
Een evaluatie van de merkkwalificatie

Jorn Torenbosch*

1. Inleiding

Niet al te lang geleden heeft het EUIPO zijn report 'Intellectual property rights and firm performance in the European Union' gepubliceerd. In dit rapport komt duidelijk de relatie tussen het hebben van intellectuele eigendomsrechten en de economische prestaties van een bedrijf naar voren. Zo is de gemiddelde omzet per werknemer 20% hoger bij een bedrijf dat IE-rechten heeft ten opzichte van een bedrijf dat géén IE-rechten heeft.¹ Voor het mkb zijn de cijfers nog hoger: gemiddeld verdient het mkb met IE-rechten 68% meer omzet per werknemer dan het mkb zonder IE-rechten.² Ook als een bedrijf alleen merkrechten bezit en geen andere IE-rechten (zoals octrooi- of modelrechten³), liegen de cijfers er niet om. Gemiddeld verdient een bedrijf met alleen merkrechten 20,9% meer omzet per werknemer dan bedrijven die geen enkel IE-recht hebben. Bij het mkb verdienen bedrijven met alleen merkrechten zelfs 56% meer omzet per werknemer dan het mkb dat geen IE-rechten heeft. Het bevestigt maar weer eens wat IE-juristen al lang wisten: IE-rechten zijn vitale rechten voor een onderneming. Dit geldt natuurlijk ook voor merkrechten. Met een merkrecht kan een onderneming de herkomst van zijn waren en/of diensten communiceren met de consument. Ook kan een bedrijf met een merk zijn opgebouwde reputatie beschermen. Het goed registreren en waarborgen van merkrechten is daarom van groot belang voor een bedrijf.

Het goed inschrijven van merken is in de loop der jaren steeds uitdagender geworden. Een probleem dat in dat kader gestaag in complexiteit is gestegen, is de vraag hoe een merk moet worden gekwalificeerd. De merkhouder is namelijk verplicht om bij de aanvraag van zijn merk aan te geven om wat voor merk het gaat. Onder huidig recht bestaat een breed palet aan verschillende merken en dus ook aan verschillende kwalificaties, bijvoorbeeld woordmerk, beeldmerk, positiemerk, gecombineerd woord-beeldmerk, kleurmerk, vormmerk etc. Het is soms moeilijk te overzien in welke categorie een

merk moet worden ingeschreven, terwijl de gekozen merkcategory belangrijke gevolgen met zich mee kan brengen.

In dit artikel staat de vraag centraal wat het materieelrechtelijke belang is van de merkkwalificatie van de merkhouder in de merkaanvraag. Met andere woorden: wat zijn de materieelrechtelijke gevolgen van het aanvinken van een bepaalde merkcategory bij het inschrijven van een merk? Ik zal deze vraag in het bijzonder bekijken in het licht van de relatief nieuwe Uniemerkenverordening en Merkenrichtlijn.⁴ In de Uitvoeringsverordening van het UMVo, dat bepaalde uitwerkingen van bepalingen van het UMVo bevat, zijn namelijk nieuwe merkcategoryën geïntroduceerd. Waar dit voorheen niet mogelijk was, is het nu een optie om de merkcategoryën positiemerk, patroonmerk, bewegingsmerk, geluidsmerk, multi-mediamerk of hologrammerk aan te vinken bij een merkaanvraag. Een belangrijke vraag die deze uitbreiding van de merkcategoryën oproept, is wat de materieelrechtelijke gevolgen zijn van de uitbreiding.

Dit artikel valt uiteen in drie delen. Ik ga eerst in op wat merk kan zijn onder huidig recht en of de uitbreiding van de merkcategoryën ervoor heeft gezorgd dat merkhouders merken kunnen inschrijven die zij voorheen niet konden inschrijven (par. 2). Daarna behandel ik in deel twee en drie van dit artikel de materieelrechtelijke gevolgen van de merkkwalificatie van de merkhouder in de merkaanvraag. Hierbij zal ik ook telkens expliciet stilstaan bij de uitbreiding van de merkcategoryën en behandelen of de uitbreiding materieelrechtelijke gevolgen met zich meebrengt. Ik zal eerst ingaan op de vraag wat de invloed is van de merkkwalificatie op de vraag of een teken onderscheidend vermogen heeft (par. 3). Hierop volgend ga ik in op de rol van de merkkwalificatie bij het vereiste dat een teken duidelijk en nauwkeurig in het register moet worden weergegeven (par. 4). Ik rond af met een conclusie (par. 5).

* Mr. J.R. Torenbosch is docent Recht, Innovatie en Technologie aan de Universiteit Utrecht.

2. Merkkwalificatie en wat merk kan zijn

Uit de huidige definitie van het begrip 'merk' (art. 4 UMVo, art. 3 Mrl en art. 2.1 BVIE) blijkt dat merken kunnen worden gevormd door alle tekens, mits het voorwerp van een aanvraag a) onderscheidend vermogen bezit en b) duidelijk en nauwkeurig in het register kan worden weergegeven.⁵ De reden hiervoor is dat zonder onderscheidend vermogen een teken geen herkomstfunctie heeft en aldus niet de primaire functie van een merk kan vervullen. Voor het tweede vereiste geldt dat wanneer een teken niet duidelijk en nauwkeurig in het register kan worden weergegeven, niet duidelijk is waarvoor precies bescherming wordt verleend. De rechtszekerheid is dan in het geding.⁶ Als een merk geen onderscheidend vermogen heeft en/of niet duidelijk en nauwkeurig is weergegeven in het register, wordt het merk geweigerd of nietig verklaard (art. 7 UMVo, art. 4 Mrl en art. 2.2bis BVIE).

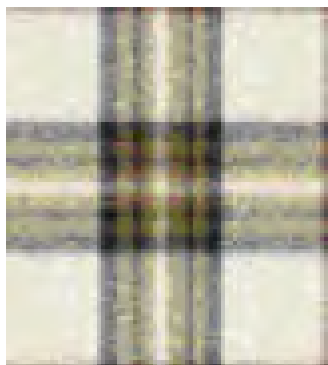
Onder oud recht⁷ gold ook al het vereiste dat tekens onderscheidend vermogen moesten hebben, maar nog niet het vereiste dat een teken duidelijk en nauwkeurig in het register moet worden weergegeven. In plaats daarvan gold het vereiste dat een teken grafisch voorstelbaar moest zijn. In het *Sieckmann*-arrest heeft het Hof beslist dat het vereiste van de grafische voorstelling inhoudt dat het teken voldoende duidelijk, nauwkeurig, als zodanig volledig, gemakkelijk, begrijpelijk, duurzaam en objectief moet zijn weergegeven.⁸ Het is dit *Sieckmann*-criterium dat in de huidige wetgeving is gecodificeerd.⁹ Ten opzichte van het oude recht is dus in materiële zin niet veel veranderd. Met het schrappen van het grafische voorstellings-vereiste heeft de wetgever een moderner en flexibeler registratiesysteem in het leven willen roepen, waardoor de mogelijkheid voor de weergave van met name minder conventionele merktypen (zoals klankmerken) is uitgebreid.¹⁰ Dit modernere en meer flexibele registratiesysteem heeft de wetgever onder andere vormgegeven door het mogelijk te maken het merk weer te geven met een digitaal bestand.¹¹

Zoals in de inleiding ook is aangestipt, is nieuw ten opzichte van het oude recht de verschillende type merken die kunnen worden ingeschreven. Waar dit voorheen niet mogelijk was, is het nu een optie om de merkcategorieën positiemerk, patroonmerk, bewegingsmerk, geluidsmerk, multimediamerk of hologrammerk aan te vinken bij een merkaanvraag. In de Uitvoeringsverordening van het UMVo zijn de definities van de verschillende soorten merktypen opgenomen, alsmede de eisen waaraan een bepaald type merk moet voldoen voor inschrijving.¹² Zo maakt art. 3 lid 3 sub d van de Uitvoeringsverordening bijvoorbeeld duidelijk dat een positiemerk een merk is dat op een specifieke wijze op de waren wordt geplaatst of aangebracht. Derhalve moet een positiemerk worden weergegeven door indiening van een weergave waaruit de positie en de grootte of proportie van het merk ten aanzien van de betrokken waren naar behoren blijkt. De bestanddelen die geen deel uitmaken van het voorwerp van de inschrijving worden visueel onderscheiden, bij voorkeur door middel van onderbroken of stippellijnen.

2.1 Gevolgen van de uitbreiding van de merkcategorieën voor wat merk kan zijn

Hoewel het aantal merkcategorieën is uitgebreid, geldt voor een aantal nieuwe merkcategorieën niet dat de merkhouder nu merken kan inschrijven die hij voorheen niet kon laten registreren. Zo was het voor de uitbreiding reeds vaste rechtspraak dat patroon- en positiemerken bestaande merken waren. In dit opzicht is hier slechts sprake van een codificatie van de rechtspraak. Een patroon- of positiemerk kon onder oud recht worden ingeschreven in de categorie 'beeldmerk'; het was vervolgens aan de merkhouder om duidelijk te maken met de weergave

van het merk dat het om een positie- of patroonmerk ging en niet om een beeldmerk.¹³ Bijvoorbeeld een patroonmerk kon de merkhouder dit bij uitstek doen door een reeks elementen op regelmatige wijze te herhalen. Dit kan er onder oud recht zo uit zien:¹⁴



Beeldmerk ingeschreven in de categorie 'beeldmerk'



Patroonmerk ingeschreven in de categorie 'beeldmerk'

Naast patroon- en positiemerken werd onder oud recht een soortgelijke oplossing gevonden voor onder andere bewegingsmerken. Onder oud recht bestond ook de categorie 'bewegingsmerk' nog niet, maar werden bewegingsmerken ingeschreven in de categorie 'overig'. In de weergave van het merk maakten merkhouders veelal duidelijk dat het ging om een bewegingsmerk door met grafische beelden de beweging duidelijk te maken. Voorbeelden zijn het bekende bewegingsmerk van Henkel,¹⁵ bestaande uit een hand die over (vrouwen)haar strijkt, en het bewegingsmerk van Nokia,¹⁶ bestaande uit twee handen die elkaar vastpakken.



Het bewegingsmerk van Henkel



Het bewegingsmerk van Nokia

Hetzelfde geldt voor geluidsmerken, die ook werden ingeschreven in de categorie 'overig', met de beschrijving erbij dat het merk bestaat uit het merk wordt gevormd door het beschreven geluid.¹⁷

Hoewel de merkcategorieën bewegings-, patroon- en positiemerk dus in wezen geen nieuwe merken introduceren, brengen zij wel de broodnodige rechtszekerheid die onder oud recht nog wel eens ontbrak. De merkcategorieën, tezamen met het modernere registratiesysteem,

maken het mogelijk dat de merkhouders duidelijker en nauwkeuriger kan aangeven wat zijn merk is, waardoor het recht dat hem toekomt ook sterker is.

Voor merkinschrijvingen die onder huidig recht worden gedaan, heeft de oplossing van de rechtspraak voor de inschrijving van bewegings-, geluids-, patroon- en positiemerken zijn waarde verloren. Nu deze merken ook door de wetgever zijn erkend en zij hun eigen merkcategorieën hebben, kan redelijkerwijs van de merkhouders worden verwacht dat hij bij de aanvraag van zijn merk zo precies mogelijk specificeert welk type merk het betreft. De inschrijving van bijvoorbeeld patroon- en positiemerken in de categorie 'beeldmerk' is onder huidig recht niet meer acceptabel, iets wat de Uitvoeringsverordening ook expliciteert in art. 2 lid 1 onder d jo. art. 3.¹⁸ Dit is ook niet meer dan logisch: het merktype dat de merkaanvrager kiest is immers niet (slechts) van administratief belang, maar behelst een juridisch vereiste.¹⁹

Wel nieuw is de mogelijkheid om hologram- en multimediamerken in te schrijven. Dit was onder oud recht geen mogelijkheid. De categorieën hologram- en multimediamerk brengen aldus wel met zich mee dat merkhouders nu merken kunnen inschrijven die zij voorheen niet konden inschrijven. Hologram- en multimediamerken zijn tot op heden niet populair: in het registratiesysteem van het EUIPO zijn maar vijf hologrammerken ingeschreven en één multimediamerk.²⁰

Nu duidelijk is wat onder huidig recht merk kan zijn en hoe het huidig recht verschilt met het oude recht, zal ik ingaan op het juridische belang van de merkkwalificatie in de merkaanvraag. Het juridisch belang van de merkkwalificatie komt voornamelijk naar voren in relatie tot de vragen of een teken onderscheidend vermogen heeft en of een teken duidelijk en nauwkeurig is weergegeven in het register. Ik zal daarom nu inhoudelijk ingaan op deze verhouding tussen de merkkwalificatie van de merkhouders en de eisen van onderscheidend vermogen (par. 3) en een duidelijke en nauwkeurige weergave in het register (par. 4). Voor ik dit doe moet ik kort aanstippen dat veel rechtspraak die ik behandel, of waarnaar ik verwijs, is geweest onder oud recht, veelal de richtlijn 2008/95 of de verordening 207/2009. Tevens geldt dat het oude recht, ook al is het reeds vervangen door het huidig wettelijk kader, nog steeds relevant is. Dit komt omdat alle inschrijvingen van merken die zijn gedaan onder oud recht, ook moeten worden beoordeeld onder hetzelfde recht. Met andere woorden, de datum waarop de aanvraag tot inschrijving van een merk is ingediend, is bepalend voor de vaststelling van het toepasselijke materiële recht in geval van een weigering tot inschrijving van dat merk.²¹ Zoals ik reeds heb aangestipt zijn de twee vereisten van wat een merk kan zijn naar huidig recht, in materieel rechtelijke zin, onveranderd gebleven. Wat betreft de context en doelstellingen is de bepaling ook niet anders geworden.²² Ik meen om deze reden dat de rechtspraak die geweest is onder oud recht, wanneer het de uitleg van het vereiste van onderscheidend vermogen of (toen nog) de grafische weergave in het register betreft, in beginsel kan worden doorgetrokken naar de uitleg van het huidig recht.²³ Tot op heden lijkt de rechtspraak hier ook vanuit te gaan.²⁴

3. Onderscheidend vermogen

Voor ik toekom aan de verhouding van de merkkwalificatie en het onderscheidend vermogen zet ik eerst, voor zover relevant, kort uiteen wat onderscheidend vermogen inhoudt. Zoals al eerder genoemd, moet een teken onderscheidend vermogen hebben om te kunnen fungeren als merk. Zonder onderscheidend vermogen vervult het teken immers

niet de primaire functie van een merk, te weten de herkomstfunctie. De hamvraag bij dit vereiste is aldus of het teken in kwestie geschikt is om de betrokken waar of dienst als afkomstig van een bepaalde onderneming te identificeren.²⁵ Of dit het geval is moet worden beoordeeld aan de hand van i) de waren of diensten waarvoor het teken is ingeschreven en ii) de perceptie van het relevante publiek.²⁶ Dit relevante publiek bestaat uit de normaal geïnformeerde, redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument van die waren of diensten.²⁷ De beoordeling van de perceptie van de gemiddelde consument moet in concreto geschieden, rekening houdend met alle relevante feiten en omstandigheden. Een merk dat in beginsel onderscheidend vermogen mist voor de waren of diensten waarvoor het is ingeschreven kan dit naderhand verkrijgen door in te burgeren.

Voor alle tekens geldt dezelfde maatstaf om te toetsen of het teken onderscheidend vermogen heeft. Met andere woorden, er mag voor geen enkel teken – ook niet voor minder traditionele tekens als vormen, kleuren en geuren – een strengere maatstaf worden aangelegd. Evenwel oordeelt het Hof steevast dat hoewel de maatstaf voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen voor elk teken hetzelfde is, dit niet geldt voor de invulling van deze maatstaf. Volgens het Hof blijkt bij de toepassing van deze criteria namelijk dat de perceptie van het relevante publiek niet noodzakelijkerwijs dezelfde is voor alle categorieën merken, en dat het dus voor sommige categorieën merken moeilijker is om het onderscheidend vermogen vast te stellen dan voor andere categorieën.²⁸ Dit geldt volgens het Hof in het bijzonder voor vormen. Hoewel ook bij vormen dezelfde maatstaf voor het onderscheidend vermogen geldt,²⁹ geldt volgens het Hof dat het publiek een vorm in beginsel niet opvat als herkomstaanduidend.³⁰ Omdat de gemiddelde consument – in tegenstelling tot bijvoorbeeld woord- of beeldmerken – niet gewend is om de herkomst van de waar bij gebreke van enig grafisch of tekstueel element af te leiden uit de vorm van de waar of de verpakking, moet een vorm op significante wijze afwijken van de norm of van wat in de betrokken sector gangbaar is alvorens het (van huis uit) onderscheidend vermogen heeft.³¹ De eis dat een teken significant moet afwijken van de norm of hetgeen in de betrokken sector gangbaar is, heeft het Hof doorgetrokken naar andere tekens die onlosmakelijk verbonden zijn met het uiterlijk van de waar. Doorslaggevend voor de toepassing van de significante afwijking-regel is derhalve niet de kwalificatie van het teken, maar de vraag of het teken samenvalt met het uiterlijk van de waar.³²

Een andere categorie tekens die het publiek – net als vormmerken – in beginsel niet opvat als herkomstaanduidend zijn kleuren. Derhalve geldt een soortgelijke regel als de significante afwijking-regel voor kleurmerken, zij het dat het Hof het iets anders formuleert: een kleur of kleurcombinatie kan slechts 'in uitzonderlijke gevallen' onderscheidend vermogen van huis uit bezitten, omdat kleuren naar hun aard nauwelijks geschikt zijn om informatie over te brengen.³³ Voor kleurmerken geldt daarnaast nog dat de rechter bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen een bepaalde vrijhoudingsbehoefte moet meewegen.³⁴

3.1 Onderscheidend vermogen en merkkwalificatie

Elk teken moet dus in concreto worden getoetst op onderscheidend vermogen aan de hand van dezelfde criteria. De belangrijkste criteria zijn de waren of diensten waarvoor het teken is ingeschreven en de perceptie van het publiek. Voor de invulling van wat de perceptie van het publiek is, is de aard van het teken van belang. Hoewel de waren of diensten van het geval en de perceptie van het publiek het meeste gewicht in de schaal leggen, moet bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen ook rekening worden gehouden met alle andere

relevante omstandigheden van het geval. Zo ook de kwalificatie die de merkhouder zelf geeft aan zijn merk in de merkaanvraag. Dit heeft het Hof eens te meer duidelijk gemaakt in het arrest *Hartwall*.³⁵ Het Hof stelt in *Harwall* dat de door de aanvrager bij de inschrijving aan een teken gegeven kwalificatie als kleurmerk of beeldmerk, een relevante omstandigheid is voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen van een merk.³⁶ Dit houdt verband met de hoofdregel dat een kleur of een kleurencombinatie in beginsel geen onderscheidend vermogen heeft (r.o. 29-30) en dat bij kleuren een vrijhoudingsbehoefte speelt die de rechter moet meenemen bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen (r.o. 31). In het verlengde van het voorgaande geldt mijns inziens ook dat de merkkwalificatie van de merkhouder in het bijzonder relevant is als hij het merk kwalificeert als vormmerk. Een vorm heeft volgens het Hof in beginsel immers ook geen onderscheidend vermogen, tenzij de vorm significant afwijkt van de norm van de markt. Kwalificeert de merkhouder zijn merk als vormmerk, dan is dit – net als bij kleurmerken – een aanwijzing dat het merk niet snel (van huis uit) onderscheidend vermogen zal hebben. Deze uitgangspunten van het onderscheidend vermogen van vorm- en kleurmerken ontslaan de rechter natuurlijk niet van zijn plicht om het onderscheidend vermogen in concreto te onderzoeken.

De kwalificatie die aan het teken is gegeven door de merkhouder hoeft echter geen relevante omstandigheid te zijn voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen, zo blijkt uit het arrest *Deichmann*.³⁷ In dit arrest staat een merk centraal dat bestaat uit een kruis. In de merkinschrijving is met stippellijnen een schoen weergegeven, waarmee duidelijk wordt gemaakt dat het beoogde gebruik van het kruismerk de zijkant van schoenwaren is. Bij de inschrijving van het merk heeft de merkhouder aangegeven dat het kruis een beeldmerk is.

Volgens het Europees Gerecht is het kruismerk daarentegen niet alleen een beeldmerk maar tegelijkertijd ook een positiemerk.³⁸ Evenwel is volgens het Europees Gerecht niet relevant of sprake is van een beeldmerk, een positiemerk of van allebei: de kwalificatie van het merk verandert volgens het Gerecht niets aan de beoordeling van het onderscheidend vermogen ervan. Het Hof bevestigt dit oordeel van het Gerecht en stelt dat het in de omstandigheden van het geval niet belangrijk is dat het merk is ingeschreven als beeldmerk, maar afwijkend van die kwalificatie ook kan worden gezien als een positiemerk.

Het oordeel van het Hof lijkt mij juist. Voor positiemerken en beeldmerken gelden geen afwijkende uitgangspunten voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen,³⁹ waar dit wel het geval is voor vorm- en kleurmerken. Het is daarom mijns inziens correct om te stellen dat het voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen in het geval van *Deichmann* niet relevant is hoe de merkhouder zijn merk heeft gekwalificeerd. Dat gezegd hebbende, is de formulering van het algemene uitgangspunt over het belang van de merkkwalificatie als relevante omstandigheid voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen in *Deichmann*, zacht gezegd, opmerkelijk. Het Hof overweegt in r.o. 42 namelijk als volgt:

‘Het Gerecht heeft in punt 33 van het bestreden arrest op goede gronden eraan herinnerd dat „positiemerken” aanleunen bij beeldmerken en driedimensionale merken aangezien daarbij beeld- of driedimensionale elementen op het oppervlak van een waar worden aangebracht, en dat de vraag of een „positiemerk” een beeldmerk of een *driedimensionaal merk vormt dan wel tot een bijzondere categorie merken behoort voor de*

beoordeling van het onderscheidend vermogen van een merk irrelevant is (accentuering J.T.)’

R.o. 42 van *Deichmann* lijkt op gespannen voet te staan met *Hartwall*. Uit *Hartwall* wordt namelijk duidelijk dat de gegeven kwalificatie kleurmerk of beeldmerk een van de relevante elementen vormt voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen (zie expliciet r.o. 35). Dit uitgangspunt uit *Hartwall* geldt – zoals net besproken – logischerwijs ook voor vormmerken. Het is daarom erg tegenstrijdig dat het Hof in r.o. 42 van *Deichmann* overweegt dat het voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen irrelevant is dat het merk een ‘driedimensionaal merk vormt dan wel tot een bijzondere categorie merken behoort’. Dit staat haaks op het uitgangspunt van *Hartwall* dat bij kleurmerken (en bij vormmerken) de merkkwalificatie juist een relevante omstandigheid is voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen.

De enige manier hoe ik van deze (schijnbare?) tegenstrijdigheid chocola kan maken, is door onderscheid te maken tussen enerzijds de criteria voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen en anderzijds de toepassing van deze criteria. Het Hof lijkt mij in r.o. 42 van *Deichmann* te verwijzen naar de criteria van de beoordeling van het onderscheidend vermogen. Deze zijn voor elk merk hetzelfde, te weten dat het onderscheidend vermogen moet worden beoordeeld aan de hand van i) de waren of diensten waarvoor het teken is ingeschreven en ii) de perceptie van het relevante publiek. Omdat deze criteria gelden ongeacht de kwalificatie van het merk, is het (in dit kader) inderdaad irrelevant voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen hoe het merk wordt gekwalificeerd door de merkhouder. De overwegingen van het Hof in *Hartwall* – dat de merkkwalificatie een van de relevante elementen kan zijn bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen – zien dan in tegenstelling tot *Deichmann* niet op de criteria zelf maar op de toepassing van deze criteria. Zoals reeds besproken geldt volgens het Hof immers dat bij het toepassen van het criterium ‘de perceptie van het publiek’ het publiek wél gewend is om woord- en beeldmerken te herkennen als herkomstaanduiders, maar vormen en kleuren niet. Het is daarom dat in dit kader de merkkwalificatie wél relevant is voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen.

Dit aangelegde onderscheid tussen de criteria van de beoordeling van het onderscheidend vermogen en de toepassing van deze criteria is enigszins kunstmatig en is wel een heel vrije interpretatie van hetgeen staat in *Hartwall* en *Deichmann*. Het lijkt mij evenwel de enige interpretatie die juist kan zijn, omdat anders botweg geldt dat *Hartwall* en *Deichmann* op dit punt tegenstrijdig zijn.

3.2 Gevolgen van de uitbreiding van de merkcategorieën voor onderscheidend vermogen

Samengevat geldt dat de merkkwalificatie van de merkhouder maar een beperkt materieelrechtelijk gevolg heeft bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen. De merkkwalificatie geeft immers een aanwijzing wat de aard van het teken is. De aard van het teken is op zijn beurt weer van belang bij de vaststelling van de perceptie van het publiek.

De vraag is vervolgens of de uitbreiding van de merkcategorieën materieelrechtelijke gevolgen heeft voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen van een teken. Dit lijkt mij niet het geval. De nieuwe merkcategorieën brengen voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen geen nieuwe materieelrechtelijke gevolgen tot stand. Onder oud recht was het al zo dat de aard van het teken belang-

rijk is voor de vaststelling van de perceptie van het publiek en dat de merkkwalificatie van de merkhouder een hulpmiddel is bij het vaststellen van de aard van het teken. De uitbreiding verandert niets aan deze rol van de merkkwalificatie bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen. Wel kan het zo zijn dat de merkkwalificatie van de merkhouder vaker deze rol als hulpmiddel gaat vervullen. Nu er immers meer merkcategoryën zijn, kan de merkhouder onder huidig recht preciezer aangeven wat hij denkt dat de aard van het teken is.

4. Duidelijk en nauwkeurig in het register

De kwalificatie van het merk door de merkhouder is niet alleen relevant voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen. Ook voor de vraag of het merk duidelijk en nauwkeurig in het register is ingeschreven is de gegeven kwalificatie relevant. Zoals al eerder is besproken, is een teken duidelijk en nauwkeurig in het register weergegeven als het teken in kwestie voldoende duidelijk, nauwkeurig, als zodanig volledig, gemakkelijk, begrijpelijk, duurzaam en objectief is. Het vereiste heeft met name tot doel om het merk af te bakenen en aldus te bepalen wat precies de bescherming is die het ingeschreven merk aan de houder ervan verleent.⁴⁰ Op deze manier weten zowel marktdeelnemers als de bevoegde autoriteiten waar ze aan toe zijn. Voor de meeste soorten merken bevat art. 3 Uitvoeringsverordening de eisen waaraan de weergave van een merk moet voldoen om duidelijk en nauwkeurig genoeg te zijn.

4.1 Merkkwalificatie en het voorwerp en de omvang van bescherming

Hoe de merkhouder zijn merk kwalificeert bij de aanvraag, speelt een grote rol bij de vraag of een teken duidelijk en nauwkeurig is ingeschreven. Dit komt doordat de kwalificatie van de merkhouder mede tot doel heeft om het voorwerp en de omvang van de bescherming te verduidelijken.⁴¹ Bij bijvoorbeeld een beeldmerk is het voorwerp van bescherming de precieze grafische weergave van het beeld dat de aanvrager heeft laten inschrijven, inclusief omtreklijnen en (eventuele) kleuren.⁴² De omvang van bescherming is in het verlengde daarvan beperkt tot die grafische weergave. Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld een kleurmerk, waar de omtreklijnen geen onderdeel zijn van het voorwerp van bescherming. Dit betekent ook dat de omvang van bescherming van een kleurmerk ruimer is dan die van een beeldmerk, omdat een kleurmerk bescherming verleent voor een kleur of kleurcombinatie als zodanig en aldus niet is beperkt tot de (exacte) grafische weergave. De bescherming van de kleurcombinatie is vervolgens wel beperkt tot de specifieke systematische schikking van het merk. De kwalificatie positiemerk daarentegen verduidelijkt dat het voorwerp van de bescherming – in tegenstelling tot een kleur- of beeldmerk – het teken op een bepaalde plek van een waar is. De omvang van de bescherming is derhalve beperkt tot het aanbrengen van het teken op de in de inschrijving gespecificeerde plek. In zekere zin is de beschermingsomvang van een positiemerk daarom ook beperkter dan een beeldmerk, omdat de bescherming van een positiemerk niet strekt tot de weergave van het merk als zodanig. Evenwel geldt dat de beschermingsomvang van een positiemerk groter is dan dat van een beeldmerk als ook het vermeend inbreukmakend teken wordt aangebracht op de positie van de waar die is gespecificeerd in de weergave van het positiemerk.

In *Hartwall* heeft het Hof een keiharde consequentie verbonden aan de situatie dat de merkkwalificatie van de merkaanvrager tegenstrijdig is met weergave van het merk. Zodra er een tegenstrijdigheid is tussen de weergave van het merk en de merkkwalificatie van het merk, *waardoor* het onmogelijk is de omvang en het voorwerp van bescherming vast te

stellen, dan moet de inschrijving van het merk worden geweigerd op de grond dat de merkaanvraag niet duidelijk en nauwkeurig is (r.o. 40). In het verlengde hiervan ligt in de rede dat hetzelfde geldt voor een reeds ingeschreven merk, waarbij in de ogen van de rechter de weergave van het merk en de merkkwalificatie niet met elkaar zijn te rijmen. De consequentie die het Hof verbindt aan een tegenstrijdige merkkwalificatie en merkweergave is mijns inziens terecht. Het is een duidelijk signaal dat merkhouders zorg moeten dragen voor het secuur inschrijven van hun merken. Ik denk evenwel dat het in de rede ligt om deze regel uit *Hartwall* terughoudend toe te passen, voornamelijk in het geval dat de inschrijving van het merk is gedaan onder oud recht. Onder oud recht konden merkhouders van bijvoorbeeld patroon- en positiemerken niet anders dan hun merk inschrijven in de categorie 'beeldmerk'.⁴³ Het zou wel erg ver gaan om deze merkhouders hun merk te ontnemen louter omdat de merkkwalificatie en de weergave van het merk uiteenlopen. In het eerder besproken arrest *Deichmann* (zie par. 3) oordeelt het Hof in eenzelfde zin in r.o. 40, door te stellen dat het merk van *Deichmann* is ingeschreven onder oud recht en dat toentertijd nog geen aparte merkcategory 'positiemerken' bestond. Het was dus niet mogelijk voor *Deichmann* om zijn merk, bestaande uit een kruis op de zijkant van een schoen waarbij de schoen in stippellijnen is weergegeven, in te schrijven als positiemerk. Dit betekent volgens het Hof dat het Gerecht niet verplicht was te oordelen dat de kwalificatie van het betrokken merk als beeldmerk of positiemerk relevant was. Het Hof oordeelt vervolgens dat het in casu ter vaststelling van de omvang van de bescherming niet van belang is dat het betrokken merk is ingeschreven als beeldmerk (r.o. 47).⁴⁴ Deze voorgestelde, redelijke uitleg van de *Hartwall*-regel volgt mijns inziens ook uit het arrest zelf: in r.o. 40 zegt het Hof immers dat de tegenstrijdigheid in de merkinschrijving tot gevolg moet hebben dat het onmogelijk is om het voorwerp en de omvang van de gevraagde bescherming vast te stellen. Dat de merkkwalificatie en de weergave van het merk uiteenlopen, is dus niet voldoende om te oordelen dat de inschrijving aldus niet duidelijk en nauwkeurig is.

4.2 Gevolgen van de uitbreiding van de merkcategoryën voor duidelijk en nauwkeurig in het register

Het is de vraag of deze belangrijke nuance van de *Hartwall*-regel ook geldt voor merken die zijn ingeschreven onder huidig recht. *Hartwall* is namelijk gewezen met betrekking tot de oude richtlijn en er zijn denk ik goede argumenten om te stellen dat *Hartwall* op dit punt niet kan worden doorgetrokken naar de uitleg van huidig recht. In tegenstelling tot oud recht kan onder huidig recht namelijk wél gewoon worden gekozen voor de categoryën positiemerk, patroonmerk etc. als dit type merk wordt ingeschreven. Een rechter die wordt geconfronteerd met een merk dat is ingeschreven onder huidig recht, waarbij het gekozen merktype niet overeenkomt met de weergave van het merk, kan terecht vraagtekens zetten bij de inschrijving en zich afvragen waarom niet is gekozen voor het merktype dat in de weergave is te zien. Ik denk dat de rechter in het verlengde hiervan ook eerder kan concluderen dat hij hierdoor onmogelijk het voorwerp en de omvang van bescherming kan vaststellen. In tegenstelling tot oud recht heeft de merkhouder onder het huidige recht immers geen enkele logische reden om bijvoorbeeld positiemerken en patroonmerken in te schrijven in de category 'beeldmerk'. Hoewel ik meen dat onder huidig recht de rechter eerder kan concluderen dat door een uiteenlopende merkkwalificatie en weergave van het merk het voorwerp en de omvang van bescherming niet zijn vast te stellen, zal de rechter ook onder huidig dit wel in concreto nog moeten toetsen.

5. Conclusie

De kwalificatie van het merk lijkt bij het deponeren van dat merk niets meer dan het voor administratieve doeleinden aanvinken van een vakje. Niets is minder waar: de merkkwalificatie is een juridisch vereiste. De kwalificatie die de merkhouder aan zijn merk geeft in de merkaanvraag heeft verschillende gevolgen. Een van die gevolgen is dat de kwalificatie onder omstandigheden een relevante omstandigheid kan zijn bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen. De uitbreiding van de merkcategorieën heeft in dit kader geen materieelrechtelijke gevolgen gehad. Wel kan het zo zijn dat de merkkwalificatie van de merkhouder vaker een rol als hulpmiddel gaat vervullen bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van een teken door de uitbreiding van de merkcategorieën.

Bij de vraag of het teken duidelijk en nauwkeurig is weergegeven in het register speelt de merkkwalificatie van de merkhouder een grotere rol. De kwalificatie helpt om het voorwerp en de omvang van bescherming vast te stellen. Het Hof heeft tevens een belangrijk gevolg verbonden aan de situatie dat de merkkwalificatie en merkgewege te veel uit elkaar lopen. Zijn de kwalificatie en de weergave van het merk niet met elkaar te rijmen, waardoor het onmogelijk wordt voor de rechter om het voorwerp en de omvang van bescherming van het merk vast te stellen,

dan is het merk niet duidelijk en nauwkeurig ingeschreven en dus nietig. Niet alleen kunnen de gevolgen van de merkkwalificatie van de merkhouder groot zijn voor de vraag of het teken duidelijk en nauwkeurig is weergegeven in het register, maar ik meen tevens dat de uitbreiding van de merkcategorieën hier wél een relevant materieelrechtelijk gevolg in het leven roept. Door de uitbreiding van de merkcategorieën kan de merkhouder nu preciezer aangeven wat voor teken hij wil inschrijven. In het geval de aangekruiste merkategorie niet overeenkomt met de weergave van het merk, kan de rechter mijns inziens eerder concluderen dat het merk niet duidelijk en nauwkeurig is ingeschreven.

De uitbreiding van de merkcategorieën heeft volgens mij aldus uitsluitend (extra) materiële gevolgen voor de beoordeling van de vraag of een teken duidelijk en nauwkeurig is ingeschreven. Het is om deze reden zaak om zorgvuldig een merk te deponeren. Doet de merkhouder dit niet, dan kan dit vervelende gevolgen hebben. Een goede reden voor merkhouders om eerst goed te overleggen met een merkgemachtigde voordat ze hun merken deponeren. Op deze manier kan een hoop ellende worden voorkomen.

Utrecht, september 2021

- 1 EUIPO, 'Intellectual property rights and firm performance in the European Union', p. 12. Tabel E1.
- 2 Pagina 14, tabel E3 van het rapport.
- 3 In het rapport van het EUIPO is alleen gekeken naar de correlatie tussen octrooi-merk- en modelrechten op de omzet van een bedrijf. Andere IE-rechten zijn niet meegenomen in de analyse.
- 4 Zie Verordening (EU) 2017/1001 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 inzake het Uniemerk en richtlijn (EU) 2015/2436 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2015 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten
- 5 Uit het *Dyson*-arrest blijkt dat een merkaanvraag ook nog aan een derde voorwaarde moet voldoen: het moet volgens het Hof ook een teken betreffen, zie HvJ EG 25 januari 2007, C-321/03, *IER* 2007/47, m.nt. Gielen, *BIE* 2008/19, m.nt. Visser (*Dyson/UK Registrar*). Genoemde annotatoren zijn kritisch op de afzonderlijke plaats/functie die het Hof aan het begrip 'teken' heeft gegeven. Ik sluit mij graag aan bij deze kritiek. Dit vereiste uit het *Dyson*-arrest laat ik in dit artikel verder buiten beschouwing, omdat het verlopen van de tijd ons heeft geleerd dat dit vereiste buiten het *Dyson*-arrest zelf, tot op heden, geen (belangrijke) rol speelt in het merkenrecht.
- 6 Vgl. HvJ EG 12 december 2002, C-273/00 (*Sieckmann*), r.o. 49-52.
- 7 Voor toen nog gemeenschapsmerken (nu: Uniemerken) zie verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het Gemeenschapsmerk. De oude merkenrichtlijn is richtlijn 2008/95/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2008 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten.
- 8 HvJ EG 12 december 2002, C-273/00 (*Sieckmann*), r.o. 48-55.
- 9 Het huidige recht is te vinden in Verordening (EU) 2017/1001 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 inzake het Uniemerk en richtlijn (EU) 2015/2436 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2015 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten. Zie voor de codificatie van het *Sieckmann*-criterium expliciet overweging 10 van de considerans van verordening 2017/1001 en overweging 13 van de considerans van richtlijn 2015/2436.
- 10 Zie in deze zin bijvoorbeeld de Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting bij het Protocol van 11 december 2017 houdende wijziging van het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen), in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2015/2436, p. 1.
- 11 Zie ook European Trade Mark and Design Network, 'CP11 Common Practice – New Types of trade mark – Examination of formal requirements and grounds for refusal and invalidity' (versie 0.21 van 6 maart 2020).
- 12 Zie artikel 3 Uitvoeringsverordening (EU) 2018/626 van de commissie van 5 maart 2018 houdende nadere uitvoeringsvoorschriften voor enkele bepalingen van verordening (EU) 2017/1001 van het Europees parlement en de raad inzake het uniemerk en tot intrekking van Uitvoeringsverordening (EU) 2017/1431. Gek genoeg heeft het Uitvoeringsreglement van het BVIE geen definities van de verschillende type merken, noch een volledige opsomming van de verschillende soorten merkcategorieën. Het Uitvoeringsreglement van het BVIE volstaat met de opmerking dat een geldig depot vereist 'de aanduiding of het merk een woordmerk, een beeldmerk, een gecombineerd woord-beeldmerk, een vormmerk *dan wel een ander type merk is*. In dit laatste geval dient eveneens te worden aangeduid welk type merk het betreft' (accentuering toegevoegd).

- 13 Zie voor patroonmerken o.a. GEU 19 september 2012, T-326/10 (*Fraas/OHIM*); HvJ EU 13 september 2018, C-26/17 P; GEU 19 juni 2019, T-307/17 (*Adidas/Shoe Branding*), r.o. 33-34. Zie voor positiemerken o.a. GEU 15 juni 2010, T-547/08 (*X Technology Swiss*); HvJ EU 6 juni 2019, C-233/18 (*Deichmann*).
- 14 Al dan niet vergezeld met een verduidelijkende beschrijving dat het merk bestaat uit een reeks elementen die op regelmatige wijze wordt herhaald.
- 15 EUTM 002762813. De beschrijving bij het (inmiddels verlopen) merk luidt als volgt: 'Moving mark consisting of 6 individual images. The representation time is 14.5 seconds; the filmic representation is set out as follows; the movement of a hand is shown, stroking the hair of a woman; image 1: representation time: 1 second; the side profile of a woman is shown (head turned to the left); a hand lies on her hair, not far from the hairline; image 2: representation time: 1.5 seconds: the hand strokes the woman's hair; only the hair and the left eye of the woman are visible; her hair has a sheen at the hairline; image 3: representation time: 2 seconds; the hand strokes the woman's hair, coming to rest further down the hair; the sheen on her hair moves as the hand moves downwards; side profile of the woman (head turned to the left, only the left eye showing); image 4: representation time: 2.5 seconds: the hand continues to stroke the woman's hair; white dots appear at the hairline; a sheen appears on the hair underneath; side profile of the woman, head turned to the left, face showing down to the mouth; image 5: representation time: 3.5 seconds: the white dots and the sheen on the hair move further downwards along the hair; the hand is no longer visible; image 6: representation time: 4 seconds: side profile of the woman without the hand on her hair; the white dots and the sheen move further downwards and come to rest at the end of the hair.'
- 16 EUTM 003429909. De beschrijving bij het (nog steeds ingeschreven) merk luidt als volgt: 'The mark comprises an animation which consists of four images depicting hands coming together, shown in succession from left to right and from top to bottom.'
- 17 HvJ EG 27 november 2003, C-283/01 (*Shieldmark*). Veelal werd ook een notenbalk gedeponerd.
- 18 Zie in deze zin ook GEU 19 juni 2019, T-307/17 (*Adidas/Shoe Branding*), r.o. 34.
- 19 HvJ EU 25 oktober 2018, C-433/17 P (*Enercon*).
- 20 Gecontroleerd op 25 augustus 2021, 13:18u.
- 21 Vgl. HvJ EU 8 oktober 2020, C-456/19 (*Östgötatrafiken*), r.o. 28.
- 22 Vgl. in dezen ook hoe het Hof van Justitie is omgegaan met de aanpassingen die hebben plaatsgevonden toen richtlijn 89/104 werd vervangen door richtlijn 2008/95. O.a. in HvJ EU 19 juni 2014, C-217/13 en C-218/13 (*Oberbank*), r.o. 31-32 stelt het Hof dat, omdat de overeenkomstige bepalingen van richtlijn 89/104 niet beduidend zijn gewijzigd wat hun bewoordingen, context en doelstellingen betreft, de rechtspraak inzake de relevante bepalingen van richtlijn 89/104 van toepassing blijft op de overeenkomstige bepalingen van richtlijn 2008/95.
- 23 Met mogelijk één nuance, die ik zal bespreken in par. 4.
- 24 Zie in deze zin bijv. GEU 23 september 2020, T-796/16 (*Grashalm in een fles*), r.o. 105.
- 25 Zie bijv. HvJ EG 12 februari 2004, C-363/99 (*Postkantoor*) en HvJ EG 6 mei 2003, C-104/01 (*Libertel*).
- 26 Zie o.a. HvJ EG, C-473/01 P (*Proctor & Gamble/BHIM*).
- 27 Zie o.a. HvJ EU 12 september 2019, C-541/18 (*#Darferdas*).

- 28 Vgl. HvJ EG 8 april 2003, C-53/01 t/m C-55/01 (*Linde, Rado en Winward*). Een voorbeeld van een merk dat volgens het Hof in de ogen van het publiek minder snel onderscheidend vermogen heeft, zijn reclameslogans. Dit omdat de gemiddelde consument niet gewend zou zijn om de herkomst van de waar of dienst uit een slagzin af te leiden. Hoewel niet vereist (want er mag immers geen strengere maatstaf worden aangelegd), heeft een slagzin daarom vooral onderscheidend vermogen wanneer deze niet een gewone reclameboodschap is, maar in zekere mate origineel of pregnant is, een zekere uitleggingsinspanning vraagt of bij het relevante publiek een denkproces in gang zet. Zie HvJ EU 21 januari 2010, C-398/08 (*Vorsprung durch Technik*). Eenzelfde uitgangspunt geldt voor klankmerken, zie GEU 7 juli 2021, T-668/19 (*Geluid openen drankblikje*).
- 29 HvJ EG 18 juni 2002, C-299/99 (*Philips/Remington*).
- 30 Zie HvJ EG 8 april 2003, C-53/01 t/m C-55/01 (*Linde, Rado en Winward*).
- 31 HvJ EG 12 februari 2004, C-218/01 (*Henkel*); HvJ EG 7 oktober 2004, C-136/02 P (*Mag Instrument*).
- 32 Ook bijvoorbeeld beeldmerken bestaande uit een tweedimensionale afbeelding van de waar moet significant afwijken van de norm van de markt voor onderscheidend vermogen, vgl. Zie bijv. HvJ EG 22 juni 2006, C-24/05 (*Storck/OHIM*); HvJ EU 15 mei 2015, zaak C-97/12 (*Louis Vuitton/BHIM*). Hetzelfde geldt voor patroonmerken, omdat patronen in de regel samenvallen met het uiterlijk van de waar, zie bijv. HvJ EU 13 september 2019, C-26/17 P (*Birkenstock*); GEU 3 december 2019, T-658/18 (*Hästens*); GEU 10 juni 2020, T-105/19 (*Louis Vuitton/EUIPO*). Dat het publiek dergelijke tekens minder snel opvat als herkomstaanduiders, heeft het Hof overigens nimmer onderbouwd. Meerdere auteurs zijn daar terecht kritisch over. Zo is bijvoorbeeld Gielen in zijn noot onder het arrest over de inrichting van de Apple-store voor kritiek op deze niet onderbouwde aanname van het Hof van Justitie: HvJ EU 10 juli 2014, C-421/13 (*Apple/Deutsches Patent- und Markenamt*) m.nt. Gielen. Vgl. ook Visser, 'Het vormmerk is dood', in: Verschuur e.a. (red.), *gElen, een bekend begrip*, Deventer: Kluwer 2015, p. 401. Er zijn daarom zelfs auteurs die pleiten voor afschaffing van de significante afwijking-regel, bijv. Teunissen, 'Niet-traditionele merken na *Hauck/Stokke* en de EU Trade Mark package', *IER* 2016/45 en Van Gaal, 'Bescherming van niet-traditionele merken', *BMM* 2019/2.
- 33 Zie HvJ EG 6 mei 2003, C-104/01 (*Libertel*) voor kleuren *an sich*; zie HvJ EG 2004, C-49/02 (*Heidelberger Bauchemie*) voor kleurcombinaties. Het Hof voelt overigens – net als bij vormmerken – geen drang om de aanname dat kleuren naar hun aard minder in staat zijn om merk te zijn, te onderbouwen.
- 34 HvJ EG 6 mei 2003, C-104/01 (*Libertel*), r.o. 52 e.v.
- 35 HvJ EU 27 maart 2019, C-578/17 (*Hartwall*). Dit arrest is niet alleen van belang voor de verhouding merkkwalificatie en onderscheidend vermogen, maar ook voor de verhouding merkkwalificatie en het vereiste dat een teken duidelijk en nauwkeurig moet worden weergegeven in het register. Zie hierover straks par. 4.
- 36 Zie voor het vereiste dat bij de aanvraag de merkhouders zijn merk moet kwalificeren art. 3 lid 3 Uitvoeringsverordening UMrV en art. 1.1 lid 1 sub e Uitvoeringsreglement BVIE.
- 37 HvJ EU 6 juni 2019, zaak C-223/18 (*Deichmann*). Dit arrest gaat voor een deel ook over het merkenrechtelijke leerstuk van normaal gebruik. In dit artikel laat ik dit stuk van het arrest buiten beschouwing.
- 38 GEU 17 januari 2018, zaak T-68/16 (*Deichmann*), r.o. 36.
- 39 Recent heeft het Hof bevestigd dat voor positiemerken inderdaad geen afwijkende regels gelden dan voor andere merken, zie HvJ EU 8 oktober 2020, C-456/19 (*Östgötatrafiken*). Vgl. ook Gevers, 'De stippellijn in positie gebracht: het vormmerkvereiste geldt niet voor (sommige) positiemerken', *IER* 2021/12.
- 40 Zie o.a. HvJ EG 2004, C-49/02 (*Heidelberger Bauchemie*).
- 41 Vgl. *Hartwall*, r.o. 25.
- 42 Zie voor een voorbeeld waarin deze omschrijving van een beeldmerk naar voren komt, GEU 19 juni 2019, T-307/17 (*Adidas/Shoe Branding*).
- 43 Zie eerder aan het begin van par. 2.
- 44 Hierbij wel opgemerkt dat *Deichmann* een hogere voorziening betreft, waardoor in dat kader het niet aan het Hof is om over te gaan tot een toetsing van de feitelijke vaststelling van het Gerecht dat de merkkwalificatie in deze zaak niet van invloed is op de bepaling van het voorwerp en de omvang van bescherming.