



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
föredraget den 22 november 2018¹

Mål C-578/17

Oy Hartwall Ab
Ytterligare deltagare i målet:
Patent- och registerstyrelsen

(begäran om förhandsavgörande från Högsta förvaltningsdomstolen, Finland)

”Begäran om förhandsavgörande – Varumärken – Direktiv 2008/95/EG – Artikel 2 – Artikel 3.1 b och 3.3 – Registreringshinder eller ogiltighetsgrunder – Särskiljningsförmåga – Särskiljningsförmåga som förvärvats till följd av användning – Ursprunglig särskiljningsförmåga – Grafisk återgivning – Färgmärke eller figurmärke – Färgmärke som presenterats som ett figurmärke – Villkor för registrering – Varumärkeskategorier – Varumärkestyper – Motsärlidigheter i registreringsansökan”

I. Inledning

1. Genom denna begäran om förhandsavgörande har Högsta förvaltningsdomstolen (Finland) ställt flera tolkningsfrågor till domstolen om tolkningen av kravet på grafisk återgivning i artikel 2 och kravet på särskiljningsförmåga i artiklarna 2, 3.1 b och 3.3 i direktiv 2008/95/EG.²

2. Begäran om förhandsavgörande har sitt ursprung i en tvist mellan bolaget Oy Hartwall Ab (nedan kallat Hartwall) och Patent- och registerstyrelsen (Finland). Myndigheten avlog en ansökan om registrering av ett varumärke som lämnats in av Oy Hartwall. Skälet till avslaget var att det sökta varumärket inte hade den särskiljningsförmåga som krävs av ett färgmärke. I ansökan återgavs färgmärket grafiskt i form av en figur.

3. Frågan i det nu aktuella målet är hur kravet på grafisk återgivning och kravet på särskiljningsförmåga i direktiv 2008/95 ska tolkas när det gäller en eventuell registrering av ett färgmärke. Den hänskjutande domstolen har ställt sina frågor för att få klarhet i om artiklarna 2 och 3 i direktivet utgör hinder för registrering av ett färgmärke som i registreringsansökan har återgetts grafiskt i form av en figur.

¹ Originalspråk: danska.

² Europaparlamentets och rådets direktiv av den 22 oktober 2008 om tillnärmning av medlemsstaternas varumärkeslagar (EUT L 299, 2008, s. 25) (nedan kallat direktiv 2008/95).

4. I detta förslag till avgörande redogör jag för varför jag anser dels att artikel 2 och artikel 3.1 b och 3.3 i detta direktiv bör tolkas så, att frågan huruvida en registreringsansökan avser ett varumärke i egenskap av figurmärke eller färgmärke är relevant för tolkningen av kravet på särskiljningsförmåga, dels att artikel 2 utgör hinder för att ett varumärke registreras när det, som i det nu aktuella fallet, har återgetts grafiskt i form av en figur samtidigt som sökanden har sökt varumärket registrerat som ett färgmärke.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Direktiv 2008/95³

5. Artikel 2, som har rubriken ”Tecken som kan utgöra ett varumärke”, har följande lydelse:

”Ett [EU-varumärke] kan utgöras av alla tecken som kan återges grafiskt, särskilt ord, inbegripet personnamn, figurer, bokstäver, siffror, formen på en vara eller dess förpackning, förutsatt att tecknet i fråga kan särskilja ett företags varor eller tjänster från andra företags.”

6. I artikel 3.1 b och 3.3, som rör registreringshinder och ogiltighetsgrunder, anges följande:

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

...

b) Varumärken som saknar särskiljningsförmåga.

...

3. Ett varumärke ska inte vägras registrering eller ogiltigförklaras med stöd av punkt 1 b, c eller d, om det före tidpunkten för registreringsansökan och som en följd av det bruk som har gjorts av det har förvärvat särskiljningsförmåga. En medlemsstat får dessutom besluta att denna bestämmelse ska gälla även då särskiljningsförmågan har förvärvats efter tidpunkten för registreringsansökan eller tidpunkten för registreringen.”

B. Finländsk rätt

7. Direktiv 2008/95 införlivades med finländsk rätt genom lag nr 7/1964 av den 10 januari 1964 om varumärken, senast ändrad, vad beträffar den version som är tillämplig i det nu aktuella målet, genom lag nr 56/2000.

8. Enligt 1 § 2 mom. i varumärkeslagen (senast ändrad, vad beträffar den version som är tillämplig i det nu aktuella fallet, genom lag 39/1993) kan ett varumärke bestå av vilket tecken som helst som kan återges grafiskt och som kan särskilja varor som tillhandahålls i näringsverksamhet från varandra. I denna bestämmelse anges vidare att ett varumärke i synnerhet kan bestå av ord, inbegripet personnamn, figurer, bokstäver, siffror eller formen på en vara eller dess förpackning.

³ Direktiv 2008/95 har upphävt och ersatt rådets direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmning av medlemsstaternas varumärkeslagar (EGT L 40, 1989, s. 1). Artikel 2 och artikel 3 i direktiv 2008/95, som ska tolkas i det nu aktuella målet, är identiska med artikel 2 och artikel 3 i direktiv 89/104. Rättspraxis avseende direktiv 89/104 är således även relevant i det nu aktuella fallet. Direktiv 2008/95/EG har ersatts av ett nytt varumärkesdirektiv, Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/2436 av den 16 december 2015 för tillnärmning av medlemsstaternas varumärkeslagstiftning (EUT L 336, 2015, s. 1). Detta direktiv ska vara genomfört senast den 14 januari 2019.

9. Ett varumärke som söks registrerat ska enligt 13 § i varumärkeslagen (senast ändrad, vad beträffar den version som är tillämplig i det nu aktuella målet, genom lag 56/2000) vara ägnat att särskilja innehavarens varor från andras. Ett märke som uteslutande eller med endast mindre ändring eller tillägg anger varans art, beskaffenhet, mängd, användning, pris eller ursprungsort eller tiden för dess framställande ska inte i och för sig anses ha särskiljningsförmåga. Vid bedömning av om ett märke har särskiljningsförmåga ska hänsyn tas till alla faktiska omständigheter och särskilt till den tid och omfattning som märket har varit i bruk.

III. Målet vid den nationella domstolen, tolkningsfrågorna och förfarandet vid domstolen

10. Bolaget Oy Hartwall ansökte den 20 september 2012 om registrering av nedan återgivet kännetecken vid Patent- och registreringsstyrelsen. Enligt den grafiska återgivningen av tecknet består det av ett blått band med en smal grå kant. Registrering av tecknet söktes i egenskap av färgmärke för varor i klass 32, mineralvatten. Oy Hartwall angav följande om färgen: tecknets färger är blå (PMS 2748, PMS CYAN) och grå (PMS 877).



11. I samband med ansökan lade Oy Hartwall för Patent- och registerstyrelsen fram en marknadsundersökning, i vilken det varumärke som ansökan avsåg hade beskrivits för deltagarna. Bolaget lade även fram en handling i vilken två av bolagets anställda intygade att varumärket användes som kännetecken för bolagets produkter.

12. Efter en förfrågan från Patent- och registerstyrelsen klargjorde Oy Hartwall att bolaget ansökte om registrering av varumärket som färgmärke och inte som figurmärke.

13. Genom beslut av den 5 juni 2013 avslog Patent- och registerstyrelsen ansökan på den grunden att det varumärke som avsågs med ansökan saknade särskiljningsförmåga. I beslutets motivering angavs bland annat att en registrering av en ensamrätt för bestämda färger enligt Patent- och registerstyrelsens praxis inte kan medges om det inte finns starka bevis för att färgerna i fråga har förvärvat särskiljningsförmåga till följd av varaktig och omfattande användning i samband med de varor som avses med ansökan.

14. I Patent- och registerstyrelsens beslut anges att en marknadsundersökning visar att figurmärket är bekant men inte färgerna i sig. Enligt beslutet har bolaget inte visat att den färgkombination som ansökan gäller har använts så länge och i sådan omfattning som kännetecken för de varor som bolaget erbjuder, att den genom denna användning förvärvat särskiljningsförmåga i Finland vid den tidpunkt då ansökan lämnades in.

15. Oy Hartwall överklagade beslutet till Marknadsdomstolen (Finland) som ogillade överklagandet.

16. Marknadsdomstolen angav i domskälen att Oy Hartwall hade ansökt om registrering av en färgkombination. Marknadsdomstolen ansåg att den grafiska återgivningen i ansökan inte innehöll någon systematisk sammansättning i vilken de aktuella färgerna sammanfogats på ett i förväg fastställt och beständigt sätt. Enligt Marknadsdomstolen uppfyllde det färgmärke som avsågs med ansökan därmed inte de krav på grafisk återgivning som uppställs i 1 § 2 mom. i varumärkeslag nr 39/1993 för registrering av ett varumärke.

17. Oy Hartwall överklagade Marknadsdomstolens avgörande till Högsta förvaltningsdomstolen (Finland), den hänskjutande domstolen.

18. Den hänskjutande domstolen ska nu avgöra om Oy Hartwalls varumärke ska registreras som ett färgmärke. Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i vilken betydelse som ska fästas vid beteckningen färgmärke, som anges i ansökan, när det gäller frågan om en möjlig registrering av varumärket.

19. Högsta förvaltningsdomstolen (Finland) vilandeförklarade målet genom beslut av den 28 september 2017 och hänsköt följande tolkningsfrågor till EU-domstolen:

- ”1) Ska, vid tolkningen av villkoret om särskiljningsförmåga i artiklarna 2 och 3.1.b i Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/95/EG av den 22 oktober 2008 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar, avseende fästas vid huruvida registrering av ett varumärke söks för varumärket som figurmärke eller färgmärke?
- 2) Om klassificeringen av ett varumärke som färgmärke eller figurmärke har betydelse för bedömningen av dess särskiljningsförmåga, kan varumärket, trots att det framställts som en bild i enlighet med varumärkesansökan, registreras som ett färgmärke eller kan det bara registreras som ett figurmärke?
- 3) Om det är möjligt att ett varumärke som i varumärkesansökningen framställts som en bild registreras som färgmärke, förutsätter registreringen av ett sådant varumärke som färgmärke, som i ansökningen framställts grafiskt med den exakthet som EU-domstolens rättspraxis kräver (det vill säga när det inte är fråga om registrering av färger som sådana, i abstrakt, formlös eller gränslös form) dessutom att starka bevis av den typ som Patent- och registerstyrelsen förutsätter eller över huvud taget att bevis på användning framläggs?”

20. Skriftliga yttranden har inkommit från Oy Hartwall, den finländska regeringen och Europeiska kommissionen. Den finländska regeringen och kommissionen deltog vid förhandlingen den 6 september 2018.

IV. Bedömning

A. Inledande synpunkter

21. Under förhandlingen uppkom frågan om domstolens behörighet i saken. Jag ska mot den bakgrunden kort påpeka att domstolen är behörig att besvara de hänskjutna frågorna. Som mitt svar på de hänskjutna frågorna kommer att visa, avser målet inte tolkningen av finländsk rätt, utan tolkningen av artiklarna 2 och 3 i direktiv 2008/95. Det kan helt säkert härledas ur skäl 6 i direktivet att medlemsstaterna behåller sin frihet att fastställa förfarandebestämmelser för registrering av varumärken. Såsom Finlands regering påpekade under förhandlingen, ska medlemsstaternas förfarandebestämmelser emellertid fastställas och förvaltas på sådant sätt att de krav på registrering av varumärke, som harmoniseras genom direktivet, säkerställs. De nationella myndigheterna ska med andra ord bland annat se till att direktivets krav säkerställs, bland annat kraven i artiklarna 2 och 3 i direktivet att alla varumärken ska kunna återges grafiskt och ha särskiljningsförmåga för att kunna registreras.

B. Prövning av tolkningsfrågorna

1. Betydelsen av att det ansökts om registrering som figurmärke eller som färgmärke med avseende på tolkningen av villkoret om särskiljningsförmåga i artiklarna 2, 3.1 b och 3.3 i direktiv 2008/95 (den första frågan).

22. Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida det är avgörande för tolkningen av villkoret i artiklarna 2, 3.1 b och 3.3 i direktiv 2008/95 att ett varumärke ska ha särskiljningsförmåga om registreringsansökan avser varumärket som figurmärke eller som färgmärke.⁴

23. Jag noterar inledningsvis att den finländska regeringen vid förhandlingen angav att de finländska myndigheterna enbart har rätt att uttala sig i frågan om det varumärke som ansökan avser kan registreras som färgmärke. Enligt vad som angavs är skälet till detta att de finländska myndigheterna enligt finländsk rätt inte har befogenhet att ändra det val av varumärkestyp som gjorts i registreringsansökan. Oy Hartwall hade ansökt om registrering av ett färgmärke,⁵ och därför hade de finländska myndigheterna inte befogenhet att pröva om varumärket i stället – eller dessutom – skulle kunna registreras som ett figurmärke.⁶

24. Följaktligen betraktar jag det varumärke som avses med ansökan som ett färgmärke i resonemanget nedan. Jag berör alltså inte frågan huruvida Oy Hartwall i realiteten möjligen ville registrera ett figurmärke.⁷

25. För att bedöma den första frågan är det, som kommissionen har anfört, nödvändigt att ställa två frågor: För det första om det har betydelse för bestämningen av föremålet för det kännetecken som söks skyddat genom registreringen om registreringsansökan avser varumärket som figurmärke eller som färgmärke (a) och för det andra vilken betydelse det har för prövningen av om varumärket har särskiljningsförmåga om registreringsansökan avser varumärket som figurmärke eller som färgmärke (b).

a) Betydelsen av om det ansökts om registrering av ett varumärke som figurmärke eller som färgmärke med avseende på föremålet för varumärkesskyddet

26. För att besvara denna fråga är det nödvändigt att ange föremålet för ett färgmärke och ett figurmärke och särskilt vad skillnaden mellan de två varumärkesslagen består i.

27. I det avseendet bygger för det första direktiv 2008/95 på den tydliga förutsättningen att det finns flera slag av varumärken.

4 Den hänskjutande domstolen har vid formuleringen av frågan enbart angett kravet på särskiljningsförmåga enligt artikel 2 och artikel 3.1 b i direktivet, det vill säga en ursprunglig särskiljningsförmåga. Jag tar även med artikel 3.3 i mitt svar, i och med att den särskiljningsförmåga som förvärvats till följd av användning (artikel 3.3 i direktivet) också berörs av tvisten i det nationella mål som ligger till grund för tolkningsfrågan, eftersom Oy Hartwall har gjort gällande att det varumärke för vilket registrering söks har både en ursprunglig särskiljningsförmåga och en särskiljningsförmåga som förvärvats genom användning.

5 Se punkterna 10 och 12 i detta förslag till avgörande.

6 Dessutom framgår det enbart av beslutet om hänskjutande att den hänskjutande domstolen i det nu aktuella fallet ska avgöra om det varumärke för vilket registrering söks och "som återgetts i form av en färgteckning ska registreras som färgmärke".

7 Det skulle kunna härledas ur den omständigheten att det framgår av beslutet om hänskjutande att Oy Hartwall – även om registrering söks för varumärket som färgmärke – har gjort gällande dels att bolaget inte enbart sökt skydd "för färgerna blå och grå i alla tänkbara former", dels att "varumärkesskydd endast söks för den grafiska återgivning som framgår av registreringsansökan, inte för en oändlig variation av de ingående färgerna".

28. Enligt artikel 2 i det direktivet, som har rubriken ”Tecken som kan utgöra ett varumärke”, kan ett varumärke utgöras av alla tecken som kan återges grafiskt, förutsatt att tecknen i fråga kan särskilja ett företags varor eller tjänster från andra företags. I bestämmelsen anges exemplen ”ord, inbegripet personnamn, figurer, bokstäver, siffror, formen på en vara eller dess förpackning”⁸. Även om artikel 2 inte innehåller en egentlig kategorisering av olika varumärkestyper är de tecken som anges ett uttryck för att varumärken kan anta olika former.

29. Jag konstaterar att både figurmärken och färgmärken kan utgöra varumärken i den mening som avses i artikel 2. Figurmärken motsvarar i realiteten exemplet figurmärken som anges i förteckningen i artikel 2,⁹ men domstolen har i två vägledande domar om färgmärken, Libertel-domen¹⁰ och Heidelberger Bauchemie-domen¹¹ slagit fast att färgmärken kan utgöra varumärken i den mening som avses i artikel 2 i det direktivet.¹²

30. Detta för mig vidare till den centrala frågan, nämligen vad som avses med färgmärke och figurmärke samt vad skillnaden mellan de två slagen av varumärke består i.

31. Ett färgmärke är ett kännetecken som består av en färg eller en kombination av färger i sig utan former eller konturer.¹³

32. Det speciella vid registrering av ett färgmärke är att det är färgen eller kombinationen av färger i sig som skyddas. Som exempel på färgmärke kan jag hänvisa till domen i målet Louboutin och Christian Louboutin som domstolens stora avdelning nyligen meddelade.¹⁴ Målet avsåg ett Benelux-varumärke som utgörs av en röd färg som anbringas på sulan till en högklackad sko. Skons kontur utgjorde inte en del av det registrerade varumärket.¹⁵ I domen bekräftade domstolen att den omständigheten att en färg anbringas på en vara inte innebär att utformningen blir en del av varumärket.¹⁶ Med andra ord var sulan inte en del av varumärket, även om den registrerade färgen fick en begränsning i rummet när den anbringades på sulan till en högklackad sko.

8 Att de angivna kännetecknen i artikel 2 bara är exempel och inte är en uttömmande förteckning, stöds utöver lydelsen i artikel 2 av skäl 8 i direktivet, där det anges att ”[f]ör att uppnå det mål som tillnärmningen av de rättsliga bestämmelserna syftar till krävs att villkoren för erhållande och vidmakthållande av ett registrerat varumärke är i princip identiska i de olika medlemsstaterna” och att ”[d]et är därför nödvändigt att upprätta en lista med exempel på tecken som kan utgöra varumärken, under förutsättning att sådana tecken kan särskilja ett företags varor eller tjänster från ett annat företags”. Artikel 2 i direktivet innehåller den förteckning med exempel som anges i skäl 8.

9 Jag noterar att färg uttryckligen är nämnt som ett exempel på varumärke i artikel 3 i det nya varumärkesdirektivet 2015/2436.

10 Dom av den 6 maj 2003, Libertel (C-104/01, EU:C:2003:244).

11 Dom av den 24 juni 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384).

12 Domstolen slog i de målen fast att ett färgmärke med beaktande av detta ska uppfylla tre villkor. För det första ska det utgöra ett kännetecken. Domstolen angav i det sammanhanget att färger normalt används inom handeln, eftersom de är vackra eller dekorativa utan att ha någon särskild innebörd, men att det inte kan uteslutas att färger eller kombinationer av färger kan utgöra kännetecken tillsammans med en vara eller ett tillhandahållande av tjänst, se dom av den 6 maj 2003, Libertel (C-104/01, EU:C:2003:244, punkt 27), och av den 24 juni 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384, punkt 23). För det andra ska kännetecknet kunna återges grafiskt och för det tredje ska kännetecknet kunna särskilja ett företags varor eller tjänster från andra företags, se dom av den 6 maj 2003, Libertel (C-104/01, EU:C:2003:244, punkt 23), och av den 24 juni 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384, punkt 22) Vad beträffar tillämpningen av de två sistnämnda villkoren hänvisar jag till svaret på tolkningsfrågorna, som avser just dessa villkor.

13 Se till exempel punkterna 14 och 21 i dom av den 6 maj 2003, Libertel (C-104/01, EU:C:2003:244), där ett färgmärke behandlas som en färg i sig utan begränsning i rummet, och punkt 15 i dom av den 24 juni 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), där abstrakta färger eller färgkombinationer utan kontur behandlas. Samma definition används för övrigt vid registrering av EU-varumärken, se kommissionens genomförandeförordning (EU) 2018/626 av den 5 mars 2018 om fastställande av tillämpningsföreskrifter för vissa bestämmelser i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2017/1001 om EU-varumärken och om upphävande av genomförandeförordning (EU) 2017/1431 (C/2018/1225). Förordningen ska tillämpas på registrering av EU-varumärken från den 14 maj 2018, se artikel 39.2 i förordningen. I artikel 3.3 f i förordningen anges att ett färgmärke är ett varumärke som består av endast en färg utan konturer eller en kombination av färger utan konturer.

14 Dom av den 12 juni 2018, Louboutin och Christian Louboutin (C-163/16, EU:C:2018:423).

15 Dom av den 12 juni 2018, Louboutin och Christian Louboutin (C-163/16, EU:C:2018:423, punkterna 7–10).

16 Dom av den 12 juni 2018, Louboutin och Christian Louboutin (C-163/16, EU:C:2018:423, punkt 24).

33. Som domstolen angav i domen i målet *Libertel* får ett varumärke ganska omfattande skydd genom en registrering. Att generellt ett begränsat antal färger är tillgängliga innebär därför att ett litet antal varumärkesregistreringar för varor och tjänster kan medföra att hela det tillgängliga färgspektrumet skulle uttömmas.¹⁷

34. Figurmärken består däremot av ett figurelement. Vid registrering av figurmärken är det figurelementet, såsom det framgår av den grafiska återgivningen av märket, som skyddas. Om figurmärket är i färg, är det figurmärket, såsom det återges i de angivna färgerna, som skyddas genom registreringen.¹⁸

35. Såsom framgår ovan, är de två varumärkeskategorierna således olika, genom att ett färgmärke medför skydd för rätten att använda en viss färg eller kombination av färger i sig, det vill säga utan konturer, medan ett figurmärke medför skydd för rätten att använda figurmärket, just så som det framgår av den grafiska återgivningen med konturer och eventuella färger.

b) Betydelsen av om det ansökts om registrering av ett varumärke som figurmärke eller som färgmärke med avseende på bedömningen av särskiljningsförmågan

36. Därefter uppkommer frågan om det har betydelse för prövningen av kravet på särskiljningsförmåga om den som ansöker vill skydda ett färgmärke eller ett figurmärke. Svaret på den frågan återfinns enligt min uppfattning i domstolens fasta praxis, som jag ska återge nedan.

37. För att ett varumärke ska kunna registreras är det enligt artikel 2 och artikel 3.1 b och 3.3 väsentligt att det har särskiljningsförmåga. Att ett varumärke har särskiljningsförmåga betyder att varumärket ska vara ägnat att säkerställa att varan härrör från ett visst företag, och således att särskilja denna vara från andra företags varor.¹⁹ Varumärkets grundläggande funktion är således att för konsumenten garantera ursprunget till en vara eller tjänst som täcks av varumärket, så att konsumenten utan risk för förväxling kan särskilja denna vara eller tjänst från andra varor eller tjänster med ett annat ursprung.²⁰

38. Det följer av domstolens fasta praxis att ett varumärkes särskiljningsförmåga – oavsett om det är fråga om ursprunglig särskiljningsförmåga (artikel 3.1 b) eller särskiljningsförmåga till följd av användning (artikel 3.3) – ska bedömas i förhållande till två parametrar, dels de varor eller tjänster för vilka varumärkesregistrering har sökts och dels hur omsättningskretsen uppfattar de aktuella varorna eller tjänsterna.²¹

39. Domstolen har vidare preciserat hur det i praktiken ska avgöras om särskiljningsförmåga har förvärvats till följd av användning. Den behöriga myndigheten ska göra en konkret och samlad bedömning av de uppgifter som kan visa att varumärket lämpar sig som identifikationsmedel för omsättningskretsen för att fastställa att den aktuella varan eller tjänsten kommer från ett visst företag. Dessa omständigheter ska vidare vara ett resultat av att varumärket använts som sådant.²² Vid denna bedömning ska hänsyn tas till bland annat följande faktorer: den marknadsandel som varumärket

17 Dom av den 6 maj 2003, *Libertel* (C-104/01, EU:C:2003:244, punkt 54).

18 Se, i samma mening definitionen av figurmärken i artikel 3.3 b i kommissionens genomförandeförordning (EU) 2018/626, enligt vilken ett figurmärke är ett varumärke med speciell stiliserad text eller layout, eller speciell grafisk utformning eller färg, däribland varumärken som består endast av figurelement eller av en kombination av orddelar och figurdelar.

19 Se dom av den 19 juni 2014, *Oberbank* (C-217/13 och C-218/13, EU:C:2014:2012, punkt 38 och där angiven rättspraxis).

20 Se dom av den 26 april 2007, *Alcon/harmoniseringsbyrån* (C-412/05 P, EU:C:2007:252, punkt 53 och där angiven rättspraxis).

21 Se dom av den 19 juni 2014, *Oberbank* (C-217/13 och C-218/13, EU:C:2014:2012, punkt 39 och där angiven rättspraxis).

22 Se dom av den 19 juni 2014, *Oberbank* (C-217/13 och C-218/13, EU:C:2014:2012, punkt 40 och där angiven rättspraxis).

innehar, hur ofta, hur länge och på hur stort geografiskt område varumärket har brukats, hur stora investeringar som har gjorts för att saluföra det, den andel av omsättningskretsen som tack vare varumärket kan ange att varan kommer från ett visst företag samt yttranden från handelskammare och andra yrkessammanslutningar.²³

40. Vidare har domstolen redan slagit fast, när det gäller frågan vilket samband som finns mellan en tillämpning av kravet på särskiljningsförmåga och den omständigheten att registreringsansökan avser ett varumärke som färgmärke eller som figurmärke, att det inte görs någon åtskillnad mellan olika slag av varumärken vare sig i artikel 2 eller i artikel 3.1 b eller 3.3 i direktiv 2008/95. Grunderna för bedömning av särskiljningsförmågan hos färgmärken, inbegripet den som har förvärvats till följd av användning, är således desamma som dem som är tillämpliga med avseende på andra slags varumärken, såsom figurmärken.²⁴ Det är således inte möjligt att fastställa striktare kriterier som ska tilläggas eller utgöra ett undantag från kriteriet avseende särskiljningsförmåga.²⁵

41. Jag noterar emellertid att det också av domstolens rättspraxis framgår att det för vissa typer av varumärken, som är av särskild karaktär, är nödvändigt att beakta de särskilda egenskaperna hos dessa typer av varumärken. Så är bland annat fallet med färgmärken, för vilka jag härleder ur domstolens ovan angivna praxis att två aspekter ska beaktas, på grund av deras särskilda egenskaper.

42. För det första har domstolen slagit fast att ett färgmärke inte har en ursprunglig särskiljningsförmåga, förutom i undantagsfall, bland annat när marknaden är mycket särpräglad.²⁶ Den omständigheten att ett färgmärke mycket sällan har en ursprunglig särskiljningsförmåga beror på att konsumenterna i allmänhet inte är vana att grunda antaganden om varors ursprung enbart på varornas eller förpackningarnas färg. Målgruppen uppfattar således inte nödvändigtvis ett tecken som består av en färg i sig på samma sätt som ett ord- eller figurmärke.²⁷

43. För det andra har domstolen redan slagit fast att det fanns ett allmänt intresse av att inte otillbörligen begränsa tillgången på färger för andra aktörer som bjöd ut varor eller tjänster av samma slag som dem som registreringsansökan avsåg.²⁸ För att bedöma ett färgmärkes särskiljningsförmåga är det således nödvändigt att även se till att registreringen av varumärket inte strider mot detta allmänna intresse.²⁹

44. Som anges ovan kan det därför, på grund av ett varumärkes särskilda egenskaper, visa sig svårare att fastställa att varumärken som tillhör vissa varumärkeskategorier har särskiljningsförmåga än vad som gäller för andra kategorier.³⁰ Jag påpekat dock att domstolen emellertid även har understrukt att detta inte befriar varumärkesbyråerna från att göra en konkret undersökning av det sökta varumärkets särskiljningsförmåga.³¹

23 Se dom av den 19 juni 2014, Oberbank (C-217/13 och C-218/13, EU:C:2014:2012, punkt 41 och där angiven rättspraxis).

24 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 juni 2014, Oberbank (C-217/13 och C-218/13, EU:C:2014:2012, punkt 46 och där angiven rättspraxis).

25 Se dom av den 19 juni 2014, Oberbank (C-217/13 och C-218/13, EU:C:2014:2012, punkt 47 och där angiven rättspraxis).

26 Se dom av den 6 maj 2003, Libertel (C-104/01, EU:C:2003:244, punkt 66), och dom av den 24 juni 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384, punkt 39).

27 Se dom av den 6 maj 2003, Libertel (C-104/01, EU:C:2003:244, punkt 65), och dom av den 24 juni 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384, punkt 38).

28 Se dom av den 6 maj 2003, Libertel (C-104/01, EU:C:2003:244, punkterna 54–59).

29 Se dom av den 6 maj 2003, Libertel (C-104/01, EU:C:2003:244, punkt 60).

30 Se dom av den 12 juli 2012, Smart Technologies/harmoniseringsbyrån (C-311/11 P, EU:C:2012:460, punkt 26 och där angiven rättspraxis), och dom av den 9 september 2010, harmoniseringsbyrån/Borco-Marken-Import Matthiesen (C-265/09 P, EU:C:2010:508, punkt 33 och där angiven rättspraxis).

31 Se dom av den 9 september 2010, harmoniseringsbyrån/Borco-Marken-Import Matthiesen (C-265/09 P, EU:C:2010:508, punkt 37).

45. Av de skäl som anförs ovan föreslår jag att domstolen ska besvara den första frågan som följer. Artikel 2 och artikel 3.1 b och 3.3 i direktiv 2008/95 ska tolkas så, att frågan om en registreringsansökan avser ett varumärke som figurmärke eller som färgmärke har betydelse för tillämpningen av kravet på särskiljningsförmåga, eftersom det följer av ett färgmärkes särskilda egenskaper att dessa ska beaktas vid bedömningen av ett färgmärkes särskiljningsförmåga. Hänsyn ska i detta avseende tas dels till att ett färgmärke mycket sällan har en ursprunglig särskiljningsförmåga, dels till att det finns ett allmänt intresse av att inte otillbörligen begränsa tillgången på färger för andra aktörer som utbjuder varor eller tjänster av samma slag som dem som registreringsansökan avser.

2. Registrering av ett varumärke när det föreligger motstridighet mellan den grafiska återgivningen av varumärket och valet av det varumärkeslag som har gjorts i registreringsansökan (den andra frågan)

46. Jag uppfattar den andra frågan så, att den hänskjutande domstolen önskar få klarhet i hur ett varumärke ska registreras när den grafiska återgivningen av varumärket, i form av en figur, inte stämmer överens med det varumärkeslag som har angetts i ansökan, där varumärket betecknas som ett färgmärke.

47. Nedan förklarar jag varför jag anser att ett varumärke enligt unionsrätten inte kan registreras vare sig som ett färgmärke eller ett figurmärke om ansökan inte är samstämmig. Först och främst förklarar jag varför det vid registrering av ett varumärke är viktigt att det exakta föremålet för varumärket kan fastställas (a). Jag redogör sedan för följderna av motstridigheter som kan förekomma i ansökan, som i det nu aktuella fallet (b).

a) Nödvändigheten av att kunna fastställa varumärkets föremål

48. Skälet till att det exakta föremålet för det sökta varumärket måste fastställas är att det enligt artikel 2 i direktiv 2008/95 är väsentligt, för att ett varumärke ska kunna registreras, att det utgör ett kännetecken som kan återges grafiskt. Kravet i artikel 2, att alla kännetecken ska kunna återges grafiskt, syftar till att bestämma det exakta föremålet för det varumärke som sökanden vill skydda. Som anges i dom Sieckmann ska den grafiska återgivningen av ett varumärke, för att denna ska kunna fylla sin funktion, i synnerhet vara klar, precis, fullständig i sig själv, lättillgänglig, tydlig, beständig och objektiv.³²

49. I denna dom förklarade domstolen varför det var nödvändigt med en sådan tolkning för att registreringssystemet för varumärken skulle fungera väl.³³ För det första måste de behöriga myndigheterna kunna få klar och tydlig kännedom om egenskaperna hos de tecken som kan utgöra varumärken, för att därigenom kunna fullgöra sina skyldigheter avseende förhandsgranskningen av registreringsansökningarna och offentliggörandet och upprätthållandet av ett väl avpassat och exakt varumärkesregister. För det andra måste de ekonomiska aktörerna klart och tydligt kunna förvissa sig om vilka varumärken som är registrerade, och vilka registreringsansökningar som befintliga eller tänkbara konkurrenter lämnat, varigenom aktörerna kan erhålla relevant information om tredje mans rätt.³⁴

50. Det är således utifrån bestämningen av det exakta föremålet för ett varumärke som alla andra villkor för en eventuell registrering av varumärket ska bedömas, inte minst varumärkets särskiljningsförmåga.

³² Se dom av den 12 december 2002, Sieckmann (C-273/00, EU:C:2002:748, punkterna 48–55), och dom av den 6 maj 2003, Libertel (C-104/01, EU:C:2003:244, punkt 29).

³³ Se dom av den 12 december 2002, Sieckmann (C-273/00, EU:C:2002:748, punkt 47).

³⁴ Se dom av den 12 december 2002, Sieckmann (C-273/00, EU:C:2002:748, punkterna 50 och 51). Se även dom av den 24 juni 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384, punkterna 26–30).

51. Det är visserligen ett grundläggande krav, för alla varumärken, att de kan återges grafiskt,³⁵ men jag framhåller att det precisa föremålet för vissa varumärkestyper i praktiken inte kan fastställas *enbart* utifrån en grafisk återgivning av det sökta varumärket. En grafisk återgivning av ett figurmärke i färg anger visserligen precis vilken beståndsdel som skyddet söks för, det vill säga figurmärket i färg, men så är inte fallet med färgmärken.

52. I domen i målet *Libertel*, som avsåg möjligheten att registrera ett färgmärke som utgjordes av en enda färg, slog domstolen således fast att ett vanligt färgprov inte i sig uppfyllde kravet på grafisk återgivning i artikel 2, i synnerhet då ett färgprov kan ändras med tiden (det kan exempelvis blekna). Ett färgprov gör det således inte möjligt att fastställa det exakta föremålet för ett färgmärke. Kravet i artikel 2 kan däremot uppfyllas om färgprovet kompletteras med en verbal beskrivning av färgmärket, på villkoret att denna beskrivning är klar och precis, eller med en internationellt erkänd färgidentifieringskod, eftersom sådana koder anses vara precisa.³⁶

53. Vad beträffar färgmärken som består av en färgkombination har domstolen dessutom slagit fast, i domen i målet *Heidelberger Bauchemie*, att en registreringsansökan avseende en färgkombination för att uppfylla kravet på klarhet i artikel 2 också måste innehålla en systematisk sammansättning när de berörda färgerna är förenade på ett förutbestämt och varaktigt sätt.³⁷ Syftet med den systematiska sammansättningen är att precis fastställa den exakta färgkombinationen.³⁸

54. Jag vill tillägga att en myndighet, innan den uttalar sig om frågan huruvida föremålet för ett sökt färgmärke kan fastställas med den klarhet som krävs enligt domen i målet *Libertel*³⁹ och domen i målet *Heidelberger Bauchemie*⁴⁰, naturligtvis måste kunna avgöra om det över huvud taget rör sig om ett färgmärke eller inte.

55. I det nu aktuella fallet tycks *Oy Hartwall*s ansökan vara motstridig på denna punkt, vilket för övrigt anges i den hänskjutande domstolens andra fråga. Det varumärke som ansökan avser återges nämligen grafiskt som ett varumärke med konturer i form av en figur (ett blått band med en tunn, grå kant). Trots detta angav *Oy Hartwall* i den bifogade beskrivningen (där de internationella färgkoderna för de ingående färgerna angavs) och i beteckningen att det rörde sig om ett färgmärke.

56. När det gäller den grafiska återgivningen av det sökta färgmärket, vill jag framhålla att ett färgmärke visserligen i princip kan återges grafiskt *med* konturer. Så är fallet när den grafiska återgivningen illustrerar på vilket sätt färgmärket ska *anbringas* på det berörda företagets varor eller tjänster. Ett exempel på detta finns i den ovan angivna domen i målet *Louboutin och Christian Louboutin*.⁴¹ Den grafiska återgivningen av det aktuella färgmärket, som återges i punkt 8 i domen, bestod av en teckning av en sko med hög klack på vars sula den röda färgen i fråga hade anbringats. I beskrivningen av färgmärket angavs att konturen på skon inte ingick i märket och att den enbart

35 Jag framhåller att kravet på grafisk återgivning inte längre finns med i det nya varumärkesdirektivet, direktiv 2015/2436. Artikel 3 b i detta direktiv, som rör frågan om vilka tecken som kan utgöra ett varumärke och som motsvarar artikel 2 i det nu aktuella direktivet, föreskriver att det sökta tecknet kan återges i 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. Skälet till den förändringen anges i skäl 13 i direktivet. I detta skäl anges att det – för att uppnå målen för registreringssystemet för varumärken, det vill säga att säkerställa rättssäkerhet och god förvaltning – också är viktigt att tecknet kan återges på ett sätt som är klart, precist, fullständigt i sig självt, lättillgängligt, tydligt, beständigt och objektivt. Dessutom anges att ett tecken följaktligen bör få återges i valfri lämplig form med användning av allmänt tillgänglig teknik, och således inte nödvändigtvis grafiskt, så länge som återgivningen ger tillräckliga garantier i detta syfte.

36 Se dom av den 6 maj 2003, *Libertel* (C-104/01, EU:C:2003:244, punkterna 31–37).

37 Se dom av den 24 juni 2004, *Heidelberger Bauchemie* (C-49/02, EU:C:2004:384, punkt 33).

38 Se dom av den 24 juni 2004, *Heidelberger Bauchemie* (C-49/02, EU:C:2004:384, punkt 34).

39 Dom av den 6 maj 2003, *Libertel* (C-104/01, EU:C:2003:244).

40 Dom av den 24 juni 2004, *Heidelberger Bauchemie* (C-49/02, EU:C:2004:384).

41 Dom av den 12 juni 2018, *Louboutin och Christian Louboutin* (C-163/16, EU:C:2018:423).

syftade till att tydliggöra varumärkets placering. Även om den grafiska återgivningen av varumärket innehöll konturer (formen av en sko, inbegripet skosulans form), ingick dessa konturer följaktligen inte i varumärket, vilket domstolen för övrigt bekräftade i domen, som jag erinrar om ovan i punkt 32 i detta förslag till avgörande.

57. Om det varumärke som avses med ansökan i det nu aktuella fallet återgavs grafiskt på ett liknande sätt, skulle denna grafiska återgivning i så fall behöva illustrera hur det sökta varumärket anbringas på Oy Hartwalls varor, som i det nu aktuella målet är vattenflaskor. Den grafiska återgivningen av varumärket visar dock inte en vattenflaska, utan ett band, som också har framhållits av kommissionen och den finländska regeringen. Min slutsats blir därmed att Oy Hartwalls registreringsansökan är motstridig, eftersom de konturer som använts inte ens är ägnade att visa hur färgmärket ska användas på de angivna varorna.

b) Följderna av motstridigheter i registreringsansökan

58. Jag anser, som kommissionen och den finländska regeringen också har anfört, att artikel 2 i direktiv 2008/95 innebär att ett varumärke inte kan registreras som färgmärke om det föreligger en sådan bristande överensstämmelse som i det nu aktuella fallet.

59. Det är således inte möjligt att utifrån varumärkesansökan avgöra om det precisa föremålet för ansökan är ett färgmärke eller ett figurmärke. Således är det osäkert utifrån vilket föremål de andra materiella villkoren i direktivet, i synnerhet kravet på särskiljningsförmåga, ska bedömas. Allmänheten gör dessutom sökningar i varumärkesregistren med hjälp av de olika varumärkeskategorierna i registret. Det gäller även det finländska varumärkesregistret, där det som jag har kunnat konstatera är möjligt att lämna in ansökningar för flera varumärkeskategorier, bland annat för figurmärken och för färgmärken

60. Om ett varumärke registrerades i egenskap av färgmärke, trots att det i sin grafiska återgivning framställs som ett figurmärke, skulle det bli förvirrande för allmänheten och konkurrerande företag. Tvivel skulle då föreligga om vilken del – färgmärket eller figurmärket – som skyddas genom registreringen. Jag delar därmed kommissionens och den finländska regeringens ståndpunkt, att det syfte som eftersträvas genom kravet på grafisk återgivning i artikel 2, vilket som redan angetts i domen i målet Sieckmann⁴² är att föremålet för varumärket ska kunna fastställas klart och precist, således inte kan uppnås med en sådan ansökan som den i det nu aktuella fallet.

61. Denna tolkning av artikel 2 bekräftas även av domstolens dom i målet Shield Mark.⁴³ Detta mål avsåg bland annat frågan under vilka förutsättningar ett ljudmärke⁴⁴ kunde återges grafiskt i den mening som detta uttryck används i artikel 2 i direktivet. I domen slog domstolen bland annat fast att ett tecken som återgetts grafiskt med musiknoter eller skriftspråk inte kunde registreras som ljudmärke när sökanden förbisett att i sin registreringsansökan ange att tecknet skulle uppfattas som ett ljudtecken. Som domstolen angav har den behöriga myndigheten och allmänheten nämligen i sådana fall fog att anse att det rör sig om ett ord- eller figurmärke, såsom det grafiskt har återgivits i registreringsansökan.⁴⁵

42 Dom av den 12 december 2002, Sieckmann (C-273/00, EU:C:2002:748, punkterna 48–51).

43 Dom av den 27 november 2003, Shield Mark (C-283/01, EU:C:2003:641).

44 Ett ljudmärke är ett varumärke som uteslutande består av ljud eller en kombination av ljud (se, exempelvis, definitionen i artikel 3.3 g i kommissionens genomförandeförordning 2018/626).

45 Se dom av den 27 november 2003, Shield Mark (C-283/01, EU:C:2003:641, punkt 58).

62. Jag menar, av de skäl som jag redogör för ovan i punkterna 59 och 60 i detta förslag till avgörande, att samma överväganden är giltiga när det gäller en varumärkesansökan där den grafiska återgivningen har formen av en figur, men där det i den bifogade beteckningen och beskrivningen anges att varumärket är ett färgmärke. Domen i målet *Shield Mark* avser visserligen en otydlighet i ansökan och inte en egentlig motstridighet, men den slutsats som dras i den domen är ännu mer giltig vid en motstridighet.⁴⁶

63. Om de nationella myndigheterna ska fastställa det exakta föremålet för ett sökt varumärke och om sökanden avser att söka skydd för ett färgmärke, är det följaktligen väsentligt att varumärkesansökan är samstämmig, det vill säga att registrering av varumärket – i överensstämmelse med dess grafiska återgivning, däribland beteckningen av varumärket och den bifogade beskrivningen – söks för varumärket i egenskap av färgmärke. Det är nämligen enbart på detta sätt som myndigheter och allmänhet dels kan få kännedom om att sökanden begär skydd för ett färgmärke och inte för ett figurmärke, dels kan fastställa det exakta föremålet för färgmärket.

64. Jag föreslår därför att domstolen ska besvara den andra frågan enligt följande. Artikel 2 i direktiv 2008/95 ska tolkas så, att denna bestämmelse utgör hinder för registrering av ett varumärke när det, på grund av motstridigheter i ansökan, är omöjligt att fastställa det exakta föremålet för det skydd som sökanden begär. Så är fallet exempelvis när en ansökan om registrering avser ett varumärke som färgmärke, trots att det återgetts grafiskt som ett figurmärke.

3. Patent- och registerstyrelsens praxis (den tredje frågan)

65. Jag uppfattar den tredje frågan så, att den hänskjutande domstolen frågar – för det fallet att den andra frågan besvaras jakande och det därmed i princip är möjligt att registrera det aktuella varumärket som ett färgmärke – huruvida domstolens praxis i fråga om särskiljningsförmåga är tillämplig på ett sådant varumärke och, i så fall, om Patent- och registerstyrelsens praxis är förenlig med denna rättspraxis.

66. I och med att jag föreslår att domstolen ska besvara den andra frågan nekande behöver den tredje frågan enligt min mening inte besvaras. Jag redogör ändå för nedanstående överväganden i andra hand, för det fallet att domstolen besvarar den andra frågan jakande.

67. Frågan rör Patent- och registerstyrelsens bedömning av den särskiljningsförmåga som förvärvats till följd av användning av det varumärke som ansökan avser. Det framgår av beslutet om hänskjutande att Patent- och registerstyrelsen i motiveringen till sitt beslut att avslå ansökan angav att ”en registrering av en ensamrätt för bestämda färger enligt Patent- och registerstyrelsens praxis inte kan medges om det inte finns starka bevis för att färgerna i fråga till följd av en varaktig och omfattande användning har förvärvat särskiljningsförmåga för de varor som avses med ansökan”.⁴⁷

68. För att besvara denna fråga är det nödvändigt att först och främst undersöka om domstolens praxis i fråga om särskiljningsförmåga hos färgmärken (domen i målet *Libertel*⁴⁸ och domen i målet *Heidelberger Bauchemie*⁴⁹) är tillämplig på ett sådant varumärke.

46 Jag vill även nämna dom av den 14 juni 2012, *Seven Towns/harmoniseringsbyrån* (Återgivning av sju rutor i olika färger) (T-293/10, ej publicerad, EU:T:2012:302). I det målet fann tribunalen att ett EU-varumärke inte kunde registreras som färgmärke, eftersom varumärket hade återgetts grafiskt som ett figurmärke eller ett tredimensionellt märke, inte som ett färgmärke. Tribunalen slog fast att det i det fallet fanns en inneboende motstridighet om den verkliga arten av kännetecknet i fråga, som utgjorde hinder för en registrering av kännetecknet (se punkt 66 i domen).

47 Se punkt 13 i detta förslag till avgörande.

48 Dom av den 6 maj 2003, *Libertel* (C-104/01, EU:C:2003:244).

49 Dom av den 24 juni 2004, *Heidelberger Bauchemie* (C-49/02, EU:C:2004:384).

69. Frågans utgångspunkt är att varumärket är ett färgmärke, och därför antas föremålet för varumärket vara en färg eller en färgkombination utan konturer, och därför ska den besvaras jakande, som även angetts av den finländska regeringen och av kommissionen.

70. Konkret betyder det att färgmärkets särskilda egenskaper ska beaktas vid bedömningen av färgmärkets särskiljningsförmåga. Som jag anger ovan i punkterna 42 och 43 i detta förslag till avgörande innebär detta dels att hänsyn ska tas till att ett färgmärke mycket sällan har en ursprunglig särskiljningsförmåga, dels att hänsyn ska tas till det allmänna intresset av att inte oberättigat begränsa färgernas tillgänglighet för andra aktörer.⁵⁰

71. Vidare ska det kontrolleras om Patent- och registerstyrelsens praxis är förenlig med domstolens praxis i frågan om färgmärken.

72. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att slutgiltigt avgöra denna fråga med beaktande av dels den rättspraxis från domstolen som jag redogör för ovan i punkterna 38–44 i detta förslag till avgörande, dels alla relevanta faktiska omständigheter som rör Patent- och registerstyrelsens praxis.⁵¹

73. När det gäller den särskiljningsförmåga som förvärvats till följd av användning vill jag understryka att Patent- och registerstyrelsen ska göra en konkret och samlad bedömning av de uppgifter som kan visa att varumärket lämpar sig som identifikationsmedel för att fastställa att den aktuella varan eller tjänsten kommer från ett visst företag.⁵² I detta sammanhang följer det av domen i målet Oberbank att det strider mot direktiv 2008/95 att grunda bedömningen av huruvida ett varumärke har förvärvat särskiljningsförmåga *enbart* på resultatet av en marknadsundersökning. Domstolen slog i den domen fast att även om en marknadsundersökning kan utgöra en av de omständigheter som ingår i denna bedömning, får inte resultatet av en sådan marknadsundersökning utgöra den enda omständigheten som är avgörande.⁵³

74. Jag föreslår därför, i andra hand, att domstolen som svar på frågan ska ange att om registrering söks för ett varumärke i egenskap av färgmärke, ska hänsyn tas till färgmärkets särskilda egenskaper vid bedömningen av färgmärkets särskiljningsförmåga. Hänsyn ska i detta avseende tas till dels den omständigheten att ett färgmärke mycket sällan har en ursprunglig särskiljningsförmåga, dels den omständigheten att det finns ett allmänt intresse av att inte otillbörligen begränsa tillgången på färger för andra aktörer som utbjuder varor eller tjänster av samma slag som dem som registreringsansökan avser. Om de behöriga myndigheterna anser att det sökta färgmärket har en ursprunglig särskiljningsförmåga behövs inga bevis för varumärkets användning. Om färgmärket däremot inte har en ursprunglig särskiljningsförmåga, är det nödvändigt att kontrollera om det har förvärvat en särskiljningsförmåga till följd av användning. Vid denna bedömning ska det göras en konkret värdering av de uppgifter som kan visa att varumärket lämpar sig som identifikationsmedel för att fastställa att den aktuella varan eller tjänsten kommer från ett visst företag. Dessa uppgifter ska dessutom vara hänförliga till en användning av varumärket, och vid denna bedömning ska hänsyn tas till bland annat följande faktorer: den marknadsandel som varumärket innehar, hur ofta, hur länge och på hur stort geografiskt område varumärket har brukats, hur stora investeringar som har gjorts för att saluföra det, den andel av omsättningskretsen som tack vare varumärket kan ange att varan kommer från ett visst företag samt yttranden från handelskammare och andra yrkessammanslutningar.

50 Se dom av den 6 maj 2003, Libertel (C-104/01, EU:C:2003:244, punkterna 60, 65 och 66).

51 Dessa uppgifter har domstolen själv inte tillgång till.

52 Se dom av den 19 juni 2014, Oberbank (C-217/13 och C-218/13, EU:C:2014:2012, punkt 40 och där angiven rättspraxis).

53 Se dom av den 19 juni 2014, Oberbank (C-217/13 och C-218/13, EU:C:2014:2012, punkt 48).

V. Förslag till avgörande

75. Mot bakgrund av vad ovan anförs föreslår jag att domstolen ska besvara de frågor som ställts av Högsta förvaltningsdomstolen (Finland) på följande sätt:

- 1) Det är av betydelse för tolkningen av ett varumärkes särskiljningsförmåga enligt artiklarna 2, 3.1 b och 3.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/95/EG av den 22 oktober 2008 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar huruvida ett varumärke söks registrerat som figurmärke eller som färgmärke, eftersom det följer av färgmärkets särskilda egenskaper att dessa ska beaktas vid bedömningen av om ett färgmärke har särskiljningsförmåga. Det ska härvid beaktas dels att ett färgmärke mycket sällan har en ursprunglig särskiljningsförmåga, dels att det finns ett allmänt intresse av att inte otillbörligen begränsa tillgången på färger för andra aktörer som utbjuder varor eller tjänster av samma slag.
- 2) Artikel 2 i direktiv 2008/95 ska tolkas så, att den utgör hinder för att ett varumärke registreras när det, på grund av motstridigheter i ansökan, är omöjligt att fastställa det exakta föremålet för det skydd som sökanden begär. Så är fallet exempelvis när en ansökan om registrering avser ett varumärke som färgmärke, trots att det återgetts grafiskt som ett figurmärke.