



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Sjette Afdeling)

25. november 2014*

»EF-varemærker — ugyldighedssag — tredimensionalt EF-varemærke — terning med sider, som har gitterstruktur — absolutte registreringshindringer — artikel 76, stk. 1, første sætningsled, i forordning (EF) nr. 207/2009 — intet tegn, som udelukkende består af en udformning af varen, som er nødvendigt for at opnå et teknisk resultat — artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 207/2009] — intet tegn, som udelukkende består af en udformning, der følger af varens egen karakter — artikel 7, stk. 1, litra e), nr. i), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 7, stk. 1, litra e), nr. i), i forordning nr. 207/2009] — intet tegn, som udelukkende består af en udformning, hvorved varen får en væsentlig værdi — artikel 7, stk. 1, litra e), nr. iii), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 7, stk. 1, litra e), nr. iii), i forordning nr. 207/2009] — fornødent særpræg — artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009] — manglende beskrivende karakter — artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 207/2009] — fornødent særpræg opnået ved brug — artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 207/2009) — begrundelsespligt — artikel 75, første punktum, i forordning nr. 207/2009«

I sag T-450/09,

Simba Toys GmbH & Co. KG, Fürth (Tyskland), ved advokat O. Ruhl,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved D. Botis, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

den anden part i sagen for appelkammeret ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) og intervenient ved Retten:

Seven Towns Ltd, London (Det Forenede Kongerige), først ved M. Edenborough, QC, og solicitor B. Cookson, derefter ved advokaterne K. Szamosi og M. Borbás,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 1. september 2009 af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 1526/2008-2) vedrørende en ugyldighedssag mellem Simba Toys GmbH & Co. KG og Seven Towns Ltd,

har

* Processprog: engelsk.

RETTEN (Sjette Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, S. Frimodt Nielsen, og dommerne F. Dehousse og A.M. Collins (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig J. Weychert,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 6. november 2009,

under henvisning til kendelserne om udsættelse af sagen af 10. marts og 9. juli 2010,

under henvisning til genoptagelsen af sagens behandling,

under henvisning til svarskriftet fra Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design), der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 30. november 2010,

under henvisning til intervenientens svarskrift, som blev indleveret til Rettens Justitskontor den 24. november 2010,

under henvisning til replikken, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 4. marts 2011,

under henvisning til duplikken fra Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design), der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 25. maj 2011,

under henvisning til intervenientens duplik, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 23. maj 2011,

under henvisning til den ændrede sammensætning af Rettens afdelinger,

efter retsmødet den 5. december 2013,

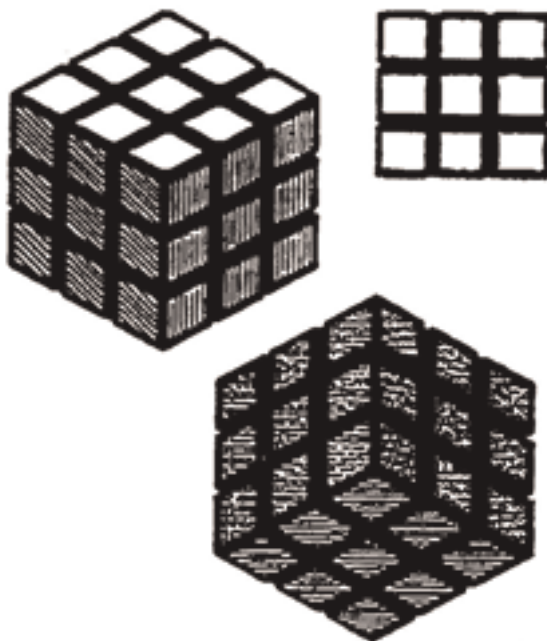
afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

- 1 Den 1. april 1996 indgav sagsøgeren, Seven Towns Ltd, en ansøgning om registrering af et EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), med senere ændringer (erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1)).

- 2 Det varemærke, der er søgt registreret, er det nedenfor gengivne tredimensionale tegn:



- 3 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 28 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer til følgende beskrivelse: »tredimensionale puslespil«.
- 4 Den 6. april 1999 blev det omhandlede varemærke registreret som EF-varemærke under nr. 162784. Det blev fornyet den 10. november 2006.
- 5 Den 15. november 2006 indgav sagsøgeren, Simba Toys GmbH & Co. KG, en ugyldighedsbegæring vedrørende det anfægtede varemærke i henhold til artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 52, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009], sammenholdt med forordningens artikel 7, stk. 1, litra a)-c) og e), [nu artikel 7, stk. 1, litra a)-c) og e), i forordning nr. 207/2009].
- 6 Ved afgørelse af 14. oktober 2008 forkastede annullationsafdelingen ugyldighedsbegæringen i sin helhed (herefter »afgørelsen af 14. oktober 2008«).
- 7 Den 23. oktober 2008 påklagede sagsøgeren denne afgørelse til Harmoniseringskontoret i medfør af artikel 57-62 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009). Til støtte for klagen gjorde sagsøgeren gældende, at der var sket en tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra a)-c) og e).
- 8 Ved afgørelse af 1. september 2009 (herefter »den anfægtede afgørelse«) stadfæstede Andet Appelkammer ved Harmoniseringskontoret afgørelsen af 14. oktober 2008 og afviste klagen.
- 9 Hvad angår klagepunktet om en tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94 anså appelkammeret, at det var ubegrundet, dels fordi det anfægtede varemærke var gengivet grafisk i tilstrækkelig grad, dels fordi »der ikke [var] nogen åbenlys grund til, at en kubisk gitterstruktur ikke i teorien skulle være egnet til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders« (den anfægtede afgørelses punkt 16).

- 10 Hvad angår klagepunktet om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, blev det forkastet af appelkammeret, efter at det havde konstateret, at det anfægtede varemærke afveg betydeligt fra branchesædvanen. Appelkammeret konstaterede for det første, at sagsøgeren ikke havde fremlagt noget overbevisende bevis for, at »en kubisk gitterstruktur [var] »normen« på det særlige område for tredimensionale puslespil«. Den omstændighed, at der findes et puslespil som Soma, der ligner den terning, der er omfattet af det anfægtede varemærke, er ikke tilstrækkeligt bevis på, at dette varemærke svarer til normen i den pågældende branche (den anfægtede afgørelses punkt 20). Appelkammeret fastslog for det andet, at det anfægtede varemærke havde tilstrækkelige kendetegn til, at det med hensyn til de omhandlede varer i sig selv kunne anses at have fornødent særpræg (den anfægtede afgørelses punkt 21).
- 11 Hvad angår klagepunktet om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 var det ifølge appelkammeret ubegrundet, eftersom det anfægtede varemærke – uden forbrugers forudgående kendskab – hverken ligner eller leder tankerne hen på et tredimensionalt puslespil (den anfægtede afgørelses punkt 23).
- 12 Endelig forkastede appelkammeret klagepunktet om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra e), i forordning nr. 40/94. Appelkammeret fastslog for det første, at registreringen af det anfægtede varemærke ikke var i strid med artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 207/2009], efter i det væsentlige at have påpeget, at den »kubiske gitterstruktur« ikke angav sin funktion eller nogen oplysninger om, hvorvidt den overhovedet havde en funktion, og at det ikke kunne konkluderes, at den havde »en fordel eller teknisk virkning inden for området for tredimensionale puslespil« (den anfægtede afgørelses punkt 28). Appelkammeret erklærede for det andet, at »eftersom det var åbenlyst, at den omhandlede udformning ikke [havde] form som puslespil, og at de funktioner og bevægelser man kunne [bruge] den til, åbenbart [var] skjulte, kunne den ikke anses for, [at være] en udformning, som følger af varens egen karakter (den anfægtede afgørelses punkt 29). Appelkammeret udledte heraf, at artikel 7, stk. 1, litra e), nr. i), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 7, stk. 1, litra e), nr. i), i forordning nr. 207/2009] ikke fandt anvendelse i det foreliggende tilfælde. Appelkammeret var for det tredje af den opfattelse, at et »kubisk gitter som det, der var afbildet i gengivelsen af det anfægtede varemærke, ikke kunne anses for en udformning, hvorved varen får en væsentlig værdi«, hvorfor artikel 7, stk. 1, litra e), nr. iii), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 7, stk. 1, litra e), nr. iii), i forordning nr. 207/2009] heller ikke fandt anvendelse i det pågældende tilfælde (den anfægtede afgørelses punkt 30).

Parternes påstande

- 13 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:
- Den anfægtede afgørelse annulleres.
 - Det pålægges Harmoniseringskontoret og intervenienten at betale sagsomkostningerne i forbindelse med klagesagen og sagen for Retten.
- 14 Harmoniseringskontoret og intervenienten har nedlagt følgende påstande:
- Frifindelse.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

- 15 Sagsøgeren har anført otte anbringender til støtte for søgsmålet. Det første anbringende vedrører en tilsidesættelse af artikel 76, stk. 1, første sætningsled, i forordning nr. 207/2009. Det andet anbringende vedrører en tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 40/94. Det tredje anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. i) i forordning nr. 40/94. Det fjerde anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. iii), i forordning nr. 40/94. Det femte anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Det sjette anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94. Det syvende anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 (nu artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 207/2009). Det ottende anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 75, første punktum, i forordning nr. 207/2009.

Det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 76, stk. 1, første sætningsled, i forordning nr. 207/2009

- 16 Artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 bestemmer:

»Under sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret prøver dette ex officio de faktiske omstændigheder; i sager vedrørende relative registreringshindringer begrænser Harmoniseringskontoret sig imidlertid til at prøve de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de af parterne fremsatte anmodninger.«

- 17 Med det første anbringende, der er inddelt i fem led, har sagsøgeren gjort gældende, at der er sket en tilsidesættelse af bestemmelsens første sætningsled. Sagsøgeren har for det første gjort gældende, at appelkammeret ikke »fuldstændigt [har] identificeret kendetegnene ved [det anfægtede] varemærke«. Appelkammeret undlod nærmere bestemt at tage den omstændighed i betragtning, at gengivelserne af dette varemærke »tydeligt« udviser mellemrum for enderne af de »sorte linjer« på hver af terningens sider, hvilket »tydeligt« indikerer, at linjerne ikke skal gengive et »sort bur«, men derimod skille de »enkelte mindre bestanddele i terningen« fra hinanden. Sagsøgeren har for det andet kritiseret appelkammeret for ikke at have taget hensyn til den omstændighed, at et puslespil i sagens natur består af enkelte bestanddele. Sagsøgerne har gjort gældende, at henset til, at et puslespil er et spil, som består i at bevæge disse bestanddele »med henblik på at opnå en på forhånd fastlagt endelig orden«, vil en gennemsnitsforbruger og gennemsnitserhvervsdrivende i det foreliggende tilfælde altid opfatte de sorte linjer som havende til formål at inddele den omhandlede terning i enkelte bestanddele, der »på en eller anden måde« kan bevæges. Sagsøgeren har for det tredje kritiseret appelkammeret for ikke at have taget hensyn til den omstændighed, at udformningen af en terning med »målene $3 \times 3 \times 3$ « var nødvendig for at opnå et teknisk resultat, dvs. et tredimensionalt puslespil med drejelige bestanddele, som har en vis sværhedsgrad og visse ergonomiske egenskaber som anført af sagsøgeren i dennes bemærkninger til annullationsafdelingen af 2. maj 2007. Sagsøgeren har for det fjerde gjort gældende, at appelkammeret fejlagtigt undlod at tage hensyn til den omstændighed, at de sorte linjer havde en teknisk funktion således som erklæret af sagsøgeren i sine bemærkninger af 27. august 2007 til annullationsafdelingen. Sagsøgeren har for det femte gjort gældende, at appelkammeret fejlagtigt antog, at Soma-terningen ikke tilhørte den pågældende sektor. Sagsøgeren har anført, at såvel sagsøgeren som intervenienten havde fremlagt beviser i denne henseende under sagen for Harmoniseringskontoret.
- 18 Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at det første anbringende skal forkastes som åbenbart ugrundet.
- 19 Det skal for det første bemærkes, at sagsøgeren med det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af en bestemmelse vedrørende sagsbehandlingen snarere har rejst tvivl om appelkammerets vurdering af visse omstændigheder og visse af sagsøgerens argumenter end at kritisere appelkammeret for ikke

have taget disse omstændigheder og argumenter i betragtning, inden det traf den anfægtede afgørelse. Spørgsmålet om, hvorvidt appelkammeret har foretaget en korrekt vurdering af visse omstændigheder, argumenter eller beviser, vedrører imidlertid bedømmelsen af lovligheden af den anfægtede afgørelse og ikke forskriftsmæssigheden af den procedure, der førte til dens vedtagelse.

- 20 Det skal for det andet bemærkes, at dette anbringende under alle omstændigheder delvis savner grundlag i de faktiske omstændigheder og delvis hviler på en fejlagtig fortolkning af den anfægtede afgørelse.
- 21 Det fremgår nemlig for det første af den anfægtede afgørelse (jf. bl.a. den anfægtede afgørelses punkt 16, 21 og 28), at appelkammeret udførligt undersøgte de grafiske gengivelser af det anfægtede varemærke, herunder de tykke sorte linjer, som inddeler hver af terningens sider (herefter »de sorte linjer«). Det skal derudover bemærkes, at ikke alene er mellemrummene for enderne af de sorte linjer næsten usynlige, men de udelukker også som konstateret af appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 21, at det anfægtede varemærke kan anses for at gengive et »sort bur«.
- 22 Det skal for det andet bemærkes, at der intet grundlag er i den anfægtede afgørelse for at antage, at appelkammeret ikke har taget hensyn til, at et puslespil i sagens natur består af flere enkelte bestanddele. Sagsøgeren har i denne forbindelse ikke grundlag for at kritisere appelkammeret for i den anfægtede afgørelses punkt 21 – i forbindelse med dets vurdering af, om det anfægtede varemærke med hensyn til de omhandlede varer kunne anses for at have fornødent særpræg – at have bemærket, at den omhandlede terning ikke havde »nogen åbenlyse kendetegn, der viste, at den kunne drejes eller omdannes«. I modsætning til det af sagsøgeren anførte indebærer den omstændighed, at en terning i sagens natur består af flere enkelte bestanddele, ikke nødvendigvis, at disse kan rotere. En objektiv iagttagelse opfatter ikke nødvendigvis, at de sorte linjers formål er at inddele terningen i enkelte bestanddele, som »på en eller anden måde« kan bevæges, uanset om den pågældende er opmærksom på mellemrummene for enderne af linjerne. De ni kvadrater, der fremkommer på hver af terningens sider som følge af de sorte kanter, kunne bl.a. også være beregnet til at bære f.eks. bogstaver, tal, farver eller tegninger, uden at disse kvadrater eller andre af terningens bestanddele i sig selv kan flyttes. Som det mere detaljeret gennemgås nedenfor i præmis 54, hviler sagsøgerens påstand i det store hele på en forkert antagelse om, at der er en nødvendig forbindelse mellem den påståede mulighed for at rotere visse af terningens bestanddele og de sorte linjer på terningens sider.
- 23 Hvad for det tredje angår dette anbringendes tredje og fjerde led skal det bemærkes, at det fremgår af den anfægtede afgørelse, at appelkammeret foretog en grundig undersøgelse af alle de argumenter og beviser, som de forskellige parter havde fremlagt under den administrative procedure (jf. bl.a. den anfægtede afgørelses punkt 3-11, 16, 20, 21 og 28-30). Appelkammeret tog navnlig fuldt ud hensyn til sagsøgerens argumenter om dels, at den omhandlede form er nødvendig for at opnå et teknisk resultat, dels, at de sorte linjer har en teknisk funktion (jf. den anfægtede afgørelses punkt 10, 28 og 29).
- 24 Det skal for det fjerde konstateres, at i modsætning til hvad sagsøgeren har gjort gældende ved en henvisning til den anfægtede afgørelses punkt 20, har appelkammeret ikke udelukket, at Soma-terningen er omfattet af den omhandlede sektor. I dette punkt bemærkede appelkammeret blot, at den omstændighed, at der findes et puslespil såsom den nævnte terning, som ligner den terning, der er omfattet af det anfægtede varemærke, ikke er tilstrækkeligt bevis på, at dette varemærke svarer til normen i den pågældende branche (jf. præmis 106 nedenfor).
- 25 Det må for det tredje konstateres, at appelkammeret inden for rammerne af en ugyldighedssag – også selv om den som i den foreliggende sag vedrører absolutte registreringshindringer – ikke er forpligtet til at foretage en prøvelse ex officio af de relevante faktiske omstændigheder (dom af 13.9.2013, Fürstlich Castell'sches Domänenamt mod KHIM – Castel Frères (CASTEL), T-320/10, Sml. (Uddrag), EU:T:2013:424, under appel, præmis 25-29). Appelkammeret er selvfølgelig ikke forhindret i ex officio

at tage alle relevante oplysninger i betragtning, hvis det finder det nødvendigt med henblik på dets analyse. Det fremgår imidlertid ikke af sagsakterne, at en sådan analyse var nødvendig i det foreliggende tilfælde.

- 26 Det følger af alle de ovenstående betragtninger, at det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 76, stk. 1, første sætningsled, i forordning nr. 207/2009 må forkastes som ugrundet.

Det andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 40/94

- 27 Sagsøgerens andet anbringende vedrører en tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 40/94 og er inddelt i otte led. Sagsøgeren gør for det første gældende, at appelkammeret fejlagtigt undlod at tage hensyn til den omstændighed, at de sorte linjer kan henføres til den tekniske funktion. Sagsøgeren har for det andet gjort gældende, at det relevante spørgsmål er, om varemærkets væsentlige kendetegn alene skyldes hensynet til et teknisk resultat, og ikke, om de har en egentlig teknisk funktion. Sagsøgeren har for det tredje kritiseret appelkammeret for at have tilsidesat det hensyn til den almene interesse, som ligger til grund for den nævnte bestemmelse. Sagsøgeren har gjort gældende, at såfremt registreringen af varemærket opretholdes, vil dette nemlig gøre det muligt for indehaveren heraf at påberåbe sig varemærket mod tredjemænd, som ønsker at markedsføre roterbart tredimensionalt puslespil. Sagsøgeren har for det fjerde kritiseret appelkammeret for ikke at have taget afstand fra annullationsafdelingens forklaring i afgørelsen af 14. oktober 2008, hvorefter den omhandlede udformnings væsentlige kendetegn ikke har nogen teknisk funktion, hvilket indebærer, at der ikke opstår en eneret til en teknisk løsning ved registreringen af en sådan udformning som varemærke. Sagsøgeren har for det femte hævdet, at appelkammeret har undladt at iagttage det forhold, at i de sager, som gav anledning til dom af 18. juni 2002, Philips (C-299/99, Sml. EU:C:2002:377), og af 12. november 2008, Lego Juris mod KHIM – Mega Brands (Rød Legoklods) (T-270/06, Sml., EU:T:2008:483), fremgik den tekniske funktion heller ikke direkte af det omhandlede varemærkes udseende. Sagsøgeren har for det sjette kritiseret appelkammeret for ikke at have taget hensyn til den omstændighed, at der ikke findes alternative udformninger, som kan opfylde samme tekniske funktion. For det syvende har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret fejlagtigt fastslog, at det ikke fremgår af gengivelserne af det anfægtede varemærke, at det har en særlig funktion. Det fremgår nemlig af mellemrummene for enden af de sorte linjer, at terningens enkelte bestanddele kan rotere. Sagsøgeren har for det ottende kritiseret appelkammeret for ikke at have taget hensyn til, at »denne almindelige udformning« af tredimensionale puslespil og deres rotationsevne, var kendt inden indleveringen af ansøgningen om det anfægtede varemærke.
- 28 Harmoniseringskontoret og intervenienten har afvist sagsøgerens argumenter og gjort gældende, at det andet anbringende skal forkastes.
- 29 En vares udformning henregnes til de tegn, der kan udgøre et varemærke. Dette følger for så vidt angår EF-varemærker af artikel 4 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 4 i forordning nr. 207/2009), hvorefter EF-varemærker kan bestå af alle tegn, der kan gengives grafisk, navnlig ord, herunder personnavne, afbildninger, design, bogstaver, tal, varens form eller varens emballage, for så vidt som disse tegn er egnede til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders.
- 30 Det fremgår imidlertid af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 40/94, at »[u]delukket fra registrering er [...] tegn, som udelukkende består af [...] en udformning af varen, som er nødvendig for at opnå et teknisk resultat«.

- 31 Det fremgår af fast retspraksis, at denne bestemmelse er til hinder for registreringen af enhver udformning, hvis væsentlige kendetegn udelukkende består af en udformning af varen, som teknisk set er nødvendig for at opnå det ønskede tekniske resultat, selv om dette resultat kan opnås ved andre udformninger, som anvender den samme eller en anden teknisk løsning (dom Rød Legoklods, nævnt i præmis 27 ovenfor, EU:T:2008:483, præmis 43).
- 32 Endvidere fremgår det af Domstolens faste praksis, at alle de registreringshindringer, der er nævnt i artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 40/94, skal fortolkes i lyset af den almene interesse, der ligger bag hver af dem. Den almene interesse, som ligger til grund for forordningens artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), er, at det skal undgås, at varemærkeretten fører til, at en virksomhed får monopol på tekniske løsninger eller en vares funktionelle kendetegn (jf. dom af 14.9.2010, Lego Juris mod KHIM, C-48/09 P, Sml., EU:C:2010:516, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis).
- 33 De regler, der er fastsat af lovgiver, afspejler i den forbindelse afvejningen af to betragtninger, som hver især kan bidrage til gennemførelsen af en ordning med en sund og loyal konkurrence (dom Lego Juris mod KHIM, nævnt i præmis 32 ovenfor, EU:C:2010:516, præmis 44).
- 34 For det første sikrer indførelsen i artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 40/94 af forbuddet mod som varemærke at registrere ethvert tegn, der udgøres af en vares udformning, der er nødvendig for at opnå et teknisk resultat, at virksomheder ikke kan anvende varemærkeretten til uden tidsmæssig begrænsning at bevare enerettigheder til tekniske løsninger (dom Lego Juris mod KHIM, nævnt i præmis 32 ovenfor, EU:C:2010:516, præmis 45).
- 35 Når udformningen af en vare alene gennemfører den tekniske løsning, som producenten af denne vare har udviklet og fået patenteret, vil en beskyttelse af denne udformning som varemærke efter udløbet af patentet nemlig væsentligt og varigt formindske andre virksomheders mulighed for at anvende den pågældende tekniske løsning. I den ordning for intellektuelle ejendomsrettigheder, som er udviklet i Den Europæiske Union, kan tekniske løsninger imidlertid alene beskyttes i en begrænset periode, således at de efterfølgende frit kan benyttes af samtlige erhvervsdrivende (dom Lego Juris mod KHIM, nævnt i præmis 32 ovenfor, EU:C:2010:516, præmis 46).
- 36 Registreringen som varemærke af en vares udformning, som udelukkende er funktionel, kan desuden give varemærkeindehaveren adgang til at forbyde andre virksomheder ikke alene at anvende den samme udformning, men også at anvende lignende udformninger (jf. i denne retning dom Lego Juris mod KHIM, nævnt i præmis 32 ovenfor, EU:C:2010:516, præmis 56).
- 37 For det andet vurderede lovgiver behørigt ved at begrænse registreringshindringen i artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 40/94 til tegn, som »udelukkende« udgøres af en udformning af varen, der er »nødvendig« for at opnå et teknisk resultat, at enhver udformning af en vare i en vis udstrækning er funktionel, og at det følgelig ville være uhensigtsmæssigt at afskære en vares udformning fra registrering med den blotte begrundelse, at den har funktionelle kendetegn. Med ordene »udelukkende« og »nødvendig« sikrer bestemmelsen, at alene udformninger af en vare, som udelukkende inkorporerer en teknisk løsning, og hvis registrering som varemærke således reelt vil vanskeliggøre andre virksomheders anvendelse af denne tekniske løsning, nægtes registrering (dom Lego Juris mod KHIM, nævnt i præmis 32 ovenfor, EU:C:2010:516, præmis 48).
- 38 Det fremgår ydermere af retspraksis, at en korrekt anvendelse af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 40/94 forudsætter, at det omhandlede tredimensionale tegns væsentlige kendetegn identificeres behørigt af den myndighed, der træffer afgørelser i sagen om ansøgningen om registrering af dette tegn som varemærke. Udtrykket »væsentlige kendetegn« skal dermed forstås således, at det omfatter tegnets vigtigste elementer (dom Lego Juris mod KHIM, nævnt i præmis 32 ovenfor, EU:C:2010:516, præmis 68 og 69).

- 39 Identifikationen af de væsentlige kendetegn må foretages i hvert enkelt tilfælde, og der gælder ikke nogen regel om systematisk hierarki mellem de forskellige typer af bestanddele, som et tegn kan omfatte. Den kompetente myndighed kan i forbindelse med undersøgelsen af et tegns væsentlige kendetegn dels støtte sig direkte til det helhedsindtryk, som tegnet giver, dels indledningsvis foretage en successiv undersøgelse af hver enkelt af tegnets bestanddele (dom *Lego Juris mod KHIM*, nævnt i præmis 32 ovenfor, EU:C:2010:516, præmis 70 og den deri nævnte retspraksis).
- 40 Som fastslået af Domstolen i præmis 71 i dom *Lego Juris mod KHIM*, nævnt i præmis 32 ovenfor (EU:C:2010:516), kan identifikationen af et tegns væsentlige kendetegn med henblik på en eventuel anvendelse af registreringshindringen i artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 40/94 følgelig, alt efter omstændighederne i sagen, og navnlig henset til dette tegns grad af vanskelighed, foretages ved hjælp af en simpel visuel analyse af dette tegn eller omvendt baseres på en indgående undersøgelse, hvorved der tages hensyn til elementer, der er relevante for bedømmelsen, såsom undersøgelser og ekspertvurderinger eller sågar oplysninger, der vedrører intellektuelle ejendomsrettigheder, som tidligere er tildelt i forbindelse med den omhandlede vare.
- 41 Når tegnets væsentlige kendetegn er identificeret, påhviler det dernæst Harmoniseringskontoret at efterprøve, om disse kendetegn alle svarer til den omhandlede vares tekniske funktion. Artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 40/94 kan nemlig ikke anvendes, når ansøgningen om registrering som varemærke vedrører en vares udformning, hvori et ikke-funktionelt element, såsom et dekorativt eller kreativt element, spiller en vigtig rolle. I dette tilfælde har de konkurrerende virksomheder nem adgang til alternative udformninger med tilsvarende funktionalitet, således at der ikke foreligger risiko for, at adgangen til den tekniske løsning vil blive begrænset. Denne tekniske løsning kan i dette tilfælde uden vanskeligheder inkorporeres af varemærkeindehaverens konkurrenter i vareudformninger, som ikke indeholder det samme ikke-funktionelle element som det, der indeholdes i den pågældende indehavers vareudformning, og som derfor i forhold til denne udformning hverken er identisk eller af lignende art (dom *Lego Juris mod KHIM*, nævnt i præmis 32 ovenfor, EU:C:2010:516, præmis 72).
- 42 Det er på baggrund af de ovennævnte principper, at der skal foretages en undersøgelse af det foreliggende anbringende.
- 43 For det første skal det anfægtede varemærkes væsentlige kendetegn identificeres.
- 44 Som konstateret i den anfægtede afgørelses punkt 28 indeholder ansøgningen om registrering af det ansøgte varemærke en grafisk gengivelse i tre forskellige perspektiver af en terning, hvis sider har en gitterstruktur, der er dannet af sorte kanter, som inddeler hver side i ni lige store kvadrater i tre på hinanden opstillede rækker. Fire tykke sorte linjer – dvs. de sorte linjer (jf. præmis 21 ovenfor), hvoraf to er horisontale, og to er vertikale – inddeler hver af terningens sider i et gitter. Som det med rette er angivet i den anfægtede afgørelses punkt 21, bevirker de forskellige bestanddele, at det anfægtede varemærke ligner et »sort bur«.
- 45 Det fremgår af den anfægtede afgørelse punkt 16, 20, 28 og 30, at appelkammeret som det anfægtede varemærkes væsentlige kendetegn identificerede det, som appelkammeret kaldte »en kubisk gitterstruktur«, dvs. dels terningen i sig selv, dels gitterstrukturen, som findes på hver af terningens sider.
- 46 I modsætning til hvad sagsøgeren har anført i sin skriftlige indlæg, reducerede appelkammeret således ikke det anfægtede varemærkes væsentlige kendetegn til »de horisontale og vertikale linjer, som inddeler terningen i enkelte dele«. I modsætning til det af Harmoniseringskontoret og intervenienten angivne under retsmødet som svar på et spørgsmål fra Retten udgør den – for øvrigt urigtige – omstændighed, at det anfægtede varemærke består af flere grå nuancer, ikke et yderligere væsentligt

kendetegn. Ud over at farven grå ikke nævntes i anmodningen om registrering af det anfægtede varemærke, er terningens sider hvide eller markeret med sorte skygger på de grafiske gengivelser af dette varemærke.

- 47 Appellkammerets vurdering, som er nævnt ovenfor i præmis 45, skal tiltrædes, eftersom det ud fra en simpel visuel analyse af det anfægtede varemærke tydeligt fremgår, at de i denne præmis nævnte bestanddele udgør varemærkets væsentligste bestanddele.
- 48 For det andet skal der foretages en vurdering af, om alle de nævnte væsentlige kendetegn ved det anfægtede varemærke svarer til en teknisk funktion ved de omhandlede varer.
- 49 I den anfægtede afgørelses punkt 28 angav appellkammeret først og fremmest, at det fremgår af fast retspraksis, at »i henhold til artikel 7, stk. 1, [litra e), nr. ii), i forordning nr. 40/94] skal grundene for at erklære et tredimensionalt varemærke ugyldigt alene efterprøves på baggrund af gengivelsen af varemærket i ansøgningen og ikke på baggrund af påståede eller antagelige, usynlige egenskaber«. Appellkammeret konstaterede dernæst, at de grafiske gengivelser af det anfægtede varemærke »ikke [ledte tankerne hen] på en særlig funktion, end heller ikke når varerne, dvs. »de tredimensionale puslespil«, [blev] taget i betragtning«. Appellkammeret mente ikke, at det skulle tage hensyn til »den velkendte« rotationsevne for de vertikale og horisontale bånd på puslespillet »Rubik's cube« og dernæst »på ulovlig vis og med tilbagevirkende kraft« at identificere denne funktion i gengivelserne. Ifølge appellkammeret kunne man ud fra gitterstrukturen ikke udlede nogen oplysninger om dens funktion, eller om den overhovedet havde nogen funktion, og »[det] var umuligt at konkludere, at den kubiske gitterstruktur havde nogen fordel eller teknisk virkning inden for området for tredimensionale puslespil«. Appellkammeret tilføjede, at der var tale om en regelmæssig geometrisk udformning, der ikke »ledte tankerne hen på det puslespil, som den [udgjorde]«.
- 50 Sagsøgeren har for det første bestridt denne analyse og har med dette anbringendes første, andet og syvende led gjort gældende, at tilstedeværelsen af mellemrum for enderne af de sorte linjer klart viser, at formålet med linjerne er at skille »terningens mindste enkelte bestanddele« fra hinanden, således at de kan bevæges og enkeltvis kan være genstand for roterende bevægelser. De nævnte sorte linjer skyldes således »hensynet til det tekniske resultat« som omhandlet i præmis 84 i dom Philips, nævnt i præmis 27 ovenfor (EU:C:2002:377). Sagsøgeren har tilføjet, at det fremgår af denne dom, at det relevante spørgsmål ikke er, om varemærkets væsentlige kendetegn rent faktisk har en teknisk funktion, men om »et teknisk produkt, der har visse tekniske kendetegn, har de omhandlede [væsentlige] kendetegn, fordi det har disse tekniske kendetegn«. I det foreliggende tilfælde er de sorte linjer resultatet af en teknisk funktion, nemlig at terningens enkelte bestanddele kan rotere.
- 51 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at sagsøgeren både har gjort gældende, at de sorte linjer har en teknisk funktion, og at de er en følge af denne tekniske funktion. Efter at Retten havde anmodet sagsøgeren om at afklare sin stilling på dette punkt, forklarede sagsøgeren under retsmødet dels, at de sorte linjer har en »adskillende« funktion, som er en »forudsætning« for, at den omhandlede ternings enkelte bestanddele kan bevæges, dels, at der er en »sammenhæng« mellem den tekniske løsning og de sorte linjer.
- 52 På den ene side skal sagsøgerens påstand om, at de sorte linjer er en følge af, at den omhandlede ternings enkelte bestanddele angiveligt kan rotere, forkastes.
- 53 For det første er denne påstand nemlig irrelevant, eftersom det, der skal fastslås, for at artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 40/94 finder anvendelse, er, at det omhandlede varemærkes væsentlige kendetegn i sig selv opfylder den omhandlede vares tekniske funktion, og at de er valgt for at opfylde denne funktion og ikke, at de er en følge af denne funktion. Som Harmoniseringskontoret med rette har gjort gældende, fremgår det af præmis 79 og 80 i dom Philips, nævnt i præmis 27 ovenfor (EU:C:2002:377), at det er således, at man skal forstå Domstolens udtalelse i dommens præmis 84, hvorefter et tegn, som udelukkende består af udformningen af varen, ikke kan registreres, såfremt det

godtgøres, at de væsentlige funktionelle træk ved udformningen udelukkende skyldes hensynet til det tekniske resultat. Dette understøttes af Rettens fortolkning i præmis 43 i dom Rød Legoklods, nævnt i præmis 27 ovenfor (EU:T:2008:483), af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 40/94 (jf. præmis 31 ovenfor), hvorefter registreringshindringen i denne bestemmelse alene finder anvendelse, hvis en udformning af varen »teknisk set er nødvendig for at opnå det ønskede tekniske resultat«, hvilken fortolkning Domstolen har bekræftet i præmis 50-58 i dom Lego Juris mod KHIM, præmis 32 ovenfor (EU:C:2010:516).

- 54 Påstanden er under alle omstændigheder ikke underbygget. Som understreget af intervenienten i dennes skriftlige indlæg og under retsmødet er det meget muligt, at en terning, hvis sider eller andre bestanddele kan bevæge sig, ikke har synlige skillelinjer. Der er således ikke en nødvendig forbindelse mellem på den ene side en sådan rotationsevne eller endog nogen anden mulighed for at bevæge visse dele af den omhandlede terning og, på den anden side, den omstændighed, at der på terningens sider er tykke sorte linjer eller, så meget desto mindre, en gitterstruktur som den, der er afbildet på de grafiske gengivelser af det anfægtede varemærke.
- 55 Endelig skal det bemærkes, at det anfægtede varemærke blev registreret for »tredimensionale puslespil« i almindelighed, dvs. uden at indskrænke sig til puslespil med rotationsevne, som blot er et af mange typer spil. Det skal derudover bemærkes, at intervenienten, som bekræftet af dette selskab under retsmødet som svar på et spørgsmål fra Retten, ikke vedlagde sin registreringsansøgning en beskrivelse med en præcisering af, at den omhandlede udformning havde en sådan evne.
- 56 For det andet skal sagsøgerens påstand om, at de sorte linjer opfylder en teknisk funktion, der i det foreliggende tilfælde består i at skille terningens enkelte bestanddele fra hinanden, således at de kan bevæges og enkeltvis kan være genstand for roterende bevægelser, ligeledes forkastes.
- 57 Denne påstand bygger nemlig på den fejlagtige præmis, at den omhandlede terning nødvendigvis opfattes således, at dens bestanddele kan være genstand for sådanne bevægelser (jf. præmis 22 ovenfor). Selv hvis en objektiv iagttagelse ud fra de grafiske gengivelser af det anfægtede varemærke ville kunne udlede, at de sorte linjers funktion er at skille de bevægelige bestanddele fra hinanden, ville vedkommende ikke præcist kunne vurdere, om disse bestanddele skal drejes eller skilles ad for dernæst at sættes sammen igen, eller for at kunne give terningen en anden form.
- 58 Reelt hviler sagsøgerens argumentation, således som det fremgår af dennes skriftlige indlæg, hovedsageligt på kendskabet til muligheden for at kunne bevæge Rubik-terningens vertikale og horisontale bånd. Det er imidlertid indlysende, at denne egenskab ikke skyldes de sorte linjer som sådan eller gitterstrukturen på hver af den omhandlede ternings sider i almindelighed, men derimod en mekanisme inden i terningen, som ikke fremgår af de grafiske gengivelser af det anfægtede varemærke, og som, hvilket er ubestridt mellem parterne, ikke udgør et væsentligt kendetegn ved dette varemærke.
- 59 Appellammeret kan således ikke kritiseres for, at vurderingen af funktionaliteten af det anfægtede varemærkes væsentlige kendetegn ikke omfatter denne usynlige bestanddel. Det kan nemlig ikke forbydes appellammeret at udlede en konklusion, når det foretager denne analyse, men konklusionen skal være så objektiv som muligt på baggrund af den grafiske gengivelse af den omhandlede udformning, og den må ikke være spekulativ, men skal være tiltrækkelig sikker. Det ville i dette tilfælde imidlertid ikke være i overensstemmelse med disse krav at udlede af en grafisk gengivelse af det anfægtede varemærke, at der findes en intern drejemekanisme i terningen.
- 60 Som appellammeret nemlig med rette anførte i den anfægtede afgørelses punkt 28, opfylder eller endog antyder de sorte linjer og mere generelt gitterstrukturen på hver af den omhandlede ternings sider ikke nogen teknisk funktion. Gitterstrukturen er ganske vist en dekorativ og fantasifuld bestanddel, der er vigtig som oprindelsesangivelse for den omhandlede udformning (jf. præmis 110 nedenfor), og den inddeler ligeledes visuelt terningens sider i ni lige store kvadrater. Dette udgør

imidlertid ikke en teknisk funktion i egentlig forstand i henhold til den relevante retspraksis. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at lovgiver ikke havde til hensigt at afskære en vares udformning fra registrering med den blotte begrundelse, at den har funktionelle kendetegn, eftersom enhver udformning af en vare i en vis udstrækning er funktionel (jf. præmis 37 ovenfor).

- 61 Hvad angår det andet væsentlige kendetegn ved det anfægtede varemærke, dvs. selve terningen, skal det ikke undersøges, om det opfylder en teknisk funktion i det omhandlede varemærke, eftersom dette ifølge ovenstående betragtninger ikke er tilfældet for så vidt angår det væsentlige kendetegn, som gitterstrukturen udgør. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at registreringshindringen i artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 40/94 kun finder anvendelse, når tegnets væsentlige kendetegn alle er funktionelle. Registreringen af et tegn som varemærke kan ikke afslås på grundlag af denne bestemmelse, hvis varens udformning inkorporerer et væsentligt ikke-funktionelt element (jf. i denne retning dom *Lego Juris mod KHIM*, nævnt i præmis 32 ovenfor, EU:C:2010:516, præmis 52).
- 62 Det fremgår af de foregående betragtninger, at det andet anbringendes første, andet og syvende led ikke er velbegrundede.
- 63 For det andet skal dette anbringendes tredje led, hvorefter den almene interesse, som ligger til grund for artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 40/94, er blevet tilsidesat, ligeledes forkastes som ugrundet.
- 64 I modsætning til det af sagsøgeren påståede kan det anfægtede varemærke nemlig ikke påberåbes af sin indehaver med henblik på at forbyde tredjemand at markedsføre tredimensionale, bevægelige puslespil, der har rotationsevne. Som det fremgår af det ovenstående, er formålet med registreringen af dette varemærke ikke at beskytte den omhandlede udformnings rotationsevne, men alene at beskytte udformningen af en terning med en gitterstruktur på siderne, der bevirker, at den ligner et »sort bur«. Varemærket kan bl.a. ikke forhindre tredjemænd i at markedsføre tredimensionale puslespil med en anden udformning end en terning, eller som er udformet som en terning, men hvor siderne ikke er forsynet med en gitterstruktur, der svarer til den, der er på det anfægtede varemærke, eller et ethvert lignende motiv, uanset om disse puslespil har indbygget rotationsevne eller ej. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det fremgår af sagens akter, at der allerede på tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det ansøgte varemærke fandtes mange tredimensionale puslespil på markedet, som havde rotationsevne, og som ikke var formet som en terning, og/eller med andre motiver end en gitterstruktur.
- 65 Hvad for det tredje angår det andet anbringendes fjerde led har sagsøgeren kritiseret appelkammeret for ikke at have taget afstand fra følgende udtalelse i punkt 28 i afgørelsen af 14. oktober 2008:
- »De væsentlige kendetegn ved den omhandlede udformning opfylder ikke en teknisk funktion, og den omstændighed, at den er registreret som varemærke, giver ikke en eneret til en teknisk løsning. Denne udformning forhindrer dermed ikke konkurrenterne i at markedsføre mekaniske puslespil, som har bevægelige eller roterbare bestanddele. Det anfægtede [varemærke] begrænser heller ikke konkurrenternes valg, når de vil gennemføre en sådan teknisk funktion for deres egne varer.«
- 66 Ifølge sagsøgeren hviler denne argumentation på den tanke, at det anfægtede varemærke ikke kan erklæres ugyldigt, eftersom »søgsmål vedrørende krænkelse ikke kan iværksættes over for tredjemænds varer, som er identiske med eller ligner varemærket, såfremt [disse] varer [...] opfylder en teknisk funktion (dvs. at de kan rotere). Denne argumentation er således baseret på artikel 12, litra b), i forordning nr. 40/94 [nu artikel 12, litra b), i forordning nr. 207/2009]. Ifølge retspraksis har denne bestemmelse imidlertid ikke afgørende indflydelse på fortolkningen af artikel 7 i forordning nr. 40/94.

- 67 Det skal bemærkes, at sagsøgerens argumenter hviler på en forkert fortolkning af punkt 28 i afgørelsen af 14. oktober 2008. I dette punkt udtalte annullationsafdelingen sig nemlig ikke om anvendelsen af artikel 12, litra b), i forordning nr. 40/94, som vedrører begrænsninger i EF-varemærkets retsvirkninger, og som bestemmer, at den ret, der opnås ved registreringen, ikke giver indehaveren ret til at forbyde tredjemand at gøre erhvervmæssig brug af angivelser vedrørende varens eller tjenesteydelsens art, beskaffenhed, mængde, anvendelse, værdi, geografiske oprindelse, tidspunktet for varens fremstilling eller for præstationen af tjenesteydelsen eller andre egenskaber ved varen eller tjenesteydelsen, dvs. beskrivende angivelser. I dette afsnit begrænsende annullationsafdelingen sig til at vurdere konsekvenserne af registreringen af det anfægtede varemærke i forhold til den almene interesse, som ligger til grund for artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 40/94 (jf. præmis 32 ovenfor). Eftersom annullationsafdelingens vurdering i denne henseende var korrekt, således som det fremgår af præmis 63 og 64 ovenfor, kan appelkammeret ikke kritiseres for ikke at have taget afstand herfra i den anfægtede afgørelse.
- 68 Det andet anbringendes fjerde led må følgelig forkastes som ugrundet.
- 69 For det fjerde er det andet anbringendes femte led, hvorefter de omhandlede udformningers tekniske funktion ikke fremgik direkte af gengivelsen af varemærkerne i de sager, som gav anledning til domme Phillips, nævnt i præmis 27 ovenfor (EU:C:2002:377), og Rød Legoklods, nævnt i præmis 27 ovenfor (EU:T:2008:483), også ugrundet.
- 70 I den sag, der gav anledning til dom Philips, nævnt i præmis 27 ovenfor (EU:C:2002:377), fremgik den omhandlede tekniske funktion, nemlig barberingen, tydeligt af den grafiske gengivelse af den pågældende udformning, der på den øverste del af en elektroniske barbermaskine viste tre runde roterende skærehoveder sammenstillet i en ligesidet trekant.
- 71 I den ovenfor nævnte dom Rød Legoklods, nævnt i præmis 27 ovenfor (EU:T:2008:483), viste den grafiske gengivelse af det omhandlede varemærke for det andet ligeledes bl.a. to rækker rør på byggeklodsens overside. Eftersom de omhandlede varer bestod af »byggelegetøj«, var det logisk, at disse rør var beregnet til samling af byggeklodserne, og at de havde en udhulet underside og indre rør, også selv om disse bestanddele ikke fremgik af den grafiske gengivelse.
- 72 Det er derimod ikke muligt ud fra de grafiske gengivelser af det anfægtede varemærke at vide, om den omhandlede udformning har en teknisk funktion, og i givet fald hvilken teknisk funktion der er tale om. Som allerede anført ovenfor i præmis 22, 54, 57 og 58 kan det ikke med sikkerhed udledes af disse gengivelser, at den omhandlede terning består af bevægelige bestanddele, og i endnu mindre grad at de kan være genstand for roterende bevægelser.
- 73 For det femte kan det andet anbringendes sjette led, hvorefter appelkammeret ikke tog hensyn til den omstændighed, at der ikke fandtes alternative udformninger, som kan opfylde »samme tekniske funktion«, heller ikke tages til følge. Sagsøgeren kan ligeledes ikke som anført i replikken med rette hævde, at artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 40/94 finder anvendelse, selv om der ikke findes nogen alternative udformninger.
- 74 For det første er dette klagepunkt ikke underbygget af de faktiske omstændigheder. Selv om det antages, at den tekniske funktion, som sagsøgeren har henvist til, består i det tredimensionale puslespils rotationsevne, skal det bemærkes, at der på tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det ansøgte varemærke allerede fandtes mange tredimensionale puslespil på markedet, der havde en sådan funktion, men at de var udformet i en anden form end som en terning, f.eks. et tetraeder, et oktaeder, et dodekaeder eller et ikosaeder, eller som ikke var forsynet med en gitterstruktur på ydersiden (jf. præmis 64 ovenfor).

- 75 Som det for det andet fremgår af såvel dom Philips, nævnt i præmis 27 ovenfor (EU:C:2002:377, præmis 81-84), som dom Lego Juris mod KHIM, nævnt i præmis 32 ovenfor (EU:C:2010:516, præmis 53-58), er det ved vurderingen af funktionaliteten af en udformnings væsentlige kendetegn ligegyldigt, om der findes andre udformninger, der giver mulighed for at opnå det tilsvarende tekniske resultat.
- 76 For det sjette kan dette anbringendes ottende led, hvorefter appelkammeret kritiseres for ikke at have taget hensyn til, at »denne almindelige type« tredimensionale puslespil og deres rotationsevne var kendt inden ansøgningen om det anfægtede varemærke, ikke tiltrædes af de samme grunde som dem, der er anført i denne doms præmis 58.
- 77 På grundlag af samtlige de anførte betragtninger bør det andet anbringende også forkastes som ugrundet.

Det tredje anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. i), i forordning nr. 40/94

- 78 Sagsøgeren har gjort gældende, at appelkammeret har tilsidesat artikel 7, stk. 1, litra e), nr. i), i forordning nr. 40/94, for så vidt som det ikke tog hensyn til, at ethvert af det anfægtede varemærkes væsentlige kendetegn følger af varens »funktion«.
- 79 Harmoniseringskontoret og intervenienten har bestridt sagsøgerens argumenter.
- 80 Det fremgår af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 40/94, at »[u]delukket fra registrering er [...] tegn, som udelukkende består af [...] en udformning, der følger af varens egen karakter«.
- 81 Det var med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 29 fastslog, at denne bestemmelse ikke fandt anvendelse i det foreliggende tilfælde.
- 82 Det fremgår nemlig klart, at det ikke følger af de omhandlede vares art, dvs. de tredimensionale puslespil, at de skal være formet som en terning med sider, som har gitterstruktur. Som Harmoniseringskontoret og intervenienten med rette har understreget, og som det fremgår af sagens akter, fandtes der allerede på tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det ansøgte varemærke mange forskellige typer tredimensionale puslespil, herunder også sådanne, som havde rotationsevne, i alt fra de mest almindelige geometriske former (f.eks. terninger, pyramider, kugler og kegler) til bygninger, monumenter, genstande eller dyr.
- 83 Følgelig skal det tredje anbringende forkastes som ugrundet.

Det fjerde anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. iii), i forordning nr. 40/94

- 84 Sagsøgeren har gjort gældende, at eftersom de individuelle kendetegn ved den omhandlede udformning er nødvendige for et tredimensionalt puslespil, som har visse »individuelle optimerede kendetegn (omdannelselighed, en vis sværhedsgrad [og] ergonomiske funktioner«), tillægger udformningen de omhandlede varer og markedsføringen en væsentlig værdi. Appelkammeret har derfor tilsidesat artikel 7, stk. 1, litra e), nr. iii), i forordning nr. 40/94.
- 85 Harmoniseringskontoret og intervenienten gør gældende, at anbringendet bør forkastes som ugrundet.
- 86 Det fremgår af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. iii), i forordning nr. 40/94, at »[u]delukket fra registrering er [...] tegn, som udelukkende består af [...] en udformning, hvorved varen får en væsentlig værdi«.

- 87 Denne registreringshindring foreligger ikke, medmindre det omhandlede tegn udelukkende består af en udformning, og at dens æstetiske kendetegn, dvs. dens ydre fremtoning, i stor udstrækning er afgørende for forbrugerens valg og dermed for den omhandlede vares markedsværdi. Når udformningen tilfører varen en væsentlig værdi, er det ikke relevant, at varens øvrige egenskaber, såsom de tekniske egenskaber, ligeledes kan tilføre den omhandlede vare en væsentlig værdi (jf. i denne retning dom af 6.10.2011, Bang & Olufsen mod KHIM (Gengivelse af en højttaler), T-508/08, Sml., EU:T:2011:575, præmis 73-79).
- 88 I det foreliggende tilfælde må det imidlertid konstateres, at sagsøgerens argumentation, således som Harmoniseringskontoret med rette har gjort gældende, hviler på en ide om, at det er visse funktionelle træk ved den omhandlede udformning, der giver de pågældende varer en væsentlig værdi. Sagsøgeren har ikke påvist, endsiige hævdet, at en sådan væsentlig værdi følger af den omhandlede udformnings æstetiske aspekt.
- 89 Heraf følger, at sagsøgeren ikke har bevist, at appelkammeret begik en fejl ved i den anfægtede afgørelses punkt 30 at konkludere, at artikel 7, stk. 1, litra e), nr. iii), i forordning nr. 40/94 ikke fandt anvendelse i det foreliggende tilfælde. Det fjerde anbringende om tilsidesættelse af denne bestemmelse forkastes derfor som ugrundet.

Det femte anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94

- 90 Sagsøgerens femte anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 og er inddelt i fem led. Sagsøgeren har for det første kritiseret appelkammeret for ikke at have taget hensyn til den omstændighed, at det anfægtede varemærke ligner udformningen af de omhandlede varer. Sagsøgeren har for det andet gjort gældende, at det anfægtede varemærkes væsentlige kendetegn alene er tekniske, og derfor kan det ikke anses for en oprindelsesangivelse. For det tredje kritiserer sagsøgeren på ny appelkammeret for ikke at have iagttaget, at et puslespil i sagens natur består af enkelte bestanddele. Sagsøgeren har for det fjerde gjort gældende, at appelkammeret med urette flyttede bevisbyrden for, hvorvidt det anfægtede varemærke afveg betydeligt fra normen eller branchesædvanen, over på sagsøgeren, hvilken byrde påhviler varemærkeindehaveren. Sagsøgeren har for det femte gentaget, at appelkammeret fejlagtigt antog, at Soma-terningen ikke tilhørte den pågældende sektor.
- 91 Harmoniseringskontoret og intervenienten har afvist sagsøgerens argumenter og har gjort gældende, at det femte anbringende bør forkastes.
- 92 I henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er »varemærker, som mangler fornødent særpræg«, udelukket fra registrering.
- 93 Den omstændighed, at et varemærke har fornødent særpræg i henhold til denne bestemmelse, betyder, at varemærket er egnet til at identificere den vare, for hvilken det er søgt registreret, som hidrørende fra en bestemt virksomhed og dermed til 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).
- 94 Hvorvidt et varemærke har fornødent særpræg skal bedømmes dels i forhold til de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det søges registreret, dels i forhold til den opfattelse, som den relevante kundekreds har af varemærket (dom Henkel mod KHIM, nævnt i præmis 93 ovenfor, EU:C:2004:258, præmis 35, og dom af 22.6.2006, Storck mod KHIM, C-25/05 P, Sml., EU:C:2006:422, præmis 25).

- 95 I det foreliggende tilfælde skal det bemærkes, at som anført af annullationsafdelingen (jf. punkt 34 og 35 i afgørelsen af 14. oktober 2008) er de varer, der er omfattet af det anfægtede varemærke, dvs. de tredimensionale puslespil, forbrugsvarer, som er rettet mod den endelige forbruger, og at den relevante kundekreds består af gennemsnitsforbrugeren i Unionen, der er almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet. Sagsøgere har ikke anfægtet disse konstateringer.
- 96 Det fremgår af fast retspraksis, at kriterierne for bedømmelsen af, om tredimensionale varemærker, der består af selve varens udseende, har fornødent særpræg, ikke er forskellige fra dem, der finder anvendelse på andre typer varemærker (jf. dom af 20.10.2011, Freixenet mod KHIM, forenede sager C-344/10 P og C-345/10 P, Sml., EU:C:2011:680, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis).
- 97 Ved anvendelsen af disse kriterier er opfattelsen hos den relevante kundekreds imidlertid ikke nødvendigvis den samme, når der er tale om et tredimensionalt varemærke, der består af selve varens udseende, som når der er tale om et ord- eller figurmærke, der består af et tegn, som er uafhængigt af fremtrædelsesformen for de varer, det betegner. Gennemsnitsforbrugerne er nemlig ikke vant til at udlede varers oprindelse af deres form eller emballage uden nogen geografisk eller tekstmæssig oplysning, og det kan derfor vise sig vanskeligere at bevise, at varemærket har særpræg, når der er tale om et tredimensionalt varemærke, end når der er tale om et ord- eller figurmærke (jf. dom Freixenet mod KHIM, nævnt i præmis 96 ovenfor, EU:C:2011:680, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis).
- 98 Desto mere den form, der søges registreret som varemærke, ligner den form, som der er størst sandsynlighed for, at den omhandlede vare vil antage, desto mere sandsynligt er det ifølge fast retspraksis, at den pågældende form mangler fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Det følger endvidere af fast retspraksis, at kun et varemærke, der afviger betydeligt fra normen eller branchesædvanen og derfor kan opfylde sin grundlæggende oprindelsesfunktion, mangler ikke fornødent særpræg i henhold til denne bestemmelse (domme Henkel mod KHIM, nævnt i præmis 93 ovenfor, EU:C:2004:258, præmis 39, og Mag Instrument mod KHIM, nævnt i præmis 93 ovenfor, EU:C:2004:592, præmis 31).
- 99 Endelig bemærkes, at for at bedømme, om kombinationen af flere bestanddele af den relevante kundekreds kan opfattes som en oprindelsesbetegnelse, skal det helhedsindtryk, som denne kombination giver, analyseres, hvilket ikke er uforeneligt med en undersøgelse hver for sig af de forskellige ydre træk, der er anvendt (jf. dom af 16.9.2009, Alber mod KHIM (Håndtag), T-391/07, EU:T:2009:336, præmis 49 og den deri nævnte retspraksis).
- 100 Sagsøgerens argumenter skal efterprøves i lyset af disse betragtninger.
- 101 I den anfægtede afgørelses punkt 20 og 21 fastslog appelkammeret, at det anfægtede varemærke afveg betydeligt fra branchesædvanen. Det anførte først og fremmest i det væsentlige, at sagsøgeren ikke havde fremlagt noget overbevisende bevis på, at »en kubisk gitterstruktur [var] »normen« på det særlige område for tredimensionale puslespil«. Appelkammeret fastslog for det andet, at det anfægtede varemærke havde tilstrækkelige kendetegn til, at det kunne anses for at have et iboende fornødent særpræg for de omhandlede varer. Det angav i denne henseende, at »terningen med målene $3 \times 3 \times 3$ åbenlyst ikke [var] – i det mindste ikke uden et forudgående kendskab til dens formål – en gengivelse af et tredimensionalt puslespil«, at »[d]en mere [lignede] en byggekloids end et spil«, at »[d]en hverken var forsynet med tal, bogstaver eller andre kendetegn, som åbenlyst viste, at den [kunne] drejes eller omdannes«, og at »det ikke på nogen måde fremgik, at der var tale om noget som helst stykke legetøj«. Appelkammeret præciserede endvidere, at »[det anfægtede varemærke] havde kendetegn i form af et »sort bur«, der kunne tiltrække gennemsnitsforbrugernes opmærksomhed og gøre dem opmærksomme på [intervenientens] varer«, og at denne udformning derfor ikke var »en af de sædvanlige udformninger af varer i den omhandlede branche, end ikke en variation af disse udformninger, men en udformning med et specielt udseende, som i betragtning af den æstetiske helhedsvirkning [kunne] fange den berørte kundekreds' opmærksomhed og gøre den i stand til at adskille de varer, som er omfattet af det [anfægtede] varemærke, fra varer med en anden

handelsmæssig oprindelse«. Endelig fastslog appelkammeret, at selv om det anfægtede varemærke ikke havde nogen særlig høj grad af fornødent særpræg, kunne det ikke anses for at mangle fornødent særpræg for de omhandlede varer.

- 102 For det første skal dette anbringendes fjerde led om en omvendt bevisbyrde forkastes.
- 103 Som Harmoniseringskontoret og intervenienten med rette har anført, er der for det første en formodning om, at de registrerede EF-varemærker er gyldige, der alene kan anfægtes under en sag om fortabelse eller ugyldighed. Det er således den, der indgiver en begæring om fortabelse eller ugyldighed, som er forpligtet til at frembringe beviser til støtte for den pågældendes begæring om fortabelse eller ugyldighed [jf. i denne retning dom CASTEL, nævnt i præmis 25 ovenfor, EU:T:2013:424, præmis 27 og 28; jf. endvidere regel 37, litra b), nr. iv), i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13.12.1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1)]. I den foreliggende sag er det således sagsøgeren, som skal fremlægge bevis for det anfægtede varemærkes påståede manglende fornødne særpræg, og navnlig at det ligner »den form, der er størst sandsynlighed for, at den omhandlede vare vil antage« således som omhandlet i den relevante retspraksis. Som det fremgår af præmis 105 nedenfor, kunne sagsøgeren imidlertid ikke bevise, at dette var tilfældet.
- 104 For det andet skal sagsøgerens argument til støtte for dette led forkastes, for så vidt som sagsøgeren fejlagtigt har gjort gældende, at det fremgår af den i præmis 98 angivne retspraksis, at hvis et tredimensionalt varemærke ligner den omhandlede vare, vil dette »i sig selv indebære«, at forbrugerne ikke opfatter det som en oprindelsesangivelse, medmindre det afviger betydeligt fra normen eller branchesædvanen, hvilket varemærkeindehaveren altid er forpligtet til at bevise. Hvis et tredimensionalt varemærke afviger betydeligt fra normen eller branchesædvanen, kan det nemlig ikke ligne den omhandlede vare i overensstemmelse med denne retspraksis.
- 105 Som det med rette er anført i den anfægtede afgørelses punkt 20, har sagsøgeren for det andet ikke ført tilstrækkeligt bevis for, at den omhandlede udformning udgør normen i sektoren for tredimensionale puslespil. Sagsøgeren har end ikke med sine argumenter forsøgt at bevise dette, idet sagsøgeren alene har gjort gældende, at en terning med en gitterstruktur er en af de mulige udformninger af et puslespil.
- 106 I samme punkt i den anfægtede afgørelse er det ganske vist angivet, at sagsøgeren under den administrative procedure påberåbte sig Soma-terningen, som er et »konstruktionspuslespil« bestående af syv forskellige bestanddele, som hver og en består af fire små terninger, og som samlet udgør en udformning af en terning bestående af tre enheder pr. side. Som appelkammeret med rette anførte i dette punkt, er den omstændighed, at der findes et puslespil på markedet, som ligner intervenientens, imidlertid ikke i sig selv tilstrækkelig til at bevise, at den af det anfægtede varemærke omfattede udformning er normen i sektoren for tredimensionale puslespil. Disse betragtninger bekræfter desuden, at appelkammeret ikke har udelukket, at Soma-terningen indgår i denne sektor.
- 107 Som det med rette er konstateret i den anfægtede afgørelses punkt 21, opfatter en gennemsnitsforbruger ikke spontant – dvs. uden forudgående kendskab til dens formål – den omhandlede udformning som et tredimensionalt puslespil. Det var således med rette, at appelkammeret fastslog, at den omhandlede ternings yderside ikke var forsynet med bogstaver, tal eller »noget indlysende kendetegn, der viser, at den [kunne] drejes eller vrides«. Hvad angår sidstnævnte punkt fremgår det af gennemgangen af det andet anbringende, at sagsøgerens påstand om, at det anfægtede varemærkes væsentlige kendetegn alene er tekniske, skal forkastes.
- 108 Uanset hvad sagsøgeren har anført i replikken, er udformningen som en terning – så meget desto mere hvis den har sider, som har gitterstruktur – ikke »almindelig« for tredimensionale puslespil. Som allerede anført i præmis 82 ovenfor, kan puslespil nemlig være udformet meget forskelligt.

- 109 Selv hvis forbrugerne vil opfatte den omhandlede udformning som et tredimensionalt puslespil, vil den fortsat – som Harmoniseringskontoret med rette har anført i sine skriftlige indlæg – reelt forbindes med den vare, som specifikt markedsføres af intervenienten, dvs. Rubik's terning, og ikke med en generisk underkategori af tredimensionale puslespil.
- 110 I øvrigt skal appelkammerets vurdering i den anfægtede afgørelses punkt 21, hvorefter det anfægtede varemærke anses for at have tilstrækkelige kendetegn til, at det kan anses for at have et iboende fornødent særpræg for de omhandlede varer, tiltrædes. Ud over at den omhandlede udformnings udseende ikke blot kan anses for en variant af et almindeligt tredimensionalt puslespil, som naturligt melder sig i bevidstheden, skal det bemærkes, at gitterstrukturen på hver af terningens sider ved en helhedsvurdering får det anfægtede varemærke til at ligne et »sort bur« (jf. præmis 44 ovenfor). Disse kendetegn er tilstrækkeligt specifikke og vilkårlige til at give varemærket et specielt udseende, der nemt kan indprente sig i gennemsnitsforbrugerens bevidsthed og gøre denne i stand til at adskille de varer, som er omfattet af dette varemærke, fra varer med en anden handelsmæssig oprindelse.
- 111 Vurderingerne ovenfor i præmis 110 påvirkes ikke af sagsøgerens argument om, at eftersom et puslespil i sagens natur består af enkelte bestanddele, vil den relevante kundekreds anse de sorte linjers funktion som værende at inddele den omhandlede terning i enkelte bestanddele, som »på en eller anden måde« kan bevæges (jf. præmis 22 ovenfor).
- 112 Heraf følger, at det femte anbringendes første, andet, tredje og femte led ligeledes skal forkastes som ugrundet.
- 113 Det femte anbringende skal derfor forkastes i det hele, og det må konkluderes, at appelkammeret med rette fastslog, at det anfægtede varemærke ikke kunne anses for at mangle fornødent særpræg for de omhandlede varer.

Det sjette anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94

- 114 Sagsøgerens sjette anbringende vedrørende en tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 er inddelt i fire led. Sagsøgeren har for det første gjort gældende, at det anfægtede varemærke alene er beskrivende for et tredimensionalt puslespil, som er udformet som en terning i formatet »3 × 3 × 3«. Sagsøgeren har for det andet gjort gældende, at det med henblik på vurdering af, om et varemærke er omfattet af registreringshindringen i denne bestemmelse, ikke er vigtigt, om kendetegnene ved de varer eller tjenesteydelser, som kan beskrives, er væsentlige eller underordnede. For det tredje har sagsøgeren kritiseret appelkammeret for ikke at have taget hensyn til den omstændighed, at fagkyndige i denne sektor umiddelbart vil opfatte de sorte linjer som værende en følge af, at den omhandlede ternings bestanddele kan rotere. Sagsøgeren har for det fjerde kritiseret appelkammeret for ikke at have taget hensyn til offentlighedens fremtidige interesse i, at tredjemænd kan markedsføre egne terninger i formatet »3 × 3 × 3« og lade disse indgå i deres markedsføringsdokumentation.
- 115 Ifølge Harmoniseringskontoret og intervenienten skal det sjette anbringende forkastes som ugrundet.
- 116 I henhold til artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 er »varemærker, som udelukkende består af tegn eller angivelser, der i omsætningen kan tjene til at betegne varens eller tjenesteydelsens art, beskaffenhed, mængde, anvendelse, værdi, geografiske oprindelse, tidspunktet for varens fremstilling eller for præstationen af tjenesteydelsen eller andre egenskaber ved disse«, udelukket fra registrering.
- 117 Ifølge fast retspraksis er artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 til hinder for, at de tegn eller angivelser, som omhandles i artiklen, forbeholdes en enkelt virksomhed på grund af deres registrering som varemærke. Denne bestemmelse forfølger det mål af almen interesse, at sådanne tegn eller angivelser frit skal kunne bruges af alle (jf. dom af 20.11.2007, Tegometall International mod KHIM –

Wuppermann (TEK), T-458/05, Sml., EU:T:2007:349, præmis 77 og den deri nævnte retspraksis, og dom af 9.7.2008, Reber mod KHIM – Chokoladefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart), T-304/06, Sml., EU:T:2008:268, præmis 86).

- 118 Under artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 henhører kun sådanne tegn og angivelser, der i den normale sprogbrug fra den tilsigtede kundekreds' synsvinkel – enten direkte eller ved henvisning til en af dens væsentligste egenskaber – kan tjene til at betegne den vare eller tjenesteydelse, for hvilken der er ansøgt om registrering (dom af 20.9.2001, Procter & Gamble mod KHIM, C-383/99 P, Sml., EU:C:2001:461, præmis 39, og af 22.6.2005, Metso Paper Automation mod KHIM (PAPERLAB), T-19/04, Sml., EU:T:2005:247, præmis 24).
- 119 Det følger heraf, at for at et sådant tegn kan falde ind under forbuddet i den pågældende bestemmelse, er det nødvendigt, at det har en tilstrækkelig direkte og konkret forbindelse til de omhandlede varer eller tjenesteydelser til, at den berørte kundekreds straks og uden yderligere overvejelse kan opfatte det som en beskrivelse af de omhandlede varer eller tjenesteydelser eller af en af deres egenskaber (dom PAPERLAB, nævnt i præmis 118 ovenfor, EU:T:2005:247, præmis 25).
- 120 Det bemærkes endvidere, at spørgsmålet om, hvorvidt et tegn er beskrivende, skal vurderes dels i forhold til, hvordan den berørte kundekreds opfatter tegnet, dels i forhold til de pågældende varer eller tjenesteydelser (dom af 2.4.2008, Eurocopter mod KHIM (STEADYCONTROL), T-181/07, EU:T:2008:86, præmis 38). Et varemærkes beskrivende karakter skal nemlig bedømmes i forhold til de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket er registreret, og under hensyntagen til den formodede opfattelse af den pågældende vare- eller tjenesteydelseskategori hos en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger.
- 121 Det er i lyset af disse bemærkninger, at sagsøgerens argumenter skal efterprøves.
- 122 Sagsøgeren har i det væsentlige gjort gældende, at det anfægtede varemærke er beskrivende for et tredimensionalt puslespil, der er formet som en terning med målene »3 × 3 × 3«, eftersom det »viser en terning, hvor visse bestanddele grafisk er adskilte fra hinanden med sorte linjer«.
- 123 Denne påstand, som dette anbringendes første, andet og tredje led er støttet på, kan ikke tiltrædes. Af de samme grunde, som er anført i denne doms præmis 105-111, skal det nemlig bemærkes, at der ikke foreligger en tilstrækkelig direkte og konkret forbindelse mellem det anfægtede varemærke på den ene side og det tredimensionale puslespil på den anden side. Kundekredsen vil nemlig ikke umiddelbart – dvs. uden et forudgående kendskab til Rubik's terning – entydigt og uden nogen form for eftertanke eller analyse opfatte de kendetegn, som sagsøgeren har påberåbt sig for det anfægtede varemærke (jf. præmis 122 ovenfor) som beskrivende for sådanne varer.
- 124 Sagsøgeren kan navnlig ikke som anført i dette anbringendes tredje led med rette gøre gældende, at de fagkyndige i sektoren umiddelbart ud fra den grafiske gengivelse af det anfægtede varemærke udleder, at de sorte linjer er en følge af, at den omhandlede ternings bestanddele kan rotere. For det første består den relevante kundekreds i det foreliggende tilfælde nemlig ikke af fagkyndige, men af gennemsnitsforbrugeren (jf. præmis 95 ovenfor). Som allerede konstateret i præmis 54 ovenfor foreligger der for det andet ikke nødvendigvis en forbindelse mellem på den ene side den omstændighed, at visse af den omhandlede ternings bestanddele kan rotere eller på en anden måde kan bevæges, og på den anden side den omstændighed, at der findes tykke sorte linjer på terningens sider. Det skal desuden bemærkes, at det anfægtede varemærke blev registreret for »tredimensionale puslespil« i almindelighed, dvs. uden begrænsning til dem, der kan rotere (jf. præmis 55 ovenfor).
- 125 Det må følgelig fastslås, at det var med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 23 fandt, at det anfægtede varemærke ikke var beskrivende.

- 126 Denne konklusion ændres ikke af sagsøgerens argument til støtte for det sjette anbringendes fjerde led, hvorefter Harmoniseringskontoret undlod at tage hensyn til offentlighedens fremtidige interesse i, at tredjemænd kan markedsføre egne terninger i formatet »3 × 3 × 3« og lade disse indgå i deres markedsføringsdokumentation. Som det følger af det i præmis 64 ovenfor anførte kan indehaveren af det anfægtede varemærke nemlig ikke påberåbe sig dette varemærke med henblik på at forhindre tredjemænd i bl.a. at markedsføre tredimensionale puslespil, som er formet som en terning, men som ikke har gitterstruktur eller andre lignende motiver, der får det til at ligne et »sort bur«.
- 127 På grundlag af samtlige de anførte betragtninger bør det sjette anbringende forkastes som ugrundet.

Det syvende anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94

- 128 Med det syvende anbringende vedrørende en tilsidesættelse af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 har sagsøgeren kritiseret appelkammeret for ikke at have udtalt sig om, hvorvidt det anfægtede varemærke havde opnået fornødent særpræg som følge af dets brug. Sagsøgeren har med henvisning til sine bemærkninger under den administrative procedure »for en sikkerheds skyld« gjort gældende, at dette spørgsmål skal besvares benægtende.
- 129 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at det syvende anbringende skal afvises eller i det mindste forkastes som ugrundet.
- 130 I henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 er de absolutte registreringshindringer i samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra b)-d), ikke til hinder for en registrering af et varemærke, hvis mærket som følge af den brug, der er gjort deraf, har fået fornødent særpræg for de varer og tjenesteydelser, for hvilke det søges registreret.
- 131 Eftersom appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 22 med rette konstaterede, at det anfægtede varemærke havde fornødent særpræg for de omhandlede varer, var det ikke forpligtet til at undersøge, om varemærket havde opnået fornødent særpræg som følge af brug.
- 132 Det syvende anbringende skal derfor forkastes som ugrundet.

Det ottende anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 75, første punktum, i forordning nr. 207/2009

- 133 Med det ottende anbringende vedrørende en tilsidesættelse af artikel 75, første punktum, i forordning nr. 207/2009 har sagsøgeren gjort gældende, at den anfægtede afgørelse ikke angiver, hvorfor appelkammeret anså, at det anfægtede varemærke ikke var blevet registreret i strid med artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94.
- 134 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at det ottende anbringende skal forkastes.
- 135 I henhold til artikel 75, første punktum, i forordning nr. 207/2009 skal Harmoniseringskontorets afgørelser begrundes. Denne forpligtelse har samme rækkevidde som forpligtelsen i artikel 253 EF (jf. dom af 25.3.2009, Anheuser-Busch mod KHIM – Budějovický Budvar (BUDWEISER), T-191/07, Sml., EU:T:2009:83, præmis 125 og den deri nævnte retspraksis).
- 136 Det fremgår af fast retspraksis, at forpligtelsen til at begrunde en individuel beslutning har til formål dels, at den berørte person kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, for at denne kan forsvare sine rettigheder, dels, at Unionens retsinstanser kan efterprøve beslutningens lovlighed (dom BUDWEISER, nævnt i præmis 135 ovenfor, EU:T:2009:83, præmis 126 og den deri nævnte retspraksis).

- 137 Det kan imidlertid ikke kræves, at appelkamrene foretager en udtømmende gennemgang af hvert enkelt af de for kamrene af parterne fremførte argumenter. Begrundelsen kan således fremgå indirekte, forudsat at de berørte gennem den får kendskab til begrundelsen for, at de pågældende foranstaltninger er truffet, og at den kompetente ret råder over de til udøvelse af sin prøvelsesret nødvendige oplysninger (jf. dom BUDWEISER, nævnt i præmis 135 ovenfor, EU:T:2009:83, præmis 128 og den deri nævnte retspraksis).
- 138 Hvad angår artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 anførte appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 23, at det anfægtede varemærke ikke var i strid med denne bestemmelse, og henviste samtidig udtrykkeligt til sin begrundelse i forbindelse med dets gennemgang af anvendelsen af forordningens artikel 7, stk. 1, litra b), og bemærkede, at »[dette varemærke] i mangel af forbrugerens forudgående kendskab, hverken [lignede] eller førte tankerne hen på et tredimensionalt puslespil«.
- 139 Det kan derfor ikke hævdes, at den anfægtede afgørelse ikke er begrundet hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt det anfægtede varemærke er i overensstemmelse med artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94.
- 140 Det kan heller ikke nægtes, at denne begrundelse er tilstrækkelig. Som det fremgår af gennemgangen ovenfor af femte og sjette anbringende, kan det nemlig på baggrund af samme begrundelse fastslås, at det anfægtede varemærke har iboende fornødent særpræg, og at det ikke er beskrivende for de omhandlede varer.
- 141 Heraf følger, at det ottende anbringende skal forkastes.
- 142 Af det anførte følger, at Harmoniseringskontoret skal frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

- 143 I henhold til artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.
- 144 Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale Harmoniseringskontorets og intervenientens omkostninger i overensstemmelse med deres påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Sjette Afdeling):

- 1) **Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) frifindes.**
- 2) **Simba Toys GmbH & Co. KG betaler sagens omkostninger.**

Frimodt Nielsen

Dehousse

Collins

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 25. november 2014.

Underskrifter

Indhold

Sagens baggrund	2
Parternes påstande	4
Retlige bemærkninger	5
Det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 76, stk. 1, første sætningsled, i forordning nr. 207/2009	5
Det andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 40/94	7
Det tredje anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. i), i forordning nr. 40/94	14
Det fjerde anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. iii), i forordning nr. 40/94	14
Det femte anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94	15
Det sjette anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94	18
Det syvende anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94	20
Det ottende anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 75, første punktum, i forordning nr. 207/2009	20
Sagens omkostninger	21