ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)

13 september 2016*

„Uniemerk — Aanvraag voor een klankmerk — Absolute weigeringsgrond — Geen onderscheidend vermogen — Artikel 7, lid 1, onder b), van verordening (EG) nr. 207/2009 — Motiveringsplicht — Artikel 75 van verordening nr. 207/2009”

In zaak T-408/15,

Globo Comunicação e Participações S/A, gevestigd te Rio de Janeiro (Brazilië), vertegenwoordigd door E. Gaspar en M.-E. De Moro-Giafferri, advocaten,

verzoekster,

tegen

Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO), vertegenwoordigd door A. Folliard-Monguiral als gemachtigde,

verweerder,

betreffende een beroep tegen de beslissing van de vijfde kamer van beroep van het EUIPO van 18 mei 2015 (zaak R 2945/2014-5) inzake een aanvraag tot inschrijving van een klankmerk als Uniemerk,

wijst

HET GERECHT (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: M. E. Martins Ribeiro (rapporteur), president, S. Gervasoni en L. Madise, rechters,

griffier: M. Marescaux, administrateur,

gezien het op 24 juli 2015 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 5 oktober 2015 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord,

na de terechtzitting op 15 maart 2016,

het navolgende

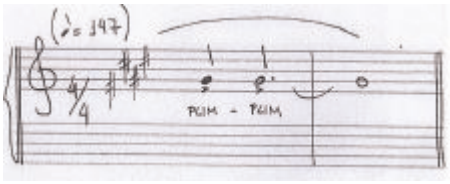
* Procestaal: Frans.

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 Op 28 april 2014 heeft verzoekster, Globo Comunicação e Participações S/A, bij het Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO) een Uniemerkaanvraag ingediend op grond van verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het Uniemerk (PB 2009, L 78, blz. 1).

2 Het merk waarvan inschrijving is aangevraagd is het klankteken zoals hieronder grafisch voorgesteld:



3 De waren en diensten waarvoor inschrijving is aangevraagd, behoren, na de beperking in de loop van de procedure voor het EUIPO, tot de klassen 9, 16, 38 en 41 in de zin van de Overeenkomst van Nice van 15 juni 1957 betreffende de internationale classificatie van de waren en diensten ten behoeve van de inschrijving van merken, zoals herzien en gewijzigd. Zij zijn voor elk van deze klassen omschreven als volgt:

— klasse 9: „Magnetische gegevensdragers, schijfvormige geluidsdragers, compact discs, dvd's en andere digitale gegevensdragers; software; applicaties voor smartphones en tablets";

— klasse 16: „Papier, karton (ruw, half bewerkt of voor kantoorgebruik); drukwerken; boekbinderswaren; foto's; schrijfbehoeften; kleefstoffen voor kantoorgebruik of voor de huishouding; materiaal voor kunstenaars; penselen; schrijfmachines en kantoorartikelen (uitgezonderd meubelen); leermiddelen of onderwijsmateriaal (uitgezonderd toestellen); plastic materialen voor verpakking, te weten zakken, zakjes, folies en vellen; drukletters; clichés; publicaties; boeken; tijdschriften";

— klasse 38: „Uitzending van televisieprogramma's";

— klasse 41: „Opvoeding; opleiding; ontspanning; sportieve en culturele activiteiten; ontspanning in de vorm van televisieprogramma's; productie van televisieprogramma's voor ontspanningsdoeleinden; ontspanning, te weten televisieprogramma's op het gebied van nieuws, onderwijs, sport, komedie, in de vorm van series, variétévoorstellingen; productie van televisieprogramma's; productie van onlineamusement".

4 Bij brief van 15 mei 2014 heeft de onderzoeker verzoekster laten weten dat het aangevraagde merk niet kon worden ingeschreven, op grond dat niet was voldaan aan de voorwaarden van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009. Hij heeft in het bijzonder aangegeven dat dit merk bestond uit een eenvoudig en banaal belsignaal, en dat het niet kon worden opgevat als een aanduiding van de commerciële herkomst van de waren. De onderzoeker heeft verzoekster dus verzocht binnen een termijn van twee maanden haar opmerkingen in te dienen.

5 Bij brief van 11 juli 2014 heeft verzoekster in wezen geantwoord dat het aangevraagde merk weliswaar kort, maar daarom nog niet eenvoudig was: het moest worden beschouwd als een korte melodie die zou worden opgevat als een aanduiding ter verwijzing naar haar eigen waren en diensten.

6 Bij beslissing van 19 september 2014 heeft de onderzoeker deze aanvraag afgewezen, op grond dat voor het aangevraagde merk sprake was van de weigeringsgrond van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009, aangezien het onderscheidend vermogen miste.

7 Op 19 november 2014 heeft verzoekster krachtens de artikelen 58 tot en met 64 van verordening nr. 207/2009 bij het EUIPO beroep ingesteld tegen de beslissing van de onderzoeker.

8 Bij beslissing van 18 mei 2015 (hierna: „bestreden beslissing") heeft de vijfde kamer van beroep van het EUIPO, ten eerste, het beroep verworpen met betrekking tot het vermeende onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk, in het licht van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009, en, ten tweede, het onderzoek van de door verzoekster gestelde vraag inzake het door gebruik verkregen onderscheidend vermogen van dat merk in het licht van artikel 7, lid 3, van deze verordening voor de uitzending van televisieprogramma's van klasse 38 en ontspanning van klasse 41, naar de onderzoeker terugverwezen.

9 De kamer van beroep heeft in punt 17 van de bestreden beslissing vastgesteld dat de betrokken waren en diensten zowel voor het grote publiek als voor vaklieden waren bestemd, zodat het aandachtsniveau varieerde van normaal tot hoog.

10 De kamer van beroep heeft in de punten 18 en 19 van de bestreden beslissing aangegeven dat het aangevraagde merk, om geschikt te zijn om voor de consument de commerciële herkomst van de betrokken waren of diensten aan te duiden, kenmerken moest hebben waardoor de consument het gemakkelijk kon onthouden. Hoewel het niet nodig was dat het een origineel of fantasieteken betrof, nam dit niet weg dat het niet banaal of volledig onbeduidend mocht zijn.

11 De kamer van beroep heeft daaraan in punt 20 van de bestreden beslissing toegevoegd dat een merk dat bestaat uit klanken die lijken op een belsignaal, slechts een identificatiefunctie kan vervullen wanneer het elementen bevat die het kunnen individualiseren ten opzichte van andere merken. In casu heeft de kamer van beroep in punt 21 van die beslissing echter vastgesteld dat het aangevraagde merk bestond uit de herhaling van een toon die klonk als een in alle opzichten banaal belsignaal, ondanks het feit dat het merk bestond uit een notenbalk in de G-sleutel in een tempo van 147 kwartnoten per minuut, met de herhaling van twee gissen. De kamer van beroep heeft in punt 22 van de bestreden beslissing overwogen dat dergelijke nuances ten opzichte van de klassieke vorm van een belsignaal niet kunnen volstaan om het bezwaar op grond van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 van de hand te wijzen, omdat zij de betrokken consument kunnen ontgaan, en in punt 23 van die beslissing overwogen dat het ook onjuist is om te stellen dat het aangevraagde merk wordt gekenmerkt door verschillende specifieke elementen, die de betrokken consument onmiddellijk kan waarnemen.

12 De kamer van beroep heeft in punt 24 van de bestreden beslissing geoordeeld dat het aangevraagde merk de vorm aannam van een zeer eenvoudig klankmotief, dit wil zeggen in wezen een banaal en gewoon belsignaal dat over het algemeen onopgemerkt zou voorbijgaan en dat de betrokken consument niet zou onthouden.

13 De kamer van beroep heeft in punt 28 van de bestreden beslissing bijgevolg geoordeeld dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen miste voor alle waren en diensten waarop de inschrijvingsaanvraag betrekking had.

14 Naar aanleiding van de bestreden beslissing heeft verzoekster op 22 juli 2015 een nieuwe beperking doorgevoerd door, ten eerste, „magnetische gegevensdragers, schijfvormige geluidsdragers, compact discs" van klasse 9 en, ten tweede, alle waren van klasse 16 te schrappen.

15 De lijst van de waren en diensten waarop de inschrijvingsaanvraag betrekking heeft, is dus in de fase van het beroep de volgende:

— klasse 9: „Dvd's en andere digitale gegevensdragers; software; applicaties voor smartphones en tablets";

— klasse 38: „Uitzending van televisieprogramma's";

— klasse 41: „Opvoeding; opleiding; ontspanning; sportieve en culturele activiteiten; ontspanning in de vorm van televisieprogramma's; productie van televisieprogramma's voor ontspanningsdoeleinden; ontspanning, te weten televisieprogramma's op het gebied van nieuws, onderwijs, sport, komedie, in de vorm van series, variétévoorstellingen; productie van televisieprogramma's; productie van onlineamusement".

Conclusies van partijen

16 Verzoekster verzoekt het Gerecht:

— het beroep ontvankelijk te verklaren;

— vast te stellen dat het aangevraagde merk geldig is ter aanduiding van de lijst van waren en diensten zoals vermeld in punt 15 supra;

— de bestreden beslissing deels te vernietigen, voor zover daarbij de merkaanvraag is afgewezen op grond van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009;

— het EUIPO te verwijzen in de kosten.

17 Het EUIPO verzoekt het Gerecht:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

Ontvankelijkheid van voor het eerst voor het Gerecht overgelegde documenten

18 Het EUIPO beroept zich op de niet-ontvankelijkheid van de bijlagen A 29, A 29 bis, A 29 ter, A 50, A 51 bis, A 52, A 52 bis, A 53, A 53 bis, A 54, A 54 bis, A 55, A 55 bis, A 56, A 56 bis, A 57, A 58, A 58 bis, A 59, A 59 bis, A 60 en A 60 bis bij het verzoekschrift, op grond dat deze in het kader van de administratieve procedure niet zijn overgelegd.

19 Dienaangaande zij in herinnering gebracht dat het beroep bij het Gerecht ertoe strekt de rechtmatigheid van de beslissingen van de kamers van beroep van het EUIPO te doen toetsen in de zin van artikel 65 van verordening nr. 207/2009. Het Gerecht heeft dus niet tot taak de feitelijke omstandigheden opnieuw te onderzoeken aan de hand van bewijzen die voor het eerst voor hem worden overgelegd [arresten van 18 december 2008, Les Éditions Albert René/BHIM, C-16/06 P, EU:C:2008:739, punten 136 en 138, en 10 november 2004, Storck/BHIM (Vorm van snoepje), T-396/02, EU:T:2004:329, punt 24].

20 Bijgevolg zij erop gewezen dat de rechtmatigheidstoetsing alleen zal gebeuren tegen de achtergrond van de tijdens de administratieve procedure meegedeelde elementen die in het dossier van het EUIPO worden vermeld [zie in die zin arrest van 15 juli 2014, Łaszkiewicz/BHIM – Capital Safety Group EMEA (PROTEKT), T-576/12, niet gepubliceerd, EU:T:2014:667, punt 25].

Ten gronde

21 Ter ondersteuning van haar beroep voert verzoekster in wezen twee middelen aan: ten eerste, schending van de motiveringsplicht en, ten tweede, schending van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009.

Eerste middel: schending van de motiveringsplicht

22 Verzoekster verwijt de kamer van beroep dat zij haar motiveringsplicht, die wordt vermeld in artikel 75 van verordening nr. 207/2009, heeft geschonden, doordat zij het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk niet heeft onderzocht voor elk van de waren en diensten waarop die aanvraag betrekking had, hetgeen zij ter terechtzitting meer in het bijzonder heeft uiteengezet.

23 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de verplichting voor het EUIPO om de weigering van inschrijving van een merk voor elk van de waren of diensten waarvoor die inschrijving is aangevraagd, te motiveren, eveneens voortvloeit uit de essentiële eis dat elke beslissing van het EUIPO waarbij een door het Unierecht erkend recht wordt geweigerd, kan worden onderworpen aan rechterlijk toezicht dat de daadwerkelijke bescherming ervan dient te waarborgen, en dat zich derhalve tot de rechtmatigheid van de motivering moet uitstrekken (zie naar analogie arrest van 15 februari 2007, BVBA Management, Training en Consultancy, C-239/05, EU:C:2007:99, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

24 Wanneer dezelfde weigeringsgrond wordt ingebracht voor een categorie of een groep van waren of diensten, kan het EUIPO echter volstaan met één motivering voor alle betrokken waren of diensten (zie in die zin beschikking van 11 december 2014, FTI Touristik/BHIM, C-253/14 P, niet gepubliceerd, EU:C:2014:2445, punt 48; zie ook naar analogie arrest van 15 februari 2007, BVBA Management, Training en Consultancy, C-239/05, EU:C:2007:99, punt 37).

25 De bevoegde autoriteit kan bijgevolg volstaan met één motivering wanneer de weigeringsgrond wordt ingebracht voor een categorie of een groep van waren of diensten die zo rechtstreeks en concreet onderling verbonden zijn dat zij een categorie of een groep van waren of diensten vormen die voldoende homogeen is [arresten van 2 april 2009, Zuffa/BHIM (ULTIMATE FIGHTING CHAMPIONSHIP), T-118/06, EU:T:2009:100, punt 28, en 23 september 2015, Reed Exhibitions/BHIM (INFOSECURITY), T-633/13, niet gepubliceerd, EU:T:2015:674, punt 46; zie ook in die zin beschikking van 11 december 2014, FTI Touristik/BHIM, C-253/14 P, niet gepubliceerd, EU:C:2014:2445, punt 48].

26 In casu dient ten eerste te worden vastgesteld dat de kamer van beroep dezelfde weigeringsgrond heeft ingebracht voor alle waren en diensten waarvoor de inschrijving van het aangevraagde merk is geweigerd, namelijk de banaliteit van het teken voor waren en diensten die al dan niet kunnen worden geassocieerd met beltonen van telefoons of geluidssignalen van wekkers en het feit dat het gebruik van een klankmerk voor stille waren moeilijk voorstelbaar is (zie punten 26 en 27 van de bestreden beslissing).

27 Ten tweede bestaat er, zoals het EUIPO terecht heeft benadrukt, een voldoende rechtstreeks en concreet verband tussen de betrokken waren en diensten, die dragers zijn voor de verspreiding van informatie via elektronische weg („Dvd's en andere digitale gegevensdragers; software; applicaties voor tablets en smartphones" van klasse 9; „productie van onlineamusement" van klasse 41), mondeling

(„[o]pvoeding; opleiding” van klasse 41) of via televisie („[u]itzending van televisieprogramma's” van klasse 38; „ontspanning; sportieve en culturele activiteiten; ontspanning in de vorm van televisieprogramma's; productie van televisieprogramma's voor ontspanningsdoeleinden; ontspanning, te weten televisieprogramma's op het gebied van nieuws, onderwijs, sport, komedie, in de vorm van series, variétévoorstellingen; productie van televisieprogramma's” van klasse 41) (zie in die zin arrest van 23 september 2015, INFOSECURITY, T-633/13, niet gepubliceerd, EU:T:2015:674, punt 47).

28 In deze omstandigheden dient te worden geoordeeld dat de kamer van beroep, zonder de op haar rustende motiveringsplicht niet te schenden, na een totaalonderzoek voor alle betrokken waren en diensten tot één besluit kon komen, op basis van dezelfde weigeringsgrond voor alle betrokken waren en diensten.

29 Uit al het voorgaande vloeit voort dat het eerste middel moet worden afgewezen.

30 In het kader van het tweede middel zal nog moeten worden nagegaan of de kamer van beroep geen blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting door te oordelen dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen miste voor alle betrokken waren en diensten.

Tweede middel: schending van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009

31 Verzoekster verwijt de kamer van beroep dat zij blijk heeft gegeven van een onjuiste beoordeling met betrekking tot het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk doordat zij de inschrijving daarvan heeft geweigerd op grond van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009. Volgens verzoekster moeten voor klankmerken in het kader van het onderzoek van het onderscheidend vermogen ervan dezelfde criteria gelden als voor woord- of beeldmerken, en zij stelt daarbij in wezen dat de korte duur van het aangevraagde klankmerk het merk zijn onderscheidend vermogen niet kan ontnemen en dat dit merk weliswaar kort, maar daarom nog niet eenvoudig is, en wordt gekenmerkt door een reeks noten die uitvloeit in de herhaling van een specifieke toon, die bij de herhaling langer klinkt, waardoor de consument het merk gemakkelijker kan identificeren en onthouden. Zij voegt daaraan toe dat het aangevraagde merk bestaat in een geluidsjingle die gewoon noch gebruikelijk is.

32 Ten eerste zij eraan herinnerd dat klanktekens niet van nature ongeschikt zijn om de waren of diensten van een onderneming te onderscheiden van die van een andere onderneming (zie naar analogie arrest van 27 november 2003, Shield Mark, C-283/01, EU:C:2003:641, punt 36).

33 In deze omstandigheden moet artikel 4 van verordening nr. 207/2009 aldus worden uitgelegd dat klanken een merk kunnen vormen, op voorwaarde dat zij bovendien vatbaar zijn voor grafische voorstelling (zie naar analogie arrest van 27 november 2003, Shield Mark, C-283/01, EU:C:2003:641, punt 37).

34 Het wordt niet betwist dat de aanduiding van muzieknoten op een notenbalk, met een sleutel, rusten en alteraties, een „grafische voorstelling” in de zin van artikel 4 van verordening nr. 207/2009 vormt.

35 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 [zie naar analogie arrest van 27 november 2003, Shield Mark, C-283/01, EU:C:2003:641, punten 62 en 63; zie ook regel 3, lid 6, van verordening (EG) nr. 2868/95 van de Commissie van 13 december 1995 tot uitvoering van verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad inzake het gemeenschapsmerk (PB 1995, L 303, blz. 1), zoals gewijzigd].

36 Ten tweede zij eraan herinnerd dat ingevolge artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 inschrijving wordt geweigerd van merken die elk onderscheidend vermogen missen.

37 Het onderscheidend vermogen van een merk in de zin van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 houdt in dat dit merk zich ertoe leent de waar waarvoor de inschrijving is aangevraagd, als afkomstig van een bepaalde onderneming te identificeren en dus deze waar van die van andere ondernemingen te onderscheiden (arresten van 29 april 2004, Henkel/BHIM, C-456/01 P en C-457/01 P, EU:C:2004:258, punt 34, en 7 oktober 2004, Mag Instrument/BHIM, C-136/02 P, EU:C:2004:592, punt 29).

38 Volgens vaste rechtspraak zijn de merken die onder artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 vallen, de merken die ongeschikt worden geacht om de wezenlijke functie van het merk te vervullen, te weten de commerciële herkomst van de betrokken waar of dienst aan te duiden, zodat de consument die de door dit merk aangeduide waar verkrijgt of voor wie de door dit merk aangeduide dienst wordt verricht, die keuze bij een latere aankoop of opdracht kan herhalen indien de ervaring positief was en in geval van een negatieve ervaring een andere keuze kan maken [arresten van 16 september 2004, SAT.1/BHIM, C-329/02 P, EU:C:2004:532, punt 23; 15 september 2005, BioID/BHIM, C-37/03 P, EU:C:2005:547, punt 60, en 8 mei 2008, Eurohypo/BHIM, C-304/06 P, EU:C:2008:261, punt 56; zie ook arrest van 13 april 2011, Air France/BHIM (Vorm van parallellogram), T-159/10, niet gepubliceerd, EU:T:2011:176, punt 13 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

39 Het onderscheidend vermogen van een merk moet worden beoordeeld ten aanzien van de waren of diensten waarvoor de inschrijving is aangevraagd, uitgaande van de perceptie ervan door het relevante publiek [zie arresten van 12 februari 2004, Henkel, C-218/01, EU:C:2004:88, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 9 september 2010, BHIM/Borco-Marken-Import Matthiesen, C-265/09 P, EU:C:2010:508, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak; arresten van 13 april 2011, Vorm van parallellogram, T-159/10, niet gepubliceerd, punt 14, en 28 april 2015, Volkswagen/BHIM (EXTRA), T-216/14, niet gepubliceerd, EU:T:2015:230, punt 15].

40 Een minimaal onderscheidend vermogen is evenwel voldoende om de in artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 genoemde weigeringsgrond uit te sluiten [arresten van 13 juni 2007, IVG Immobilien/BHIM (I), T-441/05, EU:T:2007:178, punt 42; 29 september 2009, The Smiley Company/BHIM (Weergave van halve glimlach van smiley), T-139/08, EU:T:2009:364, punt 30, en 13 april 2011, Vorm van parallellogram, T-159/10, niet gepubliceerd, EU:T:2011:176, punt 15].

41 Bovendien zij eraan herinnerd dat het Hof in zijn rechtspraak heeft geoordeeld dat de criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen voor de verschillende categorieën merken weliswaar dezelfde zijn, maar dat bij de toepassing van deze criteria kan blijken dat de perceptie van het relevante publiek niet noodzakelijkerwijs dezelfde is voor alle categorieën merken, en dat het dus voor sommige categorieën merken moeilijker zou kunnen zijn om het onderscheidend vermogen vast te stellen dan voor andere categorieën (zie beschikking van 28 juni 2004, Glaverbel/BHIM, C-445/02 P, EU:C:2004:393, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

42 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat terwijl het publiek de gewoonte heeft woord- of beeldmerken op te vatten als tekens die de commerciële herkomst van de waren of diensten aanduiden, dit niet noodzakelijkerwijs geldt wanneer het teken alleen bestaat uit een klankelement.

43 Niettemin dient te worden vastgesteld dat het voor sommige waren of diensten mogelijk niet ongebruikelijk is dat de consument deze identificeert door een klankelement. Zo moet met name worden geconstateerd dat het, zoals het EUIPO ter terechtzitting terecht heeft opgemerkt, in sommige economische sectoren, zoals de televisieomroepsector – niet ongebruikelijk is, maar ook en zelfs

gangbaar is dat de consument ertoe wordt gebracht een waar of dienst van die sector te identificeren op basis van een klankelement waardoor het kan worden onderscheiden als afkomstig van een bepaalde onderneming.

44 Vanuit datzelfde oogpunt dient te worden vastgesteld dat voor bepaalde waren en diensten die met name verband houden, ten eerste, met communicatie- of ontspanningsmiddelen via televisie of radio en met telefonie en, ten tweede, met computergegevensdragers, met software of met media in het algemeen, klankelementen, zoals jingles en melodieën, worden gebruikt om de betrokken waar of dienst auditief te kunnen identificeren als afkomstig van een bepaalde onderneming.

45 Bovendien en in ieder geval moet het klankteken waarvan om inschrijving wordt verzocht over een zekere pregnantie beschikken waardoor de betrokken consument het kan opvatten en beschouwen als merk en niet als element van functionele aard of als aanduiding zonder eigen intrinsiek kenmerk. Deze consument moet het klankteken bijgevolg aldus opvatten dat het identificatievermogen bezit, in die zin dat het als merk zal kunnen worden geïdentificeerd.

46 Bijgevolg stelt een klankteken dat niet méér kan betekenen dan louter de banale combinatie van de noten waaruit het bestaat, de betrokken consument niet in staat om het te bevatten in zijn functie van identificatie van de betrokken waren en diensten, aangezien het louter tot een „spiegeleffect” zou worden gereduceerd, in die zin dat het, zoals het EUIPO ter terechtzitting terecht heeft aangegeven, slechts naar zichzelf en naar niets anders zou verwijzen. Het zou dus niet geschikt zijn om bij de betrokken consument een zekere vorm van aandacht op te wekken op basis waarvan hij de onontbeerlijke identificatiefunctie van dit teken kan herkennen.

47 Het betoog van verzoekster dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen bezit, moet in het licht van deze overwegingen worden onderzocht.

48 In casu komt verzoekster niet op tegen de beoordeling van de kamer van beroep in punt 17 van de bestreden beslissing, dat de betrokken waren en diensten zijn bestemd voor zowel het grote publiek als voor vaklieden, met een aandachtsniveau dat bijgevolg varieert van normaal tot hoog. Deze vaststelling kan alleen maar worden bevestigd.

49 Wat de beoordeling van het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk betreft, heeft de kamer van beroep in punt 21 van de bestreden beslissing geoordeeld dat het aangevraagde merk bestond uit de herhaling van een toon die klonk als een belsignaal.

50 Door in het verzoekschrift aan te geven dat het aangevraagde merk kon worden beschreven als „een klank die lijkt op een beltoon van een telefoon” of als „een specifieke elektronische beltoon die doet denken aan een sonargeluid, welke beltoon bestaat uit de herhaling van twee noten” betwist verzoekster – zoals het EUIPO terecht benadrukt – de voormelde beschrijving van het aangevraagde merk door de kamer van beroep niet.

51 Dienaangaande zij opgemerkt dat een klankteken dat buitengewoon eenvoudig is en zich beperkt tot louter de herhaling van twee identieke noten, op zich geen boodschap kan doorgeven die de consumenten zich kunnen herinneren, zodat deze het niet zullen beschouwen als een merk, tenzij het door gebruik onderscheidend vermogen heeft verkregen [zie in die zin arrest van 12 september 2007, Cain Cellars/BHIM (Afbeelding van vijfhoek), T-304/05, niet gepubliceerd, EU:T:2007:271, punt 22].

52 Bijgevolg zal het aangevraagde merk door het relevante publiek slechts worden opgevat als louter een functionaliteit van de betrokken waren en diensten en niet als een aanduiding van de commerciële herkomst ervan. Zoals de kamer van beroep in punt 24 van de bestreden beslissing terecht heeft opgemerkt, zal het aangevraagde merk over het algemeen onopgemerkt voorbijgaan en door de gemiddelde consument niet worden onthouden.

53 Het aangevraagde merk is dus terug te voeren tot een alarm- of beltoon, ongeacht de context waarin het wordt gebruikt en ongeacht de gebruikte overdrager, en dit belsignaal bezit geen enkel ander intrinsiek kenmerk dan de noot waaruit het bestaat en op basis waarvan iets anders dan deze alarm- of beltoon zou kunnen worden onderscheiden.

54 Verzoekster heeft ter terechtzitting herhaald dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen verkrijgt door het ongebruikelijke karakter van een beltoon als aanduiding van de herkomst van een dienst.

55 Dienaangaande kan worden volstaan met de opmerking dat het vermeende ongewone gebruik van een beltoon als aanduiding van de herkomst van waren of diensten niet volstaat om te oordelen dat het teken geschikt is om een dergelijke herkomst te onderscheiden wanneer, zoals in casu, de buitengewone eenvoud van het teken ervoor zorgt dat het niet geschikt is om de herkomst van de waren of diensten te onderscheiden, aangezien dit teken niet uitgesproken van aard is en alleen naar zichzelf kan verwijzen, zoals het EUIPO terecht heeft opgemerkt in antwoord op een vraag van het Gerecht.

56 Verzoekster stelt nog dat aangezien uit de partituur blijkt dat het een notenbalk in de G-sleutel betreft, in een tempo van 147 kwartnoten per minuut, met de herhaling van twee gissen, namelijk een eerste kwart gis met accent (één tel), gevolgd door een tweede gis (gepunteerde halve noot) (drie tellen), die wordt verlengd in de hele noot (vier tellen), de kamer van beroep niet kon oordelen dat deze nuances de betrokken consument konden ontgaan. Vastgesteld zij evenwel dat ondanks deze beschrijving het aangevraagde merk, zoals gepresenteerd aan het Gerecht door de geluidsweergave ervan ter terechtzitting, terug te voeren is tot de herhaling van twee identieke noten, zonder dat – anders dan verzoekster stelt – enige nuance kan worden gehoord.

57 Zoals de kamer van beroep in punt 20 van de bestreden beslissing terecht heeft opgemerkt, kan een merk dat bestaat uit klanken die lijken op een belsignaal geen identificatiefunctie vervullen, tenzij het elementen bevat die het kunnen individualiseren ten opzichte van andere klankmerken, waarbij evenwel zij aangetekend dat het niet om een origineel of fantasiemerk moet gaan.

58 Het merk waarvan om inschrijving wordt verzocht moet het dus mogelijk maken dat het doelpubliek het identificeert als aanduiding van de herkomst van de betrokken waren of diensten, een voorwaarde waaraan het aangevraagde merk, dat kan worden gelijkgesteld met een „standaard” belsignaal, waarover elk elektronisch toestel met uurwerk of elk telefoontoestel beschikt, in casu niet voldoet, zodat dit publiek dit belsignaal zonder voorkennis niet zal kunnen identificeren als een aanduiding van de van verzoekster afkomstige waren en diensten.

59 Daaruit volgt dat, anders dan verzoekster stelt, het aangevraagde merk niet kan worden gelijkgesteld met een jingle die ongebruikelijk is omdat hij een dubbel belsignaal bevat.

60 Bovendien merkt verzoekster op dat het aangevraagde merk algemeen bekend is in Brazilië en bij de Braziliaanse gemeenschap die in verschillende lidstaten woont, die dit merk identificeert als een onderscheidend teken voor de televisiezender Globo.

61 Dienaangaande kan worden volstaan met de opmerking dat verzoekster met dit betoog aanvoert dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen heeft verkregen door het langdurige gebruik dat ervan is gemaakt, een betoog dat weliswaar relevant is in het kader van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 207/2009, een vraag die bij de onderzoeker aanhangig is gemaakt (zie punten 29 en 30 van de bestreden beslissing en punt 8 supra), maar niet in het kader van artikel 7, lid 1, onder b), van deze verordening.

62 Verzoekster stelt ook dat het aangevraagde merk geen onderscheidend vermogen mist, aangezien dit merk en andere gelijksoortige klankmerken in Frankrijk en in de Verenigde Staten zijn ingeschreven.

63 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het merkensysteem van de Unie volgens vaste rechtspraak een autonoom systeem is, dat uit een samenstel van eigen doelstellingen en voorschriften bestaat en waarvan de toepassing losstaat van enig nationaal systeem. De vraag of een teken als Uniemerk kan worden ingeschreven, dient derhalve alleen te worden beantwoord op basis van de relevante Unieregeling [arresten van 12 juni 2007, MacLean-Fogg/BHIM (LOKTHREAD), T-339/05, niet gepubliceerd, EU:T:2007:172, punt 57, en 10 mei 2012, Amador López/BHIM (AUTOCOACHING), T-325/11, niet gepubliceerd, EU:T:2012:230, punt 45].

64 Bovendien heeft de kamer van beroep met betrekking tot de beoordeling van het ontbreken van onderscheidend vermogen voor de betrokken waren en diensten in punt 26 van de bestreden beslissing geoordeeld dat dezelfde grond voor weigering van inschrijving, namelijk het feit dat het aangevraagde merk niet kon worden opgevat als een aanduiding van de commerciële herkomst, gold voor al deze waren of diensten, aangezien het teken even banaal bleef, of het merk nu verband hield met waren of diensten die al dan niet kunnen worden geassocieerd met belsignalen van telefoons of van wekkers.

65 In punt 27 van de bestreden beslissing heeft de kamer van beroep overwogen:

„Bovendien voegt de kamer daaraan met betrekking tot de waren van klasse 16 die per definitie stil zijn (behalve misschien wenskaarten met geluid) en de volgende diensten van klasse 41 ‚Opvoeding; opleiding; sportieve en culturele activiteiten' toe dat het gebruik van het onderzochte merk voor deze waren of diensten moeilijk voorstelbaar lijkt. Hoe zou men immers een klankmerk kunnen associëren met bijvoorbeeld de verkoop van papier? Bovendien besluit de kamer van beroep op basis van haar praktische ervaring dat de consument in ieder geval voor waren van klasse 16 niet de gewoonte heeft om de herkomst van deze waren te herkennen op basis van een klank of een melodie. Dit geldt ook voor de activiteiten van opleiding en opvoeding van klasse 41."

66 Zoals blijkt uit punt 52 supra zal het aangevraagde merk door het relevante publiek in dat opzicht slechts worden opgevat als louter een functionaliteit van de betrokken waren en diensten en niet als een aanduiding van de commerciële herkomst ervan.

67 Bijgevolg dient te worden vastgesteld dat de waren van klasse 9 weliswaar niet uitdrukkelijk zijn aangeduid in punt 27 van de bestreden beslissing, maar onder de vaststelling van de kamer van beroep in punt 25 van de bestreden beslissing vallen, dat het aangevraagde merk niet zal worden opgevat als een aanduiding van de herkomst van de waren. Zoals het EUIPO terecht heeft benadrukt, zal het aangevraagde merk immers worden begrepen als aanduiding van louter het in werking stellen van de gegevensdrager, het computerprogramma of een applicatie voor elektronische toestellen.

68 Voor de uitzending van televisieprogramma's van klasse 38 en alle diensten van klasse 41 die kunnen worden verstrekt in de vorm van televisieprogramma's, zal het klankmerk, doordat het banaal is, door het doelpubliek eerder worden opgevat als een aanduiding van het begin of het einde van een televisieprogramma.

69 Daaruit volgt dat de kamer van beroep geen blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting bij het onderzoek van het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk voor de betrokken waren en diensten.

70 Verzoekster stelt ten slotte dat het EUIPO gelijksoortige klankmerken heeft ingeschreven, namelijk het geluid van een klok of van een xylofoon, zodat het niet volstaat om de inschrijving in casu te weigeren vanwege een vermeend gebrek aan onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk omdat het eenvoudig is.

71 In dat verband moet er enerzijds aan worden herinnerd dat de beslissingen die de kamers van beroep krachtens verordening nr. 207/2009 nemen over de inschrijving van een teken als Uniemerk, volgens vaste rechtspraak berusten op een gebonden en niet op een discretionaire bevoegdheid. Of een teken als Uniemerk kan worden ingeschreven, moet derhalve alleen worden beoordeeld op basis van deze verordening, zoals uitgelegd door de Unierechter, en niet op basis van een eerdere praktijk van de kamers van beroep [arresten van 15 september 2005, BioID/BHIM, C-37/03 P, EU:C:2005:547, punt 47, en 27 februari 2015, Universal Utility International/BHIM (Greenworld), T-106/14, niet gepubliceerd, EU:T:2015:123, punt 36].

72 Anderzijds is het zo dat is geoordeeld dat het EUIPO bij het onderzoek van een aanvraag tot inschrijving van een Uniemerk rekening moet houden met beslissingen die inzake soortgelijke aanvragen reeds zijn genomen, en zeer aandachtig moet onderzoeken of al dan niet een beslissing in dezelfde zin moet worden genomen (arresten van 10 maart 2011, Agencja Wydawnicza Technopol/BHIM, C-51/10 P, EU:C:2011:139, punt 74, en 28 april 2015, EXTRA, T-216/14, niet gepubliceerd, EU:T:2015:230, punt 30).

73 Het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van behoorlijk bestuur moeten echter samen met het wettigheidsbeginsel worden geëerbiedigd. De persoon die om inschrijving van een teken als merk verzoekt, kan zich dus niet in zijn voordeel beroepen op een eventuele onrechtmatigheid die zou zijn begaan ten gunste van een derde, teneinde een identieke beslissing te verkrijgen (arresten van 10 maart 2011, Agencja Wydawnicza Technopol/BHIM, C-51/10 P, EU:C:2011:139, punten 75 en 76, en van 28 april 2015, EXTRA, T-216/14, niet gepubliceerd, EU:T:2015:230, punt 31).

74 Bovendien moet, omwille van de rechtszekerheid en met het oog op behoorlijk bestuur, elke inschrijvingsaanvraag strikt en volledig worden onderzocht teneinde te voorkomen dat een merk onterecht wordt ingeschreven. Dit onderzoek moet in elk concreet geval gebeuren. Of een teken als merk wordt ingeschreven, hangt immers af van specifieke criteria die gelden naargelang van de feitelijke omstandigheden van elk afzonderlijk geval en aan de hand waarvan moet worden nagegaan of een weigeringsgrond op het betrokken teken van toepassing is (arresten van 10 maart 2011, Agencja Wydawnicza Technopol/BHIM, C-51/10 P, EU:C:2011:139, punt 77, en 28 april 2015, EXTRA, T-216/14, niet gepubliceerd, EU:T:2015:230, punt 32).

75 In casu blijkt uit de bestreden beslissing dat de kamer van beroep het aangevraagde merk, om de inschrijving ervan te weigeren volledig en concreet heeft onderzocht. Bovendien blijkt uit het onderzoek van de grieven waarop verzoekster zich beroept dat dit onderzoek de kamer van beroep ertoe heeft gebracht terecht de absolute grond voor weigering van inschrijving van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening nr. 207/2009 in aanmerking te nemen om zich te verzetten tegen de inschrijving van het aangevraagde merk. Aangezien het onderzoek van het aangevraagde merk in het licht van deze bepaling op zich niet heeft kunnen leiden tot een andere uitkomst, kunnen verzoeksters beweringen over de inschrijving van andere klankmerken niet slagen. Verzoekster kan zich dus ter ontkrachting van de conclusie dat de inschrijving van het aangevraagde merk onverenigbaar is met verordening nr. 207/2009, niet nuttig beroepen op de oudere beslissingen van het EUIPO.

76 Uit een en ander volgt dat het tweede middel moet worden afgewezen en het beroep in zijn geheel moet worden verworpen.

Kosten

77 Volgens artikel 134, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van het EUIPO te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT (Tweede kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) Globo Comunicação e Participações S/A wordt verwezen in de kosten.

Martins Ribeiro Gervasoni Madise

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 13 september 2016.

ondertekeningen