FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 6 november 2001 [1]

1. Bundespatentgericht har ställt en fråga avseende tolkningen av artikel 2 i rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar [2] (nedan kallat första direktivet).

2. Bundespatentgericht har begärt att domstolen skall tolka begreppet "tecken som kan återges grafiskt" i artikel 2 i första direktivet.

Den nationella domstolen vill närmare bestämt få klarhet i om tecken, såsom lukter, som inte direkt kan återges grafiskt, och följaktligen inte kan uppfattas med ögat, men som med hjälpmedel kan uttryckas visuellt, kan utgöra varumärken. För det fall svaret är jakande har den tyska domstolen frågat vilken grafisk återgivning av ett lukttecken som krävs.

I — Tillämpliga bestämmelser

1. *De gemenskapsrättsliga bestämmelserna: första direktivet*

3. Det första direktivet har till uppgift att tillnärma medlemsstaternas lagstiftning i fråga om varumärken, för att undanröja olikheter som kan utgöra hinder för den fria rörligheten för varor och tillhandahållandet av tjänster samt snedvrida konkurrensförhållandena inom den gemensamma marknaden. Den eftersträvade harmoniseringen är dock endast partiell, varför gemenskapslagstiftarens åtgärder inskränker sig till vissa frågor rörande varumärken som förvärvas genom registrering. [3]

4. Artikel 2 i första direktivet har följande lydelse:

"Ett varumärke kan utgöras av alla tecken som kan återges grafiskt, särskilt ord,

1 — Originalspråk: spanska.

2 — EGT L 40, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 178.

3 — Se första, tredje, fjärde och femte övervägandena till första direktivet.

inbegripet personnamn, figurer, bokstäver, siffror, formen på en vara eller dess förpackning, förutsatt att tecknen i fråga kan särskilja ett företags varor eller tjänster från andra företags."

5. I artikel 3 föreskrivs vidare att:

"1. Följande tecken och varumärken får inte registreras och om registrering har skett skall de kunna ogiltigförklaras:

a) Tecken som inte kan utgöra ett varumärke.

..."

2. *Den tyska lagstiftningen*

6. Den tyske lagstiftaren har för att anpassa den tyska rättsordningen antagit Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichnungen (den tyska lagen om skydd för varumärken och andra kännetecken) av den 25 oktober 1994. [4]

7. I 3 § första stycket i nämnda lag definieras tecken som kan utgöra ett varumärke på följande sätt:

"Alla tecken, särskilt ord, inklusive personnamn, figurer, bokstäver, siffror, akustiska tecken, tredimensionella strukturer, inklusive formen på en vara eller dess förpackning, samt andra återgivningar, inklusive färger och färgkombinationer, som har förmåga att särskilja ett företags varor eller tjänster från andra företags, kan registreras som ett varumärke."

8. I artikel 8 § första stycket i lagen föreskrivs följande:

"Inskrivning som varumärke nekas tecken som kan registreras enligt artikel 3 men som inte kan återges grafiskt."

4 — BGBl. 1994 I, s. 3082.

II — Bakgrund till tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

9. Ralf Sieckmann ansökte hos Deutsches Patent- und Markenamt (patent- och varumärkesbyrån, nedan kallad tyska byrån) om inskrivning som särskiljande tecken för tjänsterna i klasserna 35, 41 och 42, [5] av ett "luktmärke" bestående av:

"den rena kemiska substansen metylcinnamat (metylestern [6] av kanelsyra) vars kemiska formel återges nedan. Det är även möjligt att erhålla prover på detta luktmärke genom att vända sig till de lokala laboratorierna via de av Deutsche Telekom AG utgivna gula sidorna eller exempelvis företaget E. Merck i Darmstadt.

C_6H_5-CH = CHCOOCH$_3$"

10. I andra hand, för det fall att ovanstående beskrivning inte skulle vara tillräcklig för att uppfylla kraven i 32 § i den tyska varumärkeslagen, förklarade sig sökanden godta en offentlig kontroll av det deponerade varumärket, i enlighet med 62 § första stycket i nämnda lag och 48 § andra stycket i varumärkesförordningen. [7]

11. Sökanden ingav samtidigt ett doftprov i en behållare och tillade att aromen vanligen beskrivs som en väldoftande fruktig arom med lätt anstrykning av kanel.

12. Byråns varumärkesavdelning för klass 35 nekade inskrivning av två skäl: För det första därför att det var fråga om ett tecken som inte var lämpat som varumärke eller för grafisk återgivning (3 § första stycket och 8 § första stycket i den tyska varumärkeslagen) och för det andra därför att det saknade särskiljningsförmåga (8 § andra stycket punkt 1 i samma lag).

13. Ralf Sieckmann var inte nöjd med detta beslut utan överklagade det till Bundespatentgericht. Denna domstol anser att lukter, med ett abstrakt synsätt, kan ha förmåga att särskilja ett företags varor från andra företags, men är osäker på om ett

5 — Klass 35: Annons- och reklamverksamhet; företagsledning; företagsadministration; kontorstjänster.
Klass 41: Undervisning/utbildning; anordnande av handledning/instruktion; underhållning; sport- och idrottsaktiviteter, kulturverksamhet.
Klass 42: Utskänkning av mat och dryck; upplåtande av kortvarigt boende; medicinsk vård, hygienisk vård och skönhetsvård; veterinära tjänster och lantbrukstjänster; juridiska tjänster; vetenskaplig och industriell forskning; datorprogrammering; tjänster som ej kan hänföras till andra klasser.

6 — En ester är en kemisk förening som bildas genom en reaktion mellan en organisk eller icke organisk syra och en alkohol under vattenutträde.

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

luktmärke kan uppfylla kraven på grafisk återgivning i artikel 2 i första direktivet. Eftersom avgörandet i den där anhängiggjorda tvisten är beroende av tolkningen av detta krav har följande tolkningsfrågor ställts till EG-domstolen:

"1) Skall artikel 2 i rådets första direktiv nr 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar tolkas så, att formuleringen 'tecken som kan återges grafiskt' endast avser sådana tecken som omedelbart kan återges i synlig form? Eller skall med denna formulering även förstås sådana tecken som visserligen i sig inte kan uppfattas visuellt — såsom till exempel lukter eller ljud — men som kan återges medelbart genom användning av hjälpmedel?

2) Om den första frågan besvaras så att en vid tolkning skall göras: Är det tillräckligt för att uppfylla kravet på att ett tecken skall kunna återges grafiskt, i den mening som avses i artikel 2 i direktivet, att en lukt återges

a) genom en kemisk formel,

b) genom en beskrivning (som skall offentliggöras),

c) genom en deposition, eller

d) genom en kombination av de ovannämnda faktorerna?"

III — Bedömning av tolkningsfrågan

14. Den fråga domstolen har att besvara är både tankeväckande och viktig, nämligen om en lukt kan registreras som ett varumärke och vilka villkor som i så fall skall uppfyllas.

15. Min undersökning för att besvara tolkningsfrågan i nedanstående punkter bör utgå från en analys av begreppet varumärke grundad på dess olika funktioner. Därefter tvingas jag lämna det rent rättsliga området för att behandla frågor utan rättslig anknytning, och därefter återkomma till det rättsliga området med den information som behövs för att avgöra om en lukt kan registreras som ett varumärke och därmed

åtnjuta den status som gemenskapsrätten tillerkänner denna immaterialrättsliga figur.

1. *Varumärkets uppgifter. Varumärken som kommunikationsmedel*

16. Varumärket är ett tecken [8] vars uppgift är att särskilja ett företags varor och tjänster från andra företags. Detta uttrycks klart och tydligt i artikel 2 i första direktivet. [9]

17. Särskiljandet är nödvändigt för att konsumenten eller slutanvändaren helt fritt skall kunna välja mellan de många alternativ som står till förfogande [10] och på så sätt gynna den fria konkurrensen på marknaden. I första direktivet uttrycks en liknande tanke i motiveringens inledande övervägande. Där fastslås att harmoniseringen syftar till att undanröja de hinder för den fria rörligheten för varor och det fria utbytet av tjänster och även för den fria konkurrensen som följer av olikheterna i medlemsstaternas lagstiftning. Varumärkesrätten "utgör nämligen ett väsentligt inslag i det system för sund konkurrens som fördraget syftar till att införa" [11] och gemenskapslagstiftaren har genom att harmonisera medlemsstaternas lagstiftning velat bidra till detta. Det särskiljande tecknet är således medlet och den fria konkurrensen målet. [12]

18. Innan målet nås återstår en bit att färdas och transportmedlet består i att tillerkänna "varumärkesinnehavaren ett antal rättigheter och befogenheter [13] som syftar till att förbehålla honom ensamrätten till kännetecknet och skydda det mot kon-

8 — Vilken typ av tecken, är vad som skall klargöras i detta förslag till avgörande.

9 — Detsamma fastslås i artikel 4 i 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, nedan kallad förordningen). Medlemsstaternas lagstiftningar följer samma linje. Som exempel kan nämnas: a) Tyskland: den ovan angivna 3 § första stycket i lagen om varumärken; b) Belgien, Luxemburg och Nederländerna: artikel 1 i Beneluxländernas enhetliga lag om varumärken av den 19 mars 1962; c) Spanien: artikel 1 i lag 32/1988 av den 10 november om varumärken; d) Frankrike: artikel 711-1 i lagen om immaterialrätt; e) Italien: artikel 16 i lagdekret av den 4 december 1992, nr 480; f) Portugal: artikel 165.1 i lagen om industriell äganderätt, antagen genom lagdekret 16/1995 av den 24 januari; g) Förenade kungariket: artikel 1.1 i Trade Marks Act 1994. Utanför Europeiska unionens gränser tilldelas varumärken genom Lanham Act, som sedan 1946 är den grundläggande lagtext som på federal nivå reglerar denna typ av särskiljande kännetecken i USA, samma uppgift. Även i Australien fastslås i Trade Marks Act 1995 att varumärken har till uppgift att särskilja varor och tjänster från ett företag från andra företags (artikel 17 punkt 3).

10 — I dom av den 17 oktober 1990 i mål C-10/89, HAG GF (REG 1990, s. I-3711; svensk specialutgåva, volym 10, s. 521) slog domstolen fast att det är fråga om "att för konsumenten eller slutanvändaren garantera märkesvarans ursprungsidentitet, så att denne utan risk för förväxling kan särskilja produkten från produkter med ett annat ursprung " (punkt 14). Domstolen har uttalat sig på samma sätt i dom av den 4 oktober 2001 i mål C-517/99, Merz och Krell (REG 2001, s. I-6959), punkt 22.

11 — De ovannämnda domarna i målet HAG GF, punkt 13, och i målet Merz och Krell, punkt 21.

12 — Paradoxalt nog skapas för att säkerställa den fria konkurrensen på marknaden en rättighet som utgör ett undantag från den allmänna principen om fri konkurrens, genom att dess innehavare ges befogenhet att med ensamrätt tillägna sig vissa tecken och upplysningar. Av detta skäl tillåter artikel 36 i EG-fördraget (nu artikel 30 i ändrad lydelse) förbud mot eller restriktioner för import, export eller transitering som grundas på intresset att skydda industriell och kommersiell äganderätt.

13 — Vilka i första direktivet återges i artikel 5.

kurrenter som vill utnyttja varumärkets ställning och anseende". [14] Detta är vad domstolen i sin rättspraxis betecknat som "det särskilda föremålet för varumärkesrätten". [15]

19. Varumärkets grundläggande funktion är att konsumenten skall kunna identifiera varors och tjänsters ursprung [16] och kvalitet. [17] Ett varumärke ger de varor som tecknet representerar en image och ett anseende: detta är varumärkets renommé. [18] Det är således fråga om att upprätta en dialog mellan tillverkare och konsumenter. För att de senare skall känna till varorna informeras de, och ibland övertalas de också av tillverkaren. [19] Varumärket är i själva verket kommunikation. [20]

20. Att kommunicera är att delge andra vad man själv vet. [21] Därför kräver all kommunikation en avsändare, ett meddelande, ett medel eller en kanal för att överföra detta och en mottagare som kan dechiffrera eller tolka det. Den kod som kan användas för att formulera meddelandet är beroende av vilken typ av avkodare mottagaren använder för att ta emot, uppfatta och tillgodogöra sig det. Mottagaren *homo sapiens* är som bekant utrustad med en mängd avkodare. [22]

14 — Se punkterna 31 och 32 i det förslag till avgörande som jag den 18 januari 2001 föredrog i målet Merz och Krell. Därmed skyddas innehavaren av ett varumärke när det föreligger identitet eller risk för sammanblandning mellan dennes särskiljande tecken och det som används av en tredje man, inklusive en eventuell association mellan detta tecken och innehavarens varumärke (se artiklarna 4.1 och 5.1 i första direktivet, samt dom av den 29 september 1998 i mål C-39/97, Canon (REG 1998, s. I-5507), punkt 18, och av den 22 juni 2000 i mål C-425/98, Marca Mode (REG 2000, s. I-4861), punkt 34).

15 — Se, exempelvis, den ovannämnda domen i målet HAG GF, punkt 14, och dom av den 23 februari 1999 i mål C-63/97, BMW (REG 1999, s. I-905), punkt 52. Förhållandet mellan varumärkesrättens "särskilda föremål" och denna typ av industriell äganderätts "grundläggande funktion" i domstolens rättspraxis har analyserats av 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 — Detta är varumärkets så kallade grundläggande funktion (de ovannämnda domarna i målet Canon, punkt 28 och i målet Merz och Krell, punkt 22). Generaladvokaten Cosmas förklarade i sitt förslag till avgörande som föredrogs i de förenade målen C-108/97 och C-109/97, där dom avkunnades den 4 maj 1999, Windsurfing Chiemsee, att varumärkets grundläggande funktion "är å ena sidan att särskilja ett företags produkter och utmärka dem i förhållande till andra liknande produkter (särskiljningsfunktionen) samt å andra sidan att koppla produkterna till ett specifikt företag (ursprungsgarantin)", punkt 27. Det är inte fråga om att identifiera en vara med en viss företagare, utan om att ange den som ytterligare en vara som betecknas med samma varumärke, även om ursprunget är okänt. Tanken är att alla varor som framställts under samma varumärke, oavsett vem tillverkaren är, härrör från detta. Se i detta avseende Fernández Novoa, C., *Fundamentos de derecho de marcas*, editorial Montecorvo, Madrid, 1984, s. 46—49, och Baylos Corroza, H., *Tratado de derecho industrial*, editorial Civitas, 2:a upplagan, Madrid, 1993, s. 817.

17 — Det är den kvalitetsangivande funktionen som motiverar företagare att investera i förbättringar av sina varor och tjänster. Företagaren måste "... vara i stånd att locka till sig kunder genom kvaliteten på sina varor eller tjänster..." (den ovannämnda domen i målet HAG GF, punkt 13). Domstolen slog även fast detta i punkt 21 i domen i målet Merz och Krell.

18 — Funktionen att sammanfatta anseendet eller imagen.

19 — Varumärkets marknadsföringsfunktion, som är mest kontroversiell. För varumärkets funktioner i förhållande till de nya typerna av denna sorts industriell äganderätt, se arbeten av Llobregat, M.L., "Caracterización jurídica de las marcas olfativas como problema abierto", *Revista de Derecho Mercantil*, nr 227, Madrid, januari—mars 1998, s. 54—56, och av Rivero González, M.D., "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 — Fezer, C.H., *¿Cuándo se convierte un signo en marca?*, föredrag hållet vid symposiet om gemenskapsvarumärken som hölls i Alicante i november 1999, menar att varumärket är ett tecken för kommunikation på marknaden; det fungerar som en signalkod som sätter företagare och konsumenterna på marknaden i kontakt med varandra (citerad av Rivero González M.D., i det ovannämnda arbetet).

21 — Om varumärken som informationsbärare, se Maniatis, S., "Scents as Trademarks: Propertisation of Scents and Olfactory Poverty" i *Law and The Senses (Sensational Jurisprudence)*, utgiven av Bently L., och Flynn, L., Pluto-Press, Londres-Chicago, 1996, s. 217—235.

22 — Se Polasso, A., "La Comunicación inteligente", på *Humaniora*, Göteborgs universitets humanistiska fakultets hemsida (www.hum.gu.se), s. 61 ff.

21. Hela den mänskliga kroppen är en sensorisk mottagare och därmed kan konsumentens igenkännande av ett tecken vara lika mångskiftande som de mänskliga sinnena. [23]

2. Tecken med särskiljningsförmåga; särskilt lukttecken

22. Om syftet med ett varumärke är att konsumenten skall kunna skilja de varor och tjänster som bjuds ut alltefter deras ursprung, kan detta ske med hjälp av vilket som helst av de organ som används för kommunikation med omvärlden. Det särskiljande tecknet kan uppfattas med synen, hörseln, känseln, lukten och till och med smaken. [24] A priori kan alla meddelanden som kan uppfattas med sinnena utgöra upplysningar till konsumenten och följaktligen vara tecken som kan fullgöra ett varumärkes särskiljande uppgift. [25]

23. Inget hindrar således i princip att varumärken består av andra meddelanden än sådana som kan uppfattas med ögonen. [26]

24. Även om alla meddelanden som kan uppfattas av vilket sinne som helst kan vara ett tecken som kan särskilja ett företags varor, är emellertid denna inneboende

23 — Se *Marcas sonoras y olfativas*, i tidskriften av Henson & Co. Patentes y Marcas (http://publicaciones.derecho.org/henson/5.-_Noviembre_de_1999/2). I samproduktion framhålls att "en vanlig situation i vardagen är att vi står med ryggen mot tv:n och utan att vända oss om kan identifiera vilken produkt reklamen gäller med ledning av musiken eller jingeln som ackompanjerar den".

24 — Denna idé uttrycktes mycket vackert av J.W. von Goethe i förordet till *Goethes färglära*: Färgerna är ljusets gärningar, dess gärningar och lidanden.... Visserligen står färger och ljus i ett bestämt förhållande till varandra, men vi måste tänka oss båda hörande till naturen i sin helhet. Ty det är naturen själv, som genom dem båda vill uppenbara sig just för ögats sinne. På samma sätt avslöjar sig naturen i sin helhet också för att annat sinne. Man kan blunda med ögonen och öppna, skärpa örat och från minsta fläkt till vildaste brak, från enklaste läte till högsta sammantoning, från det häftigaste, från det lidelseträngdaste tjut till förnuftets mildaste ord, är det naturen som talar och uppenbarar sitt vara, sin kraft och sina förhållanden, så att den blinde, som får försaka det oändliga i synens värld, kan fatta något oändligt levande i hörselns rike. Så talar naturen i tur och ordning till de andra sinnena, till kända, misskända, okända sinnen, så talar den med sig själv och till oss genom tusen fenomen" (Goethes färglära, Järna:Kosmos, 1976, introduktion och efterskrift av Pehr Sällström, översättning Karl Axel Thelander).

25 — Perot-Morel, M.A., "Les difficultés relatives aux marques de forme et à quelques types particuliers de marques dans le cadre communautaire", *Rivista di diritto industriale*, 1996, första delen, s. 247—261, särskilt s. 257. Författaren nyanserar dock senare detta påstående beträffande smak- och känselsinnet, eftersom smak- och känseltecken inte kan uppfattas av allmänheten oberoende av det föremål de representerar: det går endast att känna en varas smak genom att smaka på den och en vävs mjukhet kan bara uppfattas genom att man tar i den (s. 260). Dessutom kan tecknet i dessa fall aldrig utgöra ett varumärke eftersom det saknar särskiljningsförmåga: ett äpples smak beskriver denna frukt. En smak skulle endast kunna utgöra ett varumärke om den inte hade något att göra med smaken av en viss produkt, exempelvis äppelsmak för att särskilja ett visst kosmetikasortiment. Men för att i ett sådant fall uppfatta det särskiljande tecknet skulle det antingen vara nödvändigt att smaka på ett äpple, vilket skulle medföra att tecknet vore denna frukt, eller att prova en kosmetisk produkt med äppelsmak, vilket skulle medföra att det särskiljande tecknet inte längre var smaken, utan den berörda produkten i sig. Samma sak gäller i fråga om känselsinnet, vilket leder mig till slutsatsen att endast tecken och symboler som, liksom visuella tecken, ljud- eller lukttecken, överförs i rummet och kan uppfattas oberoende av det föremål vars egenskap de utgör kan utgöra varumärken.
Beträffande svårigheten att, innan den anskaffas, identifiera en produkt med ledning av dess lukt, se ovannämnt arbete av S. Maniatis, s. 222 och 223.

26 — M.D. Rivero González förklarar i ovannämnt arbete (s. 1646) att marknadstekniska studier visar att konsumentens varseblivning av för varorna särskiljande stimuli genom andra sinnesorgan än synen kan vara av stort värde för den kommunikation som är målsättningen med varumärket.

lämplighet inte alltid densamma. Förklaringen är mycket enkel: människans uppfattning av omvärlden skiftar beroende på vilket sinne, eller fönster, den uppfattas genom. [27]

25. Inom neurofysiologin brukar man skilja mellan "mekaniska" och "kemiska" sinnen. De förra skulle vara känseln, synen och hörseln, alla tre lätt fattbara eftersom de reagerar på begreppet form (gestalthaft — "det till formen hörande" —) och kan beskrivas relativt objektivt. Att beskriva de två senare, smaken och lukten, är dock förenat med större svårigheter på grund av bristen på exakta mönster för att definiera deras innehåll. Inom den västerländska kultursfären har lukt och smak, och även känsel, en sekundär betydelse. För Platon och Aristoteles är detta sinnen som ger mindre rena och upphöjda njutningar än syn och hörsel. I upplysningens Europa framställdes de av Kant som sinnen av föga värde och Hegel ansåg dem inte förmögna att ge sann kunskap om världen och det egna jaget. Freud och Lacan hänförde dem till djurriket och förknippade civilisationens utveckling med en försvagning av dessa sinnen. [28]

26. När man talar om sinnenas subjektivitet eller objektivitet måste man vara försiktig. Det finns inte vissa objektiva och andra subjektiva sinnesorgan. I det ovannämnda verket gjorde Goethe gällande att synen och uppfattningen av färger är relativa. [29] Å andra sidan vet man att beskrivningen av ett musikstycke inte alltid är densamma, [30] utan är beroende av lyssnaren och dennes mottaglighet. Till syvende och sist är mottagaren av ett meddelande en individ med egna erfarenheter och unik uppfattningsförmåga. I själva verket måste man tala om mer eller mindre perfekt sensorisk uppfattning och, följaktligen, om högre eller lägre grad av exakthet i beskrivningen av det mottagaren uppfattar.

27. Och det skulle under dessa omständigheter vara svårt att ge en allmän beskrivning av sinnena för att hävda att synen är det högst utvecklade. Det mänskliga ögats förmåga att urskilja färger är lika begränsad [31] som luktsinnets förmåga att bedöma lukter. Dessutom kan beskrivningen av en

27 — Se mina överväganden i detta avseende i fotnot 25.

28 — Se Laligant, O., "Des œuvres aux marchés du droit d'auteur: les ouvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher", *Revue de recherche juridique, Droit prospectif*, 1992, nr 1, s. 107 och 108, citerat av J.-P. Clavier, *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, editorial L'Harmattan, 1998, s. 248.

29 — "Jag tror att vi drömmer för att inte upphöra att se" säger han i Valfrändskap, Natur & Kultur, 1964, Stockholm. Det finns inget mer personligt än drömmarna.

30 — Vilket inte heller dess tolkning är.

31 — Som exempel anges att det är mycket svårt att ur en färgkatalog som används i färghandeln välja en viss färg (rosa, grön eller blå) bland de olika nyanserna (20 eller 30 på begränsade kartor). Det mänskliga ögat kan utan risk för sammanblandningar skilja mellan tre eller fyra nyanser av en viss färg. En genomsnittlig konsument kan inte skilja mellan närliggande eller liknande nyanser av en färg (se M.D. Rivero González, a.a., s. 1673).

färg vara lika oprecis och vansklig som beskrivningen av en lukt.[32]

28. Vari ligger då skillnaden? Med ögat är det möjligt att uppfatta inte bara färgen utan även formerna,[33] och med luktsinnet är det endast möjligt att uppfatta "luktens färg", aldrig dess "former".[34] Synsinnet har större spännvidd i fråga om att uppfatta och möjliggör följaktligen en större förståelse. Detta är enligt min uppfattning den stora skillnaden mellan visuella meddelanden och, vad här beträffar, luktmeddelanden, vad gäller deras särskiljningsförmåga.

29. I alla händelser anser jag att den abstrakta lämpligheten hos tecken som uppfattas med luktsinnet att fullgöra en särskiljande uppgift är ställd utom tvivel. Om man vill skapa en symbol för varor och tjänster av ett visst ursprung för att särskilja dem från sådana med ett annat ursprung, om man vill påminna om ett visst ursprung, en kvalitet, ett företags renommé, är det bäst att vädja till ett sinne, som liksom lukten har tveklös förmåga att väcka minnen och till och med att övertyga.[35] M.D. Rivero säger i det ovannämnda arbetet[36] att studier av perceptionen av lukter visar att luktminnet troligen är det bästa sinnet människan har.[37] Luktsinnet är genom sin särskilda funktion i nervsystemet nära förknippat med limbiska systemet, som påverkar framkallandet av minnena och känslolivet.[38] Såväl

32 — Nämnas kan exempelvis att de färgkartor som används på marknaden kan innehålla upp till 1750 nyanser i blandningar (se M.D. Rivero González, a.a., fotnot 78, s. 1675).

33 — I "*Essäer om måleriet*" (Lund: Studentlitt., 1971, översättning Yvonne Sandberg, s. 6) skrev D. Diderot att "[d]et är teckningen som ger varelserna form och färgen som ger dem liv". Förhållandet mellan färg och form beskrevs år 1975 mycket åskådligt av Ch. Metz i arbetet *Lo percibido y lo nombrado* (finns på internet på adressen www.otrocampo.com). Metz förklarade att om två föremål i en modetidning har en identisk skärning men olika färg anses det vara fråga om samma plagg i två "toner", eftersom kulturen stöder sig på objektets (formens) beständighet och språket bekräftar detta: Endast attributet har ändrats. Om de två plaggen har samma färg och olika skärning skulle ingen tänka eller säga att butiken för "samma ton i två plagg", man skulle snarare säga att "två plagg har samma ton". Färgen är predikatet: de är två olika objekt som har samma färg.

34 — I själva verket är det förknippat med liknande svårigheter att godta färger och lukter som varumärken, vilket framgår av den ovannämnda studien av M.D. Rivero González.

35 — I P. Süskinds, *Parfymen*, Månpocket, Wahlström & Widstrand, Stockholm, 1986, översättning Ulrika Wallenström, berättas historien om en man i 1700-talets Frankrike med ett ytterst fint luktsinne, som i sin besatthet av dofter vållar en mängd dödsfall i sin omgivning, som kulminerar i en vidrig akt av kannibalism. På sidan 83 skriver han: "Det finns hos doften en förmåga att övertyga som är starkare än ord, synintryck, känsla och vilja. Doftens övertygande kraft kan man inte värja sig mot, den tränger in i oss som andningsluften i våra lungor, den uppfyller oss, utfyller oss helt och hållet, det finns inget medel mot den."

36 — Sidan 1677.

37 — I upplagan av *Le Monde* av den 7 juli 2001 förekom en notis (s. 16) rubricerad "Fouiller la mémoire pour accroître l'effet des publicités", där det uppmärksammas att forskare inom kognitiva vetenskaper och neurofysiologi ställer sina tjänster till förfogande för experter på marknadsföring för att göra reklambudskap lättare att minnas.

38 — Ch. Baudelaire har uttryckt detta vackert i sin dikt Le parfum, i *Spleen et Idéal*, "Les fleurs du mal" Ed. Gallimard (La Pléiade), Paris, 1971, s. 39:

Lecteur, as-tu quelquefois respiré
Avec ivresse et lente gourmandise
Ce grain d'encens qui remplit une église,
Ou d'un sachet le musc invétéré?

Charme profond, magique dont nous grise
Dans le présent le passé restauré
Ainsi l'amant sur un corps adoré
Du souvenir cueille la fleur exquise.

Dans ses cheveux élastiques et lourds
Vivant sachet, encensoir de l'alcôve,
Une senteur montait, sauvage et fauve,

Et des habits, mousseline ou velours,
Tout imprégnés de sa jeunesse pure,
Se dégageait un parfum de fourrure.

minnen som känslor är, som Marcel Proust var väl införstådd med,[39] enligt de senaste neurofysiologiska rönen ogripbara.

30. Denna förmåga hos tecken som uppfattas med luktsinnet att fullgöra varumärkets särskiljande uppgift är inte teoretisk. Vissa rättsordningar har godtagit luktmärken. Först var den nordamerikanska. Den 19 september 1990 beviljades registrering av ett varumärke bestående av en "frisk blomdoft som påminner om *Calliandra bicolor*" för att särskilja sy- och broderitråd.[40] Två förtydliganden bör dock göras i fråga om det varumärket. Varumärket är i själva verket inte såväl lukten som den parfymerade varan, oberoende av dess doft.[41]

31. Det andra förtydligandet har större betydelse och gäller ett särdrag inom det nordamerikanska systemet om registrering av varumärken. Till skillnad från vad som är fallet i gemenskapens och de flesta av medlemsstaternas rättsordningar är det, för att vissa tecken skall beviljas registrering som varumärken, inte tillräckligt att de har särskiljningsförmåga, utan det krävs även att denna förmåga har visats i praktiken genom deras exklusiva och kontinuerliga användning under en viss tid (secondary meaning). I dessa fall följer rättigheterna till varumärket av användningen, inte registreringen. Symbolen blir ett varumärke när kundkretsen betraktar den som ett sådant.[42]

39 — Fenomenet med ofrivilliga minnen framkallade av vissa sinnesförnimmelser som påminner om gångna tider är den tändande gnistan för M. Prousts skapande process i *À la recherche du temps perdu*. Vid sidan av den kända episoden med madeleinekakan fuktad i te, som berättigar och utlöser romanen (Doubrousky, S., *La place de la madeleine, Écriture et fantasme chez Proust*, Ed. Mercure de France, Paris, 1974, s. 7 ff.), finns andra ögonblickliga och tillfälliga förnimmelser, bland vilka den irländske författaren Samuel Becket, som år 1969 tilldelades nobelpriset i litteratur, nämner den instängda lukten på en offentlig toalett på Champs-Élysées (S. Beckett, Proust, Bonnier, Stockholm, 1964), och även en mängd andra luktintryck glimtar förbi i Prousts verk, som lukten av en väg, av trädens löv, doften av en blomma eller den unkna lukten i ett stängt rum (Richard, J.-P., *Proust et le monde sensible*, Ed. du Seuil, Paris, 1974, s. 133 och 134). Närmare bestämt fyller den instängda lukten som de gamla, fuktiga väggarna i toalettens entré, där berättaren väntar på att Françoise skall komma ut, honom med "un plaisir consistant auquel je pouvais m'étager, délicieux, paisible, riche d'une verité durable, inexpliquée et certaine" (M. Proust, À la recherche du temps perdu, À l'ombre de jeunes filles en fleurs, Ed. Gallimard, La Pléiade, Paris, 1987, volym I, s. 483).

40 — Senare, den 26 juni 2001, registrerades ett varumärke bestående av körsbärsparfym för att särskilja syntetiska smörjmedel för fordon för tävlingar eller uppvisningar. Beslut har ännu inte fattats avseende ytterligare fjorton ansökningar om registrering av luktmärken.

41 — Se även det ovannämnda arbetet av M.L. Llobregat, s. 110 ff., eller arbetet av Gippini Fournier, E., "Las marcas olfativas en los Estados Unidos", *Actas de Derecho Industrial*, volym XIV, 1991—1992, utgiven i samarbete mellan Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela och Marcial Pons, Ediciones jurídicas, S.A., Madrid, 1993, s. 157—167. I det beslut genom vilket varumärket godkändes klargjorde Trademark Trial and Appeal Board att det inte kunde åberopas för registrering av lukter som representerar produkter som i sig är doftande (eau-de-cologner, rengöringsmedel). Varumärken av denna typ skulle endast kunna tillåtas avseende produkter som normalt inte är förknippade med en lukt.

42 — Se McCarthy, J.T., "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 och 226. "Secondary meaning" är inte okänd inom gemenskapens varumärkesrätt. I artikel 3.3 i första direktivet tillåts registrering som varumärke av tecken som ursprungligen saknar särskiljningsförmåga men som förvärvat sådan genom bruk (av samma innebörd är artikel 7.3 i förordning nr 40/94).

32. Inom Europeiska unionens rättsordning har Byrån för harmonisering inom den inre marknaden medgivit registrering av varumärket "lukt av nyklippt gräs" för att särskilja vissa tennisbollar.[43] Det tycks dock vara fråga om en "pärla i öknen", ett isolerat beslut utan efterföljare.[44]

33. I Förenade kungariket[45] har Trade Mark Registry godtagit två luktmärken: rosendoft applicerad på däck (varumärke nr 2001416) och öllukt som kännetecken för pilar (varumärke nr 2000234). Emellertid pågår, som den brittiska regeringen har påpekat i sitt skriftliga yttrande,[46] en förändring av praxis rörande denna typ av varumärken. Registrering har nämligen i beslut av den 16 juni 2000, som efter överklagande fastställdes genom ett beslut av den 19 december samma år, nekats ett varumärke bestående av kanelarom eller kanelessens, som särskiljande tecken för möbler och tillbehör till dessa (nr 2000169).

43 — Beslut av andra överklagandenämnden av den 11 februari 1999, mål 156/1998-2, ansökan nr 428.870.

44 — I *Oami News*, nr 3, 1999, s. 4, förklaras i en notis att trots erkännandet av varumärke nr 428.870, "lukt av nyklippt gräs" kommer byrån även framgent i sin praxis att som villkor för att medge en deponering kräva en grafisk återgivning (tvådimensionell) av alla varumärken som inte är muntliga.

45 — Angående luktmärken i Storbritannien, se punkt 33 och följande i den brittiska regeringens skriftliga yttrande.

46 — Punkt 37.

34. I Frankrike[47] kan parfymer omfattas av upphovsrätt[48], och i Beneluxländerna har ett luktmärke godkänts för kosmetiska produkter.[49]

3. *Luktmeddelanden kan inte "återges grafiskt"*

35. Enligt artikel 2 i första direktivet är det dock inte tillräckligt för att tecken skall kunna utgöra ett varumärke att de "kan särskilja ett företags varor eller tjänster från andra företags", de skall även kunna "återges grafiskt".[50]

47 — I franska *Bulletin Officiel de la Propriété Industrielle* har ansökan om registrering av fem luktmärken offentliggjorts, men inget har registrerats.

48 — Se dom av den 3 juli 1975 av Cour d'appel de Paris, Rochas; se även dom av den 24 september 1999 av Tribunal de Commerce de Paris, Thierry Mugler Parfums.

49 — Deponeringen (nr 925.979) gjordes av det franska företaget Lancôme Parfums et Beauté & Cie. Bureau Benelux des marques har också godkänt lukt av nyklippt gräs som kännetecken för tennisbollar.

50 — Samma ståndpunkt kommer till uttryck i artikel 8.1 i den tyska lagen som förbjuder registrering som varumärke av sådana särskiljande tecken som "inte kan återges grafiskt". Detta krav återfinns även i artikel 711-1 i franska lagen om immaterialrätt, i artikel 165.1 i portugisiska lagen om immaterialrätt och i artikel 16 i den italienska lagen om varumärken. Motsvarande danska, finska och svenska lagar följer samma linje. I grekisk rätt uppställs samma krav (artikel 1.1 i lag 2239/1994). I Trade Marks Act 1994 [artikel 1.1], i Förenade kungariket, och i Trade Marks Act 1996 (sektion 6), i Irland, krävs grafisk återgivning för att ett tecken skall kunna registreras som varumärke. I Spanien slutligen innehåller den gällande lagen inte detta krav, men i det förslag till varumärkeslag, som är under behandling i parlamentet, definieras varumärket i artikel 4.1 som "varje tecken som kan återges grafiskt... " [Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, serie II: lagförslag, nr 31 (a) av den 4 juli 2001, s. 6]. I rättsordningen i USA är dock inte möjligheten till grafisk återgivning ett krav avseende begreppet varumärke, vilket kanske förklarar att det förekommer fler särskiljande tecken av denna typ i det systemet.

36. Detta krav följer av rättssäkerhetsprincipen. Ett registrerat varumärke ger innehavaren ett monopol som i förhållande till utomstående medför rätt till en exklusiv användning av de tecken som utgör varumärket. I den omfattning som följer av registrets offentlighet skall det genom att konsultera detta vara möjligt att få kännedom om arten och omfattningen av de upplysningar och symboler som skrivs in som varumärken och för detta krävs att de återges grafiskt. Om det är fråga om att en företagare, för att särskilja sina varor och tjänster från andra företagares, tillägnar sig vissa bestämda tecken och upplysningar, måste man med exakt precision veta vilka symboler denne tillägnar sig för att utomstående skall veta vad de har att hålla sig till. Kravet på grafisk återgivning är av hänsyn till rättsäkerhetsprincipen knutet till den särskiljande uppgiften, som är varumärkenas främsta och grundläggande funktion.

37. Grafisk återgivning är att beskriva något med hjälp av symboler som kan avbildas. Det innebär att till ett godtyckligt teckens inneboende lämplighet att vara särskiljande skall läggas möjligheten att "sätta det på pränt", och därmed möjligheten att uppfatta tecknet visuellt. Och eftersom det är fråga om att särskilja skall denna återgivning ske på ett begripligt sätt, eftersom förståelsen är en förutsättning för särskiljandet.

38. Vilken grafisk återgivning som helst är alltså inte tillräcklig, utan denna måste uppfylla två villkor. Det första är att den är fullständig, klar och exakt, för att inget tvivel skall råda om vad som monopoliseras. Det andra kravet är att den skall vara begriplig för dem som kan vara intresserade av att konsultera registret, nämligen andra tillverkare och konsumenter. [51] Särskiljningsförmåga och möjligheten till grafisk återgivning är två medel i strävan mot samma mål: att de potentiella köparna skall kunna välja mellan varorna på marknaden med utgångspunkt från deras ursprung. De tecken som utgör ett varumärke återges grafiskt för att skydda och offentliggöra det faktum att företagaren har tillägnat sig dessa och gjort dem till sina för att särskilja de varor och tjänster denne erbjuder.

39. Kan en lukt "avbildas"? Kan ett lukttecken återges grafiskt för alla med precision och klarhet? Svaret är enligt min uppfattning nekande. Denna uppfattning tycks även delas av Ralf Sieckmann som i sitt yttrande vid den muntliga förhandlingen har medgivit att lukter inte kan återges grafiskt. För att komma till denna slutsats räcker det att analysera de alternativ som Bundespatentgericht har föreslagit i den andra tolkningsfrågan.

40. Den kemiska formeln representerar inte ett ämnes lukt, utan själva ämnet. Det skulle vara de kemiska beståndsdelarna och

51 — I sitt skriftliga yttrande har den brittiska regeringen helt korrekt påpekat att man inte skulle tillåta en återgivning som skulle kräva stora ansträngningar för att fastställa vilket tecken som har återgivits i registret [punkt 32.c].

de exakta proportionerna för att erhålla en viss produkt som skulle registreras, aldrig luktmärket. Dessutom skulle en sådan återgivning sakna nödvändig klarhet och precision. Mycket få personer skulle vara kapabla att tolka en lukt med utgångspunkt från den kemiska formel som betecknar produkten som avger lukten, det vill säga de komponenter varav den består och de kvantiteter [52] som har blandats för att erhålla den. [53] Lägg till detta att en och samma produkt kan avge olika lukter beroende på så godtyckliga faktorer som koncentrationen, omgivande temperatur eller det underlag på vilket den appliceras. [54]

41. Givetvis är beskrivningen av ett tecken eller en symbol genom det skrivna språket en grafisk återgivning, men den uppfyller inte i sig de krav som ställs på klarhet och precision. [55] Av ovan angivna skäl är återgivningen av en teckning förknippad med mindre svårigheter än beskrivningen av en kort musikstycke, en färg eller en lukt. Den form som följer med teckningen tillåter en objektivering av dess egenskaper, vilket inte är fallet med tecken som inte är figurativa. Beskrivningen av en lukt är mer subjektivt laddad [56] och följaktligen mer relativ, en egenskap som strider mot precision och klarhet. [57] Ett bra exempel på vad jag menar är det fall som ligger till grund för förevarande tolkningsfråga. Sökanden har begärt varumärkesskydd av en "väldoftande fruktig arom med lätt anstrykning av kanel". Vad menas med väldoftande? Hur skall man uppfatta den fruktiga karaktären? Hur starkt påminner lukten om kanel? Med hjälp av denna beskrivning är det inte möjligt att känna igen det lukttecken som näringsidkaren vill monopolisera. Även om beskrivningen vore mer omfattande skulle den inte vinna i precision och det skulle aldrig vara möjligt att utan tvivel veta vad den berörda lukten består i. [58] Det ter sig uppenbart att

52 — Vem skulle kunna uppfatta en "väldoftande fruktig arom med lätt anstrykning av kanel" med ledning av formeln C_6H_5-CH = CHCOOCH$_3$?

53 — Den brittiska regeringen har i sitt skriftliga yttrande framhållit att många lukter inte förorsakas av ett enda, rent, kemiskt ämne, utan av en blandning av ämnen. Skyldigheten att bestämma tecknets art med utgångspunkt från ett visst antal komplicerade, kemiska formler skulle innebära en oberättigad belastning för dem som konsulterar registret (punkt 41).

54 — Meister, H.E., "Markenfähigkeit und per se-Ausnahmen im Gemeinschaftsmarkenrecht", i *WRP — Wettbewerb in Recht und Praxis*, nr 9/2000, s. 967 ff., förklarar att "lukten av nyklippt gräs" inte är densamma i hemstaden som i Alicante.

55 — Om det inte är fråga om ett rent ordmärke. Exempelvis är ordmärket "tapitoli" särskiljande i sig, givetvis med undantag för det fall att andra identiska eller liknande namn sedan tidigare förekommer avseende samma eller liknande varor (se artikel 4.1 och artikel 5.1 i första direktivet).
I det ovannämnda numret av *Oami News* meddelas att Byråns praxis innebär att en beskrivning som ersättning för den grafiska återgivningen avvisas.

56 — Den österrikiska regeringen ger ett belysande exempel i sitt skriftliga yttrande: inte ens två vinkännare ger samma beskrivning av bouqueten av en och samma vin (punkt 4.2). Ett smakprov:
bouqueten hos vinet Château Talbots (ursprungsbeteckning: *Bordeaux, Saint-Julien*) årgång 1992 har beskrivits som "en exotisk och extrovert, syltig arom av mörka körsbär, tryffel och lakrits, med markerad grönskande, örtig doft, fyllig och flexibel, ickfull och mustig" [*son nez exotique et extraverti de cerise noire confiturée, de truffe et de réglisse, marqué par senteurs végetales et herbacées, il est moyennement corsé et souple, juteux et succulent*] (R. Parker, *Les vins de Bordeaux*, Ed. Solar, Paris 1999, s. 317) och även som "kaffearom med en animalisk anstrykning och vacker struktur, god och med en bra koncentration" [*un bouquet aux âromes de marc de café avec une pointe animale et une belle structure, riche et d'une bonne concentration*] (*Le guide Hachette des vins 1996*, utgiven av Arcache J., och Montalbetti, C., Paris 1995, s. 327).

57 — H.E. Meister säger med hänvisning till K. Lorenz att en del av svårigheterna i att objektivera lukter följer av språkets begränsningar, eftersom språket bildades under en epok när den enda kända erfarenheten var ontogenin. Detta är skälet till att vi beskriver lukter genom att hänvisa till andra objekt ("lukt av kanel").

58 — I det ovannämnda arbetet har S. Maniatis kopierat den beskrivning som gavs av doften av parfymen Chanel N° 5 för att få den registrerad: "Doften av en blommig aldehydbaserad parfym, med en toppnot sammansatt av aldehyder, bergamott, citron och neroli; en elegant blommig hjärtton av jasmin, ros, liljekonvalj, iris och ylang-ylang; och en sensuell feminin basnot av sandel, ceder, vanilj, ambra, sibetolja och mysk. Doften är även känd under sitt skrivna namn: N° 5."

beskrivningen av en lukt inte är en adekvat grafisk återgivning i den mening som avses i artikel 2 i första direktivet. [59]

42. Slutligen är inte en deponering av ett prov av den kemiska produkten i registret en "grafisk återgivning" av det särskiljande tecknet. Även om man skulle tillåta deponering av en behållare innehållande det ämne som avger lukten, skulle till svårigheterna i fråga om inskrivningens klarhet och precision läggas de svårigheter som följer av olägenheterna i samband med offentliggörandet och på grund av tidens gång. En lukt förändras på grund av komponenternas flyktighet med tiden och kan till och med försvinna. [60]

43. Om inget av de substitut som föreslås i den andra tolkningsfrågan var för sig kan uppfylla kraven på att kunna "återges grafiskt", och ge klar och preciserad kännedom om det eller de tecken som utgör varumärket, kan de sammantaget leda till ännu större oklarhet. Registreringen av en kemisk formel, åtföljd av ett prov och en beskrivning av den lukt denna avger, ökar antalet uppgifter som skall ge kännedom om tecknet och därmed risken för olika tolkningar och medför om möjligt än större osäkerhet. [61]

44. Jag vill inte alls bestrida att luktmeddelanden kan återges i skrift. Jag känner till olika befintliga, av vetenskapen utarbetade, system för att "avbilda" lukter, [62] men på deras nuvarande utvecklingsstadium är de alla behäftade med nämnda brister och saknar den klarhet och precision som krävs för att visuellt uttrycka ett särskiljande tecken som skall monopoliseras i form av ett varumärke.

45. Det är inte nödvändigt att uttryckligen undanta vissa tecken från lagstiftningen om varumärken. Det finns tecken som utesluter sig själva eftersom de saknar förmåga att uppfylla varumärkesrättens formkrav. [63]

59 — Om man skulle godta registreringen av en lukt som varumärke, varför inte av en känsla? Exempelvis ångest, rädsla, hopp eller välbefinnande.

60 — Flyktighet är den fysiska egenskap som krävs för att ett ämne skall ha en lukt. Parfymer luktar därför att de är flyktiga. Beståndsdelarnas flyktighet är inte enhetlig. Sinnescellerna uppfattar i första hand doftimpulserna från de mest flyktiga dofttonerna ("toppnoter"). "Hjärtnoterna" eller medelnoterna utgör parfymens centrala del. De mest långvariga och minst flyktiga är "basnoterna", som ger parfymen varaktighet och karaktär.

61 — Det skulle inte vara märkligt om en person som ville studera varumärkesregistret och luktade på det deponerade provet kom till slutsatsen att den doft han uppfattar inte överensstämmer med den i registreringen beskrivna, utan att å andra sidan ha något att invända mot den kemiska formel som registrerats, som för honom skulle vara obegriplig.

62 — Sensorisk utvärdering, gaskromatografi (GC) och vätskekromatografi (HPLC) har beskrivits av M.L. Llobregat i det ovannämnda arbetet, s. 102—105.

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

46. Sammanfattningsvis kan inte lukter, även om de kan ha särskiljningsförmåga, "återges grafiskt", såsom krävs enligt artikel 2 i första direktivet, varför de i enlighet med föreskrifterna i den bestämmelsen inte är lämpade som varumärken eller, följaktligen, för registrering som sådana, i enlighet med föreskrifterna i artikel 3 § första stycket a i samma direktiv.

IV — Förslag till avgörande

47. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen skall besvara de tolkningsfrågor som har ställts av Bundespatentgericht på följande sätt:

1) Enligt artikel 2 i rådets första direktiv nr 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar krävs för att ett tecken skall kunna utgöra ett varumärke att det har särskiljningsförmåga och att det på ett fullständigt, klart, exakt och för tillverkare och konsumenter begripligt sätt kan återges grafiskt.

2) För närvarande kan lukter inte återges grafiskt på angivet sätt och kan i enlighet med föreskrifterna i nämnda artikel inte utgöra varumärken.