

# Rechtspraak

## Merkenrecht

### Nr. 10

#### Hof van Justitie EU 8 oktober 2020

IEF 19470; ECLI:EU:C:2020:813 (C-456/19)

Met noot van A. Ringnalda

#### (Aktiebolaget Östgötatrafiken/Patent- och registreringsverket)

(M. Ilešič, E. Juhász, I. Jarukaitis)

Aktiebolaget Östgötatrafiken  
tegen  
Patent- och registreringsverket

#### Samenvatting

##### Art. 3 lid 1, onder b Rln 2008/95/EG

*Östgötatrafiken heeft inschrijving verzocht van beeldmerken die bestaan uit tweedimensionale (grafische) elementen die zijn aangebracht op een bepaalde positie op voertuigen die in stippellijnen zijn weergegeven. De vraag is of deze tekens samenvallen met het uiterlijk van de waar zodat zij alleen onderscheidend vermogen geacht kunnen worden te hebben indien zij significant afwijken van wat de betrokken sector gangbaar of normaal is. Het Hof antwoordt eerst dat van dergelijk samenvallen ook sprake kan zijn bij tekens die als merk voor een dienst worden ingeschreven. Het Hof antwoordt ten tweede dat in dit geval geen sprake is van tekens die samenvallen met de verschijningsvorm van de voertuigen die gebruikt worden voor de transportdiensten waarop het merkdepot betrekking heeft. De tekens bestaan niet uit een weergave van de vervoermiddelen door de eenvoudige reproductie van de lijnen en contouren daarvan.*

#### Hoofdgeding en prejudiciële vragen

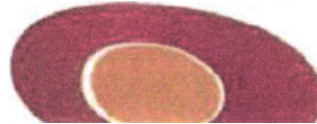
9 Verzoekster in het hoofdgeding is houder van beeldmerken die bij de PRV zijn ingeschreven onder de nummers 363521 tot en met 363523 voor voertuig- en vervoersdiensten van klasse 39 in de zin van de Overeenkomst van Nice van 15 juni 1957 betreffende de internationale classificatie van de waren en diensten ten behoeve van de inschrijving van merken, zoals herzien en gewijzigd.

10 Deze beeldmerken zijn weergegeven als volgt:

– nr. 363521



– nr. 363522



– nr. 363523



11 Op 23 november 2016 heeft verzoekster in het hoofdgeding bij de PRV drie merkaanvragen ingediend voor verschillende voertuig- en vervoersdiensten van klasse 39 in de zin van de Overeenkomst van Nice van betreffende de internationale classificatie van de waren en diensten ten behoeve van de inschrijving van merken.

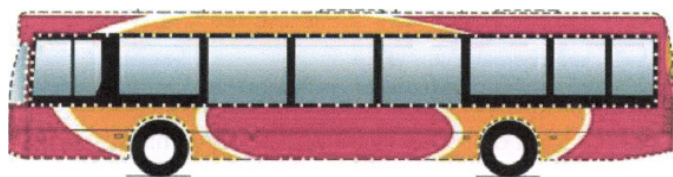
12 In deze drie aanvragen zijn de merken omschreven als volgt: „Beschildering van voertuigen in de kleuren rood, wit en oranje, zoals aangeduid”. Verzoekster in het hoofdgeding heeft er bovendien op gewezen dat deze aanvragen geen betrekking hadden op de vorm zelf van de voertuigen of de zwart/grijze oppervlakken ervan.

13 Bij beslissing van 29 augustus 2017 heeft de PRV deze aanvragen afgewezen op grond dat de als merk aangevraagde tekens louter decoratief van aard waren, niet als aanduiding konden worden opgevat van de diensten waarop deze aanvragen betrekking hebben en derhalve elk onderscheidend vermogen misten.

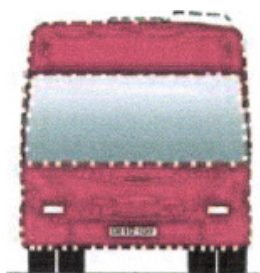
14 Verzoekster in het hoofdgeding is tegen deze beslissing opgekomen bij de Patent- och marknadsdomstol (rechter in eerste aanleg voor intellectuele-eigendomszaken en handelszaken, Zweden).

15 Ter onderbouwing van haar beroep heeft zij erop gewezen dat de aangevraagde merken „positiemarken” zijn en bestaan uit ellipsvormige banden van verschillende omvang, in rood, oranje en wit, die in een bepaalde grootte en positie zijn aangebracht op bussen en treinen waarmee de vervoersdiensten kunnen worden verricht.

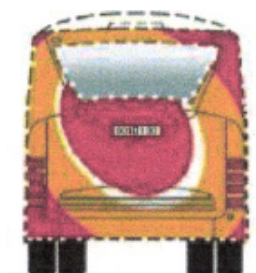
16 Verzoekster heeft de volgende afbeeldingen van de aangevraagde merken ingediend, waarbij de contouren van de voertuigen als stippellijnen zijn weergegeven teneinde duidelijk te maken dat de aangevraagde bescherming geen betrekking had op de vorm van deze voertuigen:



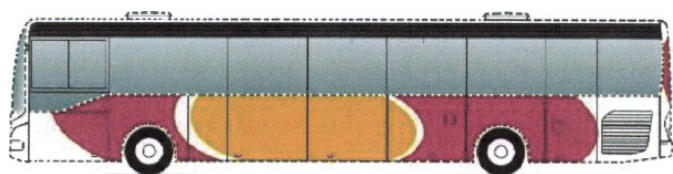
Zijaanzicht



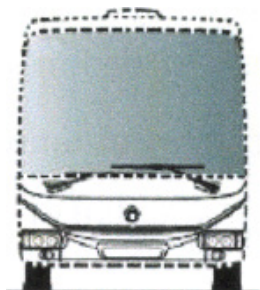
Vooraanzicht



Achteraanzicht



Zijaanzicht



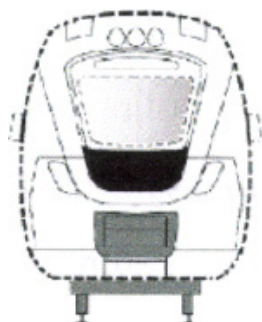
Vooraanzicht



Achteraanzicht



Zijaanzicht



Voor- en achteraanzicht

17 Verzoekster in het hoofdgeding heeft eveneens betoogd dat de aangevraagde merken een vergelijkbare indruk oproepen als die welke door de onder nummers 363521 tot en met 363523 ingeschreven merken wordt opgeroepen en dat het onderscheidend vermogen van eerstgenoemde merken niet anders mag worden beoordeeld louter omdat zij bedoeld zijn om op een bepaalde wijze te worden aangebracht op de voertuigen die voor de vervoersdienst worden gebruikt. Meer in het algemeen heeft zij daaraan toegevoegd dat de verschillende vervoersbedrijven hun eigen illustratie of kleurencombinatie op hun voertuigen aanbrengen, zodat de gebruikers van de door hen verrichte diensten deze illustraties of kleurencombinaties als aanduidingen van de commerciële herkomst beschouwen.

18 De PRV heeft aangevoerd dat niet wordt gevraagd om de beeld-elementen van de litigieuze merken op abstracte wijze te beschermen, maar teneinde deze beeldelementen aan te brengen op de door verzoekster in het hoofdgeding gebruikte voertuigen. Aangezien het onderscheidend vermogen in zijn geheel moet worden beoordeeld en commerciële vervoermiddelen vaak met kleurpatronen worden versierd, moeten de consumenten zich vooraf met dergelijke elementen vertrouwd hebben gemaakt om deze als een merk te kunnen opvatten; bij gebreke daarvan beschouwen zij deze als decoratieve elementen. Gelet op de verscheidenheid aan kleurencombinaties en decoraties op vervoermiddelen in de betreffende economische sector, kunnen de in het hoofdgeding aan de orde zijnde tekens slechts als een aanduiding van de commerciële herkomst worden opgevat wanneer ze voldoende afwijken van de norm of van wat in de betrokken sector gangbaar is, hetgeen niet het geval is.

19 Bij vonnis van 29 maart 2018 heeft de Patent- en marknadsdomstol het door verzoekster in het hoofdgeding ingestelde beroep verworpen op grond dat de aangevoerde bewijzen niet toereikend waren om tot de slotsom te komen dat de kleuren en de vorm van de als merk aangevraagde tekens dermate verschilden van de manier waarop andere ondernemingen hun voertuig decoreren, dat niet kon worden aangenomen dat het relevante publiek deze tekens als een aanduiding van de commerciële herkomst zou opvatten.

20 Verzoekster in het hoofdgeding heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld bij de Svea hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstol (rechter in tweede aanleg Stockholm, zetelend als rechter in tweede aanleg voor intellectuele-eigendomszaken en handelszaken, Zweden).

21 Deze rechter wijst op het in artikel 3 van richtlijn 2015/2436 gestelde basisvereiste dat een teken onderscheidend vermogen moet hebben om een merk te kunnen zijn.

22 In dit verband beklemt de rechter dat volgens vaste rechtspraak van het Hof de perceptie van het onderscheidend vermogen van een teken door het relevante publiek niet noodzakelijkerwijs dezelfde is naargelang het betreffende merk een driedimensionaal merk is dat bestaat in de verschijningsvorm van de waar zelf, dan wel een woord- of beeldmerk. Aangezien de gemiddelde consument niet gewend is om de herkomst van de waar af te leiden uit de vorm ervan of uit die van de verpakking, kan het immers moeilijker zijn om het onderscheidend vermogen van een driedimensionaal merk vast te stellen dan dat van een woord- of beeldmerk. Bijgevolg kan – zoals het Hof reeds heeft geoordeeld – een teken dat samenvalt met de verschijningsvorm van de waar slechts worden geacht onderscheidend vermogen te hebben indien het op significante wijze afwijkt van de norm of van wat in de betrokken economische sector gangbaar is.

23 Met betrekking tot een merk ter aanduiding van een dienst merkt de verwijzende rechter op dat het Hof in punt 20 van het arrest van 10 juli 2014, *Apple* (C-421/13, EU:C:2014:2070), heeft geoordeeld dat de inrichting van een verkoopruimte geschikt kan zijn om de waren of diensten van een onderneming te onderscheiden van die van andere ondernemingen wanneer de afgebeelde inrichting op significante wijze afwijkt van de norm of van wat in de betrokken economische sector gangbaar is.

24 De verwijzende rechter merkt evenwel op dat het Hof in dat arrest niet heeft gepreciseerd onder welke voorwaarden, in het geval van een merk ter aanduiding van een dienst, het vereiste moet worden toegepast dat op significante wijze wordt afgeweken van de norm of van wat in de betrokken economische sector gangbaar is.

25 Bovendien benadrukt hij dat het Hof in datzelfde arrest niet heeft onderzocht of het betrokken merk niet losstond van het uiterlijk van de fysieke voorwerpen die het mogelijk maakten om de diensten waarvoor dit merk was ingeschreven, te verrichten.

26 De verwijzende rechter vraagt zich dan ook af of voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen van tekens die bedoeld zijn om te worden aangebracht op bepaalde delen van voertuigen van een vervoersaanbieder teneinde deze laatste te onderscheiden, dergelijke tekens op significante wijze moeten afwijken van de norm of van wat in de betrokken economische sector gangbaar is.

27 In deze omstandigheden heeft de Svea hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstol, de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Moet artikel 4, lid 1, onder b), van richtlijn [2015/2436] aldus worden uitgelegd dat, in het geval van een aanvraag tot inschrijving van een merk ter aanduiding van diensten, welke aanvraag betrekking heeft op een teken dat in een bepaalde positie is aangebracht en grote vlakken van de fysieke voorwerpen bedekt waarmee de diensten worden verricht, moet worden beoordeeld of het merk al dan niet losstaat van het uiterlijk van de betrokken voorwerpen?

2) Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, is het noodzakelijk dat het merk op significante wijze afwijkt van de norm of van wat in de betrokken economische sector gangbaar is om het te kunnen aanmerken als een merk dat onderscheidend vermogen heeft?”

## Beantwoording van de prejudiciële vragen

28 Om te beginnen dient te worden opgemerkt dat de datum waarop de aanvraag tot inschrijving van een merk is ingediend bepalend is voor de vaststelling van het toepasselijke materiële recht in geval van een weigering tot inschrijving van dat merk (zie naar analogie arrest van 29 januari 2020, *Sky e.a.*, C-371/18, EU:C:2020:45, punt 49).

29 Aangezien de in het hoofdgeding aan de orde zijnde inschrijvingsaanvragen zijn ingediend op 23 november 2016, dat wil zeggen op een tijdstip waarop de termijn voor omzetting van richtlijn 2015/2436 nog niet was verstreken en richtlijn 2008/95 nog niet was ingetrokken, zijn in casu de bepalingen van richtlijn 2008/95 van toepassing op de feiten in het hoofdgeding, en niet die van richtlijn 2015/2436.

30 Bovendien dient te worden benadrukt dat de kleurpatronen waarop de in het hoofdgeding aan de orde zijnde inschrijvingsaanvragen betrekking hebben weliswaar bestemd zijn om op een bepaalde manier te worden aangebracht op een groot deel van de goederen waarmee vervoersdiensten worden verricht, maar dat verzoekster in het hoofdgeding uitdrukkelijk erop heeft gewezen dat de vorm van deze goederen als zodanig niet het voorwerp van deze aanvragen uitmaakte.

31 Bijgevolg wenst de verwijzende rechter met zijn twee vragen, die gezamenlijk dienen worden onderzocht, in wezen te vernemen of artikel 3, lid 1, onder b), van richtlijn 2008/95 aldus moet worden uitgelegd dat het onderscheidend vermogen van een als merk voor een dienst aangevraagd teken dat bestaat uit kleurpatronen en dat bestemd is om uitsluitend en systematisch op een bepaalde wijze te worden aangebracht op een groot deel van de goederen waarmee deze dienst wordt verricht, moet worden beoordeeld in samenhang met die goederen, en of daarbij moet worden nagegaan of dit teken significant afwijkt van de norm of van wat in de betrokken economische sector gangbaar is.

32 Volgens vaste rechtspraak van het Hof bestaat de wezenlijke functie van het merk erin dat aan de consument of aan de eindverbruiker met betrekking tot de gemerkte waar of dienst de identiteit van oorsprong wordt gewaarborgd, in die zin dat hij deze waar of dienst zonder gevaar voor verwarring kan onderscheiden van waren of diensten van andere herkomst (arrest van 12 juni 2019, *Hansson*, C-705/17, EU:C:2019:481, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Dit onderscheidend vermogen in de zin van artikel 3 van richtlijn 2008/95 moet worden beoordeeld met betrekking tot de waren of diensten waarvoor inschrijving is aangevraagd, en voorts op basis van de perceptie ervan door het relevante publiek, dat bestaat uit de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument van die waren of diensten [zie in die zin arresten van 12 februari 2004, *Koninklijke KPN Nederland*, C-363/99, EU:C:2004:86, punt 34, en 12 september 2019, *Deutsches Patent- und Markenamt* (*#darferdas?*), C-541/18, EU:C:2019:725, punt 20].

33 Bovendien dient de bevoegde autoriteit, om te kunnen beoordelen of een teken onderscheidend vermogen heeft in de zin van artikel 3, lid 1, onder b), van richtlijn 2008/95, over te gaan tot een concreet onderzoek, waarbij rekening wordt gehouden met alle relevante omstandigheden van het concrete geval, waaronder in voorkomend geval het gebruik dat is gemaakt van dit teken (zie in die zin arrest van 27 maart 2019, *Hartwall*, C-578/17, EU:C:2019:261, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

34 Wanneer de merkaanvraag, zoals in het hoofdgeding, betrekking heeft op een teken dat bestemd is om uitsluitend en systematisch op een bepaalde wijze te worden aangebracht op een groot deel van de goederen waarmee de diensten worden verricht, kan het onderscheidend vermogen van dit teken niet los van de wijze waarop het aanbrengen van dit teken op deze goederen door het relevante publiek wordt gepercipieerd, worden beoordeeld.

35 Zelfs indien de goederen die worden gebruikt voor het verrichten van de diensten niet het voorwerp van de merkaanvraag uitmaken, neemt dit immers niet weg dat het relevante publiek de kleurpatronen waaruit het betrokken teken bestaat, percipieert als aangebracht op de goederen die de enige drager ervan zijn.

36 Hieruit volgt dat bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van een teken bestaande uit kleurpatronen die bedoeld zijn om uitsluitend en systematisch te worden aangebracht op de goederen die worden gebruikt voor het verrichten van de diensten, met name rekening moet worden gehouden met deze perceptie.

37 In casu staat het aan de verwijzende rechter om in het kader van zijn concrete en globale analyse van het dossier te bepalen of de kleurencombinaties die een systematische schikking bevatten, zoals omschreven in de inschrijvingsaanvragen, in staat zijn om de betrokken tekens intrinsiek onderscheidend vermogen te verlenen (zie naar analogie arrest van 27 maart 2019, Hartwall, C-578/17, EU:C:2019:261, punt 34). Deze voorwaarde zal als vervuld moeten worden beschouwd indien uit die analyse blijkt dat de kleurencombinaties die zijn aangebracht op de vervoermiddelen van verzoekster in het hoofdgeding de gemiddelde consument in staat stellen om de vervoersdiensten van deze onderneming zonder gevaar voor verwarring te onderscheiden van diensten die door andere ondernemingen worden verricht.

38 Indien blijkt dat deze kleurencombinaties geen intrinsiek onderscheidend vermogen hebben voor de betrokken diensten, sluit deze omstandigheid niet uit dat zij een dergelijk onderscheidend vermogen kunnen hebben als gevolg van het gebruik dat ervan wordt gemaakt.

39 In het kader van bovengenoemde analyse hoeft niet te worden nagegaan of de tekens waarvan inschrijving als merk is aangevraagd, op significante wijze afwijken van de norm of van wat in de betrokken economische sector gangbaar is.

40 Volgens vaste rechtspraak van het Hof is het beoordelingscriterium inzake het bestaan van een significante afwijking van de norm of van wat in de betrokken economische sector gangbaar is, immers van toepassing op de gevallen waarin het teken bestaat in de verschijningsvorm van de waar waarvoor de inschrijving als merk is aangevraagd, aangezien de gemiddelde consument niet gewend is om de herkomst van de waar bij gebreke van enig grafisch of tekstueel element af te leiden uit de vorm ervan of uit die van de verpakking (zie in die zin arresten van 29 april 2004, Henkel/BHIM, C-456/01 P en C-457/01 P, EU:C:2004:258, punt 39; 22 juni 2006, Storck/BHIM, C-25/05 P, EU:C:2006:422, punten 27-29, en 7 mei 2015, Voss of Norway/BHIM, C-445/13 P, EU:C:2015:303, punten 90 en 91).

41 Dit beoordelingscriterium is eveneens van toepassing wanneer het teken bestaat in de voorstelling van de inrichting van de fysieke ruimte waarin de diensten worden verricht waarvoor de inschrijving als merk

is aangevraagd (zie in die zin arrest van 10 juli 2014, Apple, C-421/13, EU:C:2014:2070, punt 20).

42 Een dergelijke situatie doet zich echter niet voor in een zaak waarin de betrokken tekens – zoals in casu – bestaan uit grafische elementen die zijn bestemd om te worden aangebracht op de goederen waarmee de in de inschrijvingsaanvraag aangeduide diensten worden verricht.

43 In dit verband dient te worden opgemerkt dat de goederen die gebruikt worden voor het verrichten van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde diensten, namelijk de vervoermiddelen, weliswaar met stippellijnen in de inschrijvingsaanvragen zijn weergegeven teneinde zowel de plaatsen waar de aangevraagde merken zullen worden aangebracht als de contouren ervan aan te geven, maar dat de als merk aangevraagde tekens niet samenvallen met de vorm of de verpakking van deze goederen en evenmin de fysieke ruimte voorstellen waarin de diensten worden verricht. Deze tekens bestaan immers uit kleurencombinaties die systematisch geschikt en ruimtelijk afgebakend zijn. De inschrijvingsaanvragen hebben dus betrekking op specifieke grafische elementen die, anders dan de tekens waarop de in de punten 40 en 41 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak betrekking heeft, niet een goed of een ruimte voor dienstverrichting weergeven door de eenvoudige reproductie van de lijnen en contouren daarvan.

[...]

Het Hof (Tiende kamer) verklaart voor recht:

**Artikel 3, lid 1, onder b), van richtlijn 2008/95/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2008 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten moet aldus worden uitgelegd dat bij de beoordeling van het onderscheidend vermogen van een als merk voor een dienst aangevraagd teken dat bestaat uit kleurpatronen en dat bestemd is om uitsluitend en systematisch op een bepaalde wijze te worden aangebracht op een groot deel van de goederen waarmee deze dienst wordt verricht, rekening dient te worden gehouden met de wijze waarop het aanbrengen van dit teken op deze goederen door het relevante publiek wordt gepercipieerd, zonder dat hoeft te worden nagegaan of dit teken significant afwijkt van de norm of van wat in de betrokken economische sector gangbaar is.**

## Noot

*Onderscheidend vermogen van positiemerken: geen significante afwijking vereist*

1. Volgens het Hof van Justitie kunnen tekens die samenvallen met de verschijningsvorm van de waar waarvoor inschrijving van dat teken als merk wordt gevraagd alleen inherent onderscheidend vermogen hebben indien zij 'significant afwijken van wat de norm is of gangbaar is in de betrokken sector'. Voor de toepasselijkheid van deze drempel is derhalve cruciaal (1) wat het begrip 'verschijningsvorm' omvat; (2) wanneer zo een verschijningsvorm moet worden aangemerkt als de verschijningsvorm 'van een waar'; en (3) wanneer een teken 'samenvalt' met de verschijningsvorm van de waar.



2. De toepassing van het vereiste van de significante afwijking heeft op deze punten tot onzekerheid geleid. Het vereiste is terug te voeren op het door het Hof van Justitie neergelegde uitgangspunt dat de gemiddelde consument niet gewend is om (bij gebreke van 'grafische' of 'tekstuele' elementen) een herkomstaanduiding te zien in de 'vorm' van de waar of de verpakking. Een teken dat een grote gelijkenis vertoont met de 'meest waarschijnlijke vorm van de betrokken waar' zal daarom in beginsel onderscheidend vermogen missen.<sup>1</sup> Dat uitgangspunt geldt dus voor vormmerken, waarbij het begrip 'vorm' volgens de (latere) rechtspraak van het Hof beperkt moet worden uitgelegd als een geheel van lijnen of contouren dat de betrokken waar ruimtelijk afbakt.<sup>2</sup> Toepassing van het vereiste van de significante afwijking zou dan beperkt zijn tot tekens die bestaan uit vormen in eigenlijke, driedimensionale ('ruimtelijke') zin. Daarmee is niet gezegd dat elk vormmerk aan het vereiste moet voldoen – een willekeurige vorm valt niet per se samen met de vorm van de erdoor aangeduide waar – maar tekens die bestaan uit een tweedimensionaal element dat op het oppervlak van de waar wordt aangebracht, zouden er in ieder geval buiten vallen. Zulke tekens vallen immers wellicht samen met het 'uiterlijk' van de waar, maar per definitie niet met de 'vorm' ervan.

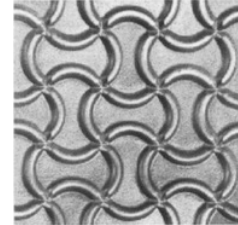
3. Over de afgrenzing van het toepassingsbereik van het vereiste van de significante afwijking is echter onduidelijkheid ontstaan. Die onduidelijkheid vloeit in de eerste plaats voort uit de onduidelijke begrippen die het Hof in dit verband hanteert. Het Hof grondt het vereiste van de significante afwijking weliswaar in overwegingen over 'vormen', maar hanteert vervolgens het – ogenschijnlijk bredere – begrip 'verschijningsvorm' ('*appearance*,' *apparance*,' *Erscheinungsbild*'). Dat begrip zou – anders dan het door het Hof restrictief uitgelegde begrip 'vorm' – ook andere dan zuiver driedimensionale (ruimtelijke) aspecten van het uiterlijk van de waar kunnen omvatten. Ieder 'grafisch' of 'tekstueel' element dat zich op het oppervlak van een product bevindt kan letterlijk worden gerekend tot de verschijningsvorm ervan.

4. In de tweede plaats heeft het Hof het toepassingsbereik van het vereiste van de significante afwijking nadrukkelijk uitgebreid. Zo bestrijkt het volgens het Hof ook weergaves van een deel van de waar<sup>3</sup> en tweedimensionale afbeeldingen van de waar.<sup>4</sup> Het Hof heeft aldus onder meer goed gevonden dat het vereiste werd toegepast op tekens bestaande uit een afbeelding van een aanzicht van een verpakt snoepje (als merk voor snoepjes), het vooraanzicht van een gitaarkop (voor muziekinstrumenten) en een foto van het vooraanzicht van een slotje (voor tassen, lederwaren). Voor al deze tekens geldt echter dat zij, behalve kenmerken van het oppervlak van het product, eveneens aspecten van de (3D) vorm ervan omvatten, en in zoverre dus ook onder het beperkte begrip 'vorm' vallen.



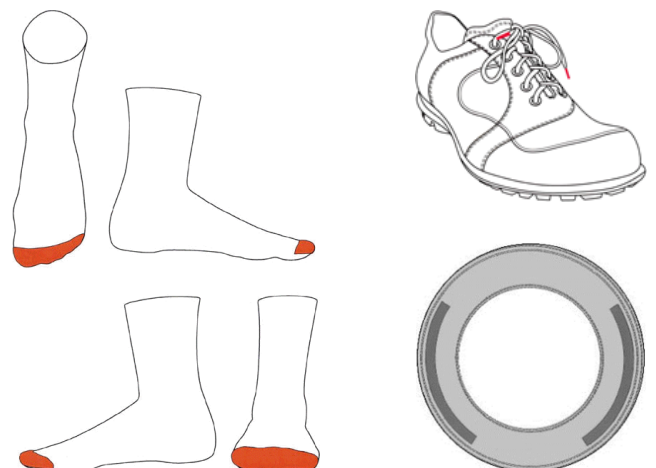
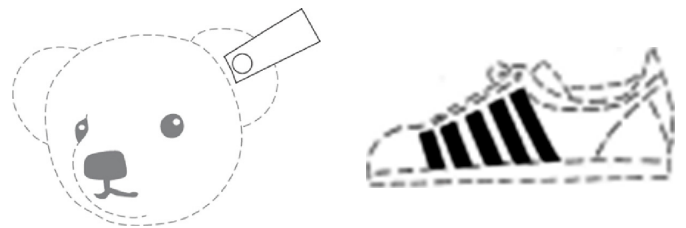
5. In de derde plaats heeft het Hof het vereiste van de significante afwijking ook van toepassing geacht op tekens bestaande uit patronen die zijn toegepast op het uiterlijk van een waar (zoals het hieronder getoonde voorbeeld).<sup>5</sup> Daarbij gaat het dus om tekens die weliswaar bestemd zijn om het uiterlijk van een product (geheel) te bedekken,

maar die per definitie geen enkel aspect van de driedimensionale vorm ervan omvatten. Volgens het Hof kunnen verder ook abstracte kleurmerken en kleurcombinatiemerken in beginsel niet onderscheiden omdat zij samenvallen met het 'uiterlijk' van de waar.<sup>6</sup> Ook zulke – van ruimtelijke vormen geheel geabstraheerde – oppervlakpatronen en kleuren kunnen volgens het Hof dus behoren tot de 'verschijningsvorm' van een product, wat steun biedt voor een ruime uitleg van dat begrip.



6. De onduidelijkheid over de afbakening van het begrip 'verschijningsvorm' wordt nog eens versterkt doordat het Hof de zoëven genoemde uitbreidingen steeds onderbouwt met de overweging dat dergelijke tekens niet onafhankelijk zijn van het 'uiterlijk' van de aangeduide waar. De gedachtegang is dan (kennelijk) dat consumenten niet alleen in de vorm van de waar, maar ook in 'grafische' of 'tekstuele' elementen die zijn aangebracht op het oppervlak van de waar in beginsel geen herkomstaanduiding zien. Daarmee zou het vereiste van de significante afwijking ook kunnen gelden voor tekens die bestaan uit het beeld van een bepaald tweedimensionaal (in de woorden van het Hof: 'grafisch' of 'tekstueel') element dat op een bepaalde plaats of wijze op het oppervlak van een product is aangebracht.<sup>7</sup>

7. Het Gerecht heeft vervolgens het vereiste van de significante afwijking daadwerkelijk toegepast op tekens waarmee niet de vorm van een product als zodanig onder bescherming wordt gesteld, maar slechts het beeld van een (tweedimensionaal) element dat op een specifieke wijze en plaats is aangebracht op het oppervlak van een product.<sup>8</sup>



8. Het Gerecht overwoog in deze gevallen – kort gezegd – dat vormgeving die bestemd is om te worden aangebracht op een deel van het oppervlak van een (tot de aangeduide waar behorend) product ‘onafscheidbaar’ is van het uiterlijk van het product of niet ‘onafhankelijk’ van het product kan bestaan.<sup>9</sup> In al deze gevallen werd geoordeeld dat het teken samenviel met de verschijningsvorm van de waar, en werd het vereiste van de significante afwijking aldus toegepast.<sup>10</sup> Vervolgens is als vuistregel min of meer aangenomen dat ‘positiemerken’ – tekens waarbij een (veelal tweedimensionaal) element op een specifieke plaats en wijze met het oppervlak van een waar wordt verbonden – niet onafhankelijk zijn van het uiterlijk van de waar en daarom samenvallen met de verschijningsvorm ervan.<sup>11</sup>

9. Dat een teken dat bestaat uit het beeld van een (tweedimensionaal) element dat is aangebracht op het uiterlijk van een product – hoewel (in de woorden van het Gerecht) niet ‘onafscheidbaar’ of ‘onafhankelijk’ van het uiterlijk van het product – evenwel niet zonder meer samenvalt met de verschijningsvorm van de waar, volgt reeds uit de arresten *Louis Vuitton* en *Birkenstock*. In de eerstgenoemde zaak oordeelde het Hof dat een teken bestaande uit het beeld van de vorm van een slotje als merk voor onder meer tassen niet onafhankelijk van de verschijningsvorm (‘appearance’) van een product is indien ‘*the relevant public perceives it, immediately and without particular thought, as a representation of a particularly interesting or attractive detail of the product in question rather than as an indication of its commercial origin*’.<sup>12</sup> Niet alles wat op het oppervlak van een product zit valt dus noodzakelijkerwijs samen met de verschijningsvorm van de waar. In de tweede zaak overwoog het Hof dat zulk samenvallen veronderstelt dat er een ‘gelijkenis’ bestaat tussen het teken en de erdoor aangeduide waar of een deel daarvan.<sup>13</sup> Ook daaruit blijkt dat de enkele onlosmakelijke verbondenheid tussen een visueel element en het uiterlijk van de waar niet steeds voldoende is om van samenvaal te kunnen spreken.

10. De zaken *Louis Vuitton* en *Birkenstock* hebben echter betrekking op de vraag wanneer sprake is van ‘samenvallen’ en wanneer een bepaalde verschijningsvorm niet alleen die van een product is, maar ook als de verschijningsvorm ‘van de waar’ moet worden aangemerkt. Zij geven geen antwoord op de vraag wat het begrip ‘verschijningsvorm’ zelf betekent.

11. Het antwoord op die vraag laat zich wel uit het hier besproken arrest afleiden.

12. De zaak *Östgötatrafiken* is in twee opzichten bijzonder. In de eerste plaats gaat het om een merk voor diensten (vervoer), dat bestaat uit een visueel element dat wordt aangebracht op fysieke voorwerpen die worden gebruikt voor het verrichten van die diensten (bussen en treinen). In de tweede plaats gaat het om een tweedimensionaal visueel element – bestaande uit abstract vormgegeven gekleurde vlakken – dat op een specifieke plaats en wijze wordt aangebracht op het oppervlak van de voorwerpen die worden gebruikt voor het verrichten van de diensten. Die fysieke voorwerpen waren in dit geval met stippellijnen weergegeven. Het uit kleurvlakken bestaande teken was duidelijk wel bestemd om een groot deel van het oppervlak – en dus het uiterlijk – van de gestippelde treinen en bussen te bedekken.

13. Het Hof oordeelt eerst dat het aanbrenge van kleurpatronen op voorwerpen die worden gebruikt voor het verrichten van een dienst door het publiek kan worden opgevat als een aanduiding van de herkomst van die dienst. Als dat het geval is, dan kan een als merk voor

diensten aangevraagd teken ook samenvallen met de ‘verschijningsvorm’ van een voorwerp dat wordt gebruikt voor het verrichten van die dienst. Zo kan dus het vereiste van de significante afwijking dus ook bij dienstmerken in beeld komen.

14. Vervolgens oordeelt het Hof echter dat in dit geval het als merk aangevraagde teken níet samenvalt met de verschijningsvorm van de bussen en treinen die in de merkaanvraag met stippellijnen zijn weergegeven. Het Hof komt tot dat antwoord door deze zaak te contrasteren met een eerder arrest uit 2014 over de inschrijving als merk van een afbeelding van een inrichting van een Apple winkelruimte.<sup>14</sup> In die oudere zaak bestond het teken uit de volgende tekening, aangevraagd voor detailhandeldiensten met betrekking tot computers:



15. De Apple zaak had dus betrekking op een weergave van de inrichting van een winkel die – hoewel zij niet was voorzien van maten of verhoudingen – duidelijk de driedimensionale vorm van de winkel-inrichting omvatte.

16. Volgens het Hof in *Östgötatrafiken* is het vereiste van de significante afwijking ook van toepassing op tekens bestaande uit een weergave van de fysieke ruimte waarin de diensten worden verricht waarvoor de inschrijving als merk is aangevraagd (par. 41). Dat veronderstelt dat de voorstelling van zo een fysieke ruimte samenvalt met de verschijningsvorm van de dienst.

17. Het Hof contrasteert dat oordeel vervolgens (par. 43) met de aard van de tekens in de onderhavige zaak. Volgens het Hof is de rechtspraak in *Apple* (voor ruimtes voor dienstverrichting) en in o.a. *Henkel* en *Storck* (voor waren en verpakkingen) beperkt tot tekens die de waar of ruimte voor dienstverrichting weergeven door de eenvoudige reproductie van de lijnen en contouren daarvan. Waar het Hof in oudere rechtspraak spreekt van tekens die samenvallen met de verschijningsvorm van de waar, moet onder het begrip ‘verschijningsvorm’ dus klaarblijkelijk de lijnen en contouren van waren, verpakkingen en verkoopruimtes worden verstaan. Met de verwijzing naar ‘lijnen en contouren’ grijpt het Hof impliciet terug op zijn beperkte definitie van het begrip ‘vorm’ in *Louboutin*: de lijnen en contouren die de waar ruimtelijk – dus driedimensionaal – afbakenen. De in de context van de toepassing van het vereiste van de significante afwijking gehanteerde begrippen ‘verschijningsvorm’ en ‘uiterlijk’ betekenen dan niets anders dan ‘vorm’ in driedimensionale zin. Uiterlijke, tweedimensionale kenmerken van het oppervlak of uiterlijk van waren, verpakkingen en verkoopruimtes vallen er niet onder, hoezeer zij ook onlosmakelijk verbonden met, en niet onafhankelijk van, dat uiterlijk zijn.

18. De tekens in *Östgötatrafiken* omvatten geen weergave van de driedimensionale vorm van de treinen en bussen die worden gebruikt voor

het verzorgen van de met het merk aangeduide vervoersdiensten. De 3D vorm van die bussen en treinen wordt in de tekeningen enkel door middel van stippellijnen weergegeven. Daardoor is voldoende duidelijk, aldus het Hof, dat de vorm van de bussen en treinen zelf niet door de merkinschrijving onder bescherming zou worden gesteld: met de stippellijnen wordt aangegeven dat de kleurvlakken van het teken op een bepaalde plaats op een trein of bus worden aangebracht, dat zij een verhoudingsgewijs groot deel van het oppervlak ervan bedekken, en dat zij ten dele de contouren ervan volgen. Maar die contouren zelf – zo kan men dan uit de overwegingen van het Hof afleiden – vormen geen deel van het teken: het teken bestaat uit het beeld van de kleurvlakken zoals aangebracht op een willekeurige bus of trein, ongeacht de contouren daarvan. Het teken is aldus van de ruimtelijke afbakening van de trein of bus geabstraheerd, en omvat zo dus niet de ‘vorm’ – en daarmee ook niet de ‘verschijningsvorm’ – ervan.

19. Als het begrip ‘verschijningsvorm’ moet worden uitgelegd als ‘vorm’ in eigenlijke, driedimensionale zin, dan is het toepassingsbereik van het vereiste van de significante afwijking aanzienlijk ingeperkt. Tekens die bestaan uit het beeld van een tweedimensionaal element dat op een bepaalde plaats en wijze is aangebracht op het oppervlak van een product – waaronder ‘positiemerken’ – maar die niet de 3D vorm van dat product omvatten, vallen er niet onder. Dat is reeds zo omdat het uiterlijk van het oppervlak nu eenmaal niet tot de ‘verschijningsvorm’ van het product behoort. Aan de vraag of het teken ‘samenvalt’ met de waar komt men dan niet meer toe (en het arrest werpt dus ook geen licht op de wijze waarop die vraag beantwoord zou moeten worden).

20. De impliciete uitleg die het Hof aan het begrip ‘verschijningsvorm’ geeft, brengt mee dat de in dit arrest voorgeschreven beoordeling van positiemerken algemeen geldt. Zij is dus niet beperkt tot het bijzondere geval van een voor diensten als merk aangevraagd teken dat wordt aangebracht op het oppervlak van een voorwerp waarmee de betrokken diensten worden verricht. Dat het hier om een merkinschrijving voor diensten ging, speelt in de door het Hof gegeven beantwoording van de vraag of het vereiste van de significante afwijking van toepassing is geen kenbare rol. Ook voor warenmerken zou dan dus moeten gelden dat het vereiste van de significante afwijking alleen in beeld komt als het teken de driedimensionale vorm van de waar omvat.<sup>15</sup> Dat vindt ook steun in de formuleringen in par. 43. Het Hof refereert daar aan tekens die zowel een ‘goed’ als een ‘ruimte voor dienstverrichting’ ruimtelijk weergeven (waarop de in par. 40 en 41 besproken rechtspraak inzake vormen, verpakkingen en winkelinterieurs van toepassing is), en differentieert zulke tekens van de tekens die in *Östgötatrafiken* aan de orde waren

21. Hierbij passen een aantal kanttekeningen.

22. Een: Mij lijkt het terecht dat tekens die bestaan uit een tweedimensionaal grafisch element dat op een specifieke plaats en wijze is aangebracht op het oppervlak van een product niet categorisch aan een strenge beoordeling van onderscheidend vermogen worden onderworpen. Een grafisch element dat op zichzelf kan onderscheiden verliest dat onderscheidende vermogen niet zodra het – zoals bij veel beeldmerken in de praktijk het geval is – wordt aangebracht op het oppervlak van een product, en dus in die zin deel gaat uitmaken van het uiterlijk van dat product. Een teken dat bestaat uit zo’n grafisch element dat op een specifieke wijze en plaats op een product is aangebracht, voegt daaraan nog meer onderscheidende elementen toe. Dat is op zich geen reden om het onderscheidend vermogen dan kritischer te gaan beoordelen. Een teken op het oppervlak van een product kan natuurlijk door

het publiek louter als decoratie worden opgevat – zodat het daarom onderscheidend vermogen mist – maar dat mag geen categorisch uitgangspunt zijn bij de beoordeling van tekens met een positioneel aspect. Het Hof lijkt dat in *Östgötatrafiken* te onderschrijven.

23. Daarmee wordt de afbakening van het toepassingsbereik van het vereiste van de significante afwijking echter wel arbitrair. Als een teken bestaande uit een tweedimensionaal grafisch element aangebracht op het oppervlak van de waar volgens de normale regels onderscheidend kan zijn, waarom zou dan iets anders gelden indien dat 2D element wordt gecombineerd met lijnen en contouren die de waar ruimtelijk afbakenen? Met andere woorden: waarom zou het door het Hof geponeerde uitgangspunt dat consumenten niet gewend zijn de herkomst van de waar af te leiden uit de verschijningsvorm van de waar zelf wél gelden voor de driedimensionale vorm van de waar, maar níet voor andere uiterlijke kenmerken ervan? En waarom moet op dat laatste weer een uitzondering worden gemaakt voor zover het gaat om oppervlakpatronen en abstracte kleuren en kleurencombinaties? Die inconsistentie had wellicht vermeden kunnen worden indien het Hof de verwijzingsvraag had beantwoord door een regel te geven om te beoordelen of een teken ‘afhankelijk’ of ‘onafhankelijk’ van het uiterlijk van de waar zelf is, in plaats van de oplossing te zoeken in de uitleg van het begrip ‘verschijningsvorm’. Maar het Hof heeft niet voor die route gekozen: de ‘afhankelijkheid’ tussen het teken en het uiterlijk van de waar doet er in de zienswijze van het Hof niet toe.

24. Twee: Op dit punt moet wellicht een nuance worden gemaakt. Het Hof baseert zijn antwoord weliswaar m.i. op de uitleg van het begrip ‘verschijningsvorm’ (‘lijnen en contouren’), maar benadrukt in de redenering eveneens dat de door *Östgötatrafiken* gedeponeerde tekens bestaan uit ‘kleurencombinaties die systematisch gerangschikt en ruimtelijk afgebakend zijn’ (par. 43). Ook uit de feitenweergave blijkt dat het Hof kennelijk van belang acht dat *Östgötatrafiken* de tweedimensionale grafische elementen die op het oppervlak van de bussen en treinen zijn aangebracht tevens als zelfstandige beeldmerken had geregistreerd (dus zonder positioneel aspect, zie par. 10). Denkbaar is dat het Hof zijn antwoord niet alleen grondt op de omstandigheid dat (zoals in dit geval) de lijnen en contouren van de producten met stippellijnen zijn ‘gedisclaimd’, maar daarbij tevens belang hecht aan de aard van het visuele element dat op het oppervlak van een voorwerp wordt aangebracht. Het Hof gebruikt de vaststelling dat het gedeponeerde teken een ‘specifiek grafisch element’ is mede om vast te stellen dat het teken niet de ‘lijnen en contouren’ van een goed of ruimte reproduceert (laatste volzin par. 43). Dat in het geval van *Östgötatrafiken* sprake was van zo een ‘specifiek grafisch element’ baseert het Hof op de omstandigheid dat het een ‘kleurpatroon’ betrof dat ‘systematisch gerangschikt’ en ‘ruimtelijk afgebakend’ was. Vermoedelijk legt de aard van het op het oppervlak van een product gepositioneerde tweedimensionale element dus ook (enig) gewicht in de schaal bij de beoordeling of dat element met de ‘verschijningsvorm’ van het product samenvalt. Op die wijze zou de vraag of het visuele element ‘afhankelijk’ of ‘onafhankelijk’ is van het uiterlijk van de waar alsnog een – vooralsnog niet opgehelderde – rol kunnen spelen. Duidelijk is al wel dat oppervlakpatronen en abstracte kleuren die niet ruimtelijk zijn afgebakend en het gehele oppervlak van een product bedekken onder het begrip ‘verschijningsvorm’ kunnen vallen. Mogelijk geldt dat ook voor andere soorten tweedimensionale elementen, maar daarover verschaft dit arrest – bij gebreke aan duiding van de begrippen ‘specifiek grafisch element’, ‘ruimtelijke afbakening’ en ‘systematische rangschikking’ – geen duidelijkheid.<sup>16</sup>

25. Drie: De door het Hof gevolgde redenering gaat uit van een tegenstelling met het *Apple* arrest uit 2014. Uit dat arrest bleek echter niet zonder meer dat een teken bestaande uit de weergave van een winkelinterieur noodzakelijkerwijs samenviel met de verschijningsvorm van een detailhandeldienst en daarom door het vereiste van de significante afwijking werd bestreken. Het Hof overwoog toen dat het uiterlijk van een winkelinterieur als herkomstaanduiding kan fungeren, wat – in de woorden van het Hof – het geval kan zijn als die inrichting significant afwijkt van wat in de betrokken sector de regel of gewoonte is. Daar staat dus niet met zoveel woorden dat een winkelinterieur uitsluitend onderscheidend vermogen kan hebben als zij voldoet aan het vereiste van de significante afwijking.<sup>17</sup> Maar dat is wel wat het Hof er nu in leest.

26. Vier: We zullen er mee moeten leven dat het begrip ‘verschijningsvorm’ in de context van het vereiste van de significante afwijking geen

eenduidige, vaste betekenis heeft. Zelfs als het begrip in beginsel beperkt is tot driedimensionale (ruimtelijke) vormen vallen in ieder geval ook oppervlakpatronen en -kleuren, als samenvallend met de verschijningsvorm van de waar, onder het vereiste van de significante afwijking. Mogelijk volgen er nog andere uitzonderingen voor tekens die weliswaar niet aspecten van een driedimensionale vorm omvatten maar evenmin bestaan uit kleurpatronen die bestemd zijn om uitsluitend en systematisch op een bepaalde wijze op een product te worden aangebracht. Het arrest geeft weinig richting. Het is te betreuren dat het Hof deze belangrijke zaak zonder een conclusie A-G heeft afgedaan, zodat daarin evenmin enige houvast kan worden gevonden.

*Allard Ringnalda\**

\* *Mr. A. Ringnalda is advocaat te Amsterdam en redacteur van dit blad.*

- 1 HvJ EU 29 april 2004, C-456/01 P en C-457/01 P, ECLI:EU:C:2004:258 (*Henkel*), par. 39.
- 2 HvJ EU 12 juni 2018, C-163/16, ECLI:EU:C:2018:423, BIE 2018-5, nr. 21, m.nt. Teunissen (*Louboutin*), par. 21.
- 3 HvJ EU 13 september 2011, C-546/10 P, ECLI:EU:C:2011:574 (*Wilfer*); HvJ EU 15 mei 2014, C-97/12 P, ECLI:EU:C:2014:324 (*Louis Vuitton Malletier*)
- 4 HvJ EU 22 juli 2006, C-25/05 P, ECLI:EU:C:2006:422 (*Storck*).
- 5 HvJ EU 28 juni 2004, C-445/02 P, EU:C:2004:393 (*Glaverbell*); HvJ EU 13 september 2018, C-26/17 P, ECLI:EU:2018:714 (*Birkenstock*).
- 6 HvJ EU 6 mei 2003, C-104/01, EU:C:2003:244 (*Libertel*), par. 65-66; HvJ EU 24 juni 2004, C-49/02, EU:C:2004:384 (*Heidelberger Bauchemie*) (waarin het Hof in par. 23 kleuren en kleurcombinaties aanduidt als ‘eigenschappen van voorwerpen die gewoonlijk geen betekenis overbrengen).
- 7 Zulke tekens zouden althans onder het begrip ‘verschijningsvorm’ vallen. Een andere vraag is vervolgens of zij ook ‘samenvallen met de verschijningsvorm van de waar’.
- 8 Achtereenvolgens GEU 16 januari 2014, T-434/12, ECLI:EU:T:2014:6 (*Steiff*); GEU 13 juni 2014, T-85/13, ECLI:EU:T:2014:509 (*K-Swiss*); GEU 11 juli 2013, T-208/12, ECLI:EU:T:2013:376 (*Think Schuhwerk*); GEU 15 juni 2010, T-547/08, ECLI:EU:T:2010:235 (*X Technology Swiss*); GEU 4 juli 2017, T-81/16, ECLI:EU:T:2017:463 (*Pirelli*).
- 9 GEU 16 januari 2014, T-434/12 (*Steiff*), par. 25: ‘Wie die Beschwerdekammer im Wesentlichen ausgeführt hat (Rn. 18 und 22 der angefochtenen Entscheidung), führt die feste Verbindung eines Stofffährnchens mit dem mittleren Bereich des Ohrs eines Stofftiefers mittels eines Metallknopfs per se dazu, dass die Anmeldeemarke mit dem Erscheinungsbild der gekennzeichneten Waren verschmilzt’; GEU 13 juni 2014, T-85/13 (*K-Swiss*), par. 24: ‘even if the mark for which protection is sought is limited to the five parallel stripes referred to in paragraph 19 above, which should be positioned on the side of the shoes, it is nevertheless presented in the form of a design intended to be placed on part of the products designated and thus is indistinguishable from the appearance of those products. The case-law cited in paragraph 16 above is therefore still applicable’; GEU 11 juli 2013, T-208/12 (*Think Schuhwerk*), par. 36: ‘Die roten Schnürsenkelenden stellen einen Teil der Schnürsenkel dar, bei denen es sich um die Waren handelt, für die die Marke angemeldet wurde. Daraus ergibt sich, dass die Anmeldeemarke auf den Schutz eines spezifischen Zeichens, das an einer bestimmten Stelle auf der gekennzeichneten Ware angebracht ist, zielt und nicht aus einem Zeichen besteht, das vom Erscheinungsbild der Ware, die mit ihr gekennzeichnet werden soll, unabhängig ist. Die Anmeldeemarke lässt sich damit nicht von der Form eines Teils dieser Ware trennen, nämlich der Form der Schnürsenkel. Es ist daher festzustellen, dass die Anmeldeemarke mit dem Erscheinungsbild des gekennzeichneten Produkts selbst

- verschmilzt und dass infolgedessen die oben in Randnr. 33 angeführte Rechtsprechung herangezogen werden kann.’; GEU 15 juni 2010, T-547/08 (*X Technology Swiss*), par. 28: ‘Volgens de door verzoekster verstrekte gegevens beoogt het aangevraagde merk de bescherming van een specifiek teken dat op een welbepaald deel van het oppervlak van de aangeduide waar wordt aangebracht. Het aangevraagde merk kan dus niet los worden gezien van de vorm van een deel van deze waar, te weten de vorm van de punt van een sok of kous. Derhalve moet worden geoordeeld dat het aangevraagde merk samenvalt met het uiterlijk van de aangeduide waar en dat de hierboven in punt 25 genoemde rechtspraak bijgevolg toepasselijk is.’; GEU 4 juli 2017, T-81/16 (*Pirelli*), par. 24: ‘In any event, it is sufficient to note that the applicant applied for registration of the mark applied for as a ‘position mark’, to the effect that the applicant claims a pair of essentially equal curved strips positioned on the side of a tyre and running along its circumference. In that regard, the mark applied for is in the form of a design intended to be affixed to a tyre part and corresponds to the circumferential shape of tyres. It will therefore be difficult to dissociate it from the tyres.’ Zie ook – over een label op de coin pocket van een spijkerbroek – Rb. Den Haag 22 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:5189 (*Diesel/CK*), vernietigd met toepassing van het hier besproken arrest in Hof Den Haag 9 maart 2021.
- 10 Het HvJ EU heeft in twee van de besproken oordelen van het Gerecht een arrest in beroep gewezen. In beide zaken heeft het Hof zich echter niet uitgelaten over de juistheid van de wijze waarop het Gerecht tot het (feitelijke) oordeel was gekomen dat de betrokken tekens samenvielen met het uiterlijk van de waar. Zie HvJ EU 16 mei 2011, C-429/10 P, ECLI:EU:C:2011:307 en HvJ EU 11 september 2014, C-521/13 P, ECLI:EU:C:2014:2222.
  - 11 Zie bijv. Schumacher in Kur, Von Bomhard & Albrecht, Beck Online Kommentar Markenrecht (april 2021), MarkenG § 8, rn. 492; Hanf in Kur, Von Bomhard & Albrecht, Beck Online Kommentar Markenrecht (april 2021), UMG § 7, rn. 71. Zie ook L. van Gaal, ‘Bescherming van niet-traditionele merken’, BMM 2019/2.
  - 12 HvJ EU 15 mei 2014, C-97/12 P, EU:C:2014:324 (*Louis Vuitton*), par. 55.
  - 13 HvJ EU 13 september 2018, C-26/17 P, C-26/17 P (*Birkenstock*), par. 37.
  - 14 HvJ EU 10 juli 2014, C-421/13, EU:C:2014:2070 (*Apple*).
  - 15 Zie voor een (summier toegelichte) tegengestelde lezing K. Middelhoff, ‘Unterscheidungskraft einer auf Gegenständen zu verwendenden Dienstleistungsmarke’, *GRUR-Prax* 2021, p. 545.
  - 16 Zie daarover ook de bespreking van het arrest van E. Gevers, ‘De stippelijin in positie gebracht: het vormmerkvereiste geldt niet voor (sommige) positiemerken’, *IER* 2021/12.
  - 17 Zie echter voor een andere lezing bijv. M. Goldmann, ‘Eintragung der Darstellung einer Laden-Ausstattung als Marke’, *GRUR-Prax* 2014, p. 349.