KOHTUJURISTI ETTEPANEK
NIILO JÄÄSKINEN
esitatud 9. detsembril 2010[1]

I. Sissejuhatus

1. Põhikohtuasja pooled on ühelt poolt L'Oréal SA ja selle filiaalid (edaspidi „L'Oréal") ning teiselt poolt eBay Inc. kolm tütarettevõtjat (edaspidi „eBay") koos teatavate füüsiliste isikutega. Vaidluse ese on nende isikute poolt kaupade müügiks pakkumine eBay e-turul. See tegevus rikub väidetavalt L'Oréali intellektuaalomandi õigusi.

2. eBay, kes on siseriikliku kohtu menetluses kostja, haldab populaarset ja hästi läbimõeldud e-turgu. Ta on loonud süsteemi, mis hõlbustab üksikisikute jaoks oluliselt interneti teel ostmist ja müümist ning millel on võimas otsingumootor, turvaline maksesüsteem ja lai geograafiline haare. Ta on samuti loonud kontrollimehhanismid võltsitud kaupade müügi tõrjumiseks. Uute klientide meelitamiseks oma veebisaidile on eBay samuti ostnud tasulise interneti viitamisteenuse osutajatelt (nagu näiteks Google'i AdWords) märksõnu, milleks on näiteks üldtuntud kaubamärgid. Otsingumootorisse märksõna sisestamisel kuvatakse reklaam ja spondeeritud link, mis viib otse eBay e-turule.

3. L'Oréal, siseriikliku kohtu menetluses hageja, on rahvusvaheline ettevõtja, kes pakub müügiks väga laia valikut tooteid, mis on kaitstud kaubamärkidega, millest mõned on tuntud kogu maailmas. Käesolevas asjas on põhiküsimuseks eelkõige mitmesuguste võltsitud L'Oreali toodetega kauplemine eBay e-turul. L'Oréali jaoks raskendab olukorda asjaolu, et mõned kõnealustest toodetest ei ole mõeldud müügiks Euroopa Majanduspiirkonnas (edaspidi „EMP"), kuid satuvad sinna eBay kaudu sellegipoolest. Osa kosmeetikatooteid müüakse ilma originaalpakendita. L'Oréal on seisukohal, et kliente ostetud märksõnadega oma e-turule L'Oréali kaubamärgiga tooteid ostma meelitades rikub eBay tema kaubamärgiõigusi. Üksikute müüjate

1 – Algkeel: inglise.

tõhusaks peatamiseks soovib L'Oréal, et antaks kohtumäärused eBay vastu, et sedasi paremini kaitsta oma kaubamärke.

4. Euroopa Kohtu jaoks puudutab käesolev eelotsusetaotlus aktuaalset õigusküsimust kaubamärkide kaitsmise kohta nüüdisaegses e-kaubanduse ja infoühiskonna teenuste internetikeskkonnas. Euroopa Kohus peab leidma õige tasakaalu ühelt poolt kaubamärgi omaniku ja teiselt poolt interneti ja e-kaubandusega tekkinud uusi kauplemisvõimalusi kasutavate ettevõtjate ja eraisikute õiguspäraste huvide kaitsmise vahel. Mõnele küsimusele on võimalik vastus anda olemasolevale kohtupraktikale viidates, teiste puhul tuleb täiendavalt tõlgendada mitut Euroopa Liidu (EL) õigusakti.

5. Peamine väljakutse Euroopa Kohtu jaoks seisnebki tasakaalustamises, mida temalt oodatakse. Lisaks sellele, et siseriiklik kohus palub selles keerulises olukorras Euroopa Kohtul tõlgendada ELi õigusnorme, tuleb kohtul ka tagada, et tema tõlgendus jääb erinevates olukordades kehtima. Kõne all olevad kaubamärgid on üldtuntud ja nendega kaitstakse luksustooteid, kuid ELi kehtivad õigusnormid kehtivad kõigile kaubamärkidele ja igasugustele kaupadele. E-turg on rahvusvaheline ja paljude eriomadustega. Kuigi vastates tuleb silmas pidada siseriikliku kohtu menetluses oleva asja konkreetseid asjaolusid, ei tohiks samal ajal silmist kaotada ka kõikehõlmavat lähenemist süsteemi üldisele toimimisele. Minu arvates on käesolev kohtuasi mitmes aspektis keerulisem kui kohtuasi Google France ja Google [2].

6. Käesolevas asjas peab Euroopa Kohus andma tõlgenduse muu hulgas: i) sellise e-turu haldaja õiguslikule olukorrale ELi kaubamärgiõiguses vastavalt direktiivile 89/104 (edaspidi „kaubamärgidirektiiv") [3], kes a) ostab tasulise interneti viitamisteenuse osutajalt kaubamärkidega identseid märksõnu, mida kasutades otsingumootor kuvab lingi e-turu haldaja veebisaidile, ja b) hoiab oma veebisaidil oma klientide võltsitud, pakendamata või väljaspool EMPd pärit, kaubamärki kandvate toodete müügipakkumisi; ii) kuidas määratleda direktiivi 2000/31 (edaspidi „e-kaubanduse

2 – 23. märtsi 2010. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-236/08–C-238/08 (EKL 2010, lk I-2417).

3 – Nõukogu 21. detsembri 1988. aasta esimene direktiiv 89/104/EMÜ kaubamärke käsitlevate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta (EÜT 1989, L 40, lk 1; ELT eriväljaanne 17/01, lk 92), muudetud kujul.

direktiiv") [4] artiklis 14 sätestatud infoteenuse osutaja vastutusest vabastuse kohaldamisala; iii) kuidas määratleda kohtuliku keelu kohaldamise taotlemise õiguse kohaldamisala vahendajate puhul, kelle teenuseid kasutavad direktiivi 2004/48 (edaspidi „intellektuaalomandi õiguste jõustamise direktiiv") [5] artiklis 11 osutatud kolmandad isikud; ning iv) direktiivi 76/768 (edaspidi „kosmeetikatoodete direktiiv") teatavatele sätetele. [6]

liikmesriike võtma kõik vajalikud meetmed, millega tagatakse, et kosmeetikatooteid turustatakse ainult siis, kui nende pakenditel, mahutitel ja märgistusel on teave kustutamatus, selgesti loetavas ja hästi nähtavas kirjas. Selle teabe hulka kuulub muu hulgas a) kosmeetikatoote tootja või toote turustamise eest vastutava, ühenduses registrisse kantud isiku nimi või ärinimi, aadress või registrijärgne asukoht; b) nominaalsisaldus pakendamise ajal; c) kõlblikkusaeg; d) erilised ettevaatusabinõud, mida tuleb kasutamisel järgida; e) toote identifitseerimiseks partiinumber või viitenumber; f) toote otstarve, kui see ei selgu tooteesitusest, ning g) koostisainete loetelu.

II. Õiguslik raamistik

A. *Euroopa Liidu õigus* [7]

Direktiiv 76/768

7. Kosmeetikatooteid käsitleva direktiivi 76/768 artikli 6 lõige 1 kohustab

Direktiiv 89/104 [8]

8. Kaubamärke käsitleva direktiivi 89/104 artikkel 5 „Kaubamärgiga antavad õigused" on sõnastatud järgmiselt:

4 – Euroopa Parlamendi ja nõukogu 8. juuni 2000. aasta direktiiv 2000/31/EÜ infoühiskonna teenuste teatavate õiguslike aspektide, eriti elektroonilise kaubanduse kohta siseturul (EÜT 2000 L 178, lk 1; ELT eriväljaanne 13/25, lk 399), muudetud kujul.

5 – Euroopa Parlamendi ja nõukogu 29. aprilli 2004. aasta direktiiv 2004/48 intellektuaalomandi õiguste jõustamise kohta (ELT 2004 L 157, lk 45; ELT eriväljaanne 17/02, lk 32; parandus ELT 2004 L 195, lk 16).

6 – Nõukogu 27. juuli 1976. aasta direktiiv 76/768/EMÜ liikmesriikides kosmeetikatoodete kohta vastuvõetud õigusaktide ühtlustamise kohta (EÜT 1976 L 262, lk 169; ELT eriväljaanne 13/03, lk 285), muudetud kujul.

7 – Eelotsusetaotlus ei kirjelda eraldi ühtki Ühendkuningriigi õigusnormi. Oma 22. mai 2009. aasta otsuses (edaspidi „High Courti otsus") selgitas High Court, et kohtuasi ei hõlmanud ühegi konkreetse siseriikliku õigusnormi tõlgendamist. Seepärast ei pea ma vajalikuks taasesitada siin Ühendkuningriigi õigusaktide sätteid, mis käsitlevad kaubamärke ja e-kaubandust.

8 – Mõned L'Oréali kaubamärgid on ühenduse kaubamärgid. Kuna määruse nr 40/94 kohta eraldi küsimusi ei ole, piisab viitest sellele, et artiklid 9, 12 ja 13 vastavad direktiivi 89/104 artiklitele 5, 6 ja 7. Allpool direktiivi 89/104 tõlgendamise kohta öeldu kehtib *mutatis mutandis* ka määruse nr 40/94 kohta.
Direktiiv 89/104 ja määrus nr 40/94 on kohaldatavad *ratione temporis*, mitte kodifitseeritud tekstidena, mis on esitatud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 22. oktoobri 2008. aasta direktiivis 2008/95/EÜ kaubamärke käsitlevate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta (kodifitseeritud versioon) (ELT 2008 L 299, lk 25) ning nõukogu 26. veebruari 2009. aasta määruses (EÜ) nr 207/2009 ühenduse kaubamärgi kohta (ELT 2009 L 78, lk 1).

„1. Registreeritud kaubamärk annab omanikule selle kasutamise ainuõiguse. Omanikul on õigus takistada kõiki kolmandaid isikuid kasutamast kaubandustegevuse käigus ilma tema loata:

a) kõiki kaubamärgiga identseid tähiseid kaupade või teenuste puhul, mis on identsed nendega, mille jaoks kaubamärk on registreeritud;

[...]

3. Lõigete 1 ja 2 alusel võib muu hulgas keelata järgmised toimingud:

[...]

b) kõnealuse tähisega kaupade pakkumine, turuleviimine või ladustamine nimetatud otstarbel või kõnealuse tähisega teenuste pakkumine või osutamine;

c) kaupade importimine ja eksportimine kõnealuse tähise all;

d) tähise kasutamine äridokumentidel või reklaamides.

[...]"

9. Direktiivi 89/104 artikli 6 „Kaubamärgi mõju piirangud" lõige 1 sätestab:

„1. Kaubamärk ei anna selle omanikule õigust keelata kolmandatel isikutel kasutada kaubandustegevuse käigus:

[...]

b) tähiseid, mis näitavad sorti, kvaliteeti, otstarvet, väärtust, geograafilist päritolu, kaupade tootmise või teenuste pakkumise aega või muid kauba või teenuse omadusi;

c) kaubamärki, kui see on vajalik kauba või teenuse kavandatud otstarbe näitamiseks eelkõige juhul, kui tegemist on lisaseadme või varuosaga,

kui kõnealune isik kasutab neid kooskõlas ausa tööstus- või kaubandustavaga".

10. Direktiivi 89/104 artikkel 7 „Kaubamärgist tulenevate õiguste ammendumine" sätestab:

„1. Kaubamärk ei anna selle omanikule õigust keelata kaubamärgi kasutamine seoses kaupadega, mille on kõnealuse kaubamärgi all [Euroopa Majanduspiirkonna (EMP)] turule viinud kaubamärgi omanik või mis on seal turule viidud tema loaga.

2. Lõiget 1 ei kohaldata, kui omanikul on õiguslik põhjendus olla vastu kaupade täiendavale turustamisele, eriti kui kaupade olukord on pärast turuleviimist muutunud või kahjustada saanud."

12. Direktiivi 2000/31 põhjendused 42, 43 ja 45–48 sätestavad:

Direktiiv 2000/31

„(42) Erandid käesoleva direktiiviga kehtestatud vastutusest hõlmavad ainult neid juhtumeid, kui infoühiskonna teenuse osutaja tegevus piirdub kolmandate osapoolte pakutava teabe edastamiseks või ajutiseks talletamiseks vajaliku sidevõrgu käitamise ja sellele juurdepääsu võimaldamise tehnilise toiminguga, mille ainus eesmärk on side tõhustamine; see tegevus on üksnes tehnilise, automaatse ja passiivse iseloomuga, seega pole infoühiskonna teenuse osutajal edastatava või talletatava teabe kohta teadmisi ega kontrolli selle üle.

11. E-kaubanduse direktiivi 2000/31 põhjendus 9 on sõnastatud järgmiselt:

„Infoühiskonna teenuste vaba liikumine võib paljudel juhtudel olla kõikide liikmesriikide poolt ratifitseeritud inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni artikli 10 lõikes 1 sisalduva üldisema põhimõtte, nimelt sõnavabaduse erivorm ühenduse õiguses; seetõttu peavad infoühiskonna teenuste osutamist käsitlevad direktiivid tagama, et selle alaga võib nimetatud artikli kohaselt vabalt tegelda, võttes arvesse ainult nimetatud artikli lõikes 2 ja asutamislepingu artikli 46 lõikes 1 sätestatud piiranguid; käesoleva direktiivi eesmärk pole mõjutada siseriiklikke sõnavabadust käsitlevaid eeskirju ja põhimõtteid."

(43) Teenuseosutaja võib kasutada erandeid „pelga edastamise" või „vahemällu salvestamise" jaoks, kui ta ei ole mingil viisil seotud edastatava teabega; muu hulgas nõuab see, et ta ei muudaks edastatavat teavet; see nõue ei kehti edastamisaegsete tehnilise iseloomuga

toimingute kohta, sest need ei muuda edastatava teabe terviklikkust.

[...]

(45) Käesoleva direktiiviga kehtestatud vahendusteenuse osutajate vastutuse piirangud ei mõjuta mitmesuguste tõkendite seadmise võimalust; sellised tõkendid võivad seisneda eeskätt kohtute või pädevate haldusasutuste korraldustes, mis nõuavad kõigi rikkumiste lõpetamist või vältimist, kaasa arvatud ebaseadusliku teabe kõrvaldamine või sellele juurdepääsu tõkestamine.

(46) Piiratud vastutuse kasutamiseks peab teabe talletamisega tegelev infoühiskonna teenuse osutaja ebaseaduslikest tegevustest teada saades kiiresti kõrvaldama kõnealuse teabe või tõkestama sellele juurdepääsu; kõrvaldamise või juurdepääsu tõkestamise korral peab järgima sõnavabaduse põhimõtet ja siseriiklikul tasandil sel eesmärgil kehtestatud korda; käesolev direktiiv ei mõjuta liikmesriikide võimalust kehtestada erinõudeid, mida tuleb kiiresti täita enne teabe kõrvaldamist või sellele juurdepääsu tõkestamist.

(47) Liikmesriigid ei tohi kehtestada teenuseosutajatele üldise iseloomuga jälgimiskohustusi; see keeld ei kehti jälgimiskohustuste kohta erijuhtudel ega mõjuta siseriiklike asutuste poolt vastavalt siseriiklikele õigusaktidele antavaid korraldusi.

(48) Käesolev direktiiv ei mõjuta liikmesriikide võimalust kohustada teenuseosutajaid, kes talletavad teenuse saajate teavet, teatavat tüüpi ebaseaduslike tegevuste avastamiseks ja vältimiseks olema ettevaatlik, mida neilt võib põhjendatult eeldada ja mida siseriiklik õigus täpsustab."

13. Direktiivi 2000/31 artikli 2 punkt a määratleb „infoühiskonna teenused" viitega Euroopa Parlamendi ja nõukogu 22. juuni 1998. aasta direktiivi 98/34/EÜ, millega nähakse ette tehnilistest standarditest ja eeskirjadest teatamise kord,[9] artikli 1 lõikele 2 kui

9 – EÜT 1998 L 204, lk 37, muudetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 20. juuli 1998. aasta direktiiviga 98/48/EÜ (EÜT 1998 L 217, lk 18; ELT eriväljaanne 13/21, lk 8).

„kõik vahemaa tagant elektroonilisel teel ja teenusesaaja isikliku taotluse alusel ning tavaliselt tasu eest osutatavad teenused".

14. Direktiivi 2000/31 II peatüki 4. jagu „Vahendajatest teenuseosutajate vastutus" sisaldab artikleid 12–15. [10]

15. Direktiivi 2000/31 artikkel 14 „Teabe talletamine" sätestab:

„1. Kui osutatakse infoühiskonna teenust, mis seisneb teenuse saaja poolt pakutava teabe talletamises, tagavad liikmesriigid, et teenuseosutaja ei vastuta teenuse saaja taotluse põhjal talletatava teabe eest järgmistel tingimustel:

a) teenuseosutajal ei ole tegelikku teavet ebaseaduslikku tegevuse või teabe kohta ja kahjutasunõuete osas ei tea ta fakte või asjaolusid, millest ilmneb ebaseaduslik tegevus või teave, või

b) sellisest asjaoludest teadlikuks saades kõrvaldab teenuseosutaja kiiresti teabe või tõkestab juurdepääsu sellele.

2. Lõiget 1 ei kohaldata, kui teenuse saaja tegutseb teenuseosutaja alluvuses või järelevalve all.

3. Käesolev artikkel ei mõjuta kohtu või haldusasutuse võimalust nõuda vastavalt liikmesriikide õigussüsteemidele teenuse osutajalt rikkumise lõpetamist või vältimist ega liikmesriikide võimalust kehtestada kord, kuidas teave kõrvaldada või juurdepääs sellele tõkestada."

16. Direktiivi 2000/31 artikkel 15 „Üldise jälgimiskohustuse puudumine" sätestab:

„1. Liikmesriigid ei kehtesta artiklites 12, 13 ja 14 käsitletud teenuste osutajatele üldist kohustust jälgida teavet, mida nad edastavad või talletavad, ega üldist kohustust otsida ebaseaduslikku tegevust näitavaid fakte ja asjaolusid.

2. Liikmesriigid võivad kehtestada infoühiskonna teenuse osutajatele kohustuse kiiresti

10 – Direktiivi 2000/31 artiklid 12 ja 13 sisaldavad sätteid, mis piiravad teenuseosutaja vastutust ainult selles osas, mis puudutab „pelka edastamist" ja „vahemällu salvestamist".

teatada pädevatele ametivõimudele nende teenuse saajate väidetavalt ebaseaduslikest tegevustest või pakutavast teabest või kohustuse edastada pädevatele asutustele nende taotluse põhjal teavet, mis võimaldab identifitseerida nende teenuse saajaid, kellega teenuseosutajal on talletamise kohta lepingud."

Direktiiv 2004/48

17. Intellektuaalomandi õiguste jõustamist käsitleva direktiivi 2004/48 põhjendus 23 sätestab:

„Piiramata muude olemasolevate meetmete, menetluste ja õiguslike kaitsevahendite kohaldamist, peaks õiguste valdajal olema võimalus taotleda kohtulikku tõkendit vahendaja vastu, kelle teenuseid kasutas kolmas osapool õiguste valdaja tööstusomandi õiguste rikkumiseks. Selliste tõkendite tingimused ja viisid tuleks määratleda liikmesriikide siseriiklikes õigusaktides. [Euroopa Parlamendi ja nõukogu 22. mai 2001. aasta] direktiiviga 2001/29/EÜ [autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste teatavate aspektide ühtlustamise kohta infoühiskonnas tähenduses (EÜT 2001 L 167, lk 10; ELT eriväljaanne 17/02, lk 32)] on sätestatud autoriõiguste ja nendega kaasnevate õiguste rikkumisega seotud kõikehõlmav ühtlustamistasand. Seega ei mõjuta käesolev direktiiv direktiivi 2001/29/EÜ artikli 8 lõiget 3."

18. Direktiivi 2004/48 artikkel 3 „Üldised kohustused" sätestab:

„1. Liikmesriigid sätestavad vajalikud meetmed, menetlused ja õiguskaitsevahendid käesolevas direktiivis kirjeldatud intellektuaalomandi õiguste jõustamise tagamiseks. Menetlused, protseduurid ja õiguskaitsevahendid on õiglased ega ole asjatult keerulised või kulukad ega sisalda põhjendamatuid ajalisi piiranguid ega põhjendamatuid viivitusi.

2. Meetmed, menetlused ja õiguskaitsevahendid on tõhusad, proportsionaalsed ja hoiatavad ning neid rakendatakse viisil, mis võimaldab vältida tõkete loomist seaduslikule kaubandusele ja ette näha kaitsemeetmeid nende kuritarvitamise vastu."

19. Direktiivi 2004/48 II peatüki „Meetmed, menetlused ja õiguskaitsevahendid" 4. jagu „Ajutised ja ennetavad meetmed" sisaldab sama pealkirjaga artiklit 9. Samas peatükis on ka 5. jagu „Kohtuasja sisulisest otsustamisest tulenevad meetmed", mis sisaldab artikleid 10, 11 ja 12 pealkirjadega vastavalt

„Parandusmeetmed", „Kohtulikud tõkendid" ja „Alternatiivsed meetmed".

III. Põhikohtuasi ja eelotsuse küsimused

20. Direktiivi 2004/48 artikkel 11 sätestab:

„Liikmesriigid tagavad, et kohtuasutused võivad esitada rikkuja suhtes edasist rikkumist keelavad tõkendid, kui kohtuotsusega on leitud, et intellektuaalomandi õigusi on rikutud. Vastava siseriikliku seaduse korral tähendab allumatus kohtu tõkenditele korduvat rahalist trahvi koos tõkenditele allumise tagamisega. Ilma et see piiraks direktiivi 2001/29/EÜ artikli 8 lõike 3 kohaldamist, tagavad liikmesriigid lisaks, et õiguste valdajad võivad nõuda kohtulikke tõkendeid vahendajate suhtes, kelle teenuseid kasutas kolmas osapool intellektuaalomandi õiguste rikkumisel." [11]

L'Oréal

21. L'Oréal on parfüümide ning kosmeetika- ja juuksehooldustoodete tootja ja tarnija. Ühendkuningriigis on ta mitme siseriikliku kaubamärgi omanik. Ta on ka ühenduse kaubamärkide omanik. Üks nendest ühenduse kaubamärkidest on kujutismärk, mis sisaldab sõnu „Amor Amor". Teised põhikohtuasjas kõne all olevad kaubamärgid on kas sõnamärgid või lihtsalt stiliseeritud sõnamärgid. On üldiselt teada, et kõik nimetatud kaubamärgid on Ühendkuningriigis väga tuntud. [12]

22. L'Oréal haldab suletud valikulist turustusvõrgustikku. Turustustegevuse kontrollimine toimub seega turustuslepingute kaudu, mis keelavad volitatud edasimüüjatel tarnida tooteid volitamata edasimüüjatele.

11 – Euroopa Parlamendi ja nõukogu 22. mai 2001. aasta direktiivi 2001/29/EÜ autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste teatavate aspektide ühtlustamise kohta infoühiskonnas (EÜT L 167, lk 10; ELT eriväljaanne 17/01, lk 230) artikli 8 lõige 3 sätestab: „Liikmesriigid tagavad, et õiguste valdajatel on võimalik taotleda kohtu ettekirjutust vahendajatele, kelle teenuseid kolmandad isikud kasutavad autoriõiguse või sellega kaasneva õiguse rikkumiseks."
Direktiivi 2001/29 põhjendus 59 on sõnastatud järgmiselt: „Eelkõige digitaalkeskkonnas võivad kolmandad isikud õiguste rikkumiseks üha enam kasutada vahendajate teenuseid. Paljudel juhtudel on vahendajatel kõige hõlpsam võimalus selline õigusi rikkuv tegevus lõpetada. Kõikidest muudest võimalikest sanktsioonidest ja õiguskaitsevahenditest olenemata peaks õiguste valdajatel olema *võimalik taotleda kohtu ettekirjutust vahendajatele*, kelle teenuseid kolmandad isikud kasutavad võrgus autoriõiguse või sellega kaasneva õiguse rikkumiseks. *See võimalus peaks jääma kasutatavaks ka juhul, kui vahendaja toimingud on artikli 5 kohaldamisalast välja jäetud.* Nimetatud ettekirjutuste tingimused ja viisid tuleks määratleda liikmesriikide siseriiklikes õigusaktides." (Kohtujuristi kursiiv.)

12 – Meenutan, et direktiivi 89/104 artikli 5 lõike 1 punkt a ei hõlma ainult mainekaid või unikaalseid kaubamärke, vaid igasuguseid kaubamärke. Seepärast peaks Euroopa Kohus artikli 5 lõike 1 punkti a tõlgendamisel hoiduma lahendustest, mis võivad näida mainekate unikaalsete kaubamärkide puhul põhjendatud, kuid tekitavad teistel juhtudel liiga laiaulatusliku kaitse.

eBay

23. eBay haldab e-turgu, kus kuvatakse kirjeid kaupade kohta, mida pakuvad müügiks eBays müügikonto loonud isikud. Ostjad teevad nende isikute toodete kohta pakkumisi. Eelotsusetaotluses kokku võetud andmete kohaselt on veebisaidil www.ebay.co.uk keskmiselt 16 miljonit kirjet.

24. Müüjad ja ostjad peavad registreerumisel looma kasutajatunnuse[13] ja nõustuma eBay kasutuslepinguga. Võltsitud kaupade müük või kaubamärgiõiguste rikkumine on nimetatud lepingu rikkumine. Samuti kohustab kasutusleping täitma eBay eeskirju. Kõik müüjad Ühendkuningriigist on kohustatud aktsepteerima makseid PayPali kaudu. PayPal on turvaline maksemehhanism, mida haldab Luksemburgi finantsasutus PayPal (Europe) Sarl&Cie, mis on praegu eBay Inc. tütarettevõtja. eBay võtab igalt tema e-turul sooritatud tehingult protsenditasu.

25. Müügiks pakutava kauba kirje avaldatakse eBays tähtajalisena (üldjuhul 1, 3, 5, 7 või 10 päeva), mille jooksul eBay kasutajad saavad selle kohta teha pakkumisi. Pakkumisi tehakse enampakkumise põhimõttel ja müügiperioodi lõppedes müüakse kaup kõige kõrgema pakkumise teinud kasutajale. Lisaks võimaldab nn volitatud pakkumise süsteem potentsiaalsel ostjal määrata kindlaks kõrgeima hinna, mida ta on nõus maksma, ja anda seejärel eBay veebisaidile korraldus suurendada automaatselt pakkumist kuni selle ülempiirini.

26. eBay võimaldab kaupu müüa ka oksjoniväliselt ehk kindla hinnaga (nn „Buy It Now" ehk osta-kohe-süsteem). Lisaks saavad müüjad eBay saidil luua nn e-poode, kus kuvatakse kirjed selle müüja kõigi kaupade kohta ning mis seega toimivad virtuaalsete kauplustena sellel saidil. eBay annab kõige paremate tulemustega müüjatele, kes saavutavad ja säilitavad väga häid müügitulemusi ning täidavad eBay eeskirju, nn tippmüüja staatuse (ingl k „Power Seller"). Tippmüüjate hierarhia, mis on seotud müügimahtudega, koosneb viiest astmest alates „pronksist" kuni „titaanini".

13 – Kasutajatunnus toimib eBay arvutisüsteemis kordumatu tunnusena. Seda võidakse kasutada ka omamoodi varjunimena, millega kasutaja võib varjata oma isikut kuni tehingu sooritamiseni. Ettevõtjatest müüjad peavad enne seda hetke avaldama oma nime ja aadressi. Eraisikutest müüjatele see nõue ei kehti. Üks isik võib luua mitu eri kasutajatunnustega müügikontot, kuid eBays on olemas mehhanism, mis võimaldab otsida ühele ja samale isikule kuuluvaid eri kontosid.

27. eBay pakub müüjatele ulatuslikku abi müügiks pakutavate kaupade liigitamisel ja kirjeldamisel, e-poodide loomisel ning müügi edendamisel ja suurendamisel. eBay korraldab seega müüki, viib läbi oksjonit (k.a volitatud pakkumiste tegemine), osutab teavitamisteenust kasutajatele, kes on huvitatud teatud kaupadest, ning reklaamib kaupu kolmandate isikute veebisaitide kaudu.

28. Nii L'Oréal kui ka eBay on ühel meelel selles, et viimane ei esinda kõnealuste kaupade müüjaid ning et need kaubad ei ole tema valduses.

29. Pooled on ühel meelel ka selles, et eBay kasutab oma eeskirjadega vastuolus olevate kirjete tuvastamiseks suurt hulka tarkvarafiltreid. Kui mõni tarkvarafilter märgendab kirje potentsiaalselt eeskirjadega vastuolus olevaks, vaatab eBay klienditeeninduse esindaja selle läbi. eBay süsteemist kustutatakse iga kuu filtreerimise tulemusel või kaebuste tõttu kümneid tuhandeid kirjeid.

30. eBay haldab ka kontrollitud õiguste omanike programmi (edaspidi „VeRO programm"), mis abistab intellektuaalomandi õiguste omanikke nende õigusi rikkuvatest kirjetest teatamisel ja nende kustutamisel. VeRO programmiga liitumiseks peavad õiguste omanikud täitma ja esitama vormi kirjete kohta, mis nende arvates rikuvad nende õigusi. Iga sellise kirje peavad nad tuvastama vastava kauba artiklinumbriga. Iga kaebus tuleb põhjendada nn põhjenduskoodi abil. Põhjenduskoode on 16, mis hõlmavad mitmesuguseid rikkumisi. Kirje kustutamisel hüvitab eBay müüjale kõik selle makstud tasud. Eelotsusetaotluse kohaselt osaleb VeRO programmis enam kui 18 000 õiguste omanikku. L'Oréal on keeldunud programmiga ühinemast, kuna ta leiab, et see ei ole piisav.

31. Kui eBay saab programmi raames rikkumisteate, vaatab tema klienditeeninduse esindaja selle läbi. Kui klienditeeninduse esindaja tuvastab, et vastav kirje rikub kaebuse esitaja õigusi, kustutab ta selle kohe süsteemist ilma täiendava uurimiseta. Vajaduse korral konsulteerib klienditeeninduse esindaja oma osakonna spetsialistiga. Kui spetsialist soovitab seda, konsulteeritakse eBay juristiga. 2007. aastal kustutati ligi 90% kirjetest, mille kohta esitati kaebus VeRO programmi kaudu, 6–12 tunni jooksul ja 98% 24 tunni jooksul.

32. Siseriikliku kohtu menetluses rõhutas eBay, et tal on raske õiguste omanike rikkumisväiteid kontrollida. Kui need väited ei ole

just ilmselgelt alusetud, eeldab ta, et nad on põhjendatud.

33. Lisaks kohaldab eBay oma eeskirju rikkuvate kasutajate suhtes mitmesuguseid karistusi, nagu näiteks kirje kustutamine, müüja ajutine blokeerimine ja alaline blokeerimine. eBay blokeerib igal aastal ligi 2 miljonit kasutajat, sealhulgas umbes 50 000 VeRO programmi kaudu. Põhjalikumalt kontrollitakse kasutajaid, kes pakuvad müügiks rohkem kui 500 tootemarki, mille eBay on liigitanud nn kõrge riskiga tootemarkideks.

Vaidlus

34. 22. mail 2007. aastal saatis L'Oréal eBayle kirja, teatades oma murest seoses tema õigusi rikkuvate kaupade ulatusliku müügiga eBay Europe'i veebisaitidel ja nõudes, et eBay võtaks meetmeid nimetatud probleemi lahendamiseks. eBay vastus L'Oréali ei rahuldanud ja nii esitas ta mitu hagi, sealhulgas High Court of Justice of England and Wales, Chancery Divisionile (edaspidi „High Court"). Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib, et väidetavad rikkumised toimusid ajavahemikul 2006. aasta novembrist kuni 2008. aasta aprillini ning et eBay tegevus on selle aja jooksul muutunud.

35. Konkreetselt taotleb L'Oréal oma hagiga High Courti otsust selle kohta, et teatavad isikud on eBay e-turu kasutajatena rikkunud üht või mitut tema kaubamärki, kasutades kaupadel, mis on identsed kaupadega, mille jaoks kõnealused kaubamärgid on registreeritud, nende kaubamärkidega identseid tähiseid.

36. Hagis väidab L'Oréal, et eBay on nende rikkumiste eest asjaomaste isikutega solidaarselt vastutav. Lisaks väidab ta, et eBay on esmaselt vastutav link-kaubamärkide kasutamise eest õigusi rikkuvate kaupade puhul oma saidil ja kolmandate isikute otsingumootorites spondeeritud linkides.[14] Iga selline reklaamlink, millega kaasneb lühike

14 – Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib, et eBay Europe on ostnud teatavaid kaubamärke moodustavaid märksõnu (nn link-kaubamärgid), mille sisestamisel kolmandate isikute otsingumootoritesse, sh Google, MSN ja Yahoo, kuvatakse spondeeritud lingid. Tulemuseks on see, et kui sisestada näiteks Google'isse mõni link-kaubamärk, kuvatakse otsingu tulemuseks spondeeritud link eBay saidile. Spondeeritud lingile klõpsates suunatakse kasutaja otsingutulemuste lehele eBay saidil, kus kuvatakse sisestatud link-kaubamärgile vastavad tooted. eBay Europe on need märksõnad valinud vastavalt oma Ühendkuningriigi saidi kasutusstatistikale.

kaubanduslik teadaanne, kujutab endast reklaami. [15] Spondeeritud linkide osas on pooled ühel meelel selles, et eBay on ostnud linkkaubamärke moodustavaid märksõnu, mille sisestamisel otsingumootoritesse nagu Google, MSN ja Yahoo kuvatakse lingid tema enda saidile.

37. Niisiis, kui internetikasutaja sisestas 27. märtsil 2007 Google'i otsingumootorisse päringu „shu uemura", kuvati spondeeritud lingina tulemuseks järgmine eBay reklaam:

„Shu Uemura

Great deals on Shu uemura

Shop on eBay and Save!

www.ebay.co.uk"

38. See reklaamlink viis lehele eBay saidil, kus kuvati otsing fraasiga „shu uemura" „kõigis kategooriates" tulemusega „shu uemura kohta leitud 96 tulemust".

39. L'Oréal on väitnud, et enamik neist toodetest olid õigusi rikkuvad kaubad [16], mille kohta oli sõnaselgelt märgitud, et need olid „Hongkongist" või (ühel korral) „USAst".

40. Seega heidab L'Oréal eBayle sisuliselt ette seda, et L'Oréali kaubamärke kasutades suunab eBay oma kasutajaid neid märke rikkuvate kaupade juurde. Lisaks osaleb eBay seetõttu, et ta on vahetult seotud müügieelse tegevusega, mis viib kaupade kohta kirjete avaldamiseni ja nende kaupade reklaamimiseni tema saitidel ning müügini ja müügijärgsete protsessideni, vahetult ka üksikute müüjate poolt toime pandud rikkumistes.

41. Lisaks on L'Oréal väitnud, et isegi kui eBay ise ei ole kaubamärgi rikkumise eest vastutav, tuleks tema suhtes kohaldada kohtulikku keeldu direktiivi 2004/48 artikli 11 alusel.

15 – Kohtuasjas Google France ja Google kirjeldas Euroopa Kohus Google'i tasulist viitamisteenust „AdWords" järgmiselt: „See teenus võimaldab kõikidel ettevõtjatel ühe või mitme märksõna valimise abil saavutada juhul, kui märksõna või märksõnad ühtivad internetikasutaja poolt otsingumootorisse sisestatud päringuga, vastuseks niisuguse reklaamlingi kuvamise, mis suunab tema veebilehele. Selline reklaamlink kuvatakse "spondeeritud viidete„ väljal, mis asub kas arvutiekraani paremas servas, loomulikest tulemustest paremal, või ekraani ülemises osas, loomulikest tulemustest ülalpool. [...] Reklaamlingiga kaasneb lühike kaubanduslik teadaanne. Üheskoos moodustavad link ja teadaanne reklaamsõnumi, mis kuvatakse eespool kirjeldatud väljal."

16 – Parema jälgitavuse huvides kasutan väljendit „õigusi rikkuvad kaubad", kuigi olen täielikult teadlik sellest, et kaubad ise ei ole kunagi kaubamärgi rikkumise subjekt ega otsene objekt. Kaubamärgi rikkumine seisneb märgi ebaseaduslikus kasutamises olukorras, kus kaubamärgi omanikul on õigus seda keelata.

42. L'Oréal on loobunud hagist üksikute müüjate suhtes ning siseriikliku kohtu menetluse pooled on nüüd ainult L'Oreál ja eBay. [17]

43. Oma 22. mai 2009. aasta otsusega otsustas High Court menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule eelotsusetaotluse (edaspidi „22. mai 2009. aasta otsus"). Eelotsusetaotluse võttis High Court vastu 16. juulil 2009 (edaspidi „16. juuli 2009. aasta määrus").

44. High Court on seisukohal, et eBay saaks teha rohkem, et piirata võltsitud toodete müüki oma saidil. [18] High Court rõhutab aga, et asjaolu, et eBay saaks teha rohkem, ei tähenda tingimata, et ta on õiguslikult kohustatud seda tegema.

Eelotsuse küsimused

45. High Courti 16. juuli 2009. aasta määruses esitatud eelotsuse küsimused on järgmised:

„1. Kui kaubamärgiomaniku volitatud edasimüüjad varustatakse parfüümide ja kosmeetikatoodete tasuta näidistega (st näidistega, mida kasutatakse jaemüügikohtades toote tarbijatele tutvustamiseks) ja proovipudelitega (st mahutitega, millest valatakse väikeseid koguseid tarbijatele tasuta näidisteks), mis ei ole ette nähtud müügiks (ja mis on sageli märgistatud kirjaga „müümine keelatud" või „mitte üksikmüügiks"), siis kas on tegemist sellise kauba „turule viimisega" [direktiivi 89/104] artikli 7 lõike 1 ja [määruse nr 40/94] artikli 13 lõike 1 tähenduses?

2. Kui parfüümid või kosmeetikatooted on kastidest (või muust välispakendist) kaubamärgiomaniku nõusolekuta välja võetud, siis kas kaubamärgiomanikul on „õiguslik põhjendus" olla vastu lahtipakitud kaupade täiendavale turustamisele [direktiivi 89/104] artikli 7 lõike 2

17 – Mis puudutab seitset isikut, kes olid peale eBay kolme tütarettevõtja siseriikliku kohtu menetluses kostjad, on L'Oréal nõuded neljanda kuni kaheksanda kostja vastu tagasi võtnud ning üheksanda ja kümnenda kostja suhtes on tema taotlusel tehtud tagaseljaotsus. Seega ei ole vaja neid isikuid käsitleda käesoleva eelotsusemenetluse pooltena.

18 – eBay võiks näiteks kirjeid enne saidil avaldamist filtreerida, kasutada täiendavaid filtreid, kohustada müüjaid oma kaupade kohta kirjete tegemisel avaldama oma nime ja aadressi, määrata kõrge riskiga toodete müügile täiendavad mahupiirangud, kehtestada eeskirjad, et tõkestada muud laadi rikkumisi, mida käesolevas asjas ei käsitleda, ja eriti EMP-väliste kaupade müüki ilma kaubamärgi omaniku nõusolekuta, ning kohaldada karistusi rangemalt.

ja [määruse nr 40/94] artikli 13 lõike 2 tähenduses?

3. Kas vastus teisele küsimusele on erinev, kui:

a) kastidest (või muust välispakendist) välja võetud toodetel puudub [direktiivi 76/768/EMÜ] artikli 6 lõikes 1 nõutud teave ja eelkõige koostisosade loetelu või „parim enne" kuupäev?

b) sellise teabe puudumise tõttu on lahtipakitud kaupade müügiks pakkumine või müük selle ühenduse liikmesriigi õiguse kohaselt, kus kolmandad isikud neid müügiks pakuvad või müüvad, kuritegu?

4. Kas vastus teisele küsimusele on erinev, kui edasine turustamine mõjutab kahjulikult või võib mõjutada kahjulikult asjaomaste kaupade kuvandit ja seega ka kaubamärgi mainet? Kui see on nii, siis kas selline mõju on eeldatav või peab kaubamärgiomanik seda tõendama?

5. Kui *online*-turul tegutsev ettevõtja ostab otsingumootori haldajalt registreeritud kaubamärgiga identse tähise märksõnana kasutamise õiguse, nii et otsingumootori kasutaja näeb tähist esitatuna spondeeritud lingis *online*-turu haldaja veebisaidile, siis kas tähise kuvamine spondeeritud lingis kujutab endast tähise „kasutamist" [direktiivi 89/104] artikli 5 lõike 1 punkti a ja [määruse nr 40/94] artikli 9 lõike 1 punkti a tähenduses?

6. Kui eespool viiendas küsimuses nimetatud spondeeritud lingile klõpsates satub kasutaja otse kolmandate isikute poolt veebisaidile pandud tähise all müüdavate kaupade, mis on identsed registreeritud kaubamärgi all müüdavate kaupadega ja millest konkreetsete kaupade erineva seisundi tõttu on mõne puhul tegemist kaubamärgiõiguse rikkumisega ja teiste puhul mitte, reklaamidele või müügipakkumistele, siis kas *online*-turu haldaja kasutab tähist õigusi rikkuvate kaupade „puhul" [direktiivi 89/104] artikli 5

lõike 1 punkti a ja [määruse nr 40/94] artikli 9 lõike 1 punkti a tähenduses?

7. Kui nende kaupade hulka, mida reklaamitakse ja pakutakse müügiks eespool kuuendas küsimuses nimetatud veebisaidil, kuuluvad kaubad, mida kaubamärgiomanik ei ole EMPs turule viinud või mille turuleviimiseks ta ei ole nõusolekut andnud, siis kas selleks, et selline kasutamine kuuluks [direktiivi 89/104] artikli 5 lõike 1 punkti a ja [määruse nr 40/94] artikli 9 lõike 1 punkti a kohaldamisalasse ja jääks [direktiivi 89/104] artikli 7 lõike 1 ja [määruse nr 40/94] artikli 13 lõike 1 kohaldamisalast välja, on piisav, kui reklaam või müügipakkumine on suunatud tarbijatele kaubamärgiga hõlmatud territooriumil või peab kaubamärgiomanik tõendama, et reklaami või müügipakkumisega kaasneb tingimata asjaomaste kaupade turuleviimine kaubamärgiga hõlmatud territooriumil?

8. Kas vastused viiendale kuni seitsmendale küsimusele on erinevad, kui kaubamärgiomaniku poolt vaidlustatud kasutamise puhul esitatakse tähis *online*-turu haldaja enda veebisaidil, mitte spondeeritud lingis?

9. Kui selleks, et nimetatud kasutamine kuuluks [direktiivi 89/104] artikli 5 lõike 1 punkti a ja [määruse nr 40/94] artikli 9 lõike 1 punkti a kohaldamisalasse ja jääks [direktiivi 89/104] artikli 7 lõike 1 ja [määruse nr 40/94] artikli 13 lõike 1 kohaldamisalast välja, on piisav, kui reklaam või müügipakkumine on suunatud tarbijatele kaubamärgiga hõlmatud territooriumil:

   a) kas selline kasutamine kujutab endast või hõlmab „teenuse saaja poolt pakutava teabe talletamist" [direktiivi 2000/31] artikli 14 lõike 1 tähenduses?

   b) kui selliseks kasutamiseks ei ole eranditult [direktiivi 2000/31] artikli 14 lõike 1 kohaldamisalasse kuuluv tegevus, vaid kasutamine hõlmab sellist tegevust, siis kas *online*-turu haldaja vabaneb sellise tegevuse ulatuses vastutusest, ja kui see on nii, siis kas sellise kasutamise puhul võib

välja mõista kahjuhüvitise või muid rahalisi hüvitisi osas, mis ei ole vastutusest välistatud?

c) kas olukorras, kus *online*-turu haldaja teab, et tema veebilehel on kaupu reklaamitud, müügiks pakutud ja müüdud registreeritud kaubamärgist tulenevaid õigusi rikkudes ja et registreeritud kaubamärgist tulenevate õiguste rikkumine võib tõenäoliselt toimuda ka edaspidi, sest samad või erinevad veebilehe kasutajad reklaamivad, pakuvad müügiks ja müüvad samu või sarnaseid kaupu, on *online*-turu haldajal „tegelik teave" või kas ta on „teadlik" [direktiivi 2000/31] artikli 14 lõike 1 tähenduses?

10. Kui kolmas isik on kasutanud vahendaja, näiteks veebilehe haldaja teenuseid registreeritud kaubamärgist tulenevate õiguste rikkumiseks, siis kas [direktiivi 2004/48] artikli 11 kohaselt peavad liikmesriigid tagama, et kaubamärgiomanik saaks nõuda kohtult vahendajale keelu kehtestamist asjaomasest kaubamärgist tulenevate õiguste edasiste rikkumiste takistamiseks ja mitte ainult konkreetse rikkumise jätkamise takistamiseks ning kui see on nii, siis millises ulatuses peab sellist kohtulikku keeldu saama kohaldada?"

IV. Sissejuhatavad märkused

A. *Poliitilised küsimused*

46. Meenutan, et Euroopa Kohtu hiljutine praktika [19] tõhustab kaubamärkide, eriti mainekate kaubamärkide kaitset ja võtab arvesse mitte ainult kaubamärgi peamist ülesannet, milleks on tagada kaupade ja teenuste kaubanduslik päritolu, vaid ka muid ülesandeid, mis on seotud näiteks kvaliteediga, investeeringutega ja reklaamiga. [20] Need muud ülesanded on tänapäeva ärielus olulised, kuivõrd kaubamärgid omandavad sageli iseseisva majandusliku väärtuse kui tootemargid, mida

19 – Vt nt 8. juuli 2010. aasta otsus kohtuasjas C-558/08: Portakabin (EKL 2010, lk I-6963); 25. märtsi 2010. aasta otsus kohtuasjas C-278/08: BergSpechte (EKL 2010, lk I-2517); 26. märtsi 2010. aasta määrus kohtuasjas C-91/09: eis.de; otsus kohtuasjas Google France ja Google; 18. juuni 2009. aasta otsus kohtuasjas C-487/07: L'Oréal jt (EKL 2009, lk I-5185); 12. juuni 2008. aasta otsus kohtuasjas C-533/06: O2 Holdings ja O2 (UK) (EKL 2008, lk I-4231); 11. septembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-17/06: Céline (EKL 2007, lk I-7041); 25. jaanuari 2007. aasta otsus kohtuasjas C-48/05: Adam Opel (EKL 2007, lk I-1017); ja 12. novembri 2002. aasta otsus kohtuasjas C-206/01: Arsenal Football Club (EKL 2002, lk I-10273).

20 – Seni ei ole veel saavutatud kaubamärgi „ülesannete" ühtset terminoloogilist või sisulist tõlgendamist. Sama tuleb öelda kaubamärgi eri ülesannete vaheliste põhimõtteliste seoste kohta, eriti küsimuses, kas mõnda nendest ülesannetest (või kõiki) võib tegelikult käsitada osana kaubamärgi peamisest ülesandest, milleks on tagada tarbijatele kauba või teenuse päritolu. Euroopa Kohus on kaubamärgi muude ülesannetena määranud kindlaks kaupade või teenuste kvaliteedi tagamise ning teavitamise, investeeringute või reklaamiga seotud ülesanded (vt otsus kohtuasjas L'Oréal jt, punkt 58). Edaspidi kasutan mõisteid päritolu tagamise ülesanne, kvaliteedi tagamise ülesanne, teavitamisülesanne, reklaamiülesanne ning investeeringutega seonduv ülesanne.

kasutatakse kõnealuste kaupade ja teenuste pelgast päritolust laiatähenduslikuma sõnumi edastamiseks. Minu arvates on seda arengut arvesse võetud, et ELi kaubamärgiõigus saaks teenida kasulikku otstarvet.

47. Samas ei tohi unustada, et kuigi kaubamärk pakub erinevalt autoriõigusest või patendist [21] ainult suhtelist kaitset, on see kaitse tähtajatu ja kehtib seni, kui kaubamärk on kasutusel ja tema registreering jõus. Kaubamärgi kaitse hõlmab ainult tähise kaubamärgina kasutamist kaubandustegevuse käigus ja ainult sellist kasutamist, mis on seotud kaubamärgi mitmesuguste funktsioonidega. Lisaks hõlmab see kaitse ainult identseid või sarnaseid kaupu, välja arvatud juhul, kui kaubamärk on mainekas. Peale selle kehtivad kaubamärgi kaitse suhtes õiguslikud piirangud: kaitse lõpeb, kui kaubamärgi omanik on kaubamärgi majandusliku väärtuse vastavate kaupade suhtes realiseerinud, ning kaitse on territoriaalselt piiratud.

48. Eespool nimetatud piiranguid on vaja selleks, et säiliks kaubandus- ja konkurentsivabadus [22], mis näeb ette, et ettevõtjatel peab olema oma kaupade ja teenuste tähistamiseks võimalik kasutada erimärke ja keelelisi väljendeid, et kaubamärkide omanikud ei saa takistada oma kaitstud tähiste seaduslikku kaubanduslikku ja muud kasutamist ning et sõnavabadust ei tohi põhjendamatult piirata. [23]

49. Tuleb meeles pidada, et eBay kasutajate poolt selle e-turul avaldatavad kirjed on teadaanded, mis on kaitstud teabe- ja sõnavabadusega, mis on ette nähtud Euroopa Liidu põhiõiguste harta artikliga 11 ning Euroopa

21 – Vt Breitschaft, A., „Intel, Adidas & Co – is the jurisprudence of the European Court of Justice on dilution law in compliance with the underlying rationales and fit for the future?", *European Intellectual Property Law Review*, 2009, 31(10), lk 497–504, lk 498. Artikli autor on seisukohal, et Euroopa Liidu õigust võib kritiseerida selles osas, et see annab mainekate kaubamärkide omanikele oma tähiste kasutamisel teatavat laadi monopoli, kuigi algselt ei olnud ELi kaubamärgiõigus mõeldud selleks, et anda intellektuaalomandile ainuõigusi nagu need kaasnevad patentide või autoriõigustega.

22 – Kohtujurist Poiares Maduro on neid aspekte põhjalikumalt analüüsinud. Vt tema 22. septembri 2009. aasta ettepanek kohtuasjas Google France ja Google, punktid 101–112.

23 – Sedamööda, kuidas paraneb mainekate kaubamärkide kui tootemarkide õiguslik kaitse, muutub üha olulisemaks selle tagamine, et seejuures ei piirataks põhjendamatult sõnavabadust parodeerimisel, kunstilisel väljendamisel ning tarbimismentaliteedi ja sellega seotud elustiilide kritiseerimisel. Sama kehtib arutelude kohta kaupade ja teenuste kvaliteedi üle. Sellel teemal vt Senftleben, M., „The Trademark Tower of Babel – Dilution Concepts in International, US and EC Trademark Law", *International review of intellectual property and competition law*, 40. kd, 2009, nr 1, lk 45–77, lk 62–64.

inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni artikliga 10. [24]

50. E-turud nagu eBay on ettevõtjatele ja eraisikutele loonud erakordseid võimalusi üksteisega otse kauplemiseks ja samas vähendanud kaupade kohaletoimetamisega ja maksmisega seotud riske. Põhikohtuasi, aga ka teiste liikmesriikide ja kolmandate riikide kohtute menetlused näitavad, et neid võimalusi võidakse kuritarvitada [25], mis võib viia autori- ja kaubamärgiõiguste rikkumiseni. [26] Seega on asjakohane tagada, et tõhus õiguslik kaitse on intellektuaalomandi õiguste omanikele saadaval ka nendes nüüdisaegsetes keskkondades. Samas ei tohi see kaitse rikkuda nende keskkondade kasutajate ja teenuseosutajate õigusi.

51. Kaubamärgikaitse puhul tuleks meeles pidada, et kaubamärke ei kaitsta muude kui äriliste tehingute raames. Peale selle ei tohi kaubamärgi omanik takistada tehinguid ja tavasid, mis ei kahjusta kaubamärgi funktsioone, nagu näiteks kaubamärgi üksnes kirjeldavad kasutusviisid või selle kasutamine õiguspärases võrdlevas reklaamis.

52. Sama kehtib direktiivi 89/104 artiklis 6 määratletud õiguspäraste kasutusviiside kohta või kaupade puhul, mille kaubamärgikaitse on sama direktiivi artikli 7 kohaselt ammendunud. Sedalaadi õiguspärased kasutusviisid võivad puudutada ka luksus-kosmeetikatooteid, nagu L'Oréali omad. Näiteks võib ette kujutada, et mõni abielumees soovib pärast jõule ära müüa avamata karbis kalli jumestuskreemi, mille ta oli ostnud oma naisele kingituseks, kuid mille puhul on selgunud, et naine on selle koostisainete suhtes allergiline. Mõni kaupmees võib olla ostnud hulga kaitstud kaubamärgiga parfüüme sellise poepidaja pankrotivarast, kes kuulus kaubamärgi omaniku valikulisse turustussüsteemi, ja soovib

24 – Vt kohtujurist Alberi 8. aprilli 2003. aasta ettepanek kohtuasjas C-71/02: Karner (EKL 2004, lk I-3025, punkt 75) ja Euroopa Inimõiguste Kohtu 20. novembri 1989. aasta otsus kohtuasjas Markt Intern Verlag GmbH ja Klaus Beermann *vs.* Saksamaa, A-seeria, nr 165, punktid 25 ja 26, ning 24. veebruari 1994. aasta otsus kohtuasjas Casado Coca *vs.* Hispaania, A-seeria, nr 285-A, punktid 35 ja 36.

25 – High Court mainib oma otsuses L'Oréali toodete katseoste eBay e-turul. Üht katseostude sarja võib pidada tüüpiliseks näiteks: see näitas, et 70% toodetest ei olnud mõeldud müügiks EMPs (võltsitud tooted, EMP-välised tooted ja EMP tooted, mis ei ole ette nähtud müügiks). Sarnased tulemused on ilmnenud ka muudes olukordades. Võrdluseks: eBay ja Tiffany Inc. kohtumenetluses tuvastati, et ligi 75% eBay e-turul kaubeldud Tiffany kaupadest olid võltsitud (vt USA District Court, Southern District of New Yorki 14. juuli 2008. aasta otsus kohtuasjas Tiffany (NJ) Inc. *vs.* eBay Inc., No 04 Civ. 4607 RJS, 576 F.Supp.2d 463 (2008), lk 20; otsus on apellatsioonmenetluses kinnitatud Second Circuiti 1. aprilli 2010. aasta otsusega, välja arvatud valereklaami osas, milles osas kohus määras otsuse uuesti läbivaatamise; vt otsus kohtuasjas Tiffany (NJ) Inc. *vs.* eBay, Inc., 600 F.3d 93, 114 (2d Cir.2010) (Tiffany II).

26 – Minu teada on internetituru vastutust kaubamärgiõiguse rikkumiste puhul seni käsitlenud muu hulgas Ameerika Ühendriikide, Belgia, Prantsuse, Saksa ja Ühendkuningriigi kohtud.

nüüd neid mõnel e-turul maha müüa. [27] Seega on õiguspärased teisesed tehingud ja pakkumised võimalikud ka kosmeetikatoodetega, isegi kui selliseid tehinguid ja pakkumisi esineb harvem kui kestvuskaupadega, sõidukitega, paatidega või disainkaupadega. Igatahes ei tohiks käesoleva eelotsusetaotluse küsimustele vastates piirata mis tahes laadi kaupade puhul tähise seaduslikke kasutusviise, mida kaubamärgi omanik ei saa õiguspäraselt takistada.

infoühiskonna teenuste osutajate, nagu eBay, õiguste tasakaalustamisel määrata kindlaks, mida võib teenuseosutajatelt kolmandate isikute poolsete rikkumiste ärahoidmiseks õiguspäraselt eeldada.

B. *Esmane ja teisene vastutus kaubamärgiõiguste rikkumisel*

53. Samuti on oluline meeles pidada, et direktiivi 2000/31 eesmärk on selle preambuli kohaselt edendada infoühiskonna teenuseid ja e-kaubandust. Selle direktiivi artiklitega 12, 13 ja 14 ette nähtud vastutuse piirangute eesmärk on võimaldada infoühiskonna teenuseid osutada ilma, et sellega kaasneks õiguslikku vastutust, mida teenuseosutaja ei saa ennetada, kaotamata seejuures oma ärimudeli majandusliku ja tehnilise teostatavust. Seega tuleb kaubamärgi omanike ning

54. Üks käesoleva asja küsimustest puudutab seda, kas eBayle saab omistada esmast vastutust L'Oréali kaubamärgiõiguste rikkumise eest põhjusel, et vastavaid kaupu müüakse tema hallataval e-turul. Sedalaadi esmane vastutus võib hõlmata eBay vastutust enda toimepandud rikkumiste eest või langeda kokku tema e-turul tegutsevate müüjate vastutusega nende toimepandud rikkumiste eest. Viimasel juhul võib samas faktilises olukorras tekkida kaks omavahel seotud, kuid

27 – Kuna valikulised turustussüsteemid on lepingulised, ei seo nad kolmandaid isikuid. Seega ammendub kaubamärgikaitse ka juhul, kui sellisesse süsteemi kuuluv turustaja müüb kaubamärgiga kaitstud kaupu kolmandale isikule vastuolus tema ja kaubamärgi omaniku vahel sõlmitud turustuslepinguga. Euroopa Kohus tuvastas oma 30. novembri 2004. aasta otsuses kohtuasjas C-16/03: Peak Holding (EKL 2004, lk I-11313), et kaubamärgikaitse ammendumine ei ole välistatud olukorras, kus edasimüük EMPs on toimunud müügilepingu sätet rikkudes (vt punkt 56).

eraldi rikkumist.[28] Seega on küsimus selles, kas eBay on ise rikkunud L'Oréali kaubamärgiõigusi. Vastutus sellisel juhul sõltub sellest, kuidas tõlgendada ja kohaldada ELi ühtlustatud kaubamärgiõigust, täpsemalt direktiivi 89/104 artikleid 5, 6 ja 7 ning määruse nr 40/94 vastavaid sätteid.

55. See juhtum puudutab muu hulgas ka nn teisest vastutust: siin tähistaks see infoühiskonna teenuse osutaja võimalikku vastutust tema teenuste kasutajate toimepandud rikkumiste eest.[29] High Court märgib õigesti, et sedalaadi vastutus teiste toime pandud rikkumiste eest ei ole ELi kaubamärgiõiguses ühtlustatud, vaid kuulub siseriikliku õiguse reguleerimisalasse. ELi õiguses ei ole ühtki sätet, mis kohustaks ettevõtjaid hoidma ära kaubamärgiõiguse rikkumisi, mida panevad toime kolmandad isikud, või hoiduma tegevusest, mis võiks sellistele rikkumistele kaasa aidata või neid hõlbustada.[30] Sellegipoolest on direktiivi 2000/31 artiklites 12, 13 ja 14 ette nähtud selle vastutuse või täpsemalt selle puudumise tingimuste osaline ühtlustamine. Lisaks näeb ELi õigus ette, et intellektuaalomandi õiguste omanikud võivad nõuda kohtulikke tõkendeid vahendajate suhtes, kelle teenuseid kasutas kolmas osapool nende õiguste rikkumisel.

56. Seega ei ole küsimused nagu kaubamärgiõiguste kaasaaitav rikkumine, mida käsitletakse Ameerika Ühendriikide õigusdoktriinis, käesoleva menetluse ese. Sama käib sarnaste mõistete kohta teistes õigussüsteemides, nagu näiteks *common law*' mõiste *joint tortfeasorship* või Saksa *Störerhaftung*.[31]

28 – Näiteolukord: A toodab ja tähistab tooteid kolmanda isiku kaubamärgiga ilma selle nõusolekuta ning B viib need turule.

29 – High Court nimetab seda vastavalt Inglise õigusele „kaasvastutuseks". Mõnes õigussüsteemis võib rääkida ka kaudsest rikkumisest võrreldes otseste rikkumistega, mida panevad toime esmased rikkujad.

30 – Nõukogu 22. detsembri 1994. aasta määrus (EÜ) nr 3295/94 võltsitud ja piraatkauba vabasse ringlusse lubamist, eksporti, reeksporti või peatamisprotseduuri algatamist keelustavate meetmete sätestamise kohta (EÜT 1994, L 341, lk 8; ELT eriväljaanne 02/05, lk 318; muudetud) keelab muu hulgas lasta vabasse ringlusse, eksportida ja reeksportida võltsitud ja piraatkaupa.

31 – Saksa *Störerhaftung*it võib tõlkida „häirija" või „sekkuja" vastutuseks või vastutuseks häirimise eest. *Störerhaftung* on seotud õiguste rikkumisega, kuid samas ei kaasne sellega tsiviilvastutust. Selle kohaldamiseks võidakse „häirija" suhtes kohaldada kohtulikku keeldu, isegi kui temalt ei nõuta kahju hüvitamist. Vt Rühmkorf, A., „The Liability of online auction portals: Toward a Uniform Approach?", 14 nr 4, *Journal of Internet Law*, oktoober 2010, lk 3.

57. Ameerika Ühendriikide õigusdoktriinis ja kohtupraktikas võrreldakse e-turgude seisundit sageli vanakraamiturgude või garaažimüükide omaga.[32] Kuigi selline analoogia võib olla illustratiivne, on ELi õiguse puhul kõige rohkem kasu asjaomaste õigusaktide eesmärgipärasest tõlgendamisest ja Euroopa Kohtu praktikas kindlaks määratud põhimõtete kohaldamisest.

58. Võib-olla on tähtis juhtida tähelepanu sellele, et siseriiklikes kohtumenetlustes, kus on arutatud eBay või teiste sarnaste e-turgude vastutust, ei ole minu teada kordagi tehtud otsust selle kohta, et e-turu haldaja on kolmandate isikute kaubamärgiõiguste esmane rikkuja. Mõni kommentaator väidab, et mõni Prantsuse ja USA kohus on omistanud e-turule teisese vastutuse, samas kui teised Prantsuse ja USA, aga ka Belgia ja Saksa kohtud on sellise vastutuse olemasolu eitanud. Samas on Saksa kohtupraktikas e-turgude suhtes nn *Störerhaftung*'i alusel kohaldatud tõkendeid selleks, et hoida ära kaubamärgiõiguste edasist rikkumist kolmandate isikute poolt, kuigi Saksa kohtud on keeldunud omistamast e-turgudele tsiviilvastutust.[33]

32 – Vastutuse kohta kaubamärgi rikkumisele kaasaaitamise eest (ingl *contributory liability*) Ameerika Ühendriikides vt 19. joonealuses märkuses viidatud kohtujurist Poiares Maduro ettepanek kohtuasjas Google France ja Google.

C. Kaubamärgi identiteedi kaitsmine ja interneti viitamisteenuse märksõnad

59. High Court jagab eelotsuse küsimused nelja rühma: kostjate poolt müüdavate ja kaubamärgiõigusi rikkuvate kaupade laadiga seotud küsimused; eBay solidaarne[34] või esmane vastutus; eBay võimalused tugineda direktiivi 2000/31 artiklile 14; ning õiguskaitsevahendi olemasolu L'Oréali jaoks vastavalt direktiivi 2004/48 artiklile 11. Kaubamärgiõigusi rikkuvad kaubad võib jagada nelja

33 – Ülevaate hiljutisest kohtupraktikast annab Rühmkorf, *op. cit.* ja Cheung, A.S.Y. – Pun, K.K.H., „Comparative study on the liability for trade mark infringement of online auction providers", *European Intellectual Property Review*, 2009, 31(11), lk 559–567; Bagnall, M., Fyfield, D., Rehag, C. ja Adams, M., „Liability of Online Auctioneers: Auction Sites and Brand Owners Hammer It Out", *INTA Bulletin*, 65. kd, nr 1 (1.1.2010), lk 5–7. Vt ka Trademarks and Unfair Competition Committee of the New York City Bar Association, „Report on Online auction sites and trademark infringement liability", www.abcny.org.

34 – Meenutan siiski, et High Court välistas oma 22. mai 2009. aasta otsuses Inglise õiguse kohaselt eBay kaasvastutuse kui ta käsitles L'Oréal esitatud vastutuse alust, nimelt vastutust ühiselt lepinguvälise kahju tekitamise („joint tortfeasorship") eest ühise plaani loomises või selle elluviimises osalemise tõttu.

rühma: võltsitud kaubad, EMP-välised kaubad, näidised ja proovitooted ning lahtipakitud tooted.

60. Eelotsusetaotluse aluseks on eeldus, et kohaldatav ELi kaubamärgiõiguse säte on direktiivi 89/104 artikli 5 lõike 1 punkt a. See säte reguleerib nn kaitset identsuse korral ehk kaubamärgiga identse tähise kasutamist kaupade või teenuste puhul, mis on identsed nendega, mille jaoks kaubamärk on registreeritud. Euroopa Kohtu praktika kohaselt eeldab kaitse identsuse korral tähise ja kaubamärgi täielikku identsust, ning see on välistatud, kui neil on isegi väikeseid või ebaolulisi erinevusi. [35]

61. Otsingumootori märksõna on märkide, enamasti tähtede jada. Märksõna ei ole enamasti tõstutundlik, kuid selle võib tõstutundlikuna määratleda. Eelotsusetaotlusest nähtub, et mõni asjassepuutuv kaubamärk on lihtsalt stiliseeritud sõnamärk ja üks on kujutismärk sõnadega „AMOR AMOR" käsikirjalistes suurtähtedes. [36]

62. Kohtuotsust LTJ Diffusion rangelt kohaldades oleks kaubamärgi ja märksõna identsus välistatud ning kohaldada tuleks direktiivi 89/104 artikli 5 lõike 1 punkti b, mis käsitleb sarnaseid kaubamärke. Sellega kaasneks selles sättes ette nähtud nn segiajamise tõenäosuse kriteeriumi kohaldamine. Segiajamine kui selline on ilmselgelt tõenäoline ühelt poolt lihtsalt stiliseeritud sõnamärkide või domineeriva sõnalise elemendiga kujutismärkide ning teiselt poolt märksõnade vahel. Seepärast ei pea ma otstarbekaks laiendada käesolevat analüüsi muule kui küsimustele, mis on seotud kaitsega identsuse korral.

63. Direktiivist 89/104 ja asjaomasest kohtupraktikast tuleneb kuus tingimust. Registreeritud kaubamärgi omanik saab

35 – Vt 20. märtsi 2003. aasta otsus kohtuasjas C-291/00: LTJ Diffusion (EKL 2003, lk I-2799, punktid 50–54). Nagu ma aru saan, on lihtsate sõnamärkide ning stiliseeritud sõnamärkide või domineeriva sõnalise elemendiga kujutismärkide erinevused alati olulised. Kui see nii ei oleks, ei oleks ka põhjust registreerida viimasesse kategooriasse kuuluvaid kaubamärke eraldi.

36 – Ühtlustamisameti suuniste (C osa: Vastulaused; 2. osa, 1. peatükk – Identsus; viimane versioon novembrist 2007) kohaselt koosnevad sõnamärgid tähtedest, numbritest ja muudest märkidest vastava asutuse standardkirjastiilis. See tähendab, et sõnamärkide puhul ei taotleta erilise kujunduse või välimuse registreerimist. Peale selle ei mängi sõnamärkide puhul rolli suur- ja väiketähed (vt punkt 3.2). Kujutismärkide kohta märgitakse suunistes, et kui üks märkidest on i) erilises kirjastiilis, nagu näiteks käekirjastiilis, nii et sõnamärk muutub üldvälimuse poolest kujutismärgiks, ii) standardkirjastiilis kujundatud (värvilisel) taustal või iii) standardkirjastiilis värviliste tähtedega, ja teine on sõnamärk, siis need kaks märki ei ole identsed (vt punkt 3.3, mis sisaldab näiteid).

direktiivi 89/104 artikli 5 lõike 1 punktile a tugineda ainult juhul, kui on täidetud järgmised tingimused:[37] 1) tähist on kasutanud kolmandad isikud; 2) see kasutamine on toimunud kaubandustegevuse käigus;[38] 3) see kasutamine on toimunud ilma kaubamärgi omaniku nõusolekuta; 4) kasutatud tähis on kaubamärgiga identne; 5) kasutamisega on seotud kaubad või teenused, mis on identsed nendega, mille jaoks kaubamärk on registreeritud; ning 6) kasutamine mõjutab või võib mõjutada kaubamärgi teatavaid ülesandeid.[39]

V. Näidised ja proovipudelid

64. Käsitlen nüüd eelotsuse küsimusi.

65. Esimese küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas parfüümide ja kosmeetikatoodete näidised ja proovipudelid, mis ei ole ette nähtud müügiks ja mis antakse kaubamärgi omaniku poolt volitatud edasimüüjale tasuta, on kaubad, mida „viiakse turule" direktiivi 89/104 artikli 7 lõike 1 ja määruse nr 40/94 artikli 13 lõike 1 tähenduses.

66. Euroopa Kohus analüüsis sarnast küsimust hiljuti kohtuasjas Coty Prestige Lancaster Group.[40] Ta tuvastas, et „asjaoludel, mille kohaselt kaubamärgi omanik annab „parfüümide proovipudelid" edasi temaga lepinguga seotud edasimüüjatele selleks, et viimased saaksid lubada oma klientidel tarvitada kaupade sisu proovimise eesmärgil, ilma omandiõiguse üleandmiseta ja müügikeeldu kehtestades, ning olukorras, kus kaubamärgi omanik võib kauba igal ajal tagasi võtta ning kus kauba kujundus erineb kaubamärgi omaniku poolt nendele edasimüüjatele üleantavate parfüümipudelitega võrreldes tunduvalt, välistab asjaolu, et asjaomased proovipudelid on parfüümipudelid, mis on varustatud märgetega „näidis" ja „müümine keelatud", vastupidiste tõendite puudumisel, mille hindamine on eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne, võimaluse, et kaubamärgi omanik on andnud kaudse nõusoleku nende turuleviimisele".[41]

37 – Vt kohtuotsus Arsenal, punkt 51; 16. novembri 2004. aasta otsus kohtuasjas C-245/02: Anheuser-Busch (EKL 2004, lk I-10898, punkt 59); kohtuotsus Adam Opel, punktid 18–22; ja Céline'i otsus, punkt 16.

38 – Euroopa Kohus on otsustanud, et tähise kasutamine on kaubandustegevuse käigus kasutamine juhul, kui see toimub äritegevuse raames majandusliku kasu saamise eesmärgil, mitte eraviisiliselt. Vt kohtuotsus Arsenal, punkt 40.

39 – High Court on seisukohal, et kuues tingimus on üleliigne ja tekitab segadust (vt 22. mai 2009. aasta otsus, punktid 288 ning 300–306). Ka õiguskirjanduses on väiteid, mis kritiseerivad Euroopa Kohtu hiljutise kohtupraktika ebajärjekindlust või selle kohaldamise keerulisust. Kuigi ma saan nendest väidetest mõningal määral aru, ei pea ma käesolevas eelotsusemenetluses, kus on kõne all e-turg, vajalikuks nende arutamisega ühineda.

40 – 3. juuni 2010. aasta otsus kohtuasjas C-127/09: Coty Prestige Lancaster Group (EKL 2010, lk I-4965).

41 – Kohtuotsus Coty Prestige Lancaster Group, punkt 48.

67. High Court märgib esimeses eelotsuse küsimuses, et näidised ja proovipudelid ei ole ette nähtud müügiks ning on sageli varustatud märkega „müümine keelatud" või „mitte üksikmüügiks". Kaubamärgi omaniku volitatud edasimüüjad saavad neid tasuta. Minu arvates viitab küsimuse sõnastus üldjoontes nende elementide olemasolule, mida Euroopa Kohus pidas kohtuotsuses Coty Prestige Lancaster Group määravaks, et välistada kaubamärgi omaniku kaudne nõusolek näidiste ja proovipudelite turuleviimisega. Seega saab öelda, et neid kaupu nendel asjaoludel turule ei viida.

VI. Kaubamärgiga kaitstud kosmeetikatoodete lahtipakkimise tagajärjed

68. Originaalpakendita margitoodete müümise küsimust direktiivi 89/104 artikli 7 kontekstis ei ole Euroopa Kohus minu teada seni veel otseselt käsitlenud. Sellegipoolest olen ma arvamusel, et teisele, kolmandale ja neljandale eelotsuse küsimusele, mis käsitlevad seda teemat, on võimalik vastata olemasolevale kohtupraktikale tuginedes.

69. Kohtuotsuses Boehringer Ingelheim tõlgendas Euroopa Kohus direktiivi 89/104 artikli 7 lõiget 2 nii, et kaubamärgi omanik võib õigustatult vastu seista ravimi hilisemale turustamisele, kui paralleelimportija on kasutanud selle toote jaoks uut pakendit, millele on uuesti trükitud ka kaubamärk, või on kinnitanud toote pakendile sildi, ainult juhul, kui on täidetud viis tingimust, kaasa arvatud tingimus, et ümberpakendatud toote esitus ei tohi olla selline, mis võib kahjustada kaubamärgi ja selle omaniku mainet. Ümberpakendatud ravimi esitus võib näiteks olla sobimatu ja sellega kahjustada kaubamärgi mainet näiteks juhul, kui ravimi pakend või silt ei ole küll katkine, halva kvaliteediga või määrdunud, aga on selline, et mõjutab kaubamärgi väärtust, kahjustades selle tootega kaasnevat tõsiseltvõetavuse ja kvaliteedi imagot ning usaldust, mis asjaomasel avalikkusel selle suhtes on. [42]

70. Kui kaubamärki kandvate toodete seisund on pärast nende turuleviimist muutunud või halvenenud, võib kaubamärgi omanik õigustatult olla vastu nende toodete edasisele turustamisele direktiivi 89/104 artikli 7 lõike 2 tähenduses. Selle hindamisel, kas toote

42 – Vt 26. aprilli 2007. aasta otsus kohtuasjas C-348/04: Boehringer Ingelheim jt (EKL 2007, lk I-3391, punktid 43 ja 44).

algne seisund on halvenenud, keskendutakse harilikult tootele pakendi sees. [43]

71. Kuid minu arvates ei saa välistada, et selliste kaupade nagu luksus-kosmeetikatooted puhul loetakse toote välispakend selle erilise kujunduse tõttu, mis sisaldab kaubamärki, mõnikord toote seisundi osaks. Sellisel juhul on kaubamärgi omanikul õigus olla vastu selliste toodete edasisele turustamisele lahtipakitud kujul. [44]

72. Pean vajalikuks lisada, et ma ei jaga komisjoni seisukohta, et kui kaupadelt nagu parfüümid ja kosmeetikatooted eemaldatakse karbid või muu välispakend ilma kaubamärgi omaniku nõusolekuta, on viimasel alati õigus olla vastu selliste kaupade edasisele turustamisele direktiivi 89/104 artikli 7 lõike 2 tähenduses.

73. Esiteks tuleb meeles pidada, et direktiivi 89/104 artikli 7 põhireegel on õiguste ammendumine. Seega tuleb kaubamärgi omaniku võimalust olla vastu oma kaupade edasisele turustamisele pärast seda, kui ta on kaubamärgi majandusliku väärtuse nende kaupade suhtes juba realiseerinud, tõlgendada kitsalt.

74. Teiseks ei saa välistada, et isegi kosmeetikatoodete välispakend võib olla selline, et selle eemaldamine ei riku kaubamärgi funktsioone seoses kauba päritolu ja kvaliteedi tähistamisega ega kahjusta selle mainet. Nii võib see olla näiteks odavamate kosmeetikatoodete puhul.

75. Seega tuleb küsimust, kas kaubamärgi omanik võib õigustatult olla vastu oma kaubamärki kandvate toodete pakendite hilisemale eemaldamisele, analüüsida juhtumipõhiselt. Sellega seoses kirjeldab High Court kaht hüpoteetilist olukorda. Esimene neist hõlmab lahtipakitud kosmeetikatooteid, millele ei ole kantud direktiiviga 76/768 ette nähtud teavet. Teine puudutab olukordi, kus sellise teabe puudumine on süütegu selle liikmesriigi õiguse kohaselt, kus neid müügiks pakutakse või müüakse. [45]

76. Minu arvates sisaldub kosmeetikatoodete direktiivi või tegelikult iga tooteohutust või

43 – 11. juuli 1996. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-427/93, C-429/93 ja C-436/93: Bristol-Myers Squibb jt (EKL 1996, lk I-3457).

44 – Selliste toodete eripära kohta kaubamärgiõiguses vt 4. novembri 1997. aasta otsus kohtuasjas C-337/95: Parfums Christian Dior (EKL 1997, lk I-6013, punktid 42–44).

45 – Eelotsusetaotluse kohaselt puudutab see asjaolu, et eBay keelab müüa lahtipakitud kosmeetikatooteid Saksamaale, kuid lubab seda teha teistesse liikmesriikidesse.

tarbijakaitset käsitleva ELi õigusakti täitmise nõue iseenesest kaubamärgi maine kaitsmises. Kosmeetikatoote mainet võib kahjustada näiteks see, kui tarbijatel tekivad toote suhtes tugevad allergilised reaktsioonid, kuna puudub koostisainete loetelu. Kuid sellega seoses ei ole oluline, kas lahtipakitud kosmeetikatoodete müümine on siseriikliku õiguse kohaselt süütegu. Kaubamärgi mainet võib küll kahjustada see, kui ühtlustatud Euroopa eeskirjadega ette nähtud asjakohane tarbijateave puudub, kuid mitte tagajärjed, mis võivad sellistel juhtudel kaasneda kaupmeeste jaoks vastavalt liikmesriikide õigusele.

77. Nii et isegi kui kaubamärgiõigus ei kaitse iseenesest direktiivi 76/768 eesmärke kui selliseid, võib, nagu sellele on õigesti tähelepanu juhtinud kohtujurist Stix-Hackl [46], kaubamärgiga kaitstud toodete edasine turustamine vastuolus selle direktiiviga iseenesest tõsiselt kahjustada kaubamärgi mainet ja seega anda kaubamärgi omanikule õiguspärase põhjuse olla vastu sellisele turustamisele.

78. Lõpetuseks küsib High Court oma neljanda küsimusega, kas seda, et lahtipakitud kosmeetikatoodete edasine turustamine kahjustab või võib kahjustada nende toodete kuvandit ja seega kaubamärgi mainet, tuleb eeldada või peab seda tõendama kaubamärgi omanik.

79. Sellele küsimusele vastamiseks pean tegema ühe kõrvalmärkuse. Iseenesest on selge, et kuna kaubamärgikaitse puudutab ainult tähiste kasutamist kaubandustegevuse käigus, jääb eraisikute tegevus kaubamärgiga kaitstud toodete müümisel või ostmisel kaubamärgiõiguse kohaldamisalast välja. [47]

80. Originaalpakendil võib olla kosmeetikatootega seotud kaubamärgi päritolu ja kvaliteedi tagamise ülesannete kaitsmisel määrav tähtsus. Meenutan, et direktiivi 89/104 artikli 5 lõike 1 punkti a puhul on jutt identsusega seonduvast kaitsest ehk kaubamärgi omaniku „absoluutsest" kaitsest sama tähise kasutamise vastu samadel kaupadel (ilma, et oleks vaja tuvastada kaupade segiajamise tõenäosust). [48] Isegi kui nende asjaolude esinemise tõendamine, mis väidetavalt kujutavad endast kaubamärgi omaniku õiguste rikkumist kolmanda isiku poolt, on harilikult kaubamärgi omaniku ülesanne, siis olukorras, kus sama

46 – Vrd kohtujurist Stix-Hackli 5. aprilli 2001. aasta ettepanek liidetud kohtuasjades C-414/99, C-415/99 ja C-416/99: Zino Davidoff ja Levi Strauss (EKL 2001, lk I-8691, punktid 120 ja 121).

47 – Samas ei pruugi asjaolu, et eBay eristab kutselisi müüjaid teistest, langeda kokku mõistega „kaubandustegevuse käigus".

48 – Vt nt kohtuotsus LTJ Diffusion, punktid 48–50.

kaubamärki kasutatakse samadel kaupadel ilma kaubamärgi omaniku nõusolekuta, on minu arvates kasutaja see, kes peab tõendama oma tegevuse seaduslikkust, kaasa arvatud seda, et see ei kahjusta kaubamärgi mainet.

81. Seepärast olen ma seisukohal, et võib eeldada, et kosmeetikatoodete edasine turustamine kahjustab või võib kahjustada nende toodete kuvandit ja seega kaubamärgi mainet kõikidel juhtudel, kui neid pakutakse originaalpakendist eemaldatuna müügiks või müüakse kaubandustegevuse käigus, nagu Euroopa Kohus on seda määratlenud oma praktikas. Sellest järeldub, et kaubamärgi omanikul ei lasu tõendamiskohustust, vaid müüja on kohustatud tõendama vastupidist. [49]

82. Mul on raske ette kujutada, et e-turul müüakse kosmeetikatooteid ühest-kahest tootest suuremates mahtudes muul eesmärgil kui majandusliku kasu saamine ja muu tegevuse käigus kui kaubandustegevus, isegi kui see toimub väikses ulatuses.

49 – Minu arvates võib kasutaja selle kohustuse täita näiteks siis, kui ta tõendab, et kaubamärk on suhteliselt tundmatu ja välispakendil ei ole tarbijate jaoks mitte mingisugust olulist teavet.

VII. Tasuline interneti viitamisteenus ja e-turu haldaja

A. *Sissejuhatus*

83. Erinevalt esimesest kuni neljandast küsimusest, mis käsitlevad „puhtalt" kaubamärgitemaatikat, tuleb viienda kuni kümnenda küsimuse analüüsi laiendada infoühiskonna teenuste mitmesugustele aspektidele.

84. Tundub, et on asjakohane käsitleda viiendat, kuuendat ja kaheksandat küsimust koos. Kõik need küsimused käsitlevad olukorda, kus e-turu haldaja ostab tasulise interneti viitamisteenuse osutajalt kolmandate isikute kaubamärkidega identseid märksõnu, ja seda, kas see tegevus kujutab endast tähise kasutamist.

85. Sisuliselt küsib High Court seda, kas eBay ärimudeli teatavate aspektidega kaasneb see, et eBayle on võimalik omistada esmane vastutus kolmandate isikute poolse kaubamärgiõiguste rikkumise eest seoses tema süsteemis kaubeldavate kaupadega, kui nende kaubamärkide kasutamiseks sellise tegevuse käigus oleks olnud vaja kaubamärgi omaniku nõusolekut.

86. Sellega seoses on kasulik meenutada Euroopa Kohtu otsust kohtuasjas Google France ja Google. Seal otsustas Euroopa Kohus, et interneti viitamisteenuse osutaja, kes talletab kaubamärgiga identse tähise märksõnana ja korraldab reklaamsõnumite kuvamist vastusena sellele märksõnale, ei kasuta seda tähist direktiivi 89/104 artikli 5 lõigete 1 ja 2 tähenduses. [50]

87. Sealsamas otsustas aga Euroopa Kohus lisaks, et direktiivi 89/104/EMÜ artikli 5 lõike 1 punkti a tuleb tõlgendada nii, et kaubamärgiomanikul on õigus keelata reklaamijal kaubamärgiga identse märksõna abil, mille reklaamija on interneti viitamisteenuse raames valinud ilma kaubamärgiomaniku loata, reklaamida kaupu või teenuseid, mis on identsed nendega, mille jaoks kaubamärk on registreeritud, kui reklaam ei võimalda keskmisel internetikasutajal aru saada, kas reklaamitavad kaubad või teenused pärinevad kaubamärgiomanikult või temaga majanduslikult seotud ettevõtjalt või hoopis kolmandalt isikult, või võimaldab tal sellest aru saada üksnes raskustega. [51]

88. Nagu Google, on ka eBay infoühiskonna teenuste osutaja. Erinevalt Google'ist ei osuta eBay tasulist interneti viitamisteenust, vaid haldab e-turgu. Sellel e-turul avaldavad kasutajaid kirjeid kaupade kohta, mida nad soovivad müüa teistele kasutajatele. eBay süsteem sisaldab ka otsingumootorit, mille otsingutulemused sisaldavad ainult süsteemisiseseid kirjeid. [52] eBay ise oma e-turul sooritatavates tehingutes ei osale, kuid saab neist majanduslikku kasu.

89. Nagu teisedki reklaamitellijad, kes kasutavad interneti viitamisteenuse osutajate (nagu nt Google'i AdWords) märksõnapõhiseid reklaamisüsteeme, ostab eBay märksõnu, millega sooritatud päringud annavad tulemuseks reklaamteated ja spondeeritud lingid tema enda süsteemi. Nende märksõnade hulgas võib olla kolmandate isikute kaubamärkidega identseid tähiseid. On ilmne, et nende reklaamteadete ja spondeeritud linkide otstarve on reklaamida eBay teenuseid, täpsemalt selle e-turgu, tekitades tarbijates arusaama, et asjaomaste kaubamärkidega tooteid saab osta sellel e-turul. Kuid erinevalt kohtuotsuses Google France ja Google viidatud

50 – Kohtuotsus Google France ja Google, resolutiivosa punkt 2 ja otsuse punkt 99.

51 – Kohtutsus Google France ja Google, resolutiivosa punkt 1 ja otsuse punkt 99.

52 – Olgu märgitud, et interneti otsingumootorid ei otsi päringut saades läbi kogu internetti, vaid ainult oma veebilehtede andmebaasid, mida hoitakse asjaomase haldaja serveritel. See selgitab, miks eri otsingumootorid annavad sama märksõnaga päringu kohta harilikult erinevad „loomulikud" tulemused.

reklaamitellijatest eBay ise kaupu müügiks ei paku.

90. Et vastata eelotsusetaotluse esitanud kohtu viiendale, kuuendale ja kaheksandale küsimusele, on vaja analüüsida eespool punktis 63 viidatud kuut tingimust.

B. *Kaubamärgist tulenevatele õigustele tuginemise tingimused tasulise interneti viitamisteenuse puhul*

Direktiivi 89/104 artikli 5 lõikes 1 sätestatud tingimused

91. Eespool punktis 63 osutatud kuuest tingimusest viie puhul on olukord järgmine. Esimese tingimuse osas näivad kõik pooled peale eBay olevat ühel meelel, et kaubamärkidega identsete märksõnadena ostetud tähiste esinemine spondeeritud linkides kujutab endast kasutamist direktiivi 89/104 artikli 5 lõike 1 punkti a tähenduses. Kohtuotsusele Google France ja Google mõeldes ei ole minu arvates kahtlust, et eBay kasutab kaubamärkidega identseid tähiseid, kui ta valib ja ostab neid märksõnadena tasulise interneti viitamisteenuse osutajalt selleks, et kuvada neid spondeeritud linkides, mis kuvatakse vastusena kasutajate poolt tema otsingumootori abil nende märksõnadega tehtud päringutele.

92. Teise, kolmanda ja neljanda tingimuse [53] osas käesoleva eelotsusetaotluse puhul vaidlust ei näi olevat.

93. Viienda tingimuse kohta, mis näeb ette, et kasutamine peab toimuma kaupade või teenuste suhtes, mis on identsed nendega, mille jaoks kaubamärk on registreeritud, tuleb teha paar täiendavat märkust.

94. Esiteks tuleb märkida, et eBay kasutab märksõnu, mis annavad otsingumootoris kasutades tulemuseks spondeeritud lingid tema e-turule. Teisisõnu on eBay eesmärk reklaamida oma teenust. On ilmne, et see teenus ei ole identne L'Oréali kaubamärke kandvate kaupadega. On vaieldav, kas tähiste kasutamine märksõnadena on kaubamärgiõiguse seisukohalt ainus oluline aspekt.

53 – Et kasutamine peab toimuma kaubandustegevuse käigus, et see peab toimuma ilma kaubamärgi omaniku nõusolekuta ning et tegemist peab olema tähisega, mis on kaubamärgiga identne.

95. L'Oréal väidab, et eBay teeb oma saidil müüdavatele kaupadele ise reklaami juba tähiseid märksõnadeks valides. Asjaolust, et spondeeritud lingid viivad kasutaja otse reklaami või müügipakkumiste juurde ja et need on seotud kaupadega, mis on identsed nendega, mille kohta kaubamärk on registreeritud, järeldub, et e-turu haldaja kasutab tähist nende kaupade „suhtes". Üldjoontes sarnasel seisukohal on ka Prantsuse, Poola ja Portugali valitsus.

96. eBay väidab aga, et direktiivi 89/104 artikliga 5 ette nähtud kaitse kohaldamiseks pole põhjust, kuna tegemist on ammendunud õigusega direktiivi 89/104 artikli 7 tähenduses. Sellega seoses juhib ta tähelepanu sellele, et nii elektroonilises kui ka traditsioonilises kaubanduses kasutavad vahendajad kaubamärke reklaamitegevuses selleks, et anda avalikkusele teada, et nad tegelevad neid kaubamärke kandvate kaupade turustamisega. Seda tava ei ole põhjust keelustada, seda enam, et internetis tegutsevate vahendajate käsutuses on veelgi vähem kontrollimehhanisme kui traditsioonilises kaubanduses. Nende jaoks oleks nii õiguslikult kui ka praktiliselt võimatu luua kontrollimehhanisme, mis tagaksid, et iga müügiks pakutav kaup vastab kõigile nõuetele.

97. Ühendkuningriigi valitsus väidab, et registreeritud kaubamärgiga identse tähise kasutamine otsingumootori märksõnana ei pruugi toimuda „kaupade või teenuste suhtes". Kui tähisel on tegelike kaupade pakkumisega seost vaid väga kaudselt, on nimelt ebatõenäoline, et keskmine tarbija seostab asjaolu, et e-turu haldaja kasutab tähist spondeeritud lingis, seda tähist kandvate kaupade edasiste müügipakkumistega. Igatahes ei hõlma direktiivi 89/104 artikli 5 lõike 1 punkt a sellist kasutamist siis, kui keskmine tarbija mõistab tähise kasutamist e-turu haldaja poolt üksnes lingina pakkumistele, mida kolmandad isikud, kes ei ole e-turu haldajaga seotud, teevad kaupade kohta, mis ei ole pärit e-turu haldajalt.

98. Ka komisjon väidab, et kolmandate isikute poolt e-turu haldaja veebisaidil müügiks pakutavate kaupade suhtes ei toimu „kasutamist" direktiivi 89/104 artikli 5 lõike 1 punkti a tähenduses isegi siis, kui e-turu haldaja „kasutab" tähist selle sätte tähenduses sellega, et ta on selle ostnud märksõnaks, millega tema otsingumootoris sooritatud päringud annavad tulemuseks spondeeritud lingid.

99. Minu arvates on viies tingimus seotud tähise kasutamisega (eri kaubandusliikest allikatest pärit) kaupade või teenuste

identifitseerimiseks või eristamiseks [54]. Nagu ka High Court väidab, tähendab tähise kasutamine kaupade või teenuste suhtes seda, et seda tehakse kõnealuste kaupade ja teenuste eristamiseks, s.o kasutamist kaubamärgi kui sellisena.

100. See tähendab, et kaubamärgi kasutamine kaupade suhtes toimub siis, kui kaubamärgi omanik kasutab seda oma kaupade eristamiseks kolmandate isikute kaupadest, ja ka siis, kui kolmas isik kasutab seda oma kaupade eristamiseks kaubamärgi omaniku omadest. Peale selle võib kolmas isik kaubamärgiga eristada oma kaupu kaubamärgi omaniku omadest ja muudest kaupadest, mis võivad, aga ei pruugi olla tema enda omad. Kui see analüüs on õige, siis kasutab vahendaja või e-turu haldaja olukorras isik tähist „kaupade suhtes" ka siis, kui ta kasutab kaubamärgiga identset tähist selleks, et eristada tema teenuste kaudu saadaval olevaid kaupu muudest.

101. Meenutan, et Euroopa Kohus järeldas kohtuasjas Google France ja Google [55], et enamikul juhtudest, kui internetikasutajad sisestavad otsingusõnana kaubamärgi nime, soovivad nad saada teavet selle kaubamärgiga toodete või teenuste kohta või vastavaid pakkumisi. Internetikasutaja võib siis, kui loomulike otsingutulemuste kõrval või enne neid kuvatakse reklaamlingid veebilehtedele, kus pakutakse kaubamärgiomanike konkurentide kaupu või teenuseid, tajuda neid reklaamlinke kaubamärgiomaniku kaupadele ja teenustele alternatiivsete pakkumistena. Sellises olukorras on tegemist tähise kasutamisega selle konkurendi kaupade ja teenuste puhul.

102. Minu arvates kehtib see järeldus ka siis, kui tegemist ei ole samade kaupade alternatiivseid allikaid pakkuvate kaubamärgi omaniku otseste konkurentidele reklaamlinkidega, vaid sellise e-turu reklaamilinkidega, mis pakub sama kaubamärki kandvate kaupade ostmiseks alternatiivi kaubamärgi omaniku turustusvõrgule.

103. Nii et kuigi ma jagan selles osas Ühendkuningriigi ja komisjoni seisukohta, et kaubamärgi kasutamine e-turu haldaja poolt erineb iseenesest kaupade müüja poolt kasutamisest,

54 – Kaupade ja teenuste identifitseerimise või eristamise funktsiooni käsitletakse harilikult koos päritolule viitamise funktsiooniga. Samas võidakse kaubamärgi omadust eristada kaupu ja teenuseid teistest kaupadest ja teenustest kasutada ka muul otstarbel kui pelgalt nende päritolule viitamine. Näiteks universaalse kaugjuhtimisseadme käsiraamatus võidakse kaubamärkidega viidata toodetele, mis on seadmega ühilduvad. Vt selle kohta Põhjamaade õiguskirjandusest Pihlajarinne, T., *Toisen tavaramerkin sallittu käyttö* [Võõra kaubamärgi lubatav kasutamine], Lakimiesliiton kustannus, Helsinki, 2010, lk 47–48.

55 – Kohtuotsus Google France ja Google, punktid 68 ja 69.

ei saa ma nõustuda väitega, et isegi kui e-turu haldaja kasutab oma reklaamis kaubamärgiga identset tähist, ei kasuta ta seda kaubamärki oma turul kaubeldavate kaupade suhtes.

104. Seda järeldust ei lükka ümber ka tõsiasi, et võib olla olukordi, kus kaubamärki kandvaid kaupu e-turul konkreetselt ei ole, kuigi e-turu haldaja on seda kaubamärki oma reklaamis kasutanud.

Kohtupraktikast tulenevad tingimused: kasutamine, mis võib kahjulikult mõjutada kaubamärgi ülesandeid

105. Eespool esitatud analüüsist tulenevalt on vaja analüüsida seda, kas asjaolu, et eBay kasutab kaubamärkidega identseid tähiseid tasulises interneti viitamisteenuses, mõjutab või võib mõjutada kahjulikult nende kaubamärkide funktsioone. See on ka eespool punktis 63 osutatud kuues tingimus.

106. Otsuses Google France ja Google kordas Euroopa Kohus, et kaubamärgi peamine ülesanne on tagada tarbijale või lõppkasutajale see, et kaubamärgiga tähistatud kaup või teenus on teatavat päritolu, nii et tarbija või lõppkasutaja saab kõnealust kaupa või teenust eristada muud päritolu kaupadest või teenustest. [56]

107. Lisaks märkis Euroopa Kohus, et kaubamärgi päritolu tähistamise ülesannet mõjutatakse kahjulikult siis, kui kaubamärgiga identsel märksõnal klõpsamise tulemusel kuvatav reklaamsõnum ei võimalda „piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikul internetikasutajal" aru saada, kas reklaamitavad kaubad või teenused pärinevad kaubamärgiomanikult või temaga majanduslikult seotud ettevõtjalt või hoopis kolmandalt isikult, või võimaldab tal sellest aru saada üksnes raskustega. [57]

108. Mina arvan, et „piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikud internetikasutajad" oskavad teha vahet e-turul, kaupade või teenuste otsemüüjal ning nende kaubanduslikul allikal. Nimelt sellepärast, et iga turumajanduses elav täiskasvanu teab mitmesuguste vahendajate olemasolust, nagu näiteks edasimüüjad, maaklerid, oksjonimajad, vanakraamiturud jne. Seega ei saa kaupade või

56 – Kohtuotsus Google France ja Google, punkt 82.
57 – Kohtuotsus Google France ja Google, punktid 83 ja 84.

teenuste päritolu suhtes eksimist eeldada pelgalt sellepärast, et mõni link kuvab e-turu haldaja reklaamsõnumi, kui see sõnum ise e-turu haldaja isikus kahtlust ei tekita.

109. Siseriiklik kohus peab ise hindama faktiküsimust, kas mõne e-turu nagu eBay tegevus on nii üldtuntud, et kaubamärgi päritolu tagamise ülesande kahjustamine ei ole tõenäoline isegi siis, kui e-turu haldaja laadi reklaamsõnumites ei selgitata.

110. Peale selle ei ole kaubamärgi päritolu tagamise ülesande kahjustamine lahtipakitud või EMP-väliste toodete puhul võimalik. Tegemist on ehtsate L'Oréali kaupadega sõltumata sellest, kas nende müügiks pakkumine rikub või ei riku L'Oréali kaubamärgiõigusi. Võltsitud toodete puhul on järeldus vastupidine.

111. Kaubamärgi päritolu tähistamise ülesannet mõjutab kahjulikult see, kui e-turul kaubeldavad kaubad on võltsitud. Kahjulik mõju ei tulene iseenesest aga sellest, et e-turu haldaja kasutab tähist interneti viitamisteenuse märksõnana. Kahjulik mõjutamine võib toimuda ka olukorras, kus otsingutulemused e-turu kohta esinevad ainult otsingumootori loomulike tulemuste hulgas ja mitte samal ajal spondeeritud linkidena või kui e-turu haldaja ei kasuta üldiselt oma reklaamis kaubamärke. Kahjulik mõju kaubamärgi päritolu tagamise ülesandele tuleneb kirjest, mida kuvatakse e-turu haldaja veebilehel. Nagu ma selgitan hiljem, ei tähenda kaubamärkidega identsete tähiste kasutamine nendes kirjetes seda, et neid kasutab asjaomaste kaupade suhtes e-turu haldaja, vaid e-turu kasutajad.

112. Mis puudutab kahjulikku mõju reklaamiülesandele, arvan ma sarnase mõttekäigu põhjal, mis otsuses Google France ja Google välistas sellise kahjuliku mõju interneti viitamissüsteemide spondeeritud linkide puhul,[58] et selline kahjustamine on välistatud ka märksõnareklaami kasutavate e-turgude puhul.

113. Nagu mainisin juba eespool, peab võltsitud kaupadega kauplemine L'Oréali kaubamärgi all mõjutama kahjulikult selle kaubamärgi päritolu tagamise ülesannet. Mis puudutab kvaliteedi ja investeeringutega seotud ülesandeid, siis minu arvates on ilmne, et eBay kasutajate kirjed, mis sisaldavad

58 – Kohtuotsus Google France ja Google, punktid 91–98. Mis puutub kaubamärgi teavitamisülesannet, siis tundub mulle, et õiguskirjanduses katavad selle ülesande aspekte suures osas eristamis- ja päritolu tagamise ülesanne, reklaamiülesanne ja investeeringutega seonduv ülesanne. Käesolevas ettepanekus ei ole vaja seda eraldi käsitleda.

kolmandate isikute kaubamärke ja mis avaldatakse eBay veebisaidil, võivad neid ülesandeid kahjulikult mõjutada. Võltsitud toodetega kauplemine kahjustab ja lahtipakitud toodetega kauplemine võib kahjustada luksus-kosmeetikatooteid hõlmavate üldtuntud kaubamärkide mainet ja seega kaubamärgi omaniku investeeringuid oma brändi kuvandisse. Seega kahjustab see ka kaubamärgiga hõlmatud ja sellega vahendatavat kvaliteedigarantiid.

114. Direktiivi 89/104 artiklid 6 ja 7 lubavad siiski kaubamärgi üsna ulatuslikku kasutamist ilma kaubamärgi omaniku nõusolekuta, kaasa arvatud reklaamis mainimist. Seda küsimust selgitati hiljuti kasutatud kaupade müümise suhtes kohtuasjas Portakabin. [59]

115. Kui kolmanda isiku kaubamärgi kasutamine või sellele viitamine on lubatud e-turu kasutajatele, ei saa see olla keelatud e-turu haldajale, kelle turgu need kasutajad kasutavad. [60] Minu arvates ei ole kahtlust, et näiteks kaubanduskeskus võib oma turundustegevuses kasutada kaubamärke, mida kannavad kaubad või teenused, mida pakuvad tema ruumides tegutsevad ettevõtjad.

116. Kui sedalaadi kasutamist saaks kaubamärgi mõne ülesande puhul pidada oluliseks, peaks see igal juhul olema käsitletav nii, et sellisel kasutamisel on lubatud viidata kaupade laadile direktiivi 89/104 artikli 6 lõike 1 punkti b tähenduses või selline kasutamine on artikli 6 lõike 1 punkti c tähenduses vajalik e-turu teenuse käigushoidmiseks, kui kauplemine kõnealuste kaupadega toimub ilma, et e-turu haldaja oleks kohustatud iga kaubaartikli puhul kontrollima, kas sellega seotud kaubamärgiõigused on vastavalt artiklile 7 ammendunud. Seega ei saa kaubamärgi omanik sellist kasutamist keelata.

117. Ma olen põhimõtteliselt seisukohal, et vastutust üksikute turuosaliste tegevusest tingitud võimalike probleemide eest saab e-turu haldajale omistada ainult juhul, kui siseriiklikus õiguses on ette nähtud teisese vastutuse alused. Kaubanduskeskust haldav ettevõtja ei saa vastutada selle eest, et tema ruumides tegutsevas toidupoes müüakse mädanenud õunu. Samamoodi ei peaks see ettevõtja automaatselt vastutama tema kaubanduskeskuses toime pandud kaubamärgiõiguse rikkumise eest, kui näiteks mõni kaubamärgi omaniku valikulisse turustusvõrku kuuluv edasimüüja jätkab selle kaubamärgiga kaupade müümist ka pärast seda, kui kaubamärgi omanik on temaga sõlmitud turustuslepingu vahetult lõpetanud. Turu haldajal on õigus eeldada,

59 – Kohtuotsus Portakabin, punkt 91.

60 – Euroopa Kohus kinnitas kohtuotsuses Dior (punkt 38), et pärast kaubamärgiõiguse ammendumist on kaupade edasimüüjal lisaks edasimüügiõigusele õigus asjaomast kaubamärki kasutada ka selleks, et avalikkusele reklaamida kõnealuste kaupade täiendavat turustamist. Vt ka 23. veebruari 1997. aasta otsus kohtuasjas C-63/97: BMW (EKL 1999, lk I-905, punkt 54).

et tema teenuseid kasutavad turuosalised tegutsevad kooskõlas seadustega ning täidavad haldajaga sõlmitud lepingut turu kasutamise kohta, kuni neile teatatakse konkreetselt vastupidisest.

118. Nii et kui turu haldaja laad nähtub otsingumootori otsingutulemustega kuvatavas reklaamsõnumist piisavalt selgesti, siis asjaolu, et mõned selle turu kasutajad võivad rikkuda kaubamärgiõigusi, ei saa iseenesest kahjulikult mõjutada kaubamärgi kvaliteediga, teavitamisega ja investeeringutega seonduvaid ülesandeid.

laaditavate kirjete salvestamises ja kuvamises ning selle süsteemi käigushoidmises eesmärgiga hõlbustada tehingute sõlmimist. Seejuures kasutab ta kaubamärke sama palju kui ajaleht, kes avaldab kuulutusi, kus mainitakse kaubamärke, aga ei avalikustata müüja isikut, kelle teadasaamiseks tuleb pöörduda ajalehe poole. Nii et isegi kui asjaolu, et e-turu kasutajad avaldavad e-turul kirjeid kaubamärgiga kaitstud kaupade kohta, võib kaubamärgi päritolu ja kvaliteedi tagamise või investeeringutega seonduvaid ülesandeid kahjulikult mõjutada, saab vastutust sellise kahjustamise eest e-turu haldajale omistada ainult juhul, kui see on ette nähtud siseriiklike õigusnormidega ja kehtib teisese vastutuse põhimõte.

C. *E-turu enda veebisaidil kuvatavast kaubamärgist tulenevatele õigustele tuginemise tingimused*

119. Selguse pärast peaksin siiski lisama, et kui kaubamärgi kasutamine, mille kaubamärgi omanik on vaidlustanud, seisneb selle tähise kuvamises e-turu haldaja enda veebisaidil, mitte otsingumootori otsingutulemuste hulgas kuvatavas spondeeritud lingis, siis ei kasuta kaubamärki kaupade suhtes e-turu haldaja, vaid e-turu kasutajad. E-turu haldaja tegevus seisneb kasutajate poolt tema süsteemi

120. Tuleb veel märkida, et eBay tegevus, mis seisneb kirjete otsimises ja kuvamises, on tehnilises mõttes sarnane interneti otsingumootorite nagu Google omaga (ilma tasulise viitamisteenuse „täienduseta"), isegi kui tema ärimudel on teistsugune. eBay serveritel hõlmavad otsingud e-turu kasutajate salvestatud kirjeid, interneti otsingumootorite puhul

nende serveritel salvestatud internetilehti. Seega ei ole kolmandate isikute kaubamärkide kasutamine ja kuvamine nende funktsioonide puhul kohtuotsuses Google France ja Google esitatud põhjustel tähise kasutamine direktiivi 89/104 artikli 5 lõike 1 tähenduses. E-turu haldaja lubab ka oma klientidel kasutada kaubamärkidega identseid tähiseid, ilma et ta samas ise neid tähiseid kasutaks. [61]

VIII. EMP-välised kaubad

121. Seitsmes küsimus puudutab kaupu, mida reklaamitakse ja pakutakse müügiks kuuendas küsimuses osutatud veebisaidil ning mida ei ole EMPs turule viidud kaubamärgi omaniku poolt või selle nõusolekul. Eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib teada, kas asjakohaste õigusnormide kohaldamine sõltub reklaamist või müügipakkumisest, mis on suunatud tarbijatele kaubamärgiga hõlmatud territooriumil.

122. L'Oréal ning Ühendkuningriigi, Poola ja Portugali valitsus väidavad, et kui e-turul müügiks pakutavad kaubad ei ole veel EMPs turule viidud kaubamärgi omaniku poolt või tema nõusolekul, piisab liikmesriigi või ühenduse kaubamärgist tuleneva ainuõiguse kohaldamiseks siiski sellest, kui tõendatakse, et nende kaupade reklaam on suunatud tarbijatele kaubamärgiga hõlmatud territooriumil.

123. eBay väidab, et kaubamärgi kasutamine ELis saab toimuda alles siis ja ainult juhul, kui asjaomased kaubad on seal turule viidud. Seega ei piisa kaubamärgiõiguste kohaldamiseks asjaolust, et reklaam või müügipakkumine on suunatud tarbijatele kaubamärgiga hõlmatud territooriumil.

124. Minu arvates on õige ülejäänud poolte kui eBay seisukoht.

125. Esiteks võib eelkõige ELi konkurentsiõiguses kohaldatava mõjudoktriini kohaselt [62] väita, et tegevus, mis toimub väljaspool liidu territooriumi, kuid millel on otsesed õiguslikud tagajärjed ELi õiguse asjaomases valdkonnas, ei saa ELi õigusnormide

61 – Vt kohtuotsus Google France ja Google, punktid 55–56. Kuid järeldust, et tasulise viitamisteenuse osutaja ei kasuta kaubamärke kaubandustegevuse käigus (punktid 57 ja 58), ei saa teha e-turu haldaja tegevuse puhul seoses oma veebisaitidega.

62 – Vt 27. septembri 1988. aasta otsus liidetud kohtuasjades 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 ja 125/85 kuni 129/85 Ahlström Osakeyhtiö jt *vs*. komisjon (EKL 1988, lk 5193, punktid 12–14).

kohaldamisalast välja jääda pelgalt selle pärast, et nende tagajärgedega tegevus toimub väljaspool liidu territooriumi.

126. Internetiteenuste osutamise kontekstis vajab mõjudoktriin kvalifitseerimist. Kuna internetisuhtlus võib toimuda kõikjalt, oleks ju muidu e-kaubanduse ja internetiteenuste osutamise kohta vaja arvukalt erineva territoriaalse kehtivusega õigusakte ja intellektuaalomandi õigusi, millega kaasneksid ohjamatud õiguslikud riskid ning ebamõistlikult ulatuslik kaitse üksteisega vastuolus olevatele intellektuaalomandi õigustele.

127. Teisalt peab hinnang olema teistsugune, kui kõnealuste tagajärgede tekitamine ELis ei ole ainult asjaomaste isikute objektiivse tegevuse tulemus, vaid ka subjektiivne kavatsus. Vastasel juhul võiks ELi turgudele suunatud tegevuse välja jätta näiteks tarbijakaitset, intellektuaalomandi õiguste kaitset, kõlvatut konkurentsi ja tooteohutust käsitlevate ELi õigusnormide kohaldamisalast pelgalt sellega, et see tegevus või selle eest vastutava ettevõtja tegevuskoht viiakse üle kolmandasse riiki. Seega ei saa kaubamärgikaitse hõlmata ainult ELis turule viidud kaupu.

128. Kuidas me teame, et e-turu tegevus on suunatud mõne kindla jurisdiktsiooni, antud juhul ELi ostjatele? See on keeruline küsimus, mida Euroopa Kohus analüüsib praegu kahes pooleliolevas menetluses. [63]

129. Minu arvates on see faktiküsimus, mille üle peavad otsustama siseriiklikud kohtud. Juhiseid selle kohta võib leida Ülemaailmse Intellektuaalomandi Organisatsiooni (WIPO) 2001. aasta ühissoovitusest õigusnormide kohta, mis käsitlevad internetis kasutatavates tähistes sisalduvate märkide ja muude tööstusomandi õiguste kaitset. [64] Ühissoovituse artikli 2 kohaselt kujutab tähise kasutamine internetis endast selle kasutamist liikmesriigis ainult juhul, kui sellel on vastavas liikmesriigis artiklis 3 kirjeldatud kaubanduslik tagajärg. Viimati nimetatud artikli kohaselt võtab pädev asutus selle kindlaksmääramisel, kas tähise kasutamisel internetis on mõnes liikmesriigis kaubanduslik tagajärg, arvesse kõiki asjakohaseid asjaolusid. Need asjaolud võivad, kuid ei pruugi hõlmata viit põhikriteeriumi, mis on kõnealuses sättes jagatud täpsemateks osadeks.

63 – Vt kohtujurist Trstenjaki 18. mai 2010. aasta ettepanek kohtuasjas C-585/08: Pammer ja kohtuasjas C-144/09: Hotel Alpenhof.

64 – http://www.wipo.int/about-ip/en/development_iplaw/pub845.htm

IX. Teabe talletamise teenuse (veebimajutusteenuse) osutajat käsitlev erand

130. Üheksas küsimus on selle kohta, mil määral, kui üldse, võib eBay suhtes olla kohaldatav e-kaubandust käsitleva direktiivi 2000/31 artiklis 14 ette nähtud vastutuse piirang seoses teabe talletamisega (edaspidi ka „veebimajutus" – tlk märkus). See küsimus on Euroopa Kohtu jaoks iseenesest uus, kuid nagu ma olen maininud, on liikmesriikide ja teiste riikide kohtud teisese vastutuse küsimusi juba arutanud ja lahendanud. [65] Et panna artikli 14 tõlgendamine õigesse konteksti, tuleb meenutada direktiivi 2000/31 teatavaid üldisi tunnuseid. [66]

131. Selle artiklis 1 on sätestatud, et direktiiv püüab kaasa aidata siseturu nõuetekohasele toimimisele, tagades infoühiskonna teenuste vaba liikumise liikmesriikide vahel, ning ühtlustab sel määral, kui on vaja nimetatud eesmärgi saavutamiseks, teatavaid infoühiskonna teenuste kohta kehtivaid siseriiklikke õigusnorme, mis käsitlevad siseturgu, teenuseosutajate asutamist, kommertsteadaandeid, elektroonilisi lepinguid, vahendajate vastutust, tegevusjuhendeid, vaidluste kohtuvälist lahendamist, õiguskaitsevahendeid ja liikmesriikidevahelist koostööd.

132. Direktiivi 2000/31 reguleerimisala on lai. Selle sätted puudutavad väga paljusid õigusvaldkondi, kuid samas reguleerib direktiiv neis valdkondades ainult teatavaid eriküsimusi: sellega ette nähtud ühtlustamine on samal ajal horisontaalne ja konkreetne. [67]

Erandi kohaldatavus e-turu haldaja puhul

133. Üheksanda küsimuse *esimene osa* käsitleb erandi kohaldatavust e-turu haldaja puhul.

134. Arvestades direktiivi 2000/31 artikli 2 punktis a sätestatud määratlust koostoimes direktiivi 98/34 artikli 1 lõikega 2 ja direktiivi 2000/31 põhjendusega 18, võib e-turu haldaja teenuseid, mille eesmärk on hõlbustada mis tahes laadi, kaasa arvatud eBays

65 – Vt 33. joonealune märkus eespool.

66 – Juhin tähelepanu, et kuigi see direktiiv võeti vastu ligi kümme aastat tagasi, on Euroopa Kohus selle sätteid tõlgendanud vaid paaris otsuses.

67 – Vt KOM(2003) 702 lõplik: Komisjoni aruanne Euroopa Parlamendile, nõukogule ning Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele: esimene aruanne infoühiskonna teenuste teatavaid õiguslikke aspekte, eriti elektroonilist kaubandust siseturul käsitleva Euroopa Parlamendi ja nõukogu 8. juuni 2000. aasta direktiivi 2000/31/EÜ (e-kaubanduse direktiiv) kohaldamise kohta.

kaubeldavate kaupade ostjate ja müüjate vahelist suhtlust, käsitada infoühiskonna teenustena ning seepärast kuuluvad need direktiivi 2000/31 reguleerimisalasse.

135. Vahendajatest teenuseosutajate vastutust käsitlevad sätted on direktiivi II peatüki („Põhimõtted") 4. jaos. See jagu koosneb neljast artiklist: artikkel 12 („Pelk edastamine"), artikkel 13 („Vahemällu salvestamine"), artikkel 14 („Teabe talletamine") ning artikkel 15 („Üldise jälgimiskohustuse puudumine").

136. Võib väita, et direktiivi 2000/31 artiklid 12, 13 ja 14 käsitlevad vastutusest vabastusi ja seega tuleks neid tõlgendada kitsalt. Minu arvates ei pruugi see nii olla, sest paljudes liikmesriikides oleks teenuseosutaja vastutus nendes artiklites osutatud olukordades subjektiivse süü puudumise tõttu välistatud. Seega on neid sätteid parem käsitleda kehtiva õiguse selgitustena, mitte selle eranditena. [68]

137. Kui kohtuasjas Google France ja Google oli käsitlusel tasulise interneti viitamisteenuse osutaja vastutus, siis käesolevas asjas on kõne all e-turu haldaja vastutus.

138. Kohtuasjas Google France ja Google tõlgendas Euroopa Kohus direktiivi 2000/31 artiklit 14 direktiivi preambuli taustal. Euroopa Kohus märkis oma otsuses, et direktiivi 2000/31 põhjendusest 42 nähtub, et selle direktiiviga vastutuse valdkonnas ette nähtud erandid hõlmavad ainult neid juhtumeid, kui infoühiskonna teenuse osutaja tegevus on „üksnes tehnilise, automaatse ja passiivse iseloomuga", mis tähendab, et sellel teenuseosutajal „pole […] edastatava või talletatava teabe kohta teadmisi ega kontrolli selle üle". Seega tuleb selleks, et tuvastada, kas tasulise interneti viitamisteenuse osutaja vastutus võib olla direktiivi 2000/31 artikli 14 alusel piiratud, uurida, kas selle teenuse osutaja täidab neutraalset rolli, nii et tema tegevus on üksnes tehnilist, automaatset ja passiivset laadi, viidates teadmiste puudumisele talletatava teabe kohta ja selle üle kontrolli puudumisele. [69]

139. Ma ei ole selle tõlgendusega täielikult päri.

68 – Vt Sorvari, K., *Vastuu tekijänoikeuden loukkauksesta erityisesti tietoverkkoympäristössä*, [Vastutus autoriõiguste rikkumise eest internetis], WSOY, Helsinki, 2005, lk 513–526, kus autor analüüsib direktiivi 2000/31 rakendamist Saksamaal, Rootsis ja Soomes.

69 – Otsus Google France ja Google, punktid 113 ja 114.

140. Veebimajutusteenuse osutaja vastutuse piiramist „neutraalsuse" tingimusega sidudes viitas Euroopa Kohus direktiivi 2000/31 põhjendusele 42. Jagan eBay kahtlusi selles osas, kas põhjendus 42 hõlmabki üldse artiklis 14 viidatud veebimajutust.

141. Isegi kui põhjenduses 42 mainitakse „erandeid" (s.o mitmuses), tundub, et mõeldakse pigem järgmises, põhjenduses 43 käsitletud erandeid. Seal mainitakse sõnaselgelt ainult erandeid „pelga edastamise" ja „vahemällu salvestamise" suhtes. Sedasi võttes saab põhjendus 42 selgemaks: selles on tegemist „kolmandate osapoolte pakutava teabe *edastamiseks* või *ajutiseks talletamiseks* vajaliku side*võrgu* käitamise ja sellele juurdepääsu võimaldamise tehnilise toiminguga, mille ainus eesmärk on *side tõhustamine*" (kohtujuristi kursiiv). Minu arvates viitabki see konkreetselt direktiivi 2000/31 artiklites 12 ja 13 käsitletud „pelgale edastamisele" ja „vahemällu salvestamisele".

142. Minu arvates käsitleb direktiivi artiklist 14 nimetatud veebimajutusteenuse osutajaid hoopis põhjendus 46, kuivõrd selles viidatakse sõnaselgelt teabe talletamisele. Seega ei tohiks veebimajutusteenuse osutaja vastutuse piiramist siduda põhjendusega 42. Tundub, et kui veebimajutusteenuse osutaja vastutuse tingimused, mis tuvastati kohtuotsuses Google France ja Google, tunnistatakse käesolevas asjas kehtivaks ka e-turgude puhul, millel on infoühiskonna e-kaubanduse teenuste arengus tähtis osa, ohustaks see tõsiselt direktiivi 2000/31 eesmärke ja seaks need kahtluse alla.

143. Kaubamärgiga kaitstud identse tähise kasutamise kohta e-turu haldaja veebisaidil märgib komisjon õigesti, et sellel veebisaidil on teatav sisu, st e-turu haldaja teenuse klientidest müüjate pakkumised, mida e-turu haldaja salvestab nende tellimusel. Eeldades, et kasutajad avaldavad oma kirjeid ilma, et e-turu haldaja neid enne avaldamist kuidagi kontrolliks, mis hõlmaks e-turu haldaja ja kasutaja füüsilistest isikutest esindajate suhtlust,[70] on

70 – See on olnud määrava tähtsusega tegur Saksa kohtute jaoks, kui need on välistanud e-turu haldajate kriminaal- ja tsiviilvastutuse õigusi rikkuvate kirjete avaldamise eest ning piiranud edasiste rikkumiste ärahoidmiseks nende vastutust nende ärimudelit silmas pidades mõistlikkuse piires, nagu see on määratletud kohtu seatud tõkendis. Vt Rühmkorf, A., „eBay on the European Playing Field: A Comparative Case Analysis of L'Oréal v eBay", 2009, 6:3, *SCRIPTed* 685, lk 694, http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol6-3/ruhmkorf.asp.

meil tegemist teenuse saaja esitatud teabe talletamisega. Sellises olukorras ei ole e-turu haldajale tegelikult teada ebaseaduslik tegevus või teave. Samamoodi ei ole talle sellises olukorras teada faktilised asjaolud, millest kõnealuse tegevuse või teabe ebaseaduslikkus nähtuks. Seega oleksid direktiivi 2000/31 artiklis 14 määratletud erandi tegemise tingimused veebimajutuse puhul täidetud.

144. Mis puutub aga tasulisse interneti viitamisteenusesse ja kaitstud kaubamärgiga identse tähise kasutamisse e-turu haldaja spondeeritud linkides, siis asjaomast teavet ei salvesta see haldaja, kes tegutseb sellisel juhul reklaamitellijana, vaid hoopis otsingumootori haldaja. Seepärast ei ole direktiivi 2000/31 artiklis 14 määratletud veebimajutuse tingimused e-turu haldaja puhul selles suhtes täidetud.

145. Kohtuotsusest Google France ja Google näib tulenevat, et direktiivi 2000/31 artiklis 14 nimetatud veebimajutusteenuse osutaja peaks andmete suhtes, mille jaoks ta oma teenust osutab, jääma neutraalseks. Käesolevas menetluses on väidetud, et eBay ei ole neutraalne, kuna ta annab oma klientidele reklaamsõnumite koostamisel juhiseid ning jälgib nende kirjete sisu.

146. Nagu ma juba selgitasin, ei ole „neutraalsus" direktiivi kohaselt selle küsimuse jaoks päris õige kriteerium. Tegelikult oleks minu arvates absurdne, et kui eBay sekkub mitmesuguste tehniliste abivahenditega oma süsteemis käibivatesse kirjetesse ja suunab nende sisu, jääks ta ainuüksi selle asjaolu tõttu ilma kaitsest, mis on ette nähtud artikliga 14, kus käsitletakse kasutajate poolt üles laaditud teabe talletamist. [71]

147. Peale selle tahaksin ma direktiivi 2000/31 artiklites 12, 13 ja 14 sätestatud kolme erandi kohta öelda midagi, mis võib tunduda ilmne. Kõnealuste artiklite mõte on sätestada erandid teenuseosutaja *tegevuse* teatavate *liikide* suhtes. Minu arusaamist

71 – Direktiivi 2000/31 põhjendus 40 sätestab, et direktiivi vastutust käsitlevad sätted ei tohiks takistada huvitatud osapooltel Euroopa Parlamendi ja nõukogu 24. oktoobri 1995. aasta direktiivis 95/46/EÜ üksikisikute kaitse kohta isikuandmete töötlemisel ja selliste andmete vaba liikumise kohta ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu 15. detsembri 1997. aasta direktiivis 97/66/EÜ isikuandmete töötlemise ja eraelu puutumatuse kohta telekommunikatsioonisektoris ettenähtud piires arendada ja tõhusalt tööle panna tehnilisi kaitse- ja identifitseerimissüsteeme ning digitaaltehnoloogia abil võimalikuks saavaid tehnilisi järelevalvevahendeid.

mööda oleks mõeldamatu, et nendega püütakse teha erandit *teenuseosutaja liigi* kui sellise suhtes.

148. Olekski raske uskuda, et direktiiv 2000/31 näeb ette kolm erinevat tegevusliiki, mille suhtes kohaldatakse erandit ainult siis, kui mis tahes neist toimub rangelt muust eraldatuna. Kui üks ettevõtja tegeleb vahemällu salvestamisega ja teine veebimajutusega, siis küllap kohaldub neile mõlemale erand. Kuid selline ühekülgsus saab olla äärmiselt harvaesinev. Mina arvan, et kui üks ettevõtja tegeleb mõlema tegevusalaga – mis ei ole tegelikkuses sugugi haruldane –, peaksid tema suhtes kehtima ka vastavad erandid. Sama peaks kehtima siis, kui üks või mitu erandi alla kuuluvat tegevusala on kombineeritud internetisisu pakkumisega.[72] Liiga ebapraktiline oleks reserveerida kõnealused erandid ainult teatavatele tegevusaladele, liiatigi valdkonnas, mida iseloomustab pidev ja peaaegu ettearvamatu muutumine. Juba komisjoni ettepanek direktiivi 2000/31 kohta lähtus selles pidevalt arenevas valdkonnas tulevikku suunatud vaatenurgast.

72 – E-turu haldaja võib näiteks müüa oma klientidele pakette, mis koosnevad internetiühendusest, serveriruumist kliendi enda kodulehe jaoks ja e-posti aadressist (teenuse osutamine), ning teenuseosutaja enda kodulehte koos kõigi selle portaalis saadavate teenustega kliendi koduleheks (sisu pakkumine). Vt Sorvari, K., *op. cit.*, lk 66. Selles näites osutaks e-turu haldaja lisaks „pelga edastamise" ja „vahemällu salvestamise" teenuste ka veebimajutus- ja sisu pakkumise teenuseid.

149. Ma ei usu, et on võimalik täpselt määratleda sellise ärimudeli parameetreid, mis vastaksid täpselt veebimajutuse suhtes kehtivale erandile. Ja kui see olekski võimalik, ei jääks see määratlus kauaks kehtima. Me peaksime hoopis keskenduma tegevuse liigile ja üheselt tuvastama, et kui teenuseosutaja ongi teatavatel tegevusaladel vastutusest vabastatud, sest seda peetakse direktiivi eesmärkide saavutamiseks vajalikuks, siis ülejäänutes ta seda ei ole ja tema suhtes jäävad kehtima liikmesriikide „tavapärased" vastutuspõhimõtted, nagu näiteks tsiviil- ja kriminaalvastutus.

150. Seega kui on aktsepteeritav, et teenuseosutaja on mõnel tegevusalal vastutusest vabastatud, tähendab see ühtlasi, et erandiga hõlmamata tegevusaladel võib teenuseosutaja tegevusega kaasneda siseriikliku õiguse kohaselt vastutus.

151. Niisiis võibki olla, et eBay on oma klientide teabe talletamisel vastutusest vabastatud, kui direktiivi 2000/31 artiklis 14 sätestatud tingimused on täidetud. Kuid veebimajutusteenust puudutav erand ei vabasta eBayd mis tahes muust võimalikust vastutusest, mida tal võib tekkida seoses sellega, et ta kasutab tasulist interneti viitamisteenust.

Erandiga hõlmatud tegevusalade ulatus

152. Üheksanda küsimuse *teise* osaga soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas olukorras, kus e-turu haldaja tegevus hõlmab mitte ainult direktiivi 2000/31 artikli 14 lõikes 1 osutatud, vaid ka muid tegevusalasid, on haldaja selle sättega hõlmatud tegevusaladel vastutusest vabastatud (erinevalt tegevusaladest, mida see säte ei hõlma), ja kuidas tuleb toimida kõnealuste „muude tegevusalade" puhul eriti kahjuhüvitise või muude rahaliste hüvitiste väljamõistmisel seoses tegevusaladega, mille puhul haldaja ei ole vastutusest vabastatud.

153. Eespool esitatud arutluskäigust tuleneb, et haldaja on direktiivi 2000/31 artikli 14 lõikega 1 hõlmatud tegevusaladel vastutusest vabastatud. Samas jääb ta vastutavaks tegevusaladel, mida see säte ei hõlma. Seda olukorda tuleb hinnata asjakohaste siseriiklike õigusnormide ja -põhimõtete alusel, eriti mis puudutab kahjuhüvitise või muude rahaliste hüvitiste väljamõistmist seoses tegevusaladega, mille puhul haldaja ei ole vastutusest vabastatud.

Turu haldaja kohustused edasiste rikkumiste puhul

154. Üheksanda küsimuse *kolmas* osa käsitleb olukorda, kus õiguserikkumine on turul juba toimunud. Eelotsusetaotluse esitanud kohus küsib, mis kohustused on turu haldajal sellises olukorras edasiste rikkumiste puhul.

155. Meenutagem, et direktiivi 2000/31 artikli 14 lõike 1 punkt b viitab „teatamise ja kõrvaldamise" põhimõttele. Seega tuleb veebimajutusteenuse osutajal, kui ta saab teada ebaseaduslikust tegevusest või teabest või faktidest või asjaoludest, millest ebaseaduslik tegevus või teave ilmneb, selline teave kiiresti kõrvaldada või juurdepääs sellele tõkestada.

156. „Teatamise ja kõrvaldamise" põhimõtte kohaldamisel tuleb võtta arvesse direktiivi 2000/31 põhjendust 46. Selles on sätestatud, et kõrvaldamise või juurdepääsu tõkestamise korral peab järgima sõnavabaduse põhimõtet ja siseriiklikul tasandil sel eesmärgil kehtestatud korda. Peale selle ei mõjuta direktiiv liikmesriikide võimalust kehtestada erinõudeid,

mida tuleb kiiresti täita enne teabe kõrvaldamist või sellele juurdepääsu tõkestamist.

157. Meenutan, et e-turu kasutajate poolt e-turul avaldatavad kirjed on kommertsteadaanded ning sellistena kaitstud sõna- ja teabevabadusega, mis on ette nähtud ELi põhiõiguste harta artikli 11 lõikega 1. Selle vabaduse hulka kuulub õigus omada arvamust ning saada ja väljendada teavet ja mõtteid ilma ametivõimude sekkumiseta ja sõltumata piiridest.

158. On ilmne, et sõna- ja teabevabadus ei luba rikkuda intellektuaalomandi õigusi. Need on nimetatud hartaga samamoodi kaitstud (artikli 17 lõige 2). Sellegipoolest kaasneb sõna- ja teabevabadusega see, et kaubamärgi omaniku õiguste kaitsmisel e-kaubanduses ei tohi rikkuda e-turu süütute kasutajate õigusi või võtta väidetavalt rikkujalt ära võimalus esitada vastuväiteid ja end kaitsta.[73] Minu arvates viitab direktiivi 2000/31 põhjendus 46 ning artikli 14 lõige 3 konkreetselt siseriikliku tasandi menetlustele ning lubab liikmesriikidel kehtestada erinõudeid, mida tuleb viivitamata täita enne teabe kõrvaldamist või sellele juurdepääsu tõkestamist.

159. Soomes näiteks näeb direktiivi 2000/31 rakendav siseriiklik seadus põhiseaduslikel põhjustel ette,[74] et veebimajutusteenuse osutaja on kohustatud kõrvaldama teabe oma süsteemist ainult kaubamärgiõiguse rikkumise kohta tehtud kohtu vastava otsuse alusel või väidetavalt rikutud autoriõiguse või sellega kaasneva õiguse omaniku nõudmisel. Viimasel juhul on kasutajal võimalus teabe kõrvaldamine 14 päeva jooksul vaidlustada.[75]

160. On väidetud, et direktiivi 2000/31 artiklis 14 osutatud tegeliku teabe saamine toimub kohtu vastava otsuse või teatise kättesaamisel.[76]

73 – eBay VeRO programmi mõju analüüsi kohta seaduslikus kaubandustegevuses vt Pilutik, S., „eBay's Secondary Trademark Liability Problem and its VeRO Program", http://www.cs.cmu.edu/~dst/Secrets/E-Meter/eBay-VERO-pilutik.html.

74 – Selle kohustuse kehtivust on kinnitanud Soome parlamendi põhiseaduskomisjon, vt arvamus PeVL 60/2001 vp – HE 194/2001 vp.

75 – Juhin tähelepanu, et eBay väitel kehtivad „teatamise ja kõrvaldamise" menetlused ainult Soomes, Prantsusmaal ja Hispaanias.

76 – Vt Sorvari, *op. cit.*, lk 521–523, ja Soome infoühiskonna teenuste seadus („laki tietoyhteiskunnan palvelujen tarjoamisesta") 5.6.2002/458, §§ 15, 16 ja 20–25, ingliskeelne versioon on saadaval aadressil www.finlex.fi/en.

161. Mis puudutab direktiivi 2000/31 artikli 14 lõike 1 punkti a tõlgendamist, siis minu arvates koosneb „tegelik teave" kahest aspektist.

162. Esiteks on selge, et teenuseosutajal peab ebaseadusliku tegevuse või teabe kohta olema tegelik teave ja mitte ainult selle kahtlus või eeldus. Samuti näib mulle, et õiguslikus mõttes saab määratlus „on teave" hõlmata ainult minevikku ja/või olevikku, aga mitte tulevikku. Seega peab kaubamärgiõiguse väidetava rikkumise korral objekt, mille kohta on teave, olema kas mõni sedastatud või toimuv tegevus või mõni olemasolev fakt või asjaolu.

163. Teiseks võib arvata, et tegeliku teabe kriteerium välistab järeldatud teadmise. Seega ei piisa sellest, et teenuseosutaja peaks ebaseaduslikust tegevusest teadma või et tal on põhjust seda kahtlustada. See sobib kokku ka direktiivi 2000/31 artikli 15 lõikega 1, mis keelab liikmesriikidel kehtestada teenuseosutajatele üldist kohustust jälgida teavet, mida nad edastavad või talletavad, ega üldist kohustust otsida ebaseaduslikule tegevusele osutavaid fakte ja asjaolusid.

164. Seega tähendab tegelik teave minevikus või olevikus ilmsiks tulnud teabe, tegevuse või asjaolude teadmist, mis teenuseosutajal on seetõttu, et talle on sellisest teabest, tegevusest või asjaoludest teatatud või ta ise uurides selleni jõudnud.

165. Esmapilgul näib see tähendavat, et teenuseosutajal ei saa olla tegelikku teavet või teadlikkust edasistest rikkumistest, mis võivad toimuda. Kuid nii lihtne see paraku ei ole.

166. Oletagem, et ei ole tegelikku teavet selle kohta, et B rikub kaubamärgi X õigusi, kuna kaubamärgi X õigusi rikub või on rikkunud A. Samamoodi ei saa olla tegelikku teavet selle kohta, et A rikub kaubamärgi Y õigusi seoses sellega, et on tuvastatud, et ta rikub kaubamärgi X õigusi, isegi kui mõlemad kaubamärgid kuuluvad ühele ja samale omanikule.

167. Kui aga avastatakse, et A on septembris e-turul oma müügipakkumise kohta kirjet avaldades rikkunud kaubamärgi X õigusi, ei saaks e-turu haldaja tegelikku teavet teabe, tegevuse, faktide või asjaolude kohta minu arvates välistada siis, kui A avaldaks oktoobris uue pakkumise kaubamärki X kandvate samade või sarnaste kaupade müügiks. Sellises olukorras oleks loomulikum kõnelda ühest kestvast rikkumisest kui kahest eraldi

rikkumisest.[77] Meenutan, et artikli 14 lõike 1 punkt a nimetab „tegevust" üheks tegeliku teabe objektidest. Kestev tegevus hõlmab minevikku, olevikku ja tulevikku.

168. Seega on e-turu haldajal ühe ja sama kasutaja ning ühe ja sama kaubamärgi puhul olemas tegelik teave siis, kui sama tegevus jätkub edasiste kirjete avaldamise kujul, ning seega võib temalt ka nõuda juurdepääsu tõkestamist kasutaja poolt edaspidi avaldatavale teabele. Teisisõnu ei ole e-turu haldaja vastutusest vabastatud siis, kui talle on teatatud kaubamärgiõiguse rikkumisest mõne kasutaja poolt ning sama kasutaja jätkab või kordab seda rikkumist.

X. Kohtuliku keelu kohaldamine vahendajate suhtes

169. Kümnes küsimus käsitleb kaubamärgi omaniku võimalust taotleda intellektuaalomandi õiguste jõustamist käsitleva direktiivi 2004/48 artikli 11 alusel kohtuliku keelu kohaldamist mitte ainult tema õigusi rikkuvate kolmandate isikute suhtes, vaid ka vahendajate suhtes, kelle teenuseid on tema õiguste rikkumisel kasutatud. Eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib teada eelkõige seda, kas nimetatud artikkel nõuab, et sellist keeldu tuleb kasutada ELi õiguse alusel edasiste rikkumiste ärahoidmiseks, ja juhul, kui see on nii, siis milline on sellise keelu ulatus.[78] See on esimene kord, kui Euroopa Kohtul palutakse tõlgendada direktiivi 2004/48 artiklit 11.

170. Kõik pooled on nõus, et direktiiviga 2004/48 on ette nähtud kohtuliku keelu kohaldamine vahendajate suhtes. Samas väidab eBay, et veebimajutusteenuse osutaja suhtes kehtestatud kohtulik keeld võib hõlmata ainult konkreetselt ja üheselt tuvastatavat sisu, kuid teised pooled leiavad, et selline keeld võib hõlmata ka meetmeid edasiste rikkumiste ärahoidmiseks.

171. Põhiprobleem direktiivi 2004/48 tõlgendamisel seisneb õige tasakaalu leidmises intellektuaalomandi õiguste liiga range ja liiga leebe jõustamise vahel. Seda tööd on võrreldud

77 – On ilmne, et siin sisaldub seos sellega, kuidas rikkumise mõistet käsitletakse siseriiklikus õiguses, isegi kui direktiivi 2000/31 artikli 14 lõike 1 punktis a kasutatavatel mõistetel peab olema ELi õiguse raames tähendus, mis on sõltumatu siseriikliku õiguse kriminaalvastutuse ja deliktiõiguse mõistetest. Näiteks: kas tegemist on ühe või mitme rikkumisega, kui A müüb ilma kaubamärgi omaniku nõusolekuta i) identseid kaupu mitmele kliendile, ii) üht ja sama kaubamärki kandvaid sarnaseid, kuid mitte identseid kaupu või iii) kui müümine toimub teatava aja jooksul ning hõlmab eraldi tehinguid?

78 – High Court väidab, et seda sätet ei ole olnud vaja eraldi üle võtta, kuna olemasolev õigus loeti sellele vastavaks. Eelotsusetaotluse esitanud kohus kahtleb selle järelduse õigsuses.

Odüsseuse rännakuga Scylla ja Charybdise koletise vahel.[79] Kuigi direktiivi on võimalik tõlgendada ka nii, et selle eesmärk on saavutada intellektuaalomandi õiguste tugev või ka nõrk jõustamine, näib ikkagi, et direktiivi 2004/48 igasugusel tõlgendamisel tuleb nõuetekohaselt arvesse võtta selle artiklit 3. Selles on liikmesriikide jaoks ette nähtud üldine kohustus sätestada vajalikud meetmed, menetlused ja õiguskaitsevahendid intellektuaalomandi õiguste jõustamise tagamiseks ning võtta asjakohaseid meetmeid võltsimise ja piraatluse eest vastutavate isikute vastu. Need meetmed, menetlused ja õiguskaitsevahendid peaksid olema piisavalt hoiatavad ning samas vältima tõkete loomist seaduslikule kaubandusele ja ette nägema kaitsemeetmeid nende kuritarvitamise vastu.

172. Direktiivi 2004/48 põhisätted on II peatükis (pealkirjaga „Meetmed, menetlused ja õiguskaitsevahendid"). Selles peatükis väärivad märkimist kaks jagu. Kuigi rikkuja ja vahendaja suhtes võetavaid meetmeid mainitakse nii 4. jaos („Ajutised ja ennetavad meetmed" – artikkel 9) kui ka 5. jaos („Kohtuasja sisulisest otsustamisest tulenevad meetmed"), pakub käesolevas asjas huvi eelkõige viimane, s.o 5. jagu. See koosneb artiklitest 10 („Parandusmeetmed"), 11 („Kohtulikud tõkendid") ja 12 („Alternatiivsed meetmed").

173. Artikli 11 kaks esimest lauset käsitlevad kohtulikku keeldu, mis peab olema kasutatav intellektuaalomandi õiguse *rikkuja* suhtes. Kolmas lause näeb ette, et õiguste valdajad võivad nõuda kohtuliku keelu kohaldamist vahendajate suhtes, kelle teenuseid kasutas kolmas osapool intellektuaalomandi õiguste rikkumisel. Vahendajate suhtes kohaldatava kohtuliku keelu ulatust ei ole määratletud, kuid kuna see aspekt täiendab kaht esimest lauset, arvan ma, et neid tuleks kolmanda lause tõlgendamisel arvesse võtta.

174. Meenutagem, et direktiivi 2004/48 artikli 11 esimene lause näeb ette, et liikmesriikide kohtud võivad kohaldada rikkuja suhtes „edasist rikkumist keelavad tõkendid, kui kohtuotsusega on leitud, et intellektuaalomandi õigusi on rikutud". Seda lauset sõnasõnalt tõlgendades peaks rikkumine olema

79 – Vt Norrgård, M., „The Role Conferred on the National Judge by Directive 2004/48/EC on the Enforcement of Intellectual Property Rights", *ERA Forum*, 4/2005, lk 503.

konkreetselt tuvastatud ning rikkuja ei tohiks sellel konkreetsel rikkumisel lubada edaspidi jätkuda.

175. Mis puudutab rikkuja suhtes kohaldatavat kohtulikku keeldu, siis ilmneb ELi õigusest, et sellise keeluga peab olema võimalik kohtulikult tuvastatud rikkumine lõpetada. Võimalik on ka edasiste rikkumiste ärahoidmine, isegi kui direktiivi sõnastus on selles osas ettevaatlikum. Arvestades, et direktiiv viitab rikkumise jätkumisele ning ettevaatlikumalt „edasistele" rikkumistele ja proportsionaalsuse põhimõttele, tõlgendaksin ma direktiivi artikli 11 kaht esimest lauset nii, et ELi õigus ei lähe nii kaugele, et näha ette võimalust kohaldada kohtulikku keeldu rikkuja suhtes selleks, et hoida ära võimalikke edasisi rikkumisi. [80]

176. Mis puudutab vahendajaid, siis üks direktiivi 2004/48 võimalik tõlgendus oleks selline, et vahendaja suhtes ELi õiguse alusel kohaldatava kohtuliku keelu ulatus peaks olema sama kui rikkuja puhul.

177. Ma ei ole siiski kindel, et see on mõistlik tõlgendus.

178. Mulle tundub, et direktiivi 2004/48 artikli 11 esimese lause kohaldamisel tuleb kõigepealt tuvastada rikkuja ja seejärel keelata sellel rikkumise jätkamine. Kuid kolmandas lauses ei mainita „rikkujat", vaid ainult „kolmandat osapoolt", kes kasutab intellektuaalomandi õiguse rikkumisel vahendaja teenuseid.

179. Selline sõnastus on valitud hea põhjusega: eriti internetikeskkonnas võib esineda olukordi, kus rikkumine on ilmne, kuid rikkuja isik ei ole teada. On teada, et kolmas osapool kasutab intellektuaalomandi õiguse rikkumisel vahendaja teenuseid, kuid rikkuja enda isik jääb tundmatuks. Sellisel juhul võib õiguse omaniku õigusliku kaitsega kaasneda see, et õiguse omanikul peab olema võimalus taotleda kohtuliku keelu kohaldamist vahendaja suhtes, kelle isik on teada ja kelle peale seega saab esitada kaebuse kohtusse ning kellel on võimalus rikkumise jätkumist ära hoida.

180. Mis puudutab vahendaja suhtes kohaldatava kohtuliku keelu ulatust või selle sisu,

80 – Vt direktiivi 2004/48 põhjendused 22, 23, 24, 25 ja artikkel 11.

siis ma ei näe küll, et ELi õigus näeks ette muid nõudeid peale tõhususe, proportsionaalsuse ja hoiatavuse nõude, nagu need on sätestatud direktiivi 2004/48 artikli 3 lõikes 2. ebaseaduslikke kohustusi, nagu näiteks üldine jälgimiskohustus.

182. Sobiva piiri kohtuliku keelu ulatusele seavad minu arvates kaks samasuse nõuet. See tähendab asjaomastel juhtudel, et õigusi rikkuv kolmas osapool peaks olema sama [81] ning ka rikutud kaubamärgiõigused peaksid olema samad. Nii saaks kohtuliku keelu vahendaja suhtes kohaldada selleks, et hoida ära kindla kaubamärgiõiguse rikkumise jätkumist või kordumist kindla kasutaja poolt. Sellisele kohtuliku keelu saaks infoühiskonna teenuse osutaja täita lihtsalt niimoodi, et ta sulgeb asjaomase kasutaja konto. [82]

181. Proportsionaalsuse nõue välistaks minu arvates kohtuliku keelu kohaldamise vahendaja suhtes selleks, et hoida ära kaubamärgiõiguse mis tahes edasist rikkumist. Samas ei ole minu arvates direktiivis 2004/48 ühtki sätet, mis keelaks vahendajate suhtes kohaldada sellist kohtulikku keeldu, mis kohustab ära hoidma mitte ainult konkreetse rikkumise jätkumist, vaid ka sama või sarnase rikkumise kordumist edaspidi, kui sellise keelu kohaldamise võimalus on siseriiklikus õiguses ette nähtud. Oluline on seejuures muidugi see, et vahendaja peab kindlalt teadma, mida temalt nõutakse, ning et kohtulik keeld ei pane talle võimatuid, ebaproportsionaalseid või

81 – See tähendab eelkõige seda, et asjaomasel kolmandal osapoolel peaks vastavalt teenuseosutaja süsteemis olevatele võimalikele andmetele olema sama identiteet. Peale selle võib teenuseosutajalt nõuda mõistlikke meetmeid end mitme kasutajanime taha peitva kasutaja isiku avaldamiseks: see ei ole üldine jälgimiskohustus, mis on direktiivi 2000/31 artikli 15 lõikega 1 keelatud, vaid aktsepteeritav erijälgimiskohustus.

82 – Vt ka Saksa Ülemkohtu (Bundesgerichtshof) kolm otsust, millele kohtuasjades viidatakse kui „Internetioksjon I, II ja III": 11. märtsi 2004. aasta otsus, BGH I ZR 304/01 (inglise keeles *European Commercial Cases*, 2006, Part I, 9); 19. aprilli 2007. aasta otsus, BGH I ZR 35/04 (inglise keeles *European Trade Mark Reports*, 2007, part 11, lk 1) ja 30. aprilli 2008. aasta otsus BGH I ZR 73/05. Ülemkohus otsustas nendes kohtuasjades, et e-turu haldajatel on õigus direktiivi 2000/31 artiklis 14 ette nähtud erandile. Samas määratles ta ulatuslikud tingimused kohtuliku keelu kehtestamiseks haldajate suhtes, millega seoses võivad sõltuvalt sellest, millises ulatuses neid kohaldatakse, tekkida mõned probleemid direktiiviga 2000/31 kokkusobivusega.

XI. Ettepanek

183. Teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata High Court of Justice of England and Wales, Chancery Divisioni esitatud küsimustele järgmiselt:

1. Kui kaubamärgiomaniku volitatud edasimüüjad varustatakse parfüümide ja kosmeetikatoodete tasuta näidistega ja proovipudelitega, siis ei ole tegemist sellise kauba turule viimisega nõukogu esimese 21. detsembri 1988. aasta direktiivi 89/104/EMÜ kaubamärke käsitlevate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta artikli 7 lõike 1 ja nõukogu 20. detsembri 1993. aasta määruse (EÜ) nr 40/94 ühenduse kaubamärgi kohta artikli 13 lõike 1 tähenduses.

2., 3. ja 4. Kaubamärgi omanikul on õigus olla vastu lahtipakitud toodete edasisele turustamisele direktiivi 89/104 artikli 7 lõike 2 ja määruse (EÜ) nr 40/94 artikli 13 lõike 2 tähenduses siis, kui parfüümide ja kosmeetikatoodete välispakend on eemaldatud tema nõusolekuta ja need tooted ei kanna seetõttu enam nõukogu 27. juuli 1976. aasta direktiivi 76/768/EMÜ liikmesriikides kosmeetikatoodete kohta vastuvõetud õigusaktide ühtlustamise kohta artikli 6 lõikes 1 ette nähtud teavet või kui välispakendi eemaldamist saab käsitleda nii, et see muudab või kahjustab kaupade seisundit, või kui edasine turustamine mõjutab kahjulikult või võib mõjutada kahjulikult asjaomaste kaupade kuvandit ja seega ka kaubamärgi mainet. Põhikohtuasja asjaoludel on see mõju eeldatav, välja arvatud juhul, kui müüja, kes selgelt ei tegutse kaubandustegevuse käigus, pakub müügiks ainult üht või paari kaubaartiklit.

5. Kui e-turu haldaja ostab otsingumootori haldajalt registreeritud kaubamärgiga identse tähise märksõnana kasutamise õiguse, nii et otsingumootori kasutaja näeb tähist esitatuna spondeeritud lingis e-turu haldaja veebisaidile, siis kujutab tähise kuvamine spondeeritud lingis endast tähise „kasutamist" direktiivi 89/104 artikli 5 lõike 1 punkti a ja määruse nr 40/94 artikli 9 lõike 1 punkti a tähenduses.

6. Kui eespool punktis 5 nimetatud spondeeritud lingile klõpsates satub kasutaja teiste isikute poolt veebisaidile pandud tähise all müüdavate kaupade, mis on identsed registreeritud kaubamärgi all müüdavate kaupadega ja millest konkreetsete kaupade erineva seisundi tõttu on mõne puhul tegemist kaubamärgiõiguse rikkumisega ja teiste puhul mitte, reklaamidele või müügipakkumistele, siis kasutab e-turu haldaja tähist õigusi rikkuvate kaupade „puhul" direktiivi 89/104 artikli 5 lõike 1 punkti a ja määruse nr 40/94 artikli 9 lõike 1 punkti a tähenduses, kuid see ei mõjuta kahjulikult kaubamärgi ülesandeid, eeldusel et mõistlik keskmine kasutaja saab spondeeritud lingis esitatud teabe põhjal aru, et e-turu haldaja salvestab oma süsteemis kolmandate osapoolte reklaamsõnumeid või müügipakkumisi.

7. Kui e-turul müügiks pakutavad kaubad ei ole veel EMPs turule viidud kaubamärgi omaniku poolt või selle nõusolekul, piisab siseriikliku või ühenduse kaubamärgist tuleneva ainuõiguse kohaldamiseks siiski sellest, kui tõendatakse, et nende kaupade reklaam on suunatud tarbijatele kaubamärgiga hõlmatud territooriumil.

8. Kui kaubamärgi kasutamine, mille kaubamärgi omanik on vaidlustanud, seisneb selle tähise kuvamises e-turu haldaja enda veebisaidil, mitte otsingumootori

otsingutulemuste hulgas kuvatavas spondeeritud lingis, siis e-turu haldaja ei kasuta tähist õigusi rikkuvate kaupade „suhtes" direktiivi 89/104 artikli 5 lõike 1 punkti a ja määruse nr 40/94 artikli 9 lõike 1 punkti a tähenduses.

9a. Punktis 5 osutatud kasutamine ei kujuta endast ega hõlma „teenuse saaja poolt pakutava teabe talletamist" Euroopa Parlamendi ja nõukogu 8. juuni 2000. aasta direktiivi 2000/31/EÜ infoühiskonna teenuste teatavate õiguslike aspektide, eriti elektroonilise kaubanduse kohta siseturul artikli 14 lõike 1 tähenduses, kuid punktis 6 osutatud kasutamine võib endast sellist tegevust kujutada või seda hõlmata.

9b. Kui selliseks kasutamiseks ei ole eranditult direktiivi 2000/31 artikli 14 lõike 1 kohaldamisalasse kuuluv tegevus, vaid kasutamine hõlmab sellist tegevust, siis e-turu haldaja vabaneb sellise tegevuse ulatuses vastutusest selles osas, milles kõnealune kasutamine sellises tegevuses seisneb, kuid sellise kasutamise eest võidakse siseriikliku õiguse kohaselt välja mõista kahjuhüvitis või muid rahalisi hüvitisi, niivõrd kui sellele kasutamisele ei laiene vabastus vastutusest.

9c. Olukorras, kus e-turu haldaja teab, et tema veebisaidil on kaupu reklaamitud, müügiks pakutud ja müüdud registreeritud kaubamärgist tulenevaid õigusi rikkudes ja et registreeritud kaubamärgist tulenevate õiguste rikkumine võib tõenäoliselt toimuda ka edaspidi, sest samad või erinevad veebisaidi kasutajad reklaamivad, pakuvad müügiks ja müüvad samu või sarnaseid kaupu, on e-turu haldajal ebaseadusliku tegevuse või teabe kohta „tegelik teave" või ta on sellest „teadlik" direktiivi 2000/31 artikli 14 lõike 1 tähenduses.

10. Kui kolmas isik on kasutanud vahendaja, näiteks veebisaidi haldaja teenuseid registreeritud kaubamärgist tulenevate õiguste rikkumiseks, siis peavad liikmesriigid Euroopa Parlamendi ja nõukogu 29. aprilli 2004. aasta direktiivi 2004/48 intellektuaalomandi õiguste jõustamise kohta artikli 11 kohaselt tagama, et kaubamärgiomanikul on võimalus taotleda tõhusa, proportsionaalse ja hoiatava kohtuliku keelu kohaldamist vahendaja suhtes, et hoida ära asjaomase rikkumise jätkamine või kordamine asjaomase kolmanda osapoole poolt. Sellise kohtuliku keelu kohaldamise tingimused ja kord tulenevad siseriiklikust õigusest.