisen loukkauksen ei pitäisi riippua kolmansien osapuolten myöhäisemmistä käytöistä. Ainoa jäljellä oleva tarkasteltava kysymys on, merkitseekö se, että mainostajat käyttävät näitä avainsanoja, kun ne valitsevat niitä AdWordsissa, tavaramerkin loukkausta.

148. Tässä kysymyksessä on olennaista se, tapahtuuko käyttö elinkeinotoiminnassa. Kuten edellä huomautettiin, tämä edellytys merkitsee sitä, että käyttö ei ole yksityistä vaan osa ”kaupallista toimintaa, jolla pyritään taloudelliseen hyötyyn”.[73]

149. Kuten edellä myös mainittiin, kun Google antaa mainostajien valita tavaramerkkejä vastaavia avainsanoja, se tekee tämän AdWords-palveluunsa liittyen. Se myy tämän palvelun mainostajille; mainostajat eivät näin ollen tee muuta kuin toimivat kuluttajina.

150. Voidaan sanoa, että mainostajat ostavat AdWords-palvelun käyttääkseen sitä liiketoiminnassaan ja että kyseinen toiminta kattaa tämän jälkeen esitetyt mainokset. Tämä esittäminen (ja siihen mahdollisesti liittyvä tavaramerkin käyttö) poikkeaa kuitenkin avainsanojen valinnasta paitsi siksi, että se tapahtuu jälkeenpäin, myös siksi, että vain se on suunnattu kuluttajana olevalle yleisölle

73 – Ks. edellä alaviite 24.

eli internetin käyttäjille.[74] Tällaista yleisöä ei ole, kun mainostajat valitsevat avainsanat. Näin ollen avainsanojen valinta ei ole niiden taholta liiketoimintaa vaan yksityistä käyttöä.

151. Tämä mainostajien yksityinen käyttö on edellä lailliseksi katsotun Googlen taholta tapahtuvan käytön, joka muodostuu siitä, että mainostajien annetaan valita tavaramerkkejä vastaavia avainsanoja, toinen puoli. Olisi ristiriitaista sulkea loukkaus yhdessä tapauksessa pois ja vaatia sen toteamista toisessa tapauksessa. Tämä merkitsisi sitä, että väitettäisiin, että Googlen pitäisi voida sallia sellaisten avainsanojen valinta, joita kellään ei ole oikeus valita.

152. On jälleen muistutettava, että kun mainostajat valitsevat tavaramerkkejä vastaavia avainsanoja AdWordsissa, tämä voi tapahtua monista oikeutetuista syistä (täysin kuvaileva käyttö, vertaileva mainonta, tuotearviot jne.). Jos katsottaisiin, että tällainen valitseminen itsessään on tavaramerkin loukkaus, tämä estäisi kaikki kyseiset oikeutetut käyttötavat.[75]

153. Tavaramerkkien haltijat eivät myöskään ole täysin puolustuskyvyttömiä niiden tavaramerkkejä vastaavien avainsanojen valinnan osalta. Ne voivat puuttua asiaan, kun vaikutukset ovat todella vahingollisia, eli kun mainokset esitetään internetin käyttäjille. Vaikka yhteisöjen tuomioistuimelta ei ole tiedusteltu tavaramerkin käytöstä mainoksissa, on todettava, että tavaramerkkien haltijat voivat estää tällaisen käytön, jos se sisältää sekaannusvaaran. Vaikka tällaista vaaraa ei olisi, käyttö voidaan estää, jos se vaikuttaa tavaramerkin muihin tehtäviin, joihin kuuluvat esimerkiksi tehtävät, jotka liittyvät innovaatioiden ja investointien suojelemiseen. Esillä olevissa asioissa ei kuitenkaan ole kyse käytöstä mainoksissa tai mainostetuilla sivustoilla.

154. Kuten olen ehkäpä väsymykseen saakka korostanut tässä ratkaisuehdotuksessa, on tärkeää olla sallimatta sitä, että tiettyjen tavaramerkin loukkausten estämistä koskeva oikeutettu tavoite johtaa tavaramerkin kaikkien käyttötapojen kieltämiseen verkkoavaruudessa.

74 – Kaikkeen direktiivin 89/104 5 artiklan 3 kohdassa kuvailtuun käyttöön kuuluu tämä kuluttajana oleva yleisö yhtä poikkeusta, johon viitataan 5 artiklan 3 kohdan a alakohdassa, lukuun ottamatta: merkin liittäminen tavaraan. Tätä on pidettävä varovaisuuspoikkeuksena, jonka tulkintaa ei pidä laajentaa kattamaan tilanteita, joissa tavaramerkkiä ei liitetä tavaraan.

75 – Saattaa olla kiinnostavaa muistuttaa kolmannen ennakkoratkaisupyynnön yhteydessä, että kyseessä olevat mainostajat ylläpitävät mainittuja sivustoja tavaramerkkien haltijoiden kanssa kilpaillen ja että kyseiset sivustot eivät itsessään loukkaa tavaramerkkejä. Näin ollen tavaramerkkien haltijat haluavat estää muiden yritysten sivustoja käyttämästä mielleyhtymää tavaramerkkeihinsä kilpailukeinona (samalla tavoin kuin yritykset voivat kilpailla maksamalla mainostamisesta kilpailijoidensa vieressä). Tällainen lopputulos on tuskin yhteensopiva sen aseman kanssa, joka tavaramerkeillä on siinä ”vääristymättömän kilpailun järjestelmässä, jonka luominen ja ylläpitäminen on perustamissopimuksen tavoitteena” (em. asia Arsenal Football Club, tuomion 47 kohta).

## III Ratkaisuehdotus

155. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Cour de cassationin esittämiin kysymyksiin seuraavasti:

1) Se, että talouden toimija valitsee maksullisella indeksointisopimuksella avainsanan, joka aiheuttaa kyseistä sanaa käyttävässä haussa sellaisen linkin esittämisen, jossa ehdotetaan yhteyttä sivustolle, jota kyseinen talouden toimija ylläpitää tarkoituksenaan tarjota myytäväksi tavaroita tai palveluja, ja jossa toistetaan kolmannen osapuolen rekisteröimä tavaramerkki, joka kattaa samat tai samankaltaiset tavarat, tai jäljitellään tätä ilman kyseisen tavaramerkin haltijan lupaa, ei itsessään merkitse jälkimmäiselle jäsenvaltioiden tavaramerkkilainsäädännön lähentämisestä 21.12.1988 annetun ensimmäisen neuvoston direktiivin 89/104/ETY 5 artiklassa taatun yksinoikeuden loukkausta.

2) Direktiivin 89/104 5 artiklan 1 kohdan a ja b alakohtaa ja yhteisön tavaramerkistä 20.12.1993 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 40/94 9 artiklan 1 kohdan a ja b alakohtaa on tulkittava siten, että niiden mukaan tavaramerkin haltija ei voi estää maksullisen indeksointipalvelun tarjoajaa antamasta mainostajien käyttöön avainsanoja, joissa toistetaan tai jäljitellään rekisteröityjä tavaramerkkejä, tai sopimasta indeksointisopimuksella luovansa ja esittävänsä suotuisalla tavalla näiden avainsanojen perusteella mainoslinkkejä kyseisille sivustoille.

3) Jos tavaramerkit ovat laajalti tunnettuja, tavaramerkin haltija ei voi kieltää tällaista käyttöä direktiivin 89/104 5 artiklan 2 kohdan ja asetuksen N:o 40/94 9 artiklan 1 kohdan c alakohdan perusteella.

4) Maksullisen indeksointipalvelun tarjoajan ei voida katsoa tarjoavan tietoyhteiskunnan palvelua, joka muodostuu tietoyhteiskunnan palveluja, erityisesti sähköistä kaupankäyntiä, sisämarkkinoilla koskevista tietyistä oikeudellisista näkökohdista (”direktiivi sähköisestä kaupankäynnistä”) 8.6.2000 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2000/31/EY 14 artiklassa tarkoitetusta palvelun vastaanottajan toimittamien tietojen tallentamisesta.