DOMSTOLENS DOM

12. december 2002 *

I sag C-273/00,

angående en anmodning, som Bundespatentgericht (Tyskland) i medfør af artikel 234 EF har indgivet til Domstolen for i den sag, der er anlagt af

Ralf Sieckmann,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 2 i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1),

har

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten, G.C. Rodríguez Iglesias, afdelingsformændene M. Wathelet, R. Schintgen og C.W.A. Timmermans samt dommerne C. Gulmann, D.A.O. Edward, A. La Pergola, V. Skouris, F. Macken (refererende dommer), N. Colneric og J.N. Cunha Rodrigues,

* Processprog: tysk.

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer

justitssekretær: afdelingschef D. Louterman-Hubeau,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Patentanwalt R. Sieckmann, som selvmøder

— den østrigske regering ved C. Pesendorfer, som befuldmægtiget

— Det Forenede Kongeriges regering ved R. Magrill, som befuldmægtiget, bistået af barrister D. Alexander

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved K. Banks, som befuldmægtiget, bistået af Rechtsanwalt W. Berg,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 2. oktober 2001 er afgivet mundtlige indlæg af R. Sieckmann og af Kommissionen,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 6. november 2001,

afsagt følgende

Dom

1 Ved kendelse af 14. april 2000, indgået til Domstolen den 10. juli 2000, har Bundespatentgericht i medfør af artikel 234 EF forelagt to præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 2 i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1, herefter »direktivet«).

2 Spørgsmålene er blevet rejst under en sag anlagt af R. Sieckmann mod Deutsches Patent- und Markenamt (den tyske patent- og varemærkemyndighed) angående sidstnævntes afslag på ansøgning om registrering af et duftmærke for forskellige tjenesteydelser i klasse 35, 41 og 42 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret.

De relevante retsregler

De fællesskabsretlige bestemmelser

3 Direktivet har, jf. første betragtning, til formål indbyrdes at tilnærme medlemsstaternes lovgivning om varemærker med henblik på at fjerne de forskelligheder,

som kan hindre de frie varebevægelser og den frie udveksling af tjenesteydelser samt fordreje konkurrencevilkårene i fællesmarkedet. Af tredje betragtning følger det, at direktivet ikke skal foretage en fuldstændig tilnærmelse af lovgivningerne.

4 Syvende betragtning til direktivet er affattet således:

»Virkeliggørelsen af de mål, der forfølges ved tilnærmelsen, forudsætter, at et registreret varemærkes erhvervelse og bevarelse i princippet underkastes de samme betingelser i samtlige medlemsstater; med henblik herpå bør der udarbejdes en liste med eksempler på tegn, der kan tænkes at udgøre et mærke, hvis de kan anvendes til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders [...]«

5 Direktivets artikel 2 har følgende ordlyd:

»Et varemærke kan bestå af alle tegn, der kan gengives grafisk, navnlig ord, herunder personnavne, afbildninger, bogstaver, tal eller varens form eller emballage, for så vidt disse tegn er egnede til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders.«

6 I direktivets artikel 3, stk. 1, med overskriften »Registreringshindringer og uopfyldelighedsgrunde« bestemmes:

»Følgende tegn og varemærker udelukkes fra registrering eller kan erklæres ugyldige, hvis de allerede er blevet registreret:

a) tegn, som ikke kan udgøre et varemærke

b) varemærker, der mangler fornødent særpræg

[...]«

De nationale bestemmelser

7 Den 25. oktober 1994 blev loven, Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichnungen (den tyske lov om beskyttelse af varemærker og andre kendetegn, BGBl. 1994 I, s. 3082, herefter »Markengesetz«), vedtaget til gennemførelse af direktivet i national ret. Loven trådte i kraft den 1. januar 1995.

8 Markengesetz's § 3, stk. 1, bestemmer:

»Alle tegn, navnlig ord, herunder personnavne, afbildninger, bogstaver, tal, lydmærker, tredimensionale udformninger, inklusive varens form eller indpakning, samt andre præsentationsformer, herunder farver og farvesammensætninger, kan beskyttes som varemærke, for så vidt de er egnede til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders.«

9 I medfør af Markengesetz's § 8, stk. 1, er varemærker udelukket fra registrering, »såfremt de ikke kan gengives grafisk«, og i henhold til § 8, stk. 2, nr. 1, er varemærker, der mangler fornødent særpræg, udelukket fra registrering.

Hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

10 Ralf Sieckmann har indgivet ansøgning til Deutsches Patent- und Markenamt (herefter »DPMA«) om registrering af et varemærke for forskellige tjenesteydelser i klasse 35, 41 og 42 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957, som revideret og ændret, som omfatter annonce- og reklamevirksomhed, bistand ved forretningsledelse, forretningsadministration, bistand ved varetagelse af kontoropgaver (klasse 35), uddannelse, undervisningsvirksomhed, underholdningsvirksomhed, sportsarrangementer og kulturelle arrangementer (klasse 41), restaurationsvirksomhed, og udbringning af mad og drikke, værelsesudlejning, lægevirksomhed, sundheds- og skønhedspleje, bistand ved landbrugsvirksomhed, veterinærvirksomhed, juridisk bistand, videnskabelig og industriel forskning, programmering af computere og tjenesteydelser, der ikke kan henføres til andre klasser (klasse 42).

11 I ansøgningsformularens rubrik »Gengivelse af varemærket«, hvilket kræves ifølge Markengesetz's § 8, stk. 1, og er i overensstemmelse med direktivets artikel 2 — begge bestemmelser kræver, at et tegn for at kunne udgøre et varemærke skal kunne gengives grafisk — henviste Ralf Sieckmann til en beskrivelse, der var vedlagt som bilag. Beskrivelsen har følgende ordlyd:

»Der ansøges om varemærkebeskyttelse for det duftmærke, der er blevet deponeret hos DPMA, og som består af det kemisk rene stof methylcinnamat (=kanelsyremethylester), hvis strukturformel er afbildet nedenfor. Prøver på dette duftmærke kan også fås på de lokale laboratorier (se Deutsche Telekom AG's gule sider) eller f.eks. hos firmaet E. Merck i Darmstadt.

C_6H_5-CH=CHCOOCH$_3$«

12 Såfremt beskrivelsen ikke skulle opfylde kravene med henblik på registrering i medfør af § 32, stk. 2 og 3, i Markengesetz, tilføjede sagsøgeren i hovedsagen følgende til beskrivelsen:

»Ansøgeren erklærer sig indforstået med aktindsigt i det deponerede duftmærke »methylcinnamat« i henhold til § 62, stk. 1, i Markengesetz og § 48, stk. 2, i Markenverordnung.«

13 Ansøgeren indleverede desuden sammen med registreringsansøgningen en beholder med en duftprøve på tegnet og anførte, at duften sædvanligvis vil kunne beskrives som »balsamisk-frugtig med et let anstrøg af kanel«.

14 Deutsches Patent- und Markenamt afslog ansøgningen om registrering med den begrundelse, at det var tvivlsomt, om det ansøgte mærke kunne registreres i medfør af Markengesetz's § 3, stk. 1, og om det kunne gengives grafisk, jf. Markengesetz's § 8, stk. 1. Det var imidlertid ikke nødvendigt at afgøre spørgsmålet, om tegnet kunne registreres som varemærke, og om det kunne gengives grafisk, da mærket under alle omstændigheder ikke kunne registreres på grund af, at det manglede fornødent særpræg i henhold til Markengesetz's § 8, stk. 2.

15 Ralf Sieckmann har anfægtet denne afgørelse ved Bundespatentgericht, som er af den opfattelse, at dufte teoretisk set kan slå igennem i handelen som et selvstændigt middel til at identificere en virksomhed, jf. Markengesetz's § 3, stk. 1.

16 Bundespatentgericht har fastslået, at det ansøgte varemærke er egnet til at adskille de ovenfor nævnte tjenesteydelser fra andre, og at det ikke er af udelukkende beskrivende karakter.

17 Ifølge Bundespatentgericht er der imidlertid tvivl med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt et duftmærke som det i hovedsagen foreliggende kan opfylde kravet om, at mærket skal kunne gengives grafisk, jf. Markengesetz's § 8, stk. 1.

18 Bundespatentgericht er af den opfattelse, at et tegns grafiske gengivelse udgør en registreringsbetingelse, der i klagesager skal efterprøves forud for registreringshindringerne i Markengesetz's § 8, stk. 2, idet det ikke vil være muligt at foretage en registrering, såfremt mærket ikke kan gengives grafisk, selv når tegnet er blevet indarbejdet i handelen som mærke for en bestemt virksomhed og derved unddrages registreringshindringerne i denne lovs § 8, stk. 2, nr. 1 til 3, navnlig den hindring, at mærket eventuelt mangler fornødent særpræg.

19 Idet Markengesetz's § 8, stk. 1, skal fortolkes i overensstemmelse med direktivets artikel 2, har Bundespatentgericht besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Skal artikel 2 i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker fortolkes således, at begrebet »tegn, der kan gengives grafisk« udelukkende omfatter sådanne tegn, der umiddelbart kan gengives i synlig form? Eller omfatter det også tegn, der som sådan — som f.eks. dufte eller lyde — ganske vist ikke kan opfattes visuelt, men som indirekte kan gengives ved hjælp af andre midler?

2) Såfremt første spørgsmål besvares i den sidstnævnte, vide betydning: Er kravet om, at et tegn skal kunne gengives grafisk i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktivets artikel 2, opfyldt, når en duft gengives

a) ved hjælp af en kemisk formel

b) ved hjælp af en beskrivelse (der skal offentliggøres)

c) ved deponering, eller

d) ved en kombination af ovenstående gengivelsessurrogater?«

20 Ved begæring indleveret til Domstolens Justitskontor den 30. april 2002 har Ralf Sieckmann anmodet om genåbning af den mundtlige forhandling, der blev afsluttet den 6. november 2001, efter at generaladvokaten havde fremsat forslag til afgørelse.

21 Til støtte for begæringen har sagsøgeren gjort gældende, at forslaget ikke konkret behandler den omhandlede sag, og at der i punkt 42 er begået en fejl.

22 Det skal bemærkes, at Domstolen af egen drift, på forslag af generaladvokaten eller på parternes begæring i overensstemmelse med artikel 61 i Domstolens procesreglement kan træffe bestemmelse om genåbning af den mundtlige forhandling, såfremt den finder, at sagen er utilstrækkeligt oplyst, eller at sagen skal afgøres på grundlag af et argument, som ikke har været drøftet af parterne (jf. dom af 10.2.2000, forenede sager C-270/97 og C-271/97, Deutsche Post, Sml. I, s. 929, præmis 30, og dom af 18.6.2002, sag C-299/99, Philips, Sml. I, s. 5475, præmis 20).

23 Domstolen finder, at den råder over alle de oplysninger, der er nødvendige for, at den kan besvare de i hovedsagen stillede spørgsmål.

24 Begæringen bør følgelig forkastes.

Det første spørgsmål

25 Med det første spørgsmål ønsker den nationale ret nærmere bestemt oplyst, om direktivets artikel 2 skal fortolkes således, at et tegn, som ikke i sig selv kan opfattes visuelt, kan udgøre et varemærke.

Indlæg til Domstolen

26 Sagsøgeren har gjort gældende, at direktivets artikel 2 ikke udelukker, at et duftmærke i princippet kan registreres. Ralf Sieckmann anfører, at sådan et mærke er omfattet af bestemmelsen på samme måde, som det er tilfældet med lyde, farver, hologrammer og andre »utraditionelle« mærker.

27 Sagsøgeren har gjort gældende, at begrebet »grafisk gengivelse« skal forstås som en »gengivelse, elektronisk gengivelse eller deponering på anden måde«. Ifølge Ralf Sieckmann skal den kemiske formel altid angives til Deutsches Patent- und Markenamt sammen med en beskrivelse eller deponering af tegnet. Han anfører endvidere, at duftmærket i hovedsagen kan anskaffes i almindelige mængder hos

lokale leverandører til laboratorier eller, delvist, direkte hos fabrikanten og hos distributører af organiske finkemikalier. Med kendskab til den kemiske betegnelse, som skal offentliggøres, kan tredjemænd efter køb af det kemiske produkt uafhængigt af den deponerede prøve og offentliggørelsen af beskrivelsen af duften skabe sig en nøjagtig og objektiv forestilling om mærket og kan derved sammenligne det med andre duftmæssige karakteristika.

28 Den østrigske regering har gjort gældende, at beskyttelsesområdet for registrerede varemærker følger af angivelserne i varemærkeregisteret, som gør det muligt for offentligheden at gøre sig bekendt med tredjemands enerettigheder. Muligheden for visuelt at opfatte de registrerede varemærker ved at slå op i varemærkeregisteret er af stor betydning. Regeringen har gjort opmærksom på, at der i det østrigske patentkontor længe har været praksis for, at varemærkebeskyttelse ikke kun tildeles mærker, som direkte kan gengives grafisk, altså todimensionale mærker, men også gives til tredimensionale mærker, der dog særligt skal angives som sådanne under registreringsproceduren.

29 Ifølge den østrigske regering bør vurderingen af, hvor præcis en grafisk gengivelse af et tegn skal være, være forskellig for lydtegn og dufttegn. Ved lydtegn er det muligt at lave en relativ præcis grafisk gengivelse af tegnet, som ønskes beskyttet. Dette er ikke tilfældet med duftmærker.

30 Det Forenede Kongeriges regering har gjort gældende, at varemærkesystemet for at kunne fungere effektivt tilsiger, at et mærke ved optagelsen i et offentligt register defineres klart og præcist. Regeringen har understreget, at direktivet ikke begrænser måderne for, hvordan et mærke kan gengives grafisk, og at det er

tilstrækkeligt, at det ansøgte varemærke kan gengives, så det kan genkendes, og at det er tilstrækkeligt klart og præcist til, at brugeren af varemærkeregisteret tydeligt kan identificere tegnet på grundlag heraf.

31 Endvidere gør Det Forenede Kongeriges regering gældende, at gengivelsen i registeret skal opfylde følgende betingelser: Først og fremmest skal gengivelsen af tegnet i tilstrækkelig grad kunne stå alene. Derudover skal gengivelsen kunne anvendes i stedet for det tegn, ansøgeren anvender eller påtænker at anvende, fordi den kun klart og entydigt gengiver dette tegn. Endelig skal gengivelsen være forståelig for brugeren af registeret. Det Forenede Kongeriges regering ser i princippet ingen grund til, at et duftmærke ikke skulle kunne gengives grafisk i direktivets artikel 2's forstand.

32 Kommissionen har anført, at det følger af ordlyden af direktivets artikel 2, som indeholder en ikke udtømmende liste over tegn, som kan udgøre et varemærke, at det ikke er udelukket, at et tegn — såsom et duftmærke — der ganske vist ikke som sådan kan opfattes af øjet, men som kan gøres synligt ved en grafisk gengivelse, også kan udgøre et varemærke.

33 Et tegn kan dog kun registreres som varemærke, hvis det i registreringsansøgningen kan defineres klart og præcist. Formålet med den grafiske gengivelse er netop at give et klart, præcist og objektivt billede af varemærket. Dette er af særlig betydning i en ordning, hvor en varemærkerettighed opnås gennem anmeldelse til og registrering i et offentligt register. I en sådan ordning skal den fuldstændige grafiske gengivelse af varemærket sikres ved hjælp af registeret, for at den nøjagtige rækkevidde af beskyttelsen i medfør af registreringen kan fastlægges, og særligt for at rettighederne forbundet med dette varemærke kan afgrænses i forhold til rettighederne forbundet med andre varemærker.

Domstolens bemærkninger

34 Ifølge tiende betragtning til direktivet har den af varemærket ydede beskyttelse navnlig til formål at sikre varemærkets funktion som angivelse af mærkets oprindelse.

35 Det fremgår ligeledes af Domstolens praksis, at varemærkets grundlæggende funktion er at garantere oprindelsen af varen eller tjenesteydelsen, der er omfattet af varemærket, over for forbrugeren eller den endelige bruger, som dermed sættes i stand til uden risiko for forveksling at adskille varen eller tjenesteydelsen fra varer eller tjenesteydelser med en anden oprindelse, og at varemærket, for at det kan udøve sin funktion som en væsentlig bestanddel af den ordning med loyal konkurrence, som skal gennemføres efter EF-traktaten, skal udgøre en garanti for, at alle varer eller tjenesteydelser, der er forsynet med det, er blevet fremstillet under kontrol af én bestemt virksomhed, der er ansvarlig for deres kvalitet (jf. navnlig dom af 11.11.1997, sag C-349/95, Loendersloot, Sml. I, s. 6227, præmis 22 og 24, af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 28, og Philips-dommen, præmis 30).

36 Direktivet har, som det fremgår af første og syvende betragtning, til formål indbyrdes at tilnærme medlemsstaternes nuværende lovgivning om varemærker og at fastsætte de samme betingelser i samtlige medlemsstater for erhvervelse og bevarelse af retten til det registrerede varemærke, for herigennem at afskaffe de forskelligheder i de pågældende lovgivninger, som kan hindre de frie varebevægelser og den frie udveksling af tjenesteydelser samt fordreje konkurrencevilkårene i fællesmarkedet.

37 Registreringsordningen for varemærker er et grundlæggende element i beskyttelsen af disse mærker, som både i fællesskabsretten og i national ret bidrager til retssikkerheden og god forvaltningsskik.

38 Domstolen skal indledningsvis bemærke, som det fremgår af direktivets fjerde betragtning, at erhvervelsen af en varemærkerettighed kan ske såvel ved anmeldelse og registrering af mærket som ved brug af mærket. Af artikel 1 fremgår det imidlertid, at direktivet kun finder anvendelse på varemærker, der er registreret i en medlemsstat eller hos Benelux-Varemærkemyndigheden, eller som er anmeldt til registrering, eller som er indført i et internationalt register med retsvirkning i en medlemsstat. I sjette betragtning til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærket (EFT 1994 L 11, s. 1) understreges det endvidere, at retten til EF-varemærket kun kan stiftes ved registrering.

39 Af direktivets artikel 2 følger det dernæst, at alle tegn kan udgøre et varemærke, såfremt de for det første kan gengives grafisk, og for det andet er egnede til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders.

40 Desuden bestemmes det i direktivets artikel 3, stk. 1, litra a), at tegn, som ikke kan udgøre et varemærke, udelukkes fra registrering eller kan erklæres ugyldige, hvis de allerede er blevet registreret.

41 Endelig giver det registrerede varemærke indehaveren en enerettighed, jf. direktivets artikel 5, stk. 1. Den præcise rækkevidde af denne rettighed sikres ved registreringen.

42 På denne baggrund skal det undersøges, om direktivets artikel 2 skal fortolkes således, at et tegn, som ikke i sig selv kan opfattes visuelt, kan udgøre et varemærke.

43 Direktivets artikel 2 har til formål at definere, hvilke tegn der kan udgøre et varemærke. Det fastsættes heri, at et varemærke kan bestå af alle tegn, »navnlig ord, herunder personnavne, afbildninger, bogstaver, tal eller varens form eller emballage [...]«. Bestemmelsen nævner ganske vist kun tegn, som kan opfattes visuelt — enten to- eller tredimensionalt — og som således kan gengives ved bogstaver, skrifttegn eller billeder.

44 Som det fremgår af artikel 2 og syvende betragtning til direktivet, er dette dog kun »eksempler på tegn, der kan tænkes at udgøre et mærke«, og listen er således ikke udtømmende. Selv om artikel 2 ikke nævner tegn, som ikke i sig selv kan opfattes visuelt, eksempelvis dufte, er de dog ikke udtrykkeligt udelukket herfra.

45 Under disse omstændigheder skal direktivets artikel 2 fortolkes således, at et tegn, som ikke i sig selv kan opfattes visuelt, kan udgøre et varemærke, såfremt det kan gengives grafisk.

46 Den grafiske gengivelse skal gøre det muligt at gengive tegnet visuelt. Særligt ved brug af figurer, linjer eller skrifttegn, således at det kan identificeres præcist.

47 Denne fortolkning er nødvendig for, at systemet med registrering af varemærker kan fungere.

48 For det første har kravet om grafisk gengivelse navnlig til formål at afgrænse varemærket for at fastlægge den nøjagtige genstand for den beskyttelse, det registrerede varemærke giver indehaveren.

49 Dernæst har registreringen af varemærket i et offentligt register til formål at gøre varemærket tilgængeligt for de relevante myndigheder og offentligheden, særligt for de erhvervsdrivende.

50 Dels skal de relevante myndigheder klart og præcist kende udformningen af de tegn, som udgør et varemærke, så de kan opfylde deres forpligtelser angående den foreløbige undersøgelse af registreringsansøgninger samt vedrørende offentliggørelse og førelse af et præcist og formålstjenligt register.

51 Dels skal de erhvervsdrivende klart og præcist kunne gøre sig bekendt med aktuelle og potentielle konkurrenters registrering af varemærker og disses ansøgninger herom, så de kan få relevante oplysninger om tredjemands rettigheder.

52 For at brugerne af registeret kan være i stand til på grundlag af registreringen af et varemærke at fastslå den præcise udformning heraf, skal den grafiske gengivelse af mærket i registeret kunne stå alene og være let tilgængelig og forståelig.

53 For at tegnet kan udfylde sin rolle som et registreret varemærke, skal opfattelsen af det endvidere være stadig og sikker, så varemærkets funktion som angivelse af oprindelse varetages. I betragtning af varigheden af en registrering af et varemærke, og under hensyn til, at der i henhold til direktivet kan ske forlængelse i kortere eller længere perioder, skal gengivelsen være bestandig.

54 Endelig har gengivelsen netop til formål at undgå enhver form for subjektivitet ved identifikationen og opfattelsen af tegnet. Midlet til grafisk gengivelse skal derfor være utvetydig og objektiv.

55 Herefter skal det første spørgsmål besvares med, at direktivets artikel 2 skal fortolkes således, at et tegn, som ikke i sig selv kan opfattes visuelt, kan udgøre et varemærke, såfremt tegnet kan gengives grafisk, særligt ved brug af figurer, linjer eller skrifttegn, og gengivelsen er klar og præcis, kan stå alene, er let tilgængelig, forståelig, bestandig og objektiv.

Det andet spørgsmål

56 Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om direktivets artikel 2 skal fortolkes således, at kravet om, at et tegn skal kunne gengives grafisk, for så vidt angår duftmærker som det i hovedsagen omhandlede, kan opfyldes ved hjælp af en kemisk formel, en beskrivelse med ord, en deponering af en duftprøve, eller en kombination af disse.

Indlæg til Domstolen

57 Ralf Sieckmann forfægter en vid fortolkning af begrebet grafisk gengivelse i direktivets forstand. Efter en systematisk fortolkning og ifølge praksis hos varemærkemyndighederne skal begrebet »grafisk gengivelse« forstås som en »gengivelse, elektronisk gengivelse eller deponering på anden måde«.

58 Hvad angår gengivelsen af duften ved en kemisk formel bemærker sagsøgeren, at selv om den kemiske bruttoformel, $C_{10}H_{10}O_2$, ikke viser, hvorledes de forskellige atomer, som duften består af, hænger sammen, kan man ud af den kemiske strukturformel, i den konkrete sag C_6H_5-CH=CHCOOCH$_3$, entydigt se, om en substans er en ren kemisk substans. Følgelig kan en ren kemisk substans, såsom her methylcinnamat, karakteriseres ved sin kemiske betegnelse.

59 Med hensyn til gengivelsen af duften ved hjælp af en beskrivelse har Ralf Sieckmann gjort opmærksom på, at der allerede eksisterer duftmærker i både Den Europæiske Union og De Forenede Stater, samt at beskrivelsen af duften, der er genstand for registreringsansøgningen, som »balsamisk-frugtig med et let anstrøg af kanel« svarer til klassifikationen i parfumeindustrien i Den Europæiske Union.

60 Angående gengivelsen af varemærket gennem deponering af en duftprøve har Ralf Sieckmann, som det også fremgår af registreringsansøgningen, gjort gældende, at mærket kan erhverves gennem lokale leverandører til laboratorier eller hos producenter og distributører af organiske finkemiske produkter.

61 Endelig har sagsøgeren vedrørende en kombination af gengivelsessurrogaterne for mærket anført, at i forbindelse med en ansøgning om registrering af et duftmærke, som bygger på en ren kemisk substans, hvilket er tilfældet i hovedsagen, skal karakteriseringen foretages ved angivelse af den præcise kemiske betegnelse, når en kontaktadresse, hvor en duftprøve kan erhverves, er angivet ovenfor. Efter omstændighederne skal duftens kemiske strukturformel tillige angives sammen med en deponering af en duftprøve og en beskrivelse i ord eksempelvis hos den varemærkemyndighed, som behandler ansøgningen.

62 Den østrigske regering og Det Forenede Kongeriges regering samt Kommissionen vurderer, at på det nuværende videnskabelige udviklingstrin er der væsentlige problemer forbundet med en ensartet grafisk gengivelse af dufte.

63 Efter deres opfattelse medfører den blotte angivelse af den kemiske formel som grafisk angivelse af en duft ikke, at duften konkretiseres endeligt på grund af de forskellige faktorer, som influerer på, hvordan duften rent faktisk opfattes, eksempelvis koncentrationen og mængden, temperaturen eller duftbæreren. Disse forhold taler endvidere imod, at det skulle være muligt at gengive en duft ved hjælp af duftprøver.

64 Det Forenede Kongeriges regering har særligt anført, at den kemiske formel ikke angiver duften af det kemiske produkt. Ifølge denne regering vil kun få mennesker ud fra den kemiske formel forstå, hvilket produkt denne angiver, og selv hvis de forstår formlen, risikerer de stadig ikke at forstå, hvilken duft produktet har. Endvidere vil nødvendigheden af at identificere et tegns indhold ud fra tal i en kemisk formel være en urimelig byrde for dem, som anvender registeret.

65 Med hensyn til muligheden for med ord at beskrive en duft har Kommissionen gjort gældende, at denne beskrivelse vil være behæftet med subjektive elementer, og den kan fortolkes subjektivt, dvs. forskelligt fra person til person.

66 Det Forenede Kongeriges regering er af den opfattelse, at det er muligt, at en beskrivelse af en duft ved brug af ord kan udgøre en grafisk gengivelse i direktivets artikel 2's forstand. Situationer, hvor et sådant tegn anerkendes, vil dog formentlig sjældent forekomme, først og fremmest fordi det vil være svært at beskrive duften tilstrækkeligt klart og præcist til at kunne gengive det omhandlede tegn.

67 Vedrørende deponeringen af en duftprøve har den østrigske regering og Kommissionen anført, at en duft med tiden undergår en forandring på grund af fordampning og andre fænomener. En deponering kan derfor ikke give et bestandigt indtryk af duften, som kan udgøre en grafisk gengivelse.

68 Det Forenede Kongeriges regering har tilføjet, at hvis denne form for gengivelser i medlemsstaternes varemærkeregistre og i registret hos Kontoret for Harmonisering af det Indre Marked (Varemærker og Design) accepteres, kræver det væsentlige ændringer af både medlemsstaternes og Harmoniseringskontorets registre og registreringssystemer. Dette vil medføre en formindskelse af den tilgængelighed, som garanteres i det aktuelle registreringssystem.

Domstolens bemærkninger

69 I en kemisk formel ville kun få mennesker genkende den omhandlede duft, hvilket Det Forenede Kongeriges regering retteligt har påpeget. En formel er ikke

tilstrækkelig let forståelig. Som denne regering og Kommissionen endvidere har bemærket, gengiver en formel ikke duften af en substans, men derimod substansen selv, hvorfor formlen heller ikke er tilstrækkelig klar og præcis. Den er derfor ikke en gengivelse i direktivets artikel 2's forstand.

70 Med hensyn til beskrivelsen af en duft, er den ganske vist grafisk, men ikke tilstrækkelig klar, præcis og objektiv.

71 Det bemærkes, at deponering af en duftprøve ikke er en grafisk gengivelse i direktivets artikel 2's forstand. Desuden er en duftprøve ikke tilstrækkelig uforanderlig og bestandig.

72 Når med hensyn til et dufttegn hverken den kemiske formel, en beskrivelse med ord eller en deponering af en duftprøve i sig selv kan opfylde kravene til en grafisk gengivelse, kan en kombination af disse heller ikke opfylde kravene, særligt kravet om klarhed og præcision.

73 I lyset af ovenstående betragtninger skal det andet spørgsmål besvares således, at kravet om, at et tegn skal kunne gengives grafisk, for så vidt angår duftmærker, ikke opfyldes ved hjælp af en kemisk formel, en beskrivelse med ord, en deponering af en duftprøve eller en kombination af disse.

Sagens omkostninger

74 De udgifter, der er afholdt af den østrigske regering og Det Forenede Kongeriges regering samt af Kommissionen, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Bundespatentgericht ved kendelse af 14. april 2000, for ret:

1) **Artikel 2 i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker skal fortolkes således, at et tegn, som ikke i sig selv kan opfattes visuelt, kan udgøre et varemærke, såfremt tegnet kan gengives grafisk, særligt ved brug af figurer, linjer eller skrifttegn, og gengivelsen er klar og præcis, kan stå alene, er let tilgængelig, forståelig, bestandig og objektiv.**

2) For så vidt angår dufttegn opfyldes kravet om, at et tegn skal kunne gengives grafisk, ikke ved hjælp af en kemisk formel, en beskrivelse med ord, en deponering af en duftprøve eller en kombination af disse.

Rodríguez Iglesias	Wathelet	Schintgen
Timmermans	Gulmann	Edward
La Pergola	Skouris	Macken
Colneric	Cunha Rodrigues	

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 12. december 2002.

R. Grass — G.C. Rodríguez Iglesias

Justitssekretær — Præsident