FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 6. november 2001 [1]

1. Det spørgsmål, som Bundespatentgericht (Tyskland) har forelagt, vedrører fortolkningen af artikel 2 i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker [2] (herefter »første direktiv«).

2. Bundespatentgericht anmoder Domstolen om en fortolkning af begrebet »tegn, der kan gengives grafisk« i første direktivs artikel 2.

Den forelæggende ret ønsker nærmere bestemt oplyst, om tegn, der — som f.eks. dufte — ikke umiddelbart kan gengives grafisk, og som følgelig ikke kan opfattes med øjet, men som ved hjælp af andre midler kan gengives visuelt, kan udgøre et varemærke. Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende, ønsker den tyske ret oplyst, hvilke krav den grafiske gengivelse af et duftmærke skal opfylde.

I — Retsforskrifter

1. *Fællesskabsretten: første direktiv*

3. Første direktiv har 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. Direktivet har imidlertid kun til formål at gennemføre en delvis harmonisering af lovgivningerne, og fællesskabslovgiver regulerer således kun visse aspekter vedrørende varemærker, der erhverves ved registrering [3].

4. Første direktivs artikel 2 har følgende ordlyd:

»Et varemærke kan bestå af alle tegn, der kan gengives grafisk, navnlig ord, herunder

1 — Originalsprog: spansk.

2 — EFT 1989 L 40, s. 1.

3 — Jf. første, tredje, fjerde og femte betragtning til første direktiv.

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.«

5. Artikel 3 bestemmer følgende:

»1. 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

[...]«

2. *Den tyske lovgivning*

6. Med henblik på at gennemføre første direktiv i national ret vedtog den tyske lovgiver den 25. oktober 1994 en lov ved navn Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichnungen [4] (den tyske lov om beskyttelse af varemærker og andre kendetegn).

7. I denne lovs § 3, stk. 1, defineres tegn, der kan udgøre et varemærke, på denne måde:

»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.«

8. Lovens § 8, stk. 1, bestemmer følgende:

»Tegn efter § 3 er udelukket fra registrering, såfremt de ikke kan gengives grafisk.«

4 — BGBl. 1994 I, s. 3082.

II — De faktiske omstændigheder i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

9. Ralf Sieckmann indgav en ansøgning til Deutsches Patent- und Markenamt (den tyske patent- og varemærkemyndighed) om registrering af et »duftmærke« som kendetegn for tjenesteydelserne i klasse 35, 41 og 42 [5]. Dette duftmærke består af:

»det kemisk rene stof methylcinnamat (= kanelsyremethylester [6]), hvis strukturformel er afbildet nedenfor. Prøver på dette duftmærke kan fås på de lokale laboratorier (se Deutsche Telekom AG's gule sider) eller f.eks. fra firmaet E. Merck i Darmstadt.

C_6H_5-CH = CHCOOCH$_3$«

10. Såfremt denne beskrivelse ikke skulle opfylde kravene til ansøgningen efter den tyske varemærkelovs § 32, erklærede ansøgeren sig indforstået med aktindsigt i det deponerede mærke i henhold til varemærkelovens § 62, stk. 1, og § 48, stk. 2, i gennemførelsesbekendtgørelsen til varemærkeloven [7].

11. Ansøgeren indleverede desuden en beholder med en duftprøve og anførte, at duften sædvanligvis vil kunne beskrives som balsamisk-frugtig med et let anstrøg af kanel.

12. Undersøgelsesafdelingen for klasse 35 afviste ansøgningen om registrering af to grunde. For det første er der tale om et tegn, som ikke kan udgøre et varemærke, og som ikke kan gengives grafisk (den tyske varemærkelovs § 3, stk. 1, og § 8, stk. 1), og for det andet savner tegnet det fornødne særpræg (samme lovs § 8, stk. 2, nr. 1).

13. Ralf Sieckmann var utilfreds med denne afgørelse, hvorfor han anlagde sag ved Bundespatentgericht. Retten er af den opfattelse, at dufte abstrakt set er egnede til at adskille en virksomheds varer fra andre virksomheders, men den er i tvivl med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt et duftmærke kan opfylde det i første direk-

5 — Klasse 35: Annonce- og reklamevirksomhed, bistand ved forretningsledelse, forretningsadministration, bistand ved varetagelse af kontoropgaver.
Klasse 41: Uddannelse, undervisningsvirksomhed, underholdningsvirksomhed, sportsarrangementer og kulturelle arrangementer.
Klasse 42: 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, tjenesteydelser, der ikke kan henføres til andre klasser.

6 — Ester er en kemisk forbindelse, som opstår, når et brintatom i en organisk eller uorganisk syre erstattes med alkoholradikaler.

7 — BIPMZ Sonderheft, 1994, s. 156 ff.

tivs artikel 2 fastsatte krav om, at mærket skal kunne gengives grafisk. Retten har forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål, idet den finder, at dens afgørelse af tvisten i hovedsagen afhænger af fortolkningen af dette krav:

»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?«

III — Gennemgang af det præjudicielle spørgsmål

14. Domstolen er i denne sag forelagt et både interessant og vigtigt spørgsmål, nemlig om en duft kan registreres som varemærke, og hvilke betingelser der i givet fald skal være opfyldt.

15. Den undersøgelse, jeg i de følgende punkter skal foretage med henblik på at foreslå en besvarelse af det præjudicielle spørgsmål, bør tage udgangspunkt i begrebet varemærke på grundlag af en analyse af dets forskellige funktioner. Dernæst vil jeg se mig nødsaget til at bevæge mig væk fra det rent juridiske område for at fordybe mig i spørgsmål, som ikke har med jura at gøre, for til sidst at vende tilbage til juraen med den indsigt, der er nødvendig, for at jeg kan tage stilling til spørgsmålet, om en duft kan registreres som varemærke og dermed være omfattet af de regler, som

ifølge Fællesskabets retsorden gælder for denne type immaterialrettigheder.

1. *Varemærkets funktioner — Varemærker som kommunikationsmiddel*

16. Varemærket er et tegn [8], som har til formål at adskille en virksomheds varer og tjenesteydelser fra andre virksomheders. Dette fremgår klart af første direktivs artikel 2 [9].

17. Adskillelsesevnen er nødvendig, hvis forbrugeren eller den endelige bruger skal kunne vælge frit mellem de mange forskellige muligheder, han har [10], og således styrke den frie konkurrence på markedet. I første direktiv gives der udtryk for en tilsvarende opfattelse i første betragtning. Heri anføres det, at den med direktivet tilstræbte harmonisering skal fjerne de hindringer for de frie varebevægelser og den frie udveksling af tjenesteydelser og navnlig den frie konkurrence, som opstår på grund af forskellighederne i medlemsstaternes lovgivning. Varemærkeretten »er afgørende inden for rammerne af den ordning med loyal konkurrence, som skal gennemføres og opretholdes efter traktaten« [11], og fællesskabslovgiver har ønsket at medvirke hertil ved at harmonisere medlemsstaternes lovgivninger. Et tegn, der har fornødent særpræg, er således midlet og den frie konkurrence målet [12].

18. For at nå dette mål skal et stykke vej tilbagelægges, og denne vej går over en anerkendelse af, at varemærkeretten giver »indehaveren en helhed af rettigheder og muligheder [13], der har til formål at forbeholde indehaveren eneret til at anvende det tegn, der har fornødent særpræg, og beskytte det mod konkurrenterne,

8 — Hvilken type tegn det er, undersøges i dette forslag til afgørelse.

9 — Det samme kommer til udtryk i artikel 4 i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20.12.1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1, herefter »forordningen«). Medlemsstaternes lovgivninger ligger på linje hermed. Som eksempler herpå kan nævnes følgende: a) Tyskland: varemærkelovens § 3, stk. 1, som er gengivet ovenfor, b) Belgien, Luxembourg og Nederlandene: artikel 1 i den fælles Benelux-varemærkelov af 19.3.1962, c) Spanien: artikel 1 i lov nr. 32/1988 af 10.11.1988 om varemærker, d) Frankrig: artikel 711-1 i loven om intellektuel ejendomsret, e) Italien: artikel 16 i lovdekret nr. 480 af 4.12.1992, f) Portugal: artikel 165, stk. 1, i lov om industriel ejendomsret, godkendt ved lovdekret nr. 16/1995 af 24.1.1995, g) Det Forenede Kongerige: section 1(1) i Trade Marks Act 1994. Uden for Den Europæiske Union er varemærker ifølge Lanham Act, som siden 1946 har været den grundlæggende lovtekst vedrørende reguleringen af denne kategori af kendetegn på føderalt niveau i USA, tildelt samme funktion. I Australien bestemmer Trade Marks Act 1995 ligeledes, at varemærker har til formål at adskille en virksomheds varer og tjenesteydelser fra andre virksomheders (section 17(3)).

10 — Domstolen udtalte i sin dom af 17.10.1990 (sag C-10/89, HAG GF, Sml. I, s. 3711), at varemærkets funktion er at »garantere mærkevarens oprindelse over for forbrugeren eller den endelige bruger, som dermed sættes i stand til uden risiko for forveksling at adskille varen fra varer med en anden oprindelse« (præmis 14). Domstolen har udtalt sig i samme retning i dom af 4.10.2001, sag C-517/99, Merz & Krell, Sml. I, s. 6959, præmis 22.

11 — HAG GF-dommen, præmis 13, og Merz & Krell-dommen, præmis 21.

12 — Det er paradoksalt, at der for at sikre den frie konkurrence skabes en rettighed, som udgør en undtagelse til det almindelige princip om fri konkurrence, idet indehaveren gives eneret til at anvende bestemte tegn og angivelser. Af denne grund tillader EF-traktatens artikel 36 (efter ændring nu artikel 30 EF), at der indføres forbud eller restriktioner vedrørende indførsel, udførsel eller transit inden for Fællesskabet, hvis dette er begrundet i hensynet til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret.

13 — Som er opregnet i første direktivs artikel 5.

der ønsker at nyde godt af varemærkets stilling og omdømme« [14]. Det er det, der i Domstolens praksis kaldes »varemærkerettighedens særlige genstand« [15].

19. Varemærket skal gøre det muligt for forbrugeren at identificere varer og tjenesteydelser med hensyn til oprindelse [16] og kvalitet [17]. Begge disse funktioner er med til at give de varer, som tegnet repræsenterer, et image og et omdømme: vi taler her om varemærkets anseelse [18]. Der skal altså oprettes en dialog mellem producenten og forbrugeren. For at forbrugeren kan få kendskab til varerne, forsøger producenten at informere og — nogle gange — overbevise [19] ham. I virkeligheden er varemærket et kommunikationsmiddel [20].

20. At kommunikere er at delagtiggøre andre i, hvad vi selv ved [21]. Al kommunikation kræver derfor en afsender, en meddelelse, et middel eller en kanal til at overføre den med og en modtager, som kan tyde eller afkode den. Hvilken kode meddelelsen kan være affattet i, afhænger af, hvilken type afkoder adressaten bruger til at modtage, forstå og tilegne sig meddelelsen. Homo sapiens er således en modtager, som er i besiddelse af mange afkodere [22].

14 — Jf. punkt 31 og 32 i det forslag til afgørelse, jeg fremsatte i Merz & Krell-sagen den 18.1.2001. Indehaveren af et registreret varemærke beskyttes således, når hans kendetegn er identisk med et kendetegn, som benyttes af tredjemand, eller der er risiko for forveksling, herunder at der er mulighed for en forbindelse mellem tredjemands tegn og det registrerede varemærke (jf. første direktivs artikel 4, stk. 1, og artikel 5, stk. 1; jf. ligeledes dom af 29.9.1998, sag C-39/97, Canon, Sml. I, s. 5507, præmis 18, og af 22.6.2000, sag C-425/98, Marca Mode, Sml. I, s. 4861, præmis 34).

15 — Jf. bl.a. HAG GF-dommens præmis 14 og dom af 23.2.1999, sag C-63/97, BMW, Sml. I, s. 905, præmis 52. Forholdet mellem varemærkerettighedens »særlige genstand« og den »afgørende funktion« af denne kategori af industriel ejendomsret i Domstolens praksis er analyseret af I. de Medrano Caballero i »El derecho comunitario de marcas: la noción de riesgo de confusión«, *Revista de Derecho Mercantil*, nr. 234, oktober/december 1999, s. 1522-1524.

16 — Dette er varemærkets såkaldte afgørende funktion (Canon-dommen, præmis 28, og Merz & Krell-dommen, præmis 22). Generaladvokat Cosmas udtalte i sit forslag til afgørelse i Windsurfing Chiemsee-sagen (dom af 4.5.1999, forenede sager C-108/97 og C-109/97, Sml. I, s. 2779), at denne funktion »på den ene side [er] at individualisere en virksomheds varer og skelne dem fra andre lignende varer (mærkets adskillelsesfunktion) og på den anden side at forbinde dem med en bestemt virksomhed (garanti for varernes oprindelse)« (punkt 27). Formålet er ikke at identificere en bestemt virksomheds vare, men at identificere den som yderligere en vare med samme varemærke som andre, selv om oprindelsen er ukendt. Formålet er at sikre, at alle varer, som er fremstillet under samme varemærke, hidrører fra samme producent, uanset hvem han er. Jf. herved C. Fernández Novoa, *Fundamentos de derecho de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1984, s. 46-49, og H. Baylos Corroza, *Tratado de derecho industrial*, Civitas, 2. udgave, Madrid, 1993, s. 817.

17 — Dette er den kvalitetsangivende funktion, som tilskynder virksomhederne til at investere for at forbedre deres varer og tjenesteydelser. Virksomhederne skal »sættes i stand til på grundlag af kvaliteten af deres produkter eller tjenesteydelser at opbygge en fast kundekreds [...]« (HAG GF-dommen, præmis 13). Domstolen har udtalt sig i samme retning i Merz & Krell-dommens præmis 21.

18 — Den funktion, som komprimerer varemærkets image og omdømme.

19 — Varemærkets reklamefunktion, som er den mest kontroversielle. Jf. hvad angår varemærkets funktioner i forbindelse med de nye typer af denne form for industriel ejendomsret M.L. Llobregat, »Caracterización jurídica de las marcas olfativas como problema abierto«, *Revista de Derecho Mercantil*, nr. 227, Madrid, januar-marts 1998, s. 54-56, og M.D. Rivero González, »Los problemas que presentan en el mercado las nuevas marcas cromáticas y olfativas«, *Revista de Derecho Mercantil*, nr. 238, Madrid, oktober-december 2000, s. 1657-1664.

20 — I et indlæg med titlen *¿Cuando se convierte un signo en marca?* anførte C.H. Fezer under symposiet om EF-varemærket i Alicante i november 1999, at et varemærke er et kommunikationstegn på markedet; det fungerer som en tegnkode, som formidler kontakt mellem virksomhederne og forbrugerne (citeret af M.D. Rivero González i den ovenfor nævnte artikel).

21 — Jf. hvad angår varemærker som informationsbærere S. Maniatis, »Scents as Trademarks: Propertisation of Scents and Olfactory Property«, *Law and The Senses (Sensational Jurisprudence)*, udgivet af L. Bently og L. Flynn, Pluto-Press, London-Chicago, 1996, s. 217-235.

22 — Jf. A. Polasso, »La Comunicación inteligente«, i *Humaniora*, Göteborg universitets humanistiske fakultets hjemmeside (www.hum.gu.se), s. 61 ff.

21. Hele den menneskelige krop er en sansemodtager, og de måder, hvorpå forbrugerne genkender et tegn, kan således være lige så forskellige som menneskets sanser [23].

Uafhængigt af erfaringen kan enhver meddelelse, som kan opfattes med sanserne, udgøre en oplysning til forbrugeren og dermed et tegn, som giver et varemærke adskillelsesevne [25].

2. Tegn, som har adskillelsesevne, navnlig duftmærker

23. Der er således som udgangspunkt intet til hinder for, at varemærker udgøres af andre meddelelser end dem, der kan opfattes med øjet [26].

22. Hvis formålet med varemærket er, at forbrugeren skal kunne adskille varer og tjenesteydelser, som han tilbydes, fra andre varer og tjenesteydelser på grundlag af deres oprindelse, er der tale om en funktion, som kan opfyldes ved hjælp af ethvert af de organer, han bruger i kommunikationen med omverdenen. Tegnet, der har fornødent særpræg, kan opfattes med synet, med hørelsen, med følesansen, med lugtesansen eller sågar med smagssansen [24].

24. Selv om enhver meddelelse, som kan opfattes med en af sanserne, kan udgøre et tegn, som kan adskille en virksomheds produkter fra andre virksomheders, er

23 — Jf. »Marcas sonoras y olfativas« i tidsskriftet *Patentes y Marcas*, som udarbejdes af Henson & Co. (http://publicaciones.derecho.org/henson/5.-_Noviembre_de_1999/2). I denne fremstilling beskrives det, hvordan vi i utallige situationer i dagligdagen kan stå med ryggen til fjernsynet og uden at behøve at dreje hovedet være i stand til — ved hjælp af den musik eller kendingsmelodi, der spilles — at sige, hvilket produkt der reklameres for.

24 — J. W. von Goethe har udtrykt dette meget smukt i forordet til hans *Farvelære*: »Farverne er lysets handlinger — handlinger og lidelser [...] Farver og lys står ganske vist i det nærmeste indbyrdes forhold, men vi må forestille os dem begge som hørende til den hele natur, for det er den helt og alene, som særlig vil åbenbare sig for vort øje.
På samme måde åbner hele naturen sig for en anden sans. Lukker man øjet, men åbner, ja, skærper øret — så er det fra det svageste pust til den vildeste larm, fra den enkleste klang til den højeste harmoni, fra det heftigste, mest lidenskabelige skrig til fornuftens blideste ord kun naturen, der taler. Den åbenbarer sin tilværelse, sin kraft, sit liv og sine forhold, således at en blind, hvem uendelig meget synligt er nægtet, kan fatte noget uendeligt levende igennem øret — i det, han kan høre.
Sådan taler naturen også til andre sanser, til kendte, miskendte og ubekendte sanser. Sådan taler naturen med sig selv og til os gennem tusinde åbenbaringer [...]« (*Goethes Farvelære*, udvalgt og kommenteret af Rupprecht Matthaei, oversat fra tysk af Sv. Krogh, Hernovs Forlag, København, 1997, s. 71).

25 — M.A. Perot-Morel, »Les difficultés relatives aux marques de forme et à quelques types particuliers de marques dans le cadre communautaire«, *Rivista di diritto industriale*, årgang XLV (1996), første del, s. 247-261, særlig s. 257. Forfatteren nuancerer dog senere sin påstand hvad angår smags- og følesansen, idet hun skriver, at smags- og følemærker ikke kan opfattes uafhængigt af den genstand, de repræsenterer: Et produkts smag lærer man kun at kende ved at smage på det, og et stofs blødhed kan kun føles ved at røre ved det (s. 260). Desuden kan tegnet i disse tilfælde aldrig udgøre et varemærke, idet det mangler adskillelsesevne: smagen af æble beskriver denne frugt. En smag vil kun kunne udgøre et varemærke, hvis den ikke kan forbindes med et bestemt produkts smag; for eksempel kan smagen af æble adskille en kosmetikserie fra andre serier. I et sådant tilfælde vil det imidlertid for at opfatte kendetegnet være nødvendigt eller hensigtsmæssigt enten at smage på et æble — og så ville denne frugt udgøre tegnet — eller at prøve et kosmetisk produkt med æblesmag, og så ville kendetegnet ikke længere være smagen, men selve produktet. Det forholder sig på samme måde med følesansen, og jeg kan derfor fastslå, at kun tegn og mærker, der som visuelle mærker, lydmærker og duftmærker kan bevæge sig i rummet og opfattes uafhængigt af den genstand, de repræsenterer en kvalitet ved, kan udgøre varemærker.
Jf. hvad angår problemerne med at identificere et produkt ved hjælp af dets duft, før produktet købes, den ovenfor nævnte artikel af s. Maniatis, s. 222 og 223.

26 — M.D. Rivero González anfører i den ovenfor nævnte artikel (s. 1646), at marketingsundersøgelser viser, at salgsstimulerende elementer, som anvendes i forbindelse med produktdifferentiering, og som forbrugerne opfatter med andre sanser end synssansen, kan være meget nyttige for den kommunikation, der ønskes opnået med varemærket.

denne iboende evne dog ikke altid den samme. Det er der en meget enkel grund til: menneskets opfattelse af omverdenen afhænger af, hvilken sans, hvilket vindue hvorigennem det modtager indtrykkene fra omverdenen [27].

25. I neurofysiologien sondres der almindeligvis mellem »mekaniske« og »kemiske« sanser. De mekaniske sanser er følesansen, synssansen og høresansen, som alle er meget håndgribelige, fordi de kan relateres til begrebet form (*gestalthaft* — »vedrørende formen«), og kan beskrives nogenlunde objektivt. Beskrivelsen af de kemiske sanser, smagssansen og lugtesansen, er straks vanskeligere på grund af manglende retningslinjer for bestemmelsen af deres indhold. I den vestlige kultur er lugtesansen og smagssansen, og desuden følesansen, skudt i baggrunden. Ifølge Platon og Aristoteles giver disse sanser en mindre ren og ophøjet nydelse end synssansen og høresansen. I oplysningstidens Europa blev de hos Kant fremstillet som utaknemmelige, og Hegel anså dem for ikke at kunne give et virkeligt kendskab til verden og selve jeg'et. Freud og Lacan henførte dem til dyrenes verden og forbandt civilisationens udvikling med svækkelsen af disse sanser [28].

26. Når man taler om subjektivitet og objektivitet i forbindelse med sanserne, må man være forsigtig. Sanser er hverken subjektive eller objektive. I det ovenfor nævnte værk fastslår Goethe, at synet og opfattelsen af farver er relative [29]. På den anden side ved man, at beskrivelsen af et stykke musik ikke altid vil være den samme [30], den afhænger af lytteren og hans modtagelighed for følelsesindtryk. Til syvende og sidst er den, som modtager meddelelsen, et individ med egne erfaringer og en individuel opfattelsesevne. I virkeligheden bør man tale om større eller mindre fuldkommenhed i den sensoriske opfattelse og følgelig om større eller mindre nøjagtighed i beskrivelsen af det, modtageren har opfattet.

27. På dette plan ville det være vanskeligt at beskrive sanserne generelt med henblik på at fastslå, at synssansen er den mest udviklede. Det menneskelige øjes evne til at opfatte farver er lige så begrænset [31] som næsens til at bestemme lugte. Desuden kan beskrivelsen af en farve være lige så upræcis

27 — Jf. mine bemærkninger herom i fodnote 25.

28 — Jf. O. Laligant, »Des œuvres aux marches du droit d'auteur: les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher«, *Revue de recherche juridique, Droit prospectif*, 1992, nr. 1, s. 107 og 108, citeret af J.-P. Clavier, *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, udg. L'Harmattan, 1998, s. 248.

29 — »Jeg tror, at mennesket kun drømmer for ikke at ophøre med at se«, skriver han i romanen *Valgslægtskaberne*, Gyldendal, København, 1999, s. 145. Intet er mere personligt end drømme.

30 — Fortolkningen er det heller ikke.

31 — F.eks. er det meget svært ud fra et af de farvekataloger, som farvehandlerne anvender, at vælge en bestemt farve (lyserød, grøn eller blå) blandt de forskellige farvetoner (20 eller 30 på de mindre farvekort). Menneskets øje er kun i stand til uden risiko for forveksling at skelne mellem tre eller fire toner af en farve. Gennemsnitsforbrugeren kan ikke se forskel på farvetoner, som ligger meget nær hinanden eller ligner hinanden (jf. M.D. Rivero González, anført ovenfor i fodnote 19, s. 1673).

og vanskelig at foretage som beskrivelsen af en duft [32].

28. Hvad er da forskellen? Øjet kan ikke blot se farven, men også formerne [33], hvorimod næsen kun kan opfatte »lugtens farve«, men aldrig dens »ydre form« [34]. Synssansen giver en større alsidighed i opfattelsen og dermed i forståelsen. Dette er efter min opfattelse den store forskel på visuelle og — for så vidt angår sagen her — olfaktive meddelelser med hensyn til den funktion, der består i at virke påfaldende.

29. Under alle omstændigheder er det min opfattelse, at det er uden for al diskussion, at tegn, som opfattes ved hjælp af lugtesansen, abstrakt set er egnede til at opfylde en repræsentativ funktion. Hvis man ønsker at anvende et symbol for varer og tjenesteydelser med en bestemt oprindelse for at adskille dem fra varer og tjenesteydelser med en anden oprindelse, hvis man ønsker at fremkalde en erindring om en bestemt oprindelse, kvalitet, virksomhedsomdømme, er det mest hensigtsmæssigt at ty til en sans, der — som lugtesansen — har en ubestridelig og endda overbevisende evne til at genkalde erindringer [35]. D. Rivero González skiver i den ovenfor nævnte artikel [36], at undersøgelser af lugtindtryk har vist, at den olfaktive hukommelse nok er den mest udviklede hos mennesket [37]. Lugtesansen er i kraft af sin særlige funktion i nervesystemet nært forbundet med det limbiske system, som indvirker på genkaldelsen af erindringer og følelser [38]. Ifølge neurofysiologiens seneste forskningsresultater går erindringer og

32 — Det må erindres, at f.eks. kan de farvekort, som anvendes på markedet, vise op til 1 750 blandede toner (jf. M.D. Rivero González, anført ovenfor, fodnote 78, s. 1675).

33 — I »Ensayos sobre la pintura« (*Pensamientos sueltos sobre la pintura*, Tecnos, Madrid, 1988, s. 9) skrev D. Diderot, at det er tegningen, som giver skabningerne form, og farven, som giver dem liv. Forholdet mellem form og farve blev i 1975 beskrevet på en meget skematisk måde af Ch. Metz i *Lo percibido y lo nombrado* (tilgængelig på internettet på adressen www.otrocampo.com). Metz skriver, at hvis to varer i et modemagasin har samme snit, men forskellige farver, vil det være opfattelsen, at der er tale om det samme stykke tøj i to forskellige farvetoner, eftersom kulturen indestår for genstandens (formens) bestandighed, og sproget bekræfter den: kun attributtet er ændret. Hvis de to beklædningsgenstande har samme farve, men forskellige snit, vil ingen tænke eller sige, at butikken tilbyder »samme farvetone i to stykker tøj«, man vil snarere sige, at de »to stykker tøj har samme farvetone«. Farven er prædikatet: Der er tale om to forskellige genstande, som har samme farve.

34 — I virkeligheden giver registrering af farver og dufte som varemærke anledning til de samme problemer. Dette fremgår af ovennævnte undersøgelse af M.D. Rivero González.

35 — Patrick Süskind fortæller i *Parfumen — historien om en morder* (Lindhardt og Ringhof, Viborg, 2000) historien om en mand med en usædvanlig fin lugtesans, som i 1700-tallets Frankrig forårsager talrige dødsfald omkring sig med sine dufte, indtil han til sidst i en hårrejsende slutscene fortæres af kannibaler. Patrick Süskind skiver på side 79: »En duft kan virke mere overbevisende end ord, selvsyn, følelse og vilje. Duftens evne til at overbevise kan ikke afvises, den trænger ind som den luft, vi indånder, fylder vores lunger, fylder os helt og holdent, der findes intet middel imod den.«

36 — På s. 1677.

37 — *Le Monde* indeholdt lørdag den 7.7.2001 en meddelelse (s. 16) med overskriften »Fouiller la mémoire pour accroître l'effet des publicités«, hvoraf det fremgår, at forskere i kognitiv videnskab og neurofysiologi tilbyder marketingseksperter deres tjenester med henblik på at forbedre tilegnelsen af reklamebudskaber.

38 — Dette udtrykkes smukt i Charles Baudelaires digt »Duften«, som findes i afsnittet Spleen og ideal, i digtsamlingen *Helvedsblomsterne*, Nansensgade Antikvariat, København, 1997, s. 69:

Læser, mon du med grådigt behag
I kirkehvælvinger indsnuset har
De berusende dufte fra røgelseskar,
Den kroniske moskus i fulde drag?

Dybe fortryllelse, i hvis magi
Vi, øre, samler det svundne op!
Som elskeren, der på den elskedes krop
Plukker dén blomst, som er vild poesi.

Fra hendes rige, bølgende hår,
Som var hun et levende røgelsesoffer,
Fra dragternes lette og blødе stoffer,

En vild, utæmmelig vellugt står,
Så fuld af ungdom, spæd som en hind,
Hun lugter livsaligt af dyreskind.

følelser hånd i hånd, hvilket allerede Marcel Proust forstod [39].

30. Denne evne, som tegn, der opfattes med lugtesansen, har til at opfylde varemærkets adskillelsesfunktion, er ikke kun teoretisk. I nogle retsordener kan duftmærker registreres. USA var først på banen. Den 19. september 1990 blev der i USA registreret et varemærke bestående af en »frisk blomsterduft, som minder om røde mimoser«, som anvendes til sy- og broderitråd [40]. Hvad angår dette varemærke skal to forhold imidlertid påpeges. Det ene er, at varemærket ikke så meget består i duften som i det parfumerede produkt, uafhængigt af dets duft [41].

31. Det andet forhold, som skal påpeges, går dybere og vedrører et særligt træk ved det amerikanske system til registrering af varemærker. I modsætning til Fællesskabets og de fleste medlemsstaters retsordener, er det — for at visse tegn kan registreres som varemærke — ikke tilstrækkeligt, at de har adskillelsesevne, dette skal også være påvist i praksis gennem eksklusiv og vedvarende brug i et bestemt tidsrum (*secondary meaning*). I sådanne tilfælde erhverves retten til mærket ved brug, ikke ved registrering. Symbolet bliver til et varemærke, når forbrugerne begynder at anse det for et varemærke [42].

39 — Det fænomen, at erindringer ufrivilligt fremkaldes af bestemte sanseindtryk, som vækker mindelser om en svunden tid, er den kraft, som sætter den skabende proces i gang hos Marcel Proust i *På sporet efter den tabte tid*. Foruden den kendte episode, hvor en Madeleinekage dyppes i lindete, som berettiger og udløser romanens fortælling (S. Doubrousky, *La place de la Madeleine, Écriture et fantasme chez Proust*, Mercure de France, Paris, 1974, s. 7 ff.), beskriver forfatteren andre umiddelbare og tilfældige sanseindtryk, hvoraf den irske forfatter og Nobelprismodtager i 1969 Samuel Beckett fremhæver den mugne lugt på et offentligt toilet på Champs Élysées (Samuel Beckett, *Proust*, Arena, Fredensborg, 1965, s. 33), selv om flere andre lugtindtryk er flettet ind i Prousts værk, som f.eks. lugten af en vej, af træernes blade, duften af en blomst eller lugten i et lukket rum (J.-P. Richard, *Proust et le monde sensible*, Seuil, Paris, 1974, s. 133 og 134). Nærmere bestemt sender den hengemte lugt fra de fugtige, gamle vægge i forrummet til toilettet, hvor fortælleren venter på Françoise, en glæde igennem ham, »en solid glæde, som jeg kunne støtte mig til, en kostelig, fredelig og rig glæde, af varig, uforklarlig og pålidelig sandhed« (Marcel Proust, *På sporet efter den tabte tid, I et rosenflor af purunge piger*, Martins Forlag, København, 1963, s. 66).

40 — Senest er der den 26.6.2001 registreret et varemærke bestående af kirsebærduft som kendetegn for syntetiske smøremidler til konkurrence- eller udstillingsbiler. Derligere 14 ansøgninger om registrering af duftmærker er under behandling.

41 — Jf. den ovenfor nævnte artikel af M.L. Llobregat, s. 110 ff. Der kan endvidere henvises til E. Gippine Fournier, »Las marcas olfativas en los Estados Unidos«, *Actas de Derecho Industrial*, bind XIV, 1991-1992, udgivet i fællesskab af Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela og Marcial Pons, Ediciones jurídicas, S.A., Madrid, 1993, s. 157-167. Trademark Trial and Appeal Board bemærker i sin beslutning om godkendelse af varemærket, at beslutningen ikke kan påberåbes som præjudikat i forbindelse med registrering af dufte for produkter, som i sig selv er duftende (f.eks. eau de cologne og rengøringsmidler). Sådanne mærker vil kun kunne registreres for produkter, som normalt ikke er forbundet med en duft.

42 — Jf. J.T. McCarthy, »Les grandes tendances de la législation sur les marques et sur la concurrence déloyale aux Etats-Unis d'Amérique dans les années 1970«, *La Propriété industrielle, Revue mensuelle de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle*, nr. 10, oktober 1980, s. 225 og 226. Begrebet secondary meaning er ikke ukendt i Fællesskabets varemærkeret. I henhold til første direktivs artikel 3, stk. 3, kan et tegn, der oprindeligt manglede det fornødne særpræg, registreres som varemærke, hvis det som følge af brug har opnået dette (noget tilsvarende bestemmes i artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94).

32. I Den Europæiske Unions retsorden har Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked registreret varemærket »duften af nyslået græs« for tennisbolde [43]. Dog synes der at være tale om en såkaldt enlig svale, om en enkeltstående afgørelse, som ikke vil blive gentaget [44].

33. I Det Forenede Kongerige [45] har United Kingdom Trade Mark Registry registreret to duftmærker, nemlig duften af roser for dæk (varemærke nr. 2001416) og duften af øl for kastepile (varemærke nr. 2000234). Som Det Forenede Kongeriges regering dog også har anført i sit skriftlige indlæg [46], er praksis vedrørende denne type af varemærker ved at ændres. Registreringsmyndigheden afslog således ved afgørelse af 16. juni 2000, stadfæstet under appel ved dom af 19. december 2000, at registrere et varemærke bestående af kanelduft eller -ekstrakt for møbler og møbeltilbehør (nr. 2000169).

34. I Frankrig [47] kan parfumer være genstand for ophavsrettigheder [48], og i Benelux-landene er et duftmærke blevet registreret som varemærke for kosmetiske midler [49].

3. Det forhold, at olfaktive meddelelser ikke kan gengives grafisk

35. I overensstemmelse med første direktivs artikel 2 skal tegn, for at kunne udgøre et varemærke, ikke alene være »egnede til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders«, de skal også kunne »gengives grafisk« [50].

43 — Andet appelkammers afgørelse af 11.2.1999, sag R 156/1998-2, ansøgning nr. 428.870.

44 — I *Oami News* nr. 3/1999, s. 4, var der trykt en notits, hvori det hedder, at uanset registreringen af varemærke nr. 428.870, »duften af nyslået græs«, er det fortsat kontorets praksis, at for at en varemærkeansøgning vedrørende mærker, som ikke er ordmærker, kan godkendes, skal den indeholde en grafisk gengivelse (i to dimensioner).

45 — Jf. vedrørende duftmærker i Det Forenede Kongerige punkt 33 ff. i Det Forenede Kongeriges regerings skriftlige indlæg.

46 — Punkt 37.

47 — I det franske *Bulletin officiel de la propriété industrielle* er der offentliggjort en ansøgning om registrering af fem duftmærker, men ingen af disse er endnu blevet registreret.

48 — Jf. dom afsagt af Cour d'appel de Paris den 3.7.1975, Rochas, samt dom afsagt af Tribunal de Commerce de Paris den 24.9.1999, Thierry Mulger Parfums.

49 — Ansøgningen (nr. 925979) blev indgivet af det franske selskab Lancôme Parfums et Beauté & Cie. Benelux-varemærkemyndigheden har også registreret duften af nyslået græs som kendetegn for tennisbolde.

50 — Den tyske varemærkelovs § 8, stk. 1, indeholder en tilsvarende bestemmelse, idet tegn, som »ikke kan gengives grafisk«, er udelukket fra registrering. Samme krav findes i artikel 711-1 i den franske lov om intellektuel ejendomsret, i artikel 165.1 i den portugisiske lov om industriel ejendomsret og i artikel 16 i den italienske varemærkelov. Den tilsvarende danske, finske og svenske lovgivning følger samme linje. Samme krav er opstillet i græsk ret (artikel 1, stk. 1, i lov nr. 2239/1994). Det Forenede Kongeriges Trade Marks Act 1994 (section 1(1)) og Irlands Trade Marks Act 1996 (section 6) kræver, at et tegn skal kunne gengives grafisk, for at det kan registreres som varemærke. Endelig indeholder den gældende lov i Spanien ikke et sådant krav, men i det forslag til varemærkelov, som i øjeblikket behandles af parlamentet, defineres varemærker i artikel 4, stk. 1, som »ethvert tegn, som kan gengives grafisk [...]« (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, serie II: lovforslag, nr. 31 (a), af 4.7.2001, s. 6). I den amerikanske retsorden omfatter varemærkebegrebet ikke et krav om grafisk gengivelse, hvilket måske forklarer, hvorfor denne kategori af kendetegn er mere udbredt i USA.

36. Dette krav er indført af hensyn til retssikkerheden. Et registreret varemærke giver indehaveren et monopol, som i forhold til alle andre giver ham eneret til at bruge de tegn, varemærket består af. Ved at rette forespørgsel til registeret skal det, i det omfang dette følger af registerets offentlige tilgængelighed, være muligt at få kendskab til karakteren og rækkevidden af de tegn, angivelser og symboler, der er registreret som varemærker, og at det er derfor, at der kræves en grafisk gengivelse. Hvis en virksomhed tilegner sig bestemte tegn og angivelser for at adskille sine varer og tjenesteydelse fra andre virksomheders, må man vide helt nøjagtigt, hvilke symboler den gør til sine, for at de andre virksomheder ved, hvad de har at holde sig til. Det er således på grund af hensynet til retssikkerheden, at der er knyttet et krav om grafisk gengivelse til adskillelsesfunktionen, som er varemærkets vigtigste og afgørende funktion.

37. At gengive noget grafisk vil sige at beskrive noget ved brug af symboler, som kan afbildes. Det vil sige, at der til et hvilket som helst tegns iboende adskillelsesevne skal tilføjes muligheden for at »vise det på tryk« og følgelig muligheden for at opfatte det visuelt. Og da det handler om at kunne skelne, skal gengivelsen være forståelig, for forståelsen er en forudsætning for evnen til at skelne.

38. En hvilken som helst grafisk gengivelse er således ikke tilstrækkelig, idet to betingelser skal være opfyldt. Gengivelsen skal for det første være klar og præcis, således at der ikke kan være tvivl om, hvad der gives eneret på. For det andet skal den være forståelig for dem, som kan have interesse i at slå op i registeret, nemlig andre producenter og forbrugerne[51]. Adskillelsesevne og mulighed for grafisk gengivelse er to midler, hvormed samme mål forfølges, nemlig at de potentielle købere kan vælge produkterne på markedet efter deres oprindelse. Tegn, som udgør et varemærke, gengives grafisk for at beskytte og give en omtale af det forhold, at en virksomhed har tilegnet sig disse tegn og gjort dem til sine med henblik på at individualisere sine varer og tjenesteydelser.

39. Kan en duft »tegnes«? Kan et duftmærke gengives grafisk på en sådan måde, at gengivelsen fremstår klar og præcis for enhver? Svaret er efter min opfattelse nej. Dette synes også at være Ralf Sieckmanns egen opfattelse, idet han under retsmødet har anerkendt, at dufte ikke kan gengives grafisk. Denne konklusion når man frem til blot ved at analysere de alternativer, Bundespatentgericht foreslår i det andet spørgsmål.

40. Den kemiske formel gengiver ikke et stofs lugt, men selve stoffet. Det ville være de kemiske bestanddele og det nøjagtige

51 — Det Forenede Kongeriges regering har i sit skriftlige indlæg meget rammende anført, at en gengivelse ikke vil kunne godkendes, hvis det kræver en urimelig stor indsats at finde ud af, hvad det er for et tegn, der er gengivet i registeret [punkt 32, litra c)].

blandingsforhold, som skal til, for at opnå et bestemt produkt, som blev registreret, men ikke duftmærket. En sådan gengivelse ville desuden savne den nødvendige klarhed og nøjagtighed. Meget få mennesker ville være i stand til at aflæse en duft ud fra den kemiske formel for det produkt, der udsender den, dvs. ud fra produktets bestanddele og de mængder [52], der skal blandes for at opnå produktet [53]. Hertil kommer, at et og samme produkt kan afgive forskellige dufte afhængigt af faktorer så vilkårlige som dets koncentration, luftens temperatur og det medium, det tilføres [54].

41. Det er klart, at en beskrivelse af et tegn eller et mærke ved hjælp af skriftsproget er en grafisk gengivelse, men en sådan beskrivelse opfylder ikke i sig selv kravene om klarhed og nøjagtighed [55]. Der er af de ovenfor anførte grunde færre vanskeligheder forbundet med at beskrive en tegning end et musikstykke, en farve eller en duft. Den form, som følger med tegningen, gør det muligt at beskrive dens kendetegn objektivt, hvilket ikke gælder for non-figurative tegn. Beskrivelsen af en duft er mere subjektivt ladet [56] og følgelig mere relativ, og relativitet er nøjagtighedens og klarhedens fjende [57]. Den sag, som ligger til grund for dette præjudicielle spørgsmål, illustrerer fint mine ord. Sagsøgeren ønsker en duft, der beskrives som »balsamisk-frugtig med et let anstrøg af kanel« registreret som varemærke. Hvad betyder balsamisk? Hvordan skal det forstås, at den har en frugtig karakter? Hvilken intensitet har anstrøget af kanel? Med denne beskrivelse ville det være umuligt at genkende det duftmærke, som sagsøgeren ønsker eneret til. Beskrivelsen ville ikke engang vinde i klarhed ved at blive gjort mere udførlig, og det ville ikke være muligt uden for al tvivl at afgøre, hvad den pågældende duft består af [58]. Det forekommer indlysende, at en beskrivelse af en duft ikke er en passende

52 — Hvem ville mon kunne opfatte en duft som »balsamisk-frugtig med et let anstrøg af kanel« ud fra formlen C_6H_5-CH = CHCOOCH$_3$?

53 — Det Forenede Kongeriges regering har i sit skriftlige indlæg påpeget, at mange dufte ikke fremkaldes af et enkelt kemisk rent stof, men af en blanding af sådanne stoffer. Det ville være en urimelig byrde at pålægge brugerne af registeret, at de skulle bestemme et tegns karakter ud fra et vist antal indviklede kemiske formler (punkt 41).

54 — H.E. Meister forklarer i »Markenfähigkeit und per se-Ausnahmen im Gemeinschaftsmarkenrecht«, *WRP — Wettbewerb in Recht und Praxis*, nr. 9/2000, s. 967 ff., at »nyslået græs« ikke dufter ens i hans fødeby og i Alicante.

55 — Medmindre der er tale om et rent ordmærke. F.eks. er ordmærket »tapitoli« i sig selv distinktivt, idet det naturligvis forudsættes, at der ikke allerede findes identiske eller lignende betegnelser for de samme eller tilsvarende produkter (jf. første direktivs artikel 4, stk. 1, og artikel 5, stk. 1).
I det ovenfor omtalte nummer af *Oami News* oplyses det, at det er kontorets praksis ikke at godtage en beskrivelse som gyldig erstatning for en grafisk gengivelse.

56 — Den østrigske regering illustrerer i sit skriftlige indlæg dette med et oplysende eksempel: Ikke engang to vinkendere vil beskrive en bestemt vin på samme måde (punkt 4, andet afsnit). F.eks. beskrives bouqueten af vinen Château Talbot (oprindelsesbetegnelse: *Bordeaux, Saint-Julien*), årgang 1992, som en eksotisk og imødekommende aroma af henkogte mørke kirsebær, af troffel og lakrids, krydret med urte- og græsagtige dufte, som har krop og er blød, saftfuld og kraftig (R. Parker, *Les vins de Bordeaux*, Solar, Paris, 1999, s. 317), men ligeledes som en aroma af kaffegrums med et animalsk anstrøg og en smuk struktur, fyldig og med en god koncentration (*Le guide Hachette des vins 1996*, udgivet af J. Arcache og C. Montalbetti, Paris, 1995, s. 327).

57 — H.E. Meister skriver med henvisning til K. Lorenz, at de vanskeligheder, som er forbundet med at beskrive dufte objektivt, delvis skyldes sprogets begrænsninger, idet sproget blev udviklet i en periode, hvor ontogenesen var den eneste kendte erfaring. Dette er grunden til, at vi beskriver dufte med henvisning til andre genstande (»duft af kanel«).

58 — S. Maniatis gengiver i den ovenfor nævnte artikel den beskrivelse, der blev givet af parfumen Chanel nr. 5 med henblik på registrering som varemærke: duften af en aldehyd-blomsteragtig parfume med en topnote af aldehyder, bergamot, citron og neroli, en elegant blomsteragtig mellemnote af jasmin, rose, liljekonval, iris og ylang ylang og en sensuel og feminin bundnote af sandeltræ, cedertræ, vanilje, ambra, desmer og moskus. Denne duft kendes også under den skriftlige betegnelse nr. 5.

grafisk gengivelse som omhandlet i første direktivs artikel 2 [59].

42. Endelig er deponering i registeret af en prøve af det kemiske produkt, som afgiver duften, ikke en »grafisk gengivelse« af et tegn, der har fornødent særpræg. Hvis man tillod deponering af en prøve af det stof, som fremkalder duften, ville det ud over de registreringsmæssige problemer med hensyn til klarhed og nøjagtighed medføre problemer i forbindelse med offentliggørelse og som følge af tidens gang. På grund af flygtigheden af en dufts bestanddele ændrer duften sig med tiden, indtil den helt forsvinder [60].

43. Hvis ingen af de gengivelsessurrogater, som foreslås i det andet spørgsmål, hver for sig kan opfylde kravene til en »grafisk gengivelse«, som gør det muligt at få et klart og nøjagtigt kendskab til det eller de tegn, som udgør varemærket, vil summen af dem kunne skabe endnu større usikkerhed. Registrering af en kemisk formel vedlagt en prøve og en beskrivelse af den duft, den fremkalder, øger antallet af meddelelser, som giver kendskab til tegnet, og dermed faren for forskellige fortolkninger, hvorved usikkerheden bliver om muligt endnu større [61].

44. Jeg forsøger på ingen måde at benægte, at olfaktive meddelelser kan gengives skriftligt. Jeg har kendskab til forskellige, videnskabeligt udviklede metoder til »afbildning« af dufte [62], men på det nuværende udviklingstrin er de alle behæftet med de ovenfor beskrevne mangler og har den fejl, at de ikke giver den klarhed og nøjagtighed, som kræves af det visuelle udtryk for et tegn, der har fornødent særpræg, som nogen ønsker at opnå eneret til gennem et varemærke.

45. Det er ikke nødvendigt udtrykkeligt at bestemme, at visse tegn ikke skal være omfattet af varemærkelovgivningen. Der findes tegn, som udelukker sig selv herfra, fordi de ikke kan opfylde varemærkerettens selvstændige krav [63].

59 — Hvis en duft kunne registreres som varemærke ved hjælp af en beskrivelse, hvorfor så ikke også en følelse? F.eks. fortvivlelse, angst, håb eller velvære.

60 — Flygtighed er den fysiske egenskab, som er forudsætningen for, at et stof har duft. Parfumer dufter, fordi de er flygtige. Duftkomponenterne har ikke samme flygtighed. Sanseorganerne opfatter først duftindtrykkene fra de mest flygtige noter (»topnoten«). »Mellemnoten« udgør parfumens centrale del. De mest vedholdende og mindst flygtige dufte kommer fra »bundnoten«, som gør parfumen holdbar og giver den karakter.

61 — Man kunne sagtens forestille sig, at en person, som ønsker at undersøge registreringen af mærket, efter at have lugtet til den deponerede prøve når frem til den konklusion, at den duft, han opfatter, ikke svarer til den, som er beskrevet i registeret, selv om han på den anden side ikke har nogen mening om den kemiske formel, som er registreret, og som for ham er uforståelig.

62 — Sensorisk analyse, gaskromatografi (GC) og højtryksvæskekromatografi (HPLC), som M.L. Llobregat beskriver på s. 102-105 i den ovenfor nævnte artikel.

63 — M. Mathély, »Le droit français des signes distinctifs«, *Librairie du Journal des Notaires et des Avocats*, Paris, 1984, s. 42.

46. Sammenfattende må jeg konkludere, at selv om dufte kan have det fornødne særpræg, kan de ikke gengives grafisk som krævet i første direktivs artikel 2, og i overensstemmelse med denne bestemmelse kan de derfor ikke udgøre et varemærke og — i kraft af samme direktivs artikel 3, stk. 1, litra a) — følgelig heller ikke registreres som varemærke.

IV — Forslag til afgørelse

47. På baggrund af ovenstående vil jeg foreslå Domstolen at besvare de af Bundespatentgericht forelagte spørgsmål således:

»1) Artikel 2 i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker kræver, for at et tegn kan udgøre et varemærke, at det har det fornødne særpræg, og at det kan gengives grafisk på en dækkende, klar og præcis og for almindelige producenter og forbrugere forståelig måde.

2) På indeværende tidspunkt kan dufte ikke gengives grafisk på den angivne måde, og i overensstemmelse med bestemmelserne i den nævnte artikel kan de følgelig ikke udgøre varemærker.«