



Сборник съдебна практика

РЕШЕНИЕ НА ОБЩИЯ СЪД (пети разширен състав)

7 юли 2021 година*

„Марка на Европейския съюз — Заявка за марка на Европейския съюз, представляваща съчетание от звуци при отварянето на кутийка газирана напитка — Абсолютен мотив за отказ — Липса на отличителен характер — Член 7, параграф 1, буква б) от Регламент (ЕС) 2017/1001 — Член 95, параграф 1 от Регламент 2017/1001“

По дело T-668/19

Ardagh Metal Beverage Holdings GmbH & Co. KG, установено в Бон (Германия),
представявано от S. Abgar, адвокат,

жалбоподател,

срещу

Служба на Европейския съюз за интелектуална собственост (EUIPO), представлявана от
M. Fischer, D. Hanf и D. Walicka,

ответник,

с предмет жалба срещу решението на втори апелативен състав на EUIPO от 24 юли 2019 г. (преписка R 530/2019-2) относно заявка за регистрация на съчетание от звуци, произведени при отварянето на кутийка газирана напитка, като марка на Европейския съюз,

ОБЩИЯТ СЪД (пети разширен състав),

състоящ се от: S. Papasavvas, председател, D. Spielmann, U. Öberg (докладчик),
O. Spineanu-Matei и R. Norkus, съдии,

секретар: R. Ūkelytė, администратор,

предвид жалбата, подадена в секретариата на Общия съд на 1 октомври 2019 г.,

предвид писмения отговор, подаден в секретариата на Общия съд на 19 декември 2019 г.,

предвид процесуално-организационните действия, разпоредени на 28 април и 30 октомври 2020 г.,

* Език на производството: немски.

предвид разпределянето на настоящото дело за разглеждане от пети разширен състав на Общия съд,

след съдебното заседание от 10 февруари 2021 г.,

постанови настоящото

Решение

Обстоятелствата по спора

- 1 На 6 юни 2018 г. жалбоподателят, Ardagh Metal Beverage Holdings GmbH & Co. KG, подава в Службата на Европейския съюз за интелектуална собственост (EUIPO) заявка за регистрация на марка на Европейския съюз на основание на Регламент (ЕО) № 2017/2009 на Съвета от 26 февруари 2009 година относно марката на Европейския съюз (ОВ L 154, 2009 г., стр. 1).
- 2 Марката, чиято регистрация се иска, е звуковият знак, напомнящ звука, който се произвежда при отварянето на кутийка за напитки, последван от тишина от около една секунда и съскащ звук от отделяне на мехурчета от приблизително девет секунди. При подаването на заявката за регистрация жалбоподателят представя аудиофайл.
- 3 Стоките, за които е поискана регистрацията, спадат към класове 6, 29, 30, 32 и 33 по смисъла на Ницката спогодба относно международната класификация на стоките и услугите за регистрация на марки от 15 юни 1957 г., ревизирана и изменена, и за всеки от тези класове отговарят на следното описание:
 - клас 6: „Метални контейнери за съхранение и превоз, в частност метални контейнери, метални капсули [контейнери], метални съдове, съдове от метал за химикали, течности и газ под налягане“;
 - клас 29: „Млечни продукти, по-специално кисело мляко [напитки], кокосово мляко [напитки], напитки от кисело мляко, напитки на млечна основа или съдържащи мляко, напитки на киселомлечна основа, напитки на млечна основа [кисело мляко], напитки на млечна основа, напитки на основата на млечни продукти, напитки, произведени с кисело мляко, напитки на основата на кисело мляко, напитки на основата на кокосово мляко, напитки на основата на фъстъчено мляко; напитки на основата на бадемово мляко, напитки на основата на соя, използвани като заместители на млякото“;
 - клас 30: „Кафе, по-специално напитки, приготвени на базата на заместители на кафе, напитки на базата на кафе, напитки, произведени с кафе, напитки, състоящи се главно от кафе; чай, по-специално напитки на базата на чай, напитки на базата на ароматизирани плодови чайове, нелечебни напитки на базата на чай; какао, по-специално напитки на базата на какао, напитки, приготвени от какао, напитки главно на базата на какао, напитки, готови за консумация на базата на какао, напитки, приготвени в какао и на базата на какао; газирани напитки (на базата на кафе, какао или шоколад), шоколадови напитки, напитки на базата на шоколад, напитки с шоколадов аромат, напитки с вкус на шоколад, напитки на базата на шоколад, шоколадови напитки на млечна основа“;

- клас 32: „Бира, по-специално напитки на основата на бира; минерални води [напитки], по-специално води [напитки], обогатени минерални води [напитки], газирана вода, обогатена с витамини [напитки], напитки на базата на вода, съдържащи екстракт от чай; газирани води, по-специално минерални води [напитки], тоници [немедицински напитки]; безалкохолни напитки, по-специално изотонични напитки, безалкохолни напитки, безалкохолни напитки, безалкохолни газирани напитки, кола [безалкохолни напитки], замразени газирани напитки без алкохол, кола (напитки без алкохол), безалкохолни напитки, съдържащи зеленчукови сокове, ароматизирани газирани напитки, безалкохолни напитки с алое вера; безалкохолни напитки, безалкохолни напитки, ароматизирани с бира, безалкохолни ароматизирани напитки от чай, безалкохолни напитки с вкус на чай; напитки от кола без алкохол, безалкохолни напитки с вкус за кафе, безалкохолни напитки, ароматизирани с кафе, негазирани безалкохолни напитки, ароматизирани газирани безалкохолни напитки, напитки, обогатени от хранителна гледна точка, безалкохолни напитки, обогатени с витамини, безалкохолни напитки на плодова основа, ароматизирани с чай, безалкохолни напитки без малц за немедицински цели, безалкохолни напитки за немедицински цели; плодови напитки, по-конкретно сорбета [напитки], ароматизирани плодови напитки, плодови напитки, напитки на основата на пушени круши, безалкохолни напитки на основата на замразени плодове, напитки на плодова основа; плодови сокове, по-специално растителни сокове [напитки], доматиен сок [напитки], зеленчукови сокове [напитки], безалкохолни напитки, съдържащи плодови сокове, напитки, състоящи се предимно от плодови сокове, сиропи [безалкохолни напитки], напитки, съставени от смес от плодови и зеленчукови сокове; напитки на основата на черупкови плодове и соя; изотонични напитки за немедицински цели; напитки, съдържащи витамини (за немедицински цели); напитки на основата на кафяв ориз, различни от заместители на млякото“,
 - клас 33: „Алкохолни напитки [с изключение на бира], по-специално дестилирани напитки, спиртни напитки, напитки на основата на вино и плодови сокове, напитки, съдържащи вино [шпритц], алкохолни плодови коктейли, напитки на основата на ром, напитки с ниско съдържание на алкохол, алкохолни напитки от плодове, алкохолни напитки на основата на кафе, алкохолни напитки на основата на чай, алкохолни газирани напитки, различни от бира“.
- 4 На 2 юли 2018 г. проверителят уведомява жалбоподателя, че заявената марка не подлежи на регистрация. Той посочва по-специално че тази марка, състояща се от звук, възпроизвеждащ отварянето на кутийка за напитки, последван от пауза, а след това от дълъг съскащ звук от отделяне на мехурчета, не би могла да се възприеме като указание за търговския произход на стоките.
- 5 С решение от 8 януари 2019 г. проверителят отхвърля заявката за регистрация, като приема, че заявената марка няма отличителен характер по смисъла на член 7, параграф 1, буква б) от Регламент 2017/1001.
- 6 С решение от 24 юли 2019 г. (наричано по-нататък „обжалваното решение“) втори апелативен състав на EUIPO отхвърля жалбата на жалбоподателя срещу решението на проверителя. Най-напред той констатира, че за стоките от класове 29, 30, 32 и 33 съответните потребители са широкият кръг потребители със средна степен на внимание, а за стоките от клас 6 — предимно специалисти, които проявяват висока степен на внимание. По-нататък, след като припомня, че критериите за преценка на отличителния характер на звуковите марки не се различават от приложимите към други категории марки,

апелативният състав посочва, че широкият кръг потребители не е непременно свикнал да възприема даден звук като указание за търговския произход на неотворени опаковки за напитки и опаковани напитки. Той добавя, че за да може да бъде регистрирана като марка, звукът трябва да бъде запомнящ се в известна степен се или да бъде признат, така че да може да указва на потребителите търговския произход на разглежданите стоки или услуги. Накрая, апелативният състав приема, че заявената марка се състои от звук, присъщ на използването на разглежданите стоки, така че съответните потребители биха възприели посочената марка като функционален елемент и указание за качествата на разглежданите стоки, а не като указание за техния търговски произход. От това той заключава, че заявената марка е лишена от отличителен характер.

Искания на страните

7 Жалбоподателят иска от Общия съд:

- да отмени обжалваното решение,
- да осъди EUIPO да заплати съдебните разноски, включително направените в хода на производството по обжалване.

8 EUIPO иска от Общия съд:

- да отхвърли жалбата,
- да осъди жалбоподателя да заплати съдебните разноски.

От правна страна

По предмета на спора

9 В самото начало следва да се отбележи, че що се отнася до обхвата на спора, жалбоподателят не оспорва, че заявената марка няма отличителен характер за стоките от клас 6 и че по този начин той не поставя под въпрос обжалваното решение за стоките, спадащи към този клас.

По същество

10 Жалбоподателят изтъква по същество шест основания в подкрепа на своята жалба. Първото основание е нарушение на член 72, параграф 2 и член 95, параграф 1 от Регламент 2017/1001, състоящо се в това, че апелативният състав е допуснал грешки в преценката. Второто основание е нарушение на член 72, параграф 2 от Регламент 2017/1001, доколкото апелативният състав не е изпълнил задължението си за мотивиране. Третото основание е по същество грешка при прилагане на правото, тъй като апелативният състав приложил неправилен критерий за преценка на отличителния характер на заявената марка. Четвъртото основание е нарушение на член 72, параграф 2 и член 7, параграф 1, буква б) от Регламент 2017/1001, доколкото апелативният състав неправилно е заключил, че заявената марка е лишена от отличителен характер. Петото основание е нарушение на член 72,

параграф 2 и член 95, параграф 1 от Регламент 2017/1001, доколкото апелативният състав е извършил неправилна преценка на определени факти. Шестото основание е нарушение на член 72, параграф 2 от Регламент 2017/1001, доколкото апелативният състав нарушил правото на жалбоподателя да бъде изслушан.

- 11 На първо място, следва да се разгледат третото и четвъртото основание, които по същество се отнасят до преценката на отличителния характер на заявената марка, на второ място, първото и петото основание, доколкото по същество се отнасят до твърдените грешки в преценката, на трето място, второто основание, що се отнася до нарушение на задължението за мотивиране, и на четвърто място, шестото основание, отнасящо се до нарушение на правото на изслушване.

По преценката на отличителния характер на заявената марка

- 12 По същество жалбоподателят поддържа, че при анализа на отличителния характер на заявената марка апелативният състав е приложил критерии, които не са „обхванати“ от член 7, параграф 1, буква б) от Регламент 2017/1001. Апелативният състав изхождал от предпоставката, че заявената марка трябва значително да се различава от стандартното или обичайното в сектора, за да изпълнява функцията си за указване на търговския произход на разглежданите стоки. Този критерий, установен по отношение на триизмерните марки, обаче не можел да се приложи в конкретния случай.
- 13 Според жалбоподателя възпроизведеният със заявената марка звук е необичаен за стоките от класове 29, 30, 32 и 33, които не съдържат въглероден диоксид, така че вече съществуващият отличителен характер на посочената марка бил подсилен. Същото се отнасяло и за стоките от класове 29, 30, 32 и 33, които съдържат въглероден диоксид, тъй като различните звукови елементи, съставляващи заявената марка, се различавали от звука, произведен при отварянето на кутийките на обичайните газирани напитки на пазара, така че съответните потребители ги възприемали като указание за търговския произход на посочените стоки.
- 14 В отговора си на поставените от Общия съд въпроси, макар жалбоподателят да твърди, че решение от 13 септември 2016 г., *Globo Comunicação e Participações/EUIPO* (Звукова марка) (T-408/15, EU:T:2016:468), не може да бъде транспонирано в настоящия случай, тъй като съответните стоки и услуги са различни, той поддържа, че Общият съд е уточнил в него, че е достатъчна минимална степен на отличителен характер, за да се отхвърли абсолютното основание за отказ на регистрация на марка по смисъла на член 7, параграф 1, буква б) от Регламент 2017/1001, включително звуковите марки.
- 15 EUIPO оспорва доводите на жалбоподателя.
- 16 Съгласно член 7, параграф 1, буква б) от Регламент 2017/1001 се отказва регистрацията на марките, които нямат отличителен характер.
- 17 Наличието на отличителен характер на дадена марка по смисъла на член 7, параграф 1, буква б) от Регламент 2017/1001 означава, че тя позволява да се установи, че стоката или услугата, за която е направена заявката, произхожда от определено предприятие и съответно може да бъде различена от стоките и услугите на останалите предприятия (вж.

решения от 21 януари 2010 г., Audi/CХВП, C-398/08 P, EU:C:2010:29, т. 33 и цитираната съдебна практика и от 20 октомври 2011 г., Freixenet/CХВП, C-344/10 P и C-345/10 P, EU:C:2011:680, т. 42 и цитираната съдебна практика).

- 18 Знаците, лишени от отличителен характер, посочен в член 7, параграф 1, буква в) от Регламент 2017/1001, се считат за негодни да осъществяват основната функция на марката, а именно да установяват търговския произход на стоката или услугата, за да дадат възможност на потребителя, който придобива обозначената с марката стока или услуга, при едно последващо придобиване да направи същия избор, ако опитът му се окаже положителен, или да направи друг избор, ако опитът се окаже отрицателен (вж. в този смисъл решение от 16 септември 2004 г., SAT.1/CХВП, C-329/02 P, EU:C:2004:532, т. 23).
- 19 Отличителният характер на марката трябва да се преценява, от една страна, с оглед на стоките или услугите, за които се иска регистрация на марката, и от друга страна — с оглед на възприемането ѝ от съответните потребители (вж. решение от 12 февруари 2004 г., Henkel, C-218/01, EU:C:2004:88, т. 50 и цитираната съдебна практика). Степента на внимание на средния потребител, за който се предполага, че е относително осведомен и в разумни граници наблюдателен и съобразителен, може да варира в зависимост от категорията на посочените стоки или услуги (решение от 10 октомври 2007 г., Bang & Olufsen/CХВП (Форма на високоговорител), T-460/05, EU:T:2007:304, т. 32).
- 20 В конкретния случай заявената марка е звуковият знак, съответстващ на поредицата от звук от отварянето на кутийка за напитки, тишина от около една секунда и съскащ звук от отделяне на мехурчета от около девет секунди.
- 21 На първо място, следва да се констатира, че страните не оспорват определянето на съответните потребители в точка 10 от обжалваното решение, според което включените в класове 29, 30, 32 и 33 стоки са предназначени за широкия кръг потребители със средна степен на внимание.
- 22 На второ място, що се отнася до довода на жалбоподателя, че апелативният състав е използвал неправилни критерии, като е анализирал отличителния характер на заявената марка за стоките от класове 29, 30, 32 и 33, следва да се констатира, че в точка 17 от обжалваното решение той е посочил, че когато заявеният звук възпроизвежда звук, присъщ за стоките или за използването им, за да е налице необходимия отличителен характер, посочената марка трябва значително да се различава от стандартното или обичайното в съответния сектор, също както триизмерна марка, която възпроизвежда външен аспект на стоката или нейната опаковка.
- 23 В това отношение следва да се припомни, че критериите за преценка на отличителния характер са едни и същи за всички категории марки, тъй като член 7, параграф 1 от Регламент 2017/1001 не прави разграничение между тези различни категории. Критериите за преценка на отличителния характер на звуковите марки не се различават от критериите, приложими към останалите категории марки (вж. в този смисъл решение от 13 септември 2016 г., Звукова марка, T-408/15, EU:T:2016:468, т. 41 и цитираната съдебна практика).
- 24 От съдебната практика също така следва, че е необходимо звуковият знак, чиято регистрация се иска, да бъде запомнящ се в известна степен, така че да позволява на съответния потребител да го възприема и да го счита за марка, а не за елемент от функционално естество или за указание без вътрешноприсъща характеристика.

Следователно посоченият потребител трябва да счита, че звуковият знак има идентификационно свойство, в смисъл че ще може да бъде идентифициран като марка (решение от 13 септември 2016 г., Звукова марка, T-408/15, EU:T:2016:468, т. 45).

- 25 Макар потребителите да имат навика да възприемат словните или фигуративните марки като знаци за установяване на търговския произход на стоки или услугите, това не се отнася непременно за знаците, състоящи се само от един звуков елемент. Всъщност потребителят на разглежданите стоки или услуги трябва да може само чрез възприемането на марката, без тя да е съчетана с други елементи, като например словни или фигуративни елементи, дори друга марка, да направи връзка с този търговски произход.
- 26 В това отношение EUIPO правилно подчертава в отговор на въпрос на Общия съд, че обичайната практика в даден икономически сектор не е утвърдена, а при определени обстоятелства може да се промени във времето дори по твърде динамичен начин. В този смисъл е общоизвестно, че операторите, които присъстват на пазара на хранителната промишленост, който се характеризира със силна конкуренция, са изправени пред императивното изискване за опаковане на техните стоки и са силно стимулирани да направят стоките си разпознаваеми, за да привлекат вниманието на потребителите, включително чрез звукови марки и усилия за маркетинг и реклама.
- 27 Макар способността да бъде запомняща се и годността, които се изискват, за да се породят определена форма на внимание сред съответните потребители и да се покрие функцията за установяване на търговския произход на звуковата марка да са отречени при поредицата ноти, чиято регистрация се иска в посоченото в точка 24 по-горе дело, това е обосновано от „изключителната елементарност“ и „баналността“ на посочената поредица. В случая обаче, за да откаже регистрацията на заявената марка, апелативният състав не се е основал на критериите и основанията за отказ на регистрация, установени от Общия съд по предходно дело относно звукова марка.
- 28 Обратното, както бе посочено в точка 22 по-горе, апелативният състав е приложил като критерий за преценка на отличителния характер на разглежданата звукова марка този, изведен от съдебната практика относно триизмерните марки, състоящи се от външния вид на самата стока или на нейната опаковка.
- 29 Съгласно съдебната практика относно триизмерните марки, състоящи се от външния вид на самата стока или на нейната опаковка, колкото повече формата, заявена за регистрация като марка, се доближава до най-вероятната форма, която ще приема съответната стока, толкова по-вероятно е тази форма да няма отличителен характер по смисъла на член 7, параграф 1, буква б) от Регламент 2017/1001. При тези обстоятелства само марка, която значително се отклонява от стандартното или обичайното в сектора и поради това може да изпълнява основната си функция — да указва произхода, не е лишена от отличителен характер по смисъла на посочената разпоредба (решение от 7 октомври 2004 г., Mag Instrument/CXBP, C-136/02 P, EU:C:2004:592, т. 31).
- 30 Важно е обаче да се отбележи, че тази съдебна практика е развита с оглед на особеното положение, при което заявената марка се състои от формата на самата стока или на нейната опаковка, въпреки че съществува стандарт или обичаи в сектора относно тази форма. В този случай съответният потребител, който е запознат с една или друга форма, съответстваща на

стандартното или обичайното в сектора, няма да възприеме заявената марка като указание за търговския произход на стоките, посочени в заявката за марка, ако формата, съставляваща посочената марка, е идентична или сходна с обичайната форма или форми.

- 31 Тази съдебна практика не установява нови критерии за преценка на отличителния характер на дадена марка, а само уточнява, че при прилагането на тези критерии възприятието на съответните потребители може да бъде повлияно от естеството на заявления за регистрация знак. Всъщност възприемането от средния потребител не е непременно едно и също в случая на триизмерна марка, състояща се от външния вид на самата стока или на нейната опаковка, и в случая на словна, фигуративна или звукова марка, състояща се от знак, който не зависи от външния вид или формата на обозначените с марката стоки (вж. в този смисъл решение от 12 декември 2019 г., EUIPO/Wajos, C-783/18 P, непубликувано, EU:C:2019:1073, т. 24 и цитираната съдебна практика).
- 32 Поради това припомнената в точка 29 по-горе съдебна практика по принцип не може да се приложи към звуковите марки.
- 33 В настоящия случай, тъй като заявената марка не възпроизвежда нито формата на разглежданите стоки, нито формата на тяхната опаковка, апелативният състав неправилно е приел, че припомнената в точка 29 по-горе съдебна практика е приложима по аналогия, и е приложил критерия, състоящ се в това да се определи дали заявената марка се различава „значително“ от стандартното или обичайното в сектора.
- 34 Въпреки това тази грешка при прилагане на правото, що се отнася до правния критерий, приложим за преценката на отличителния характер на заявената марка, не може да опорочи изложените в обжалваното решение съображения, тъй като от прочита на всички мотиви на това решение ясно личи, че апелативният състав не се е основал изключително на съдебната практика, развита по отношение на триизмерните марки.
- 35 Съгласно постоянната съдебна практика, ако при особените обстоятелства в конкретния случай грешката не е могла да има решаващо влияние по отношение на резултата, доводите, основани на такава грешка в преценката на фактите, са неотносими и следователно не са достатъчни, за да обосноват отмяната на обжалваното решение (вж. в този смисъл решение от 7 септември 2017 г., VM/EUIPO — DAT Vermögensmanagement (Vermögensmanufaktur), T-374/15, EU:T:2017:589, т. 143 и цитираната съдебна практика). При това положение, ако апелативният състав неправилно е приложил критерия за стандартното и обичайното в сектора предвид външния вид на заявените стоки и техните опаковки, следва да се определи дали тази грешка при прилагане на правото е повлияла на смисъла на обжалваното решение, тъй като последното се основава и на друг мотив.
- 36 Всъщност в точки 12—16, 21 и 22 от обжалваното решение апелативният състав припомня решението от 13 септември 2016 г., Звукова марка (T-408/15, EU:T:2016:468), и го прилага в конкретния случай. Така той посочва, че за да може да бъде регистриран като марка, звукът трябва да бъде запомнящ се в известна степен или да бъде признат, така че да позволи на потребителите, към които е насочен, да го възприемат „като указание за произхода, а не просто като функционален елемент или указание, което не носи послание“. Той добавя по същество, че проверителят правилно е посочил, че звукът, съставляващ заявената марка има пряка връзка със заявените стоки и е присъщ на използването на тези стоки. От това апелативният състав прави извода, че заявената марка ще бъде възприета от съответните

потребители като функционален елемент на разглежданите стоки, тъй като съскащият звук от отделяне на мехурчета е указание за качествата на посочените стоки, а не указание за техния търговски произход, така че посочената марка няма отличителен характер.

- 37 На трето място, следователно трябва да се определи дали е основателен другият мотив, изведен от възприемането на заявената марка от съответните потребители като функционален елемент — мотив, който може да обоснове липсата на отличителен характер на посочената марка.
- 38 В това отношение следва да се отбележи, че противно на поддържаното от апелативния състав в точка 18 от обжалваното решение, разглежданите стоки не са „всички напитки, които могат да съдържат въглероден диоксид“. Същото се отнася по-специално за категорията „негазирани безалкохолни напитки“ от клас 32, която не съдържа никаква газирана напитка.
- 39 В случая обаче тази грешка не може да доведе до незаконосъобразност на извода на апелативния състав за липсата на отличителен характер на заявената марка за всички стоки от класове 29, 30, 32 и 33.
- 40 Всъщност, от една страна, звукът, издаван при отварянето на кутийка за напитки ще се счита, с оглед на вида на разглежданите стоки, за чисто технически и функционален елемент, тъй като отварянето на кутийка за напитки или на бутилка е присъщо на техническо решение, определено при боравенето с напитки с цел консумация, независимо дали тези стоки съдържат въглероден диоксид или не.
- 41 Тъй като обаче даден елемент се възприема от съответните потребители като изпълняващ преди всичко техническа и функционална роля, той няма да бъде възприет като указание за търговския произход на съответните стоки (вж. по аналогия решение от 18 януари 2013 г., FunFactory/СХВП (Вибратор), T-137/12, непубликувано, EU:T:2013:26, т. 27 и цитираната съдебна практика).
- 42 От друга страна, съскащият звук от отделяне на мехурчета веднага ще бъде възприет от съответните потребители като насочващ към напитки.
- 43 Освен това звуковите елементи и тишината от около една секунда, съставляващи заявената марка, взети заедно, не притежават нито една присъща характеристика, която позволява да се приеме, че освен възприемането им като указание за функционалност и като препращащи към разглежданите стоки за съответните потребители, те също биха могли да бъдат възприети от тези потребители като указание за търговския произход.
- 44 Несъмнено заявената марка съдържа две характеристики, а именно че тишината продължава около една секунда и че съскащият звук от отделяне на мехурчета продължава около девет.
- 45 Все пак подобни нюанси по отношение на класическите звуци, които се издават от напитките при отваряне, могат в конкретния случай да бъдат достатъчни, за да се отхвърли възражението, основано на член 7, параграф 1, буква б) от Регламент 2017/1001, доколкото те ще бъдат възприети от съответните потребители, както са посочени в точки 19 и 21 по-горе, само като вариант на звуците, обичайно издавани от напитки към момента на

отваряне на тяхното съдържание, и следователно не предоставят на заявената звукова марка идентификационно свойство, в смисъл че ще може да бъде идентифицирана като марка.

- 46 Така, както правилно отбелязва EUIPO, тишината след звука от отваряне на кутийка за напитки и дължината на съскащия звук от отделяне на мехурчета от около девет секунди не са достатъчно запомнящи се, за да се различават от подобни звуци в областта на напитките. Сам по себе си фактът, че кратката продължителност на съскащия звук от отделяне на мехурчета непосредствено след отварянето на кутийка за напитки е по-обичаен в областта на напитките, отколкото тишината от около секунда, следвана от дълъг съскащ звук от отделяне на мехурчета, не е достатъчен, за да придадат съответните потребители на тези звуци каквото и да е значение, позволяващо им да идентифицират търговския произход на разглежданите стоки.
- 47 Противно на поддържаното от жалбоподателя, комбинацията от звукови елементи и тишина следователно не е необичайна в структурата си, тъй като звуците на отваряне на кутийка, тишина и съскащ звук от отделяне на мехурчета съответстват на предвидимите и обичайни елементи на пазара на напитки.
- 48 Следователно това съчетание не позволява на съответните потребители да разпознаят посочените стоки като произхождащи от тези на определено предприятие и да ги отличат от стоките на друго предприятие.
- 49 От гореизложеното следва, че апелативният състав правилно е заключил, че заявената марка няма отличителен характер за всички стоки от класове 29, 30, 32 и 33.
- 50 Ето защо следва да се отхвърлят твърденията за наличие на третото и четвъртото основание, а именно неправилна преценка на отличителния характер на заявената марка.

По твърдените грешки в преценката

- 51 Според жалбоподателя апелативният състав неправилно е приел, че всички разглеждани стоки са напитки, които могат да съдържат въглероден диоксид, поне що се отнася до категориите негазирани безалкохолни напитки и минерални води. Той също така неправилно приел, че е необичайно на съответните пазари за напитки и опаковки за напитки да се посочва търговският произход на дадена стока само със звуци, като се използват множество методи за разпространение, използващи звук, който може да бъде измислен. По този начин той въвел в преценката си, вместо общоизвестен факт, погрешна лична констатация.
- 52 Макар EUIPO да признава грешката на апелативния състав по отношение на категорията „негазирани безалкохолни напитки“ от клас 32, поддържа, че това не обосновава отмяната на обжалваното решение и оспорва останалите доводи на жалбоподателя.
- 53 В това отношение, на първо място, следва да се отбележи, че от точки 39—50 по-горе следва, че в случая тази грешка на апелативния състав не е оказала решаващо влияние по смисъла на цитираната в точка 35 по-горе съдебна практика, тъй като той правилно е заключил, че заявената марка няма отличителен характер за всички стоки от класове 29, 30, 32 и 33, независимо дали съдържат въглероден диоксид.

- 54 Следователно доводите на жалбоподателя, основани на тази грешка на апелативния състав, са неотносими и поради това не могат да доведат до отмяна на обжалваното решение.
- 55 На второ място, що се отнася до твърдението, изложено в точка 14 от обжалваното решение, че на разглежданите пазари на напитки и опаковки за напитки все още било необичайно да се посочва търговският произход на дадена стока само със звуци, следва да се отбележи, че апелативният състав не поддържа, че става въпрос за общоизвестен факт. От друга страна, в точка 15 от обжалваното решение апелативният състав обосновава подобна позиция, като посочва, че разглежданите стоки по принцип не издават звуци, поне докато не бъдат консумирани. Според апелативния състав обаче, макар че звукът се издава само при консумацията на разглежданата стока, тоест след нейното придобиване, той не може да помогне на съответните потребители да се ориентират в избора при покупка.
- 56 Тази констатация обаче не може да се приеме. Всъщност повечето от стоките не издават звуци сами по себе си и издават звук само в момента на тяхната консумация. Следователно този довод не може да подкрепи твърдението на апелативния състав, изложено в точка 14 от обжалваното решение. Всъщност самият факт, че един звук може да се издава само при консумирането на дадена стока, не означава, че използването на звуци, за да се сигнализира търговския произход на дадена стока на определен пазар, е още необичайно.
- 57 При всички положения обаче, независимо дали е все още необичайно да се посочва търговският произход на стоките, по-специално на съответните пазари на напитки и опаковки за напитки, единствено посредством звуци, евентуална грешка на апелативния състав в това отношение не е имала решаващо влияние върху разпоредителната част на обжалваното решение.
- 58 Всъщност както бе посочено в точка 49 по-горе Общият съд потвърждава извода на апелативния състав, че заявената марка няма отличителен характер за всички стоки от класове 29, 30, 32 и 33. Следователно доводите на жалбоподателя, основани на тази грешка на апелативния състав по отношение на обичайната употреба на звуци на разглежданите пазари не могат да доведат до отмяна на обжалваното решение.
- 59 Поради това твърденията за наличие на първото и петото основание, а именно по същество грешки в преценката, следва да се отхвърлят.

По нарушаването на задължението за мотивиране

- 60 Жалбоподателят по същество счита, че апелативният състав е пропуснал да разгледа отличителния характер на заявената марка по отношение на разглежданите стоки, които не съдържат въглероден диоксид. Добавя, че твърдението на апелативния състав, че на пазарите на напитки и техните опаковки е още необичайно да се посочва търговският произход на стоките единствено чрез звуци, не е подкрепено с достатъчно доказателства, по-специално поради факта че е представил публикации относно актуалната работа на звукоинженери с оглед на акустиката, съпътстваща хранителни продукти, пуснати на пазара.
- 61 Макар да признава липсата на мотиви по отношение на разглежданите стоки, които не съдържат въглероден диоксид, EUIPO все пак счита, че тя не може да доведе до отмяна на обжалваното решение.

- 62 Следва да се припомни, че съгласно член 94, параграф 1, първо изречение от Регламент 2017/1001 решенията на EUIPO трябва да бъдат мотивирани.
- 63 Така установеното задължение за мотивиране има същия обхват като произтичащото от член 296, втора алинея ДФЕС, така както се тълкува в съдебната практика, съгласно което мотивите трябва да излагат ясно и недвусмислено съображенията на автора на акта, така че да дадат възможност, от една страна, на заинтересованите лица да се запознаят с основанията за взетото решение, за да защитят правата си, и от друга страна, на съда на Съюза — да упражни своя контрол за законосъобразността на това решение (вж. по аналогия решения от 10 май 2012 г., *Rubinstein и L'Oréal/CXBP*, C-100/11 P, EU:C:2012:285, т. 111 и от 6 септември 2012 г., *Storck/CXBP*, C-96/11 P, непубликувано, EU:C:2012:537, т. 86).
- 64 В случая следва да се признае, че апелативният състав изхожда от погрешната предпоставка, че всички разглеждани стоки, включени в класове 29, 30, 32 и 33, са напитки, които могат да съдържат въглероден диоксид, така че обжалваното решение не съдържа изрични мотиви, посветени конкретно на липсата на отличителен характер на заявената звукова марка за тези стоки, които не могат да съдържат въглероден диоксид, като например „негазирани безалкохолни напитки“, включени в клас 32, което освен това не е констатирано от EUIPO.
- 65 Следва обаче да се отбележи, че въпреки липсата на мотиви по този конкретен въпрос обжалваното решение е достатъчно мотивирано в своята цялост, така че жалбоподателят е могъл да разбере основанията за приетото спрямо него решение и Съдът на Съюза може да упражни контрол за законосъобразност на посоченото решение в съответствие със съдебната практика, посочена в точка 63 по-горе.
- 66 Фактът, че апелативният състав не е коментирал изрично довода на жалбоподателя, изведен от актуалната работа на звукоинженерите, не означава, че той не е изпълнил задължението си за мотивиране.
- 67 Всъщност задължението на EUIPO за мотивиране не е задължение да отговори на всички доводи и на всички представени на преценката й доказателства (вж. решение от 9 юли 2008 г. по дело *Reber/CXBP — Chocladefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart)*, T-304/06, EU:T:2008:268, т. 55 и цитираната съдебна практика). Достатъчно е EUIPO да изложи фактите и правните съображения, които са от съществено значение в контекста на решението си (вж. в този смисъл решения от 11 януари 2007 г., *Technische Glaswerke Ilmenau/Комисия*, C-404/04 P, непубликувано, EU:C:2007:6, т. 30 и от 9 декември 2010 г., *Tresplain Investments/CXBP — Hoo Hing (Golden Elephant Brand)*, T-303/08, EU:T:2010:505, т. 46).
- 68 Следователно твърдението на жалбоподателя за наличие на основание за отмяна, а именно нарушение на задължението за мотивиране, трябва да се отхвърли.

По нарушението на правото на изслушване

- 69 Жалбоподателят изтъква, че не е могъл да представи становище относно необходимостта от запазване на възможността за свободно ползване, посочена от апелативния състав в точка 23 от обжалваното решение, поради което е нарушено правото му на изслушване.
- 70 EUIPO оспорва доводите на жалбоподателя.

- 71 Следва да се припомни, че от член 94, параграф 1, второ изречение от Регламент 2017/1001 следва, че EUIPO може да основе решението си само на фактически или правни обстоятелства, по които страните са имали възможност да представят становищата си. Тази разпоредаба утвърждава общия принцип на гарантиране на правото на защита в правото относно марките на Съюза. Съгласно този принцип лицата, адресати на решения на публичната власт, чиито интереси са осезаемо засегнати от тези решения, трябва да имат възможност да представят по надлежен начин своето становище (вж. решение от 6 септември 2013 г. по дело Eurocool Logistik/CXBП — Lenger (EUROCOOL), T-599/10, непубликувано, EU:T:2013:399, т. 50 и цитираната съдебна практика).
- 72 Всъщност правото на изслушване обхваща всички фактически или правни обстоятелства, на които се основава решението, но не и окончателното становище, което администрацията възнамерява да приеме (вж. решение от 12 май 2009 г., Jurado Hermanos/OHMI (JURADO), T-410/07, EU:T:2009:153, т. 31 и цитираната съдебна практика).
- 73 В случая от материалите по преписката на EUIPO, и по-специално от писменото становище на жалбоподателя, в което са изложени мотивите на жалбата му срещу решението на проверителя, е видно, че уточнението на апелативния състав, че е налице необходимост от запазване на възможността за свободно ползване на звуци, съставляващи заявената марка, се вписва в поредицата от действия, разменени между страните в хода на административното производство пред апелативния състав. Както правилно поддържа EUIPO, апелативният състав не изтъква никакво ново обстоятелство и се ограничава до това да отговори на жалбата на жалбоподателя, и по-специално на довода, изведен по същество от това, че другите икономически оператори не са възпрепятствани чрез регистрацията на заявената марка да използват знаците си, за да продават различни течности със спусък за пяна.
- 74 При това положение уточнението на апелативния състав само по себе си не може да го задължи да предложи на жалбоподателя възможност да изложи становището си в това отношение.
- 75 От това следва, че твърдението за наличие на основание за отмяна, а именно нарушение на правото на изслушване, а следователно и жалбата в нейната цялост, трябва да се отхвърлят.

По съдебните разноски

- 76 Съгласно член 134, параграф 1 от Процедурния правилник на Общия съд загубилата делото страна се осъжда да заплати съдебните разноски, ако е направено такова искане. Същевременно съгласно член 135, параграф 1 от Процедурния правилник, когато справедливостта изисква това, Общият съд може да реши страна, която е загубила делото, да понесе, наред с направените от нея съдебни разноски, само част от съдебните разноски на другата страна и дори да не бъде осъдена да ги заплаща.
- 77 Освен това съгласно член 190, параграф 2 от Процедурния правилник за подлежащи на възстановяване съдебни разноски се считат необходимите разходи, направени за целите на производството пред апелативния състав.

- 78 В настоящия случай с оглед на многобройните грешки в обжалваното решение и въпреки че то не е отменено, всяка страна понася направените от нея съдебни разноси пред Общия съд. Жалбоподателят понася и необходимите разходи, направени в производството пред апелативния състав.

По изложените съображения

ОБЩИЯТ СЪД (пети разширен състав)

реши:

- 1) Отхвърля жалбата.
- 2) Службата на Европейския съюз за интелектуална собственост (EUIPO) понася направените от нея съдебни разноси в производството пред Общия съд.
- 3) Ardagh Metal Beverage Holdings GmbH & Co. KG понася направените от него съдебни разноси в производството пред Общия съд, включително необходимите разходи, направени за производството пред апелативния състав на EUIPO.

Papasavvas

Spielmann

Öberg

Spineanu-Matei

Norkus

Обявено в открито съдебно заседание в Люксембург на 7 юли 2021 година.

Подписи