



## Jurisprudentie

ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer – uitgebreid)

7 juli 2021\*

„Uniemerkt – Aanvraag voor Uniemerkt dat bestaat in een combinatie van geluiden bij het openen van een blikje koolzuurhoudende drank – Absolute weigeringsgrond – Geen onderscheidend vermogen – Artikel 7, lid 1, onder b), van verordening (EU) 2017/1001 – Artikel 95, lid 1, van verordening 2017/1001”

In zaak T-668/19,

**Ardagh Metal Beverage Holdings GmbH & Co. KG**, gevestigd te Bonn (Duitsland),  
vertegenwoordigd door S. Abrar, advocaat,

verzoekster,

tegen

**Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO)**, vertegenwoordigd door  
M. Fischer, D. Hanf en D. Walicka als gemachtigden,

verweerder,

betreffende een beroep tegen de beslissing van de tweede kamer van beroep van het EUIPO van 24 juli 2019 (zaak R 530/2019-2) inzake een aanvraag tot inschrijving van een combinatie van geluiden bij het openen van een blikje koolzuurhoudende drank als Uniemerkt,

wijst

HET GERECHT (Vijfde kamer – uitgebreid),

samengesteld als volgt: S. Papasavvas, president, D. Spielmann, U. Öberg (rapporteur),  
O. Spineanu-Matei en R. Norkus, rechters,

griffier: R. Ūkelytė, administrateur,

gezien het op 1 oktober 2019 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 19 december 2019 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord,

gezien de maatregelen tot organisatie van de procesgang van 28 april en 30 oktober 2020,

\* Procestaal: Duits.

gezien de verwijzing van deze zaak naar de Vijfde kamer – uitgebreid van het Gerecht,  
na de terechtzitting op 10 februari 2021,  
het navolgende

## Arrest

### Voorgeschiedenis van het geding

- 1 Op 6 juni 2018 heeft verzoekster, Ardagh Metal Beverage Holdings GmbH & Co. KG, bij het Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO) een Uniemerkaanvraag ingediend krachtens verordening (EU) 2017/1001 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 inzake het Uniemerk (PB 2017, L 154, blz. 1).
- 2 Het merk waarvan inschrijving is aangevraagd, is het klankteken dat doet denken aan het geluid dat ontstaat bij het openen van een drankblikje, gevolgd door een stilte van ongeveer één seconde en gebruik van ongeveer negen seconden. Verzoekster heeft bij de indiening van de inschrijvingsaanvraag een audiobestand gedeponeed.
- 3 De waren waarvoor inschrijving is aangevraagd, behoren tot de klassen 6, 29, 30, 32 en 33 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 omschreven als volgt:
  - klasse 6: „Metalen containers voor opslag en transport, inzonderheid metalen houders, blikken [metalen houders]; metalen reservoirs; metalen containers voor chemicaliën, samengeperste gassen en vloeistoffen”;
  - klasse 29: „Melkproducten, met name yoghurt [drank], kokosmelk [drank], yoghurtranken, dranken gemaakt van melk of melk bevattend, dranken op basis van yoghurt, dranken uit aangedikte melk [yoghurt], dranken op basis van zuivelproducten, dranken op basis van melkproducten, uit yoghurt vervaardigde dranken, dranken op basis van yoghurt, dranken op basis van kokosmelk, dranken op basis van pindamelk, dranken op basis van amandelmelk, dranken op basis van soja ter vervanging van melk”;
  - klasse 30: „Koffie, inzonderheid dranken op basis van koffiesurrogaten, dranken op basis van koffie, uit koffie vervaardigde dranken, dranken die hoofdzakelijk bestaan uit koffie; thee, inzonderheid dranken op theebasis, dranken op theebasis met vruchtensmaak, niet-geneeskrachtige dranken op theebasis; cacao, inzonderheid dranken die cacao bevatten, dranken op basis van cacao, uit cacao vervaardigde dranken, dranken die hoofdzakelijk bestaan uit cacao, bereide cacao en dranken op cacaobasis, koolzuurhoudende dranken op basis van koffie, cacao of chocolade, dranken met chocolade, dranken op basis van chocolade, dranken met chocoladearoma, dranken met chocoladesmaak, dranken die hoofdzakelijk bestaan uit chocolade, dranken op basis van chocolade met melk”;
  - klasse 32: „Bier, inzonderheid dranken op basis van bier; mineraalwater, inzonderheid water [drank], met mineralen verrijkt water [drank], met vitamines verrijkt mineraalwater [drank], dranken op waterbasis met thee-extracten; koolzuurhoudend water, inzonderheid

mineraalwater [drank], tonic [niet-medicinale dranken]; alcoholvrije dranken, inzonderheid isotonische dranken, niet-alcoholische dranken, alcoholvrije dranken, koolzuurhoudende alcoholvrije dranken, cola [alcoholvrije dranken], bevroren koolzuurhoudende dranken, cola [alcoholvrije dranken], alcoholvrije dranken met groentesappen, gearomatiseerde koolzuurhoudende dranken, aloë-veradranken zonder alcohol; niet-alcoholische dranken, alcoholvrije dranken met biersmaak, alcoholvrije dranken gearomatiseerd met thee, alcoholvrije dranken met theesmaak; coladranken zonder alcohol, alcoholvrije dranken met koffiesmaak, alcoholvrije dranken gearomatiseerd met koffie, alcoholvrije dranken zonder koolzuur, alcoholvrije, koolzuurhoudende dranken met smaakstof, dranken met verhoogde voedingswaarde, alcoholvrije dranken verrijkt met vitaminen, alcoholvrijedranken op basis van vruchten, met theesmaak, niet-alcoholische moutvrije dranken [anders dan voor medisch gebruik]; vruchtendranken, inzonderheid sorbets [drank], dranken met vruchtensmaak, uit vruchten vervaardigde dranken, dranken van gerookte pruimen, bevroren dranken op basis van fruit, dranken op vruchtenbasis; vruchtensappen, inzonderheid groentesappen [drank], tomatensap [drank], groentesappen [drank], alcoholvrije dranken met vruchtensappen, dranken hoofdzakelijk bestaande uit vruchtensappen, vruchtendranken [alcoholvrije dranken], dranken bestaande uit een mengsel van vruchten- en groentesappen; dranken op basis van noten en soja; isotonische dranken [niet voor medische doeleinden], vitaminehoudende dranken, niet voor medische doeleinden; dranken op basis van bruine rijst, niet ter vervanging van melk”;

– klasse 33: „Alcoholhoudende dranken [uitgezonderd bieren], inzonderheid gedistilleerde dranken, spiritualiën, verkoelende wijndranken, wijnhoudende dranken [wijn met spuitwater], alcoholische fruitcocktaildranken, dranken op basis van rum, laag alcoholpercentage bevattende dranken, alcoholische fruitdranken, alcoholische dranken op basis van koffie, alcoholische dranken op basis van thee, alcoholische koolzuurhoudende dranken, met uitzondering van bier”.

- 4 Op 2 juli 2018 heeft de onderzoeker verzoekster laten weten dat het aangevraagde merk niet kon worden ingeschreven. Hij heeft in het bijzonder erop gewezen dat dit merk, dat bestaat uit een geluid dat de opening van een drankblikje weergeeft, gevolgd door een pauze en vervolgens een lang gebruis, niet kan worden opgevat als een aanduiding van de commerciële herkomst van de waren.
- 5 Bij beslissing van 8 januari 2019 heeft de onderzoeker de inschrijvingsaanvraag afgewezen, op grond dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening 2017/1001.
- 6 Bij beslissing van 24 juli 2019 (hierna: „bestreden beslissing”) heeft de tweede kamer van beroep van het EUIPO verzoeksters beroep tegen de beslissing van de onderzoeker verworpen. Allereerst heeft zij vastgesteld dat het relevante publiek voor de waren van de klassen 29, 30, 32 en 33 bestaat uit het grote publiek met een gemiddeld aandachtsniveau, en voor de waren van klasse 6 hoofdzakelijk uit vakmensen met een hoog aandachtsniveau. Nadat de kamer van beroep eraan had herinnerd dat de criteria om het onderscheidend vermogen van klankmerken te beoordelen, niet verschillen van die welke voor andere categorieën merken gelden, heeft zij erop gewezen dat het grote publiek niet noodzakelijkerwijs gewend is om een klank te beschouwen als een aanduiding van de commerciële herkomst van ongeopende drankverpakkingen en van verpakte dranken. Zij heeft daaraan toegevoegd dat een klank, om als merk te kunnen worden ingeschreven, een zekere pregnantie of herkenbaarheid moet hebben, zodat hij de consument kan wijzen op de commerciële herkomst van de betrokken waren of diensten. Ten slotte heeft de

kamer van beroep geoordeeld dat het aangevraagde merk gevormd wordt door een klank die inherent is aan het gebruik van de betrokken waren, zodat het relevante publiek dit merk zal opvatten als een functioneel element en een aanduiding van de eigenschappen van de betrokken waren, en niet als een aanduiding van de commerciële herkomst ervan. Zij heeft op basis daarvan geoordeeld dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen mist.

### **Conclusies van partijen**

- 7 Verzoekster verzoekt het Gerecht:
  - de bestreden beslissing te vernietigen;
  - het EUIPO te verwijzen in de kosten, met inbegrip van de kosten van de procedure bij de kamer van beroep.
- 8 Het EUIPO verzoekt het Gerecht:
  - het beroep te verwerpen;
  - verzoekster te verwijzen in de kosten.

### **In rechte**

#### ***Voorwerp van het geding***

- 9 Vooraf zij opgemerkt dat verzoekster, wat de omvang van het geding betreft, niet betwist dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen mist voor de waren van klasse 6, en de bestreden beslissing dus niet ter discussie stelt voor de waren van deze klasse.

#### ***Ten gronde***

- 10 Ter ondersteuning van haar beroep voert verzoekster in wezen zes middelen aan. Het eerste middel betreft schending van artikel 72, lid 2, en artikel 95, lid 1, van verordening 2017/1001, doordat de kamer van beroep beoordelingsfouten heeft gemaakt. Het tweede middel betreft schending van artikel 72, lid 2, van verordening 2017/1001, doordat de kamer van beroep haar motiveringsplicht niet is nagekomen. Het derde middel betreft in wezen een onjuiste rechtsopvatting, doordat de kamer van beroep een onjuist criterium heeft toegepast om het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk te beoordelen. Het vierde middel betreft schending van artikel 72, lid 2, en artikel 7, lid 1, onder b), van verordening 2017/1001, doordat de kamer van beroep ten onrechte heeft geoordeeld dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen mist. Het vijfde middel betreft schending van artikel 72, lid 2, en artikel 95, lid 1, van verordening 2017/1001, doordat de kamer van beroep bepaalde feiten onjuist heeft beoordeeld. Het zesde middel betreft schending van artikel 72, lid 2, van verordening 2017/1001, doordat de kamer van beroep verzoeksters recht om te worden gehoord heeft geschonden.

- 11 In de eerste plaats moeten het derde en het vierde middel worden onderzocht, die in wezen betrekking hebben op de beoordeling van het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk, in de tweede plaats het eerste en het vijfde middel, voor zover zij in wezen betrekking hebben op de vermeende beoordelingsfouten, in de derde plaats het tweede middel, voor zover het betrekking heeft op schending van de motiveringsplicht, en in de vierde plaats het zesde middel, betreffende schending van het recht om te worden gehoord.

### ***Beoordeling van het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk***

- 12 Verzoekster stelt in wezen dat de kamer van beroep bij het onderzoek van het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk criteria heeft toegepast die niet „vallen onder” artikel 7, lid 1, onder b), van verordening 2017/1001. De kamer van beroep is uitgegaan van de premisse dat het aangevraagde merk op significante wijze moet afwijken van de norm of van wat in de betrokken sector gangbaar is, om zijn functie van aanduiding van de commerciële herkomst van de betrokken waren te vervullen. Verzoekster stelt dat dit criterium, dat is vastgesteld voor driedimensionale merken, in casu echter niet kan worden toegepast.
- 13 Volgens verzoekster is het door het aangevraagde merk weergegeven geluid ongebruikelijk voor de waren van de klassen 29, 30, 32 en 33 die geen koolzuur bevatten, zodat het reeds bestaande onderscheidend vermogen van dit merk wordt versterkt. Dit geldt ook voor de waren van de klassen 29, 30, 32 en 33 die wel koolzuur bevatten, aangezien de verschillende klankelementen waaruit het aangevraagde merk bestaat, verschillen van het geluid dat ontstaat bij de opening van op de markt gebruikelijke blikjes koolzuurhoudende dranken, zodat het relevante publiek deze opvat als een aanduiding van de commerciële herkomst van deze waren.
- 14 Hoewel verzoekster aanvoert dat het arrest van 13 september 2016, *Globo Comunicação e Participações/EUIPO (Klankmerk)* (T-408/15, EU:T:2016:468), niet kan worden toegepast op het onderhavige geval, aangezien de betrokken waren en diensten verschillend zijn, stelt zij in haar antwoord op de vragen van het Gerecht dat het Gerecht in dat arrest heeft vastgesteld dat een minimaal onderscheidend vermogen voldoende is om de absolute weigeringsgrond voor de inschrijving van een merk in de zin van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening 2017/1001, met inbegrip van klankmerken, uit te sluiten.
- 15 Het EUIPO betwist verzoeksters argumenten.
- 16 Volgens artikel 7, lid 1, onder b), van verordening 2017/1001 wordt inschrijving geweigerd van merken die elk onderscheidend vermogen missen.
- 17 Het onderscheidend vermogen van een merk in de zin van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening 2017/1001 houdt in dat dit merk het mogelijk maakt de waar of de dienst waarvoor de inschrijving is aangevraagd als afkomstig van een bepaalde onderneming te identificeren en dus deze waar of deze dienst van die van andere ondernemingen te onderscheiden (zie arresten van 21 januari 2010, *Audi/BHIM*, C-398/08 P, EU:C:2010:29, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 20 oktober 2011, *Freixenet/BHIM*, C-344/10 P en C-345/10 P, EU:C:2011:680, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 18 Tekens die onderscheidend vermogen missen in de zin van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening 2017/1001, worden geacht ongeschikt te zijn om de wezenlijke functie van het merk te vervullen, te weten de herkomst van de waar of dienst aan te geven zodat de consument die de door dit merk aangeduide waar heeft verkregen of aan wie de door dit merk aangeduide dienst is

verleend, bij een latere aankoop of opdracht die keuze kan herhalen in geval van een positieve ervaring, of een andere keuze kan maken in geval van een negatieve ervaring (zie in die zin arrest van 16 september 2004, SAT.1/BHIM, C-329/02 P, EU:C:2004:532, punt 23).

- 19 Het onderscheidend vermogen van een merk moet worden beoordeeld met betrekking tot de waren of diensten waarvoor de inschrijving van het merk is aangevraagd, en uitgaande van de perceptie van het merk door het relevante publiek (zie arrest van 12 februari 2004, Henkel, C-218/01, EU:C:2004:88, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Het aandachtsniveau van de gemiddelde consument, die wordt geacht normaal geïnformeerd en redelijk omzichtig en oplettend te zijn, kan variëren naargelang van de soort waren of diensten waarover het gaat [arrest van 10 oktober 2007, Bang & Olufsen/BHIM (Vorm van een luidspreker), T-460/05, EU:T:2007:304, punt 32].
- 20 In casu is het aangevraagde merk het klankteken dat overeenstemt met de opeenvolging van het geluid van het openen van een blikje, een stilte van ongeveer één seconde en het geluid van bruisende bubbels van ongeveer negen seconden.
- 21 In de eerste plaats zij vastgesteld dat partijen niet opkomen tegen de definitie van het relevante publiek in punt 10 van de bestreden beslissing, volgens welke de waren van de klassen 29, 30, 32 en 33 bestemd zijn voor het grote publiek met een gemiddeld aandachtsniveau.
- 22 Wat in de tweede plaats verzoeksters argument betreft dat de kamer van beroep onjuiste criteria heeft gehanteerd bij het onderzoek van het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk voor de waren van de klassen 29, 30, 32 en 33, dient te worden vastgesteld dat zij in punt 17 van de bestreden beslissing heeft aangegeven dat wanneer de aangevraagde klank een geluid weergeeft dat noodzakelijk eigen is aan de waren of aan het gebruik ervan, dit merk op significante wijze moet afwijken van de norm of van wat in de sector gangbaar is om het vereiste onderscheidend vermogen te hebben, net zoals het geval is bij een driedimensionaal merk dat de verschijningsvorm van een waar of van de verpakking ervan weergeeft.
- 23 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen dezelfde zijn voor alle categorieën merken, aangezien artikel 7, lid 1, van verordening 2017/1001 geen onderscheid maakt tussen deze verschillende categorieën. De criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen van klankmerken verschillen dus niet van die welke voor andere categorieën merken gelden (zie in die zin arrest van 13 september 2016, Klankmerk, T-408/15, EU:T:2016:468, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 24 Uit de rechtspraak blijkt ook dat het klankteken waarvan om inschrijving wordt verzocht over een zekere pregnantie moet beschikken, waardoor de betrokken consument het kan opvatten en beschouwen als merk en niet als element van functionele aard of als aanduiding zonder eigen intrinsieke kenmerken. Deze consument moet het klankteken bijgevolg aldus opvatten dat het identificatievermogen bezit, in die zin dat het als merk zal kunnen worden herkend (arrest van 13 september 2016, Klankmerk, T-408/15, EU:T:2016:468, punt 45)
- 25 Terwijl het publiek de gewoonte heeft woord- of beeldmerken op te vatten als tekens die de commerciële herkomst van de waren of diensten aanduiden, geldt dit niet noodzakelijkerwijs wanneer het teken alleen bestaat in een klankelement. De consument van de betrokken waren of diensten moet immers louter door de perceptie van het merk, zonder dat het wordt gecombineerd met andere elementen, zoals met name woord- of beeldelementen of zelfs een ander merk, een verband kunnen leggen met deze commerciële herkomst.

- 26 In dit verband heeft het EUIPO in antwoord op een vraag van het Gerecht terecht benadrukt dat de gewoonten in een economische sector niet vaststaan, maar mettertijd in bepaalde omstandigheden zelfs zeer dynamisch kunnen veranderen. Zo is het algemeen bekend dat de marktdeelnemers op de levensmiddelenmarkt, die wordt gekenmerkt door sterke concurrentie, worden geconfronteerd met de druk om hun waren te verpakken om ze te verkopen, en er sterk toe worden aangezet om hun waren identificeerbaar te maken om de aandacht van de consument te trekken, onder meer door klankmerken en marketing- en reclame-inspanningen.
- 27 De pregnantie en de geschiktheid die nodig zijn om bij het doelpubliek een zekere aandacht te trekken en om de functie van identificatie van de commerciële herkomst van het klankmerk te vervullen, zijn weliswaar niet erkend voor de reeks noten waarvan in de in punt 24 hierboven genoemde zaak inschrijving werd gevraagd, maar dit werd gerechtvaardigd doordat deze reeks „buitengewoon eenvoudig” en „banaal” was. Om de inschrijving van het aangevraagde merk te weigeren heeft de kamer van beroep zich in casu echter niet gebaseerd op de criteria en de weigeringsgronden die het Gerecht in een eerdere zaak betreffende een klankmerk heeft vastgesteld.
- 28 Zoals in punt 22 hierboven is aangegeven, heeft de kamer van beroep daarentegen als criterium ter beoordeling van het onderscheidend vermogen van het betrokken klankmerk het criterium toegepast dat in de rechtspraak is ontwikkeld met betrekking tot driedimensionale merken die bestaan in de verschijningsvorm van de waar zelf of van de verpakking ervan.
- 29 Volgens de rechtspraak inzake driedimensionale merken bestaande in de verschijningsvorm van de waar zelf of van de verpakking ervan, wordt de kans groter dat de als merk aangevraagde vorm van een waar elk onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening 2017/1001 naarmate deze vorm een grotere gelijkenis vertoont met de meest waarschijnlijke vorm van de betrokken waar. In die omstandigheden heeft alleen een merk dat op significante wijze afwijkt van de norm of van wat in de sector gangbaar is, en derhalve zijn essentiële functie van herkomstaanduiding kan vervullen, onderscheidend vermogen in de zin van deze bepaling (arrest van 7 oktober 2004, Mag Instrument/BHIM, C-136/02 P, EU:C:2004:592, punt 31).
- 30 Opgemerkt zij echter dat deze rechtspraak is ontwikkeld met het oog op de bijzondere situatie waarin een aangevraagd merk bestaat in de vorm van de waar zelf of van de verpakking ervan, terwijl er al een normale of in de betrokken sector gangbare vorm bestaat. In dit geval zal de betrokken consument die het gewoon is een of meer vormen te zien die overeenstemmen met de norm of met wat in de betrokken sector gangbaar is, het aangevraagde merk niet opvatten als een aanduiding van de commerciële herkomst van de waren waarop de merkaanvraag betrekking heeft indien de vorm waarin dat merk bestaat gelijk is aan of overeenstemt met de gebruikelijke vorm of vormen.
- 31 Deze rechtspraak stelt geen nieuwe criteria vast voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen van een merk, maar preciseert enkel dat bij de toepassing van deze criteria de perceptie van het relevante publiek kan worden beïnvloed door de aard van het teken waarvan inschrijving is aangevraagd. Een driedimensionaal merk bestaande in de verschijningsvorm van de waar zelf of van de verpakking ervan wordt door de gemiddelde consument immers niet noodzakelijkerwijs op dezelfde manier opgevat als een woord-, beeld- of klankmerk, dat bestaat in een teken dat losstaat van het uiterlijk of van de vorm van de erdoor aangeduide waren (zie in die zin arrest van 12 december 2019, EUIPO/Wajos, C-783/18 P, niet gepubliceerd, EU:C:2019:1073, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 32 Daarom kan de in punt 29 hierboven in herinnering gebrachte rechtspraak in beginsel niet op klankmerken worden toegepast.
- 33 Aangezien het aangevraagde merk in casu noch de vorm van de betrokken waren, noch de vorm van de verpakking ervan weergeeft, heeft de kamer van beroep ten onrechte geoordeeld dat de in punt 29 hierboven in herinnering gebrachte rechtspraak naar analogie van toepassing is, en heeft zij ten onrechte het criterium toegepast dat erin bestaat te bepalen of het aangevraagde merk „op significante wijze” afwijkt van de norm of van wat in de betrokken sector gangbaar is.
- 34 Deze onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot het juridische criterium dat van toepassing is om het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk te beoordelen, kan de in de bestreden beslissing uiteengezette redenering evenwel niet ontkrachten, aangezien bij lezing van alle gronden van deze beslissing duidelijk blijkt dat de kamer van beroep zich niet uitsluitend heeft gebaseerd op de rechtspraak die met betrekking tot driedimensionale merken is ontwikkeld.
- 35 Indien een onjuistheid in de bijzondere omstandigheden van het concrete geval geen beslissende invloed op het resultaat kon hebben, is het op deze onjuistheid gebaseerde betoog volgens vaste rechtspraak niet ter zake dienend en kan het dus niet volstaan om de vernietiging van de bestreden beslissing te rechtvaardigen [zie in die zin arrest van 7 september 2017, VM/EUIPO – DAT Vermogensmanagement (Vermogensmanufaktur), T-374/15, EU:T:2017:589, punt 143 en aldaar aangehaalde rechtspraak]. Hoewel de kamer van beroep het criterium van de norm en de gangbaarheid in de betrokken sector met betrekking tot de verschijningsvorm van de geclaimde waren en de verpakkingen ervan ten onrechte heeft toegepast, dient dus te worden onderzocht of deze onjuiste rechtsopvatting van invloed is geweest op de inhoud van de bestreden beslissing, aangezien deze beslissing ook op een andere grond is gebaseerd.
- 36 De kamer van beroep heeft in de punten 12 tot en met 16, 21 en 22 van de bestreden beslissing immers ook herinnerd aan het arrest van 13 september 2016, Klankmerk (T-408/15, EU:T:2016:468), en het op het onderhavige geval toegepast. Zo heeft zij aangegeven dat een klank, om als merk te kunnen worden ingeschreven, een zekere pregnantie of herkenbaarheid moet hebben, zodat de betrokken consumenten deze kunnen beschouwen „als een aanduiding van de herkomst en niet louter als een functioneel element of als een aanduiding zonder boodschap”. Zij heeft daaraan in wezen toegevoegd dat de onderzoeker terecht had uiteengezet dat het geluid waarin het aangevraagde merk bestaat rechtstreeks verband houdt met de geclaimde waren en inherent is aan het gebruik van deze waren. Zij heeft daaruit opgemaakt dat het aangevraagde merk door het relevante publiek zal worden opgevat als een functioneel element van de betrokken waren, aangezien het bruisende geluid een aanduiding van de eigenschappen van deze waren is en niet van de commerciële herkomst ervan, zodat dit merk onderscheidend vermogen mist.
- 37 In de derde plaats dient dus te worden nagegaan of de andere grond, die betrekking heeft op de perceptie van het aangevraagde merk door het relevante publiek als een functioneel element en die het ontbreken van onderscheidend vermogen van dit merk kan rechtvaardigen, juist is.
- 38 Dienaangaande zij opgemerkt dat de betrokken waren niet „allemaal dranken zijn die koolzuur kunnen bevatten”, anders dan de kamer van beroep in punt 18 van de bestreden beslissing uiteenzet. Dit geldt met name voor de categorie „alcoholvrije dranken zonder koolzuur” van klasse 32, die geen enkele koolzuurhoudende drank bevat.



- 39 In casu kan deze onjuiste opvatting evenwel niet leiden tot onrechtmatigheid van de conclusie van de kamer van beroep dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen mist voor alle waren van de klassen 29, 30, 32 en 33.
- 40 Ten eerste zal het geluid dat ontstaat bij de opening van een blikje, gelet op het betrokken soort waren, immers worden beschouwd als een louter technisch en functioneel element, aangezien de opening van een blikje of fles onlosmakelijk verbonden is met een bepaalde technische oplossing voor het hanteren van dranken met het oog op consumptie ervan, los van het feit of dergelijke waren al dan niet koolzuur bevatten.
- 41 Wanneer een element door het relevante publiek wordt opgevat als een element dat vóór alles een technische en functionele rol vervult, zal het niet worden opgevat als een aanduiding van de commerciële herkomst van de betrokken waren [zie naar analogie arrest van 18 januari 2013, FunFactory/BHIM (Vibrator), T-137/12, niet gepubliceerd, EU:T:2013:26, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak].
- 42 Ten tweede zal het relevante publiek het bruisende geluid van bubbels onmiddellijk opvatten als een verwijzing naar dranken.
- 43 Bovendien hebben de klankelementen en de stilte van ongeveer één seconde, waaruit het aangevraagde merk bestaat, in hun geheel beschouwd, geen enkel intrinsiek kenmerk op basis waarvan kan worden aangenomen dat het relevante publiek deze, naast de perceptie ervan als functionele aanduiding en als een verwijzing voor dit publiek naar de betrokken waren, ook zou kunnen opvatten als een aanduiding van de commerciële herkomst.
- 44 Het klopt dat het aangevraagde merk twee kenmerken heeft, namelijk het feit dat de stilte ongeveer een seconde duurt en dat het geluid van bruisende bubbels ongeveer negen seconden duurt.
- 45 Dergelijke nuances kunnen in casu, vergeleken met de klassieke geluiden die dranken bij de opening ervan maken, echter niet volstaan om het bezwaar op basis van artikel 7, lid 1, onder b), van verordening 2017/1001 van de hand te wijzen, aangezien het relevante publiek, zoals bedoeld in de punten 19 en 21 hierboven, deze nuances slechts zal opvatten als een variant op de klanken die dranken gewoonlijk maken wanneer de verpakking ervan wordt geopend. Deze nuances bieden het aangevraagde klankmerk dus geen identificatievermogen, zodat het als merk kan worden herkend.
- 46 Zoals het EUIPO terecht opmerkt, zijn de stilte na het geluid van het openen van een blikje en de duur van het bruisende geluid, van ongeveer negen seconden, dus niet voldoende pregnant om zich te onderscheiden van vergelijkbare geluiden die door dranken worden gemaakt. Louter het feit dat een kortstondig gebruik onmiddellijk na de opening van een blikje voor dranken gebruikelijker is dan een stilte van ongeveer één seconde gevolgd door een lang gebruik, volstaat niet opdat het relevante publiek aan deze klanken enige betekenis toekent op basis waarvan het de commerciële herkomst van de betrokken waren kan identificeren.
- 47 Anders dan verzoekster stelt, is de combinatie van de klankelementen en het stilte-element dus niet ongebruikelijk wat de structuur ervan betreft, aangezien het geluid van de opening van een blikje, een stilte en gebruik overeenstemmen met de voorzienbare en gebruikelijke elementen op de drankenmarkt.

- 48 Deze combinatie stelt het relevante publiek dus niet in staat om deze waren te identificeren als afkomstig van een bepaalde onderneming en te onderscheiden van de waren van een andere onderneming.
- 49 Uit het voorgaande volgt dat de kamer van beroep terecht heeft geoordeeld dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen mist voor alle waren van de klassen 29, 30, 32 en 33.
- 50 Bijgevolg dienen het derde en het vierde middel, betreffende een onjuiste beoordeling van het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk, te worden afgewezen.

### *Vermeende beoordelingsfouten*

- 51 Volgens verzoekster heeft de kamer van beroep ten onrechte geoordeeld dat de betrokken waren alle dranken zijn die koolzuur kunnen bevatten, tenminste wat de categorieën alcoholvrije dranken zonder koolzuur en mineraalwater betreft. Zij heeft ook ten onrechte geoordeeld dat het op de relevante markten van dranken en drankverpakkingen ongebruikelijk is om de commerciële herkomst van een waar alleen met behulp van klanken aan te duiden, aangezien er vele distributiemethoden denkbaar zijn waarbij een klank wordt gebruikt. Aldus bevat haar beoordeling, in plaats van een algemeen bekend feit, een onjuiste persoonlijke vaststelling.
- 52 Het EUIPO erkent weliswaar de onjuiste opvatting van de kamer van beroep met betrekking tot de categorie „alcoholvrije dranken zonder koolzuur” van klasse 32, maar betoogt dat dit de vernietiging van de bestreden beslissing niet rechtvaardigt, en betwist verzoeksters overige argumenten.
- 53 In dit verband dient in de eerste plaats te worden opgemerkt dat uit de punten 39 tot en met 50 hierboven blijkt dat deze onjuiste opvatting van de kamer van beroep in casu geen beslissende invloed heeft gehad in de zin van de in punt 35 hierboven aangehaalde rechtspraak, aangezien de kamer van beroep terecht heeft geoordeeld dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen mist voor alle waren van de klassen 29, 30, 32 en 33, ongeacht of deze al dan niet koolzuur bevatten.
- 54 Verzoeksters betoog op basis van deze onjuiste opvatting van de kamer van beroep is dus niet ter zake dienend en kan bijgevolg niet leiden tot vernietiging van de bestreden beslissing.
- 55 Wat in de tweede plaats de vaststelling in punt 14 van de bestreden beslissing betreft, dat het op de betrokken markten van dranken en drankverpakkingen nog ongebruikelijk is om de commerciële herkomst van een waar enkel aan te duiden met behulp van klanken, dient te worden opgemerkt dat de kamer van beroep niet heeft gesteld dat het om een algemeen bekend feit ging. In punt 15 van de bestreden beslissing heeft zij dit standpunt daarentegen gerechtvaardigd door aan te geven dat de betrokken waren over het algemeen geen geluid maken, althans totdat deze worden geconsumeerd. Volgens de kamer van beroep kan het geluid, indien het pas weerklinkt wanneer de betrokken waar wordt geconsumeerd, dus na aankoop ervan, het relevante publiek niet helpen bij zijn aankoopkeuze.
- 56 Deze vaststelling kan echter niet worden aanvaard. De meeste waren zijn immers op zichzelf stil en maken slechts geluid wanneer zij worden geconsumeerd. Dit argument kan dus de vaststelling van de kamer van beroep in punt 14 van de bestreden beslissing niet ondersteunen. Het enkele feit

dat een geluid pas bij de consumptie van een waar kan weerklinken, betekent immers niet dat het gebruik van klanken om de commerciële herkomst van een waar op een bepaalde markt aan te duiden nog ongebruikelijk is.

- 57 Los van de vraag of het al dan niet nog ongebruikelijk is om de commerciële herkomst van waren, met name op de betrokken markten voor dranken en drankverpakkingen, alleen met behulp van klanken aan te duiden, heeft een eventuele onjuiste opvatting van de kamer van beroep op dit punt echter hoe dan ook geen beslissende invloed gehad op het dispositief van de bestreden beslissing.
- 58 Zoals in punt 49 hierboven is aangegeven, heeft het Gerecht immers de conclusie van de kamer van beroep, dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen mist voor alle waren van de klassen 29, 30, 32 en 33, bevestigd. Verzoeksters betoog op basis van een eventuele onjuiste opvatting van de kamer van beroep over hoe klanken op de betrokken markten gewoonlijk worden gebruikt, kan dus niet leiden tot vernietiging van de bestreden beslissing.
- 59 Bijgevolg moeten het eerste en het vijfde middel, die in wezen beoordelingsfouten betreffen, worden afgewezen.

### *Schending van de motiveringsplicht*

- 60 Verzoekster is in wezen van mening dat de kamer van beroep het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk niet heeft onderzocht voor de betrokken waren die geen koolzuur bevatten. Zij voegt daaraan toe dat de vaststelling van de kamer van beroep dat het nog ongebruikelijk is om de commerciële herkomst van de waren op de markten voor dranken en de verpakkingen ervan alleen met behulp van klanken aan te geven, onvoldoende onderbouwd is, met name omdat zij publicaties heeft overgelegd over het actuele werk van geluidsingenieurs om op de markt gebrachte levensmiddelen akoestisch te begeleiden.
- 61 Het EUIPO erkent weliswaar dat de motivering ontoereikend is voor de betrokken waren die geen koolzuur bevatten, maar is niettemin van mening dat dit niet kan leiden tot vernietiging van de bestreden beslissing.
- 62 In herinnering zij gebracht dat artikel 94, lid 1, eerste volzin, van verordening 2017/1001 bepaalt dat de beslissingen van het EUIPO met redenen moeten worden omkleed.
- 63 De aldus geformuleerde motiveringsplicht heeft dezelfde omvang als die welke voortvloeit uit artikel 296, tweede alinea, VWEU, zoals uitgelegd in vaste rechtspraak, volgens welke de motivering de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking moet brengen, zodat de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel om hun rechten te verdedigen, en zodat de Unierechter zijn toezicht op de rechtmatigheid van de beslissing kan uitoefenen (zie naar analogie arresten van 10 mei 2012, Rubinstein en L'Oréal/BHIM, C-100/11 P, EU:C:2012:285, punt 111, en 6 september 2012, Storck/BHIM, C-96/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2012:537, punt 86).
- 64 In casu dient te worden erkend dat de kamer van beroep is uitgegaan van de onjuiste premisse dat alle betrokken waren van de klassen 29, 30, 32 en 33 dranken zijn die koolzuur kunnen bevatten, zodat de bestreden beslissing geen uitdrukkelijke motivering bevat die specifiek is gewijd aan het

ontbreken van onderscheidend vermogen van het aangevraagde klankmerk voor die waren die geen koolzuur kunnen bevatten, zoals met name „alcoholvrije dranken zonder koolzuur” van klasse 32, hetgeen het EUIPO overigens niet betwist.

- 65 Opgemerkt zij echter dat de bestreden beslissing, ondanks het ontbreken van een motivering op dit specifieke punt, in haar geheel toereikend is gemotiveerd, zodat verzoekster de rechtvaardigingsgronden van de jegens haar genomen maatregel kon begrijpen en de Unierechter zijn toezicht op de rechtmatigheid van deze beslissing kan uitoefenen, overeenkomstig de in punt 63 hierboven aangehaalde rechtspraak.
- 66 Dat de kamer van beroep niet uitdrukkelijk commentaar heeft gegeven op verzoeksters argument inzake het actuele werk van geluidsingenieurs, betekent niet dat zij haar motiveringsplicht niet is nagekomen.
- 67 De op het EUIPO rustende motiveringsplicht houdt immers niet de verplichting in om te antwoorden op alle argumenten en alle bewijzen die ter beoordeling aan dit bureau zijn voorgelegd [zie arrest van 9 juli 2008, Reber/BHIM – Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart), T-304/06, EU:T:2008:268, punt 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak]. Het kan volstaan met een uiteenzetting van de feiten en de juridische overwegingen die in het bestek van zijn beslissing van wezenlijk belang zijn [zie in die zin arresten van 11 januari 2007, Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie, C-404/04 P, niet gepubliceerd, EU:C:2007:6, punt 30, en 9 december 2010, Tresplain Investments/BHIM – Hoo Hing (Golden Elephant Brand), T-303/08, EU:T:2010:505, punt 46].
- 68 Bijgevolg moet verzoeksters grief inzake niet-nakoming van de motiveringsplicht worden afgewezen.

### ***Schending van het recht om te worden gehoord***

- 69 Verzoekster voert aan dat zij geen opmerkingen heeft kunnen indienen over de door de kamer van beroep in punt 23 van de bestreden beslissing genoemde vrijhoudingsbehoefte, zodat haar recht om te worden gehoord is geschonden.
- 70 Het EUIPO betwist verzoeksters argumenten.
- 71 In herinnering zij gebracht dat uit artikel 94, lid 1, tweede volzin, van verordening 2017/1001 voortvloeit dat het EUIPO zijn beslissing alleen kan nemen op grond van de gegevens, feitelijk of rechtens, waarover partijen hun opmerkingen kenbaar hebben kunnen maken. Deze bepaling bevestigt in het kader van het merkenrecht van de Europese Unie het algemene beginsel van bescherming van de rechten van de verdediging. Dit algemene beginsel vereist dat de adressaten van overheidsbeslissingen die aanmerkelijk in hun belangen worden getroffen, in staat worden gesteld hun standpunt naar behoren kenbaar te maken [zie arrest van 6 september 2013, Eurocool Logistik/BHIM – Lenger (EUROCOOL), T-599/10, niet gepubliceerd, EU:T:2013:399, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak].
- 72 Het recht om te worden gehoord heeft betrekking op alle gegevens, feitelijk of rechtens, waarop de beslissing is gebaseerd, maar niet op de beslissing die het bestuursorgaan voornemens is te nemen [zie arrest van 12 mei 2009, Jurado Hermanos/BHIM (JURADO), T-410/07, EU:T:2009:153, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

- 73 In casu blijkt uit de stukken in het dossier van het EUIPO, inzonderheid uit verzoeksters schriftelijke uiteenzetting van de gronden van haar beroep tegen de beslissing van de onderzoeker, dat de precisering van de kamer van beroep dat er een behoefte bestaat om de klanken waaruit het aangevraagde merk bestaat, vrij te houden, deel uitmaakt van de communicatie tussen partijen tijdens de administratieve procedure bij de kamer van beroep. Zoals het EUIPO terecht stelt, voert de kamer van beroep geen enkel nieuw element aan en geeft zij enkel antwoord op verzoeksters beroepschrift en meer in het bijzonder op het argument dat in wezen is ontleend aan het feit dat de inschrijving van het aangevraagde merk de andere marktdeelnemers niet belet om hun tekens te gebruiken voor de verkoop van verschillende vloeistoffen met een stof die schuim opwekt.
- 74 Deze precisering van de kamer van beroep was op zich dus niet van dien aard dat zij verzoekster de mogelijkheid moest bieden om haar standpunt dienaangaande kenbaar te maken.
- 75 Daaruit volgt dat het middel inzake schending van het recht om te worden gehoord moet worden afgewezen en dat het beroep dus in zijn geheel moet worden verworpen.

### **Kosten**

- 76 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 dit is gevorderd. Volgens artikel 135, lid 1, van dit Reglement kan het Gerecht evenwel beslissen dat een in het ongelijk gestelde partij, behalve in haar eigen kosten, slechts ten dele wordt verwezen in de kosten van de andere partij of daarin zelfs niet dient te worden verwezen, wanneer de billijkheid dit vergt.
- 77 Verder worden volgens artikel 190, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering de door de partijen in verband met de procedure bij de kamer van beroep gemaakte noodzakelijke kosten als invorderbare kosten aangemerkt.
- 78 In casu zal elke partij, gelet op de talrijke fouten in de bestreden beslissing, hoewel deze niet wordt vernietigd, haar eigen kosten van de procedure bij het Gerecht dragen. Verzoekster zal tevens de in verband met de procedure bij de kamer van beroep gemaakte noodzakelijke kosten dragen.

HET GERECHT (Vijfde kamer – uitgebreid),

rechtdoende, verklaart:

- 1) Het beroep wordt verworpen.**
- 2) Het Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO) zal zijn eigen kosten van de procedure bij het Gerecht dragen.**
- 3) Ardagh Metal Beverage Holdings GmbH & Co. KG zal haar eigen kosten van de procedure bij het Gerecht dragen, alsook de in verband met de procedure bij de kamer van beroep van het EUIPO gemaakte noodzakelijke kosten.**

Papasavvas

Spielmann

Öberg

Spineanu-Matei

Norkus

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 7 juli 2021.

ondertekeningen