DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

12. juli 2011 *

I sag C-324/09,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Det Forenede Kongerige), ved afgørelse af 16. juli 2009, indgået til Domstolen den 12. august 2009, i sagen:

**L'Oréal SA,**

**Lancôme parfums et beauté & Cie SNC,**

**Laboratoire Garnier & Cie,**

**L'Oréal (UK) Ltd**

mod

**eBay International AG,**

* Processprog: engelsk.

**eBay Europe SARL,**

**eBay (UK) Ltd,**

**Stephen Potts,**

**Tracy Ratchford,**

**Marie Ormsby,**

**James Clarke,**

**Joanna Clarke,**

**Glen Fox,**

**Rukhsana Bi,**

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, V. Skouris, afdelingsformændene A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, K. Schiemann, J.-J. Kasel og D. Šváby, og dommerne A. Rosas, R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič (refererende dommer), M. Safjan og M. Berger,

generaladvokat: N. Jääskinen
justitssekretær: ekspeditionssekretær L. Hewlett,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 22. juni 2010,

efter at der er afgivet indlæg af:

— L'Oréal SA m.fl. ved H. Carr og D. Anderson, QC, samt ved barrister T. Mitcheson

— eBay International AG m.fl. ved avocats T. van Innis og G. Glas,

— Det Forenede Kongeriges regering ved H. Walker og L. Seeboruth, som befuldmægtigede, bistået af barrister C. May

— den franske regering ved G. de Bergues, B. Beaupère-Manokha, J. Gstalster og B. Cabouat, som befuldmægtigede,

— den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato S. Fiorentino

— den polske regering ved M. Dowgielewicz og A. Rutkowska, som befuldmægtigede

— den portugisiske regering ved L. Inez Fernandes, som befuldmægtiget

— Europa-Kommissionen ved H. Krämer, som befuldmægtiget,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 9. december 2010,

afsagt følgende

**Dom**

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 5 og 7 i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1), som ændret ved aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde af 2. maj 1992 (EFT 1994 L 1, s. 3, herefter »direktiv 89/104«), artikel 9 og 13 i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), artikel 14 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (»direktivet om elektronisk handel«) (EFT L 178, s. 1) og af artikel 11 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder (EUT 157, s. 45).

2 Anmodningen er blevet fremsat i forbindelse med en tvist mellem L'Oréal SA og dets datterselskaber Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie og L'Oréal (UK) Ltd (herefter samlet »L'Oréal«) mod tre af eBay Inc.'s datterselskaber, nærmere bestemt eBay International AG, eBay Europe SARL og eBay (UK) Ltd (herefter samlet »eBay«), og mod Stephen Potts, Tracy Ratchford, Marie Ormsby, James Clarke, Joanna Clarke, Glen Fox og Rukhsana Bi (herefter »de sagsøgte fysiske personer«) vedrørende eBays salg af L'Oréals varer uden koncernens samtykke på en online-markedsplads, som eBay er operatør af.

## I — Retsforskrifter

### A — *Direktiv 89/104 og forordning nr. 40/94*

3 Direktiv 89/104 og forordning nr. 40/94 er blevet ophævet ved henholdsvis Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/95/EF af 22. oktober 2008 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (kodificeret udgave) (EUT L 299, s. 25), som trådte i kraft den 28. november 2008, og ved Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26. februar 2009 om EF-varemærker (kodificeret udgave) (EUT L 78, s. 1), som trådte i kraft den 13. april 2009. Henset til tidspunktet for de faktiske omstændigheder, finder direktiv 89/104 og forordning nr. 40/94 dog anvendelse på nærværende tvist.

4 Artikel 5 i direktiv 89/104 med overskriften »Rettigheder, der er knyttet til varemærket«, havde følgende ordlyd:

»1. Det registrerede varemærke giver indehaveren en eneret. Indehaveren kan forbyde tredjemand, der ikke har hans samtykke, at gøre erhvervsmæssig brug af:

a) et tegn, der er identisk med varemærket, for varer eller tjenesteydelser af samme art som dem, for hvilke varemærket er registreret

b) et tegn, der er identisk med eller ligner varemærket, når de varer eller tjenesteydelser, der er dækket af varemærket, er af samme eller lignende art som dem, der er dækket af det pågældende tegn, og der som følge heraf i offentlighedens bevidsthed er risiko for forveksling, herunder at der er en forbindelse med varemærket.

2. En medlemsstat kan ligeledes træffe bestemmelse om, at indehaveren kan forhindre tredjemand, der ikke har hans samtykke, i at gøre erhvervsmæssig brug af et tegn, der er identisk med eller ligner varemærket, for varer eller tjenesteydelser af anden art end dem, for hvilke varemærket er registreret, når varemærket er renommeret i medlemsstaten, og brugen af tegnet uden skellig grund ville medføre en utilbørlig udnyttelse af varemærkets særpræg eller renommé, eller sådan brug ville skade dette særpræg eller renommé.

3. Såfremt betingelserne i stk. 1 og 2 er opfyldt, kan det bl.a. forbydes:

a) at anbringe tegnet på varerne eller på deres indpakning

b) at anvende tegnet på forretningspapirer og i reklameøjemed

c) at importere eller eksportere varerne under det pågældende tegn

d) at anvende tegnet på forretningspapirer og i reklameøjemed.

[…]«

5 Ordlyden af artikel 9, stk. 1, litra a) og b), i forordning nr. 40/94 var næsten enslydende med ordlyden i artikel 5, stk. 1, i direktiv 89/104. Artikel 9, stk. 2, var enslydende med artikel 5, stk. 3. Artikel 9, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 bestemte:

»EF-varemærket giver indehaveren en eneret. Indehaveren kan forbyde tredjemand, der ikke har hans samtykke, at gøre erhvervsmæssig brug af:

[…]

c) et tegn, der er identisk med eller ligner EF-varemærket, for varer eller tjenesteydelse af anden art end dem, for hvilke EF-varemærket er registreret, når EF-varemærket er velkendt inden for Fællesskabet, og brugen af tegnet uden rimelig grund medfører en utilbørlig udnyttelse af EF-varemærkets særpræg eller renommé, eller sådan brug skader dette særpræg eller renommé.«

6 Artikel 7 i direktiv 89/104 med overskriften »Konsumption af de rettigheder, der er knyttet til varemærket«, bestemmer:

»1. De til varemærket knyttede rettigheder giver ikke indehaveren ret til at forbyde brugen af mærket for varer, som af indehaveren selv eller med dennes samtykke er markedsført [på en kontraherende parts område inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde] under dette mærke.

2. Stk. 1 finder ikke anvendelse, såfremt skellig grund berettiger indehaveren til at modsætte sig fortsat markedsføring af varerne, især i tilfælde, hvor disses tilstand er ændret eller forringet, efter at de er markedsført.«

7 Det følger af artikel 13, stk. 1, i forordning nr. 40/94, at »[d]e til EF-varemærket knyttede rettigheder [ikke] giver […] indehaveren ret til at forbyde brugen af mærket for varer, som af indehaveren selv eller med dennes samtykke er markedsført [i Den Europæiske Union] under dette mærke«. Ordlyden af artikel 13, stk. 2, er identisk med ordlyden af artikel 7, stk. 2, i direktiv 89/104.

B — *Direktiv 2000/31/EF (»direktivet om elektronisk handel«)*

8 Artikel 2, litra a), i direktiv 2000/31 definerer »informationssamfundstjenester« med en henvisning til artikel 1, nr. 2), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/34/EF af 22. juni 1998 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter samt forskrifter for informationssamfundets tjenester (EFT L 204, s. 37), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/48 af 20. juli 1998 (EFT L 217, s. 18, herefter »direktiv 98/34«), som »enhver tjeneste, der normalt ydes mod betaling, og som teleformidles ad elektronisk vej på individuel anmodning fra en tjenestemodtager«.

9 Artikel 1, stk. 2, i direktiv 98/34 bestemmer følgende:

»[…]

»Med henblik på denne definition forstås ved:

— »teleformidling«: at en tjeneste ydes, uden at parterne er til stede samtidig

— »ad elektronisk vej«: at en tjeneste fra afsendelsesstedet sendes og på regelsstedet modtages ved hjælp af elektronisk databehandlingsudstyr […] og datalagringsudstyr, og som udelukkende sendes, rutes og modtages via tråd, radio, optiske midler eller andre elektromagnetiske midler

— »på individuel anmodning fra en tjenestemodtager«: at en tjeneste ydes ved transmission af data på individuel anmodning.

[…]«

10 Artikel 6 i direktiv 2000/31 bestemmer:

»Ud over andre informationskrav, som er fastlagt i [EU-]retten, sikrer medlemsstaterne, at kommerciel kommunikation, som er en del af […] en informationssamfundstjeneste, mindst overholder følgende betingelser:

[…]

b) den fysiske eller juridiske person, på hvis vegne den kommercielle kommunikation foretages, skal klart kunne identificeres

[…]«

11 Kapitel II i direktiv 2000/31 har en afdeling 4 med overskriften »formidleransvar for tjenesteydere«, der omfatter artikel 12-15.

12 Artikel 14 i direktiv 2000/31 med overskriften »Oplagring («Hosting»)« bestemmer:

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

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

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

2. Stk. 1 finder ikke anvendelse, når tjenestemodtageren handler under tjenesteyderens myndighed eller kontrol.

3. Denne artikel berører ikke en domstols eller en administrativ myndigheds muligheder for i overensstemmelse med medlemsstaternes retssystemer at kræve, at en tjenesteyder bringer en overtrædelse til ophør eller forhindrer den, eller medlemsstaternes muligheder for at fastlægge procedurer for at fjerne information eller hindre adgangen til den.«

13 Artikel 15 i direktiv 2000/31 med overskriften »Ingen generel overvågningsforpligtelse« bestemmer:

»1. Med hensyn til levering af de i artikel 12, 13 og 14 omhandlede tjenester må medlemsstaterne ikke pålægge tjenesteyderne en generel forpligtelse til at overvåge den information, de fremsender eller oplagrer, eller en generel forpligtelse til aktivt at undersøge forhold eller omstændigheder, der tyder på ulovlig virksomhed.

[…]«

14 Kapitel III i direktiv 2000/31 omfatter bl.a. artikel 18 med overskriften »Søgsmålsadgang«, som bestemmer:

»1. Medlemsstaterne drager omsorg for, at indgivelse af søgsmål i henhold til national ret vedrørende aktiviteter i forbindelse med informationssamfundstjenester kan føre til hurtig vedtagelse af forholdsregler, herunder foreløbige forholdsregler, for at bringe den påståede overtrædelse til ophør og hindre, at der opstår yderligere skade for de berørte interesser.

[…]«

C — *Direktiv 2004/48/EF (»direktivet om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder«)*

15 1.-3., 23., 24. og 32. betragtning til direktiv 2004/48 lyder således:

»(1) Virkeliggørelsen af det indre marked forudsætter ophævelse af restriktioner for den frie bevægelighed og forbud mod konkurrenceforvridning, og at der samtidig skabes et gunstigt miljø for innovation og investeringer. I den forbindelse er beskyttelsen af den intellektuelle ejendomsret en væsentlig faktor […]

(2) [...] Samtidig bør den ikke være til hinder for ytringsfriheden, den frie bevægelighed for information eller beskyttelsen af personoplysninger, bl.a. på internettet.

(3) Uden effektive midler til at sikre håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder mindskes interessen imidlertid for innovation og kreativitet, og investeringerne vil falde. Det er derfor nødvendigt at sikre, at de materielle regler om intellektuel ejendomsret, der i dag i høj grad henhører under den gældende fællesskabsret, reelt anvendes i [Unionen] […]

[…]

(23) Rettighedshaverne bør […] have mulighed for at anmode om, at der udstedes påbud over for mellemmænd, hvis tjenesteydelser anvendes af tredjemand til at krænke rettighedshaverens industrielle ejendomsret. Betingelser og procedurer for sådanne påbud bør fastsættes i medlemsstaternes nationale lovgivning. For så vidt angår krænkelser af ophavsret og beslægtede rettigheder er der allerede i [Europa-Parlamentets og Rådets] direktiv 2001/29/EF [af 22. maj 2001

om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (EFT L 167, s. 10)] indført en udstrakt grad af harmonisering. Artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29/EF bør derfor ikke berøres af dette direktiv.

(24) Afhængigt af den enkelte sag, og hvis omstændighederne tilsiger det, bør de foranstaltninger, procedurer og retsmidler, der skal indføres, omfatte prohibitive foranstaltninger med henblik på at forebygge yderligere krænkelser af de intellektuelle ejendomsrettigheder […]

[…]

(32) Dette direktiv er i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder […], der bl.a. er anerkendt i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. Direktivet har navnlig til formål at sikre, at den intellektuelle ejendomsret overholdes fuldt ud i overensstemmelse med chartrets artikel 17, stk. 2.«

16 Artikel 2 i direktiv 2004/48, der definerer anvendelsesområdet for hele direktivet, bestemmer:

»1. Med forbehold af de midler, der er indført eller kan indføres i [EU-]lovgivningen eller i medlemsstaternes lovgivninger, for så vidt disse midler er gunstigere for rettighedshaverne, finder de i dette direktiv fastsatte foranstaltninger, procedurer og retsmidler anvendelse […] på enhver krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder som fastsat i [EU-]retten og/eller den pågældende medlemsstats nationale ret.

[...]

3. Dette direktiv berører ikke:

a) [...] direktiv 2000/31/EF i almindelighed, og artikel 12-15 i direktiv 2000/31/EF i særdeleshed

[...]«

17 Kapitel II i direktiv 2004/48 med overskriften »Foranstaltninger, procedurer og retsmidler« indeholder seks afdelinger. Den første afdeling med overskriften »Almindelige regler« omfatter bl.a. artikel 3, som bestemmer:

»1. Medlemsstaterne fastsætter de foranstaltninger, procedurer og retsmidler, der er nødvendige for at sikre håndhævelsen af de intellektuelle ejendomsrettigheder, der er omfattet af dette direktiv. Disse foranstaltninger, procedurer og retsmidler skal være fair og rimelige, de må ikke være unødigt komplicerede eller udgiftskrævende, og de må ikke indebære urimelige frister eller medføre ugrundede forsinkelser

2. Foranstaltningerne og retsmidlerne skal […] være effektive, stå i et rimeligt forhold til krænkelsen og have afskrækkende virkning, og de skal anvendes på en sådan måde, at der ikke opstår hindringer for lovlig samhandel […]«.

18 Kapitel II, afdeling 5, i direktiv 2004/48 har overskriften »Foranstaltninger, der følger af en realitetsafgørelse«. Den består af artikel 10-12 med overskrifterne »Korrigerende foranstaltninger«, »Påbud« og »Alternative foranstaltninger«.

19 Artikel 11 i direktiv 2004/48 bestemmer:

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

20 Artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29 bestemmer:

»Medlemsstaterne sikrer, at rettighedshaverne kan kræve nedlagt forbud over for mellemmænd, hvis tjenester anvendes af tredjemand til at krænke ophavsrettigheder eller beslægtede rettigheder.«

D — *Direktiv 76/768 (»direktivet om kosmetiske midler«)*

21 Artikel 6, stk. 1, i Rådets direktiv 76/768/EØF af 27. juli 1976 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om kosmetiske midler (EFT L 262, s. 169), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/15/EF af 27. februar 2003 (EUT L 66, s. 26), bestemmer:

»Medlemsstaterne træffer de fornødne foranstaltninger med henblik på at sikre, at kosmetiske midler kun kan bringes i handelen, hvis der på beholderen og omslagskartonen med uudslettelige, letlæselige og synlige bogstaver anføres de i litra a) til g) nævnte angivelser; dog er det tilstrækkeligt, at de i litra g) nævnte angivelser kun anføres på omslagskartonen:

a) (firma)navn og adresse eller hovedsæde for fabrikanten eller den for markedsføringen af det kosmetiske middel ansvarlige person, der er etableret inden for Fællesskabet […]

b) det nominelle indhold på pakningstidspunktet […]

c) mindsteholdbarhedsdatoen […]

d) særlige forsigtighedsregler […]

e) fabrikationsseriens nummer eller referenceangivelse til identifikation af produktionen. […]

f) midlets funktion, medmindre dette fremgår af dets præsentation

g) en liste over bestanddele […]

[…]«

E — *Nationale bestemmelser*

22 Direktiv 89/104 blev gennemført i national ret ved lov om varemærker (Trade Marks Act). Artikel 5, stk. 1-3, i direktiv 89/104 blev gennemført ved lovens Section 10.

23 Direktiv 2000/31 blev gennemført i national ret ved bekendtgørelse om elektronisk handel (Electronic Commerce Regulations). Artikel 14 i direktiv 2000/31 blev gennemført ved Regulation 19 i bekendtgørelsen.

24 Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland har ikke vedtaget særlige bestemmelser til gennemførelsen af artikel 11, tredje punktum, i direktiv 2004/48. Kompetencen til at udstede påbud følger imidlertid af Section 37 i loven om Supreme Court (Supreme Court Act), hvorefter High Court kan udstede påbud, når det forekommer berettiget og hensigtsmæssigt (»in all cases in which it appears to be just and convenient to do so«).

25 Direktiv 76/768 er blevet gennemført i national ret ved bekendtgørelse om kosmetiske midler (Cosmetic Products Regulations). Bekendtgørelsens Regulation 12 svarer til artikel 6, stk. 1, i direktiv 76/768, og en overtrædelse heraf kan udgøre en strafbar handling.

## II — Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

26 L'Oréal fremstiller og markedsfører parfumer, kosmetik og produkter til hårpleje. Koncernen er indehaver af adskillige nationale varemærker i Det Forenede Kongerige. Den er også indehaver af EF-varemærker.

27 Distributionen af L'Oréals produkter sker via et lukket distributionsnetværk, inden for rammerne af hvilket autoriserede distributører ikke må levere varer til andre distributører.

28 eBay er operatør af en online-markedsplads, hvor der fremvises varer, der er udbudt til salg af personer, som er tilmeldt eBay, og som har oprettet en sælgerkonto hos eBay. eBay opkræver provision af de gennemførte transaktioner.

29 På eBay har potentielle købere mulighed for at byde på de varer, som sælgerne udbyder til salg. eBay tillader også, at genstande kan sælges uden en auktion og dermed til en fast pris ved hjælp af en ordning betegnet »køb det nu«. Endvidere kan sælgere oprette »online-butikker« på eBays hjemmesider. En online-butik indeholder alle de genstande, en sælger udbyder til salg på et givent tidspunkt.

30 Sælgerne og køberne er forpligtede til at acceptere eBays brugerbetingelser for online-salg. Forbud mod salg af piratkopierede produkter og krænkelse af varemærkerne er opført under disse betingelser.

31 Såfremt der er behov for det, hjælper eBay sælgerne med at optimere deres salgstilbud, oprette deres online-butikker og med at markedsføre og fremme salget. eBay reklamerer ligeledes for visse varer, som sælges på online-markedspladsen, ved at opsætte annoncer på søgemaskineoperatørernes hjemmeside, såsom Google.

32 Ved skrivelse af 22. maj 2007 informerede L'Oréal eBay om sine betænkeligheder vedrørende det omfattende antal transaktioner, som indebar en krænkelse af L'Oréals intellektuelle ejendomsrettigheder, og som forekom på eBays europæiske hjemmesider.

33 Eftersom L'Oréal ikke var tilfreds med eBays svar, anlagde koncernen sag an mod eBay i flere medlemsstater, herunder en sag ved High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division.

34 L'Oréal anlagde sag ved High Court of Justice for det første med påstand om, at eBay og de sagsøgte fysiske personer er ansvarlige for salget af 17 produkter, som de sagsøgte fysiske personer har solgt på hjemmesiden www.ebay.co.uk, idet koncernen har gjort gældende, at dette salg krænker de rettigheder, som L'Oréal er indehaver af, herunder bl.a. EF-figurmærket indeholdende ordene »Amor Amor« og det nationale ordmærket »Lancôme«.

35 Det er ubestridt mellem L'Oréal og eBay, at 2 af disse 17 varer var kopier af L'Oréals mærkevarer.

36 Hvad angår de øvrige 15 genstande har L'Oréal ikke hævdet, at der er tale om kopier, men koncernen mener ikke desto mindre, at salget heraf krænker dens varemærkerettigheder, idet der er tale om varer, som ikke er beregnet til salg, såsom demonstrationseksemplarer og prøver samt varer med L'Oréals varemærke, som sælges i

Nordamerika og ikke i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (herefter »EØS«). Visse af varerne sælges desuden uden indpakning.

37 High Court of Justice har på nuværende tidspunkt ikke taget stilling til, om L'Oréals varemærkerettigheder er blevet krænket, men har dog fastslået, at de sagsøgte fysiske personer har stået for det af L'Oréal beskrevne salg på hjemmesiden www.ebay.co.uk.

38 L'Oréal har for det andet gjort gældende, at Bay er ansvarlig for brugen af L'Oréals varemærker, henset til, at de vises på eBays hjemmeside og i sponsorerede links på søgemaskineoperatørers hjemmesider, såsom Google, som udløses ved, at et søgeord svarer til disse varemærker.

39 Hvad angår sidstnævnte forhold er det ubestridt, at eBay ved at vælge søgeord, som hovedsageligt svarer til L'Oréals varemærker inden for rammerne af Googles søge- og annonceringsydelse »AdWords«, viser et reklamelink til hjemmesiden www.ebay.co.uk, hver gang det valgte søgeord er sammenfaldende med indholdet af den søgning, en internetbruger foretager på Googles søgemaskine. Dette link vises i rubrikken »sponsorerede links«, som enten vises i højre side af skærmen eller øverst på Googles skærmbillede.

40 Da en internetbruger således den 27. marts 2007 skrev ordene »shu uemura«, der i det væsentlige svarer til L'Oréals nationale varemærke »Shu Uemura«, fremkom følgende eBay-annonce i rubrikken »sponsorerede links«:

»Shu Uemura

Godt tilbud på Shu uemura

Køb på eBay og spar penge!

www.ebay.co.uk«

(»Shu Uemura

Great deals on Shu uemura

Shop on eBay and Save!

www.ebay.co.uk«)

41 Et klik på dette link førte til en side på webstedet www.ebay.co.uk med resultatet »96 fundne genstande for shu uemura«. Hvad angår størstedelen af disse genstande var det udtrykkeligt angivet, at de var fra Hongkong.

42 Som et andet eksempel kan ligeledes nævnes, at da en internetbruger den 27. marts 2007 skrev ordene »matrix hair«, der til dels svarer til L'Oréals nationale varemærke »Matrix«, som søgeord på Googles søgemaskine, fremkom følgende eBay-annonce i rubrikken »sponsorerede links«:

»Matrix hair

Fantastisk lave priser her

Udlev din passion på eBay.co.uk!

www.ebay.co.uk«

(»Matrix hair

Fantastic low prices here

Feed your passion on eBay.co.uk!

www.ebay.co.uk«)

43 L'Oréal har for det tredje gjort gældende, at selv om eBay ikke var ansvarlig for en krænkelse af L'Oréals varemærkerettigheder, skal der udstedes et påbud til eBay i henhold til artikel 11 i direktiv 2004/48.

44 L'Oréal indgik et forlig med visse af de fysiske sagsøgte personer, nemlig Stephen Potts, Tracy Ratchford, Marie Ormsby, James Clarke og Joanna Clarke, og opnåede en udeblivelsesdom mod de øvrige, dvs. Glen Fox og Rukhsana Bi. Der blev dernæst i marts måned 2009 afholdt retsmøde i sagen mod eBay ved High Court of Justice.

45 Ved dom af 22. maj 2009 fortog High Court of Justice en vurdering af visse faktiske omstændigheder, og fastslog, at der ikke kunne træffes afgørelse i sagen, da flere af spørgsmålene kræver en fortolkning fra Den Europæiske Unions Domstol.

46 High Court of Justice konstaterede i denne dom, at eBay har installeret filtre til at søge efter annoncer, som kan tænkes at tilsidesætte betingelserne for brug af webstedet. High Court of Justice konstaterede også, at eBay ved hjælp af et program med benævnelsen »VeRO« (»Verified Rights Owner«) har udviklet et system til meddelelse og fjernelse, som tilsigter at yde indehavere af intellektuelle ejendomsrettigheder bistand til at fjerne annoncer, som krænker deres rettigheder, fra markedspladsen. L'Oréal har nægtet at deltage i dette program, idet koncernen har vurderet, at det ikke er tilfredsstillende.

47 High Court of Justice påpegede desuden, at eBay anvender sanktioner såsom midlertidig udelukkelse, endog permanent udelukkelse over for sælgere, som tilsidesætter betingelserne for brugen af online-markedspladsen.

48 Uanset ovenstående bemærkninger fandt High Court of Justice, at det var muligt for eBay at vedtage yderligere foranstaltninger med henblik på at mindske antallet af mellemmænds salg, der på eBays online-markedsplads krænker de intellektuelle ejendomsrettigheder. Ifølge denne retsinstans kunne eBay anvende yderligere filtre. eBay kunne også lade et forbud mod salg af varer, der ikke stammer fra EØS uden varemærkeindehaverens samtykke, være omfattet af sine betingelser. Derudover burde det være muligt for eBay at indføre yderligere restriktioner på mængden af varer, der kan annonceres for samtidigt, og foretage en strengere anvendelse af disse restriktioner.

49 High Court of Justice præciserede dog, at den omstændighed, at det er muligt for eBay at indføre foranstaltninger, ikke nødvendigvis indebærer, at eBay er retligt forpligtet til at gøre dette.

50 Ved afgørelse af 16. juli 2009, som udgør en efterfølgende foranstaltning i forhold til dommen af 22. maj 2009, besluttede High Court of Justice at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Såfremt parfume- og kosmetikprøver (dvs. vareprøver, som anvendes til demonstration af produkter for forbrugere i detailforretninger) samt genopfyldningsflasker (dvs. beholdere, fra hvilke der kan udtages prøver som gratis vareprøver til forbrugere), som ikke er beregnet til salg til forbrugere (og som ofte er forsynet med angivelsen »ikke til salg« eller »ikke til detailsalg«), leveres gratis til den registrerede varemærkeindehavers autoriserede distributører, er disse varer da »markedsført« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 7, stk. 1, i [direktiv 89/104] og i artikel 13, stk. 1, i [forordning nr. 40/94]?

2) Såfremt [den ydre indpakning] er fjernet fra parfumer og kosmetiske præparater uden varemærkeindehaverens samtykke, udgør dette da en »skellig grund« for varemærkeindehaveren til at modsætte sig fortsat markedsføring af de uindpakkede varer, i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 2, i [direktiv 89/104] og i artikel 13, stk. 2, i [forordning 40/94]?

3) Skal spørgsmål 2 ovenfor besvares anderledes, såfremt:

a) de uindpakkede varer som følge af fjernelsen af [den ydre indpakning] ikke længere er forsynet med de oplysninger, der kræves i henhold til artikel 6, stk. 1, i […] direktiv 76/768[…] og særligt ikke angiver en ingrediensliste eller en »bedst før-dato«?

b) udbuddet til salg eller det faktiske salg af uindpakkede varer udgør et strafbart forhold i henhold til lovgivningen i den medlemsstat […], hvori de udbydes til salg eller sælges af tredjeparter?

4) Skal spørgsmål 2 besvares anderledes, såfremt den fortsatte markedsføring skader eller kan skade varernes renommé og således varemærkets omdømme? Hvis dette er tilfældet, skal denne følge lægges til grund, eller skal den godtgøres af varemærkeindehaveren?

5) Såfremt en erhvervsdrivende, der driver en online-markedsplads, erhverver ret til brug af et tegn, der er identisk med et registreret varemærke, som et nøgleord fra en søgemaskineoperatør, således at tegnet vises for en bruger af søgemaskinen i et sponsoreret link til den hjemmeside, som indehaves af operatøren af online-markedspladsen, udgør visningen af tegnet i det sponsorerede link da en »brug« af tegnet i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 5, stk. 1, litra a), i [direktiv 89/104] og i artikel 9, stk. 1, litra a), i [forordning nr. 40/94]?

6) Såfremt brugeren ved at klikke på det i spørgsmål 5 ovenfor nævnte sponsorerede link ledes direkte hen til reklamer for eller salgsudbud af varer, der er identiske med dem, som varemærket er registreret for, under det tegn, som andre parter har anbragt på hjemmesiden, og hvoraf nogle krænker varemærket, og nogle ikke krænker varemærket, alt efter varernes forskellige karakter, udgør dette da brug af tegnet af operatøren af online-markedspladsen »for« de varemærkekrænkende varer i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 5, stk. 1, litra a), i [direktiv 89/104] og i artikel 9, stk. 1, litra a), i [forordning nr. 40/94]?

7) Såfremt de varer, der reklameres for, og som udbydes til salg på den i spørgsmål 6 ovenfor nævnte hjemmeside, inkluderer varer, der ikke er markedsført i EØS af varemærkeindehaveren eller med dennes samtykke, er det da tilstrækkeligt til, at en sådan brug falder ind under anvendelsesområdet for […] artikel 5, stk. 1, litra a), [i direktiv 89/104] og […] artikel 9, stk. 1, litra a), [i forordning nr. 40/94] samt uden for […] artikel 7, stk. 1, i [direktiv 89/104] og […] artikel 13, stk. 1, [i forordning nr. 40/94] at reklameringen eller udbuddet til salg er henvendt til

forbrugere i det område, som er omfattet af varemærket, eller skal varemærkeindehaveren godtgøre, at reklameringen eller udbuddet til salg nødvendigvis medfører, at de pågældende varer markedsføres i det område, som er omfattet af varemærket?

8) Skal spørgsmål 5-7 ovenfor besvares anderledes, såfremt den brug, som varemærkeindehaveren har anfægtet, består i, at selve tegnet vises på selve den hjemmeside, der tilhører operatøren af selve online-markedspladsen, og ikke i et sponsoreret link?

9) Såfremt det er tilstrækkeligt til at falde inden for anvendelsesområdet for […] artikel 5, stk. 1, litra a), [i direktiv 89/104], og […] artikel 9, stk. 1, litra a), [i forordning nr. 40/94] samt uden for […] artikel 7 [i direktiv 89/104] og […] artikel 13, [i forordning nr. 40/94], at reklameringen eller udbuddet til salg er henvendt til forbrugere i det område, som er omfattet af varemærket:

   a) består en sådan brug af eller inkluderer den oplagring »af information leveret af en tjenestemodtager« i den forstand, hvori dette begreb er anvendt i artikel 14, stk. 1, i [direktiv 2000/31]?

   b) Såfremt brugen ikke udelukkende består af aktiviteter, der falder inden for anvendelsesområdet for artikel 14, stk. 1, i [direktiv 2000/31], men inkluderer sådanne aktiviteter, er operatøren af online-markedspladsen da fritaget for ansvar, for så vidt som brugen består af sådanne aktiviteter, og hvis det er tilfældet, kan der tilkendes erstatning eller anden økonomisk godtgørelse for en sådan brug, i det omfang brugen ikke er fritaget for ansvar?

c) Udgør det »konkret kendskab« eller »kendskab« i den forstand, hvori udtrykkene er anvendt i artikel 14, stk. 1, i [direktiv 2000/31], når operatøren af online-markedspladsen har kendskab til, at der reklameres for varer, og at disse udbydes til salg og sælges på operatørens hjemmeside under krænkelse af registrerede varemærker, og at krænkelser af sådanne registrerede varemærker fortsat vil ske, mens der reklameres, udbydes til salg samt sker faktisk salg af samme eller tilsvarende varer af samme eller af andre af hjemmesidens brugere?

10) Består der i det tilfælde, hvor tjenesteydelser fra en mellemmand, som f.eks. en operatør af en hjemmeside, er blevet benyttet af en tredjemand til at krænke et registreret varemærke, i henhold til artikel 11 i […] direktiv 2004/48 […] en pligt for medlemsstaterne til at sikre, at varemærkeindehaveren kan opnå, at der pålægges formidleren et forbud mod yderligere krænkelser af det ovennævnte varemærke — modsat et forbud mod fastsættelse af den konkret krænkende adfærd, og såfremt det er tilfældet, hvilket omfang skal det forbud, der er mulighed for at få udstedt, have?«

## III — Om de præjudicielle spørgsmål

### A — *Om spørgsmål 1-4 vedrørende salg af mærkevarer på en online-markedsplads*

#### 1. Indledende bemærkninger

51 Som anført i denne doms præmis 36 og 37, er det ubestridt, at de sagsøgte fysiske personer på hjemmesiden www.ebay.co.uk til kunder i Unionen har udbudt mærkevarer hidrørende fra L'Oréal, som af koncernen er beregnet til salg i tredjelande, såvel som varer, som ikke er beregnet til salg, såsom demonstrationseksemplarer og prøver,

til salg og solgt dem. Det er derudover ubestridt, at visse af disse varer sælges uden indpakning.

52 Udbuddet til salg på hjemmesiden www.ebay.co.uk af de varer, som er blevet indført i tredjelande, fremgår ligeledes af de konstateringer, som er gengivet i denne doms præmis 40 og 41, hvoraf det fremgår, at eBay har reklameret for udbud af varer med varemærket Shu Uemura fra Hongkong (Kina) på denne hjemmeside.

53 eBay har bestridt, at sådanne salgstilbud på dets hjemmeside krænker de rettigheder, som knytter sig til varemærkerne. Med de præjudicielle spørgsmål 1-4 og 7 ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om eBay har ret i denne antagelse.

54 Før disse spørgsmål undersøges, skal det, som generaladvokaten har anført i punkt 79 i forslaget til afgørelse, bemærkes, at de enerettigheder, som er knyttet til varemærkerne, i princippet udelukkende kan gøres gældende over for erhvervsdrivende. For at en varemærkeindehaver kan forbyde tredjemand at bruge et tegn, der er identisk med eller ligner varemærket, skal brugen være erhvervsmæssig (jf. bl.a. dom af 16.11.2004, sag C-245/02, Anheuser-Busch, Sml. I, s. 10989, præmis 62, og af 18.6.2009, sag C-487/07, L'Oréal m.fl., Sml. I, s. 5185, præmis 57).

55 Heraf følger, at når en fysisk person sælger en mærkevare på en online-markedsplads, uden at denne transaktion sker inden for rammerne af en erhvervsmæssig aktivitet, kan varemærkeindehaveren ikke gøre sin eneret gældende i henhold til artikel 5 i direktiv 89/104 og artikel 9 i forordning nr. 40/94. Hvis det salg, der gennemføres på en sådan markedsplads, går ud over en rent privat virksomhed som følge af dets

volumen, hyppighed eller andre kendetegn, agerer sælgeren derimod inden for rammerne af »erhvervsmæssig brug« som omhandlet i disse artikler.

56 I sin dom af 22. maj 2009 konstaterede den forelæggende ret, at en af de fysiske sagsøgte personer, Stephen Potts, havde solgt et stort antal genstande, som var omfattet af L'Oréals varemærke, på hjemmesiden www.ebay.co.uk. Henset hertil, fastslog den forelæggende ret, at denne person havde handlet i egenskab af erhvervsdrivende. Det samme blev fastslået for så vidt angår Tracy Ratchford, Marie Ormsby, James Clarke, Rukhsana Bi, Joanna Clarke og Glen Fox.

57 Eftersom de salgsudbud og det salg, som er nævnt ovenfor i denne doms præmis 51, og som omfatter brug af tegn, der er identisk med eller ligner de varemærker, som L'Oréal er indehaver af, har fundet sted inden for rammerne af en erhvervsvirksomhed, og eftersom det er ubestridt, at L'Oréal ikke har givet sit samtykke hertil, skal det med henvisning til samtlige de regler, som er foreskrevet i artikel 5 i direktiv 89/104 og artikel 9 i forordning nr. 40/94 samt retspraksis, efterprøves, om L'Oréal kunne modsætte sig disse salgsudbud og dette salg.

2. Om udbuddet til salg på en online-markedsplads, der henvender sig til forbrugere i Unionen, af mærkevarer, der af varemærkeindehaveren er beregnet til salg i tredjelande

58 Med spørgsmål 7, som skal undersøges først, spørger den forelæggende ret nærmere bestemt, om det er tilstrækkeligt for, at en indehaver af et varemærke, som er registreret i en af Unionens medlemsstater eller et EF-varemærke i henhold til reglerne i artikel 5 i direktiv 89/104 og artikel 9 i forordning nr. 40/94 kan modsætte sig, at de varer, som er omfattet af dette varemærke, og som ikke tidligere er markedsført

i EØS — eller som ikke tidligere er markedsført i Unionen, såfremt der er tale om et EF-varemærke — udbydes til salg på en online-markedsplads, at salgsudbuddet henvender sig til forbrugere i det område, som er omfattet af varemærket.

59 Reglen i artikel 5 i direktiv 89/104 og artikel 9 i forordning nr. 40/94 tildeler varemærkeindehaveren en eneret, der giver ham mulighed for at forbyde tredjemand at importere, udbyde eller markedsføre varer, der er forsynet med hans varemærke, eller at opbevare dem med henblik herpå, mens direktivets artikel 7 indeholder en undtagelse til denne regel, idet den bestemmer, at indehaverens ret er udtømt, når varerne er markedsført inden for EØS — eller i tilfælde af et EF-varemærke inden for Unionen — af indehaveren selv eller med dennes samtykke (jf. bl.a. dom af 30.11.2004, sag C-16/03, Peak Holding, Sml. I, s. 11313, præmis 34, af 15.10.2009, sag C324/08, Makro Zelfbedieningsgroothandel m.fl., Sml. I, s. 10019, præmis 21 og af 3.6.2010, sag C-127/09, Coty Prestige Lancaster Group, Sml. I, s. 4965, præmis 28 og 46).

60 I den situation, som efterprøves med dette spørgsmål, hvor varerne på intet tidspunkt er markedsført i EØS af varemærkeindehaveren eller med dennes samtykke, finder undtagelsen i artikel 7 i direktiv 89/104 og artikel 13 i forordning nr. 40/94 ikke anvendelse. I denne henseende har Domstolen flere gange fastslået, at det er afgørende, at indehaveren af et varemærke, som er registreret i en medlemsstat, kan kontrollere den første markedsføring inden for EØS af varer, der er forsynet med dette varemærke (jf. bl.a. dom af 20.11.2001, forenede sager C-414/99 — C-416/99, Zino Davidoff og Levi Strauss, Sml. I, s. 8691, præmis 33, Peak Holding-dommen, præmis 36 og 37, og dommen i sagen Makro Zelfbedieningsgroothandel m.fl., præmis 32).

61 eBay har anerkendt disse principper, men har samtidig gjort gældende, at indehaveren af et varemærke, som er registreret i en medlemsstat, eller af et EF-varemærke, ikke kan påberåbe sig den eneret, som varemærket giver, så længe de varer, der er forsynet med dette varemærke, og som udbydes til salg på en online-markedsplads, befinder sig i et tredjeland, og ikke nødvendigvis sendes til et område, som er omfattet af varemærket. L'Oréal, Det Forenede Kongeriges regering, den italienske, polske og

portugisiske regering såvel som Europa-Kommissionen er derimod af den opfattelse, at reglerne i direktiv 89/104 og forordning nr. 40/94 finder anvendelse, når det viser sig, at udbuddet til salg af varer, som befinder sig i et tredjeland, henvender sig til forbrugere i det område, som er omfattet af varemærket.

62 Sidstnævnte standpunkt må tiltrædes. Såfremt det forholdt sig anderledes, ville erhvervsdrivende, som driver elektronisk handel, og som på en online-markedsplads, der henvender forbrugere i Unionen, udbyder mærkevarer til salg, som kan ses på skærmen og bestilles på denne markedsplads, ikke — hvad angår denne form for udbud til salg — være forpligtede til overholde de EU-retlige regler om intellektuel ejendomsret. En sådan situation ville kunne påvirke disse reglers effektive virkning.

63 Det skal hertil blot bemærkes, at i henhold artikel 5, stk. 3, litra b) og d), i direktiv 89/104 og artikel 9, stk. 2, litra b) og d), i forordning nr. 40/94 omfatter en sådan brug foretaget af tredjemand, som varemærkeindehaveren kan modsætte sig, af tegn, der er identiske med eller ligner varemærkerne, brug af nævnte tegn i salgsudbud og reklamer. Som generaladvokaten har anført i punkt 127 i forslaget til afgørelse og Kommissionen i dens skriftlige indlæg, vil det skade disse reglers effektive virkning, hvis brugen i et salgsudbud eller i en reklame på internettet, som henvender sig til forbrugere i Unionen, af et tegn, der er identisk med eller ligner et varemærke, der er registreret i Unionen, ikke er omfattet af disse regler, alene af den grund, at den tredjemand, som står bag dette salgsudbud eller reklamen, er bosat i et tredjeland, at serveren til det websted, som vedkommende benytter sig af, befinder sig i et tredjeland, eller at den udbudte vare befinder sit i et tredjeland.

64 Det skal imidlertid præciseres, at den omstændighed, at en hjemmeside er tilgængelig på det område, som er omfattet af varemærket, ikke er tilstrækkeligt til, at det kan konkluderes, at det salgsudbud, der fremsættes dér, henvender sig til forbrugere

på dette område (jf. analogt dom af 7.12.2010, forenede sager C-585/08 og C-144/09, Pammer og Hotel Alpenhof, Sml. I, s. 12577, præmis 69). Såfremt det forhold, at en online-markedsplads er tilgængelig på dette område, var tilstrækkeligt til, at de annoncer, som vises på denne hjemmeside, er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 89/104 og forordning nr. 40/94, ville hjemmesider og annoncer, som åbenlyst udelukkende henvender sig til forbrugere i tredjelande, ikke desto mindre være tilgængelige i Unionen teknisk set, og dermed fejlagtigt omfattet af EU-retten.

65 Følgelig påhviler det de nationale domstole at vurdere fra sag til sag, om der foreligger nogen konkrete tegn på, at et udbud til salg, som vises på en online-markedsplads, der er tilgængelig på det område, der er omfattet af varemærket, henvender sig til forbrugere på dette område. Når salgsudbuddet omfatter oplysninger om, hvilket geografisk område sælgeren kan sende varerne til, er sådanne oplysninger af særlig væsentlig betydning i forbindelse med nævnte bedømmelse.

66 I hovedsagen forekommer hjemmesiden med adressen »www.ebay.co.uk« i mangel af beviser på det modsatte at henvende sig til forbrugere på det område, som er omfattet af de påberåbte nationale varemærker og EF-varemærker, hvorfor de salgsudbud, som vises på denne hjemmeside, og som er genstand for hovedsagen, er omfattet af anvendelsesområdet for de EU-retlige regler om beskyttelse af varemærker.

67 Henset til de ovenstående bemærkninger, skal spørgsmål 7 besvares med, at når varer, som befinder sig i et tredjeland, er forsynet med et varemærke, som er registreret i en af Unionens medlemsstater, eller af et EF-varemærke, og som ikke tidligere er markedsført i EØS — eller i tilfælde af et EF-varemærke ikke tidligere er markedsført i Unionen — sælges af en erhvervsdrivende på en online-markedsplads uden samtykke fra varemærkeindehaveren til en forbruger, som befinder sig på det område, der er omfattet af varemærket, eller indgår i et salgsudbud eller en reklame, som vises på en sådan online-markedsplads, som henvender sig til forbrugere, på dette område, kan

varemærkeindehaveren modsætte sig dette salg, dette salgsudbud eller denne reklame i henhold til reglerne i artikel 5 i direktiv 89/104 eller artikel 9 i forordning nr. 40/94. Det påhviler de nationale domstole at vurdere fra sag til sag, om der foreligger bevis for, at et salgsudbud eller en reklame, som vises på en online-markedsplads, som er tilgængelig på det nævnte område, henvender sig til forbrugerne på dette område.

3. Om udbuddet til salg og salget af demonstrations- og prøveeksemplarer

68 Det er ubestridt, at de sagsøgte fysiske personer på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, som den forelæggende ret skal behandle i hovedsagen, på hjemmesiden www.ebay.co.uk ligeledes udbød demonstrations- og prøveeksemplarer, som L'Oréal havde leveret gratis til dets autoriserede distributører, til salg.

69 Med spørgsmål 1 spørger den forelæggende ret nærmere bestemt, om varemærkeindehaverens levering af genstande, som er forsynet med varemærket, og som er beregnet til at skulle demonstreres for forbrugere i autoriserede detailforretninger samt genopfyldningsflasker, som ligeledes er forsynet med dette varemærke, og fra hvilke der kan udtages prøver som gratis vareprøver til forbrugerne, udgør markedsføring som omhandlet i direktiv 89/104 og forordning nr. 40/94.

70 Den forelæggende ret har i denne forbindelse konstateret, at L'Oréal tydeligt havde angivet over for sine autoriserede distributører, at de ikke måtte sælge disse genstande og flasker, og at visse af dem til og med var forsynet med angivelsen »ikke til salg«.

71 Domstolen har allerede fastslået, at når en indehaver af et varemærke anbringer dette varemærke på genstande, der gratis tilbydes med henblik på at fremme salget af sine varer, distribueres disse genstande ikke med henblik på at bringe dem ind på markedet (jf. dom af 15.1.2009, sag C-495/07, Silberquelle, Sml. I, s. 137, præmis 20-22). Den gratis udlevering af disse genstande indebærer dermed i princippet ikke, at varemærkeindehaveren har markedsført dem.

72 Domstolen har ligeledes fastslået, at når varemærkeindehaveren på genstande såsom prøveflasker med parfume har påført angivelserne »demonstration« og »ikke til salg« er dette i mangel på holdpunkter for det modsatte til hinder for den konklusion, at varemærkeindehaveren har givet samtykke til markedsføring af disse genstande (jf. dommen i sagen Coty Prestige Lancaster Group, præmis 43, 46 og 48).

73 Under disse omstændigheder skal spørgsmål 1 besvares således, at det forhold, at varemærkeindehaveren til sine autoriserede distributører leverer genstande, som er forsynet med varemærket, og som er beregnet til at skulle demonstreres for forbrugere i autoriserede detailforretninger samt genopfyldningsflasker, som ligeledes er forsynet med dette varemærke, og fra hvilke der kan udtages prøver som gratis vareprøver til forbrugerne, ikke, i mangel af holdepunkter for det modsatte, udgør markedsføring som omhandlet i direktiv 89/104 og forordning nr. 40/94.

4. Om markedsføringen af varer uden indpakning

74 Som anført i denne doms præmis 36, 37 og 51, er visse vareprøver med L'Oréals varemærke blevet solgt uden indpakning af erhvervsdrivende på eBays markedsplads.

75 Med spørgsmål 1-4 ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om fjernelsen af indpakningen fra varer som de i hovedsagen omhandlede krænker den eneret, som er tildelt indehaveren af det varemærke, der er anbragt på varerne, og dermed giver den pågældende ret til at modsætte sig markedsføringen af de således uindpakkede varer.

76 Henset til, at de i hovedsagen omhandlede uindpakkede varer hovedsageligt består af kosmetiske midler, bør spørgsmålene ifølge den forelæggende ret besvares i henhold til artikel 6, stk. 1, i direktiv 76/768, hvorefter kosmetiske midler kun kan bringes i handelen, hvis der på beholderen og omslagskartonen er anført oplysninger om bl.a. fabrikanten eller den for markedsføringen af det kosmetiske middel ansvarlige person, dets sammensætning (indhold og en liste over bestanddele), dets anvendelse (dets funktion og særlige forsigtighedsregler) og om opbevaringen heraf (mindsteholdbarhedsdatoen). Den forelæggende ret ønsker i den henseende i det væsentlige oplyst, om indehaveren af et varemærke i medfør af sin eneret i henhold til direktiv 89/104, eller såfremt der er tale om et EF-varemærke i henhold til forordning nr. 40/94, kan modsætte sig videresalget af varer, som er forsynet med dette varemærke, når markedsføringen foretages i strid med kravene i direktiv 76/768.

77 L'Oréal er ligesom den franske, polske og portugisiske regering samt Kommissionen af den opfattelse, at uanset om der er sket en tilsidesættelse af direktiv 76/768 eller ej, udgør indpakningen en vigtig del af parfumers og kosmetiske midlers renommé. Indehaveren af det varemærke, der er anbragt på varerne og indpakningen, bør følgelig kunne modsætte sig, at disse varer videresælges uindpakket. eBay har derimod gjort gældende, at det for så vidt angår parfumer og kosmetik ofte er varernes flaske eller indhold, og ikke indpakningen, som kendetegner varernes prestigefyldte og luksuriøse image.

78 Hvad angår det varierede udbud af parfumer og kosmetiske midler skal det for det første bemærkes, at spørgsmålet om, hvorvidt det skader varens og følgelig varemærkets renomme, at indpakningen er fjernet, skal efterprøves fra sag til sag. Som anført

af generaladvokaten i punkt 71-74 i forslaget til afgørelse, har uindpakket parfume eller kosmetiske midler nogle gange et mere prestigefyldt og luksuriøst image, mens det i andre tilfælde derimod skader varernes image, at indpakningen er fjernet.

79 En sådan skade kan ske, når indpakningen i lige stor eller større udstrækning end flasken eller beholderen bidrager til fremkaldelsen af det image, som varemærkeindehaveren og dennes autoriserede distributører ønsker, at varen skal have. Det kan også tænkes, at det skader varens renommé, at visse eller alle de oplysninger, som kræves i henhold til artikel 6, stk. 1, i direktiv 76/768, ikke er angivet. Det er op til varemærkeindehaveren at godtgøre, at der foreligger forhold, som skader varens renommé.

80 Det skal for det andet bemærkes, at eftersom varemærkets afgørende funktion er at garantere den identiske oprindelse af en vare over for forbrugeren, udgør det en garanti for, at alle de varer, som er forsynet med varemærket, er blevet fremstillet eller leveret under kontrol af én bestemt virksomhed, der er ansvarlig for deres kvalitet (jf. bl.a. dom af 12.11.2002, sag C-206/01, Arsenal Football Club, Sml. I, s. 10273, præmis 48, og af 23.4.2009, sag C-59/08, Copad, Sml. I, s. 3421, præmis 45).

81 Når visse lovbestemte oplysninger mangler, såsom oplysninger om fabrikanten eller den, der er ansvarlig for markedsføringen af det kosmetiske middel, indebærer dette en krænkelse af varemærkets funktion som oprindelsesangivelse, idet varemærket dermed fratages sit grundlæggende formål om at garantere, at de varer, som er forsynet hermed, leveres under kontrol af én bestemt virksomhed, der er ansvarlig for deres kvalitet.

82 Det skal for det tredje og endelig bemærkes, som generaladvokaten har anført i punkt 76 i forslaget til afgørelse, at spørgsmålet om, hvorvidt udbuddet til salg eller salget af uindpakkede mærkevarer, der følgelig mangler visse af de oplysninger, som kræves i henhold til artikel 6, stk. 1, i direktiv 76/768, udgør en strafbar handling i henhold til national ret, ikke har nogen indflydelse på anvendelsen af de EU-retlige regler om varemærkebeskyttelse.

83 Henset til det ovenstående, skal spørgsmål 1-4 besvares med, at artikel 5 i direktiv 89/104 og artikel 9 i forordning nr. 40/94 skal fortolkes således, at varemærkeindehaveren i henhold til sin eneret kan modsætte sig videresalget af varer som de i hovedsagen omhandlede, med den begrundelse, at forhandleren har fjernet varernes indpakning, såfremt fjernelsen indebærer, at vigtige oplysninger mangler, såsom oplysninger om fabrikanten eller den, der er ansvarlig for markedsføringen af det kosmetiske middel. Selv om fjernelsen af indpakningen ikke indebærer, at disse oplysninger mangler, kan varemærkeindehaveren dog modsætte sig, at en parfume eller et kosmetisk middel, der er forsynet med det varemærke, som han er indehaver af, sælges uindpakket, såfremt varemærkeindehaveren kan påvise, at fjernelsen af indpakningen skader den pågældende vares — og dermed varemærkets — renommé.

B — *Om spørgsmål 5 og 6 vedrørende den reklame, som operatøren af onlinemarkedspladsen gør for sin hjemmeside og for de varer, som vises dér*

84 Det fremgår af de faktiske omstændigheder i hovedsagen, således som gengivet i denne doms præmis 39-42, at eBay ved at vælge søgeord på søgemaskinen Google, som svarer til L'Oréals varemærker, viser et link til hjemmesiden www.ebay.co.uk, hver gang internetbruger foretager en søgning ved hjælp af disse ord på Googles søgemaskine, ledsaget af en kommerciel meddelelse om muligheden for at købe varer

med det søgte varemærke på denne hjemmeside. Dette salgsfremmende link vises i rubrikken »sponsorerede links«, som enten vises i højre side af skærmen eller øverst på Googles skærmbillede.

85 Det er ubestridt, at operatøren af online-markedspladsen i en sådan situation udgør en annoncør. Han viser links og meddelelser, der, som anført af generaladvokaten i punkt 89 i forslaget til afgørelse, både udgør reklame for visse salgsudbud på markedspladsen og for selve markedspladsen. De reklamer, som den forelæggende ret har nævnt blandt andre eksemplarer, og som er gengivet i denne doms præmis 40 og 42, giver et billede af denne praksis.

86 Med spørgsmål 5 og 6, der behandles samlet, spørger den forelæggende ret i det væsentlige, om artikel 5, stk. 1, litra a), i direktiv 89/104 og artikel 9, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94 skal fortolkes således, at varemærkeindehaveren kan forbyde en operatør af en online-markedsplads ved hjælp af et søgeord, som er identisk med varemærket, og som operatøren har udvalgt på en søge- og annonceringsydelse på internettet uden varemærkeindehaverens samtykke, at reklamere for markedspladsen og for de varer, som er forsynet med det omhandlede varemærke, og som udbydes til salg dér.

87 Hvad angår reklame på internettet ved hjælp af et søgeord, som svarer til varemærket, har Domstolen allerede fastslået, at et sådant søgeord er det middel, der anvendes af annoncøren for at udløse visningen af hans reklame, og den er således genstand for »erhvervsmæssig« brug i henhold til artikel 5 i direktiv 89/104 og artikel 9 i forordning nr. 40/94 (dom af 23.3.2010, forenede sager C-236/08 — C-238/08, Google France og Google, Sml. I, s. 2417, præmis 51 og 52, og af 25.3.2010, sag C- 278/08, BergSpechte, Sml. I, s. 2517, præmis 18).

88 Med henblik på at afgøre, om denne form for reklame opfylder de øvrige betingelser, som skal være opfyldt i henhold til artikel 5, stk. 1, litra a), i direktiv 89/104 og artikel 9, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94 for, at varemærkeindehaveren kan modsætte sig den, må det undersøges, dels om annoncer som dem, eBay viser ved hjælpe af en søgetjeneste på internettet som Google, vedrører varer eller tjenesteydelser, som er identiske med dem, for hvilke varemærket er registreret, dels om sådanne annoncer gør eller kan gøre indgreb i en af varemærkets funktioner (jf. BergSpechte-dommen, præmis 21).

89 Hertil bemærkes for det første, at for så vidt som eBay har brugt søgeord, der svarer til L'Oréals varemærker, med henblik på at gøre reklame for sin egen tjenesteydelse, som består i at stille en online-markedsplads til rådighed for sælgere og købere, er brugen hverken foretaget for varer eller tjenesteydelser »af samme art som dem, for hvilke varemærket er registreret« som omhandlet i artikel 5, stk. 1, litra a), i direktiv 89/104 og artikel 9, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94, eller for varer eller tjenesteydelser af lignende art som omhandlet i artikel 5, stk. 1, litra b), i direktiv 89/104 og artikel 9, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

90 eBays brug af tegn, som svarer til L'Oréals varemærker, med henblik på at gøre reklame for sin online-markedsplads, bør derfor efterprøves i henhold til artikel 5, stk. 2, i direktiv 89/104 og artikel 9, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94, henset til, at disse bestemmelser giver varemærker, der har et renommé, en mere omfattende beskyttelse end den, der foreskrives i artikel 5, stk. 1, litra a) og b), i direktiv 89/104 og artikel 9, stk. 1, litra a) og b), i forordning nr. 40/94, og de regulerer bl.a. den situation, hvor en tredjemand bruger tegn, som svarer til sådanne varemærker for varer eller tjenesteydelser, som ikke er af samme art som dem, for hvilke varemærkerne er registreret.

91 Det bemærkes dernæst, at for så vidt som eBay har brugt søgeord, som svarer til L'Oréals varemærker, med henblik på at reklamere for de salgsudbud for mærkevarer, som stammer fra koncernens kunder, som udbyder varer til salg, har eBays brug

været for varer eller tjenesteydelser, som er af samme art som dem, for hvilke disse varemærker er registreret. Der skal i denne forbindelse erindres om, at udtrykket »for varer eller tjenesteydelser« ikke udelukkende vedrører varer eller tjenesteydelser fra den tredjemand, som gør brug af tegn, der er identiske med varemærkerne, idet det også kan vedrøre andre personers varer eller tjenesteydelser. Den omstændighed, at en tredjemand bruger et tegn, der er identisk med et registreret varemærke, for varer, som ikke er hans egne varer, i den forstand, at han ikke har ejendomsret til den, er nemlig ikke til hinder for, at denne brug er omfattet af artikel 5 i direktiv 89/104 og artikel 9 i forordning nr. 40/94 (dommen i sagen Google France og Google, præmis 60, og kendelse af 19.2.2009, sag C-62/08, UDV North America, Sml. I, s. 1279, punkt 43).

92 Når en leverandør af en tjenesteydelse bruger et tegn, der svarer til en andens varemærke, med henblik på at reklamere for varer, som en af dennes kunder markedsfører ved hjælp af en sådan tjeneste, er denne tjenesteydelse ifølge Domstolen omfattet af anvendelsesområdet for artikel 5, stk., i direktiv 89/104 og artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 40/94, når brugen sker på en sådan måde, at der skabes en forbindelse mellem tegnet og tjenesteydelsen (jf. kendelsen i sagen UDV North America, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).

93 Som fremhævet af generaladvokaten i punkt 89 i forslaget til afgørelse og den franske regering under retsmødet, foreligger der en sådan forbindelse under de omstændigheder, der foreligger i hovedsagen. eBays annoncer skaber en åbenlys forbindelse mellem de mærkevarer, som vises i annoncerne, og muligheden for at købe dem på eBay.

94 Hvad endelig angår spørgsmålet om, hvorvidt brugen af et søgeord, som svarer til et varemærke, kan gøre indgreb i en af varemærkets funktioner, har Domstolen i andre sager præciseret, at der er sket en sådan krænkelse, når denne form for reklame ikke, eller kun med vanskelighed, giver en internetbruger, der er almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom, mulighed for at gøre sig bekendt med, om de i annoncen omhandlede varer eller tjenesteydelser hidrører fra varemærkeindehaveren eller fra en virksomhed, der er økonomisk forbundet med denne, eller derimod hidrører fra

en tredjemand (dommen i sagen Google France og Google, præmis 99, og dom af 8.7.2010, sag C-558/08, Portakabin og Portakabin, Sml. I, s. 6963, præmis 54).

95 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at behovet for, at annoncer vises på en gennemskuelig måde på internettet, understreges af Unionens lovgivning om elektronisk handel. Ud fra hensyn til god forretningsskik og til forbrugerne er der i artikel 6 i direktiv 2000/31 indført en regel om, at den fysiske eller juridiske person, på hvis vegne den kommercielle kommunikation, som er en del af en informationssamfundstjeneste, foretages, klart skal kunne identificeres (dommen i sagen Google France og Google, præmis 86).

96 En reklame fra operatøren af en online-markedsplads, som søgemaskineoperatøren er ansvarlig for visningen af, skal dermed under alle omstændigheder angive identiteten på denne operatør af online-markedspladsen og den omstændighed, at de i annoncen viste mærkevarer udbydes til salg på den online-markedsplads, som den pågældende driver.

97 Henset til de ovenstående bemærkninger, skal spørgsmål 5 og 6 besvares med, at artikel 5, stk. 1, litra a), i direktiv 89/104 og artikel 9, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94 skal fortolkes således, at varemærkeindehaveren kan forbyde en operatør af en online-markedsplads, ved hjælpe af et søgeord, som er identisk med varemærket, og som operatøren har udvalgt på en søge- og annonceringsydelse på internettet at reklamere for varer under dette varemærke, som er udbudt til salg på denne markedsplads, når denne reklame ikke eller kun med vanskelighed giver en internetbruger, der er almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom, mulighed for at gøre sig bekendt med, om varerne hidrører fra varemærkeindehaveren eller fra en virksomhed, der er økonomisk forbundet med denne, eller derimod hidrører fra en tredjemand.

C — *Om spørgsmål 8 vedrørende brug af tegn, som svarer til varemærkerne, i salgsudbud på den hjemmeside, som tilhører operatøren af online-markedspladsen*

98 Med spørgsmål 8 spørger den forelæggende ret nærmere bestemt, hvordan visningen af tegn, der er identiske med eller ligner varemærker, på hjemmesiden for en operatør af en online-markedsplads, skal kvalificeres i henhold til direktiv 89/104 og forordning nr. 40/94.

99 Det bemærkes herved for det første, at ved handel på online-markedspladser omfatter den tjeneste, som leveres af operatøren af markedspladsen, fremvisning af de salgsudbud, som operatørens kunder fremsætter.

100 Når sådanne salgsudbud vedrører mærkevarer, vil tegn, der er identiske med eller ligner varemærkerne, uundgåeligt blive vist på den hjemmeside, som tilhører operatøren af markedspladsen.

101 Selv om tegnene under disse omstændigheder er genstand for »brug« på denne hjemmeside, er det imidlertid ikke ensbetydende med, at det er operatøren af markedspladsen, som står for denne brug som omhandlet i direktiv 89/104 og forordning nr. 40/94.

102 En tredjemands »brug« af et tegn, der er identisk med eller ligner indehaverens varemærke som omhandlet i artikel 5 i direktiv 89/104 og artikel 9 i forordning nr. 40/94, forudsætter nemlig i det mindste, at tredjemand gør brug af tegnet i forbindelse med sin egen kommercielle kommunikation. For så vidt som en tredjemand leverer en tjenesteydelse, der indebærer, at den pågældendes kunder som led i deres handelsmæssige virksomhed får mulighed for at vise tegn, der svarer til varemærker på

tredjemandens hjemmeside, er det ikke ham selv, der på sin hjemmeside gør brug af disse tegn som omhandlet i unionsretten (dommen i sagen Google France og Google, præmis 56 og 57).

103 Som anført af Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen under retsmødet og af generaladvokaten i punkt 119 og 120 i forslaget til afgørelse, indebærer dette, at brugen af tegn, der er identiske med eller ligner varemærker, i salgsudbud, som vises på en online-markedsplads, foretages af kunderne til operatøren af markedspladsen, som sælger varer, og ikke af operatøren selv.

104 For så vidt som operatøren giver sine kunder mulighed for at foretage denne brug, skal hans rolle ikke bedømmes i henhold til bestemmelserne i direktiv 89/104 eller forordning nr. 40/94, men derimod i henhold til andre retsregler, såsom dem, der er forskrevet i direktiv 2000/31, navnlig kapitel II, afsnit 4, som vedrører »Formidleransvar for tjenesteydere«, og som omfatter nævnte direktivs artikel 12-15 (jf. analogt Google France og Google-dommen, præmis 57).

105 Henset hertil, skal spørgsmål 8 besvares med, at en operatør af en online-markedsplads ikke foretager »brug« af tegn, der er identiske med eller ligner de varemærker, som vises i salgsudbuddene på hans hjemmeside, som omhandlet i artikel 5 i direktiv 89/104 og artikel 9 i forordning nr. 40/94.

D — *Om spørgsmål 9 vedrørende ansvar for en operatør af en elektronisk markedsplads*

106 Med spørgsmål 9 spørger den forelæggende ret nærmere bestemt, om

— den tjenesteydelse, som leveres af operatøren af en online-markedsplads, er omfattet af artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31 (hosting), og i bekræftende fald

— under hvilke forudsætninger operatøren af en online-markedsplads kan anses for at have en form for »kendskab«, som er omhandlet i artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31.

1. Om operatøren af online-markedspladsen kan anses for vært for oplysninger, der stammer fra hans kunder, som er sælgere

107 Således som Domstolen allerede har fastslået, har artikel 12-15 i direktiv 2000/31 til formål at begrænse de tilfælde, hvor udbydere af formidlingsydelser i informationssamfundet i henhold til gældende national ret på området kan ifalde ansvar. Det er således inden for rammerne af denne nationale ret, at betingelserne for at ifalde et sådant ansvar skal findes, hvorved det imidlertid forudsættes, at visse tilfælde i medfør af de ovenfor nævnte bestemmelser i direktivet ikke kan medføre, at udbydere af formidlingsydelser ifalder ansvar (jf. Google France og Google-dommen, præmis 107)

108 Selv om det tilkommer den forelæggende ret at fastlægge vilkårene for et sådant ansvar, som L'Oréal har påberåbt sig over for eBay, påhviler det Domstolen at efterprøve, om operatøren af en online-markedsplads kan påberåbe sig ansvarsbegrænsningen i 2000/31.

109 Som anført af bl.a. Det Forenede Kongeriges regering, den polske regering, Kommissionen og generaladvokaten i punkt 134 i forslaget til afgørelse, udgør en tjenesteydelse på internettet, som har til formål at formidle kontakten mellem sælgere og købere, i princippet en tjenesteydelse som omhandlet i direktiv 2000/31. Direktivet vedrører, som det fremgår af dets titel, »informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel«. I denne doms præmis 8 og 9 er begrebet »informationssamfundstjenester« defineret som omfattende ydelser, som teleformidles ad elektronisk vej, og som vedrører behandling og lagring af oplysninger på individuel anmodning fra en tjenestemodtager og normalt mod vederlag. Det er åbenlyst, at en online-markedsplads opfylder alle disse kriterier.

110 Hvad angår den i hovedsagen omhandlede online-markedsplads er det ubestridt, at eBay lagrer oplysninger, som er leveret af virksomhedens kunder, dvs. gemmer dem på sin server. eBay gennemfører denne lagring, hver gang en kunde åbner en salgskonto og fremsender oplysninger vedrørende sine salgsudbud. eBay bliver endvidere sædvanligvis betalt med en procentdel af de transaktioner, der gennemføres ved hjælp af disse udbud til salg.

111 Det forhold, at den tjenesteydelse, som leveres af operatøren af en online-markedsplads, omfatter lagring af oplysninger, som er fremsendt af hans kunder, der sælger varer, er under alle omstændigheder ikke i sig selv tilstrækkelig til at konkludere, at ydelsen er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31. Ved fortolkningen af denne bestemmelse skal der nemlig ikke blot skal tages hensyn

til dennes ordlyd, men også til den sammenhæng, hvori den indgår, og til de mål, der forfølges med den ordning, som den udgør en del af (jf. analogt dom af 16.10.2008, sag C-298/07, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, Sml. I, s. 7841, præmis 15 og den deri nævnte retspraksis).

112 Domstolen har i denne forbindelse allerede præciseret, at for at en leverandør af en tjenesteydelse på internettet henhører under artikel 14 i direktiv 2000/31, er det afgørende, at han udgør en »tjenesteyder« i den betydning, hvori udtrykket er anvendt af lovgiver inden for rammerne af direktivets kapitel II, afdeling 4 (jf. Google France og Google-dommen, præmis 112).

113 Det samme gør sig ikke gældende, når tjenesteyderen, i stedet for at begrænse sig til at levere sine ydelser neutralt gennem en rent teknisk og automatisk behandling af de informationer, som hans kunder forsyner ham med, spiller en aktiv rolle, som giver ham kendskab til eller kontrol med disse oplysninger (Google France og Google-dommen, præmis 114 og 120).

114 Det fremgår af sagsakterne og af beskrivelsen i denne doms præmis 28-31, at eBay behandler de informationer, som leveres af virksomhedens kunder, der er sælgere. Det salg, som salgsudbuddene kan munde ud i, foretages i henhold til vilkår, som fastsættes af eBay. Såfremt der er behov for det, hjælper eBay med at optimere eller markedsføre visse salgstilbud.

115 Som Det Forenede Kongeriges regering med rette har anført, kan den omstændighed alene, at operatøren af en online-markedsplads lagrer salgsudbud på sin server, fastsætter betingelser for levering af sine ydelser, oppebærer betaling herfor og giver en række generelle oplysninger til sine klienter, ikke have til følge, at han ikke omfattes af de undtagelser fra ansvar, som er fastsat i direktiv 2000/31 (jf. analogt Google France og Google-dommen, præmis 116).

116 Såfremt operatøren derimod har ydet bistand bestående i bl.a. at optimere eller fremme de omhandlede slagsudbud, skal det bemærkes, at han ikke har haft en neutral rolle i forholdet mellem sine kunder, der er sælgere, og potentielle købere, men har udøvet en aktiv rolle, som giver ham kendskab til eller kontrol over de lagrede informationer vedrørende disse salgsudbud. Operatøren kan dermed ikke påberåbe sig ansvarsbegrænsningen i artikel 14 i direktiv 2000/31 for så vidt angår disse oplysninger.

117 Det tilkommer den forelæggende ret at undersøge, om eBay har udøvet en aktiv rolle som beskrevet i de foregående præmisser for så vidt angår de i hovedsagen omhandlede salgsudbud.

2. Hvorvidt operatøren af online-markedspladsen har haft et »kendskab«

118 Såfremt den forelæggende ret måtte nå frem til, at eBay ikke har handlet som beskrevet i denne doms præmis 116, skal den efterprøve, om virksomheden under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede har opfyldt betingelserne i artikel 14, stk. 1, litra a) og b), i direktiv 2000/31 for at være omfattet af ansvarsbegrænsningen (jf. analogt Google France og Google-dommen, præmis 120).

119 Såfremt tjenesteyderen udelukkende har foretaget en rent teknisk og automatisk behandling af oplysningerne, og reglen i artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31 dermed finder anvendelse på ham, er han imidlertid udelukkende fritaget for ansvaret for de ulovlige informationer, som han har lagret, under forudsætning at, at han ikke har haft »konkret kendskab til den ulovlige aktivitet eller information« og, for så vidt angår erstatningskrav, ikke har haft »kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf den ulovlige aktivitet eller information fremgår«, eller, at han fra det øjeblik, hvor han

fik et sådant kendskab, straks tog skridt til at fjerne den omhandlede information eller hindre adgangen til den.

120 Eftersom der eventuelt skal udbetales skadeserstatning i hovedsagen, tilkommer det den forelæggende ret at undersøge, om eBay for så vidt angår de omhandlede salgsudbud og i det omfang, virksomheden har krænket L'Oréals varemærker, har haft »kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf den ulovlige aktivitet eller information fremgår«. Hvad angår sidstnævnte forhold er det for, at en leverandør af en informationssamfundstjeneste afskæres fra at være omfattet af den i artikel 14 i direktiv 2000/31 foreskrevne ansvarsfritagelse, tilstrækkeligt, at han har haft kendskab til sådanne forhold og omstændigheder, som ville have fået en påpasselig erhvervsdrivende til at opdage ulovlighederne og agere som foreskrevet i artikel 14, stk. 1, litra b).

121 For at reglerne i artikel 14, stk. 1, litra a), i direktiv 2000/31 ikke skal berøves deres effektive virkning, skal de fortolkes således, at de omhandler enhver situation, hvor tjenesteyderen på den ene eller anden måde får kendskab til sådanne forhold og omstændigheder.

122 Der er bl.a. tale om den situation, hvor operatøren af en online-markedsplads opdager en ulovlig aktivitet eller information på baggrund af en undersøgelse, der er foretaget på hans eget initiativ, såvel som den situation, hvor han får meddelelse om, at der foreligger ulovlig aktivitet eller information. Selv om en sådan meddelelse i sidstnævnte tilfælde ikke automatisk indebærer, at ansvaret i henhold til artikel 14 i direktiv 2000/31 bortfalder, eftersom oplysninger om påståede ulovlige aktiviteter eller informationer kan vise sig at være utilstrækkelige og ubegrundede, er der ikke desto mindre tale om en omstændighed, som den nationale domstol i almindelighed skal tage hensyn til ved efterprøvelsen af, om operatøren på baggrund af disse oplysninger var bevidst om sådanne forhold eller omstændigheder, som normalt ville have fået en påpasselig erhvervsdrivende til at indse, at der var tale om ulovlig virksomhed.

123 Henset hertil, skal spørgsmål 9 besvares med, at artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31 skal fortolkes således, at den finder anvendelse på en operatør af en online-markedsplads, såfremt den pågældende ikke har spillet en aktiv rolle, som giver ham kendskab til eller kontrol med de lagrede oplysninger. Operatøren spiller en aktiv rolle, når han yder bistand bestående i bl.a. at optimere de omhandlede salgsudbud, eller gør reklame herfor.

124 Selv om operatøren af en online-markedsplads ikke har spillet en aktiv rolle som omhandlet i foregående præmis, og hans tjenesteydelse følgelig er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31, kan han dog ikke i en sag, hvor der eventuelt skal udbetales skadeserstatning, påberåbe sig den i bestemmelsen foreskrevne ansvarsbegrænsning, såfremt han haft kendskab til forhold og omstændigheder, som normalt ville få en påpasselig erhvervsdrivende til at indse, at de omhandlede salgsudbud var ulovlige, og, i den udstrækning han var bevidst herom, ikke handlede øjeblikkeligt i henhold til artikel 14, stk. 1, litra b).

E — *Om spørgsmål 10 vedrørende udstedelse af retslige påbud over for operatøren af online-markedspladsen*

125 Med spørgsmål 10 spørger den forelæggende ret nærmere bestemt,

— om det i henhold til artikel 11 i direktiv 2004/48 kræves, at medlemsstaterne giver indehavere af intellektuelle ejendomsrettigheder mulighed for at få udstedt påbud over for en operatør af en internetside, såsom operatøren af en online-markedsplads, gennem hvilken hans rettigheder er blevet krænket, hvormed operatøren pålægges at indføre foranstaltninger med henblik på at hindre fremtidige krænkelser af nævnte rettigheder, og i bekræftende fald

— hvilke foranstaltninger der i givet fald kan blive tale om.

126 eBay har gjort gældende, at et påbud som omhandlet i denne artikel udelukkende kan udstedes for specifikke og klart definerede krænkelser af en intellektuel ejendomsret. L'Oréal, Det Forenede Kongeriges regering, den franske, italienske, polske og den portugisiske regering samt Kommissionen har alle gjort gældende, at de i direktiv 2004/48 omhandlede påbud også vedrører forebyggelse af fremtidige krænkelser under forudsætning af, at visse begrænsninger tages i betragtning.

127 Som det følger af forelæggelseskendelsen, vedrører det stillede spørgsmål navnlig artikel 11, tredje punktum, i direktiv 2004/48, hvorefter medlemsstaterne skal sikre, at »rettighedshaverne har mulighed for at ansøge om udstedelse af et påbud til en mellemmand, hvis tjenesteydelser anvendes af tredjemand til at krænke en intellektuel ejendomsrettighed«. Spørgsmålet indebærer, at det skal afgøres, om denne bestemmelse forpligter medlemsstaterne til at sikre, at operatøren af online-markedspladsen, uanset om han selv er ansvarlig for de omtvistede omstændigheder, er forpligtet til ikke blot at træffe foranstaltninger med henblik på at få stoppet de krænkelser af intellektuelle ejendomsrettigheder, som brugerne af tjenesteydelserne er ansvarlige for, men også med henblik på at forebygge fremtidige krænkelser af lignende art.

1. Spørgsmålet om, hvorvidt medlemsstaterne er forpligtede til at give deres retsinstanser beføjelser til at pålægge tjenesteydere at træffe foranstaltninger med henblik på at forhindre fremtidige krænkelser af intellektuelle ejendomsrettigheder

128 Med henblik på at fastslå, om de i artikel 11, tredje punktum, i direktiv 2004/48 omhandlede påbud ligeledes har til formål at forebygge yderligere krænkelser, skal det for det første bemærkes, at anvendelsen af ordet »påbud« i artikel 11, tredje punktum, adskiller sig væsentligt fra »påbud […] med henblik på at forhindre fortsat krænkelse«

i artikel 11, første punktum, idet der hermed menes påbud, som kan udstedes over for dem, der har krænket en intellektuel ejendomsrettighed.

129 Som anført af bl.a. den polske regering, skyldes denne forskel, at et pålæg, som fremsættes over for en krænker, logisk nok går ud på at forhindre ham i fortsat at krænke, mens situationen, hvor en tjenesteyder er skyldig i krænkelsen, er mere kompliceret og fordrer andre former for påbud.

130 Derfor kan »påbud« i artikel 11, tredje punktum, i direktiv 2004/48 ikke sidestilles med »påbud […] med henblik på at forhindre fortsat krænkelse« i artikel 11, første punktum.

131 Det skal dernæst bemærkes, at henset til formålet med direktiv 2004/48, som er, at medlemsstaterne, navnlig i informationssamfundet, sikrer den effektive beskyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder (jf. i denne retning dom af 29.1.2008, sag C-275/06, Promusicae, Sml. I, s. 271, præmis 43), skal de beføjelser, som de nationale retsinstanser er tillagt i medfør af artikel 11, tredje punktum, bemyndige dem til at pålægge en udbyder af en online-tjeneste — såsom en operatør, der stiller en online-markedsplads til rådighed for internetbrugerne — at træffe foranstaltninger, som ud over at bringe de krænkelser, som er sket på denne markedsplads, til ophør, også forebygger yderligere krænkelser.

132 Denne fortolkning bekræftes af artikel 18 i direktiv 2000/31, som kræver, at medlemsstaterne drager omsorg for, at indgivelse af søgsmål i henhold til national ret vedrørende aktiviteter i forbindelse med informationssamfundstjenester gør det muligt at

vedtage forholdsregler »for at bringe den påståede overtrædelse til ophør og hindre, at der opstår yderligere skade for de berørte interesser«.

133 En fortolkning af artikel 11, tredje punktum, i direktiv 2004/48, hvorefter medlemsstaternes forpligtelse udelukkende består i at give indehaveren af intellektuelle ejendomsrettigheder mulighed for at få udstedt påbud over for online-tjenesteudbydere med henblik på at få krænkelserne af deres rettigheder bragt til ophør, ville indskrænke rækkevidden af forpligtelsen i henhold til artikel 18 i direktiv 2004/48, hvilket ville være i strid med reglen i artikel 2, stk. 3, i direktiv 2004/48, hvorefter direktiv 2004/48 ikke berører direktiv 2000/31.

134 En indskrænkende fortolkning af artikel 11, tredje punktum, i direktiv 2004/48 ville desuden være uforenelig med 24. betragtning til dette direktiv, hvorefter foranstaltninger afhængigt af den enkelte sag, og hvis omstændighederne tilsiger det, bør indføres med henblik på at forebygge yderligere krænkelser af de intellektuelle ejendomsrettigheder.

2. Om foranstaltninger over for online-tjenesteydere

135 Som det fremgår af 23. betragtning til direktivet, bør betingelserne for de pålæg, som medlemsstaterne skal indføre i henhold til direktivets artikel 11, tredje punktum — såsom, hvilke betingelser der skal opfyldes, og hvilke procedurer der skal følges — fastsættes i medlemsstaternes nationale lovgivning.

136 De nationale retsregler skal imidlertid være udformet således, at det formål, som forfølges med direktivet, kan opfyldes (jf. bl.a. vedrørende effektivitetsprincippet dom af 14.12.1995, forenede sager C-430/93 og C-431/93, Van Schijndel og van Veen, Sml. I,

s. 4705, præmis 17, af 7.6.2007, forenede sager C-222/05 - C 225/05, van der Weerd m.fl., Sml. I, s. 4233, præmis 28, og af 6.5.2010, forenede sager C-145/08 og C-149/08, Club Hotel Loutraki m.fl., Sml. I, s. 4165, præmis 74). Det skal i denne forbindelse bemærkes, at de omhandlede foranstaltninger i henhold til artikel 3, stk. 2, i direktiv 2004/48 skal være effektive og have afskrækkende virkning.

137 Det skal hvad angår den omstændighed, at artikel 11, tredje punktum, i direktiv 2004/48 ikke, således som det fremgår af forelæggelseskendelsen og denne doms præmis 24, har været genstand for særlige gennemførelsesbestemmelser i Det Forenede Kongerige, bemærkes, at den nationale retsinstans ved anvendelsen af national ret er forpligtet til i videst muligt omfang at fortolke den i lyset af ordlyden og formålet med af artikel 11, tredje punktum (jf. analogt dom af 13.11.1990, sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135, præmis 8, og af 23.4.2009, forenede sager C-378/07 — C-380/07, Angelidaki m.fl., Sml. I, s, 3071, præmis 106).

138 De regler, som medlemsstaterne indfører, og de nationale retsinstansers anvendelse heraf skal ligeledes iagttage de begrænsninger, der er fastsat i direktiv 2004/48, og de retskilder, som direktivet henviser til.

139 Det fremgår for det første af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2000/31, sammenholdt med artikel 2, stk. 3, i direktiv 2004/48, at de foranstaltninger, som kræves truffet af den omhandlede udbyder af online-tjenesteydelser, ikke kan bestå i aktivt at overvåge samtlige oplysninger fra den pågældendes kunder med henblik på at forebygge alle former for fremtidige krænkelser af den intellektuelle ejendomsret på udbyderens hjemmeside. En sådan overvågningsforpligtelse ville desuden være uforenelig med artikel 3 i direktiv 2004/48, hvorefter de i direktivet omhandlede foranstaltninger skal være fair, rimelige og ikke unødigt udgiftskrævende.

140 For det andet fremgår det af artikel 3 i direktiv 2004/48, at den retsinstans, som udsteder påbuddet, skal sikre, at de omhandlede foranstaltninger ikke indebærer hindringer for den lovlige samhandel. Dette indebærer, at i en sag som den i hovedsagen omhandlede, som vedrører eventuelle varemærkekrænkelser i forbindelse med de tjenesteydelser, som leveres af en operatør af en online-markedsplads, må et påbud, som udstedes over for denne operatør, ikke have til formål eller som følge, at der indføres et generelt og varigt forbud mod at udbyde varer, som omfattes af dette varemærke, til salg på denne markedsplads.

141 Uafhængigt af de begrænsninger, som er beskrevet i de foregående præmisser, kan der udstedes påbud, som er effektive og står i et rimeligt forhold til krænkelsen, over for tjenesteydere, såsom operatører af online-markedspladser. Såfremt operatøren af online-markedspladsen ikke på eget initiativ sørger for at udelukke den, der er ansvarlig for krænkelsen af de intellektuelle ejendomsrettigheder, med henblik på at forebygge, at den samme erhvervsdrivende foretager yderligere krænkelser af samme varemærker, kan den pågældende, som anført af generaladvokaten i punkt 182 i forslaget til afgørelse, tvinges hertil gennem udstedelse af et retsligt forbud.

142 Med henblik på at sikre adgangen til effektive retsmidler mod dem, som har anvendt en online-tjenesteydelse med henblik på at krænke en intellektuel ejendomsret, kan en operatør af en online-markedsplads pålægges at træffe foranstaltninger, som gør det muligt at identificere den pågældendes kunder, som er sælgere. Selv om det er korrekt, at personoplysninger skal beskyttes, som anført af L'Oréal i selskabets skriftlige indlæg, og som det fremgår af artikel 6 i direktiv 2000/31, bør krænkeren imidlertid kunne identificeres, når den pågældende handler erhvervsmæssigt og ikke som privatperson.

143 De foranstaltninger, som ikke er udtømmende beskrevet i de foregående præmisser, såvel som enhver anden foranstaltning, der kan pålægges i form af et påbud som

omhandlet i artikel 11, tredje punktum, i direktiv 2004/48, skal sikre en korrekt afvejning af de forskellige rettigheder og interesser, der er beskrevet ovenfor (jf. analogt Promusicae-dommen, præmis 65-68).

144 Herefter skal spørgsmål 10 besvares med, at artikel 11, tredje punktum, i direktiv 2004/48 skal fortolkes således, at medlemsstaterne ifølge bestemmelsen er forpligtede til at sikre, at de nationale retsinstanser, hvorunder beskyttelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder sorterer, kan pålægge en operatør af en online-markedsplads at træffe foranstaltninger, som ud over at bringe de krænkelser, som brugerne af denne markedsplads, er ansvarlige for, til ophør, også er med til at forebygge yderligere krænkelser af lignende art. Foranstaltningerne skal være effektive, stå i et rimeligt forhold til krænkelsen og have afskrækkende virkning, og de må ikke skabe hindringer for lovlig samhandel.

## IV — Sagens omkostninger

145 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Store Afdeling) for ret:

**1) Når varer, som befinder sig i et tredjeland, er forsynet med et varemærke, som er registreret i en af Unionens medlemsstater, eller af et EF-varemærke, og som ikke tidligere er markedsført i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde — eller i tilfælde af et EF-varemærke ikke tidligere er markedsført i Unionen — sælges af en erhvervsdrivende på en online-markedsplads**

**uden samtykke fra varemærkeindehaveren til en forbruger, som befinder sig på det område, der er omfattet af varemærket, eller indgår i et salgsudbud eller en reklame, som vises på en sådan online-markedsplads, som henvender sig til forbrugere på dette område, kan varemærkeindehaveren modsætte sig dette salg, dette salgsudbud eller denne reklame i henhold til reglerne i artikel 5 i direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker, som ændret ved aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde af 2. maj 1992, eller artikel 9 i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker. Det påhviler de nationale domstole at vurdere fra sag til sag, om der foreligger bevis for, at et salgsudbud eller en reklame, som vises på en online-markedsplads, som er tilgængelig på det nævnte område, henvender sig til forbrugerne på dette område.**

2) **Det forhold, at varemærkeindehaveren til sine autoriserede distributører leverer genstande, som er forsynet med varemærket, og som er beregnet til at skulle demonstreres for forbrugere i autoriserede detailforretninger samt genopfyldningsflasker, som ligeledes er forsynet med dette varemærke, og fra hvilke der kan udtages prøver som gratis vareprøver til forbrugerne, udgør ikke, i mangel af holdepunkter for det modsatte, markedsføring som omhandlet i direktiv 89/104 og forordning nr. 40/94.**

3) **Artikel 5 i direktiv 89/104 og artikel 9 i forordning nr. 40/94 skal fortolkes således, at varemærkeindehaveren i henhold til sin eneret kan modsætte sig videresalget af varer som de i hovedsagen omhandlede, med den begrundelse, at forhandleren har fjernet varernes indpakning, såfremt fjernelsen indebærer, at vigtige oplysninger mangler, såsom oplysninger om fabrikanten eller den, der er ansvarlig for markedsføringen af det kosmetiske middel. Selv om fjernelsen af indpakningen ikke indebærer, at disse oplysninger mangler, kan varemærkeindehaveren dog modsætte sig, at en parfume eller et kosmetisk middel, der er forsynet med det varemærke, som han er indehaver af, sælges uindpakket, såfremt varemærkeindehaveren kan påvise, at fjernelsen af indpakningen skader den pågældende vares — og dermed varemærkets — renommé.**

**4) Artikel 5, stk. 1, litra a), i direktiv 89/104 og artikel 9, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94 skal fortolkes således, at varemærkeindehaveren kan forbyde en operatør af en online-markedsplads, ved hjælpe af et søgeord, som er identisk med varemærket, og som operatøren har udvalgt på en søge- og annonceringsydelse på internettet, at reklamere for varer under dette varemærke, som er udbudt til salg på denne markedsplads, når denne reklame ikke eller kun med vanskelighed giver en internetbruger, der er almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom, mulighed for at gøre sig bekendt med, om varerne hidrører fra varemærkeindehaveren eller fra en virksomhed, der er økonomisk forbundet med denne, eller derimod hidrører fra en tredjemand.**

**5) En operatør af en online-markedsplads foretager ikke »brug« af tegn, der er identiske med eller ligner de varemærker, som vises i salgsudbuddene på hans hjemmeside som omhandlet i artikel 5 i direktiv 89/104 og artikel 9 i forordning nr. 40/94.**

**6) Artikel 14, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (»direktivet om elektronisk handel«) skal fortolkes således, at den finder anvendelse på en operatør af en online-markedsplads, såfremt den pågældende ikke har spillet en aktiv rolle, som giver ham kendskab til eller kontrol med de lagrede oplysninger.**

**Operatøren spiller en aktiv rolle, når han yder bistand bestående i bl.a. at optimere de omhandlede slagsudbud, eller gør reklame herfor.**

**Selv om operatøren af en online-markedsplads ikke har spillet en aktiv rolle som omhandlet i afsnittet ovenfor, og hans tjenesteydelse følgelig er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 14, stk. 1, i direktiv 2000/31, kan han dog ikke i en sag, hvor der eventuelt skal udbetales skadeserstatning, påberåbe sig den i bestemmelsen foreskrevne ansvarsbegrænsning, såfremt han haft kendskab til forhold og omstændigheder, som normalt ville få en påpasselig**

**erhvervsdrivende til at indse, at de omhandlede salgsudbud var ulovlige, og i den udstrækning, han var bevidst herom, ikke handlede øjeblikkeligt i henhold til artikel 14, stk. 1, litra b).**

7) **Artikel 11, tredje punktum, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder skal fortolkes således, at medlemsstaterne ifølge bestemmelsen er forpligtede til at sikre, at de nationale retsinstanser, hvorunder beskyttelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder sorterer, kan pålægge en operatør af en online-markedsplads at træffe foranstaltninger, som ud over at bringe de krænkelser, som brugerne af denne markedsplads er ansvarlige for, til ophør, også er med til at forebygge yderligere krænkelser af lignende art. Foranstaltningerne skal være effektive, stå i et rimeligt forhold til krænkelsen og have afskrækkende virkning, og de må ikke skabe hindringer for lovlig samhandel.**

Underskrifter