

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

M. POIARES MADURO

fremsat den 22. september 2009¹

1. Den handling at taste et søgeord (keyword) ind i en søgemaskine på internettet er blevet en del af vores kultur, dens resultater er umiddelbart velkendte. Den måde, hvorpå disse resultater faktisk tilvejebringes, er — det er det vist rimeligt at sige — stort set ukendt for almenheden. Det antages blot, at hvis du spørger, så får du et svar; søg og du skal finde².

2. I virkeligheden tilvejebringes der sædvanligvis to slags resultater for ethvert søgeord, som tages ind i en søgemaskine, dvs. for enhver række ord, der indtastes: en række websteder, der er relevante for søgeordet (»naturlige resultater«), og sammen hermed reklamer for visse websteder (»annoncer«)³.

3. Mens de naturlige resultater tilvejebringes på grundlag af objektive kriterier, som afgøres

af søgemaskinen, er dette ikke tilfældet for annoncerne. Annoncerne tilvejebringes, fordi annoncører betaler for, at deres websteder kommer frem som svar på visse søgeord. Dette er muligt, fordi udbyderen af søgemaskinen stiller disse søgeord til rådighed, således at annoncørerne kan vælge dem.

4. De foreliggende sager vedrører søgeord, som svarer til registrerede varemærker. Varemærkeindehaverne⁴ forsøger nærmere bestemt at forhindre, at annoncørerne vælger sådanne søgeord. De forsøger også at forhindre, at udbyderne af søgemaskiner viser annoncer som svar på disse søgeord, da dette kan give resultater med websteder med konkurrerende varer eller endog ulovlige kopivarer, som vises sammen med de naturlige resultater for deres egne websteder. Det spørgsmål, som Domstolen er blevet stillet, er, om brugen af et søgeord, som svarer til et varemærke, i sig selv kan anses for brug af et varemærke, der er underlagt varemærkeindehaverens samtykke.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — En omskrivning af Mattæus 7:7.

3 — I den særlige sammenhæng i dette forslag til afgørelse, nemlig reklamering på internettet, henviser jeg til sådanne reklamer som »annoncer« for at adskille dem fra almindelige reklamer.

4 — Jeg burger ordet »indehaver« til også at dække varemærkeindehavernes licenstagere, som i henhold til licensaftalen er berettiget til at bruge det pågældende varemærke.

5. Svaret er afgørende for, i hvilket omfang søgeord, der svarer til varemærker, kan bruges uden for varemærkeindehaverens kontrol. Med andre ord: Når du indtaster et søgeord, som svarer til et varemærke, hvad kan der så gengives, og hvad kan du finde i cyberspace?

8. Jeg vil begynde med at beskrive, hvordan AdWords virker, navnlig ordningens vekselvirkning med Googles søgemaskine, og de retssager, som sådanne reklameordninger har affødt i en række medlemsstater. Jeg vil herefter opridsse baggrunden for hver enkelt forelæggelse og citere de præjudicielle spørgsmål. Endelig vil jeg omtale de omtvistede bestemmelser i de foreliggende sager.

I — Den faktiske og retlige baggrund

6. De foreliggende sager udgøres af tre forelæggelser fra den franske cour de cassation, som alle vedrører Googles reklameordning »AdWords«.

7. Sagen omfatter både EF-varemærker og franske varemærker, og med forelæggelserne ønskes følgelig en fortolkning af direktiv 89/104 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker⁵ og forordning nr. 40/94 om EF-varemærker⁶. Der er også anmodet om en fortolkning af direktiv 2000/31 om informationssamfundstjenester⁷.

A — Googles søgemaskine, reklameordningen »AdWords« og relaterede retssager herom i medlemsstaterne

9. Google Inc. og Google France SARL (heretter både individuelt og samlet »Google«) giver internetbrugere mulighed for gratis adgang til Googles søgemaskine. Når internetbrugere taster søgeord ind i søgemaskinen, får de præsenteret en liste med naturlige resultater. Disse naturlige resultater vælges og sættes i rækkefølge i henhold til deres relevans for søgeordene. Dette sker gennem automatiske algoritmer, som ligger bag søgemaskineprogrammet, der anvender rent objektive kriterier.

5 — Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1).

6 — Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20.12.1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1).

7 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8.6.2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (»direktivet om elektronisk handel«) (EFT L 178, s. 1).

10. Google driver også en reklameordning kaldet »AdWords«, som gør det muligt at vise

annoncer sammen med naturlige resultater som svar på søgeord. Annoncerne består typisk af en kort kommerciel meddelelse og et link til annoncørens websted. De er adskilt fra de naturlige resultater, idet de gengives under overskriften »lien(s) commercial(aux)«, enten øverst på webstedet på en gul baggrund eller i højre side⁸. Googles hovedkonkurrenter (Microsoft og Yahoo!) driver tilsvarende reklameordninger⁹.

11. Google giver via AdWords annoncører mulighed for at vælge søgeord, således at deres annoncer vises til internetbrugere som svar på indtastningen af de specifikke søgeord i Googles søgemaskine¹⁰. Hver gang en internetbruger efterfølgende klikker på annoncens link, godtgøres Google i overensstemmelse med den på forhånd aftalte pris (»pris pr. klik«). Der er ingen grænser for det antal annoncører, som kan vælge et søgeord, og hvis alle annoncer vedrørende søgeordet ikke kan vises samtidigt, vil de blive stillet i rækkefølge i henhold til prisen pr. klik og det antal gange, internetbrugerne tidligere har klikket på annoncens link.

12. Google har opstillet en automatiseret proces for valg af søgeord og udarbejdelse af annoncer: Annoncørerne indtaster søgeordene, udarbejder den kommercielle meddelelse og tilføjer linket til deres websted. Som en del af denne automatiserede proces stiller Google til fri rådighed oplysninger om det antal søgninger på Googles søgemaskine, som har de valgte søgeord og relaterede søgeord, og det tilsvarende antal annoncører. Annoncørerne kan så indsnævre deres valg af søgeord for at maksimere eksponeringen af deres annoncer.

13. Google finansierer sin søgemaskine såvel som et udvalg af gratis applikationer med indtægten fra AdWords.

8 — Parterne har fremlagt dokumenter til støtte for deres forskellige synspunkter vedrørende spørgsmålet, om internetbrugerne faktisk kan adskille de naturlige resultater fra annoncerne.

9 — I Microsofts og Yahoo!'s reklameordninger adskilles annoncer fra naturlige resultater på samme måde, dog fremhæves de med en anden farve, og der anvendes overskriften »liens sponsorisés«.

10 — Selv om det første spørgsmål i den tredje forelæggelse omtaler, at annoncører »foretager en reservation« af søgeord, synes det mere passende — eftersom der ikke er nogen eneret — at bruge udtrykket »vælg«.

14. Reklameordninger som AdWords har været genstand for varemærkerelaterede retssager i flere medlemsstater. Lovligheden af brugen af søgeord, der svarer til varemærker, har været omtvistet. Google har henvist til en række afgørelser, hvoraf det fremgår, at det er lovligt (dog motiveret med forskellige præmisser) i Østrig, Belgien, Tyskland, Italien, Nederlandene og Det Forenede Kongerige.

15. Parterne omtaler i deres bemærkninger kun én medlemsstat — Frankrig — hvor sådanne reklameordningers lovlighed er anfægtet, idet underretterne er uenige om spørgsmålet. Det er den franske cour de cassation, som skal træffe afgørelse om dette spørgsmål, og som har indgivet de tre forelæggelser, der danner baggrund for de foreliggende sager.

B — Forelæggelsernes baggrund og de præjudicielle spørgsmål

16. Google har erklæret, at selskabet som følge af den usikkerhed, som tvisterne i de tre præjudicielle sager har givet anledning til med hensyn til lovligheden af selskabets aktiviteter i Frankrig, har blokeret annoncørernes mulighed for at vælge søgeord, der svarer til nogle af de omhandlede varemærker, indtil Domstolen har givet sit svar på de forelagte spørgsmål.

i) *Sag C-236/08 (herefter »den første forelæggelse«)*

17. Den første forelæggelse er udsprunget af en sag mellem Google og Louis Vuitton Malletier SA (herefter »LV«). LV er indehaver af EF-varemærket »Vuitton« og de franske

nationale varemærker »Louis Vuitton« og »LV«. Disse varemærker anses for at have et vist renommé.

18. Det blev under denne sag fastslået, at når LV's varemærker tages ind i Googles søgemaskine, udløser det annoncer for websteder, der udbyder ulovlige kopiudgaver af LV's varer. Det blev også fastslået, at Google gav annoncører mulighed for med dette formål at vælge ikke kun søgeord, der svarer til LV's varemærker, men også disse søgeord i sammenhæng med udtryk, som betegner kopivarer, såsom »uægte«, »efterligning« og »kopi«¹¹.

19. Disse faktiske omstændigheder førte til, at Google blev dømt for varemærkekrænkelser, hvilken afgørelse blev stadfæstet under appelsagen. Google appellerede derefter retlige spørgsmål til cour de cassation, som har forelagt Domstolen tre spørgsmål til præjudiciel afgørelse.

20. Det første spørgsmål fra cour de cassation vedrører muligheden for en krænkelser af

¹¹ — Annoncøren kunne ved valget af søgeord som beskrevet have fået oplysninger om søgninger i Googles søgemaskine ved brug af LV's varemærker og relaterede søgeord, hvoraf sidstnævnte muligvis omfatter brugen af disse varemærker i sammenhæng med udtryk, der betegner kopivarer. Varemærkeindehaverne argumenterer for, at ydelsen af sådanne oplysninger er ensbetydende med en opfordring til annoncørerne om at vælge de tilknyttede udtryk som søgeord.

både EF-varemærker og nationale varemærker, som består i at give mulighed for at vælge søgeord, der svarer til disse varemærker, og i reklame for websteder, som udbyder ulovlige kopivarer. Det andet spørgsmål behandler dette spørgsmål i lyset af den særlige beskyttelse af varemærker med et renommé, og det tredje spørgsmål vedrører den mulige anvendelse af ansvarsfritagelsen for hosting:

»1) Skal artikel 5, stk. 1, litra a) og b), i [direktiv 89/104] og artikel 9, stk. 1, litra a) og b), i [forordning nr. 40/94] fortolkes således, at udbyderen af en søge- og annonceringsydelse mod betaling, som stiller søgeord, der gengiver eller efterligner indregistrerede varemærker, til annoncørernes rådighed, og som i henhold til kontrakten om denne ydelse tilrettelægger en særlig målrettet reklamering ved hjælp af disse søgeord med data om salgsfremmende links til websteder, hvorfra der udbydes ulovligt kopierede varer, gør brug af disse varemærker på en måde, som indehaveren er berettiget til at forbyde?

2) Vil indehaveren i tilfælde, hvor varemærkerne er velkendte varemærker, kunne modsætte sig en sådan brug på grundlag

af direktivets artikel 5, stk. 2, og forordningens artikel 9, stk. 1, litra c)?

3) Kan udbyderen af en søge- og annonceringsydelse mod betaling i tilfælde, hvor en sådan brug ikke udgør en brug, som vil kunne forbydes af indehaveren af varemærket i kraft af direktivet eller forordningen, anses for at levere en informationssamfundstjeneste, som består i at lagre oplysninger tilvejebragt af en tjenestemodtager i den forstand, som artikel 14 i direktiv 2000/31 [...] omhandler, således at selskabet først vil kunne drages til ansvar, når det er blevet underrettet af indehaveren af varemærket om annoncørens ulovlige brug af tegnet?»

ii) Sag C-237/08 (»den anden forelæggelse«)

21. Den anden forelæggelse har oprindelse i en retssag mellem Google på den ene side og Viaticum SA (herefter »Viaticum«) og Luteciel SARL (herefter »Luteciel«) på den anden. Viaticum og Luteciel er indehavere af de franske varemærker »bourse des vols«, »bourse des voyages« og »BDV«.

22. Det blev under retssagen fastslået, at når Viaticums og Luteciels varemærker indtastes i Googles søgemaskine, udløser det annoncer for websteder, der udbyder produkter af samme eller lignende art. Det blev også fastslået, at Google gav annoncører mulighed for med dette formål at vælge søgeord, som svarer til disse varemærker. De produkter, der blev solgt på de websteder, der blev reklameret for, krænkede dog ikke — og her adskiller de faktiske omstændigheder sig fra de faktiske omstændigheder i den første forelæggelse — de pågældende varemærker: Under hele sagen har produkterne været tillagt Viaticums og Luteciels konkurrenter.

23. Denne forskel i de faktiske omstændigheder forhindrede dog ikke, at Google blev dømt for varemærkekrænkelse og i appelsagen for at medvirke til varemærkekrænkelse. Google appellerede herefter retlige spørgsmål til cour de cassation, som har forelagt Domstolen to spørgsmål til præjudiciel afgørelse.

24. Cour de cassations første spørgsmål vedrører muligheden for en varemærkekrænkelse, der består i at give mulighed for at vælge søgeord, der svarer til disse varemærker, og i reklame for websteder, der udbyder identiske eller tilsvarende produkter. Det andet spørgsmål vedrører den mulige anvendelse

af ansvarsfritagelsen for hosting (ligesom det tredje spørgsmål i den første forelæggelse):

»1) Skal artikel 5, stk. 1, litra a) og b), i [direktiv 89/104] fortolkes således, at udbyderen af en søge- og annonceringsydelse mod betaling, som stiller søgeord, der gengiver eller efterligner indregistrerede varemærker, til annoncørernes rådighed, og som i henhold til kontrakten om denne ydelse tilrettelægger en særlig målrettet reklamering ved hjælp af disse søgeord med data om salgsfremmende links til websteder, hvorfra der udbydes varer af samme eller lignende art som dem, det registrerede varemærke betegner, gør brug af disse varemærker på en måde, som indehaveren er berettiget til at forbyde?

2) Kan udbyderen af en søge- og annonceringsydelse mod betaling i tilfælde, hvor en sådan brug ikke udgør en brug, som vil kunne tænkes at kunne forbydes af indehaveren af varemærket i kraft af direktivet eller [forordning nr. 40/94], anses for at levere en informations-samfundstjeneste, som består i at lagre oplysninger tilvejebragt af en tjenestemodtager i den forstand, som artikel 14 i direktiv 2000/31 [...] omhandler, således at selskabet først vil kunne drages til ansvar, når det er blevet underrettet af

indehaveren af varemærket om annoncørens ulovlige brug af tegnet?»

27. Google, Bruno Raboin og Tiger blev dømt for varemærkekrænkelse, hvilken afgørelse blev stadfæstet under appellsagen. Google og Tiger indleverede herefter særskilte appeller til cour de cassation, som har forelagt Domstolen tre spørgsmål til præjudiciel afgørelse.

iii) Sag C-238/08 (»den tredje forelæggelse«)

25. Den tredje forelæggelse har sin oprindelse i en sag mellem Google, Bruno Raboin og Tiger SARL (herefter »Tiger«) på den ene side og Pierre-Alexis Thonet og Centre national de recherche en relations humaines SARL (herefter »CNRRH«) på den anden. CNRRH har fået en licens til det franske varemærke »Eurochallenges« fra Pierre-Alexis Thonet, som er indehaver af varemærket.

26. Det blev under sagen fastslået, at når »Eurochallenges« indtastes i Googles søgemaskine, udløser det annoncer for websteder, der udbyder identiske eller tilsvarende produkter. Det blev også fastslået, at Google gav annoncører mulighed for at vælge et sådant ord som søgeord med dette formål. Som i den anden forelæggelse krænkede de varer, der blev udbudt på disse websteder, ikke varemærket og var blevet tillagt konkurrenter.

28. Cour de cassations første spørgsmål vedrører muligheden for en varemærkekrænkelse, der består i den handling til reklameformål at vælge søgeord, der svarer til varemærket. Det andet spørgsmål vedrører også en mulig varemærkekrænkelse, men som denne gang består i at tillade dette valg og i reklame for websteder, der udbyder produkter af samme eller lignende art (ligesom det første spørgsmål i den anden forelæggelse). Det tredje spørgsmål vedrører den mulige anvendelse af ansvarsfritagelsen for hosting (som det sidste spørgsmål i både den første og den anden forelæggelse):

»1) Udgør det i sig selv en krænkelse af den eneret, som tilkommer varemærkeindehaveren i henhold til artikel 5 i [direktiv 89/104], at en erhvervsdrivende — via en kontrakt om søge- og annonceringsydelser mod betaling på internettet — foretager en reservation af et søgeord, som i tilfælde af en søgning på dette ord fremkalder et link, der giver mulighed for at besøge den erhvervsdrivendes websted, hvorfra han udbyder varer og tjenesteydelser, når dette søgeord — uden varemærkeindehaverens tilladelse — gengiver eller plagierer et varemærke,

som er registreret af tredjemand som betegnelse for varer af samme eller lignende art?

underrettet af indehaveren af varemærket om annoncørens ulovlige brug af tegnet?«

- 2) Skal artikel 5, stk. 1, litra a) og b), i [direktiv 89/104] fortolkes således, at udbyderen af en søge- og annonceringsydelse mod betaling, som stiller søgeord, der gengiver eller efterligner indregistrerede varemærker, til annoncørernes rådighed, og som i henhold til kontrakten om denne ydelse tilrettelægger en særlig målrettet reklamering ved hjælp af disse søgeord ved skabelse af salgsfremmende links til websteder, hvorfra der udbydes varer af samme eller lignende art som dem, det registrerede varemærke betegner, gør brug af disse varemærker på en måde, som indehaveren er berettiget til at forbyde?

C — *De omtvistede retsfor skrifter*

29. Sjette betragtning til direktiv 89/104 anfører, at:

»[...] dette direktiv udelukker ikke, at varemærkerne underkastes andre end de varemærkeretlige regler i medlemsstaterne, såsom de der gældende bestemmelser om illoyal konkurrence, erstatningsansvar eller forbrugerbeskyttelse.«

- 3) Kan udbyderen af en søge- og annonceringsydelse mod betaling i tilfælde, hvor en sådan brug ikke udgør en brug, som vil kunne forbydes af indehaveren af varemærket i kraft af direktivet eller [forordning nr. 40/94], anses for at levere en informationssamfundstjeneste, som består i at lagre oplysninger tilvejebragt af en tjenestemodtager i den forstand, som artikel 14 i direktiv 2000/31 [...] omhandler, således at selskabet først vil kunne drages til ansvar, når det er blevet

30. Artikel 5, stk. 1, i direktiv 89/104 er omtalt i alle forelæggelserne, og den definerer det, der udgør en varemærkekrænkelse:

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

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

32. Artikel 5, stk. 3, i direktiv 89/104 specificerer gennem eksempler nogle af de former for brug, der kan udgøre en varemærkekrænkelse:

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

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

[...]

31. Artikel 5, stk. 2, i direktiv 89/104 omhandler den særlige beskyttelse, som kan tildeles varemærker med et renommé:

d) at anvende tegnet på forretningspapirer og i reklameøjemed.«

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

33. Artikel 9, stk. 1 og 2, i forordning nr. 40/94 er den tilsvarende bestemmelse som artikel 5 i direktiv 89/104, men for EF-varemærker:

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

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

[...]

- d) at anvende tegnet på forretningspapirer og i reklameøjemed.«

- b) et tegn, der er identisk med eller ligner EF-varemærket, når de varer eller tjenesteydelser, der er dækket af EF-varemærket, er af samme eller lignende art som dem, der er dækket af det pågældende tegn, og der som følge heraf er risiko for forveksling i offentlighedens bevidsthed; risikoen for forveksling indbefatter risikoen for, at der antages at være en forbindelse mellem tegnet og mærket

34. Artikel 14 i direktiv 2000/31, som er en anden bestemmelse, der er omtalt i alle forelæggelserne, opstiller en ansvarsfritagelse for hostingvirksomhed:

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

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

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

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

- b) at tjenesteyderen fra det øjeblik, hvor han får et sådant kendskab, straks tager skridt til at fjerne informationen eller hindre adgangen til den. 98/34¹², som ændret ved direktiv 98/48¹³, og altså således:

»enhver tjeneste, der normalt ydes mod betaling, og som teleformidles ad elektronisk vej på individuel anmodning fra en tjenestemodtager.«

[...]

Artikel 1, stk. 2, i direktiv 98/34 (som ændret ved direktiv 98/48) bestemmer videre:

»Med henblik på denne definition forstås ved

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

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

— »ad elektronisk vej«: at en tjeneste fra afsendelsesstedet sendes og på bestemmelsesstedet modtages ved hjælp af

35. Artikel 2, litra a), i direktiv 2000/31 definerer »informationssamfundstjenester« med en henvisning til artikel 1, stk. 2, i direktiv

12 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/34/EF af 22.6.1998 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter (EFT L 204, s. 37).

13 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/48/EF af 20.7.1998 om ændring af direktiv 98/34/EF om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter (EFT L 217, s. 18).

elektronisk databehandlingsudstyr (herunder digital komprimering) og datalagringsudstyr, og som udelukkende sendes, rutes og modtages via tråd, radio, optiske midler eller andre elektromagnetiske midler

underretter de kompetente offentlige myndigheder om påståede ulovlige aktiviteter, der udøves, eller information, der leveres af deres tjenestemodtagere, eller at de på anmodning giver de kompetente myndigheder oplysninger, som gør det muligt at identificere de tjenestemodtagere, de har oplagringsaftaler med.«

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

37. Artikel 21 i direktiv 2000/31 vedrører de rapporter, som Kommissionen skal forelægge vedrørende direktivets anvendelse:

36. Artikel 15 i direktiv 2000/31 bestemmer, at informationssamfundstjenesteydere ikke skal overvåge den information, de fremsender eller oplagrer:

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

»1. Inden den 17. juli 2003 og derefter hvert andet år forelægger Kommissionen Europa-Parlamentet, Rådet og Det Økonomiske og Sociale Udvalg en rapport om anvendelsen af dette direktiv tillige med eventuelle forslag til dets tilpasning til den retlige, tekniske og økonomiske udvikling inden for informationssamfundstjenester, navnlig med henblik på kriminalitetsforebyggelse, beskyttelse af mindreårige, forbrugerbeskyttelse samt på, at det indre marked fungerer korrekt.

2. Medlemsstaterne kan kræve, at leverandører af informationssamfundstjenester straks

2. Rapporten skal i sin undersøgelse af behovet for tilpasning af dette direktiv navnlig analysere behovet for forslag vedrørende

det erstatningsansvar, der påhviler tjenesteudbydere af hyperlinks og søgemaskiner, procedurer for fjernelse af ulovligt indhold («notice and take down procedures») og pålæggelse af ansvar efter nedtagelse af indhold. Rapporten skal også analysere behovet for yderligere betingelser for fritagelse for ansvar, som omhandlet i artikel 12 og 13, i lyset af den tekniske udvikling og muligheden for at anvende det indre markeds principper på uopfordret kommerciel kommunikation via elektronisk post.«

søgeord ikke udgør tegn, der gengiver dem. Hvis dette argument godtages, opstår der slet intet spørgsmål om krænkelse. De foreliggende sager er dog langt fra så enkle. Det er korrekt, at søgeord ikke opfylder det klassiske tegnbegreb: De anbringes ikke på varerne, og virksomheder driver heller ikke deres virksomhed under dem. Ingen af disse faktorer er imidlertid afgørende for afgørelsen af, om visse aktiviteter skal anses for brug af et varemærke.

II – Bedømmelse

38. De tre forelæggelser fra cour de cassation stiller alle det samme grundlæggende spørgsmål: Udgør Googles brug af søgeord, der svarer til varemærker, i AdWords-reklameordningen en krænkelse af disse varemærker? Selv om forelæggelserne er formuleret lidt forskelligt, anmoder de alle om en fortolkning af artikel 5, stk. 1, i direktiv 89/104 og vedrører derfor det grundlæggende spørgsmål, om Google har begået en varemærkekrænkelse.

39. Google gør gældende, at der ikke sker brug af de pågældende varemærker, eftersom

40. Der sker brug af et varemærke, når varemærket gengives, navnlig når der bruges et tegn, som er identisk med eller ligner dette varemærke¹⁴. Søgeord, der svarer til varemærker, kan også anses for at gengive disse varemærker. I de foreliggende sager — og i modsætning til det af Google anførte — gøres der følgelig brug af de pågældende varemærker. Spørgsmålet, om brugen er knyttet til varer eller tjenesteydelser — hvilket Google også bestrider — omfatter også en vurdering

14 — Dette gælder både i henhold til artikel 5, stk. 1 og 2, i direktiv 89/104, jf. dom af 12.6.2008, sag C-533/06, O2 Holdings og O2 (UK), Sml. I, s. 4231, præmis 34. Det er dog mest omtvistet i henhold til artikel 5, stk. 2, idet tredjemand ofte forsøger at drage fordel af renommerede varemærker ved at bruge tegn, der ikke er identiske med varemærket, men ligner det meget, hvilket fører til en analyse af, om sådanne gengivelser indebærer, at »den berørte kundekreds skaber en sammenhæng mellem tegnet og varemærket« (jf. dom af 18.6.2009, sag C-487/07, L'Oréal m.fl., Sml. I, s. 5185, præmis 36).

af en af betingelserne for, at denne brug udgør en varemærkekrænkelse¹⁵.

41. Før disse betingelser undersøges, skal forskellene mellem cour de cassations tre forelæggelser behandles for at forstå de mulige krænkelers omfang.

42. Alle tre forelæggelser vedrører Googles brug af søgeord, der svarer til varemærker. Den tredje forelæggelse udstrækker dog spørgsmålet om en varemærkekrænkelse til annoncørers brug, idet der stilles det spørgsmål, om deres valg af disse søgeord i sig selv udgør en krænkelse (det første spørgsmål). Jeg vil behandle dette spørgsmål til sidst, når svaret vedrørende Googles brug allerede er givet.

43. Den første forelæggelse fremviser en række særlige forhold. For det første omfatter

15 — Dvs. om der er brug i forbindelse med varer eller tjenesteydelser, som er af samme eller lignende art som de af varemærket omfattede, hvilket spørgsmål analyseres yderligere nedenfor i dette forslag til afgørelse. Gengivelsen af varemærket er en forudsætning for, at der kan være brug. Det følger dog ikke nødvendigvis af denne gengivelse, at alle betingelserne for, at en sådan brug udgør en krænkelse, er opfyldt, navnlig at der er risiko for forveksling hvad angår forbrugernes opfattelse af varernes eller tjenesteydelsernes oprindelse (jf. dommen i sagen L'Oréal m.fl., præmis 37, og hvad angår »risiko for forveksling« i henhold til artikel 4 i direktiv 89/104, dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 26).

den både nationale varemærker og EF-varemærker, hvor der ikke kun ønskes en fortolkning af direktiv 89/104, men også af forordning nr. 40/94 (det første spørgsmål). Betingelserne for varemærkekrænkelse er dog de samme i henhold til direktiv 89/104 og forordning nr. 40/94, og mit svar på spørgsmålet, om der er en sådan krænkelse, vil derfor være det samme i begge tilfælde¹⁶.

44. Den første forelæggelse anmoder også om en fortolkning af bestemmelserne i begge disse retsakter om renommerede varemærker (det andet spørgsmål). Jeg vil derfor ved behandlingen af spørgsmålet, om der foreligger en krænkelse, også overveje den særlige beskyttelse for disse varemærker.

45. Endelig har den første forelæggelse påkaldt sig særlig opmærksomhed, eftersom de faktiske omstændigheder omfatter »websteder med kopivarer«, dvs. websteder, som udbyder ulovlige kopivarer (det første spørgsmål). De andre forelæggelser vedrører derimod »konkurrentwebsteder«, hvor de tilbudte varer ikke krænker nogen varemærker. Varemærkeindehaverne, som støttes af Frankrig, har fremhævet muligheden for, at websteder med kopivarer gør brug af

16 — Parallellen mellem artikel 5 i direktiv 89/104 og artikel 9 i forordning nr. 40/94 er åbenbar (jf. SABEL-dommen, præmis 13). Der følges således den samme fortolkning for begge bestemmelser hvad angår betingelserne for, at der foreligger en krænkelse (jf. kendelse af 19.2.2009, sag C-62/08, ÚDV, Sml. I, s. 1279, præmis 42).

AdWords — således som det skete i henhold til de faktiske omstændigheder i den første forelæggelse — som et eksempel på, hvorfor søgeord bør være underlagt deres kontrol. Dette leder mig til at foretage nogle vigtige sondringer.

f.eks. sker krænkende brug på et websted, der sælger ulovlige kopivarer, vil enhver brug i AdWords, som vedrører dette websted, blive påvirket og må kunne forhindres af varemærkeindehaveren. Ellers ville AdWords faktisk hjælpe med til at realisere den krænkelse, der begås på webstedet. Selv om, således som det vil fremgå nedenfor, varemærkeindehavernes påstand ikke er begrænset til dette eksempel, er det fremtrædende i deres argumentation, da det er tankevækkende.

46. Alle forelæggelserne vedrører brugen i AdWords af søgeord, som svarer til varemærker. Denne brug, således som den er beskrevet, består i valget af disse ord, således at annoncerne gengives som resultater, og i, at annoncerne vises sammen med de naturlige resultater for disse ord. Forelæggelserne vedrører ikke brugen af varemærker på annoncerens websteder eller på de varer, der sælges på disse websteder. Forelæggelserne vedrører heller ikke brugen af varemærker i de viste annonceres ordlyd¹⁷. Disse er alle uafhængige former for brug, og hver enkelts lovlighed skal bedømmes konkret¹⁸. I de foreliggende sager skal Domstolen kun vurdere lovligheden af brugen af søgeord.

48. Varemærkeindehavernes mål er at udvide varemærkebeskyttelsens omfang til at omfatte en parts handlinger, som kan medvirke til en tredjemands varemærkekrænkelse. Dette kaldes sædvanligvis »contributory infringement« i USA¹⁹, men så vidt jeg ved er sådan en fremgangsmåde ikke

47. Varemærkeindehaverne påstår, at alle disse former for brug, selv om de er forskellige, i en vis forstand er forbundne: Hvis der

19 — Ansvar for medvirken (contributory liability) til varemærkekrænkelse er udviklet som retlig overbygning på Lanham Act af 1946, som regulerer varemærketvister i USA, selv om der ikke er en udtrykkelig bestemmelse herom i akten. Jf. 15 U.S.C. § 1051 ff., Inwood Laboratories, Inc. mod Ives Laboratories, Inc., 456 US 844, 853-55 (1982). Efter Ives-dommen er retssager om ansvar for medvirken blevet anlagt i henhold til Lanham Act snarere end i henhold til erstatningsretten. Jf. f.eks. Optimum Technologies, Inc. mod Henkel Consumer Adhesives, Inc., 496 F.3d 1231, 1245 (11. Cir. 2007), Rolex Watch USA mod Meece, 158 F.3d 816 (5. Cir. 1998), Hard Rock Cafe Licensing Corp. mod Concessions Services, Inc., 955 F.2d 1143 (7. Cir. 1992). Selv i USA er ansvar for medvirken til varemærkekrænkelse dog anset for nært forbundet med almindelig erstatningsret. I henhold til den amerikanske højesterets sprogbrug i Ives-dommen har retter »treated trade mark infringement as a species of tort and have turned to the common law to guide [their] inquiry into the appropriate boundaries of liability« (Hard Rock Café-dommen, 955 F.2d på s. 1148). Som følge heraf sonderer retter mellem medvirken til krænkelse og direkte krænkelse og kræver almindeligvis bevis for yderligere faktorer, der er importeret fra erstatningsretten, i sammenhæng med medvirken til krænkelse. Jf. f.eks. Optimum Technologies-dommen, 496 F.3d på s. 1245.

17 — Det fremgår ikke klart af forelæggelseskendelsen, om annoncerne i sig selv gør brug af varemærket, således som LV har argumenteret for, men som er bestridt af Google.

18 — Det antages, eftersom cour de cassation omtaler »contre-*façons*« (»ulovlige kopivarer«), at de websteder, der henvises til i den første forelæggelse, sælger krænkende varer.

kendt i varemærkebeskyttelsen i Europa, hvor forholdet sædvanligvis behandles i erstatningsretten²⁰.

49. Varemærkeindehaverne har opfordret Domstolen til at gå endnu videre: nemlig at udtale, at den blotte mulighed for, at en ordning — i de foreliggende sager AdWords — kan bruges af tredjemand til at krænke et varemærke, betyder, at selve ordningen er en krænkelse. Varemærkeindehaverne ønsker således ikke at begrænse deres påstande til tilfælde, hvor AdWords faktisk bruges af websteder, der udbyder ulovlige kopivarer. De ønsker at kvæle den mulighed i fødslen ved at forhindre Google i at kunne stille søgeord til rådighed for udvælgelse, som svarer til deres varemærker. De udleder af den risiko, at AdWords kan bruges til at promovere disse websteder med kopivarer, en generel ret til at forhindre brugen af deres varemærker som søgeord. Hvis krænkelsen består i brugen af disse søgeord i AdWords, således som varemærkeindehaverne har påstået, er dette også tilfældet, uanset om de websteder, der vises i svaret på søgningen, faktisk krænker varemærket.

50. Domstolen bliver således anmodet om i betydeligt omfang at udvide varemærkebeskyttelsens omfang. Jeg vil gøre det klart,

20 — Jf. hvad angår Frankrig og Benelux-landene, S. Pirlot de Corbion, »Référéncement et droit des marques: quand les mots clés suscitent toutes les convoitises«, *Google et les nouveaux services en ligne*, redigeret af A. Strowel and J.-P. Triaille, Larcier, 2009, s. 143.

hvorfor det er min opfattelse, at Domstolen ikke bør gøre dette. Min undersøgelse af spørgsmålet, om der foreligger varemærkekrænkelse, vil for det første afsløre, at brugen i AdWords af søgeord, der svarer til varemærker, ikke i sig selv udgør en varemærkekrænkelse, og for det andet, at forbindelsen med andre (potentielt krænkende) former for brug snarere henhører under erstatningsretten, således som det hidtil har været tilfældet.

51. Jeg må derfor behandle det subsidiære spørgsmål, der er stillet i alle forelæggelserne for det tilfælde, at der ikke antages at foreligge en varemærkekrænkelse: Er Googles aktivitet i AdWords omfattet af ansvarsfritagelsen for hosting i direktiv 2000/31?

52. Parterne er ikke enige om dette subsidiære spørgsmåls betydning, idet nogle forstår spørgsmålet således, at det vedrører en mulig fritagelse af Google for ansvar for varemærkekrænkelse. Cour de cassation har dog udtrykkeligt formuleret spørgsmålet på en sådan måde, at det kun finder anvendelse, hvis en sådan krænkelse ikke anses for at foreligge. Efter min opfattelse har cour de cassation gjort dette, fordi den for retten verserende sag faktisk vil være afgjort, hvis varemærkeindehaverne kan forhindre AdWords i at bruge søgeord, der svarer til deres varemærker. Hvis Domstolen imidlertid udtaler,

at der ikke foreligger nogen krænkelse, og AdWords kan fortsætte med sin nuværende *modus operandi*, vil det stadig være nødvendigt at behandle spørgsmålet om Googles mulige ansvar for indholdet i AdWords. Dette er grunden til, at ansvarsfritagelsen for hosting kan være relevant i de foreliggende sager.

53. Jeg vil derfor i de foreliggende sager først behandle (A) det grundlæggende spørgsmål, om Googles brug i AdWords af søgeord, der svarer til varemærker, udgør en varemærkekrænkelse, herefter (B) det subsidiære spørgsmål, om ansvarsfritagelsen for hosting finder anvendelse på det indhold, Google viser i AdWords, og endelig (C) det tilbageværende spørgsmål, om annoncørernes brug i AdWords af søgeord, som svarer til varemærker, udgør en varemærkekrænkelse.

A — Det første spørgsmål i den første og den anden forelæggelse og det andet spørgsmål i den første og den tredje forelæggelse: Kan varemærkeindehavere forhindre Googles brug i AdWords af søgeord, som svarer til deres varemærker?

54. I henhold til fast retspraksis er der fire kumulative betingelser, der skal være opfyldt,

hvis varemærkeindehavere skal kunne forhindre brugen af deres varemærker i henhold til artikel 5, stk. 1, i direktiv 89/104 (eller med andre ord for, at der er tale om en varemærkekrænkelse). En af disse betingelser er klart opfyldt: Google har åbenlyst ikke fået samtykke fra varemærkeindehaverne til brugen i AdWords af søgeord, som svarer til varemærker. Det skal derfor fortsat konstateres, om de øvrige tre betingelser er opfyldt, dvs. om i) brugen er erhvervsmæssig, ii) vedrører varer eller tjenesteydelser af samme eller lignende art som dem, der er dækket af varemærkerne, og iii) påvirker eller kan påvirke varemærkenes væsentligste funktion, som er over for forbrugerne at garantere varernes eller tjenesteydelsernes oprindelse, fordi der i offentlighedens bevidsthed er risiko for forveksling²¹.

55. Før jeg undersøger disse betingelser, skal jeg være mere præcis med hensyn til antallet af Googles former for brug. Jeg har indtil nu henvist til »brugen« i AdWords af søgeord, der svarer til varemærker. I virkeligheden er der ikke én, men to former for brug: a) når Google giver annoncører mulighed for at vælge søgeord (denne brug er i en vis forstand intern i forbindelse med AdWords'

21 — Jf. dommen i sagen O2 Holdings og O2 (UK), præmis 57, dom af 12.11.2002, sag C-206/01, Arsenal Football Club, Sml. I, s. 10273, af 16.11.2004, sag C-245/02, Anheuser-Busch, Sml. I, s. 10989, af 6.10.2005, sag C-120/04, Medion, Sml. I, s. 8551, af 25.1.2007, sag C-48/05, Adam Opel, Sml. I, s. 1017, og af 11.9.2007, sag C-17/06, Céline, Sml. I, s. 7041. Disse sager vedrørte både eller enten artikel 5, stk. 1, litra a) (brug for identiske varer) eller litra b) (brug for lignende varer) i direktiv 89/104, hvilket viser, at disse betingelser finder anvendelse i henhold til begge bestemmelser.

funktion)²², således at annoncer for deres websteder vises som resultater på søgninger, der omfatter disse søgeord, og b) når Google viser sådanne annoncer sammen med naturlige resultater, der vises som svar på disse søgeord. Jeg vil derfor i to særskilte afsnit undersøge, om hver form for brug opfylder ovennævnte betingelser.

56. De to former for brug er nært, hvis ikke uløseligt, forbundne: Det er det forhold, at der gives mulighed for at vælge visse søgeord, som gør det muligt for annoncerne at blive vist som umiddelbare svar på disse søgeord. På trods af forbindelsen udgør de forskellige former for brug. Brugen sker på forskellige tidspunkter: brug (a), når annoncøren påbegynder proceduren med at vælge søgeord, og brug (b), når internetbrugerne præsenteres for en visning af resultaterne af deres søgninger. Brugen har forskellige mål: I tilfælde af brug (a) er målet de annoncører, som ønsker at gøre brug af AdWords, og i tilfælde (b) er målet de internetbrugere, som bruger Googles søgemaskine. Brugen vedrører endelig forskellige varer eller tjenesteydelser: Brug (a) vedrører Googles egen tjenesteydelse, AdWords, og brug (b) vedrører varer og

tjenesteydelser, som udbydes på de websteder, der reklameres for.

57. Det fremgår klart af de præjudicielle spørgsmål, at der er to forskellige former for brug, selv om de ikke er klart adskilte. Alle cour de cassations spørgsmål omtaler en »udbyder [...] af en søge- og annonceringsydelse mod betaling, som stiller søgeord, der gengiver eller efterligner indregistrerede varemærker, til annoncørernes rådighed, og som i henhold til kontrakten om denne ydelse tilrettelægger en særlig målrettet reklamering ved hjælp af disse søgeord med data om salgsfremmende links til websteder« (min fremhævelse).

58. Hvis disse to former for brug synes at falde sammen i en enkelt form for brug, skyldes det efter min opfattelse, at varemærkeindehavernes reelle hensigt er at fastslå en slags »medvirken til krænkelse«. Som anført ovenfor, vil de foreliggende sager kræve, at Domstolen afgør, om varemærkeskyttelsen skal udstrækkes på denne måde. Dette aspekt vil blive mere detaljeret behandlet nedenfor i afsnit d), hvori jeg vil analysere, om Googles mulige medvirken gennem AdWords til tredjemands varemærkekrænkelser i sig selv udgør en varemærkekrænkelse. For nærværende vil jeg dog ikke afvige fra Domstolens

22 — Googles udvælgelsesprocedure giver annoncørerne mulighed for at indtaste de søgeord, de måtte ønske at vælge. Den giver valgfrie oplysninger om søgninger i Googles søgemaskine, som bruger disse søgeord eller tilsvarende søgeord. Efter varemærkeindehavernes opfattelse indebærer dette, at det foreslås, at annoncørerne vælger de søgeord, der ofte søges på (jf. fodnote 11 ovenfor). Eftersom de præjudicielle spørgsmål fokuserer på det forhold, at søgeord, der svarer til varemærker, står til rådighed for udvælgelse, vil jeg henvise til brugen — uanset om søgeordene bliver valgt uafhængigt af annoncørerne eller bliver »foreslået« af AdWords — som giver annoncørerne mulighed for at vælge søgeordene.

faste praksis og vil derfor analysere de to former for brug hver for sig.

a) Googles brug, som består i at give annoncører mulighed for i AdWords at vælge søgeord, som svarer til varemærker, således at annoncerne for deres websteder vises som resultater af søgninger omfattende disse søgeord

59. Jeg vil også nedenfor i afsnit c) behandle spørgsmålet, om Googles brug af søgeord, der svarer til varemærker, påvirker andre af varemærkets funktioner ud over dets væsentligste funktion med at garantere varernes og tjenesteydelsernes oprindelse. Som ovenfor omtalt, er påvirkningen af denne væsentligste funktion en af betingelserne for en varemærkekrænkelse. Domstolen har dog udbygget denne faste retspraksis ved at udtale, at selv hvis denne betingelse ikke er opfyldt, kan der være tale om en varemærkekrænkelse i henhold til artikel 5, stk. 1, litra a), i direktiv 89/104, hvis der gøres indgreb i en anden af disse varemærkefunktioner²³. Som jeg vil forklare, spiller disse andre funktioner en rolle i den beskyttelse, der tildeles under både direktivets artikel 5, stk. 1, og artikel 5, stk. 2. Det andet spørgsmål i den første forelæggelse, som vedrører den særlige beskyttelse for renommerede varemærker, skal derfor også behandles i dette afsnit.

23 — Jf. dommen i sagen L'Oréal m.fl., præmis 63, hvori Domstolen udtaler, at disse andre funktioner omfatter garantien for varernes eller tjenesteydelsernes kvalitet samt kommunikations-, investerings- eller reklamefunktioner. Disse andre funktioners eksistens blev allerede omtalt i nogle af de sager, der er omtalt i fodnote 21, og som vedrørte artikel 5, stk. 1, litra a), i direktiv 89/104 (brug for identiske varer), men uden at blive navngivet (jf. forslag til afgørelse fra generaladvokat Mengozzi i sagen L'Oréal m.fl., punkt 50). Sådanne andre funktioner optræder dog ikke i sager vedrørende artikel 5, stk. 1, litra b) (brug for lignende varer). Når der skal indføres en fælles test for begge bestemmelser, har Domstolen derfor begrænset betingelserne for, at der foreligger en varemærkekrænkelse, til den væsentligste funktion med at garantere varernes og tjenesteydelsernes oprindelse.

i) Er der tale om erhvervsmæssig brug?

60. Formålet med denne betingelse for, at der er tale om en varemærkekrænkelse, er at sondre mellem privat brug og en »erhvervsmæssig virksomhed, hvormed der søges opnået økonomisk vinding«²⁴. Varemærkeindehaveren er kun berettiget til at forhindre den sidstnævnte.

61. Når Google gennem AdWords giver annoncerne mulighed for at vælge søgeord, som svarer til varemærker, gør Google det som led i en erhvervsmæssig virksomhed: Selv om Google først modtager sin betaling senere (når internetbrugerne klikker på annoncens link), søger Google med sin tjeneste at »opnå økonomisk vinding«. Denne betingelse skal derfor anses for opfyldt.

24 — Jf. Céline-dommen, præmis 17, og Arsenal Football Club-dommen, præmis 40.

ii) Vedrører brugen varer eller tjenesteydelser af samme eller lignende art som dem, der er dækket af varemærkerne?

62. Denne betingelse for, at der er tale om en varemærkekrænkelse, betyder, idet der anvendes den brede formulering med »brug for varer eller tjenesteydelser«, at varemærkeindehaveren er berettiget til at forhindre mange former for brug ud over det blotte forhold, at varen forsynes med varemærket. For at opfylde denne betingelse skal brugen ikke desto mindre indebære en forbindelse til varer eller tjenesteydelser, som er af samme eller lignende art som dem, der er dækket af varemærket.

63. Artikel 5, stk. 3, i direktiv 89/104 opstiller en ikke-udtømmende liste over de former for brug, der kan forhindres. Varemærkeindehaverne har opfattet medtagelsen i artikel 5, stk. 3, af brugen »i reklameøjemed« som en bekræftelse på, at de er berettigede til at forhindre hele aktiviteten, som Google udøver gennem AdWords. Google har argumenteret for, at aktiviteten ikke svarer til brug »i reklameøjemed«, idet søgeordene ikke er en del af selve annoncerne.

64. Efter min opfattelse tilsigter henvisningen i artikel 5, stk. 3, i direktiv 89/104 til brug »i reklameøjemed« at dække det mere traditionelle tilfælde, hvor varemærket bruges

i selve annoncen. En sådan brug kan faktisk finde sted i de annoncer, der vises gennem AdWords, men som omtalt ovenfor spørges Domstolen ikke om sådanne annonceres ordlyd. Domstolen bliver kun spurgt om søgeordene. Den kunstige rubricering af alle Googles aktiviteter i AdWords som forskellige former for brug »i reklameøjemed« vil tilsløre det, som denne betingelse tilsigter at afgøre: hvilke varer eller tjenesteydelser den enkelte form for brug vedrører. Dette kan selvfølgelig være forskelligt afhængigt af brugen.

65. Det relevante er derfor begrebet »brug for varer eller tjenesteydelser« — det skal erindres, at brugen »i reklameøjemed« kun er en illustration heraf. Domstolen har med rette fokuseret på dette begreb ved at klarlægge, at den foreliggende betingelse er opfyldt, når et tegn, der svarer til et varemærke, bruges »på en sådan måde, at der skabes en forbindelse mellem det tegn [...] og de varer eller tjenesteydelser, som tredjemand sælger eller præsterer«²⁵.

66. Den afgørende faktor er derfor den forbindelse, der skabes mellem varemærket og den vare eller tjenesteydelse, der sælges. I det traditionelle eksempel på brug i reklamer

25 — Jf. Céline-dommen, præmis 23 (ud over det enklere tilfælde, hvor varerne blot forsynes med varemærket). I Céline-dommen fandt Domstolen, at brugen af et tegn, der svarede til et varemærke, med henblik på at betegne en virksomhed kun var brug for varer eller tjenesteydelser, når det var forbundet med markedsføringen heraf, og ikke når det kun blev brugt for at betegne virksomheden.

skabes der i den brede offentlighed en forbindelse mellem varemærket og den vare eller tjenesteydelse, der sælges. Dette sker f.eks., når annoncøren sælger varen under varemærket. Dette er ikke tilfældet med Googles brug, som består i, at annoncørerne gives mulighed for at vælge søgeord, således at deres annoncer gengives som resultater. Der sælges ingen vare eller tjenesteydelse til den brede offentlighed. Brugen er begrænset til en udvælgelsesprocedure, som er intern i AdWords og kun vedrører Google og annoncørerne²⁶. Den tjenesteydelse, der sælges, og hvortil brugen af søgeord, der svarer til varemærkerne, har forbindelse, er derfor Googles egen tjeneste, AdWords.

67. Det synes åbenbart, at AdWords ikke er identisk med eller ligner nogen af de varer eller tjenesteydelser, der er dækket af varemærkerne. Denne betingelse er derfor ikke opfyldt, og den brug, der består i, at annoncørerne gives mulighed for i AdWords at vælge søgeord, der svarer til varemærker, således at annoncerne for deres websteder gengives som resultater for søgninger, som omfatter disse søgeord, udgør derfor ikke en varemærkekrænkelse.

26 — Det er i denne forstand, at forelæggelseskendelsen skal forstås, idet det siges, at »udbyderen af søge- og annonceringsydelsen ikke har gjort brug af søgeord, der gengiver eller plagierer varemærket, til at betegne sine egne varer og tjenesteydelser«. Der skabes ikke en forbindelse til offentligheden.

iii) Påvirker brugen eller kan brugen påvirke varemærkets væsentligste funktion på grund af, at der i offentligheden er risiko for forveksling?

68. Det forhold, at Googles brug af varemærkerne med de formål, der er nødvendige for, at AdWords kan fungere, ikke sker i forbindelse med varer eller tjenesteydelser, der er af samme eller lignende art som dem, der er dækket af varemærkerne, og derfor ikke opfylder den ovenstående betingelse, gør det ufornuddent at analysere nærværende betingelse i detaljer. Det skal først og fremmest erindres, at de fire betingelser for, at der kan være tale om en varemærkekrænkelse, er kumulative²⁷.

69. Endvidere er det i sager, hvor ovenstående betingelse ikke er opfyldt, usandsynligt, at varemærkets væsentligste funktion — over for forbrugerne at garantere varernes og tjenesteydelsernes oprindelse — er blevet påvirket eller vil være i fare for at blive påvirket²⁸. Eftersom Googles brug ikke omfatter varer eller tjenesteydelser af samme eller lignende art, kan der i princippet ikke være risiko for forveksling for forbrugerne. Under alle omstændigheder er denne betingelse således heller ikke opfyldt.

27 — Jf. fodnote 21 ovenfor.

28 — Jf. dommen i sagen O2 Holdings og O2 (UK), præmis 57-59.

b) Googles brug i forbindelse med visning i AdWords af annoncer sammen med naturlige resultater, der vises som svar på de søgeord, der svarer til varemærkerne

70. Før jeg analyserer, om denne brug udgør en varemærkekrænkelse, er det vigtigt at behandle de foreliggende sagers mulige indvirkning på Googles søgemaskine.

71. Det omtvistede forhold er visningen af annoncer, der udløses af brugen af søgeord, der svarer til varemærkerne. Hvis en sådan brug imidlertid anses for at udgøre en varemærkekrænkelse, kan det være vanskeligt at hindre denne afgørelse fra også at finde anvendelse på brugen af søgeord i Googles søgemaskine. På trods af det forhold, at de forelagte spørgsmål er begrænset til AdWords, viser parternes anbringender, at de er klar over denne risiko. De har ret i, at Googles nuværende aktivitet med AdWords kan adskilles fra Googles aktivitet som udbyder af en søgemaskine. Når det er sagt, er der ingen væsentlig forskel mellem den brug, som Google selv gør af søgeord i sin søgemaskine, og den brug, som Google gør af dem i AdWords: Google viser et vist indhold som svar på disse søgeord.

72. Det er korrekt, at Google ved at knytte annoncer til visse søgeord i AdWords giver

annoncørernes websteder en yderligere eksponering. Det skal dog erindres, at sådanne websteder, selv webstederne med kopi-varerne, kunne findes blandt de naturlige resultater for de samme søgeord (afhængig af deres relevans som opfanget af søgemaskinens automatiske algoritme). Det skal også erindres, at annoncer og naturlige resultater har meget lignende kendetegn: en kort meddelelse og et link. Forskellen mellem annoncer og naturlige resultater ligger derfor ikke så meget i, om annoncer giver eksponering eller ej, men mere i eksponeringsgraden. Jeg er i tvivl om, hvorvidt denne gradsforskel er tilstrækkelig til for så vidt angår varemærkebeskyttelse at sondre mellem visningen af annoncer på den ene side og naturlige resultater på den anden, idet begge tilvejebringes som svar på de samme søgeord.

73. Navnlig synes jeg, at det er vanskeligt at argumentere for en sådan sondring på grundlag af Domstolens betingelser for, at der foreligger en varemærkekrænkelse, og som ikke afhænger af aktivitetens art, så længe brugen er erhvervsmæssig. Jeg vil ikke desto mindre gerne gøre det klart, at denne vanskelighed ikke i sig selv er tilstrækkelig til at udelukke muligheden for en varemærkekrænkelse i de foreliggende sager. Min begrundelse for at henlede Domstolens opmærksomhed på dette spørgsmål er at fremhæve alle mulige følger af de foreliggende sager. Hvis Domstolen finder, at Googles visning af websteder som svar på visse søgeord udgør en varemærkekrænkelse, kan det være vanskeligt at sondre mellem situationen omfattende

AdWords og situationen omfattende Googles søgemaskine.

74. For at godtgøre, at der er risiko for »overlapning« mellem de to, vil jeg sammenligne anvendelsen af betingelserne for en varemærkekrænkelse med det forhold, at der som svar på søgeord, der svarer til varemærker, vises henholdsvis annoncer og naturlige resultater. Denne sammenligning vil endvidere vise sig at være nyttig ved vurderingen af risikoen for forveksling.

i) Er brugen erhvervsmæssig?

75. Som omtalt ovenfor, er denne betingelse opfyldt, når brugen sker som led i »erhvervsmæssig virksomhed, hvormed der søges opnået økonomisk vinding«²⁹.

76. Dette er tilfældet med Googles visning af annoncer: Når internetbrugerne klikker på disse annonceres links, får Google betaling af annoncørerne. Denne betingelse skal derfor anses for opfyldt.

29 — Jf. fodnote 24 ovenfor.

77. Til sammenligning sker visningen af naturlige resultater som svar på de samme søgeord også for »opnå[else af] økonomisk vinding«. Naturlige resultater tilvejebringes ikke som velgørehed: De tilvejebringes, fordi AdWords som ovenfor omtalt fungerer inden for den samme sammenhæng ved at tilbyde nogle websteder yderligere eksponering. Værdien af denne eksponering afhænger af internetbrugernes brug af søgemaskinen. Selv om Google ikke direkte får noget for denne brug, ligger den åbenlyst til grund for den indtægt, som Google har fra AdWords, som til gengæld gør det muligt at finansiere Googles søgemaskine. Visningen af naturlige resultater i Googles søgemaskine opfylder som sådan også denne betingelse.

ii) Vedrører brugen varer eller tjenesteydelser af samme eller lignende art som dem, der er dækket af varemærkerne?

78. Som det er blevet anført, afhænger denne betingelse af, at der skabes en forbindelse mellem brugen af varemærket og de varer, der markedsføres, eller tjenesteydelser, der sælges³⁰.

79. Dette er, hvad Google gør i AdWords: Ved at vise annoncer som svar på de søgeord,

30 — Jf. fodnote 25 ovenfor.

som svarer til varemærker, skaber Google en forbindelse mellem disse søgeord og de websteder, der reklameres for, herunder de varer, der markedsføres, eller de tjenesteydelser, der leveres via disse websteder. Selv om søgeordene ikke i sig selv findes i selve annoncerne, er denne brug omfattet af begrebet brug »i reklameøjemed«, således som der henvises til i artikel 5, stk. 3, litra d), i direktiv 89/104: Den skabte forbindelse er mellem varemærket og de varer eller tjenesteydelser, der reklameres for. De pågældende websteder sælger varer, som er af samme eller lignende art som dem, der er dækket af varemærket (herunder kopivarer). Denne betingelse skal derfor anses for opfyldt.

den i artikel 5, stk. 3, litra d), i direktiv 89/104 omhandlede forstand. Der er intet behov for at behandle dette spørgsmål³¹: Der skabes en forbindelse mellem søgeordene og de varer, der sælges, eller de tjenesteydelser, der leveres via de websteder, der vises som naturlige resultater, og dette er tilstrækkeligt til, at visningen af naturlige resultater opfylder denne betingelse.

iii) Påvirker brugen eller kan brugen påvirke varemærkets væsentligste funktion på grund af, at der i offentligheden er risiko for forveksling?

80. Der skabes helt den samme forbindelse mellem søgeord, som svarer til varemærker, og websteder, der vises som naturlige resultater. Der kunne argumenteres for, at forbindelsen er anderledes, fordi annoncer og naturlige resultater fremtræder forskelligt. Dette er dog ikke tilfældet: De er begge sammensat af en kort meddelelse og et link til et websted. AdWords efterligner bevidst Googles søgemaskine, fordi søgemaskinens funktion netop er at skabe en forbindelse mellem søgeord og websteder.

82. Som ovenfor omtalt, omfatter denne betingelse en vurdering af, om der er risiko for forveksling fra forbrugernes side hvad angår varernes eller tjenesteydelsernes oprindelse³².

81. Det kan også påstås, at eftersom Google intet får for at vise naturlige resultater, eller eftersom indehaverne af websteder ikke påvirker den korte ledsagende meddelelses indhold, udgør det ikke en brug »i reklameøjemed« i

83. Det er nyttigt at erindre om, at Domstolen kun bliver spurgt om brugen af søgeord, som svarer til varemærker. Domstolen bliver ikke spurgt om brugen af varemærker i annoncer eller på varer, der sælges via de

31 — Nemlig om artikel 5, stk. 3, litra d), omfatter de gratis og automatiserede reklamemeddelelser fra Googles søgemaskine eller kræver en betalingstjeneste såsom AdWords.

32 — Jf. fodnote 28 ovenfor.

websteder, der reklameres for. Begge disse sidstnævnte former for tredjemands brug kan føre til forveksling og i sig selv udgøre en krænkelse. Dette vil dog kun påvirke Googles brug af søgeord, hvis teorien om »medvirken til krænkelse« bliver godtaget: Googles brug vil kun udgøre en krænkelse på grund af medvirken til en krænkelse begået af tredjemand. Som ovenfor anført vil denne mulighed blive særskilt analyseret. For nærværende vil jeg koncentrere mig om den mulige risiko for forveksling, som skyldes brugen af søgeordene ved visningen af annoncer, uanset disse annonceres art og de involverede websteder.

84. Som det er blevet anført, skaber visningen af annoncer en forbindelse mellem de søgeord, der svarer til varemærket, og de websteder, der reklameres for. Spørgsmålet er, om denne forbindelse kan føre forbrugerne til at forveksle oprindelsen af de varer eller tjenesteydelser, der udbydes på disse websteder — selv inden disse websteders indhold tages i betragtning. Hvis en sådan risiko skal foreligge, skal forbrugerne antage — ud fra det blotte forhold, at visse websteder knyttes til sådanne søgeord — at disse websteder hidrører »fra den samme virksomhed [som varemærkeindehaverne] eller i givet fald fra økonomisk forbundne virksomheder«³³.

33 — Dommen i sagen O2 Holdings og O2 (UK), præmis 59, dom af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 17, og Medion-dommen, præmis 26.

85. En sådan risiko for forveksling kan ikke formodes. Den skal positivt fastslås³⁴. Spørgsmålet, om der er risiko for forveksling, skal sædvanligvis afgøres af den forelæggende ret, da det kan indebære komplekse faktiske vurderinger³⁵. Parterne har ikke desto mindre opfordret Domstolen til at afgøre risikoen, nemlig om internetbrugere »forveksler« annoncer med naturlige resultater³⁶. Selv hvis Domstolen var i stand til at foretage denne konkrete faktiske vurdering, er det min opfattelse, at det ikke ville tjene noget formål — faktisk er selve spørgsmålet vildledende.

86. Parterne antager, når de sammenligner annoncer med naturlige resultater, at naturlige resultater er en stedfortræder for »ægte« resultater — dvs. at de hidrører fra varemærkeindehaverne selv. Det gør de imidlertid ikke. Naturlige resultater er ligesom de annoncer, der vises, blot oplysninger, som Google på grundlag af visse kriterier viser som svar på søgeordene. Mange af de websteder, der vises, svarer faktisk ikke til varemærkeindehavernes websteder.

87. Parterne påvirkes af den opfattelse, som jeg henviste til i begyndelsen — at hvis en

34 — Jf. dom af 22.6.2000, sag C-425/98, Marca Mode, Sml. I, s. 4861, præmis 33 og 39.

35 — Domstolen kan dog selv foretage denne vurdering i situationer, hvor de faktiske omstændigheder er tilstrækkeligt klare til at fastslå visse sondringer (jf. Céline-dommen, præmis 21 og 25-28), eller træffe direkte afgørelse om spørgsmålet (jf. Arsenal Football Club-dommen, præmis 56-60). De foreliggende sager indebærer, således som det vil fremgå, en sådan situation.

36 — Jf. fodnote 8 ovenfor.

internetbruger søger noget i Googles søgemaskine, vil internetbrugeren finde det. Der er dog ikke tale om 100% tiltro. Internetbrugerne er klar over, at de skal gennemgå de naturlige resultater af deres søgning, som ofte er af større antal. De kan forvente, at nogle af disse naturlige resultater vil være til varemærkeindehaverens websted (eller en virksomhed, der er økonomisk forbundet hermed), men de vil bestemt ikke tro dette om alle naturlige resultater. Endvidere leder de nogle gange måske ikke engang efter varemærkeindehaverens websted: Eksempelvis er de måske ikke interesseret i at købe varemærkeindehaverens varer, men blot i at få adgang til websteder, der tester disse varer.

88. Googles søgemaskine yder hjælp ved sorteringen af de naturlige resultater ved at opstille dem i rækkefølge i henhold til deres relevans for de anvendte søgeord. Internetbrugerne kan på baggrund af kvaliteten af Googles søgemaskine have en forventning om, at de mere relevante resultater vil omfatte varemærkeindehaverens websted, eller hvilket websted de nu måtte lede efter. Dette er dog blot en forventning. Bekræftelsen kommer først, når webstedets link viser sig, beskrivelsen er læst, og der er klikket på linket. Ofte skuffes forventningen, og internetbrugerne vil gå tilbage og prøve det næste relevante resultat.

89. Googles søgemaskine er blot et redskab: Den forbindelse, den skaber mellem

søgeord, der svarer til varemærker, og naturlige resultater, herunder også de mere relevante websteder, er ikke tilstrækkelig til at føre til forveksling. Internetbrugerne træffer først afgørelse om oprindelsen af de varer eller tjenesteydelser, der udbydes på webstederne, ved at læse deres beskrivelse og i sidste ende ved at forlade Google og gå ind på disse websteder.

90. Internetbrugere behandler annoncer på samme måde, som de behandler naturlige resultater. Ved at bruge AdWords forsøger annoncørerne faktisk at få deres annoncer til at drage fordel af den samme forventning om at være relevant for søgningen — dette er grunden til, at de vises sammen med de mere relevante naturlige resultater. Selv om det antages, at internetbrugerne leder efter varemærkeindehaverens websted, er der dog ingen risiko for forveksling, hvis de også får forevist annoncer.

91. Som med naturlige resultater vil internetbrugere kun foretage en vurdering af oprindelsen af de varer eller tjenesteydelser, der reklameres for, på grundlag af annoncens indhold og ved at besøge de websteder, der reklameres for. De vil ikke foretage en vurdering, der blot bygger på det forhold, at annoncerne vises som svar på søgeord, der svarer til varemærker. Risikoen for forveksling ligger i annoncen og i de annoncerede websteder, men således som det allerede er anført, er Domstolen ikke blevet spurgt om sådanne former for brug fra tredjemands side:

Domstolen er kun blevet spurgt om Googles brug af søgeord, der svarer til varemærker.

udnytter eller kan skade varemærkets særpræg eller renommé³⁷.

92. Det skal derfor konkluderes, at hverken visningen af annoncer eller visningen af naturlige resultater som svar på søgeord, der svarer til varemærker, fører til risiko for forveksling hvad angår varernes og tjenesteydelsernes oprindelse. Derfor påvirker hverken AdWords eller Googles søgemaskine varemærkets væsentligste funktion og skaber heller ikke risiko herfor.

94. Domstolen har bekræftet, at denne særlige beskyttelse for renommerede varemærker ikke afhænger af, om der er risiko for forveksling fra forbrugernes side³⁸. Denne særlige beskyttelse er derfor uafhængig af varemærkets væsentligste funktion med at garantere varernes eller tjenesteydelsernes oprindelse og vedrører andre af varemærkets funktioner.

c) Om de former for brug, som Google gør af søgeord, der svarer til varemærker, påvirker andre af varemærkets funktioner end dets væsentlige funktion, navnlig om de medfører en utilbørlig udnyttelse af eller kan skade varemærkets særpræg eller renommé

93. Renommerede varemærker nyder særlig beskyttelse sammenlignet med almindelige varemærker: Brugen heraf kan forhindres ikke kun i forbindelse med varer eller tjenesteydelser af samme eller lignende art, men også i forbindelse med enhver vare eller tjenesteydelse, som utilbørligt

95. Domstolen har udtalt, at sådanne andre af varemærkets funktioner omfatter en garanti for varernes eller tjenesteydelsernes kvalitet og kommunikations-, investerings- eller reklamefunktioner. Domstolen har også udtalt, at sådanne funktioner ikke er begrænset til renommerede varemærker, men finder anvendelse på alle varemærker³⁹.

37 — Jf. dommen i sagen L'Oréal m.fl., præmis 34, Marca Mode-dommen, præmis 36, samt dom af 23.10.2003, sag C-408/01, Adidas-Salomon og Adidas Benelux, Sml. I, s. 12537, præmis 27, og af 10.4.2008, sag C-102/07, adidas og adidas Benelux, Sml. I, s. 2439, præmis 40. Jf. Også vedrørende artikel 4, stk. 4, litra a), i direktiv 89/104, dom af 27.11.2008, sag C-252/07, Intel Corporation, Sml. I, s. 8787, præmis 26.

38 — Dommen i sagen L'Oréal m.fl., præmis 50. Selv om Domstolen fandt, at dette kun var tilfældet for utilbørlig udnyttelse, bør denne konklusion også finde anvendelse på skade på varemærkets særpræg eller renommé.

39 — Jf. dommen i sagen L'Oréal m.fl., præmis 63 og 64.

96. Domstolen fremkom i denne sammenhæng med to vigtige klarlæggelser. Den bekræftede for det første, at varemærker samtidig med formålet om at forhindre, at forbrugerne vildledes, også tjener til at fremme innovation og kommerciel investering. Et varemærke beskytter den investering, som varemærkeindehaveren har foretaget i den vare eller tjenesteydelse, der er knyttet til varemærket, og herved skabes økonomisk tilskyndelse til yderligere innovation og investering. Varemærkets andre funktioner, således som opregnet af Domstolen, vedrører den nævnte funktion om at fremme innovation og investering.

97. Som en anden klarlæggelse definerede Domstolen en glidende skala for beskyttelse af denne innovation og investering. Der findes ikke en sådan skala hvad angår det forhold at forhindre forbrugerne i at blive vildledt: Når der er risiko for forveksling, vil der altid være en varemærkekrænkelse⁴⁰. Ud over risikoen for forveksling er der forskellige betingelser for, at der foreligger en varemærkekrænkelse.

98. Øverst på skalaen står den særlige beskyttelse i henhold til artikel 5, stk. 2, i direktiv 80/104 for renommerede varemærker. Den »kommercielle indsats, som varemærkeindehaveren har ydet for at skabe og vedligeholde varemærkets image« gør det

muligt at forhindre en lang række associationer: fra de negative associationer, der kan skade varemærkets renommé eller særpræg, til de positive associationer, der drager fordel af indehaverens investering⁴¹.

99. I midten af skalaen har man beskyttelsen i henhold til artikel 5, stk. 1, litra a), i direktiv 89/104 vedrørende varer eller tjenesteydelser, der er af samme art som de af varemærket omfattede. Det var i henhold til varer eller tjenesteydelser af samme art, at Domstolen udtalte, at varemærkeindehaveren kan forhindre brug, som påvirker funktionerne med at garantere de pågældende varers eller tjenesteydelsers kvalitet og »kommunikations-, investerings- eller reklamefunktioner«⁴².

100. I bunden af skalaen finder vi beskyttelsen i henhold til artikel 5, stk. 1, litra b), i direktiv 89/104 vedrørende varer eller tjenesteydelser, der er af lignende art som de af varemærket omfattede. Denne beskyttelse er ifølge Domstolen ikke den samme som beskyttelsen i henhold til artikel 5, stk. 1, litra a): Efter som det kun er ligheden mellem varerne og tjenesteydelserne, der er spørgsmål om, »er risikoen for forveksling en udtrykkelig betingelse for beskyttelsen«⁴³. Varemærkets andre

41 — Jf. dommen i sagen L'Oréal m.fl., præmis 50.

42 — Jf. fodnote 39 ovenfor.

43 — Jf. dommen i sagen L'Oréal m.fl., præmis 59.

40 — Jf. fodnote 23 ovenfor.

funktioner kan derfor kun påvirkes i ganske særlige tilfælde, som endnu ikke er defineret af Domstolen.

101. Alle disse former for beskyttelse — uanset deres placering på den glidende skala — er forbundet med det forhold at fremme innovation og investering. Den række af associationer, der kan forhindres, er forskellig i henhold til det, der anses for legitimt i lyset af denne innovation og investering: bedre beskyttelse for renommerede varemærker end for almindelige varemærker og bedre beskyttelse for varer eller tjenesteydelser af samme art end for lignende varer eller tjenesteydelser af lignende art⁴⁴.

102. Uanset den beskyttelse, som innovation og investering tildeles, er den ikke desto mindre aldrig absolut. Den skal altid afvejes mod andre interesser, på samme måde som selve varemærkebeskyttelsen afvejes mod dem. Det er min opfattelse, at de foreliggende sager kræver en sådan afvejning i forhold til ytringsfrihed og frihed til at drive handel⁴⁵.

44 — Jf. Arsenal Football Club-dommen, præmis 54: »[Varemærke]indehaveren vil således ikke kunne forbyde brugen af et tegn, der er identisk med varemærket, for varer af samme art som dem, for hvilke varemærket er registreret, hvis denne brug ikke kan skade hans egne interesser som indehaver af varemærket, når henses til dets funktioner.«

45 — Domstolen har behandlet disse mål af almen interesse uden for varemærkesammenhængen i dom af 25.3.2004, sag C-71/02, Karner, Sml. I, s. 3025, præmis 50, og af 10.7.2003, forenede sager C-20/00 og C-64/00, Booker Aquaculture og Hydro Seafood, Sml. I, s. 7411, præmis 68.

103. Disse friheder er særligt vigtige i denne sammenhæng, fordi det forhold at fremme innovation og investering også kræver konkurrence og fri adgang til idéer, ord og tegn. At fremme disse interesser er altid resultatet af en afvejning mellem tilskyndelse i form af private goder, der gives til dem, der indfører nye metoder og investerer, og den offentlige karakter af de goder, der er nødvendige for at støtte og bære innovationen og investeringerne. Denne afvejning er kernen i varemærkebeskyttelsen. Varemærkerettigheder kan derfor ikke, på trods af forbindelsen til varemærkeindehaverens interesser, opfattes som klassiske ejendomsrettigheder, der gør det muligt for varemærkeindehaveren at udelukke enhver form for brug⁴⁶. Omdannelsen af visse udtryk og tegn — offentlige goder efter deres art — til private goder er resultatet af loven og er begrænset til de legitime interesser, som i henhold til loven nyder beskyttelse. Af denne årsag er det kun visse former for brug, som varemærkeindehaveren kan forhindre, mens mange andre skal godtages⁴⁷.

104. En af de former for brug, der skal godtages, er brugen, der alene har beskrivende formål. Domstolen har udtalt, at varemærkeindehaveren ikke kan forhindre brugen af et varemærke til at beskrive varernes eller tjenesteydelsernes kendetegn, hvis den klart angiver de omfattede varers eller tjenesteydelsers oprindelse⁴⁸. Domstolen gjorde det således klart, at brug, der alene har beskri-

46 — Jf. Arsenal Football Club-dommen, præmis 51-54.

47 — Navnlige de former for brug, der ikke opfylder betingelserne for varemærkekrænkelse som opstillet i Domstolens praksis, jf. fodnote 21 ovenfor.

48 — Dom af 14.5.2002, sag C-2/00, Hölterhoff, Sml. I, s. 4187, præmis 16 og 17.

vende formål, »ikke gør indgreb i nogen af de interesser, som [artikel 5, stk. 1, i direktiv 89/104] skal beskytte«⁴⁹. Dette omfatter pr. definition de af varemærkets funktioner, der vedrører innovation og investering⁵⁰. Brug, der alene har beskrivende formål, er derfor tilladt, selv når den omfatter renommerede varemærker⁵¹.

at drive handel, som stimulerer konkurrence og er til fordel for forbrugerne⁵⁴. Selv ikke den investering, som et renommeret varemærke repræsenterer, er således immun over for sådanne reklamer⁵⁵.

105. En anden sådan situation er sammenlignende reklame som defineret i direktiv 84/450⁵², som giver virksomheder mulighed for at anvende tegn, der er identiske med konkurrenters varemærker, med henblik på at sammenligne deres varer og tjenesteydelser⁵³. Sammenlignende reklamer drager efter deres art fordel af varemærkeindehaveres forudgående innovation og investering med henblik på at reklamere for konkurrerende varer. Det forhold, at dette tillades, viser betydningen af ytringsfriheden og friheden til

106. Spørgsmålet i de foreliggende sager er, om ytringsfriheden og friheden til at drive handel også skal veje tungere end varemærkeindehaverens interesser i sammenhæng med Googles brug af søgeord, der svarer til varemærker. Disse former for brug har ikke kun beskrivende formål⁵⁶, og de udgør heller ikke sammenlignende reklame. AdWords skaber imidlertid på en måde, der kan sammenlignes med disse situationer, en forbindelse til varemærket, således at forbrugerne kan få oplysninger, der ikke indebærer risiko for forveksling: Dette sker både indirekte, når AdWords gør det muligt at vælge søgeord, og direkte, når AdWords viser annoncer.

49 — Arsenal Football Club-dommen, præmis 54.

50 — Domstolen kunne have anvendt artikel 6, stk. 1, litra b), på de former for brug, der alene har de omtvistede beskrivende formål i Hölterhoff-dommen. I henhold til denne bestemmelse kan varemærkeindehaveren ikke forbyde andre at gøre erhvervsomæssig brug af bl.a. »angivelser vedrørende [...] art, beskaffenhed, mængde, anvendelse«, forudsat at tredjemand bruger dem i overensstemmelse med »redelig markedsføringskik« (jf. generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Hölterhoff-sagen, punkt 47-61). Domstolen valgte i stedet at gøre en ubetinget undtagelse fra varemærkebeskyttelsen.

51 — Dommen i sagen L'Oréal m.fl., præmis 62. På trods af det forhold, at sagen vedrørte renommerede varemærker, adskilte Domstolen den på grund af de faktiske omstændigheder fra de former for brug, der alene har beskrivende formål i Hölterhoff-dommen.

52 — Rådets direktiv 84/450/EØF af 10.9.1984 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om vildledende reklame (EFT L 250, s. 17), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/55/EF af 6.10.1997 (EFT L 290, s. 18) og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11.5.2005 (EUT L 149, s. 22).

53 — Jf. dommen i sagen O2 Holdings og O2 (UK), præmis 41-45.

54 — Jf. dommen i sagen O2 Holdings og O2 (UK), præmis 38-40, og i sagen L'Oréal m.fl., præmis 68.

55 — Sammenlignende reklame anses ikke i sig selv for en utilbørlig fordel i henhold til artikel 3, litra g), i direktiv 84/450. I dommen i sagen L'Oréal m.fl. bestod den sammenlignende reklame af efterligninger, der er omfattet af direktivets artikel 3, litra g), hvilken Domstolen fandt udgjorde en utilbørlig fordel.

56 — Googles brug, som gør det muligt for annoncører at vælge søgeord, der svarer til varemærker, har en vis lighed med brug, der alene har beskrivende formål: Når Google udbyder denne mulighed, beskriver Google, hvordan AdWords-tjenesten vil fungere, når disse søgeord tastes ind i søgemaskinen. Mens der i Hölterhoff-dommen var tale om identiske varer, der blev beskrevet (en varemærkebeskyttet form for slibning af en ædelsten blev brugt til at beskrive en anden), er dette ikke tilfældet her (varemærker, der knyttes til en række varer og tjenesteydelser, bruges til at beskrive, hvorledes Googles reklameordning vil fungere). Dette viser, at brugen ikke kun har beskrivende formål: Den giver mulighed for reklameeksponering i søgemaskinesammenhæng.

107. Googles former for brug af søgeord, der svarer til varemærkerne, er uafhængige af brugen af varemærkerne i de viste annoncer og på de websteder, der reklameres for i AdWords. De er begrænset til at give forbrugeren disse oplysninger. Google gør det på en måde, der kan siges at gøre endnu mindre indgreb i varemærkeindehavernes interesser end brug med rent beskrivende formål eller sammenlignende reklame. Således som jeg straks vil redegøre for, fremgår dette tydeligere, hvis man tænker over, hvor absurd det ville være at tillade websteder at bruge et varemærke med rent beskrivende formål eller til sammenlignende reklame, men ikke at tillade Google at vise et link til disse websteder. Det er følgelig min opfattelse, at der bør gælde det samme princip: Da der ikke foreligger nogen risiko for forveksling, har varemærkeindehaverne ingen generel ret til at forbyde disse former for brug.

108. Det, jeg er bange for, er, at hvis varemærkeindehaverne fik lov til at forhindre disse former for brug på grundlag af varemærkeskyttelsen, ville de indføre en absolut ret til at kontrollere brugen af deres varemærker som søgeord. En sådan absolut ret til at kontrollere vil faktisk dække alt, der kan vises og siges i cyberspace vedrørende den vare eller tjenesteydelse, der er forbundet med varemærket.

109. Det er korrekt, at varemærkeindehaverne i de foreliggende sager begrænser deres søgsmålkrav til Googles brug i AdWords. Når forestillingen om »forveksling« mellem

annoncer og naturlige resultater imidlertid én gang er blevet afvist, bliver dette et spørgsmål om perspektiv: Varemærkeindehavere kan også forsøge at forhindre visningen af naturlige resultater ved siden af annoncer. Den ret til at kontrollere, som de kræver, dækker alle resultater af søgeord, der svarer til deres varemærker.

110. En sådan absolut ret til at kontrollere ville ikke tage hensyn til internettets særlige art og søgeords rolle på internettet. Internettet fungerer uden nogen central kontrol, og dette er måske nøglen til dets vækst og succes: Internettet er afhængigt af det, de forskellige brugere frivilligt tilføjer hertil⁵⁷. Søgeord er et af instrumenterne — hvis ikke hovedinstrumentet — hvorved disse oplysninger organiseres og stilles til rådighed for internetbrugere. Søgeord er derfor i sig selv indholdsneutrale: De giver internetbrugere mulighed for at nå websteder, der er knyttet til sådanne ord. Mange af disse websteder er helt legitime og lovlige, selv om de ikke er varemærkeindehaverens websted.

111. Internetbrugernes adgang til oplysninger om varemærket skal derfor ikke være begrænset til eller af varemærkeindehaveren. Denne udtalelse finder ikke kun anvendelse på søgemaskiner såsom Googles. Ved at

57 — Det er blevet bemærket, at internettet kunne have været designet på en anden måde med mere centraliseret kontrol, filtrering af indhold og lukkede protokoller (jf., dog i et kritisk lys, J. Boyle, *The Public Domain*, Yale University Press, 2008, s. 80).

kræve ret til at udøve kontrol over søgeord, som svarer til varemærker, i annoncesystemer såsom AdWords, kunne varemærkeindehavere faktisk forhindre internetbrugere i at se andre parters annoncer for helt legitime aktiviteter, der vedrører varemærkerne. Dette ville f.eks. ramme websteder, der er dedikeret til anmeldelser af varer, prissammenligninger eller salg af brugte varer.

andre funktioner, nemlig som garanti for vareernes eller tjenesteydelseernes kvalitet eller kommunikations-, investerings- eller reklamefunktioner. Renommerede varemærker er berettiget til særlig beskyttelse på grund af disse funktioner, men heller ikke her kan disse funktioner antages at blive påvirket. Googles brug kan således ikke forhindres, selv hvis den omfatter renommerede varemærker

112. Det skal erindres, at disse aktiviteter er legitime, netop fordi varemærkeindehavere ikke har en absolut ret til at kontrollere brugen af deres varemærker. Domstolen spillede en afgørende rolle i fastslåelsen heraf ved at finde, at varemærkeindehaveres interesser ikke var tilstrækkelige til at forhindre forbrugere i at drage fordel af et indre marked med konkurrence⁵⁸. Det vil være paradoksalt, hvis Domstolen nu skal indskrænke forbrugernes mulighed for at få adgang til disse fordele som internetbrugere gennem brugen af søgeord.

113. Det skal derfor konkluderes, at Googles brug i AdWords af søgeord, der svarer til varemærker, ikke gør indgreb i varemærkets

d) Udgør Googles mulige medvirken gennem AdWords til tredjemands varemærkekrænkelser i sig selv en varemærkekrænkelse?

114. Det er allerede blevet bemærket, at varemærkeindehavernes argumenter ikke synes at sondre mellem Googles brug af deres varemærker og tredjemands brug. Når Google gør det muligt at vælge søgeord, som svarer til varemærker, eller viser annoncer som svar på disse søgeord, er det muligheden for, at varemærket falder i »de forkerte hænder« på websteder med ulovlige kopivarer, som varemærkeindehaverne fremhæver som argument for, at Google er skyldig i en varemærkekrænkelse.

115. Varemærkeindehavere har intet retligt problem med at gribe ind over for websteder med kopivarer, idet sådanne websteder klart

58 — Nemlig ved at fjerne konkurrerende og varemærkebe-grænsninger for at tillade distributorers parallelimport (jf. dom af 13.7.1966, forenede sager 56/64 og 58/64, Consten og Grundig mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 245) og ved at opstille konsumptionsprincippet, som gør det tilladt at sælge brugte varer (jf. dom af 17.10.1990, HAG II, Sml. I, s. 3711, præmis 12).

medvirker til varemærkekrænkelser. Der skal dog ikke ses bort fra de praktiske vanskeligheder hermed. Det er ofte vanskeligt at fastlægge ejerskabet til sådanne websteder, den lovgivning, der finder anvendelse, og værnetinget og at gennemføre de respektive procedurer. Det er endvidere åbenbart, at varemærkeindehavere er af den opfattelse, at andre websteder hurtigt kan erstatte de websteder, der findes at udgøre en krænkelse. De har derfor rettet deres opmærksomhed mod AdWords: For at anvende en kendt metafor, er det deres opfattelse, at den mest effektive måde at stoppe budskabet på, er at stoppe budbringeren.

116. Jeg konkluderede ovenfor, at ingen af de former for brug, som Google gør i AdWords af søgeord, der svarer til varemærker, udgør en varemærkekrænkelse. Sådanne former for brug kan klart adskilles fra tredjemands brug på eget websted, på varer, der sælges på disse websteder, og i ordlyden af de annoncer, der vises i AdWords. Domstolen skal kun vurdere brugen af søgeord, der svarer til varemærker. Det, varemærkeindehaverne tilsigter, er, at tredjemands mulige brug bliver en afgørende faktor i denne vurdering.

117. Det af varemærkeindehaverne foreslåede princip er følgende: Eftersom Googles brug potentielt kan medvirke til tredjemands

krænkelser, bør disse former for brug også behandles som krænkelse — på trods af det forhold, at disse former for brug ikke i sig selv opfylder betingelserne for, at der foreligger en krænkelse. Således som omtalt, vil dette indebære en betydelig udvidelse af varemærkebeskyttelsens rækkevidde hen imod det, der i USA kaldes »contributory infringement«⁵⁹. Denne udvidelse vil være ny i de fleste medlemsstater, som traditionelt behandler disse situationer under erstatningsretten. Dette vil også være nyt for Domstolens praksis, som indtil nu har fokuseret på særskilt, individuel brug⁶⁰.

118. Det er åbenlyst, hvorfor varemærkeindehaverne har fokuseret på tredjemands potentielle krænkelse: Hvis det blev krævet, at websteder med ulovlige kopivarer faktisk foretog krænkelse, ville de praktiske vanskeligheder med at forfølge dem i vidt omfang fortsat være de samme⁶¹. Selv hvis varemærkeindehaverne ikke allerede havde gjort det, ville begrebet varemærkekrænkelse, der bygger på tredjemands faktiske krænkelse, dog stadig skulle forkastes. En form for brug er ikke nødvendigvis afhængig af en efterfølgende brug. Når Google giver mulighed for at vælge søgeord, eller når Google viser annoncer som svar på disse søgeord, er brugen den samme, uanset om der er eller ikke er webste-

59 — Jf. fodnote 19 ovenfor.

60 — Betingelserne for, at der foreligger en krænkelse, forudsætter en individuel brug, jf. fodnote 21 ovenfor. I Céline-dommen sondrede Domstolen mellem Leks. samme virksomheds forskellige former for brug, jf. fodnote 25 ovenfor.

61 — Varemærkeindehaverens påstande afspejles i de præjudicielle spørgsmål, som fokuserer på at stille søgeord, der svarer til varemærker, til rådighed for udvælgelse — en mulighed, som går forud for og er uafhængig af tredjemands krænkelse.

der med ulovlige kopivarer involveret. Som fremhævet ovenfor, har Domstolen med rette udformet sin praksis således, at den fokuserer på særskilte, individuelle former for brug, og jeg kan ikke se nogen grund til en radikal ændring af denne fremgangsmåde med ganske uforudsigelige resultater.

Logikken i og følgerne af »contributory infringement« bliver åbenbare, når det erindres, at en af de mest berømte sager, der er anlagt i USA i henhold til denne teori, og som vedrørte ophavsret, forsøgte at forbyde fremstillingen og salget af videooptagere⁶³.

119. Vigtigst er, at jeg forkaster den opfattelse, at den handling at medvirke til tredjemands, aktuelle eller potentielle, varemærkekrænkelser skulle udgøre en varemærkekrænkelser i sig selv. De risici, som sådan en medvirken indebærer, er naturlige for de fleste ordninger, som letter adgangen til og leveringen af oplysninger. Sådanne ordninger kan bruges både til gode og slette formål.

121. Varemærkeindehavernes påstande vil skabe alvorlige hindringer for enhver ordning med levering af oplysninger. Enhver, der skaber eller forvalter sådan en ordning, vil skulle lemlæste den fra begyndelsen for at fjerne den blotte mulighed for tredjemands krænkelser. Som følge heraf vil de stræbe mod overbeskyttelse for at mindske risikoen for ansvarspådragelse eller endog becostelige retssager.

120. Dette er også situationen med Googles søgemaskine, men man behøver ikke kun se på digitale eksempler. Opfindelsen af bogtrykkerkunsten har f.eks. mangedoblet mulighederne for krænkelser af intellektuelle ejendomsrettigheder, og det ville dog være absurd at argumentere for, at f.eks. aviser på grund af sådanne muligheder burde være forbudte eller i det mindste, at deres annoncering eller rubrikannoncer burde være forbudte⁶².

122. Hvor mange ord vil Google skulle blokere fra AdWords for at sikre, at ingen varemærker blev krænket? Hvis brugen af søgeord endvidere kan medvirke til varemærkekrænkelser, hvor langt vil Google være fra at skulle blokere disse ord fra sin søgemaskine? Det

62 — Situationen i de foreliggende sager er faktisk i nogle henseende, tilsvarende situationen med rubrikannoncer i aviser: De er sædvanligvis ikke genstand for varemærkeskyttelse (hvad angår avisen), men kan give anledning til ansvar under visse omstændigheder.

63 — Sony Corp. of America mod Universal City Studios, Inc., 464 US 417 (1984). Andre retssager i USA gør de potentielle følger af en bred fortolkning af »contributory infringement« klart. Jf. f.eks. Fonovisa, Inc. mod Cherry Auction, Inc., 76 F.3d 259 (9. Cir. 1996), hvori sagsøger ved at søge udlejeren forsøgte at lukke et marked, hvor der blev solgt materiale, som indebar ophavsretskrænkelser, og Perfect 10, Inc. mod Visa International Service Association, 494 F.3d 788 (9. Cir. 2007), hvori sagsøgeren forsøgte at gøre kreditkortselskaber ansvarlige for deres kunders køb af krænkende materiale online.

er ikke en overdrivelse at sige, at hvis Google blev pålagt en sådan ubegrænset pligt, ville det ændre arten af internettet og søgemaskiner, som vi kender dem.

123. Dette betyder ikke, at varemærkeindehavernes ærinde ikke kan tilgodeses, kun at det skal behandles uden for varemærkebeskyttelsens anvendelsesområde. Erstatningsretten er mere passende, eftersom den ikke grundlæggende ændrer internettets decentraliserede art ved at give varemærkeindehaverne en generelt og virtuelt absolut kontrol over brugen i cyberspace af søgeord, der svarer til deres varemærker. I stedet for gennem varemærkebeskyttelsen at kunne forhindre enhver mulig brug — herunder, således som det er blevet bemærket, mange lovlige og endog ønskelige former for brug — skal varemærkeindehaverne pege på specifikke tilfælde, hvor Google kan pålægges ansvar i sammenhæng med ulovlig skade på deres varemærker. Disse tilfælde skal opfylde ansvarsbetingelserne, som på dette område skal afgøres i henhold til national ret.

124. Det er i sammenhæng med et muligt ansvar, at særlige aspekter af Googles rolle

— sådan som den procedure, der gør det muligt for annoncører at vælge søgeord i AdWords — kan tages i betragtning. Google stiller f.eks. annoncører oplysninger til fri rådighed, som kan hjælpe dem med at maksimere deres annoncørs eksponering. Således som nogle af parterne har anført, kan disse oplysninger om søgeord, der svarer til varemærker, også give (som relaterede søgeord) oplysninger om udtryk, der betegner kopivarer⁶⁴. På grund af disse oplysninger kan annoncører beslutte at vælge disse udtryk som søgeord for at tiltrække internetbrugere. Det er muligt, at Google ved at handle på denne måde medvirker til, at internetbrugere ledes i retning af websteder med kopivarer.

125. I en sådan situation kan Google ifalde ansvar for medvirken til en varemærkekrænkelse. Selv om der er tale om en automatiseret proces, er der intet, som forhindrer Google i at foretage begrænsede udelukkelse af de oplysninger, som Google giver annoncørerne vedrørende associationer til udtryk, som klart betegner kopivarer. De betingelser, hvorunder Google kan pådrage sig ansvar, henhører imidlertid under national ret: De er ikke omfattet af direktiv 89/104 eller forordning nr. 40/94 og ligger derfor uden for de foreliggende sagers genstand.

64 — Jf. fodnote 11 ovenfor.

B — *Det tredje spørgsmål i den første og tredje forelæggelse og det andet spørgsmål i den anden forelæggelse: Finder ansvarsfritagelsen for hosting anvendelse på det indhold, som Google viser i AdWords?*

126. Google viser to former for indhold i AdWords: annoncerens ordlyd og deres links. Begge er resultater af en automatiseret proces, hvorved annoncørerne i overensstemmelse med visse retningslinjer udarbejder ordlyden og indtaster det link, de måtte ønske.

127. Som det er blevet bemærket, kan Google ifalde ansvar i henhold til national ret for at vise indhold, som omfatter varemærkekrænkelser. Endvidere er Googles ansvar ikke begrænset til varemærkekrænkelser: Google kan ifalde ansvar i en civil sag eller i en straffesag.

128. Spørgsmålet er, om Google i henhold til artikel 14 i direktiv 2000/31 er fritaget for et sådant ansvar⁶⁵. Denne fritagelse finder

65 — Rapport fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet og Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg — Første rapport om anvendelsen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8.6.2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked («direktivet om elektronisk handel») KOM/2003/0702/endelig, punkt 4.6: »Direktivets begrænsninger i formidleransvaret er fastsat horisontalt, hvilket betyder, at den dækker både det civile retlige og strafretlige formidleransvar for alle typer ulovlige aktiviteter, der udføres af tredjemand.«

anvendelse i) hvor der er tale om en informationsamfundstjeneste, ii) denne tjeneste består i at lagre oplysninger tilvejebragt af tjenestemodtageren på modtagerens anmodning, og iii) tjenesteyderen har intet konkret kendskab til oplysningernes ulovlige art eller faktiske omstændigheder, som ville gøre en sådan ulovlighed åbenbar, og handler behørigt for at fjerne oplysningerne, når tjenesteyderen er blevet opmærksom på deres ulovlighed.

129. Varemærkeindehaverne, som støttes af Frankrig, har vedrørende de to første betingelser argumenteret for, at i) levering af hyperlinks og søgemaskiner — og dermed leveringen af Googles søgemaskine og den tilknyttede tjeneste AdWords — ikke er omfattet af direktiv 2000/31, og ii) reklameaktiviteten i AdWords ikke kan udgøre hosting i henhold til direktivets artikel 14. Hvad angår den tredje betingelse har de ikke argumenteret for, at Google har konkret kendskab til varemærkekrænkelser, eller at disse krænkelser er åbenbare — hvilke forhold under alle omstændigheder skal vurderes af den forelæggende ret⁶⁶. Jeg vil behandle disse to af varemærkeindehavernes argumenter hver for sig.

66 — Fritagelsen i henhold til artikel 14 i direktiv 2000/31 finder kun anvendelse på ansvar for tredjemands indhold. Den finder ikke anvendelse på formidlerens tjenesteydelsesvirksomhed, som er uafhængig af dette indhold. Direktiv 2000/31 opstiller derfor ikke en generel fritagelse for alle forpligtelser, som binder den tjenesteydelsesvirksomhed, hvorunder hostingen tilvejebringes.

i) Dækker direktiv 2000/31 leveringen af hyperlinks og søgemaskiner og dermed leveringen af AdWords?

132. Lovgivningshistorien giver dog et mere komplekst billede⁶⁹, således som Kommissionens første rapport om anvendelsen af direktiv 2000/31 viser ved at anføre:

130. Direktiv 2000/31 finder anvendelse på informationssamfundstjenester. Disse defineres i artikel 1, stk. 2, i direktiv 98/34 som »enhver tjeneste, der normalt ydes mod betaling, og som teleformidles ad elektronisk vej på individuel anmodning fra en tjenestemodtager«⁶⁷.

131. Der er intet i ordlyden af definitionen af informationssamfundstjenester, som udelukker, at den skulle finde anvendelse på leveringen af hyperlinks og søgemaskiner, dvs. på Googles søgemaskine og AdWords. Elementet »ydes [normalt] mod betaling« kan give anledning til tvivl hvad angår Googles søgemaskine, men således som det er blevet anført, stilles søgemaskinen gratis til rådighed i forventning om betaling gennem AdWords⁶⁸. Eftersom begge tjenester også leveres gennem »teleformid[ling] ved hjælp af elektronisk databehandlingsudstyr [...] på individuel anmodning af en tjenestemodtager«, opfylder de alle nødvendige krav for at kunne anses for informationssamfundstjenester.

»Kommissionen vil under alle omstændigheder og i overensstemmelse med artikel 21 [i direktiv 2000/31] fortsat overvåge og nøje analysere enhver ny udvikling, herunder national lovgivning, retspraksis og administrativ praksis vedrørende formidleransvar, og den vil undersøge ethvert fremtidigt behov for at tilpasse de nuværende lovgivningsmæssige rammer på grundlag af denne udvikling, f.eks. behovet for yderligere begrænsninger i ansvaret for andre aktiviteter, herunder levering af hyperlinks og søgemaskiner.«

67 — Artikel 1, stk. 2, i direktiv 98/34, der er gengivet ovenfor, definerer videre disse betingelser i detaljer.

68 — Dette vil under alle omstændigheder ikke påvirke AdWords, som er en tjeneste, der ydes mod betaling.

69 — Det er vedrørende ansvarsfritagelsen for »caching« i artikel 13 i direktiv 2000/31 blevet bemærket, at »de, [der] deltog i drøftelserne, vil vide«, at fritagelsen ikke tilsigtede at finde anvendelse på Google (J.-P. Triaille, »La question des copies »cache« et la responsabilité des intermédiaires Copiepressé c. Google, *Field v. Google*«, *Google et les nouveaux services en ligne* (s. 261). Det er ikke desto mindre også vedrørende ansvarsfritagelsen for hosting i direktivets artikel 14 blevet anført, at selv om udbydere af søgemaskiner ikke er direkte omfattet af de love, der gennemfører direktivet i fransk ret, er disse bestemmelsers analoge anvendelse både ønskelig og rimelig i lyset af disse udbydere væsentlige rolle for internettet og deres manglende kontrol med de oplysninger, der gives, hvilket videre indebærer, at den sådan analogi er »stort set godtaget« i franske akademiske skrifter og i retspraksis (S. Pirlot de Corbion, s. 127). Sammenlignet med de love, som gennemfører direktivet i fransk ret, har USA's Digital Millennium Copyright Act en specifik fritagelse for søgemaskiner (som dog er begrænset til ophavsret og ikke specifikt rettet mod caching eller hosting).

133. Denne rapport blev udarbejdet af Kommissionen i henhold til artikel 21 i direktiv 2000/31, hvorefter Kommissionen er forpligtet til at analysere »behovet for forslag vedrørende det erstatningsansvar, der påhviler tjenesteudbydere af hyperlinks og søgemaskiner«. Artikel 21 kan fortolkes på to måder: at udbud af hyperlinks og søgemaskiner ikke er omfattet af direktivet, og at Kommissionen skal vurdere, om der er behov for at bringe sådanne tjenester ind under direktivets anvendelsesområde, eller at disse tjenester allerede er omfattet af direktivet, og at Kommissionens forslag skal vedrøre tilpasningen af reglerne til disse specifikke tjenesters behov.

135. Kommissionen har selv ændret opfattelse af rækkevidden af direktiv 2000/31, idet den i de foreliggende sager har argumenteret for, at fritagelsen i artikel 14 finder anvendelse på AdWords. Under alle omstændigheder kan Kommissionens opfattelse, således som den er kommet til udtryk i Kommissionens rapport, aldrig betinge Domstolens fortolkning af direktivet, og varemærkeindehaverne er knap fremkommet med andre argumenter end rapporten.

136. Varemærkeindehavernes argument skal derfor forkastes, og både Googles søgemaskine og AdWords skal anses for at udgøre informationsfundstjenester, der er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2000/31.

134. Efter min opfattelse er den sidstnævnte fortolkning den korrekte. Hverken direktiv 2000/31 eller direktiv 98/34 er tilbageholdende, når det kommer til udtrykkeligt at udelukke mange aktiviteter inden for informationsfundstjenester⁷⁰. Leveringen af hyperlinks og søgemaskiner findes, på trods af den udtrykkelige henvisning i artikel 21 i direktiv 2000/31, ikke blandt disse udtrykkelige undtagelser. Under alle omstændigheder er leveringen af hyperlinktjenester og søgemaskiner klart omfattet af begrebet informationsfundstjenester, og vigtigere — som jeg nu vil argumentere for — deres medtagelse er i overensstemmelse med de med direktiv 2000/31 forfulgte formål.

ii) Udgør reklameaktiviteten i AdWords hosting i henhold til artikel 14 i direktiv 2000/31?

⁷⁰ — Jf. henvisningen i artikel 1, stk. 2, i direktiv 98/34 til en liste over udelukkede tjenester, der findes i bilag V til direktivet, og listen i artikel 1, stk. 5, i direktiv 2000/31 over forhold, der er udelukket fra direktivets anvendelsesområde.

137. Det afgørende spørgsmål er derfor, om Googles aktiviteter kan klassificeres som hosting i henhold til artikel 14 i direktiv 2000/31,

dvs. om Googles søgemaskine og AdWords er en tjeneste, som består i på tjenestemodtagerens anmodning at lagre oplysninger tilvejebragt af denne tjenestemodtager.

anden aktivitet, der er omfattet af denne tjeneste. Informationssamfundstjenester vil sjældent bestå i aktiviteter, der udelukkende er tekniske, og vil sædvanligvis være knyttet til andre aktiviteter, som yder dem det finansielle grundlag.

138. Således som det er blevet bemærket, rummer AdWords et vist indhold — nemlig annoncerens ordlyd og deres links — som begge tilvejebringes af modtagerne af denne tjeneste (annoncørerne) og oplagres på deres anmodning. Det følger heraf, at betingelserne for at være omfattet af begrebet hosting, således som defineret i artikel 14 i direktiv 2000/31, efter ordene er opfyldt.

139. Varemærkeindehaverne argumenterer ikke desto mindre for, at hosting indebærer en transaktion, som er rent teknisk. AdWords er ikke omfattet af anvendelsesområdet for artikel 14 i direktiv 2000/31, idet hosting herved inkorporeres i en reklameaktivitet.

140. Det er rimeligt at spørge, hvorfor reklameaktiviteten skulle have denne virkning. Det er et faktum, at et vist indhold hostes af en informationssamfundstjeneste, uanset om det er til reklame eller en hvilken som helst

141. De foreliggende sager omfatter dog en særlig reklamesammenhæng, som adskiller sig fra hostingen. Dette er grunden til, at jeg er enig med varemærkeindehaverne i — selv om jeg ikke automatisk tiltræder deres argumenter — at ansvarsfritagelsen i henhold til artikel 14 i direktiv 2000/31 ikke bør finde anvendelse på AdWords. Dette standpunkt bygger på det formål, der ligger bag artikel 14 og direktiv 2000/31 som en helhed.

142. Efter min opfattelse er formålet med direktiv 2000/31 at skabe et frit og åbent offentligt domæne på internettet. Det forsøger at gøre dette ved at begrænse ansvaret for de personer, som formidler og oplagrer oplysninger i henhold til direktivets artikel 12-14,

til tilfælde, hvor de er bekendt med en ulovlighed⁷¹.

143. Nøglen til dette formål er artikel 15 i direktiv 2000/31, som forhindrer medlemsstaterne i at pålægge leverandører af informationssamfundstjenester en forpligtelse til at overvåge de oplysninger, der bæres eller hostes, eller aktivt at efterprøve deres lovlighed. Jeg forstår artikel 15 således, at direktivet ikke blot pålægger medlemsstaterne en negativ forpligtelse, men som et udtryk for princippet om, at tjenesteydere, som ønsker at drage fordel af en ansvarsfritagelse, skal forblive neutrale hvad angår de oplysninger, de formidler eller hoster.

144. Denne pointe illustreres bedst ved at sammenligne med Googles søgemaskine,

som er neutral hvad angår de oplysninger, den formidler⁷². Søgemaskinens naturlige resultater er resultatet af automatiske algoritmer, som anvender objektive kriterier for at generere websteder, som sandsynligvis er af interesse for internetbrugeren. Gengivelsen af disse websteder og den rækkefølge, de vises i, afhænger af deres relevans for de indtastede søgeord og ikke af Googles interesse i eller forhold til et bestemt websted. Google har ganske vist en interesse — endog en økonomisk interesse — i at vise de mere relevante websteder for internetbrugeren. Google har dog ingen interesse i at gøre internetbrugeren opmærksom på noget bestemt websted.

145. Situationen er en anden hvad angår indholdet i AdWords. Googles visning af annoncer hidrører fra virksomhedens forbindelse med annoncørerne. AdWords er derfor ikke længere et instrument til formidling af neutrale oplysninger: Google har en direkte interesse i, at internetbrugere klikker på annoncerens links (i modsætning

71 — 46. betragtning til direktiv 2000/31 anfører: »For at blive omfattet af en ansvarsbegrænsning skal en leverandør af en informationssamfundstjeneste, som består i oplagring af information, når han har fået konkret kendskab til ulovlige aktiviteter, straks tage skridt til at fjerne informationen eller hindre adgangen til den; fjernelsen af informationen eller hindringen af adgangen til den skal foretages under overholdelse af yttringsfriheden og de procedurer, der er fastlagt på nationalt plan med henblik herpå; dette direktiv berører ikke medlemsstaternes mulighed for at fastsætte specifikke krav, som skal opfyldes straks, inden informationen fjernes, eller adgangen til den hindres.« Jf. hvad angår disse nationale procedurers lovlighed, afgørelse nr. 2009-580 af 10.6.2009 fra Det Franske Forfatningsråd.

72 — Efter min opfattelse er det i overensstemmelse med formålet med direktiv 2000/31, hvis Googles søgemaskine er omfattet af ansvarsfritagelsen. Googles søgemaskine falder ganske vist ikke ind under direktivets artikel 14, idet den ikke oplagrer oplysninger (de naturlige resultater) på anmodning af de websteder, der giver oplysningerne. Det er ikke desto mindre min opfattelse, at disse websteder kan anses for modtagerne af en (gratis) tjeneste, som Google yder, nemlig det forhold, at oplysninger om dem gøres tilgængelige for internetbrugere, hvilket betyder, at Googles søgemaskine er omfattet af ansvarsfritagelsen for så vidt angår »caching« i direktivets artikel 13. Om nødvendigt vil det bagvedliggende formål med direktiv 2000/31 også give mulighed for en analog anvendelse af ansvarsfritagelsen i artikel 12-14.

til de naturlige resultater, som gengives af søgemaskinen).

146. Ansvarsfritagelsen for hosting i artikel 14 i direktiv 2000/31 bør derfor ikke finde anvendelse på det indhold, der vises i AdWords. Spørgsmålet, om der i det hele taget er et sådant ansvar, er som ovenfor anført et spørgsmål, der afgøres i henhold til national ret.

C — Det første spørgsmål i den tredje forelæggelse: Kan varemærkeindehavere forhindre brugen af søgeord, der svarer til deres varemærker, i AdWords?

147. Jeg konkluderede ovenfor, at ingen af de former for brug, som Google gør af søgeord, der svarer til varemærker, udgør en krænkelse af disse varemærker, og at sådan en krænkelse ikke bør afhænge af tredjemands efterfølgende brug. Det eneste udestående spørgsmål er at vurdere, om annoncørers brug af disse søgeord, når de vælger dem i AdWords, udgør en krænkelse.

148. Spørgsmålet er reelt, om der er tale om erhvervsmæssig brug. Som ovenfor anført, indebærer denne betingelse, at der ikke er tale om privat brug, men brug som led i »erhvervsmæssig virksomhed, hvormed der søges opnået økonomisk vinding«⁷³.

149. Som ligeledes omtalt ovenfor er forholdet det, at når Google giver annoncørerne mulighed for at vælge søgeord, som svarer til varemærker, gør Google det som et led i AdWords-tjenesten. Google sælger denne tjeneste til annoncørerne. Annoncørerne gør derfor ikke andet end at handle som forbrugere.

150. Det kan siges, at annoncørerne køber AdWords-tjenesten med henblik på at bruge den i sammenhæng med deres kommercielle aktiviteter, og at disse aktiviteter dækker de annoncer, der efterfølgende vises. Denne visning (og den brug af varemærker, der måtte ske eller ikke ske i denne forbindelse) er imidlertid noget andet end valget af søgeord: ikke kun fordi den finder sted bagefter, men også fordi den kun er rettet mod

⁷³ — Jf. fodnote 24 ovenfor.

et forbrugerpublikum, nemlig internetbrugere⁷⁴. Der er ikke et sådant publikum, når annoncørerne vælger søgeordene. Valget af søgeord er derfor ikke en kommerciel aktivitet, men privat brug fra deres side.

151. Annoncørernes private brug er den anden side af Googles brug — som ovenfor er anset for lovlig — som består i at give annoncørerne mulighed for at vælge søgeord, der svarer til varemærker. Det vil derfor være selvmodsigende at udelukke en krænkelse i det ene tilfælde og at fastslå den i det andet. Det vil være ensbetydende med at sige, at Google bør have lov til at give mulighed for at vælge søgeord, som ingen har lov til at vælge.

152. Det skal igen erindres, at annoncørernes valg af søgeord i AdWords, som svarer til varemærker, kan ske af mange legitime grunde (brug alene med beskrivende formål, sammenlignende reklame, varetæstning osv.). Hvis det antages, at et sådant valg i sig selv udgør en varemærkekrænkelse, er

følgen, at alle disse legitime former for brug udelukkes⁷⁵.

153. Varemærkeindehaverne er heller ikke efterladt helt forsvarsløse over for valget af søgeord, der svarer til deres varemærker. De kan gribe ind, når som helst virkningerne er reelt skadelige, dvs. når annoncerne vises til internetbrugere. Selv om Domstolen ikke er blevet spurgt om brugen af varemærket i annoncerne, må det slås fast, at varemærkeindehaverne kan forhindre en sådan brug, hvis den indebærer risiko for forveksling. Selv hvis der ikke opstår en sådan risiko, kan brugen forhindres, hvis den påvirker andre af varemærkets funktioner, såsom funktionerne forbundet med beskyttelsen af innovation og investering. Det er dog ikke brugen i annoncer eller på de websteder, der reklameres for, der er genstand for de foreliggende sager.

154. Som jeg måske har gentaget næsten til ulidelighed i dette forslag til afgørelse, er det vigtigt ikke at lade det legitime formål at forhindre visse varemærkekrænkelser føre til, at alle former for varemærkebrug skal forbydes i cyberspacesammenhæng.

74 — Alle de former for brug, der er beskrevet i artikel 5, stk. 3, i direktiv 89/104, omfatter dette forbrugerpublikum med en undtagelse, nemlig den, der er henvist til i artikel 5, stk. 3, litra a): at anbringe tegnet på en vare. Dette skal anses for en forsigtighedsundtagelse, hvis fortolkning ikke bør udstrækkes til at omfatte situationer, hvor varemærket ikke anbringes på varen.

75 — Det kan i sammenhæng med den tredje forelæggelse være interessant at erindre, at de pågældende annoncører driver websteder, der angiveligt konkurrerer med varemærkeindehaverne, og at disse websteder ikke i sig selv krænker varemærkerne. Varemærkeindehavere ønsker altså at forhindre andre virksomheders websteder i at bruge tilknytningen til deres varemærker som et konkurrencemiddel (på samme måde, som virksomheder kan konkurrere ved at betale for at reklamere ved siden af deres konkurrenter). Et sådant resultat synes næppe at være foreneligt med varemærkers plads i »den ordening med loyal konkurrence, som skal gennemføres og opretholdes efter traktaten« (Arsenal Football Club-dommen, præmis 47).

III — Forslag til afgørelse

155. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg Domstolen at besvare de af cour de cassation forelagte spørgsmål således:

- »1) En erhvervsdrivendes valg — i henhold til en kontrakt om søge- og annonceringsydelser mod betaling på internettet — af et søgeord, som i tilfælde af en søgning på dette ord fremkalder et link, der giver mulighed for at besøge den erhvervsdrivendes websted, hvorfra han udbyder varer og tjenesteydelser, hvilket søgeord — uden varemærkeindehaverens tilladelse — gengiver eller efterligninger et varemærke, som er registreret af tredjemand som betegnelse for varer af samme eller lignende art, udgør ikke i sig selv en krænkelse af den eneret, som tilkommer varemærkeindehaveren i henhold til artikel 5 i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker.

- 2) Artikel 5, stk. 1, litra a) og b), i direktiv 89/104 og artikel 9, stk. 1, litra a) og b), i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker skal fortolkes således, at varemærkeindehaveren ikke kan forhindre udbyderen af en søge- og annonceringsydelse mod betaling at stille søgeord, der gengiver eller efterligner registrerede varemærker, til annoncørernes rådighed, eller i henhold til kontrakten om denne ydelse at tilrettelægge reklame ved hjælp af disse søgeord ved skabelse af salgsfremmende links til websteder.

- 3) Varemærkeindehaveren kan i tilfælde, hvor varemærkerne er renommerede varemærker, ikke modsætte sig en sådan brug på grundlag af artikel 5, stk. 2, i direktiv 89/104 og artikel 9, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94.

- 4) Udbyderen af en søge- og annonceringsydelse mod betaling kan ikke anses for at levere en informationssamfundstjeneste, som består i at lagre oplysninger tilvejebragt af en tjenestemodtager i den forstand, som artikel 14 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked («direktivet om elektronisk handel») omhandler.«