Sensoriska varumärken i EU
– till följd av ett uppdaterat återgivningskrav

Anthony Bähr

Examensarbete i civilrätt/immaterialrätt 30 hp
Examinator: Marianne Levin
Stockholm, höstterminen 2017
Abstract
Trademarks have been in existence for centuries and while the fundamentals of distinguishing goods and services of one undertaking from those of another have remained, trademarks have evolved remarkably over the last few decades. Trademarks have developed into indispensable commercial and lucrative tools, often able to convey information that goes far beyond the actual goods or services, and thus yielded a considerably wider scope. While trademarks are generally associated with figurative marks or word marks, the presence of marks aimed at other senses than sight have steadily been gaining ground due to competitors yearning an edge in the constantly developing global market. However, the demand for a trademark protection of these sensory trademarks has within the European Union encountered obstacles – obstacles often attributed to the requirement of graphical representation. The said requirement has since the introduction of the EU trademark been a central prerequisite for attaining trademark protection and has entailed that all marks, in the application process and the register, have been required to be represented visually and two dimensionally. This, irrespective of their original characteristics.

Nonetheless, in the light of the recently updated trademark regulation, the requirement of graphical representation was effectively abolished and replaced by a representation requirement unbound to a specific format. This paper has aimed to uncover the fundamentals of the graphical representation requirement, through the interpretation of, inter alia, judgments of the European Court of Justice and general registration practice, as well as shed light on how the change may come to affect the possibility to register sensory trademarks. While sound marks have strengthened their position through the regulation, the research has revealed that difficulties remain for the other sensory marks. Difficulties that go beyond the question of the manner of representation and rather related to the underlying primitive, subjective and fluctuating nature of sensory marks. This creates predicaments associated with, inter alia, distinctiveness and legal certainty.
**Förkortningar**

**DPM**
Deutsches Patent- und Markenamt (Tysklands patent- och varumärkesmyndighet)

**ECTA**
European Communities Trade Mark Association

**EU**
Europeiska unionen

**EU-domstolen**
Europeiska unionens domstol

**EUIPO**
Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet

**MCETC**
Memorandum on the Creation of an EEC Trade Mark

**OHIM/KHIM**
Byrån/Kontoret för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken och mönster)

**PBR**
Patentbesvärsrätten

**PRV**
Patent- och registreringsverket

**USPTO**
United States Patent and Trademark Office (USA:s patent- och varumärkesmyndighet)

**WIPO**
World Intellectual Property Organization
Innehållsförteckning
Kapitel 1 – Inledande Avsnitt .................................................................................. 1
   1.1 Syfte och frågeställning .................................................................................. 2
   1.2 Avgränsning .................................................................................................... 3
   1.3 Metod och Material ....................................................................................... 4
   1.4 Disposition ..................................................................................................... 6
Kapitel 2 – Varumärkets grunder ......................................................................... 8
   2.1 EU och varumärkessystemet .......................................................................... 8
      2.1.1 EU-varumärkets principer ...................................................................... 10
      2.1.2 EU-varumärkets funktioner ................................................................... 10
      2.1.3 Erhållandet av ett EU-varumärke .......................................................... 11
Kapitel 3 – Sensorik och varumärken ................................................................. 13
   3.1 Marknadsföring mot de mänskliga sinnena .................................................... 13
      3.1.1 Luktsinnet ................................................................................................. 14
      3.1.2 Smaksinnet .............................................................................................. 17
      3.1.3 Känseln ................................................................................................... 18
      3.1.4 Hörseln ................................................................................................... 19
   3.2 Kort om ”depletion” (uttömning) .................................................................. 20
   3.3 Analys av sensorisk marknadsföring och sensoriska märken ....................... 21
Kapitel 4 – Sensoriska varumärken och kravet på grafisk återgivning ............... 24
   4.1 Syftet med kravet ............................................................................................ 25
   4.2 Sieckmann-målet – Tolkning av kravet på grafisk återgivning ..................... 25
      4.2.1 Bakgrund .................................................................................................. 25
      4.2.2 Tolkningsfrågor ...................................................................................... 26
      4.2.3 Generaladvokatens förslag till avgörande .............................................. 26
      4.2.4 Domstolens bedömning ......................................................................... 27
      4.2.5 Sammanfattning av Sieckmann-målet .................................................. 29
6.6 Avslutande kommentarer .............................................................................. 69

7. Källförteckning ........................................................................................................ 71
  7.1 Lagtext .................................................................................................................. 71
  7.2 Offentligt tryck ..................................................................................................... 72
  7.3 Rättsfallsregister .................................................................................................. 73
  7.4 Ansökningar och varumärken .......................................................................... 75
  7.5 Litteratur ............................................................................................................... 76
  7.6 Internet .................................................................................................................. 79
  7.7 Övrigt ..................................................................................................................... 82
Kapitel 1 – Inledande Avsnitt


Begreppet varumärke associeras idag i allmänhet till främst ord- eller figurmärken, vilket även är den typ av varumärken som förekommer med överlägsen frekvens i EU:s varumärkesregister. Av de nära 1,7 miljoner EU-varumärkesansökningar som gjorts över åren är mer än 99% av dessa antingen ord- eller figurmärken.2 I en ständigt expanderande marknad med konkurrerande näringsidkare som efterfrågar innovativa lösningar för exponering och identitetsuttryck har sensorisk kommunikation blivit alltmer aktuell. I syfte att inge en viss känsla och därigenom påverka konsumenter på ett annat plan använder sig flera stora företag av metoder som vänder sig till andra sinnen än synen. Det förefaller till följd därav naturligt att denna typ av kommunikation även är något man ämnar skydda som ett varumärke.

Denna framställning inriktar sig på de varumärken som direkt och främst vänder sig till fyra av de fem klassiska västerländska sinnena: luktsinnet, smaksinnet, känseln och hörseln. Därtill syftar den uttryckligen till att redogöra för registreringsmöjligheterna för doft-, smak-, känsel- och ljudmärken. Dessa sensoriska märken brukar även kategoriseras under beteckningen okonventionella varumärken. Begreppet okonventionella varumärken har brukats flitigt i juridisk doktrin men är en flyktig term som kan sägas sakna någon egentlig bundenhet i tid. Beroende på tid och värderingar kan uttrycket således komma att omfatta helt olika typer av varumärken.3

---


1.1 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är att bringa klarhet i ett rättsområde som i skrivandets stund genomgår en omfattande uppdatering. I samband med dessa förändringar av registreringsförfarandet för EU-varumärken rubbas ett rättsområde som länge har varit stillastående och begränsats av förelegade krav. Uppsatsen ska redogöra för hur sensoriska varumärken påverkats av förefintligheten av ett krav på grafisk återgivning. Därtill kommer slopandet av kravet, till följd av ändringsförordningen, att granskas för att utröna de potentiella effekterna och utvärdera det nya rättsläget. Med beaktande av bland annat konkurrens- och rättssäkerhetsperspektiv ämnar uppsatsen vidare identifiera hur och om sensoriska märken kan uppnå varumärkesskydd till följd av den nya förordningen.

De sensoriska märkena kommer initialt även att hanteras utförligt i syfte att tydliggöra deras annorlunda art och visa varför man bör ta hänsyn till deras existens. Detta kommer innehitta en

---

5 Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2015/2424 om ändring av rådets förordning (EG) nr 207/2009 om gemenskapsvarumärken och av kommissionens förordning (EG) nr 2868/95 om genomförande av rådets förordning (EG) nr 40/94 om gemenskapsvarumärke samt om upphävande av kommissionens förordning (EG) nr 2869/95 om de avgifter som skall betalas till Byrå för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) [cit. Ändringsförordning 2015/2424].
utredning av vad denna typ av märken fyller för syfte ur näringsidkarens perspektiv, hur de kan uppfylla varumärkets grundläggande funktioner samt hur den Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet och domstolar har förhållit sig till deras existens.

Sammanfattningsvis är alltså uppsatsens syfte att diskutera och besvara följande frågeställningar:

- Vad har kravet på grafisk återgivning inneburit och vilken inverkan har kravet haft på möjligheten att registrera sensoriska märken i EU?
- Vad är syftet med sensoriska märken och hur har existensen av sådana tagits emot inom EU?
- Hur kommer möjligheten att registrera sensoriska märken att påverkas av ett nytt och teknikneutralt återgivningskrav?

1.2 Avgränsning


Det bör nämnas att kravet på grafisk återgivning även har begränsat andra okonventionella märken, såsom hologram-, multimedia-, 3D-, positions- och rörelsemärken. Dessa har däremot tolkats att i huvudsak kommunicera till synen. De kommer därför inte att behandlas, då uppsatsen är koncentrerad till de andra sinnenas relation till varumärken.

Det bör understrykas att denna framställning främst fokuserar på varumärken relaterade till varor, eftersom sensoriska märken i relation till tjänster ansetts vara alltför abstrakta och komplicerade. Med det sagt torde ändå resonemanget som förs ofta även vara applicerbart på tjänster.

Till följd av att framställningen är centrerad kring skyddet av EU-varumärken, kommer varken svensk varumärkesrätt eller det nya varumärkesdirektivet att behandlas närmare. Därmed kommer inte heller varumärkesskydd genom inarbetning att beröras. Även varumärkesskydd
genom alternativa förfaranden såsom Madridprotokollet eller World Intellectual Property Organization (WIPO) har bedömts ligga utanför uppsatsens fokus. Vissa varumärken utanför EU berörs emellertid i uppsatsen, där i huvudsak registreringar företagna av USA:s varumärkesmyndighet har diskuterats. Dessa har främst påtalats för att uttrycka alternativa förhållningssätt till sensoriska märken och en närmare komparation beträffande dessa rättsordningar har inte ansetts nödvändig.


Det bör betonas att återgivningsmetoder för sensoriska märken ofta är mycket tekniska. Framställningen ämnar dock undvika alltför mycket tekniska detaljer och syftar i huvudsak att hålla sig inom det juridiska området. Läsaren förväntas istället besitta en viss kunskap inom varumärkesrätt för att lättare kunna förstå arbetet i dess helhet.

Slutligen bör nämnas att det är mycket möjligt att andra immateriella skydd kan vara aktuella för vissa av de behandlade märkestyperna, då i form av exempelvis mönster-, patent- eller upphovsrättsliga skydd. Dessa alternativa skydd kommer inte att behandlas i uppsatsen då syftena och grunderna av de diverse skydden följer andra spår och saknar relevans för denna framställning.

1.3 Metod och Material

En rättsdogmatisk metod har i huvudsak använts vid författandet av denna uppsats. Denna metod består i att söka en lösning på ett rättsligt problem genom att använda de allmänt accepterade rättsskällorna. Den rättsdogmatiska metoden brukar ibland även benämns som rättsanalytisk metod därför att en tillämpning av metoden kan innebära extensiva analyser och tolkningar av rättsskällorna. Genom tillämpandet av denna metod kommer därmed gällande rätt på området att redogöras för och analyseras. Till följd av uppsatsens EU-rättsliga fokus, har

---

7 Kleineman, s. 24.
tolkningen av EU-rätten gjorts genom EU-rättslig metod.8 Tillämpandet av denna metod har främst bestått av att hantera och tillämpa EU:s rättskällor.

EU-rätten består av flera lager av rättskällor och de huvudsakliga distinktionerna görs mellan primär- och sekundärrätt samt bindande eller icke-bindande rättskällor, där den sekundärrättsliga lagstiftningen grundas på kompetensen som unionen besitter genom primärrätten.9 Primärrätten består främst av fördragen, rättighetsstadgan och de protokoll och anslutningsfördrag som tillkommit till fördragen. Utöver dessa utgör bindande sekundärrätt i form av förordningar, direktiv eller beslut, internationella avtal, allmänna rättsprinciper och tribunalens och EU-domstolens rättspraxis de bindande rättskällorna.10 De icke-bindande rättskällorna består i sin tur av icke-bindande sekundärrätt, förarbeten, förslag till avgöranden av generaladvokater, EU-rättslig doktrin och ekonomiska teorier, där de icke-bindande rättskällorna i huvudsak syftar till att agera vägledande vid tillämpningen av EU-rätten.11


I syfte att försöka beskriva den abstrakta naturen och näringsidkarens tänkbara intresse av sensoriska märken, har litteratur beträffande sensorisk marknadsföring gransknats. Därtill har även studier och undersökningar om sinnenas påverkan på konsumenters val beaktats. Denna del har en del icke-juridiska inslag men är likväl tydligt länkad med förekomsten av sensoriska märken och fyller funktionen att beskriva och begripa deras efterfrågan.

Ledning i hur kraven på återgivningen ska tolkas har i huvudsak hämtats från EU-domstolens praxis. Det kan nämnas att domstolen har tilldelats en exklusiv kompetens för tolkningen av EU:s rättsakter genom EU-fördraget och att den i huvudsak använder sig av en teleologisk

---

11 Hettne & Otken Eriksson, s. 40–41.
tolkning i sina domar. Vidare har även registreringspraxis från Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet (EUIPO) och generaladvokaters förslag till avgörande beaktats samtidigt som doktrin och juridiska artiklar har bidragit med värdefulla tolkningar och betraktelsesätt av rättsläget. Rättsområdet centrerar i första hand kring EU-domstolens avgöranden. I de fall EU-domstolen inte har tagit ställning till frågor, har de andra källorna fått bidra med understöd. De nämnda rättskällorna har därmed använts i kombination med varandra i syfte att fastställa gällande rätt.


Eftersom rättsområdet genomgår en omfattande uppdatering har tolkningen av rättsläget efter slopandet av kravet på grafisk återgivning behövt gå utöver den traditionella rättsdogmatiska metoden. Tolkningen av hur rättsläget kan komma att bli har därmed gjorts genom extensiva tolkningar av tidigare domar och i enlighet med ändamålen av EU:s varumärkessystem. Alternativa återgivningsförfaranden har även redogjorts för i uppsatsen. Då dessa ännu inte har behandlats av EU-domstolen har de, för att kunna utröna den relevans de kan få, behövt ställas mot de krav som satts på återgivningen och registret mer generellt. Även denna del har tagit ledning av EUIPO:s riktlinjer och registreringspraxis.

1.4 Disposition

Uppsatsen är uppdelad i sex olika kapitel i avsikt att ge läsaren en övergripande blick. Det första kapitlet utgör en inledning till arbetet med bland annat metod-, material- och avgränsningsavsnitt.

---

12 Reichel, s. 111, 122.
Det andra kapitlet ger en bakgrund om EU:s varumärkesrätt, där funktioner, principer och syften relaterade till systemet och varumärket redogörs för. Vidare behandlas de grundläggande förutsättningarna för att uppnå skydd samtidigt som förfarandet vid ansökan beskrivs.

I det tredje kapitlet presenteras konceptet sensoriska märken och hur marknadsföring riktad mot sinnena fungerar. Kapitlet avslutas med en reflektion och diskussion av det redogjorda materialet.

Det fjärde kapitlet ämnar dissekera begreppet grafisk återgivning och genom en tolkning av EU-domstolens praxis närmare förstå innebörden i dess helhet, dels varför kravet finns och dels vad som krävs för att uppnå det. Samtliga sensoriska märken kommer i detta kapitel att behandlas särskilt i relation till grafisk återgivning. I slutet av kapitlet följer därtill en analys av problematiken som uppstått genom kravet på grafisk återgivning.

I det efterföljande och femte kapitlet kommer den ifrågavarande uppdateringen av lagtexten att belysas. Sedermera kommer de direkt utrönbara effekterna av förändringen att relateras till de sensoriska märkena. Därutöver lyfts alternativa återgivningssätt fram och en diskussion över hur kompatibla dessa metoder är med EU:s varumärkessystem förs.

Slutligen följer i det sjätte och sista kapitlet en sammantagen analys och fördjupning av de behandlade områdena. En diskussion kommer i detta avsnitt även att föras angående sensoriska märken i ett framtida perspektiv.
Kapitel 2 – Varumärkets grunder

En ökad kommersialisering och global marknad har bidragit till att varumärken har utvecklats omfattande de senaste årtiondena. Numera kan ett varumärke, särskilt för stora företag, utgöra enormt värdefulla immateriella tillgångar. I Forbes senaste rapport *The Worlds Most Powerful Brands* från 2017 rankades exempelvis Apple högst och värderades till 170 miljarder USD.\(^{15}\)

Det är idag att uppenbart att varumärken är kraftfulla verktyg både ur ett kommersiellt och ett lönsamhetsperspektiv; verktyg som ger utförlig information om företagets verksamhet och som sträcker sig längre än produkten som saluförs.\(^{16}\) Varumärken har med tiden även blivit mer sofistikerade både till form och gällande vad som kommuniceras. Därför betraktas ofta goodwill som den varumärkesfunktion som är mest skyddsvärd.\(^{17}\) Det goodwill, ekonomiska värde och den potentiellt oändliga skyddstiden som knyter an till ett varumärke medför därmed att intresset av en ensamrätt är givet, men till skillnad från exempelvis uppfinnningar eller litterära verk är det inte skapelsen i sig som är skyddsvärd.\(^{18}\) Varumärkesskyddet bottnar istället i märkets kapacitet att förmedla information till konsumenten vilket i sin tur ger näringsidkaren ett incitament att investera och upprätthålla sin image och sitt märke.\(^{19}\)

2.1 EU och varumärkessystemet

Varumärkesrätten var det första fullständigt harmoniserade immateriella rättsområdet inom EU, men processen att uppnå harmonisering tog alltjämt lång tid.\(^{20}\) Projektet inleddes i slutet av femtiotalet när en arbetsgrupp sattes ihop för att sammanställa en överenskommelse för de dåvarande sex medlemsstaterna.\(^{21}\) Arbetsgruppen producerade i slutet av 1964 ett icke-officiellt utkast som kallades *The Preliminary Draft of a Convention for a European Trade Mark*.\(^{22}\) Denna publicerades 1973 och antogs av EU-kommissionen 1976. Överenskommelsen kom att


\(^{17}\) Manley, s. 53, 60–61.


\(^{19}\) Kur & Dreier, s. 157.

\(^{20}\) Levin, s. 57.


\(^{22}\) Von Mühlendahl et al, s. 3.
heta Memorandum on the Creation of an EEC Trade Mark (MCETC).23 Ett centralt mål med denna var, med hänvisning till artikel 2 i Romfördraget,24 att främja en harmonisk och väl avvägd utveckling av näringslivet samtidigt som ett särskilt varumärkessystem applicerbart inom gemenskapen förklarades gagna både den fria marknaden för märkesvaror och tjänster samt tillgodos rättvisa konkurrensförhållanden.25 I MCETC markerades även vikten av varumärkets funktion att hjälpa konsumenter att fatta rätt beslut. Genom varumärket förklarades konsumenten ges möjligheten att identifiera och särskilja produkter utifrån ursprung och därutöver koppla ursprunget till en viss kvalitet och ett rykte.26 Vikten av att konsumenten kunde lita på att varumärket som framträdde på produkten inte användes av någon annan producent inom hela gemenskapen betonades även.27 Behovet av ett gemensamt skydd inom unionen bottnade bland annat i den tidskrävande process som krävts för att upprätta ett varumärkesskydd som gällde i flera medlemsstater.28 Processen kunde även begränsas och försvåras av de varierande nationella regleringarna. Ett gemensamt skydd skulle bidra till att låta näringsidkare, genom ett enda förfarande, åtnjuta ett skydd som skulle gälla och få rättsverkan igenom hela unionen. Gemenskapsvarumärket (numera EU-varumärke) blev slutligen verklighet i mars 1994 då Gemenskapsvarumärkesförordningen 40/94 antogs.29 Systemet togs till slut i bruk i början av 1996, när EUIPO började ta emot ansökningar för EU-varumärken.30 Den utdragna processen kan bland annat tillskrivas svårigheten att koordinera olika rättsordningar med varierande värdningar och språk.31

Arbetet för en harmoniserad och rättvis marknad har fortskridit och utvecklats sedan dess, nationella och EU-varumärken existerar även idag parallellt med varandra och samma grundläggande principer för varumärken gäller unisont inom den Europeiska unionen. Det harmoniserade varumärkessystemet inom EU anses vara en framgångsrik förändring och har sedan ikraftträdandet gått långt över förväntan gällande antalet ansökningar.32 I dagsläget finns

---

23 Von Mühlendahl et al, s. 3 och Commission of the European Communities, Memorandum on the creation of an EEC trade mark, adopted by the Commission on 6 July 1976 [cit. MCETC].
24 Romfördraget – Treaty Establishing the European Community as Amended by Subsequent Treaties (Rom, 25 mars 1957), art. 2.
25 MCETC, skål 24, s. 9.
26 MCETC, skål 8, s. 7.
27 MCETC, skål 15–19, s. 8.
28 MCETC, skål 18, s. 8, se även von Mühlendahl et al, s. 2–3.
29 Rådets förordning [EG] nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken [cit. EU-förordning 40/94].
30 Levin, s. 390.
31 Se Levin, s. 389 och von Mühlendahl et al, s. 4.
32 Kur & Dreier, s. 159.
över en miljon registrerade varumärken och arbetsbördan för de berörda myndigheterna har i stadig takt ökat sen införandet. Den senaste årliga rapporten från EUIPO visar att över 135 000 ansökningar för EU-varumärken inkom 2016.

2.1.1 EU-varumärkets principer
Grunden till EU:s varumärkessystem utgörs av de tre huvudsakliga principerna om enhetlig karaktär, självbestämmanderätt och samexistens. Principen om enhetlig karaktär syftar till att ensamrätten som tillhandahålls ska gälla och ha samma effekt inom hela unionen. Självbestämmanderätten syftar till att klargöra att systemet styrs av EU-rätten och dess principer och därmed att nationell rätt i förhållande är sekundär. Principen om samexistens refererar till det ovannämnda intresset att bibehålla en ordning där nationella varumärken och EU-varumärken ska kunna existera parallellt med varandra, EU-varumärkessystemet är därför inte tänkt att ta över det nationella systemet utan de ämnas snarare komplettera varandra.

2.1.2 EU-varumärkets funktioner

33 Campinos, A., Message from the Executive Director, European Union Intellectual Property Office, Annual Report 2016, s. 7.
34 Von Mühlendahl et al, s. 7.
36 Von Mühlendahl et al, s. 7.
37 EU-förordning 2017/1001, skäl 8, 39.
39 Se Nordell, P. J., Varumärkesrättens skyddsobjekt: om ordkännetecknets mening och referens, Mercurius, Stockholm, 2004, s. 81 och mål C-16/74 Centrafarm BV och Adrian de Peijper mot Winthrop BV.
40 Kur & Dreier, s. 200–201.
41 Kur & Dreier, s. 174.
Diverse närliggande funktioner såsom kvalitets-, goodwill-, kommunikations-, reklam- eller investeringsfunktionen har även uttryckts i praxis, doktrin och förarbeten.\textsuperscript{42} Dessa är emellertid i huvudsak kompletterande funktioner och samtliga bundna till grundfunktionen att förmedla ursprung.\textsuperscript{43}

### 2.1.3 Erhållandet av ett EU-varumärke

Förutsättningarna för att inom EU erhålla ett varumärkesskydd och därigenom få en ensamrätt till sitt märke följer av förordningstexten.\textsuperscript{44} Detta skydd kan ej uppnås genom s.k. inarbetning, vilket annars är vanligt förekommande beträffande nationella varumärken,\textsuperscript{45} utan kräver att en faktisk ansökan lämnas in. Ansökningsförfarandet regleras i kapitel tre av förordningen, där ett antal formaliakrav ställs samtidigt som det framgår att ansökan ska inges till EU IPO.\textsuperscript{46} Det kan även nämnas att EU IPO:s hemsida tillhandahåller ett digitalt formulär för att underlätta ansökningsprocessen. I det fjärde kapitlet regleras registreringsförfarandet, där det framgår att myndigheten initialt undersöker om samtliga ansökningsformalier följs. Därefter görs en ex officio prövning för att granska huruvida det enligt artikel 7 föreligger några absoluta registreringshinder, vilket kan leda till att ansökas direkt avslås, antingen helt eller delvis.\textsuperscript{47} Föreligger inga absoluta registreringshinder åligger det därefter myndigheten att offentliggöra ansökan.\textsuperscript{48} De relativa registreringshindren följer sedermera av artikel 8, dessa reglerar hinder som uppstått genom invändningar från innehavare av äldre varumärken.

De absoluta hindren uttrycker bland annat tydliga föreskrifter om att varumärken som saknar särskiljningsförmåga eller endast visar på sådant som är en form eller egenskap som följer av varans art, krävs för att uppnå ett tekniskt resultat eller ger varan ett betydande värde inte kan registreras.\textsuperscript{49} Vidare finns bland annat regler att varumärken som strider mot allmän ordning, allmän moral eller är vilseledande inte heller får registreras.\textsuperscript{50} Emellertid fokuserar denna

\textsuperscript{42} Se bland annat Virpi, T., Om varumärkets funktioner, Nordiskt Immateriellt Rättskydd, nr 3 (1970), s. 240 och Kur & Dreier, s. 201, Regeringens proposition 2009/10:225, Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen, s. 68, 79 och målen C-487/07 L’Oréal m. fl. mot Bellure m. fl., p. 58 och C-323/09 Interflora Inc. mot Marks & Spencer plc, p. 43.
\textsuperscript{43} Kur & Dreier, s. 201.
\textsuperscript{44} EU-förordning 2017/1001.
\textsuperscript{45} Se bl. a. varumärkeslagen (2010:1877) 1 kap. 7 §.
\textsuperscript{46} EU-förordning 2017/1001, art. 30–31.
\textsuperscript{47} EU-förordning 2017/1001, art. 41–42.
\textsuperscript{48} EU-förordning 2017/1001, art. 44.
\textsuperscript{49} EU-förordning 2017/1001, art. 7.1 e) i-iii.
\textsuperscript{50} EU-förordning 2017/1001, art. 7.1 f-g).
framställning på ett annat absolut hinder, nämligen de krav som framgår av artikel 4 i förordningen och rör vad som faktiskt kan utgöra ett EU-varumärke.

Artikel 4 av den nya förordningen uttrycker att ett EU-varumärke kan utgöras av alla tecken och nämner särskilt ord, figurer, bokstäver, siffror, färger, former på förpackningar och varor och ljud som exempel. Det ställs i-artikeln även ett krav på att märket ska kunna särskilja ett företags varor och tjänster ifrån andra företags varor och tjänster. Därutöver erfordras att märket ska kunna återges i registret över EU-varumärken på ett sätt som gör det möjligt för de behöriga myndigheterna och allmänheten att klart och tydligt kunna avgöra föremålet för det skydd som beviljats innehavaren.51 I den tidigare varumärkesförordningen stadgade den korresponderande artikeln istället att ett varumärke kunde utgöras av samtliga tecken som kunde återges grafiskt.52 Båda regleringar gällande nämnda artikel kommer att behandlas närmare i kommande kapitel av uppsatsen.

51 EU-förordning 2017/1001, art 4 b).
52 EU-förordning 207/2009, art. 4.
Kapitel 3 – Sensorik och varumärken

Det har ovan betonats att sensoriska varumärken i dagsläget utgör mindre än en procent av de registrerade eller ansökta varumärkena. En faktor till detta kan tillskrivas osäkerheten beträffande möjligheterna att få skydd för sådana samtidigt som praxis och lagtext effektivt begränsat möjligheterna att få skydd beträffande många av dessa märken. Icke desto mindre är sensorisk marknadsföring frekvent förekommande på marknaden, men även om många sensoriska märken inte åtnjuter ett faktiskt skydd torde varumärkesassociationer och kommunikation genom dessa likväl ske.

Sensorisk marknadsföring är ett sätt att nå fram till konsumenterna genom att tillhandahålla en multisensorisk upplevelse via produkten, där de olika sinnena stimuleras på varierande sätt. Denna typ av marknadsföring ämnar engagera konsumenten i produkten eller varumärket genom signaler på både emotionella och funktionella plan. Genom denna kommunikation eftersträvar således näringsidkaren att påverka konsumentens val. Följande avsnitt berör kortfattat ämnet sensorisk marknadsföring i syfte att illustrera hur luktsinnen, smaksinnen, känslens och hörselns fungerar och kan agera i relation till varumärken.

3.1 Marknadsföring mot de mänskliga sinnena

Konceptet sensorisk marknadsföring kan spåras tillbaka till antiken, där bland annat staden Tyr (numera i Libanon) blev känd för sin utmärkande nyans av lila till en så hög grad att det är troligt att en tillfrågad person från den eran skulle relatera färgen lila till Tyr och dess tyger. Medvetenheten om sensorisk marknadsföring är däremot något som tagit fart under modern tid. Marknadsföringsprofessorn Aradhna Krishna betonar in sin bok Customer Sense att den huvudsakliga skillnaden på senare år är just medvetenheten och inte förfarandet. Hon skriver att företag länge har påverkat, om än omedvetet, diverse sinnen med sin marknadsföring. Det är vidare viktigt att betona att de fem sinnena skiljer sig mycket från varandra, vissa utvecklas och påverkas konstant under en livstid medan andra har en mer genetisk grund. Detta påverkar

53 Se Lunell, s. 15.
55 Gustafsson et al, s. 36.
57 Krishna, s. 9.
58 Krishna, s. 9.

### 3.1.1 Luktsinnet


Lukter är vidare något en människa är naturligt benägen att associera till avlägsna minnen och händelser, samtidigt som en människas luktpreferenser i jämförelse med de andra sinnena påverkas mer av tidigare erfarenheter och sammanhang.\footnote{Gustafsson et al, s. 40–41.} Ett nyfött barn finner exempelvis inte lukten av avföring som motbjudande, utan luktpreferenser hos vuxna har påverkats mycket av
När det gäller smak visar nyfödda barn istället tydliga preferenser för sötma och avsmak för bittra smaker. 


Flera studier visar även på den direkta påverkan av lukter i försäljningssammanhang. I en undersökning utförd av Smell & Taste Research Foundation testades konsumenters benägenhet att köpa Nike-skor genom att placera skorna i två olika rum. I ett av rummen hade en blommig doft tillsatt medan det andra rummet inte hade någon tillsatt doft. Studien visade dels att konsumenterna i större utsträckning var benägna att köpa skorna från det doftande rummet och dels även att de var beredda att betala ett högre pris för skorna i detta rum. I en annan undersökning, publicerad av the Academy of Marketing Science, hade hälften av utskrifterna till en tvålreklam luktsatts med lavendeldoft medan den andra hälften var doftfri. Resultaten

---

70 Krishna, s. 84–85.
71 Krishna, s. 84.
73 Krishna, s. 45, 85.
74 Krishna, s. 45.
75 Förslag till avgörande av generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer i mål C-273/00, Ralf Sieckmann mot Deutsches Patent- und Markenamt, [cit. GA Ruiz-Jarabo Colomer, Sieckmann], p. 29.
76 GA Ruiz-Jarabo Colomer, Sieckmann, p. 29.
77 Gustafsson et al, s. 40–41.
78 Gustafsson et al, s. 40.
79 Gustafsson et al, s. 40.
indikerade att doften ökade både konsumenternas generella uppskattning av produkten och deras köpvilja.\textsuperscript{80}

Det kan tilläggas att det idag är vanligt förekommande att företag använder sig av dofter i sin marknadsföring. Bloomingdale’s, Samsung och Sony är exempel på stora ekonomiska aktörer som har luksatt sina försäljningslokaler i syfte att påverka konsumenterna.\textsuperscript{81} Även det stora bilföretaget Rolls-Royce brukade förse samtliga bilsäten med en särskild \textit{Rolls-Royce lukt} innan de släptes ut på marknaden.\textsuperscript{82}

Beträffande dofter och lukter som varumärken betonar Erika Lunell, docent och jur. dr. vid Örebro universitet, att lukter ofta kan ge ett flyktigt uttryck i jämförelse med visuella intryck, vilket medför en svårighet i att indikera ursprung.\textsuperscript{83} Lukter kan vidare vara svåra att komma ihåg och snarare framkalla minnet än framkallas av minnet.\textsuperscript{84} Denna svårighet att minnas lukter kan även relateras till svårigheten att beskriva hur luktupplevelsen uppfattas. Den danske advokaten Carl Christian von Scholten Illum uttrycker i en artikel i \textit{European Intellectual Property Review} att svårigheterna att beskriva dofter grundas i att sinnesupplevelsen uppfattas och granskas på ett mer primitivt än intellektuellt plan.\textsuperscript{85} Ett intressant faktum är också att parfymindustrin brukat förklara nya dofter i ord snarare än genom tekniska förfarranden.\textsuperscript{86}

Dofter kan delas in i kategorierna primära, sekundära och godtyckliga dofter.\textsuperscript{87} Primära dofter omfattar produkter såsom parfymer, där det huvudsakliga är doften i sig. Sekundära dofter förekommer bland annat i produkter där hygien eller städning är huvudsyftet, exempelvis schampo vars huvudfunktion är att rengöra, har en viktig och sekundär funktion i doften. De godtyckliga dofterna är dofter som applicerats på varor som vanligtvis inte associeras med en doft, till exempel en doftande dörrmatta. Lunell skriver i sin bok att åsikten i doktrin tyder på

\textsuperscript{81} Lindstrom, s. 18.
\textsuperscript{82} Lindstrom, s. 98.
\textsuperscript{83} Lunell, s. 157.
\textsuperscript{84} Lunell, s. 157.
\textsuperscript{85} von Scholten Illum, s. 705.
\textsuperscript{86} Sandri & Rizzo, s. 120.
\textsuperscript{87} Lunell, s. 155.
att både primära och sekundära dofter kraftigt har ifrågasatts som varumärkesobjekt, medan de godtyckliga dofterna teoretiskt sätt ansetts kunna fungera som varumärken.88

3.1.2 Smaksinnet
Smak är till stora delar genetiskt programmerad och sänder direkta signaler till hjärnan om smakens karaktär.89 Däremot varierar människors förmåga att uppfatta smaker och beroende på antal smakläkar en människa besitter kategoriseras denne som antingen låg-, mellan- eller supersmakare.90 Detta hänger ihop med antalet smaker som kan uppfattas. Även om människan i huvudsak är programmerad att uppfatta bittra smaker som obehagliga och söta som goda, är smaken både individuell och kulturbetingad. Just den kulturellt betingade aspekten har bland annat använts i marknadsföringssyfte av Kalles Kaviar – i diverse reklamfilmer delades smakprover ut på gator i New York och Tokyo, där de provsmakande uttryckte en tydlig avsmak för den riktigt svenska produkten.91

Smak i sig kan vara problematisk i marknadsföring eftersom den inte uppfattas förrän varan rör vid tungan och kommer i kontakt med smakläkarerna eller faktisk förtäring sker. Det har även visats att konsumenter i blindtester sällan kan relatera en viss smak till ett visst varumärke och rentav kan ha svårt att skilja på olika varusorter.92 Istället för den faktiska smaken är det ofta andra faktorer som figurmärket, förpackningen eller priset som påverkar konsumenternas upplevelser.93 En intressant undersökning gällande smak och dess koppling till känseln och hörseln utfördes genom att tusen förpackningar av identiska chips ompackades.94 Hälften av chipsen förpackades i ett mjukt material medan den andra hälften packades i ett prassligt material. Studien visade att konsumenterna tydligt uppfattade chipsen från den prassliga förpackningen som mycket krispigare och smakrikare.95 Det är alltså ofta andra sinnen och intryck som kan påverka en smaksensation. Lindstrom diskuterar detta i ett restaurangperspektiv där smaken borde vara det viktigaste, men menar att en restaurang som bara skulle fokusera på detta sinne troligen inte skulle lyckas, hur fulländad smaken än var.96 Ofta behövs ett större samspel mellan samtliga sinnen, där atmosfär och andra känslor är bidragande till hur upplevelsen uppfattas.

88 Lunell, s. 156.
89 Krishna, s. 109.
90 Krishna, s. 110 och Lunell, s. 181.
91 Gustafsson et al, s. 42.
92 Gustafsson et al, s. 48–49.
93 Gustafsson et al, s. 48–49.
94 Gustafsson et al, s. 46.
95 Gustafsson et al, s. 46.
96 Lindstrom, s. 38.

Ett annat faktum relaterat till smaksinnets påverkan av andra sinnen, är smakupplevelsens beroende av luktsinnet. Skulle luktkomponenten tas bort vid en avsmakning skulle smaken framstå som intetsägande och annorlunda. Smaksinnet kan de facto endast uppfatta grundsmaker som söt, surt, salt, beskt och umami utan hjälp av luktsinnet. Lunell skriver avseende detta att konsumenter inte torde kunna identifiera en varas kommersiella ursprung genom endast smaksinnet.

3.1.3 Känself

Vid bland annat beröring, tryck eller vibrationer skickar känselfinnet signaler till hjärnan som förmedlar information till människan. Vikt, form, ytstruktur, temperatur eller hårdhetsgrad är egenskaper som främst kan uppfattas genom känselfinnet, vid beröring av en vara. Detta leder i sin tur till att konsumenten ges information om en varas kvalitet och sedan kan koppla det till tidigare erfarenheter. Ett exempel kan vara att denne kan uppfatta hur mogen en frukt är. I synnerhet avseende kläder eller hudprodukter är känselfinnupplevelsen ofta en viktig aspekt när en konsument handlar. Däremot är det mot bakgrund av ovannämnda chipsundersökning tydligt att känselfinnet även kan påverka uppskatningen av varor där den faktiska produkten inte utgörs av det känselförmedlande materialet. En dryck som förtärs i en mjuk plastkopp uppfattas troligen på ett annat sätt i en exklusiv glasflaska täckt av siden. Lindstrom framför att 80% av konsumenterna i hans undersökning föredrog Heinz Ketchups glasflaska framför det plast-

---

97 Lindstrom, s. 88.
98 Gustafsson et al, s. 42, 44–45.
99 Krishna, s. 110–111.
101 Lunell, s. 182, see även Sandri & Rizzo, s. 154.
102 Lunell, s. 182.
104 Krishna, s. 130.
105 Gustafsson et al, s. 45.
106 Se ovan avsnitt 3.1.2.
försedda alternativet, detta trots tydliga logiska och praktiska nackdelar som tyngden, bräckligheten, svårigheten att hålla eller kostnaden för flaskan.107

Emellertid ger en känslпарlevelse, avskild från de andra sinnena, endast en bristfällig och basal bild av vad som egentligen berörs. Detta menar von Scholten Illum bero på känslans primitiva natur som han även förbinder med svårigheterna att beskriva den känsla som uppstå när man rör vid något.108

Beträffande känsemärken, det vill säga varumärken som består av något som ska beröras, uppstår en känslупplevelse när en tredimensionell form berörs av konsumenten. Materialet och formen förmedlar känslan men det är genom känslупplevelsen som konsumenten ska kunna uppfatta ursprunget ifrån och kunna särskilja varan från andra konkurrenters. Om detta skriver Lunell att en sådan identifiering av ursprung troligen endast är möjlig undantagsvis och då främst i situationer när en särskild ytstruktur även kan uppfattas visuellt.109

3.1.4 Hörsel

Ett ljud uppfattas av en människa när hennes öron fångar upp ljudvibrationer och dessa riktas mot trumhinnan.110 Ljud och melodier förekommer frekvent i marknadsföringssammanhang, dels direkt i form av signaturslingor och slogans men även i samband med musik, som i restauranger eller butiker. Studier visar bland annat att bakgrundsmusik kan påverka både tiden som konsumenten stannar i butiken och hur mycket denne spenderar.111 Även typen av musik har visats besittra olika möjligheter att påverka. Bland annat visar en studie att klassisk musik på en restaurang förmådde konsumenterna att köpa dyrare rätter än när popmusik spelades.112

Ljudmärken kan skapa en viss igenkänningsfaktor genom att konsumenten förbinder ett visst ljud med ett varumärke. Ett exempel på detta är de många digitala ljud som hörs under vardagen i form av SMS, ringsignaler eller startljuset på datorer, många relaterar omedvetet och automatiskt dessa ljud till ett varumärke.113 Ljudmärken kan emellertid även ha syftet att associera

---

107 Lindstrom, s. 12–13.
108 von Scholten Illum, s. 705.
109 Lunell, s. 115.
111 Gustafsson et al, s. 60.
113 Krishna, s. 6–7.
en viss känsla med ljudet,114 som exempelvis startljudet av en Harley-Davidson motorcykel,115 där fokus, utöver igenkänningsfaktorn, kan antas finnas i känslan och upplevelsen. Även Kellogg’s, kända för sina frukostflingor, har lagt stort fokus på ljud och har hävdat att knapprigheten i deras flingor utgör den huvudsakliga anledningen till företags framgång.116 Firman har även anlitat ett danskt laboratorium för att utveckla ”the precise crunchy sound” för sina flingor.117

3.2 Kort om ”depletion” (uttömning)

En annan faktor beträffande sensoriska märken rör det potentiella antalet tillgängliga märken och hur en ensamrätt kan påverka ur konkurrenshänsyn. Teorin om ”depletion” (uttömning) härrstammar från amerikansk varumärkesrätt och grundades i oron av att antalet tillgängliga färger för ensamrätt var begränsat, vilket kunde leda till inskränkningar i konkurrenshänseende.118 Trots att det ur ett vetenskapligt perspektiv finns ett oändligt antal färgkombinationer uttrycktes en farhåga om genomsnittskonsumentens förmåga att uppfatta och särskilja färgnyanser.119 I Qualitex-målet,120 där frågan om färguttömning huvudsakligen lyftes fram, förklarade den amerikanska domstolen att frågan om depletion inte syftade till att förbjuda bestämda färger men kunde brukas som en viss typ av funktionalitetsförsvar och därigenom begränsa färger i vissa sammanhang.121 Lunell diskuterar i sin bok teorins applicerbarhet på både doft- och ljudmärken.122 Hon menar på en likhet mellan färger och dofter och framhåller att endast ett visst antal dofter tydligt kan särskiljas av människan.123 Lunell för vidare ett resonemang om att vissa dofter relaterade till specifika varor kanske inte bör få monopoliseras.124 Lunell för en liknande argumentation om att en ensamrätt till vissa naturljud också kan bli för inskränkande.125 Slutligen kan det förtydligas att depletion inte är relaterat till begreppet ”dilution”. Dessa rör helt skilda områden trots deras snarlika formuleringar. Dilution berör

114 Krishna, s. 61.
115 Mer om detta under avsnitt 4.7.2.
116 Lindstrom, s. 16.
117 Lindstrom, s. 16.
119 Lunell, s. 147
122 Se Lunell, s. 174–175, 179, 206.
123 Se Lunell, s. 174–175.
124 Se Lunell, s. 174–175.
125 Se Lunell, s. 206.
urvattningen av varumärken och handlar om när varumärkets särskilningsförmåga kan lida skada.126

3.3 Analys av sensorisk marknadsföring och sensoriska märken


De redogjorda studierna visar den påverkan sensorisk marknadsföring kan ha på konsumenten. Avseende lukt har studierna betonat att en välloftande lukt generellt uppskattas av och påverkar konsumenter.127 Eftersom detta sinne präglas av erfarenheter och det socialt accepterade bör det innebära att en ”positiv doft” är oomplicerad att hitta.128 Ur ett varumärkesperspektiv möter dock primära och sekundära dofter som nämnt motstånd.129 Beträffande primära dofter, som bland annat parfymer, torde problematiken hänföra sig till särskilningsförmågan och hur doften följer av varans art vilket är ett hinder i enlighet med artikel 7 i varumärkesförordningen.130 Sekundära dofter möter likaså hinder i fråga om särskilningsförmåga samtidigt som det ur ett konkurrensperspektiv ter sig inskränkande för konkurrenter om ett företag erhåller en ensamrätt för ett doftmärke i en varuklass som omfattar exempelvis tvål eller schampo. Till följd därav är det troligt att varumärken avseende just godtyckliga dofter borde utgöra fokus för näringsidkarna, där möjligen även doftsatta försäljningslokaler kan vara potentiell riktning. Även godtyckliga doftmärken bör kunna utnyttja de fördelar som doftupplevelser riktade mot konsumenter kan medföra.

Smaksinnet grundläggande karaktär medför att tydliga hinder uppstår både beträffande marknadsföring riktad mot smaksinnet och i fråga om smakmärken. Detta dels till följd av att varan

126 Se Levin, s. 460, 463.
127 Se ovan avsnitt 3.1.1.
128 Se ovan avsnitt 3.1.1.
129 Se ovan avsnitt 3.1.1.
130 Se ovan avsnitt 2.1.3.
måste förtäras eller åtminstone placeras i munnen för att kunna uppfattas av konsumenten, men även på grund av smaksinnets uppenbara påverkan av de andra sinnena.\textsuperscript{131} Att smaklökarne behöver nuddas medför att uteslutande varor som avsmakas blir relevanta ur ett varumärkesperspektiv, men leder även till att varan troligen redan är konsumerad när ursprungskommunikationen ska ske. En tydlig problematik för dessa varor uppstår även beträffande frågan om särskiljningsförmåga samtidigt som möjligheten att monopolisera en viss smak i ett område där smaken utgör en central funktion kan ifrågasättas. Smaken utgör därutöver för mat sådant som ofta följer av varans art. Trots nämnda hinder har det i ansökningar till bland annat EUIPO eller United States Patent and Trademark (USPTO) visats ett visst intresse att varumärkesskydda smaker, då främst i relation till läkemedel.\textsuperscript{132} Just denna typ av smakmärken, där huvudfunktionen inte relaterar till smaken, lär utgöra den enda potentiella vägen för dessa märken. Exempel på varukategorier kan därmed inkludera sådant relaterat till nikotinprodukter eller tandhygien.\textsuperscript{133}


\textsuperscript{131} Se ovan avsnitt 3.1.2.
\textsuperscript{132} Detta behandlas mer utförligt nedan, se avsnitt 4.6.
\textsuperscript{133} Avseende just nikotinprodukter kan det uppstå en annan rättslig problematik beträffande smaksättningen av dessa varor, men det kommer inte att beröras närmare utan exemplen har använts för att illustrera potentiella möjligheter.
\textsuperscript{134} Se ovan avsnitt 3.1.2 och 3.1.3.

Det finns i dagsläget ett antal registrerade ljudmärken i EU:s varumärkesregister och det är tydligt att ljudmärken kan fylla en igenkänningsfunktion genom exempelvis slogans eller diverse digitala ljud och därigenom påverka konsumenter. Likt de andra märkena och i enlighet med vad som anförts ovan, kan ljud relaterat till något som följer av varans art eller egenskap inte registreras. Därmed kan registrering avseende motorljud eller ljudet av flingor som knastra vara svår att uppnå om den inte består av ett unikt och annorlunda ljud. Detta kan också kopplas till att ljudet ska kunna särskilja sig från andra konkurrerande varors ljud, där exempelvis knastrande flingor inte torde besitta en särskiljande funktion.

Slutligen bör även den amerikanska teorin om depletion tillmätas relevans avseende sensoriska märken. Även om de olika sinnena har en bred spännvidd och det uttryckts att bland annat en biljon olika dofter kan uppfattas, är den huvudsakliga frågan snarare hur många olika sinnesupplevelser en konsument kan skilja emellan. Denna problematik bör gälla för samtliga redogjorda sinnen och särskilt i relation till vissa varukategorier, dock kan påpekas att förefintligheten av detta ofta lär möta hinder med hänsyn till särskiljningsförmågan. Vidare ter det sig även resonemangen som Lunell för, beträffande monopoliseringen av vissa typer av specifika märken, väd att beakta. En ensamrätt avseende vissa mer klassiska sensoriska märken kan ifrågasättas och möjligen kan därför tydliga föreskrifter beträffande detta behövas.

---

135 Se ovan 2.1.3.
136 Detta kan även relateras till ”depletion” som diskuteras i slutet av kapitlet.
137 Se ovan avsnitt 3.1.3.
138 Se ovan avsnitt 3.1.1.
139 Se ovan avsnitt 3.2.
Kapitel 4 – Sensoriska varumärken och kravet på grafisk återgivning

Kravet på grafisk återgivning har länge utgjort ett grundläggande krav för att uppnå varumärkesskydd. Redan de första regleringarna för EU-varumärken ställde tydliga krav på grafisk återgivning.140 Till följd av den tidens rådande teknik är det däremot troligt att det inte var särskilt aktuellt med någon annan typ av återgivning och att varumärken främst associerades till sådant som kunde återges grafiskt. I lagtexterna har det ändå länge uttryckligen framgått att samtliga tecken eller märken kunnat utgöra varumärken, den direkt begränsande faktorn för vissa märken har istället bestått i att de behövt återges grafiskt. Dessvärre har lagtexterna inte bidragit med någon klargörande definition av varken begreppet eller vad som avses. Den enda förordningen som någorlunda förtydligat återgivningskraven är implementeringsförordning nr 2868/95.141 I denna har dock främst formkrav angetts, exempelvis att märken av viss art ska ha presenterats på ett separat papper och maximalt få vara av A4-storlek.142 Av EU-domstolens praxis har emellertid området tydliggjorts någorlunda. Det har framhävts att det ansökta tecknet behövt återges på sådant sätt att det kunnat uppfattas visuellt och att denna visuella återgivning i synnerhet kunnat uttryckas i form av bilder, linjer eller tecken.143 Rent tekniskt kan regleringen därför ha ansetts referera till ett uttryckligt krav på att avbilda märket på ”papper” i ett tvådimensionellt utförande.144 I enlighet med detta har kravet medfört att samtliga varumärken, oavsett karaktär eller vilket sinne de egentligen riktat sig mot, har behövt återges grafiskt och tvådimensionellt. Begreppet grafisk återgivning har utöver sin markanta roll i EU:s regleringar inte framträtt i andra internationala konventioner,145 däremot har återgivningsmetoder berörts av WIPO vid ett antal tillfällen.146

140 EU-förordning 40/94, art. 4.
141 Kommissionens förordning (EG) nr 2868/95 av den 13 december 1995 om genomförande av rådets förordning (EG) nr 40/94 om gemenskapsmärke [cit. EU-förordning 2868/95].
142 EU-förordning 2868/95, art. 1, regel 3 p. 2.
145 Lunell, s. 49.
4.1 Syftet med kravet

Kravet på grafisk återgivning kan i dess väsentlighet sägas ha berott på det praktiska avsnittet i själva registreringsförfarandet.\footnote{Lunell, s. 49.} Det kan därmed beskrivas som att kravet på grafisk återgivning inte ställts som ett direkt krav på varumärket i sig, utan snarare rättfärdigats som ett medel för att kunna sörja för de tekniska behoven av registret.\footnote{Sandri & Rizzo, s. 33.} Vad myndigheten fört in i registret har därmed varit just den grafiska återgivningen som bifogats till ansökan. Detta har inneburit att återgivningen utgjort exakt vad som kommit att skyddas oavsett vad som initialt åsyftats vid ansökan. Återgivningen har med hänsyn till detta även varit vad andra aktörer kunnat se vid en granskning av märket i registret. Kravet kan därmed anses ha sin grund i tre särskilda funktioner – den definierande funktionen som beskrivit föremålet för skyddet, den byråkratiska funktionen som relaterat till myndighetens granskning, identifiering och administration av märket och slutligen den informativa funktionen som syftat till att tillhandahålla information till allmänheten eller de ekonomiska aktörerna genom registret.\footnote{Sahin, s. 506.}

4.2 Sieckmann-målet – Tolkning av kravet på grafisk återgivning

Den övergripande synen på grafisk återgivning, okonventionella varumärken och tolkningen av dessa har främst kommit till genom bedömningen i mål C-273/00 Sieckmann mot Deutsches Patent- und Markenamt (Sieckmann). I målet redogjorde domstolen för hur man såg på varumärken av okonventionell karaktär, samtidigt som riktlinjer sattes för när en ansökan skulle anses ha uppnått kravet på grafisk återgivning. Domen som kom i december 2002, är än idag den mest vägledande i frågan och delar av domen har kommit att kodifieras genom skälen till den nya förordningen.\footnote{EU-förordning 2017/1001, skäl 10.}

4.2.1 Bakgrund

Ralf Sieckmann var en tysk patentäklagare som hade sökt varumärkesskydd för en doft som beskrevs som ”balsamisk-fruktig med en lätt anstrykning av kanel” för ett antal tjänster i diverse klasser i Niceöverenskommelsen.\footnote{Sieckmann, p. 13.} Sieckmann hade skickat in ansökan till Deutsches Patent- und Markenamt (DPM - den tyska patent- och varumärkesmyndigheten) och i syfte att återge doften grafiskt hade flera olika bilagor bifogats. Till ansökan hade dels den kemiska beteckningen för metylcinnamat, en metylester av kanelsyra, bifogats och dels hade adresser över...
lokala laboratorier där luktprover för den aktuella lukten fanns tillgängliga ingivits. Utöver detta hade Sieckmann även bifogat ett luktprov i form av en fysisk behållare med doften. DPM hänvisade i avslagsbeslutet till att det var oklart om märken baserade på lukt kunde återges grafiskt och huruvida de överhuvudtaget skulle kunna utgöra varumärken.152 Myndigheten fann det dock inte nödvändigt att gå djupare in på dessa oklarheter eftersom varumärket samtidigt ansågs sakna särskiljningsförmåga vilket ledde till att ansökan i alla fall avslogs.153

Sieckmann överklagade avslagsbeslutet och Bundespatentgericht (Tysklands federala patentdomstol), som uttryckte en mer liberal ställning i frågan, förklarade att lukter i teorin var kapabla att särskilja ett företag.154 Domstolen poängterade vidare att frågan om ett tecken var lämpat för att återges grafiskt var av primär vikt och fann att det förehöll sig oklart om ansökan i det aktuella fallet hade uppnått kravet.155 I enlighet med detta vilandeförklarades målet och domstolen ställde två tolkningsfrågor till EU-domstolen.

4.2.2 Tolkningsfrågor
Första frågan gällde hur formuleringen av ”tecken som kan återges grafiskt” från artikel 2 i det dåvarande varumärkesdirektivet skulle tolkas och om det med andra ord endast skulle avse tecken som i sin grundform kunde uppfattas visuellt eller om det även kunde innefatta tecken som genom andra hjälpmedel kunde komma att återges visuellt.156

Den andra frågan, som skulle ställas i det fall den första frågan besvarades jakande var direkt relaterad till luktvarumärken och omständigheterna i fallet. Frågan var om kriterierna för att grafisk återge en lukt skulle anses uppfyllda, i enlighet med direktivet, om det vid ansökan hade bifogats antingen luktens kemiska beteckning, en beskrivning i ord av lukten, ett luktprov eller en kombination av samtliga nämnda återgivningar.157

4.2.3 Generaladvokatens förslag till avgörande
Generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer inledde sitt förslag till avgörande med att redogöra för varumärkets olika funktioner och uttryckte att ett varumärke i själva verket är kommu-
nifikation och en dialog mellan konsumenter och tillverkare.158 Vidare förklarade han att kon-
sumenter och människor, i egenskap av homo sapiens, besatt en mängd informationsavkodare-
och att hela den mänskliga kroppen var en sensorisk mottagare.159 Följaktligen var människor-
mottagliga för kommunikation på många sätt.160 Med anledning av detta ansåg general-
advokaten att samtliga meddelanden som kunde uppfattas med hjälp av sinnen även kunde-
utgöra en kommunikation till konsumenten och fylla den särskiljande ursprungsfunktion ett-
varumärke besitter.161

Lukter i sig ansågs därför kunna uppfylla kraven på ett varumärke, men Ruiz-Jarabo Colomer-
markerade att hindret förekom i kravet på grafisk återgivning.162 Kravet förklarades följa av-
rättssäkerhetsprincipen eftersom det genom den grafiska återgivningen fullkomligt klart skulle-
framgå vad det var som hade monopoliserats för dem som vände sig till registret.163 General-
advokaten anförde vidare att eftersom andra aktörer behövde kunna förvissa sig om vad de hade-
at förhålla sig till för varumärke, var frågan om rättssäkerhet även nära kopplad till den-
särskiljande funktionen.164

I enlighet med detta förklarades att återgivningen behövde vara fullständig, klar och exakt-
samtidigt som ”begriplig för dem som kan vara intresserade av att konsultera registret, nämligen-
andra tillverkare och konsumenter”.165 På grund av dessa krav och i syfte att upprätthålla-
rättssäkerheten förklarades luktmärken inte kunna återges grafiskt, i varje fall inte i dåvarande-
utecklingsstadium.166

4.2.4 Domstolens bedömning

Domstolens bedömning inleddes med en accentuering av varumärkets ursprungsangivelse-
funktion i enlighet med skäl 10 i det dåvarande varumärkesdirektivet.167 Domstolen underströk-
vidare att listan över möjliga varumärkestyper, som framgick av direktivet, inte var uttö-
mande.168 Det kunde även utläsas av sjunde skälet i samma direktiv. Dofter förklarades därför-

---

159 GA Ruiz-Jarabo Colomer, Sieckmann, p. 20.
160 GA Ruiz-Jarabo Colomer, Sieckmann, p. 20.
162 GA Ruiz-Jarabo Colomer, Sieckmann, p. 35–46.
163 GA Ruiz-Jarabo Colomer, Sieckmann, p. 36.
164 GA Ruiz-Jarabo Colomer, Sieckmann, p. 36.
165 GA Ruiz-Jarabo Colomer, Sieckmann, p. 38.
166 GA Ruiz-Jarabo Colomer, Sieckmann, p. 39, 44.
167 Sieckmann, p. 34.
168 Sieckmann, p. 44.
inte uttryckligen kunna uteslutas från registrering på grund av sin okonventionella form. Istället framhåvde domsten att under förutsättning att ett tecken kunde återges grafiskt, kunde det utgöra ett varumärke även om det i dess grundform inte kunde uppfattas visuellt.\footnote{Sieckmann, p. 45.}

Domsten framförde vidare ett förtydligande av begreppet grafisk återgivning. Det skulle tolkas som att tecknet behövde återges i synlig form och att en sådan återgivning i synnerhet kunde göras genom figurer, linjer eller bokstäver.\footnote{Sieckmann, p. 46.} Detta syftade till att tillgodose möjligheten att kunna identifiera tecknet med exakthet, vilket förklarades vara nödvändigt för ett väl fungerande registreringssystem. Domsten anförde även att en grundläggande funktion bakom kravet på grafisk återgivning var att varumärket skulle kunna definieras så att man kunde fastställa det exakta omfånet av skyddet som innehavaren åtnjöt.\footnote{Sieckmann, p. 48.}

I övrigt följde domsten i stort generaladvokatens förslag och betonade att ett syfte med registreringen av varumärken i ett offentligt register var att det skulle hållas tillgängligt för myndigheter, allmänheten och i synnerhet ekonomiska aktörer.\footnote{Sieckmann, p. 49.} Domsten framhöll att de behöriga myndigheterna, i syfte att fullgöra sina skyldigheter, dels vid offentliggörandet och upprätthållandet av ett precis och väl avpassat register och dels vid själva granskningen av ansökningarna, behövde ”kunna få klar och tydlig kännedom om egenskaperna hos de tecken som kan utgöra varumärken”.\footnote{Sieckmann, p. 50.} Avseende de ekonomiska aktörerna betonade domsten att dessa klart och tydligt behövde kunna förvissa sig om vilka varumärken som var registrerade eller vilka ansökningar som hade gjorts för att kunna få relevant information om tredje mans rätt.\footnote{Sieckmann, p. 51.} Domsten förklarade vidare att samtliga aktörer som använde sig av registret behövde kunna försäkra sig om att information om varumärkets exakta egenskaper kunde fås genom den grafiska återgivningen. Därför skulle återgivningen vara fullständig i sig och samtidigt vara lättillgänglig och begriplig.\footnote{Sieckmann, p. 52.} Därutöver anförde domsten att märket behövde uppfattas varaktigt och säkert för att kunna garantera ursprunget och därmed överhuvudtaget utgöra ett registrerbart varumärke. Med hänsyn till detta och registreringens varaktighet behövde återgivningen vara beständig över tid.\footnote{Sieckmann, p. 53.} Slutligen framhöll domsten ett tydligt krav på att den
även skulle vara otvetydig och objektiv, detta i syfte att undvika subjektiva inslag vid iden-
tifieringen och uppfattningen av tecken.  

De sju krav som domstolen uppställde gällande den
grafiska återgivningen har sedermera kommit att refereras till som ”Sieckmann-kriterierna”. 
Slutsatsen som domstolen nådde i frågan var därmed, att tecken som inte kunde uppfattas
visuellt likväl kunde komma att utgöra registrerbara varumärken så länge de kunde återges
grafiskt och den grafiska återgivningen kunde uppnå följande krav: klar, precis, fullständig i
sig själv, lättillgänglig, tydlig, beständig och objektiv.  

I ljuset av de nykomponerade kraven besvarade domstolen den andra frågan, om den gällande
återgivningen var godtagbar, nekande. De bifogade bidragen kunde inte anses uppfylla kraven
på grafisk återgivning, varken enskilt eller i kombination med varandra. Den fysiska be-
hållaren med doften fann domstolen dels inte vara återgiven grafiskt och dels inte vara till-
räckligt beständig. Vad det gällde den kemiska formeln anförde domstolen att få personer
skulle kunna förstå vilken doft det var som återgivits. Samtidigt betonades att formeln inte
återgav doften på substansen utan det istället var doften i sig som återgavs. Därför var en
kemisk formel inte tillräckligt klar och precis. Domstolen förklarade att även om en beskrivning
i ord var grafisk, uppnådde den inte kraven på klarhet, precision och objektivitet. 

4.2.5 Sammanfattning av Sieckmann-målet 
Avgörandet i Sieckmann klargjorde att det inte föreligger något direkt registreringshindr för
märken som i sin grundform inte kan uppfattas visuellt. Däremot erfordrades att samtliga
Sieckmann-kriterier bestående av klar, precis, fullständig i sig själv, lättillgänglig, tydlig,
beständig och objektiv skulle uppfyllas för att kunna tillmötesgå kravet på grafisk återgivning,
vilket just beträffande lukt tedde sig svårt i detta fall. Den generella uppfattningen efter domen
har varit att dofter inte ansetts registrerbara som varumärken på grund av kravet på grafisk
återgivning. 

177 Sieckmann, p. 54.
178 Sieckmann, p. 55.
179 Sieckmann, p. 73.
180 Sieckmann, p. 71.
181 Sieckmann, p. 69.
182 Sieckmann, p. 69.
183 Sieckmann, p. 70.
184 Se bland annat Kur & Dreier, s. 173, Lunell s. 173 och Mezulanik, E, The Status of Scents as Trademarks: An
International Perspective, INTABulletin, vol. 67 nr. 1 (2012),
http://inta.org/INTABulletin/Pages/TheStatusofScentsasTrademarksAnInternationalPerspective.aspx (hämtad:
2012-12-12).
4.3 Tillgängligheten och begripligheten av registret

I Sieckmann förtydligades det att syftet med registret var att det skulle finnas tillgängligt för de behöriga myndigheterna och allmänheten – allmänheten innefattade i synnerhet de ekonomiska aktörerna. Vidare fastslog domen att registret behövde vara begripligt för dessa aktörer. I doktrin har delar av domstolens resonemang tolkats som att domstolen utgått från normen om genomsnittskonsumenten, beträffande vem som ska förstå återgivningen. Lunell ifrågasätter detta och menar att det är varumärket som appellerar till konsumenten och inte själva återgivningen av denna. PRV hade vidare en annan uppfattning i sitt utlåtande om den nya varumärkesförordningen, nämligen att det betonats av domstolen att det är den genomsnittlige användaren som ska förstå vad det är som utgör ett varumärke.

I Shield Mark-avgörandet, som redogörs för mer utförligt nedan, uttryckte domstolen att den grafiska återgivningen inte behövde vara direkt begriplig, men likväl ”utan svårighet” behövde kunna begripas. I doktrin har vad som förväntats begripas av de som vänder sig till registret ifrågasatts, när bland annat färgkoder och notskrifter ansetts lättillgängliga och begripliga medan kemiska formler ansetts för svåra. Vad som menas med allmänheten och hur mycket ansträngning som kan krävas för att uppfatta en återgivning är emellertid ännu oklart och diskuteras mer utförligt nedan. Beroende på vem som avses, bör den godtagbara återgivningens svårighet variera.

4.4 Tecken som kan utgöra ett varumärke

Utöver de grundläggande föreskrifterna om vad som kan utgöra varumärken har praxis generellt varit generös beträffande existensen av okonventionella varumärken, vilket även tydligt går att utläsas ur Sieckmann-domen. Det bör dock betonas att en viss typ av begränsningar har uttryckts av EU-domstolen. I mål C-321/03 Dyson mot Registrar of Trade Marks, hänförde sig bl.a. den fria förståelsen av färgkoder i C-104/01 Libertel Groep BV mot Benelux-Merkenbureau.

---

185 Se bland annat målen C-283/01 Shield Mark BV mot Joost Kist h.o.d.n. Memex [cit. Shield Mark] och C-49/02 Heidelberger Bauchemie GmbH för liknande utlåtande av EU-domstolen.
186 Lunell, s. 164 och Hofsten, E. von, Utvärdering av kravet på grafisk återgivning för varumärkesregistrering, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, nr. 3 (2013) [cit. von Hofsten], s. 290.
187 Lunell, s. 291.
188 PRV yttrande, EU-kommissionens förslag till ändringar i EU:s varumärkessystem, 2013-05-08 [cit. PRV yttrande], s. 6. Yttrandet redogörs för utförligare nedan under kap. 5.
189 Shield Mark, p. 63.
191 Se nedan avsnitt 4.9.
192 Se ovan avsnitt 4.2.
ansökan till synliga transparanta dammbehållare i påslösa dammsugare. Domstolen accentuerade de tre krav som uppställts i enlighet med det dåvarande varumärkesdirektivet, där ett varumärke behövde utgöra ett tecken, kunna återges grafiskt och vara ägnat att särskilja ett företags tjänster eller varor från andra företags tjänster eller varor. Dyson hade i sin ansökan inte precisert en tydlig design eller produkt, utan hade uttryckligen betonat att modellerna i ansökan endast var exempel.193 En ensamrätt till ett sådant obestämt föremål ansåg domstolen kunde leda till en otillbörlig konkurrensfördel för innehavaren, eftersom konkurreneter skulle kunna hindras att saluföra alla former av dammsugare med synliga transparanta dammbehållare.194 I enlighet med detta ansågs Dysons ansökan omfatta ett koncept snarare än utgöra ett tecken. Koncept förklarades i sin tur inte kunna kommunicera till eller uppfattas av något av de fem sinnena.195 Därtill betonade domstolen att det gick emot syftet med direktivet att tillåta registreringen av koncept, eftersom en ensamrätt till tekniska lösningar eller lämpliga egenskaper uttryckligen förhindrats av lagen.196

Utöver bedömningen av koncept i fallet Dyson har inga andra typer av tecken automatiskt uteslutits från möjligheten att registreras.197 Även i ett fall om något så abstrakt som interiören i Apples butiker visade EU-domstolen en liberal tillämpning av lagstiftningen.198 I domen framfördes att inredningen av en försäljningslokal för varor kunde registreras som varumärke för tjänster bestående i prestationer som rör dessa varor, men som inte utgör en del av utbudandet till försäljning av dem.199 Därtill har domstolen tydligt i mål C-283/01 Shield Mark mot Joost Kist (Shield Mark) framhåvt att det inte får förekomma några skillnader medlemsstaterna emellan om vilka tecken som kan utgöra varumärken, eftersom erhållandet och upprätthållandet av ett registrerat varumärke måste vara identiskt inom EU.200

I en undersökning företagen av Max Planck-institutet framhålls vidare att det har blivit en vedertagen grundregel att i princip samtliga tecken som kan uppfattas med hjälp av något av de

193 Mål C-321/03 Dyson mot Registrar of Trade Marks [cit. Dyson], p. 19, 36.
194 Dyson, 38.
195 Dyson, 29.
196 Dyson, 29.
197 Max Planck-studien, s. 65.
199 Apple, p. 27.
200 Shield Mark, p. 39–40.
fem mänskliga sinnena har möjlighet att kommunicera sitt ursprung, särskilja sig och därmed även utgöra varumärken.201

4.5 Grafisk återgivning av doftmärken
EU-domstolens ställning beträffande doftmärken består i huvudsak av det ovan redogjorda Sieckmann-målet. Även målet T-305/04 Eden SARL mot OHIM berörde dock frågan om grafisk återgivning av doftmärken. Ansökan hänförde sig till doften av mogna jordgubbar och utöver en beskrivning i ord hade även återgivningen kompletterats med en bild på en mogen jordgubbe. Återgivningen ansågs dock varken objektiv, entydig eller precis även om bilden syftat till att illustrera mognadsggraden av jordgubbarna.202 Tribunalen ansåg att även lukten av mogna jordgubbar kunde variera beroende av bland annat jordgubbssort.203 Advokaten Onur Sahin, doktorand vid Galatasaray universitet, förhåller sig kritisk till bedömningen i frågan och anser att skillnaden emellan jordgubbsslukter bör vara minimal.204 Han framför vidare att denna typ av resonemang vid små doftskillnader medför att doftmärken inte alls kommer kunna uppnå registreringskraven även om de kan återges grafiskt. Sahin menar att även om en precis typ av jordgubbsslukt kan återges med yttersta exakthet påverkar sedan en massa andra yttre faktorer hur den uppfattas.205 Detta inkluderar faktorer som vem som luktar, temperaturen eller åldern på doften.

Emellertid har ett doftmärke blivit registrerat som EU-varumärke innan domen i Sieckmann. Doftmärket avsåg en lukt på tennisbollar och registrerades år 2000 genom en återgivning bestående av enbart beskrivningen ”the smell of fresh cut grass” (lukten av nyklippt gräs).206 I bedömningen framhåvde EUIPO:s andra överklagandenämnd att doften var något som ”alla känner igen av erfarenhet” och kunde associera till gräsmattor på våren eller sommaren.207 Därför ansågs ansökan uppnå kravet på grafisk återgivning. Registreringen av varumärket har numera utgått. Det förnyades inte när det gick ut i december 2006 och är det enda doftmärke som hittills nått framgång med en registrering inom EU.

201 Max Planck-studien, s. 66.
202 Mål T-305/04 Eden SARL mot OHIM, p. 33, 35.
204 Sahin, s. 510.
205 Sahin, s. 510.
Ett annat fall hos EUIPO rörde en ansökan om registrering för "the scent of raspberries" (doften av hallon) i varuklassen bensin. Även i detta fall ansågs kravet på grafisk återgivning uppfyllt genom en beskrivning i ord men varumärkesskydd nekades på grund av bristande särskiljningsförmåga.\textsuperscript{208} EUIPO:s tredje överklagandenämnd ansåg att en återgivning av doftmärken genom en beskrivning i ord oftast var bristfällig men i exceptionella fall kunde likväl en sådan anses uppfylla kraven på grafisk återgivning.\textsuperscript{209} Bland annat fil. dr. och varumärkesexperten Danny Friedmann framför i sin artikel \textit{EU Opened Door for Sound Marks, Will Scent Marks Follow} en liknande åsikt, där han menar att universellt kända lukter, såsom lukten av en viss frukt eller just "lukten av nyklippt gräs", bör anses tillräckligt objektiv och tydlig.\textsuperscript{210} Friedmann förklarar vidare att hur en doft uppfattas kan variera, men att dessa skilda tolkningar även bör tillhöra skyddsomfånget.\textsuperscript{211} Detta kopplar han även till att samtliga nyanser av röda ytersulor för kvinnoskor anses ligga inom Louboutin-skorans skyddsomfång.\textsuperscript{212} Därmed menar Friedmann, avseende tennisbollarna, att samtliga dofter som relateras till gräs i kategorin tennisbollar skulle ligga inom skyddsomfånget och utgöra en förväxlingsrisk.

I Storbritannien har både lukten av "strong scent of beer" (den starka lukten av öl) för dartpilar och doften av rosor för bildäck registrerats genom återgivningar i ord.\textsuperscript{213} Annars har det varit sparsamt med doftmärken inom EU. Det kan betonas att \textit{Sieckmann-domen} anses ha effektivt bidragit till att begränsa befintligheten av doftmärken inom EU.

Avseende andra återgivningssätt tog PRV ställning i frågan om gaskromatogram och dess möjlighet att återge lukter grafiskt 1998. Ansökan rörde en parfym från Lancôme och bestod endast av en återgivning av lukten genom ett gaskromatogram. PRV underkände ansökan på grund av tydliga brister i den aktuella återgivningen men tog emellertid inte ställning till den generella möjligheten för återgivning genom gaskromatogram.\textsuperscript{214} Inte heller EUIPO har godtagit gaskromatogram utan uttryckte i ett fall om kosmetikprodukters doft att återgivningen skulle vara svår att begripa för dem som använde sig av registret.\textsuperscript{215} Friedmann uttrycker i sin

\begin{itemize}
\item \textsuperscript{208} Mål R 711/1999-3.
\item \textsuperscript{209} Mål R 711/1999-3, p. 14.
\item \textsuperscript{210} Friedmann, D, \textit{EU opens door for sound marks: will scent marks follow?}, \textit{Journal of Intellectual Property Law and Practise}, vol. 10 nr. 12 (2015) [cit. Friedmann], s. 937.
\item \textsuperscript{211} Friedmann, s. 937.
\item \textsuperscript{212} Friedmann, s. 937.
\item \textsuperscript{213} UK Intellectual Property Office (UKIPO), UK trade mark, reg. nr. 2000234, reg. 1996. och UK trade mark, reg. nr. 2001416, reg. 1996.
\item \textsuperscript{214} PRV, ansökn. nr. 1998/00821.
\item \textsuperscript{215} Mål R 186/2000-4, p. 17.
\end{itemize}
artikel problem med användningen av gaskromatografi där bland annat vissa luktkomponenter kan vara svåra att upptäcka för apparaten.216 I artikeln betonas även de höga kostnaderna associerade med denna återgivningsmetod.217 Även Lunell skriver att metoden är behäftad med brister – gaskromatogram kan bland annat ge utslag för kemikalier som inte avgör någon lukt.218

Beträffande kemiska formler, vilka prövades i Sieckmann, uttrycker både Sahin och Joanna Wiszniewska219 i sina artiklar viss kritik mot domstolens bedömning. Sahin och Wiszniewska anser att även om lukten och substansen är olika komponenter är de oskiljaktiga, förändrar substansen påverkas även lukten, de menar att en kemisk formel bör anses täcka både substans och lukt.220 En kemisk substans återgiven i en viss koncentration kommer vidare, enligt Wiszniewska, alltid att karakteriseras av samma lukt.221

I USA är det emellertid mer vanligt med luktmärken och ett antal har registrerats genom åren.222 Bland annat har telekommunicationsbolaget Verizon lyckats få skydd för en särskild blomdoft i sina butiker,223 i varuklassen skor och sandaler har ett företag skyddat doften av bubbelpum och ett annat företag har skyddat en jordgubbslukt för sina tandborstar.224 Samtliga av dessa ansökningar har återgivits genom en beskrivning i ord samtidigt som ett varu- eller doftprov har bifogats. Åsikten i doktrin är ofta skeptisk mot de skydd som beviljats luktmärken i USA, där bland annat den WIPO-verksamme advokaten Debrett Lyons påpekar det oklara omfånget av ensamrätten till registreringar som beviljats baserat på beskrivningar i ord.225

216 Friedmann, s. 937.
218 Lunell, s. 169.
219 Doktorand vid Jagellonska universitetet, Krakow i Polen.
221 Wiszniewska s. 5–6.
4.6 Grafisk återgivning av smakmärken

Grundförutsättningarna för smakmärken liknar de som framkommit om doftmärken. Således gäller mycket av det anförda även för smakmärken. Däremot har smakmärken inte framstått som lika åtråvärda att döma av registreringsansökningar. Utgångspunkten lyder likväl att smakmärken kan uppfylla funktionen av att kommunicera ursprung likt andra märken riktade mot sinnena. Däremot ligger en huvudsaklig problematik i det faktum att smaken är en subjektiv upplevelse. I enlighet med detta blir de i Sieckmann ställda kraven på exakthet i princip omöjliga att uppnå genom en beskrivning.


226 Se bland annat förslag till avgörande av Ruiz-Jarabo Colomer under avsnitt 4.2.3.
227 Lunell, s. 183.
228 Mål R 120-2001-2, p. 12.
229 Mål R 120-2001-2, p. 15.
230 Mål R 120-2001-2, p. 16.
231 EUIPO, ansökn. nr. 003132404.
232 EUIPO, ansökn. nr. 003132404, s. 2
4.7 Grafisk återgivning av känselmärken

Det har bara förekommit ett fåtal ansökningar för känselmärken inom EU och i skrivande stund har ännu inget märke registrerats, vilket troligen är anledning till att de inte behandlats i tidigare riktlinjer från EUPO. Däremot kan de i likhet med andra sensoriska märken kommunicera till de mänskliga sinnena och således förmedla information till konsumenterna. Känselmärken består i sin grund av en tredimensionell struktur. För att de ska kunna kommunicera information om ursprung eller särskiljas krävs således att en viss känselupplevelse förmedlas genom beröringen av den tredimensionella strukturen.


I USA har det förekommit varumärkesskydd för känselmärken. Bland annat lyckades en vinproducent skydda ett märke där materialet på det yttre skiktet av en vinflaska frambringade en känsla av sammet. Vid bedömningen ombads ansökanden att inkomma med ett exemplar av vinflaskan så att granskaren kunde bedöma och känna på flaskan. Även i Tyskland har

---

234 Bland annat i ovan nämnda riktlinjer från 2014 berörs de inte. Däremot tar EUPO ställning till dessa i de nuvarande riktlinjerna som behandlas i kapitel 5.
235 EUPO, ansökn. nr. 009410622.
236 EUPO, ansökn. nr. 009410622.
237 EUPO, ansökn. nr. 009410622, s. 5–7.
238 Mål R 479/2012-5.
241 USPTO, reg. nr. 3155702, Office Action Serial No 76/634174.
viss framgång nått på området, där det stora dryckesåterförsäljarföretaget Underberg lyckades registrera ett känselmärke för sitt företags namn i Braille (blindskrift) för flera kategorier av drycker.²⁴² Beträffande Braille är det ett som språk som avkodas genom just känseln.²⁴³ Gordon Humphreys, verksam inom överklagandenämnderna vid EUIPO,²⁴⁴ beskriver en problematik i att även om dessa tecken skulle kunna återges grafiskt genom svarta prickar på dominoliknande brickor så skulle återgivningen inte kunna begripas av dem den riktar sig mot.²⁴⁵ Frågan om Braille i relation till känselmärken är invecklad på flera plan och kommer att diskuteras utförligare i analysen.²⁴⁶ 

Slutligen kan en intressant bedömning som företogs av den Andinska gemenskapens domstol i fråga om känselmärken nämnas. I domen fastslogs det att ytan av det faktiska objektet avsågs för känselmärken, en bedömning som tycks fokusera mer på materialet än den förmedlade känselupplevelsen.²⁴⁷

4.8 Grafisk återgivning av ljudmärken

Ljudmärken stod 2016 för ungefär 0,01% av de över 135 000 ansökningarna och i slutet av 2017 fanns 194 registrerade ljudmärken i EUIPO:s databas.²⁴⁸ Trots denna tillsynes låga siffror har ljudmärken länge ansetts kunna uppfylla kraven som ställdes på återgivningen. Ljudmärken brukar ofta associeras till jinglar som spelas upp på radio, TV eller internet men kan även bestå av ljud associerade till användning av diverse varor. En viktig initial distinktion bör emellertid göras mellan musikaliska och icke-musikaliska ljud, eftersom möjligheterna till att uppnå registrering mellan dessa har varierat genom åren på grund av kravet på grafisk återgivning. Skillnaden är att musikaliska ljud är sådana som består av toner med en speciell tonhöjd medan icke-musikaliska ljud, som bland annat kan bestå av återgivningar från naturen, saknar denna speciella tonhöjd eftersom de består av en sammansättning av ljudvågor med åtskilliga och varierande frekvenser.²⁴⁹ I det nedan redogjorda målet Shield Mark tog EU-domstolen ställning till ljudvarumärken.

²⁴² DPM, reg. nr. 30259811, reg. 2003-12-03. Varumärket är i dagsläget ännu registrerat, dock under kategorin formmärke. Se även Lunell, s. 114, om detta.  
²⁴³ Se Humphreys, s. 448, om Braille.  
²⁴⁴ Humphreys, s. 447.  
²⁴⁵ Humphreys, s. 488.  
²⁴⁶ Se nedan avsnitt 6.1.3.  
²⁴⁷ Andinska gemenskapsdomstolens förhandsavgörande nr. 242-IP-201.  
²⁴⁸ EUIPO:s databas (hämtad: 2017-12-12).  
²⁴⁹ Lunell, s. 190.
4.8.1 Shield Mark-domen

Shield Mark var innehavare av fjorton varumärken registrerade vid varumärkesbyrån i Benelux. Tolv av dessa varumärken avsåg avsnitt ur Ludwig van Beethovens musikstycke ”Für Elise”, resterande två avsåg ljudet av ”en tupps galande”.\(^{250}\) Shield Mark hade brukat musikstycket i olika reklam- och marknadsföringssyften medan den galande tuppen användes i samband med aktiverandet av en diskett i en av Shield Mark utvecklad programvara.\(^{251}\) Varumärkena avseende Beethovens musikstycke hade återgivits på flera olika sätt, för vissa var ett notsystem med noterna bifogats, andra hade beskrivits med orden ”de första nio tonerna i Für Elise” och beträffande vissa hade det också specificerats att de skulle utföras på piano och var ljudmärken som bestod av den musikaliska återgivningen av de bifogade noterna.\(^{252}\) Tuppens galande hade utöver en beskrivning i ord uttryckts genom ett onomatopoetiskt uttryck.\(^{253}\) Efter en nationell tvist om giltigheten av de nämnda varumärkena ställdes slutligen två tolkningsfrågor till EU-domstolen. Frågorna gällde om ljud kunde utgöra varumärken och hur kravet på grafisk återgivning kunde uppnås.\(^{254}\)

I domskälen accentuerade EU-domstolen, som det betonats i Sieckmann, att de i lagen uttryckta exemplet på varumärken inte var uttömmande och att ett ljud således kunde utgöra ett varumärke förutsatt att det kunde återges grafiskt.\(^{255}\) Vidare poängterades, vilket anförts ovan, att det emellan medlemsstaterna inte fick föreligga några diskrepanser gällande vad som kunde anses utgöra ett varumärke.\(^{256}\)

Domstolen betonade i sin bedömning att Sieckmann-kriterierna för grafisk återgivning även var applucerbara på ljudmärken.\(^{257}\) Vidare markerades vikten av att ange att tecknet skulle uppfattas som ett ljudmärke i registreringsansökan och en registrering avseende ett ljudmärke ej kunde ske om detta inte uttryckts i ansökan.\(^{258}\) Angående de olika grafiska återgivningarna förklarades att bara ett notsystem kunna uppnå Sieckmann-kriterierna. En sådan typ av notskrift kunde fastställa ljudens tonhöjd och längd och därmed grafiskt återge ”den följd av ljud som

\(^{253}\) Shield Mark, p. 18.
\(^{254}\) Shield Mark, p. 25.
\(^{255}\) Shield Mark, p. 35–37.
\(^{256}\) Shield Mark, p. 39–40.
\(^{257}\) Shield Mark, p. 55–56.
\(^{258}\) Shield Mark, p. 58.
bildar en melodi”.259 Trots att notsystem inte ansågs omedelbart begripliga ansåg domstolen att de utan svårighet kunde begripas av dem som sökte upplysning om föremålet för ansökan.260 En beskrivning i ord ansågs däremot inte vara tillräckligt klar och tydlig och det begärda skyddsomfåget bedömdes inte kunna fastställas genom en sådan återgivning.261 Inte heller kunde de ingivna musiknoterna uppfylla kravet då de varken var klara, precisa eller fullständigt återgivna på grund av avsaknaden av tonhöjd och längd.262 Avseende onomatopoetiska uttryck ansågs dessa inte heller precisa nog. Domstolen påpekade att det fanns en skillnad mellan det eftersträvade ljudet och det onomatopoetiskt uttryckta ljudet, samtidigt som onomatopoetiska uttryck, inte minst återgivandet av en tupps galande, skiljde sig mycket mellan de olika medlemsstaterna.263

4.8.2 Andra fall gällande ljudmärken

Ytterligare en ansökan av ett ljudmärke som berörde frågan om sonogram godtagbart kunde återge ljud grafiskt, prövades av den fjärde överklagandenämnden år 2005. Ansökan avsåg en

259 Shield Mark, p. 62.
260 Shield Mark, p. 63.
261 Shield Mark, p. 59.
262 Shield Mark, p. 61.
263 Shield Mark, p. 60.
266 Mål R 781/1999-4, p. 27.
267 Mål R 781/1999-4, p. 29.
slogan som uttalades på tyska och i beslutet fastslog överklagandenämnden att sonogram principiellt skulle anses vara en godtagbar metod för grafisk återgivning av ljud. I beslutet betonade överklagandenämnden att ingen kunskap av musikinstrument krävdes samtidigt som information och anvisningar fanns lättillgängliga på internet.


Ett fall från USA som berör en annan aspekt av ljudmärken, gällde en registreringsansökan av motorljudet från en Harley-Davidson motorcykel. Flera konkurrenter inom motorcykelbranschen åberopade att ljudet indikerade en funktion i varan och eftersom flera använde en liknande V-twin motor invände bland annat Yamaha att ljudet var identiskt i deras motorcyklar. Därmed skulle en ensamrätt till ljudet de facto kunna leda till en monopolisering av nämnnda motor vilket skulle leda till otillbörliga konkurrensförde. Ansökan drogs dock tillbaka år 2000 efter sex års processande, men fallet accentuerar ett problem med ljudmärken relaterade till produkters funktion. Detta ansluter till den amerikanska funktionalitetsdoktrinen som i huvudsak har avsett okonventionella märken gällande produktdesign och färger men även har tolkats kunna appliceras på andra okonventionella märken. Inom EU-rätten torde denna problematik närmast kunna kopplas till de absoluta hinder som framgår av artikel 7 – ett märke

---

270 PBR mål 95-491 (Hemglass).
271 PBR mål 96-208 (P3-visselsignal), se även Lunell, s. 197, om detta.
272 USPTO, ser. nr. 74485223, "exhaust sound of applicant’s motorcycles”.
274 Sandri & Rizzo, s. 145.
275 Sandi & Rizzo, s. 145, se även fotnot 44 på samma sida.
276 Arden, s. 150-51.
som endast består av en egenskap som följer av en varas art eller en egenskap som krävs för att uppnå ett tekniskt resultat får inte utgöra ett varumärke.277

Med tiden har praxis tydliggjorts genom EUIPO:s riktlinjer,278 där det bland annat i 2014-års upplaga står att musikaliska ljud kan återges grafiskt med hjälp av traditionella notationer.279 Icke-musikaliska ljud förklaras där kunna återges genom oscillogram eller sonogram under förutsättning att även en elektronisk inlämnning av motsvarande ljudfil inges.280 Dessa riktlinjer baseras på ändringsförordning nr 1041/2005 där elektronisk inlämnning av ljudfiler möjliggjordes.281

4.9 Reflektioner av kravet på grafisk återgivning


Det huvudsakliga problemet med kravet kan tillskrivas det faktum att varumärken som i sin grundform inte är ämnade att uppfattas tvådimensionellt har behövt omvandlas för att kunna bli föremål för en ansökan och sedan uttryckas i detta transformerade format i EU:s varumärkesregister. De som sedan vänt sig till registret för att förstå märket och dess skyddsomfång har således behövt att åter transformera det grafiskt återgivna till grundformen för att kunna begripa det. Detta kan leda till att det initialt åsyftade märket genom dessa omvandlingar kan ha förändrats, där även minimala förändringar kan antas påverka och rucka varumärkessystemets tillförlitlighet.

277 Se avsnitt 2.1.3.
279 EUPO, Riktlinjer för granskning av gemenskapsvarumärken vid Kontoret för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken och mönster), Del B – Prövning, Avsnitt 4, Absoluta registreringshinder, 2014-01-02 [cit. EUPO riktlinjer 2014], s. 10.
280 EUPO riktlinjer 2014, s. 10.
281 Kommissionens förordning (EC) nr 1041/2005 av den 29 juni 2005 om ändring av förordning (EG) nr 2868/95 om genomförande av rådets förordning (EG) nr 40/94 om gemenskapsvarumärke, skäl 6.

Utöver beskrivningar i ord har jämväl ett antal andra grafiska återgivningssätt kommit upp till prövning avseende dofter.287 Emellertid har varken doftprover, kemiska formler eller gaskromatogram ansetts uppfylla kraven på grafisk återgivning vid EUIPO. Att tillåta en lagring av doftprover har flera praktiska problem där själva lagringen och tillgången är ett, men även det faktum att lukt påverkas av sin omgivning innebär att proverna troligen skulle behöva

282 Se ovan avsnitt 4.5.
283 Se ovan avsnitt 4.5.
284 Se ovan avsnitt 4.5.
285 Se ovan avsnitt 3.1.1.
286 Se ovan avsnitt 3.1.1.
287 Se ovan avsnitt 4.5.
uppdateras med jämna mellanrum och efter varje granskning. Beträffande kemiska formler kan resonemanget som fördes i Sieckmann ifrågasättas.\textsuperscript{288} Den argumentation som förs av Sahin och Wiszniewska om kemiska formler är intressant.\textsuperscript{289} Kan den kemiska substansen som är direkt kopplad till den avsedda lukten eller doften tydligt återges, bör man fråga sig om inte en annan bedömning kunde ha gjorts av domstolen. Beträffande en återgivning genom gas-kromatografi förkastade varken EUIPO eller PRV återgivningssättet i dess helhet men diverse brister har påpekats.\textsuperscript{290} Gaskromatografi har vidare kritiserats av både Friedmann och Lunell varför det troligen inte är ett relevant tillvägagångssätt för doftmärken.\textsuperscript{291} Sammanfattningsvis ter sig de flesta grafiska återgivningssätten för lukter eller dofter vara behäftade med brister och därför kan en uppdaterad och förtydligad bedömning avseende främst kemiska formler av EUIPO eller EU-domstolen kunna behövas för att klargöra rättsområdet.

Slutligen bör beträffande doftmärken även Sahins resonemang om bedömningen i Eden SARL belysas. Hans resonemang visar på ett problem med doftmärken som kan gå utöver den grafiska återgivningen.\textsuperscript{292} Även om man skulle lyckas återge en faktisk doft skulle denna i verkligheten variera. Beroende på temperaturen, vilket hyllplan, vilka varor som stått nära och hur länge varan stått i butiken har lukten kommit att påverkas och troligen även ändrats i sådan grad att luktskillnaden skulle variera mer än den emellan olika mogna jordgubbar.\textsuperscript{293} Detta problem är svårlost och torde kunna appliceras på andra sensoriska märken som påverkas av externa faktorer. Lösningen på detta lär emellertid inte bestå i att man beviljar skydd för varumärken som brister i objektivitet och tydlighet. Det kan i enlighet med detta resonemang argumenteras för att vissa av Sieckmann-kriterierna bör ses över.\textsuperscript{294}

Frågan om grafisk återgivning av smakmärken har på grund av bristande ansökningspraxis gjort att även detta område är svåröverskådligt. Smakers subjektiva och flyktiga natur medför att ett resonemang likt det om doftmärken är relevant. En återgivning i ord torde därmed ej kunna uttrycka en tydlig och exakt smak. Således har den grafiska återgivningen också utgjort ett problem beträffande dessa varumärkens möjligheter att uttrycka vad som avsetts registreras.

\textsuperscript{288} Se ovan avsnitt 4.2.
\textsuperscript{289} Se ovan avsnitt 4.5.
\textsuperscript{290} Se ovan avsnitt 4.5.
\textsuperscript{291} Se ovan avsnitt 4.5.
\textsuperscript{292} Se ovan avsnitt 4.5.
\textsuperscript{293} Se ovan avsnitt 3.1.1.
\textsuperscript{294} Detta behandlas under avsnitt 6.5 nedan.
De behandlade ansökningsfallen visar att även känselmärkens varumärkesrättsliga situation omgärdas av en del oklarheter. Dessa märken kan som nämnt relateras till tredimensionella märken. Det är emellertid svårt för en grafisk återgivning av något tredimensionellt att vara tillräckligt precis, så att den i sin tur ska kunna reproduceras i sin exakt avsedda form och därigenom återge den åsyftade känselupplevelsen. Processen att reproduera formen skulle, om ens möjlig, vara för svår, kostsam och komplicerad. Eftersom det är känselupplevelsen som ska varumärkesskyddas är det sannolikt att en detaljerad grafisk återgivning av form och material likväl framstår som bristfällig. Denna problematik kan möjligen även jämföras med resonemanget domstolen förde i Sieckmann med avseende på kemiska former, där det gjordes en distinktion mellan doften av en substans och doften i sig. Känselfredningar i ord torde även ha alltför subjektiva inslag oavsett hur detaljerat hållna de är. Slutsatsen är att kravet på grafisk återgivning tydligt har begränsat möjligheterna att ansöka om varumärkesskydd för sådant som vädjar till känseln.


295 Se ovan avsnitt 4.2.4.
296 Se ovan avsnitt 4.8.2.
297 Se ovan avsnitt 4.8.2.

Ledning i hur mycket den som vänder sig till registret förväntas göra för att begripa de varumärken som förekommer i registret kan man även diskutera utifrån domen i *Shield Mark*.302 I domen fastslogs att återgivningen inte behövde vara direkt begriplig men likväl ”utan svårighet”

298 Se ovan avsnitt 4.2.4 och 4.3.
299 Se ovan avsnitt 4.2.4 och 4.3.
300 Se ovan avsnitt 4.3.
301 Se ovan avsnitt 4.3.
302 Se ovan avsnitt 4.8.1.
behövde kunna begripas.303 Detta tyder på att de som vänder sig till registret väntas göra en viss ansträngning för att förstå vad för märke som avses. Även bedömningen av EU-domstolen i Sieckmann, om att få personer skulle förstå doften som avsågs med en kemisk formel, kan användas som måttstock i syfte att utröna var en begriplighetsnivå ska befina sig.304 Det framstår emellertid som motsägelsefullt att notsystem, sonogram eller färgkoder alla har ansetts uppfylla kravet på tydlighet och begriplighet då de samtliga kräver en viss kunskap att uppfatta.305 Tveksam är om de skulle kunna uppfattas utan svårighet av flera av de ekonomiska aktörerna eller än mindre av en genomsnittlig konsument.

De godkända återgivningsmetoderna medför att de som vänder sig till registret väntas företa den ansträngning det innebär att omvandla märket till dess grundform i syfte att förstå vad märket utgör. Ovan nämndes en problematik avseende transformeringen av märken och det bör ytterligare accentueras att samtliga omvandlingsprocesser även kan komma att påverkas av förutsättningarna av den som granskar. Konsumenter eller ekonomiska aktörer med sämre ekonomiska förutsättningar kan komma att söka billigare lösningar i syfte att klargöra märkets omfång. Enklare lösningar torde därigenom öka chansen att en viss förändring av det åsyftade märket sker. I syfte att undvika problematiska lekmannaomvandlingar kan man slutligen argumentera för att tydliga, objekta och mer tekniska återgivningsmetoder är att föredra, även om dessa i grunden kan uppfattas som mer avancerade.

Sammanfattningsvis framgår det tydligt att kravet på grafisk återgivning utgjort ett aber i ansökningsprocessen för sensoriska varumärken. Samtidigt har kravet tillsatt att det gällande registret upprätthållit en begriplighet och överskådlighet för de registrerande märkena. Då det emellertid har tydliggjorts att sensoriska märken har potentialen att communicera ursprung till konsumenter kan det anses olyckligt att registrets utformning har begränsat ansökningsmöjligheterna. Ett formneutralt registreringsförfarande kan eventuellt komma att lindra vissa av svårigheterna för dessa märken. Förändringen av återgivningskravet och den nya regleringen behandlas i närmast följande avsnitt.

303 Se ovan avsnitt 4.3 och 4.8.1.
304 Se ovan avsnitt 4.2.4.
305 Se ovan avsnitt 4.3.
Kapitel 5 – En förändrad återgivning

Kravet på grafisk återgivning har på senare år bemöts av viss skepsis i juridisk doktrin och av verksamma på området.306 På grund av bland annat detta åtog sig Max Planck-institutet ett uppdrag av kommissionen att utföra en studie om EU:s varumärkessystem och därigenom analysera även kravet på grafisk återgivning.307 Arbetet kom att benämnas Study on the Overall Functioning of the European Trade Market System och presenterades den 15 februari 2011. Av undersökningen framgår att majoriteten av de tillfrågade användarorganisationerna uppfattade kravet på grafisk återgivning som föråldrat och efterfrågade ett mer modernt tillvägagångssätt för att återge okonventionella tecken och märken.308 En del tillfrågade organisationer ansåg att det förelåg en viss inkonsekvens mellan de nationella bedömningarna beträffande kravet på grafisk återgivning.309 Det poängterades vidare av de tillfrågade att en förändring av återgivningskravet skulle behöva göras utan att åsidosätta de rättssäkerhetsangelägenheter som fastslogs i Sieckmann.310

Av de intresseorganisationer som var emot en förändring uttryckte European Communities Trade Mark Association (ECTA) att slopandet av kravet skulle leda till en ovisshet som skulle vara både kostsam och ineffektiv.311 ECTA betonade att förrän en tillräckligt hög teknologisk nivå kunde garanteras hos samtliga nationella myndigheter, skulle granskningsmöjligheterna för märken återgivna på annat sätt än grafiskt medföra problem för rättssäkerheten.312 Därför ansåg de att kravet skulle bestå.

I enlighet med huvudparten av åsikterna i studien formade Max Planck-institutet ett förslag på att kravet på grafisk återgivning skulle avlägsnas och ersätta med ett krav som möjliggjorde registrering oavsett märkets typ så länge det kunde återges på sådant sätt att det uppfyllde kraven från registreringssystemet.313

---

306 Se bland annat von Hofsten, Lunell och Max Planck-studien.
307 Levin, s. 57–58.
308 Max Planck-studien, s. 66.
309 Max Planck-studien, s. 35.
310 Max Planck-studien, s. 66.
311 Max Planck-studien, Annex IV, s. 117 (s. 16 av ECTA:s bidrag).
312 Max Planck-studien, Annex IV, s. 117 (s. 16 av ECTA:s bidrag).
313 Max Planck-studien, s. 68.

I Patent- och registeringsverkets utlåtande av EU-kommissionens förslag till ändringar i EU:s varumärkessystem uttrycktes kritik mot Max Planck-studien och att EU-kommissionen givit sig själv för långtgående befogenheter. Om studien ansåg PRV att det förelåg tydliga brister i undersökningsunderlaget, eftersom de tillfrågade nästan enbart utgjorde användare av EU-förordningen och mindre företagare med inriktning på den nationella marknaden saknades. PRV förklarade vidare att endast 19% av varumärkesansökningarna inom EU år 2011 bestod av ansökningar om EU-varumärken och betonade att majoriteten även inom en överskådlig framtid skulle komma att använda sig av de inhemska nationella varumärkesmyndigheterna.

Beträffande återgivningsförändringen ansåg PRV att till följd av kravet på grafisk återgivning kunde ett okonventionellt varumärke aldrig bli något annat än en ”schematisk skiss” av det verkliga varumärket, trots att möjligheten fanns att registrera vissa av dem. PRV fortsatte med att belysa ett antal frågor som skulle aktualiseras i samband med slopandet av kravet, gällande bland annat skyddsomfång och särskiljningsförmåga, men uttryckte samtidigt vikten av en teknikneutral lagstiftning. Sammanfattningsvis var likväl PRV, trots kritiken, positivt inställd till förändringen och att framförde att de obesvarade frågorna gradvis kunde komma att lösas av verksamma myndigheter och domstolar.
Bolagsverket skrev i sitt yttrande att en modernisering av systemet var befogad eftersom de dåvarande bestämmelserna varit i bruk sen 1996.\textsuperscript{323} Vidare uttryckte Bolagsverket sitt stöd för borttagandet av kravet på grafisk återgivning med hänvisning till att det i enlighet med utredningen framstod som ett föråldrat krav och bidrog till en viss osäkerhet av vad som avsågs.\textsuperscript{324}

5.1 Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2017/1001

Ändringsförordning nr 2015/2424\textsuperscript{325} träddde i kraft den 23 mars 2016 och bestod av ett antal terminologiska förändringar, med gemenskapsvarumärkena numera kallade EU-varumärken och Byråns för harmonisering inom den inre marknaden (OHIM/KHIM) har istället blivit Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet (EUIPO). Ytterligare förändringar i form av bland annat en ny avgiftsstruktur och regleringar av skydd mot piratkopieringar infördes.\textsuperscript{326} Förändringarna av just den grafiska återgivningen träddde däremot inte i kraft förrän den 1 oktober 2017, vilket även markerade datumet för ikraftträdandet av varumärkesförordning nr 2017/1001.

Den nya förordningstexten följer nedan.

**Artikel 4**

**Tecken som kan utgöra ett EU-varumärke**

Ett EU-varumärke kan utgöras av alla tecken, särskilt ord, inbegripet personnamn, figurer, bokstäver, siffror, färger, formen på en vara eller dess förpackning, eller ljud, förutsatt att tecknen i fråga kan

a) särskilja ett företags varor eller tjänster från andra företags, och

b) återges i registret över EU-varumärken (nedan kallat registret) på ett sätt som gör det möjligt för de behöriga myndigheterna och allmänheten att klart och tydligt avgöra föremålet för det skydd som beviljats innehavaren.

Lagtexten tar således sikte på att återgivningen måste ske på ett sådant sätt att både allmänheten och de granskande myndigheterna klart och tydligt ska kunna avgöra vad skyddet avser. I det tionde skälet av förordningen framgår det att samtliga sju Sieckmann-kriterier består som vägledande parametrar vid bedömningen om återgivningen av varumärket ska anses godtagbar. På EUIPO:s hemsida framgår det vidare att så länge ärket kan återges genom de av EUIPO

\textsuperscript{323} Bolagsverket, Yttrande över EU-kommissionens förslag till ändringar i EU:s varumärkessystem, 2013-04-30 [cit. Bolagsverkets yttrande], s. 1.

\textsuperscript{324} Bolagsverkets yttrande, s. 1.

\textsuperscript{325} Ändringförordning 2015/2424.

\textsuperscript{326} Levin, s. 57–58.
accepterade formaten så behöver den inte återges grafiskt.\textsuperscript{327} Formaten som i skrivandets stund kommit att godtas av EUIPO för återgivning är JPEG, OBJ, STL, X3D, MP3, MP4.\textsuperscript{328} Det framgår även på hemsidan att ord-, figur-, form- (eller 3D-), positions-, mönster-, färg-, ljud-, rörelse-, multimedia-, eller hologrammärken är de märken som EUIPO i dagsläget bedömer som registrerbara.\textsuperscript{329} Däremot fastställs det i EUIPO:s nya riktlinjer från oktober 2017 att varken smak-, lukt- eller känsemärken för närvarande är registrerbara med den i dagsläget generellt tillgängliga teknologin.\textsuperscript{330} Det bör tillåtas att återgivning via notsystem kvarstår som en alternativ metod att återge märken i enlighet med dessa riktlinjer, men att sonogram numera inte accepteras.\textsuperscript{331}

5.2 Sammanfattning av förändringen


\textsuperscript{330} EUIPO, \textit{Guidelines for Examination of European Union Trade Marks, Part B – Examination, Section 4, Absolute Grounds for Refusal, Chapter 2, EUTM Definition}, 2017-10-01 [cit. EUIPO riktlinjer 2017, EUTM definition], s. 14–16.
\textsuperscript{331} EUIPO, \textit{Guidelines for Examination of European Union Trade Marks, Part B – Examination, Section 2, Formalities}, 2017-10-01 [cit. EUIPO riktlinjer 2017, formaliteter], s. 29.
Kodifieringen av *Sieckmann-kriterierna* ger ett intryck av att ännu större emfas läggs på dem, vilket kan medföra att ett strängare och tydligare förfarande att vänta. Kriterierna blir därför, oaktat återgivningsformat, något som även i fortsättningen tydligt påverkar okonventionella varumärkens registreringsmöjligheter, inte minst beträffande doft-, smak- och känselfärger.

Slutligen kan påpekas att det av artikel 4 (b) i förordningen framgår att både allmänheten och de behöriga myndigheterna klart och tydligt ska kunna avgöra vilket föremål som beviljats skydd. Det kan tilläggas att skälen till förordningen dock endast nämner ekonomiska aktörer och behöriga myndigheter beträffande vilka som ska begripa återgivningen.\(^{332}\) Likväl indikerar kodifieringen av allmänheten i artikel 4 att allmänheten består av mer än endast de ekonomiska aktörerna.

### 5.3 Alternativa Återgivningsmetoder

I ljuset av förändringen, de nya EUIPO riktlinjerna till trots, återstår det att se hur alternativa återgivningar kommer att behandlas av myndigheten. Friedmann uttrycker, i samband med slopandet av kravet på grafisk återgivning, att det nu finns en möjlighet för de olika nationella domstolarna att experimentera med registreringsförfarandet och sedan dela med sig av vilka typer av återgivningssätt som framstår som de mest funktionella ur ett rättssäkerhetsändamål.\(^{333}\) Detta kan i sin tur således komma att påverka vilka riktlinjer EUIPO framställer för registreringen av okonventionella märken i framtiden.

Rättsläget för ljudmärken framstår nu klart och i egenskap av att de bokstavligen uppräknas i förordningstexten som potentiella varumärken, kan det medföra att de inte längre kommer att associeras till kategorin okonventionella varumärken.\(^{334}\) De andra sensoriska märkena förblir emellertid relativt opåverkade av förändringen, till följd av att inga format formade efter dessa uttryckligen har godtagits av EUIPO. Nedan diskuteras potentiella återgivningssätt i ljuset av förändringen, som även om de måhända möter hinder på grund av registrets gällande format, kan tänkas utgöra alternativa vägar för märken som riktar sig mot lukt-, smak- och känselfärger.

---

\(^{332}\) EU-förordning 2017/1001, skäl 28.

\(^{333}\) Friedmann, s. 939.

\(^{334}\) Se Friedmann, s. 939.
5.3.1 Doftåtergivning

Genom de nya riktlinjerna har EUIPO:s gällande ståndpunkt avseende doftmärken tydlig gjorts. Det faktum att ingen typ av teknik för doftframställan accepteras av EUIPO och därmed att grafisk återgivning är den återgivning som kvarstår för doftmärken accentuerar den fortsatta svårigheten för dessa märken. 

Det faktum att ingen typ av teknik för doftframställan accepteras av EUIPO och därmed att grafisk återgivning är den återgivning som kvarstår för doftmärken, accentuerar den fortsatta svårigheten för dessa märken. 

I kapitel fyra nämndes att en förnyad bedömning för doftåtergivning genom kemiska formler kunde behövas och kapitlet beskrev även bristerna med gaskromatogram och beskrivningar i ord. 

Med hänsyn till de numera teknikneutrala återgivningsmöjligheterna finns det anledning att se över nya alternativ. 

Sådana doftfiler innebär att dofter återges i koder som kan lagras digitalt, dessa filer kan sedermera skickas till den behöriga myndigheten över internet som med hjälp av en doftskrivare kan återge doften. 

I artikeln att tekniken är under utveckling och ännu inte kan återge samtliga dofter en människa kan uppfatta. 

Likväl kan många dofter återges och förfarandet ter sig relativt enkelt. Det kan även betonas att digitala doftfiler inte påverkas negativt av faktorer som temperatur, koncentration, mängd eller substans, vilket annars är sådant som kan påverka dofter avsevärt. 

En annan metod för luktåtergivning kan möjligligen uppstå i form av elektroniska näsor som kan analysera och redogöra för de komponenter som finns i en gasblandning. Denna typ av teknik har bland annat använts vid matgranskning eller till att upptäcka sjukdomar, bomber eller miljögifter. Alltjämt bör betonas att eftersom den elektroniska näsan främst syftar till att spåra vilka olika typer av komponenter som förekommit i luften eller lukten, så torde brister avseende

335 Se ovan avsnitt 5.1.
336 Se ovan avsnitt 5.1.
337 Se ovan avsnitt 4.5.
338 Se ovan avsnitt 4.5 och 4.9.
339 Friedmann, s. 939.
340 Friedmann, s. 938.
341 Friedmann, s. 938.
342 Friedmann, s. 938.
343 Lunell, s. 170.
en återgivning av den exakta luktsammansättning uppstå. Emellertid är tekniken under utveckling. Senaste rön från Sydkorea visar på framsteg för att kunna spåra och återge dofter eller lukter i dess helhet.

5.3.2 Smakåtergivning

Märken baserade på smak möter likt doftmärken hindret av att ingen teknisk återgivningsform för närvarande finns tillgänglig. Dock medför det obundna återgivningskravet att även dessa märken kan finna en eventuell framtid i EU:s varumärkesregister.


---

347 EUIPO riktlinjer 2017, EUTM definition, s. 14.
348 Se ovan avsnitt 4.5.
351 Winquist, s. 3.
352 Winquist, s. 3.
5.3.3 Känslåtergivning


Kapitel 6 – Analys

Ännu är rättsläget oklart. Den nya förordningen måste först tillämpas och tolkas av EUIPO och sedan av EU-domstolen. Därför kommer den följande analysen vara tentativ och bygger på det material som tidigare presenterats.

Initialt följer en redogörelse för problemen sensoriska varumärken stött på. Även en diskussion om deras funktion att kommunicera till konsumenter kommer att föras. Till följd av slopandet av det grafiska återgivningskravet, kommer vidare framtidsutsikterna för dessa märken att erhålla en registrering i EU:s varumärkesregister att diskuteras.

Det har under arbetets gång uppenbarats att en tydlig problematik behäftad med återgivningen av sensoriska märken ligger i konstruktionen av EU:s varumärkesregister och de relaterade byråkratiska och informativa funktionerna. I enlighet med detta kommer en diskussion att föras beträffande begripligheten av återgivningar samt vilka parter som registret verkar rikta sig mot.

I efterföljande del kommer borttagandet av den grafiska återgivningen att beaktas i ett bredare sammanhang. Detta avsnitt belyser andra potentiella effekter som kan uppstå för EU:s varumärkessystem till följd av förändringen.

Slutligen kommer kriterierna som fastställdes i Sieckmann-domen att analyseras beträffande deras fortsatta relevans till följd av förändringen. Kriterierna kommer i denna del att ställas i relation till sensoriska märkens fundamentala skillnader mot ord- och figurmärken.

6.1 Framtiden för sensoriska märken

Sensoriska märken framstår ur många perspektiv som synnerligen abstrakta och problematiken i att definiera och beskriva dem är något som ter sig gå bortom kravet på grafisk återgivning. Den faktiska riktningen dessa märken kan ta är därmed ännu svår att fastställa. EU-domstolen har emellertid vid flertalet tillfällen uttryckt att samtliga märken, oavsett grundform, kan utgöra varumärken förutsatt att de kan ange ursprung och återges i registret. Det förefaller dock tydligt att sensoriska märken, andra än de riktade mot hörseln, inte per automatik i samband med förändringen kommer att kunna registreras som EU-varumärken. Riktlinjerna som används

354 Se ovan avsnitt 4.2.4 och 4.7.1.
av myndigheterna vid bedömningen är även om de inte är faktiskt bindande något som följs och måste tillmätas relevans. Ändå kommer nog alternativa återgivningsformer prövas och tvinga fram ställningstaganden av myndigheten och sedan domslut av EU-domstolen vilket kan leda till att de antingen kan komma att accepteras eller att ansökningarna av sådana märken får experimentera med ytterligare andra tillvägagångssätt.

6.1.1 Doftmärken

Det framgår i avsnittet om sensorisk marknadsföring att dofter och lukter är kraftfulla verktyg i marknadsföring och förmågan att påverka konsumenter har demostrerats genom diverse framförda studier.\(^{355}\) Till följd däracr torde en marknadsföring och kommunikation mot detta sinne fortsatt vara betydelsefull, oavsett hur utskikterna för att skydda doftmärken ser ut. Bristande möjligheter att uppnå skydd kan emellertid medföra att investeringsincitamentet begränsas eftersom konkurrenter därmed kan försöka efterlikna märket. Samtidigt kan det konstateras att den detaljerade och svårdefinierbara naturen av dofter även medför efterlikningssvårigheter för konkurrenterna.

Kravet på grafisk återgivning har länge framstått som en problematisk juridisk spärr för doftmärken. I samband med förändringen kan det därmed sägas att fokus nu snarare skiftats till ett hinder som följer av gällande teknologi. EUIPO:s bedömning att teknologin inte ännu är tillräckligt tillgänglig är relevant – anordningar för att uppfatta och återge dofter är för närvarande de facto inte vanligt förekommande.\(^{356}\) I avsnittet om alternativa återgivningsmetoder har det visats att digitala doftfiler är ett format som, om än inte vanligt förekommande, kan återge många dofter med precision.\(^{357}\) Detta förfarande torde utgöra den troligaste vägen för doftmärken att i framtiden uppfylla återgivningskraven. Det är likväl viktigt att tillägga att den teknik som används behöver vara konsekvent och hålla en viss nivå för att tillsa att det inte förekommer några diskrepanser i omvandlingen från doftfil till doft. Utöver detta är även tillgången till tekniken av central betydelse, en övergripande diskussion och potentiell lösning kring detta kommer att föras senare i analysen. Avseende andra återgivningsmetoder, framstår ännu tekniken för elektroniska näsor kostsam, i ett tidigt utvecklingsstadium och i vart fall beträffande en exakt doftåtergivning som otillräcklig. En eventuell väg framåt för återgivningen

\(^{355}\) Se ovan avsnitt 3.1.1.  
\(^{356}\) Se ovan avsnitt 5.3.1.  
\(^{357}\) Se ovan avsnitt 5.3.1.
av doftmärken kan kanske uppenbaras genom en omvärdering av kemiska formler, då det av flera antyts att förfarandet faktiskt kan återge doftmärken med tydlighet.358

Det kan vidare påpekas att vissa har resonerat kring att doftmärken bort kunna registreras även då kravet på grafisk återgivning existerade.359 Av dessa bör inte minst Sahins resonemang beaktas.360 Det faktum att luktsinnet och dofter i sig påverkas mycket av omgivningen, koncentrationen och åldern av lukten medför att små skillnader i återgivningarna kan framstå som oväsentliga. Man kan emellertid också ifrågasätta Sahins resonemang om att beskrivningar i ord skulle kunna utgöra godtagbara återgivningar. Detta på grund av subjektiviteten av ett uttryck i ord, men även i relation till luktsinnets primitiva natur och människans oförmåga att relatera dofter till något mer intellektuellt.361 Denna problem till leder ett svåruppskattat skyddsomfång. En mer teknisk och exakt återgivning torde till viss del kunna tillgodose detta, när en faktisk luktsammansättning återges minskas de subjektiva inslagen och skyddsomfånget bör lättare kunna begripas. Emellertid beror skyddsomfånget ändå på konsumenten som mycket väl kan förväxla doften beroende på i vilket sammanhang denne bemöts av den. Detta är tillsynes främst behäftat med aber relaterade till särskiljningsförmågan, men kan likväl medföra problem även för märken av godtycklig art.362 Exempelvis de bubbelgumsoftande sandalerna från USA lär få ett väldigt brett skyddsomfång på grund av människans oförmåga att tydligt kategorisera dofter. Detta kan även kopplas till frågan om depletion och hur många dofter en människa kan särskilja inom exempelvis varuklassen sandaler.363

Följaktligen är doftmärkens problematik fundamentalt mer omfattande än bara en koppling till en tydlig återgivning. Luktsinnets primitiva natur medför att det är svårt att låta doftmärken agera på samma villkor som mer konventionella figurmärken. Förmågan att uppfatta ett doftmärke påverkas uppenbarligen mer av utomstående omständigheter än figurmärken. Med tiden kan visserligen även ett figurmärke komma att påverkas av externa faktorer, dock torde detta vara något en konsument kan uppfatta på grund av synens mer intellektuella karaktär.364 År ett figurmärke slitet eller trasigt kan därför de intellektuella associationerna ofta leda till logiska slutsatser om hur märket har påverkats. När en doft uppfattas vet man sällan hur ”stor”

358 Se ovan avsnitt 4.5.
359 Se ovan avsnitt 4.5 och 4.9.
360 Se ovan avsnitt 4.5 och 4.9.
361 Se ovan avsnitt 3.1.1 och 4.9.
362 Se ovan avsnitt 3.1.1 och 3.3.
363 Se ovan avsnitt 3.2 och 3.3.
364 Se ovan avsnitt 3.1 och 3.1.1.
den är, hur länge den varar eller var den kommer ifrån. Avsaknaden av möjligheten att uppfatta en dofts form medför att den påverkan ett doftmärke utsatts för inte kommer att ha uppfattats. I enlighet med detta resonemang kan man argumentera för att små diskrepanser i hur återgivningen uppfattas inte torde spela någon egentlig roll då större diskrepanser i verkligheten består.


6.1.2 Smakmärken

Ett återkommande bekymmer med smakmärken är att produkten faktiskt måste få kontakt med smaklökarna för att smakkänslan ska inträda. Eftersom varan därmed generellt upphör att finnas på marknaden när smakupplevelsen inträder, är det ta inledningsvis problematiskt att ursprungsangivelsefunktioneninträder först efter konsumtionen av varan.


365 Se ovan 3.1.2.
att smakupplevelsen ska uppfattas av användarna av registret bör det även krävas att någon typ av faktiskt smakprov kan reproduceras.


Som slutsats kan konstateras att smakmärken är problematiska i flera avseenden och till följd av detta troligen inte kommer att kunna registreras som EU-varumärken i något relevant sammanhang under den närmaste tiden.

6.1.3 Känseförmer

Känse är vid konsumtion av fysiska varor något konsumenter i princip alltid kommer i kontakt med. Beroende på känslan materialet förmedlar kan konsumenten komma att associera detta till en viss kvalitet och funktion men även sådant som varans kommersiella ursprung. Emellertid är det inte troligt att konsumenten automatiskt kopplar känslan ett visst material förmedlar till just ett kommersiellt ursprung. På grund av kännslans mekaniska och primitiva natur är det istället troligt att associationerna relaterade till den förmedlade känslan inte är särskilt analytiska eller intellektuella, i synnerhet beträffande varor som inte fokuserar på materialets känsla. I syfte att få konsumenten att faktiskt ge upphov till den förmedlade känsleupplevelsen torde därigenom få utrymme att kommunicera mer intellektuellt. Likafullt bör det betonas att det är troligt att en kommunikation beträffande varans ursprung redan har förmedlats genom andra sinnen. Detta påverkar troligen även bedömningen vid känselupplevelsen och känselintrycket kan därmed påstås sakna relevans. Dock bör tilläggas att det tidigare i arbetet

366 Se ovan avsnitt 3.3 och 4.6.
367 Se ovan avsnitt 4.5 och 4.9.
368 Se ovan avsnitt 3.1.1, 3.1.2 och 3.3.
369 Se ovan avsnitt 3.1.3 och 3.3.
370 Se ovan avsnitt 3.1.3 och 3.3.
har redogjorts för studier där känself har påverkat konsumenten positivt, trots att detta skett på ett tillsynes primitivt plan.371 Följaktligen kan känselfupplevelser vara intressanta och därmed potentiellt lukrativa strategier för näringsidkare att bemöda sig att optimera, oaktat den tydliga varumärkesproblematiken.

Angående återgivningen av känsemärken bör betonas att den faktiska känslan som uppstår när en konsument håller i en vara eller förpackning är något som framstår som svårtolkad. Vidare föreligger en relaterad problematik i att det är väldigt svårt för individen att med precision uttrycka vad den känner när den rör någonting. Sedermera följer även det faktum att känslan som uppfattas vid beröring alltid, oavsett hur simpel den är, kommer att upplevas annorlunda beroende på vem som rör den. Detta kan liksom för smak- och doftmärken även kopplas till Sahins resonemang om påverkande faktorer.372 För att illustrera detta kan den amerikanska vinflaskan tas som exempel.373 Känslan flaskan förmedlar kan komma att påverkas av hur många som har rört vid den, i vilka temperaturer, hur länge och var den stått samtidigt som inte minst den varierande förmågan att uppfatta materialet genom fingrarna också påverkar.

För att känselmärken potentiellt ska kunna bli aktuella lär det fordras att all typ av subjektivitet kring fenomenet släpps. Detta skulle medföra att det istället fokuserades på att det är ett faktiskt material som ska återges.374 Eftersom det är känslan och inte den tredimensionella formen som avses bör det därmed innebära att återgivningen måste kunna reproduceras fysiskt genom registret för att märket ska kunna granskas.

En annan faktor vid bedömningen av känselmärken är även frågan om särskiljningsförmåga. Känslan som uttrycks vid beröringen måste kunna förmedla att varan är annorlunda från konkurrenters. Detta medför dels att känselmärken endast lär vara möjliga på områden där materialets känsla inte utgör en central beståndsdel av varan och dels att den förmedlade känslan troligen behöver vara något utöver det ordinära för dessa varor.

Sammanfattningsvis kan konstateras att rättsläget beträffande känselmärken ännu är oklart. För att känselfupplevelsen ska kunna granskas medför det att en fysisk reproducering av materialet

371 Se ovan avsnitt 3.1.2.
372 Se ovan avsnitt 4.5 och 4.9.
373 Se ovan avsnitt 4.7.
374 Se även avsnitt 4.7.
bör ske, subjektiva beskrivningar kan inte uppfylla *Sieckmann-kriterierna*. Dock kan de som vänder sig till registret rimligen inte förväntas återskapa något manuellt, utan en särskild reproduceringsteknik bör krävas. En teknik som framstår långt borta i dagsläget.


---

375 Se ovan avsnitt 4.7.
376 EUIPO riktlinjer 2017, formaliteter, s. 33.
377 Se ovan avsnitt 5.1 och 5.3.3.
378 Exempelvis att Underberg i Braille även skulle omfatta ordmärket Underberg.
6.1.4 Ljudmärken

Tidigare i arbetet har de tydliga fördelarna med ljudkommunikation till konsumenter beskrivits. Musik och ljud kan uppenbart påverka människor på emotionella plan som bland annat kan leda till en ökad köpbenägenhet. Människor tar del av flertalet ljud dagligen som kan påverka beslutsfattandet. Dessa ljud kan spelas offentligt genom jinglar eller vara digitala ljud från datorer eller telefoner som ger information om varans ursprung och ökar igenkänningsfaktorn.

Det framgår tydligt att ljudmärken genom den nya förordningen har befestit sin roll inom EU. Ansökningar och registreringar lär med all sannolikhet öka under de närmaste åren, vilket även torde medföra att dessa sakteligen rör sig bort från kategorin okonventionella varumärken. Det kan emellertid uppfattas problematict att alternativa återgivningssätt består, då det framgår av riktlinjerna att notsystem ännu godtas vid registrering. Även om ansökningarna genom denna återgivningsmetod lär bli färre, uppstår frågan av vilket skäl EUIPO valt att inte slopa denna metod, eller i vart fall alltid kräva en ljudfil, i samband med den nya förordningen. En anledning till den valda riktningen kan möjligen tillskrivas att varumärkesregistreringar genom exempelvis Madridsystemet ännu inte godtar digitala ljudfiler och när varumärkesinnehavaren via EUIPO vill söka skydd kan avsaknaden av ett notsystem utgöra en problematik. Däremot och med hänsyn till att registret syftas vara väl avpassat och begripligt, kan man fråga sig varför de inte valde att basera det EU-rättsliga skyddet på digitala filer. Möjligheten att även inkomma med ett notsystem som komplement skulle ha kunnat tillhandahållas. Innehavarna av de i dagsläget begränsade antalet ljudmärken hade vidare kunnat delges förelägganden att inom viss tid uppdatera sina registrerade varumärken genom att inkomma med ljudfiler av märkena. Detta så att fokus, i vart fall inom EU, skulle vara digitala filer. Hade denna riktning istället valts kan man argumentera för att det hade resulterat i en ökad begriplighet av registret. Den valda riktningen och befintligheten av olika typer av ljudmärken i registret torde däremot inte bidra till en ökad begriplighet och en granskningsproblematik kan därigenom uppstå.

379 EUIPO:s databas visar att sedan den 1 oktober 2017 har sju ansökningar beträffande ljudmärken gjorts, samtliga genom ljudfiler (till den 12 december 2017).

380 Se ovan avsnitt 5.1.

381 Se ovan avsnitt 4.8, där det framgår att det bara finns knappt 200 registrerande ljudmärken.
6.1.5 ”Depletion”
Frågan om depletion är relevant beträffande samtliga sensoriska märken. Avseende doft-, smak- och känselmärken och till följd av de berörda sinnenas mer primitiva natur uppstår frågan hur många olika märken i en viss varukategori som faktiskt kan agera särskiljande. Problemen med ljudmärken relaterar däremot främst till att man möjligen bör vara försiktig med att ge vissa klassiska melodier eller naturljud en ensamrätt i kategorier där de ”passar”. Man kan således argumentera för att tydliga föreskrifter, gällande vad som på grund av sin unika karaktär bör anses skyddsvär, behövs. Kanske bör begreppet i detta sammanhang omformuleras och istället för att hänvisa till en ”uttömning” av märken, kan det formuleras till att vissa unika sensoriska uttryck bör anses skyddsvärda och allmäntillgängliga.

6.2 Den informativa funktionen av registret
En väsentlig funktion av registret består i att tillgodose intresset hos de parter som, utöver de behöriga myndigheterna, vänder sig till registret. Beroende på vem som förväntas nyttja och begripa registret påverkas den ansträngning som kan krävas av denne, ur både ett ekonomiskt och arbetsmässigt perspektiv. Numera kodifieras det att både allmänheten och de behöriga myndigheterna behöver begripa återgivningar i registret. I flera av de redogjorda fallen har det även framgått att ekonomiska aktörer inkluderas i begreppet allmänheten. Begreppet allmänheten har dock utöver detta inte förtydligats nämnvärt i praxis. I samband med kodifieringen av begreppet är detta något som borde preciseras.


382 Exempel på detta kan vara ljudet av en tupps galande för väckarklockor eller ett klassiskt pianostycke för något musikrelaterat.
383 Se ovan avsnitt 4.2.4, 4.3 och har även diskuterats ovan i avsnitt 4.9.
384 Se ovan avsnitt 5.1.
385 Se ovan avsnitt 4.2.4 och 4.3.
386 Se ovan avsnitt 4.3.
Skulle konsumenter förväntas vända sig till registret och kunna begripa det i dess nuvarande form, bör detta även innebära att de behöver begripa fundamentala element av varumärkesrätt. I syfte att illustrera problemet, här ett scenario; en konsument vänder sig till registret, av ett icke-ekonomiskt och eget intresse, för att söka förstå vad ett en viss aktör har för ensamrätt. De sökresultat som sedermera presenteras för denne vid en sökning torde vara både omfattande och svåröverskådliga med hänvisningar till diverse klasser och referenser, som i princip är omöjliga att förstå utan att vara någorlunda bevandrad inom rättsområdet. Därför är registret i sin nuvarande form inte något som tillgodoser ett konsumentintresse. I enlighet med detta är det rimligt att inte heller registreringsprocessen bör begränsas av konsumenters eventuella intresse i det.

PRV:s yttrande, att det är den genomsnittlige användaren av registret som avses, förefaller mer relevant än konsumenten. Likväl kan domstolens val att inte precisera detta kunna tolkas till att de syftat till att utöka användningen av registret. Tidigare diskuterades möjligheten i att EU-domstolen valt att behålla en flytande innebörd gällande vem registret riktar sig mot, i syfte att inte marginalisera mindre ekonomiska aktörer. Även det faktum att skälen istället nämner de ekonomiska aktörernas intresse i registret talar för att de ekonomiska aktörerna är de som främst avses. Mot bakgrund av detta kan det återigen argumenteras för att begreppet allmänheten likafullt syftar till ekonomiska aktörer men i bredare bemärkelse. Kravet på viss begriplighet kan därmed anses vara ställt i syfte att tillgodose mindre ekonomiska aktörers begränsade förutsättningar. Denna argumentationslinje förefaller även efter förändringen som ett tänkbart sätt att tolka denna lösa formulering och sätter således en något högre tröskel för registrets utförande än om konsumenter avsågs.

6.3 Begripligheten av återgivningen
Ansträngningen som krävs för att begripa en återgivning är, som nämnt, nära kopplad till vad som tolkas in ibegreppet allmänheten. Det har i Shield Mark betonats att en återgivning inte behöver vara direkt begriplig men emellertid utan svårighet ska kunna begripas. Genom EUIPO:s senaste riktlinjer består vidare kunskapskraven och den medföljande ansträngningen

387 Se ovan avsnitt 4.3.
388 Se ovan avsnitt 4.9.
389 Se ovan avsnitt 5.2.
390 Detta har även diskuterats ovan i avsnitt 4.9.
391 Se ovan avsnitt 4.8.1 och 4.3.
i att tolka notsystem, vilket därmed torde kunna relateras till i syfte skapa en viss uppfattning över var gränsen för "utan svårighet" numera ligger. Även resonemangen i att varken kemiska formler eller kromatogram ansetts tillräckligt begripliga kan beaktas i syfte att utröna var denna nivå förväntas ligga. Emellertid medför bristande praxis att detta ännu förefaller oklart. Med hänsyn till ovananförda resonemang om hur ljudmärken "tvingade" sig igenom spärren av grafisk återgivning, kan man ställa sig frågande till om begriplighetströskeln även kommit att påverkas av andra faktorer än de egentligt relaterade till begriplighet. En grafisk återgivning genom ett sonogram har exempelvis tidigare ansetts vara tillräckligt klar, tydlig och begriplig men likväl ombads ljudfiler bifogas i syfte att komplettera ansökan. Detta har diskuterats ovan och det kan ifrågasättas hur precis och begriplig återgivningen egentligen har varit då behov för komplettering uttryckts, samtidigt som sonogramansökningar nu till följd av ljudfilerna inte längre accepteras. Acceptansen av en tillsynes bristfällig återgivning kan därmed stärka tesen att det kan finnas utsikter för en annan påverkan av kriteriet begriplighet. I enlighet med detta kan det argumenteras för att om ett tillräckligt stort intresse från näringsidkarna att registrera sensoriska märken uppknoppar sig kan det medföra att dessa, likt ljudmärken, släpps in i registret.

Beroende på hur EUPO och EU-domstolen resonerar kring vad som omfattas av begreppet allmänheten kan det eventuella godkännandet av diverse tekniska lösningar variera mycket i tiden. Alternativa återgivningsmetoder har redogjorts för ovan men när dessa anses tillräckligt tillgängliga återstår att se. I enlighet med vad Friedmann uttrycker är det möjligt att de olika medlemsstaternas nationella bedömningar av myndigheter och domstolar kan komma att påverka EUPO och acceptansen av alternativa återgivningssätt därigenom kan drivas fram. 

Slutligen kan även en potentiell lösning uttryckas för att påskynda teknikproblematiken och tillgodose begripligheten för allmänheten. Denna lösning skulle kunna vara att de nationella varumärkesmyndigheterna sörjde för tillhandahållandet av den tekniska utrustningen, vilket exempelvis skulle kunna omfatta anordningar för återgivningen av doftfiler. De intresserade aktörerna, oavsett om näringsidkare eller konsumenter, skulle därigenom besika möjligheten att få tillgång till registret och ansökningsförfarandet genom att fysiskt besöka myndigheten.

---

392 Se ovan avsnitt 5.1.
393 Se ovan avsnitt 4.9.
394 Se ovan avsnitt 4.8.2.
395 Se ovan avsnitt 4.9 och 5.1.
396 Se ovan avsnitt 5.3.
Vidare skulle även möjligheten att på egen hand återge det syftade märket genom samma vedertagna tekniska anordning finnas. Emellertid kan denna lösning innefatta en viss ansträngning och en avstånds- och reseproblematik, där bland annat en granskning eller ansökan företagen utanför EU kan vara svårare.\textsuperscript{397} Likväl är olika förutsättningar för varumärkesgranskning och ansökningar något som alltjämt kommer att finnas på grund av flera faktorer och detta förfarande kan utgöra en potentiell metod för att snabbare möjliggöra sensoriska märken inom EU.

6.4 Okonventionella varumärkestypers effekt på registret

Till följd av borttagandet av kravet på grafisk återgivning kommer diverse okonventionella varumärken så småningom ta plats i registret.\textsuperscript{398} Mot bakgrund av de angelägenheter som bland annat PRV och ECTA påpekade kan förefintlig att ett stort antal nya format påverka begripligheten av systemet.\textsuperscript{399} Möjligheten att återge märken i dess grundform bidrar till många fördelar och existensen av olika typer märken har emellertid funnits tidigare, men överskådligheten av registret i dess helhet lär påverkas såvitt alternativa märken börjar förekomma mer frekvent. En sökning i registret med enbart ord blir därmed problematisk och kan komma att medföra en ytterligare arbetsbörd för myndigheten att tagga eller kategorisera varumärkena i de nuvarande Locarno-, Wien- eller Niceklassificeringarna. För att nya typer märken ska kunna kategoriseras begripligt är det även troligt att ett mer omfattande klassificeringssystem behöver introduceras. Denna taggning kan, tydliga riktlinjer till trots, även komma att påverkas av en viss subjektivitet i bedömningen av myndigheten och aktualisera vidare en annan problematik i hur olika typer av varumärken kan komma att kollidera. För att illustrera detta kan exempelvis ett ljudmärke som uttalar ordet ”vattenfall” användas. Bör detta märke också taggas för något som ”waterfall” och hur förhåller sig detta gentemot ett multimediamärke i samma varuklass där något liknande uttryckts eller har ett vattenfall? De olika märkestypernas potentiella kollision kan då leda till att en grundläggande granskningsprocess, en viktig inkomst för advokatbyråer, kan bli mer omfattande och svår att utföra till följd av de varierande märkena. Vidare kan även nya riktlinjer behöva ställas beträffande okonventionella märkens relation till exempelvis allmän moral och liknande.\textsuperscript{400} Det är givet att ljudmärken kan utgöra något stötande men om detta även kan förekomma genom lukter är en annan fråga. Dessa frågor relaterar dock

\textsuperscript{397} Likväl kan betonas att EU ej låter någon utanför EES vara ombud för ett EU-varumärke.
\textsuperscript{398} Se ovan avsnitt 5.1.
\textsuperscript{399} Se ovan avsnitt 5.
\textsuperscript{400} Se ovan avsnitt 2.1.3.
främst till det praktiska förfarandet vid registreringen och granskningen av registret varför de inte behandlas närmare, men är likafullt något som torde påverka begripligheten av EU:s varumärkesregister.

6.5 Sieckmann-kriteriernas relevans beträffande sensoriska märken


Tidigare i analysen har en diskussion förts beträffande tillgängligheten och begripligheten av registret samt hur detta kan komma att variera beroende på vem som vänder sig till registret. Kriterierna tydlig och fullständig i sig själv kan även tolkas korrespondera direkt till denna fråga eftersom de berör faktorer relaterade till ansträngningen och begripligheten av återgivningen. Det bör accentueras att kravet på att återgivningen, utan alltför omfattande ansträngning, ska kunna förstås av de som vänder sig till registret är av fundamental relevans. I enlighet med detta fyller kriterierna lättillgänglig, tydlig och fullständig i sig själv, oavsett registrets utformning, ännu centrala funktioner för ett välfungerande varumärkessystem och bör tillämpas med stringens beträffande samtliga märkestyper.

Kriterierna klar och precis är likt de ovannämnda kriterierna nära kopplade till begripligheten av EU:s varumärkesregister, även om de kan anses mer kopplade till själva märkets begriplighet än registrets. En återgivning behöver vara klar och precis för att myndigheterna och de som vänder sig till registret ska kunna identifiera märket med en exakthet och därmed utgå ifrån att återgivningen utgör en exakt skildring av märket. I likhet med de andra kraven uppfyller dessa klarligen en betydelsefull roll för ett funktionerande varumärkessystem och bör även dessa tillmätas fortsatt relevans oberoende av märkestyp.

I fråga om kriteriet beständig bör inte minst ovananförda resonemang beträffande doft-, smak- och känselmärkenes påverkan av externa faktorer belysas. Även om ett registerat sensoriskt märke är beständigt i tiden kommer märket, vilket i verkligheten kommunicerar till konsumenten, inte kunna garantiera samma beständighet. Därmed kan man ifrågasätta hur stor tonvikt som bör läggas på detta kriterium. Med det sagt är en beständighet av märken av vikt för registret och även en nödvändighet för att uttrycka det faktiskt åsyftade märket, dock består det

---

401 Se ovan avsnitt 3.3, 4.9, 6.1.1, 6.1.2 och 6.1.3.
faktum att det i verkligheten sällan kommer uttryckas identiskt eller förmedla samma information. Även detta kan i synnerhet anses ha relevans med hänsyn till doftmärken där temperaturen, koncentrationen eller åldern av lukten i stort påverkar. Detta belyser tillsynes en problematik som kan anses gå utöver själva återgivningen, men likväl bör den söka lindras. En potentiell utväg för att begränsa denna diskrepans skulle emellertid kunna bestå av att samtliga märken som påverkas mycket av utomstående faktorer skulle behöva inkomma med ett antal olika återgivningar som speglar märket i olika sammanhang. Exempelvis beträffande dofter skulle detta kunna omfatta en återgivning av doften i olika temperaturer, koncentrationer eller åldrar. Sammanfattningsvis kan konstateras att återgivningens beständighet i tid är viktig samtidigt som den likväl kan te sig svår att rättfärdiga i relation till den flyktiga beskaffenheten av vissa sensoriska märken. Till följd därav torde ett visst klarläggande av den diskrepans som kan uppstå behövas.

Avslutningsvis kan samtliga kriterier framförda i Sieckmann och sedermera nu i skälen till den nya förordningen anses fylla en viss funktion. Emellertid kan det med hänsyn till det ovan anförda behöva diskuteras hur vissa av dessa kriterier kan utvecklas eller anpassas i relation till just sensoriska märken och dess särpräglade egenskaper.

### 6.6 Avslutande Kommentarer

Denna framställning har utrett kravet på grafisk återgivning och vidare ämnat uppskatta rättsläget när kravet numera är slopat. Det har under uppsatsens gång tydligt framgått att frågan om rättssäkerheten i registret har varit central i fråga om att släppa in nya märken. Till följd därav har analysen i stora delar behandlat begripligheten och tillgängligheten av registret. Uppsatsen har även klargjort de sensoriska märkenas funktioner, syften och möjligheter att kommunicera till konsumenter. Det har framgått att samtliga sinnesupplevelser har en, om än varierande, förmåga att påverka konsumenter och utgör intressanta alternativa tillvägagångssätt för näringsidkare.402

EU:s varumärkessystem fick genom introduktionen av Sieckmann-kriterierna distinkta verktyg för att hantera förekomsten av okonventionella varumärken. Kodifieringen av dessa medför att kriteriernas ställning ännu är central inom EU:s varumärkessystem. Även om EU:s förhåll-

---

402 Förutom måhända smaksinnet, som troligen påverkas för mycket av de andra sinnena. Likväl uppskattar konsumenter uppenbarligen när något smakar ”gott”. Dock är det svårt att finna sammanhang där detta kan tillmätas relevans utöver livsmedels- och läkemedelsindustrin.
ningssätt kan uppfattas som väldigt strikt i jämförelse med exempelvis USA:s inställning till okonventionella varumärken, bör det betonas att bedömningen till följd av dessa kriterier ofta varit tydlig och stringent. Därutöver kan tillvägagångssättet anses ha varit rättfärdigat i syfte att upprätthålla ett väl funktionerande och rättssäkert varumärkessystem. Det är möjligt att systemet tidigare inte har varit redo för en förändring – även om återgivningar av bland annat multimedia- och ljudmärken länge framstått som allmänt tillgängliga är det tydligt att andra faktorer spelar in vid en omfattande omstrukturering. Likväl är kravet på grafisk återgivning nu slopat och det återstår att se hur EUIPO och EU-domstolen hanterar framtida ansökningar i alternativa återgivningsformat.

7. Källförteckning

7.1 Lagtext

EU-förordningar

Rådets förordning [EG] nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken [cit. EU-förordning 40/94].

Kommissionens förordning (EG) nr 2868/95 av den 13 december 1995 om genomförande av rådets förordning (EG) nr 40/94 om gemenskapsmärke [cit. EU-förordning 2868/95].

Kommissionens förordning (EC) nr 1041/2005 av den 29 juni 2005 om ändring av förordning (EG) nr 2868/95 om genomförande av rådets förordning (EG) nr 40/94 om gemenskapsvarumärken.


Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2015/2424 om ändring av rådets förordning (EG) nr 207/2009 om gemenskapsvarumärken och av kommissionens förordning (EG) nr 2868/95 om genomförande av rådets förordning (EG) nr 40/94 om gemenskapsvarumärke samt om upphävande av kommissionens förordning (EG) nr 2869/95 om de avgifter som skall betalas till Byrå för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) [cit. Ändringsförordning 2015/2424].


Övrigt


Memorandum on the Creation of an EEC Trade Mark. Antagen av kommissionen den 6 juli 1976 [cit. MCETC].
Varumärkeslagen [2010:1877].

7.2 Offentligt tryck

Lagförslag och propositioner

Europeiska Kommissionen, Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om ändring av rådets förordning (EG) nr 207/2009 om gemenskapsvarumärken [cit. Förslag till ändring av EU-förordning 207/2009].

Regeringens proposition 2009/10:225, Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen.

Myndighetsyttranden och riktlinjer

Bolagsverket, Yttrande över EU-kommissionens förslag till ändringar i EU:s varumärkessystem, 2013-04-30 (diarienummer AD 578/2013) [cit. Bolagsverkets yttrande].

Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet, Guidelines for Examination of European Union Trade Marks, Part B – Examination, Section 2, Formalities, 2017-10-01 [cit. EUIPO riktlinjer 2017, formaliteter].

Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet, Guidelines for Examination of European Union Trade Marks, Part B – Examination, Section 4, Absolute Grounds for Refusal, Chapter 2, EUTM Definition, 2017-10-01 [cit. EUIPO riktlinjer 2017, EUTM definition].

Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet, Riktlinjer för granskning av gemenskapsvarumärken vid Kontoret för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken och mönster), Del B – Prövning, Avsnitt 4, Absoluta registreringshinder, 2014-01-02 [cit. EUIPO riktlinjer 2014].

Patent- och registreringsverket, yttrande, EU-kommissionens förslag till ändringar i EU:s varumärkessystem, 2013-05-08 (diarienummer AD-411-2013/760) [cit. PRV yttrande].

7.3 Rättsfallsregister

EU-domstolen

Mål C-16/74 Centrafarm BV och Adrian de Peijper mot Winthrop BV. Domstolens dom den 31 oktober 1974 (ECLI:EU:C:1974:115)


Mål C-283/01 Shield Mark BV mot Joost Kist h.o.d.n. Memex. Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 27 november 2003 (ECLI:EU:C:2003:641) [cit. Shield Mark].


Mål C-321/03 Dyson mot Registrar of Trade Marks. Domstolen dom (tredje avdelningen) den 25 januari 2007 (ECLI:EU:C:2007:51) [cit. Dyson].


**Förslag till avgörande**


**Tribunalen**


**Överklagandenämnden (EUIPO)**


**Sverige**


**Övrigt**

Andinska gemenskapsdomstolens förhandsavgörande nr. 242-IP-201.


### 7.4 Ansökningar och varumärken

**EUIPO**

Europeiska unionens immaterialrättssmyndighet, ansökn. nr. 003132404, 2003-04-14 ("the taste of oranges").

Europeiska unionens immaterialrättssmyndighet, ansökn. nr. 009410622, 2010-09-29 ("the soft touch texture of the outer surface of a plastic bottle").

**PRV**


**USPTO**


Övrigt

Benelux-Bureau voor de Intelectuele Eigendom, reg. nr. 0625971. Registrerat den 9 mars 1997 ("de smaak van DROP").


7.5 Litteratur

Böcker


*Tidskrifter / Artiklar*

**EIPR**


**NIR**


Övriga tidskrifter och artiklar


7.6 Internet


Breese, Pierre, Propriété intellectuelle des créations sensorielles: l’apport de la science pour défendre les droits du créateur, 2006-01-06,

Den Elektroniska Näsan, SVT Nyheter, 2010-11-05,

Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet, Current trade mark practice, 2017-11-22,

Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet, eSearch plus – The EUIPO’s database access.


Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet, Trade mark definition, 2017-09-22,

Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet, What can be an EU trade mark, 2017-09-22,


7.7 Övrigt


