



Mål nr 07-195  
V.ans. 06-03601

## PATENTBESVÄRSRÄTTENS

### DOM

meddelad 2009-09-18 efter överklagande av Patent- och registreringsverkets beslut, se bilaga 1.

Klagande: The Xanté Company AB

Ombud: Awapatent AB

Målet gäller: Registrering av ett varumärke i form av en förpackningsutstyrsel (flaska).

### DOMSLUT

Patentbesvärsrätten bifaller inte överklagandet.

LC

---

Postadress	Besöksadress	Telefon	Fax	Org.nr
Box 24160	Linnégatan 87 D	08-783 38 50	08-783 76 37	202100-3971
104 51 Stockholm				

## YRKANDEN M.M.

The Xanté Company (Xanté) har vidhållit sin ansökan om registrering av en förpackningsutstyrsel bestående av en flaska. I första hand har bolaget yrkat att ansökan bifalls utan disclaimer. I andra hand har bolaget godtagit anteckning av en disclaimer för flaskans form, som dock inte ska omfatta formen på flaskans tjocka botten och ”avtrycket” i skepnad av ett X inneslutet i en genombruten cirkel.

Till grund för sin talan har bolaget hållit fast vid att det sökta varumärket i sig besitter för registrering erforderlig särskiljningsförmåga och att det i vart fall förvärvat sådan förmåga genom användning.

Xanté har till utveckling av talan bl.a. anfört följande.

### Allmänt

Flaskan har formgivits av den grafiske formgivaren Roland Ingemarsson. Denne har sedan slutet av 1980-talet utfört ca 700 designuppdrag för V & S Vin & Sprit AB. Xantés totala framställningskostnader för den sökta utstyrseln har uppgått till ca två miljoner kronor, oräknat kostnaderna för det arbete som bolagets egna anställda lagt ned. Försäljningen av likören under varumärket Xanté startade 1998 och utformningen av flaskan har varit oförändrad sedan dess. Till en början drevs verksamheten som ett joint venture mellan V & S Vin & Sprit AB och ägarfamiljen Tilander. Tilander är idag helägare till Xanté.

### Märkets inneboende särskiljningsförmåga

I ansökan söks skydd för framför allt utformningen av flaskans mycket speciella nedre del och botten; alltså inte för formen på flaskan per se. Den nedre delen av flaskan är bredare än flaskan i övrigt, vilket gör att det bildas en tjock kant nedtill runtom flaskan. I detta tjocka glas finns ett kraftigt X inneslutet i en cirkel som är öppen i ovankant. Detta utgör bolagets ”footprint”. Kriterierna för bedömning av särskiljningsförmågan hos tredimensionella

varumärken är inte annorlunda än för andra kategorier av varumärken; det vill säga att ifrågavarande form måste särskilja innehavarens varor från andra företags varor och därmed fylla det egentliga syftet att fungera som ursprungsgaranti. Det är inte fråga om en utformning som betingas av teknisk funktion. Att en utformning är dekorativ utesluter inte att den kan fungera som ett kännetecken. Konsumenten förstår att utformningen utgör ett kännetecken. Av EG-domstolens dom i mål C-218/01 (Henkel) framgår att det inte får krävas att konsumenten måste analysera eller göra jämförelser för att se att det är ett varumärke. I detta fall ser konsumenten direkt att urstyrelsen är en ursprungsangivelse. För en odekorerad förpackning gäller att formen på ett betydande sätt måste avvika från normen eller vad som är sedvanligt i branschen. Det är ovanligt att en flaska är dekorerad i botten. Däremot är det vanligt att sprit- och likörflaskor har olika dekorativa moment och former. Konsumenten är därför van vid att uppfatta sådana flaskor som kännetecken. Flaskans botten är såpass tongivande att den ger särskiljningsförmåga åt helheten. Även den övriga formen är specialdesignad. Flaskan har svagt sluttande avrundade axlar och en avsmalnad hals. Det tvådimensionella märket på etiketten drar uppmärksamhet till märket i flaskans botten. Om det tvådimensionella figurmärket har särskiljningsförmåga bör samma sak gälla för det tredimensionella märket.

#### Förvärvat särskiljningsförmåga

Den sökta utstyrelsen har under alla förhållanden genom omfattande exponering på marknaden förvärvat för registrering erforderlig särskiljningsförmåga. Den största försäljningskanalen är Systembolaget. I övrigt sker försäljning på barer och restauranger, samt i samband med resor. På barer och restauranger kläs barpersonal upp i kläder med märket tydligt anbringat. När det gäller den exponering som sker i samband med charterresor, får resenärerna på förhand sig hemskickat en katalog för förbeställning. På flygplanen finns en flygtidning där märket exponeras. Även de miniatyrflaskor som säljs av flygpersonalen har märket ingraverat i flaskans botten. Bolaget använder konsekvent sitt "footprint" och flaskan finns alltid avbildad i katalogerna. Marknadsföringskostnaderna uppgår till ca 10 miljoner kronor per år, vilket motsvarar

ungefär en fjärdedel av årsomsättningen. Xanté har ännu inte använt TV-reklam via utlandsstationerade TV-kanaler, men planerar att börja marknadsföra sig så. Xanté är den likör som säljs näst mest på Systembolaget. Endast Baileys har bättre försäljningssiffror.

---

Xanté har åberopat bevisning och ett sakkunnigyttrande av jur. dr. Erika Lunell.

I målet har hållits muntlig förhandling.

## DOMSKÄL

En grundläggande förutsättning för registrering av ett varumärke är att märket har särskiljningsförmåga för de varor eller tjänster som det avser. EG-domstolen har i olika avgöranden uttalat sig hur detta skall tolkas med avseende på utstyrselar. Domstolen har därvid anfört bl.a. att ett varumärke som kraftigt avviker från normen eller vad som är sedvanligt i branschen och således uppfyller sitt huvudsakliga syfte att fungera som ursprungsangivelse, har särskiljningsförmåga, se domstolens dom i mål C-218/01 (Henkel), punkt 49. Denna dom har tolkats av Patentbesvärslagen i mål nr 01-450. Domen har ansetts ge stöd för avgränsningen att en utstyrsel i sig skall anses ha särskiljningsförmåga om den i betydande mån avviker från normen etc.

Det är visserligen så att flaskbottnar inte särskilt ofta är dekorerade. Att sprit- och likörflaskor har speciella utföranden är dock relativt vanligt. En flaskas botten skulle i och för sig kunna fungera som kännetecken. Utformningen av flaskans botten i förevarande fall är dock inte sådan att man tydligt lägger märke till den, särskilt inte när flaskan står upp. Det faller sig därför inte naturligt att uppfatta detta utförande som ursprungsangivande. Det är först när man gjorts medveten om Xantés ”footprint” som tankarna leds åt det hållet. Varken den nu aktuella flaskbotten eller flaskan i sin helhet kan därför i sig fungera som kännetecken.

Patentbesvärsrätten övergår därefter till att pröva om flaskan eller dess botten genom användning förvärvat för registrering erforderlig särskiljningsförmåga. Det material som har getts in har i huvudsak tagit sikte på hur likörflaskan i sig har exponerats och hur bolagets varumärke Xanté marknadsförts. Av marknadsföringsmaterialet framgår inte att flaskans undersida varit föremål för någon särskild exponering. Inte heller i övrigt har det framgått att flaskan och dess botten använts på ett sådant sätt att omsättningskretsen kommit att uppfatta den sökta utstyrseln som ett kännetecken för Xanté. Av utredningen framgår således inte att flaskan eller dess botten förvärvat för registrering erforderlig särskiljningsförmåga genom användning. Överklagandet kan på grund av det anförda inte bifallas.

Ulf Hallin  
Skiljaktig:  
se bilaga 2

Charlotte Dahl  
Referent

Jeanette Bäckvall

### Skiljaktig mening

Patenträttsrådet Hallin är skiljaktig vad gäller utstyrelsens inneboende särskiljningsförmåga och anför.

Så som majoriteten anført är det relativt vanligt att flaskor för alkohol har speciella utföranden. Det är dock inte vanligt att flaskbottnar i sig ges en speciell utformning. I förvarande fall är godset i flaskans botten betydligt tjockare än i flaskan i övrigt och i bottenens undersida finns, som mest framträdande element, en urtagning i form av ett robust kryss eller kors.

Visserligen är det så att den speciella utformningen av flaskans botten inte framträder i sin helhet när flaskan står upp t.ex. på en hylla där varan försäljs. Vid bedömningen av utstyrelsens särskiljningsförmåga bör dock även tas hänsyn till att den hanteras. I den situationen framträder utformningen av flaskans botten tydligt.

Flaskbottnens enkla men även karakteristiska utseende är lätt att komma ihåg och avviker på ett betydande sätt från hur bottnarna hos flaskor för försäljning av alkohol normalt är utformade. Utseendet hos den aktuella flaskbotten bör därför av den genomsnittlige och normalt uppmärksamme konsumenten kunna uppfattas som ett angivande av att flaskans innehåll har ett visst kommersiellt ursprung. Bottnens utseende kan därmed fullgöra den funktionen att garantera varans kommersiella ursprung. Därmed får flaskan genom sin botten anses besitta särskiljningsförmåga för de varor som ansökan avser.

Flaskans utformning i övrigt kan dock inte sägas på ett betydande sätt avvika från vad som är vanligt på det aktuella varuslagsområdet. För att undanröja den ovisshet som kan föreligga om ensamrättens omfattning bör flaskans form utöver utformningen av dess kraftiga botten undantas från skyddet genom en disclaimer.

Med hänsyn till det anförda skall överklagandet bifallas i enlighet med yrkandet i andra hand.