

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ

NIILO JÄÄSKINEN

της 24ης Μαρτίου 2011¹

I — Εισαγωγή

1. Η υπό κρίση υπόθεση είναι η πλέον πρόσφατη σειράς υποθέσεων σχετικών με διαφήμιση βάσει λέξεων-κλειδίων σε διαδικτυακή μηχανή αναζήτησης.
2. Αμφότεροι οι διάδικοι της κύριας δίκης παρέχουν υπηρεσία παραδόσεως ανθέων. Οι ενάγουσες της κύριας δίκης εταιρίες (στο εξής, από κοινού: Interflora) υποστηρίζουν ότι η εναγόμενη Marks & Spencer² προσβάλλει τα δικαιώματα επί του σήματος INTERFLORA³, διότι, στο πλαίσιο της παρεχόμενης από την Google διαφημιστικής
- υπηρεσίας AdWords, έχει αγοράσει ως λέξεις-κλειδιά διάφορες ακολουθίες στοιχείων που αντιστοιχούν ή ομοιάζουν προς το σήμα αυτό.
3. Τα τέσσερα προδικαστικά ερωτήματα μπορούν να χωριστούν σε δύο ομάδες.
4. Η πρώτη αφορά δικαιώματα επί όλων των σημάτων. Εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις του άρθρου 5, παράγραφος 1, της πρώτης οδηγίας 89/104/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1988, για την προσέγγιση των νομοθεσιών των κρατών μελών περί σημάτων⁴, και η αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 9, παράγραφος 1, στοιχείο α', του κανονισμού (ΕΚ) 40/94 του Συμβουλίου, της 20ής Δεκεμβρίου 1993, για το κοινοτικό σήμα⁵. Οι απαντήσεις στα ερωτήματα της ομάδας αυτής προκύπτουν από τις αποφάσεις που εκδόθηκαν εντός του 2010 στις υποθέσεις Google France και Google⁶ και, κατόπιν, στις υποθέσεις BergSprechte, Eis.de και Portakabin⁷. Οι υποθέσεις αυτές αφορούσαν

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η αγγλική.

2 — Κατόπιν συμβιβασμού με τον δεύτερο των εναγομένων, η Marks & Spencer είναι η μόνη εναγόμενη στην κύρια δίκη.

3 — Η Interflora είναι δικαιούχος του υπ' αριθ. 1329840 σήματος INTERFLORA, το οποίο είναι καταχωρισμένο στο Ηνωμένο Βασίλειο για αγαθά και υπηρεσίες των κλάσεων 16, 31, 35, 38, 39, 41 και 42 του Διακανονισμού της Νίκαιας, της 15ης Ιουνίου 1957, για τη διεθνή ταξινόμηση των προϊόντων και των υπηρεσιών με σκοπό την καταχώριση των σημάτων, όπως έχει αναθεωρηθεί και τροποποιηθεί, μεταξύ των οποίων «φυσικά φυτά και άνθη» της κλάσεως 31, «διαφημιστικές υπηρεσίες για ανθοπώλες» και «υπηρεσίες ενημέρωσης για ανθοπώλες σχετικά με την πώληση [...] ανθέων» της κλάσεως 35, «μεταφορά ανθέων» της κλάσεως 39. Η Interflora είναι επίσης δικαιούχος του υπ' αριθ. 909838 κοινοτικού σήματος INTERFLORA, το οποίο έχει καταχωριστεί για διάφορα αγαθά και υπηρεσίες των κλάσεων 16, 31, 35, 38, 39, 41 και 42. Το σήμα αυτό έχει καταχωριστεί, μεταξύ άλλων, για «φυσικά φυτά και άνθη» της κλάσεως 31, «διαφημιστικές υπηρεσίες για ανθοπώλες» της κλάσεως 35, «μεταφορά ανθέων» της κλάσεως 39 και «υπηρεσίες ενημέρωσης σχετικά με την πώληση [...] ανθέων» της κλάσεως 42.

4 — EEL 40, σ. 1.

5 — EEL 11, σ. 1.

6 — Απόφαση του Δικαστηρίου της 23ης Μαρτίου 2010, C-236/08 έως C-238/08, Google France και Google, Συλλογή 2010, σ. I-2417.

7 — Απόφαση του Δικαστηρίου της 25ης Μαρτίου 2010, C-278/08, BergSprechte (Συλλογή 2010, σ. I-2517), διάταξη της 26ης Μαρτίου 2010, C-91/09, Eis.de, και απόφαση της 8ης Ιουλίου 2010, C-558/08, Portakabin (Συλλογή 2010, σ. I-6963).

τη «χρήση», στο πλαίσιο διαφημιστικών υπηρεσιών παρεχομένων από διαδικτυακή μηχανή αναζήτησης, σημείων πανομοιότυπων προς σήματα των οποίων δικαιούχοι ήταν οι προσφεύγοντες στις εν λόγω υποθέσεις⁸.

5. Αντιθέτως, τα ερωτήματα της δεύτερης ομάδας ανακύπτουν για πρώτη φορά στην υπό κρίση υπόθεση: έχουν ως αντικείμενο την προστασία σημάτων που χαίρουν φήμης. Τα κράτη μέλη έχουν τη δυνατότητα, βάσει του άρθρου 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/109, να παρέχουν αυξημένη προστασία στα σήματα αυτά. Για την αυξημένη προστασία των σημάτων που χαίρουν φήμης⁹, η οποία προβλέπεται και από το άρθρο 9, παράγραφος 1, στοιχείο γ', του κανονισμού

40/94, για το κοινοτικό σήμα, η νομολογία δεν είναι τόσο εκτεταμένη όσο η νομολογία σχετικά με τη γενική προστασία για την οποία έγινε λόγος στο προηγούμενο σημείο. Τα νέα ζητήματα που ανακύπτουν αφορούν την προστασία σήματος που χαίρει φήμης, καθώς και τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες ο ανταγωνιστής ο οποίος αγοράζει λέξη-κλειδί αντίστοιχη προς σήμα, στο πλαίσιο διαδικτυακής διαφημιστικής υπηρεσίας, προκαλεί την εξασθένηση της διακριτικής ισχύος του σήματος αυτού (αποδυνάμωση λόγω εξασθένησης της διακριτικής ισχύος) ή αντλεί από αυτό αθέμιτο πλεονέκτημα¹⁰.

8 — Βλ. υποσημείωση 27 κατωτέρω.

9 — Σημείωση επί της ορολογίας: Χρησιμοποιώ εδώ τον όρο «σήμα που χαίρει φήμης» («trade mark with a reputation»), ο οποίος απαντά τόσο στην οδηγία 89/104 όσο και στον κανονισμό 40/94. Αντιθέτως, όταν δεν αναφερόμαι ειδικά στη νομοθεσία της ΕΕ, χρησιμοποιώ τον όρο «ευρέως γνωστό σήμα» («well-known trade mark»). Για λόγους σαφήνειας, επισμαίνω επιπλέον ότι η οδηγία 89/104 παραπέμπει στο άρθρο 6δς της Συμβάσεως του Παρισιού, περί προστασίας της Βιομηχανικής Ιδιοκτησίας, όπου χρησιμοποιείται ο όρος «παγκοίως γνωστά σήματα» («well-known trade marks»). Δεδομένου ότι το άρθρο 16, παράγραφος 2, της Συμφωνίας ΔΠΠΤΕ παραπέμπει στη Σύμβαση του Παρισιού, στη διάταξη αυτή χρησιμοποιείται επίσης ο όρος «well-known trade mark» [στο ελληνικό κείμενο της Συμφωνίας ΔΠΠΤΕ ο όρος αυτός αποδίδεται ως «ευρέως γνωστό σήμα»] (βλ. άρθρο 16, παράγραφος 2, της Συμφωνίας για τα Δικαιώματα Πνευματικής Ιδιοκτησίας στον Τομέα του Εμπορίου, που αποτελεί το παράρτημα 1 Γ της Συμφωνίας για την ίδρυση του Παγκόσμιου Οργανισμού Εμπορίου, η οποία υπογράφηκε στο Μαρακές στις 15 Απριλίου 1994 και εγκρίθηκε με την απόφαση 94/800/ΕΚ του Συμβουλίου, της 22ας Δεκεμβρίου 1994, σχετικά με την εξ ονόματος της Ευρωπαϊκής Κοινότητας σύναψη των συμφωνιών που προήλθαν από τις πολυμερείς διαπραγματεύσεις του Γύρου της Ουρουγουάης (1986-1994), καθ' όσον αφορά τα θέματα που εμπίπτουν στις αρμοδιότητές της, ΕΕ 1994 L 336, σ. 1, αναφερόμενη επίσης ως «Συμφωνία ΔΠΠΤΕ»). Στις Ηνωμένες Πολιτείες, χρησιμοποιείται ο όρος «φημισμένο σήμα» («famous marks»). Για μια γενική έκθεση του ζητήματος, βλ. Senftleben, M., «The trademark Tower of Babel: dilution concepts in international, US and EC trademark law», *International review of intellectual property and competition law*, Vol. 40 (2009), No. 1, σ. 45-77. Σημειώω, ακόμη, ότι οι προαναφερθέντες όροι διαφοροποιούνται και ως προς τις προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται προκειμένου να χαρακτηριστεί ένα σήμα ως ευρέως γνωστό.

6. Εν προκειμένω, η λέξη «Interflora» επιτελεί τρεις διαφορετικές λειτουργίες. Πρώτον, αποτελεί *όρο αναζήτησης* ο οποίος μπορεί να πληκτρολογηθεί σε διαδικτυακή μηχανή αναζήτησης και η επιλογή του χρήστη του Διαδικτύου. Δεύτερον, αποτελεί *λέξη-κλειδί*, την οποία έχουν αγοράσει διαφημιζόμενοι στο πλαίσιο διαφημιστικής υπηρεσίας παρεχόμενης από την επιχείρηση εκμετάλλευσης διαδικτυακής μηχανής αναζήτησης, με σκοπό την εμφάνιση συγκεκριμένης διαφήμισης. Τρίτον, πρόκειται για σύμβολο με συγκεκριμένη σημασία, το οποίο έχει καταχρηστεί και χρησιμοποιείται ως *σήμα*, ως ένδειξη της

10 — Σημειώω, επιπλέον, ότι, μεταξύ των κρατών μελών, υπάρχουν διαφορές όσον αφορά το πότε ένα σήμα θεωρείται ότι χαίρει φήμης, παρά τα κριτήρια που έχει καθορίσει το Δικαστήριο με την απόφαση της 14ης Σεπτεμβρίου 1999, C-375/97 General Motors (Συλλογή 1999, σ. I-5421, σκέψεις 19 έως 30). βλ. προτάσεις της γενικής εισαγγελέα E. Sharpston στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση της 27ης Νοεμβρίου 2008, C-252/07, Intel Corporation (Συλλογή 2008, σ. I-8823, σημείο 23).

εμπορικής προελεύσεως ορισμένων αγαθών ή υπηρεσιών.

εθνικών δικαστηρίων που εκδικάζουν υποθέσεις σημάτων¹¹.

7. Στο πλαίσιο αυτό, η Επιτροπή έχει επικρίνει ορισμένες πτυχές της νομολογίας του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης όσον αφορά ορισμένες άλλες λειτουργίες του σήματος, πέραν της ενδείξεως της προελεύσεως, θεωρώντας την εσφαλμένη και προβληματική από πλευράς ασφάλειας δικαίου. Ωστόσο, αντικείμενο της υπό κρίση αιτήσεως εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως είναι η εφαρμογή του άρθρου 5, παράγραφος 1, στοιχείο α', της οδηγίας 89/104 μόνον ως προς τη λειτουργία τη σχετική με την ένδειξη προελεύσεως των προϊόντων ή των υπηρεσιών. Επιπλέον, η ερμηνεία του άρθρου 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/104 δεν οδηγεί, στο πλαίσιο της συγκεκριμένης υποθέσεως, σε διευρυμένη προστασία των συμφερόντων του δικαιούχου του σήματος. Επομένως, δεν θεωρώ απαραίτητο να επωθούν περισσότερα επ' αυτού.

8. Κατόπιν τούτου, το Δικαστήριο τίθεται αναμφιβόλως ενώπιον του ζητήματος της πειστικότητας της νομολογίας του της σχετικής με το άρθρο 5 της οδηγίας 89/104, υπό το πρίσμα των επικρίσεων πολλών επιστημονικών σχολιαστών και επιφανών δικαστών

9. Φρονώ, ωστόσο, ότι τα ζητήματα αυτά ανακύπτουν λόγω της προβληματικής διατυπώσεως του άρθρου 5 της οδηγίας 89/104. Επομένως, η υφιστάμενη κατάσταση μπορεί να διορθωθεί ευχερέστερα με την παρέμβαση του νομοθέτη, παρά με τη μεταβολή της νομολογίας, όπως άλλωστε εμφανίζει η εξέλιξη της ομοσπονδιακής νομοθεσίας των Ηνωμένων Πολιτειών σχετικά με την αποδυνάμωση του σήματος¹². Επισημαίνω ότι τον Δεκέμβριο του 2010 υποβλήθηκε στην Επιτροπή μελέτη σχετικά με τη συνολική λειτουργία του συστήματος προστασίας των σημάτων

11 — Όσον αφορά τους δικαστές, βλ., π.χ., τις αιτήσεις εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως που έχουν υποβληθεί από το Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division) στην υπόθεση *L'Oréal SA & Ors v Bellure NV & Ors* [2007] EWCA Civ 968 (10 Οκτωβρίου 2007) και από το High Court of Justice (England and Wales) (Chancery Division) στην υπόθεση *L'Oréal SA & Ors v eBay International AG & Ors* [2009] EWHC 1094 (Ch) (22 Μαΐου 2009), και, ειδικότερα, την απόφαση που εξέδωσε το Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division) στην υπόθεση *L'Oréal SA & Ors v Bellure NV & Ors* [2010] EWCA Civ 535 (21 Μαΐου 2010), μετά τη έκδοση της αποφάσεως του Δικαστηρίου επί της αιτήσεως εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως (απόφαση της 18ης Ιουνίου 2009, C-487/07, *L'Oréal* κ.λπ., Συλλογή 2009, σ. I-5185).

12 — Στις Ηνωμένες Πολιτείες, η προστασία από την αποδυνάμωση του σήματος περιλήφθηκε στην ομοσπονδιακή νομοθεσία περί σημάτων το 1995, όταν, με τον *Federal Trade Mark Dilution Act* (ομοσπονδιακός νόμος περί προστασίας του σήματος από την εξασθένηση της διακριτικής ισχύος), προστέθηκε στον *Lanham Act* (νόμος Lanham) το άρθρο 45c. Εν συνεχεία, το άρθρο αυτό τροποποιήθηκε με τον *Trademark Dilution Revision Act 2005* (νόμος για την τροποποίηση της νομοθεσίας περί προστασίας του σήματος από την εξασθένηση της διακριτικής ισχύος). βλ., π.χ., Long, C., «The political economy of trademark dilution», σε Dinwoodie, G., και Janis, M. (επιμέλεια), *Trademark Law and Theory. A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008, σ. 132.

στην Ευρώπη, οπότε αναμένουμε περαιτέρω εξελίξεις στον συγκεκριμένο τομέα¹³.

επομένως, είναι απαραίτητη η προσέγγιση των νομοθεσιών των κρατών μελών για τη δημιουργία και τη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς.»

II — Νομικό πλαίσιο

A — Η οδηγία 89/104

10. Η πρώτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 89/104 έχει ως εξής¹⁴:

«[...] οι νομοθεσίες περί σημάτων που ισχύουν στα κράτη μέλη παρουσιάζουν διαφορές οι οποίες δύνανται, αφενός, να παρεμποδίσουν την ελεύθερη κυκλοφορία των προϊόντων και την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών και, αφετέρου, να νοθεύσουν τους όρους ανταγωνισμού εντός της κοινής αγοράς. [...]

13 — Μετά την έκδοση της ανακοινώσεως {«An Industrial Property Rights Strategy for Europe» [COM(2008) 465 τελικό]}, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή ζήτησε το 2009 από το Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht μελέτη σχετικά με τη συνολική λειτουργία του συστήματος προστασίας των σημάτων στην Ευρώπη. Η τελική έκθεση υποβλήθηκε στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή στις 12 Δεκεμβρίου 2010. Κατά τη συγγραφή των προτάσεών μου, η μελέτη αυτή δεν είχε δοθεί ακόμη στη δημοσιότητα. Βλ. http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/index_en.htm.

14 — Η οδηγία 89/104 καταργήθηκε με την οδηγία 2008/95/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 22ας Οκτωβρίου 2008, για την προσέγγιση των νομοθεσιών των κρατών μελών περί σημάτων (κωδικοποιημένο κείμενο) (ΕΕ L 299, σ. 25), η οποία τέθηκε σε ισχύ στις 28 Νοεμβρίου 2008. Το άρθρο 5, παράγραφοι 1 και 2, της οδηγίας 2008/95 έχει διατύπωση αντίστοιχη με αυτή του άρθρου 5, παράγραφοι 1 και 2, της οδηγίας 89/104. Πάντως, βάσει του χρόνου των πραγματικών περιστάσεων, εφαρμόστεια εν προκειμένω είναι η οδηγία 89/104.

11. Η ένατη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 89/104 έχει ως εξής:

«[...] για τη διευκόλυνση της ελεύθερης κυκλοφορίας των προϊόντων και της ελεύθερης παροχής των υπηρεσιών, είναι βασικό να παρέχεται στο μέλλον η αυτή προστασία στα καταχωρισμένα σήματα, σύμφωνα με τη νομοθεσία όλων των κρατών μελών. [...] αυτό, πάντως, δεν στερεί από τα κράτη μέλη τη δυνατότητα να παρέχουν ευρύτερη προστασία στα σήματα που έχουν αποκτήσει φήμη.»

12. Η δέκατη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 89/104 προβλέπει:

«[...] η προστασία που παρέχει το καταχωρισμένο σήμα, της οποίας σκοπός είναι ιδίως η διασφάλιση της [δηλωτικής της προελεύσεως] λειτουργίας του σήματος, είναι απόλυτη σε περίπτωση ταυτότητας μεταξύ του σήματος και του σημείου και μεταξύ των προϊόντων ή υπηρεσιών· ότι η προστασία ισχύει επίσης σε περίπτωση ομοιότητας μεταξύ του σήματος και του σημείου και μεταξύ των προϊόντων ή υπηρεσιών· [...] η έννοια της ομοιότητας πρέπει οπωσδήποτε να ερμηνεύεται σε σχέση με τον κίνδυνο σύγχυσης· [...] ο κίνδυνος σύγχυσης, η εκτίμηση του οποίου εξαρτάται από πολυάριθμους παράγοντες, και ιδίως από το κατά πόσον είναι γνωστό το σήμα στην αγορά, από την ενδεχόμενη συσχέτιση

με το χρησιμοποιούμενο ή καταχωρισμένο σημείο, από το βαθμό ομοιότητας μεταξύ του σήματος και του σημείου και μεταξύ των προσδιοριζόμενων προϊόντων ή υπηρεσιών, αποτελεί την ειδική προϋπόθεση της προστασίας: [...] τα μέσα με τα οποία μπορεί να διαπιστώνεται ο κίνδυνος σύγχυσης, και ιδίως το βάρος της απόδειξης, υπόκεινται στους εθνικούς δικονομικούς κανόνες τους οποίους δεν θίγει η παρούσα οδηγία.»

13. Το άρθρο 5 της οδηγίας 89/104, με τίτλο «Δικαιώματα που παρέχει το σήμα», ορίζει^{15, 16}:

«1. Το καταχωρισμένο σήμα παρέχει στον δικαιούχο αποκλειστικό δικαίωμα. Ο δικαιούχος δικαιούται να απαγορεύει σε κάθε τρίτο, να χρησιμοποιεί στις συναλλαγές, χωρίς τη συγκατάθεσή του:

α) σημείο πανομοιότυπο με το σήμα για προϊόντα ή υπηρεσίες πανομοιότυπα με εκείνα για τα οποία το σήμα έχει καταχωριστεί,

β) σημείο για το οποίο, λόγω της ταυτότητας ή της ομοιότητάς του με το σήμα και της ταυτότητας ή της ομοιότητας των προϊόντων ή των υπηρεσιών που

καλύπτονται από το σήμα και το σημείο, υπάρχει κίνδυνος σύγχυσης του κοινού, συμπεριλαμβανομένου και του κινδύνου συσχέτισης του σημείου με το σήμα.

2) Ένα κράτος μέλος μπορεί επίσης να προβλέπει ότι ο δικαιούχος δικαιούται να απαγορεύει σε κάθε τρίτο να χρησιμοποιεί στις συναλλαγές, χωρίς τη συγκατάθεσή του, σημείο πανομοιότυπο ή παρόμοιο με το σήμα, για προϊόντα ή υπηρεσίες μη παρόμοιες με εκείνες για τις οποίες το σήμα έχει καταχωριστεί, αν αυτό χαιρεί φήμης μέσα στο κράτος μέλος και η χρησιμοποίηση του σημείου, χωρίς νόμιμη αιτία, θα επέφερε, αχρεωστήτως, όφελος από τον διακριτικό χαρακτήρα ή τη φήμη του σήματος ή θα ήταν βλαπτική για τον εν λόγω διακριτικό χαρακτήρα ή τη φήμη.

3) Μπορεί, ιδίως, να απαγορεύεται, αν πληρούνται οι όροι των παραγράφων 1 και 2:

[...]

β) η προσφορά των προϊόντων ή η εμπορία ή η κατοχή τους προς εμπορία ή η προσφορά ή παροχή υπηρεσιών υπό το σημείο,

15 — Για λόγους σαφήνειας, επισημαίνεται ότι υπάρχουν διαφορές στις γλωσσικές αποδόσεις του άρθρου 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/104, βλ. την ανάλυση του Δικαστηρίου στην απόφαση *General Motors* (σκέψη 20).

16 — Υπενθυμίζω ότι το άρθρο 4, παράγραφοι 3 και 4, της οδηγίας 89/104, η οποία ήταν σε ισχύ κατά τον χρόνο της καταχώρισης του σήματος περιέχει κανόνες πανομοιότυπους με αυτούς του άρθρου 5, παράγραφοι 1 και 2.

[...]

- δ) η χρησιμοποίηση του σημείου σε επαγγελματικό έντυπο υλικό και στη διαφήμιση.
15. Το άρθρο 9 («Δικαίωμα που παρέχει το κοινοτικό σήμα») του κανονισμού 40/94 ορίζει τα εξής:

[...]

5. Οι παράγραφοι 1 έως 4 δεν θίγουν τις διατάξεις που ισχύουν στα κράτη μέλη σχετικά με την προστασία από τη χρήση του σημείου για σκοπούς άλλους από εκείνους της διάκρισης των προϊόντων ή των υπηρεσιών, όταν η χρήση του σημείου αυτού, χωρίς νόμιμη αιτία, επιφέρει, αχρεωστήτως, όφελος από τον διακριτικό χαρακτήρα ή τη φήμη του σήματος ή είναι βλαπτική για τον εν λόγω διακριτικό χαρακτήρα ή τη φήμη.»

B — Ο κανονισμός 40/94

14. Η έβδομη αιτιολογική σκέψη του κανονισμού 40/94¹⁷ είναι πανομοιότυπη με τη δέκατη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 89/104. Τα άρθρα 8, παράγραφος 5, 9 και 12, παράγραφος 1, του κανονισμού 40/94 έχουν κατ' ουσίαν περιεχόμενο αντίστοιχο με αυτό των άρθρων 4, παράγραφος 4., 5 και 6, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/104.

17 — Ο κανονισμός 40/94 καταργήθηκε με τον κανονισμό (ΕΚ) 207/2009, της 26ης Φεβρουαρίου 2009, για το κοινοτικό σήμα (κωδικοποιημένο κείμενο) (ΕΕ L 78, σ. 1), ο οποίος τέθηκε σε ισχύ στις 13 Απριλίου 2009. Το άρθρο 9, παράγραφος 1, του κανονισμού 207/2009 έχει διατύπωση αντίστοιχη με αυτή του άρθρου 9, παράγραφος 1, του κανονισμού 40/94. Πάντως, βάσει του χρόνου των πραγματικών περιστατικών, εφαρμοστέος εν προκειμένω είναι ο κανονισμός 40/94.

«1. Το κοινοτικό σήμα παρέχει στο δικαιούχο αποκλειστικό δικαίωμα. Ο δικαιούχος δικαιούται να απαγορεύει σε κάθε τρίτο, να χρησιμοποιεί στις συναλλαγές, χωρίς τη συγκατάθεσή του:

α) κάθε σημείο που ταυτίζεται με το κοινοτικό σήμα για προϊόντα ή υπηρεσίες που ταυτίζονται με εκείνες για τις οποίες το σήμα έχει καταχωρηθεί,

β) κάθε σημείο για το οποίο, λόγω του ταυτοσήμου ή της ομοιότητάς του με το κοινοτικό σήμα και του ταυτοσήμου ή της ομοιότητας των προϊόντων ή υπηρεσιών οι οποίες καλύπτονται από το κοινοτικό σήμα και το σημείο, υπάρχει κίνδυνος σύγχυσης από μέρους του κοινού. Ο κίνδυνος σύγχυσης περιλαμβάνει και τον κίνδυνο συσχέτισης μεταξύ σημείου και σήματος,

γ) σημείο, που ταυτίζεται ή ομοιάζει με το κοινοτικό σήμα, για προϊόντα ή υπηρεσίες που δεν ομοιάζουν με εκείνες για τις οποίες έχει καταχωρηθεί το κοινοτικό σήμα, εάν αυτό χαιρεί φήμης στην Κοινότητα και η χρησιμοποίηση χωρίς εύλογη αιτία του σημείου, θα προσπόριζε αθέμιτο όφελος από το διακριτικό χαρακτήρα

ή τη φήμη του κοινοτικού σήματος ή θα έβλαπτε τον εν λόγω διακριτικό χαρακτήρα ή τη φήμη.

2) Μπορεί, ιδίως, να απαγορεύεται, εάν πληρούνται οι όροι της παραγράφου 1:

[...]

β) η προσφορά των προϊόντων, η εμπορία ή η κατοχή τους προς τους σκοπούς αυτούς ή η προσφορά ή παροχή υπηρεσιών υπό το σημείο αυτό,

[...]

δ) η χρησιμοποίηση του σημείου σε επαγγελματικό έντυπο υλικό και στη διαφήμιση.»

μιας ή περισσότερων λέξεων, η μηχανή αναζήτησης εμφανίζει τους ιστότοπους που αντιστοιχούν καλύτερα σ' αυτές τις λέξεις κατά φθίνουσα σειρά αναλόγως της συνάφειάς τους. Πρόκειται για τα λεγόμενα «φυσικά» αποτελέσματα της αναζήτησης.

17. Επιπλέον, η Google προσφέρει επ' αμοιβή την υπηρεσία αντιστοίχισης με την ονομασία «AdWords». Στο πλαίσιο της υπηρεσίας αυτής, ο επιχειρηματίας δύναται να επιλέξει μία ή περισσότερες λέξεις-κλειδιά και, σε περίπτωση που οι εν λόγω λέξεις-κλειδιά συμπίπτουν με τις λέξεις που περιέχονται στην αναζήτηση που πραγματοποιεί ο χρήστης του Διαδικτύου με τη μηχανή αναζήτησης, εμφανίζεται διαφημιστικός σύνδεσμος προς τον ιστότοπο του επιχειρηματία. Ο διαφημιστικός αυτός σύνδεσμος εμφανίζεται στην κατηγορία «σύνδεσμοι διαφημιζομένων», είτε στη δεξιά πλευρά της οθόνης είτε στη δεξιά πλευρά των φυσικών αποτελεσμάτων είτε στο άνω μέρος της οθόνης, άνωθεν των εν λόγω αποτελεσμάτων.

18. Ο εν λόγω διαφημιστικός σύνδεσμος συνοδεύεται από σύντομο διαφημιστικό μήνυμα. Ο σύνδεσμος αυτός μαζί με το μήνυμα αποτελούν τη διαφήμιση που εμφανίζεται υπό τους «συνδέσμους διαφημιζομένων».

III — Η διαφορά της κύριας δίκης και τα προδικαστικά ερωτήματα

A — Η υπηρεσία αντιστοίχισης «AdWords»

16. Η Google εκμεταλλεύεται διαδικτυακή μηχανή αναζήτησης. Όταν ο χρήστης του Διαδικτύου πραγματοποιεί αναζήτηση βάσει

19. Για την υπηρεσία αντιστοίχισης ο διαφημιζόμενος οφείλει αμοιβή για κάθε φορά που επιλέγεται («κλικ») ο διαφημιστικός σύνδεσμος. Η αμοιβή αυτή υπολογίζεται σε συνάρτηση, ιδίως, με τη «μέγιστη τιμή ανά κλικ» την οποία ο διαφημιζόμενος συμφώνησε με την Google, κατά τη σύναψη της σύμβασης για την παροχή υπηρεσιών αντιστοίχισης, και με τον αριθμό των κλικ που πραγματοποιούν στον εν λόγω σύνδεσμο οι χρήστες του Διαδικτύου.

20. Μια λέξη-κλειδί μπορεί να επιλεγεί από πλείονες διαφημιζομένους. Στην περίπτωση αυτή, η σειρά εμφάνισης των διαφημιστικών τους συνδέσμων καθορίζεται ανάλογα με τη μέγιστη τιμή ανά κλικ, τον αριθμό των προηγούμενων κλικ στους συνδέσμους αυτούς και την ποιότητα της διαφήμισης όπως αυτή εκτιμήθηκε από την Google. Ο διαφημιζόμενος μπορεί, ανά πάσα στιγμή, να βελτιώσει τη θέση του στη σειρά εμφάνισης ορίζοντας υψηλότερη ανώτατη τιμή ανά κλικ ή βελτιώνοντας την ποιότητα της αγγελίας του.

21. Η Google έχει θέσει σε εφαρμογή αυτόματη διαδικασία για την επιλογή των λέξεων-κλειδιών και τη δημιουργία διαφημίσεων. Οι διαφημιζόμενοι επιλέγουν τις λέξεις-κλειδιά, συντάσσουν το διαφημιστικό μήνυμα και εισάγουν τον σύνδεσμο προς τον ιστότοπό τους.

B — Η χρήση λέξεων-κλειδιών στο πλαίσιο της διαφοράς της κύριας δίκης

22. Η Interflora Inc. είναι εταιρία συσταθείσα στην Πολιτεία του Μίσιγκαν (Ηνωμένες Πολιτείες της Αμερικής) και λειτουργεί παγκόσμιο δίκτυο παράδοσης ανθέων. Η Interflora British Unit διαθέτει άδεια χρήσεως των σημάτων και της επωνυμίας της Interflora Inc.

23. Το δίκτυο Interflora αποτελείται από ανεξάρτητους ανθοπώλες, στους οποίους ο πελάτης μπορεί να δώσει την παραγγελία του αυτοπροσώπως ή τηλεφωνικά. Η Interflora διαθέτει επίσης διαδικτυακούς

τόπους για παραγγελίες μέσω Διαδικτύου, οι οποίες εκτελούνται από τον ανθοπώλη που βρίσκεται πλησιέστερα στη διεύθυνση παράδοσης των ανθέων. Ο κύριος διαδικτυακός τόπος βρίσκεται στη διεύθυνση www.interflora.com. Από εκεί ο χρήστης παραπέμπεται σε ειδικό για κάθε χώρα διαδικτυακό τόπο, όπως είναι ο www.interflora.co.uk.

24. Το INTERFLORA είναι, αφενός, εμπορικό σήμα καταχωρισμένο στο Ηνωμένο Βασίλειο και, αφετέρου, κοινοτικό σήμα¹⁸. Δεν αμφισβητείται ότι τα σήματα αυτά διαθέτουν σημαντική φήμη στο Ηνωμένο Βασίλειο και σε άλλα κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

25. Η αγγλική εταιρία Marks & Spencer plc είναι μία από τις μεγαλύτερες επιχειρήσεις λιανικής πωλήσεως στο Ηνωμένο Βασίλειο. Πωλεί ευρεία γκάμα αγαθών και παρέχει υπηρεσίες μέσω του δικτύου των καταστημάτων της και μέσω του διαδικτυακού τόπου www.marksandspencer.com. Στις δραστηριότητές της καταλέγεται η πώληση και παράδοση ανθέων. Η εμπορική αυτή δραστηριότητα είναι ανταγωνιστική αυτής της Interflora. Η Marks & Spencer δεν ανήκει στο δίκτυο Interflora.

26. Όσον αφορά την υπηρεσία αντιστοίχισης «AdWords», η Marks & Spencer έχει δεσμεύσει τη λέξη-κλειδί «interflora», καθώς και παραλλαγές αυτής της λέξεως-κλειδιού,

¹⁸ — Για τις καταχωρίσεις των σημάτων, βλ. υποσημείωση 3 ανωτέρω.

με «επουσιώδη σφάλματα», καθώς και φράσεις με τη λέξη *interflora* (όπως «*interflora flowers*», «*interflora delivery*», «*interflora.com*», «*interflora.co.uk*»), ως λέξεις-κλειδιά¹⁹.

27. Κατά συνέπεια, οσάκις οι χρήστες του Διαδικτύου εισήγαγαν τη λέξη «*interflora*» ή κάποια από τις προαναφερθείσες παραλλαγές της ή φράσεις στη μηχανή αναζήτησης της Google, εμφανίζονταν διαφημίσεις της Marks & Spencer στο τμήμα «σύνδεσμοι διαφημιζόμενων».

28. Δεν αμφισβητείται ότι η εμφανιζόμενη διαφήμιση δεν περιείχε το σήμα *Interflora* ως λέξη-κλειδί ή με οποιαδήποτε άλλη μορφή.

29. Η *Interflora*, όταν διαπίστωσε τα περιστατικά αυτά, άσκησε αγωγή κατά της Marks & Spencer για προσβολή των δικαιωμάτων της επί του σήματος ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου το οποίο αποφάσισε να αναστείλει την εκδίκαση της υπόθεσης και να υποβάλει ορισμένα ερωτήματα στο Δικαστήριο προς έκδοση προδικαστικής αποφάσεως.

19 — Κατά τη νομολογία, τα σημεία αυτά μπορούν να χαρακτηριστούν ως πανομοιότυπα με το σήμα (βλ. απόφαση της 20ής Μαρτίου 2003, C-291/00, LTJ Diffusion, Συλλογή 2003, σ. I-2799, σκέψη 54, και προπαρατεθείσες αποφάσεις BergSprechte, σκέψη 25, και Portakabin, σκέψη 47): ένα σημείο είναι πανομοιότυπο με σήμα όταν αναπαράγει, χωρίς τροποποίηση ούτε προσθήκη, όλα τα στοιχεία που συνιστούν το σήμα ή όταν, θεωρούμενο στο σύνολό του, κρύβει διαφορές τόσο ασήμαντες που να μπορούν να περάσουν απαρατήρητες από τον μέσο καταναλωτή.

Γ — Τα υποβληθέντα προδικαστικά ερωτήματα

30. Με διάταξη της 16ης Ιουλίου 2009, το High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division (στο εξής: High Court), υπέβαλε δέκα ερωτήματα προς έκδοση προδικαστικής αποφάσεως, εκ των οποίων τα τέσσερα πρώτα έχουν ως εξής:

«1) Συντρέχει περίπτωση χρήσεως σήματος από ανταγωνιστή, κατά την έννοια των άρθρων 5, παράγραφος 1, στοιχείο α', της [οδηγίας 89/104] και 9, παράγραφος 1, στοιχείο α', του [κανονισμού 40/94], αν μια εμπορική επιχείρηση, η οποία είναι ανταγωνίστρια της δικαιούχου του σήματος επιχειρήσεως και πωλεί αγαθά ή παρέχει υπηρεσίες, μέσω του διαδικτυακού τόπου της, πανομοιότυπα με αυτά ως προς τα οποία έχει καταχωριστεί το σήμα, (α) επιλέγει σημείο πανομοιότυπο [...] με το εν λόγω σήμα ως λέξη-κλειδί στο πλαίσιο υπηρεσίας διαφημιστικών συνδέσμων, η οποία παρέχεται από επιχείρηση εκμεταλλεύομενη μηχανή αναζήτησης στο Διαδίκτυο, (β) καθορίζει το σημείο αυτό ως λέξη-κλειδί, (γ) συσχετίζει το σημείο αυτό με τη διεύθυνση του διαδικτυακού τόπου της, (δ) καθορίζει το κόστος ανά κλικ, το οποίο πρόκειται να καταβάλλει για την εν λόγω λέξη-κλειδί, (ε) καθορίζει τον χρόνο εμφανίσεως του διαφημιστικού συνδέσμου και (στ) χρησιμοποιεί το σημείο αυτό κατά την αλληλογραφία της με την εκμεταλλεύομενη τη μηχανή αναζήτησης επιχείρηση σχετικά με την τιμολόγηση, την καταβολή αμοιβής και τη διαχείριση του λογαριασμού της, χωρίς, όμως, ο διαφημιστικός σύνδεσμος να περιέχει το συγκεκριμένο σημείο ή άλλο παραπλήσιο;

- 2) Συντρέχει, σε μια τέτοια περίπτωση, χρήση σημείου πανομοιότυπου με το σήμα για προϊόντα ή υπηρεσίες πανομοιότυπες με εκείνες για τις οποίες το σήμα έχει καταχωριστεί, κατά την έννοια των άρθρων 5, παράγραφος 1, στοιχείο α', της [οδηγίας 89/104] και 9, παράγραφος 1, στοιχείο α', του [κανονισμού 40/94];
- δημιουργήσει στο κοινό την εντύπωση ότι ο ανταγωνιστής είναι μέλος του εμπορικού δικτύου του δικαιούχου του σήματος ή
- 3) Εμπίπτει η χρήση αυτή στο πεδίο εφαρμογής:
- β) η επιχείρηση που εκμεταλλεύεται τη μηχανή αναζήτησης δεν παρέχει στους δικαιούχους σημάτων καταχωρισμένων στα κράτη μέλη της Κοινότητας τη δυνατότητα να απαγορεύουν τη χρήση σημείων πανομοιότυπων προς τα σήματα αυτά ως λέξεων-κλειδιών από τρίτους;»
- α) των άρθρων 5, παράγραφος 1, στοιχείο α', της [οδηγίας 89/104] και 9, παράγραφος 1, στοιχείο α', του [κανονισμού 40/94] και
31. Με απόφαση της 29ης Απριλίου 2010, η οποία περιήλθε στο Δικαστήριο στις 9 Ιουνίου 2010, το High Court, κατόπιν της προπαρατεθείσας αποφάσεως Google France και Google και του αιτήματος παροχής διευκρινίσεων που του απεύθυνε με έγγραφο της 23ης Μαρτίου 2010 η Γραμματεία του Δικαστηρίου, απέσυρε το πέμπτο, το έκτο, το έβδομο, το όγδοο, το ένατο και το δέκατο ερώτημα, ζητώντας να εκδοθεί προδικαστική απόφαση μόνον επί των τεσσάρων πρώτων ερωτημάτων που παρατίθενται στο προηγούμενο σημείο. Επίσης, το High Court περιόρισε το ερώτημα 3β, όπως αυτό διατυπώνεται στο προηγούμενο σημείο.
- β) των άρθρων 5, παράγραφος 2, της [οδηγίας 89/104] και 9, παράγραφος 1, στοιχείο γ', του [κανονισμού 40/94];
- 4) Διαφοροποιείται η απάντηση στο τρίτο ερώτημα αν:
- α) η εμφάνιση διαφημιστικού συνδέσμου ανταγωνιστή, οσάκις ο χρήστης εισάγει στη μηχανή αναζήτησης το εν λόγω σημείο, ενδέχεται να
32. Γραπτές παρατηρήσεις κατέθεσαν η Interflora, η Marks & Spencer, η Πορτογαλική Δημοκρατία και η Επιτροπή. Εκτός της Πορτογαλικής Δημοκρατίας, όλοι οι προαναφερθέντες παρέστησαν στην επ' ακροατηρίου συζήτηση της 13ης Οκτωβρίου 2010 και ανέπτυξαν προφορικές παρατηρήσεις. Προς διευκόλυνση της επ' ακροατηρίου συζήτησώς, το Δικαστήριο ζήτησε από τους διαδίκους να επικεντρωθούν στο ερώτημα 3β.

IV — Ανάλυση

A — Γενικές παρατηρήσεις

33. Ενόψει της εξετάσεως των δύο ομάδων ερωτημάτων που παρουσίασα συνοπτικά στην αρχή, θα ήθελα να αναπτύξω ορισμένες γενικές παρατηρήσεις όσον αφορά την προστασία που παρέχει το άρθρο 5 της οδηγίας 89/104. Διευκρινίζω εξαρχής ότι τα ερωτήματα θα εξεταστούν μόνον υπό το πρίσμα του άρθρου 5, παράγραφοι 1 και 2, της οδηγίας 89/104, αλλά η ερμηνεία στην οποία θα καταλήξω θα ισχύει, τηρουμένων των αναλογιών, και για το άρθρο 9, παράγραφος 1, στοιχεία α' και γ', του κανονισμού 40/94²⁰.

34. Η προστασία των σημάτων δυνάμει του άρθρου 5 της οδηγίας 89/104 περιορίζεται στη χρήση σημείου για τη διάκριση προϊόντων ή υπηρεσιών, καθώς, κατά την παράγραφο 5 του άρθρου αυτού, δεν εμπίπτει

20 — Υφίστανται πάντως διαφορές μεταξύ της οδηγίας και του κανονισμού. Π.χ., το άρθρο 5, παράγραφος 2, της οδηγίας δεν έχει επιτακτικό χαρακτήρα, σε αντίθεση με την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 9, παράγραφος 1, στοιχείο γ', του κανονισμού. Άλλη διαφορά έγκειται στη γεωγραφική περιοχή που λαμβάνεται υπόψη για την εκτίμηση της φήμης του σήματος. Ωστόσο, όσον αφορά το ζήτημα αυτό, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι, από γεωγραφικής απόψεως, το γεγονός ότι ένα σημείο χαίρει φήμης σε σημαντικό τμήμα του εδάφους κράτους μέλους, όσον αφορά την οδηγία 89/104 ή σε σημαντικό τμήμα του εδάφους της κοινότητας, όσον αφορά τον κανονισμό 40/94, αρκεί για να απαγορευθεί η χρήση του σημείου αυτού (βλ. προπαρατεθείσα απόφαση General Motors, σκέψεις 28 και 29, και απόφαση της δής Οκτωβρίου 2009, C-301/07, PAGO International, Συλλογή 2009, σ. I-9429, σκέψεις 27 και 30). Παρά τις διαφορές ως προς τη διατύπωση, τα πορίσματα της αναλύσεώς μου όσον αφορά την οδηγία ισχύουν και όσον αφορά τον κανονισμό.

στο πεδίο εφαρμογής του η προστασία που τα κράτη μέλη παρέχουν όσον αφορά άλλες χρήσεις του σήματος. Όσον αφορά το εύρος της παρεχόμενης προστασίας, το συγκεκριμένο άρθρο καλύπτει, σύμφωνα με την παράγραφο 1 αυτού, τις περιπτώσεις κατά τις οποίες το επίμαχο σημείο και το επίμαχο σήμα χρησιμοποιούνται για πανομοιότυπα ή όμοια αγαθά ή υπηρεσίες, πλην όμως η προϋπόθεση αυτή δεν απαντά στην παράγραφο 2.

35. Η παρεχόμενη από το άρθρο 5, παράγραφος 1, στοιχείο α', της οδηγίας 89/104 προστασία, όσον αφορά ή/και πανομοιότυπα σημεία και προϊόντα ή υπηρεσίες, είναι απόλυτη, υπό την έννοια ότι δεν απαιτείται να αποδείξει ο δικαιούχος του σήματος ότι συντρέχει κίνδυνος συγχύσεως²¹. Τούτο είναι, αντιθέτως, απαραίτητο για την επίκληση της προστασίας του άρθρου 5, παράγραφος 1, στοιχείο β', όταν τα σημεία και τα προϊόντα ή/και οι υπηρεσίες είναι όμοια, αλλά όχι πανομοιότυπα. Όταν τα σημεία και τα προϊόντα είναι πανομοιότυπα, προσβολή των δικαιωμάτων του δικαιούχου του σήματος από τρίτον συντρέχει όταν αυτός χρησιμοποιεί πανομοιότυπο σημείο για πανομοιότυπα προϊόντα²².

21 — Βλ. Strasser, M., «The Rational Basis of Trademark Protection Revisited: Putting the Dilution Doctrine into Context», *Fordham Intellectual Property, Media και Entertainment Law Journal*, Vol. 10 (2000), σ. 375, στις σ. 393-395.

22 — Για τη νομολογία επί πανομοιότυπων σημείων και προϊόντων, βλ., π.χ., απόφαση της 11ης Σεπτεμβρίου 2007, C-17/06, Céline (Συλλογή 2007, σ. I-7041).

36. Όσον αφορά τα σήματα που χαίρουν φήμης, το άρθρο 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/104 προβλέπει επιπλέον τα εξής:

— παρέχει στα κράτη μέλη την επιλογή να διευρύνουν την προστασία ορισμένων σημάτων· το Ηνωμένο Βασίλειο, καθώς και πολλά άλλα κράτη μέλη, αν όχι όλα, έχουν θεσπίσει τη διευρυμένη αυτή προστασία²³.

— προβλέπει διευρυμένη προστασία σε σχέση με την παρεχόμενη δύναμη της παραγράφου 1·

— η προστασία αυτή παρέχεται μόνο στα σήματα που χαίρουν φήμης.

37. Σημειωτέον επ' αυτού ότι, παρά το αντίθετο γράμμα του άρθρου 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/104, το Δικαστήριο έκρινε, με τις αποφάσεις Davidoff²⁴ και Adidas-Salomon

23 — Το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι το κράτος μέλος που μεταφέρει στο εσωτερικό δίκαιο το άρθρο 5, παράγραφος 2, της οδηγίας υποχρεούται να παρέχει στα πανομοιότυπα ή παρόμοια προϊόντα ή υπηρεσίες προστασία τουλάχιστον στην ίδια έκταση με εκείνη που παρέχει στα μη όμοια προϊόντα ή υπηρεσίες. Έτσι, το κράτος μέλος έχει τη δυνατότητα να επιλέξει αν τα φημισμένα σήματα τυγχάνουν ενισχυμένης προστασίας, αλλά, άπαξ και θεσπίσει τέτοια προστασία, δεν δύναται να επιλέξει σε ποιες περιπτώσεις αυτή παρέχεται. Βλ. απόφαση της 23ης Οκτωβρίου 2003, C-408/01, Adidas-Salomon και Adidas Benelux (Συλλογή 2003, σ. I-12537, σκέψη 20).

24 — Απόφαση της 9ης Ιανουαρίου 2003, C-292/00 (Συλλογή 2003, σ. I-389, σκέψη 30).

και Adidas Benelux²⁵, ότι το άρθρο 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/104 παρέχει ειδική προστασία στα καταχωρισμένα σήματα που χαίρουν φήμης, οσάκις τρίτος χρησιμοποιεί νεότερο σήμα ή σημείο πανομοιότυπο ή παρόμοιο με το καταχωρισμένο σήμα τόσο για προϊόντα ή υπηρεσίες πανομοιότυπα με τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που καλύπτει το καταχωρισμένο σήμα όσο και για προϊόντα ή υπηρεσίες πανομοιότυπα ή παρόμοια με αυτά²⁶.

B — Εφαρμογή του άρθρου 5, παράγραφος 1, στοιχείο α', της οδηγίας 89/104 (ερωτήματα 1, 2, 3α και 4)

38. Για τα ερωτήματα 1, 2, 3α και 4 (καθόσον αυτό σχετίζεται με το ερώτημα 3α) είναι απαραίτητο να εξεταστεί πώς ερμηνεύεται το άρθρο 5, παράγραφος 1, στοιχείο α', της οδηγίας 89/104 σε περίπτωση κατά την οποία ο διαφημιζόμενος έχει επιλέξει λέξη-κλειδί πανομοιότυπη με σήμα, για να τη χρησιμοποιήσει, χωρίς τη συγκατάθεση του δικαιούχου, στο πλαίσιο επί πληρωμή παρεχόμενης διαδικτυακής υπηρεσίας αντιστοιχισής.

25 — Σκέψη 22.

26 — Δεδομένου ότι, κατά την κωδικοποίηση των εν λόγω νομοθετικών κειμένων, δεν επήλθαν ουσιαστικές τροποποιήσεις, φρονώ ότι η νομολογία της απόφασης Davidoff του 2003 δεν έχει ανατραπεί μετά την κωδικοποίηση της οδηγίας 89/104 το 2008 με την οδηγία 2008/95 [βλ., επίσης, την πρόταση της Επιτροπής στο έγγραφο COM(2006) 812].

39. Υπενθυμίζω ότι μία από τις κύριες διαπιστώσεις της μόνης αποφάσεως σχετικά με επιχείρηση εκμετάλλευσης διαδικτυακής μηχανής αναζήτησης (απόφαση Google France και Google) ήταν ότι η επιχείρηση αυτή ή ο παρέχων επί πληρωμή την υπηρεσία αντιστοίχισης «δεν κάνει χρήση» σημείου πανομοιότυπου προς σήμα και, συνεπώς, οι δραστηριότητές τους δεν εμπίπτουν στο άρθρο 5, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/104²⁷.

40. Κατά την άποψή μου, από τη διαπίστωση αυτή έπεται ότι η συμπεριφορά του παρέχοντος την υπηρεσία αντιστοίχισης, σε σχέση με το αν ο δικαιούχος του σήματος έχει τη δυνατότητα να απαγορεύσει τη χρήση των σημάτων του ως λέξεων-κλειδιών, δεν ασκεί επιρροή όσον αφορά τις απαντήσεις στα ερωτήματα 1 έως 3α. Το μόνο κρίσιμο εν προκειμένω ζήτημα, από πλευράς δικαίου των σημάτων, είναι αν εκ του ότι ο παρέχων την υπηρεσία αντιστοίχισης δίδει τέτοια δυνατότητα στον δικαιούχο του σήματος μπορεί σε ορισμένες περιπτώσεις να συναχθεί ότι ο δικαιούχος του σήματος έχει δώσει σιωπηρώς τη συγκατάθεσή του για τη χρήση των σημάτων του ως λέξεων-κλειδιών²⁸.

41. Από την απόφαση Google France και Google προκύπτει επίσης ότι ο διαφημιζόμενος που επιλέγει λέξη-κλειδί πανομοιότυπη

προς σήμα άλλου δικαιούχου κάνει χρήση του σήματος είτε για δικά του προϊόντα είτε για προϊόντα του δικαιούχου του σήματος. Μπορεί έτσι να θιγεί η λειτουργία του σήματος ως ενδείξεως της προελεύσεως, όταν η διαφήμιση δεν επιτρέπει ή επιτρέπει δυσχερώς στον μέσο χρήστη του Διαδικτύου να αντιληφθεί αν τα διαφημιζόμενα προϊόντα ή οι υπηρεσίες προέρχονται από τον δικαιούχο του σήματος ή από επιχείρηση που συνδέεται οικονομικά με αυτόν ή αν, αντιθέτως, προέρχονται από τρίτον²⁹.

42. Όσον αφορά την έννοια της χρήσεως για προϊόντα ή υπηρεσίες, θεωρώ ότι δεν ενδιαφέρει αν το σήμα εμφανίζεται στη διαφήμιση³⁰. Θεωρώ προφανές ότι δεν θιγεται η λειτουργία του σήματος ως ενδείξεως της προελεύσεως αν η διαφήμιση στον διαφημιστικό σύνδεσμο αναφέρει το σήμα χωρίς να συσχετίζει τον διαφημιζόμενο με αυτό, π.χ. στο πλαίσιο νόμιμης συγκριτικής διαφήμισης. Ωστόσο, διαφήμιση εμφανιζόμενη σε διαφημιστικό σύνδεσμο η οποία αναφέρει ή αναπαράγει το σήμα που επιλέχθηκε ως λέξη-κλειδί συνιστά καταρχήν «χρησιμοποίηση του σημείου σε επαγγελματικό έντυπο υλικό και στη διαφήμιση», την οποία ο δικαιούχος

27 — Αποφάσεις Google France και Google (σκέψη 99), καθώς και Eis.de (σκέψη 28)· αποφάσεις BergSprechte (σκέψη 41), και Portakabin (σκέψη 54).

28 — Τούτο θα μπορούσε να συμβαίνει εφόσον γνωστοποιείται στον δικαιούχο του σήματος ότι έχει τη δυνατότητα να απαγορεύσει τη χρήση των σημάτων του ως λέξεων-κλειδιών από τρίτους και η χρήση της δυνατότητας αυτής δεν προϋποθέτει ενέργειες ή έξοδα πέραν του εύλογου μέτρου.

29 — Απόφαση Google France και Google (σκέψη 99).

30 — Υπενθυμίζω ότι, με την απόφαση Google France και Google (σκέψη 65), το Δικαστήριο επισήμανε ότι «το γεγονός ότι δεν εμφανίζεται στη διαφήμιση το σημείο που χρησιμοποιεί ο τρίτος για διαφημιστικούς σκοπούς, δεν μπορεί να σημαίνει από μόνο του ότι η χρήση αυτή εξαιρείται από την κατά το άρθρο 5 της οδηγίας 89/104 έννοια της “χρήσης [...] για προϊόντα ή υπηρεσίες”». Η απόφαση Google France και Google αφορούσε τρεις υποθέσεις: στην C-236/09 το επίμαχο σήμα εμφανιζόταν σε διαφήμιση τρίτου, ενώ στις υποθέσεις C-237/08 και C-238/08 το εν λόγω σήμα δεν εμφανιζόταν στη διαφήμιση (βλ. σκέψεις 62 και 63 της αποφάσεως).

του σήματος δύναται να απαγορευθεί δυνάμει του άρθρου 5, παράγραφος 3, στοιχείο δ', της οδηγίας 89/104, με την επιφύλαξη της εφαρμογής των άρθρων 6 ή 7 της οδηγίας 89/104 ή διατάξεων της οδηγίας περί συγκριτικής διαφήμισης³¹.

43. Δεδομένου ότι το κριτήριο που εφαρμόζει το Δικαστήριο είναι ο κίνδυνος να θιγεί, λόγω της χρήσεως, κάποια από τις λειτουργίες του σήματος, εν προκειμένω λειτουργία της ενδείξεως της προελεύσεως³², απαιτείται συγκεκριμένη ανάλυση του κριτηρίου αυτού. Αν το σήμα δεν αναφέρεται στη διαφήμιση, η σημασία του ζητήματος αυτού εξαρτάται κατά τη γνώμη μου από τη φύση των αγαθών και των υπηρεσιών που καλύπτονται από το σήμα, λαμβανομένων υπόψη όχι μόνον του εύρους της προστασίας, αλλά και της σημασίας και της φήμης που έχει αποκτήσει το σήμα λόγω της χρήσεώς του κατά την αντίληψη του αντίστοιχου τμήματος του κοινού.

44. Με την απόφαση Google France και Google, το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι «στις περισσότερες περιπτώσεις ο χρήστης που εισάγει το όνομα ενός σήματος στη μηχανή αναζήτησης αποσκοπεί στην εύρεση πληροφοριών ή προσφορών για τα προϊόντα ή τις

υπηρεσίες του σήματος αυτού. Επομένως, όταν εμφανίζονται, δίπλα ή επάνω από τα φυσικά αποτελέσματα της αναζήτησης, διαφημιστικοί σύνδεσμοι προς ιστότοπους που προτείνουν προϊόντα ή υπηρεσίες ανταγωνιστών του δικαιούχου του εν λόγω σήματος, ο χρήστης του Διαδικτύου μπορεί, αν δεν απορρίψει εξ αρχής τους συνδέσμους αυτούς ως αλυσιτελείς και δεν περιέλθει σε σύγχυση θεωρώντας ότι ανήκουν στον δικαιούχο του σήματος, να εκλάβει τους εν λόγω διαφημιστικούς συνδέσμους ως προσφέροντες μια εναλλακτική λύση σε σχέση με τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες του δικαιούχου του σήματος»³³.

45. Σε πολλές περιπτώσεις, η εμφάνιση εμπορικών εναλλακτικών επιλογών δεν φαίνεται να θιγεί τη λειτουργία του σήματος ως ενδείξεως προελεύσεως, διότι η εμφάνιση διαφημίσεως σε διαφημιστικό σύνδεσμο, μετά την πληκτρολόγηση λέξεως-κλειδιού πανομοιότυπης με σήμα, δεν συνεπάγεται συσχετισμό μεταξύ του σήματος και του προϊόντος ή της υπηρεσίας που προωθείται με τη διαφήμιση. Όπως έχει αποφανθεί το Δικαστήριο, ο χρήστης του Διαδικτύου ενδέχεται να σχηματίσει την αντίληψη ότι οι διαφημιστικοί σύνδεσμοι προτείνουν εναλλακτικές εμπορικές επιλογές σε σχέση με τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες του δικαιούχου του σήματος. Τούτο ισχύει για πανομοιότυπα ή όμοια προϊόντα ή υπηρεσίες. Ο κίνδυνος συγχύσεως μειώνεται περαιτέρω όταν πρόκειται για διαφορετικά, αλλά συναφή αγαθά ή υπηρεσίες.

31 — Βλ. οδηγία 2006/114/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 12ης Δεκεμβρίου 2006, για την παραπλανητική και τη συγκριτική διαφήμιση (κωδικοποίηση) (ΕΕ L 376, σ. 21).

32 — Όσον αφορά τη διαφημιστική λειτουργία του σήματος, φρονώ ότι η επιχειρηματολογία που ανέπτυξε το Δικαστήριο με την απόφαση Google France και Google (σκέψη 98) ισχύει και για την υπό κρίση υπόθεση. Ωστόσο, θα επανέλθω στο ζήτημα της αυξημένου κόστους της «πληρωμής ανά κλικ» με το οποίο επιβαρύνεται η Interflora κατά την εξέταση του ζητήματος της αυθαίρετης χρήσεως κατωτέρω.

33 — Google France και Google (σκέψη 68). Για λόγους που θα εξηγήσω αργότερα, φρονώ ότι τούτο δεν μπορεί να αμφισβητηθεί προκειμένου περί σημάτων τα οποία διαθέτουν εγγενή ισχυρό διακριτικό χαρακτήρα και είναι μοναδικά. Τούτο, όμως, ενδέχεται να μην ισχύει στην περίπτωση πλειόνων πανομοιότυπων σημάτων που ανήκουν σε διαφορετικούς δικαιούχους ή σημάτων που στηρίζονται σε περιγραφικές ή γενικής χρήσεως λέξεις ή ονόματα. Για παράδειγμα, ο χρήστης του Διαδικτύου που πληκτρολογεί τη λέξη-κλειδί «nike» ενδέχεται να αναζητεί πληροφορίες ή προσφορές όχι μόνο για αθλητικά είδη, αλλά και για τη θεά της ελληνικής μυθολογίας ή για την τεχνολογία που αναπτύσσει η οσσηδική εταιρία Nike Hydraulics AB.

Τούτο συμβαίνει, π.χ., στην περίπτωση που επιλέγεται ως λέξη-κλειδί σήμα σχετικό με αεροπορικά ταξίδια και η εμφανιζόμενη διαφήμιση αφορά ενοικιάσεις αυτοκινήτων ή ξενοδοχεία. Επιπλέον, ένα από τα πλεονεκτήματα του Διαδικτύου συνίσταται ακριβώς στο γεγονός ότι διευρύνει σε πολύ μεγάλο βαθμό τη δυνατότητα του καταναλωτή να προβαίνει στις κατάλληλες επιλογές προϊόντων και υπηρεσιών³⁴.

46. Πάντως, στην περίπτωση σήματος όπως το INTERFLORA, το οποίο προσδιορίζει ευρέως γνωστό εμπορικό δίκτυο ανεξάρτητων επιχειρήσεων οι οποίες παρέχουν ειδική ομοιόμορφη υπηρεσία και συγκεκριμένα υπηρεσία παραδόσεως ανθέων σύμφωνα με τυποποιημένη διαδικασία, η εμφάνιση της επωνυμίας άλλης επιχειρήσεως σε διαφημιστικό σύνδεσμο ενδέχεται κατά την άποψή μου να δημιουργήσει την εντύπωση ότι η διαφημιζόμενη επιχείρηση ανήκει στο δίκτυο των επιχειρήσεων που προσδιορίζονται με το σήμα³⁵.

34 — Είναι χρήσιμο να υπομνηστεί ότι το «δικαίωμα επί του σήματος αποτελεί, πράγματι, ουσιώδες στοιχείο του συστήματος ανόθευτου ανταγωνισμού που σκοπεύει να εγκαθιδρύσει και να διατηρεί η Συνθήκη» (βλ. απόφαση της 12ης Νοεμβρίου 2002, C-206/01, Arsenal Football Club, Συλλογή 2002, σ. I-10273, σκέψη 47). Κατά την άποψή μου, ο σκοπός του οικονομικού ανταγωνισμού είναι να ωφεληθεί ο καταναλωτής διά της υποκαταστάσεως των υφιστάμενων προϊόντων από καλύτερα (από πλευράς ποιότητας, χαρακτηριστικών ή τιμής), προς ενίσχυση της αποτελεσματικότητας και της καινοτομίας, οι οποίες συμβάλλουν στην ορθολογικότερη διαχείριση των μέσων παραγωγής.

35 — Σε έναν από τους διαδικτυακούς τόπους της Interflora αναφέρονται τα εξής: «Η Interflora είναι το μεγαλύτερο και δημοφιλέστερο δίκτυο διανομής ανθέων στον κόσμο. Το όνομα Interflora έχει γίνει συνώνυμο μιας άλλοτε αδιανόητης πραγματικότητας: μέσα σε μια μέρα ένα όμορφο μπουκέτο λουλούδια ή ένα δώρο μπορεί να παραδοθεί προσωπικά και με στυλ στην άλλη άκρη του κόσμου». Βλ. http://www.interflora.co.uk/page.xml?page_name=help_about (ως είχε στις 31 Ιανουαρίου 2011).

47. Επομένως, θεωρώ ότι, εκτός της καταχωρισμένης σημασίας του, το σήμα INTERFLORA έχει αποκτήσει μια «δευτερογενή σημασία»³⁶, καθώς προσδιορίζει συγκεκριμένο δίκτυο ανθοπωλών που παρέχουν συγκεκριμένη υπηρεσία παραδόσεως ανθέων και η φήμη του σήματος αυτού σχετίζεται ή ταυτίζεται με τους θετικούς συνειρμούς που προκαλεί η σημασία αυτή στους οικείους καταναλωτές³⁷.

48. Κατά συνέπεια, ο συσχετισμός μεταξύ του σήματος της Interflora και της πανομοιότυπης υπηρεσίας παραδόσεως ανθέων που παρέχει η Marks & Spencer είναι ιδιαίτερα πιθανός στην αντίληψη του μέσου καταναλωτή, ο οποίος αναζητεί πληροφορίες για

36 — Η έννοια «δευτερογενής σημασία του σήματος» είναι γνωστή σε όλες τις έννομες τάξεις, αλλά η σημασία της (sic!) και το πεδίο εφαρμογής της διαφέρουν. Σε ορισμένες έννομες τάξεις αφορά περιπτώσεις κατά τις οποίες το δικαίωμα επί του σήματος αποκτάται λόγω χρήσεως και όχι λόγω καταχωρίσεως, ενώ σε άλλες έννομες τάξεις αφορά και περιπτώσεις κατά τις οποίες ένα σημείο που δεν διαθέτει διακριτικό χαρακτήρα δύναται να καταχωριστεί ως σήμα, διότι έχει αποκτήσει δευτερογενή σημασία έχουσα διακριτικό χαρακτήρα. Μπορεί επίσης να γίνει δεκτό ότι το σήμα πρέπει πάντοτε να χρησιμοποιείται, ούτως ώστε καθιερωθεί στην αντίληψη των οικείων καταναλωτών, οπότε αποκτά φήμη και πάλι δευτερογενή σημασία. Βλ. Holmqvist, L., Degeneration of Trade Marks. A Comparative Study of the Effects of Use on Trade Mark Distinctiveness, Jurist- och samhällvetareförbundets Förlags AB (JSF), Malmö 1971, σ. 117-126.

37 — Το αν το INTERFLORA διαθέτει τέτοια δευτερογενή σημασία θα διαπιστωθεί από το εθνικό δικαστήριο. Ωστόσο, από το ερώτημα 4α προκύπτει ότι υφίσταται τέτοια σημασία, διότι οι καταχωρίσεις των σχετικών σημάτων (βλ. ανωτέρω υποσημείωση 3) δεν περιέχουν κανένα στοιχείο που να εμφανίζει ότι το INTERFLORA χρησιμοποιείται ως σήμα για εμπορικό δίκτυο.

τέτοιες υπηρεσίες στο Διαδίκτυο όταν βλέπει αυτή τη διαφήμιση³⁸:

«M&S Flowers Online

www.marksandspencer.com/flowers

Gorgeous fresh flowers & plants. Order by 5pm for next day delivery.»

Κατά την άποψή μου, η εμφάνιση της διαφήμισης αυτής, ως συνέπεια της πληκτρολόγησης του «interflora» στη μηχανή αναζήτησης, προκαλεί, στο πλαίσιο της υπό κρίση υποθέσεως, την εντύπωση ότι η Marks & Spencer είναι μέλος του δικτύου Interflora.

49. Υπό το πρίσμα της αναλύσεως αυτής, όσον αφορά το πρώτο, το δεύτερο και το πρώτο σκέλος του τρίτου ερωτήματος, προτείνω το άρθρο 5, παράγραφος 1, στοιχείο α', της οδηγίας 89/104 και το άρθρο 9, παράγραφος 1, στοιχείο α', του κανονισμού 40/94 να ερμηνευθούν ως εξής:

— σημείο πανομοιότυπο προς σήμα χρησιμοποιείται «για προϊόντα ή υπηρεσίες», κατά την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 1, στοιχείο α', της οδηγίας 89/104

και του άρθρου 9, παράγραφος 1, στοιχείο α', του κανονισμού 40/94, όταν έχει επιλεγεί ως λέξη-κλειδί στο πλαίσιο διαδικτυακής υπηρεσίας αντιστοίχισης, χωρίς τη συγκατάθεση του δικαιούχου και η εμφάνιση διαφημίσεων οργανώνεται βάσει αυτής της λέξεως-κλειδιού.

— ο δικαιούχος του σήματος δύναται να απαγορεύει τέτοιες ενέργειες υπό τις προαναφερθείσες περιστάσεις, σε περίπτωση που η διαφήμιση δεν επιτρέπει ή επιτρέπει δυσχερώς στον μέσο χρήστη του Διαδικτύου να αντιληφθεί αν τα διαφημιζόμενα προϊόντα ή οι υπηρεσίες προέρχονται από τον δικαιούχο του σήματος ή από επιχείρηση που συνδέεται οικονομικά με αυτόν ή αν, αντιθέτως, προέρχονται από τρίτο.

— σύγχυση ως προς την προέλευση των προϊόντων ή των υπηρεσιών μπορεί να προκληθεί όταν ο διαφημιστικός σύνδεσμος του ανταγωνιστή ενδέχεται να δημιουργήσει σε μέρος του κοινού την πεποίθηση ότι ο ανταγωνιστής είναι μέλος του εμπορικού δικτύου του δικαιούχου του σήματος ενώ δεν είναι. Κατά συνέπεια, ο δικαιούχος του σήματος έχει το δικαίωμα να απαγορεύσει τη χρήση της λέξεως-κλειδιού από τον συγκεκριμένο ανταγωνιστή για διαφημιστικούς σκοπούς.

— το αν ο παρέχων την υπηρεσία αντιστοίχισης δίδει στον δικαιούχο του σήματος τη δυνατότητα να απαγορεύει τη χρήση των σημάτων του ως λέξεων-κλειδιών δεν επηρεάζει τις ως άνω απαντήσεις.

38 — Βλ. διάταξη περί παραπομπής της 16ης Ιουλίου 2009 (παρατίθεται ανωτέρω στο σημείο 30), σκέψη 29.

Γ — Διευρυμένη προστασία των σημάτων που χαίρουν φήμης δυνάμει του άρθρου 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/104 (ερωτήματα 3β και 4)

1. Γενικές παρατηρήσεις επί της προστασίας του σήματος από την αποδυνάμωση

50. Η αποδυνάμωση του σήματος³⁹ συσχετίζεται με την αντίληψη ότι σκοπός του δικαίου περί σημάτων είναι η προστασία των προσπαθειών και των επενδύσεων του δικαιούχου του σήματος, καθώς και της αυτοτελούς αξίας (υπεραξίας) του σήματος. Αυτή η προσέγγιση, με επίκεντρο την «ιδιοκτησία», διαφέρει από την στηριζόμενη στην «παραπλάνηση» άποψη ότι το σήμα λειτουργεί πρωταρχικώς ως ένδειξη προελεύσεως, προκειμένου οι καταναλωτές και οι λοιποί τελικοί χρήστες να μην παραπλάνονται όσον αφορά την εμπορική προέλευση προϊόντων

και υπηρεσιών⁴⁰. Η προσέγγιση με επίκεντρο την ιδιοκτησία προστατεύει επίσης τη λειτουργία του σήματος ως προς την επικοινωνία, τη διαφήμιση και τις επενδύσεις που αποσκοπούν στη δημιουργία εμπορικής επωνυμίας και σήματος με θετική εικόνα και αυτοτελή οικονομική αξία (αξία της εμπορικής επωνυμίας ή υπεραξία). Συνεπώς, το σήμα μπορεί να χρησιμοποιηθεί για διαφορετικά προϊόντα και υπηρεσίες που ως μόνο κοινό στοιχείο έχουν το ότι ελέγχονται από τον δικαιούχο του σήματος. Οι λειτουργίες του σήματος όσον αφορά την ένδειξη της προελεύσεως και της ποιότητας⁴¹ πρέπει να προστατεύονται ως στοιχεία που ενισχύουν την αξία της εμπορικής επωνυμίας.

51. Η εν λόγω θεωρία περί αποδυναμώσεως, η οποία πλέον συσχετίζεται ειδικά με τα ευρέως γνωστά σήματα, έχει ως συνέπεια τη διεύρυνση της προστασίας των σημάτων σε αγαθά και υπηρεσίες πέραν αυτών που καλύπτονται από πεδίο προστασίας που δηλώθηκε κατά την καταχώριση του σήματος. Η θεωρία αυτή λειτουργούσε ανέκαθεν όπως η λεγόμενη θεωρία «Kodak», η οποία δικαιολογεί τη διεύρυνση του πεδίου της προστασίας, προς αποτροπή του κινδύνου

39 — Η έννοια της αποδυνάμωσης του σήματος αναπτύχθηκε στο γερμανικό δίκαιο περί αθέμιτου ανταγωνισμού και εισήχθη στη νομική θεωρία στις Ηνωμένες Πολιτείες από τον Schechter (Schechter, E., «The rational basis of trademark protection», *Harvard Law Review* 1927, σ. 813). Ο Schechter έδωσε έμφαση στη διατήρηση του διακριτικού χαρακτήρα των ιδιαίτερων (π.χ. επινοημένων, κατασκευασμένων ή εντυπωσιακών) σημάτων ως κύριο σκοπό της προστασίας από την αποδυνάμωση. Με την εξέλιξη της θεωρίας δόθηκε έμφαση στο ζήτημα της προστασίας των ευρέως γνωστών σημάτων από την απώλεια του διακριτικού χαρακτήρα τους λόγω της χρήσεως πανομοιότυπων ή παρόμοιων σημείων που καλύπτουν διαφορετικά αγαθά ή υπηρεσίες. βλ. Holmqvist, όπ.π., σ. 147, 155-156, προτάσεις του γενικού εισαγγελέα F. G. Jacobs στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση Adidas-Salomon και Adidas Benelux (σημείο 37), και προτάσεις της γενικής εισαγγελέα E. Sharpston στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση Intel Corporation (σημείο 30).

40 — Βλ. Lunney, G., «Trademark Monopolies», *Emory Law Journal* Vol. 48 (1999), σ. 367. Ο Lunney χαρακτηρίζει ως βλαπτική για τον ανταγωνισμό τη διευρυνόμενη αποδοχή της επικεντρωμένης στην ιδιοκτησία αντίληψης στη νομοθεσία και τη νομολογία, διότι οι δικαιούχοι ευρέως γνωστών σημάτων δύνανται έτσι να δημιουργούν μονοπώλια, χωρίς πραγματικά οφέλη για τον καταναλωτή. Ο Strasser, όπ.π., τάσσεται με την αντίθετη άποψη και θεωρεί την επικεντρωμένη στην ιδιοκτησία άποψη ωφέλιμη από οικονομική άποψευς.

41 — Όπως επισήμανε η γενική εισαγγελέας J. Kokott με τις προτάσεις της στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση της 23ης Απριλίου 2009, C-59/08, Copad (Συλλογή 2009, σ. I-3421, σημείο 50), το «δικαίωμα που παρέχει το σήμα πρέπει συναφώς να εξασφαλίζει τη δυνατότητα ελέγχου ως προς την ποιότητα των προϊόντων και όχι την πραγματική άσκηση του ελέγχου αυτού».

συγχύσεως στην περίπτωση των ευρέως γνωστών σημάτων⁴².

52. Τόσο στη νομοθεσία της Ευρωπαϊκής Ένωσης όσο και στη νομοθεσία των Ηνωμένων Πολιτειών η έννοια της προστασίας από την αποδυνάμωση αφορά ειδικά δύο φαινόμενα: την προστασία από την εξασθένηση της διακριτικής ισχύος και την προστασία από τη δυσφήμιση⁴³. Προστασία από την εξασθένηση της διακριτικής ισχύος (ή από την αποδυνάμωση με τη στενή του όρου έννοια) παρέχεται όταν η χρήση συνεπάγεται τον κίνδυνο να απολέσει το σήμα τον διακριτικό χαρακτήρα του και, συνεπώς, την αξία του. Προστασία από τη δυσφήμιση σημαίνει προστασία σε περίπτωση διακινδυνεύσεως της φήμης του σήματος λόγω της χρήσεως.

53. Επιπλέον, κατά τη νομοθεσία της Ευρωπαϊκής Ένωσης και αντίθετως προς τα ισχύοντα στις Ηνωμένες Πολιτείες⁴⁴, προστασία από την αποδυνάμωση σημαίνει επίσης προστασία και από ένα τρίτο φαινόμενο, δηλαδή από την αυθαίρετη χρήση ή την άντληση αθέμιτου πλεονεκτήματος από τη φήμη ή τον διακριτικό χαρακτήρα άλλου σήματος.

42 — Βλ., π.χ., Levin, M., «The wording is not always what it seems to be — On Confusion, Association and Dilution», στο Kooy, L. (επιμέλεια), *25th Anniversary of EKT. Past, Present and the Future. The Development of Trade Marks, Designs and Related IP Right in Europe*, European Communities Trade Mark Association, The Hague 2005, σ. 51-64, 60. Αναφέρεται επίσης στη λεγόμενη θεωρία του «ποντικοφάρμακου», η οποία επικρατεί στις σκανδιναβικές χώρες (ο δικαιούχος σήματος για τρόφιμα δύναται να απαγορεύσει τη χρήση όμοιου σήματος για ποντικοφάρμακα), και τη νομολογία CLAREYN/KLAREIN στην ένωση της Μπενελούξ (βλ. απόφαση του δικαστηρίου Μπενελούξ της 1ης Μαρτίου 1975, Colgate-Palmolive/Bols, A 74/1).

43 — Βλ. ανωτέρω υποσημείωση 12.

44 — Στις Ηνωμένες Πολιτείες η εκ του νόμου προστασία από την αποδυνάμωση του σήματος δεν καλύπτει τις περιπτώσεις αυθαίρετης χρήσεως ή σφετερισμού, παρά την αναγνώριση τέτοιων περιπτώσεων με ορισμένες δικαστικές αποφάσεις. Βλ. Simon, I., «Dilution by blurring — a conceptual roadmap», *Intellectual Property Quarterly*, 2010, σ. 44-87, σ. 56.

Η ουσία της προστασίας από την αυθαίρετη χρήση δεν έγκειται στην προστασία του δικαιούχου του σήματος από προσβολή του δικαιώματός του επί του σήματος, αλλά στην προστασία του δικαιούχου του σήματος έναντι του τρίτου ο οποίος αντλεί αθέμιτο πλεονέκτημα, χρησιμοποιώντας το σήμα χωρίς τη συγκατάθεση του δικαιούχου⁴⁵.

54. Από πλευράς ορολογίας, φρονώ ότι, στο δίκαιο περί σημάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η αποδυνάμωση περιλαμβάνει την εξασθένηση της διακριτικής ισχύος, τη δυσφήμιση (ή την απαξίωση) και την αυθαίρετη χρήση (ή παρασιτισμό). Εξασθένηση της διακριτικής ισχύος (ή απίσχναση ή αποδυνάμωση με τη στενή του όρου έννοια) σημαίνει ότι η χρήση του σήματος μπορεί να οδηγήσει στην αποδυνάμωσή του υπό τη στενή του όρου έννοια, δηλαδή στον περιορισμό του διακριτικού χαρακτήρα του σήματος.

55. Με τα ερωτήματα 3β και 4, το αιτούν δικαστήριο ζητεί να διευκρινιστούν οι περιπτώσεις υπό τις οποίες ο διαφημιζόμενος που χρησιμοποιεί σημείο πανομοιότυπο με φημισμένο σήμα ανταγωνιστή θεωρείται ότι

— ενεργεί κατά τρόπο βλαπτικό για τον διακριτικό χαρακτήρα του εν λόγω σήματος,

45 — Εντούτοις, σε πολλές έννομες τάξεις, η προστασία από τη δυσφήμιση και την αυθαίρετη χρήση παρέχεται επίσης ή επικουρικός στο πλαίσιο της νομοθεσίας περί αθέμιτου ανταγωνισμού.

και/ή

- αντλεί αθέμιτο όφελος από τον διακριτικό χαρακτήρα ή τη φήμη του σήματος αυτού⁴⁶.

σημεία χρησιμοποιούνται για πανομοιότυπα ή όμοια προϊόντα ή υπηρεσίες. Η προστασία από την αποδυνάμωση καλύπτει έτσι και τις περιπτώσεις κατά τις οποίες ο χρήστης του πανομοιότυπου ή όμοιου σημείου ανταγωνίζεται ευθέως τον δικαιούχο του σήματος. Υπενθυμίζω ότι οι διάδικοι δεν διαφωνούν ότι το σήμα INTERFLORA χαίρει φήμης κατά την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 2.

2. Έχει εφαρμογή το άρθρο 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/104 αν η περίπτωση εμπίπτει επίσης στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 5, παράγραφος 1, στοιχείο α΄;

58. Από την πρόσφατη νομολογία του Δικαστηρίου σχετικά με το άρθρο 5, παράγραφος 1, στοιχείο α΄, της οδηγίας 89/104 προκύπτει ότι η χρήση πανομοιότυπου σημείου εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της διατάξεως αυτής, εφόσον υπάρχει κίνδυνος να θιγεί οποιαδήποτε από τις λειτουργίες του σήματος, και όχι μόνον η λειτουργία που συνίσταται στην ένδειξη της προελεύσεως⁴⁷.

56. Ενόψει της απαντήσεως στο ερώτημα 3β, πρέπει προκαταρκτικώς να εξεταστεί αν τα άρθρα 5, παράγραφος 1, στοιχείο α΄, και 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/104 εφαρμόζονται σωρευτικά ή διαζευκτικά.

59. Φρονώ, πάντως, ότι το Δικαστήριο δεν εννοεί ότι όλες οι λειτουργίες του σήματος περιορίζονται στην εφαρμογή του άρθρου 5, παράγραφος 1, στοιχείο α΄, της οδηγίας 89/104. Προκειμένου περί πανομοιότυπων σημείων και πανομοιότυπων προϊόντων ή υπηρεσιών, λαμβάνονται υπόψη όλες ή ορισμένες από τις λειτουργίες του σήματος ενόψει της εφαρμογής του άρθρου 5, παράγραφος 2. Υπενθυμίζω ότι οι λοιπές λειτουργίες του σήματος, πέραν αυτής που συνίσταται στην ένδειξη της προελεύσεως, προστατεύονται από το άρθρο 5, παράγραφος 2, στις περιπτώσεις που αναφέρονται στο άρθρο 5, παράγραφος 1, στοιχείο β΄, εφόσον δεν στοιχειοθετείται κίνδυνος συγχύσεως.

57. Προστασία από τις *τρεις μορφές αποδυναμώσεως* παρέχεται δυνάμει του άρθρου 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/104 για σήματα που χαίρουν φήμης έναντι πανομοιότυπων ή όμοιων σημείων που χρησιμοποιούνται για προϊόντα και υπηρεσίες που δεν είναι πανομοιότυπα ή όμοια με αυτά που καλύπτει το σήμα. Ωστόσο, όπως προαναφέρθηκε, με την απόφαση Davidoff το πεδίο εφαρμογής της διατάξεως επεκτάθηκε και στις περιπτώσεις κατά τις οποίες πανομοιότυπα ή όμοια

46 — Η Interflora δεν προσάπτει στη Marks & Spencer ότι δούσημισε τα σήματά της.

47 — Βλ. αποφάσεις L'Oréal κ.λπ. (σκέψεις 58 έως 59), και Google France και Google (σκέψεις 75 έως 79).

60. Στις περιπτώσεις πανομοιότυπων σημείων και πανομοιότυπων προϊόντων ή υπηρεσιών μπορεί να γίνει δεκτό ότι προστασία από την εξασθένηση της διακριτικής ισχύος, τη δυσφήμιση και την αυθαίρετη χρήση παρέχεται δυνάμει μόνον του άρθρου 5, παράγραφος 1, στοιχείο α', χωρίς να λαμβάνεται καθόλου υπόψη το άρθρο 5, παράγραφος 2. Τούτο ισχύει εφόσον η χρήση σημείου πανομοιότυπου με σήμα για πανομοιότυπα προϊόντα ή υπηρεσίες ενδέχεται να βλάψει κάποια από τις λειτουργίες του σήματος. Στην περίπτωση αυτή, κινδυνεύουν περισσότερο οι λειτουργίες που σχετίζονται με την εγγύηση της ποιότητας, την επικοινωνία, τη διαφήμιση ή τις επενδύσεις, αλλά και οι λειτουργίες που σχετίζονται με τον προσδιορισμό και τη διάκριση, κατά το μέτρο που το σημείο χρησιμοποιείται για τη διάκριση προϊόντων και υπηρεσιών για άλλους σκοπούς, πέραν της ενδείξεως της προελεύσεως.

61. Η ερμηνεία αυτή είναι συμβατή με το περιεχόμενο της δέκατης αιτιολογικής σκέψεως της οδηγίας 89/104, κατά την οποία η προστασία που παρέχεται δυνάμει του άρθρου 5, παράγραφος 1, στοιχείο α', είναι «απόλυτη». Κατά την άποψή μου, είναι επίσης προφανές ότι οποιαδήποτε από τις χρήσεις που προβλέπει το άρθρο 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/104 ενδέχεται να θίξει τουλάχιστον ορισμένες από τις προαναφερθείσες λειτουργίες του σήματος, λαμβανομένου ιδίως υπόψη του ότι η διευρυμένη προστασία που παρέχει το άρθρο 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/104 δικαιολογείται κατά κανόνα σε σχέση με τις λειτουργίες του σήματος που σχετίζονται με την επικοινωνία, τη διαφήμιση και τις επενδύσεις.

62. Συνέπεια της συλλογιστικής αυτής είναι ότι το άρθρο 5, παράγραφος 1, στοιχείο α', προστατεύει από τις περιπτώσεις αποδυνάμωσης που προβλέπει το άρθρο 5, παράγραφος 2, όσον αφορά πανομοιότυπα σημεία και πανομοιότυπα προϊόντα ή υπηρεσίες. Επιπλέον, ο διακριτικός χαρακτήρας και η φήμη προστατεύονται στην περίπτωση αυτή ανεξαρτήτως του αν το σήμα χαιρεί φήμης κατά την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/104, δηλαδή ανεξαρτήτως του αν πρόκειται για ευρέως γνωστό σήμα.

63. Η ερμηνεία αυτή, πάντως, είναι αντίθετη στο γράμμα, αλλά ίσως όχι στη ratio decidendi της αποφάσεως Davidoff. Με την απόφαση αυτή, το Δικαστήριο έκρινε ότι το άρθρο 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/104 έχει εφαρμογή όχι μόνο στην περίπτωση όμοιων προϊόντων, αλλά και στην περίπτωση πανομοιότυπων προϊόντων, έστω και αν η συλλογιστική του Δικαστηρίου φαίνεται να αφορά μόνον την πρώτη περίπτωση⁴⁸.

48 — Στην απόφαση Davidoff, το Δικαστήριο στήριξε τη συλλογιστική του στο γεγονός ότι η προστασία των σημάτων που χαιρούν φήμης είναι λιγότερο αποτελεσματική στην περίπτωση των όμοιων προϊόντων, σε σχέση με τα μη όμοια προϊόντα, διότι το άρθρο 5, παράγραφος 1, στοιχείο β', προϋποθέτει την ύπαρξη κινδύνου συγχύσεως (σκέψεις 27 έως 29). Φρονώ ότι τούτο δεν ισχύει στην περίπτωση πανομοιότυπων σημείων και πανομοιότυπων προϊόντων ή υπηρεσιών, διότι η εφαρμογή του άρθρου 5, παράγραφος 1, στοιχείο α', δεν προϋποθέτει την ύπαρξη κινδύνου συγχύσεως (βλ. απόφαση L'Oréal κ.λπ., σκέψεις 58 και 59).

64. Διστάζω, ωστόσο, να προτείνω στο Δικαστήριο να δώσει στο τρίτο ερώτημα απάντηση με βάση την παραδοχή ότι έχει εφαρμογή μόνον το άρθρο 5, παράγραφος 1, στοιχείο α', της οδηγίας 89/104, δεδομένου ιδίως ότι το Δικαστήριο φαίνεται να έχει δεχθεί τη σωρευτική εφαρμογή του άρθρου 5, παράγραφος 1, στοιχείο α', και του άρθρου 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/104⁴⁹. Ανεξαρτήτως του κατά πόσον οι λειτουργίες του σήματος ασκούν επιρροή ως προς την εφαρμογή του άρθρου 5, παράγραφος 1, στοιχείο α'⁵⁰, φρονώ ότι η αποδυνάμωση του σήματος, ως νομικό φαινόμενο, πρέπει σε κάθε περίπτωση να εξετάζεται βάσει του άρθρου 5, παράγραφος 2. Τούτο συνεπάγεται την ενιαία ερμηνεία των σχετικών με την αποδυνάμωση του σήματος εννοιών, παρά τις διαφορές ως προς τον βαθμό ομοιότητας που απαιτείται να υφίσταται μεταξύ των προβαλλομένων ως μη αυθεντικών προϊόντων ή υπηρεσιών και των προϊόντων ή υπηρεσιών που καλύπτονται από το σήμα στις περιπτώσεις που απαριθμούνται στο άρθρο 5, παράγραφος 1, στοιχεία α' και β', και παράγραφος 2, της οδηγίας 89/104 αντιστοίχως. Συνεπώς, κατά την άποψή μου, όλες οι λειτουργίες του σήματος —εξαιρουμένης αυτής της σχετικής με την ένδειξη της προελεύσεως— ασκούν κάποια επιρροή ως προς την εφαρμογή του άρθρου 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/104, έστω και αν έχουν ληφθεί υπόψη για να διαπιστωθεί αν έχει εφαρμογή το άρθρο 5, παράγραφος 1, στοιχείο α'.

3. Ο σύνδεσμος μεταξύ σήματος και σημείου που έχει επιλεγεί ως λέξη-κλειδί

65. Κατά τη νομολογία, πρέπει υφίσταται κάποιος «σύνδεσμος» μεταξύ του σήματος που χαιρεί φήμης και του σημείου που χρησιμοποιείται από τρίτον, προκειμένου η χρήση του σημείου να επιπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/104. Το Δικαστήριο έχει προσδιορίσει την ύπαρξη τέτοιου συνδέσμου ως εξής: «Οι προσβολές του προγενέστερου σήματος, στις οποίες αναφέρεται το άρθρο 4, παράγραφος 4, στοιχείο α', της οδηγίας, μπορούν να στοιχειοθετηθούν μόνον αν ο βαθμός της ομοιότητάς του με το μεταγενέστερο σήμα είναι τέτοιος ώστε το ενδιαφερόμενο κοινό να τα φέρνει κοντά, δηλαδή να τα συνδέει μεταξύ τους, χωρίς κατ' ανάγκην να τα συγχέει [...]. Αν δεν δημιουργείται παρόμοιος σύνδεσμος στο μυαλό του κοινού, η χρησιμοποίηση του μεταγενέστερου σήματος δεν είναι δυνατό ούτε να προσπορίσει αθέμιτο όφελος από τον διακριτικό χαρακτήρα ή τη φήμη του προγενέστερου σήματος ούτε να προκαλέσει βλάβη στον διακριτικό χαρακτήρα ή στη φήμη του προγενέστερου σήματος»⁵¹.

66. Εν προκειμένω, το σήμα INTERFLORA είναι πανομοιότυπο με τη λέξη-κλειδί που αγόρασε η Marks & Spencer στο πλαίσιο της διαφημιστικής υπηρεσίας της Google. Επομένως, το ζήτημα αν υφίσταται τέτοιος σύνδεσμος φαίνεται ίσως άνευ νοήματος. Δυστυχώς, δεν έχουν έτσι τα πράγματα: η ύπαρξη συνδέσμου μεταξύ σήματος και πανομοιότυπης λέξεως-κλειδιού δεν είναι άνευ σημασίας.

49 — Βλ. απόφαση L'Oréal κ.λπ. (σκέψη 64).

50 — Βλ. την ανάλυση του γενικού εισαγγελέα P. Mengozzi στην υπόθεση L'Oréal κ.λπ. (σημεία 31 έως 61), και τις επικρίσεις των αγγλικών δικαστηρίων για τις οποίες έγινε λόγος στην υποσημείωση 11 ανωτέρω.

51 — Απόφαση Intel Corporation (σκέψεις 30 και 31 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

67. Η λέξη-κλειδί που μπορεί να χρησιμοποιηθεί στο πλαίσιο διαδικτυακής υπηρεσίας αντιστοιχίσης συνίσταται από σειρά σημείων που μπορεί να αντιστοιχεί και συνήθως αντιστοιχεί με λέξη, σειρά λέξεων ή φράση της φυσικής γλώσσας. Η λέξη-κλειδί αυτή καθαυτή δεν έχει νόημα στο πλαίσιο του συστήματος αντιστοιχίσης, διότι οι αλγόριθμοι της μηχανής αναζήτησης εντοπίζουν πανομοιότυπες σειρές σημείων ανεξαρτήτως της όποιας γλωσσικής σημασίας τους. Επομένως, οι λέξεις-κλειδιά αυτές καθαυτές δεν έχουν σημασιολογικό περιεχόμενο⁵². έχουν συγκεκριμένη σημασία και αντιστοιχία μόνο στην αντίληψη του χρήστη του Διαδικτύου που τις πληκτρολογεί. Οι διαφημιζόμενοι που αγοράζουν λέξεις-κλειδιά στηρίζονται στην ύπαρξη τέτοιων συνειρμών των χρηστών του Διαδικτύου.

68. Ανακύπτουν έτσι διάφορα ζητήματα από πλευράς δικαίου περί σημάτων, αν γίνει δεκτό ότι η μη ορατή διαδικασία που συνίσταται στην επιλογή σειράς χαρακτήρων που αντιστοιχεί σε σήμα του οποίου δικαιούχος είναι άλλο πρόσωπο συνιστά χρήση του σήματος, όπως κρίθηκε με την απόφαση Google France και Google.

69. Τα ζητήματα αυτά σχετίζονται με τη μοναδικότητα των σημάτων. Ορισμένα σήματα

είναι μοναδικά⁵³. Όταν το ευρέως γνωστό σήμα είναι επινοημένο, κατασκευασμένο ή εντυπωσιακό (π.χ., μια επινοημένη λέξη ή μια σειρά γραμμάτων ή/και αριθμών άνευ σημασίας) και ανήκει σε ένα μόνο πρόσωπο, μπορεί κανείς βάσιμα να υποθέσει ότι ο χρήστης του Διαδικτύου που το πληκτρολόγησε ως όρο αναζήτησης είχε αυτό το σήμα στο μυαλό του. Το ίδιο ισχύει και για την επιχείρηση που αγοράζει τη συγκεκριμένη λέξη-κλειδί.

70. Ωστόσο, τα περισσότερα σήματα δεν χαρακτηρίζονται από μοναδικότητα. Είναι συχνό το φαινόμενο πλείονα πανομοιότυπα λεκτικά σήματα να έχουν καταχωριστεί για μη όμοια προϊόντα ή υπηρεσίες στην ίδια χώρα ή στην αλλοδαπή. Επίσης, η νομοθεσία περί σημάτων της Ένωσης δεν προβλέπει τέτοια προϋπόθεση όσον αφορά τα σήματα που χαίρουν φήμης⁵⁴. Υπάρχουν επίσης σήματα συνιστάμενα από κοινές λέξεις ή περιγραφικές λέξεις, τα οποία έχουν αποκτήσει ευρεία φήμη ή ισχυρή δευτερογενή σημασία σε συγκεκριμένα τομέα. Θα ήταν όμως υπερβολικό να υποθέσουμε ότι ο χρήστης του Διαδικτύου που επιλέγει τις λέξεις «apple» ή «diesel»

52 — Επιπλέον, υφίστανται, σε διάφορα στάδια αναπτύξεως, μέθοδοι και τεχνολογίες που ονομάζονται «semantic web» και έχουν ως σκοπό να έχουν οι μηχανές τη δυνατότητα να «καταλαβαίνουν» το νόημα —ή το σημασιολογικό περιεχόμενο [semantics]— των πληροφοριακών στοιχείων στο Διαδίκτυο. Αν οι πληροφορίες μου ευσταθούν, οι παρέχοντες διαδικτυακές υπηρεσίες αντιστοιχίσης έχουν αναπτύξει διάφορες τέτοιες μεθόδους, προκειμένου να ενισχυθεί η συνάφεια των αποτελεσμάτων των διαδικτυακών αναζητήσεων, χωρίς όμως τούτο να σημαίνει ότι οι διαδικτυακές μηχανές αναζήτησης θα «καταλαβαίνουν» το νόημα της λέξεως-κλειδιού.

53 — Θεωρώ ότι το λεκτικό σήμα INTERFLORA είναι μοναδικό. Έχουν, πάντως, καταχωριστεί ορισμένα παρόμοια με αυτό κοινοτικά σήματα (π.χ. το υπ' αριθ. 3371549 λεκτικό σήμα INTERFLO για προϊόντα και υπηρεσίες των κλάσεων 9, 12, 37, το υπ' αριθ. 2178887 λεκτικό σήμα INTERFORUM SIGLO XXI για προϊόντα και υπηρεσίες της κλάσεων 42 ή το υπ' αριθ. 3036944 εικονιστικό σήμα INTERFLOOR για προϊόντα και υπηρεσίες των κλάσεων 1, 6, 8, 17, 19, 20, 27, 37). Ως σήμα, το INTERFLORA χαρακτηρίζεται μάλλον ως υποδηλωτικό, σχεδόν περιγραφικό (συνίσταται από τη λατινική λέξη που σχετίζεται με άνηθ και από λατινικό πρόθεμα που σημαίνεται «μεταξύ»).

54 — Βλ. απόφαση Intel Corporation (σκέψεις 72 έως 74).

αναζητεί πάντα υπολογιστές ή τζιν και όχι φρούτα ή καύσιμα. Ή ότι ο όρος «nokia» χρησιμοποιείται πάντα σε αναζητήσεις σχετικές με κινητά τηλέφωνα και ποτέ σε αναζητήσεις σχετικές με πόλη, λίμνη, θρησκευτική κίνηση ή μάρκα ελαστικών με παρόμοιο όνομα.

71. Εξίσου υπερβολικό θα ήταν να δεχθούμε ότι κατά κανόνα μια επιχείρηση που αγοράζει λέξεις-κλειδιά στο πλαίσιο επί πληρωμή παρεχόμενης διαδικτυακής υπηρεσίας αντιστοιχίας αποσκοπεί πάντα στο σήμα αυτό, ιδίως όταν υπάρχουν πλείονα πανομοιότυπα σήματα καταχωρισμένα από διαφορετικούς δικαιούχους σε διαφορετικές έννομες τάξεις⁵⁵.

55 — Υπενθυμίζω ότι, στο πλαίσιο της εφαρμογής του δικαίου περί σημάτων της Ένωσης όσον αφορά τα σήματα που χαίρουν φήμης, τα σήματα αυτά προστατεύονται και σε σχέση με μη όμοια προϊόντα ή υπηρεσίες. Κατά τη νομολογία, σήματα που χαίρουν φήμης κατά την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/104 είναι και τα «περιορισμένα» σήματα, τα οποία δεν είναι μοναδικά, αλλά είναι ευρέως γνωστά σε σχετικά περιορισμένο γεωγραφικό χώρο (βλ. απόφαση General Motors, σκέψη 31, και Senftleben, όπ.π., σ. 54). Μπορεί, π.χ., να υπάρχουν σήματα για ιατρικές συσκευές τα οποία είναι βέβαιο ότι χαίρουν φήμης και είναι ιδιαίτερα γνωστά στους ενδιαφερομένους, αλλά όχι στο ευρύ κοινό (συστήματα απεικόνισης στη ραδιολογία ή εξοπλισμός για οδοντιατρικές επεμβάσεις). Τα σήματα ενδέχεται επίσης να χαίρουν φήμης σε ένα εξειδικευμένο κοινό σε σχετικά περιορισμένο γεωγραφικό χώρο (π.χ., σήμα χειρουργικών νυστεριών σε γερμανικό ομόσπονδο κράτος). Ενώ τούτο συμβαίνει στο πλαίσιο της οδηγίας 89/104, ο κανονισμός 40/94 επιβάλλει η φήμη να υφίσταται σε όλο το έδαφος της Ένωσης (βλ. άρθρο 9, παράγραφος 1, στοιχείο γ', του κανονισμού). Στις Ηνωμένες Πολιτείες, αντίθετως, η σε ομοσπονδιακό επίπεδο προστασία από την αποδυνάμωση προϋποθέτει, σύμφωνα με τον Trade Mark Dilution Revision Act του 2005, να είναι το σήμα αναγνωρισμένο στο ευρύ καταναλωτικό κοινό των Ηνωμένων Πολιτειών (βλ. υποσημείωση 9 ανωτέρω).

72. Συμπερασματικώς, είναι βέβαιο ότι η ταυτότητα μεταξύ λέξεως-κλειδιού και σήματος αποτελεί ένδειξη για την ύπαρξη συνδέσμου μεταξύ αυτών στην περίπτωση των πραγματικά μοναδικών σημάτων, τα οποία διαθέτουν ιδιαίτερα έντονο διακριτικό χαρακτήρα. Ομοίως, μπορεί κανείς βασίμως να υποθέσει ότι η επιχείρηση που αγοράζει λέξη-κλειδί στοχεύει στο πανομοιότυπο σήμα μόνον αν το σήμα έχει τέτοια χαρακτηριστικά και η λέξη-κλειδί έχει αγοραστεί από ανταγωνιστή, δηλαδή επιχείρηση που πωλεί προϊόντα ή υπηρεσίες ανταγωνιστικά αυτών που καλύπτονται από το σήμα. Φρονώ ότι οι προϋποθέσεις αυτές πληρούνται στη μάλλον εξαιρετική περίπτωση του σήματος INTERFLORA.

73. Σε άλλες περιπτώσεις, η ύπαρξη συνδέσμου δεν μπορεί να αποδειχθεί αν δεν ληφθούν υπόψη παράγοντες μη σχετιζόμενοι με τη «μη ορατή» χρήση σήματος, η οποία συνίσταται στην επιλογή πανομοιότυπης λέξεως-κλειδιού για διαφήμιση στο πλαίσιο διαδικτυακής μηχανής αναζήτησης. Κατά τη γνώμη μου, οι παράγοντες αυτοί σχετίζονται με τα πληροφοριακά στοιχεία που περιέχει ο διαφημιστικός σύνδεσμος⁵⁶.

74. Φρονώ ότι αυτή είναι η συλλογιστική που ακολούθησε το Δικαστήριο με την απόφαση Google France και Google. Στην απόφασή

56 — Επιπλέον, η εφαρμογή του παραδοσιακού νομικού πλαισίου κατά την εκτίμηση του πώς ανταποκρίνονται οι καταναλωτές στη χρήση ενός σημείου καθίσταται προβληματική αν περιορίζεται μόνο στην επιλογή λέξεων-κλειδιών, διότι, στο πλαίσιο της διαφήμισης σε διαδικτυακή μηχανή αναζήτησης, ο συσχετισμός στην αντίληψη του χρήστη του Διαδικτύου που πραγματοποιεί αναζήτηση με συγκεκριμένο όρο προηγείται της εμφάνισης του διαφημιστικού συνδέσμου, δηλαδή του χρονικού σημείου κατά το οποίο ο χρήστης αντιλαμβάνεται τις συνέπειες της χρήσεως του σήματος.

του αυτή, το Δικαστήριο δεν ακολούθησε την πρόταση του γενικού εισαγγελέα, σύμφωνα με την οποία η επιλογή λέξεων-κλειδίων μπορεί να χαρακτηριστεί ως ιδιωτική χρήση του σήματος από τον διαφημιζόμενο⁵⁷, αλλά αποφάνθηκε ότι ο διαφημιζόμενος όντως «κάνει χρήση» του σήματος, επιλέγοντάς το ως λέξη-κλειδί στο πλαίσιο επί πληρωμή παρεχόμενης υπηρεσίας αντιστοίχισης. Όπως προανέφερα, η διαπίστωση αυτή δεν εξαρτάται από το αν το σημείο περιλαμβάνεται στη διαφήμιση που εμφανίζεται στον διαφημιστικό σύνδεσμο.

75. Πάντως, με την απόφαση Google France και Google και παρά το γεγονός ότι η υπόθεση αυτή αφορούσε μόνον τον παρέχοντα τη διαδικτυακή υπηρεσία αντιστοίχισης και όχι τον διαφημιζόμενο, το Δικαστήριο έκρινε περαιτέρω ότι «[το] κατά πόσον υφίσταται προσβολή στη λειτουργία [του σήματος ως ενδείξεως της προελεύσεως προϊόντων ή υπηρεσιών]⁵⁸, όταν εμφανίζεται στους χρήστες του Διαδικτύου, βάσει μιας λέξης-κλειδιού πανομοιότυπης με σήμα, η διαφήμιση ενός τρίτου, όπως ενός ανταγωνιστή του δικαιούχου του σήματος αυτού, εξαρτάται ειδικότερα από τον τρόπο με τον οποίο εμφανίζεται η διαφήμιση αυτή»⁵⁹.

76. Κατά τη γνώμη μου, από την απόφαση Google France και Google συνάγεται ότι, αν και η επιλογή λέξεων-κλειδίων εμπεριέχει μεν χρήση του σήματος, από τον διαφημιζόμενο, σε σχέση με προϊόντα ή υπηρεσίες,

εντούτοις οι προϋποθέσεις του επιτρεπτού της χρήσεως αυτής πρέπει κατά κύριο λόγο⁶⁰ να εξετάζονται υπό το πρίσμα του ορατού αποτελέσματός της, ήτοι της διαφημίσεως στον διαφημιστικό σύνδεσμο που εμφανίζεται στον χρήστη του Διαδικτύου ο οποίος πληκτρολόγησε τον όρο αναζήτησης. Δεδομένου ότι το Δικαστήριο δεν αποφάνθηκε ότι η επιλογή λέξεων-κλειδίων ταυτόσημων με σήμα συνιστά προσβολή του αποκλειστικού δικαιώματος του δικαιούχου του σήματος αυτού να χρησιμοποιεί το σήμα για προϊόντα ή υπηρεσίες πανομοιότυπες με τις καλυπτόμενες από το σήμα, είναι εύλογο οι συνέπειες της διαφήμισης στον διαφημιστικό σύνδεσμο που εμφανίζεται στον χρήστη του Διαδικτύου να αποτελούν την αφετηρία της αναλύσεως.

4. Εξασθένιση της διακριτικής ισχύος

77. Κατά το άρθρο 2 της οδηγίας 89/104, ως σήμα μπορεί να καταχωριστεί σημείο που διαθέτει διακριτικό χαρακτήρα, δηλαδή μπορεί να διακρίνει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες μιας επιχείρησης από τα αντίστοιχα άλλων επιχειρήσεων. Τα κράτη μέλη δύνανται να παρέχουν διευρυμένη προστασία, δύναμει του άρθρου 5, παράγραφος 2, εάν «η χρησιμοποίηση του σημείου, χωρίς νόμιμη αιτία, θα επέφερε, αχρεωστήτως, όφελος από τον διακριτικό χαρακτήρα ή τη φήμη του σήματος ή

57 — Απόφαση Google France και Google (σκέψεις 51 και 52). βλ., επίσης, τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα M. Poiares Maduro (σημείο 150).

58 — Η προσθήκη δική μου.

59 — Απόφαση Google France και Google (σκέψη 83).

60 — Όπως ανέφερα προηγουμένως, υπό ορισμένες ειδικές περιστάσεις, σχετικές με τη φύση των προϊόντων ή υπηρεσιών και με τη φήμη ή τη δευτερογενή σημασία του σήματος, επιπτώσεις στη λειτουργία του σήματος ως ενδείξεως της προελεύσεως ενδέχεται να επέλθουν ακόμη και αν η διαφήμιση δεν περιέχει αναφορά στο σήμα (βλ. ανωτέρω).

θα ήταν βλαπτική για τον εν λόγω διακριτικό χαρακτήρα ή τη φήμη».

78. Για να διαθέτει διακριτικό χαρακτήρα (και συνεπώς να μπορεί να καταχωριστεί ως σήμα), το σημείο δεν πρέπει να έχει καθόλου πρωταρχική σημασία ή να έχει κάποια πρωταρχική σημασία που να μην είναι εν γένει περιγραφική, δηλαδή να μην αναφέρεται στα καλυπτόμενα από το σήμα προϊόντα ή υπηρεσίες, στην προέλευσή τους ή στις ιδιότητές τους, αλλά σε άλλα πράγματα (όπως το APPLE για υπολογιστές). Στο όριο μεταξύ περιγραφικών και μη περιγραφικών σημάτων βρίσκονται τα υποδηλωτικά σήματα, των οποίων η πρωταρχική σημασία δεν είναι περιγραφική των οικείων προϊόντων και υπηρεσιών, αλλά δημιουργεί συνειρμούς σχετικούς με τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες (ή τις ιδιότητές τους, όπως το TRESOR για ποιοτικά αρώματα)⁶¹.

79. Το Δικαστήριο έχει προσδιορίσει την αποδυνάμωση λόγω εξασθένησως της διακριτικής ισχύος ως εξής: «Όσον αφορά, ειδικότερα, τη βλάβη που μπορεί να προκληθεί στον διακριτικό χαρακτήρα του προγενέστερου σήματος, η οποία χαρακτηρίζεται επίσης ως [“αποδυνάμωση”], [“απίσχυανση”] ή [“εξασθένηση της διακριτικής ισχύος”], η βλάβη αυτή συνίσταται στην εξασθένηση της ικανότητας του προγενέστερου σήματος να υποδηλώνει ότι τα προϊόντα ή υπηρεσίες για τα οποία καταχωρίστηκε και χρησιμοποιείται προέρχονται από τον δικαιούχο του, στο μέτρο που η χρησιμοποίησή του μεταγενέστερου σήματος συνεπάγεται την αποδόμηση τόσο της ταυτότητάς του όσο και του αντικτύπου που έχει στο κοινό. Τέτοια περίπτωση

συντρέχει οσάκις το προγενέστερο σήμα παύει να δημιουργεί άμεση συσχέτιση με τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες για τα οποία έχει καταχωριστεί»⁶².

80. Επομένως, ως εξασθένηση της διακριτικής ισχύος νοείται η χρήση σημείου πανομοιότυπου ή όμοιου με σήμα που χαιρεί φήμης, κατά τρόπον που ενδέχεται να αποδυναμώσει τον διακριτικό χαρακτήρα του σήματος, λόγω περιορισμού της δυνατότητας του σήματος αυτού να προσδιορίσει συγκεκριμένα προϊόντα και υπηρεσίες. Όταν επέλθει η εξασθένηση της διακριτικής ισχύος (ή η αποδυνάμωση με τη στενή του όρου έννοια), το σήμα δεν επιτρέπει πλέον στον καταναλωτή να συσχετίσει την εμπορική πηγή⁶³ ορισμένων προϊόντων ή υπηρεσιών με το σήμα. Με άλλα λόγια, το διακύβευμα έγκειται στη δυνατότητα του σημείου να χρησιμοποιείται ως σήμα και, συγκεκριμένα, στη λειτουργία του σήματος όσον αφορά την ταυτοποίηση και τη διάκριση προϊόντων και υπηρεσιών.

81. Εξασθένηση της διακριτικής ισχύος ή αποδυνάμωση υπ’ αυτή την έννοια σημαίνει κατά κύριο λόγο ότι ο διακριτικός χαρακτήρας του σήματος «διαλύεται» («Verwässerung» στα γερμανικά), καθώς το σήμα καθίσταται τετριμμένο. Σημείο που χρησιμοποιείται για σήμα και αναφέρεται σε διάφορα προϊόντα ή υπηρεσίες διαφορετικών εμπορικών προελεύσεων παύει να είναι ικανό

62 — Βλ. αποφάσεις Intel Corporation (σκέψη 29), και L’Oréal κ.λπ. (σκέψη 39).

63 — Μιλώ εδώ για πηγή ή προέλευση με την ευρεία του όρου έννοια, αναφερόμενος στην επιχείρηση που ελέγχει την παραγωγή των προϊόντων ή την παροχή των υπηρεσιών που καλύπτονται από το σήμα και όχι στον συγκεκριμένο κατασκευαστή ή τον παρέχοντα την υπηρεσία· βλ., π.χ., απόφαση Arsenal (σκέψη 48).

61 — Σχετικά με τις διαβαθμίσεις του διακριτικού χαρακτήρα, βλ. Holmqvist, όπ.π., σ. 17 έως 22.

να διακρίνει τα καλυπτόμενα από το σήμα προϊόντα και υπηρεσίες που προέρχονται από μοναδική πηγή⁶⁴. Ο κίνδυνος αυτός συντρέχει ως επί το πλείστον όταν, παράλληλα με το ευρέως γνωστό σήμα, υπάρχουν πανομοιότυπα ή όμοια σημεία που αναφέρονται σε διαφορετικά προϊόντα και υπηρεσίες και στην προέλευσή τους.

τρόπο διαφορετικό σε σχέση με την αποδυνάμωση, υπό την έννοια της «διαλύσεως» του διακριτικού χαρακτήρα⁶⁵.

82. Τούτο, πάντως, δεν είναι πιθανό να συμβεί όσον αφορά πανομοιότυπα ή όμοια προϊόντα ή υπηρεσίες. Δεδομένου ότι η Marks & Spencer δεν χρησιμοποιεί το σήμα INTERFLORA για προϊόντα ή υπηρεσίες διαφορετικές από αυτές της Interflora, φρονώ ότι εν προκειμένω δεν συντρέχει αποδυνάμωση κατά την έννοια της νομολογίας. Επομένως, το πρόβλημα που αντιμετωπίζει η Interflora δεν είναι μήπως το σήμα INTERFLORA καταστεί τετριμμένο και, ως εκ τούτου, απολέσει τον διακριτικό χαρακτήρα του, αλλά ο κίνδυνος *εκφυλισμού* του σήματος σε γενικό όρο ή κοινή λέξη. Τούτο συνεπάγεται απώλεια του διακριτικού χαρακτήρα, αλλά κατά

83. Εφόσον γίνει δεκτό ότι το άρθρο 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/104 εφαρμόζεται και στις περιπτώσεις πανομοιότυπων σημείων και πανομοιότυπων προϊόντων ή υπηρεσιών, φρονώ ότι η προστασία από τον εκφυλισμό πρέπει να παρέχεται βάσει της δι-ατάξεως αυτής, καθώς πρόκειται για το ίδιο βασικό πρόβλημα, ήτοι τη βαθμιαία απώλεια διακριτικού χαρακτήρα.

84. Ο εκφυλισμός είναι απόρροια είτε της ελλείψεως εναλλακτικού γενικού όρου που να προσδιορίζει τη συγκεκριμένη κατηγορία

64 — Η σύγκριση υπό την έννοια αυτή δεν επέρχεται λόγω της χρήσεως του σήματος από τον δικαιούχο για διάφορα προϊόντα και υπηρεσίες, υπό την προϋπόθεση ότι το σήμα έχει αποκτήσει φήμη και έντονο διακριτικό χαρακτήρα, λόγω της διαφήμισης και άλλων ενεργειών μάρκετινγκ στις οποίες έχει επενδύσει ο δικαιούχος του σήματος προκειμένου να δημιουργήσει την εμπορική εικόνα του σήματος. Σε τέτοιες περιπτώσεις, το κοινό εντοπίζει τα διαφορετικά προϊόντα ή υπηρεσίες που έχουν μοναδική εμπορική προέλευση. Ο διακριτικός χαρακτήρας του σήματος βλέπεται όταν συνυπάρχουν πανομοιότυπα ή παρόμοια σήματα που καλύπτουν διαφορετικά προϊόντα ή υπηρεσίες προερχόμενα από διάφορες πηγές, διότι δεν επιτρέπει την ανάπτυξη της καταναλωτικής εικόνας του σήματος ή αποδυναμώνει την υφιστάμενη εμπορική εικόνα του.

65 — Κατά την άποψή μου, η εξασθένηση υπό την έννοια της «διαλύσεως» του διακριτικού χαρακτήρα είναι ανάλογη με την απώλεια της δυνατότητας ενός οικογενειακού ονόματος να διακρίνει μια οικογένεια ως σύνολο προσώπων με κοινή καταγωγή. Επομένως, το οικογενειακό όνομα Smith δεν διακρίνει μια οικογένεια κατά τρόπο εξίσου ισχυρό με το όνομα Windsor. Αποδυνάμωση λόγω εξασθένησεως της διακριτικής ισχύος δεν συνεπάγεται, ωστόσο, ότι το σήμα έχει απολέσει εξ ολοκλήρου τον διακριτικό χαρακτήρα του, δηλαδή ότι δεν μπορεί πλέον να λειτουργήσει ως σήμα. Το Smith μπορεί πάντα να χρησιμοποιείται ως οικογενειακό επίθετο, παρά τον κοινό χαρακτήρα του, όπως επίσης το STAR μπορεί να λειτουργήσει ως σήμα, μολονότι είναι τετριμμένο, δηλαδή έχει αποδυναμωμένο διακριτικό χαρακτήρα. Αντιθέτως, ένα εκφυλισμένο σήμα έχει απολέσει τον διακριτικό χαρακτήρα του και, συνεπώς, δεν μπορεί πλέον να λειτουργήσει ως σήμα. Επομένως, τα αποδυναμωμένα σήματα δεν είναι σήματα που έχουν εν μέρει εκφυλιστεί (βλ. Holmqvist, σ. 152). Εν πάση περιπτώσει, θεωρώ χρήσιμο να γίνει δεκτό ότι ο εκφυλισμός του σήματος αποτελεί περίπτωση εξασθένησεως της διακριτικής ισχύος στο πλαίσιο της προστασίας των ευρέως γνωστών σημάτων, τουλάχιστον στις έννομες τάξεις όπου η προστασία όσον αφορά πανομοιότυπα ή όμοια προϊόντα ή υπηρεσίες προϋποθέτει την ύπαρξη κινδύνου συγχύσεως. Στις Ηνωμένες Πολιτείες ο εκφυλισμός του σήματος συνήθως περιλαμβάνεται στην έννοια της αποδυνάμωσης, βλ., π.χ. Simon, *οπ.π.*, σ. 72 έως 74.

προϊόντων, στην οποία το πλέον αντιπροσωπευτικό αγαθό ή υπηρεσία είναι το καλυπτόμενο από το σήμα, είτε της συντριπτικής επιτυχίας προϊόντων συγκεκριμένης μάρκας ή κλάσεως. Ο εκφυλισμός απειλεί κυρίως σήματα που καλύπτουν καινοτομίες ή σήματα που είναι ευρέως γνωστά σε συγκεκριμένους τομείς⁶⁶.

με το σήμα INTERFLORA. Η συμπεριφορά της Marks & Spencer συνεπάγεται, επομένως, κίνδυνο αποδυναμώσεως του σήματος INTERFLORA, καθώς αυτό αποκτά γενική σημασία αναφερόμενη σε οποιαδήποτε οργανωμένη ομάδα ανθοπωλών, οι οποίοι παρέχουν υπηρεσία παραδόσεως ανθέων, στο πλαίσιο της οποίας την παράδοση αναλαμβάνει διαφορετικό κατάστημα από αυτό στο οποίο δόθηκε η παραγγελία.

85. Ο εκφυλισμός του σήματος μπορεί να προέλθει από πράξεις και παραλείψεις του δικαιούχου, αν, π.χ., αυτός χρησιμοποιεί το σήμα ως γενικό όρο ή δεν έχει αναπτύξει κατάλληλο εναλλακτικό γενικό όρο, προκειμένου να διευκολύνει την αναφορά στα προϊόντα αυτά χωρίς να απαιτείται χρήση του σήματος ως γενικού όρου. Ο εκφυλισμός μπορεί επίσης να επέλθει όταν άλλοι χρησιμοποιούν το σήμα κατά τρόπον ώστε να καταστεί γενικός όρος.

87. Έχω την εντύπωση ότι το επιχείρημα αυτό δεν μπορεί να γίνει δεκτό υπό το πρίσμα της αποφάσεως Google France και Google, διότι συνεπάγεται ότι η επιλογή ενός σήματος ως λέξεως-κλειδιού συνιστά εξ ορισμού εξασθένηση της διακριτικής ισχύος, τουλάχιστον όσον αφορά τα σήματα που χαίρουν φήμης. Με το επιχείρημα αυτό επιδιώκεται να υποστηριχθεί ότι η αιτιώδης συνάφεια που συνδέει την πληκτρολόγηση της λέξεως-κλειδιού με την εμφάνιση του διαφημιστικού συνδέσμου και τη διαφήμιση τρίτου προσώπου συνεπάγεται κίνδυνο εκφυλισμού του σήματος.

86. Η Interflora υποστηρίζει ότι η εκ μέρους της Marks & Spencer επιλογή των σημάτων της και όρων που απορρέουν από αυτά, με μικρές μόνον τροποποιήσεις, ως λέξεων-κλειδιών συνεπάγεται κίνδυνο αποδυναμώσεως του σήματος INTERFLORA και, συνεπώς, εξασθένηση της διακριτικής ισχύος του, οπότε δύναται να την απαγορεύσει δύναμι του άρθρου 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/104. Το επιχείρημά της είναι ότι ο χρήστης του Διαδικτύου που πληκτρολογεί «interflora» αναζητεί πληροφορίες σχετικά με υπηρεσίες (και προϊόντα) ανθοπωλών

88. Όπως έχω αναφέρει, το Δικαστήριο δεν έχει απαγορεύσει αυτή καθαυτή τη διαφήμιση βάσει λέξεων-κλειδιών που συμπίπτουν με εμπορικό σήμα τρίτου προσώπου, αλλά εξαρτά το επιτρεπτό της διαφήμισης αυτής από το περιεχόμενό της. Αν γίνει δεκτό ότι η χρήση της λέξεως-κλειδιού σε συνδυασμό με τη διαφήμιση που εμφανίζεται σε διαφημιστικό σύνδεσμο συνιστά εξ ορισμού αποδυναμώση, τότε θα εξασθενούσε η διακριτική ισχύς οποιουδήποτε σήματος επιλεγόταν ως

66 — Κλασικό παράδειγμα σε αμφότερες τις περιπτώσεις είναι το «σελοφάν» («cellophane»).

λέξη-κλειδί που οδηγεί στη διαφήμιση άλλης επιχείρησης, πέραν αυτής του δικαιούχου του σήματος.

διαφορετικά προϊόντα ή υπηρεσίες, προερχόμενα από διαφορετικές πηγές, είτε σε γενικό προσδιορισμό μιας κατηγορίας πανομοιότυπων ή όμοιων προϊόντων ή υπηρεσιών⁶⁷.

89. Στη συγκεκριμένη περίπτωση, ο διαφημιστικός σύνδεσμος που εμφανίζεται αφού ο χρήστης του Διαδικτύου πληκτρολογήσει τον όρο αναζήτησης «interflora» δεν περιέχει το σημείο αυτό ή άλλο παρόμοιο. Όπως διευκρίνισα προηγουμένως, στην περίπτωση σήματος που καλύπτει προϊόντα και υπηρεσίες παρεχόμενες από εμπορικό δίκτυο επιχειρήσεων, δεν αποκλείεται το ενδεχόμενο πλάνης όσον αφορά την ύπαρξη οικονομικού δεσμού μεταξύ του σήματος και του διαφημιζομένου. Με άλλα λόγια, η λειτουργία του σήματος ως ενδείξεως της προελεύσεως ενδέχεται να πληγεί ακόμη και αν το σήμα δεν εμφανίζεται στη διαφήμιση που περιέχει ο διαφημιστικός σύνδεσμος.

91. Κατά την άποψή μου, η χρήση σημάτων ως λέξεων-κλειδιών για διαφήμιση στο πλαίσιο διαδικτυακής μηχανής αναζήτησης βλάπτει τον διακριτικό χαρακτήρα των φημισμένων σημάτων, όσον αφορά πανομοιότυπα προϊόντα ή υπηρεσίες, εφόσον συντρέχουν οι εξής προϋποθέσεις: το σημείο αναφέρεται ή εμφανίζεται στον διαφημιστικό σύνδεσμο και, στο διαφημιστικό κείμενο ή μήνυμα, γίνεται χρήση του σημείου ως γενικής ονομασίας μιας κατηγορίας ή κλάσεως προϊόντων ή υπηρεσιών, και όχι ως διακριτικού στοιχείου μεταξύ προϊόντων και υπηρεσιών διαφορετικής προελεύσεως. Εν προκειμένω, πάντως, δεν συντρέχει περίπτωση δυσφημίσεως.

5. Δυσφήμιση

90. Δεν πιστεύω, πάντως, ότι η αποδυνάμωση του σήματος, δηλαδή η αποδυνάμωσή του ως προσδιοριστικού στοιχείου προϊόντων ή υπηρεσιών συγκεκριμένης προελεύσεως, μπορεί, από νομικής απόψεως, να προκληθεί από διαφήμιση η οποία δεν περιέχει αναφορά στο σήμα. Εν πάση περιπτώσει, η εξασθένηση της διακριτικής ισχύος, υπό την έννοια της απώλειας του διακριτικού χαρακτήρα, συνεπάγεται ότι το σημείο αποκτά και εναλλακτική σημασία κατά την αντίληψη του καταναλωτή. Η εναλλακτική σημασία μπορεί να συνίσταται είτε σε αμφισήμαντη ένδειξη για

92. Για λόγους σαφήνειας, θα ήθελα να αναφερθώ στο δεύτερο στοιχείο που εμπίπτει στο άρθρο 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/104,

67 — Φρονώ ότι ο χαρακτηρισμός της επιλογής λέξεων-κλειδιών για διαφήμιση στο πλαίσιο διαδικτυακής μηχανής αναζήτησης ως χρήσεως δυνάμενης να προκαλέσει εξασθένηση της διακριτικής ισχύος ενός σημείου βγαίνει κατά πολύ πέραν της κρατούσας θεωρίας περί αποδυναμώσεως του σήματος. Ο χαρακτηρισμός αυτός θα προκαλούσε ανυπέβλητα προβλήματα όσον αφορά τις αποδείξεις, διότι οι διαφημιστικοί σύνδεσμοι συνήθως αποτελούν μικρό μέρος των πληροφοριών που εμφανίζονται ως αποτελέσματα αναζήτησης στον χρήστη.

δηλαδή στη δυσφήμιση, η οποία συνίσταται στην προσβολή της φήμης του σήματος. Με την απόφαση L'Oréal κ.λπ., το Δικαστήριο επισήμανε ότι προσβολή «υφίσταται εφόσον οι υπηρεσίες ή τα προϊόντα για τα οποία χρησιμοποιείται από τρίτον το πανομοιότυπο ή παρόμοιο σημείο εκλαμβάνονται από το κοινό κατά τέτοιο τρόπο ώστε η έλξη που ασκεί το σήμα να μειώνεται. Ο κίνδυνος που ενέχει η προσβολή αυτή έγκειται ιδίως στο γεγονός ότι τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες που προσφέρει ο τρίτος έχουν χαρακτηριστικό γνώρισμα ή ιδιότητα που ενδέχεται να βλάψει τη φήμη του σήματος»⁶⁸. Εν προκειμένω, πάντως, δεν συντρέχει περίπτωση δυσφημίσεως.

6. Αυθαίρετη χρήση

93. Με την απόφαση L'Oréal κ.λπ., το Δικαστήριο έκρινε ότι αυθαίρετη χρήση συντρέχει «οσάκις τρίτος επιχειρεί να εκμεταλλευθεί σήμα που χαίρει φήμης, χρησιμοποιώντας σημείο παρόμοιο του σήματος, προκειμένου να επωφεληθεί από την έλξη που ασκεί το σήμα αυτό, τη φήμη και το κύρος του, καθώς και να εκμεταλλευθεί, χωρίς να καταβάλει κανένα χρηματικό αντίτιμο και χωρίς ο ίδιος να μοχθήσει προς τούτο, την εμπορική προσπάθεια που καταβάλλει ο δικαιούχος του σήματος για να οικοδομήσει και να εδραιώσει

τη φήμη του σήματος αυτού, το όφελος που παρέχεται με τη χρήση αυτή πρέπει να γίνει δεκτό ότι αντλείται αθέμιτα από τον διακριτικό χαρακτήρα ή από τη φήμη του εν λόγω σήματος»⁶⁹.

94. Με την απόφαση L'Oréal κ.λπ., το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι η ύπαρξη αθέμιτου πλεονεκτήματος δεν εξαρτάται από το αν η χρήση βλάπτει τον δικαιούχο του σήματος. Θεωρώ την κρίση αυτή ιδιαίτερα προβληματική από πλευράς ανταγωνισμού, διότι το Δικαστήριο ουσιαστικά αποφάνθηκε ότι ο δικαιούχος του σήματος δικαιούται να απαγορεύει τη χρήση ακόμη και σε περιπτώσεις όπου η απαγόρευση αυτή δεν θα συμβάδιζε με την αρχή του Παρέτο. Η κατάσταση του δικαιούχου του σήματος δεν θα βελτιωνόταν, καθώς δεν υφίσταται εξ ορισμού προσβολή του δικαιώματός του λόγω χρήσεως του σήματος, ενώ η κατάσταση του ανταγωνιστή του θα επιδειωνόταν, καθώς αυτός θα έχανε μέρος της επιχειρηματικής δραστηριότητάς του. Επίσης, θα επιδειωνόταν η κατάσταση των καταναλωτών, οι οποίοι δεν έχουν παραπλανηθεί από τη διαφήμιση, αλλά έχουν συνειδητά επιλέξει τα προϊόντα του ανταγωνιστή⁷⁰.

95. Είναι σημαντικό να υπομνηστεί ότι η υπόθεση L'Oréal κ.λπ. αφορούσε απομιμήσεις

68 — Όσον αφορά τις Ηνωμένες Πολιτείες, βλ. Supreme Court of the United States, *Moseley et al., DBA Victor's Little Secret v. V Secret Catalogue, Inc.*, et al., 537 U.S. 418 (2003), με την οποία αναίρεθηκε η απόφαση του Court of Appeals for the Sixth Circuit, 259 F.3d 464.

69 — Απόφαση L'Oréal κ.λπ. (σκέψη 49).

70 — Βλ. Klerman, D., «Trademark Dilution, Search Costs, and Naked Licensing», *Fordham Law Review*, Vol. 74 (2006), σ. 1759-1773, στη σ.1771.

προϊόντων πολυτελείας. Στην υπό κρίση υπόθεση πρόκειται για «συνήθη» αγαθά και υπηρεσίες, και όχι για αντίγραφα ή απομιμήσεις· άλλωστε δεν υποστηρίχθηκε ότι η Marks & Spencer μιμείται την Interflora.

96. Εν προκειμένω, η Marks & Spencer επιχειρεί να εμφανιστεί ως εναλλακτική επιλογή για τους καταναλωτές που είτε αναζητούν πληροφορίες για τις υπηρεσίες της Interflora είτε για υπηρεσίες παραδόσεως ανθέων εν γένει και κατά πάσα πιθανότητα θυμούνται το πλέον γνωστό σήμα που αφορά τέτοιες υπηρεσίες. Είναι προφανές ότι σε αμφότερες τις περιπτώσεις, η Marks & Spencer επωφελείται από τη φήμη του σήματος της Interflora, καθώς η επιλογή των συγκεκριμένων λέξεων-κλειδιών δεν μπορεί να εξηγηθεί διαφορετικά. Μένει, συνεπώς, να εξεταστεί αν η χρήση αυτή είναι θεμιτή. Υπενθυμίζω ότι, σύμφωνα με την απόφαση Google France και Google, η επιλογή λέξεων-κλειδιών υπό τέτοιες περιστάσεις συνιστά χρήση του σήματος της Interflora για προϊόντα και υπηρεσίες της Marks & Spencer.

97. Με τις προτάσεις του στην υπόθεση L'Oréal κ.λπ., ο γενικός εισαγγελέας πρότεινε ακόμη να εφαρμόζεται το κριτήριο της θεμιτής χρήσεως μόνον αν η χρήση του σήματος

είναι δικαιολογημένη. Ειδικότερα, η χρήση του σήματος είναι εξ ορισμού αθέμιτη⁷¹.

98. Εν προκειμένω, πρέπει να είναι δικαιολογημένη η χρήση που συνίσταται στην επιλογή του σήματος ως λέξεως-κλειδιού για διαφήμιση στο πλαίσιο διαδικτυακής μηχανής αναζήτησης. Όσον αφορά τις περιπτώσεις που κατά κανόνα εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/104, δηλαδή περιπτώσεις που αφορούν μη όμοια προϊόντα ή υπηρεσίες, η ερμηνεία της προϋποθέσεως αυτής είναι ιδιαίτερα δυσχερής. Όπως προανέφερα, ο σύνδεσμος μεταξύ λέξεως-κλειδιού και σήματος είναι πολύ δύσκολο να αποδειχθεί χωρίς να ληφθούν υπόψη στοιχεία σχετικά με περιστάσεις εξωτερικές της χρήσεως.

99. Στην περίπτωση πανομοιότυπων ή όμοιων προϊόντων ή υπηρεσιών, η παρουσίαση εναλλακτικής εμπορικής επιλογής για προϊόντα ή υπηρεσίες καλυπτόμενες από σήμα που χαίρει φήμης μπορεί να δικαιολογήσει την εν λόγω χρήση στο πλαίσιο των σύγχρονων μεθόδων μάρκετινγκ που στηρίζονται στη διαδικτυακή διαφήμιση βάσει λέξεων-κλειδιών. Σε διαφορετική περίπτωση, η διαφήμιση βάσει λέξεων-κλειδιών που συμπίπτουν με ευρέως γνωστά σήματα τρίτων θα συνιστούσε εξ ορισμού απαγορευμένη αυθαίρετη χρήση. Το συμπέρασμα αυτό δεν συμβαδίζει με την ανάγκη ενισχύσεως του ανόθευτου ανταγωνισμού και της ευχέρειας των καταναλωτών να αναζητούν πληροφορίες για προϊόντα και υπηρεσίες. Άλλωστε, η ουσία της οικονομίας

71 — Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα P. Mengozzi στην υπόθεση L'Oréal κ.λπ. (σημεία 105 έως 111).

της αγοράς έγκειται στη δυνατότητα των ενημερωμένων καταναλωτών να επιλέγουν ανάλογα με τις προτιμήσεις τους. Δεν θεωρώ θεμιτό να μπορεί ο δικαιούχος να απαγορεύει τη χρήση του σήματος ως λέξεως-κλειδιού, εφόσον δεν έχει λόγους να απαγορεύσει τη διαφήμιση που προκύπτει από την πληκτρολόγηση όρου αναζήτησης που αντιστοιχεί στη λέξη-κλειδί.

100. Η Interflora προβάλλει ότι, λόγω της διαφήμισής βάσει λέξεων-κλειδιών στην οποία προβαίνει η Marks & Spencer, έχουν αυξηθεί σημαντικά οι διαφημιστικές δαπάνες της, διότι έχει αυξηθεί κατά πολύ η τιμή ανά κλικ που χρεώνει η Google, συνεπεία του ανταγωνισμού όσον αφορά τις συγκεκριμένες λέξεις-κλειδιά.

101. Με την απόφαση Google France και Google, το Δικαστήριο αποφάνθηκε ως εξής⁷²: «Όσον αφορά τη χρήση, από τους διαφημιζόμενους στο Διαδίκτυο, του πανομοιότυπου με το αλλότριο σήμα σημείου ως λέξης-κλειδιού για την εμφάνιση διαφημιστικών μηνυμάτων, είναι προφανές ότι η χρήση αυτή ενδέχεται να έχει επιπτώσεις

στη διαφημιστική χρήση του εν λόγω σήματος από τον δικαιούχο του καθώς και στην εμπορική στρατηγική του. Συγκεκριμένα, λόγω της σημαντικής θέσης που κατέχει στις συναλλαγές η διαφήμιση στο Διαδίκτυο, είναι πιθανόν ο δικαιούχος του σήματος να καταχωρίσει το σήμα του στον παρέχοντα την υπηρεσία αντιστοιχισής ως λέξη-κλειδί, προκειμένου να εμφανίζεται μία διαφήμιση στην κατηγορία “σύνδεσμοι διαφημιζόμενων”. Στην περίπτωση αυτή, ο δικαιούχος του σήματος θα πρέπει, ενδεχομένως, να δεχθεί να καταβάλει τιμή ανά κλικ υψηλότερη από την τιμή που καταβάλλουν ορισμένες άλλες επιχειρήσεις, εάν θέλει να εμφανίζεται η διαφήμισή του πάνω από εκείνες των εν λόγω επιχειρήσεων οι οποίες έχουν επίσης επιλέξει το σήμα του ως λέξη-κλειδί. Επιπλέον, ακόμη και αν ο δικαιούχος του σήματος προτίθεται να καταβάλει τιμή ανά κλικ υψηλότερη από εκείνη που προσφέρουν οι τρίτοι που έχουν επίσης επιλέξει το εν λόγω σήμα, δεν είναι βέβαιος ότι η διαφήμισή του θα εμφανίζεται πριν από τις διαφημίσεις των εν λόγω τρίτων, δεδομένου ότι για τον καθορισμό της σειράς εμφάνισης των διαφημίσεων λαμβάνονται υπόψη και άλλα στοιχεία. Ωστόσο, οι επιπτώσεις της χρήσης από τρίτους του πανομοιότυπου με το σήμα σημείου δεν συνιστούν καθαυτές προσβολή της διαφημιστικής λειτουργίας του σήματος».

102. Κατά συνέπεια, εφόσον η αύξηση της τιμής ανά κλικ δεν επηρεάζει τη διαφημιστική λειτουργία του σήματος που χαίρει φήμης, η συνεπακόλουθη αύξηση του διαφημιστικού κόστους δεν συνιστά εξ ορισμού αθέμιτη χρήση του σήματος ή άντληση πλεονεκτήματος από τη φήμη του σήματος.

72 — Google France και Google (σκέψεις 93 έως 95).

103. Επιπλέον, δεδομένου ότι, με την απόφαση Google France και Google, το Δικαστήριο χαρακτήρισε καταρχήν ως νόμιμη τη διαφήμιση βάσει λέξεων-κλειδιών αντίστοιχων με σήμα τρίτου, φρονώ ότι και το ζήτημα της αυθαίρετης χρήσεως πρέπει να εξεταστεί βάσει της διαφημίσεως που εμφανίζεται υπό τον διαφημιστικό σύνδεσμο. Αν το σήμα αναφέρεται ή εμφανίζεται στη διαφήμιση αυτή, ο χαρακτηρισμός της χρήσεως ως θεμιτής εξαρτάται από το αν πρόκειται για νόμιμη συγκριτική διαφήμιση ή, αντιθέτως, για αυθαίρετη χρήση της φήμης του σήματος⁷³.

της Interflora; Γιατί δεν δοκιμάζεις τη Marks & Spencer αυτή τη φορά;»).

104. Στις διαφημίσεις της, η Marks & Spencer δεν προβαίνει σε συγκρίσεις των προϊόντων και των υπηρεσιών της με τα προϊόντα και τις υπηρεσίες της Interflora (π.χ.: «τα προϊόντα και οι υπηρεσίες μας είναι καλύτερα/φθηνότερα από της Interflora») ούτε παρουσιάζει τα προϊόντα της ως απομιμήσεις ή αντίγραφα (π.χ.: «[...] παρέχουμε υπηρεσίες τύπου Interflora») ούτε καν τα παρουσιάζει ως εναλλακτικές επιλογές (π.χ.: «Είσαι πελάτης

105. Πάντως, η εκ μέρους της Marks & Spencer επιλογή λέξεων-κλειδιών με σκοπό τη διαφήμιση σε διαδικτυακή μηχανή αναζήτησης εμπεριέχει το διαφημιστικό μήνυμα ότι παρέχει μια εναλλακτική επιλογή σε σχέση με την Interflora. Κατά την άποψή μου, ωστόσο, τούτο δεν συνιστά αυθαίρετη χρήση κατά την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/104.

73 — Στις Ηνωμένες Πολιτείες, το άρθρο 43c, 4A του Lanham Act ορίζει ότι «θεμιτή χρήση φημισμένου σήματος στο πλαίσιο συγκριτικής διαφήμισης ή προωθητικής ενέργειας με σκοπό τον προσδιορισμό των προϊόντων ή υπηρεσιών που ανταγωνίζονται αυτά του δικαιούχου του φημισμένου σήματος» δεν μπορεί να απαγορευθεί δυνάμει του άρθρου 43c, το οποίο αφορά την αποδυνάμωση του σήματος.

106. Τέλος, τα αναφερόμενα υπό το τέταρτο ερώτημα δεν ασκούν επιρροή όσον αφορά την απάντηση στο ερώτημα 3β.

V — Πρόταση

107. Κατόπιν της προεκτεθείσας αναλύσεως, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στα ερωτήματα του High Court of Justice of England και Wales, Chancery Division, ως εξής:

1) Το άρθρο 5, παράγραφος 1, στοιχείο α', της πρώτης οδηγίας 89/104/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1988, για την προσέγγιση των νομοθεσιών των κρατών μελών περί σημάτων, και το άρθρο 9, παράγραφος 1, στοιχείο α', του κανονισμού (ΕΚ) 40/94 του Συμβουλίου, της 20ής Δεκεμβρίου 1993, για το κοινοτικό σήμα, πρέπει να ερμηνεύονται ως εξής:

- σημείο πανομοιότυπο προς σήμα χρησιμοποιείται «για προϊόντα ή υπηρεσίες», κατά την έννοια των διατάξεων αυτών, εφόσον επιλέγεται ως λέξη-κλειδί στο πλαίσιο διαδικτυακής υπηρεσίας αντιστοίχισης, χωρίς τη συγκατάθεση του δικαιούχου του σήματος και η εμφάνιση διαφημίσεων καθορίζεται βάσει αυτής της λέξεως-κλειδιού·
- ο δικαιούχος του σήματος δύναται να απαγορεύει τέτοιες ενέργειες υπό τις προαναφερθείσες περιστάσεις, σε περίπτωση που η διαφήμιση δεν επιτρέπεται ή επιτρέπει δυσχερώς στον μέσο χρήστη του Διαδικτύου να αντιληφθεί αν τα διαφημιζόμενα προϊόντα ή οι υπηρεσίες προέρχονται από τον δικαιούχο του σήματος ή από επιχείρηση που συνδέεται οικονομικώς με αυτόν ή αν, αντιθέτως, προέρχονται από τρίτο·
- σύγκυση ως προς την προέλευση των προϊόντων ή των υπηρεσιών μπορεί να προκληθεί όταν ο διαφημιστικός σύνδεσμος του ανταγωνιστή ενδέχεται να δημιουργήσει σε μέρος του κοινού την πεποίθηση ότι ο ανταγωνιστής είναι μέλος του εμπορικού δικτύου του δικαιούχου του σήματος ενώ δεν είναι. Κατά συνέπεια, ο δικαιούχος του σήματος έχει το δικαίωμα να απαγορεύσει τη χρήση της λέξεως-κλειδιού από τον συγκεκριμένο ανταγωνιστή για διαφημιστικούς σκοπούς.

- 2) Το άρθρο 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/104 και το άρθρο 9, παράγραφος 1, στοιχείο γ', του κανονισμού 40/94 πρέπει να ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι η χρήση σημείου ως λέξεως-κλειδιού στο πλαίσιο διαδικτυακής υπηρεσίας αντιστοίχισης για προϊόντα ή υπηρεσίες πανομοιότυπα με τα καλυπτόμενα από σήμα που χαίρει φήμης επίσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων αυτών και μπορεί να απαγορευθεί από τον δικαιούχο εφόσον:
- α) η διαφήμιση που εμφανίζεται αφού ο χρήστης του Διαδικτύου πληκτρολογήσει, ως όρο αναζήτησης, λέξη-κλειδί πανομοιότυπη με το σήμα που χαίρει φήμης αναφέρει η εμφανίζει το σήμα αυτό, και
- β) το σήμα
- είτε χρησιμοποιείται στη διαφήμιση αυτή ως γενικός όρος που προσδιορίζει συγκεκριμένη κλάση ή κατηγορία προϊόντων ή υπηρεσιών το σήμα,
 - είτε ο διαφημιζόμενος επιχειρεί να επωφεληθεί από την έλξη που ασκεί το σήμα αυτό, από τη φήμη του και να εκμεταλλευθεί την εμπορική προσπάθεια του δικαιούχου να δημιουργήσει και συντηρήσει την εικόνα του εν λόγω σήματος.
- 3) Το γεγονός ότι η επιχείρηση εκμετάλλευσης διαδικτυακής μηχανής αναζήτησης δεν παρέχει στους δικαιούχους σημάτων καταχωρισμένων στην οικεία γεωγραφική περιοχή τη δυνατότητα να απαγορεύουν τη χρήση σημείων πανομοιότυπων προς τα σήματα αυτά ως λέξεων-κλειδιών από τρίτους δεν ασκεί επιρροή όσον αφορά την ευθύνη που υπέχει ο διαφημιζόμενος που χρησιμοποιεί τις λέξεις-κλειδιά.