

Mål C-148/21**Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande i enlighet med artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler****Datum för ingivande:**

8 mars 2021

Domstol som begär förhandsavgörande:

Tribunal d'arrondissement (Luxemburg)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

5 mars 2021

Kärande:

Christian Louboutin

Svarande:

Amazon Europe Core Sàrl

Amazon EU Sàrl

Amazon Services Europe Sàrl

I. De faktiska omständigheterna och saken i målet

- 1 Christian Louboutin är innehavare av ett positionsmärke med benämningen ”röd sula” som återges och beskrivs enligt följande i de berörda registreringsbesluten avseende varor i klass 25 ”Högklackade skor (utom ortopediska)”, det vill säga registreringsbeslut nr 8845539 avseende EU-varumärke och registreringsbeslut nr 0874489 avseende Beneluxvarumärke:



”Varumärket består av färgen rött (PMS-kod 18.1663TP), som anbringats på sulan till en sko såsom avbildats (skons kontur utgör således inte en del av varumärket, utan syftar till att visa varumärkets placering).”

- 2 Amazonkoncernen säljer diverse varor och tjänster online såväl direkt för egen räkning som indirekt för utomstående säljares räkning.
- 3 Amazon visar på sina webbplatser regelbundet reklam för skor med röd sula som saluförs utan Christian Louboutins medgivande.
- 4 Den 1 mars 2019 väckte Christian Louboutin med stöd av sitt Beneluxvarumärke förbudstalan hos ordföranden för Tribunal de l’entreprise francophone de Bruxelles mot bolagen Amazon Europe Core, Amazon EU och Amazon Services Europe.
- 5 Genom dom av den 7 augusti 2019 fann ordföranden för nämnda domstol bland annat att användningen av varumärket i all den ifrågasatta reklamen kunde tillskrivas svarandena och utfärdade ett förbuds föreläggande förenat med vite avseende nämnda användning.
- 6 Genom dom av den 25 juni 2020 ändrade Cour d’appel de Bruxelles delvis den domen genom att bland annat slå fast att endast den reklam som avsåg skor vilka såldes av Amazon kunde omfattas av förbudsåtgärder, eftersom användningen i den övriga reklamen uteslutande kunde tillskrivas utomstående säljare.
- 7 Christian Louboutin har överklagat den domen.
- 8 Den 19 september 2019 väckte Christian Louboutin med stöd av sitt EU-varumärke talan vid Tribunal d’arrondissement de Luxembourg mot bolagen Amazon Europe Core, Amazon EU och Amazon Services Europe (nedan även kallade Amazon), som tillsammans i olika egenskaper driver webbplatserna amazon.fr, amazon.de, amazon.es, amazon.it och amazon.co.uk, vilka riktar sig mer specifikt till konsumenter i Europeiska unionen, och yrkade att dessa bolag skulle föreläggas att upphöra med användningen av hans varumärke och att utge ersättning för den skada som nämnda användning hade vållat.

II. Unionsrätt

Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2017/1001 av den 14 juni 2017 om EU-varumärken

- 9 I de delar av artikel 9 som är relevanta för förevarande mål stadgas följande:

”Rättigheter som är knutna till ett EU-varumärke

1. Registreringen av ett EU-varumärke ger innehavaren en ensamrätt.

2. Utan att det påverkar innehavares rättigheter som förvärvats före ansökningsdagen eller prioritetdagen för EU-varumärket ska innehavaren av ett EU-varumärke ha rätt att förhindra tredje man som inte har hans medgivande att i näringsverksamhet, för varor eller tjänster, använda ett tecken om

a) tecknet är identiskt med EU-varumärket och används för varor eller tjänster som är identiska med dem för vilka EU-varumärket är registrerat,

...

3. Följande handlingar får särskilt förbjudas med stöd av punkt 2:

- a) Att anbringa tecknet på varor eller deras förpackning.
- b) Att utbjuda varor till försäljning, marknadsföra dem eller lagra dem för dessa ändamål eller utbjuda eller tillhandahålla tjänster under tecknet.
- c) Att importera eller exportera varor under tecknet.
- d) Att använda tecknet som firma- eller företagsnamn eller som del av ett firma- eller företagsnamn.
- e) Att använda tecknet på affärshandlingar och i reklam.
- f) Att använda tecknet i jämförande reklam på ett sätt som strider mot direktiv 2006/114/EG.

...”

III. Parternas ståndpunkter

Christian Louboutin

- 10 Käranden Christian Louboutin, som grundar sin förbuds- och skadeståndstalan på artikel 9.2 a i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2017/1001 av den 14 juni 2017 om EU-varumärken, har gjort gällande att Amazon i näringsverksamhet använder ett identiskt kännetecken (den röda sulan) för identiska varor utan hans medgivande.
- 11 Den användning som Amazon i det aktuella fallet har klandrats för består dels i publicering på de egna elektroniska försäljningsplatserna av reklam för varor försedda med ett kännetecken som innebär varumärkesintrång, dels i lagring, expediering och leverans av dessa varor.
- 12 Christian Louboutin har gjort gällande att denna användning faktiskt kan tillskrivas Amazon på grund av att Amazon utövar en aktiv roll i de ifrågasatta agerandena och på grund av att reklamen för varor som innebär varumärkesintrång ingår i Amazons eget reklammeddelande. Amazon inskränker

sig nämligen inte till att erbjuda en neutral tjänst genom att skapa de tekniska förutsättningar som krävs för att andra ska kunna vidta de åtgärder som innebär användning. Amazons reklammeddelande bygger i allt väsentligt på dess egenskap av återförsäljare av de varor som saluförs på dess webbplatser. Samtliga varor som erbjuds online av Amazon visas på ett särskilt sätt som, i likhet med ett traditionellt reklamerbjudande från en återförsäljare, kännetecknas av att återförsäljaren Amazons varumärke har en framträdande plats. All reklam presenteras på ett enhetligt sätt, något som styrker att Amazon utövar en aktiv roll. Att vissa varor säljs av utomstående framhålls inte på Amazons webbplatser.

- 13 Den omständigheten att Amazon bistår de utomstående säljarna, bland annat i fråga om optimering av presentationen av erbjudandena, innebär därför att Amazon inte kan anses vara en ren värdtjänstleverantör eller neutral mellanhand.
- 14 Därutöver består Amazons användning av identiska tecken även i dess expediering till slutkonsumenter av skor som innebär varumärkesintrång, med tanke på att Amazon utövar en aktiv roll och har eller borde ha kännedom om arten av de varor som expedieras från dess distributionscentraler.

Amazon

- 15 Amazon har till att börja med framfört två invändningar om rättegångshinder. Den ena avser att stämningsansökan är ogiltig på grund av oklar formulering och den andra avser att käranden saknar talerätt. Dessutom har Amazon genom genkärsmål yrkat att det åberopade varumärket ska ogiltigförklaras.
- 16 Vidare har Amazon i allt väsentligt gjort gällande att företaget i egenskap av näringsidkare som driver en elektronisk marknadsplats inte kan hållas ansvarigt för hur säljare som utnyttjar dess plattform använder kännetecknen.
- 17 Amazon anser inte att dess marknadsplats, som är öppen för utomstående säljare, fungerar påtagligt annorlunda än andra marknadsplatser. Att Amazons logotyp ingår i de utomstående säljarnas annonser på Amazons webbplatser innebär inte att Amazon har gjort dessa annonser till sina egna, med tanke på att även andra plattformar utnyttjar denna teknik som gör det möjligt att ange ursprunget för driftstjänsterna.
- 18 De konsumenter som besöker Amazons webbplatser är fullt kapabla att inte systematiskt likställa de varor och varumärken som är hänföra till utomstående säljare med dem som är hänföra till de näringsidkare som driver marknadsplatserna. Enligt Amazon är det felaktigt att påstå att omsättningskretsen inte uppfattar Amazons webbplatser som marknadsplatser utan uteslutande som återförsäljarplattformar.
- 19 Vidare är det felaktigt att hävda att de tilläggstjänster som Amazon tillhandahåller gör det motiverat att likställa de utomstående säljarnas erbjudanden med Amazons

reklam. Även eBay, som ingen påstår är något annat än en ren marknadsplats, ger exempelvis köparna en specifik garanti.

- 20 Att erbjudandena visas i olika kategorier på Amazons webbplatser, så att presentationen får en logisk uppbyggnad, är nödvändigt på grund av att de publicerade erbjudandena är så många och innebär inte att dessa erbjudanden ska anses ingå i Amazons reklammeddelande.
- 21 Amazon har vidare hävdats att det inte är att anse som användning av ett varumärke när dess olika enheter för andras räkning expedierar varor försedda med det varumärket. Enligt Amazon är det inte styrkt att företaget hade eller borde ha haft kännedom om att vissa tredjepartsvaror som företaget lagrade och expedierade innebar varumärkesintrång. EU-domstolen och ett stort antal nationella domstolar har slagit fast att en leverantör av tjänster i fråga om lagring och expediering av varor saknar ansvar för varumärkesintrång som de berörda varorna kan innebära.
- 22 Att skapa de tekniska förutsättningar som krävs för att använda ett kännetecken och få betalt för denna tjänst är inte liktydigt med att själv använda kännetecknet.
- 23 Lagerhållare kan inte anses ha för avsikt att släppa ut de varor som de lagrar på marknaden annat än om de lagrar varorna i syfte att sälja dem vidare i eget namn och för egen vinning eller om de inte längre kan fastställa vem den berörda tredje parten är och beslutar att själva sälja de varor vilkas ursprung är okänt. Detsamma gäller för tjänster i fråga om expediering – i rättspraxis har transportörer genomgående befunnits sakna ansvar på detta område.
- 24 Slutligen har Amazon gjort gällande att bedömningen av huruvida en näringsidkare som driver en elektronisk marknadsplats kan hållas ansvarig för användningen av ett varumärke måste vara fristående från bedömningen av huruvida nämnda näringsidkare har utövat en aktiv roll, eftersom begreppet aktiv roll är att hänföra till värdtjänstleverantörers ansvar enligt lagstiftningen på området elektronisk handel.
- 25 En annons ska enligt Amazon tillskrivas annonsören och inte den näringsidkare som driver webbplatsen så länge annonsens online-publicering på webbplatsen står i överensstämmelse med annonsörens instruktioner.

IV. Den hänskjutande domstolens bedömning

- 26 Till att börja med ogillar den hänskjutande domstolen invändningarna om rättegångshinder och genkäröålet med yrkande om ogiltigförklaring av varumärket.
- 27 Därefter avgränsar den tvisten genom att slå fast att talan uteslutande grundar sig på artikel 9.2 a i förordning nr 2017/1001 och avser användning, utan

varumärkesinnehavarens medgivande, av ett kännetecken som är identiskt med ett varumärke.

- 28 Christian Louboutin har gjort gällande att både spridningen på Amazons webbplatser av reklam för varor som innebär varumärkesintrång, även för varor som erbjuds av utomstående säljare, och expedieringen av sådana varor utgör användning som omfattas av artikel 9.2 a i förordning 2017/1001. Amazon har bestritt detta.
- 29 Före sin prövning av den ifrågasatta användningen konstaterar den hänskjutande domstolen att de tre svarandebolagen inom Amazonkoncernen har olika uppgifter.
- 30 Amazon EU, vars verksamhet består i försäljning i detaljhandelsledet av Amazons egna varor, i Amazons namn och för dess räkning, är inte inblandat i utomstående parter försäljning, vilket betyder att det inte är styrkt hur detta bolag kan anses ha använt kännetecknen som har publicerats på Amazons webbplatser av utomstående säljare. Såvitt avser försäljningserbjudanden i Amazons eget namn skulle bolaget emellertid kunna anses ha använt kännetecknen som innebär varumärkesintrång.
- 31 Det är inte styrkt hur Amazon Europe Core, som svarar för den tekniska funktionen hos Amazons webbplatser, skulle kunna anses ha använt de ifrågasatta kännetecknen. Det kan emellertid inte utan vidare uteslutas att bolaget är ansvarigt med tanke på att det ger andra enheter i Amazonkoncernen tillgång till teknisk support för driften av webbplatserna.
- 32 Amazon Services Europe svarar för sin del för tjänsten ”Sälj på Amazon”, som erbjuder utomstående säljare tillgång till Amazons elektroniska marknadsplattform så att de där kan bjuda ut sina egna varor till försäljning. Det behöver således avgöras huruvida denna verksamhet, som består i att samtidigt visa erbjudanden från utomstående säljare och erbjudanden från Amazon självt, kan medföra att Amazon kan hållas ansvarigt för en användning av kännetecknen som innebär varumärkesintrång.
- 33 Den hänskjutande domstolen uttalar sig emellertid i detta skede inte om den eventuella inbördes ansvarsfördelningen mellan de olika enheterna inom Amazonkoncernen utan framhåller att dessa enheters verksamheter är intimt sammanflätade med varandra på ett sådant sätt att användarna bibringas intrycket att det rör sig om en enhet. Frågan om den inbördes ansvarsfördelningen kommer att prövas endast om det på principiell nivå slås fast att Amazon är ansvarigt.

a) Huruvida Amazon kan hållas ansvarigt för användning av kännetecknet i reklam

- 34 Det är otvistigt att ett varumärke kan användas på olika sätt (en icke uttömmande uppräknings återfinns i artikel 9.3 i förordning nr 2017/1001), bland annat i reklam och genom lagring och saluföring av varor försedda med kännetecknet.

- 35 Amazon har gjort gällande att företaget inte använder de ifrågasatta kännetecknen, eftersom företaget i egenskap av näringsidkare som driver en elektronisk marknadsplats inte kan hållas ansvarigt för det innehåll som publiceras på dess webbplatser.
- 36 Christian Louboutin har för sin del bestritt att de principer som enligt EU-domstolens praxis gäller för elektroniska marknadsplatser är tillämpliga på Amazon, eftersom Amazon är att anse som återförsäljare av de varor som säljs på dess webbplatser och eftersom de annonser som härrör från utomstående säljare ingår i Amazons eget reklammeddelande.
- 37 Uttrycket ”använda” förutsätter ett aktivt beteende och en – direkt eller indirekt – kontroll över den handling som utgör användning. EU-domstolen har därvidlag ”redan haft tillfälle att understryka att uttrycket ’använda’ enligt dess normala betydelse innebär ett aktivt handlande och en direkt eller indirekt kontroll av den handling som utgör användningen. [A]rtikel 9.3 i förordning 2017/1001, som på ett icke uttömmande sätt räknar upp vilka typer av användning som innehavaren av ett varumärke kan förbjuda, nämner enbart aktiva handlingar av tredje man” (dom av den 2 april 2020, Coty Germany, C-567/18, EU:C:2020:267, punkt 37 och där angiven rättspraxis).
- 38 I domen av den 12 juli 2011, L’Oréal m.fl. (C-324/09, EU:C:2011:474, punkt 102), fann EU-domstolen att annonser som utomstående säljare publicerar på en renodlad elektronisk marknadsplats inte är att anse som användning från den marknadsplatsdrivande näringsidkarens sida, såvida inte dessa annonser ingår i näringsidkarens reklammeddelande.
- 39 Medan Amazon förespråkar att denna rättspraxis utan vidare ska tillämpas i förevarande mål, anser Christian Louboutin att Amazons verksamhet innebär ett aktivt handlande och att det därför finns grund för att förbjuda företaget att använda de ifrågasatta kännetecknen.
- 40 Med uttrycket ”elektronisk marknadsplats” avses en plattform som sammanför köpare och säljare på internet, varvid säljarna mot provision kan utnyttja plattformens funktioner och synlighet.
- 41 Det är ostridigt att Amazon på sina försäljningswebbplatser publicerar annonser för sina egna varor, som företaget säljer och expedierar i eget namn, liksom annonser härrörande från utomstående säljare, som antingen själva ombesörjer expediering av sålda varor eller uppdrar åt Amazon att göra detta, varvid Amazon samlar varorna i sina distributionscentraler och expedierar dem till köparna från sina lager.
- 42 Det är likaså ostridigt att dessa annonser samlas i olika kategorier och underkategorier som ingår i en trädstruktur, varvid ingen åtskillnad görs mellan varor som säljs av Amazon och varor som säljs av utomstående säljare. Uppgifter om vem som säljer och expedierar en viss vara visas på skärmen först när

besökaren går in på en enskild annons eller – bland annat såvitt avser skor – först när besökaren har angett önskad storlek.

- 43 Den hänskjutande domstolen konstaterar att Amazons plattformar, vilka innefattar en blandning av annonser från Amazon och annonser från utomstående säljare, fungerar annorlunda än andra marknadsplatser som eBay och Rakuten, vilka uteslutande publicerar annonser från utomstående säljare och inte bedriver någon försäljningsverksamhet. Amazon är emellertid inte ensamt om att använda denna affärsmodell, utan även aktörer som Cdiscount tar emot varor från utomstående säljare jämte sitt eget sortiment av varor.
- 44 Christian Louboutin anser att denna kombination av egen försäljning och tredjepartsförsäljning medför att Amazon inte kan betraktas som en näringsidkare som driver en marknadsplats i den mening som avses i EU-domstolens praxis utan i stället är att betrakta som en återförsäljare med personligt ansvar för innehållet i samtliga publicerade annonser. Detta ger enligt honom omsättningskretsen – som han anser utgörs av genomsnittligt uppmärksamma internetanvändare – intrycket att samtliga varor som säljs på Amazons webbplatser härrör från Amazon eller åtminstone att annonserna från utomstående säljare ingår i Amazons eget reklammeddelande.
- 45 Den hänskjutande domstolen anser i motsats till Christian Louboutin att de tjänster som Amazon tillhandahåller genom sina webbplatser utgör tjänster som har anknytning till en elektronisk marknadsplats. Visserligen rör det sig om en blandning av olika typer av erbjudanden, men samtliga kännetecken för en elektronisk marknadsplats föreligger ändå hos den verksamhet som bedrivs bland annat av Amazon Services Europe, inom ramen för dess tjänst ”Sälj med Amazon”.
- 46 Att det vid sidan av dessa tjänster också tillhandahålls andra tjänster, bland annat erbjudanden som kommer från den näringsidkare som driver marknadsplatsen liksom tjänster i fråga om lagerhållning och expediering, hindrar inte att Amazons plattformar kan anses utgöra marknadsplatser, inte ens med tanke på att sammanflätningen av de olika tjänsterna riskerar att ge upphov till viss förvirring bland de internetanvändare som nyttjar plattformarna.
- 47 Däremot behöver det prövas huruvida det särskilda funktionssättet för de plattformar som Amazon driver kan föranleda ett så långtgående införlivande av de utomstående säljarnas annonser att det är möjligt att anse att Amazon – med den formulering som EU-domstolen använde i domen av den 12 juli 2011, L’Oréal m.fl. (C-324/09, EU:C:2011:474, punkt 102) – använder de ifrågasatta kännetecknen i sitt eget reklammeddelande.
- 48 Den hänskjutande domstolen erinrar härvidlag om att EU-domstolen i den domen noterade att tredje mans ”användning” av ett kännetecken som är identiskt med eller liknar innehavarens varumärke åtminstone förutsätter att tredje man använder kännetecknet i sitt eget reklammeddelande. Därefter fann EU-domstolen att en

näringsidkare som drev en elektronisk marknadsplats inte ägnade sig åt sådan användning.

- 49 Den domen rörde emellertid plattformen eBay, beträffande vilken det är notoriskt att den publicerar sina användares annonser endast i egenskap av mellanhand, inte i egenskap av säljare eller återförsäljare, varför nämnda rättspraxis inte utan vidare kan tillämpas på en plattform med ett annat funktionssätt.
- 50 ”Användning” av ett varumärke omfattar enligt EU-domstolens praxis ”en ... situation ... i vilken mellanhanden, som agerar i eget namn men för säljarens räkning och därför inte är innehavare av ägande- eller nyttjanderätten till varor som är föremål för ett försäljningsavtal som han själv är bunden av i egenskap av part, i sina affärshandlingar använder ett kännetecken som är identiskt med ett gemenskapsvarumärke och använder detta för varor eller tjänster som är identiska med dem som varumärket registrerats för” (beslut av den 19 februari 2009, UDV North America, C-62/08, EU:C:2009:111, punkt 59 och slutet). Se även, för ett liknande resonemang, dom av den 30 april 2020, A (Intrång genom import av kullager), C-772/18, EU:C:2020:341.
- 51 Det saknar således betydelse huruvida de varor som säljs på Amazons webbplatser inte i ekonomisk bemärkelse är att hänföra till Amazon.
- 52 Icke desto mindre införde EU-domstolen i domen av den 12 juli 2011, L’Oréal m.fl. (C-324/09, EU:C:2011:474, punkt 102), begreppet ”eget reklammeddelande” genom att slå fast att när ett kännetecken ingår i en näringsidkares eget reklammeddelande, kan näringsidkaren anses använda kännetecknet och således hållas ansvarig för intrång i ett varumärke.
- 53 Därför behöver det göras en prövning av de olika omständigheter som Christian Louboutin har anfört till stöd för att Amazon ska anses använda de ifrågasatta kännetecknen genom att införliva utomståendes erbjudanden i sitt eget reklammeddelande.
- 54 Vad Christian Louboutin har hänvisat till är att annonserna har ett enhetligt utseende, att Amazons välrenommerade halvfigurativa varumärke återfinns i varje annons, att Amazon medverkar vid valet av format och utformning för annonserna, att uppgifterna om dem som säljer varorna visas på ett så diskret sätt och att Amazon deltar aktivt i utarbetandet av annonserna, medverkar till lagring och expediering av varorna och aktivt deltar vid fastställandet av försäljningspriserna.
- 55 Att Amazon deltar aktivt framgår enligt Christian Louboutin också av hur de olika butikerna presenteras, med en systematisk användning av det personliga pronomenet ”vår” i beskrivningen av utbudet på Amazons webbplatser liksom förekomsten av allmänna rubriker som ”bästsäljare”, ”topprankad” och ”oftast köpta som gåva” utan åtskillnad med avseende på varornas ursprung.

- 56 Utöver detta har Christian Louboutin uppgett att Amazons annonser visas som reklam på andra webbplatser, exempelvis elektroniska dagstidningar och webbplatser för sociala medier.
- 57 På grundval av detta är det enligt honom möjligt att dra slutsatsen att en normalt välinformerad och rimligt uppmärksam internetanvändare uppfattar Amazon som återförsäljare av samtliga varor som bjuds ut på dess webbplatser, särskilt med tanke på att Amazon självt framhåller sig som återförsäljare.
- 58 Trots sin omfattande praxis har EU-domstolen aldrig uttalat sig om huruvida en på internet verksam återförsäljare av varor som samtidigt driver en elektronisk marknadsplats kan anses införliva tredjepartserbudanden i sitt eget reklammeddelande. Alla de avgöranden som parterna har hänvisat till utgår i själva verket från att tredjepartsannonserna inte ingår i den plattformsdrivande näringsidkarens eget reklammeddelande.
- 59 Den hänskjutande domstolen har därför föreslagit att en första tolkningsfråga ska ställas till EU-domstolen.
- 60 Amazon har i huvudsak gjort gällande att denna första tolkningsfråga mot bakgrund av EU-domstolens praxis är meningslös och irrelevant.
- 61 Enligt Amazon har EU-domstolen nämligen redan haft tillfälle att besvara den föreslagna frågan, bland annat i målet *Coty Germany* (C-567/18, EU:C:2020:267), där generaladvokaten i sitt förslag till avgörande gjorde en bedömning i linje med den föreslagna tolkningsfrågan. EU-domstolen valde emellertid att inte gå på generaladvokatens linje utan nöjde sig med att slå fast att en näringsidkare som drev en elektronisk marknadsplats inte använde kännetecknen som var att hänföra till utomstående säljare samt att klargöra att frågan om ansvaret för en sådan näringsidkare skulle prövas utifrån andra rättsregler.
- 62 Den hänskjutande domstolen erinrar om att EU-domstolen i det målet hade att besvara följande tolkningsfråga: ”Anses en person som för tredje mans räkning lagrar varor som innebär varumärkesintrång, utan att känna till intrånget, lagra dessa varor i försäljnings- eller marknadsföringssyfte, om denne inte själv, utan endast tredje man, har för avsikt att utbjuda varorna till försäljning eller marknadsföra dem?”
- 63 EU-domstolen besvarade den frågan med att artikel 9.3 b i förordning 2017/1001 ska tolkas så, att ”en person som för tredje mans räkning lagrar varor som gör intrång i en varumärkesrätt, utan att ha kännedom om detta intrång, inte ska anses inneha dessa varor i syfte att utbjuda dem till försäljning eller marknadsföra dem i den mening som avses i dessa bestämmelser, om denna person inte själv eftersträvar dessa syften”.
- 64 Således prövade EU-domstolen tolkningsfrågan uteslutande såvitt avsåg lagring av varor, utan att göra en bredare bedömning av den affärsmodell som de olika enheterna inom Amazonkoncernen tillämpar.

- 65 Generaladvokaten hade funnit att artikel 9.3 b i förordning 2017/1001 borde tolkas enligt följande:
- ”...
 - Om personen aktivt medverkar i distributionen av dessa varor inom ramen för ett program med de egenskaper som utmärker programmet 'Transport via Amazon', som säljaren väljer att använda sig av, kan personen däremot anses lagra dessa varor i försäljnings- eller marknadsföringssyfte.
 - ...”.
- 66 EU-domstolen valde genom sin dom att inte fästa något avseende vid generaladvokatens förbehåll såvitt avsåg Amazons eventuella ansvar i egenskap av lagerhållare.
- 67 Detta motiverar emellertid inte slutsatsen att EU-domstolen redan – ens underförstått – skulle ha tagit ställning till det problem som den hänskjutande domstolen nu har att pröva, vilket inte endast avser Amazons lagring av varor som säljs av utomstående utan aktualiserar en större fråga som rör huruvida erbjudanden från utomstående ska anses ingå i Amazons eget reklammeddelande.
- 68 Således har den föreslagna tolkningsfrågan ännu inte besvarats av EU-domstolen, varför den i princip är relevant.
- 69 Vidare innebär den omständigheten att svaret på den aktuella frågan i förekommande fall skulle kunna vara att hämta i den ordning som är tillämplig på elektronisk handel inte att ansvar enligt varumärkesskyddsordningen säkert kan uteslutas.
- 70 Följaktligen måste den av den hänskjutande domstolen föreslagna tolkningsfrågan anses vara relevant i förhållande till den aktuella tvisten och till de svar som EU-domstolen tidigare har lämnat i andra mål.
- 71 Den hänskjutande domstolen noterar att Amazons förslag till ändrad lydelse för tolkningsfrågan inte längre innehåller någon hänvisning till begreppet ”blandning” av erbjudanden med olika ursprung – ett begrepp som emellertid ligger till grund för den problematik som förevarande tvist aktualiserar.
- 72 Amazon har också gjort gällande att företaget inte på något sätt medverkar när de utomstående säljarna fastställer sina priser.
- 73 Den hänskjutande domstolen konstaterar att den formulering som den hade valt i sitt förslag till tolkningsfråga antyder att Amazon direkt medverkar till prissättningen. Det är emellertid ostridigt att Amazon ger prissättningsbistånd, och olika till handlingarna i målet förda artiklar från välrenommerade tidningar som *Wall Street Journal* och *New York Times* tyder på att Amazon påverkar priserna indirekt genom att utöva påtryckningar i syfte att se till att utomstående säljare

inte erbjuder sina varor till lägre pris på andra webbplatser. Således är det påkallat att ändra tolkningsfrågans lydelse så, att det anges att Amazon bistår vid fastställandet av priset på tredjepartsvaror – men inte att helt stryka hänvisningen till prissättning.

- 74 Vidare kommer domstolen också att ställa en andra tolkningsfråga, som har föreslagits av Christian Louboutin.
- 75 Christian Louboutin har gjort gällande att det är betydelsefullt vilken uppfattning omsättningskretsen har om huruvida näringsidkaren utövar en aktiv roll eller huruvida annonserna ingår i dennes eget reklammeddelande, eftersom denna uppfattning kan medföra att näringsidkaren kan hållas ansvarig för användning av ett kännetecken som är identiskt med eller liknar ett varumärke. Av det skälet har han yrkat att domstolen ska ställa en tolkningsfråga i det ämnet till EU-domstolen.
- 76 Cour d'appel de Bruxelles drog den motsatta slutsatsen i sin dom av den 25 juni 2020, som har överklagats och är föremål för prövning vid Cour de cassation.
- 77 Det kan emellertid tänkas vara betydelsefullt vilken uppfattning omsättningskretsen har om hur aktiv roll en marknadsplatsdrivande näringsidkare utövar i samband med publicering av annonser, och således om huruvida de publicerade annonserna ingår i näringsidkarens eget reklammeddelande.
- 78 Följaktligen är det befogat att undra huruvida den omständigheten att omsättningskretsen anser att en annons eller ett erbjudande är en del av det egna reklammeddelandet från en näringsidkare som driver en digital försäljningsplattform inte innebär att erbjudandet faktiskt ingår i det reklammeddelandet, vilket skulle betyda att näringsidkaren kan hållas varumärkesrättsligt ansvarig.
- b) Användning av kännetecken genom expediering av varor försedda med det ifrågasatta kännetecknet*
- 79 Christian Louboutin anser att Amazons expediering från de egna distributionscentralerna av varor som säljs av utomstående säljare kan anses utgöra användning, eftersom den som expedierar i princip känner till eventuella varumärkesintrång som varor expedierade åt utomstående innebär, till skillnad från en lagerhållare, som i princip inte känner till sådana intrång som varor lagrade åt utomstående innebär. Som han ser saken, gjorde Cour d'appel de Bruxelles en felaktig bedömning när den fann att en expediering endast är en fortsättning av en lagring och med hänvisning till detta tillämpade EU-domstolens Coty-praxis och slog fast att Amazon inte hade gjort sig skyldig till någon användning.
- 80 Enligt Christian Louboutin innebär visningen av annonserna för, lagringen av och skickandet av intrångsgörande varor sammantaget att Amazon måste anses ha haft

faktisk kännedom om anbringandet av det intrångsgörande kännetecknet, varför han har yrkat att den hänskjutande domstolen ska ta upp detta med EU-domstolen.

- 81 I domen av den 2 april 2020, *Coty Germany*, C-567/18, EU:C:2020:267, framhöll EU-domstolen i sitt svar på tolkningsfrågan betydelsen av det syfte för vilket varor lagras.
- 82 För att lagring av varor försedda med kännetecken som är identiska med eller liknar varumärken ska kunna anses utgöra ”användning” av dessa varumärken krävs därvidlag att den ekonomiska aktör som ombesörjer lagringen själv eftersträvar det syfte som avses i de berörda bestämmelserna, nämligen att utbjuda varorna till försäljning eller marknadsföra dem.
- 83 I den domen yttrade sig EU-domstolen inte om expediering av varor efter lagring, eftersom expedieringen i det aktuella fallet ombesörjdes av en utomstående tjänsteleverantör.
- 84 Den tredje frågan, som har föreslagits av Christian Louboutin, ingår visserligen redan till viss del i den andra frågan, men den innebär ändå vissa kompletterande preciseringar som det för fullständighetens skull är lämpligt att låta EU-domstolen ta del av.

V. Tolkningsfrågor

- 85 Den hänskjutande domstolen ställer följande tolkningsfrågor:

1. Ska artikel 9.2 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2017/1001 av den 14 juni 2017 om EU-varumärken tolkas så, att en användning av ett kännetecken som är identiskt med ett varumärke i reklam som visas på en webbplats kan tillskrivas den näringsidkare som driver webbplatsen eller till denne ekonomiskt knutna enheter, på grund av att det på webbplatsen visas en blandning av erbjudanden från näringsidkaren eller till denne ekonomiskt knutna enheter och erbjudanden från utomstående säljare, genom att nämnda reklam är införlivad i näringsidkarens eller de till denne ekonomiskt knutna enheternas eget reklammeddelande?

Förstärks införlivandet om

- reklamen på webbplatsen har en enhetlig framställning?
- reklam från näringsidkaren eller till denne ekonomiskt knutna enheter och reklam från utomstående säljare visas, utan åtskillnad med avseende på ursprung men med tydlig visning av näringsidkarens eller till denne ekonomiskt knutna enheters logotyp, som reklam på utomstående webbplatser i form av ”pop up”-fönster?

- näringsidkaren eller till denne ekonomiskt knutna enheter erbjuder utomstående säljare en fullservicetjänst som innefattar bistånd vid utarbetande av reklam och fastställande av försäljningspriser samt lagring och expediering av varor?
- näringsidkarens och till denne ekonomiskt knutna enheters webbplats har en sådan utformning att den framställs i form av butiker och rubriker som ”bästsäljare”, ”topprankad” och ”oftast köpta som gåva”, utan någon vid första anblicken synbar åtskillnad mellan näringsidkarens och till denne ekonomiskt knutna enheters egna varor och varor från utomstående säljare?

2. Ska artikel 9.2 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2017/1001 av den 14 juni 2017 om EU-varumärken tolkas så, att en användning i reklam som visas på en e-handelswebbplats av ett kännetecken som är identiskt med ett varumärke i princip kan tillskrivas den näringsidkare som driver den elektroniska försäljningsplatsen eller till denne ekonomiskt knutna enheter, om en normalt välinformerad och rimligt uppmärksam internetanvändare uppfattar att näringsidkaren eller en till denne ekonomiskt knuten enhet har utövat en aktiv roll vid utarbetandet av reklamen eller om reklamen uppfattas som en del av näringsidkarens eget reklammeddelande?

Förstärks denna uppfattning

- av att näringsidkaren och/eller till denne ekonomiskt knutna enheter är en välrenommerad återförsäljare av ett synnerligen brett spektrum av varor, inbegripet varor i den kategori där de varor som reklamen avser återfinns, eller
- av att det ovanför den sålunda visade reklamen finns ett rubrikfält där näringsidkarens eller till denne ekonomiskt knutna enheters tjänstevarumärke återges och detta varumärke är ett välrenommerat återförsäljarvarumärke, eller
- av att näringsidkaren eller till denne ekonomiskt knutna enheter parallellt med denna visning erbjuder tjänster som traditionellt erbjuds av återförsäljare av varor i den kategori som den vara som reklamen avser tillhör?

3. Ska artikel 9.2 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2017/1001 av den 14 juni 2017 om EU-varumärken tolkas så, att expediering i näringsverksamhet till en slutkonsument av en vara försedd med ett kännetecken som är identiskt med ett varumärke, utan varumärkesinnehavarens medgivande, utgör användning som kan tillskrivas den som expedierar varan endast om denne har faktisk kännedom om att kännetecknet har anbringats på varan?

Ska den som sålunda expedierar varan anses ha använt det berörda kännetecknet, om denne eller en därtill ekonomiskt knuten enhet har uppgett för slutkonsumenten att den expedierande enheten eller en därtill ekonomiskt knuten enhet skulle komma att ombesörja expedieringen efter det att den expedierande enheten eller en därtill knuten ekonomisk enhet hade lagrat varan för det syftet?

Ska den som sålunda expedierar varan anses ha använt det berörda kännetecknet, om denne eller en därtill ekonomiskt knuten enhet tidigare har bidragit aktivt till visning i näringsverksamhet av reklam för den med nämnda kännetecken försedda varan eller har registrerat den beställning som slutkonsumenten har lagt efter att ha sett nämnda reklam?

ARBETSDOKUMENT