



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Anden Afdeling)

13. september 2016*

»EU-varemærker — ansøgning om et lydmærke — absolut registreringshindring — mangel på fornødent særpræg — artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning (EF) nr. 207/2009 — begrundelsespligt — artikel 75 i forordning nr. 207/2009«

I sag T-408/15,

Globo Comunicação e Participações S/A, Rio de Janeiro (Brasilien), ved advokaterne E. Gaspar og M.-E. De Moro-Giafferri,

sagsøger,

mod

Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO), ved A. Folliard-Monguiral, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 18. maj 2015 af Femte Appelkammer ved EUIPO (sag R 2945/2014-5) vedrørende en ansøgning om registrering af et lydmærke som EU-varemærke,

har

RETTEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, E. Martins Ribeiro (refererende dommer), og dommerne S. Gervasoni og L. Madise,

justitssekretær: fuldmægtig M. Marescaux,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 24. juli 2015,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 5. oktober 2015,

på grundlag af retsmødet den 15. marts 2016,

afsagt følgende

* Processprog: fransk.

Dom

Tvistens baggrund

- 1 Den 28. april 2014 indgav sagsøgeren, Globo Comunicação e Participações S/A, en ansøgning om registrering af et EU-varemærke til Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) i medfør af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26. februar 2009 om EU-varemærker (EUT 2009, L 78, s. 1).
- 2 Varemærket, der er søgt registreret, er det lydtegn, der er gengivet grafisk nedenfor:



- 3 De varer og tjenesteydelser, som varemærkeansøgningen vedrørte, henhører under klasse 9, 16, 38 og 41 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 i hver enkelt af disse klasser efter den i forbindelse med sagsbehandlingen ved EUIPO foretagne begrænsning til følgende beskrivelse:
 - klasse 9: »magnetiske databærere; discs til optagelse; CD'er, DVD'er og andre digitale optagelsesmedier; computer software; applikationer til tablets og smartphones«
 - klasse 16: »papir og pap (uforarbejdet, delvist forarbejdet eller til papirvarer); tryksager; materialer til bogbinding; fotografier; papirhandlervarer; klæbemidler til papirvarer og til husholdningsbrug; artikler til brug for kunstnere; malerpensler; skrivemaskiner og kontorartikler (dog ikke møbler); instruktions- og undervisningsmateriale (dog ikke apparater); plasticmaterialer til emballage, nemlig sække, poser, film og folie; tryktyper; klichéer, trykte publikationer; bøger; blade«
 - klasse 38: »udsendelse af fjernsynsprogrammer«
 - klasse 41: »uddannelsesvirksomhed; undervisningsvirksomhed; underholdningsvirksomhed; sportsarrangementer og kulturelle arrangementer; underholdning i form af tv-programmer; produktion af tv-programmer til underholdning[; u]nderholdningsvirksomhed, nemlig tv-programmer inden for nyheder, uddannelse, sport, komedie, føljetoner, varieteforestillinger; produktion af tv-programmer; produktion af onlineunderholdning«.
- 4 Ved skrivelse af 15. maj 2014 meddelte undersøgeren sagsøgeren, at det ansøgte varemærke ikke kunne registreres, med den begrundelse, at det ikke opfyldte betingelserne i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009. Undersøgeren anførte navnlig, at varemærket var sammensat af en enkel og banal klokkekimen, og at det ikke ville kunne opfattes som en angivelse af varernes forretningsmæssige oprindelse. Undersøgeren opfordrede derfor sagsøgeren til at fremsætte sine bemærkninger inden for en frist på to måneder.
- 5 Ved skrivelse af 11. juli 2014 svarede sagsøgeren i det væsentlige, at det ansøgte varemærke – om end det er kort – imidlertid ikke er enkelt, men at det skal betragtes som en kort melodi, der opfattes som en angivelse, der henviser til dets egne varer og tjenesteydelser.

- 6 Ved afgørelse af 19. september 2014 meddelte undersøgeren afslag på ansøgningen med den begrundelse, at det ansøgte varemærke er i strid med registreringshindringen i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009, idet det mangler fornødent særpræg.
- 7 Den 19. november 2014 indgav sagsøgeren i medfør af artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009 en klage over undersøgerens afgørelse til EUIPO.
- 8 Ved afgørelse af 8. maj 2015 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afviste Femte Appellkammer ved EUIPO for det første klagen for så vidt angår det ansøgte varemærkes påståede fornødne særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009, og for det andet hjemviste det undersøgelsen af det af sagsøgeren rejste spørgsmål i forhold til fornødent særpræg opnået ved brug af det nævnte varemærke i henhold til forordningens artikel 7, stk. 3, for så vidt angår tv-udsendelsestjenester i klasse 38 og underholdningsvirksomhed i klasse 41 til undersøgeren.
- 9 Appellkammeret konstaterede i den anfægtede afgørelses punkt 17, at de omtvistede varer og tjenesteydelser var rettet såvel mod den almene offentlighed som til fagfolk, således at opmærksomhedsniveauet varierede fra normalt til højt.
- 10 Appellkammeret anførte i den anfægtede afgørelses punkt 18 og 19, at det ansøgte varemærke for at være egnet til over for forbrugeren at angive den handelsmæssige oprindelse af de omhandlede varer eller tjenesteydelser, skulle have karakteristika, der gjorde, at forbrugeren med lethed kunne bevare varemærket i sin erindring. Selv om det ikke var nødvendigt, at tegnet var originalt eller fantasifuldt, måtte det dog ikke være banalt eller fuldstændig intetsigende.
- 11 Appellkammeret tilføjede i den anfægtede afgørelses punkt 20, at et varemærke, der består af lyde, der ligner klokkekimen, kun kunne opfylde en identifikationsfunktion, hvis det indeholdt elementer, der kunne individualisere det i forhold til andre varemærker. I den foreliggende sag konstaterede appellkammeret imidlertid i den samme afgørelses punkt 21, at det ansøgte varemærke bestod af gentagelsen af en lyd, der helt enkelt og banalt lignede klokkekimen, uagtet den omstændighed, at varemærket bestod af et nodesystem i g-nøgle i et tempo på 147 fjerdedelsnoder pr. minut, der bestod af gentagelsen af to g-kryds. Appellkammeret fandt i den anfægtede afgørelses punkt 22, at sådanne nuancer i forhold til den klassiske udformning af klokkekimen ikke kunne være tilstrækkelige til at forkaste indsigelsen i medfør af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009, eftersom disse risikerer at undslippe den tilsigtede forbrugers opmærksomhed, og i afgørelsens punkt 23, at det ligeledes var ukorrekt at hævde, at det ansøgte varemærke var kendetegnet ved specifikke og talrige elementer, der umiddelbart kan opfattes af den tilsigtede forbruger.
- 12 I den anfægtede afgørelses punkt 24 vurderede appellkammeret, at det ansøgte varemærke bestod af et lydmotiv, der var meget enkelt – dvs. i det væsentlige som en banal og almindelig klokkekimen, der generelt ville passere ubemærket og ikke ville bevares i den tilsigtede forbrugers erindring.
- 13 Appellkammeret konkluderede således i den anfægtede afgørelses punkt 28, at det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg i forhold til samtlige de varer og tjenesteydelser, der var omfattet af ansøgningen om registrering.
- 14 Efter den anfægtede afgørelse foretog sagsøgeren den 22. juli 2015 en ny indskrænkning ved at fjerne dels »magnetiske databærere, discs til optagelse; CD'er« i klasse 9, dels samtlige varer i klasse 16.
- 15 Listen over de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af ansøgningen om registrering, er således, mens sagen verserer, følgende:
 - klasse 9: »DVD'er og andre digitale optagelsesmedier; computer software; applikationer til tablets og smartphones«

- klasse 38: »udsendelse af fjernsynsprogrammer«
- klasse 41: »uddannelsesvirksomhed; undervisningsvirksomhed; underholdningsvirksomhed; sportsarrangementer og kulturelle arrangementer; underholdning i form af tv-programmer; produktion af tv-programmer til underholdning[; u]nderholdningsvirksomhed, nemlig tv-programmer inden for nyheder, uddannelsesvirksomhed, sport, komedie, føljetoner, varieteforestillinger; produktion af tv-programmer; produktion af onlineunderholdning«.

Parternes påstande

16 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

- Sagen antages til realitetsbehandling.
- Det fastslås, at det ansøgte varemærke kan betegne listen over varer og tjenesteydelser som nævnt ovenfor i præmis 15.
- Den anfægtede afgørelse annulleres delvis, for så vidt som den afviste varemærkeansøgningen på grundlag af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009.
- EUIPO tilpligtes at betale sagens omkostninger.

17 EUIPO har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

Formaliteten vedrørende dokumenter fremlagt for første gang for Retten

- 18 EUIPO har fremført en formalitetsindsigelse vedrørende bilag A 29, A 29a, A 29b, A 50, A 51a, A 52, A 52a, A 53, A 53a, A 54, A 54a, A 55, A 55a, A 56, A 56a, A 57, A 58, A 58a, A 59, A 59a, A 60 og A 60a til stævningen med den begrundelse, at de ikke er blevet fremlagt i forbindelse med den administrative procedure.
- 19 Det bemærkes i denne henseende, at sigtet med den sag, der er indbragt for Retten, er at få efterprøvet lovligheden af afgørelser fra EUIPO's appelkamre i henhold til artikel 65 i forordning nr. 207/2009. Det er således ikke Rettens opgave at foretage en ny undersøgelse af de faktiske omstændigheder i lyset af beviser, der først fremlægges for Retten (dom af 18.12.2008, *Les Éditions Albert René mod KHIM*, C-16/06 P, EU:C:2008:739, præmis 136 og 138, og af 10.11.2004, *Storck mod KHIM (Et bolsjes form)*, T-396/02, EU:T:2004:329, præmis 24).
- 20 Det skal følgelig præciseres, at legalitetskontrollen af den anfægtede afgørelse skal foretages under hensyntagen til de beviser, der er blevet fremlagt under den administrative procedure, og som findes i EUIPO's sagsakter (jf. i denne retning dom af 15.7.2014, *Łaskiewicz mod KHIM – Capital Safety Group EMEA (PROTEKT)*, T-576/12, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:667, præmis 25).

Om realiteten

- 21 Sagsøgeren har til støtte for søgsmålet i det væsentlige gjort to anbringender gældende vedrørende for det første tilsidesættelse af begrundelsespligten og for det andet tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009.

Det første anbringende om tilsidesættelse af begrundelsespligten

- 22 Sagsøgeren har foreholdt appelkammeret, at dette har tilsidesat sin begrundelsespligt, som indeholdt i artikel 75 i forordning nr. 207/2009, idet det ikke undersøgte, om det ansøgte varemærke havde fornødent særpræg i forhold til hver enkelt af de varer og tjenesteydelser, som var omfattet af det nævnte varemærke, hvilket sagsøgeren uddybede nærmere under retsmødet.
- 23 I denne henseende skal det bemærkes, at forpligtelsen for EUIPO til at begrunde afslaget på registrering af et varemærke i forhold til hver enkelt af de varer og tjenesteydelser, for hvilke registreringen er ansøgt, ligeledes følger af det væsentlige krav om, at alle afgørelser, hvorved EUIPO afslår en rettighed, der er anerkendt i EU-retten, kan undergives en domstolskontrol, der skal sikre en effektiv beskyttelse af denne rettighed, og som derfor skal omfatte spørgsmålet, om begrundelsen er lovlig (jf. analogt dom af 15.2.2007, BVBA Management, Training en Consultancy, C-239/05, EU:C:2007:99, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).
- 24 Såfremt den samme registreringshindring gør sig gældende for en kategori eller en gruppe af varer eller tjenesteydelser, kan EUIPO dog begrænse sig til at anføre en generel begrundelse for alle de omhandlede varer eller tjenesteydelser (jf. i denne retning kendelse af 11.12.2014, FTI Touristik mod KHIM, C-253/14 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2014:2445, præmis 48; jf. ligeledes analogt dom af 15.2.2007, BVBA Management, Training en Consultancy, C-239/05, EU:C:2007:99, præmis 37).
- 25 Således kan den kompetente myndighed begrænse sig til at anføre en generel begrundelse, såfremt registreringshindringen gør sig gældende for en kategori eller en gruppe af varer eller tjenesteydelser, der har en tilstrækkelig direkte og konkret forbindelse med hinanden, således at de danner en kategori eller gruppe af varer eller tjenesteydelser med en tilstrækkelig ensartethed (dom af 2.4.2009, Zuffa mod KHIM (ULTIMATE FIGHTING CHAMPIONSHIP), T-118/06, EU:T:2009:100, præmis 28, og af 23.9.2015, Reed Exhibitions mod KHIM (INFOSECURITY), T-633/13, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:674, præmis 46; jf. ligeledes i denne retning kendelse af 11.12.2014, FTI Touristik mod KHIM, C-253/14 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2014:2445, præmis 48).
- 26 I den foreliggende sag må det for det første konstateres, at appelkammeret har anvendt den samme registreringshindring over for alle de varer og tjenesteydelser, som det ansøgte varemærke er blevet afslået for – dvs. tegnets banalitet i forhold til de varer eller tjenesteydelser, der kan eller ikke kan forbindes med en telefons ringen eller et vækkeurs kimen, og den omstændighed, at det virker svært at forestille sig anvendelsen af et lydtegn i forhold til lydløse varer (jf. den anfægtede afgørelses punkt 26 og 27).
- 27 Som EUIPO med rette har understreget, består der for det andet en tilstrækkeligt direkte forbindelse imellem de omhandlede varer og tjenesteydelser, der består af elektronisk formidlingsmateriale (»DVD'er og andre digitale optagelsesmedier; computer software, applikationer til tablets og smartphones« i klasse 9, »produktion af onlineunderholdning« i klasse 41), materiale, der formidles mundtligt (»uddannelsesvirksomhed, undervisningsvirksomhed« i klasse 41) eller udsendes i fjernsynet (»udsendelse af fjernsynsprogrammer« i klasse 38, »underholdningsvirksomhed; sportsarrangementer og kulturelle arrangementer; underholdning i form af tv-programmer; produktion af tv-programmer til underholdning; u)nderholdningsvirksomhed, nemlig tv-programmer inden for nyheder, uddannelse, sport, komedie, føljetoner, varieteforestillinger; produktion af tv-programmer« i klasse 41) (jf. i denne retning dom af 23.9.2015, INFOSECURITY, T-633/13, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:674, præmis 47).

- 28 Under disse omstændigheder skal det bemærkes, at appelkammeret uden at tilsidesætte den begrundelsespligt, der påhvilede det, efter at have foretaget en helhedsvurdering med hensyn til alle de omhandlede varer og tjenesteydelser kunne drage en enkelt konklusion støttet på én og samme registreringshindring med hensyn til alle de omhandlede varer og tjenesteydelser.
- 29 Det følger i det hele af det ovenfor anførte, at det første anbringende skal forkastes.
- 30 Det skal imidlertid i forbindelse med det andet anbringende undersøges, hvorvidt appelkammeret begik en fejl ved at finde, at det ansøgte varemærke manglede fornødent særpræg med hensyn til alle de omhandlede varer og tjenesteydelser.

Det andet anbringende om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009

- 31 Sagsøgeren har foreholdt appelkammeret, at dette har foretaget en fejlagtig bedømmelse af det ansøgte varemærkes fornødne særpræg, derved at appelkammeret nægtede at registrere varemærket i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009. Idet sagsøgeren mener, at lydmærker i forbindelse med bedømmelsen af deres fornødne særpræg skal være underlagt de samme kriterier som ord- eller figurmærker, har denne i det væsentlige hævdet, at det ansøgte lydmærkes korthed ikke fratager det sit fornødne særpræg, og at det nævnte varemærke, om end det er kort, imidlertid ikke er enkelt, men er kendetegnet ved en sekvens af noder, der skaber gentagelsen af en bestemt lyd, der, når den gentages, er længere, og som gør den lettere identificerbar og nem at huske for forbrugeren. Sagsøgeren har tilføjet, at det ansøgte varemærke består af et lyd-jingle, der hverken er almindeligt eller sædvanligt.
- 32 For det første skal det bemærkes, at lydtegn ikke efter deres art er uegnet til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra en anden virksomheds (jf. analogt dom af 27.11.2003, Shield Mark, C-283/01, EU:C:2003:641, præmis 36).
- 33 Under disse betingelser skal artikel 4 i forordning nr. 207/2009 fortolkes således, at lyde kan udgøre et varemærke, på betingelse af, at de derudover kan gengives grafisk (jf. analogt dom af 27.11.2003, Shield Mark, C-283/01, EU:C:2003:641, præmis 37).
- 34 Det er ubestridt, at angivelsen af musiknoder i et nodesystem ledsaget af en nøgle, pauser og ændringer af fortegn kan »gengives grafisk« som omhandlet i artikel 4 i forordning nr. 207/2009.
- 35 Selv om en sådan gengivelse ikke er umiddelbart forståelig, kan den ikke desto mindre let blive det og således gøre det muligt for de kompetente myndigheder og offentligheden, herunder navnlig de erhvervsdrivende, at få et nøjagtigt kendskab til det tegn, der søges registreret som varemærke (jf. analogt dom af 27.11.2003, Shield Mark, C-283/01, EU:C:2003:641, præmis 62 og 63; jf. ligeledes regel 3, stk. 6, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13.12.1995, om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 om EF-varemærker (EFT 1995, L 303, s. 1), med senere ændringer).
- 36 Det skal for det andet bemærkes, at i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 er varemærker, der mangler fornødent særpræg, udelukket fra registrering.
- 37 At et varemærke har fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning 207/2009, betyder, at varemærket gør det muligt at identificere den vare, for hvilken det søges registreret, som hidrørende fra en bestemt virksomhed, og dermed at adskille denne vare fra andre virksomheders (dom af 29.4.2004, Henkel mod KHIM, forenede sager C-456/01 P og C-457/01 P, Sml., EU:C:2004:258, præmis 34, og dom af 7.10.2004, Mag Instrument mod KHIM, C-136/02 P, Sml., EU:C:2004:592, præmis 29).

- 38 Ifølge fast retspraksis er de varemærker, der er omfattet af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009, varemærker, der anses for uegnede til at opfylde varemærkets væsentligste funktion, nemlig at identificere den omhandlede vares eller tjenesteydelses handelsmæssige oprindelse, med henblik på at give den forbruger, der køber den vare eller tjenesteydelse, som varemærket betegner, mulighed for ved et senere køb at foretage det samme valg, hvis erfaringen var positiv, eller foretage et andet valg, hvis den var negativ (dom af 16.9.2004, SAT.1 mod KHIM, C-329/02 P, EU:C:2004:532, præmis 23, af 15.9.2005, BioID mod KHIM, C-37/03 P, EU:C:2005:547, præmis 60, og af 8.5.2008, Eurohypo mod KHIM, C-304/06 P, EU:C:2008:261, præmis 56; jf. ligeledes dom af 13.4.2011, Air France mod KHIM (Form som et parallelogram), T-159/10, ikke trykt i Sml., EU:T:2011:176, præmis 13 og den deri nævnte retspraksis).
- 39 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, af 9.9.2010, KHIM mod Borco-Marken-Import Matthiesen, C-265/09 P, EU:C:2010:508, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis, af 13.4.2011, Form som et parallelogram, T-159/10, ikke trykt i Sml., EU:T:2011:176, præmis 14, og af 28.4.2015, Volkswagen mod KHIM (EXTRA), T-216/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:230, præmis 15).
- 40 Imidlertid er et minimum af fornødent særpræg tilstrækkeligt til, at den absolutte registreringshindring i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 ikke finder anvendelse (dom af 13.6.2007, IVG Immobilien mod KHIM (I), T-441/05, EU:T:2007:178, præmis 42, af 29.9.2009, The Smiley Company mod KHIM (Gengivelse af en halv smilende smiley), T-139/08, EU:T:2009:364, præmis 30, og af 13.4.2011, Form som et parallelogram, T-159/10, ikke trykt i Sml., EU:T:2011:176, præmis 15).
- 41 I øvrigt skal det bemærkes, at Domstolen i sin praksis har fastslået, at selv om kriterierne for at vurdere det fornødne særpræg er de samme for forskellige varemærke kategorier, kan det ved anvendelsen af disse kriterier vise sig, at den relevante kundekreds' opfattelse ikke nødvendigvis er den samme for hver af disse kategorier, og at det derfor kan vise sig sværere at fastslå varemærkers fornødne særpræg i nogle kategorier end i andre (jf. kendelse af 28.6.2004, Glaverbel mod KHIM, C-445/02 P, EU:C:2004:393, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis).
- 42 I denne forbindelse skal det bemærkes, at 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.
- 43 Ikke desto mindre må det bemærkes, at det hvad angår bestemte varer eller tjenesteydelser ikke er usædvanligt, at forbrugeren identificerer disse ved hjælp af en lydbestanddel. Således skal det – ligesom EUIPO med rette har anført under retsmødet – bl.a. bemærkes, at det i bestemte økonomiske sektorer såsom fjernsynsudsendelsessektoren ikke kun er usædvanligt, men sågar almindeligt, at forbrugeren forledes til at identificere en vare eller tjenesteydelse fra den nævnte sektor ved hjælp af et lydelement, der gør det muligt at adskille den som hidrørende fra en bestemt virksomhed.
- 44 Det skal på samme baggrund konstateres, at lydelementer som jingles eller melodier – hvad angår bestemte varer og tjenesteydelser, der bl.a. er forbundet med for det første kommunikationsredskaber eller underholdning, der udsendes på tv eller radio, samt telefoni og for det andet databærere, software eller medieområdet i almindelighed – bruges med henblik på at muliggøre en auditiv identifikation af den pågældende vare eller tjenesteydelse som hidrørende fra en bestemt virksomhed.
- 45 I øvrigt og under alle omstændigheder er det nødvendigt, at det lydtegn, der er søgt registreret, besidder en vis prægning, 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.

- 46 Således vil et lydtegn, som ikke er i stand til at betyde mere en den helt enkle, banale sammensætning af de noder, som det består af, ikke gøre det muligt for den tilsigtede forbruger at opfatte det i forbindelse med sin identifikationsfunktion i forhold til de omhandlede varer og tjenesteydelser, for så vidt som det er reduceret til en simpel »spejlingseffekt« i den betydning, at det – som EUIPO med rette har anført under retsmødet – alene henviser til sig selv og intet andet. Lydmærket er således ikke velegnet til hos den tilsigtede forbruger at skabe en særlig form for opmærksomhed, der gør det muligt for denne at opfatte det nævnte tegns nødvendige identifikationsfunktion.
- 47 Det er i lyset af disse betragtninger, at sagsøgerens argumentation, hvorefter det ansøgte varemærke har fornødent særpræg, skal undersøges.
- 48 I den foreliggende sag har sagsøgeren ikke anfægtet appelkammerets bedømmelse i den anfægtede afgørelses punkt 17, hvorefter de omhandlede varer og tjenesteydelser er rettet såvel mod den brede offentlighed som mod fagfolk, hvis opmærksomhedsniveau således varierer fra normalt til højt. Denne bedømmelse kan kun tiltrædes.
- 49 Hvad angår bedømmelsen af det ansøgte varemærkes fornødne særpræg fandt appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 21, at det ansøgte varemærke bestod af gentagelsen af en lyd, der lignede en klokkes kimen.
- 50 Idet sagsøgeren har angivet i stævningen, at det ansøgte varemærke kunne beskrives som »en lyd, der ligner en telefons ringen«, eller som »en specifik elektronisk ringen, der minder om en sonar, der består af gentagelsen af to noder«, har selskabet – som EUIPO med rette har understreget – ikke anfægtet ovennævnte beskrivelse, som appelkammeret har foretaget af det ansøgte varemærke.
- 51 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at et lydtegn, der er kendetegnet ved en stor enkelthed, og som begrænser sig til alene at gentage to identiske noder, ikke er egnet til i sig selv at formidle et budskab, som forbrugerne kan huske, således at forbrugerne ikke anser det for et varemærke, medmindre det har fået fornødent særpræg ved brugen heraf (jf. i denne retning dom af 12.9.2007, Cain Cellars mod KHIM (Pentagonformet figurmærke), T-304/05, ikke trykt i Sml., EU:T:2007:271, præmis 22).
- 52 Således vil det ansøgte varemærke af den relevante kundekreds alene opfattes som en simpel funktionalitet af de omhandlede varer og tjenesteydelser og ikke som en angivelse af deres handelsmæssige oprindelse. Som appelkammeret med rette har anført i den anfægtede afgørelses præmis 24, vil det ansøgte varemærke generelt passere ubemærket og ikke blive bevaret i gennemsnitsforbrugerens erindring.
- 53 Det ansøgte varemærke kan således opsummeres som en alarms eller telefons ringen, uanset hvilken kontekst det anvendes i, og uanset hvad det anvendte medie er, og denne klokkekimen frembyder ikke nogen særlig iboende egenskab ved gentagelsen af den node, den består af, som ville gøre det muligt at opfatte andet end denne ringelyd af en alarm eller telefon.
- 54 Sagsøgeren gentog under retsmødet, at den usædvanlige karakter af en telefons ringen som kendetegn for oprindelsen af en tjenesteydelse giver det ansøgte varemærke sit fornødne særpræg.
- 55 I denne forbindelse er det tilstrækkeligt at bemærke, at den angiveligt usædvanlige anvendelse af en telefons ringen som en oprindelsesangivelse af varer eller tjenesteydelser ikke er tilstrækkelig til at finde, at tegnet er egnet til at adskille en sådan oprindelse, når tegnets store enkelthed som i den foreliggende sag gør dette uegnet til at adskille oprindelsen af varer eller tjenesteydelser, eftersom tegnet – som EUIPO med rette har anført som svar på et spørgsmål fra Retten – ikke har nogen fremtrædende karakteristika og kun kan henviser til sig selv.

- 56 Sagsøgeren har yderligere gjort gældende, at appelkammeret – for så vidt som det fremgår af partituret, at der er tale om et nodesystem i g-nøgle i et tempo på 147 fjerdedelsnoder pr. minut, der består af gentagelsen af to g-kryds – dvs. en første betonet fjerdedelsnode i g (én takt), efterfulgt af endnu en g-node (trefjerdedelsnode) (tre takter), forlænget på helnoden (fire takter) – ikke kunne finde, at disse nuancer risikerede at undslippe den tilsigtede forbrugers opmærksomhed. Det må dog konstateres, at det ansøgte varemærke på trods af denne beskrivelse, som det endnu engang er blevet præsenteret ved Retten ved at blive afspillet under retsmødet, kan opsummeres med gentagelsen af to identiske noder, uden at nogen som helst nuance – i modsætning til det, sagsøgeren har påstået – kan udskilles auditivt.
- 57 Som appelkammeret med rette har anført i den anfægtede afgørelses punkt 20, vil et varemærke, der består af lyde, der ligner klokkekimen, ikke være i stand til at opfylde en identifikationsfunktion, medmindre det indeholder elementer, der kan individualisere det i forhold til andre lydmærker, idet det imidlertid bemærkes, at det ikke er nødvendigt, at det nævnte varemærke skal være originalt eller fantasifuldt.
- 58 Det varemærke, der søges registreret, skal således kunne identificeres af den tilsigtede kundekreds som en angivelse af oprindelsen af de omhandlede varer eller tjenesteydelser, hvilket er en betingelse, som i den foreliggende sag ikke opfyldes af det ansøgte varemærke, der kan ligestilles med en »standard«-ringetone, som ethvert elektronisk apparat, der er udstyret med en timer, eller ethvert telefonapparat har, således at den nævnte kundekreds ikke uden forudgående kendskab ville være i stand til at identificere denne klokkekimen som et element, der angiver varer og tjenesteydelser, der kommer fra sagsøgeren.
- 59 Heraf følger – i modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende – at det ansøgte varemærke ikke kan ligestilles med et jingle, der er usædvanligt, fordi det består af en dobbelt klokkekimen.
- 60 I øvrigt har sagsøgeren anført, at det ansøgte varemærke er velkendt i Brasilien såvel som inden for de brasilianske samfundsgrupper, der bor i flere medlemsstater, der opfatter det nævnte varemærke som et tegn med fornødent særpræg for tv-kanalen Globo.
- 61 I denne henseende er det tilstrækkeligt at bemærke, at sagsøgeren i kraft af denne argumentation har gjort gældende, at det ansøgte varemærke har opnået fornødent særpræg på grund af den vedvarende brug, der er gjort heraf, hvilket er en argumentation, der ganske vist er relevant inden for rammerne af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 207/2009, hvilket er et spørgsmål, som undersøgeren skal tage stilling til (jf. den anfægtede afgørelses punkt 29 og 30 og præmis 8 ovenfor), men ikke inden for rammerne af forordningens artikel 7, stk. 1, litra b).
- 62 Sagsøgeren har ligeledes hævdet, at det ansøgte varemærke ikke mangler fornødent særpræg, for så vidt som sidstnævnte ligesom andre lignende lydmærker er blevet registreret i Frankrig samt i USA.
- 63 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at EU-varemærkesystemet i henhold til fast retspraksis er et selvstændigt system, der består af en helhed af regler, og som forfølger formål, som er særegne for systemet, og dets anvendelse er uafhængig af alle nationale systemer. Muligheden for at registrere et tegn som EU-varemærke skal derfor udelukkende bedømmes på grundlag af den relevante EU-ret (dom af 12.6.2007, MacLean-Fogg mod KHIM (LOKTHREAD), T-339/05, ikke trykt i Sml., EU:T:2007:172, præmis 57, og af 10.5.2012, Amador López mod KHIM (AUTOCOACHING), T-325/11, ikke trykt i Sml., EU:T:2012:230, præmis 45).
- 64 Hvad derudover angår vurderingen af manglen på fornødent særpræg i forhold til de omhandlede varer og tjenesteydelser, fandt appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 26, at den samme registreringshindring – dvs. den omstændighed, at det ansøgte varemærke ikke ville blive opfattet som en angivelse af den handelsmæssige oprindelse – fandt anvendelse på alle de nævnte varer eller

tjenesteydelser, for så vidt som tegnets banalitet forblev den samme, uanset om varemærket blev forbundet med varer eller tjenesteydelser, der kunne eller ikke kunne forbindes med en telefons ringen eller et vækkeurs kimen.

65 Appellammeret har i den anfægtede afgørelses præmis 27 tilføjet følgende:

»Appellammeret tilføjer desuden, hvad angår varerne i klasse 16, der pr. definition er lydløse (eventuelt med undtagelse af musikalske lykønskingskort), samt følgende tjenesteydelser i klasse 41, »uddannelsesvirksomhed; undervisningsvirksomhed; sportsarrangementer og kulturelle arrangementer«, at det virker svært at forestille sig brugen af det varemærke, der undersøges her, i forhold til disse varer eller tjenesteydelser. Hvordan kan man forbinde et lydmærke med salg af f.eks. papir? Endvidere konkluderer appellammeret på grundlag af sin praktiske erfaring, at forbrugere under alle omstændigheder i forhold til varerne i klasse 16 ikke er vant til at genkende disse varers oprindelse på grundlag af en lyd eller melodi. Det samme gælder for uddannelsesvirksomhed og undervisningsvirksomhed i klasse 41.«

66 Som det i denne forbindelse fremgår af præmis 52 ovenfor, vil det ansøgte varemærke af den relevante kundekreds alene opfattes som en simpel funktionalitet af de omhandlede varer og tjenesteydelser og ikke som en angivelse af deres handelsmæssige oprindelse.

67 Således skal det konstateres, at selv om varerne i klasse 9 ikke udtrykkeligt er angivet i den anfægtede afgørelses punkt 27, er disse omfattet af appellammerets konstatering i den anfægtede afgørelses punkt 25, ifølge hvilken det ansøgte varemærke ikke vil opfattes som en angivelse af varernes oprindelse. Som EUIPO med føje har understreget, vil det ansøgte varemærke nemlig opfattes som en angivelse af, at en databærer eller et computerprogram eller en applikation til elektronisk udstyr blot starter op.

68 Hvad angår udsendelse af fjernsynsprogrammer, der henhører under klasse 38, samt alle de tjenesteydelser, der kan leveres i form af tv-programmer, og som henhører under klasse 41, vil lydmærket på grund af dets banalitet snarere af den tilsigtede kundekreds blive opfattet som en angivelse af starten eller slutningen på et tv-program.

69 Heraf følger, at appellammeret ikke begik nogen fejl med hensyn til bedømmelsen af det ansøgte varemærkes fornødne særpræg for de omhandlede varer og tjenesteydelser.

70 Endelig har sagsøgeren gjort gældende, at EUIPO har foretaget registreringer af lignende lydmærker – dvs. lyden af en klokke eller xylofon – således, at det er utilstrækkeligt at afvise registrering i den foreliggende sag som følge af det ansøgte varemærkes påståede mangel på fornødent særpræg med den begrundelse, at det er enkelt.

71 I denne henseende skal det for det første bemærkes, at de afgørelser vedrørende registrering af et tegn som EU-varemærke, som appellammeret skal træffe i henhold til forordning nr. 207/2009, i henhold til fast retspraksis hører til de bundne forvaltningsbeføjelser og ikke til de skønsmæssige beføjelser. Muligheden for at registrere et tegn som EU-varemærke skal derfor udelukkende bedømmes på grundlag af denne forordning, således som den er fortolket af Unionens retsinstanser, og ikke på grundlag af appellammerets tidligere afgørelsespraksis (dom af 15.9.2005, BioID mod KHIM, C-37/03 P, EU:C:2005:547, præmis 47, og af 27.2.2015, Universal Utility International mod KHIM (Greenworld), T-106/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:123, præmis 36).

72 For det andet er det rigtigt, at det er blevet fastslået, at EUIPO i forbindelse med behandlingen af en EU-varemærkeansøgning skulle tage hensyn til allerede truffede afgørelser vedrørende lignende ansøgninger og særligt overveje, hvorvidt der i den foreliggende situation skal træffes samme afgørelse (dom af 10.3.2011, Agencja Wydawnicza Technopol mod KHIM, C-51/10 P, EU:C:2011:139, præmis 74, og af 28.4.2015, EXTRA, T-216/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:230, præmis 30).

- 73 Dog skal ligebehandlingsprincippet og princippet om god forvaltningsskik forliges med legalitetsprincippet. En person, der ansøger om varemærkeregistrering af et tegn, kan følgelig ikke til egen fordel påberåbe sig en ulovlighed, der er begået til fordel for andre, med henblik på at opnå identisk afgørelse (dom af 10.3.2011, Agencja Wydawnicza Technopol mod KHIM, C-51/10 P, EU:C:2011:139, præmis 75 og 76, og af 28.4.2015, EXTRA, T-216/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:230, præmis 31).
- 74 Derudover skal undersøgelsen af enhver ansøgning om registrering af hensyn til retssikkerheden og kravet om god forvaltningsskik være streng og fuldstændig for at undgå, at der sker uretmæssige registreringer af varemærker. Denne undersøgelse skal foretages i hvert enkelt konkret tilfælde. Registreringen af et tegn som varemærke afhænger nemlig af specifikke kriterier, der i den foreliggende sag finder anvendelse under faktiske omstændigheder, hvorved det kontrolleres, at varemærket ikke er omfattet af en registreringshindring (dom af 10.3.2011, Agencja Wydawnicza Technopol mod KHIM, C-51/10 P, EU:C:2011:139, præmis 77, og af 28.4.2015, EXTRA, T-216/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:230, præmis 32).
- 75 I den foreliggende sag fremgår det af den anfægtede afgørelse, at appelkammeret foretog en fuldstændig og konkret undersøgelse af det ansøgte varemærke for at afvise det fra registrering. Derudover følger det af undersøgelsen af de klagepunkter, som sagsøgeren har påberåbt sig, at denne undersøgelse fik appelkammeret til med rette at fastslå, at den absolutte registreringshindring i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 er til hinder for registrering af det ansøgte varemærke. Idet bedømmelsen af det ansøgte varemærke i lyset af denne bestemmelse ikke i sig selv kunne have ført til et andet resultat, kan sagsøgerens argumenter vedrørende registreringen af andre lydmærker ikke tages til følge. Sagsøgeren kan således ikke med henblik på at svække konklusionen om, at det ansøgte varemærke er uforeneligt med forordning nr. 207/2009, med føje påberåbe sig EUIPO's tidligere afgørelser.
- 76 Det følger af samtlige ovenstående betragtninger, at det andet anbringende må forkastes, og at EUIPO bør frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

- 77 Det skal bemærkes, at det i henhold til artikel 134, stk. 1, i Rettens procesreglement pålægges den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgeren har tabt sagen, bør det pålægges denne at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med EUIPO's påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Anden Afdeling):

- 1) Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) frifindes.**
- 2) Globo Comunicação e Participações S/A betaler sagens omkostninger.**

Martins Ribeiro

Gervasoni

Madise

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 13. september 2016.

Underskrifter

