

dedingsvoorwaarden op de gemeenschappelijke markt kunnen vervalsen, op te heffen. Uit de derde overweging van de considerans volgt evenwel dat de richtlijn niet de volledige aanpassing van deze wetgevingen beoogt.

4. In de zevende overweging van de considerans van de richtlijn wordt gepreciseerd dat „het doel van de aanpassing alleen kan worden bereikt als de verkrijging en het behoud van het recht op een ingeschreven merk in alle lidstaten in beginsel afhankelijk wordt gesteld van gelijke voorwaarden” en dat „hiertoe een niet-limitatieve opsomming van tekens moet worden vastgesteld die een merk kunnen vormen, vooropgesteld dat zij de waren of diensten van een onderneming kunnen onderscheiden van die van andere ondernemingen”.

5. Artikel 2 van de richtlijn, „Tekens die een gemeenschapsmerk kunnen vormen”, bevat de in de zevende overweging van de considerans bedoelde, niet-limitatieve opsomming. Het luidt:

Merken kunnen worden gevormd door alle tekens die vatbaar zijn voor grafische voorstelling, met name woorden, met inbegrip van namen van personen, tekeningen, letters, cijfers, vormen van waren of van verpakking, mits deze de waren of diensten van een onderneming kunnen onderscheiden.”

6. Artikel 3, lid 1, sub a en b, van de richtlijn, „Gronden voor weigering of nietigheid”, bepaalt:

“Niet ingeschreven worden of, indien ingeschreven, nietig verklaard kunnen worden:

- a) tekens die geen merk kunnen vormen;
- b) merken die elk onderscheidend vermogen missen.”

De in de Benelux geldende regeling

7. Het Koninkrijk België, het Groothertogdom Luxemburg en het Koninkrijk der Nederlanden hebben hun merkenrecht neergelegd in een gemeenschappelijke wet, de Eenvormige Beneluxwet op de merken (Trb. 1962, 58, en Trb. 1983, 187; hierna: „BMW”), waarvan de tenuitvoerlegging aan een gemeenschappelijk orgaan, het BMB, is opgedragen.

8. De BMW is per 1 januari 1996 gewijzigd bij het protocol van 2 december 1992 houdende wijziging van voornoemde wet (Trb. 1993, 12; hierna: „protocol”) om de richtlijn in de rechtsorde van deze drie lidstaten om te zetten.

9. Het werd echter niet nodig geacht, de BMW te wijzigen om de artikelen 2 en 3 van de richtlijn uitdrukkelijk om te zetten. Dienaangaande wordt in punt I.2, zesde en zevende alinea, van de memorie van toelichting bij het protocol uiteengezet:

„Artikel 2 van de richtlijn, dat betrekking heeft op tekens welke voor bescherming in aanmerking komen, geeft geen aanleiding tot aanpassing van de BMW. De tekst van dit artikel komt nagenoeg overeen met artikel 1 van de BMW. Weliswaar vereist artikel 1 van de BMW anders dan artikel 2 van de richtlijn niet dat tekens voor grafische weergave vatbaar moeten zijn, in de praktijk moeten tekens wel aan dit vereiste voldoen om voor bescherming in aanmerking te komen.

Ook artikel 3 van de richtlijn heeft niet geleid tot aanpassing van de BMW. De in het eerste lid van dit artikel opgenomen absolute weigerings- of nietigheidsgronden komen ook voor in de artikelen 1 en 4, onder 1

en 2, in samenhang met artikel 14, onder A, onder 1, van de BMW. [...]”

10. Artikel 1 BMW, dat bij het protocol dus niet is gewijzigd, luidt:

„Als individuele merken worden beschouwd de benamingen, tekeningen, afdrucken, stempels, letters, cijfers, vormen van waren of van verpakking en alle andere tekens, die dienen om de waren van een onderneming te onderscheiden.”

11. Artikel 1, sub b, van het uitvoeringsreglement van de BMW bepaalt dat „het Beneluxdepot van een merk [...] in het Nederlands of het Frans [geschiedt] door de indiening van een document, waarop voorkomen [...] de afbeelding van het merk”.

12. Terwijl het BMB vóór de inwerkingtreding van het protocol op 1 januari 1996 de inschrijving van een merk niet inhoudelijk toetste, deze toetsing vond in voorkomend geval namelijk achteraf plaats naar aanleiding van een nietigheidsactie of in het kader van een reconventionele vordering in een zaak betreffende inbreuk op het recht van een merkhouder, toetst het de depots thans inhoudelijk aan de in de BMW opgenomen absolute weigeringsgronden.

13. Met betrekking tot klankmerken stelde het BMB zich aanvankelijk op het standpunt dat deze ingeschreven konden worden. Na het arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage (Nederland) van 27 mei 1999, gewezen tussen partijen in het hoofdgeding, weigert het BMB in de regel evenwel de inschrijving van klankmerken.

Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

14. Shield Mark is houdster van veertien merken die, het eerste op 5 juni 1992 en de laatste op 2 februari 1999, bij het BMB zijn ingeschreven voor diverse waren en diensten van klasse 9 [geregistreerde computerprogramma's (software), etc.], 16 (tijdschriften, kranten, etc.), 35 (reclame, beheer van commerciële zaken, etc.), 41 (opvoeding, opleiding, het organiseren van studiebijeenkomsten op het gebied van reclame, marketing, intellectuele eigendom en commerciële communicatie, etc.) en 42 (juridische diensten) van de Overeenkomst van Nice betreffende de internationale classificatie van de waren en diensten ten behoeve van de inschrijving van merken van 15 juni 1997, zoals herzien en gewijzigd.

15. Vier van deze merken bestaan in een notenbalk met daarop de eerste negen noten van het muziekwerk „Für Elise” van L. van Beethoven. Twee ervan gaan vergezeld van de vermelding „Klankmerk. Het merk wordt gevormd door de muzikale weergave van de in de notenbalk (grafisch) weergegeven tonen.” Voor één van de twee wordt bovendien gepreciseerd „gespeeld op een piano”.

16. Vier andere merken bestaan in „de eerste negen noten van „Für Elise””. Twee ervan gaan vergezeld van de vermelding „Klankmerk. Het merk wordt gevormd door het beschreven geluid.” Voor één van de twee is daaraan toegevoegd „gespeeld op een piano”.

17. Drie andere merken bestaan in de opeenvolgende muzieknoden „e, dis, e, dis, e, b, d, c, a”. Twee ervan gaan vergezeld van de vermelding „Klankmerk. Het merk wordt gevormd door de muzikale weergave van

de opeenvolgende beschreven noten." Voor één van de twee wordt bovendien gepreciseerd „gespeeld op een piano”.

18. Twee door Shield Mark ingeschreven merken bestaan in het woord „Kukelekuuuuu” (een onomatopoe die in het Nederlands het gekraai van een haan voorstelt). Een ervan gaat vergezeld van de omschrijving: „Klankmerk. Het merk is een onomatopoe en staat voor het gekraai van een haan.”

19. Ten slotte bestaat één merk in „het gekraai van een haan” met de vermelding „Klankmerk. Het merk wordt gevormd door het beschreven geluid.”

20. In oktober 1992 lanceerde Shield Mark een reclamecampagne op de radio door middel van reclameboodschappen die telkens begonnen met een herkenningmelodie (jingle) bestaande uit de eerste negen noten van „Für Elise”. Daarnaast brengt zij sinds februari 1993 nieuwsbrieven uit over de door haar op de markt aangeboden diensten. Deze nieuwsbrieven liggen in een display bij boekhandels en kiosken en telkens wanneer er een nieuwsbrief uit het display wordt genomen, weerklinkt de herkenningmelodie. Tot slot heeft Shield Mark een softwarepakket ontwikkeld, bestemd voor juristen en marketingdeskundigen. Bij het opstarten van de diskette waarop dit programma is vastgelegd, klinkt telkens het gekraai van een haan.

21. Kist, die als communicatieadviseur met name op het gebied van het reclame- en het merkenrecht werkzaam is, organiseert seminars op het gebied van intellectuele eigendom en marketing en geeft een tijdschrift over deze gebieden uit.

22. Tijdens een op 1 januari 1995 gestarte reclamecampagne heeft Kist gebruik gemaakt van een melodie bestaande in de eerste negen noten van „Für Elise”. Voorts heeft hij een computerprogramma verkocht dat bij het opstarten het geluid van een kraaiende haan laat weerklinken.

23. Shield Mark heeft tegen Kist beroep ingesteld wegens merkinbreuk en oneerlijke concurrentie.

24. Het Gerechtshof te 's-Gravenhage heeft bij arrest van 27 mei 1999 de vordering van Shield Mark toegewezen, voorzover deze was gebaseerd op onrechtmatig handelen, doch afgewezen, voorzover deze op het merkenrecht berustte, op grond dat de regeringen van de Benelux-landen hadden willen uitsluiten dat klanken als merk werden ingeschreven.

25. Shield Mark heeft daarop cassatieberoep ingesteld bij de Hoge Raad der Nederlanden, die de behandeling van de zaak heeft geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen heeft voorgelegd:

„1) a) Dient artikel 2 van de richtlijn aldus te worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat klanken of geluiden als merken worden aangemerkt?

b) Indien het antwoord op vraag 1, sub a, ontkenkend luidt: Brengt het door de richtlijn in het leven geroepen stelsel mede dat klanken of geluiden als merken dienen te worden aangemerkt?

2) a) Indien het antwoord op vraag 1, sub a, ontkenkend luidt: Welke eisen stelt de richtlijn ten aanzien van klankmerken aan de in artikel 2 bedoelde vatbaarheid voor grafische weergave van het teken en, in

verband daarmee, aan de wijze waarop het depot van een dergelijk merk moet plaatsvinden?

b) Is in het bijzonder aan de onder sub a bedoelde eisen voldaan indien de klank of het geluid is gedeponeerd onderscheidenlijk in de vorm van:

- notenschrift;
- een omschrijving in woorden in de vorm van een onomatopoe;
- een omschrijving in woorden op een andere wijze;
- een grafische voorstelling zoals een stemplaatje of sonagram;
- een aan het depotformulier toegevoegde geluidsdrager;
- een digitale vastlegging die via internet kan worden beluisterd;
- een combinatie van deze mogelijkheden;
- een ander middel, en zo ja, welk?”

De eerste vraag

26. Met vraag 1, sub a, wenst de verwijzende rechter te vernemen, of artikel 2 van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat klanken als merk worden aangemerkt. Voor het geval dat deze vraag ontkennend wordt beantwoord, wenst hij met vraag 1, sub b, te vernemen, of dit artikel impliceert dat klanken als merk dienen te worden aangemerkt.

Bij het Hof ingediende opmerkingen

27. Volgens Shield Mark blijkt uit de zevende overweging van de considerans van de richtlijn dat artikel 2 geen limitatieve opsomming bevat van tekens die een merk kunnen vormen. Alle tekens die geschikt zijn om de waren of diensten van een onderneming van die van andere ondernemingen te onderscheiden, kunnen in beginsel als merk dienen. Dit betekent dat klanken, aangezien zij daartoe duidelijk geschikt zijn, als merk kunnen dienen.

28. Deze uitlegging zou met name steun vinden in de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak Sieckmann (arrest van 12 december 2002, C-273/00, Jurispr. blz. I-11737), in de ontstaansgeschiedenis van de richtlijn, in de voor het publiek toegankelijke documenten van de Raad betreffende de vaststelling van de richtlijn en van verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1) en in de examination guidelines van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM).

29. De Nederlandse, de Franse, de Italiaanse en de Oostenrijkse regering alsmede de regering van het Verenigd Koninkrijk zijn van mening dat klanken geschikt zijn om de waren of diensten van een onderneming van die van andere ondernemingen te onderscheiden. Daar de in artikel 2 van de richtlijn opgenomen lijst van tekens die een merk kunnen vormen, slechts een indicatieve waarde heeft, kunnen klanken huns inziens een merk vormen.

30. De Franse en de Oostenrijkse regering voegen hieraan toe dat klanken, gelet op de doelstelling van de richtlijn, namelijk het aanpassen van de merkenwetgeving van de lidstaten, als merk moeten kunnen worden

aangemerkt wanneer zij vatbaar zijn voor grafische voorstelling.

31. De Commissie herinnert eraan dat artikel 2 van de richtlijn voor de inschrijving van een teken als merk vereist dat het vatbaar is voor grafische voorstelling en dat het geschikt is om de waren of diensten van een onderneming te onderscheiden van die van een andere onderneming. Uit het door de artikelen 2 en 3 van de richtlijn ingevoerde stelsel kan worden afgeleid dat het bij het onderscheidend vermogen in de zin van artikel 2, anders dan in artikel 3, niet gaat om de vraag of een bepaald teken onderscheidend kan zijn voor de waren of diensten waarvoor de inschrijving als merk wordt gevraagd, maar of het betrokken teken, in het algemeen en abstraherend van klassen van waren of diensten, onderscheidend kan zijn.

32. Klanken en geluiden kunnen door de mens worden waargenomen en in het geheugen worden opslagen en kunnen waren of diensten van een onderneming onderscheiden van die van een andere onderneming. Bovendien zijn zij vatbaar voor grafische voorstelling.

33. Aangezien de in artikel 2 van de richtlijn opgenomen lijst van tekens die een merk kunnen vormen, niet-limitatief is, zijn tekens die in klanken of geluiden bestaan, volgens de Commissie in beginsel geschikt om als merk te worden ingeschreven, op voorwaarde dat zij waren of diensten zonder gevaar van verwarring kunnen onderscheiden en vatbaar zijn voor een duidelijke, precieze en stabiele grafische voorstelling, waardoor derden gemakkelijk kunnen begrijpen wat het beschermde merk is.

Antwoord van het Hof

34. Wat vraag 1, sub a, betreft, zij eraan herinnerd dat artikel 2 van de richtlijn vastlegt, welke soorten tekens een merk kunnen vormen. Volgens die bepaling kunnen merken worden gevormd door „met name woorden, met inbegrip van namen van personen, tekeningen, letters, cijfers, vormen van waren of van verpakking [...]”. Wel noemt deze bepaling slechts twee- of driedimensionale tekens die visueel waarneembaar zijn en die dus door middel van letters of lettertekens of door een afbeelding kunnen worden voorgesteld (arrest Sieckmann, reeds aangehaald, punt 43).

35. Uit de tekst van zowel artikel 2 als de zevende overweging van de considerans van de richtlijn, die spreekt van een „niet-limitatieve opsomming” van tekens die een merk kunnen vormen, blijkt evenwel dat dit geen uitputtende opsomming is. Hoewel deze bepaling geen tekens noemt die als zodanig niet visueel kunnen worden waargenomen, zoals klanken, zijn die tekens dus niet met zoveel woorden uitgesloten (zie in die zin, voor olfactorische tekens, arrest Sieckmann, reeds aangehaald, punt 44).

36. Voorts zijn klanken, gelijk Shield Mark, de betrokken regeringen en de Commissie hebben beklemtoond, van nature niet ongeschikt om waren of diensten van een onderneming te onderscheiden van die van een andere onderneming.

37. In deze omstandigheden moet artikel 2 van de richtlijn aldus worden uitgelegd dat klanken een merk kunnen vormen, op voorwaarde dat zij bovendien vatbaar zijn voor grafische voorstelling, een vraag die in

het kader van de behandeling van de tweede vraag zal worden beantwoord.

38. Met betrekking tot vraag 1, sub b, zij vastgesteld dat artikel 2 van de richtlijn zich niet ertegen verzet dat klanken als merk worden ingeschreven. De lidstaten kunnen een dergelijke inschrijving dus niet in beginsel uitsluiten.

39. De richtlijn beoogt weliswaar niet de volledige aanpassing van de merkenwetgeving van de lidstaten, doch uit de zevende overweging van de considerans van de richtlijn volgt duidelijk dat de verkrijging en het behoud van het recht op een ingeschreven merk in alle lidstaten afhankelijk worden gesteld van gelijke voorwaarden.

40. Gelijk de Franse regering heeft opgemerkt, kan er dienaangaande tussen de ene en de andere lidstaat geen verschil bestaan over het soort teken dat een merk kan vormen.

41. Derhalve moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 2 van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat klanken als merk dienen te worden aangemerkt wanneer zij geschikt zijn om de waren of diensten van een onderneming van die van een andere onderneming te onderscheiden en vatbaar zijn voor grafische voorstelling.

De tweede vraag

42. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter van het Hof te vernemen, onder welke voorwaarden een klank vatbaar is voor grafische voorstelling in de zin van artikel 2 van de richtlijn en, in het bijzonder, of notenschrift, een omschrijving in woorden in de vorm van een onomatopee, een omschrijving in woorden op een andere wijze, een grafische voorstelling zoals een stempelaar of sonagram, een aan het depotformulier toegevoegde geluidsdrager, een digitale vastlegging die via internet kan worden beluisterd, een combinatie van deze mogelijkheden of een ander middel aan de vereisten van grafische voorstelling voldoen.

Bij het Hof ingediende opmerkingen

43. In de eerste plaats zijn Shield Mark, de betrokken regeringen en de Commissie het erover eens dat een grafische voorstelling van een klank aan een aantal vereisten moet voldoen om een merk te kunnen vormen.

44. Zo moet de grafische voorstelling volgens Shield Mark duidelijk, precies en zonder bovenmatige inspanning voor derden begrijpelijk zijn. De Nederlandse regering stelt dat zij volledig, duidelijk en precies moet zijn, zodat kan worden vastgesteld waarop het uitsluitende recht van de merkhouder betrekking heeft, en begrijpelijk voor degenen die er belang bij hebben, het merkenregister in te zien. De Franse regering betoogt dat de grafische voorstelling duidelijk en precies moet zijn, zonder dat het teken door het publiek onmiddellijk moet kunnen worden waargenomen; bovendien moet het beschermde teken begrijpelijk zijn. Volgens de Italiaanse regering moet de grafische voorstelling geschikt zijn om de klank uit te drukken en deze begrijpelijk en individualiseerbaar te maken. De Oostenrijkse regering is van mening dat een grafische voorstelling de klank van een klankmerk duidelijk moet doen uitkomen, of dat deze op grond daarvan voldoende duidelijk moet kunnen worden begrepen, zodat de eventuele omvang

van de merkbescherming met voldoende precisie kan worden vastgesteld. Volgens de regering van het Verenigd Koninkrijk moet de grafische voorstelling een voldoende zelfstandige voorstelling zijn en moet deze duidelijk, precies en zonder buitensporige inspanning, begrijpelijk zijn voor personen die het merkenregister inzien. De Commissie stelt ten slotte dat deze voorstelling duidelijk, precies en stabiel moet zijn en dat derden hierdoor gemakkelijk moeten kunnen begrijpen wat het beschermde merk is.

45. Wat, in de tweede plaats, de voor de grafische voorstelling van klanken aanvaardbare vormen betreft, stellen Shield Mark, de Franse en de Oostenrijkse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie zich op het standpunt dat een notenbalk een grafische voorstelling in de zin van artikel 2 van de richtlijn vormt.

46. Shield Mark en de Franse regering zijn, anders dan de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie, van mening dat een verwijzing naar een bekend werk, zoals „de eerste negen noten van ‚Für Elise‘”, een grafische voorstelling vormt.

47. Anders dan de Franse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk, zijn Shield Mark en de Commissie van mening dat de beschrijving van een melodie door de transcriptie van de noten waarin zij bestaat, zoals „e, dis, e, dis, e, b, d, c, a”, als een grafische voorstelling van de betrokken melodie moet worden aangemerkt.

48. Shield Mark en de Franse en de Oostenrijkse regering erkennen in wezen dat een sonagram een grafische voorstelling is. De Oostenrijkse regering voegt hieraan toe dat een dergelijk depot ontvankelijk is op voorwaarde dat het vergezeld gaat van een akoestische reproductie op een informatiedrager. De Franse regering stelt dat aan deze grafische voorstelling een geluidsdrager of een digitale vastlegging kan worden toegevoegd. De regering van het Verenigd Koninkrijk stelt zich daarentegen op het standpunt dat deze vorm van grafische voorstelling in de regel niet kan worden aanvaard, en de Commissie betoogt dat bij de huidige stand van de techniek niet kan worden aanvaard dat een sonagram in het kader van het depot van een teken als merk een aanvaardbare vorm van grafische voorstelling is.

49. Anders dan de Franse en de Oostenrijkse regering zijn Shield Mark en, onder bepaalde voorwaarden (duidelijke en ondubbelzinnige omschrijving), de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie van mening dat de onomatopée ook voor inschrijving in aanmerking komt.

50. Wat een aan het depotformulier toegevoegde geluidsdrager betreft, meent de Franse regering dat deze aan een sonagram of spectrogram kan worden toegevoegd, terwijl de Oostenrijkse regering eist dat aan een sonagram een geluidsdrager wordt toegevoegd. Shield Mark, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie betwisten evenwel dat deze vorm van „grafische voorstelling” een wijze kan zijn om een teken als merk te deponderen.

Antwoord van het Hof

51. In de eerste plaats zij eraan herinnerd dat het in het kader van de in artikel 234 EG neergelegde samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof uitsluitend een zaak is van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt. Wanneer de vragen betrekking hebben op de uitlegging van gemeenschapsrecht, is het Hof derhalve in beginsel verplicht daarop te antwoorden (zie, met name, arrest van 15 december 1995, *Bosman*, C-415/93, *Jurispr.* blz. I-4921, punt 59).

52. Het Hof heeft evenwel geoordeeld dat het ter toetsing van zijn eigen bevoegdheid een onderzoek kan instellen naar de omstandigheden waaronder de nationale rechter zich tot hem heeft gewend. De geest van samenwerking waarin de prejudiciële verzoeken moeten worden gedaan, impliceert immers, dat de nationale rechter oog heeft voor de aan het Hof opgedragen taak om bij te dragen aan een goede rechtsbedeling in de lidstaten, doch niet om adviezen over algemene of hypothetische vraagstukken te formuleren (zie, met name, arrest *Bosman*, reeds aangehaald, punt 60).

53. Zo kan het Hof weigeren een uitspraak te doen op een prejudiciële vraag van een nationale rechter, onder andere wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is (zie, met name, arrest van 8 mei 2003, *Gantner Electronic*, C-111/01, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, punt 36).

54. In casu zij vastgesteld dat Shield Mark geen inschrijvingsaanvraag in de vorm van een sonagram, een geluidsdrager, een digitale vastlegging of een combinatie van deze mogelijkheden heeft ingediend, zodat de gestelde vraag irrelevant is voorzover zij betrekking heeft op deze voorstellingswijzen, en om die reden in zoverre niet zal worden beantwoord.

55. Wat, in de eerste plaats, de eisen betreft waaraan een grafische voorstelling moet voldoen, heeft het Hof in het arrest *Sieckmann*, reeds aangehaald, dat betrekking had op olfactorische tekens, voor recht verklaard dat artikel 2 van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat een teken dat als zodanig niet visueel waarneembaar is, een merk kan vormen op voorwaarde dat het vatbaar is voor grafische voorstelling, inzonderheid door middel van figuren, lijnen of lettertekens, en die voorstelling duidelijk, nauwkeurig, als zodanig volledig, gemakkelijk toegankelijk, begrijpelijk, duurzaam en objectief is.

56. Deze voorwaarden gelden ook voor klanken die, net als olfactorische tekens, als zodanig niet visueel waarneembaar zijn.

57. Wat, in de tweede plaats, de aanvaardbare vormen van grafische voorstelling betreft, zij opgemerkt dat ook al is het de taak van de verwijzende rechter, in elk concreet bij hem aanhangig geval te bepalen of het teken een merk kon vormen en dus wettig kon worden ingeschreven, het Hof niettemin bevoegd is, aanwijzingen te geven voor het beantwoorden van de vraag, of een voorstelling door middel van notenschrift of een

omschrijving in woorden een grafische voorstelling van een klank in de zin van artikel 2 van de richtlijn vormt.

58. Vooraf zij beklemtoond dat een teken niet als klankmerk kan worden ingeschreven wanneer de aanvrager in zijn inschrijvingsaanvraag niet heeft gepreciseerd dat het gedeponeerde teken als klank moet worden opgevat. In een dergelijk geval mogen de voor de inschrijving van merken bevoegde autoriteit en het publiek, inzonderheid de ondernemers, er namelijk van uitgaan dat het om een woord- of beeldmerk gaat, zoals dit in de inschrijvingsaanvraag grafisch is weergegeven.

59. Wat allereerst de voorstelling van een klank door middel van een omschrijving in woorden betreft, kan niet a priori worden uitgesloten dat een dergelijke wijze van grafische voorstelling aan de in punt 55 van dit arrest genoemde voorwaarden voldoet. Met betrekking tot tekens als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, moet evenwel worden opgemerkt dat een grafische voorstelling als „de eerste negen noten van ‚Für Elise‛” of „het gekraai van een haan” op zijn minst onvoldoende nauwkeurig en onvoldoende duidelijk is om de omvang van de gevraagde bescherming te kunnen bepalen. Zij kan derhalve geen grafische voorstelling van dit teken in de zin van artikel 2 van de richtlijn vormen.

60. Voorts zij met betrekking tot onomatopoeën vastgesteld dat er een discrepantie bestaat tussen de onomatopoeë zelf, zoals deze wordt uitgesproken, en de werkelijke klank of het werkelijke geluid dan wel de opeenvolging van werkelijke klanken of geluiden die zij fonetisch wil nabootsen. Zo is het in het geval waarin een klank slechts grafisch wordt voorgesteld door een onomatopoeë, voor de bevoegde autoriteiten en het publiek, in het bijzonder de ondernemers, niet mogelijk, te bepalen of het beschermde teken de onomatopoeë zelf is, zoals deze wordt uitgesproken, dan wel de werkelijke klank of het werkelijke geluid. Bovendien kunnen onomatopoeën van persoon tot persoon of van de ene tot de andere lidstaat verschillend worden opgevat. Dit is het geval met de Nederlandse onomatopoeë „Kukelekuuuu”, die het gekraai van een haan tracht na te bootsen en nogal verschilt van de overeenkomstige onomatopoeë in de andere talen die in de lidstaten van de Benelux worden gesproken. Een onomatopoeë alleen zonder nadere precisering kan daarom geen grafische voorstelling vormen van de klank of het geluid waarvan zij de fonetische transcriptie zou zijn.

61. Wat, ten slotte, de muzieknoten betreft, een gebruikelijke wijze van voorstelling van klanken, zij opgemerkt dat een opeenvolging van noten zonder nadere precisering, zoals „e, dis, e, dis, e, b, d, c, a”, evenmin een grafische voorstelling in de zin van artikel 2 van de richtlijn vormt. Een dergelijke omschrijving, die noch duidelijk noch precies noch als zodanig volledig is, laat immers niet toe, de hoogte en de duur te bepalen van de klanken die de melodie vormen waarop de merkaanvraag betrekking heeft, en die essentiële gegevens zijn om deze melodie te kennen en, bijgevolg, het merk zelf af te bakenen.

62. Daarentegen kan een in maten verdeelde notenbalk met daarop onder meer een sleutel (g-sleutel, f-sleutel of c-sleutel), muzieknoten en rusten waarvan de vorm

(voor de noten: hele noot, halve noot, kwartnoot, achtste noot, zestiende noot, etc.; voor de rusten: hele rust, halve rust, kwartrust, achtste rust, etc.) de relatieve waarde aangeeft en, eventueel, alteraties (kruis, mol, herstellingsteken) - die tezamen de hoogte en de duur van de klanken bepalen -, als een getrouwe voorstelling worden aangemerkt van de opeenvolging van klanken die de melodie vormen waarop de inschrijvingsaanvraag betrekking heeft. Deze wijze van grafische voorstelling van de klanken beantwoordt aan de uit de rechtspraak van het Hof voortvloeiende vereisten, dat de voorstelling duidelijk, nauwkeurig, als zodanig volledig, gemakkelijk toegankelijk, begrijpelijk, duurzaam en objectief moet zijn.

63. Zelfs al wordt een dergelijke voorstelling niet onmiddellijk begrepen, dit neemt niet weg dat zij gemakkelijk kan worden begrepen, zodat de bevoegde autoriteiten en het publiek, in het bijzonder de ondernemers, een juist idee kunnen krijgen van het teken waarop de merkaanvraag betrekking heeft.

64. Op de tweede vraag moet worden geantwoord:

- Artikel 2 van de richtlijn moet aldus worden uitgelegd dat een teken dat als zodanig niet visueel waarneembaar is, een merk kan vormen op voorwaarde dat het vatbaar is voor grafische voorstelling, inzonderheid door middel van figuren, lijnen of lettertekens, en die voorstelling duidelijk, nauwkeurig, als zodanig volledig, gemakkelijk toegankelijk, begrijpelijk, duurzaam en objectief is.

- Wat een klank betreft, wordt niet aan deze voorwaarden voldaan wanneer het teken grafisch wordt voorgesteld door middel van een omschrijving in woorden, zoals de vermelding dat het teken bestaat in de noten die een bekend muziekstuk vormen of in het geluid van een dier, of slechts door middel van een onomatopoeë zonder nadere precisering dan wel door een opeenvolging van muzieknoten zonder nadere precisering. Daarentegen wordt wel aan deze voorwaarden voldaan wanneer het teken wordt voorgesteld door middel van een in maten verdeelde notenbalk met daarop onder meer een sleutel, muzieknoten en rusten waarvan de vorm de relatieve waarde aangeeft, en eventueel alteraties.

Kosten

65. De kosten door de Nederlandse, de Franse, de Italiaanse en de Oostenrijkse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, komen niet voor vergoeding in aanmerking. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

uitspraak doende op de door de Hoge Raad der Nederlanden bij arrest van 13 juli 2001 gestelde vragen, verklaart voor recht:

1) Artikel 2 van de Eerste richtlijn (89/104/EEG) van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten moet aldus worden uitgelegd dat klanken als merk dienen te worden aangemerkt wanneer zij geschikt zijn om de waren

of diensten van een onderneming van die van een andere onderneming te onderscheiden en vatbaar zijn voor grafische voorstelling.

2) Artikel 2 van richtlijn 89/104 moet aldus worden uitgelegd dat een teken dat als zodanig niet visueel waarneembaar is, een merk kan vormen op voorwaarde dat het vatbaar is voor grafische voorstelling, inzonderheid door middel van figuren, lijnen of lettertekens, en die voorstelling duidelijk, nauwkeurig, als zodanig volledig, gemakkelijk toegankelijk, begrijpelijk, duurzaam en objectief is.

Wat een klank betreft, wordt niet aan deze voorwaarden voldaan wanneer het teken grafisch wordt voorgesteld door middel van een omschrijving in woorden, zoals de vermelding dat het teken bestaat in de noten die een bekend muziekstuk vormen of in het geluid van een dier, of slechts door middel van een onomatopoeë zonder nadere precisering dan wel door een opeenvolging van muzieknoten zonder nadere precisering. Daarentegen wordt wel aan deze voorwaarden voldaan wanneer het teken wordt voorgesteld door middel van een in maten verdeelde notenbalk met daarop onder meer een sleutel, muzieknoten en rusten waarvan de vorm de relatieve waarde aangeeft, en eventueel alteraties.

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL D. RUIZ-JARABO COLOMER

van 3 april 2003 (1)

Zaak C-283/01

Shield Mark BV

tegen

Joost Kist

(verzoek van de Hoge Raad der Nederlanden om een prejudiciële beslissing)

„Merken - Harmonisatie van wetgevingen - Richtlijn 89/104/EEG - Artikel 2 - Tekens die merk kunnen vormen - Klanken - Grafische voorstelling”

1. De uitlegging van artikel 2 van de merkenrichtlijn(2) en het bepalen van de tekens die een dergelijk industrieel eigendomsrecht kunnen vormen, gebeuren niet langer achter de coulissen, maar staan in de rechtspraak ten volle in het licht van de schijnwerpers.

2. Het Hof heeft onlangs uitspraak gedaan over de geschiktheid van geuren als merken(3) en zal dat binnenkort ook doen over kleuren als zodanig, zonder vorm of omtrek.(4) In de onderhavige zaak gaat het erom, dezelfde onduidelijkheid met betrekking tot geluiden uit de weg te ruimen.

3. De Hoge Raad der Nederlanden vraagt zich af of geluiden voldoen aan de vereisten die bovengenoemde bepaling stelt om een teken als merk te kunnen aanmerken en, voorzover deze vraag bevestigend wordt beantwoord, stelt hij vragen over de vorm waarin de inschrijving ervan moet gebeuren.

I. - De feiten en het hoofdgeding

4. Shield Mark BV (hierna: „Shield Mark”) is houder van veertien merken die zijn ingeschreven bij het Benelux-Merkenbureau. Elf ervan hebben betrekking op de eerste weemoedige tonen van de etude voor piano „Für

Elise”(5), van Ludwig van Beethoven.(6) De drie overige merken betreffen het gekraai van een haan.

5. De eerste groep betreft de inschrijving van vier merken(7) die worden voorgesteld aan de hand van een notenbalk met de eerste negen noten van het bovengenoemde muziekstuk. Voor het derde en het vierde merk is de volgende omschrijving toegevoegd: „Klankmerk. Het merk wordt gevormd door de muzikale weergave van de op de notenbalk (grafisch) weergegeven tonen.” Bij het derde merk wordt nog gepreciseerd dat dit „op een piano” moet worden gespeeld.

6. Twee andere merken(8) zijn woordmerken die in het register als volgt worden omschreven: „bestaat uit de eerste negen tonen van Für Elise”. Daarnaast zijn er nog twee merken(9) die op dezelfde wijze worden omschreven, maar die als klankmerken werden gedeponereerd: „het merk wordt gevormd door het beschreven geluid”. Voor het eerste merk is nog toegevoegd: „gespeeld op een piano”.

7. Een derde groep van drie merken(10) wordt omschreven als „E, DIS, E, DIS, E, B, D, C, A”. Niettemin is het eerste een woordmerk, terwijl de twee andere klankmerken zijn die worden gevormd door de weergave van de beschreven opeenvolging van noten, gespeeld op een piano, zoals toegelicht voor het tweede merk.

8. Wat de drie resterende aanduidingen betreft, bestaan twee ervan(11) uit het woord „kukelekuuuuu”(12) en wordt bij een van beide nog vermeld: „Klankmerk. Het merk is een onomatopoeë en staat voor het gekraai van een haan”. Het laatste merk(13), dat ook wordt omschreven als „het gekraai van een haan”, is een klankmerk „gevormd door het beschreven geluid”.

9. In oktober 1992 lanceerde Shield Mark een reclamecampagne op de radio door middel van een aantal boodschappen die begonnen met een herkenningmelodie (jingle) bestaande uit de eerste negen noten van „Für Elise”. Sinds februari 1993 brengt zij nieuwsbrieven over haar diensten op de markt. Deze nieuwsbrieven zijn te koop in boekhandels en kiosken waar zij in een display op de toonbank liggen. Telkens wanneer een exemplaar uit de display wordt genomen, klinkt daaruit de reeds beschreven melodie.

10. Deze onderneming heeft ook een softwarepakket voor juristen en marketeers ontwikkeld, waarin informatie wordt gegeven over het kiezen van een merk en over de bescherming ervan. Bij het opstarten van het programma weerklinkt het doordringende gekraai van een haan.

11. De heer Kist, die in het handelsverkeer onder de naam „Memex” optreedt, heeft een juridisch adviesbureau dat is gespecialiseerd in reclamerecht, merkenrecht, auteursrecht en in het algemeen in commerciële communicatie. Voorts organiseert hij seminars en geeft hij een tijdschrift uit op deze gebieden. Op 1 januari 1995 is hij begonnen met een reclamecampagne waarbij dezelfde klanken en dezelfde marketingtechnieken als die van Shield Mark worden gebruikt.(14)

12. Shield Mark heeft de heer Kist gedagvaard voor het Gerechtshof te 's-Gravenhage en gevorderd, hem op straffe van dwangsommen te verbieden in de Benelux gebruik te maken van haar merken voor de waren en

diensten waarvoor die merken werden ingeschreven. Bij arrest van 27 mei 1999 heeft het Gerechtshof te 's-Gravenhage de vorderingen die op een merkenrechtelijke grondslag berusten, afgewezen, en de vorderingen gebaseerd op onrechtmatig handelen van de verweerder toegewezen.

II. - De prejudiciële vragen

13. Shield Mark stelde beroep in cassatie in bij de Hoge Raad. Deze laatste heeft de behandeling van de zaak geschorst en de volgende prejudiciële vragen over de uitlegging van artikel 2 van de merkenrichtlijn voorgelegd:

„1) a) Dient artikel 2 van de richtlijn aldus te worden uitgelegd dat het zich er tegen verzet dat klanken of geluiden als merken worden aangemerkt?

b) Indien het antwoord op vraag 1 a) ontkennend luidt: brengt het door de richtlijn in het leven geroepen stelsel mede dat klanken of geluiden als merken dienen te worden aangemerkt?

2) a) Indien het antwoord op vraag 1 a) ontkennend luidt: welke eisen stelt de richtlijn ten aanzien van klankmerken aan de in artikel 2 bedoelde vatbaarheid voor grafische weergave van het teken en, in verband daarmee, aan de wijze waarop het depot van een dergelijk merk moet plaatsvinden?

b) Is in het bijzonder aan de onder a) bedoelde eisen voldaan indien de klank of het geluid is gedeponeerd onderscheidenlijk in de vorm van:

- notenschrift;
- een omschrijving in woorden in de vorm van een onomatopoeie;
- een omschrijving in woorden op een andere wijze;
- een grafische voorstelling zoals een stemplaatje of sonagram;
- een aan het depotformulier toegevoegde geluidsdrager;
- een digitale vastlegging die via internet kan worden beluisterd;
- een combinatie van deze mogelijkheden;
- een ander middel, en zo ja, welk?"

III. - Bespreking van de prejudiciële vragen

A. Klanken als merken

14. „Kunnen” klanken merken zijn? Of, meer nog, „moeten” zij dat zijn? Deze vragen stelt de Hoge Raad in de twee onderdelen van zijn eerste prejudiciële vraag, waarin wordt verwezen naar artikel 2 van de richtlijn. Volgens deze bepaling wordt dit intellectueel eigendomsrecht gevormd door „alle tekens die vatbaar zijn voor grafische voorstelling [...], mits deze de waren of diensten van een onderneming kunnen onderscheiden”.

15. Het juridische begrip „merk” bestaat dus uit twee elementen: onderscheiden of vermogen en vatbaarheid voor grafische voorstelling. Om een teken als merk te kunnen gebruiken dienen beide eigenschappen aanwezig te zijn.

16. In mijn conclusie in de reeds aangehaalde zaak Sieckmann heb ik uiteengezet dat de mens ook boodschappen waarneemt en herkent, dit wil zeggen communiceert, met andere zintuigen dan het gezichtsvermogen(15), zodat dergelijke boodschappen kunnen

worden gebruikt in een merk(16), wanneer zij „een potentieel onderscheidend vermogen” bezitten.(17)

17. Het is waar dat de aangehaalde zaak geurmerken betrof, maar mijn overwegingen inzake geuren gelden ook voor boodschappen die via het gehoor worden waargenomen. Het Hof heeft dit in zijn arrest van 12 december 2002 ook zo opgevat en heeft bevestigd dat volgens artikel 2 van de richtlijn tekens die niet visueel waarneembaar zijn, een merk kunnen vormen.(18)

18. Het vermogen van klanken, en in het bijzonder van muziek, om te identificeren vloeit voort uit de suggestieve kracht ervan, die de klanken omvormt tot een eigen taal. Marcel Proust wist dit goed te vatten in een beslissende passage van *A la recherche du temps perdu* (Op zoek naar de verloren tijd) waarin de verteller zich afvraagt „of muziek niet het enige voorbeeld is van wat de communicatie tussen zielen had kunnen zijn indien de taal, de woordvorming, de analyse van ideeën niet waren uitgevonden. Het is een mogelijkheid die niet verder werd ontwikkeld. De mensheid heeft andere wegen bewandeld, met name die van de mondelinge en schriftelijke uitdrukkingwijze” (vrije vertaling).(19) Deze idee is gebaseerd op de filosofie van Schopenhauer, die aan muziek dezelfde onthullende en transcendente functie toeschrijft als die welke later in het werk van Proust aan muziek wordt toegeschreven, en waarbij poëtische toelichtingen worden vermeden, maar eenzelfde aandacht wordt besteed aan de tijd.(20)

19. Kortom Proust heeft de tekst van Schopenhauer op literaire wijze geparafraseerd, in het bijzonder met betrekking tot het vermogen van muziek om het innerlijke wezen van de dingen te vertolken.(21) De roman berust immers op een metafysische esthetiek van waaruit de abstracte en theoretische inhoud wordt omgezet in levendige houdingen, handelingen en gevoelens die de kern van een artistiek werk vormen(22), in het bijzonder gelet op het feit dat muziek het leven verzacht en het werk laat aanvoelen dat de romanschrijver dient te verrichten om de stukjes te verbinden tot een gestructureerd geheel, waarbij muziek functioneert als het onbewuste geheugen: bij het weerklinken van een reeds gehoorde melodie herinnert men zich het moment waarop men deze voor de eerste keer hoorde, zoals de tegels van het voetpad in het werk van Proust de verteller doen denken aan de episode van de madeleine.(23)

20. Aangezien auditieve boodschappen kunnen onderscheiden, kunnen zij dus in beginsel merken zijn.(24) De twijfels van de Hoge Raad reiken echter verder: hij wenst te vernemen of, wanneer wordt aanvaard dat de aangehaalde bepaling ook andere tekens dan de visuele omvat, ook al worden deze niet uitdrukkelijk vermeld(25), de lidstaten over de vrijheid beschikken om klanken uit te sluiten van de tekens die geschikt zijn om dit intellectueel eigendomsrecht te vormen.

21. Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. De merkenrichtlijn is een harmonisatiemaatregel en heeft tot doel de merkenwetgevingen van de lidstaten onderling aan te passen met het oog op het uit de weg ruimen van de verschillen die het vrije verkeer van goederen en het vrij verrichten van diensten belemmeren of de mededingingsvoorwaarden op de gemeenschappelijke markt vervalsen.(26) Vaststaat dat

de beoogde harmonisatie niet volledig is, aangezien zij alleen betrekking heeft op bepaalde aspecten van de door inschrijving verkregen rechten op een merk.(27) Tussen de zaken waarover overeenstemming moet worden bereikt, bevindt zich evenwel de lijst van tekens die een merk kunnen vormen.(28)

22. Een interne markt zonder belemmeringen voor het vrije verkeer van goederen en het vrij verrichten van diensten vereist dat de bescherming die in een lidstaat aan een merk wordt verleend, dezelfde is als dewelke in een andere lidstaat wordt gegeven. Om die reden is het noodzakelijk dat op het gehele grondgebied van de Europese Unie eenzelfde teken als zodanig kan worden aangemerkt en beschermd. Kortom, zoals de Franse regering in haar schriftelijke opmerkingen heeft gesteld, de aard van de aanduidingen die geschikt zijn om waren van een onderneming te onderscheiden van die van andere ondernemingen, mag niet van lidstaat tot lidstaat verschillen.

23. Voorzover de richtlijn klanken niet heeft uitgesloten, mag geen enkele lidstaat beletten dat een dergelijke boodschap als merk wordt ingeschreven, op voorwaarde uiteraard dat is voldaan aan de gestelde eisen: onderscheidend vermogen en vatbaarheid voor grafische voorstelling.

24. De rechtsorden van tal van lidstaten vermelden expliciet klanken als tekens die geschikt zijn om een merk te vormen of daarvan deel uit te maken. Dit is het geval met Duitsland(29), Oostenrijk(30), Spanje(31), Frankrijk(32), Griekenland(33), Italië(34) en Portugal.(35) Andere regelingen, zoals de richtlijn, doen dit niet. Het gaat hierbij om de drie staten die de Benelux Economische Unie vormen(36), Denemarken(37), Finland(38), Ierland(39), het Verenigd Koninkrijk(40) en Zweden.(41) Geen enkele van deze lidstaten sluit klanken evenwel expliciet uit. Meer nog, alle bepalingen gebruiken - net zoals artikel 2 van de merkenrichtlijn - uitdrukkingen waaruit blijkt dat de opgenomen lijst open en onvolledig is.

25. Met betrekking tot sommige wetgevingen waarin klanken niet uitdrukkelijk worden vermeld, heeft de administratieve praktijk door inschrijvingen van klanten het betoog weerlegt dat klanken geen dergelijk industrieel eigendomsrecht kunnen vormen.(42)

26. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de eerste prejudiciële vraag van de Hoge Raad ontkennend te beantwoorden en te verklaren dat artikel 2 van de richtlijn niet alleen niet eraan in de weg staat dat klanken als merken worden aanvaard, maar de nationale rechtsorden zelfs verbiedt om klanken a priori die hoedanigheid te ontzeggen.

B. Grafische voorstelling van auditieve boodschappen

27. Zoals ik reeds heb opgemerkt, is het onderscheidend vermogen een noodzakelijke, maar ontoereikende voorwaarde om klanken als merk te kunnen aanvaarden. Bovendien moeten de klanken volgens artikel 2 van de richtlijn vatbaar zijn voor grafische voorstelling. Dit vereiste wordt ook gesteld door de rechtsorden van de meeste lidstaten.(43)

1. Doelstelling van het vereiste en eigenschappen van de voorstelling

28. Dit vereiste is niet onbelangrijk en vindt zijn bestaansreden in het inschrijvingsstelsel waaromtrent de richtlijn draait.(44) Volgens dit stelsel worden aan de houder van een merk uitsluitende rechten verleend door middel van inschrijving in een register.(45) „Wanneer een ondernemer zich bepaalde tekens en aanduidingen toe-eigent teneinde zijn waren en diensten van die van andere ondernemers te onderscheiden, dient uiterst nauwkeurig gekend te zijn welke symbolen hij tot de zijne maakt.”(46)

29. Het rechtszekerheidsbeginsel vereist dit.(47) De met de inschrijving belaste autoriteiten, de andere marktdeelnemers en de consumenten in het algemeen dienen nauwkeurig kennis te kunnen nemen van het voorwerp van de bescherming. Dit is nodig opdat de autoriteiten hun taak op adequate wijze zouden kunnen vervullen, de marktdeelnemers hun rechten zouden kunnen uitoefenen zonder inbreuk te maken op die van de merkhouder, en de consumenten de waren en diensten op basis van de herkomst ervan zouden kunnen kiezen in een systeem van open concurrentie.(48)

30. „Tekens die een merk vormen, worden [derhalve] grafisch voorgesteld teneinde bescherming te verlenen en een zekere bekendheid te geven aan de toe-eigening ervan door een ondernemer, die deze tekens tot de zijne heeft gemaakt teneinde zijn waren en de door hem verleende diensten te individualiseren.”(49)

31. Deze doelstelling wordt niet met om het even welke visueel waarneembare voorstelling bereikt, aangezien de voorstelling „duidelijk, nauwkeurig, als zodanig volledig, gemakkelijk toegankelijk, begrijpelijk, duurzaam en objectief” moet zijn.(50) Gemakkelijk toegankelijk en begrijpelijk, zodat degenen die belang hebben bij raadpleging van het register, te weten de andere producenten en de consumenten, in staat zijn deze voorstelling te vatten. Duidelijk, nauwkeurig en volledig, zodat zonder enige twijfel geweten is welke teken wordt gemonopoliseerd. Duurzaam en objectief, zodat noch het verstrijken van de tijd noch de wijziging van de doelgroep de identificatie of perceptie van het teken beïnvloedt.

32. Gelet op het feit dat - zoals ik reeds heb opgemerkt - de tekens waaruit een merk bestaat, niet noodzakelijk visueel moeten zijn, moeten die eigenschappen van de voorstelling worden afgestemd op de specifieke aard van de tekens, zodat deze nauwkeurig kunnen worden geïdentificeerd.

2. De verschillende vormen van grafische voorstelling van klanken

33. Met betrekking tot tekens die door het gehoor worden waargenomen, rijzen dus dezelfde vragen als die welke aan de orde waren in mijn conclusie in de zaak Sieckmann met betrekking tot olfactorische boodschappen: Kan men een klank „schetsen”? Kan een auditief teken op een nauwkeurige en voor iedereen duidelijke manier grafisch worden voorgesteld?

34. Het antwoord dient genuanceerder te zijn dan in het geval van geuren, waaromtrent ik van mening was dat een dergelijk soort tekens niet kan worden voorgesteld op de door artikel 2 van de richtlijn vereiste wijze.(51)

35. De oplossing dient niet zo categorisch te zijn voor klanken. Om te beginnen is, zoals ik reeds heb ge-

zegd(52), de gesproken taal niets anders dan communicatie door middel van klanken en is het schrift de grafische voorstelling ervan. In abstracto valt niet te ontkennen dat klanken schriftelijk kunnen worden voorgesteld.

36. Of de „schets” van een concreet auditief teken de doelstellingen vervult die de gemeenschapswetgever met het vereiste van voorstelling nastreeft, dient in elk geval te worden beoordeeld door de rechterlijke instanties van de lidstaten. Dit is ook de opvatting van Shield Mark, de Nederlandse en de Italiaanse regering, en de Commissie. De Hoge Raad gaat met zijn verzoek, dat het Hof zich los van de feiten van het geschil(53) en op abstracte wijze uitspreekt over verschillende vormen van voorstelling van een klank, voorbij aan de aard van de prejudiciële procedure, die beoogt een antwoord te geven dat nuttig is voor de beslechting van het geschil. Verder maken de aard zelf van deze procedure en het ontbreken van deskundigenbewijs het moeilijk om uitspraak te doen over kwesties met een hoog technisch gehalte.

37. Het Hof dient dus het stilzwijgen te bewaren over de vraag of aan dat vereiste kan worden voldaan door sonogrammen en spectrogrammen, of door bepaalde geluidsopnames of digitale vastleggingen, die niets te maken hebben met de onderscheidende tekens waarop Shield Mark zich in het hoofdgeding jegens Kist beroept.

38. De Commissie merkt terecht op dat niets het Hof belet om, zonder zich in te laten met de feiten, met het oog op de gevraagde uitlegging een aantal algemene richtsnoeren te geven over de vormen van grafische voorstelling die de Hoge Raad in zijn tweede vraag noemt en die betrekking hebben op de merken die worden aangevoerd in het voor de Hoge Raad aanhangige geding voor de beslechting waarvan dit verzoek om een prejudiciële beslissing is ingediend: de voorstelling in de vorm van muzieknoden en omschrijvingen in schrijftaal.

39. In verband met de vatbaarheid voor grafische weergave dient een onderscheid te worden gemaakt tussen twee categorieën van boodschappen die door het gehoor worden waargenomen: klanken die door middel van muzieknoden kunnen worden uitgedrukt, en alle andere geluiden.

a) Muzieknotatie

40. Muzieknoden zijn tekens waarmee tonen worden aangeduid. De loutere opeenvolging van noten identificeert evenwel geen melodie en onderscheidt die niet van andere. De schriftelijke weergave van de naam van de eerste negen noten van „Für Elise” zegt niets. De klank wordt niet geïndividualiseerd op de duidelijke en nauwkeurige wijze die voor een grafische voorstelling vereist is.

41. Om die doelstelling te bereiken moeten de tonen worden aangeduid door een muzieknotatie, dat zij zonder een zweem van twijfel perfect herkenbaar zijn. Dit kan slechts op één manier: door ze op een notenbalk te noteren. In deze universele taal wordt de vage schets die door de opeenvolging van bij naam genoemde noten wordt gevormd, duidelijk en nauwkeurig omlinjd, waardoor die schets identificeert en zich onderscheidt

van andere. De op een notenbalk geschreven noten, de sleutel die de toonhoogte bepaalt, de maat die het ritme en de relatieve waarde van elke noot vastlegt, de vermelding van de instrumenten waarmee de noten moeten worden gespeeld, vormen een getrouwe „foto” van de opeenvolging van klanken die zij aanduiden. Als u mij deze uitdrukking toestaat: zij vormen hun „vingerafdruk”.

42. Deze vorm van voorstelling van klanken voldoet aan de eisen die het Hof in het arrest Sieckmann heeft gesteld. Hij is duidelijk, nauwkeurig, volledig, duurzaam, objectief en gemakkelijk toegankelijk. Deze vorm is weliswaar niet begrijpelijk voor eenieder, maar er is geen reden om te eisen dat de perceptie onmiddellijk is. Gelet op de bestaansredenen van het vereiste, volstaat het dat degenen voor wie de inschrijving in het register is bestemd, met behulp van objectieve en betrouwbare instrumenten van vertolking, uitvoering of weergave volledig kennis kunnen nemen van het onderscheidende teken dat de houder monopoliseert.

43. Solfège, te weten de vaardigheid om muziekstukken juist te zingen, wordt niet beheerst door het gros van de adressaten van het teken, maar maakt het mogelijk dat leken, wanneer de partituur wordt gelezen door een persoon die solfège kent, erin slagen om het geluidsteken te vatten zonder gevaar voor verwarring met betrekking tot de identiteit ervan.(54)

b) Omschrijvingen van klanken

44. Een teken kan dus slechts als merk worden ingeschreven indien het vatbaar is voor grafische voorstelling. In dit verband is een „omschrijving” niet hetzelfde als een „voorstelling”, die doet denken aan een „weergave”.

45. Bij om het even welke omschrijving van een klank is er sprake van vaagheid en ontbreekt het aan duidelijkheid en nauwkeurigheid.(55) Ik heb er reeds op gewezen dat met betrekking tot muzieknoden de verklaring dat het merk bestaat uit een bepaalde opeenvolging van tonen (hier: „E, DIS, E, DIS, E, B, D, C, A”), niets zegt.

46. Wij bevinden ons nog meer op drijfzand wanneer de omschrijving bestaat uit een onomatopée. De feiten van het hoofdgeding illustreren dit. In de officiële talen van de Europese Unie is de schriftelijke weergave van de klanken die het gekraai van een haan nabootsen, zeer verschillend en uiteenlopend.(56) Een gemiddelde Britse, Spaanse, Portugese of Italiaanse burger kan moeilijk weten dat kukeleku het gekraai van een haan voorstelt. Er kunnen evenwel gevallen zijn waarin deze vorm van grafische voorstelling duidelijk genoeg is en beantwoordt aan de doelstelling van het vereiste. Het is aan de nationale rechter om dit in elk concreet geschil te beoordelen.(57)

47. De omschrijving van een klank in schrijftaal is, zoals die van een geur en van alle niet-figuratieve tekens in het algemeen, doortrokken van subjectiviteit en relativiteit, eigenschappen die haaks staan op nauwkeurigheid en duidelijkheid.(58)

48. Ik zie geen andere vormen om een geluidsteken of een opeenvolging van klanken met woorden te schetsen, tenzij bij een muziekstuk de verwijzing naar de titel, de auteur of een ander element waardoor identifi-

catie ervan mogelijk wordt. Zoals de Britse regering in haar schriftelijke opmerkingen heeft betoogd, impliceert een dergelijke „schets” een zekere vertrouwdeheid, een voorkennis van het teken, hetgeen niet toelaatbaar is in een systeem als dat van de richtlijn, waarin een merk wordt verkregen door inschrijving en niet door gebruik ervan.(59)

49. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging, de tweede prejudiciële vraag van de Hoge Raad als volgt te beantwoorden:

- de grafische voorstelling van klankmerken moet duidelijk, nauwkeurig, als zodanig volledig, gemakkelijk toegankelijk, begrijpelijk, duurzaam en objectief zijn;
- het staat aan de bevoegde nationale rechter om met inachtneming van de feitelijke omstandigheden in elk concreet geval te oordelen of aan deze eisen is voldaan;
- over het algemeen wordt aan deze eisen voldaan door voorstelling op een notenbalk;
- daarentegen zijn omschrijvingen in schrijftaal, met inbegrip van onomatopoeën en opeenvolging van de namen van de muzieknoden, in de regel onvoldoende.

C. Tot slot een korte uitweiding

50. In een prejudiciële procedure dient het Hof de verzoekende rechter het antwoord te verstrekken dat naar juridische maatstaven passend is. De feiten van het hoofdgeding plaatsen de vraag in haar context, waardoor de implicaties ervan beter worden begrepen teneinde een zo nuttig mogelijk antwoord voor de oplossing van het bij de nationale rechter aanhangige geding aan te reiken. Ten behoeve van de uniformering wordt dat antwoord in algemene termen gesteld.

51. In een zaak als de onderhavige behoeft het Hof voor zijn uitlegging alleen te weten dat een aantal van de bij de Hoge Raad in geding zijnde merken onderscheidende auditieve tekens zijn. Hierbij mag evenwel niet uit het oog worden verloren dat deze geluidstekens, waarvan Shield Mark beweert de enige houder te zijn, bestaan uit het gekraai van een haan en de eerste maten van het waarschijnlijk meest bekende pianostuk uit de muziekgeschiedenis, dat werd geschreven door een van de grootste componisten wiens talent reeds vlug door de andere auteurs(60) van zijn tijd werd erkend, hoewel Beethoven zelf steeds beweerde dat Händel de grootste was.(61)

52. De houder van een merk verkrijgt een monopolie zodat hij in beginsel en over het algemeen anderen het gebruik van dat merk kan verbieden. In mijn conclusie in de zaak Arsenal(62) heb ik erop gewezen dat de eventuele verruiming van de groep van tekens die voor deze bescherming als industrieel eigendomsrecht in aanmerking komen, noodzakelijkerwijs vergezeld dient te gaan van een precieze afbakening van de rechten die de houder aan de inschrijving ontleent.(63) Het moment lijkt gekomen om daaraan toe te voegen dat men ook zeer voorzichtig dient te zijn wanneer men een persoon het uitsluitende recht op gebruik van een teken op de markt verleent, ongeacht het zintuig waarmee het teken wordt waargenomen.

53. Hierbij dienen twee preciseringen te worden gemaakt. In de eerste plaats pleiten overwegingen van algemeen belang ervoor, de mogelijkheid van inschrij-

ving van bepaalde tekens te beperken, zodat deze door alle marktdeelnemers ongestoord kunnen worden gebruikt. De leer van de noodzaak van vrijhouding werd door het Hof erkend in de arresten Windsurfing Chiemsee(64) en Philips.(65) Ik kan moeilijk aanvaarden dat particulieren door middel van een merk uitsluitende rechten in stand kunnen houden op natuurlijke tekens of aanduidingen, of op tekens of aanduidingen die een rechtstreekse uiting van de natuur zijn.(66)

54. Ik kan nog moeilijker aanvaarden - en dit is de tweede nuancering - dat een creatie van de geest die deel uitmaakt van het universele culturele erfgoed, door een persoon voor altijd wordt toegeëigend voor gebruik op de markt ter onderscheiding van de door hem geproduceerde waren of van de door hem verleende diensten met een alleenrecht waarover zelfs de erfgenamen van de auteur van die creatie niet beschikken.(67)

IV. - Conclusie

55. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, de vragen van de Hoge Raad der Nederlanden te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 2 van de Eerste richtlijn (89/104/EEG) van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, staat niet alleen niet eraan in de weg dat klanken als merken worden aanvaard, maar verbiedt zelfs dat de rechtsorden van de lidstaten klanken a priori die hoedanigheid ontzeggen.

2) Een klank kan slechts een merk vormen wanneer hij niet alleen onderscheidend vermogen heeft, maar ook vatbaar is voor een duidelijke, nauwkeurige, als zodanig volledige, gemakkelijk toegankelijke, begrijpelijke, duurzame en objectieve grafische voorstelling.

3) Het staat aan de nationale rechter om met inachtneming van de feitelijke omstandigheden in elk concreet geval te oordelen of de grafische voorstelling van een auditieve boodschap aan deze eisen voldoet.

4) Niettemin wordt over het algemeen aan deze eisen voldaan door voorstelling op een notenbalk.

5) Daarentegen zijn omschrijvingen in schrijftaal, met inbegrip van onomatopoeën en opeenvolging van de namen van de muzieknoden, in de regel onvoldoende.”

1: - Oorspronkelijke taal: Spaans.

2: - Eerste richtlijn (89/104/EEG) van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB 1989, L 40, blz. 1; hierna: „merkenrichtlijn” of „richtlijn”).

3: - Arrest van 12 december 2002, Sieckmann (C-273/00, Jurispr. blz. I-11737), in welke zaak ik op 6 november 2001 conclusie heb genomen.

4: - Zaak C-104/01, Libertel Groep, waarin advocaat-generaal Léger op 12 november 2002 conclusie heeft genomen.

5: - Bagatelle in A mineur (WoO 59).

6: - De componist zelf gaf het stuk als ondertitel „Herinneringen van 27 april 1808”, de dag waarop hij werd uitgenodigd op een party waarop jongelui van verschillende leeftijden elkaar ontmoetten. Zijn aandacht werd getrokken door een mooi meisje, Elise, die -

na te hebben vernomen wie de bezoeker was - naar hem toe ging en vertelde dat zij ook een artieste was, daar zij piano kon spelen. Alvorens te vertrekken verzocht Beethoven haar om haar vaardigheid te tonen en Elise vertolkte werken van verschillende componisten. Toen hij haar evenwel suggereerde om een van zijn sonates te spelen, antwoordde het meisje bedroefd dat zij dat niet kon, omdat zijn sonates zeer moeilijk waren. De maestro beloofde haar om een eenvoudiger stuk te componeren zodat zij dat op de piano zou kunnen spelen (bespreking van K. GROENEWOLF, aangehaald in het tijdschrift „Ángulos”, juni 1994, blz. 29). Andere critici, zoals A. REVERTER (Beethoven, Ed. Península, Barcelona, 1998, 2de uitgave, blz. 115), geloven dat de bagatelle in 1810 als onderdeel van een reeks stukken werd gecomponeerd, niet onder de naam Elise, maar onder die van Teresa Malfatti, een van de onmogelijke liefdes van Beethoven. De wijziging van de titel zou te wijten zijn aan een onverklaarde fout van uitgever Noht, die deze bagatelle in 1867 uitgaf. In dezelfde zin: W. KINDERMANN, Beethoven, Oxford University Press, Oxford-New York, 1995, blz. 146.

7: - De nummers 517166, 835113, 931683 en 931688 ter onderscheiding van waren en diensten van de klassen 35 en 41 (het eerste merk), 9 en 16 (het tweede merk), 16, 41 en 42 (het derde en het vierde merk) van de internationale nomenclatuur van de merken.

8: - Nummers 535083 en 835115. Het eerste merk voor diensten van de klassen 35 en 41, terwijl het tweede dient ter onderscheiding van waren van de klassen 9 en 16.

9: - De merken met nummers 931687 en 931689 voor de klassen 16, 41 en 42.

10: - Nummers 839419 (klassen 9, 16, 35 en 41), 931684 (klassen 16, 41 en 42) en 931686 (klassen 16, 41 en 42).

11: - Ingeschreven onder de nummers 835114 (klassen 9, 16, 35 en 41) en 931685 (klassen 9, 41 en 42).

12: - De onomatopée van het gekraai van een haan luidt als volgt in de verschillende officiële talen van de Europese Unie: kikeriki in het Duits, kikeli-ki in het Deens, quiquiriquí in het Spaans, kukkokiekuu in het Fins, cocorico in het Frans, kokoriko in het Grieks, cock-a-doodle-doo in het Engels, chicchirichi in het Italiaans, kukeleku in het Nederlands, cocorocóco in het Portugees en kukeliku in het Zweeds.

13: - Nummer 931682 voor waren van klasse 9 en diensten van de klassen 41 en 42.

14: - De eerste negen noten van „Für Elise” klinken in zijn telefooncentrale en bij het nemen van nieuwsbrieven uit in boekhandels en kiosken geplaatste displays. Tevens biedt hij een computerprogramma aan dat bij het opstarten het gekraai van een haan laat horen.

15: - W. BENZOV, Beethoven's Anvil, Music in Mind and Culture, Ed. Basic Books, New York, 2001, blz. XI e.v., bevat een fascinerende studie over de idee dat muziek de mens in contact brengt met de maatschappij.

16: - Zie de punten 21 e.v.

17: - Punt 28 van mijn conclusie van 24 oktober 2002 in de gevoegde zaken C-53/01-C-55/01, Linde e.a., waarin nog geen arrest is geweest.

18: - Zie punt 42 en het eerste punt van het dictum.

19: - M. PROUST, À la recherche du temps perdu, La prisonnière, Ed. Gallimard, La Pléiade, Parijs, 1988, Deel III, blz. 762 en 763.

20: - A. SCHOPENHAUER, Die Welt als Wille und Vorstellung.

21: - A. HENRY, Marcel Proust, Théories pour une esthétique, Ed. Klincksieck, Parijs, 1981, blz. 303.

22: - J. J. NATTIEZ, Proust musicien, Ed. Christian Bourgois, Parijs, 1975, blz. 162.

23: - J. J. NATTIEZ, reeds aangehaald werk, blz. 121.

24: - De Franse en de Nederlandse regering alsmede Shield Mark hebben in hun schriftelijke opmerkingen eraan herinnerd dat de Raad en de Commissie in hun gemeenschappelijke verklaringen bij de vaststelling van de merkenrichtlijn (verklaring 9142/88) en van de verordening inzake het gemeenschapsmerk [verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993, PB 1994, L 11, blz. 1] (verklaring 5865/88) hebben erkend dat klanken tekens zijn die geschikt zijn om een dergelijk intellectueel eigendomsrecht te vormen. Verzoekster in het hoofdgeding merkt tevens op dat in de vergadering van het Europees Parlement van 24 oktober 1988 werd bevestigd dat die verordening niet uitsluit dat auditieve boodschappen een merk vormen.

25: - In feite vermeldt die bepaling de auditieve boodschappen wel. Wanneer wordt verwezen naar „woorden”, wordt verwezen naar een klank die vatbaar is voor grafische voorstelling. Het „woord” is immers in de eerste plaats mondelinge communicatie. Niet toevallig is de eerste betekenis van dit woord in het Spaans *sonido o conjunto de sonidos articulados que expresan una idea* (Diccionario de la Real Academia de la Lengua). In het Frans betekent *mot* in de eerste plaats *chacun des sons ou groupe de sons correspondant à un sens, entre lesquels se distribue le langage* (Le Petit Robert). Dezelfde betekenis vinden we terug in de Engelse taal, waarin *word* betekent: *a sound or combination of sounds forming a meaningful element of speech* (The Concise Oxford Dictionary). In het Duits is *Wort*: *kleinste selbstständige sprachliche Einheit von Lautung und Inhalt beziehungsweise Bedeutung* (Duden, Deutsches Universal Wörterbuch).

26: - Zie eerste en derde overweging van de considerans.

27: - Zie vierde en vijfde overweging van de considerans.

28: - „[...] het doel van de aanpassing [kan] alleen [...] worden bereikt als de verkrijging en het behoud van het recht op een ingeschreven merk in alle lidstaten in beginsel afhankelijk wordt gesteld van gelijke voorwaarden; dat hiertoe een niet limitatieve opsomming van tekens moet worden vastgesteld die een merk kunnen vormen, vooropgesteld dat zij de waren of diensten van een onderneming kunnen onderscheiden van die van andere ondernemingen [...]” (zevende overweging van de considerans).

- 29: - § 3, lid 1, van het Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen van 25 oktober 1994 (BGBl. 1994, I, blz. 3082).
- 30: - § 16, lid 2, van het Markenschutzgesetz van 1970 (BGBl. nr. 260/1970), in de versie van de in BGBl. I 111/1999 en BGBl. I 191/1999 gepubliceerde wetten.
- 31: - Artikel 4, lid 2, sub b, van de Ley 17/2001 de Marcas van 7 december (BOE van 8 december 2001, blz. 45579).
- 32: - Artikel 711-1 b van de Code de la Propriété Intellectuelle, in de versie van de wet van 4 januari 1991.
- 33: - Artikel 1, lid 2, van de wet 2239/1994 (ÖEK A' 152).
- 34: - Artikel 16 van de Testo delle disposizioni legislative in materia di marchi registrati, goedgekeurd bij Real Decreto 929 van 21 juni 1942 (GURI 203 van 29 augustus 1942), herhaaldelijk gewijzigd.
- 35: - Artikel 165 van de Código da Propriedade Industrial.
- 36: - Artikel 1 van de Eenvormige Beneluxwet op de merken (Nederlands Traktatenblad 1962, nr. 58, blz. 11-39), gewijzigd met ingang van 1 januari 1996 door het protocol van 2 december 1992 (Nederlands Traktatenblad 1993, nr. 12, blz. 1-12).
- 37: - Artikel 2, lid 1, van de Varemaerkeloven (wet 162 inzake merken van 21 februari 1997).
- 38: - Artikel 1, lid 2, van de Tavaramerkkilaki 7/1964 (wet inzake merken).
- 39: - Section 6, lid 2, van de Trade Marks Act 1996.
- 40: - Artikel 1, lid 1, van de Trade Marks Act 1994.
- 41: - Artikel 1 van de Varumärkeslagen [(1960:644)] (wet op de fabrieks- en handelsmerken).
- 42: - De Trade Marks Registrar van het Verenigd Koninkrijk heeft de inschrijving als merk aanvaard van de muzikale klanken 2030045 (jingle van Direct Line) en 2013717 (jingle van Mr. Sheen). Eind 2002 had het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt negen klankmerken ingeschreven.
- 43: - Zie voetnoot 50 van mijn conclusie in de zaak Sieckmann. Het voorstel voor de Spaanse wet inzake merken, waarnaar in die voetnoot wordt verwezen, is thans de reeds aangehaalde wet 17/2001.
- 44: - Zie vierde overweging van de considerans en artikel 1.
- 45: - Zie artikel 5 van de richtlijn. De zesde overweging van de considerans van de vordering inzake het gemeenschapsmerk drukt dit idee uit in klare bewoordingen: „[...] het recht op het gemeenschapsmerk [kan] alleen [...] worden verkregen door de inschrijving”. Voorts verklaart advocaat-generaal Léger in zijn reeds aangehaalde conclusie in de zaak Libertel Groep dat „aan de hand van de grafische voorstelling van het teken in de inschrijvingsaanvraag wordt onderzocht of aan alle voorwaarden voor verkrijging van de rechten op het merk is voldaan en wordt vastgesteld, welke rechten en verplichtingen aan de inschrijving van het merk verbonden zijn” (punt 60).
- 46: - Punt 36 van mijn reeds aangehaalde conclusie in de zaak Sieckmann.
- 47: - Zie het aangehaalde punt 36 van de conclusie en punt 37 van het arrest in dezelfde zaak.
- 48: - Zie de punten 48 e.v. van het arrest Sieckmann.
- 49: - Punt 38 in fine van mijn conclusie in de zaak Sieckmann.
- 50: - Punt 55 van het arrest Sieckmann.
- 51: - Over de moeilijkheden waarop men stuit bij de grafische voorstelling van geurmerken: zie de punten 39 e.v. van de conclusie in de zaak Sieckmann.
- 52: - Zie voetnoot 25.
- 53: - Er zij aan herinnerd dat de merken in het hoofdgeding - deels - geluidstekens zijn die worden voorgesteld door notenschrift of door een omschrijving in de vorm van een opeenvolging van noten of een onomatopee.
- 54: - Shield Mark stelt dat het feit dat een partituur niet kan worden gespeeld door een leek op muziekgebied, geen hindernis dient te zijn voor de toelating van deze vorm van grafische voorstelling van klanken. Zij wijst erop dat woordmerken kunnen worden tegengeworpen aan analfabeten en kleurmerken aan kleurenblinden (zie punt 39 van haar schriftelijke opmerkingen).
- 55: - In e-filing, het systeem om on-line gemeenschapsmerken aan te vragen, deelt het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt mede dat een beschrijving niet wordt aanvaard als grafische voorstelling van een geluidmerk.
- 56: - Zie voetnoot 12.
- 57: - Het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt heeft bij beslissing van 7 oktober 1998 (zaak R 1/1998-2) de inschrijving geweigerd van een klankmerk bestaande uit een klik (d clic).
- 58: - Zie punt 41 van mijn conclusie in de zaak Sieckmann.
- 59: - Dit is het geval voor Time Warner die in juli 2001 verzocht om inschrijving als klankmerk van de jingle „Merry Melodies”, die sinds vijftig jaar de tekenfilms van Hanna & Barbera begeleidt. Een ander voorbeeld is de kreet van Tarzan die - eveneens in de Verenigde Staten van Amerika - door Edgar Rice Burroughs als merk werd ingeschreven.
- 60: - A. ORGA, Beethoven, verwijst naar de bewondering die Mendelsohn, Schumann, Liszt en Bizet koesterden voor Beethoven, alsmede naar die van Wagner, Bruckner, Mahler en Debussy. W. KINDERMANN stelt in zijn reeds aangehaalde werk (op blz. 1) dat geen enkele componist een zo centrale plaats in het muziekleven innam als Beethoven.
- 61: - M. STEINITZER, Beethoven, Ed. Fondo de Cultura Econ mica, Mexico, 1953, blz. 51, vertelt dat Beethoven H ndel meermaals uitriep tot de grootste virtuoos. In dezelfde zin, F. KERST (ed.), Beethoven, The Man and the Artist as Revealed in his Own Words, Dover Publications Inc., vertaling naar het Engels van Henry Edward Krehbiel, New York, 1964, blz. 54.
- 62: - Arrest van 12 november 2002 (C-206/01, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie).
- 63: - Zie punt 61.
- 64: - Arrest van 4 mei 1999 (C-108/97 en C-109/97, Jurispr. blz. I-2779).
- 65: - Arrest van 18 juni 2002 (C-299/99, Jurispr. blz. I-5475).

66: - Zie de punten 19 e.v. van mijn reeds aangehaalde conclusie in de zaak Linde.

67: - Er zij aan herinnerd dat overeenkomstig artikel 1, lid 1, van richtlijn 93/98/EEG van de Raad van 29 oktober 1993 betreffende de harmonisatie van de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten (PB L 290, blz. 9), het auteursrecht op kunstwerken als „Für Elise” van Beethoven geldt gedurende het leven van de auteur ervan en tot 70 jaar na zijn dood.

beschermt het werk op zichzelf beschouwd. Merken daarentegen beogen niet de bescherming van originele creaties, maar willen het mogelijk maken, door ondernemingen aangeboden waren en diensten op de markt van elkaar te onderscheiden. Niettemin kan het gebeuren dat een teken tegelijk een door het auteursrecht beschermd origineel werk en een merk is. In een dergelijk geval is het nodig om de onderlinge verbanden te regelen. A. BERCOVITZ heeft dit bestudeerd in zijn werk „Marcas y derecho de autor”, gepubliceerd in Revista de Derecho Mercantil, nr. 240 (2001), blz. 405-419.
