Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
NIILO JÄÄSKINEN
föredraget den 31 mars 2011 [1]

Mål C-190/10

Génesis Seguros Generales Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros (GENESIS)
mot
Boys Toys SA
och
Administración del Estado

(begäran om förhandsavgörande från Tribunal Supremo (Spanien))

”Gemenskapsvarumärke — Regler om ingivande av ansökan — Artikel 27 i rådets förordning (EG) nr 40/94 — Elektronisk ansökan — Beaktande av dag, timme och minut för ingivande av ansökan”

I – Inledning

1. Tribunal Supremo (Spanien) har genom sin begäran om förhandsavgörande ställt en fråga till domstolen om tolkningen av begreppet ”ansökningsdag” i samband med en ansökan om gemenskapsvarumärke. Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida det är tillåtet att för tillämpningen av artikel 27 i förordning (EG) nr 40/94 [2] förutom ansökningsdag för ansökan även beakta timme och minut för ingivandet, i syfte att kunna åberopa prioritet för ett gemenskapsvarumärke.

II – Tillämpliga bestämmelser

A – *Internationell rätt*

2. I artikel 4 A i Pariskonventionen för industriellt rättsskydd av den 20 mars 1883 [3] (nedan kallad Pariskonventionen) föreskrivs följande:

”1. Den som i ett av unionsländerna i behörig ordning gjort ansökan om … skydd … för fabriks- eller handelsmärke … skall för ansökan i de övriga länderna äga en prioritetsrätt under tid, som här nedan bestämmes.

1 — Originalspråk: franska.

2 — Rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken (EGT L 11, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3), upphävd genom rådets förordning (EG) nr 207/2009 av den 26 februari 2009 om gemenskapsvarumärken (kodifierad version) (EUT L 78, s. 1), som trädde i kraft den 13 april 2009. Med beaktande av tidpunkten för omständigheterna i målet vid den nationella domstolen avser tolkningsfrågan förordning nr 40/94.

3 — Pariskonventionen för skydd av den industriella äganderätten av den 20 mars 1883 finns på adressen http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/paris/trtdocs_wo020.html.

2. Varje ansökan, som enligt ett unionslands inhemska lagstiftning eller bilaterala eller multilaterala avtal mellan flera unionsländer är likställd med en behörig nationell ansökan, erkännes kunna ge upphov till prioritetsrätt.

3. Med behörig nationell ansökan skall förstås varje ansökan, som gör det möjligt att fastställa den dag då ansökningen ingivits i ifrågavarande land, oavsett vad som blivit resultatet av ansökningen.”

3. Artikel 4 C i Pariskonventionen har följande lydelse:

”1. Tiden för ovannämnda prioritetsrätt utgör … i fråga om industriella mönster och modeller ävensom fabriks- eller handelsmärken sex månader.

2. Dessa frister löper från tidpunkten för ingivande av den första ansökningen i unionsland; dagen för ingivandet medräknas ej i fristen.

3. Om fristens sista dag i det land, där skydd begäres, är en laga helgdag eller en dag då vederbörande myndighet icke håller öppet för mottagande av ansökningar, förlänges fristen till nästföljande söckendag.”

B – *Unionsrätten*

4. I artikel 8 i förordning nr 40/94, som har rubriken Relativa registreringshinder, föreskrivs följande:

”1. Om innehavaren av ett äldre varumärke invänder skall det varumärke som ansökan gäller inte kunna registreras

a) om det är identiskt med det äldre varumärket och de varor eller tjänster som varumärket har ansökts för är identiska med de varor eller tjänster för vilka det äldre varumärket är skyddat,

b) om det – på grund av att det är identiskt med eller liknar det äldre varumärket och de varor eller tjänster som omfattas av varumärkena är identiska eller är av liknande slag – föreligger en risk att allmänheten förväxlar dem inom det område där det äldre varumärket är skyddat, inbegripet risken för att varumärket associeras med det äldre varumärket.

2. Med äldre varumärken avses i punkt 1

a) följande kategorier av varumärken för vilka ansökan om registrering gjorts tidigare än ansökan om registrering av gemenskapsvarumärket, med vederbörlig hänsyn tagen till de anspråk som kan göras på prioritet för dessa varumärken:

   i) Gemenskapsvarumärken.

   ii) Varumärken som har registrerats i en medlemsstat eller, vad avser Belgien, Luxemburg eller Nederländerna, hos Benelux varumärkesbyrå.

   iii) Varumärken som blivit föremål för en internationell registrering med rättsverkan i medlemsstaten ifråga.

b) Ansökan om varumärken som avses i punkt a) under förutsättning att de registreras.

c) Varumärken som, vid tidpunkten för ansökan om registrering som gemenskapsvarumärke eller, i förekommande fall, vid tidpunkten för begäran om prioritet med avseende på ansökan om registrering av gemenskapsvarumärket, är välkända i en medlemsstat, i den

betydelse som ordet välkänt[*] ges i artikel 6 [bis] i Pariskonventionen.” [*I Pariskonventionen används i detta sammanhang uttrycket ”notoriskt känt märke”. I överensstämmelse med terminologin i gemenskapslagstiftningen används dock nedan begreppet ”välkänt varumärke”. Övers. anm.]

5. I artikel 14 i förordning nr 40/94, som har rubriken Kompletterande tillämpning av nationell rätt om intrång, föreskrivs i punkt 1 att gemenskapsvarumärkens rättsverkan ska fastställas endast utifrån bestämmelserna i förordningen.

6. I artikel 26.1 i förordning nr 40/94, anges de krav som en ansökan om gemenskapsvarumärke ska uppfylla, nämligen att den ska innehålla a) en anhållan om registrering av ett gemenskapsvarumärke, b) uppgifter som gör det möjligt att fastslå sökandens identitet, c) en förteckning över de varor eller tjänster för vilka registrering ansöks och d) en återgivning av varumärket. I artikel 26.2 anges att ansökningsavgift ska betalas för en ansökan om gemenskapsvarumärke.

7. Artikel 27 i förordning nr 40/94, som har rubriken Ansökningsdag, har följande lydelse:

”Ansökningsdag för en ansökan om ett gemenskapsvarumärke skall vara den dag då de handlingar som innehåller de uppgifter som anges i artikel 26.1 givits in till byrån av sökanden eller, om ansökan har givits in till det centrala organet i en medlemsstat eller till Benelux varumärkesbyrå, till detta organ, under förutsättning att ansökningsavgiften betalats senast en månad efter ingivandet av ovan nämnda handlingar.”

8. Enligt artikel 29 i samma förordning gäller prioritetsrätten under en tid av sex månader från den dag då den första ansökningen gavs in. Varje ansökan som enligt den nationella lagstiftningen i den stat i vilken den gavs in eller enligt bilaterala eller multilaterala överenskommelser jämställes med en i vederbörlig ordning gjord nationell ansökan ska anses som prioritetsgrundande. Med en i vederbörlig ordning gjord nationell ansökan ska avses varje ansökan som är tillräckligt fullständig för att den dag då ansökningen gavs in ska kunna fastställas, och detta oberoende av vad som sedan sker med ansökningen.

9. I artikel 32 i förordning nr 40/94 föreskrivs att en ansökan om gemenskapsvarumärke, för vilken det fastställs en ansökningsdag, i medlemsstaterna ska likställas med en i vederbörlig ordning gjord nationell ansökan, i förekommande fall med den prioritet som yrkas för ansökningen om gemenskapsvarumärke.

10. I artikel 97 i förordning nr 40/94, som har rubriken Tillämplig lag, föreskrivs följande:

”1. Domstolarna för gemenskapsvarumärken skall tillämpa bestämmelserna i denna förordning.

2. I de frågor som inte regleras av denna förordning skall domstolen för gemenskapsvarumärken tillämpa det egna landets lagstiftning, inbegripet internationell privaträtt.

3. Om inte annat föreskrivs i denna förordning skall domstolen för gemenskapsvarumärken tillämpa de rättegångsregler som gäller i fråga om ett nationellt varumärke i den medlemsstat där domstolen har sitt säte.”

11. I regel 5 i kommissionens förordning (EG) nr 2868/95 av den 13 december 1995 om genomförande av förordning nr 40/94[4] (nedan kallad genomförandeförordning nr 2868/95), som har rubriken Inlämning av ansökan, föreskrivs följande:

”1. Byrån skall märka de dokument som ingår i ansökan med datum för mottagande och ärendenummer för ansökan. Byrån skall utan dröjsmål förse sökanden med ett kvitto som åtminstone skall innefatta ärendenumret, en återgivning, beskrivning eller annan identifikation av märket, dokumentens art och antal samt datum för deras mottagande.

…”

C – Nationell rätt

12. I artikel 6.2 i lag 17/2001 av den 7 december 2001 om varumärken (Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, BOE nr 294 av den 8 december 2001, s. 45579) (nedan kallad lag 17/2001 om varumärken) definieras äldre varumärken på följande sätt:

”a) Ett registrerat varumärke för vilket ansökan lämnats in eller prioritet erhållits på ett tidigare datum än ansökningsdagen för den ansökan som lämnas in för prövning och vilket ingår i en av kategorierna i) spanska varumärken, ii) varumärken som har blivit föremål för en internationell registrering med rättsverkan i Spanien, eller iii) gemenskapsvarumärken.

b) Ett registrerat gemenskapsvarumärke vars innehavare i enlighet med förordningen om gemenskapsvarumärken på goda grunder yrkar på företräde i förhållande till ett av de varumärken som avses ovan under a i och a ii, även om det sistnämnda varumärket har avstått ifrån eller har upphört.

c) En ansökan om varumärken som avses under a och b, under förutsättning att den beviljas registrering.

d) Ett icke registrerat varumärke som på ansökningsdagen eller prioritetsdagen för den ansökan om varumärke som lämnas in för prövning är ”välkänt” i Spanien i den mening som avses i artikel 6 [bis] i Pariskonventionen.”

13. I artikel 11 i den ovannämnda lagen, som har rubriken Ingivande av ansökan, föreskrivs följande:

”1. Ansökan om registrering av varumärke görs vid det behöriga organet i den autonoma region där sökanden har sitt hemvist eller bedriver verklig och faktisk industriell eller kommersiell verksamhet. …

…

6. Det behöriga organet ska när det tar emot en ansökan registrera ansökningens nummer samt dag, timme och minut då ansökan ingavs, på det vis som föreskrivs i tillämpliga bestämmelser.”

14. Artikel 12 i lag 17/2001 om varumärken, där det anges vilka krav ansökan ska uppfylla, har följande lydelse:

”1. En ansökan om registrering av ett varumärke ska åtminstone innehålla a) en anhållan om registrering av ett varumärke, b) uppgifter om sökandens identitet, c) en återgivning av varumärket, d) en förteckning över de varor eller tjänster för vilka registrering ansöks.

…”

4 — EGT L 303, s. 1.

15. Artikel 13 i lag 17/2001 har följande lydelse:

”1. Ansökningsdag ska vara den dag då det behöriga organet i enlighet med artikel 11 tar emot de handlingar som innehåller de uppgifter som anges i artikel 12.1.

2. Ansökningsdag för ansökningar som lämnats in på ett postkontor ska vara den dag då kontoret tar emot de handlingar som innehåller de uppgifter som anges i artikel 12.1, förutsatt att dessa inges i ett öppet kuvert, via rekommenderad post med mottagningsbevis och är ställda till det organ som är behörigt att ta emot ansökan. Postkontoret ska registrera dag, timme och minut då ansökan ingavs.

3. Om något av de organ eller administrativa enheter som anges i föregående punkter vid mottagandet av ansökan inte har registrerat den timme då ansökan ingavs, ska den anses ingiven under dagens sista timme. Om den minut då ansökan ingavs inte har registrerats ska ansökan anses ingiven under timmens sista minut. Om varken timme eller minut har registrerats ska ansökan anses ingiven under dagens sista timme och minut.”

III – Målet vid den nationella domstolen, tolkningsfrågan och förfarandet vid domstolen

16. Génesis Seguros Generales Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros (nedan kallat Génesis) ingav på elektronisk väg två ansökningar om registrering av gemenskapsvarumärken till Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (nedan kallad harmoniseringsbyrån): ordmärket RIZO nr 3 543 361 i klasserna 16, 28, 35 och 36 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg och ordmärket RIZO, EL ERIZO nr 3 543 386 i klasserna 16, 35 och 36 i nämnda överenskommelse.

17. Den hänskjutande domstolen har betonat att enligt den bevisning som lagts fram för den gjordes överföringen [5] av de elektroniska ansökningarna om dessa båda gemenskapsvarumärken till harmoniseringsbyrån klockan 11.52 respektive 12.13 den 12 december 2003.

18. Av begäran om förhandsavgörande framgår vidare att bolaget Pool Angel Tomas SL klockan 17.45 samma dag, den 12 december 2003, ingav en ansökan till Oficina Española de Patentes y Marcas (nedan kallad den spanska patent- och varumärkesbyrån) om registrering i Spanien av ordmärket RIZO’S, nr 2 571 979-3, i klass 28 enligt Niceklassificeringen.

19. Génesis invände mot ansökan om registrering av det ovannämnda nationella varumärket RIZO’S och gjorde gällande att bolagets gemenskapsvarumärken RIZO nr 3 543 361 och RIZO, EL ERIZO nr 3 543 386 hade prioritet.

20. Den spanska patent- och varumärkesbyrån avslog den 9 december 2004 invändningen, med motiveringen att de åberopade varumärkena inte hade prioritet i förhållande till det sökta varumärket, och beviljade registrering av varumärket RIZO’S.

21. Génesis begärde att den spanska patent- och varumärkesbyrån skulle ompröva beslutet och fastställa att Génesis gemenskapsvarumärken hade prioritet, mot bakgrund av att ansökningarna om registrering av dessa varumärken hade ingetts på elektronisk väg den 12 december 2003 och att det var den dagen som skulle beaktas.

5 — Och inte mottagandet eller registreringen hos harmoniseringsbyrån.

22. Den spanska patent- och varumärkesbyrån avslog begäran om omprövning den 29 juni 2005 och förklarade att klagandens ansökningar om gemenskapsvarumärken hade getts in vid en senare tidpunkt än ansökan om det spanska varumärket RIZO'S, eftersom ansökningsdagen för ansökningarna om gemenskapsvarumärken i enlighet med artikel 27 i förordning nr 40/94 hade fastställts till den 7 januari 2004.

23. Génesis överklagade detta sistnämnda beslut till Tribunal Superior de Justicia de Madrid, förvaltningsrättsliga avdelningen, andra roteln, vilken genom dom av den 7 februari 2008 slog fast att det var riktigt att bevilja registrering av det spanska varumärket RIZO'S. Denna domstol fann att ansökningsdagen för de motstående gemenskapsvarumärkena var den dag då handlingarna faktiskt ingavs och inte den 12 december 2003, då ansökan gavs in på elektronisk väg.

24. I överklagandet av domen av den 7 februari 2007, ifrågasatte Génesis för det första den tolkning som Tribunal Superior de Justicia de Madrid gjort avseende ansökningsdagen för gemenskapsvarumärkena och angav att enligt en korrekt tolkning av artiklarna 26 och 27 i förordning nr 40/94 ska den dag då ansökningarna överfördes till och mottogs av harmoniseringsbyrån, det vill säga den 12 december 2003, betraktas som ansökningsdag. Génesis hävdade för det andra att Tribunal Superior de Justicia de Madrid, genom att inte fastställa att varumärkena RIZO nr 3 543 361 och RIZO, EL ERIZO nr 3 543 386 har prioritet, hade åsidosatt artikel 6.2 i lag 17/2001 om varumärken, där det i punkterna a och c föreskrivs att varumärken som har sökts registrerade som gemenskapsvarumärken innan ansökning om registrering gjorts vid den spanska patent- och varumärkesbyrån ska ha prioritet.

25. Tribunal Supremo har påpekat att det i artikel 27 i förordning nr 40/94 föreskrivs att ansökningsdag för en ansökan om ett gemenskapsvarumärke ska vara den dag då den getts in till harmoniseringsbyrån eller till de organ som anges i bestämmelsen, men att det i artikeln inte fastställs några kriterier beträffande ordningen mellan ansökningar som har getts in på en och samma dag. Enligt spansk rätt beaktas den timme och minut som ansökningarna har ingivits till den spanska patent- och varumärkesbyrån, i syfte att fastställa vilket varumärke som har prioritet, om ansökningarna görs på samma dag.

26. Mot denna bakgrund beslutade Tribunal Supremo att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till domstolen:

”Ska artikel 27 i [förordning nr 40/94] tolkas så att det är möjligt att, vid fastställandet av huruvida ett gemenskapsvarumärke har tidsmässig prioritet framför ett nationellt varumärke som sökts registrerat samma dag, beakta inte bara dagen för ansökan om registrering av gemenskapsvarumärke vid harmoniseringsbyrån, utan även timmen och minuten (förutsatt att dessa uppgifter finns tillgängliga), när det klockslag då ansökan gavs in är relevant enligt den nationella bestämmelse som reglerar registreringen av det nationella varumärket?”

27. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 16 april 2010. Skriftliga yttranden har inkommit från Génesis, den spanska, den italienska och den grekiska regeringen samt Europeiska kommissionen.

IV – Tolkningsfrågan

A – *Allmänna synpunkter på systemet med varumärken*

28. Jag vill inledningsvis betona det som är kännetecknande för systemet med varumärken, det vill säga å ena sidan dess inneboende internationella dimension, å andra sidan dess nödvändiga territoriella begränsning. Det ska även beaktas att det finns olika system för skydd av varumärken, däribland det system som tillämpas i unionen. [6]

29. Det kännetecknande för systemet med varumärken framgick redan av förarbetena till Pariskonventionen. [7] När det gällde att bestämma vilket system som skulle tillämpas för att skydda den industriella äganderätten förkastades det första förslaget om antagande av en enhetlig överstatlig lagstiftning som utopiskt och orealistiskt. Det andra förslaget, om antagande av lagvalsregler enligt vilka lagstiftningen i det land där uppfinningen hade sitt ursprung eller varumärket hade registrerats skulle tillämpas, ansågs vara orättvist. Som det framgår av artikel 2 i konventionen valde upphovsmännen det tredje förslaget, om tillämpning av principen om nationell behandling. [8] Enligt territorialitetsprincipen (*lex loci protectionis*) är ett varumärkes rättsverkningar begränsade till den stats territorium där varumärket är skyddat. [9]

30. Inom unionsrätten utgör varumärkesrätten ett väsentligt inslag i systemet med sund konkurrens. I detta system måste företagen, för att kunna locka till sig kunder genom kvaliteten på sina varor eller tjänster, ha möjlighet att såsom varumärken registrera kännetecken som gör det möjligt för

6 — Müller, B.K., *Multinational Trademark Registration Systems*, Bern 2002.

7 — Det ska betonas att i tolfte skälet i rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (EGT L 40, 1989, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 178) anges att alla medlemsstaterna i gemenskapen är bundna av Pariskonventionen, varför det är nödvändigt att direktivets bestämmelser helt överensstämmer med bestämmelserna i Pariskonventionen.

8 — Beier, F-K., ”One Hundred Years of International Cooperation – The Role of the Paris Convention in the Past, Present and Future”, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, volym 15, nr 1-6/1984, s. 1.

9 — Sabatier, M., *Pratique de la marque internationale*, Institut de Recherche en Propriété intellectuelle Henri-Desboi, 2007, nr 8. Se generaladvokaten Trstenjaks förslag till avgörande i mål C-482/09, Budejovicky Budvar, punkt 50 och följande punkt.

konsumenten att utan risk för förväxling särskilja dessa varor eller tjänster från varor eller tjänster med ett annat ursprung. [10]

31. Harmoniseringen av lagstiftningen inom området varumärkesrätt stöder sig på två uppsättningar rättsakter som tillämpas parallellt, men som ändå är sammanlänkade i flera avseenden. Å ena sidan tillämpas ett system med gemenskapsvarumärken, det vill säga den industriella äganderätt som föreskrivs i förordning nr 40/94, genom vilken en enhetlig varumärkesrätt inrättats som gäller inom unionens hela territorium. Å andra sidan har unionslagstiftaren genom direktiv 89/104 genomfört en tillnärmning av medlemsländernas nationella lagstiftning, utan att för den skull ändra på territorialitetsprincipen, det vill säga kopplingen mellan ett varumärkes rättsverkningar och den berörda medlemsstatens territorium.

32. Det ska emellertid betonas att enligt femte skälet i förordning nr 40/94 kan gemenskapsbestämmelser om varumärken inte ersätta medlemsstaternas varumärkeslagar. De nationella varumärkena finns kvar, eftersom de bedöms vara nödvändiga för företag som inte väljer att skydda sitt varumärke på unionsnivå. [11]

33. Systemet med gemenskapsvarumärken kompletterar således de nationella skyddssystemen. Som det framgår av första och tredje skälen i direktiv 89/104 syftar direktivet till en delvis harmonisering som är begränsad till de nationella bestämmelser som mest direkt påverkar den inre marknadens funktion. [12]

34. Varumärkesskyddet inom unionen kännetecknas således av samexistens mellan flera olika skyddssystem, vilket kan leda till en flerdubbling av varumärkesansökningarna och i undantagsfall, som det framgår nedan, förekomst av konkurrerande giltiga registreringar.

B – *Registrering av och ansökningsdag för ansökan om varumärke enligt unionsrätten*

35. När det gäller registrering av ett gemenskapsvarumärke har ingivandet av en ansökan om varumärke olika slag av verkningar enligt bestämmelserna i förordning nr 40/94.

36. För det första börjar, enligt artikel 46 i förordning nr 40/94, varumärkets skyddsperiod på tio år att löpa från och med den dag då ansökan gavs in. För det andra är ansökningsdagen, såsom det framgår av artikel 8.2 a och 8.2 b i förordning nr 40/94, som den definieras i artikel 27 i samma förordning, avgörande för vilken prioritet ett varumärke ska ha i förhållande till ett annat varumärke. [13] För det tredje är ansökningsdagen relevant för att bedöma huruvida ett varumärke före ingivandet av ansökan hade förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning i den mening som avses i artikel 7.3 i förordning nr 40/94. Slutligen spelar tidpunkten för ansökan roll vid bedömningen av huruvida sökanden varit i ond tro, i den mening som avses i artikel 51.1 b i förordning nr 40/94, inom ramen för fastställandet av huruvida det föreligger absoluta ogiltighetsgrunder för ett varumärke. [14]

10 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 oktober 2001 i mål C-517/99, Merz & Krell (REG 2001, s. I-6959), punkterna 21 och 22, av den 12 november 2002 i mål C-206/01, Arsenal Football Club (REG 2002, s. I-10273), punkterna 47 och 48, av den 17 mars 2005 i mål C-228/03, Gillette Company och Gillette Group Finland (REG 2005, s. I-2337), punkt 25, av den 26 april 2007 i mål C-412/05 P, Alcon mot harmoniseringsbyrån (REG 2007, s. I-3569), punkterna 53 och 54, och av den 14 september 2010 i mål C-48/09 P, Lego Juris mot harmoniseringsbyrån (REU 2010, s. I-0000), punkt 38.

11 — Bonet, G., "La marque communautaire", *Revue trimestrielle de droit européen*, nr 1 (1995), s. 59.

12 — För ett exempel på denna begränsning, se generaladvokaten Cruz Villalóns förslag till avgörande i det i domstolen pågående målet C-96/09 P, Anheuser-Busch mot Budějovický Budvar, punkt 79. Domstolen har för övrigt slagit fast att den delvisa harmoniseringen inte utesluter en fullständig harmonisering av bland annat de nationella bestämmelser som mest direkt påverkar den inre marknadens funktion. Se dom av den 16 juli 1998 i mål C-355/96, Silhouette International Schmied (REG 1998, s. I-4799), punkt 23, och av den 11 mars 2003 i mål C-40/01, Ansul (REG 2003, s. I-2439), punkt 27.

13 — Ansökningsdagen är således relevant för att bestämma vilket varumärke som är äldre i den mening som avses i artikel 8 i förordning nr 40/94, samt vilka ansökningar om registrering av varumärke som gjorts tidigare än ansökan om registrering av varumärket i fråga (artikel 4.2 a i i direktiv 89/104).

14 — Se dom av den 11 juni 2009 i mål C-529/07, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (REG 2009, s. I-4893).

37. Av det ovan anförda följer att ett exakt fastställande av ansökningsdagen utgör ett grundläggande inslag i systemet med gemenskapsvarumärken. Eftersom begäran om förhandsavgörande i förevarande mål syftar till att klargöra innebörden och räckvidden av artikel 27 i förordning nr 40/94, ska det först fastställas vad som avses med begreppet ansökningsdag i den mening som avses i den bestämmelsen.

38. Det ska inledningsvis konstateras att Pariskonventionen inte innehåller några materiella bestämmelser om kraven vid ingivande av en ansökan, utan att det tvärtom, i artikel 4 A.2, anges att bedömningen av en ansökans eventuella behörighet ska fastställas enligt den nationella lagstiftningen i respektive unionsland eller genom bilaterala eller multilaterala avtal mellan dessa. Även om det i konventionen anges att de konventionsslutande staterna bildar en union för industriellt rättsskydd, innehåller den flera bestämmelser som ålägger eller tillåter nämnda stater att lagstifta inom området industriell äganderätt. [15]

39. Förordning nr 40/94 innehåller däremot en särskild bestämmelse om ingivande av ansökan om gemenskapsvarumärke. I artikel 27 i förordningen föreskrivs att ansökningsdag för en ansökan om ett gemenskapsvarumärke ska vara den dag då handlingarna som innehåller de uppgifter som anges i artikel 26.1 getts in till harmoniseringsbyrån av sökanden eller, om ansökan har getts in till det centrala organet i en medlemsstat eller till Benelux varumärkesbyrå, till detta organ, under förutsättning att ansökningsavgiften betalats senast en månad efter ingivandet av ovan nämnda handlingar. [16]

40. Artikel 27 i förordning nr 40/94 innehåller således inte någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar.

41. Enligt fast rättspraxis följer det såväl av kravet på en enhetlig tillämpning av unionsrätten som av likhetsprincipen, att en bestämmelse i unionsrätten som inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar för att bestämma dess innebörd och tillämpningsområde normalt ska ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela Europeiska unionen, med beaktande av bestämmelsens sammanhang och det mål som eftersträvas med den aktuella lagstiftningen. [17]

42. Inom ramen för registrering av ett gemenskapsvarumärke ska registreringar av äldre nationella varumärken beaktas som rättsligt relevanta omständigheter, vilka i unionsrätten tillskrivs bestämda rättsverkningar.

43. Av det ovanstående följer att harmoniseringsbyrån inte är skyldig att ställa samma krav och göra samma bedömning som den behöriga varumärkesmyndigheten i det land där varumärket ursprungligen registrerats, eller att registrera det sökta varumärket på grundval av beslut om registrering som fattats av nationella patent- och varumärkesmyndigheter. [18]

44. Jag anser följaktligen att fastställandet av ansökningsdagen för ett gemenskapsvarumärke är en fråga som uteslutande regleras av unionsrätten, vilken i detta hänseende beaktar relevanta internationella konventioner. Eftersom förordning nr 40/94 inte innehåller någon definition av begreppet ansökningsdag, ska begreppets räckvidd och innebörd sökas i förordningen.

C – *Ansökningsdag inom ramen för målet vid den nationella domstolen*

45. Innan jag inleder min analys av nyckelbegreppet i förevarande förfarande måste jag påpeka den osäkerhet som, vid en genomläsning av begäran om förhandsavgörande, förefaller råda kring en av de

15 — Bodenhausen, G.H.C., *Guide d'application de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, BIRPI, 1969, s. 11.

16 — Det ska påpekas att principen om en enda internationell ansökan, som dock grundar sig på registrering av varumärket i ursprungslandet, infördes genom Madridöverenskommelsen av den 14 april 1891 och genom Madridprotokollet av den 27 juni 1989 om den internationella registreringen av varumärken. Se Sabatier, M., *Pratique de la marque internationale*, sidorna 5–7.

17 — Se, bland annat, dom av den 6 februari 2003 i mål C-245/00, SENA (REG 2003, s. I-1251), punkt 23, och av den 21 oktober 2010 i mål C-467/08, Padawan (REU 2010, s. I-0000), punkt 32.

18 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 oktober 2007 i mål C-238/06 P, Develey mot harmoniseringsbyrån (REG 2007, s. I-9375), punkterna 71–73, och tribunalens dom av den 17 december 2010 i mål T-395/08, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli mot harmoniseringsbyrån (REU 2010, s. II-0000).

faktiska omständigheter som är av central betydelse i målet vid den nationella domstolen, nämligen fastställandet av ansökningsdagen för varumärkena i fråga. [19]

46. Av begäran om förhandsavgörande framgår att de båda ansökningarna om gemenskapsordmärkena RIZO och RIZO, EL ERIZO ingavs på elektronisk väg till harmoniseringsbyrån den 12 december 2003. Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i om dagen för överföring på elektronisk väg ska betraktas som giltig ansökningsdag för de båda gemenskapsvarumärkena.

47. Av begäran om förhandsavgörande framgår att Génesis överklagande av den spanska patent- och varumärkesbyråns beslut avslogs genom dom av Tribunal Superior de Justicia de Madrid, med den huvudsakliga motiveringen att ansökningsdagen för de motstående gemenskapsvarumärkena var den 7 februari 2004, den dag då handlingarna faktiskt ingavs, och inte den 12 december 2003, den dag då ansökan ingavs på elektronisk väg.

48. Det ska i detta sammanhang påpekas att harmoniseringsbyrån tillhandahåller användarna en tjänst för elektronisk ansökan (e-ansökan), så att de kan lämna in sina ansökningar om gemenskapsvarumärken via Internet. Denna tjänst har flera fördelar, bland annat lämnas ett kvitto som visar ansökningsdagen i den mening som avses i artikel 27 i förordning nr 40/94.

49. Mot bakgrund av ordalydelsen i denna bestämmelse ska det erinras om att som ansökningsdag, i den mening som avses i artikel 27 i förordningen, betraktas den dag då en ansökan har getts in på elektronisk väg med bifogande av alla de handlingar som krävs enligt förordning nr 40/94, under förutsättning att ansökningsavgiften betalats inom en månad. Harmoniseringsbyrån tillhandahåller de tekniska medel som krävs för att berörda parter ska kunna bifoga nödvändiga handlingar. [20]

50. För det fallet att man på elektronisk väg endast inger en enkel ansökan om registrering, utan att bifoga nödvändiga handlingar, är däremot ansökningsdagen i den mening som avses i artikel 27 i förordning nr 40/94 den dag då samtliga nödvändiga handlingar faktiskt inges till harmoniseringsbyrån. Detta är således ett senare datum än den dag då ansökan ingavs på elektronisk väg.

51. För tillämpningen av begreppet ansökningsdag i den mening som avses i artikel 27 i förordning nr 40/94 ankommer det således på den hänskjutande domstolen att kontrollera vilken dag Génesis faktiskt ingav samtliga nödvändiga handlingar avseende ansökningarna om registrering samt vilken dag ansökningsavgiften betalades.

52. Först efter att denna aspekt har behandlats är det nu lämpligt att gå in på de närmare tidsmässiga aspekter som den hänskjutande domstolen har hänvisat till.

D – *Beaktande av timme och minut inom ramen för tillämpningen av begreppet ansökningsdag i den mening som avses i förordning nr 40/94*

53. Genom sin fråga vill den hänskjutande domstolen i huvudsak få klarhet i huruvida det är möjligt att för tillämpningen av artikel 27 i förordning nr 40/94 beakta timme och minut för ingivandet av en ansökan om registrering, eftersom dessa faktorer kan bidra till att fastställa en eventuell prioritet i förhållande till ett nationellt varumärke för vilken en ansökan om registrering ingetts samma dag. I den spanska lagstiftningen fastställs, i det fallet att ansökningsdagen är densamma för två ansökningar, ett varumärkes prioritet beroende på timme och minut för ingivandet.

19 — I begäran om förhandsavgörande sägs inget definitivt om denna faktiska omständighet, och yttrandena från Génesis är inte helt entydiga på denna punkt. Europeiska kommissionen är ensam om att till sina skriftliga yttranden ha bifogat handlingar som talar för att ansökningsdagen var den 12 december 2003.

20 — Se http://oami.europa.eu/help/html/help_sv.html. Det förefaller som om harmoniseringsbyrån inte officiellt registrerar timme och minut för ingivandet av ansökan. De preciseringar som den hänskjutande domstolen har gjort i detta hänseende grundar sig således inte på uppgifter registrerade av harmoniseringsbyrån. Timme och minut för ingivandet anges för övrigt varken i Bulletinen för gemenskapsvarumärken (http://oami.europa.eu/bulletin/ctm/ctm_bulletin_en.htm) eller i harmoniseringsbyråns databas (CTM-online).

54. Denna fråga avser således prioritetsprincipen, enligt vilken en äldre rättighet ger möjlighet att invända mot alla senare motstående kännetecken. [21] Det invändningsförfarande som Génesis inlett på grundval av den nationella lagstiftningen syftar således till att fastställa att bolagets båda gemenskapsvarumärken är äldre varumärken i den mening som avses i den nationella lagstiftningen, i vilken begreppet äldre varumärke definieras på samma sätt som i förordning nr 40/94. [22]

55. Bedömningen av begreppet ansökningsdag varierar avsevärt mellan de parter som yttrat sig i förevarande förfarande. I likhet med den spanska och den italienska regeringen samt kommissionen anser jag att timme och minut för ingivandet av en ansökan om gemenskapsvarumärke inte är relevant för tillämpningen av artikel 27 i förordning nr 40/94. Med ansökningsdag avses enligt min åsikt endast en kalenderdag. En kalenderdag motsvarar tiden från midnatt till midnatt en viss månad och ett visst år enligt den gregorianska kalendern eller en motsvarande dag i övriga kalendersystem. [23] En kalenderdag kan således vara densamma trots att realtiden varierar beroende på tidszonerna. [24]

56. Det finns flera faktorer som enligt min åsikt talar för denna tolkning.

57. För det första tillämpas inom ramen för Pariskonventionens system, i vilken alla medlemsstater är parter, ”dag” i betydelsen en enda dag eller kalenderdag som basenhet för beräkningen. Huruvida en ansökan gjorts i vederbörlig ordning bedöms dock inte enbart mot bakgrund av denna faktor. En ansökan anses ha getts in när den, i enlighet med den nationella lagstiftningen i det land där den har gjorts, har ingetts med iakttagande av formkraven och när den, även om den är ofullständig eller felaktigt utformad, räcker för att fastställa ansökningsdagen. [25]

58. Det ska i detta sammanhang betonas att införandet av denna basenhet för beräkningen hade ett nära samband med den så kallade konventionsprioritet som infördes genom Pariskonventionen och som innebär att den som, inom sex månader räknat från ingivandet av ansökan om varumärket i ursprungslandet ger in en ansökan om varumärke i ett annat land, i det landet omfattas av skydd från och med den dag när skydd erhölls i ursprungslandet. [26] Enligt artikel 4 C.2 i konventionen löper fristen på sex månader från tidpunkten för ingivande av den första ansökningen, och dagen för ingivandet medräknas ej i fristen. Timme och minut för ingivandet saknar således relevans vid beräkning av prioritetsfristen. [27]

59. Förordning nr 40/94 innehåller särskilda bestämmelser som följer konventionens system. Enligt artikel 29 medges således prioritet för registreringar som sökts i någon av de stater som är parter i konventionen eller i någon av de stater som ingått avtalet om upprättande av

21 — Enligt artikel 6 i lag nr 17/2001 om varumärken får ett kännetecken inte registreras om det är identiskt med ett äldre varumärke, eller om det finns en risk för förväxling. Se artiklarna 4.1 och 5.1 i direktiv 89/104.

22 — Se artikel 8.2 i förordning nr 40/94.

23 — Se artikel 4.2 i rådets förordning (EEG, Euratom) nr 1182/71 av den 3 juni 1971 om regler för bestämning av perioder, datum och frister (EGT L 124, s. 1; svensk specialutgåva, område 1, volym 1, s. 71), där det anges att ikraftträdande eller början av giltighet eller tillämpning av rådets eller kommissionens rättsakter eller bestämmelser i dessa rättsakter som har fastställts till ett bestämt datum ska inträda vid början av den första timmen på den dag som infaller på detta datum. Se förstainstansrättens dom av den 20 juni 2001 i mål T-146/00, Ruf och Stier mot harmoniseringsbyrån (figurmärket DAKOTA) (REG 2001, s. II-1797), punkterna 23, 27 och 55.

24 — Vilket framgår till exempel vid firandet av nyår i hela världen.

25 — Enligt artikel 4 A.3 i Pariskonventionen avses i konventionen med *behörig nationell ansökan* varje ansökan, som gör det möjligt att fastställa den dag då ansökningen ingivits i ifrågavarande land. Se Bodenhausen, G.H.C., *Guide d'application de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, BIRPI, 1969, s. 42.

26 — I artikel 4 i Pariskonventionen föreskrivs en tidsfrist på sex månader under vilken den som ansökt om ett varumärke i ett unionsland får ansöka om samma varumärke i övriga unionsländer, utan att denna eller dessa senare ansökningar påverkas av eventuella ansökningar med samma ämne vilka inges av tredje man. Den som ansöker om ett varumärke får således genom rätten till prioritet en tidsbegränsad immunitet mot ansökningar om samma varumärke som tredje man kan komma att lämna in under prioritetsfristen. Se förstainstansrättens dom av den 15 november 2001 i mål T-128/99, Signal Communications mot harmoniseringsbyrån (TELEYE) (REG 2001, s. II-3273), punkterna 36–40.

27 — När det gäller beräkningen av prioritetsfristen tillämpas på internationell nivå samma sätt att räkna även avseende patent (dagen för ingivande av den första ansökan medräknas inte i fristen). (Se regel 2.4 i tillämpningsföreskrifterna: http://www.wipo.int/pct/fr/texts/rules/r2.htm#_2_4).

världshandelsorganisationen.[28] Prioritetsrätten innebär att de rättigheter som är knutna till ett gemenskapsvarumärke anses inträda från och med prioritetsdagen, det vill säga dagen för ingivandet av den nationella ansökan.[29]

60. Jag anser följaktligen att det inte är möjligt att ytterligare precisera begreppet ansökningsdag i artikel 27 i förordning nr 40/94. Det förefaller mig särskilt omöjligt, eftersom detta begrepp redan från början tilldelats en exakt funktion inom ramen för tillämpningen av den ovannämnda prioritetsprincipen, inte endast på unionsnivå, utan även för tillämpningen av internationella regler om varumärkesregistreringars rättsverkningar. Det ska erinras om att det äldre varumärket även kan vara skyddat genom en internationell registrering.[30]

61. På harmoniseringsbyråns webbplats anges förvisso att ansökningsdagen är den dag då de handlingar som avses i artikel 26 inges till harmoniseringsbyrån, centraleuropeisk tid (GMT +1).[31] Jag anser emellertid att uppgiften om tid endast tjänar till att fastställa datum för ingivandet till harmoniseringsbyrån och inte till att bevilja tidsmässig prioritet baserad på timme och minut för ingivandet.

62. Denna åsikt bekräftas även av en bokstavstolkning av artikel 27 i förordning nr 40/94 där endast ”dag” avses. I regel 5 i genomförandeförordning nr 2868/95 anges dessutom endast att harmoniseringsbyrån ska märka de dokument som ingår i ansökan med datum för mottagande och ärendenummer för ansökan. Byrån ska utan dröjsmål förse sökanden med ett kvitto som åtminstone ska innefatta ärendenumret samt datumet för mottagande.

63. För det andra styrks tolkningen att timme och minut för ingivandet inte ska beaktas även av unionslagstiftningens ändamål och art. Som jag redan har angett ovan i punkterna 30–34 och 39–43 var målet med förordning nr 40/94 inte att tillnärma medlemsstaternas lagstiftning, utan att inrätta en enhetlig industriell äganderätt som gäller i hela unionen. Framför allt med hänsyn till den självständiga karaktären hos de unionsrättsliga begrepp som används i förordning nr 40/94 kan rättsliga lösningar som antagits i nationell rätt inte beaktas vid en tolkning av systemet med gemenskapsvarumärken. Som kommissionen med rätta har angett bekräftas detta synsätt av artikel 14 jämförd med artikel 97 i förordningen, av vilka det framgår att tillämpligheten av nationell rätt är begränsad till frågor som inte omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 40/94.

64. För det tredje ska relevansen av artikel 32 i förordning nr 40/94 betonas, i vilken det föreskrivs att en ansökan om gemenskapsvarumärke i medlemsstaterna ska likställas med en nationell ansökan om varumärke, för att, vid behov, den rätt som är förenad med ansökan om gemenskapsvarumärke ska kunna fastställas. I denna artikel hänvisas endast till ansökningsdag.

65. Som den spanska regeringen har påpekat ändrar artikel 32 i förordning nr 40/94 – i vilken det anges att en ansökan om gemenskapsvarumärke, för vilken det fastställs en ansökningsdag, i medlemsstaterna ska likställas med en i vederbörlig ordning gjord nationell ansökan – inte det gemenskapsrättsliga begreppet ansökningsdag och förutsätter inte heller en subsidiär tillämpning av den nationella rätten, utan tillerkänner endast de ansökningar om gemenskapsvarumärke som inges till harmoniseringsbyrån samma rättsliga värde som ansökningar som inges till nationella myndigheter. Om domstolen trots ordalydelsen i artikel 27 i förordning nr 40/94 skulle välja en extensiv tolkning av denna bestämmelse, skulle detta innebära att alla de som ansöker om varumärke måste registrera dem vid

28 — Rätten till prioritet uppkommer genom en varumärkesansökan som tidigare givits in i någon av de ovannämnda staterna. Rätten är självständig såtillvida att den är oberoende av utgången av ansökningsförfarandet. Rätten till prioritet är en väsentlig del av en ansökan om gemenskapsvarumärke när denna åtföljs av ett yrkande om prioritet, eftersom en viktig egenskap bestäms genom denna rätt. Den dag den föregående ansökan gavs in anses nämligen vara ansökningsdag när det ska fastställas vilka rättigheter som har prioritet. Se domen i målet Signal Communications mot harmoniseringsbyrån (ovan fotnot 27).

29 — Om nödvändiga krav är uppfyllda träder gemenskapsvarumärket i kraft retroaktivt på ansökningsdagen för det sökta varumärket. Bonet, G., ”La marque communautaire” (ovan fotnot 11).

30 — Se artikel 8.2 a iii i förordning nr 40/94 samt artikel 8.2 a iv i förordning nr 207/2009, som avser varumärken som blivit föremål för en internationell registrering med rättsverkan i gemenskapen.

31 — http://oami.europa.eu/ows/rw/pages/QPLUS/forms/electronic/fileApplicationCTM.fr.do

harmoniseringsbyrån i syfte att säkerställa deras prioritetsrätt inte endast i förhållande till andra nationella varumärken, men även i förhållande till andra gemenskapsvarumärken, vilket skulle strida mot principen att gemenskapsvarumärket inte ersätter de nationella varumärkena.

66. Slutligen är det viktigt att påpeka att det finns flera praktiska svårigheter förenade med att inom ramen för systemet med gemenskapsvarumärken tillämpa prioritetsrätt i realtid i stället för begreppet kalenderdag.

67. Den omständigheten att det finns flera tidszoner i unionen verkar för närvarande göra det omöjligt att fastställa prioritet för gemenskapsvarumärken i realtid. Europa sträcker sig nämligen över fyra olika tidszoner. [32]

68. Med hänsyn till denna mångfald skulle det, om timme och minut för ingivandet av en ansökan om varumärke beaktades, vara nödvändigt att fastställa en regel för tidsval mellan de olika nationella systemen. Det kan inte uteslutas att prioritet i realtid även skulle orsaka en viss förvirring till följd av mångfalden av kommunikationsmedel samt deras varierande kvalitet i medlemsstaterna. [33] För att undvika förvirring skulle inte endast timme och minut för ansökan behöva registreras, utan det skulle även behöva säkerställas att de nationella myndigheternas datasystem exakt följer atomtid eller universell tid. [34]

69. I stället för problemet med ansökningsdag skulle man således få en diskussion om nominella tidsenheter, eller till och med realtidsenheter. Till exempel motsvarar den 1 januari klockan 00.30 i Finland i realtid den 31 december klockan 23.30 i de flesta medlemsstaterna.

70. I flera medlemsstater finns förvisso möjlighet att göra en elektronisk ansökan. [35] Jag anser emellertid att man bör skilja mellan möjligheten att göra en elektronisk ansökan och inrättandet av ett system med prioritet i realtid. Om harmoniseringsbyrån eller vissa medlemsstater införde möjligheten att göra en elektronisk ansökan i syfte att modernisera och underlätta tillgången till industriellt rättsskydd, skulle detta inte nödvändigtvis innebära att timme och minut för ingivandet av ansökan beaktades vid fastställandet av vilket varumärke som har prioritet. [36]

71. Jag anser följaktligen att det inte är möjligt att beakta timme och minut vid fastställandet av vilket varumärke i den mening som avses i artikel 27 i förordning nr 40/94 som är äldre, utan att det först har inrättats ett enhetligt system i hela unionen för administrativa förfaranden vid elektronisk ansökan om gemenskapsvarumärken och nationella varumärken. Det skulle även förutsätta att systemet med universell tid tillämpades, vilket skulle kräva en fullständig harmonisering av EU-staternas lagstadgade tidssystem. Ett sådant system måste naturligtvis inrättas genom unionslagstiftningen och medlemsstaternas nationella lagstiftning [37] och kan inte införas genom rättspraxis.

32 — Se Europarådets rekommendation nr 1432 (1999) om iakttagande av systemet med tidszoner i Europa på adressen http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta99/frec1432.htm#1. För att jämföra tidszonerna se http://europa.eu/travel/time/index_fr.htm#tzone.

33 — I detta sammanhang räcker det att påpeka att det i begäran om förhandsavgörande anges att ansökningarna lämnades in klockan 11.52 respektive 12.13, medan det i den spanska patent- och varumärkesbyråns beslut anges att ansökningarna lämnades in klockan 11.31.

34 — Kalendertiden bestäms numera med hjälp av atomur och kallas koordinerad universell tid (UTC). En UTC-dag är omkring 0,9 sekunder längre än genomsnittsdagen.

35 — Enligt mina icke-uttömmande efterforskningar finns denna möjlighet i följande länder: Konungariket Belgien, Republiken Tjeckien, Konungariket Danmark, Konungariket Spanien, Republiken Frankrike, Storhertigdömet Luxemburg, Konungariket Nederländerna, Republiken Portugal, Republiken Finland, Konungariket Sverige och Förenade kungariket Storbritannien och Nordirland. Se http://www.wipo.int/directory/en/urls.jsp.

36 — När det gäller att fastställa prioritet i förhållande till ett annat gemenskapsvarumärke eller nationellt varumärke är det till exempel, med hänsyn till de nationella varumärkesmyndigheternas begränsade öppettider, fullständigt tänkbart att en elektronisk ansökan som ges in klockan 23.00 inte registreras i realtid, utan registreras samma dag eller följande dag. Som jag betonade ovan i fotnot 20 verkar det inte som om harmoniseringsbyrån officiellt registrerar timme och minut för ingivandet av varumärkesansökningar.

37 — Ansträngningar har gjorts för att uppnå en enhetlig tid, bland annat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/84/EG av den 19 januari 2001 om bestämmelser beträffande sommartid (EGT L 31, s. 21), där det föreskrivs att klockan ska ställas fram med 60 minuter jämfört med resten av året i alla medlemsstater klockan 01.00 universell tid den sista söndagen i mars. Det ska även påpekas att inom ramen för Madridöverenskommelsen och Madridprotokollet tillämpas noggranna regler om tidpunkten för ansökan (regel 4 i den gemensamma förordningen om tillämpningsföreskrifter till Madridöverenskommelsen om den internationella registreringen av varumärken och protokollet till överenskommelsen, med titeln ”Beräkning av tidsfrister” som finns tillgänglig på följande adress: http://www.wipo.int/madrid/fr/legal_texts/common_regulations.htm#rule_4). Uppgift om exakt klockslag för ingivandet finns inte med bland de officiella uppgifter som ska anges på ansökan vid ingivandet. När överföringen beroende på tidsskillnaden inletts på ett annat datum än det datum då den mottagits, ska enligt instruktion 11 om elektroniska meddelanden (Administrativa instruktioner för tillämpningen av Madridöverenskommelsen om den internationella registreringen av varumärken och protokollet till överenskommelsen) som finns tillgängligt på följande adress: http://www.wipo.int/madrid/fr/legal_texts/admin_instructions.htm#P81_4630, det förstnämnda datumet betraktas som det datum då överföringen mottagits av den internationella byrån. Se Sabatier, M., *Pratique de la marque internationale*, s. 26.

72. Det ska i detta sammanhang även påpekas att artikel 27 i förordning nr 207/2009 om gemenskapsvarumärken har samma ordalydelse när det gäller ansökningsdag som motsvarande artikel i förordning nr 40/94, som är föremål för tolkningsfrågan i förevarande mål. Unionslagstiftaren har således fortfarande inte gjort några preciseringar beträffande tid och minut för ingivandet av ansökan.

73. Jag ska även påpeka att det i förordning (EG) nr 6/2002 [38], när det gäller ansökningsdag för en ansökan om en registrerad gemenskapsformgivning, inte heller föreskrivs något om att uppgift ska lämnas om timme och minut. Enligt nämnda förordning ska den som har lämnat in en ansökan om registrering av en gemenskapsformgivning åtnjuta prioritet på vissa villkor. Detta innebär att prioritetsdagen anses motsvara den dag då ansökan om registrering av gemenskapsformgivningen ingavs. [39]

74. Mot bakgrund av det ovan anförda följer att om det godtas dels att ansökningarna om varumärke ingavs på samma dag, dels att timme och minut för ingivandet inte ska beaktas, kan båda de ifrågavarande varumärkena i princip registreras. I detta fall uppkommer frågan om samexistens mellan det nationella varumärket och gemenskapsvarumärket.

E – *Samexistens av varumärken på marknaden*

75. Samexistens av två konkurrerande registrerade identiska varumärken är en välkänd och ibland oundviklig företeelse inom Europeiska unionen. Denna situation är utan tvekan otillfredsställande och beror på de många olika nationella systemen för skydd av varumärken samt mångfalden av olika företag som innehar varumärken.

76. Det ska påpekas att denna samexistens kan påverka utgången av ett invändningsförfarande eller en ansökan om ogiltighetsförklaring av ett varumärke. Resultatet varierar beroende på om det rör sig om samexistens av motstående varumärken, eller av ett äldre varumärke och varumärken som inte tillhör innehavaren av gemenskapsvarumärket utan tillhör tredje man. Samexistens kan således drabba innehavaren av den äldre rättigheten eller också överenskommas mellan parterna genom avtal. [40]

77. För att lösa denna situation kan de båda innehavarna ingå ett avtal om samexistens i syfte att förhindra eventuella konflikter. [41] Ländernas nationella lagstiftning innehåller även särskilda lösningar, såsom principen om samtidig användning i god tro, vilkas lagenlighet ur unionsrättslig synvinkel förefaller tveksam. [42]

78. Som kommissionen har betonat i sina yttranden har samexistens varit en känd företeelse alltsedan systemet med gemenskapsvarumärken inrättades, eftersom harmoniseringsbyrån den 1 april 1996, den dag då det blev möjligt att registrera gemenskapsvarumärken, registrerade alla de varumärken för vilka ansökan om registrering hade ingetts i förväg. [43]

38 — Rådets förordning (EG) nr 6/2002 av den 12 december 2001 om gemenskapsformgivning (EGT L 3, 2002, s. 1).

39 — Enligt regel 2 (punkt 2.4 a) i tillämpningsföreskrifterna till konventionen om patentsamarbete (PTC) (texten finns på adressen http://www.wipo.int/pct/fr/texts/rules/r2.htm#_2_4) ska dagen för ingivande av den första ansökan inte medräknas i prioritetsfristen. Vidare föreskrivs särskilda regler för det fallet att fristen löper ut en arbetsdag eller en helgdag (se regel 80, punkt 80.5 på adressen http://www.wipo.int/pct/fr/texts/rules/r80.htm#_80_5).

40 — Folliard-Monguiral, "Conditions et effets de la coexistence de marques en droit communautaire", *Propriété industrielle n° 9*, september 2006, studie 24.

41 — Elsmore, M.J., "Trade Mark Coexistence Agreements: What is all the (lack of) fuss about?", *SCRIPT-ed*, volym 5, utgåva 1, april 2008. Ett sådant avtal är emellertid inte alltid relevant för att bedöma risken för förväxling, se förstainstansrättens dom av den 6 november 2007 i mål T-90/05, Omega mot harmoniseringsbyrån – Omega Engineering (Ω OMEGA), punkt 49.

42 — Se generaladvokaten Trstenjaks förslag till avgörande i det ovannämnda målet C-482/09, där generaladvokaten anmodade domstolen att slå fast att artikel 4.1 a i direktiv 89/104 utgör hinder mot en långvarig period av samtidig användning i god tro av två olika varumärkesinnehavare av två identiska varumärken för identiska varor.

43 — Se förstainstansrättens dom av den 19 oktober 2006 i de förenade målen T-350/04-T-352/04, Bitburger Brauerei mot harmoniseringsbyrån - Anheuser-Busch (BUD) (REG 2006, s. II-4255).

79. Möjligheten att registrera identiska varumärken för samma varor eller tjänster med samma prioritetsdag har under alla omständigheter alltid existerat inom ramen för de system som grundar sig på Pariskonventionen. Samexistens utgör således en oskiljaktig, om än en föga önskvärd, del av begreppet varumärke.

V – Förslag till avgörande

Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar den fråga som ställts av Tribunal Supremo enligt följande:

Artikel 27 i rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken utgör på unionsrättens nuvarande stadium hinder för att utöver ansökningsdagen för en ansökan om gemenskapsvarumärke även beakta timme och minut för ingivandet av ansökan.