Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Femte Udvidede Afdeling)

7. juli 2021 *

»EU-varemærker – ansøgning om EU-varemærke bestående af en sammensætning af lyde ved åbningen af en dåse med en kulsyreholdig drikkevare – absolut registreringshindring – mangel på fornødent særpræg – artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning (EU) 2017/1001 – artikel 95, stk. 1, i forordning 2017/1001«

I sag T-668/19,

Ardagh Metal Beverage Holdings GmbH & Co. KG, Bonn (Tyskland), ved advokat S. Abrar,

sagsøger,

mod

Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO) ved M. Fischer, D. Hanf og D. Walicka, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

angående et søgsmål til prøvelse af afgørelse truffet af Andet Appelkammer ved EUIPO den 24. juli 2019 (sag R 530/2019-2) vedrørende en ansøgning om registrering af en sammensætning af lyde ved åbningen af en dåse med en kulsyreholdig drikkevare som EU-varemærke,

har

RETTEN (Femte Udvidede Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, S. Papasavvas, og dommerne D. Spielmann, U. Öberg (refererende dommer), O. Spineanu-Matei og R. Norkus,

justitssekretær: fuldmægtig R. Ūkelytė,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 1. oktober 2019,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 19. december 2019,

under henvisning til foranstaltningerne med henblik på sagens tilrettelæggelse af 28. april og 30. oktober 2020,

* Processprog: tysk.

under henvisning til hjemvisningen af nærværende sag til Rettens Femte Udvidede Afdeling,

og efter retsmødet den 10. februar 2021,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Den 6. juni 2018 indgav sagsøgeren, Ardagh Metal Beverage Holdings GmbH & Co. KG (herefter »Ardagh Metal Beverage«), en ansøgning om registrering af et EU-varemærke til Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO) i medfør af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2017/1001 af 14. juni 2017 om EU-varemærker (EUT 2017, L 154, s. 1).

2 Det varemærke, der er søgt registreret, er det lydtegn, som gengiver den lyd, der opstår ved åbningen af en drik på dåse, efterfulgt af stilhed i ca. et sekund og en brusen i ca. ni sekunder. En lydfil er blevet fremlagt af sagsøgeren i forbindelse med indgivelsen af ansøgningen om registrering.

3 De varer, som varemærkeansøgningen vedrørte, henhører under klasse 6, 29, 30, 32 og 33 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer for hver af disse klasser til følgende beskrivelse:

– klasse 6: »metalbeholdere til opbevaring eller transport, navnlig beholdere af metal, metalliske kapsler [cylinderformede beholdere], metalbeholdere, metalbeholdere til kemikalier, komprimerede gasser og væsker«

– klasse 29: »mælkeprodukter, navnlig yoghurtprodukter [drikkevarer], kokosmælk [drikkevarer], drikkeyoughurt, drikke baseret på mælk, eller som indeholder mælk, drikke baseret på yoghurt, tyktflydende mælkedrikke [yoghurt], drikke fremstillet af mejeriprodukter, drikke fremstillet af mejeriprodukter, drikke fremstillet med yoghurt, drikke baseret på yoghurt, drikke fremstillet på basis af kokosmælk, drikke baseret på jordnøddemælk, sojabaserede drikke anvendt som mælkeerstatninger«

– klasse 30: »kaffe, navnlig drikke på basis af kaffeerstatninger, kaffebaserede drikke, drikkevarer fremstillet med kaffe, drikkevarer, der hovedsageligt består af kaffe; te, navnlig drikkevarer på basis af te, tebaserede drikkevarer, ikke-medicinske drikke baseret på te; kakao, navnlig kakaodrikke, drikke fremstillet af kakao, drikke hovedsageligt baseret på kakao, kakaodrikke til fortæring, færdiglavet kakao og drikke fremstillet på basis af kakao; kulsyreholdige drikke [fremstillet på basis af kaffe, kakao eller chokolade], drikke med chokolade, drikke på basis af chokolade, drikke med chokoladesmag, drikke med chokoladesmag, drikke på basis af chokolade, chokoladebaserede drikke med mælk«

– klasse 32: »øl, herunder ølbaserede drikke; mineralvand [drikkevarer], herunder vand [drikkevarer], mineralberiget vand [drikkevarer], vitaminberiget kulsyreholdigt vand [drikke], vandbaserede drikke indeholdende teekstrakter; kulsyreholdige vande, herunder mineralvand [drikkevarer], tonicvand [drikkevarer uden lægemidler]; ikke-alkoholholdige drikke, bl.a.

isotoniske drikke, ikke-alkoholholdige drikke, ikke-alkoholholdige drikke, ikke-alkoholholdige drikke med kulsyre, cola, frosne kulsyreholdige drikke, colaer [læskedrikke], ikke-alkoholholdige drikke på basis af frugtsaft, aloe vera drinks, ikke alkoholholdige; ikke-alkoholholdige drikke, ikke-alkoholholdige drikke med ølsmag, ikke-alkoholholdige drikke med tesmag, ikke-alkoholholdige drikke med tesmag; coladrikke uden alkohol, ikke-alkoholholdige drikke med kaffesmag, læskedrikke uden kulsyre, ikke-alkoholholdige, kulsyreholdige drikke med smag, næringsberigede drikke, vitaminberigede ikke-alkoholholdige drikke, frugtbaserede læskedrikke med tesmag, ikke-alkoholholdige, maltfrie drikkevarer [ikke til medicinsk brug]; frugtdrikke, bl.a. sorbets [drikke], drikkevarer med frugtsmag, frugtdrikke, drikke med røgede blommer, frosne drikke fremstillet på basis af frugt, frugtbaserede drikke; juice og saft, bl.a. grøntssagssafter [drikke], tomatsaft [drikkevarer], grøntssagssafter [drikke], ikke-alkoholholdige drikke indeholdende frugtsaft, drikke hovedsageligt bestående af frugtsaft, frugtsafter (ikke-alkoholholdige drikke), drikke bestående af en blanding af frugt- og grøntsagssaft; drikke baseret på nødder og soya; isotoniske drikke [ikke til medicinske formål]; vitaminholdige drikke (ikke til medicinske formål); drikke baseret på brun ris, dog ikke mælkeerstatninger«

– klasse 33: »alkoholholdige drikkevarer [dog ikke øl], bl.a. destillerede drikke, spirituosa, vinbaserede drikke og frugtsaft, vinholdige drikke [spritzers], alkoholholdige cocktaildrikke med frugt, drikke fremstillet på basis af rom, drikke med lavt alkoholindhold, alkoholiske frugtdrikke, alkoholholdige drikke baseret på kaffe, alkoholholdige drikke baseret på te, alkoholholdige kulsyreholdige drikke, ikke øl«.

4 Den 2. juli 2018 meddelte undersøgeren sagsøgeren, at det ansøgte varemærke ikke var egnet til at blive registreret. Undersøgeren anførte navnlig, at dette varemærke, som bestod af en lyd, der gengiver åbningen af en drik på dåse, efterfulgt af en pause og dernæst en lang brusen, ikke kunne opfattes som en angivelse af varernes handelsmæssige oprindelse.

5 Ved afgørelse af 8. januar 2019 afslog undersøgeren registreringsansøgningen, idet denne fandt, at det ansøgte varemærke ikke havde fornødent særpræg som omhandlet i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001.

6 Ved afgørelse af 24. juli 2019 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afslog Andet Appelkammer ved EUIPO sagsøgerens klage over undersøgerens afgørelse. Appelkammeret konstaterede indledningsvis, at den relevante kundekreds for de varer, der er indeholdt i klasse 29, 30, 32 og 33, er sammensat af den brede offentlighed med et gennemsnitligt opmærksomhedsniveau og for de varer, der er indeholdt i klasse 6, hovedsageligt af erhvervsdrivende med et højt opmærksomhedsniveau. Efter at have bemærket, at kriterierne for bedømmelsen af lydmærkers fornødne særpræg ikke er forskellige fra dem, der finder anvendelse på andre typer varemærker, anførte appelkammeret dernæst, at den brede offentlighed ikke nødvendigvis er vant til at opfatte en lyd som en angivelse af den handelsmæssige oprindelse for uåbnede drikkevarers emballager og emballerede drikkevarer. Appelkammeret tilføjede, at for at kunne registreres som varemærke skal en lyd have en vis prægnans eller være egnet til genkendelse, således at den over for forbrugerne kan angive den handelsmæssige oprindelse af de omhandlede varer eller tjenesteydelser. Endelig fandt appelkammeret, at det ansøgte varemærke består af en lyd, der er uadskilleligt forbundet med brugen af de omhandlede varer, således at den relevante kundekreds vil opfatte nævnte varemærke som en funktionel bestanddel og en angivelse af de omhandlede varers egenskaber og ikke som en angivelse af deres handelsmæssige oprindelse. Appelkammeret konkluderede heraf, at det ansøgte varemærke ikke har fornødent særpræg.

Parternes påstande

7 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

– Den anfægtede afgørelse annulleres.

– EUIPO tilpligtes at betale sagsomkostningerne, herunder omkostningerne forbundet med sagens behandling for appelkammeret.

8 EUIPO har nedlagt følgende påstande:

– Frifindelse.

– Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

Retlige bemærkninger

Tvistens genstand

9 Det skal indledningsvis bemærkes, at hvad angår tvistens omfang har sagsøgeren ikke bestridt, at det ansøgte varemærke ikke har fornødent særpræg for varerne i klasse 6, og at sagsøgeren således ikke har anfægtet den anfægtede afgørelse for varerne i denne klasse.

Realiteten

10 Til støtte for sit søgsmål har sagsøgeren i det væsentlige fremsat seks anbringender. Det første anbringende vedrører tilsidesættelsen af artikel 72, stk. 2, og artikel 95, stk. 1, i forordning 2017/1001, for så vidt som appelkammeret anlagde urigtige skøn. Det andet anbringende vedrører en tilsidesættelse af artikel 72, stk. 2, i forordning 2017/1001, for så vidt som appelkammeret tilsidesatte sin begrundelsespligt. Det tredje anbringende vedrører i det væsentlige en retlig fejl, for så vidt som appelkammeret anvendte et fejlagtigt kriterium ved bedømmelsen af det ansøgte varemærkes fornødne særpræg. Det fjerde anbringende vedrører en tilsidesættelse af artikel 72, stk. 2, og artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001, for så vidt som appelkammeret med urette konkluderede, at det ansøgte varemærke ikke havde fornødent særpræg. Det femte anbringende vedrører en tilsidesættelse af artikel 72, stk. 2, og artikel 95, stk. 1, i forordning 2017/1001, for så vidt som appelkammeret foretog en urigtig bedømmelse af visse af de faktiske omstændigheder. Det sjette anbringende vedrører en tilsidesættelse af artikel 72, stk. 2, i forordning 2017/1001, for så vidt som appelkammeret tilsidesatte sagsøgerens ret til at blive hørt.

11 For det første foretages en undersøgelse af det tredje og det fjerde anbringende, som i det væsentlige vedrører bedømmelsen af det ansøgte varemærkes fornødne særpræg, for det andet undersøges det første og det femte anbringende, for så vidt som de i det væsentlige vedrører de angivelige urigtige skøn, for det tredje undersøges det andet anbringende, for så vidt som det vedrører en tilsidesættelse af begrundelsespligten, og for det fjerde undersøges det sjette anbringende om tilsidesættelsen af retten til at blive hørt.

Bedømmelsen af det ansøgte varemærkes særpræg

12 Sagsøgeren har i det væsentlige anført, at appelkammeret i forbindelse med bedømmelsen af, om det ansøgte varemærke har fornødent særpræg, anvendte kriterier, som ikke er »omfattet« af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001. Appelkammeret tog udgangspunkt i den forudsætning, at det ansøgte varemærke skulle afvige væsentligt fra normen eller branchesædvanen for at opfylde sin funktion som angivelse af de omhandlede varers handelsmæssige oprindelse. Dette kriterium, der er fastsat med hensyn til tredimensionale varemærker, finder imidlertid ikke anvendelse i den foreliggende sag.

13 Ifølge sagsøgeren er den lyd, som det ansøgte varemærke gengiver, usædvanlig for de varer, der er omfattet af klasse 29, 30, 32 og 33, som ikke indeholder kulsyre, således at nævnte varemærkes allerede eksisterende særpræg styrkes. Det samme gør sig gældende for de varer, der er omfattet af klasse 29, 30, 32 og 33, som indeholder kulsyre, idet de forskellige lydbestanddele, som det ansøgte varemærke består af, adskiller sig fra varen ved åbningen af dåser af sædvanlige drikkevarer på markedet, således at den relevante kundekreds opfatter dem som en angivelse af de nævnte varers handelsmæssige oprindelse.

14 Selv om sagsøgeren i sit svar på Rettens spørgsmål har gjort gældende, at dom af 13. september 2016, Globo Comunicação e Participações mod EUIPO (Lydmærke) (T-408/15, EU:T:2016:468), ikke kan overføres til den foreliggende sag, idet de omhandlede varer og tjenesteydelser er forskellige, har sagsøgeren gjort gældende, at Retten heri præciserede, at en minimal grad af særpræg var tilstrækkelig til at udelukke den absolutte registreringshindring for registrering af et varemærke som omhandlet i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001, herunder lydmærker.

15 EUIPO har anfægtet sagsøgerens argumenter.

16 Ifølge ordlyden af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001 er varemærker, som mangler fornødent særpræg, udelukket fra registrering.

17 Den omstændighed, at et varemærke har fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001, betyder, at varemærket er egnet til at identificere den vare eller den tjenesteydelse, for hvilken det er søgt registreret, som hidrørende fra en bestemt virksomhed og dermed til at adskille denne vare eller denne tjenesteydelse fra andre virksomheders (jf. dom af 21.1.2010, Audi mod KHIM, C-398/08 P, EU:C:2010:29, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis, og af 20.10.2011, Freixenet mod KHIM, C-344/10 P og C-345/10 P, EU:C:2011:680, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).

18 De af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001 omfattede tegn, som mangler fornødent særpræg, anses for uegnede til at udføre varemærkets væsentligste funktion, nemlig den, der består i at angive varens eller tjenesteydelsens oprindelse, således at en forbruger, som erhverver den vare eller tjenesteydelse, der er omfattet af varemærket, ved en senere erhvervelse kan gentage oplevelsen, hvis den er positiv, eller undgå den, hvis den er negativ (jf. i denne retning dom af 16.9.2004, SAT.1 mod KHIM, C-329/02 P, EU:C:2004:532, præmis 23).

19 Hvorvidt et varemærke har fornødent særpræg, skal dels bedømmes i forhold til de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket er søgt registreret, dels i forhold til opfattelsen af varemærket hos den relevante kundekreds (jf. dom af 12.2.2004, Henkel, C-218/01, EU:C:2004:88, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis). Opmærksomhedsniveauet hos

gennemsnitsforbrugeren, som anses for at være almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet, kan imidlertid variere, alt efter hvilken kategori af varer eller tjenesteydelser der er tale om (dom af 10.10.2007, Bang & Olufsen mod KHIM (Formen på en højttaler), T-460/05, Sml., EU:T:2007:304, præmis 32).

20 I det foreliggende tilfælde er det ansøgte varemærke det lydtegn, der svarer til åbningen af en dåse, efterfulgt af stilhed i ca. et sekund og derefter en brusende lyd af bobler i ca. ni sekunder.

21 For det første skal det konstateres, at parterne ikke har bestridt den definition af den relevante kundekreds, der er nævnt i den anfægtede afgørelses punkt 10, hvorefter varerne, som er omfattet af klasse 29, 30, 32 og 33 er rettet mod den brede offentlighed med et gennemsnitligt opmærksomhedsniveau.

22 Hvad for det andet angår sagsøgerens argument om, at appelkammeret anvendte fejlagtige kriterier, idet det foretog en undersøgelse af det ansøgte varemærkes fornødne særpræg for de varer, der er omfattet af klasse 29, 30, 32 og 33, skal det fastslås, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 17 anførte, at når den ansøgte lyd gengiver en lyd, der er uadskilleligt forbundet med varerne eller deres brug, for at besidde det fornødne særpræg, skal afvige væsentligt fra normen eller branchesædvanen, ligesom et tredimensionalt varemærke, der gengiver en vares ydre fremtræden eller dens emballage.

23 I denne henseende skal det bemærkes, at kriterierne for at vurdere det fornødne særpræg er de samme for forskellige varemærkekategorier, eftersom artikel 7, stk. 1, i forordning 2017/1001 ikke sondrer mellem disse forskellige kategorier. Kriterierne for at vurdere lydmærkers fornødne særpræg er således ikke forskellige fra dem, der finder anvendelse på andre varemærkekategorier (jf. i denne retning dom af 13.9.2016, Lydmærke, T-408/15, EU:T:2016:468, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis).

24 Det fremgår ligeledes af retspraksis, at det er nødvendigt, at det lydtegn, der er søgt registreret, besidder en vis prægnans, der gør det muligt for den tilsigtede forbruger at opfatte det og betragte det som et varemærke og ikke som et funktionelt element eller som en angivelse uden nogen egen iboende egenskab. Den nævnte forbruger skal således anse lydtegnet for at besidde en adskillelsesevne i den betydning, at det er genkendeligt som varemærke (dom af 13.9.2016, Lydmærke, T-408/15, EU:T:2016:468, præmis 45).

25 Selv om kundekredsen er vant til at opfatte ord- og figurmærker, som tegn, der identificerer den handelsmæssige oprindelse af varer eller tjenesteydelser, er dette ikke nødvendigvis tilfældet, når et tegn alene består af en lydbestanddel. Forbrugeren af de omhandlede varer eller tjenesteydelser skal nemlig alene i kraft af opfattelsen af varemærket, uden at dette kombineres med andre bestanddele, såsom bl.a. ord- eller figurbestanddele eller andre varemærker, kunne skabe en forbindelse med denne handelsmæssige oprindelse.

26 I denne henseende har EUIPO som svar på et spørgsmål fra Retten med rette fremhævet, at sædvanerne i en erhvervssektor ikke var fastlåste, men under visse omstændigheder med tiden kunne ændre sig, endog på meget dynamisk vis. Det er således velkendt, at de erhvervsdrivende på fødevaremarkedet, der er kendetegnet ved stærk konkurrence, står over for et krav om, at deres varer skal emballeres, og at de er stærkt tilskyndet til at gøre deres varer identificerbare med henblik på at tiltrække forbrugernes opmærksomhed, herunder ved lydmærker og markedsførings- og reklameindsats.

27 Selv om den prægnans og egnethed, der er nødvendig for at fremkalde en bestemt form for opmærksomhed hos den tilsigtede kundekreds og udfylde funktionen om at identificere lydmærkets handelsmæssige oprindelse, blevet anset for ikke at foreligge for så vidt angår den nodesekvens, der var søgt registreret i den ovenfor i præmis 24 nævnte sag, blev dette begrundet med denne sekvens' »store enkelthed« og »banalitet«. I det foreliggende tilfælde støttede appelkammeret imidlertid ikke afslaget på registrering af det ansøgte varemærke på de kriterier og registreringshindringer, som Retten opstillede i en tidligere sag vedrørende et lydmærke.

28 Som anført i præmis 22 ovenfor anvendte appelkammeret derimod det kriterium, der er udviklet i retspraksis vedrørende tredimensionale varemærker, der består af selve varens eller emballagens udseende, som kriterium for bedømmelsen af det omhandlede lydmærkes fornødne særpræg.

29 Det fremgår af retspraksis vedrørende tredimensionale varemærker, der består af selve varens eller emballagens udseende, at jo mere den form, der søges registreret som varemærke, ligner den form, der er størst sandsynlighed for, at den omhandlede vare vil antage, desto mere sandsynligt er det, at den nævnte form mangler fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001. Kun et varemærke, der afviger betydeligt fra normen eller branchesædvanen og derfor kan opfylde sin grundlæggende oprindelsesfunktion, mangler under disse omstændigheder ikke fornødent særpræg i henhold til den nævnte bestemmelse (dom af 7.10.2004, Mag Instrument mod KHIM, C-136/02 P, EU:C:2004:592, præmis 31).

30 Det skal imidlertid bemærkes, at denne retspraksis er blevet udviklet med hensyn til den særlige situation, hvor et ansøgt varemærke består af selve varens form eller emballage, selv om der findes en norm eller branchesædvane vedrørende denne form. I dette tilfælde vil den berørte forbruger, som er vant til at se en eller flere former, der svarer til normen eller branchesædvanen, ikke opfatte det ansøgte varemærke som en angivelse af den handelsmæssige oprindelse af de varer, der er omfattet af varemærkeansøgningen, hvis den form, som varemærket består af, er identisk med eller ligner den eller de sædvanlige former.

31 Denne retspraksis fastsætter ikke nye kriterier for bedømmelsen af, om et varemærke har fornødent særpræg, men begrænser sig til at præcisere, at opfattelsen i den relevante kundekreds imidlertid kan påvirkes af karakteren af det tegn, der ansøges registreret. Gennemsnitsforbrugerens opfattelse er således ikke nødvendigvis den samme, når der er tale om et tredimensionalt varemærke, der består af selve varens eller emballagens udseende, som når der er tale om et ord-, figur eller lydmærke, der består af et tegn, som er uafhængigt af udseendet af de varer, det betegner (jf. i denne retning dom af 12.12.2019, EUIPO mod Wajos, C-783/18 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2019:1073, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis).

32 Derfor kan den retspraksis, der er nævnt i præmis 29 ovenfor, i princippet ikke anvendes på lydmærker.

33 I den foreliggende sag, hvor det ansøgte varemærke hverken gengiver formen på de omhandlede varer eller formen på deres emballage, var det med urette, at appelkammeret fandt, at den retspraksis, der er nævnt i præmis 29 ovenfor, fandt analog anvendelse, og anvendte det kriterium, der består i at afgøre, om det ansøgte varemærke afveg »væsentligt« fra normen eller branchesædvanen.

34 Denne retlige fejl med hensyn til det retlige kriterium, der finder anvendelse ved bedømmelsen af det ansøgte varemærkes fornødne særpræg, kan imidlertid ikke behæfte argumentationen i den anfægtede afgørelse med fejl, eftersom det klart fremgår af den samlede begrundelse for den nævnte afgørelse, at appelkammeret ikke udelukkende støttede sig på den retspraksis, der er udviklet med hensyn til tredimensionale varemærker.

35 Det følger af fast retspraksis, at såfremt en fejlvurdering under de særlige omstændigheder i den foreliggende sag ikke har haft betydning for resultatet, kan argumenter støttet på en sådan fejl vedrørende vurderingen af de faktiske omstændigheder ikke tages i betragtning, og den er dermed ikke tilstrækkelig til at begrunde annullation af den anfægtede afgørelse (jf. i denne retning dom af 7.9.2017, VM mod EUIPO – DAT Vermögensmanagement (Vermögensmanufaktur), T-374/15, EU:T:2017:589, præmis 143 og den deri nævnte retspraksis). Hvis appelkammeret således med urette har anvendt kriteriet om normen og branchesædvanen i forhold til udseendet af de omhandlede varer og af deres emballage, skal det afgøres, om denne retlige fejl har haft betydning for den anfægtede afgørelses indhold, eftersom denne afgørelse ligeledes er støttet på en anden grund.

36 Appelkammeret henviste ligeledes i den anfægtede afgørelses punkt 12-16, 21 og 22 til dom af 13. september 2016, Lydmærke (T-408/15, EU:T:2016:468), og anvendte den i den foreliggende sag. Appelkammeret anførte således, at en lyd for at kunne registreres som varemærke skal have en vis prægnans eller en vis egnethed til at blive genkendt, hvilket gør det muligt for de tilsigtede forbrugere at betragte den »som en oprindelsesangivelse og ikke blot som et funktionelt element eller en angivelse, der ikke giver et budskab«. Appelkammeret tilføjede i det væsentlige, at undersøgeren med rette havde anført, at den lyd, der udgør det ansøgte varemærke, havde en direkte forbindelse med de omhandlede varer og var uadskilleligt forbundet med brugen af disse varer. Appelkammeret konkluderede deraf, at det ansøgte varemærke af den relevante kundekreds ville blive opfattet som et funktionelt element ved de omhandlede varer, idet lyden af brusen er en angivelse af de nævnte varers egenskaber og ikke en angivelse af deres handelsmæssige oprindelse, hvorfor det nævnte varemærke manglede fornødent særpræg.

37 For det tredje skal det derfor afgøres, om den anden grund vedrørende den relevante kundekreds' opfattelse af det ansøgte varemærke som værende en funktionel bestanddel, der kan begrunde varemærkets manglende fornødne særpræg, er velbegrundet.

38 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at i modsætning til, hvad appelkammeret har anført i den anfægtede afgørelses punkt 18, er de omhandlede varer ikke »alle drikkevarer, der kan indeholde kulsyre«. Dette gælder bl.a. for kategorien »læskedrikke uden kulsyre«, der er omfattet af klasse 32, som ikke indeholder nogen kulsyreholdige drikkevarer.

39 I det foreliggende tilfælde kan denne fejl imidlertid ikke medføre, at appelkammerets konklusion om, at det ansøgte varemærke mangler fornødent særpræg for samtlige varer i klasse 29, 30, 32 og 33, er retsstridig.

40 For det første skal den lyd, der opstår i forbindelse med åbningen af en dåse, nemlig, henset til den omhandlede varetype, anses for en rent teknisk og funktionel bestanddel, idet åbningen af en dåse eller en flaske er uadskilleligt forbundet med en bestemt teknisk løsning i forbindelse med håndteringen af drikkevarer med henblik på at indtage dem, uafhængigt af om sådanne varer indeholder kulsyre eller ej.

41 Når en bestanddel af den relevante kundekreds opfattes, som om den først og fremmest opfylder en teknisk og funktionel rolle, vil den imidlertid ikke opfattes som en angivelse af en handelsmæssig oprindelse for de omhandlede varer (jf. analogt dom af 18.1.2013, FunFactory mod KHIM (Vibrator), T-137/12, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:26, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis).

42 For det andet vil den relevante kundekreds straks opfatte lyden af brusende bobler som en henvisning til drikkevarer.

43 Desuden har lydbestanddelene og stilheden i ca. et sekund, som det ansøgte varemærke er sammensat af, set i deres helhed ingen iboende egenskab, der gør det muligt at antage, at disse ud over deres opfattelse som en angivelse af funktionalitet og som en henvisning til de omhandlede varer for den relevante kundekreds ligeledes kan opfattes af denne kundekreds som en angivelse af den handelsmæssige oprindelse.

44 Det ansøgte varemærke har ganske vist to egenskaber, nemlig den omstændighed, at stilheden varer ca. et sekund, og at lyden af brusende bobler varer ca. ni sekunder.

45 Sådanne nuancer kan imidlertid ikke i forhold til de klassiske lyde, som drikkevarer fremkalder ved åbningen, i det foreliggende tilfælde være tilstrækkelige til at forkaste indsigelsen støttet på artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001, for så vidt som de kun vil blive opfattet af den relevante kundekreds som omhandlet i præmis 19 og 21 ovenfor som en variant af lyde, der normalt udsendes af drikkevarer på det tidspunkt, hvor deres beholder åbnes, og giver således ikke det ansøgte lydmærke en adskillelsesevne, således at det kan identificeres som varemærke.

46 Som EUIPO med rette har anført, har stilheden efter lyden af åbningen af en dåse og længden af lyden af brusen i ca. ni sekunder således ikke tilstrækkelig prægnans til at adskille sig fra lignende lyde på området for drikkevarer. Den blotte omstændighed, at en kortvarig brusen, der følger umiddelbart efter åbningen af en dåse, er mere almindeligt inden for drikkevareområdet end stilhed i ca. et sekund efterfulgt af en lang brusen, ikke tilstrækkelig til, at den relevante kundekreds tillægger disse lyde nogen betydning, der gør det muligt for den at identificere de omhandlede varers handelsmæssige oprindelse.

47 I modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, er kombinationen af lydbestanddelene og den lydløse bestanddel således ikke usædvanlig i sin struktur, idet lydene af åbningen af en dåse, stilhed og en brusen svarer til de forudsigelige og sædvanlige bestanddele på markedet for drikkevarer.

48 Denne kombination gør det derfor ikke muligt for den relevante kundekreds at identificere de nævnte varer som hidrørende fra en bestemt virksomhed og at adskille dem fra en anden virksomheds varer.

49 Det følger af det ovenstående, at det var med rette, at appelkammeret konkluderede, at det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg for alle de varer, der er omfattet af klasse 29, 30, 32 og 33.

50 Det tredje og det fjerde anbringende om en fejlagtig bedømmelse af det ansøgte varemærkes fornødne særpræg skal derfor forkastes.

De angivelige urigtige skøn

51 Ifølge sagsøgeren var det med urette, at appelkammeret fandt, at de omhandlede varer alle var drikkevarer, der kunne indeholde kulsyre, i det mindste for så vidt angår kategorierne ikke-kulsyreholdige alkoholfri drikkevarer, og mineralvand. Appelkammeret fandt ligeledes fejlagtigt, at det på de omhandlede markeder for drikkevarer og drikkevareemballage var usædvanligt at angive en vares handelsmæssige oprindelse kun ved hjælp af lyde, idet adskillige distributionsmetoder, der anvender en lyd, kan tænkes at foreligge. Appelkammeret inkluderede derfor en fejlagtig personlig konstatering i sin vurdering i stedet for en velkendt kendsgerning.

52 Selv om EUIPO har anerkendt appelkammerets fejl for så vidt angår kategorien »læskedrikke uden kulsyre«, der er omfattet af klasse 32, har EUIPO gjort gældende, at dette ikke begrunder en annullation af den anfægtede afgørelse, og har bestridt sagsøgerens øvrige argumenter.

53 Det skal i denne forbindelse for det første bemærkes, at det følger af præmis 39-50 ovenfor, at denne fejl fra appelkammerets side i den foreliggende sag ikke har haft nogen afgørende indflydelse som omhandlet i den retspraksis, der er nævnt i præmis 35 ovenfor, idet appelkammeret med rette konkluderede, at det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg for alle varer i klasse 29, 30, 32 og 33, uanset om de indeholder kulsyre eller ej.

54 Sagsøgerens argumentation, der er baseret på denne fejl fra appelkammerets side, er derfor irrelevant og kan således ikke medføre annullation af den anfægtede afgørelse.

55 Hvad for det andet angår angivelsen i den anfægtede afgørelses punkt 14 om, at det stadig er usædvanligt på de omhandlede markeder for drikkevarer og drikkevareemballage at angive en vares handelsmæssige oprindelse kun ved hjælp af lyde, skal det bemærkes, at appelkammeret ikke har gjort gældende, at der er tale om en velkendt kendsgerning. Appelkammeret begrundede derimod i den anfægtede afgørelses punkt 15 en sådan stillingtagen med, at de omhandlede varer generelt var lydløse, i det mindste indtil de blev forbrugt. Det er imidlertid appelkammerets opfattelse, at såfremt lyden først indtræder i forbindelse med forbruget af den omhandlede vare, dvs. efter at den er blevet anskaffet, kan den ikke hjælpe den relevante kundekreds med at orientere sig i forbindelse med købet.

56 En sådan konstatering kan dog ikke tiltrædes. Størstedelen af varerne er nemlig lydløse i sig selv og fremstiller først en lyd på tidspunktet for deres forbrug. Dette argument kan derfor ikke kunne støtte det af appelkammeret anførte synspunkt i den anfægtede afgørelses punkt 14. Den blotte omstændighed, at en lyd først kan opstå ved forbruget af en vare, betyder nemlig ikke, at anvendelsen af lyde til at angive en vares handelsmæssige oprindelse på et bestemt marked stadig er usædvanlig.

57 Uanset om det stadig er usædvanligt at angive varernes handelsmæssige oprindelse, navnlig på de omhandlede markeder for drikkevarer og drikkevareemballage, alene ved hjælp af lyde, ville en eventuel fejl fra appelkammerets side i denne henseende under alle omstændigheder ikke have haft nogen afgørende indflydelse på den anfægtede afgørelses konklusion.

58 Som anført i præmis 49 ovenfor har Retten bekræftet appelkammerets konklusion om, at det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg for alle de varer, der er omfattet af klasse 29, 30, 32 og 33. Sagsøgerens argumentation, der er baseret på denne mulige fejl fra appelkammerets side angående den sædvanlige brug af lyde på de omhandlede markeder, kan således ikke medføre annullation af den anfægtede afgørelse.

59 Følgelig skal det første og det femte anbringende, der i det væsentlige vedrører urigtige skøn, forkastes.

Tilsidesættelse af begrundelsespligten

60 Sagsøgeren er i det væsentlige af den opfattelse, at appelkammeret undlod at undersøge, om det ansøgte varemærke havde fornødent særpræg i forhold til de omhandlede varer, som ikke indeholdt kulsyre. Sagsøgeren har tilføjet, at appelkammerets hævdelse om, at det stadig er usædvanligt at angive varernes handelsmæssige oprindelse på markederne for drikkevarer og deres emballage alene ved hjælp af lyde, ikke er tilstrækkeligt underbygget, navnlig på grund af den omstændighed, at sagsøgeren har fremlagt publikationer vedrørende ingeniørers aktuelle arbejde med henblik på akustisk ledsagelse til markedsførte fødevarer.

61 Selv om EUIPO har anerkendt, at der foreligger en begrundelsesmangel for så vidt angår de omhandlede varer, der ikke indeholder kulsyre, er EUIPO ikke desto mindre af den opfattelse, at denne mangel ikke kan medføre annullation af den anfægtede afgørelse.

62 Det skal bemærkes, at i henhold til artikel 94, stk. 1, første punktum, i forordning 2017/1001 skal EUIPO's afgørelser begrundes.

63 Den heri fastsatte begrundelsespligt har samme rækkevidde som den, der følger af artikel 296, stk. 2, TEUF, som fortolket i henhold til fast retspraksis, hvorefter det af begrundelsen klart og utvetydigt skal fremgå, hvilke betragtninger den ophavsmand, som har udstedt retsakten, har lagt til grund, for at gøre det muligt for det første for de berørte effektivt at udøve deres ret til at kræve en retslig kontrol af den anfægtede afgørelse og for det andet for Unionens retsinstanser at efterprøve afgørelsens lovlighed (jf. analogt dom af 10.5.2012, Rubinstein og L'Oréal mod KHIM, C-100/11 P, EU:C:2012:285, præmis 111, og af 6.9.2012, Storck mod KHIM, C-96/11 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2012:537, præmis 86).

64 I det foreliggende tilfælde skal det anerkendes, at appelkammeret har taget udgangspunkt i den fejlagtige forudsætning, at alle de omhandlede varer, der er omfattet af klasse 29, 30, 32 og 33, var drikkevarer, der kunne indeholde kulsyre, således at den anfægtede afgørelse ikke indeholder en udtrykkelig begrundelse, der specifikt vedrører det ansøgte lydmærkes manglende fornødne særpræg for de af de nævnte varer, der ikke kunne indeholde kulsyre, såsom bl.a. »læskedrikke uden kulsyre«, der er omfattet af klasse 32, hvilket i øvrigt ikke er bestridt af EUIPO.

65 Det skal imidlertid bemærkes, at den anfægtede afgørelse på trods af den manglende begrundelse vedrørende dette præcise punkt er tilstrækkeligt begrundet i sin helhed, således at sagsøgeren har kunnet få kendskab til grundlaget for den foranstaltning, der er truffet i forhold til sagsøgeren, og at Unionens retsinstanser er i stand til at udøve deres kontrol med hensyn til afgørelsens lovlighed i overensstemmelse med den retspraksis, der er nævnt i præmis 63 ovenfor.

66 Den omstændighed, at appelkammeret ikke udtrykkeligt kommenterede sagsøgerens argument om ingeniørers aktuelle lydarbejde, betyder ikke, at det ikke har opfyldt sin begrundelsespligt.

67 Den begrundelsespligt, der påhviler EUIPO, udgør nemlig ikke en forpligtelse til at besvare alle de argumenter og beviser, der er fremlagt for EUIPO til bedømmelse (jf. dom af 9.7.2008, Reber mod KHIM – Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart), T-304/06, EU:T:2008:268, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis). EUIPO behøver kun redegøre for de faktiske omstændigheder og retlige betragtninger, der har været afgørende for afgørelsen (jf. i denne retning dom af 11.1.2007,

Technische Glaswerke Ilmenau mod Kommissionen, C-404/04 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2007:6, præmis 30, og af 9.12.2010, Tresplain Investments mod KHIM – Hoo Hing (Golden Elephant Brand), T-303/08, EU:T:2010:505, præmis 46).

68 Dermed skal sagsøgerens anbringende om tilsidesættelse af begrundelsespligten forkastes.

Tilsidesættelse af retten til at blive hørt

69 Sagsøgeren har gjort gældende, at denne ikke har kunnet fremsætte bemærkninger vedrørende det friholdelsesbehov, som appelkammeret henviste til i den anfægtede afgørelses punkt 23, hvorfor sagsøgerens ret til at blive hørt er blevet tilsidesat.

70 EUIPO har bestridt sagsøgerens argumenter.

71 Det bemærkes, at i henhold til artikel 94, stk. 1, andet punktum i forordning 2017/1001 må EUIPO kun støtte sin afgørelse på grunde og beviser, som de berørte parter har haft lejlighed til at fremsætte bemærkninger om. Denne bestemmelse fastslår det generelle princip om beskyttelse af retten til forsvar inden for EU-varemærkeretten. I henhold til dette princip skal adressaterne for offentlige myndigheders beslutninger, der mærkbart berører disse adressaters interesser, have lejlighed til effektivt at fremføre deres synspunkter (jf. dom af 6.9.2013, Eurocool Logistik mod KHIM – Lenger (EUROCOOL), T-599/10, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:399, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis).

72 Retten til at blive hørt omfatter alle forhold af faktisk eller retlig art, som danner grundlag for beslutningsprocessen, men ikke det endelige standpunkt, som administrationen agter at indtage (jf. dom af 12.5.2009, Jurado Hermanos mod KHIM (JURADO), T-410/07, EU:T:2009:153, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis).

73 I det foreliggende tilfælde fremgår det af oplysningerne i EUIPO's sagsakter, navnlig af sagsøgerens skriftlige begrundelse for klagen over undersøgerens afgørelse, at appelkammerets præcisering, hvorefter der er et behov for at friholde de lyde, som det ansøgte varemærke består af, indgår i den efterfølgende udveksling mellem parterne under den administrative procedure for appelkammeret. Som EUIPO med rette har gjort gældende, har appelkammeret ikke fremført noget nyt element og har begrænset sig til at besvare sagsøgerens klageskrift og nærmere bestemt til argumentet om, at de andre erhvervsdrivende ikke ved registreringen af det ansøgte varemærke er forhindret i at anvende deres tegn med henblik på at markedsføre forskellige væsker med skumudløser.

74 Denne præcisering fra appelkammeret kunne derfor ikke i sig selv pålægge det at give sagsøgeren mulighed for at gøre sine synspunkter gældende i denne henseende.

75 Det følger heraf, at anbringendet om tilsidesættelse af retten til at blive hørt må forkastes, og som følge heraf skal EUIPO frifindes i det hele.

Sagsomkostninger

76 Ifølge Rettens procesreglements artikel 134, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. I henhold til samme reglements artikel 135, stk. 1, kan Retten imidlertid, når det er påkrævet af rimelighedshensyn, beslutte, at en part, der taber sagen, ud over at bære sine egne omkostninger alene skal betale en brøkdel af modpartens omkostninger, eller at parten slet ikke skal afholde disse.

77 I henhold til procesreglementets artikel 190, stk. 2, betragtes nødvendige udgifter, som er afholdt af parterne i forbindelse med sagen for appelkammeret ved EUIPO, desuden som omkostninger, der kan kræves erstattet.

78 Henset til de talrige fejl, som den anfægtede afgørelse er behæftet med, og selv om denne ikke er blevet annulleret, bærer hver part sine egne omkostninger i forbindelse med sagens behandling for Retten. Sagsøgeren betaler ligeledes de nødvendige udgifter, som er afholdt i forbindelse med sagen for appelkammeret.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Femte Udvidede Afdeling):

1) Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO) frifindes.

2) EUIPO bærer sine egne omkostninger i forbindelse med sagens behandling for Den Europæiske Unions Ret.

3) Ardagh Metal Beverage Holdings GmbH & Co. KG bærer sine egne omkostninger i forbindelse med sagens behandling for Retten og betaler de nødvendige udgifter afholdt i forbindelse med sagens behandling for appelkammeret ved EUIPO.

Papasavvas Spielmann Öberg

Spineanu-Matei Norkus

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 7. juli 2021.

Underskrifter