

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ

Г-Н N. JÄÄSKINEN

представено на 9 декември 2010 година¹**I — Въведение**

1. Спорът в главното производство е между L'Oréal SA и негови дъщерни дружества (наричани по-нататък „L'Oréal“), от една страна, и три дъщерни дружества на eBay Inc. (наричани по-нататък „eBay“) съвместно с физически лица, от друга страна. Той се отнася до предложения за продажба на стоки от посочените лица на електронния пазар на eBay. Твърди се, че предложението за продажба нарушават правата върху интелектуалната собственост на L'Oréal.

2. Ответникът в националното производство eBay управлява популярен и високотехнологичен електронен пазар в интернет. Той е изградил система, която улеснява в изключителна степен покупко-продажбите в интернет между отделни лица чрез мощни търсачки, защитени платежни системи и широко географско покритие. Освен това eBay е разработило механизми за спазване на правилата, за да се противодейства на продажбите на фалшифицирани стоки. Също така за привличането на нови потребители в неговия уебсайт eBay е закупило ключови думи — добре познати търговски марки — от

платени услуги по включване в каталог в интернет (като „AdWords“ на Google). Използването на избрана ключова дума в търсачката води до изписване на обява и спонсорирана връзка, която насочва клиентите направо към електронния пазар на eBay.

3. L'Oréal, ищец в националното производство, е дружество със световни мащаби и предлага многообразна гама от продукти, ползващи се със защита въз основа на правата върху марката, включително много известни марки със световна репутация. Основното притеснение на ищеца в настоящия случай е търговията с различни фалшифицирани продукти на L'Oréal на електронния пазар на eBay. Според L'Oréal положението се усложнява от факта, че някои от продуктите не са предназначени за продажба в Европейското икономическо пространство (наричано по-нататък „ЕИП“), но чрез предлагането в eBay те попадат в ЕИП. Някои от козметичните продукти се продават без оригиналната опаковка. Според L'Oréal, като купува ключовите думи, eBay привлича потребителите към своя електронен пазар, за да купуват защитените с марката на L'Oréal стоки в нарушение на правата на жалбоподателя върху търговската марка. За ефективното преустановяване на дейността на отделните продавачи жалбоподателят иска да

1 — Език на оригиналния текст: английски.

бъде издадена съдебна заповед срещу eBay за по-добра защита на търговските марки на L'Oréal.

4. Съдът смята, че настоящото преюдициално запитване се отнася до актуален правен въпрос — защитата на правата върху търговски марки в новите условия на електронна търговия и услугите на информационното общество в интернет. Съдът трябва да намери точното съотношение между защитата на законните интереси на притежателя на марката, от една страна, и тези на предприятията и физическите лица, използващи новите търговски възможности, предлагани от интернет и електронната търговия, от друга страна. Отговор на някои от поставените въпроси може да се намери в съществуващата съдебна практика, докато останалите изискват допълнително тълкуване на редица законодателни актове на ЕС.

5. Основното предизвикателство за Съда е в двойната преценка, която той следва да направи. В отговор на молбата на запитващата юрисдикция Съдът не само трябва да даде тълкуване на разпоредбите на правото на ЕС при тези усложнени обстоятелства, но и същевременно да създаде възможност даденото тълкуване на съответните законодателни актове да бъде приложимо в ситуации с различни параметри. Разглежданите марки са много известни, а продуктите са луксозни стоки, но приложимите разпоредби на правото на ЕС се прилагат за всички търговски марки и всички видове стоки. Електронният пазар е световен и има множество специфични особености. Независимо че дадените отговори трябва да бъдат съобразени със

спецификата на случая пред запитващата юрисдикция, те същевременно трябва да се основават на един общ поглед относно начина, по който системата би следвало да функционира по принцип. Според мен този случай в много отношения е по-сложен от дело Google France и Google².

6. В дадения случай от Съда се иска да даде тълкуване относно i) правното положение от гледна точка на правото на ЕС относно марките в съответствие с Директива 89/104 (наричана по-нататък „Директивата относно марките“)³ на оператор на електронен пазар, който: а) закупува идентични с търговски марки ключови думи от доставчик на платени услуги по включване в каталог, така че резултатът от търсенето сочи връзка към сайта за електронни продажби на оператора, и б) от името на клиентите си съхранява на своя уебсайт предложения за продажба на фалшифицирани продукти, разопаковани продукти или маркови продукти, които не са с произход от ЕИП; ii) определяне на обхвата на освобождаването от отговорност на доставчиците на информационни услуги, предвидено в член 14 от Директива 2000/31 (наричана по-нататък „Директива

2 — Решение от 23 март 2010 г. по дело Google France и Google (C-236/08—C-238/08, Сборник, стр. I-2417).

3 — Първа директива 89/104/ЕИО на Съвета от 21 декември 1988 година за сближаване на законодателствата на държавите членки относно марките, ОВ L40, 1989 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 1, стр. 92, изменена.

за електронната търговия“) ⁴; iii) определението за обхвата на правото да се иска съдебна забрана срещу междинен доставчик, чиито услуги се използват от трето лице по смисъла на член 11 от Директива 2004/48 (наричана по-нататък „Директива относно упражняването на права върху интелектуалната собственост“) ⁵ и iv) относно някои разпоредби от Директива 76/768 (наричана по-нататък „Директива относно козметичните продукти“) ⁶.

II — Правна уредба

A — Право на Европейския съюз ⁷

Директива 76/768

7. Член 6, параграф 1 от Директива 76/768 за козметичните продукти изисква от

държавите членки да предприемат всички необходими мерки да осигурят достъп до пазара само на козметични продукти, чиито опаковки, съдове или етикети съдържат определената в този член информация, изписана с неизтриваеми, лесно четливи и видими букви. Тази информация включва, *inter alia*: а) името, фирмата и адреса или главното управление на производителя или лицето, установено в Общността и отговарящо за разпространението на козметичния продукт; б) номиналното съдържание по време на опаковането; в) крайния срок на годност; г) конкретни предпазни мерки, които трябва да се спазват по време на употребата; д) партиден номер на производителя или препратка за идентифициране на стоките; е) функцията на продукта, освен ако това не е ясно от неговото представяне; и ж) списък на съставките.

Директива 89/104 ⁸

8. Член 5 от Директива 89/104 относно марките („Права, предоставени от марката“) гласи:

4 — Директива 2003/31/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 8 юни 2000 година за някои правни аспекти на услугите на информационното общество, и по-специално на електронната търговия на вътрешния пазар, ОВ L 178, 2000 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 29, стр. 257, изменена.

5 — Директива 2004/48/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 29 април 2004 година относно упражняването на правата върху интелектуалната собственост, ОВ L 157, 2004 г., стр. 45; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 2, стр. 56.

6 — Директива 76/768/ЕО на Съвета от 27 юли 1976 година относно сближаването на законодателствата на държавите членки, свързани с козметични продукти (ОВ L 262, стр. 169; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 3, стр. 101), изменена.

7 — В преюдициалното запитване няма никакво описание на отделни разпоредби от законодателството на Обединеното кралство. В решението си от 22 май 2009 г. (наричано по-нататък „Решение на High Court“) High Court обяснява, че случаят не се отнася до конкретни въпроси, свързани с тълкуването на националното право. По тази причина не смятам за необходимо да възпроизвеждам съответните разпоредби от законодателството на Обединеното кралство относно търговските марки или електронната търговия.

8 — Някои от марките на L'Oréal са марки на Общността. Тъй като няма конкретни въпроси, свързани с Регламент (ЕО) № 40/94, достатъчно е да се изтъкне, че членове 9, 12 и 13 от него съответстват на членове 5, 6 и 7 от Директива 89/104. Изложеното по-долу във връзка с тълкуването на Директива 89/104 се прилага *mutatis mutandis* към Регламент № 40/94.

Ratione temporis приложими са Директива 89/104 и Регламент № 40/94, а не кодифицираните текстове, предвидени от Директива 2008/95/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 22 октомври 2008 година за сближаване на законодателствата на държавите членки относно марките (кодифицирана версия) (ОВ L 299, стр. 25) и Регламент (ЕО) № 207/2009 на Съвета от 26 февруари 2009 година относно марката на Общността (ОВ L 78, стр. 1).

„1. Регистрираната марка предоставя на притежателя изключителни права. Притежателят има право да забрани на всяко трето лице да използва в търговската дейност без негово съгласие:

а) всеки знак, идентичен с марката, за стоки или услуги, идентични с тези, за които марката е регистрирана;

[...]

3. По параграф и 1 и 2, *inter alia*, може да бъде забранено и:

[...]

б) предлагането на стоки, пускането им на пазара или складирането им за тези цели с този знак, или предлагането или предоставянето на услуги с този знак;

в) вносът и износът на стоки с този знак;

г) използването на знака в търговски книжа и в рекламна дейност.

[...]“.

9. Член 6, параграф 1 от Директива 89/104 („Ограничаване на действието на марка“) гласи:

I - 6022

„1. Марката не дава право на притежателя да забрани на трето лице да използва в търговската дейност:

[...]

б) указания за вида, качеството, количеството, предназначението, стойността, географския произход, времето на производство на стоките или на предоставяне на услугите, или други характеристики на стоките или услугите;

в) марката, когато е необходимо да се посочи предназначението на продукт или услуга, по-специално като принадлежности или резервни части;

при условие че то ги използва в съответствие с честната производствена или търговска практика“.

10. Член 7 от Директива 89/104 („Изчерпване на правата, предоставени от марка“) гласи:

„1. Марката не дава право на притежателя да забрани използването ѝ във връзка със стоки, които са пуснати на пазара в Общността [Европейското икономическо пространство (ЕИП)] с тази марка от самия притежател или с негово съгласие.

2. Параграф 1 не се прилага, когато притежателят има основателни причини да се противопостави на по-нататъшното комерсиализиране на стоките, особено когато тяхното състояние е променено или влошено след пускането им на пазара“.

12. Съображения 42, 43 и 45—48 от Директива 2000/31 гласят:

Директива 2000/31

11. Съображение 9 от Директива 2000/31 за електронната търговия гласи:

„Свободното движение на услуги на информационното общество в много случаи може да бъде специфично отражение на един по-общ принцип в законодателството на Общността, а именно свободата на словото, който е залегнал в член 10, параграф 1 от Конвенцията за защита на правата на човека и основните свободи, която е ратифицирана от всички държави членки; поради това, директиви, които се отнасят до предоставянето на услуги на информационното общество, трябва да гарантират, че такава дейност може да се извършва свободно в съответствие с този член, при спазване единствено на ограниченията, предвидени в параграф 2 от този член и в член 46, параграф 1 от Договора; настоящата директива няма за цел да засегне националните основни правила и принципи, които се отнасят до свободата на словото“.

„(42) Освобождаването от отговорност, което е предвидено в настоящата директива, се отнася само за случаи, при които дейността на доставчика на услуги на информационното общество е ограничена до техническия процес на експлоатация и предоставяне на достъп до комуникационна мрежа, по която доставената от трети страни информация се пренася или временно съхранява, с единствена цел да се повиши ефективността на преноса ѝ; тази дейност има чисто технически, автоматичен и пасивен характер, което означава, че доставчикът на услуги на информационното общество няма нито познания, нито контрол върху пренасяната или съхранявана информация.“

(43) Доставчикът на услуги може да се възползва от изключенията за „обикновен пренос“ и за формата на съхраняване, която се нарича „кеширане“, когато не е ангажиран по никакъв начин с пренасяната информация; това изисква, наред с други неща, той да не променя информацията, която пренася; това изискване не обхваща манипулации от технически характер, които се извършват в процеса на преноса, тъй като те не изменят целостта на

информацията, която се съдържа в преноса.

които трябва да се изпълняват експедитивно преди премахването или блокирането на информация.

[...]

- (45) Ограниченията на отговорността на доставчиците на междинни услуги, които са определени в настоящата директива, не засягат възможността за съдебни разпореждания от всякакъв вид; такива разпореждания могат, по-специално, да бъдат заповеди, издадени от съдебни или административни органи, които изискват прекратяване или предотвратяване на нарушение, включително отстраняването на незаконна информация или блокирането на достъпа до нея.
- (46) За да се възползва от ограничението на отговорността, доставчикът на услуга на информационното общество, състояща се в съхраняване на информация, трябва, веднага щом се запознае със или осъзнае незаконния характер на дейностите, да действа експедитивно за премахването или блокирането на достъпа до съответната информация; отстраняването или блокирането на достъпа трябва да се извършва при съблюдаване на принципа за свобода на словото и на процедурите, установени за тази цел на национално равнище; настоящата директива не засяга възможността на държавите членки да установят специфични изисквания,
- (47) Забраната за държавите членки да налагат на доставчиците на услуги задължение за контрол се отнася само за задължения от общ характер; това не се отнася за задълженията за контрол, които са приложими към конкретен случай, и по-специално, не засяга заповеди на национални органи в съответствие с националното законодателство.
- (48) Настоящата директива не засяга възможността държавите членки да изискват от доставчиците на услуги, които съхраняват информация, предоставена от получатели на тяхната услуга, да действат с вниманието, което може да е основателно да се очаква от тях и което е предвидено в националното законодателство, за да се открият и предотвратят определени видове незаконни дейности⁹.
13. В член 2, буква а) от Директива 2000/31 „услуги на информационното общество“ се определят чрез препращане към член 1, параграф 2 от Директива 98/34/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 22 юни 1998 година за определяне на процедура за предоставяне на информация в областта на техническите стандарти и регламенти⁹ — „каквато и да е услуга, нормално

⁹ — ОВ L 204, стр. 37; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 23, стр. 207, изменена с Директива 98/48/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 20 юли 1998 година (ОВ L 217, стр. 18; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 23, стр. 282).

предоставяна срещу възнаграждение, от разстояние, чрез електронно средство и по индивидуална молба от получателя на услугите“.

б) доставчикът, при получаването на такива сведения или запознаването с такива факти, действа експедитивно за отстраняването или блокирането на достъпа до информацията.

14. Глава II, раздел 4 от Директива 2000/31 („Отговорност на междинни доставчици на услуга“) включва членове 12—15¹⁰.

2. Параграф 1 не се прилага в случаите, когато получателят на услугата действа въз основа на получено пълномощие или под контрола на доставчика.

15. Член 14 от Директива 2000/31 („Съхраняване на информация“) гласи:

„1. Когато се предоставя услуга на информационното общество, която се състои в съхраняване на информация, предоставяна на получателя на услугата, държавите членки гарантират, че доставчикът на услуги не носи отговорност за информацията, съхранена по молба на получателя на услугата, при условие че:

3. Този член не засяга възможността съдебен или административен орган, в съответствие с правните системи на държавите членки, да изисква от доставчика на услуги да прекрати или предотврати нарушение, нито засяга възможността да предвидят процедури, които уреждат отстраняване или блокиране на достъпа до информация“.

16. Член 15 от Директива 2000/31 („Отсъствие на общо задължение за контрол“) гласи:

а) доставчикът няма сведения за незаконна дейност или информация, а във връзка с искове за щети, не е запознат с факти или обстоятелства, от които да е видна незаконната дейност или информация;

„1. Държавите членки не налагат общо задължение на доставчиците при предоставянето на услугите по членове 12, 13 и 14 да контролират информацията, която пренасят или съхраняват, нито общо задължение да търсят активно факти или обстоятелства за незаконна дейност.

или

10 — В членове 12 и 13 от Директива 2000/31 се съдържат разпоредбите, които ограничават отговорността на доставчика на услуги, когато става въпрос за „обикновен пренос“ и „кеширане“.

2. Държавите членки могат да установят задължения за доставчиците на услуги

на информационното общество за бързо информиране на компетентните публични органи за предполагаеми незаконни действия или информация, предоставена на получателите на техните услуги, или задължения за предаване на компетентните органи, по тяхно искане, на информация която позволява идентифицирането на получатели на техните услуги, с които те имат договори за съхраняване на данни“.

Директива 2004/48

17. Съображение 23 от Директива 2004/48 относно упражняването на права върху интелектуалната собственост гласи:

„Без да се засягат останалите мерки, процедури и средства за защита, притежателите на права следва да имат възможност да поискат налагане на забрана на посредник, чиито услуги се ползват от трета страна за нарушаване на правото на притежателя върху индустриална собственост. Условието и редът за такива [забрани] следва да се оставят за уреждане от националното законодателство на държавите членки. По отношение на нарушенията на авторското право и сродните му права вече е предвидена всеобхватна степен на хармонизация в Директива 2001/29/ЕО [на Европейския Парламент и на Съвета от 22 май 2001 година относно хармонизирането на някои аспекти на авторското право и сродните му права в информационното общество (ОВ L 167, стр. 10; Специално

издание на български език, 2007 г., глава 17, том 1, стр. 230)]. Следователно член 8, параграф 3 от Директива 2001/29/ЕО следва да не се засяга от настоящата директива“.

18. Член 3 от Директива 2004/48 („Общо задължение“) гласи:

„1. Държавите членки предвиждат мерки, процедури и средства, които са необходими за гарантиране на изпълнението на права върху интелектуалната собственост, обхванати от настоящата директива. Тези мерки, процедури и средства за защита са лоялни и справедливи и не могат да бъдат ненужно сложни или скъпи, нито да са свързани с неразумни срокове или с неоправдани забавяния.

2. Също така тези мерки, процедури и средства за защита са ефективни, пропорционални и разубеждаващи и се прилагат по начин, чрез който се избягва създаването на препятствия пред законната търговия и се предвиждат предпазни механизми срещу злоупотреба с тях“.

19. Глава II от Директива 2004/48 („Мерки, процедури и средства за защита“) съдържа раздел 4, озаглавен „Временни и предпазни мерки“, който се състои от член 9 със същото заглавие, и раздел 5, озаглавен „Мерки, които произтичат от решение по съществото на случая“, който включва членове 10, 11 и 12, озаглавени съответно

„Поправителни мерки“, „Забрани“ и „Алтернативни мерки“.

III — Спорът в главното производство и преюдициалните въпроси

20. Член 11 от Директива 2004/48 гласи:

„Държавите членки гарантират, че когато съдебните органи излизат със съдебно решение, чрез което се установява нарушение на право върху интелектуална собственост, те могат да постановят съдебна забрана на нарушителя, чиято цел е да се забрани по-нататъшно извършване на нарушението. Когато е предвидено в националното законодателство, неспазването на съдебната забрана, когато е уместно, следва да подлежи на плащане на парични глоби с цел да гарантира спазването ѝ. Държавите членки също така гарантират, че притежателите на права могат да [искат] съдебна забрана срещу посредници, чиито услуги се ползват от трети страни за нарушаване на правото върху интелектуална собственост, без да се накърнява член 8, параграф 3 от Директива 2001/29/ЕО¹¹“.

L'Oréal

21. L'Oréal е производител и доставчик на парфюми, козметика и продукти за коса. В Обединеното кралство дружеството е собственик на редица национални марки, както и на марки на Общността. Една от тези марки на Общността е фигуративна марка, която съдържа думите „Amor Amor“. Останалите марки, предмет на главното производство, са или словни, или леко стилизирани словни марки. Безспорно е, че всяка от разглежданите марки е много известна в Обединеното кралство¹².

11 — Член 8, параграф 3 от Директива 2001/29/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 22 май 2001 година относно хармонизирането на някои аспекти на авторското право и сродните му права в информационното общество (ОВ L 167, стр. 10; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 1, стр. 230) предвижда: „Държавите членки гарантират притежателите на права да могат да поискат [...] налагането на съдебна забрана срещу посредници, чиито услуги се използват от трети лица за нарушаване на авторското право или на сродно на него право“.

Съображение 59 от Директива 2001/29 гласи: „В цифровата среда, и по-специално услугите на посредници, могат да се използват все повече от трети лица за извършване на нарушения. В много случаи такива посредници са в състояние да сложат край на тези нарушения. Следователно, без да се засягат никакви други санкции или средства за правна защита, които могат да използват, притежателите на права трябва да имат възможност да поискат съдебна забрана по отношение на посредник, който предава в мрежа фалшификат [...] от трето лице, на закриляно произведение или обект. Тази възможност следва да бъде предвидена, дори когато действията на посредника са предмет на изключение съгласно член 5. Редът и условията, отнасящи се до такава съдебна забрана, би трябвало да се определят от националното законодателство на държавите членки“ (курсивът е мой).

22. L'Oréal управлява затворена мрежа за селективна дистрибуция. По този начин дистрибуцията се контролира посредством договори за дистрибуция, които не разрешават на оторизираните дистрибутори да доставят продукти на неоторизирани дистрибутори.

12 — Припомням, че член 5, параграф 1, буква а) от Директива 89/104 не се ограничава само до реномирани или уникални марки, а е приложим към всички видове марки. Следователно при тълкуването на член 5, параграф 1, буква а) Съдът следва да избягва възприемане на разрешения, които може да изглеждат обосновани, когато става въпрос за уникални, реномирани марки, но същевременно биха създали прекалено широк обхват на защита в други случаи.

eBay

пазар транзакции eBay начислява процент в своя полза.

23. eBay управлява електронен пазар, на който се изписват каталожни описания на стоки, предлагани за продажба от лица, които са се регистрирали като продавачи в eBay. Купувачите наддават за предложените от тези лица продукти. Съгласно обобщените данни, съдържащи се в акта за преюдициално запитване, на уебсайта на eBay (www.ebay.co.uk) са публикувани средно 16 милиона каталожни описания.

24. Продавачите и купувачите трябва да се регистрират като ползватели в уебсайта на eBay, като си създадат потребителско име¹³ и потвърдят, че са съгласни с условията на споразумението за ползване на eBay. Продажбата на фалшифицирани стоки и накърняването на правата върху марки съставляват нарушение на потребителското споразумение, което освен това изисква спазване на политиките на eBay. Всички продавачи от Обединеното кралство трябва да приемат плащане чрез PayPal — сигурен разплащателен механизъм, управляван от PayPal (Europe) Sarl & Cie — понастоящем дъщерно дружество на eBay Inc., финансова институция със седалище (за Европа) в Люксембург. Върху извършените на електронния му

25. Всеки предмет се предлага в eBay за определен срок (обикновено 1, 3, 5, 7 или 10 дни), през който ползвателите на eBay изпращат ценови оферти за обявления за продажба предмет. Офертите се приемат във възходящ ред, като след изтичането на срока за търгуване предметът се продава на предложилия най-висока цена купувач. Освен това потенциалните купувачи могат да се възползват от способа „proху bidding“ (наддаване въз основа на упълномощаване), позволяващ им да въведат най-високата цена, която са готови да платят, и да дадат указания на eBay автоматично да приема оферти до този лимит.

26. eBay позволява също продажба на стоки без наддаване — на фиксирана цена (системата „купи сега“). Освен това продавачите могат да създават „онлайн магазини“, съдържащи опис на всички стоки, които продавачът предлага във всеки един момент, и по този начин функционират като виртуални магазини в уебсайта на eBay. Най-успешните продавачи в eBay получават статут „силен продавач“ (Power Seller), ако постигнат и поддържат отлични търговски резултати и спазват правилата и политиките на eBay. Категорията „силен продавач“ включва пет равнища — от „бронз“ до „титан“ — в зависимост от постигнатия обем на продажбите.

13 — Потребителското име служи като уникален идентификатор в компютризираната система на eBay. То може да се използва също и като своеобразен псевдоним, който позволява на потребителя да не разкрива самоличността си, преди и докато дадена сделка не бъде сключена. От професионалните продавачи се изисква да посочат името и адреса си преди това, но за частните продавачи няма такова изискване. Едно физическо лице може да се регистрира като продавач с множество сметки като продавач (под различни потребителски имена), но eBay има възможност да търси различни потребителски сметки, управлявани от едно и също лице.

27. eBay осигурява пълно съдействие на продавачите при категоризирането и описването на предлаганите от тях стоки, при създаването на лични онлайн магазини, както и за насърчаване и увеличаване на продажбите. Така eBay организира продажбата, ръководи търга (включително отправянето на тръжни оферти въз основа на упълномощаване), предоставя услуга за проследяване на желани продукти, посредством която членовете на електронния пазар получават уведомления за стоки, към които проявяват интерес, и насърчава и рекламира стоки чрез уебсайтове на трети лица.

28. L'Oréal и eBay са единодушни, че eBay не действа като посредник от името на продавачите и че стоките не се намират в негово владение по никакъв начин.

29. Безспорно е също, че eBay използва множество софтуерни филтри за анализиране на поместените каталожни описания с цел установяване на възможни нарушения на утвърдените от eBay политики. Когато дадено каталожно описание бъде маркирано от някой от софтуерните филтри като потенциално нарушаващо политика уебсъдържание, то се преглежда от представител от отдела за обслужване на клиенти на eBay. Десетки хиляди каталожни описания се отстраняват от уебсайта всеки месец в резултат на процедурата за филтриране или на постъпили жалби.

30. Също така eBay прилага програма „VeRO“ (притежател на удостоверени права) — система за известяване и за сваляне на каталожни описания, предназначена да

осигурява съдействие на притежателите на права върху интелектуална собственост при отстраняването на нарушаващи правата им описания от уебсайта. За да бъдат включени в програмата „VeRO“, притежателите на права трябва да попълнят и подадат формуляр относно каталожните описания, за които смятат, че нарушават правата им, като за всяко от описанията посочат номер на предмета и причината да възразяват срещу поместването му посредством „код на причината“. Използват се 16 кода, които квалифицират различни видове нарушения. При свалянето на каталожно описание от уебсайта си eBay възстановява на продавача всички платени от него такси. Съгласно посочените в акта за преюдициално запитване данни над 18 000 притежатели на права участват в програмата „VeRO“. Поради убеждението, че програмата е незадоволителна, L'Oréal отказва да се включи в нея.

31. Когато eBay Europe получи уведомление в рамките на програмата „VeRO“, то се преглежда от представител от отдела за обслужване на клиенти. Ако установи, че каталожно описание, за което е направено оплакване, нарушава правата на жалбоподателя, той сваля описанието от уебсайта без по-нататъшно разследване. При необходимост представителят от отдела за обслужване на клиенти се консултира със специалист от своя екип. Ако смята, че това е необходимо, специалистът може да потърси съвет от юрисконсулт на дружеството. През 2007 г. около 90 процента от каталожните описания, станали предмет на уведомление посредством програмата „VeRO“, са свалени от уебсайта в рамките на 6—12 часа, а близо 98 процента — до 24 часа.

32. Пред запитващата юрисдикция eBay изтъква, че формирането на становище по отношение на твърденията на

притежателите на права за извършено нарушение е трудна задача. eBay допуска, че подобни твърдения са основателни, освен ако не са явно неоснователни.

до април 2008 г. и че дейността на eBay се е променила в периода, който е от значение за настоящия случай.

33. Освен това eBay налага различни санкции на ползватели, които нарушават неговите правила, като отстраняване на съответното каталожно описание, временно отстраняване на продавача и постоянно отстраняване. В световен план eBay отстранява приблизително 2 милиона ползватели годишно, в това число близо 50 000 въз основа на програма „VeRO“. Над 500 марки, категоризирани от eBay като „високорискови“, подлежат на по-засилен контрол, упражняван върху продавачите им.

35. Конкретната цел на предявения от L'Oréal иск до High Court е да бъде постановено решение, с което да се установи, че като ползватели на електронния пазар на eBay някои лица са нарушили правата на L'Oréal върху една или повече търговски марки, като са използвали знак, идентичен с регистрираните марки, за стоки, идентични на тези, за които марките са регистрирани.

Спорът

34. На 22 май 2007 г. L'Oréal изпраща писмо, с което уведомява eBay за опасенията си относно широко разпространената продажба на нарушаващи права стоки, предлагани в европейските уебсайтове на eBay, и отправя искане към eBay да предприеме съответни стъпки във връзка с това. Отговорът на eBay не удовлетворява L'Oréal и то предявява няколко иска, включително иск до High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (наричан по-нататък „High Court“). Запитващата юрисдикция посочва, че твърдените нарушения са извършени в периода от ноември 2006 г.

36. В иска си L'Oréal твърди, че eBay носи солидарна отговорност за тези нарушения. То твърди също, че eBay носи основната отговорност за използването на активиращите марки във връзка с нарушаващите права стоки в неговия уебсайт и в платени препратки в търсачки на трети лица¹⁴. Тази рекламна връзка, съчетана с кратко търговско послание, представлява

14 — Според запитващата юрисдикция eBay Europe е закупило ключови думи, състоящи се от някои търговски марки (наричани по-нататък „активиращите марки“), които активират спонсоризирани връзки в търсачки на трети лица, включително Google, MSN и Yahoo. По този начин всяко търсене, например в Google, посредством една от активиращите марки ще доведе до показването на платена препратка към уебсайта на eBay. Ако ползвателят кликне върху платената препратка, той ще бъде отведен към екран с резултати от търсенето в уебсайта на eBay за продукти, чрез препращане към съответната активираща марка. eBay Europe избира ключовите думи на базата на активността на уебсайта му в Обединеното кралство.

реклама¹⁵. Що се отнася до разглежданите платени препратки, няма спор, че eBay е закупило ключови думи, състоящи се от активиращи марки, за да задейства препращащи към неговия уебсайт връзки в търсачки като Google, MSN и Yahoo.

37. Така на 27 март 2007 г., когато интернет ползвател въвежда думите „shu uemura“ като желана комбинация в търсачката на Google, като платена препратка се появява следното рекламno съобщение на eBay:

„Shu Uemura

Страхотни сделки в Shu uemura

Пазарувайте в eBay и спестете!

www.ebay.co.uk“.

38. Кликването върху тази рекламна връзка води до страница в уебсайта на eBay,

която показва резултатите от търсенето на „shu uemura“ във „всички категории“ с „96 предмета, открити за shu uemura“.

39. L'Oréal твърди, че повечето от тези артикули са нарушаващи права стоки¹⁶, за които изрично се посочва, че са „от Hong Kong“ или (в един от случаите) „от САЩ“.

40. Основното оплакване срещу eBay е за това, че чрез използването на търговските марки на L'Oréal eBay насочва своите ползватели към нарушаващи права стоки. Освен това поради прякото участие на eBay в предхождащите продажбите дейности, които водят до поместването на обяви и рекламата на стоки в неговите уебсайтове, както и до продажби и последващо обслужване eBay има пряко участие в нарушенията, извършени от отделните продавачи.

41. Освен това L'Oréal поддържа, че макар самото eBay да не е отговорно за нарушаването на правата върху търговските марки, трябва да му бъде наложена съдебна забрана съгласно член 11 от Директива 2004/48.

15 — В Решение по дело Google France и Google Съдът описва предлаганата от Google възмездна услуга по включване в каталог, наречена „AdWords“, по следния начин: „Тази услуга позволява на всеки икономически оператор посредством избирането на една или няколко ключови думи да направи така, че при съвпадение между тази дума или тези думи и думата или думите, съдържащи се в зададеното в търсачката от интернет потребителя търсене, да се появи рекламна връзка към неговия сайт. Тази рекламна връзка се появява в рубриката [„платени препратки,], която се появява или в дясната част на екрана, отясно на естествените резултати или в горната част на екрана, над тези резултати. [...] Посочената рекламна връзка се придружава от кратко търговско послание. Връзката и посланието заедно съставляват визуализираното в посочената по-горе рубрика съобщение“.

16 — За удобство ще използвам израза „нарушаващи права стоки“, като съзнавам напълно, че стоките сами по себе си не са нито субект, нито непосредственият предмет на нарушението на правата върху търговска марка, което представлява незаконна употреба на знак при условия, при които притежателят на търговската марка има право да забрани ползването му.

42. Понастоящем L'Oréal не води дела срещу отделните продавачи — националният спор е само между L'Oréal и eBay¹⁷.

Преюдициалните въпроси

45. Преюдициалните въпроси, отправени от High Court в запитването от 16 юли 2009 г., са следните:

43. С решение от 22 май 2009 г. High Court решава да спре производството и да отправи преюдициално запитване до Съда (наричано по-нататък „решението от 22 май 2009 г.“). Актът за преюдициално запитване е постановен от High Court на 16 юли 2009 г. (наричан по-нататък „акт за преюдициално запитване от 16 юли 2009 г.“).

44. High Court смята, че eBay е могло да направи повече, за да сведе до минимум продажбите на фалшифицирани продукти в неговия уебсайт¹⁸. High Court обаче изтъква, че възможността eBay да направи повече не означава непременно, че то има законово задължение за това.

„1) Когато тестери на парфюми и козметика (т.е. мостри за представяне на продуктите пред потребителите в магазините за търговия на дребно) и тестерни шишенца (т.е. съдове, от които могат да бъдат вземани малки количества за предлагане на потребителите като безплатни мостри), които не са предназначени за продажба на потребителите (и често са обозначени „не за продажба“ или „не за продажба на дребно“), се доставят безплатно на оторизирани от притежателя на марката дистрибутори, считат ли се такива стоки за „пуснати на пазара“ по смисъла на член 7, параграф 1 от [Директива 89/104] и член 13, параграф 1 от [Регламент № 40/94]?

17 — Що се отнася до седемте физически лица, ответници в националното производство заедно с трите дъщерни дружества на eBay, L'Oréal подписва споразумение с от четвъртия до осмия ответник, а срещу деветия и десетия ответник е постановено заедно съдебно решение. Поради това не е необходимо имената на тези лица да се включват като страни в преюдициалното производство.

18 — Например би могло eBay да филтрира каталожни описания преди публикуването им на сайта; да използва допълнителни филтри; да изисква от продавачите да обявяват имената и адресите си при поместването на описания на стоки; да налага допълнителни ограничения върху търгуваните обеми на високорискови продукти; да въвежда правила за борба с други видове нарушения, които не се разглеждат в настоящия случай, и по-специално с продажбата на стоки, които не са с произход от ЕИП, без съгласието на притежателите на търговските марки; да прилага санкциите по-строго.

2) Представлява ли отстраняването, без съгласието на притежателя на марката, на кутиите (или друга външна опаковка) от парфюмите и козметичните продукти „законно основание“ за притежателя на марката да се противопостави на по-нататъшното търгуване на разопакованите стоки по смисъла на член 7, параграф 2 от [Директива

89/104] и на член 13, параграф 2 от [Регламент № 40/94]?

марката? Ако това е така, тази последица презумира ли се или притежателят на марката трябва да я докаже?

3) Ще бъде ли различен отговорът на въпрос 2 по-горе, ако:

а) в резултат на отстраняването на кутиите (или на друга външна опаковка) разопакованите стоки не съдържат информацията, която се изисква от член 6, параграф 1 от [Директива 76/768], и по-специално не съдържат списък на съставките или срок на годност;

б) поради липсата на такава информация предлагането за продажба или продажбата на разопакованите стоки представлява наказуемо деяние според правната уредба на държавата — членка на Общността, в която те се предлагат за продажба или се продават от трети лица?

4) Ще бъде ли отговорът на въпрос 2 по-горе различен, ако по-нататъшното търгуване уврежда или може да нанесе вреда на образа на стоките и следователно на добрата репутация на

5) Когато търговец, оператор на онлайн продажби, закупува от оператор на търсачка в интернет използването на идентичен с регистрирана марка знак като ключова дума, така че знакът се появява пред ползвателя на търсачката в платена препратка към уебсайта на оператора на онлайн продажбите, представлява ли появата на знака в платената препратка „използване“ на знака по смисъла на член 5, параграф 1, буква а) от [Директива 89/104] и на член 9, параграф 1, буква а) от [Регламент № 40/94]?

6) Когато кликването върху платената препратка, посочена във въпрос 5 по-горе, отвежда ползвателя направо до реклами или оферти за продажба на стоки, идентични на тези, за които марката е регистрирана, под знака, поставен на уебсайта от други страни, като някои от тези реклами или оферти нарушават правата върху марката, а други — не, поради различното положение на съответните стоки, това представлява ли използване от страна на оператора на онлайн продажби на знака „за“ нарушаващи правата върху марка стоки по смисъла на член 5, параграф 1, буква а) от [Директива

89/104] и на член 9, параграф 1, буква а) от [Регламент № 40/94]?

на онлайн продажби, а не в платена препратка?

- 7) Когато рекламираните и предлагани за продажба стоки в уебсайта, посочен във въпрос 6 по-горе, включват стоки, които не са пуснати на пазара в ЕИП от или със съгласието на притежателя на марката, достатъчно ли е рекламната или офертата за продажба да е насочена към потребителите на територията, обхваната от марката, за да попада подобно използване в приложното поле на член 5, параграф 1, буква а) от [Директива 89/104] и на член 9, параграф 1, буква а) от [Регламент № 40/94] и извън приложното поле на член 7, параграф 1 от [Директива 89/104] и член 13, параграф 1 от [Регламент № 40/94], или притежателят на марката трябва да докаже, че рекламната или офертата за продажба непременно има за последица пускането на въпросните стоки на пазара на територията, обхваната от марката?
- 9) Ако за да попадне подобно използване в приложното поле на член 5, параграф 1, буква а) от [Директива 89/104] и на член 9, параграф 1, буква а) от [Регламент № 40/94] и извън приложното поле на член 7, параграф 1 от [Директива 89/104] и на член 13, параграф 1 от [Регламент № 40/94] е достатъчно рекламната или офертата за продажба да е насочена към потребители на територията, обхваната от марката:
 - а) това използване състои ли се от или включва ли „съхраняване на информация, предоставяна [от] получателя на услугата“ по смисъла на член 14, параграф 1 от [Директива 2000/31];
 - б) ако използването не се състои изключително от дейности, попадащи в приложното поле на член 14, параграф 1 от [Директива 2000/31], но включва такива дейности, освободен ли е операторът на онлайн продажбите от отговорност, доколкото използването се състои от подобни дейности, и ако това е така, могат ли да се присъдят обезщетения за вреди или други парични обезщетения
- 8) Ще бъдат ли различни отговорите на въпроси 5—7 по-горе, ако използването, от което се оплаква притежателят на марката, се състои в появата на знака в самия уебсайт на оператора

във връзка с подобно използване, доколкото той не е освободен от отговорност;

IV — Предварителни бележки

A — Политически въпроси, които са поставени на карта

- в) когато операторът на онлайн продажбите има сведения, че стоки се рекламират, предлагат за продажба и продават в неговия уебсайт в нарушение на правата върху регистрирани марки, и че нарушенията на подобни регистрирани марки вероятно ще продължат да се извършват посредством рекламата, предлагането за продажба и продажбата на същите или на сходни стоки от същите или от различни ползватели на уебсайта, означава ли това, че той има „сведения“ или е „запознат с факти или обстоятелства“ по смисъла на член 14, параграф 1 от [Директива 2000/31]?

- 10) Когато услугите на посредник, какъвто е операторът на уебсайт, се използват от трето лице за нарушаване на правата върху регистрирана марка, изисква ли член 11 от Директива 2004/48 от държавите членки да гарантират на притежателя на марката, че може да получи налагане на забрана на посредника, за да се преустановят по-нататъшни нарушения на правата върху посочената марка, вместо този конкретен акт на нарушение да продължи, и ако това е така, какъв е обхватът на забраната, която следва да бъде наложена?“

46. Ще припомня, че в неотдавнашната практика на Съда¹⁹ се обръща специално внимание на защитата на марките, особено на реномираните марки, и се взема предвид не само основната функция на марката да обозначава търговския произход на стоките и услугите, но и другите ѝ функции, свързани с качество, инвестиции и реклама²⁰. Тези допълнителни функции са от значение в съвременната бизнес среда, в която марките често придобиват самостоятелна икономическа стойност като

¹⁹ — Вж. например Решение от 8 юли 2010 г. по дело Portakabin, C-558/08, Сборник, стр. I-6963, Решение от 25 март 2010 г. по дело BergSpechte, C-278/08, Сборник, стр. I-2517, Определение по дело eis.de, C-91/09, Решение от 23 март 2010 г. по съединени дела Google France и Google, C-236/08—C-238/08, цитирано по-горе, Решение от 18 юни 2009 г. по дело L'Oréal и др., C-487/07, Сборник, стр. I-5185, Решение от 12 юни 2008 г. по дело O2Holdings и O2 (UK), C-533/06, Сборник, стр. I-4231, Решение от 11 септември 2007 г. по дело Céline, C-17/06, Сборник, стр. I-7041, Решение от 25 януари 2007 г. по дело Adam Opel, C-48/05, Сборник, стр. I-1017 и Решение от 12 ноември 2002 г. по дело Arsenal Football Club, C-206/01, Recueil, стр. I-10273.

²⁰ — Не е постигнат консенсус в терминологично отношение, нито по същество, около това как трябва да се разбират „функциите“ на търговската марка. Същото се отнася и за концептуалната връзка, която съществува между отделните функции, и най-вече дали някои (или всички) функции всъщност може да се разглеждат като допълнения към основната функция, която е да гарантира на потребителите произхода на стоката или на услугата. Сред тези други функции Съдът определя по-специално функцията [на марката] да гарантира качеството на стоката или на услугата или функциите, свързани с комуникацията, инвестициите или рекламата (вж. Решение по дело L'Oréal и др., точка 58). По-нататък ще използвам термините „функция за обозначаване на произхода“, „функция за гарантиране на качеството“, „свързана с комуникацията функция“, „рекламна функция“ и „свързана с инвестициите функция“.

средство за предаване на послания, които не се свеждат до обикновеното обозначаване на произхода на стоките или услугите. По мое мнение това развитие е отчетено в съдебната практика, за да може правото на ЕС относно марките да изпълнява по-ефективно предназначението си.

във връзка със стоките, и е териториално ограничена.

47. Не трябва да се забравя обаче, че макар марката — за разлика от авторското право или патента²¹ — да осигурява само относителна защита, тази защита се осигурява за неограничен срок, съвпадащ с периода на използване на марката и на поддържане на регистрацията ѝ. Защитата на правата върху търговските марки се прилага само при използването на знак като марка в рамките на търговска дейност и обхваща единствено употреба, която отговаря на различните функции на марките. Освен това защитата обикновено се ограничава до идентични или сходни стоки, с изключение на случаите на реномирани марки. Наред с това защитата подлежи на правни ограничения — тя се погасява, когато притежателят на марката е реализирал присъщата на марката икономическа стойност

48. Посочените по-горе ограничения са необходими, за да се запази свободата на търговията и на конкуренцията²², които изискват икономическите оператори да имат възможност да използват отличителни знаци и езикови изрази за обозначаване на стоки и услуги, притежателите на марки да не могат да препятстват законното търговско и нетърговско ползване на защитените знаци, а свободата на словото да не бъде неоснователно ограничавана²³.

49. Не бива да се забравя, че каталожните описания, помествани в електронния пазар на eBay от ползвателите, са съобщения, защитени като основните права на свобода на словото и на информацията, предвидени от член 11 от Хартата за основните

21 — Вж. *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, vol. 31, No. 10, 497—504, p. 498. Авторът смята, че правото на Европейския съюз може да бъде критикувано за това, че на притежателите на реномирани търговски марки е даден някакъв монопол върху използването на знаците им, въпреки че първоначално правото на марките не е предназначено да дава изключителни права върху интелектуалната собственост, какъвто е случаят с патентното право и авторското право.

22 — За по-задълбочен анализ на тези аспекти вж. заключението на генералния адвокат Pólares Maduro по дело *Google France и Google*, точки 101—112.

23 — Предвид повишената правна защита на правата върху реномирани търговски марки като знаци, става все по-важно да се гарантира, че свободата на словото, свързана с пародията, художественото изразяване, критиката на потребителското отношение към живота и осмиването на свързаните с него начини на живот няма да бъде неоснователно ограничавана. Същото се отнася до полемиката около качеството на стоките и услугите. По този въпрос вж. *Senfleben*, M. *The Trademark Tower of Babel — Dilution Concepts in International, US and EC Trademark Law.* — *International review of intellectual property and competition law*. vol. 40/2009, No. 1, 45—77, 62—64.

права на ЕС и член 10 от Европейската конвенция за правата на човека²⁴.

се възползват и при тези нови обстоятелства. Независимо от всичко тази защита не може да нарушава правата на ползвателите и доставчиците на тези услуги.

50. Електронните пазари от типа на eBay създават безпрецедентни възможности за икономическите оператори и за частните лица да търгуват пряко помежду си при намалени рискове във връзка с доставката и плащането. Главното производство и сходни съдебни спорове в съдилищата на други държави членки и на трети страни показват, че може да се злоупотребява²⁵ с тези възможности, което от своя страна може да доведе до нарушаване на авторското право и на правата върху марките²⁶. Следователно е оправдано да се гарантира наличието на ефективна правна защита, от която притежателите на права върху интелектуална собственост да могат да

51. Що се отнася до защитата на правата върху марките, следва да се напомни, че марките не са защитени в контекста на нетърговските сделки. Освен това притежателят на марка не може да се противопоставя на сделки и практики, които нямат отрицателен ефект върху функциите на марките, като изцяло описателното използване на марка или използването ѝ в законосъобразна сравнителна реклама.

24 — Вж. заключението на генералния адвокат Alber по дело Karner, C-71/02, Recueil, стр. I-3025, точка 75, както и ЕСПЧ, Решение от 20 ноември 1989 г. по дело Marka Intern c/у Германия, серия А, № 165, точки 25 и 26 и ЕСПЧ, Решение от 24 февруари 1994 г. по дело Casado Sosa c/у Испания, серия А, № 285 А, точки 35 и 36.

25 — В Решението си High Court се позовава на пробни покупки на стоки на L'Oréal, осъществени на електронния пазар на eBay. Като показателен пример в това отношение може да се посочи серия от пробни покупки, в резултат на която се установява, че 70% от продуктите не са били предназначени за продажба в ЕИП (тъй като са фалшифицирани продукти, продукти с произход извън ЕИП или непредназначени за продажба продукти от ЕИП). При други обстоятелства са отчетени подобни по мащаб стойности. За сравнение в съдебния спор между eBay и Tiffany Inc. се установява, че около 75% от стоките с марка „Tiffany“, търгувани в електронния пазар на eBay, са фалшифицирани, вж. стр. 20 от Решение от 14 юли 2008 г. по дело Tiffany (NJ) Inc./eBay Inc., United States District Court, Southern District of New York, No. 04 Civ.4607 RJS, 576 F.Supp.2d, 463 (2008), потвърдено от апелативната инстанция на 1 април 2010 г. от Second Circuit (с изключение на частта от решението, отнасяща се до иска за заблуждаваща реклама, която е върната на първата инстанция за ново по-задълбочено разглеждане (вж. Решение по дело Tiffany (NJ) Inc./eBay Inc., 600 F.3d 93, 114 (2d Cir.2010) (Tiffany II)).

26 — Доколото ми е известно, въпросът за отговорността на интернет пазар за нарушения на правата върху марки досега е разглеждан от съдилищата на Белгия, Франция, Германия, Обединеното кралство и Съединените американски щати.

52. Същото се отнася до дейности, свързани със законосъобразното използване на марка, определено в член 6 от Директива 89/104, или с използването ѝ във връзка със стоки, по отношение на които предоставените от марката права са изчерпани съгласно член 7 от тази директива. Такова законосъобразно използване може да се отнася и до луксозни козметични продукти като тези на L'Oréal. Възможно е например съпруг да пожелае да продаде неотворена опаковка със скъп грим, който е купил за съпругата си за Коледа, след като тя го уведоми, че е алергична към някои от съставките на продукта. Търговец може да е закупил запаси от защитени с марка парфюми от масата на несъстоятелността от управител на магазин, участвал в мрежа за селективна дистрибуция на собственика на съответната марка, и да иска да ги продаде посредством услугите на

електронен пазар²⁷. Следователно може да има законосъобразни сделки и предложения за продажба втора ръка на козметични продукти, макар и в по-редки случаи, отколкото при трайните стоки за домакинството, превозните средства, лодките и дизайнерските стоки. Във всеки случай отговорите на преюдициалните въпроси трябва да бъдат такива, че да не водят до ограничаване на законното използване на знак за каквато и да било категория стоки, на което притежателят на марката не може да се противопостави основателно.

правата на притежателите на марки и задълженията на доставчиците на услуги на информационното общество като eBay е важно да се определи какво може правомерно да се очаква да предприемат доставчиците на услуги, за да предотвратят нарушенията от трети лица.

53. Важно е също да се отбележи, че целта на Директива 2000/31 е да се насърчават предоставянето на услуги на информационното общество и електронната търговия, както ясно личи в уводната част на Директивата. Ограничаването на отговорността, предвидено в членове 12, 13 и 14 от Директивата, има за цел да бъде дадена възможност за предоставянето на услуги на информационното общество без риск от юридическа отговорност, която доставчикът на услуги не би могъл да предотврати, без да навреди на икономическата и техническата жизнеспособност на съответния търговски модел. Следователно при постигането на равновесие между

Б — Основна и субсидиарна отговорност за нарушаването на права върху търговски марки

54. Един от поставените по настоящото дело въпроси е дали може да се счита, че eBay носи основната отговорност за нарушаване на правата върху марки на L'Oréal, поради обстоятелството че нарушаващите права стоки се продават чрез управлявания от него електронен пазар. Тази основна отговорност може да бъде отговорността на eBay за извършени от него нарушения или да съвпадне с отговорността на продавачите за нарушения, за които те носят отговорност. Във втория случай една и съща фактическа обстановка може да доведе до две взаимосвързани,

27 — Тъй като споразуменията за селективна дистрибуция представляват договори, те не са задължителни за третите лица. Поради това защитата на правата върху марката се „погасява“ и в случаите, когато принадлежащ към такава мрежа дистрибутор продава защитени стоки на трето лице в нарушение на условията на договора за дистрибуция, сключен между него и притежателя на правата върху марката. В Решение от 30 ноември 2004 г. по дело Peak Holding (C-16/03, Recueil, стр. I-11313, точка 56) Съдът приема, че осъществяването на препродажба в рамките на ЕИП в нарушение на предвидената в договор за продажба забрана не е пречка за изчерпването на правата.

но независими едно от друго нарушения²⁸. Следователно въпросът е дали самото eBay е нарушило правата върху марки на L'Oréal. Тази отговорност зависи от тълкуването и прилагането на хармонизираните разпоредби на правото на ЕС относно марките, и по-специално на членове 5, 6 и 7 от Директива 89/104 и съответните разпоредби от Регламент № 40/94.

55. Случаят е свързан също и с нещо, което наричам „субсидиарна отговорност“, и по-конкретно с възможната отговорност на доставчика на услуги на информационното общество за нарушения, извършени от ползвателите на услугата²⁹. Както High Court правилно отбелязва, този вид отговорност за извършени от други лица нарушения на права върху марки не е хармонизиран в законодателството на ЕС относно марките, а се урежда от националното право. В правото на ЕС не съществува разпоредба, която да изисква от икономическите оператори да предотвратяват нарушаването от трети лица на права върху марки или да се въздържат от действия или практики, които могат да допринесат за или да улеснят извършването на такива

нарушения³⁰. В членове 12, 13 и 14 от Директива 2000/31 обаче се предвижда частична хармонизация на разглежданата отговорност, или по-точно на условията, при които тя не съществува. Освен това правото на ЕС изисква да съществува възможност за постановяване на съдебни забрани за посредници, чиито услуги се ползват от трети лица за нарушаване на право върху интелектуална собственост.

56. От това следва, че разглежданите в американската правна теория въпроси, свързани с „contributory infringement“ (съучастие) или с отговорността за чужди действия при нарушаването на правата върху марки, са извън предмета на настоящото преюдициално производство. Същото се отнася и до съществуващите подобни конструкции в други правни системи — например „joint tortfeasorship“ (солидарна деликтна отговорност) по „common law“ или т.нар. „Störerhaftung“ в Германия³¹.

28 — Например в случай, когато „А“ произвежда стоки и ги обозначава с етикет с марката на трето лице без неговото съгласие, а „Б“ ги пуска на пазара.

29 — High Court я определя като „акцесорна отговорност“ по британското право. В някои правни системи може да се говори и за косвени нарушения за разлика от преките нарушения на непосредствения нарушител.

30 — Независимо от това Регламент (ЕО) № 3295/94 на Съвета от 22 декември 1994 година, определящ мерките за забраняване на пускането в свободно обращение, експорт, реекспорта и поставянето в режим на изчакване на имитирани и пиратски стоки (ОВ L341, стр. 8, изменен) забранява, *inter alia*, пускането в свободно обращение, експорта и реекспорта на фалшифицирани или пиратски стоки.

31 — Германското правно понятие „Störerhaftung“ може да се опише като отговорността на „нарушител“ или „нанасящо вреди лице“ или като отговорността за причинени вреди в резултат на нарушаване на права. „Störerhaftung“ се свързва с нарушаването на права, но не предполага гражданска отговорност, и може да доведе до налагането на съдебна забрана срещу „нарушителя“, дори без присъждането на обезщетение за вреди. Вж. *Rühmkorf A. The Liability of online auction portals: Toward a Uniform Approach?* — 14 No.4 Journal of Internet Law. 10/2010, p. 3.

57. В теорията и съдебната практика в Съединените щати положението на електронните пазари често се анализира, като се използва аналогия с принципите, които уреждат търгуването на битпазари и разпродажби на стари вещи от домовете³². Въпреки че подобни аналогии могат да служат за пример, в правото на ЕС най-ефективният метод е тълкуването, основано на целите на съответните законодателни инструменти и прилагането на принципите, установени в практиката на Съда.

58. Може би е важно да се отбележи, че по делата в националните съдилища, свързани с отговорността на eBay или подобни електронни пазари, доколкото ми е известно, няма нито едно решение, в което да се приема, че операторът на пазара носи основната отговорност за нарушаване на правата върху марките на трети лица. Според някои коментатори изглежда съществува съдебна практика относно субсидиарната отговорност, установена от някои френски и американски съдилища, които приемат, че операторът на електронния пазар следва да носи отговорност, докато други френски и американски съдилища, както и белгийски и германски съдилища, отхвърлят съществуването на такава отговорност. В германската съдебна практика обаче са постановявани съдебни забрани срещу електронни пазари за предотвратяване на по-нататъшното нарушаване на права върху търговски марки от трети

лица на основание на т.нар. „Störerhaftung“, макар съответните съдилища да са отказали да приемат, че пазарите носят гражданска отговорност³³.

В — Защита при идентичност и ключови думи в рамките на услуга по включване в каталог в интернет

59. High Court обобщава проблематиката в основата на преюдициалните въпроси, като обособява четири групи: въпроси, свързани с естеството на продаваните от ответниците стоки като нарушаващи права стоки; относно вида на отговорността, която следва да носи eBay — солидарна³⁴ или основна отговорност; възможността за защита на eBay на основание член 14 от Директива 2000/31; наличието на правни средства за защита за L'Oréal на основание член 11 от Директива 2004/48. Нарушаващите права стоки може да се разпределят

32 — Относно отговорността за помагачество във връзка с нарушаването на правата върху марка в САЩ вж. бележка под линия 19 от заключението на генералния адвокат Poiares Maduro по дело Google France и Google.

33 — За общ преглед на неотдавнашната съдебна практика вж. *Rühmkorf* (op. cit.) и *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, vol. 31, No. 11, 559—567, както и *Bagnall, M., Fyfield, D., Rehag, C., Adams, M.* Liability of Online Auctioneers: Auction Sites and Brand Owners Hammer It Out. — *INTA Bulletin*, vol. 65, No. 1 (01/01/2010), 5—7. Вж. още „Report on Online auction sites and trademark infringement liability“ [Доклад относно сайтовете за надаване и отговорността за нарушаване на правата върху търговски марки] от Trademarks and Unfair Competition Committee of the New York City Bar Association (Комисия по марките и нелоялната конкуренция към Нюйоркската адвокатска колегия), поместено на адрес www.abcnyc.org.

34 — Припомням обаче, че в Решението си от 22 май 2009 г. High Court изключва акцесорната отговорност на eBay по английското право във връзка с основанието за отговорност, на което се позовава L'Oréal, а именно отговорност за съучастие в правонарушение като подбудител или участие в общ проект.

в четири категории — фалшификати, стоки, които не са с произход от ЕИП, тестери и тестерни шишенца, разопаковани стоки.

марка, включваща думите „AMOR AMOR“, изписани с главни ръкописни букви³⁶.

60. Преюдициалното запитване се основава на допускането, че приложимата разпоредба от правото на ЕС относно марките е член 5, параграф 1), буква а) от Директива 89/104. Разпоредбата урежда т.нар. защита при идентичност или използването на знак, който е идентичен с марката, за стоки или услуги, идентични с тези, за които марката е регистрирана. Според практиката на Съда за тази защита се изисква абсолютна идентичност между знака и марката, като при наличието на дори нищожни или незначителни различия между тях тя е изключена³⁵.

61. Ключовата дума в търсачка е поредица от знаци (в повечето случаи букви). Често ключовата дума не прави разлика между малки и главни букви, макар това да е възможно при задаването на конкретна настройка. От преюдициалното запитване се установява, че някои от разглежданите по делото марки са слабо стилизирани словни марки, а една от тях е фигуративна

62. Стриктното прилагане на Решение по дело LTJ Diffusion би означавало изключване на наличието на идентичност между марката и ключовата дума и води до прилагане на член 5, параграф 1, буква б) от Директива 89/104 относно сходните марки. Това от своя страна предполага извършването на проверка относно съществуването на „вероятност от объркване“, предвидена в посочената разпоредба. Тази вероятност от объркване е ясно изразена между слабо стилизираните словни марки или фигуративните марки с преобладаващо словна структура, от една страна, и ключовите думи, от друга страна. Предвид това не ми се струва нито полезно, нито необходимо да разширявам обсъждането извън въпросите, свързани със защитата при идентичност.

63. От текста на Директива 89/104 и съответната съдебна практика могат да се изведат шест условия. Искането на

35 — Вж. Решение от 20 март 2003 г. по дело LTJ Diffusion (C-291/00, Recueil, стр. I-2799, точки 50—54). Моето разбиране е, че разликите между същинските словни марки и стилизираните словни марки или фигуративните марки с преобладаващи словни елементи са винаги съществени. Ако не беше така, не би имало нужда да се регистрират отделно марки, принадлежащи към вторите две категории.

36 — В съответствие с Насоките на СХВП (част В: Възражение; част 2, глава 1: Идентичност; окончателна версия от ноември 2007 г.) словните марки се състоят от букви, цифри и други знаци, възпроизведени със стандартния шрифт на съответната служба. Това означава, че по отношение на тези марки не се претендира особен фигуративен елемент или облик. Освен това различията в използването на малки и главни букви са без значение за словните марки (вж. точка 3.2.). По отношение на фигуративните марки в Насоките се посочва, че идентичност не е налице, ако една от марките е изобразена: i) с отличителен (например ръкописен) шрифт, с което цялостният облик на словната марка се променя в посока фигуративна марка, ii) със стандартен шрифт на фигуративен (цветен) фон или iii) със стандартен шрифт, изобразен с цветни букви, а другата марка е словна (вж. точка 3.3 с дадените примери).

притежател на регистрирана марка може да бъде уважено на основание член 5, параграф 1, буква а) от Директива 89/104, ако са изпълнени следните условия³⁷: 1) трябва да е налице използване на знак от трето лице; 2) използването трябва да се осъществява в рамките на търговска дейност³⁸; 3) използването трябва да се осъществява без съгласието на притежателя на марката; 4) трябва да е налице знак, идентичен с марката; 5) използването трябва да е за стоки или услуги, идентични с тези, за които марката е регистрирана; и 6) използването трябва да нарушава или да може да наруши някои от функциите на марката³⁹.

V — Тестери и тестерни шишенца

64. След така направения обзор ще разгледам преюдициалните въпроси.

65. С първия въпрос запитващата юрисдикция иска да се установи дали тестери на парфюми и козметика и тестерни шишенца, които не са предназначени за продажба на потребителите и се доставят безплатно на оторизираните от притежателя на марката дистрибутори, са стоки, „пуснати на пазара“ по смисъла на член 7, параграф 1 от Директива 89/104 и член 13, параграф 1 от Регламент № 40/94.

66. Съдът неотдавна разгледа подобен въпрос по дело Coty Prestige Lancaster Group⁴⁰. Съдът приема, че „когато предоставяното на „тестери с парфюм“ на посредниците, обвързани по силата на договор с притежателя на марката, за да могат техните клиенти да изпробват съдържанието им, се прави без прехвърляне на собственост и със забрана за продажба, когато притежателят на марката може по всяко време да изиска обратно тази стока и когато нейното представяне се отличава ясно от това на флаконите с парфюм, обикновено предоставяни на посочените посредници от притежателя на марката, обстоятелството, че тези тестери са флакони с парфюм с надписи „за демонстрация“ и „забранено за продажба“, не позволява установяването на мълчаливо съгласие от страна на притежателя на марката за пускането им на пазара, ако няма никакво доказателство за обратното, което трябва да прецени запитващата юрисдикция⁴¹“.

37 — Вж. Решение по дело Arsenal Football Club, посочено по-горе в бележка под линия 19, точка 51, Решение от 16 ноември 2004 г. по дело Anheuser-Busch C-245/02, Recueil, стр. I-10989, точка 59, Решение по дело Adam Opel, посочено по-горе в бележка под линия 19, точки 18—22, Решение по дело Céline, посочено по-горе в бележка под линия 19, точка 16.

38 — Съдът приема, че щом като е извършвано в рамките на стопански операции, насочени към реализиране на икономическа изгода, използването на знак се извършва в „процеса на търговия“, а не е от частен характер. Вж. Решение по дело Arsenal Football Club, точка 40.

39 — High Court смята, че шестото условие е излишно и неясно (вж. Решение от 22 май 2009 г., точки 288 и 300—306). Освен това в правната теория са отправени критики към неотдашната съдебна практика на Съда, за която се твърди, че е непоследователна или трудна за прилагане. Въпреки че в известна степен разбирам тези тревоги, не считам за нужно да се включавам в това разискване, предвид доста специфичните обстоятелства на настоящото преюдициално запитване, което се отнася до електронен пазар.

40 — Решение от 3 юни 2010 г. по дело Coty Prestige Lancaster Group (C-127/09, Сборник, стр. I-4965).

41 — Решение по дело Coty Prestige Lancaster Group, посочено по-горе в бележка под линия 40, точка 48.

67. В първия си преюдициален въпрос High Court посочва, че тестерите и тестерните шишенца не са предназначени за продажба и често имат обозначение „не за продажба“ или „не за продажба на дребно“. Те се доставят безплатно на оторизирани от притежателя на марката дистрибутори. Смятам, че формулировката на въпроса предполага *grosso modo* наличието на онези елементи, които Съдът е приел за решаващи по дело Coty Prestige Lancaster Group, за да се изключи мъгчливото съгласие от страна на притежателя на марката за пускането на пазара на тестерите и тестерните шишенца. Следователно при тези обстоятелства може да се приеме, че стоките не са пуснати на пазара.

от Директива 89/104 в смисъл, че притежателят на марката може основателно да се противопостави на последващото пускане на пазара на фармацевтичен продукт, когато паралелният вносител е преупаковал продукта, като отново е поставил марката върху новата опаковка, или е поставил етикет върху опаковката, съдържаща продукта, освен ако са изпълнени пет условия, включително условието преупакованият продукт да не е представен така, че да може да се накърни репутацията на марката и тази на притежателя. Преупакован фармацевтичен продукт може да бъде представен по неподходящ начин и поради това да накърни реномето на марката, поспециално когато опаковката или етикетът, дори да не е дефектен или дефектна, с лошо качество или в недобър вид, може да засегне стойността на марката, като вреди на свързаната с подобен продукт представа за надеждност и качество, както и на доверието, което този продукт може да внуши на съответните потребители⁴².

VI — Последици от разопаковането на козметични продукти, защитени с марка

68. Доколкото ми е известно, въпросът, свързан с продажбата на защитени с марка стоки без оригиналната им опаковка в контекста на член 7 от Директива 89/104, все още не е пряко поставян на Съда. При все това смятам, че от съществуващата съдебна практика могат да се изведат отговорите на втория, третия и четвъртия преюдициален въпрос, които се отнасят до тази проблематика.

70. В случаите, когато състоянието на носещите търговската марка стоки е променено или накърнено след пускането им на пазара, притежателят на марката има законно основание да се противопостави на по-нататъшното търгуване на съответната стока по смисъла на член 7, параграф 2 от Директива 89/104. Дали първоначалното състояние на продукта е засегнато

69. В решението си по дело Boehringer Ingelheim Съдът тълкува член 7, параграф 2

⁴² — Вж. Решение от 26 април 2007 г. по дело Boehringer Ingelheim и др., C-348/04, Сборник, стр. I-3391, точки 43 и 44.

неблагоприятно, обикновено се преценява по състоянието на продукта в опаковката⁴³.

71. Според мен обаче при продукти като луксозната козметика не може да се изключи възможността външната опаковка понякога да се счита за част от състоянието на продукта поради нейния специфичен дизайн, в който е включено използването на търговската марка. В такъв случай притежателят на марката има право да се противопостави на по-нататъшното търгуване на разопакованите стоки⁴⁴.

72. Бих добавил също, че не споделям анализа на Комисията, според който отстраняването — без съгласието на притежателя на марката — на кутиите или съответната външна опаковка от стоки като парфюми и козметика винаги би представлявало законно основание за притежателя на марката да се противопостави на по-нататъшното търгуване на разопакованите стоки по смисъла на член 7, параграф 2 от Директива 89/104.

73. На първо място, не трябва да се забравя, че съгласно член 7 от Директива 89/104 изчерпването на правата, предоставени от

марка, е основното правило. Следователно възможността за притежателя на марката да се противопостави на по-нататъшното търгуване на неговите стоки, след като вече е реализирал присъщата на марката икономическа стойност за тези стоки, трябва да се тълкува ограничително.

74. Освен това не е изключено външната опаковка (дори на козметични продукти) да е такава, че отстраняването ѝ да не накърнява нито функциите на марката да обозначава произхода и качеството на стоките, нито реномето на тази марка. Това може да бъде валидно твърдение на пример при по-малко скъпите козметични продукти.

75. Следователно наличието на законно основание за притежателя на марката да се противопостави на по-нататъшното търгуване на стоките трябва да се анализира отделно за всеки случай. Във връзка с това High Court предлага две хипотези, а именно при разопаковани продукти без изискваната информация съгласно Директива 76/768 за козметичните продукти, и хипотезата, при която отсъствието на тази информация би съставлявало престъпление в държавата членка, в която продуктите се предлагат за продажба или са продадени⁴⁵.

76. Смятам, че изискването за спазване на Директивата за козметичните

43 — Решение от 11 юли 1996 г. по дело Bristol-Myers Squibb и др. (C-427/93, C-429/93 и C-436/93, Recueil, стр. I-3457.

44 — Относно специалния характер на такива продукти в правото относно марките вж. Решение от 4 ноември 1997 г. по дело Parfums Christian Dior (C-337/95, Recueil, стр. I-6013, точки 42—44).

45 — Съгласно акта за преюдициално запитване този случай е свързан с обстоятелството, че eBaу забранява продажбата на разопаковани козметични продукти на купувачи в Германия, но не и на купувачите в останалите държави членки.

продукти — и всъщност на всяка друга мярка по правото на ЕС, свързана с безопасността на продуктите или защитата на потребителите — е вътрешноприсъщо на защитата на реномето на търговската марка. Реномето на даден козметичен продукт може да бъде накърнено например от възникването на остри алергични реакции у група потребители поради липсващ опис на съставките. В това отношение обаче няма значение дали продажбата на разопаковани стоки е инкриминирано деяние по националното право. Това, което може да компрометира реномето на дадена марка, е отсъствието на съществена информация за потребителя в съответствие с изискванията на хармонизираните европейски разпоредби, а не последиците, които националното законодателство на държавите членки предвижда за търговците в подобни случаи.

77. Следователно дори ако правото относно марките само по себе си не защитава целите на Директива 76/768 като такива, по-нататъшното търгуване на защитени с търговска марка продукти, което не съответства на посочената директива, може — както правилно посочва генералният адвокат Stix-Hackl⁴⁶ — сериозно да накърни реномето на марката и поради това да бъде за притежателя ѝ основателна причина да се противопостави на последващото търгуване.

78. Накрая, с четвъртия въпрос High Court иска да се установи дали резултатът от по-нататъшното търгуване на разопакованите

козметични продукти, което уврежда или може да нанесе вреда на образа на стоките и следователно на добрата репутация на марката, се презумира или притежателят на марката трябва да го докаже.

79. Отговорът на този въпрос според мен изисква малко отклонение. Ноторно е, че тъй като защитата на правата върху марка се отнася само до използването на знаци в рамките на търговска дейност, действията на частни лица, които продават или купуват защитени с марка стоки, не попадат в приложното поле на правото относно марките⁴⁷.

80. Оригиналната опаковка може да има ключово значение за защитата на функцията на марката да обозначава произхода и качеството на козметичните продукти. Припомням, че съгласно член 5, параграф 1, буква а) от Директива 89/104 става дума за защита при идентичност или за „абсолютната“ защита на притежателя на марката срещу неразрешеното използване на идентичен с марката знак за стоки, идентични с тези, за които марката е регистрирана (без да е нужно да се установява вероятността от объркване между стоките)⁴⁸. Макар по принцип притежателят на марката да е този, който трябва да установи наличието на елементите, представляващи нарушаване на правата върху марката от трето лице, смятам, че при използването без съгласието на притежателя

46 — Вж. заключението на генералния адвокат Stix-Hackl по дело Zino Davidoff и Levi Strauss, C-414/99, C-415/99 и C-416/99, Recueil, стр. I-8691, точки 120 и 121.

47 — Разграничението, което еВau прави между професионалните и останалите продавачи, обаче не отговаря непременно на понятието „в рамките на търговска дейност“.

48 — Вж. напр. Решение по дело LTJ Diffusion, точки 48—50.

на марката на идентичен с марката знак за стоки, идентични с тези, за които марката е регистрирана, ползвателят е този, който трябва да докаже законосъобразността на своето използване на знака, включително безвредността на това използване за реномето на марката.

VII — Платена услуга по включване в каталог в интернет и оператор на електронен пазар

A — Въведение

81. Поради това съм на мнение, че може да се презумира, че по-нататъшното търгуване уврежда или може да нанесе вреда на образа на стоките и следователно на добрата репутация на марката във всички случаи, когато предложенията за продажба или сделките за козметични продукти без оригиналните им опаковки се извършват в рамките на търговска дейност (по смисъла на даденото в практиката на Съда определение). От това следва, че притежателят на марката не трябва да доказва вредоносните последици, а в тежест на продавача е да докаже обратното⁴⁹.

82. Трудно ми е да приема, че продажбата в рамките на електронен пазар на козметични продукти в количества, по-големи от един-два броя, не се осъществява с цел икономическа изгода и в контекста на стопански операции, дори и в малки мащаби.

49 — Смятам, че ползвателят може успешно да се справи с тежестта на доказването, като представи доказателства, че (например) търговската марка е относително неизвестна и че външните опаковки не съдържат важна за потребителите информация.

83. За разлика от преюдициални въпроси 1—4, които се отнасят до „същинската“ проблематика, свързана с марките, въпроси 5—10 изискват разширяване на анализа на марката, така че да се обхванат различните аспекти на услугите на информационното общество.

84. Изглежда ми уместно да разгледам заедно петия, шестия и осмия въпрос. Всички те са свързани със закупуването от оператор на електронен пазар на притежавани от трети лица марки като ключови думи от доставчик, предлагащ платена услуга по включване в каталог в интернет, и с отговора на въпроса дали това представлява използване на знак.

85. По същество High Court иска да се установи дали определени аспекти от търговския модел на eBaу предвиждат или предполагат, че дружеството може да носи основната отговорност за нарушение на правата върху марка за стоки, търгувани в системата му, ако за използването на марка на трето лице при сделките се изисква съгласието на притежателя на съответната марка.

86. Във връзка с това е полезно да се припомним Решение по дело Google France и Google. В него Съдът приема, че доставчикът на услуга по включване в каталог в интернет, който съхранява като ключова дума знак, идентичен с марка, и организира визуализирането на съобщения от тази ключова дума, не използва този знак по смисъла на член 5, параграфи 1 и 2 от Директива 89/104⁵⁰.

87. В Решение по дело Google France и Google обаче Съдът приема също, че член 5, параграф 1 от Директива 89/104 трябва да се тълкува в смисъл, че притежателят на дадена марка има право да забрани на рекламодател да рекламира — изхождайки от идентична с посочената марка ключова дума, избрана от този рекламодател без съгласието на посочения притежател в рамките на услуга по включване в каталог в интернет — стоки или услуги, идентични с тези, за които е регистрирана посочената марка, когато тази реклама не позволява или позволява единствено трудно на средностатистическия интернет потребител да разбере дали посочените в съобщението стоки или услуги са с произход от притежателя на марката или от икономически свързано с него предприятие, или напротив, са с произход от трето лице⁵¹.

88. Подобно на Google, eBay е доставчик на услуги на информационното общество. За разлика от Google обаче eBay не предоставя платена услуга по включване

в каталог в интернет, а електронен пазар. Функционирането на този пазар се основа на поместването от ползвателите му на каталожни описания на стоки в системата на eBay, с цел продажба на стоките на други ползватели. Системата на eBay включва също търсачка, като търсенето се насочва към каталожните описания, съхранявани единствено в неговата собствена система⁵². Макар да не участва като страна по сделките, eBay реализира икономическа печалба от тях.

89. Подобно на останалите рекламодатели, които използват системи за рекламиране с ключови думи, осигурени от доставчици на услуги по включване в каталог в интернет (като „AdWords“ на Google), eBay избира ключови думи, които водят до рекламни съобщения и платени препратки към собствената му система. Тези ключови думи може да включват знаци, идентични с марките на трети лица. Целта на посочените рекламни съобщения и платени препратки несъмнено е да се рекламират предоставяните от eBay услуги, и по-специално неговият електронен пазар, посредством предизвикването в съзнанието на потребителите на представа, че носещите съответната марка стоки могат да се закупят от същия този електронен пазар. За разлика от рекламодателите, за които става въпрос в Решение по дело

50 — Решение по дело Google France и Google, точка 2 от диспозитива и точка 99 от решението.

51 — Решение по дело Google France и Google, точка 1 от диспозитива и точка 99 от решението.

52 — Следва да се отбележи, че търсачките в рамките на услуги по включване в каталог в интернет също не изпълняват операциите за търсене навсякъде в интернет, а в собствените си бази данни от страници „WWW“, съхранявани в сървърите на съответния оператор. Това обяснява защо една и съща ключова дума може да доведе (и обикновено именно това се случва) до различни „естествени“ резултати, насочващи към връзки в различни търсачки, като Google, Yahoo! или Bing.

Google France и Google, самото eBay обаче не предлага стоките за продажба.

90. Отговорът на петия, шестия и осмия въпрос на запитващата юрисдикция изисква анализиране на шестте условия, обяснени в точка 63 от настоящото заключение.

Б — Условията за позоваване на права, предоставени от марка, в случай на платена услуга по включване в каталог в интернет

Условията, предвидени в член 5, параграф 1 от Директива 89/104

91. По отношение на първите пет от шестте условия, посочени в точка 63 от настоящото заключение, положението е следното. Във връзка с първото условие всички страни освен eBay изглежда споделят мнението, че показването в платените препратки на съответните закупени като ключови думи знаци, които са идентични с марките, представлява използване по смисъла на член 5, параграф 1, буква а) от Директива 89/104. Като се вземе предвид Решение по дело Google France и Google, не мисля, че има място за съмнения относно използването от eBay на идентични

с марките знаци, когато ги избира и купува като ключови думи от доставчик на платени услуги по включване в каталог в Интернет с цел те да се появят в платените препратки, ако интернет ползвател впише знака на съответното място в уебсайта на търсачката.

92. Що се отнася до второто, третото и четвъртото условие⁵³ струва ми се, че по отношение на тях няма никакви противоречиви становища в настоящото преюдициално запитване.

93. Необходими са някои допълнителни бележки във връзка с петото условие, съгласно което използването трябва да е за стоки или услуги, идентични с тези, за които марката е регистрирана.

94. На първо място трябва да се посочи, че eBay използва ключовите думи, които водят до платените му препратки, за своя електронен пазар. С други думи, целта на eBay е да рекламира собствената си услуга. Без съмнение тази услуга не е идентична със стоките, защитени с марките на L'Oréal. Спорно е дали това е единственият съществен аспект във връзка с правото относно марките на използването на избраните като ключови думи знаци.

⁵³ — Че използването трябва да се осъществява в рамките на търговска дейност, че то трябва да се осъществява без съгласието на притежателя на спорната марка и че трябва да е налице знак, идентичен с разглежданата марка.

95. Според L'Oréal със самия избор за ключови думи на знаци, които са идентични с марките, самото eBay рекламира стоките, предлагани за продажба на неговия уебсайт. Фактът, че кликването върху платена препратка отвежда ползвателя директно към рекламните или предложенията за продажба, които са за стоки, идентични с тези, за които марката е регистрирана, означава, че операторът на електронния пазар използва знака „за“ стоки. До голяма степен аналогична е тезата, застъпена от френското, полското и португалското правителство.

96. eBay поддържа обаче, че няма основание за прилагане на защитата, предоставена от член 5 от Директива 89/104, тъй като е налице изчерпване на правата по смисъла на член 7 от Директива 89/104. Във връзка с това eBay посочва, че както в електронната, така и в традиционната търговия посредниците използват марки в своите реклами, за да осведомят обществеността, че участват в разпространението на стоки, носещи съответната марка. Няма причина да се забранява тази практика, особено предвид обстоятелството, че интернет посредниците разполагат дори с по-малко механизми за контрол, отколкото посредниците в традиционната търговия. От правна и практическа гледна точка за тях би било невъзможно да въведат контролни механизми, които да гарантират, че всяка предлагана за продажба стока е безупречна.

идентичен с регистрирана марка знак като ключова дума в търсачка не е непременно „за стоки или услуги“. Действително, ако знакът е много отдалечен от предложенията за доставка на конкретни стоки, не е вероятно среднестатистическият потребител да направи връзка между използването на знака в платена препратка от оператора на пазар и последващите предложения за доставка на стоки с този знак. Във всеки случай използването няма да попадне в приложното поле на член 5, параграф 1, буква а) от Директива 89/104, когато среднестатистическият потребител възприема използването на знака от оператора на пазара просто като връзка към предложения, отправени от несвързани трети лица за доставка на стоки, които не произхождат от този оператор.

98. Освен това Комисията счита, че не е налице „използване“ по смисъла член 5, параграф 1, буква а) от Директива 89/104, когато става въпрос за стоки, предлагани за продажба от трети лица в уебсайта на оператор на електронен пазар, дори ако този оператор „използва“ знака по смисъла на тази разпоредба, при положение че го е закупил като ключова дума, която води до платените му препратки.

97. Правителството на Обединеното кралство поддържа, че използването на

99. Според мен петото условие се отнася до използването на знак за целите на идентифицирането на стоки или услуги или за

разграничаване⁵⁴ между стоки или услуги (с различен търговски произход). Както посочва High Court, използването на знак за стоки или услуги означава използване с цел разграничаване на разглежданите стоки и услуги, а именно използване на марка като такава.

100. Това означава, че използване на марка за стоки е налице, когато се използва от притежателя на марката с цел разграничаване на собствените му стоки от стоките на трето лице, както и когато се използва от трето лице с цел разграничаване на неговите стоки от стоките на собственика на марката. Възможно е още трето лице да използва марката за разграничаване на стоките на собственика на марката от други стоки, които може да са или да не са негова собственост. Ако този анализ е правилен, лице, което е в ролята на посредник или оператор на пазар и използва знак, идентичен с дадена марка с цел разграничаване между стоките, предлагани чрез неговите услуги, и необвързаните с тези услуги стоки, също използва знак „за“ стоки.

54 — Функцията на търговската марка да идентифицира определена стока или услуга — с други думи, да сподобства за разграничаването на стоки или услуги — обикновено не е обособена отделно от функцията ѝ да обозначава произхода. Тази способност на търговските марки да разграничават стоки и услуги от други стоки и услуги обаче може да бъде използвана за цели, различни от обозначаването на произхода им. Например в ръководството за употреба на универсално дистанционно управление търговските марки може да се използват, за да се укаже кои продукти са несъвместими с устройството. По този въпрос в скандинавската правна теория вж. *Pihlajarinne*, T. Toisen tavaramerkin sallittu käyttö. — Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 2010, 47—48.

101. Припомням из'ода на Съда по дело Google France и Google⁵⁵, че в повечето случаи, въвеждайки името на дадена марка като търсена дума, интернет ползвателите търсят информация или оферти за стоките или услугите с тази марка. Когато до или над естествените резултати от търсенето се появяват рекламни връзки към сайтове, предлагащи стоки или услуги на конкуренти на притежателя на марката, интернет потребителят може да възприеме посочените рекламни връзки като предлагащи алтернатива на стоките или услугите на притежателя на марката. При това положение е налице използване на посочения знак за стоките или за услугите на този конкурент.

102. Смятам, че този анализ е приложим и в случаите, когато съответните рекламни връзки насочват не към уебсайтове на преки конкуренти на притежателя на марката, които предлагат алтернативни стоки, а към електронни пазари, предлагащи алтернативни на мрежата за дистрибуция на притежателя на марката източници на същите защитени от марката стоки,

103. Следователно, независимо че споделям становището на правителството на Обединеното кралство и на Комисията, че използването на марка от оператор на електронен пазар е различно по специфика от използването ѝ от продавач на стоки, не мога да приема, че операторът на

55 — Решение по дело Google France и Google, точки 68 и 69.

електронен пазар, който използва идентичен с марка знак в собствените си реклами, не използва марката за стоките, търгувани на пазара му.

потребителя или на крайния потребител произхода на обозначената с марката стока или услуга, като му се позволява да отличи тази стока или услуга от такива с друг произход⁵⁶.

104. Този извод не се обезсилва от обстоятелството, че са възможни положения, при които на електронния пазар няма действително налични стоки със съответната марка, въпреки рекламите на оператора на пазара посредством използването на тази марка.

107. Съдът допълва, че е налице засягане на тази функция, когато съобщението от трето лице, което се появява в резултат на кликване върху идентична с марката ключова дума, не позволява или позволява единствено трудно на „относително осведомен и в разумни граници наблюдателен интернет ползвател“ да разбере дали посочените в съобщението стоки или услуги са с произход от притежателя на марката или от икономически свързано с него предприятие, или напротив, са с произход от трето лице⁵⁷.

Изведените от съдебната практика условия — използване, което може да навреди на функциите на марката

105. С оглед на направения в предходните точки анализ възниква необходимостта да се провери дали използването от eBay на идентични с търговски марки знаци, като ключови думи в уебсайт с платени услуги по включване в каталог в интернет, вреди или може да навреди някои от функциите на търговските марки. Това е шестото условие, посочено по-горе в точка 63.

108. Струва ми се, че един „относително осведомен и в разумни граници наблюдателен интернет ползвател“ е способен да разбере разликата между електронен пазар, директен продавач на стоки или услуги и търговския източник, от който те произхождат. Това е така, тъй като всеки възрастен човек, който живее в условията на пазарна икономика, знае за съществуването на различни стопански посреднически дейности като дистрибутори, брокери, търгове, битпазари и агенции за недвижими имоти. По тази причина допускането на грешка относно произхода на стоките или услугите не може да се презумира само защото дадена връзка насочва

106. В Решение по дело Google France и Google Съдът подчертава, че основната функция на марката е да гарантира на

56 — Решение по дело Google France и Google, точка 82.

57 — Решение по дело Google France и Google, точки 83 и 84.

към съобщение на оператор на електронен пазар, стига самото съобщение да не е заблуждаващо по отношение на характера на дейността на оператора.

109. Дали характерът на дейността на някои оператори на електронни пазари от типа на eBay като цяло е дотолкова добре познат, че засягането на функцията за обозначаване на произхода не е вероятно (дори ако характерът на дейността на оператора не се пояснява в самото съобщение), е въпрос на фактическа преценка, който трябва да бъде разрешен от националния съд.

110. Освен това в случаите на разопаковани стоки или стоки, които не са с произход от ЕИП, функцията за обозначаване на произхода не може да бъде засегната. Тези стоки са оригинални продукти на L'Oréal, независимо дали предлагането им с цел продажба нарушава правата върху марката на L'Oréal. Що се отнася до фалшифицираните стоки, преценката е в обратния смисъл.

111. Функцията на търговската марка да обозначава произхода е неблагоприятно засегната в случаите, когато търгуваните на пазара стоки са фалшифицирани. Този неблагоприятен ефект обаче не е резултат от самото използване на знака от оператора на пазара като ключова дума в рамките на услуги по включване в каталог в интернет. Функцията на марката би била неблагоприятно засегната и в случаите, когато пазарът се появява само в естествените резултати от проучванията в търсачката,

но не и в платените препратки, или когато операторът на пазара не използва марката в своите реклами. Подобно неблагоприятно засягане на функцията за обозначаване на произхода се дължи на каталожните описания, помествани в уебстраницата на оператора на електронния пазар. Както ще разясня по-нататък, използването на идентични с търговски марки знаци в каталожните описания не представлява използване за съответните стоки от оператора на пазара, а използване от страна на ползвателите на този пазар.

112. Що се отнася до неблагоприятния ефект за рекламната функция на марката, смятам — въз основа на аналогичната аргументация, която в Решение по дело Google France и Google изключва такъв неблагоприятен ефект в контекста на платените препратки на системите за включване в каталог в интернет⁵⁸, — че такъв ефект е изключен в условията на електронните пазари, които използват рекламиране чрез ключови думи.

113. Както вече споменах, търгуването с фалшифицирани стоки, които носят марката на L'Oréal, задължително засяга неблагоприятно функцията ѝ да обозначава произхода. Що се отнася до функцията за гарантиране на качеството и свързаната с инвестициите функция на марката, намирам за очевидно, че отделните каталожни описания на ползвателите на eBay, които

58 — Решение по дело Google France и Google, точки 91—98. Що се отнася до свързаната с посланието функция, изглежда, че в правната теория елементите на тази функция в голяма степен попадат в обхвата на останалите функции (за разграничаване на стоките или услугите, за обозначаване на произхода, рекламна функция и свързана с инвестициите функция). Следователно не е необходимо за целите на настоящото заключение тя да се разглежда отделно.

съдържат марки на трети лица и са публикувани на уебсайта на eBay, могат да засегнат неблагоприятно посочените функции. Търговията с фалшифицирани стоки вреди — а търговията с разопаковани стоки може да навреди — на репутацията на известни марки за луксозна козметика, а поради това и на направените от притежателя на марката инвестиции, за утвърждаване на репутацията ѝ. В резултат на това се засяга и присъщата на марката подрабраща се гаранция за качество, която е послание на марката.

114. При все това членове 6 и 7 от Директива 89/104 допускат доста широко използване на марките без съгласието на притежателя, включително и в рекламите. Този въпрос бе разяснен неотдавна във връзка с продажбите на стоки втора употреба в Решение по дело Portakabin⁵⁹.

115. Ако използването или позоваването на чужда марка е допустимо за някои лица, то не може да е незаконно, когато се прави от оператор, който управлява пазар за тези потребители⁶⁰. Твърдо убеден съм, че търговски център например има право да използва в своя маркетинг марките на

стоки или услуги, предлагани от представените в него фирми.

116. Ако се смята, че подобно използване е от значение за някои от функциите на марката, то би следвало да се приеме най-малкото за разрешено за указване на вида стоки по смисъла на член 6, параграф 1, буква б) от Директива 89/104 или като необходимо — по смисъла на член 6, параграф 1, буква в) — за управлението на услуга на електронен пазар в случаите, когато стоките се търгуват без изискване към оператора да проверява за всеки отделен продукт изчерпването на правата на основание член 7. Следователно такова използване не може да бъде забранено от притежателя на марката.

117. Принципно не смятам, че възможните проблеми, свързани с поведението на отделните участници на пазара, може да се приписват на самия оператор на пазара, освен ако в националното право не са предвидени основания за субсидиарна отговорност. Дружество, което стопанисва търговски център, не може да носи отговорност за гнилите ябълки, предлагани в хранителния магазин на негова територия. По същия начин не може това дружество автоматично да носи отговорност за нарушение на права върху марка, извършено в търговския център, когато например член на мрежа за селективна дистрибуция продължава да продава стоки с определена марка, въпреки че развалянето на договора за дистрибуция от притежателя ѝ е произвело незабавно действие. Операторът

59 — Решение по дело Portakabin, точка 91.

60 — В Решение по дело Dior (точка 38) Съдът потвърждава, че след изчерпването на правата върху марката препродавачът има право да използва марката не само с цел продажба на стоките, но и с цел привличане на общественото внимание за по-нататъшното търгуване на стоките. Вж. също Решение от 23 февруари 1999 г. по дело BMW, C-63/97, Recueil, стр. I-905, точка 54.

на пазар има право да презумира, че участниците на пазара, които използват неговите услуги, действат законосъобразно и спазват договорените условия относно използването на пазара, докато не получи конкретни сведения за обратното.

118. Следователно, ако характерът на дейността на оператор на пазар е достатъчно ясно посочен в съобщенията, показвани с получените резултати от търсачката в интернет, обстоятелството, че някои ползватели на този пазар може да нарушат права върху марка, само по себе си не би засегнало неблагоприятно функциите на съответната марка, свързани с качеството, посланието и инвестициите.

В — Условията за позоваване на права, предоставени от марка, в собствения уебсайт на оператор на електронен пазар

119. От съображения за яснота ще добавя, че ако все пак използването, от което се оплаква притежателят на марката, се изразява в показването на знака на уебсайта на самия оператор на електронен пазар, а не в платена препратка в търсачка, в този случай става дума за използване на марката за стоки не от оператора на пазара, а от ползвателите на пазара. Дейността на оператора се състои в съхраняване и показване на каталожни описания, които

ползвателите на услугите му поместват в неговата система, както и в управление на система, която улеснява сключването на сделки. Такъв оператор използва марките по същия начин, както вестник, който публикува поверителни обяви с позоваване на марка, но със скрита самоличност на продавача, информация за която може да се получи посредством специално запитване до вестника. Следователно, дори дадено каталожно описание на защитена с марка стока, обявена за продажба от ползвател на електронен пазар, да може да засегне неблагоприятно функциите на марката, свързани с обозначаването на произхода, качеството или инвестициите, тази последица не може да бъде приписана на оператора на пазара, освен ако не са приложими разпоредби на националното право и принципът за субсидиарна отговорност за нарушаването на правата върху марки.

120. Трябва да добавя още, че дейността на eBay, която се състои в търсене и показване на функции, приложими към съответното каталожно описание, в техническо отношение е подобна на дейността на търсачки в интернет от вида на Google (без допълнителната функция („add-on“) за предоставяне на платени услуги по включване в каталог), макар и с различен стопански модел. В сървърите на eBay търсенето на информация се насочва към съхраняваните каталожни описания, поместени от ползвателите на пазара, а при търсачките в интернет — към интернет страниците, които те съхраняват в своите

сървъри. Следователно от гледна точка на тези функции използването и показването на марки на трети лица не представлява използване на знак по смисъла на член 5, параграф 1 от Директива 89/104 по съображенията, изложени в Решение по дело Google France и Google. Операторът на съответния пазар също позволява на своите клиенти да използват знаци, които са идентични с марки, без самият той да използва знаците⁶¹.

VIII — Стоките, които не са с произход от ЕИП

121. Седмият въпрос се отнася до стоки, рекламирани или предлагани за продажба в уебсайта, посочен във въпрос 6, които не са пуснати на пазара в ЕИП от или със съгласието на притежателя на марката. Запитващата юрисдикция иска да се установи дали реклама или оферта за продажба, насочена към потребителите на обхванатата от марката територия, води до приложимост на съответните разпоредби.

61 — Вж. Решение по дело Google France и Google, точки 55 и 56. Все пак изводът, че доставчик на платена услуга по включване в каталог не осъществява дейност в процеса на търговия (точки 57 и 58), не може да се приложи към дейностите на оператори на пазара, свързани със собствените им уебсайтове.

122. L'Oréal, правителството на Обединеното кралство, полското и португалското правителство и Комисията поддържат, че когато предлаганите за продажба на електронния пазар стоки все още не са пуснати на пазара в ЕИП от или със съгласието на притежателя на марката, налице е достатъчно основание за прилагането на изключителното право, предоставено от национална марка или марка на Общността, ако се докаже, че рекламата е насочена към потребителите на обхванатата от марката територия.

123. Според eBay за използване на търговска марка в ЕС не може да става дума, ако и докато съответните стоки не бъдат пуснати на пазара в ЕС. По тази причина eBay смята, че не е достатъчно рекламата или офертата за продажба да е насочена към потребителите на обхванатата от марката територия.

124. Смятам, че са правилни становищата на всички страни освен на eBay.

125. Първо, предвид теорията на правни последици, прилагана по-специално в областта на правото на конкуренцията на ЕС⁶², може да се твърди, че по отношение на поведение извън територията на Съюза, но непосредствено пораждащо правни последици в области, регламентирани

62 — Вж. Решение от 27 септември 1988 г. по дело Ahlström Osakeyhtiö и др./Комисия, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 и 125/85-129/85, Recueil, стр. 5193, точки 12—14.

от правото на ЕС, не може да се изключи прилагането на нормите на ЕС само защото действията, довели до тези последици, са извършени извън територията на Съюза.

126. В контекста на предоставянето на интернет услуги теорията на правните последици трябва да се доуточни. В противен случай, тъй като комуникациите в интернет принципно са достъпни навсякъде, електронната търговия и предоставянето на услуги биха се подчинявали на множество законодателства и права върху интелектуална собственост с различно териториално действие, което би изложило тези дейности на неуправляеми правни рискове и би осигурило неблагоприятно широка защита на противоречащи си права върху интелектуална собственост.

127. От друга страна, ако не само обективната последица, но и субективното намерение на съответните лица поражда такива последици в ЕС, оценката трябва да бъде различна. В противен случай за дейности, насочени към пазарите в ЕС, може да се избегне прилагането на нормите на ЕС — например за защитата на потребителите, защитата на правата върху интелектуална собственост, нелоялната конкуренция и безопасността на продуктите — просто чрез установяване на дейността или предприятието на отговорното за нея дружество в трета държава. Следователно защитата на правата върху марка не може да се ограничи до случаите, когато въпросните стоки са пуснати на пазара в ЕС.

128. Как да се установи дали електронен пазар „насочва“ дейността си към купувачи в определена юрисдикция, в конкретния случай в ЕС? Този въпрос е сложен и понастоящем се разглежда от Съда по две висящи дела ⁶³.

129. Смятам, че това е въпрос на фактическа преценка, който трябва да бъде разрешен от националните съдилища. Насоки във връзка с това може да се търсят в Общите препоръки на Световната организация за интелектуална собственост относно разпоредбите за защита на марките и на други права на индустриалната собственост, използвани като знаци в Интернет (2001) ⁶⁴. Съгласно член 2 от Общите препоръки използването на знак в интернет се счита за използване в държава членка по смисъла на тези разпоредби само ако то има търговски ефект в същата държава членка в съответствие с предвиденото в член 3. Съгласно този член, когато преценява дали използването на знак в интернет има търговски ефект в дадена държава членка, компетентният орган следва да вземе предвид всички съществени обстоятелства. Те включват — но не се ограничават до — пет основни критерия, които са разделени по по-конкретни елементи, посочени в разпоредбата.

63 — Вж. заключението на генералния адвокат Trstenjak, по дело Peter Pammer, C-585/08, и дело Hotel Alpenhof, C-144/09.

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

IX — Освобождаване от отговорност на доставчици на услуги за съхраняване на информация

130. Деветият въпрос се отнася до това доколко (ако изобщо) eBay може да се възползва от ограничаването на отговорността относно съхраняването на информация, предвидено в член 14 от Директива 2000/31 за електронната търговия. По същество този въпрос е нов за Съда, но както вече споменах, въпросите относно субсидиарната отговорност са обсъждани и разрешавани в съдилищата на държавите членки и в други юрисдикции⁶⁵. Необходимо е да се припомнят някои общи характеристики на Директива 2000/31, за да се постави тълкуването на член 14 в подходящия контекст⁶⁶.

131. Член 1 от Директива 2000/31 гласи, че тя има за цел да допринесе за нормалното функциониране на вътрешния пазар, като осигурява свободното движение на услуги на информационното общество между държавите членки, като сближава до степен, необходима за постигането на посочената цел, определени национални разпоредби за услугите на информационното общество по отношение на вътрешния пазар, установяване на доставчиците на услуги, търговските съобщения, електронните договори, отговорността на посредниците, кодекси за поведение, извънсъдебно уреждане на спорове, средства за

правна защита и сътрудничество между държавите членки.

132. Директива 2000/31 има широко приложно поле. Предвидените в нея правила засягат множество области на правото, но регламентират само някои специфични въпроси в тези области — хармонизацията, която Директивата предвижда, е едновременно хоризонтална и конкретна⁶⁷.

Приложимост на освобождаването по отношение на оператор на електронен пазар

133. *Първата част* от деветия въпрос се отнася до приложимостта на освобождаването по отношение на оператор на електронен пазар.

134. С оглед на определението в член 2, буква а) от Директива 2000/31 във връзка с член 1, параграф 2 от Директива 98/34 и съображение 18 от Директива 2000/31, услугите на оператор на електронен пазар, насочени към улесняване на контактите между продавачи и купувачи на всякакви

65 — Вж. бележка под линия 33.

66 — Бих искал да отбележа, че макар Директивата да е приета преди близо 10 години, тълкуване на разпоредбите ѝ се открива само в няколко решения на Съда.

67 — Вж. COM(2003) 702 окончателен — Доклад от Комисията до Европейския парламент, Съвета и Европейския икономически и социален комитет — Първи доклад по приложението на Директива 2000/31/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 8 юни 2000 година за някои правни аспекти на услугите на информационното общество, и по-специално на електронната търговия на вътрешния пазар (Директива за електронната търговия).

видове стоки, каквито услуги предлага eBay, може да се разглеждат като услуги на информационното общество и следователно попадат в приложното поле на Директива 2000/31.

135. Отговорността на междинните доставчици на услуги се урежда в глава II („Принципи“) от Директива 2000/31, и по-специално в раздел 4 от нея, който съдържа четири члена — член 12 („Обикновен пренос“), член 13 („Кеширане“), член 14 („Съхраняване на информация“) и член 15 („Отсъствие на общо задължение за контрол“).

136. Може да се твърди, че разпоредбите относно отговорността, предвидени в членове 12, 13 и 14 от Директива 2000/31, следва да се разглеждат като изключения и следователно трябва да се тълкуват ограничително. Според мен това не е задължително, защото в много държави членки отговорността на доставчик на услуги в хипотезите, регламентирани от въпросните членове, би била изключена поради липсата на субективна вина. Следователно е по-добре тези разпоредби да се разглеждат като нови формулировки или разяснения на съществуващото право, а не като изключения от него⁶⁸.

68 — Вж. *Sorvari*, K. *Vastuu tekijänoikeuden loukkauksesta erityisesti tietoverkkoympäristössä* [Отговорност за нарушаване на авторското право в Интернет]. — WSOY, Helsinki 2005, 513—526, където авторът анализира прилагането на Директива 2000/31 в Германия, Швеция и Финландия.

137. В Решение по дело *Google France* и *Google* се разглежда отговорността на оператор на платени услуги по включване в каталог в интернет, но в конкретния случай става дума за отговорност на оператор на електронен пазар.

138. В Решение по дело *Google France* и *Google* Съдът тълкува член 14 от Директива 2000/31 в светлината на съображенията от Директивата. Според Съда от съображение 42 следва, че предвиденото в Директивата освобождаване от отговорност обхваща само случаите, при които дейността на доставчика на услуги в рамките на информационното общество има „чисто технически, автоматичен и пасивен“ характер, което означава, че посоченият доставчик „няма нито познания, нито контрол върху пренасяната или съхранявана информация“. Следователно, за да се установи дали отговорността на доставчика на платена услуга по включване в каталог би могла да бъде ограничена на основание член 14 от Директива 2000/31, следва да се прецени дали ролята на посочения доставчик е неутрална поради чисто техническия, автоматичен и пасивен характер на поведението му, което предполага той да не познава или да не контролира данните, които съхранява⁶⁹.

139. Това тълкуване създава известни усложнения.

69 — Решение по дело *Google France* и *Google*, точки 113 и 114.

140. Когато свързва критериите за ограничаване на отговорността на доставчика на услуги за съхранение на информация с „неутралност“, Съдът се позовава на съображение 42 от Директива 2000/31. Споделям изразените от eBay съмнения, че посоченото съображение 42 изобщо се отнася до съхраняването на информация, определено в член 14.

141. Макар в съображение 42 от Директивата да се говори за „случаи на освобождаване от отговорност“, изглежда става дума за освобождаването от отговорност в смисъла на изключенията, посочени в следващото съображение 43. Те са изрично определени — изключения за „обикновен пренос“ и за формата на съхраняване, която се нарича „кеширане“. Когато се тълкува по този начин, съображение 42 придобива по-голяма яснота — в него става дума за „техническия процес на експлоатация и предоставяне на достъп до комуникационна мрежа, по която доставената от трети страни информация, се *пренася или временно съхранява*, с единствена цел да се *повиши ефективността на преноса ѝ*“ (курсивът е мой). Според мен това се отнася именно за дейностите „обикновен пренос“ и „кеширане“, посочени в членове 12 и 13 от Директива 2000/31.

142. Според мен по-скоро съображение 46 се отнася до доставчиците на услуги за съхраняване на информация, посочени в член 14 от Директива 2000/31, тъй като именно в това съображение изрично

се разглежда съхраняването на информация. Следователно ограничаването на отговорността на доставчик на услуги за съхраняване на информация не трябва да се поставя в зависимост от условия и да се ограничава чрез обвързването му със съображение 42. Както изглежда, ако се потвърди, че условията относно отговорността на доставчик на услуги за съхраняване на информация, изложени в Решение по дело Google France и Google, са приложими в настоящия случай и по отношение електронните пазари, съществен елемент в развитието на услугите за електронна търговия на информационното общество, а оттам и целите на Директива 2000/31 ще бъдат сериозно застрашени и поставени под въпрос.

143. Както Комисията правилно изтъква по отношение на използването на знак, идентичен със защитена марка, на уебсайта на оператор на електронен пазар, този уебсайт показва определено съдържание, т.е. текста на офертите, предложени от ползващите услугата продавачи и съхранявани по тяхна молба. При условие че каталожните описания се поместват в системата без никаква предварителна проверка или контрол от страна на оператора на електронния пазар, което би предполагало взаимодействие между представляващите оператора и ползвателя физически лица⁷⁰, става дума за съхраняване на информация, предоставена от получателя на услугата.

70 — Това е фактор от съществено значение за германските съдилища, когато те изключват наказателната и гражданската отговорност на операторите на електронни пазари за нарушаващи права каталожни описания и ограничават отговорността им за предотвратяване на бъдещи нарушения в разумни граници с оглед на техния стопански модел, както е определен в постановена от съда съдебна забрана. Вж. *Rühmkorf*, A. eBay on the European Playing Field: A Comparative Case Analysis of L'Oréal v eBay. (2009), 6:3 SCRIPTed 685, p. 694, <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol6-3/ruhmkorf.asp>.

При тези обстоятелства операторът на електронния пазар реално няма сведения за незаконна дейност или информация, нито е запознат с факти или обстоятелства, от които да проличи незаконната дейност или информация. Следователно условията за освобождаване от отговорност за съхраняване на информация съгласно член 14 от Директива 2000/31 ще бъдат изпълнени.

144. При все това по отношение на платените услуги по включване в каталог в интернет и използването на знак, идентичен със защитена марка, в платени препратки на оператор на електронен пазар, информацията не се съхранява от този оператор, който действа като рекламодател, а по-скоро от оператора, който управлява търсачката. Следователно във връзка с това условията за съхраняване на информация, определени в член 14 от Директива 2000/31, не са изпълнени по отношение на оператора на електронен пазар.

145. В Решение по дело Google France и Google изглежда се внушава, че доставчикът на услуги за съхраняване на информация, посочен в член 14 от Директива 2000/31, трябва да остане неутрален по отношение на съхраняваните данни. В настоящия случай поддържаната пред Съда позиция е, че eBay не е неутрално, защото eBay дава указания на своите клиенти при

изготвянето на рекламите и контролира съдържанието на каталожните описания.

146. Както вече обясних, за отговора на този въпрос „неутралността“ не изглежда да е най-подходящият тест в контекста на Директива 2000/31. Действително би ми се сторило странно, поради това че eBay се намесва и направлява съдържанието на каталожните описания в системата си чрез разнообразни технически средства, то да бъде лишено от защитата на член 14 относно съхраняването на информация, помествана от ползвателите⁷¹.

147. Освен това, като общ коментар по трите изключения, предвидени в членове 12, 13 и 14 от Директива 2000/31, ще изтъкна обстоятелство, което може да изглежда очевидно. Посочените членове целят да установят изключения за някои *видове дейност*, осъществявани от

71 — В съображение 40 от Директива 2000/31 се посочва, че разпоредбите на Директивата по отношение на отговорността не трябва да възпрепятстват разработването и ефективното внедряване от страна на различните заинтересовани страни на технически системи за защита и идентификация, както и средства за технически контрол, осъществени чрез цифровата технология при спазване на границите, които са определени от Директива 95/46/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 24 октомври 1995 година за защита на физическите лица при обработването на лични данни и за свободното движение на тези данни и Директива 97/66/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 15 декември 1997 година относно обработката на лични данни и защитата на неприкосновеността на личния живот в телекомуникационния сектор.

доставчик на услуги. Смятам за немислимо да се приеме, че целта им е да изключат „даден вид доставчик на услуга“ като такъв.

148. Действително трудно можем да си представим, че Директива 2000/31 би наложила отговорността за три различни вида дейност да се изключва само ако всяка от тях се осъществява напълно изолирано от останалите. Ако едно дружество извършва кеширането, а друго — съхраняването на информация, със сигурност и двете се освобождават от отговорност. Подобно разделение обаче е изключително рядко. Според мен, ако едно и също дружество извършва и двата вида дейност (което съвсем не е изключено в реални условия), освобождаването от отговорност трябва да се прилага и по отношение на тази единствена структура. Същото важи в случаите, когато една или повече дейности, за които се предвижда освобождаване от отговорност, се комбинират с дейност на доставчик на уебсъдържание⁷². Би било непрактично освобождаването от отговорност да се запази за определени стопански модели, особено в област, която се характеризира с постоянни и почти непредвидими промени. Още предложението на Комисията за Директива 2000/31 се ръководи именно от такава дългосрочна перспектива в една непрестанно развиваща се област.

72 — Възможно е например оператор да продава на клиентите си пакетни услуги, които включват, от една страна, осигуряване на достъп до интернет, съвременно пространство за интернет страницата на самия клиент и електронен адрес (предоставяне на услуга) и възможност за използване на интернет страницата на доставчика като начална страница с всички разнообразни услуги, достъпни от портала на оператора (доставка на съдържание). Вж. *Sorvari*, К. (op. cit., p. 66). В този пример освен обикновен пренос и кеширане операторът би предлагал услуги за съхраняване на информация и осигуряване на съдържание.

149. Не мисля, че е възможно да се набележат основните параметри на стопански модел, който би отговарял точно на условията за освобождаване от отговорност за съхраняване на информация. Дори да бе възможно, формулираното днес определение вероятно не би запазило актуалността си дълго. По-скоро трябва да се съсредоточим върху вид дейност и ясно да посочим, че докато някои дейности, извършвани от доставчик на услуги, подлежат на освобождаване от отговорност съобразно с нуждите за постигане на целите на разглежданата директива, всички останали дейности не подлежат на освобождаване и за тях се прилагат установените в държавите членки режими за „нормална“ отговорност, каквито са отговорността за причинени вреди и наказателната отговорност.

150. Следователно, когато се приеме, че някои дейности, извършвани от доставчик на услуги, подлежат на освобождаване от отговорност, това означава и обратното — че дейности, за които не се предвижда освобождаване, могат да доведат до ангажиране на отговорността по националното право.

151. Предвид това eBay има право да се възползва от освобождаването от отговорност за съхраняването на информация, предоставена от клиент, ако условията на член 14 от Директива 2000/31 са изпълнени. Изключението относно съхраняването на информация обаче не освобождава eBay от всякаква възможна отговорност, която то може да носи във връзка с използването от негова страна на платени услуги по включване в каталог в интернет.

Предмет на дейностите, за които се отнася изключението

Задължения на оператора на пазар във връзка с бъдещи нарушения

152. Във *втората* част от деветия въпрос запитващата юрисдикция иска да установи дали в случаите, когато оператор на електронен пазар извършва не само включени в приложното поле на член 14, параграф 1 от Директива 2000/31 дейности, но и такива, които излизат извън това приложно поле, той е освободен от отговорност по отношение на предвидените в посочената разпоредба дейности (но не и по отношение на останалите дейности), както и какво е положението във връзка с „дейностите извън приложното поле“, и по-специално могат ли да се присъдят обезщетения за вреди или други парични обезщетения във връзка с дейностите, за които операторът не е освободен от отговорност.

153. От изложената в предходните точки аргументация следва, че операторът е освободен от отговорност за дейностите, които попадат в приложното поле на член 14, параграф 1 от Директива 2000/31, но не и за дейности извън посоченото приложно поле. Това положение трябва да се прецени въз основа на съответните разпоредби и принципи в националното законодателство, по-специално тези, които регламентират присъждането на обезщетения за вреди или други парични обезщетения за дейностите, за които операторът не е освободен от отговорност.

154. *Третата* част от деветия въпрос се отнася до случаите, когато на пазара вече са извършени някакви незаконни действия. Запитващата юрисдикция пита какви са задълженията на оператора на пазара в този случай във връзка с бъдещи нарушения.

155. Трябва да се припомни, че член 14, параграф 1, буква б) от Директива 2000/31 е израз на принципа „осведомяване и отстраняване“. В съответствие с този принцип при получаването на сведения за незаконна дейност или информация или при запознаването с факти или обстоятелства, от които да е видна незаконната дейност или информация, доставчикът на услуги за съхраняване на информация трябва да действа експедитивно за отстраняването или блокирането на достъпа до незаконната информация.

156. При прилагане на принципа „осведомяване и отстраняване“ трябва да се вземе предвид съображение 46 от Директива 2000/31, съгласно което отстраняването или блокирането на достъпа трябва да се извършва при съблюдаване на принципа за свобода на словото и на процедурите, установени за тази цел на национално равнище. Освен това посочената директива не засяга възможността на държавите членки да установят специфични изисквания, които трябва да се изпълняват

експедитивно преди премахването или блокирането на информация.

към процедури на национално равнище и разрешават на държавите членки да установят специфични изисквания, които трябва да се изпълняват експедитивно преди премахването или блокирането на информация.

157. Припомням, че каталожните описания, помествани от ползвателите на електронен пазар, представляват търговски съобщения и в това си качество са защитени от основното право на свобода на словото и свобода на информация, утвърдено в член 11, параграф 1 от Хартата на основните права на Европейския съюз. Това право включва свободата за всеки да отстоява своето мнение, да получава и да разпространява информация и идеи без намеса на публичните власти и независимо от границите.

158. Свободата на словото и свободата на информация очевидно не допускат нарушаване на правата върху интелектуална собственост. Посочените права също са защитени от Хартата с разпоредбата на член 17, параграф 2 от нея. Тази свобода обаче предполага, че защитата на правата на притежател на марка в контекста на електронната търговия не може да приема форми, които могат да нарушат правата на невинните ползватели на електронен пазар или оставят предполагаемия нарушител без задължителните възможности за оспорване и защита⁷³. Според мен съображение 46 и член 14, параграф 3 от Директива 2000/31 препращат изрично

159. Във Финландия например националното законодателство, с което се транспонира Директива 2000/31, предвижда, по свързани с конституционното право съображения⁷⁴, че доставчикът на услуги за съхраняване на информация е задължен да отстрани съхранявана в системата му информация само след получаването на съдебно разпореждане, с което се налага такава мярка при нарушаване на права върху марка, или на уведомление от притежателя на правата при предполагаемо нарушаване на авторско право или свързано с него право. Във втория случай ползвателят има възможност да се противопостави на отстраняването на информацията в срок от 14 дни⁷⁵.

160. Твърди се, че сведения или запознаване с факти, посочени в член 14 от Директива 2000/31, възникват с получаването на съдебно разпореждане или на уведомление⁷⁶.

73 — За оценка на последиците от програма „VeRO“ на eBay във връзка със законната търговия вж. *Pilutik, S. eBay's Secondary Trademark Liability Problem and its VeRO Program*, публикувано на <http://www.cs.cmu.edu/~dst/Secrets/E-Meter/eBay-VERO-pilutik.html>.

74 — Това изискване е утвърдено от Комисията по конституционно право на Парламента на Финландия — вж. становище *PeVL 60/2001* yr — HE 194/2001 yr.

75 — Трябва да се отбележи, че в доводите си eBay твърди, че процедурата „осведомяване и отстраняване“ е предвидена само във Финландия, Франция и Испания.

76 — Вж. *Sorvari* (ор. cit., р. 521—523), както и Закона за предоставяне на услуги на информационното общество на Финландия (*Jäki tietoyhteiskunnan palvelujen tarjoamisesta*), 5.6.2002/458, членове 15, 16 и 20—25, публикуван на английски език на www.finlex.fi/en.

161. Що се отнася до тълкуването на член 14, параграф 1, буква а) от Директива 2000/31, според мен изискването за наличие на „сведения“ има два аспекта.

162. Първо, очевидно е, че доставчикът на услуги трябва да има сведения, а не просто подозрение или предположение, че е налице незаконна дейност или информация. Освен това ми се струва, че от правна гледна точка понятието „сведения“ може да се отнася само до миналото и/или настоящето, но не и до бъдещето. Следователно в случаите, когато се твърди, че е налице нарушение на права върху марка в рамките на електронен пазар, предмет на сведенията трябва да бъде приключила или текуща дейност или съществуващ факт или обстоятелство.

163. Второ, изискването за наличие на сведения изглежда изключва такива, които са изведени чрез тълкуване. Не е достатъчно доставчикът на услуги да е бил длъжен да знае или да има основателни причини да подозира за съществуването на незаконна дейност. Това изискване съответства на член 15, параграф 1 от Директива 2000/31, който забранява на държавите членки да налагат общо задължение на доставчиците на услуги да контролират информацията, която пренасят или съхраняват, както и общо задължение да търсят активно факти или обстоятелства за незаконна дейност.

164. Поради това сведения означава сведения за минала или настояща информация, дейност или факти, които доставчикът на услуги има в резултат на външно уведомление или на извършено по негова собствена воля проучване.

165. На пръв поглед изглежда се изключва възможността доставчик на услуги да има сведения или да е запознат с бъдещи нарушения, които е вероятно да бъдат извършени. Опасявам се, че положението не е толкова просто.

166. Приемам за даденост, че няма сведения за нарушение на правата върху марката „X“ от лицето „B“, защото лицето „A“ нарушава или е нарушило правата върху марката „X“. Не може и да има сведения за нарушение на правата върху марката „Y“ от лицето „A“, защото е установено, че същото лице нарушава правата върху марката „X“, дори ако търговската марка е на един и същ притежател.

167. Ако е установено обаче, че лицето „A“ е нарушило правата върху марката „X“ чрез поместването на оферта на електронния пазар през септември, не бих изключил възможността да се приеме, че операторът на пазара има сведения за информация, дейност, факти или обстоятелства, ако лицето „A“ помести нова оферта за същите или подобни стоки с марката „X“ през октомври. При тези обстоятелства би било по-естествено да се говори за едно и също продължавано нарушение, отколкото за

две отделни нарушения⁷⁷. Припомням, че в член 14, параграф 1, буква а) „дейност“ се споменава като един от възможните предмети на сведенията. Понятието „текуща дейност“ обхваща минало, настояще и бъдеще.

168. Следователно може да се приеме, че по отношение на един и същ ползвател и на една и съща марка операторът на електронен пазар има сведения, когато извършването на една и съща дейност продължава под формата на последователно поместени каталожни описания, както и че от този оператор може да се изиска да блокира достъпа до информацията, публикувана от въпросния ползвател в бъдеще. С други думи, освобождаването от отговорност не е приложимо в случаите, когато операторът на електронен пазар е бил уведомен за използване, което нарушава права върху марка, и същият ползвател продължава тази дейност или извършва повторно същото нарушение.

Х — Съдебни забрани срещу посредници

169. Десетият въпрос е свързан с възможността по искане на притежател на марка

да бъде наложена забрана съгласно член 11 от Директива 2004/48 относно упражняването на права върху интелектуалната собственост не само срещу трети лица, нарушаващи правата върху марката, но и срещу посредник, чиито услуги се използват за нарушаване на правата върху регистрираната марка. Запитващата юрисдикция иска да се установи по-конкретно дали посоченият член изисква да се гарантира на притежателя на марката, че по негово искане може да бъде наложена забрана по правото на ЕС, за да се преустановят по-нататъшни нарушения, и ако това е така, какъв е обхватът на забраната, която следва да бъде гарантирана⁷⁸. Съдът за първи път ще се произнесе по тълкуването на член 11 от Директива 2004/48.

170. Всички страни приемат, че Директива 2004/48 предвижда съдебни забрани срещу посредници. При все това, докато eBay твърди, че забраната срещу доставчик на услуги за съхраняване на информация може да има само конкретно и ясно определимо индивидуално съдържание, другите страни смятат, че забраните може да включват мерки за предотвратяване на бъдещи нарушения.

171. Основното предизвикателство при тълкуването на Директива 2004/48 е свързано с постигането на равновесие между прекалено агресивно и твърде либерално

77 — Очевидно е, че тук има връзка с начина, по който понятието за нарушение се тълкува в националното право, въпреки че понятията, използвани в член 14, параграф 1, буква а) от Директива 2000/31, трябва да имат самостоятелно значение в правото на ЕС, независимо от националното наказателно право и концепцията за деликтна отговорност. Например едно или няколко нарушения са налице, ако лицето „А“ продава без съгласието на притежателя на марката: i) идентични стоки на няколко потребители, ii) подобни, но не идентични стоки, защитени от една и съща марка, или iii) ако дейността по продажбите се извършва в определен период от време и се състои от отделни сделки?

78 — High Court посочва, че тази разпоредба не е довела до конкретно транспониране, тъй като е прието, че съществуващото право е в съответствие с нея. Запитващата юрисдикция се съмнява в правилността на този извод.

прилагане на правата върху интелектуалната собственост. Тази задача се сравнява метафорично с пътуването на Одисей между двете чудовища Сцила и Харибда⁷⁹. Макар да е възможно целта на Директива 2004/48 да се тълкува в полза на едната или другата идеология за прилагането ѝ, за строго или либерално отношение към допусканияте нарушения, при всяко тълкуване на Директивата изглежда необходимо да се вземе предвид член 3 от нея. От него следва, че Директива 2004/48 въвежда общо задължение за държавите членки да предвидят мерки, процедури и средства, които са необходими за гарантиране на изпълнението на права върху интелектуалната собственост, и да предприемат целесъобразни действия срещу отговорните за фалшифицирането и пиратството лица. Тези мерки, процедури и средства за защита трябва да са достатъчно възпиращи, но да не допускат създаването на препятствия пред законната търговия и да предвиждат предпазни механизми срещу злоупотреба с тях.

172. Най-съществените разпоредби на Директива 2004/48 се съдържат в глава II („Мерки, процедури и средства за защита“). Два раздела от тази глава заслужават по-специално внимание. Независимо че и в двата раздела — раздел 4 („Временни и предпазни мерки“ — член 9) и раздел 5 („Мерки, които произтичат от решение по съществува на случая“) са посочени мерки, които следва да могат да се постановят срещу нарушителя и посредника, особен интерес в случая представлява раздел 5.

Той се състои от член 10 (поправителни мерки), член 11 (забрани) и член 12 (алтернативни мерки).

173. Първите две изречения от член 11 се отнасят до постановяването на съдебна забрана срещу *нарушителя* на правото върху интелектуалната собственост. Третото изречение изисква да бъде възможно налагане на забрани срещу *посредници*, чиито услуги се ползват от трети лица за нарушаване на правото върху интелектуална собственост. Приложното поле на забраната срещу посредник не е определено, но тъй като този аспект е добавен като допълнителен елемент към първите две изречения, смятам, че именно те трябва да послужат при тълкуването на третото.

174. Следва да се припомни, че с първото си изречение член 11 от Директива 2004/48 изисква от съдебните органи на държавите членки, „когато излизат със съдебно решение, чрез което се установява нарушение на право върху интелектуална собственост“, да могат да постановят „съдебна забрана на нарушителя, чиято цел е да се забрани по-нататъшно извършване на нарушението“. Буквалното тълкуване на този текст предполага конкретно

79 — Вж. *Norrgård, M.* The Role Conferred on the National Judge by Directive 2004/48/EC on the Enforcement of Intellectual Property Rights. — ERA Forum, No. 4/2005, p. 503.

установяване на нарушение и преустановяване на това конкретно нарушение от нарушителя в бъдеще.

175. Що се отнася до характера на съдебната забрана, която следва да се постанови срещу нарушителя, правото на ЕС изглежда предвижда с нея да се преустанови нарушение, установено по съдебен ред. Предотвратяването на по-нататъшни нарушения също е възможно, независимо че текстът на Директивата става по-предпазлив. Предвид позоваването на свързания с „продължаване“ аспект на нарушението, по-предпазливата формулировка относно „по-нататъшните“ нарушения и принципа за субсидиарност, първите две изречения според мен трябва да се тълкуват в смисъл, че правото на ЕС не достига чак дотам да изисква постановяването на съдебна забрана срещу нарушител, за да се предотвратят последващи нарушения, които може да се извършат в бъдеще⁸⁰.

176. Що се отнася до посредника, предвид текста на Директива 2004/48 едно от възможните тълкувания е, че обхватът на постановената срещу посредника съдебна забрана съгласно правото на ЕС не трябва да се различава от предвидената за нарушителя.

177. Не съм убеден обаче, че това тълкуване е разумно.

178. Струва ми се, че за прилагането на член 11, първо изречение от Директива 2004/48 се изисква идентифициране на извършителя, на когото след това се забранява да продължава да извършва нарушението. В третото изречение обаче не се споменава „извършителят“, а просто „трети [лица]“, които използват услугите на посредници за нарушаване на правото върху интелектуална собственост.

179. Тази формулировка е подбрана съвсем основателно. Възможни са случаи, особено в условията на интернет средата, когато нарушението е очевидно, но нарушителят е с неустановена самоличност. Известно е, че трето лице използва услугите на посредник за нарушаване на правото върху интелектуална собственост, но действителната самоличност на този нарушител остава неразкрита. В подобни случаи правната защита на притежателя на правото може да налага възможност за постановяване на съдебна забрана срещу посредника, чиято самоличност е известна и който следователно може да бъде привлечен като страна в съдебно производство и да предотврати по-нататъшното извършване на нарушението.

180. Що се отнася до обхвата или съдържанието на съдебната забрана, която

80 — Вж. съображения 22, 23, 24, 25 и член 11 от Директива 2004/48.

следва да бъде наложена на посредника, не смятам, че правото на ЕС налага конкретни изисквания, с изключение на условието за ефективност, възпиращ ефект и пропорционалност, предвидено в член 3, параграф 2 от Директива 2004/48.

задължения, каквото е общото задължение за контрол.

181. Според мен изискването за пропорционалност изключва налагането на забрана срещу посредник с цел предотвратяване на по-нататъшното нарушаване на права върху марка. Не откривам обаче нищо в Директива 2004/48, което да забранява постановяването на съдебна забрана срещу посредник, изискваща да се предотврати не само продължаването на конкретен акт на нарушение, но и повторното извършване на същото или подобно нарушение в бъдеще, ако такава забрана е предвидена съгласно националното право. В това отношение е особено важно, разбира се, посредникът да знае със сигурност какво се изисква от него, а съдебната забрана да не налага невъзможни, непропорционални или незаконосъобразни

182. Двойното изискване за идентичност би могло да бъде подходящо ограничаване на предмета на забраната. Това означава, че в съответните случаи нарушаващото правата трето лице трябва да бъде едно и също⁸¹ и че трябва да са нарушени правата върху една и съща търговска марка. Следователно на посредник може да се наложи съдебна забрана, за да се предотврати продължаването или повторното извършване на нарушение на правата върху дадена марка от даден потребител. Доставчикът на услуги на информационното общество може да изпълни така наложената забрана, като просто закрие потребителския акаунт на съответния ползвател⁸².

81 — „Едно и също нарушаващо правата трето лице“ преди всичко означава да се установи една и съща самоличност на базата на данните за идентификация на ползвателя в системата на доставчика на услуги, ако има такива. Освен това от доставчика на услуги може да се изисква да приложи разумни мерки за разкриване на истинската самоличност на ползвател, който се крие зад няколко потребителски имена — това не би представлявало общо задължение за контрол, което е забранено с член 15, параграф 1 от Директива 2000/31, а допустимо задължение за конкретен контрол.

82 — Вж. също Решенията по три германски дела, известни като „Интернет наддаване I, II и III“ — BGH I ZR 304/01 от 11 март 2004 г. (представено на английски език в European Commercial Cases, част I, 9, 2006), BGH I ZR 35/04 от 19 април 2007 г. (представено на английски език в European Trade Mark Reports, част 11, стр. 1, 2007) и BGH I ZR 73/05 от 30 април 2008 г. Съдът приема, че операторите на електронен пазар отговарят на условията за освобождаване на отговорност, посочени в член 14 от Директива 2000/31. Все пак те формулират подробни критерии относно съдебните забрани срещу операторите, които с оглед на обхвата си може да породят някои въпроси, свързани със съвместимостта с Директива 2000/31.

XI — Заключение

183. Предлагам Съдът да отговори на въпросите, поставени от High Court of Justice England & Wales, Chancery Division, по следния начин:

- „1) Когато тестери на парфюми и козметика и тестерни шишенца, които не са предназначени за продажба на потребителите, се доставят безплатно на оторизираните от притежателя на марката дистрибутори, тези стоки не са „пуснати на пазара“ по смисъла на член 7, параграф 1 от Първа директива 89/104/ЕИО на Съвета от 21 декември 1988 година за сближаване на законодателствата на държавите членки относно марките и член 13, параграф 1 от Регламент (ЕО) № 40/94 на Съвета от 20 декември 1993 година относно марката на Общността.
- 2), 3) и 4) Притежателят на марката има право да се противопостави на по-нататъшното търгуване на разопакованите стоки по смисъла на член 7, параграф 2 от Директива 89/104 и на член 13, параграф 2 от Регламент № 40/94, когато външната опаковка е била отстранена от парфюмите и козметичните продукти без съгласието на притежателя на марката, ако в резултат на отстраняването на външната опаковка продуктите не съдържат информацията, която се изисква от член 6, параграф 1 от Директива 76/768/ЕИО на Съвета от 27 юли 1976 година относно сближаването на законодателствата на държавите членки, свързани с козметични продукти, или ако може да се счита, че самото отстраняване на външната опаковка променя или накърнява състоянието на стоките или ако по-нататъшното търгуване уврежда или може да навреди на образа на стоките и в резултат на това на добрата репутация на марката. При обстоятелствата в главното производство неблагоприятната последица следва да се презумира, освен ако офертата се отнася до един или няколко продукта, предложени от продавач, който безспорно не действа в рамките на търговска дейност.

- 5) Когато търговец, който управлява електронен пазар, закупува използването на знак, идентичен с регистрирана марка, като ключова дума от оператор на търсачка, така че знакът се появява пред ползвателя на търсачката в платена препратка към уебсайта на оператора на електронния пазар, появата на знака в платена препратка представлява „използване“ на знака по смисъла на член 5, параграф 1, буква а) от Директива 89/104 и на член 9, параграф 1, буква а) от Регламент № 40/94.
- 6) Когато кликването върху платената препратка, посочена във въпрос 5 по-горе, отвежда ползвателя направо до реклами или оферти за продажба на стоки, идентични с тези, за които марката е регистрирана под знака, поставен на уебсайта от други лица, като някои от тези реклами или оферти нарушават правата върху марката, а други — не, поради различното положение на съответните стоки, това представлява използване от страна на оператора на електронния пазар на знака „за“ нарушаващи правата върху марката стоки по смисъла на член 5, параграф 1, буква а) от Директива 89/104 и на член 9, параграф 1, буква а) от Регламент № 40/94, но не засяга неблагоприятно функциите на марката, при условие че разумният средностатистически потребител може да разбере от посочената в платената препратка информация, че операторът на електронния пазар съхранява в системата си реклами или оферти за продажба на трети лица.
- 7) Когато предлаганите за продажба на електронния пазар, стоки още не са пуснати на пазара в ЕИП от или със съгласието на притежателя на марката, независимо от това за прилагането на изключителното право, предоставено от национална марка или марка на Общността, е достатъчно да се докаже, че рекламата е насочена към потребителите на територията, обхваната от марката.
- 8) Ако използването, от което се оплаква притежателят на марката, се изразява в показването на знака на уебсайта на самия оператор на електронен пазар, а не в платена препратка на сайта на оператора на търсачка,

операторът на електронен пазар не използва знака „за“ нарушаващи правото върху марка стоки по смисъла на член 5, параграф 1, буква а) от Директива 89/104 и на член 9, параграф 1, буква а) от Регламент № 40/94.

- 9 а) Използването, посочено в точка 5, не се състои или не включва „съхраняване на информация, предоставяна от получателя на услугата“ от оператора на електронния пазар по смисъла на член 14, параграф 1 от Директива 2000/31/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 8 юни 2000 година за някои правни аспекти на услугите на информационното общество, и по-специално на електронната търговия на вътрешния пазар, докато използването, посочено в точка 6, може да се състои или да включва такова съхраняване.
- 9 б) Когато използването не се състои изключително от дейности, попадащи в приложното поле на член 14, параграф 1 от Директива 2000/31, но включва такива дейности, операторът на електронен пазар е освободен от отговорност, доколкото използването се състои от такива дейности, но обезщетения за вреди или други парични обезщетения може да се присъдят съгласно националното право във връзка с такова използване, доколкото той не е освободен от отговорност.
- 9 в) „Сведения“ за незаконна дейност или информация или запознаване „факти или обстоятелства“ по смисъла на член 14, параграф 1 от Директива 2000/31 са налице, когато операторът на електронен пазар знае, че стоките са били рекламирани, предложени за продажба и продадени в неговия уебсайт в нарушение на правата върху регистрирана марка, и че има вероятност нарушаването на правата върху тази марка да продължи за същите или подобни стоки от страна на същия ползвател на уебсайта.

- 10) Когато услугите на посредник, какъвто е операторът на уебсайт, се използват от трето лице за нарушаване на правата върху регистрирана марка, член 11 от Директива 2004/48 на Европейския парламент и на Съвета от 29 април 2004 година относно упражняването на права върху интелектуалната собственост изисква от държавите членки да гарантират на притежателя на марката възможност да получи налагане на ефективна, възпираща и пропорционална забрана на посредника, за да се предотврати продължаването или повторното извършване на същото нарушение от същото трето лице. Условията и процедурите, свързани с налагането на тези съдебни забрани, се определят в националното право“.