

PRÁVNICKÁ FAKULTA MASARYKOVY UNIVERZITY



VYBRANÉ PRÁVNE PROBLÉMY INTERNETOVÝCH VYHLEDÁVAČOV

Kolokviálna práca

2009

Spracoval: **Martin Husovec**

Dátum odovzdania: **10.12.2009**

Zadávatel' práce: **JUDr. Radim Polčák, Ph.D.**

OBSAH

1. CIEĽ PRÁCE	2
2. ÚVOD DO FUNGOVANIA VYHĽADÁVAČOV	3
3. POVAHA INZEROVANIA NA KLÚČOVÉ SLOVÁ.....	4
4. ANORGANICKÉ VÝSLEDKY Z POHĽADU ZNÁMKOVÉHO PRÁVA	7
4.1 POUŽITIE (a)	13
4.2 POUŽITIE (b)	16
4.3 POUŽITIE (c)	21
5. ZÁVER	23
6. POUŽITÉ ZDROJE	24

1. CIEĽ PRÁCE

Predmetom tejto práce je právna analýza súčasného reklamného modelu vyhľadávačov (tzv. keywords advertising) z pohľadu českého, slovenského a komunitárneho práva. Známkoprávne aspekty sú v súčasnosti predmetom prejudiciálnej otázky pred Súdny dvorom Európskej Únie. Budeme preto súčasne glosovať aktuálnu judikatúru a publikované stanovisko generálneho advokáta.

2. ÚVOD DO FUNGOVANIA VYHL'ADÁVAČOV

Internetové vyhľadávače vnášajú do online sveta, presaturovaného informáciami, akýsi kvázi poriadok. Fungujú ako internetová tlačová agentúra, ktorá na dotaz poskytne „rešerše“ relevantných webstránok. Len strojovo a stotisíc krát rýchlejšie. Veľká užitočnosť služby spôsobuje, že v priemere na každú piatu webstránku pristupuje užívateľ cez vyhľadávač. Jadro služby spočíva v tom, že na otázku užívateľa poskytuje svoj výber najrelevantnejších odkazov (tzv. organické / prirodzené výsledky). Otázka býva najčastejšie formulovaná prostredníctvom kľúčových slov alebo ich zoskupení. Popri organických výsledkoch vyhľadávače zobrazujú tiež reklamné odkazy (tzv. anorganické výsledky). Tie fungujú aukčným princípom „kto dá viac“. Vyhľadávač teda prenajíma plochu pri konkrétnych kľúčových slovách a umožňuje inzerentom, aby si vyplnili svoj reklamný odkaz, ktorý vyzerá v zásade rovnako ako organický. Prvý dvaja až traja inzerenti, ktorý ponúknu najviac za prenájom pri kľúčovom slove, sa potom objavia hneď vedľa alebo nad organickými výsledkami. Vo výrazne oddelenom poli. Inzerent platí buď za každé zobrazenie odkazu, alebo za každý klik na reklamný odkaz, najčastejšie však za klik. Je to hlavný príjem všetkých súčasných vyhľadávačov. Problém vzniká v momente, keď vyhľadávač umožní inzerovať na kľúčové slovo zhodné alebo podobné s ochrannou známkou, obchodným menom či názvom právnickej osoby, a to osobe odlišnej od osoby oprávnenej.

Internetové vyhľadávače pri tvorbe **organických výsledkov** pracujú v troch základných krokoch. V prvom zbierajú informácie o obsahu na internete (tzv. indexácia), v druhom vyhodnocujú zozbierané informácie (priradovanie relevancie), v treťom na požiadanie, t.j. otázku užívateľa prezentujú svoj výber informácií (zobrazovanie výsledkov na požiadanie). Naproti tomu stojí inak fungujúca tvorba **anorganických výsledkov** taktiež rozložiteľná do troch krokov. V prvom si inzerenti vyberú kľúčové slová, na ktoré chcú inzerovať, navrhnu svoj reklamný odkaz a zvolia akceptovateľnú cenu za klik/zobrazenie (inzerentná žiadosť), v druhom vyhľadávače vyhodnotia inzerentné žiadosti a vyberú si istý počet najvyšších ponúk (výber inzerenta), v treťom kroku po zadaní inzerovaného kľúčového slova zo strany užívateľa zobrazí vyhľadávač aj

sadu reklamných odkazov, či už vedľa alebo nad organickými výsledkami (zobrazovanie výsledkov na požiadanie). V tejto práci sa zameriame iba na anorganické výsledky vyhľadávania, pričom organické spomenieme len na účely komparácie¹.

2. POVAHA INZEROVANIA NA KLÚČOVÉ SLOVÁ

Z hľadiska ďalšieho výkladu je nutné si rozobrať aká je vlastne povaha odplatného poskytnutia kľúčového slova. V internetovom biznise sa zvykne hovoriť o ich predaji (z angl. "to sell"), v súdnej spisbe o ich rezervácií², či v obavách niektorých dokonca o registrácií. Ako bolo už uvedené, vyhľadávače zväčša neponúkajú žiadnu exkluzivitu pri poskytovaní kľúčového slova. Ponúkajú službu, ktorej predmetom je reklamná činnosť. Tá je špecifická v tom, že napr. narozdiel od printovej reklamy sa vyznačuje väčším zamierením na zákazníka, teda je efektívnejšia. Inter alia práve prostredníctvom kľúčových slov. Vyhľadávače zobrazujú inzerciu len tým, ktorí ponúknu najviac peňazí. Žiadne iné kritéria nezaväzujú a iné dohody neuzatvárajú. Neprevádzajú žiadne vlastnícke právo ku kľúčovým slovám (kúpna zmluva) a rovnako nevytvárajú odplatne žiadny nový objekt práva (zmluva o dielo), pretože kľúčové slová existujú i mimo systému, len na nich prípadne nik neinzeruje. Na súčasný reklamný model vyhľadávačov možno nezať dvojak. Buď tak, že umožňujú dočasné užívanie týchto kľúčových slov / reklamných plôch pod nimi, čím bude mať zmluva charakter nájomnej zmluvy a právny vzťah charakter nájomného vzťahu. Alebo sa jedná o inominátnu zmluvu o reklame (reklamnej činnosti), ktorá len umiestnenie reklamy definuje pomocou kľúčového slova. Ak sa pozrieme na hospodársky účel právneho vzťahu, je ním nepochybne reklama.

Občiansky zákonník vo svojej úprave nájomnej zmluvy umožňuje, aby predmetom nájomného vzťahu bolo aj právo, či iná majetková hodnota za podmienky, že to ich povaha pripúšťa³. Ustanovenia sa v takom prípade použijú primerane. Nájomnému

¹ Organické sú predmetom záverečnej práce autora, ktorá bude prístupná na <http://husovec.blogspot.com>.

² Pozri bod 28 (1) a poznámku pod čiarou č. 10 stanoviska k veci AdWords.

³ Spôsobilým predmetom nájmu sú aj právo (licenčná zmluva) alebo iná majetková hodnota. Pozri komentár k § 663 bod 15 z ŠVESTKA, Jiří., ŠPÁČIL, Jiří., ŠKÁROVÁ, Marta., HULMÁK, Milan., et al. Občiansky zákoník I. § 1 až 459. Komentář. 2. vyd. Praha : C. H. Beck, 2009. 1394 s.

vzťahu ku kľúčovému slovu však môže byť vytýkané mnoho. Žiadny z inzerentov nemá „sebestálejšie“ právo k užívaniu daného kľúčového slova. To vždy kolíše na základe ponuky ostatných. Samozrejme bolo by možné hovoriť o nájme na dobu neurčitú, pričom nie je jasné kedy rozhodujúci okamžik nastane, a či vôbec. Problematické je užívanie predmetu nájmu (prenechanie kľúčového slova nájomcovi), ako aj vykonávanie niektorých práv nájomcu (právo užívať istým spôsobom). Samotný nájom kľúčového slova nemá žiadnu ekonomickú hodnotu (držíme kľúčové slovo a nemôžeme s ním nič robiť). Tú má len inzerovanie vo výsledkoch pre dané kľúčové slovo. Čo sú dve rozdielne veci. Kľúčové slovo samo o sebe preto nebude pravdepodobne spôsobilým predmetom nájmu⁴. Výber kľúčového slova je len vnútorným procesom, technickým špecifikom, internetovej reklamy. V tejto súvislosti sa javí vhodné uviesť niekoľko analogických príkladov, ktoré sa zvyknú užívať.

Právne interakcie vznikajúce v kyberpriestore si častokrát vyžadujú pripodobnenie k javom hmotného sveta, aby sme ich dokázali zhodnotiť. V súvislosti s inzerciou na kľúčové slová sa zvyknú používať najmä dve. Americké súdy⁵ zvykli prirovnávať tento jav k ceste po diaľnici. Vodič auta sa nechá zmiast' klamlivým označením iného súťažiteľa umiestneného na krajnici a v domnení, že odbočuje inam, zide z diaľnice. Po chvíľke si samozrejme uvedomí, že sa zmýlil, avšak namiesto vrátenia sa na diaľnicu, už u súťažiteľa ostáva. Napriek tomu, že si je vedomý toho, že pôvodne chcel nakúpiť u konkurenta. Tejto analógií však možno namietat' viac ako s ňou súhlasit'⁶. Druhá pripodobňuje konanie vyhľadávateľov k prenajímaniu políc v supermarkete⁷. Súťažitelia bežne obchodným reťazcom platia za umiestňovanie svojich produktov v blízkosti tých viac populárnych. Tým získavajú „oko“ zákazníka

⁴ Je otázne či to vôbec pripúšťa jeho povaha, a taktiež či má majetkovú hodnotu.

⁵ Táto analógia bola prvý krát použitá v prípade Brookfield ((9th Cir. 1999) 174 F.3d 1036), ktorý zaviedol i doktrínu „initial interest confusion“. Tá nastáva ak je spotrebiteľova pozornosť odklonená od produktu, ktorý pôvodne hľadal, pričom v dôsledku toho sa niektorí spotrebiteľia môžu vedome rozhodnúť pre iný produkt.

⁶ Porovnaj SCHUBERT, Maximilian. *Keyword Advertising in the Light of "Wein & Co": Caring About the Confused*. Edinburg, 2007. 70 s. University of Edinburgh Law school. Vedúci dizertačnej práce Gerard Porter. Schuber uvádza najmä nasledovné : (1) iba samotná inzercia na kľúčové slová nepôsobí klamlivo, (2) opustenie diaľnice je situácia, ktorá vyžaduje väčšiu sústredenosť ako klik na výsledok, (3) náročnosť návratu pri výsledkoch „stojí“ klik, kým pri diaľnici omnoho viac úsilia, (4) internet neprúdi jedným smerom ako diaľnica, naopak umožňuje pohyb nekonečným množstvom smerov.

⁷ Nazývaný tzv. „shelf-rent“, ktorý je podľa nemeckého a rakúskeho práva prijateľný (pozri Schuber, s. 27). Poťážmo to platí o slovenskom a českom práve.

a potenciálne vyšší predaj. Sme názoru, že táto analógia je najvhodnejšia. Inzercia pôsobí rovnako ako keď chceme lepšie umiesniť (inzerovať) svoje produkty (napr. Kofolu) v supermarkete, a ich umiestnenie definujeme v zmluve slovami „vedľa Coca Coly“. Ustanovenie v zmluve je jedno použitie cudzej ochrannej známky, skutočné vyloženie Kofoly na policu hneď vedľa Coca Coly, druhé.

Preto môžeme skúsiť hovoriť o prenájme reklamnej plochy pod daným kľúčovým slovom (predmetom nájmu je plocha, nie slovo). Akoby zoznam výsledkov vyhľadávania pre každé jedno kľúčové slovo predstavoval osobitnú reklamnú plochu, ktorú možno prenajímať. Inzerent si tak prenajíma reklamnú plochu alebo plochy, pričom zobrazenie jeho reklamy na nej závisí od ponuky ostatných nájomníkov. Povedzme, že existuje šesť nájomníkov k tej istej ploche (inzerentov na kľúčové slovo) a vyhľadávač sa vždy pri identickom dotaze užívateľa pýta, kto ponúkne najviac. Prví traja s najvyššou ponukou sú potom umiestnení vo výsledkoch vyhľadávania. Takéto chápanie nájmu však môže trochu pokrívkať v prípade, ak sa neinzeruje presne na konkrétne kľúčové slovo, ale na istú negatívne alebo pozitívne vymedzenú skupinu slov. V takomto prípade je vlastne počet reklamných plôch (predmetov nájmu) takmer nekonečný. Čo však nájomnému vzťahu ako takému nebráni. Kľúčové slovo teda hraje iba vedľajšiu úlohu ako indetifikátor príslušnej reklamnej plochy a nie je predmetom právneho vzťahu. Predmetom je reklamná plocha a úprava jej užívania. Z právneho hľadiska je iba táto spôsobilá byť predmetom občianskoprávných vzťahov a to vo forme „inej majetkovej hodnoty“.

Na druhej strane je však plauzibilný aj záver, že sa jedná o zmluvu v občianskom zákonníku neupravenú, ktorej predmetom je výkon reklamnej činnosti. Kedy sa vyhľadávač zaväzuje k špecifickej reklamnej činnosti za istých vopred dohodnutých podmienok. Predmetom občianskoprávneho vzťahu je výkon reklamnej činnosti zo strany Google za istých presne stanovených podmienok. Podstatné však je, že ani v tomto prípade nie je predmetom záväzkovoprávneho vzťahu medzi inzerentom a vyhľadávačom kľúčové slovo. Preto je vhodné hovoriť o výbere kľúčového slova, nie o jeho nájme. V žiadnom prípade však nie o jeho registrácií, rezervácií a pod.

4. POHĽAD ZNÁMKOVÉHO PRÁVA

Ako sme už načrtli, právne problémy vznikajú v momente, keď je inzerované kľúčové slovo zhodné alebo podobné s ochrannou známkou. Známkové právo priznáva majiteľovi označenia výlučné právo používať ochrannú známku v obchodnom styku pre zapísané tovary a služby. Použitím⁸ ochrannej známky v zmysle práva budeme teda rozumieť každé použitie spadajúce pod výlučné právo jej majiteľa⁹. Ostatné použitia ako napr. neobchodné vyobrazenie známky, nemožno považovať za použitie v zmysle práva. Navyše aj exkluzívne právo majiteľa ochrannej známky je pre určité prípady obmedzené, aby sa tak zabezpečila spoločenská rovnováha¹⁰. Ich výpočet je taxatívny a jednotne korigovaný materiálnym korektívom¹¹. Takými prípadmi však nie sú porovnávací reklama alebo používanie na čisto opisné účely¹². Tieto sú podľa súčasnej judikatúry¹³ mimo samotného použitia známky v zmysle práva. Národné známkové právo je vysoko harmonizované, a preto slovenská aj česká právna úprava vychádza z rovnakej smernice 2008/95/ES (ďalej len „smernica“). Komunitárna ochranná známka je zas upravená uniformne nariadením Rady 207/2009 o ochrannej známke spoločenstva (ďalej len „nariadenie“). „Nepovinné“ ustanovenie širšej ochrany pre známky s dobrou povestou bolo v oboch právnych poriadkoch prevedené¹⁴.

Vysoká efektívnosť reklamného modelu vyhľadávateľov spôsobila, že súdne spory začali geometricky vznikať najmä v Spojených štátoch a Európskej únii. V európskych štátoch bola otázka riešená pred súdmi v Belgicku, Francúzsku, Nemecku, Rakúsku či Veľkej Británii. Rozdielna aplikácia transponovaných ustanovení totožnej smernice spôsobila, že otázka použitia kľúčových slov sa dostala až pred Súdny dvor. V čase písania článku prvé konanie pred Súdnym dvorom dospelo do štádia publikácie názoru generálneho advokáta prof. dr. Madura. To vyvolalo veľkú vlnu nevhodnosti na strane držiteľov ochranných známok a v odbornej verejnosti spôsobilo značnú kontroverziu.

⁸ V českom známkovom a autorskom práve sa používa pojem „užitie“.

⁹ Pozri rozsudok Vrchného súdu v Prahe sp. zn. 3 Cmo 195/2001 .

¹⁰ Pozri čl. 6 smernice o ochranných známkach.

¹¹ Čl. 6 (1) : „...za predpokladu, že ich tretia strana používa v súlade s *čestným konaním v priemysle alebo obchode*.“

¹² Pozri prípad Hölderhoff.

¹³ Pozri bod 54 prípadu Arzenal a prípad Hölderhoff (použitie na čisto popisné účely), bod 54 prípadu L'Oréal a ďalší (porovnávací reklama).

¹⁴ Pozri § 25 ods. 1 slovenského a § 8 ods. 2 písm. c) českého zákona o ochranných známkach.

Je nutné podotknúť, že predmetom výkladu Súdneho dvora sú ustanovenia staršej smernice a nariadenia.¹⁵ Tie už medzičasom nie sú v platnosti. Obsahovo sa však jedná o indetické ustanovenia so súčasnými. Zhodné sú aj relevantné ustanovenia smerníc a nariadení navzájom. Ako sme už uviedli rozsah exkluzívneho majetkového práva je v zásade tvorený tým, čo majiteľ ochrannej známky môže ostatným osobám zakázať (negatívne vymedzenie). Argumentum a contrario všetko ostatné čo zakázať nemôže, nepatrí do rozsahu jeho majetkových práv. To však neplatí o právach osobitných, ktoré mu zákon na iných miestach výslovne priznáva (pozitívne vymedzenie). Je preto nutné posúdiť, či inzerovanie na kľúčové slová vo vyhľadávачoch zasahuje do majetkového práva majiteľa ochrannej známky, a ak áno, či je možné dohľadať „zákonnú licenciu“ vo forme jedného z obmedzení. Rozsah majetkových práv určuje (negatívne) ustanovenie čl. 5 (1) smernice nasledovne :

*Zapísaná ochranná známka priznáva svojmu majiteľovi výlučné práva. Majiteľ má právo zabrániť všetkým tretím osobám, ktoré nemajú jeho súhlas, aby v **obchodnom styku** používali:*

a) akékoľvek označenie, ktoré je zhodné s ochrannou známkou pre tovary alebo služby, ktoré sú zhodné s tými, pre ktoré je ochranná známka zapísaná;

b) akékoľvek označenie, ktoré je zhodné s ochrannou známkou alebo je jej natoľko podobné, a zároveň sú si natoľko podobné príslušné tovary alebo služby,

že (i) existuje pravdepodobnosť zámény zo strany verejnosti, vrátane pravdepodobnosti asociácie medzi označením a ochrannou známkou.

Ako možno vidieť, čl. 5(1) písm. a) rieši prípad zhodné označenie vs. zhodné tovary a služby. Explicitne nestanovuje žiadnu ďalšiu podmienku¹⁶ narozdiel od písm. b). Ustanovenie čl. 5(1) písm. b) rieši prípady zhodné označenie vs. podobné tovary a služby, podobné označenie vs. zhodné tovary a služby, podobné označenie vs. podobné tovary a služby. Stanovuje však explicitne osobitnú podmienku pravdepodobnosti zámény na strane verejnosti. Spomenuté ustanovenia je však nutné vykladať v súvislosti

¹⁵ Smernica Rady ES z dňa 21. decembra 1988, 89/104/ES o aproximácii právnych predpisov členských štátov v oblasti ochranných známok a nariadenie Rady ES z dňa 20. decembra 1993, 40/94 o ochrannej známke spoločenstva.

¹⁶ HORÁČEK, Roman, et al. Zákon o ochranných známkach. Zákon o ochrane označení pôvodu a zemepisných označení. Zákon o vymáhaní práv z priemyslového vlastníctví. Komentář. 2. přeprac. vyd. Praha : C. H. Beck, 2008. 543 s. Pozri str. 128, bod 5. písm a) - per se.

ostatnými ustanoveniami smernice, ale i nenormatívnym recitálom smernice. Práve ten, okrem iného stanovuje, že „ochrana poskytnutá zapísanej ochrannej známke, ktorej funkciou je **predovšetkým** garantovať ochrannú známku ako označenie pôvodu, by mala byť v prípade zhodnosti známky a označenia tovarov a služieb absolútna¹⁷. Implikácie tejto vety, ako ich vyložil súdny dvor, sú nasledovné. Negatívne vymedzený rozsah práv majiteľa známky je nutné vykladať vo svetle chránených záujmov (funkcií), pre ktoré mu bola právna ochrana poskytnutá¹⁸. Napriek tomu, že recitál spomína len funkciu garancie pôvodu tovarov a služieb, súdny dvor jazykovým výkladom (t.j. zo slova „predovšetkým“) usúdil, že sa nejedná o jedinú funkciu známky. V judikatúre¹⁹ ich tak nateraz pomenoval nasledovne :

Základná funkcia :

- (i) garancia pôvodu tovarov a služieb,

Ostatné funkcie :

- (ii) garancia kvality výrobkov,
- (iii) komunikačná,
- (iv) investičná,
- (v) reklamná.

Tieto majú význam pri všetkých ustanoveniach čl. 5 smernice²⁰. Platí však špeciálna úprava ochrannej známky s dobrým menom, ktorá sleduje „ostatné funkcie“ známky do väčšej hĺbky ako základnú²¹. Práve preto požíva širšiu mieru ochrany a nevyžaduje pravdepodobnosť zámery na strane verejnosti (angl. „likelihood of confusion“)²². Toto „funkčné viazanie“ rozsahu práv majiteľa známky má za následok, že generálny advokát v prípade AdWords vyložil pravdepodobnosť zámery na strane verejnosti ako podmienku aj pre písm. a) článku 5(1) smernice²³. A to aj napriek jej výslovnej absencii v znení smernice. **Ak totiž nedochádza k zásahu do žiadnej z funkcií ochrannej známky, nejde o použitie ochrannej známky v zmysle práva vôbec²⁴.** Z dôvodu

¹⁷ Pozri bod 10 recitálu pôvodnej smernice o ochranných známkach, alebo bod 11 súčasnej.

¹⁸ Pozri bod 16 prípadu Hölterhoff, bod 58 prípadu L'Oréal a ďalší, bod 51 prípadu Arsenal.

¹⁹ Pozri bod 58 prípadu L'Oréal, bod 48 prípadu Hölterhoff.

²⁰ Pozri prípad Polo vs. eBay

²¹ Pozri bod 94 stanoviska k veci AdWords.

²² Pozri bod 36 prípadu L'Oréal, body 29-31 prípadu Adidas, bod 94 stanoviska k veci AdWords.

²³ Pozri poznámku pod čiarou 21 a bod 54 stanoviska k veci AdWords.

²⁴ Pozri bod 60 prípadu L'Oréal, bod 16 prípadu Hölterhoff, bod 51 prípadu Arsenal.

nezasahovania do žiadnej z funkcií bolo judikatúrou vylúčené napríklad použitie známky na čisto opisné účely. Táto „madurova podmienka“ spôsobila značnú kontroveziu. Otáznym preto zostáva iba to, či zásah do základnej funkcie známky (garancie pôvodu) musí byť takej intenzity vzájomnej asociácie označení, aby došlo až k pravdepodobnosti zámény na strane verejnosti. Alebo sa súdny dvor uspokojí s intenzitou asociácie o niečo nižšou, ako tomu je napríklad pri známkach s dobrou povest'ou (pozri ďalej). Posledné sa nám však javí nepravdepodobné. Je nutné preto kriticky vnímať odbornú literatúru, ktorá v prípade čl. 5(1) písm. a) nevyžaduje skúmanie ďalších okolností²⁵. V súčasnosti sa teda objavuje odlišné paradigma ochrany známk s dobrou povest'ou a bez nej. Kým v poslednom prípade ochrana stojí na koncepte zámény na strane verejnosti (confusion), v skôr spomenutom, stojí na oslabovaní známky a jej dobrej povesti (dilution).

Ako sme už uviedli, pomerne odlišne je upravený rozsah majetkového práva u ochranných známk s dobrým menom. Zakotvený je v článku 5 (2) nasledovne :

*Každý členský štát môže tiež stanoviť, že majiteľ bude mať právo zabrániť všetkým tretím osobám, ktoré nemajú jeho súhlas, aby používali v **obchodnom styku** akékoľvek označenie, ktoré je zhodné s ochrannou známkou alebo je jej podobné, pre **tovary alebo služby, ktoré nie sú podobné tým, pre ktoré je ochranná známka zapísaná, ak má táto ochranná známka (i.) v členskom štáte dobré meno** a ak by používanie označenia bez náležitého dôvodu znamenalo, že by (iii.) **nečestne ťažilo z dobrého mena** alebo (iii.) **rozlišovacej spôsobilosti tejto ochrannej známky, alebo (iii.) by to dobrému menu alebo rozlišovacej spôsobilosti tejto ochrannej známky bolo na ujmu.***

Ako je už zrejmé z uvedeného znenia, ochranná známka s dobrým menom požíva širšiu mieru známkoprávnej ochrany ako známky podľa čl. 5(1)²⁶. Rieši prípady: zhodné označenie vs. nepodobné výrobky a služby, ako aj podobné označenie vs. nepodobné výrobky a služby. Argumentum a maiori ad minus je ustanovenie nutné vykladať tak, že sa vzťahuje i na prípady podobných, či až zhodných výrobkov a služieb.²⁷ Zložitejšia konštrukcia 5(2) už bola judikatúrou podrobená výkladu. V jej línii teda možno identifikovať tri „prídavné podmienky“. Prídavnosť rozumieme vo vzťahu k základnej

²⁵ Porovnaj R.Horacek et al. s. 128.

²⁶ Pozri bod 34 prípadu L'Oréal a ďalší.

²⁷ Porovnaj s. 305 PIPKOVÁ, Hana. *Ochranná známka Společenství a ochranná známka v Evropském společenství*. Praha : ASPI, a. s., 2007. 376 s. Bod 35 prípadu L'Oréal a ďalší, bod 30 prípadu Hölterhoff.

triáde, ktorá sa vyžaduje pre celý čl. 5 smernice. A síce, absencia súhlasu, použitie v obchodnom styku a napokon spojenie použitého označenia s výrobkami a službami zapísanými k ochrannej známke (ďalej aj ako „spojenie“). Ochranná známka s dobrým menom musí teda navyše spĺňať tieto podmienky²⁸ :

- (i) dobré meno známky v členskom štáte,
- (ii) súvislosť medzi označením a známkou bez nutnosti zámény²⁹,
- (iii) ujma na rozlišovacej schopnosti alebo
- (iii) ujma dobrému menu známky alebo
- (iii) neoprávnene získaný prospech z (a) rozlišovacej schopnosti alebo
(b) dobrého mena.

Jedná sa o viacvrstvovú konštrukciu, ktorá by si zaslúžila osobitný výklad. Podmienky (i), (ii) a (iii) musia byť splnené kumulatívne. Podmienka (iii) je alternatívnou. Dobré meno známky (i) v danom členskom štáte preukazuje žalobca. Súvislosť medzi označením a známkou (ii) je stupeň podobnosti medzi ochrannou známkou a označením, kvôli ktorému si príslušná skupina verejnosti priblíži označenie a ochrannú známku. Stačí teda intenzita, ktorá vytvára vzájomnú spojitosť označení. Túto „asociáciu“ je nutné striktné odlišovať od asociácie medzi použitým označením a výrobkami, či službami zapísanými k ochrannej známke. Tá je súčasťou triády základných podmienok. Naopak súvislosť medzi označeniami (ii) je najnižšia miera intenzity zámény označení (t.j. explicitnej podmienky čl. 5(1) písm. b), kedy vlastne ani k zámene nedochádza (spotrebiteľ vníma iba súvislosť označení)³⁰. Alternatívnu podmienku (iii) si podrobnejšie rozoberieme v jednotlivých „testoch“ použitia známk v systéme AdWords.

Prejudiciálna otázka položená Súdnemu dvoru v spojených veciach C-236/08, C-237/08 a C-238/08 (ďalej aj ako prípad „AdWords“) je unikátna v tom, že spája v sebe potenciálne porušenie práv k národnej, ako aj komunitárnej ochrannej známke a navyše u oboch adresuje aj otázku ochrannej známky s dobrým menom. Rozhodnutie Súdneho dvora preto prinesie značne komplexný výklad oprávnenosti inzercie na kľúčové slová.

²⁸ Pozri body 38-42 prípadu L'Oréal a ďalší.

²⁹ Pozri bod 36 prípadu L'Oréal a ďalší.

³⁰ Bod 36 prípadu L'Oréal a ďalší : „Nevyžaduje sa teda, aby stupeň podobnosti medzi ochrannou známkou s dobrým menom a označením používaným treťou osobou bolo také, že existuje pravdepodobnosť zámény u dotknutej verejnosti. Stačí, že stupeň podobnosti medzi ochrannou známkou s dobrým menom a označením má za následok, že dotknutá verejnosť si vytvorí medzi označením a ochrannou známkou určitú súvislosť.“

Žalovaným je Google a drobnohľadu je podrobený jeho inzerenčný systém AdWords. Skutkový stav podrobíme aplikácií príslušných ustanovení, pričom paralelne budeme komentovať výklad v stanovisku generálneho advokáta.

Na prvý pohľad by sa mohlo zdať, že použitie kľúčového slova v rámci systému AdWords je iba jedno. S poukazom na to, ako sme si technicky vyššie „rostopňovali“ službu, musí byť čitateľovi zrejmé, že tieto použitia sú dva. Prvé použitie (a) je v momente, kedy inzerent vyberá konkrétne kľúčové slovo, druhé použitie (b), keď kľúčové slovo zadá užívateľ a zobrazí sa mu reklama. Rovnako rozvádza „teóriu dvoch použití“ vo svojom stanovisku generálny advokát, podľa ktorého sú rozdielne použitia zrejmé v troch faktoroch. „**Odohrávajú sa v rozdielnom čase: použitie (a), keď sa inzerenti zapájajú do procedúry výberu kľúčových slov, a použitie (b) keď sú internetovým užívateľom zobrazované výsledky ich vyhľadávanií. Majú rozdielne ciele: v prípade použitia (a), sú cieľom inzerenti, ktorí chcú použiť AdWords; v prípade použitia (b) sú to internetový užívatelia, ktorí používajú vyhľadávač Google. A nakoniec, týkajú sa rozdielnych tovarov a služieb: použitie (a) sa vzťahuje k vlastnej službe Google t.j. AdWords, kým použitie (b) má vzťah k tovarom a službám ponúkaným na westránkach inzerentov.**³¹“ Treba zdôrazniť, že otázka použitia ochrannej známky pri zobrazení reklamy (použitie b) je odlišná od jej použitia v zobrazenej reklame samotnej (t.j. text reklamného odkazu). Použitie chránených označení v reklame samej môžeme označiť ako použitie (c). Implikácie tohto triedenia sú ďalekosiahle, pričom posledne menované použitie nie je predmetom prejudiciálnej otázky. Povaha použitia (b) je úplne rovnaká pri organických, ako aj anorganických výsledkoch, pretože sú prepojené. Bez usporiadania výsledkov vo vzťahu k organickému obsahu, nemožno ponúknuť anorganický (reklamu). Ak si to zosumarizujeme s použitím analógie k umiestňovaniu tovarov v supermarkete, rozoznávame teda tieto druhy použitia kľúčových slov :

- (a) použitie kľúčového slova inzerentom pri jeho výbere / umožnenie jeho výberu vyhľadávačom (*ustanovenie zmluvy vedľa „Coca Coly“*),
- (b) použitie kľúčového slova vyhľadávačom pri zobrazení výsledkov užívateľovi na jeho dotaz (*nájdenie Kofoly na policičke vedľa Coca Coly*),

³¹ Pozri bod 56 stanoviska k veci AdWords (neoficiálny autorov preklad z anglického jazyka).

(c) použitie kľúčového slova v rámci textu reklamy zobrazenej vo výsledkoch vyhľadávania (*etiketa a tvar Kofoly*).

Článok 5 (3) smernice stanovuje príkladmo niektoré použitia, ktoré v rámci exkluzívnych práv majiteľa ochrannej známky, môže tento zakázať. V písm. d) smernica uvádza používanie tohto označenia „*v obchodnej korešpondencii a v reklame*.“ K tomuto ustanoveniu je nutné dodať, že sa jedná o demonštratívny a ilustratívny výpočet. Každé indikované použitie musí byť subsumovateľné pod negatívne vymedzenie. Navyše sme názoru, že čl. 5(3) smernice skôr sleduje pod spojením „*v reklame*“, skutočné vyobrazenie známky v reklame (t.j. použitie (c)).

4.1 Analýza (a) použitia kľúčového slova

Ide o použitie kľúčového slova v internom styku medzi inzerentom a Google. Známkoprávnu otázku je nutné adresovať postupne podľa jednotlivých ustanovení smernice. Na toto použitie je nutné nazerať ako na dve strany jednej mince³². Jednu tvorí použitie zo strany Google, keď umožňuje inzerovať na takéto kľúčové slovo, druhú tvorí použitie zo strany inzerenta, ktorý na kľúčové slovo inzeruje.

Z pohľadu čl. 5 (1) písm. a) je v zmysle znenia smernice nutné skúmať iba triádu podmienok, a teda (i) absencia súhlasu majiteľa, (ii) použitie v obchodnom styku a (iii) použitie v spojení s rovnakými tovarmi alebo službami³³. Ako sme už uviedli, generálny advokát interpretoval vo svojom stanovisku novú (štvrtú) podmienku, a síce pravdepodobnosť zámeny na strane verejnosti. Prvá podmienka (i) je splnená, pretože je zřejmé, že súhlas absentuje, inak by súdne spory nevznikli. Úmyslom inzerenta je podporiť predaj, úmyslom Google je zarobiť na reklame. Z oboch strán mince teda možno hovoriť o použití „*s úmyslom zarobiť*“, inými slovami o splnení podmienky. Stanovisko generálneho advokáta sa však v tejto otázke líši³⁴ a dochádza k iným záverom. Podľa Madura je umožnenie zvoliť kľúčové slovo zo strany Google jednoznačne použitím v obchodnom styku. Naopak v otázke jeho zvolenia zo strany inzerenta prekvapivo dochádza k záveru, že tomu tak nie je. Odôvodňuje to interným

³² Pozri grafické znázornenie AdWords, dostupné online na <http://austrotrabant.wordpress.com/page/2/> (stav k 10.12.2009)

³³ Pozri poznámka pod čiarou 25 stanoviska k veci AdWords a bod 23 prípadu Céline.

³⁴ Porovnaj body 62-67 a tiež bod 151 stanoviska k veci AdWords.

užitím, ktoré navyše pripodobňuje ku konaniu spotrebiteľa využívajúceho službu AdWords³⁵. Analogicky vyjadrené, Maduro je názoru, že vyjadrenie ustanovenia v obchodnom kontrakte o pozícií našich výrobkov prostredníctvom ochrannej známky súťažiteľa, je súkromným užitím, nie užitím v obchodnom styku. S týmto záverom však nemôžeme súhlasiť, pretože obidve použitia nastávajú vo sfére podnikania. Avšak, nech už prijmeme ktorýkoľvek záver, je viac ako pravdepodobné, že nedôjde k splneniu podmienky (iii). Kľúčové slovo je používané len v spojitosti so službou Google samotnou (reklamným systémom). Účelom použitia je len definovanie toho, kde sa daná reklama objaví. Ako uvádza generálny advokát : „*zdá sa byť evidentné, že AdWords (ako služba*³⁶), *nie je zhodná alebo podobná so žiadnym tovarom alebo službou krytou ochrannými známkami.*“³⁷ Ak by sa ako kľúčové slovo použilo označenie zhodné s ochrannou známkou, a zároveň by sa aj inzerovalo na presne rovnaké služby ako je AdWords, bolo by možné i tejto podmienke vyhovieť. V praxi k takýmto situáciám takmer nikdy nedôjde. Netreba však zabúdať, že v zmysle judikatúry je nulté, aby použitie známky zasahovalo do niektorej z funkcií známky. Takéto interné použite známky môže len ťažko do niektorej funkcie čo len potenciálne zasiahnuť. Navyše sme názoru, že sa jedná o veľmi analogické použitie známky, k akému došlo v prípade Hölterhoff³⁸. V tomto prípade Súdny dvor judikoval, že použitie známky opracovateľom drahých kameňov neporušuje práva k ochrannej známke, ak tento iba indikuje spôsob rezu kameňov pomocou známok iného súťažiteľa. Jedná sa o koncept použitia známky na čisto opisné účely. Google a inzerent podľa nášho názoru³⁹ rovnako len charakterizujú konkrétnu reklamnú plochu pod kľúčovým slovom. Nedochádza k zásahu do žiadnej z funkcií ochrannej známky a aj preto je postavené mimo rozsahu práv jej majiteľa⁴⁰.

Z pohľadu čl. 5 (1) písm. b) dochádzame samozrejme k rovnakému záveru. Použitie kľúčového slova nie je použitím ochrannej známky v zmysle práva. Navyše, ak

³⁵ Pozri bod 149 a 150 stanoviska k veci Adwords.

³⁶ Ochranná známka “AdWords” je zapísaná k službám „*Dissemination of advertising for others*”.

³⁷ Neoficiálny preklad autora z anglického jazyka, doplnené zvýraznením. Pozri bod 67 stanoviska k veci AdWords.

³⁸ Pozri prípad Hölterhoff.

³⁹ Maduro je názoru, že je to sú to skutkovo síce veľmi podobné situácie ale nejedná sa o použitie čisto na popisné účely (bod 106 a poznámka pod čiarou 56 stanoviska k veci AdWords). Podľa nášho názoru sa rovnako nejedná o identickú situáciu ako v prípade Hölterhoff ale sudcovská doktrína „použitia na čisto opisné účely“ by mala pojať i tento prípad za svoj.

⁴⁰ Porovnaj bod 67 stanoviska k veci AdWords.

by aj čitateľ neprijal argumentáciu, že sa nezasahuje do žiadnej z funkcií ochrannej známky, je nutné skúmať štvrtú podmienku. Tá explicitne vyžaduje takú asociáciu označenia a známky na strane verejnosti, že je možná ich zámena. V prípade (a) použitia známky však verejnosť nie je zainteresovaná vôbec. Nemôže preto dôjsť ani k zámene v jej očiach. Navyše, na škále ochrany ostatných funkcií známok je toto ustanovenie najnižšie⁴¹. Pretože ak nedochádza k zásahu do základnej funkcie prostredníctvom pravdepodobnosti zámeny, je vylúčené postaviť ochranu iba na fakte, že dochádza k zásahu do ostatných funkcií.

Ustanovenie čl. 5 (2) však definuje výrazne odlišné podmienky, keďže sa jedná o ochranné známky s dobrým menom. Znamku s dobrým menom možno samozrejme „chrániť“ i ako známku bez neho (t.j. podľa článku 5(1)). Jej výsada však spočíva v tom, že poskytuje majiteľovi istý prídavný rozsah ochrany (práv), tým že väčšmi chráni inovačný a investičný charakter známky⁴². Triáda podmienok, ako bola už spomenutá pri skúmaní vo svetle čl. 5(1) písm. a), b) platí rovnako, avšak výrobky a služby spájané s označením nemusia byť ani typovo podobné. Každá služba, i služba typu AdWords, môže byť „nepodobná“ k tým zapísaným. Je teda nutné skúmať tzv. prídavné podmienky⁴³. Neverejné použitie známky nespôsobuje za žiadnych okolností ujmu na rozlišovacej schopnosti alebo ujmu na dobrom mene známky. Kľúčové slová sú obsahovo neutrálne⁴⁴. Znamená to, že ako nositelia informácie v kyberpriestore nereprezentujú jediný význam. Z pohľadu vyhľadávačov sú spôsobom ako sa klásť obsiahlejšie otázky v skrátenej forme. Majú teda odlišnú výpovednú hodnotu ako vo svete hmotnom. Nemožno preto konštatovať, že ich použitím dochádza k neoprávnene získanému prospechu⁴⁵. Či už z rozlišovacej schopnosti alebo dobrého mena známky. Ako sme už vyššie uviedli, podľa nášho názoru by dané použitie známky malo spadať pod doktrínu použitia na čisto opisné účely. Tá sa vzťahuje i na známky s dobrým menom⁴⁶.

⁴¹ Pozri body 98-100 stanoviska k veci AdWords.

⁴² V tejto súvislosti pozri aj „*sliding scale of protection of innovation and investment*“ body 99-100 stanoviska k veci AdWords.

⁴³ Stanovisko k veci AdWords sa im nevenuje, pretože sa zamierava na proporcionalitu záujmov.

⁴⁴ Pozri bod 110 stanoviska k veci AdWords.

⁴⁵ Pozri bod 44 prípadu L'Oréal a ďalší.

⁴⁶ Pozri bod 62 prípadu L'Oréal a ďalší.

V prípade (a) použitia kľúčového slova, ktoré je zhodné alebo podobné s ochrannou známkou, nedochádza k použitiu ochranej známky v zmysle práva. Majiteľ známky nemôže preto tento proces selekcie slov prostredníctvom známkového práva zakázať.

4.2 Analýza (b) použitia kľúčového slova

Ide o použitie kľúčového slova vyhľadávačom, keď sa zobrazujú výsledky užívateľovi na jeho dotaz. Je nutné podotknúť, že ak je hľadaným výrazom „recenzia kabeliek Luis Vuitton“ z hľadiska práva, ale i systému AdWords je prvá časť vety v zásade irrelevantná. AdWords umožňuje nastaviť⁴⁷ inzerentovi, či sa reklama pri použití kľúčového slova „Luis Vuitton“ bude zobrazovať výlučne pri dotaze Luis Vuitton alebo vo všetkých variáciách, ktoré ho budú obsahovať. Preto ak sa reklama zobrazí pri dotaze „kabelky Luis Vuitton“, neznamená to, že sa inzeruje presne na daný výraz. Nie vždy sa teda hľadaný výraz zhoduje s inzerovaným kľúčovým slovom, aj keď sa reklama zobrazí. Užívateľ v skutočnosti ani nevie, na ktoré slová sa inzeruje.

Z pohľadu práva sa stále jedná o použitie označenia zhodného s ochrannou známkou. Preto použitie kľúčového slova zhodného s ochrannou známkou neznamená, že obsahujú iba výraz „Luis Vuitton“. Znamená to naopak všetky vety, ktoré doslovne tento výraz obsahujú ako napr. „predám svoj Luis Vuitton“ či „kto je Luis Vuitton“. Ak teda kľúčové slová spadajú do rozsahu majetkových práv, budú môcť ich majitelia všetky tieto výrazy ovládať, resp. zakázať. Navyše, organické výsledky sa zásadne v tomto štádiu fungovania služby nelíšia od anorganických⁴⁸.

Podľa čl. 5 (1) písm. a) je opäť nutné skúmať triedu podmienok. Rovnako ako v predošlom prípade nám absentuje súhlas majiteľa (i). Taktiež platí, že úmyslom inzerenta je podporiť svoj predaj a úmyslom Google zarobiť na reklame každým klikom na ňu. Jedná sa teda o použitie označenia v obchodnom styku (ii). Nie je podstatné či si výrobky a služby spája so svojím dotazom užívateľ. Podstatné je či boli použité v takomto spojení a to i tak, že ich nevníma (napr. Kofola na policičke vedľa Coca Coly). Táto podmienka závisí od založenia spojenia medzi použitou ochrannou známkou

⁴⁷ Dokonca je definované ako predvolené nastavenie.

⁴⁸ Pozri body 70-92 stanoviska k veci AdWords.

a predávanými výrobkami, či poskytovanými službami⁴⁹. Medzi použitým kľúčovým slovom a službami, či výrobkami promoványmi prostredníctvom inzerovaných webstránok, tak vzniká spojenie. Ak by nevznikalo, nemalo by pre inzerenta význam. Naopak, inzerent chce upozorniť zákazníka na svoje výrobky a služby. Avšak ako sme si už niekoľkokrát uviedli, splnenie triády podmienok ani v prípade písm. a) nestačí. Vyžaduje sa zásah do niektorej z funkcií ochrannej známky⁵⁰, a to najmä do funkcie garantovať spotrebiteľovi pôvod výrobkov a služieb. Púha indikácia, že jestuje výrobok alebo služba podobná istej značke, ešte nevytvára o pôvode výrobku. Funkciou ochrannej známky je hlavne odlíšiť výrobok, či službu jedného súťažiťa od iného. Jej úlohou nie je zakázať inému súťažiťovi pohybovať sa v okruhu jeho známky. Naopak, má podporiť rozlišujúci vnem spotrebiteľa ak sa známky stretnú vedľa seba. Nik už v súčasnosti nenamieta, že sa kolové výrobky koncentrujú na jednom mieste v obchode. Pretože je to účelné a spotrebiteľovi to umožňuje ešte silnejšiu komparáciu produktov. Práve vtedy, keď sa spotrebiteľ rozhoduje, sa má prejavíť sila ochrannej známky. Rovnaká situácia nastáva, keď sa vo výsledkoch vyhľadávania stretnú produkty dvoch súťažiťov. Iba fakt, že sa nachádzajú vedľa seba, nemôže predsa znamenať zásah do tejto funkcie. Je to rovnaká situácia ako keď spotrebiteľ príde do obchodu a opýta sa predavačky, kde sa nachádza Coca Cola. Tá ho odkáže na konkrétne miesto v predajni. Spotrebiteľ pýtajúci sa na Coca Colu, však okolo nej vzhľadne rôzne napodobeniny, ktoré mu konkurujú cenou. Je preto na značke, aby zapôsobila na spotrebiteľa. Kyberpriestor po tejto stránke nie je odlišným miestom. Komunitárna legislatíva naopak podporuje (napr. úpravou porovnávacjej reklamy) takéto stret produktov, aby mal spotrebiteľ možnosť objektívneho posúdenia. Práve vysoká podobnosť s právne prijateľnou úpravou porovnávacjej reklamy indikuje, že nedochádza ani k zásahu do ostatných funkcií. Porovnávacja reklama umožňuje súťažiťovi, aby priamo použil investičný vklad do produktu svojho súťažiťa tým, že objektívne svoje výrobky s nimi porovná v reklame⁵¹. Tým sa podporuje súťaž. Inzercia na kľúčové slová omnoho menej ťaží z inovácie majiteľa známky. Preto nedochádza ani k neprijateľným zásahom do iných funkcií známky.

⁴⁹ Pozri bod 78 stanoviska k veci AdWords.

⁵⁰ Pozri aj explicitnú formuláciu v bode 16 prípadu Celine.

⁵¹ Pozri bod 105 stanoviska k veci Adwords.

Zo znenia čl. 5 (1) písm. b) je nutné konštatovať splnenie základnej triády podmienok, ako sme si ich rozobrali vyššie. Ako kľúčové slovo sa môže použiť ochranná známka (napr. „Luis Vuitton“⁵²) alebo jej podobné označenie (napr. „Lajči Vitón“), pričom inzerentom bude stránka poskytujúca podobné výrobky, či služby (napr. luxusný nábytok). Ako sme už uviedli, je nutné preskúmať pravdepodobnosť zámény zo strany verejnosti. Žiada sa preto posúdiť, ako bude priemerný spotrebiteľ na internete vnímať odpoveď na svoju otázku, ktorú dal vyhľadávaču. Inými slovami, či užívateľ iba z faktu prepojenia výsledkov s daným kľúčovým slovom usúdi, že dané stránky patria majiteľovi ochrannej známky alebo inej ekonomicky vzájomne prepojenej osobe⁵³. Argumenty v neprospech takej pravdepodobnosti zámény možno sumarizovať nasledovne⁵⁴ :

- i. užívateľ neočakáva, že v zozname výsledkov budú len webstránky majiteľa,
- ii. užívateľ často vôbec nehľadá webstránky, ktorých pôvodcom je majiteľ,
- iii. užívateľ je zvyknutý listovať vo výsledkoch, aby našiel relevantnú informáciu,
- iv. užívateľ kliká na odkazy, ktoré ho presvedčia najmä textom odkazu,
- v. užívateľ je uzrozumený s tým, že vo výsledkoch sa nachádzajú reklamy,
- vi. užívateľ sa bežne preklikáva a vracia späť k výsledkom,
- vii. pričítanie výrobkov a služieb hodnotí podľa textu odkazu a obsahu stránky.

V jej prospech býva namietané, že k takejto zámene napriek tomu môže dôjsť a dochádza. Je nutné však pripomenúť, že priemerný spotrebiteľ je priemerne informovaný, pozorný a obozretný. Nemá však možnosť priameho porovnania obidvoch označení, a teda ich vníma s časovým odstupom (jeden po druhom). Priemerný spotrebiteľ hodnotí označenie ako celok, nezameriava sa na detaily⁵⁵. Napriek faktickej možnosti prítomnosti kľúčového slova a výsledkov na jednej obrazovke, je preto nutné predpokladať, že ich užívateľ nevníma súčasne⁵⁶. Podľa nášho názoru však, nemožno prijať záver, že by iba samotné kľúčové slovo bolo dostatočným dôvodom k zmäteniu osoby právom koštruovanej ako priemerný spotrebiteľ⁵⁷. Anorganické výsledky sú

⁵² Opať ide len o ilustráciu ochrannou známkou.

⁵³ Porovnaj bod 84 stanoviska k veci Adwords.

⁵⁴ Porovnaj body 87-92 stanoviska k veci Adwords.

⁵⁵ Pozri Pipková s. 77.

⁵⁶ Nie vždy je dotaz presne tým kľúčovým slovom, na ktoré sa inzeruje.

⁵⁷ Porovnaj prípad „Sprace.cz“. Spotrebiteľ váži každé písmeno pri jeho vpisovaní do prehliadača.

zreteľne odlišené od organických⁵⁸. Ak by tomu tak nebolo, vyhľadávače by mohli upadnúť do mnohých právnych problémov⁵⁹. Proces vyhľadávania nekončí pri zozname výsledkov. Naopak, vyžaduje si, aby spotrebiteľ prečítal popisné texty odkazov (organických aj anorganických), preklikal sa na odkazované stránky, či častokrát sa vrátil späť a hľadal znova. Sme preto názoru, že táto posledná podmienka nie je uspokojená, pretože nenastáva pravdepodobnosť zámery o pôvodcovi produktov⁶⁰. K porušeniu práv z ochrannej známky teda nedôjde.

Z pohľadu čl. 5 (2) podrobujeme výkladu opätovne tzv. prídavné podmienky. Ak je ochranná známka nositeľom dobrého mena (i), neskúma sa pravdepodobnosť zámery (vid' hore). Musí však existovať aspoň súvislosť medzi označením a známkou (ii). Táto je splnená tým, že spotrebiteľ vie, čo sa vyhľadávača pýtal, a vidí ako mu odpovedal. Má teda za to, že nejaký vzťah, či už lexikálny, technický alebo iný, tu je. Inak by takúto spojitost' vyhľadávač nevytvoril. Ako sme už spomínali, je nutné odlišiť toto použitie chráneného označenia od jeho skutočného zobrazenia v odkaze. Posledná podmienka, ktorá je formulovaná alternatívne, má značne nekalosúťažný podtón. Častokrát bude možno rovnaké argumenty použiť aj pre dôvodenie pri nekalej súťaži. Ujmu na rozlišovacej schopnosti (iii) by bolo možné nachádzať len veľmi obtiažne. Púhym zobrazením reklamného odkazu na sporné kľúčové slovo nedochádza k zníženiu identity známky⁶¹. Naopak, jej distiktivita ostáva rovnaká, pretože výsledky sú plné odkazov, ktoré nepochádzajú od majiteľa známky. Vyhľadávače sú iba lokalizačné ráscestie, neponúkajú jednoznačnú odpoveď. Preto nemôžu ani oslabovať asociáciu známky k určitému produktu. Rovnaké argumenty možno len zopakovať pri ujme na dobrom mene známky (iii), keďže prostredníctvom vyhľadávača spotrebiteľ nemá priami kontakt s kvalitou produktu či služby⁶². Je v stave, že informáciu iba hľadá. Najotáznejšia je možnosť neoprávnene získaného prospechu z rozlišovacej schopnosti alebo dobrého mena známky⁶³ (iii). Ide teda o výhodu, ktorú tretia osoba získa tým, že používa

⁵⁸ Porovnaj rozhodnutie LG Hamburg 312 O 324/04 z dňa 21.09.2004

⁵⁹ Pozri aj <http://husovec.blogspot.com/2009/12/nekale-obchodne-praktiky-vo.html> (stav k 10.12.2009)

⁶⁰ Pozri americký prípad Geico, izraelský prípad Matim Li v. Crazy Line a rakúsky Glucochondrin II.

⁶¹ Pozri bod 39 príadu L'Oréal a ďalší.

⁶² Pozri bod 40 príadu L'Oréal a ďalší.

⁶³ Pozri s. 2 EFRONI, Zohar. *Keywording in Search Engines as Trademark Infringement: Issues Arising from Matim Li v. Crazy Line*. Working paper [online]. 2006 [cit. 2009-12-08], s. 25. Dostupný z WWW: <<http://ssrn.com/abstract=946927>>.

označenie zhodné alebo podobné⁶⁴. Opäť však možno len zopakovať argumenty, že komunitárne právo podporuje objektívnu súťaž a nevylučuje každú výhodu tretej strany na úkor majiteľa známky. Vytvára sa tým spoločenská rovnováha medzi záujmami majiteľov známkov a ich súťažiteľmi, ako aj medzi majiteľmi známkov a spotrebiteľmi. Je samozrejmé, že istá miera parazitovania na označení sa v tomto prípade objavuje. Súťažiteľ využíva dobré meno, jeho „hľadateľnosť“ na internete. Tým láka zákazníkov i tam, kde spotrebitelia nehľadajú jeho výrobky a služby. To je však prirodzená vlastnosť reklamy. Na druhej strane, Google profituje zo súťaživosti iných podnikateľov. Robí tak rovnako ako potravinový reťazec, ktorého dodávatelia sa predhávajú ako v cene, tak i strategickom umiestňovaní svojich produktov. Narozdiel od supermarketu, Google výrobky a služby priamo nepredáva, iba informuje zákazníka, kde ich nájsť. Na druhej strane, je nutné zvážiť aj ekonomické a spoločenské implikácie výkladu. Ako sme už uviedli, ovládateľnosť kľúčových slov majiteľmi známkov sa neobmedzuje na totálne identické dotazy. Je úplne rovnaká, či chceme obmedziť inzerciu na kľúčové slová „čo nemám rád na Luis Vuitton“ alebo „kúpim použitý Luis Vuitton“. V oblasti známkového práva nezáleží na tom, kto je rušiteľom. Neskúma sa ani len súťažný vzťah ako tomu je v prípade práva nekalej súťaže, preto sa porušiteľom teoreticky môže ktokoľvek. Navyše kľúčové slová nie sú iba doménou internetových vyhľadávačov. Prostredníctvom nich funguje obrovské množstvo inzerovacích služieb. Posledne obávaným dôsledkom je najmä fakt, že ak majiteľ známky môže zakázať inzerciu pre svoje ochranné známky v anorganických výsledkoch, čo mu bráni, aby urobil to isté pri organických. Interpretačne sa jedná o temer totožnú situáciu⁶⁵. Sme preto názoru, že známkové právo by nemalo zasahovať tak hlboko do používania zhodných alebo podobných označení. Dostáva sa tým totiž ďaleko za hranice výlučnej obchodnej sféry, v ktorej by mala pôsobiť.

Zhrnutím teda môžeme uviesť, že známkové právo rozsahovo nestačí (a ani by nemalo) na použitia ochranných známkov, akým je použitie pri zobrazení vo výsledkoch vyhľadávania. Majitelia ochranných známkov preto takéto použitie nemôžu prostredníctvom známkového práva zakázať. Toto konštatovanie platí aj pri známkach

⁶⁴ Pozri bod 41 príadu L'Oréal a ďalší

⁶⁵ Porovnaj body 86-92 stanoviska k veci AdWords.

s dobrým menom⁶⁶. Používanie známkov spôsobom (a) a (b) zvykne odborná literatúra označovať i ako „tichú konverzáciu počítačov“⁶⁷. V momente, kedy spotrebiteľ vpíše kľúčové slovo do vyhľadávača, ten ochrannú známku „spomenie“ reklamnému systému, ktorý na to reaguje zobrazením konkrétnych výsledkov. Tento pohľad na použitie známky zastáva rovnaké stanovisko k akému sme dospeli analýzou. Neviditeľné použitie známkov v rozhovore medzi počítačmi by, rovnako ako v tom ľudskom, nemalo byť v moci majiteľa ochrannej známky⁶⁸.

4.3 Analýza (c) použitia kľúčového slova

Otázka (c) použitia ochrannej známky nebola predmetom prejudiciálnych otázok. Je však rovnako dôležité interpretovať aj toto použitie. Zahŕňame pod neho prípady, kedy reklamný text anorganického odkazu obsahuje priamo ochrannú známku vo vyobrazení. Narozdiel od interpretácie predošlých použití ((a),(b)), kde sme sa zameriavali na každú možnú situáciu, sa pri (c) použití obmedzíme len na obecné konštatovania.

Podľa čl. 5 (1) písm. a) sa opäť dostávame k základnej triáde podmienok. Možeme konštatovať predovšetkým absenciu súhlasu. Zobrazením ochrannej známky v texte reklamného odkazu dochádza nepochybne k použitiu v obchodnom styku. A to ako zo strany inzerenta, tak i zo strany Google. Ten umožňuje inzerentom navrhnúť si reklamný odkaz, ktorý následne Google zobrazí spotrebiteľom. Sleduje tým najmä čo najvyššiu „klikateľnosť“ odkazov. Rovnako sa vyobrazením ochrannej známky v odkaze (v jeho znení) vytvára aj spojenie s výrobkami a službami, ktoré za ním stoja. Použitie spočíva v tom, že spotrebiteľ ochrannú známku v anorganických výsledkoch skutočne vidí. Predstavme si, že by po zadaní kľúčového slova „Luis Vuitton“, bol zobrazený reklamný odkaz s popisom „výrobky Luis Vuitton“. Po kliknutí by spotrebiteľa presmerovával na webstránku značky Prada. Dochádzalo by tak k zásahu do základnej funkcie známky, ktorou je garancia pôvodcu výrobku či služby. Spotrebiteľ totiž očakáva, že pod takýmto reklamným znením nájde produkty spoločnosti Vuitton. Sme

⁶⁶ K rovnakým záverom dochádza vo svojom rozhodnutí nazývanom „Glucocodrin II“ rakúsky Najvyšší Súd vo veci OGH 4 Ob 66/04s (06.07.2004), ale aj v rozhodnutí „Wein & Co“ vo veci OGH 17 Ob1/07g (20.03.2007).

⁶⁷ Pozri Efroni, s. 8.

⁶⁸ Porovnaj Efroni, s.8. Tejto krásnej ilustrácii možno namietat, že i niektoré ľudské konverzácie môžu vylúčiť k použitiu známky v zmysle práva.

preto názoru, že vo väčšine prípadov kedy text reklamy obsahuje cudziu známku a zároveň odkazuje na rovnaké výrobky a služby iného súťažiteľa, bude dochádzať k porušeniu práv z ochrannej známky. Nebude tomu tak iba v prípadoch, keď je známkoprávna ochrana výslovne obmedzená v prospech istých spoločenských cieľov⁶⁹ (napr. predaj náhraných dielou) alebo keď o použitie známky nejde vôbec (napr. čisto opisné účely). Použitie známok v anorganických výsledkoch sa nijakým spôsobom neodlišuje od bežnej reklamy. Interpretácie je preto možné postupovať rovnako.

Pre výklad čl. 5 (1) písm. b) je centrálnou podmienkou pravdepodobnosť zámieny. Obmedzíme sa preto iba na konštatovanie, že ak bude v konkrétnom prípade splnená podmienka aspoň podobnosti použitého označenia spolu s podobnosťou výrobkov či služieb, bude nutné pristúpiť k skúmaniu pravdepodobnosti zámieny. Tá by sa mala skúmať rovnakými výkladovými postupmi ako u bežnej reklamy⁷⁰.

Z pohľadu čl. 5 (2) môže byť situácia rovnako veľmi rôznorodá. O základnej triede podmienok platí obecné konštatovanie uvedené vyššie, pričom však nie je nutné skúmať podobnosť výrobkov a služieb. Ak sme doteraz ochrannú známku „LV“ alebo „Luis Vuitton“ používali v prípadoch čl. 5 (1), išlo len o ilustráciu. Táto známka je totiž jednoznačne známkou s dobrým menom (i) a teda aplikuje sa na ňu režim čl. 5 (2). Uvádžame niekoľko prípadov. Použitie reklamného odkazu v znení „rozpoznáte pravý LV“ môže v užívateľoch vyvolať asociáciu s ochrannou známkou LV, t.j. Luis Vuitton, ale i k skratke listu vlastníctva. V oboch prípadoch reklamné posolstvo dáva zmysel. V prvom môže lákať v kúpu falšovaných kabeliek, v druhom zas k poradenským službám pri preveze nehnuteľností. Ak by odkaz smeroval na stránky realitného domu, nemožno hovoriť ani o podobných výrobkoch a službách. Skutkovo však ide o prípad v režime čl. 5(2) t.j. rovnaké označenie vs. nepodobné výrobky a služby. Možno mať za preukázaný i fakt, že existuje súvislosť medzi označením a známkou (ii). Pri posúdení poslednej podmienky (iii) by bolo nutné skúmať celý komplex relevantných faktov⁷¹. Neskúma sa zavinenie inzerenta, ale iba objektívny stav, ktorý vyvolal. Ide teda o objektívnu zodpovednosť, t.j. zodpovednosť za výsledok. Náš názor je, že tento príklad reklamného

⁶⁹ Pomenováva ich čl. 6 smernice o ochranných známkach.

⁷⁰ Aj použitie farby príznačnej pre známky môže spôsobiť zásah do práv jej majiteľa. Porovnaj predbežné opatrenie v prípade „SKODA“.

⁷¹ Pozri bod 44 prípadu L'Oréal a ďalší.

posolstva by nemalo byť predmetom známkoprávnej regulácie, a to i napriek prítomnosti reklamného prehánania, ktoré ťaží z jeho dvojznačnosti.

Použitie (c) ochrannej známky predstavuje aplikačne rovnakú situáciu ako bežná reklama, a preto by v tejto súvislosti nemali vznikajú osobitejšie problémy.

5. ZÁVER PRÁCE

Výsledkom analýzy služby AdWords sme dospeli k niekoľkým záverom. Inzerovanie na kľúčové slová zhodné alebo podobné ochranným známkam nemôžu ich majitelia zakázať, pokiaľ sa známky neobjavia v texte samotného odkazu. Ak sa zobrazujú priamo užívateľovi, je nutné, aby takéto použitie známk bolo alebo umožnené jednou s výnimiek alebo mimo použitia v zmysle práva. Argumentačne postupujeme rovnako ako pri klasickej reklame.

6. POUŽITÉ ZDROJE

Odborná literatura

EFRONI, Zohar. Keywording in Search Engines as Trademark Infringement: Issues Arising from *Matim Li v. Crazy Line*. Working paper [online]. 2006 [cit. 2009-12-08], s. 25. Dostupný z WWW: <<http://ssrn.com/abstract=946927>>.

ELIÁŠ, Karel., BEJČEK, Jozef., HAJN, Petr., JEŽEK, Jiří. et. al. Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha : C. H. Beck, 2007, 652 s. ISBN 978-80-7179-583-4.

GOLDMAN, Eric. Search Engine Bias and the Demise of Search Engine Utopianism. *Yale Journal of Law & Technology*. 2006, no. 2006, s. 111-123. Dostupný z WWW: <<http://ssrn.com/abstract=893892>>.

HORÁČEK, Roman, et al. Zákon o ochranných známkách. Zákon o ochraně označení původu a zeměpisných označení. Zákon o vymáhání práv z průmyslového vlastnictví. Komentář. 2. přeprac. vyd. Praha : C. H. Beck, 2008. 543 s. ISBN 978-80-7400-058-4.

PIPKOVÁ, Hana. Ochranná známka Společenství a ochranná známka v Evropském společenství. Praha : ASPI, a. s., 2007. 376 s. ISBN 978-80-7357-265-5.

SCHUBERT, Maximilian. Keyword Advertising in the Light of “Wein & Co”: Caring About the Confused. Edinburg, 2007. 70 s. University of Edinburgh Law school. Vedúci dizertačnej práce Gerard Porter.

ŠVESTKA, Jiří., ŠPÁČIL, Jiří., ŠKÁROVÁ, Marta., HULMÁK, Milan., et al. Občanský zákoník I. § 1 až 459. Komentář. 2. vyd. Praha : C. H. Beck, 2009. 1394 s. ISBN 978-80-7400-108-6.

VAN HOBOKEN, Joris. Legal space for innovative ordering: on the need to update selection intermediary liability in the EU. *International journal of communications law & policy*. 2009, is. 13, s. 49-69. Dostupný z WWW: <<http://preview.tinyurl.com/ygjjzfa>>, <http://www.ivir.nl/publications/vanhoboken/legal_space_for_innovative_ordering.pdf>.

Internetové zdroje

HUSOVEC, Martin. Osobný blog [online]. 6.3.2008 [cit. 2009-12-10]. Dostupný z WWW: <<http://husovec.blogspot.com/>>.

SCHUBERT, Maximilian. Austrotrabant's Blog [online]. 2009 [cit. 2009-12-10].
Dostupný z WWW: <<http://austrotrabant.wordpress.com/>>.

Judikatura

Rozhodnutie Súdneho dvora z dňa 2. 11. 2002, vo veci *Arsenal Football Club plc v. Matthew Reed*, číslo konania C-206/01 (ďalej len „rozhodnutie vo veci Arzenal“).

Rozhodnutie Súdneho dvora z dňa 14. 5. 2002, vo veci *Michael Hölderhoff v. Ulrich Freiesleben*, číslo konania C-2/00 (ďalej len „rozhodnutie vo veci Hölderhoff“).

Rozhodnutie Súdneho dvora z dňa 18. 6. 2009, vo veci *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie v. Bellure NV, Malaika Investments Ltd, Starion International Ltd*, číslo konania C-487/07 (ďalej len „rozhodnutie vo veci L'oréal a ďalší“).

Rozhodnutie Súdneho dvora z dňa 11. 9. 2007, vo veci *Céline SARL v. Céline SA*, číslo konania C-17/06 (ďalej len „rozhodnutie vo veci Céline“).

Rozhodnutie Súdneho dvora z dňa 23. 10. 2003, vo veci *Adidas-Salomon AG, formerly Adidas AG and Adidas Benelux BV v. Fitnessworld Trading Ltd*, číslo konania C-408/01 (ďalej len „rozhodnutie vo veci Adidas-Salomon“).

Stanovisko generálneho advokáta Poiaresa Madura z dňa 22. 9. 2009, v spojených veciach *Google France Google Inc. v. Louis Vuitton Malletier, Google France v. Viaticum Luteciel, Google France v. CNRRH, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger, a franchisee of Unicis*, číslo konania C-236/08, C-237/08 and C-238/08 (ďalej aj „stanovisko k veci AdWords“).

Rozhodnutie amerického súdu vo veci *Brookfield Communications, Inc. v. West Coast Entertainment Corporation* 174 F.3d 1036 (9th Cir. 1999), (ďalej aj ako „prípád Brookfield“).

Rozhodnutie belgického súdu z dňa 11.2.2009 vo veci *Bay International AG, eBay Europe Sarl and eBay Belgium v The Polo/Lauren Company LP*, (ďalej aj ako „Polo vs. eBay“)

Rozsudok nemeckého súdu LG Hamburg vo veci 312 O 324/04 (21.09.2004).

Rozsudok rakúskeho Najvyššieho Súdu vo veci OGH 4 Ob 66/04s (06.07.2004), (ďalej aj ako „prípád Glucochodrin II“)

Rozsudok rakúskeho Najvyššieho Súdu vo veci OGH 17 Ob1/07g (20.03.2007), (ďalej len ako „prípád Wein & Co“)

Rozsudok izraelského súdu vo veci Matim Li et al v. Crazy Line Ltd. et al (Tel Aviv District Court, July 31, 2006), (ďalej len „prípád Matim Li v. Crazy Line“)

Rozsudok Vrchného súdu v Prahe sp. zn. 3 Cmo 195/2001.

Rozsudok Vrchného súdu v Prahe sp. zn. 15 Cm 46/2004-918 (ďalej aj ako „Sprace.cz“)

Predbežné opatrenie vydané dánskym Najvyšším súdom dňa 13.10.2009 vo veci *HE-House A/S og HE-Biler ved Henning Mærsk-Møller v. Skandinavisk Motor Co. A/S*, (ďalej aj ako „prípád SKODA“)

Právne predpisy

Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2008/95/ES z 22. októbra 2008 o aproximácii právnych predpisov členských štátov v oblasti ochranných známk, (ďalej aj ako „smernica o ochranných známkach“).

Nariadenie Rady (ES) č. 207/2009 z 26. februára 2009 o ochrannej známke Spoločenstva, (ďalej aj ako „nariadenie o ochranných známkach“).

Smernica 97/55/ES Európskeho Parlamentu a Rady zo 6. októbra 1997, ktorou sa mení a dopĺňa smernica 84/450/EHS týkajúca sa klamlivej reklamy tak, aby zahŕňala porovnávaciu reklamu, (ďalej aj ako „smernica o klamlivej a porovnavej reklame“).

Prvá smernica Rady zo dňa 21. decembra 1988 o aproximácii legislatívy členských štátov v oblasti ochranných známk (89/104/EHS), (ďalej aj ako „pôvodná smernica o ochranných známkach“).

Nariadenie Rady (ES) č. 40/94 z 20. decembra 1993 o ochrannej známke spoločenstva, (ďalej aj ako pôvodné nariadenie o ochranných známkach).

Zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník, v znení neskorších predpisov, (ďalej aj ako „Občiansky zákonník“ alebo „OZ“).

Zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov, (ďalej aj ako „Obchodný zákonník“ alebo „OBZ“).

Zákon č. 441/2003 Sb., o ochranných známkách v znení neskorších predpisov, (ďalej aj ako „český zákon o ochranných známkach“).

Zákon č. 55/1997 Z.z. o ochranných známkach v znení neskorších predpisov, (ďalej aj ako „slovenský zákon o ochranných známkach“).