

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 24 oktober 2002¹

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande avser allmänna aspekter på metoden att bedöma särskiljningsförmågan hos tredimensionella varumärken som består av en produkts form. Den nyligen avkunnade domen av den 18 juni 2002 i målet Philips² innehåller svaren på de flesta av de frågor som har ställts av den hänskjutande domstolen.

Bakgrund och tvisten vid den nationella domstolen

Mål C-53/01

2. Företaget Linde AG, med säte i Wiesbaden (Tyskland), ansökte om registrering som tredimensionellt varumärke av återgivningen av ett fordon av typen "motor-drivna truckar och övriga mobila maskiner med förarhytt, särskilt gaffeltruckar".

Noteras kan att även om den metod som den hänskjutande domstolen tycks förorda skiljer sig märkbart från den som följer av domstolens rättspraxis om varumärkesdirektivet,³ gäller inte detta för de praktiska resultat som uppnås genom respektive metod. I båda fallen framträder svårigheten att registrera dessa tecken.

Den behöriga varumärkesbyrån hos det tyska registret för industriell äganderätt (Deutsches Patentamt) nekade registrering på grund av avsaknad av särskiljningsförmåga.

Sökandens överklagande till den federala tyska domstolen för industriell äganderätt (Bundespatentgericht) bifölls inte. Enligt denna nationella domstol skulle registreringen av varumärket nekas enligt

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Mål C-299/99 P (REG 2001, s. I-5475), nedan kallad domen i målet Philips.

3 — Rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (EGT L 40, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 178).

artikel 8.2 nr 1 i den tyska varumärkeslagen (Markengesetz),⁴ med följande motivering (enligt beslutet om hänskjutande):

”Det saknar betydelse att det tecken som är föremål för ansökan, som enbart består av en realistisk återgivning av produkterna i fråga ur olika perspektiv, utgör en tredimensionell bild som kan registreras som varumärke i den mening som avses i artikel 3 i Markengesetz eller om det är fråga om ett fall som avses i artikel 3.2 i Markengesetz [som motsvarar artikel 3.1 e i varumärkesdirektivet].

Det märke som ansökan avser saknar under alla omständigheter helt särskiljningsförmåga enligt artikel 8.2 i Markengesetz [artikel 3.1 b i direktivet]. Bedömningen av särskiljningsförmågan i förevarande fall förutsätter, som i alla andra fall angående tecken som kan utgöra varumärken, en fastställelse av om, och i vilken mån, de i handeln kan tjäna till att ange det företag som de konkreta produkterna härrör från. Detta är inte fallet i förevarande mål. I handeln visas, i fråga om en återgivning av en produkt av detta slag, endast själva produkten och den tillskrivs inte någon särskiljande funktion eftersom den håller sig inom handels gängse ramar. Varans

form går inte utöver en modern industridesign. Den skiljer sig, i fråga om sina icke tekniska formmässiga grunddrag, inte från gängse utformning i sådan grad att den i handeln inte skulle anses som enbart en normal variation av kända former, utan som ett särskiljande tecken för ett företag. Just inom fordonssektorn har även i fråga om personbilar en trend mot ’softline’-produkter varit rådande sedan många år, varför denna typ av utformning inte främst är en indikation av en viss bestämd tillverkare. Det sökta varumärket skiljer sig för lite från gängse former. Den rymmer inte ett tillskott av kreativitet. Den tillskrivs inte i handeln förmåga att ange företagsursprung.”

Mål C-54/01

3. Winward Industries Inc., med säte i Taipei (Taiwan), lämnade in en ansökan om registrering av en lykta som tredimensionellt varumärke.

Varumärkesbyrå Deutsche Patentamt nekade registrering på grund av avsaknad av särskiljningsförmåga.

4 — Gesetz zur Reform des Markenrechts und zur Umsetzung der ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (*Bundesgesetzblatt* I, s. 3082) (lag om ändring av varumärkesrätten och om införlivande av rådets första direktiv 84/104) (nedan kallad Markengesetz).

4. Överklagandet till Bundespatentgericht avslögs av följande skäl (enligt beslutet om hänskjutande):

”Den abstrakta förmågan att utgöra ett varumärke i den mening som avses i artikel 3.1 i Markengesetz [motsvarande artikel 2 i direktivet] kan förutsättas. Frågan om ett registreringshinder enligt artikel 3.2 nr 1 eller 2 i Markengesetz [motsvarande artikel 3.1 e första och andra strecksatserna i direktivet] är tillämpligt återstår. Tveksamheter kan uppstå på grund av att få variationsmöjligheter kvarstår för sökandens konkurrenter, på grund av cylindriska lyktors förutbestämda form. Ett definitivt beslut är inte nödvändigt, eftersom det sökta varumärket saknar sådan särskiljningsförmåga som krävs enligt artikel 8.2 nr 1 i Markengesetz. Det är fråga om en typisk form för cylindriska lyktor som, trots en viss elegans, uppvisar på marknaden normala särdrag. Inom denna sektor skulle inte konsumenten uppfatta varans form som en indikation på att den härstammar från ett visst företag. Mot bakgrund av de mycket små skillnaderna jämfört med konkurrenternas produkter, skulle en välinformerad konsument knappast vara kapabel att med minnets hjälp identifiera en viss tillverkare. Inte heller kan förekomsten av särskiljningsförmåga konstateras med hänvisning till sådana ordmärken vars möjlighet till skydd endast grundas på en grafisk effekt. Strängare krav gäller för att tillerkänna varors forms särskiljningsförmåga, än i fråga om konventionella varumärken i form av ord- eller

figurmärken. Detta beror på att varumärkesrätten, som anger ursprung, till sin karaktär skiljer sig från reglerna om formgivning, som främst avser mönsterskydd. Till skillnad från vad som är fallet i fråga om sistnämnda regler, hindrar inte det skydd som medges ett varumärke någon annan från att saluföra samma produkt under ett annat märke. Handeln är van vid ord- och figurmärken. Varans form kommer inte annat än i undantagsfall att betraktas som ett företags tecken, utan varumärkesnamnet som finns på produkten kommer att vara vägledande.”

Mål C-55/01

5. Rado Uhren AG (Rado Watch Co. Ltd.) (Rado Montres SA), med säte i Lengnau bei Biel (Schweiz), ansökte om registrering av ett tredimensionellt varumärke bestående i den grafiska återgivningen av ett armband-sur, som företaget redan registrerat som internationellt varumärke.

Varumärkesbyrån Deutsches Patentamt nekade registrering på grund av avsaknad av särskiljningsförmåga och på grund av att ett tillgänglighetskrav förelåg.

Överklagandet ogillades. Bundespatentgericht slog nämligen fast att tecknet inte kunde åtnjuta skydd eftersom det omfattades av registreringshindret i artikel 8.2 nr 1 i Markengesetz, och uttalade i detta avseende (enligt beslutet om hänskjutande) följande:

”Det bör anses att föremålet för ansökan om utvidgat skydd är den konkreta tredimensionella formen på en boett med täckt eller icke täckt urtavla och integrerat armband och inte ett slags absolut skydd för vissa särdrag i klockornas form, som för övrigt har olika utformning.

Vid den tolkningen av ansökan om utvidgat skydd råder ingen tvekan om den abstrakta särskiljningsförmågan hos det internationella varumärket enligt artikel 3.1 i Markengesetz. Inte heller tycks ett skäl att neka registrering enligt artikel 3.2 i Markengesetz föreligga.

Det internationella varumärket kan dock inte skyddas på grund av avsaknad av särskiljningsförmåga enligt artikel 8.2 nr 1

i Markengesetz. Den tredimensionella formen på boetten med täckt eller icke täckt urtavla och integrerat armband, som är lika brett som boetten, saknar till sin konkreta yttre form nödvändig särskiljningsförmåga.

Skyddet kan endast grundas på en originell form som anspelar på produktens ursprung och som gör det möjligt att respektera tillgänglighetskravet och avhjälpa avsaknaden på särskiljningsförmåga. För att styrka produktens eller dess beståndsdelars originalitet skall ett tämligen strikt kriterium tillämpas, eftersom dessa element utgör det främsta sättet att beskriva själva produkten och monopoliseringen av dem innebär en risk för att konkurrenternas möjlighet att utforma sina produkter begränsas, varav åtminstone kravet på tillgänglighet följer. Den grad av originalitet som krävs för registrering av ett varumärke beror även på de specifika förhållandena inom den berörda sektorn.

På marknaden för armbandsur är en formmässigt mycket stor variation normal. Följaktligen måste man inom denna sektor undvika att det skydd som beviljas ett varumärke i alltför hög grad begränsar den formmässiga friheten, så att konkurrenterna även i framtiden i nya kombina-

tioner kan utnyttja den stora mängden befintliga former. Det aktuella internationella varumärket förete kreativa element som till största del är kända eller som redan finns i en liknande form.”

varans form hålls tillgänglig för bruk beaktas vid prövning enligt artikel 3.1 c, eller i annat fall vid prövning enligt artikel 3.1 e, på så sätt att registrering alltid är principiellt utesluten i sådana fall, och att registrering i regel endast kan komma i fråga för varumärken som uppfyller förutsättningarna enligt artikel 3.3 första meningen i direktivet?”

Tolkningsfrågorna

6. Sökandena i de tre förfarandena överklagade samtliga mål med åberopande av rättsstridighet till Tysklands högsta domstol (Bundesgerichtshof). Denna domstol beslutade att vilandeförklara målen och ställa följande frågor om tolkningen av artikel 3.1 b, c och e i varumärkesdirektivet:

”1. Skall en strängare bedömning av särskiljningsförmågan enligt artikel 3.1 b i det ovannämnda direktivet göras för tredimensionella varumärken som återger varans form än för andra former av varumärken?

2. Har artikel 3.1 c i direktivet en självständig betydelse i förhållande till artikel 3.1 e i samma direktiv för tredimensionella varumärken som återger varans form? Om frågan besvaras jakande, skall handelns intresse av att

Förfarandet vid domstolen

7. Besluten om hänskjutande registrerades vid domstolen den 8 februari 2001. Förutom de sökande i respektive förfarande vid den nationella domstolen har den brittiska och den österrikiska regeringen samt kommissionen infunnit sig vid domstolen. Genom beslut av domstolens ordförande av den 15 mars 2001 förenades målen med avseende på det skriftliga och det muntliga förfarandet.

Bedömning av tolkningsfrågorna

Den första tolkningsfrågan

8. Bundesgerichtshof har ställt den första frågan för att få klarhet i om artikel 3.1 b i

varumärkesdirektivet skall tolkas så att en strängare bedömning av särskiljningsförmågan skall göras för tredimensionella varumärken som återger varans form.

andra bestämmelser, till vilka jag återkommer längre fram, som behandlar nödvändigheten av att vissa tecken inte skall kunna omfattas av en ensamrätt.

9. Samtliga parter och intervenienter anser att det saknas skäl för att bedömningen av tredimensionella varumärkens särskiljningsförmåga skall vara strängare än bedömningen av någon annan typ av tecken som avses i artikel 2 i direktivet. Den nationella domstolen har själv förespråkat denna tolkning.

10. Även jag delar denna uppfattning. Dels framgår inte av någon bestämmelse i direktivet att varans tredimensionella former skulle underkastas en annan och mer sträng bedömning för att fastställa förekomsten av *särskiljningsförmåga*.⁵ Dels föreligger inte heller skäl av allmänt intresse som talar för tillämpningen av skilda ordningar för de typer av tecken som kan utgöra varumärken vilka, i enlighet med den icke uttömmande förteckningen i artikel 2 i direktivet, är "ord, inbegripet personnamn, figurer, bokstäver, siffror, formen på en vara eller dess förpackning". Direktivet innehåller

11. Dessutom har domstolen mycket tydligt fastslagit detta genom att förklara att "[v]idare görs det i artikel 2 i direktivet ingen skillnad mellan olika kategorier av varumärken". Av detta följer att "[k]riterierna för bedömningen av särskiljningsförmågan hos tredimensionella varumärken... således inte [skiljer sig] från de som skall tillämpas på andra kategorier av varumärken".⁶

12. En annan fråga är den praktiska svårigheten för de flesta varuformer att uppvisa en tillräcklig särskiljningsförmåga för registrering, vilket de österrikiska och brittiska regeringarna också har påpekat.

Enligt domstolens tolkning i domen i det ovannämnda målet Philips behöver, för det första, tecknens huvuddrag, för att inte omfattas av de absoluta registreringshindren i artikel 3.1 e, inte oundvikligen följa av själva varans karaktär, bero på att ett tekniskt resultat eftersträvas eller tillföra produkten ett väsentligt värde. Jag åter-

⁵ — Som inte skall förväxlas med "kan särskilja" eller *potentiell särskiljningsförmåga* (artikel 2 i direktivet) och *särskiljningsförmåga som kategori* (artikel 3.3).

⁶ — Punkt 48 i domen i målet Philips.

kommer till denna aspekt nedan i samband med bedömningen av den andra tolkningsfrågan.

Den andra tolkningsfrågan

I den mån funktionen förutbestämmer formen och liknande varor därmed brukar ha ett liknande utseende ter det sig dock inte heller sannolikt att formen har en ursprunglig särskiljningsförmåga, även om sådan emellertid, enligt artikel 3.3 i direktivet, kan förvärvas genom bruk. Det är under alla omständigheter inte sannolikt att genomsnittskonsumenten uppfattar mindre skillnader som en angivelse av varans ursprung.

Det skall påpekas att dessa praktiska svårigheter följer av själva naturen hos tredimensionella former och av särdragen i konsumenternas vanor och inte av att en förmodat strängare bedömning av särskiljningsförmågan genomförs.

13. Jag anser att den nationella domstolens fråga bör besvaras så att artikel 3.1 b i varumärkesdirektivet inte skall tolkas så att en strängare bedömning av särskiljningsförmågan skall göras för tredimensionella varumärken som återger varans form än för andra former av varumärken som avses i artikel 2.

14. Bundesgerichtshof har ställt sin andra fråga för att inledningsvis få klarhet i om bedömningen av tredimensionella varumärken som återger varans form skall ske uteslutande enligt artikel 3.1 e, eller om även artikel 3.1 c i direktivet är av betydelse. Om så är fallet har den nationella domstolen frågat om man vid denna bedömning skall beakta handelns intresse av att vissa tecken hålls tillgängliga för bruk (det så kallade kravet på tillgänglighet eller *Freihaltebedürfnis*, enligt det beslätade uttrycket i tysk doktrin),⁷ så att registrering alltid principiellt är utesluten och att registrering därför endast kan komma i fråga när varumärket har förvärvat särskiljningsförmåga genom bruk (artikel 3.3 första meningen i direktivet).

15. Den fråga som domstolen ställs inför är huruvida det allmänna intresset av att begränsa ensamrätten till vissa tecken som består av en varas form för att de fritt skall kunna användas av näringsidkare skall beaktas, och framför allt vilken bestämelse som skall tjäna som utgångspunkt.

7 — Som den hänskjutande domstolen har beskrivit som "handelns intresse av att hålla varans form tillgänglig" men som inbegriper varje hänsyn till det allmänintresse som talar för att begränsa tillgången till registrering för vissa tecken för att de fritt skall kunna användas av samtliga näringsidkare.

När denna fråga besvarats skingras tveksamheterna beträffande möjligheten att avhjälpa avsaknaden av särskiljningsförmåga genom bruk. Ett sådant avhjälpande är nämligen inte möjligt om det allmänna intresset av tillgänglighet definieras inom ramen för artikel 3.1 e,⁸ vilket däremot är möjligt om detta sker inom ramen för artikel 3.1 c.

grundas dessutom på en tolkning av nämnda bestämmelse som innebär att det där angivna registreringshindret inte skulle tillämpas så snart tecknet företer någon som helst beståndsdel som inte följer av dess art, funktion eller varans väsentliga värde.

16. Parterna och intervenienterna har samstämmigt förklarat att artikel 3.1 c självständigt skall tillämpas på tredimensionella former, även om de delvis är oeniga i fråga om den roll som tillgänglighetshänsynen bör spela härvidlag. Sökandena i målet vid den nationella domstolen har förordat att detta krav skall anses vara av undantagskaraktär, medan den brittiska regeringen har tillmätt det en begränsad verkan, under förutsättning att artikel 3.2 e ges en rimlig tolkning som överensstämmer med dess syfte. Kommissionen har däremot inte funnit skäl att tillämpa det mer strikt.

17. Av beslutet om hänskjutande framgår även att Bundesgerichtshof anser det otänkbart att bedömningen av kravet på tillgänglighet skall ske med utgångspunkt från artikel 3.1 e, eftersom detta skulle förhindra ett avhjälpande genom bruk, vilket den finner oberättigat. Denna uppfattning

18. Domstolen har i sin rättspraxis valt en annan lösning i domen i det ovannämnda målet Philips.

19. Dels har den undanröjt de tveksamheter som kvarstod efter domen av den 20 september 2001 i målet Procter & Gamble,⁹ beträffande relevansen av att tillsammans med de hinder som avser den eventuella avsaknaden av särskiljningsförmåga i vid bemärkelse, bedöma andra hänsyn av allmänt intresse som kan tala för att begränsa tillgången till registrering för vissa tecken, för att de ska kunna användas fritt av samtliga näringsidkare. Förekomsten av sådana hänsyn erkändes mycket tydligt i dom av den 4 maj 1999 i målet Windsurfing Chiemsee,¹⁰ om än begränsat till de beskrivande tecken som avses i artikel 3.1 c.

20. I domen i målet Philips godtog domstolen, trots att den betonade att varumär-

8 — Genom artikel 3.3 första meningen. Se även punkt 75 i domen i målet Philips.

9 — Mål C-383/99 (REG 1999, s. I-6251), "BABY-DRY".

10 — De förenade målen C-108/97 och C-109/97 (REG 1999, s. I-2779).

kesskyddets syfte framför allt är att säkerställa att varumärket visar produktens ursprung,¹¹ att de olika registreringshindren skall tolkas mot bakgrund av det allmänintresse som ligger bakom vart och ett av dem.¹² Grunden för att neka eller ogiltigförklara en registrering skall således bedömas från fall till fall.

införlivats, eller i vart fall begränsa deras valfrihet i tekniskt hänseende vid införlivandet av en sådan funktion i sina varor.¹⁴

21. Beträffande registreringshindret i artikel 3.1 e, fann domstolen att det syftar till att förhindra att det varumärkesrättsliga skyddet utvidgas från att vara ett skydd för tecken som tjänar till att särskilja en vara från konkurrenternas varor till att utgöra ett hinder mot att konkurrerande företag fritt och i konkurrens med varumärkets innehavare kan saluföra varor i vilka dessa tekniska lösningar eller användbara egenskaper ingår.¹³

Således erkänns, inom området för tredimensionella varumärken som återger varans form, giltigheten av hänsyn till tillgängligheten.

22. Å andra sidan modifierade domstolen, på grundval av att dessa hänsyn av allmänt intresse förelåg, villkoren för tillämpningen av artikel 3.1 e andra strecksatsen så att bestämmelsen alltid är tillämplig på en form vars *väsentliga särdrag* fyller en teknisk funktion och har valts för att fylla denna funktion.¹⁵ Av detta följer att det inte är tillräckligt att vissa delar av tecknet inte fyller en teknisk funktion för att detta registreringshinder skall sättas ur spel.

Vad särskilt avser tecken som endast består av en sådan form på en vara som är nödvändig för att uppnå ett tekniskt resultat, är syftet med artikel 3.1 e andra strecksatsen i direktivet att förhindra registrering av former vars väsentliga särdrag fyller en teknisk funktion, eftersom varumärkesrätten annars oundvikligen skulle begränsa konkurrenternas möjligheter att erbjuda en vara i vilken en sådan funktion

Detta resonemang kan givetvis utvidgas till de övriga fall som avses i artikel 3.1 e, så att registrering även nekas när de väsentliga egenskaperna hos ett tredimensionellt varu-

11 — Punkt 29.

12 — Punkt 77.

13 — Punkt 78.

14 — Punkt 79.

15 — Punkt 80.

märke som består i varans form följer av dess art eller tillför den ett väsentligt värde.

23. Dessutom gäller fortfarande rättspraxis om kravet på tillgänglighet inom ramen för artikel 3.1 c, såsom kommit till uttryck i domen i det ovannämnda målet *Windsurfing Chiemsee*.

24. Domstolen förklarade där att artikel 3.1 c har till syfte att skydda en målsättning av allmänintresse, nämligen att beskrivande tecken och upplysningar avseende de kategorier av varor eller tjänster som är föremål för registreringsansökan kan användas fritt av alla, inbegripet som kollektivmärke eller i sammansatta eller grafiska varumärken. Denna bestämmelse utgör således hinder för att sådana tecken eller upplysningar förbehålls ett enda företag genom att de registreras som varumärke.¹⁶

25. Beträffande tecken och upplysningar som kan användas för att visa det geografiska ursprunget slog domstolen fast att det föreligger ett allmänintresse av att undvika ensamrätt eftersom de är lämpliga för att dels eventuellt lyfta fram egenskaperna hos varorna samt kan väcka positiva känslor,¹⁷ ett resonemang som i relevanta delar är giltigt för samtliga fall som avser beskrivande tecken.¹⁸

16 — Domen i det ovannämnda målet *Windsurfing Chiemsee*, punkt 25.

17 — *Ibidem*, punkt 26.

18 — Detta framgår av lydelsen av punkt 26 i domen i målet *Windsurfing Chiemsee* ("i synnerhet"), liksom av den allmänna lydelsen av punkt 35.

26. Domstolen förklarade således att artikel 3.1 c innehåller ett krav på att bedömningen skall vägledas av det allmänna intresset av att vissa tecken hålls tillgängliga.

27. Ingen bestämmelse föreskriver dock en annan behandling av tredimensionella varumärken som återger varans form, vilket leder till slutsatsen att de skall underkastas en prövning av lämpligheten som varumärken ur flera perspektiv.

28. För det första skall de abstrakta kraven i artikel 2 i direktivet vara uppfyllda: de skall kunna återges grafiskt och ha en potentiell särskiljningsförmåga.

29. Dessutom, och framför allt, skall de inte omfattas av registreringshindret i artikel 3.1 c. Det är normalt i fråga om tredimensionella former som tillgänglighetshänsynen aktualiseras. I detta avseende delar jag den brittiska regeringens uppfattning, men däremot inte den hänskjutande domstolens: syftet med att neka varumärkesskydd för tredimensionella varumärken som endast följer av själva varans art, strävan att uppnå ett tekniskt resultat eller att tillföra ett väsentligt värde, är att tillgodose den *överskuggande omsorgen* om

att inte tillåta att enskilda utnyttjar varumärket för att erhålla permanenta ensamrätter till naturliga former, tekniska lösningar eller estetiska formgivningar. I linje med detta resonemang har lagstiftaren undantagit artikel 3.1 e från de registreringshinder som kan avhjälpas enligt artikel 3.3 första meningen. Naturliga, funktionella och dekorativa former lämpar sig enligt lagstiftarens uttalade uppfattning inte för att förvärva särskiljningsförmåga.

element till en tredimensionell form, originell yttre utformning av helheten, ordmärken och figurmärken).

30. Då detta registreringshinder genom denna tolkning räddats, skall det berörda tecknets konkreta särskiljningsförmåga undersökas enligt artikel 3.1 b, c och d.

I domen i det ovannämnda målet Philips bekräftas dess betydelse, genom att den minimidefinition av detta registreringshinder som används av Bundesgerichtshof i beslutet om hänskjutande inte godtas.

Genom denna tolkning utesluts utan tvekan en mängd tecken som ger ett diskret intryck ("softline" med det uttryck som används i beslutet från Bundespatentgericht) slutgiltigt från möjligheten att registreras som varumärken, men jag anser inte att detta är en oproportionerlig konsekvens. Allmänintresset skall inte bära den, om än lilla, risken för att varumärkesrätten på ett otillbörligt sätt inkräktar på andra tidsbegränsade ensamrätters område, då det finns andra effektiva sätt för produkttillverkare att ange ursprunget (tillägg av godtyckliga

Kontrollen av intresset av tillgänglighet enligt artikel 3.1 e varken hindrar eller förutbestämmer en eventuell ny prövning som även den skall vägledas av tillgänglighetsmålet, denna gång med tillämpning av artikel 3.1 c i direktivet. Dess karaktär är annorlunda, det som skall prövas är det nuvarande eller framtida intresset hos övriga näringsidkare av att använda detta tecken som kännetecken, ställt mot innehavarens relativa intresse av att använda denna typ av varumärke för att upplysa om företagsursprunget. Slutresultatet av denna andra tillgänglighetsbedömning kan till skillnad från vad som är fallet i fråga om den första påverkas av att det varumärke som är föremål för ansökan om registrering har förvärvat särskiljningsförmåga genom bruk.

31. Jag medger att det är troligt att många tredimensionella varumärken som återger

varans form inte kan övervinna de olika hindren för registrering.

32. Den andra tolkningsfrågan skall således besvaras så att vid bedömningen av om de väsentliga särdragen hos ett tredimensionellt varumärke som återger varans form med nödvändighet följer av själva naturen hos varan, behovet av att uppnå ett tekniskt

resultat eller att tillföra varan ett väsentligt värde, skall hänsyn tas till det allmänna intresset av att hålla nämnda tecken tillgängligt för samtliga näringsidkare. Om tecknet har särskiljningsförmåga utgör inte denna granskning hinder för en ny tillgänglighetsbedömning enligt artikel 3.1 c i direktivet. Endast resultatet av den senare bedömningen kan påverkas av konstatandet av att särskiljningsförmåga har förvärvats genom bruk i enlighet med artikel 3.3 första meningen i direktivet.

Förslag till avgörande

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

- 1) Artikel 3.1 b i rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar skall inte tolkas så att en strängare bedömning av särskiljningsförmågan skall göras för tredimensionella varumärken som återger varans form än för andra former av varumärken som avses i artikel 2.

- 2) Vid bedömningen av om de väsentliga särdragen hos ett tredimensionellt varumärke som återger varans form med nödvändighet följer av produktens själva natur, behovet av att uppnå ett tekniskt resultat eller att tillföra varan ett väsentligt värde, skall hänsyn tas till det allmänna intresset av att hålla nämnda tecken tillgängligt för samtliga näringsidkare. Om tecknet har särskiljningsförmåga utgör inte denna granskning hinder för en ny tillgänglighetsbedömning enligt artikel 3.1 c i direktivet. Endast resultatet av den senare bedömningen kan påverkas av konstaterandet av att särskiljningsförmåga har förvärvats genom bruk i enlighet med artikel 3.3 första meningen i direktivet.