



## Jurisprudentie

ARREST VAN HET GERECHT (Zesde kamer)

25 november 2014\*

„Gemeenschapsmerk — Nietigheidsprocedure — Driedimensionaal gemeenschapsmerk — Kubus met vlakken die roosterstructuur hebben — Absolute weigeringsgronden — Artikel 76, lid 1, eerste volzin, van verordening (EG) nr. 207/2009 — Geen teken dat uitsluitend bestaat uit de vorm van de waar die noodzakelijk is om een technische uitkomst te verkrijgen — Artikel 7, lid 1, sub e-ii, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 7, lid 1, sub e-ii, van verordening nr. 207/2009) — Geen teken dat uitsluitend bestaat uit de vorm die door de aard van de waar wordt bepaald — Artikel 7, lid 1, sub e-i, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 7, lid 1, sub e-i, van verordening nr. 207/2009) — Geen teken dat uitsluitend bestaat uit de vorm die een wezenlijke waarde aan de waar geeft — Artikel 7, lid 1, sub e-iii, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 7, lid 1, sub e-iii, van verordening nr. 207/2009) — Onderscheidend vermogen — Artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009) — Geen beschrijvend karakter — Artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 207/2009) — Onderscheidend vermogen verkregen door gebruik — Artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 7, lid 3, van verordening nr. 207/2009) — Motiveringsplicht — Artikel 75, eerste volzin, van verordening nr. 207/2009”

In zaak T-450/09,

**Simba Toys GmbH & Co. KG**, gevestigd te Fürth (Duitsland), vertegenwoordigd door O. Ruhl, advocaat,

verzoekster,

tegen

**Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM)**, vertegenwoordigd door D. Botis als gemachtigde,

verweerder,

andere partij in de procedure voor de kamer van beroep van het BHIM, interveniënte voor het Gerecht:

**Seven Towns Ltd**, gevestigd te Londen (Verenigd Koninkrijk), aanvankelijk vertegenwoordigd door M. Edenborough, QC, en B. Cookson, solicitor, vervolgens door K. Szamosi en M. Borbás, advocaten,

betreffende een beroep tegen de beslissing van de tweede kamer van beroep van het BHIM van 1 september 2009 (zaak R 1526/2008-2) inzake een nietigheidsprocedure tussen Simba Toys GmbH & Co. KG en Seven Towns Ltd,

wijst

\* Procestaal: Engels.

HET GERECHT (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: S. Frimodt Nielsen, president, F. Dehousse en A.M. Collins (rapporteur),  
rechters,

griffier: J. Weychert, administrateur,

gezien het op 6 november 2009 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de beschikkingen van 10 maart en 9 juli 2010 houdende schorsing van de behandeling,

gezien de hervatting van de behandeling,

gezien de op 30 november 2010 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van het  
BHIM,

gezien de op 24 november 2010 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van  
interveniente,

gezien de op 4 maart 2011 ter griffie van het Gerecht neergelegde repliek,

gezien de op 25 mei 2011 ter griffie van het Gerecht neergelegde dupliek van het BHIM,

gezien de op 23 mei 2011 ter griffie van het Gerecht neergelegde dupliek van interveniente,

gezien de wijziging in de samenstelling van de kamers van het Gerecht,

na de terechtzitting op 5 december 2013,

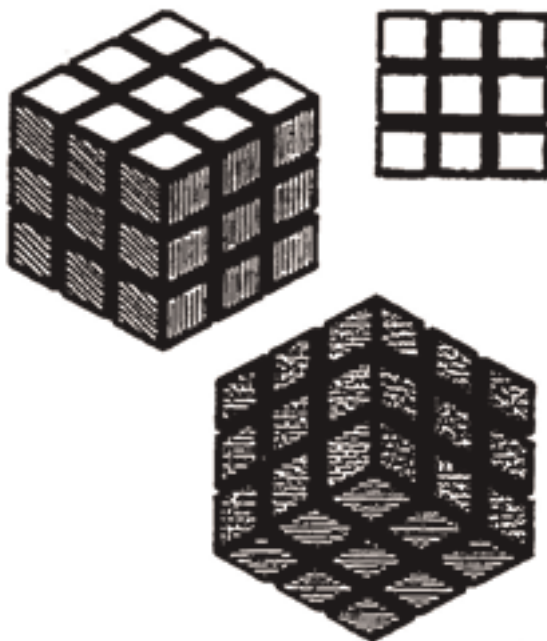
het navolgende

**Arrest**

**Voorgeschiedenis van het geding**

- 1 Op 1 april 1996 heeft interveniente, Seven Towns Ltd, bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) een gemeenschapsmerkaanvraag ingediend krachtens verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1), zoals gewijzigd [vervangen door verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het gemeenschapsmerk (PB L 78, blz. 1)].

- 2 De inschrijvingsaanvraag betreft het volgende driedimensionale teken:



- 3 De waren waarvoor de merkaanvraag werd ingediend, behoren tot klasse 28 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: „Driedimension[a]le puzzels”.
- 4 Op 6 april 1999 werd het betrokken merk als gemeenschapsmerk ingeschreven onder nummer 162784. De inschrijving van het merk werd op 10 november 2006 vernieuwd.
- 5 Op 15 november 2006 heeft verzoekster, Simba Toys GmbH & Co. KG, een vordering tot nietigverklaring van het litigieuze merk ingediend krachtens artikel 51, lid 1, sub a, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 52, lid 1, sub a, van verordening nr. 207/2009), gelezen in samenhang met artikel 7, lid 1, sub a tot en met c en e, van die verordening (thans artikel 7, lid 1, sub a tot en met c en e, van verordening nr. 207/2009).
- 6 Bij beslissing van 14 oktober 2008 heeft de nietigheidsafdeling de vordering tot nietigverklaring in haar geheel afgewezen (hierna: „beslissing van 14 oktober 2008”).
- 7 Op 23 oktober 2008 heeft verzoekster bij het BHIM beroep ingesteld tegen deze beslissing krachtens de artikelen 57 tot en met 62 van verordening nr. 40/94 (thans artikelen 58 tot en met 64 van verordening nr. 207/2009). Tot staving van haar beroep heeft zij schending van artikel 7, lid 1, sub a tot en met c en e, van deze verordening aangevoerd.
- 8 Bij beslissing van 1 september 2009 (hierna: „bestreden beslissing”) heeft de tweede kamer van beroep van het BHIM de beslissing van 14 oktober 2008 bevestigd en het beroep verworpen.

- 9 De grief inzake schending van artikel 7, lid 1, sub a, van verordening nr. 40/94 werd door de kamer van beroep ongegrond geacht, daar het litigieuze merk naar behoren grafisch was voorgesteld en voorts „niet duidelijk [viel] in te zien waarom de kubus met roosterstructuur in theorie niet geschikt is om de waren en diensten van een onderneming van die van andere ondernemingen te onderscheiden” (punt 16 van de bestreden beslissing).
- 10 De grief inzake schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 werd afgewezen door de kamer van beroep nadat deze had vastgesteld dat het litigieuze merk op significante wijze afweek van wat in de betrokken sector gangbaar was. Enerzijds heeft zij erop gewezen dat verzoekster geen afdoend bewijs had overgelegd dat „een kubus met roosterstructuur een ‚norm’ [uitmaakte] op het specifieke gebied van driedimensionale puzzels”. Het bestaan van een puzzel, te weten de Soma-kubus, die lijkt op de kubus waarop het litigieuze merk betrekking heeft, volstaat niet als bewijs dat dit merk de norm in die sector is (punt 20 van de bestreden beslissing). Anderzijds was zij van oordeel dat het litigieuze merk voldoende kenmerken bezat om te oordelen dat dit merk intrinsiek onderscheidend vermogen had voor de betrokken waren (punt 21 van de bestreden beslissing).
- 11 De grief inzake schending van artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94 was volgens de kamer van beroep ongegrond, daar het litigieuze merk, behoudens bij voorkennis van de consument, niet leek op of deed denken aan een driedimensionale puzzel (punt 23 van de bestreden beslissing).
- 12 Ten slotte heeft de kamer van beroep de grief inzake schending van artikel 7, lid 1, sub e, van verordening nr. 40/94 afgewezen. Ten eerste was zij van oordeel dat de inschrijving van het litigieuze merk niet in strijd was met artikel 7, lid 1, sub e-ii, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 7, lid 1, sub e-ii, van verordening nr. 207/2009). In dit verband merkte zij in wezen op dat de „kubus met roosterstructuur” geen enkele aanwijzing gaf over de functie ervan, en zelfs niet over het bestaan van een of andere functie, en dat het onmogelijk was te besluiten dat hierdoor „een of ander voordeel of technisch effect op het gebied van driedimensionale puzzels [kon] worden verkregen” (punt 28 van de bestreden beslissing). Ten tweede heeft de kamer van beroep verklaard dat, „aangezien de betrokken vorm niet duidelijk de vorm van een puzzel [had] en de mogelijke functies en bewegingen duidelijk verborgen [waren], niet kon worden geoordeeld dat [deze vorm werd] bepaald door de aard van de waar” (punt 29 van de bestreden beslissing). Zij heeft hieruit afgeleid dat artikel 7, lid 1, sub e-i, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 7, lid 1, sub e-i, van verordening nr. 207/2009) in casu niet van toepassing was. Ten derde heeft de kamer van beroep zich op het standpunt gesteld dat een gewone „kubus met roosterstructuur als die welke afgebeeld in de voorstelling van het litigieuze merk, niet kan worden geacht een vorm te bezitten die een wezenlijke waarde aan de waar geeft”, zodat artikel 7, lid 1, sub e-iii, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 7, lid 1, sub e-iii, van verordening nr. 207/2009) in casu evenmin van toepassing was (punt 30 van de bestreden beslissing).

### **Conclusies van partijen**

- 13 Verzoekster verzoekt het Gerecht:
- de bestreden beslissing te vernietigen;
  - het BHIM en interveniënte te verwijzen in de kosten van de beroepsprocedure en de procedure voor het Gerecht.
- 14 Het BHIM en interveniënte verzoeken het Gerecht:
- het beroep te verwerpen;
  - verzoekster te verwijzen in de kosten.

## In rechte

- 15 Ter onderbouwing van haar beroep voert verzoekster acht middelen aan. Het eerste middel betreft schending van artikel 76, lid 1, eerste volzin, van verordening nr. 207/2009. Het tweede middel betreft schending van artikel 7, lid 1, sub e-ii, van verordening nr. 40/94. Volgens het derde middel is artikel 7, lid 1, sub e-i, van verordening nr. 40/94 geschonden. In het kader van haar vierde middel voert verzoekster schending van artikel 7, lid 1, sub e-iii, van verordening nr. 40/94 aan. Het vijfde middel betreft schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94. Het zesde middel is ontleend aan schending van artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94. Volgens het zevende middel is artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 7, lid 3, van verordening nr. 207/2009) geschonden. Het achtste middel betreft schending van artikel 75, eerste volzin, van verordening nr. 207/2009.

*Eerste middel: schending van artikel 76, lid 1, eerste volzin, van verordening nr. 207/2009*

- 16 Artikel 76, lid 1, van verordening nr. 207/2009 bepaalt:

„Tijdens de procedure onderzoekt het Bureau ambtshalve de feiten; in procedures inzake relatieve afwijzingsgronden blijft dit onderzoek echter beperkt tot de door de partijen aangevoerde feiten, bewijsmiddelen en argumenten en tot de door hen ingestelde vordering.”

- 17 Verzoeksters eerste middel betreft schending van de eerste volzin van deze bepaling en omvat vijf onderdelen. In de eerste plaats stelt verzoekster dat de kamer van beroep „de kenmerken van het [litigieuze] merk niet volledig heeft geïdentificeerd”. Meer in het bijzonder heeft de kamer van beroep nagelaten rekening te houden met het feit dat de voorstellingen van dit merk „duidelijk” tussenruimten tonen aan de uiteinden van de „zwarte lijnen” op elk vlak van de betrokken kubus, hetgeen „duidelijk” suggereert dat deze lijnen niet beogen een „zwarte kooiconstructie” weer te geven, maar „kleinere individuele elementen van de kubus” van elkaar te scheiden. In de tweede plaats verwijt verzoekster de kamer van beroep dat zij geen rekening heeft gehouden met het feit dat een puzzel van nature bestaat uit individuele elementen. Daar een puzzel een spel is waarbij dergelijke elementen worden verplaatst „teneinde een van tevoren bepaalde eindvolgorde te verkrijgen”, zullen de gemiddelde consument en handelaar bovengenoemde zwarte lijnen altijd opvatten als hebbende de functie van het opdelen van de betrokken kubus in individuele elementen die „op een of andere wijze” beweegbaar zijn. In de derde plaats stelt verzoekster dat de kamer van beroep eraan is voorbijgegaan dat, zoals zij in haar opmerkingen van 2 mei 2007 voor de nietigheidsafdeling heeft uiteengezet, de vorm van een kubus „met de afmetingen 3 x 3 x 3” noodzakelijk was om een technische uitkomst te verkrijgen, te weten een driedimensionale puzzel met draaibare elementen, met een bepaalde moeilijkheidsgraad en met bepaalde ergonomische kenmerken. In de vierde plaats betoogt zij dat de kamer van beroep ten onrechte geen rekening heeft gehouden met het feit dat, zoals zij in haar opmerkingen van 27 augustus 2007 voor de nietigheidsafdeling heeft uiteengezet, bovengenoemde zwarte lijnen een technische functie vervulden. In de vijfde plaats voert zij aan dat de kamer van beroep ten onrechte van oordeel was dat de Soma-kubus geen deel uitmaakte van de betrokken sector. Zij wijst erop dat zowel zijzelf als interveniënte nochtans bewijzen ter zake had overgelegd tijdens de procedure voor het BHIM.

- 18 Het BHIM meent dat het eerste middel kennelijk ongegrond moet worden verklaard.

- 19 In de eerste plaats dient te worden opgemerkt dat verzoekster met haar eerste middel, dat schending van een procedurereguleer betreft, eerder beoogt de gegrondheid van de door de kamer van beroep verrichte beoordeling van bepaalde feiten en van bepaalde door haar aangevoerde argumenten te betwisten en niet zozeer de kamer van beroep verwijt dat zij geen rekening heeft gehouden met deze feiten en argumenten alvorens de bestreden beslissing vast te stellen. De vraag of de kamer van

beroep bepaalde feiten, argumenten of bewijselementen juist heeft beoordeeld, valt evenwel onder het onderzoek van de rechtmatigheid ten gronde van de bestreden beslissing en niet van de regelmatigheid van de procedure die tot de vaststelling ervan heeft geleid.

- 20 In de tweede plaats dient te worden vastgesteld dat in elk geval dit middel deels feitelijke grondslag mist en deels is gebaseerd op een onjuiste lezing van de bestreden beslissing.
- 21 Ten eerste blijkt uit de bestreden beslissing (zie met name de punten 16, 21 en 28 van de bestreden beslissing) immers dat de kamer van beroep de grafische voorstellingen van het litigieuze merk uitgebreid heeft onderzocht, daaronder begrepen de daarop zichtbare dikke zwarte lijnen die de binnenkant van elk vlak van de betrokken kubus in vakjes verdelen (hierna: „zwarte lijnen”). Bovendien dient te worden opgemerkt dat niet alleen de tussenruimten die zich bevinden aan de uiteinden van de zwarte lijnen nauwelijks zichtbaar zijn, maar ook de aanwezigheid ervan in elk geval geenszins uitsluit dat het litigieuze merk wordt opgevat als de weergave van een „zwarte kooiconstructie”, zoals de kamer van beroep terecht heeft vastgesteld in punt 21 van de bestreden beslissing.
- 22 Ten tweede dient te worden vastgesteld dat niets in de bestreden beslissing erop wijst dat de kamer van beroep eraan is voorbijgegaan dat een puzzel van nature individuele elementen bevat. In dit verband kan verzoekster niet op goede gronden de kamer van beroep verwijten dat zij in punt 21 van de bestreden beslissing, in het kader van haar onderzoek van de vraag of het litigieuze merk kon worden geacht intrinsiek onderscheidend vermogen te hebben voor de betrokken waren, heeft gesteld dat de betrokken kubus „geen duidelijk kenmerk [had] dat toont dat de kubus kan worden gedraaid of verschikt”. Anders dan verzoekster betoogt, impliceert in het bijzonder het feit dat een puzzel van nature individuele elementen bevat, niet noodzakelijkerwijs dat met die elementen draaibewegingen kunnen worden uitgevoerd. In casu zal een objectieve waarnemer – zelfs wanneer hij zich bewust is van de aanwezigheid van tussenruimten aan de uiteinden van de zwarte lijnen – die lijnen niet noodzakelijkerwijs opvatten als hebbende de functie van het opdelen van de betrokken kubus in individuele elementen die „op een of andere wijze” beweegbaar zijn. De negen vierkante elementen die op elk vlak van de betrokken kubus verschijnen doordat de zwarte randen die aangeven, kunnen met name even goed dienen om daarop bijvoorbeeld letters, cijfers, kleuren of patronen aan te brengen, zonder dat deze vierkante elementen of andere elementen van deze kubus zelf kunnen worden verplaatst. Zoals in punt 54 infra nader zal worden uiteengezet, berust verzoeksters bewering grotendeels op de onjuiste premisse dat er een noodzakelijk verband bestaat tussen een zogenaamd draaivermogen van bepaalde elementen van de betrokken kubus en de aanwezigheid van de zwarte lijnen op de vlakken ervan.
- 23 Ten derde blijkt, wat het derde en het vierde onderdeel van het onderhavige middel betreft, uit de bestreden beslissing dat de kamer van beroep alle argumenten en bewijzen die de verschillende partijen tijdens de administratieve procedure hebben overgelegd, op uitputtende wijze heeft onderzocht (zie met name de punten 3-11, 16, 20, 21 en 28-30 van de bestreden beslissing). In het bijzonder heeft de kamer van beroep ten volle rekening gehouden met verzoeksters argumenten volgens welke enerzijds de betrokken vorm noodzakelijk is om een technische uitkomst te verkrijgen, en anderzijds de zwarte lijnen een technische functie vervullen (zie de punten 10, 28 en 29 van de bestreden beslissing).
- 24 Ten vierde dient te worden vastgesteld dat, anders dan verzoekster beweert onder verwijzing naar punt 20 van de bestreden beslissing, de kamer van beroep niet heeft uitgesloten dat de Soma-kubus deel uitmaakt van de betrokken sector. In dat punt heeft de kamer van beroep louter gesteld dat het feit dat er een puzzel – te weten die kubus – bestond, die leek op de kubus waarop het litigieuze merk betrekking had, niet volstond als bewijs dat dit merk de norm in die sector was (zie punt 106 infra).

- 25 In de derde plaats dient te worden vastgesteld dat de kamer van beroep in het kader van een nietigheidsprocedure, zelfs wanneer deze – zoals in casu – betrekking heeft op absolute nietigheidsgronden, niet verplicht is om over te gaan tot een ambtshalve onderzoek van de feiten [arrest van 13 september 2013, *Fürstlich Castell'sches Domänenamt/BHIM – Castel Frères (CASTEL)*, T-320/10, Jurispr. (Uittreksels), EU:T:2013:424, hogere voorziening ingesteld, punten 25-29]. Het is juist dat de kamer van beroep evenwel niet kan worden belet, ambtshalve rekening te houden met elk element dat relevant is voor haar analyse, indien zij dit nodig acht. Uit het dossier blijkt evenwel niet dat een dergelijke noodzaak in casu bestond.
- 26 Uit de voorgaande overwegingen volgt dat het eerste middel, volgens hetwelk artikel 76, lid 1, eerste volzin, van verordening nr. 207/2009 is geschonden, moet worden afgewezen.

*Tweede middel: schending van artikel 7, lid 1, sub e-ii, van verordening nr. 40/94*

- 27 Verzoeksters tweede middel betreft schending van artikel 7, lid 1, sub e-ii, van verordening nr. 40/94 en omvat acht onderdelen. In de eerste plaats betoogt verzoekster dat de kamer van beroep ten onrechte geen rekening heeft gehouden met het feit dat de zwarte lijnen toe te schrijven waren aan technische functies. In de tweede plaats stelt zij dat relevant is of de wezenlijke kenmerken van het merk uitsluitend aan een technische uitkomst zijn toe te schrijven, en niet of deze daadwerkelijk een technische functie hebben. In de derde plaats verwijt zij de kamer van beroep dat zij is voorbijgegaan aan het algemeen belang dat aan die bepaling ten grondslag ligt. Zij beweert dat bij handhaving van de inschrijving van het litigieuze merk de houder ervan immers dit merk zal kunnen tegenwerpen aan derden die driedimensionale puzzels met een draaivermogen op de markt willen brengen. In de vierde plaats verwijt zij de kamer van beroep, zich niet te hebben gedistantieerd van de verklaring van de nietigheidsafdeling in de beslissing van 14 oktober 2008, volgens welke de wezenlijke kenmerken van de betrokken vorm geen technische functie vervullen, zodat de inschrijving van deze vorm als merk niet leidt tot een monopolie op een technische oplossing. In de vijfde plaats betoogt zij dat de kamer van beroep is voorbijgegaan aan het feit dat in de zaken die hebben geleid tot het arrest van 18 juni 2002, *Philips (C-299/99, Jurispr., EU:C:2002:377)*, en het arrest van 12 november 2008, *Lego Juris/BHIM – Mega Brands (Rood Legoblokje) (T-270/06, Jurispr., EU:T:2008:483)*, de betrokken technische functies ook niet rechtstreeks bleken uit de voorstellingen van de betrokken merken. In de zesde plaats heeft de kamer van beroep volgens haar geen rekening gehouden met het feit dat er geen alternatieve vormen bestonden die dezelfde technische functie konden vervullen. In de zevende plaats voert zij aan dat de kamer van beroep ten onrechte heeft geoordeeld dat de voorstellingen van het litigieuze merk geen enkele specifieke functie oproepen. Uit de aanwezigheid van tussenruimten aan de uiteinden van de zwarte lijnen valt immers af te leiden dat met de individuele elementen van de betrokken kubus draaibewegingen kunnen worden uitgevoerd. In de achtste plaats stelt verzoekster dat de kamer van beroep niet in aanmerking heeft genomen dat de driedimensionale puzzels „van deze generieke soort” en het draaivermogen ervan bekend waren vóór de indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze merk.
- 28 Het BHIM en interveniënte betwisten verzoeksters argumenten en concluderen tot afwijzing van het tweede middel.
- 29 De vorm van een waar behoort tot de tekens die een merk kunnen vormen. Met betrekking tot het gemeenschapsmerk blijkt dit uit artikel 4 van verordening nr. 40/94 (thans artikel 4 van verordening nr. 207/2009), volgens hetwelk gemeenschapsmerken kunnen worden gevormd door alle tekens die vatbaar zijn voor grafische voorstelling, met name woorden, met inbegrip van namen van personen, tekeningen, letters, cijfers, vormen van waren of van verpakking, mits deze de waren of diensten van een onderneming kunnen onderscheiden van die van andere ondernemingen.

- 30 Evenwel wordt krachtens artikel 7, lid 1, sub e-ii, van verordening nr. 40/94 „inschrijving [geweigerd] van [...] tekens die uitsluitend bestaan uit [...] de vorm van de waar die noodzakelijk is om een technische uitkomst te verkrijgen”.
- 31 Blijkens de rechtspraak staat deze bepaling in de weg aan inschrijving van elke vorm die, wat de wezenlijke kenmerken ervan betreft, uitsluitend bestaat uit de vorm van de waar die technisch de oorzaak is van en voldoende is voor het verkrijgen van de beoogde technische uitkomst, zelfs indien deze uitkomst kan worden verkregen door andere vormen die dezelfde of een andere technische oplossing gebruiken (arrest Rood Legoblokje, punt 27 supra, EU:T:2008:483, punt 43).
- 32 Bovendien moeten volgens vaste rechtspraak de in artikel 7, lid 1, van verordening nr. 40/94 genoemde weigeringsgronden worden uitgelegd tegen de achtergrond van het algemeen belang dat aan elk van hen ten grondslag ligt. Het aan artikel 7, lid 1, sub e-ii, van deze verordening ten grondslag liggende belang bestaat erin te verhinderen dat als gevolg van het merkenrecht een onderneming een monopolie wordt toegekend op technische oplossingen of gebruikskenmerken van een waar (zie arrest van 14 september 2010, Lego Juris/BHIM, C-48/09 P, Jurispr., EU:C:2010:516, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 33 De door de wetgever vastgestelde regels weerspiegelen in dit verband de afweging van twee overwegingen, die elk kunnen bijdragen tot de verwezenlijking van een gezond en eerlijk mededingingsstelsel (arrest Lego Juris/BHIM, punt 32 supra, EU:C:2010:516, punt 44).
- 34 Enerzijds waarborgt het opnemen in artikel 7, lid 1, van verordening nr. 40/94 van het verbod om tekens als merk in te schrijven die bestaan uit de vorm van de waar die noodzakelijk is om een technische uitkomst te verkrijgen, dat ondernemingen het merkenrecht niet kunnen gebruiken om uitsluitende rechten op technische oplossingen zonder tijdslimiet te laten voortbestaan (arrest Lego Juris/BHIM, punt 32 supra, EU:C:2010:516, punt 45).
- 35 Wanneer de vorm van een waar immers louter daarin bestaat dat hij de door de fabrikant van deze waar ontwikkelde en op zijn verzoek geöctrooieerde technische oplossing verwerkt, zal een bescherming van deze vorm als merk na het verstrijken van de geldigheidsduur van het octrooi voor de andere ondernemingen aanzienlijk en eeuwig de mogelijkheid van gebruik van die technische oplossing beperken. In het stelsel van intellectuele-eigendomsrechten zoals dat in de Unie is ontwikkeld, kunnen technische oplossingen enkel voor een beperkte duur worden beschermd, zodat zij daarna ongestoord door alle marktdeelnemers kunnen worden gebruikt (arrest Lego Juris/BHIM, punt 32 supra, EU:C:2010:516, punt 46).
- 36 Bovendien zou de merkhouders op grond van de merkinschrijving van een zuiver functionele vorm van een waar de andere ondernemingen niet alleen het gebruik van dezelfde vorm kunnen verbieden, maar ook het gebruik van overeenstemmende vormen (zie in die zin arrest Lego Juris/BHIM, punt 32 supra, EU:C:2010:516, punt 56).
- 37 Anderzijds heeft de wetgever, door de weigeringsgrond van artikel 7, lid 1, sub e-ii, van verordening nr. 40/94 te beperken tot tekens die „uitsluitend” bestaan uit de vorm van de waar die „noodzakelijk” is om een technische uitkomst te verkrijgen, naar behoren geoordeeld dat elke vorm van een waar in zekere mate functioneel is en het dus ongepast zou zijn om merkinschrijving van een vorm van een waar te weigeren op de loutere grond dat deze gebruikskenmerken bezit. Door middel van de termen „uitsluitend” en „noodzakelijk” verzekert die bepaling dat enkel inschrijving wordt geweigerd van vormen van een waar die louter een technische oplossing verwerken en waarvan de inschrijving als merk dus werkelijk het gebruik van deze technische oplossing door andere ondernemingen zou hinderen (arrest Lego Juris/BHIM, punt 32 supra, EU:C:2010:516, punt 48).



- 38 Tevens blijkt uit de rechtspraak dat bij een juiste toepassing van artikel 7, lid 1, sub e-ii, van verordening nr. 40/94 de wezenlijke kenmerken van het betrokken driedimensionale teken naar behoren worden vastgesteld door de autoriteit die uitspraak doet op de aanvraag tot inschrijving ervan als merk. De uitdrukking „wezenlijke kenmerken” moet aldus worden opgevat dat het gaat om de belangrijkste elementen van het teken (arrest Lego Juris/BHIM, punt 32 supra, EU:C:2010:516, punten 68 en 69).
- 39 De identificatie van die wezenlijke kenmerken moet per geval worden verricht, zonder dat er sprake is van een systematische hiërarchie tussen de verschillende types van elementen die een teken kan bevatten. De bevoegde autoriteit kan in het kader van haar onderzoek van de wezenlijke kenmerken van een teken hetzij zich rechtstreeks baseren op de door het teken opgeroepen totaalindruk, hetzij eerst een achtereenvolgend onderzoek van elk bestanddeel van het teken verrichten (zie arrest Lego Juris/BHIM, punt 32 supra, EU:C:2010:516, punt 70 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 40 In het bijzonder kan, zoals het Hof in punt 71 van het arrest Lego Juris/BHIM (punt 32 supra, EU:C:2010:516) heeft opgemerkt, de identificatie van de wezenlijke kenmerken van een teken met het oog op een eventuele toepassing van de weigeringsgrond van artikel 7, lid 1, sub e-ii, van verordening nr. 40/94, al naargelang het geval en in het bijzonder gelet op de moeilijkheidsgraad ervan, worden verricht aan de hand van een eenvoudige visuele analyse van dit teken, of daarentegen worden gebaseerd op een uitvoerig onderzoek in het kader waarvan rekening wordt gehouden met voor de beoordeling nuttige elementen, zoals opinieonderzoeken en deskundigenonderzoeken, of met gegevens inzake intellectuele-eigendomsrechten die eerder in verband met de betrokken waar zijn verleend.
- 41 Zodra de wezenlijke kenmerken van het teken zijn geïdentificeerd, dient het BHIM nog na te gaan of al deze kenmerken beantwoorden aan een technische functie van de betrokken waar. Artikel 7, lid 1, sub e-ii, van verordening nr. 40/94 is immers niet van toepassing wanneer de merkaanvraag betrekking heeft op een vorm van een waar waarin een niet-functioneel element, zoals een sier- of fantasie-element, een belangrijke rol speelt. In dit geval hebben de concurrerende ondernemingen gemakkelijk toegang tot alternatieve vormen met een gelijkwaardig functioneel karakter, zodat er geen gevaar bestaat dat afbreuk wordt gedaan aan de beschikbaarheid van de technische oplossing. Die oplossing kan in deze hypothese probleemloos door de concurrenten van de merkhouders worden gebruikt in vormen van de waar die niet hetzelfde niet-functionele element hebben als de vorm van de waar van die merkhouders en die dus niet identiek zijn aan of overeenstemmen met laatstgenoemde vorm (arrest Lego Juris/BHIM, punt 32 supra, EU:C:2010:516, punt 72).
- 42 Het onderhavige middel dient tegen de achtergrond van bovengenoemde beginselen te worden onderzocht.
- 43 Eerst dienen de wezenlijke kenmerken van het litigieuze merk te worden geïdentificeerd.
- 44 Zoals in punt 28 van de bestreden beslissing werd vastgesteld, bevat in casu de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze merk de grafische voorstelling, uit drie verschillende gezichtshoeken, van een kubus waarvan elk vlak een roosterstructuur heeft die wordt gevormd door zwarte randen die het vlak opdelen in negen even grote vierkante elementen in een formatie van drie op drie. Vier dikke zwarte lijnen, te weten de zwarte lijnen (zie punt 21 supra), waarvan er twee horizontaal en twee verticaal zijn geplaatst, verdelen de binnenkant van elk vlak van die kubus in vakjes. Zoals in punt 21 van de bestreden beslissing terecht werd opgemerkt, geven die verschillende elementen het litigieuze merk het voorkomen van een „zwarte kooiconstructie”.
- 45 Uit de punten 16, 20, 28 en 30 van de bestreden beslissing blijkt dat de kamer van beroep als wezenlijke kenmerken van het litigieuze merk vaststelt hetgeen zij aanmerkt als de „kubus met roosterstructuur”, te weten enerzijds de kubus als zodanig en anderzijds de roosterstructuur op elk vlak van deze kubus.

- 46 Anders dan verzoekster in haar schriften aanvoert, heeft de kamer van beroep de wezenlijke kenmerken van het litigieuze merk dus niet herleid tot „horizontale en verticale lijnen die de individuele elementen van de kubus van elkaar scheiden”. Anders dan het BHIM en interveniënte ter terechtzitting op een vraag van het Gerecht hebben geantwoord, vormt voorts het – overigens onjuiste – feit dat het merk verschillende tinten grijs bevat, geen extra wezenlijk kenmerk van dat merk. Naast het feit dat de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze merk geen enkele kleur vermeldt, dient immers te worden vastgesteld dat in de grafische voorstellingen van dit merk de vlakken van de betrokken kubus wit zijn of zwart gearceerd zijn.
- 47 De in punt 45 supra vermelde beoordeling van de kamer van beroep moet worden bijgetreden, daar uit een eenvoudige visuele analyse van het litigieuze merk duidelijk blijkt dat de in dat punt vermelde elementen de belangrijkste elementen van dat merk zijn.
- 48 Vervolgens dient te worden nagegaan of alle bovengenoemde wezenlijke kenmerken van het litigieuze merk beantwoorden aan een technische functie van de betrokken waren.
- 49 In punt 28 van de bestreden beslissing heeft de kamer van beroep om te beginnen erop gewezen dat volgens vaste rechtspraak „overeenkomstig artikel 7, lid 1, [sub e-ii, van verordening nr. 40/94] de nietigheidsgronden voor een driedimensionaal merk uitsluitend [dienden] te steunen op het onderzoek van de voorstelling van het merk zoals dat [was] aangevraagd, en niet op beweerde of veronderstelde onzichtbare kenmerken”. Vervolgens heeft zij vastgesteld dat de grafische voorstellingen van het litigieuze merk „geen enkele specifieke functie [suggereerden], zelfs wanneer de waren, te weten ‚driedimensionale puzzels’, in aanmerking [werden] genomen”. Zij was van oordeel dat zij geen rekening diende te houden met het „welbekende” draaivermogen van de verticale en horizontale lijnen van de rasters van de „Rubik’s cube”-puzzel en dat zij niet „op onrechtmatige en retroactieve wijze” het functionele karakter in de voorstellingen diende terug te vinden. Volgens de kamer van beroep geeft de kubus met roosterstructuur geen enkele aanwijzing over de functie ervan, en zelfs niet over het bestaan van een of andere functie, en „is [het] onmogelijk te besluiten dat hierdoor een of ander voordeel of technisch effect op het gebied van driedimensionale puzzels kan worden verkregen”. Zij heeft hieraan toegevoegd dat de vorm regelmatig en geometrisch was en „geen enkele aanwijzing over de voorgestelde puzzel” bevatte.
- 50 In de eerste plaats betwist verzoekster deze analyse door in het kader van haar eerste, tweede en zevende onderdeel van het onderhavige middel aan te voeren dat de aanwezigheid van tussenruimten aan de uiteinden van de zwarte lijnen duidelijk suggereert dat deze lijnen bestemd zijn om „kleinere individuele elementen van de kubus” van elkaar te scheiden die beweegbaar zijn en waarmee in het bijzonder draaibewegingen kunnen worden uitgevoerd. Die lijnen zijn dus „toe te schrijven aan technische functies” in de zin van punt 84 van het arrest Philips, punt 27 supra (EU:C:2002:377). Zij voegt daaraan toe dat het blijkens dat arrest niet relevant is of de wezenlijke kenmerken van het merk daadwerkelijk een technische functie hebben, maar of „een technisch product dat bepaalde technische kenmerken heeft, de betrokken [wezenlijke] kenmerken heeft als gevolg van zijn technische kenmerken”. In casu zijn de zwarte lijnen juist het gevolg van een technische functie, te weten het draaivermogen van de individuele elementen van de betrokken kubus.
- 51 In dit verband dient te worden vastgesteld dat verzoekster tegelijkertijd beweert dat de zwarte lijnen een technische functie vervullen en het gevolg zijn van een dergelijke functie. Ter terechtzitting heeft zij, na een verzoek van het Gerecht om haar standpunt ter zake te verduidelijken, enerzijds betoogd dat de zwarte lijnen een functie van „scheidbaarheid” vervulden, waarbij deze functie een „conditio sine qua non” is voor de beweeglijkheid van de individuele elementen van de betrokken kubus, en anderzijds gesteld dat er een „verband” bestond tussen de betrokken technische oplossing en de zwarte lijnen.
- 52 Enerzijds dient verzoeksters argument, dat de zwarte lijnen het gevolg zijn van een draaivermogen van de individuele elementen van de betrokken kubus, te worden afgewezen.

- 53 Om te beginnen is dit betoog immers niet ter zake dienend, daar voor de toepassing van artikel 7, lid 1, sub e-ii, van verordening nr. 40/94 moet worden aangetoond dat de wezenlijke kenmerken van het betrokken merk zelf de technische functie van de betrokken waar vervullen en ter vervulling van die functie werden gekozen, en niet dat zij het resultaat ervan zijn. Zoals het BHIM terecht aanvoert, blijkt uit de punten 79 en 80 van het arrest Philips, punt 27 supra (EU:C:2002:377), dat in die zin de uitspraak van het Hof in punt 84 van datzelfde arrest dient te worden begrepen, volgens welke een teken dat uitsluitend bestaat in de vorm van een waar, niet kan worden ingeschreven indien wordt aangetoond dat de wezenlijke functionele kenmerken van die vorm uitsluitend aan de technische uitkomst zijn toe te schrijven. Dit wordt nog bevestigd door de wijze waarop het Gerecht in punt 43 van het arrest Rood Legoblokje, punt 27 supra (EU:T:2008:483), artikel 7, lid 1, sub e-ii, van verordening nr. 40/94 heeft uitgelegd (zie punt 31 supra), te weten in die zin dat de weigeringsgrond van die bepaling enkel van toepassing is wanneer de vorm van de waar „technisch de oorzaak is van en voldoende is voor het verkrijgen van de beoogde technische uitkomst”. Deze uitlegging werd door het Hof bevestigd in de punten 50 tot en met 58 van het arrest Lego Juris/BHIM, punt 32 supra (EU:C:2010:516).
- 54 Verder is dit betoog in elk geval ongegrond. Zoals interveniënte in haar schrifturen en ter terechtzitting heeft beklemtoond, is het immers volstrekt mogelijk dat een kubus waarvan met de vlakken of andere elementen draaibewegingen kunnen worden uitgevoerd, geen zichtbare scheidingslijnen bevat. Er is dus geen noodzakelijk verband tussen enerzijds een dergelijk eventueel draaivermogen of zelfs een andere mogelijkheid om bepaalde elementen van de betrokken kubus te bewegen, en anderzijds de aanwezigheid, op de vlakken van die kubus, van dikke zwarte lijnen of, a fortiori, van een roosterstructuur als die welke voorkomt op de grafische voorstellingen van het litigieuze merk.
- 55 Ten slotte dient eraan te worden herinnerd dat het litigieuze merk werd ingeschreven voor „driedimensionale puzzels” in het algemeen, te weten zonder deze te beperken tot dergelijke puzzels met een draaivermogen, die slechts één specifiek type tussen vele andere zijn. Voorts dient erop te worden gewezen dat interveniënte, zoals zij ter terechtzitting in antwoord op een vraag van het Gerecht heeft bevestigd, bij haar inschrijvingsaanvraag geen beschrijving heeft gevoegd waarin zij heeft gepreciseerd dat de betrokken vorm een draaivermogen had.
- 56 Anderzijds faalt ook verzoeksters betoog dat de zwarte lijnen een technische functie vervullen, te weten individuele elementen van de betrokken kubus van elkaar scheiden om ze beweegbaar te maken en in het bijzonder om ermee draaibewegingen uit te voeren.
- 57 Dit betoog berust immers op de onjuiste premisse dat de betrokken kubus noodzakelijkerwijs zal worden opgevat als een kubus met elementen waarmee dergelijke bewegingen kunnen worden uitgevoerd (zie punt 22 supra). Gesteld dat een objectieve waarnemer uit de grafische voorstellingen van het litigieuze merk kan afleiden dat de functie van de zwarte lijnen erin bestaat, beweegbare elementen van elkaar te scheiden, zal hij niet juist kunnen vatten of deze bijvoorbeeld bestemd zijn om ermee draaibewegingen te maken of om uit elkaar te worden gehaald om vervolgens opnieuw in elkaar te worden gezet of de omzetting van de betrokken kubus in een andere vorm mogelijk te maken.
- 58 In werkelijkheid berust verzoeksters betoog, zoals dat voortvloeit uit haar schrifturen, hoofdzakelijk op de kennis van het draaivermogen van de verticale en horizontale lijnen van de rasters van de Rubik’s cube. Het is evenwel duidelijk dat dit vermogen niet kan voortvloeien uit de zwarte lijnen als zodanig en evenmin, meer algemeen, uit de roosterstructuur van elk vlak van de betrokken kubus, maar hooguit uit een intern mechanisme van de kubus, dat onzichtbaar is op de grafische voorstellingen van het litigieuze merk en dat – zoals vaststaat tussen partijen – geen wezenlijk kenmerk van dit merk kan vormen.

- 59 In deze context kan de kamer van beroep niet worden verweten dat zij dit onzichtbare element niet heeft opgenomen in haar analyse van het functionele karakter van de wezenlijke kenmerken van het litigieuze merk. Hoewel de kamer van beroep bij deze analyse via deductie te werk mag gaan, dient dit immers zo objectief mogelijk te gebeuren op basis van de betrokken vorm, zoals deze grafisch is weergegeven, en mag deze deductie niet louter speculatief zijn, maar moet zij voldoende zeker zijn. In casu zou het afleiden van het bestaan van een intern draaimechanisme uit de grafische voorstellingen van het litigieuze merk niet in overeenstemming zijn geweest met die vereisten.
- 60 Zoals de kamer van beroep in punt 28 van de bestreden beslissing op goede gronden heeft gesteld, vervullen de zwarte lijnen, en meer algemeen de roosterstructuur van elk vlak van de betrokken kubus, de facto geen enkele technische functie en suggereren deze ook niet. Hoewel de roosterstructuur in de eerste plaats een sier- en fantasie-element is dat een belangrijke rol speelt in de betrokken vorm als herkomstaanduiding (zie punt 110 infra), heeft zij weliswaar ook als gevolg dat elk vlak van die kubus visueel wordt verdeeld in negen even grote vierkante elementen. Het gaat hier evenwel strikt genomen niet om een technische functie in de zin van de relevante rechtspraak. Op dit punt dient in herinnering te worden gebracht dat het niet de bedoeling van de wetgever was om merkinschrijving van een vorm van een waar te weigeren op de loutere grond dat deze gebruikskennmerken bezit; elke vorm van een waar is immers in zekere mate functioneel (zie punt 37 supra).
- 61 Wat het andere wezenlijke kenmerk van het litigieuze merk betreft, te weten de kubus als zodanig, dient niet te worden vastgesteld of deze beantwoordt aan een technische functie van de betrokken waar, daar uit de voorgaande ontwikkelingen voortvloeit dat dit hoe dan ook niet het geval is wat het wezenlijke kenmerk bestaande in de roosterstructuur betreft. Dienaangaande moet in herinnering worden gebracht dat de weigeringsgrond van artikel 7, lid 1, sub e-ii, van verordening nr. 40/94 enkel van toepassing is wanneer alle wezenlijke kenmerken van het teken functioneel zijn. De inschrijving van een teken als merk kan niet worden geweigerd op grond van deze bepaling wanneer de betrokken vorm van de waar een belangrijk niet-functioneel element bevat (zie in die zin arrest Lego Juris/BHIM, punt 32 supra, EU:C:2010:516, punt 52).
- 62 Uit de voorgaande overwegingen volgt dat het eerste, het tweede en het zevende onderdeel van het tweede middel ongegrond zijn.
- 63 In de tweede plaats moet het derde onderdeel van het onderhavige middel, volgens hetwelk is voorbijgegaan aan het algemeen belang dat ten grondslag ligt aan artikel 7, lid 1, sub e-ii, van verordening nr. 40/94, eveneens ongegrond worden verklaard.
- 64 Anders dan verzoekster beweert, kan het litigieuze merk immers door de houder ervan niet worden aangevoerd om derden te verbieden, driedimensionale puzzels met een draaivermogen in de handel te brengen. Zoals blijkt uit de voorgaande ontwikkelingen leidt de inschrijving van dit merk er immers niet toe dat bescherming wordt verleend aan een draaivermogen waarover de betrokken vorm zou beschikken, maar alleen aan de vorm van een kubus op de vlakken waarvan een roosterstructuur is aangebracht, waardoor dit merk het voorkomen van een „zwarte kooiconstructie” verkrijgt. Op basis van dit merk kan met name niet worden verhinderd dat derden driedimensionale puzzels in de handel brengen met een andere vorm dan een kubusvorm, of met de vorm van een kubus waarvan de vlakken evenwel geen roosterstructuur hebben die overeenkomt met die van het litigieuze merk of een ander soortgelijk patroon, ongeacht of deze puzzels een draaivermogen hebben. In dit verband dient erop te worden gewezen dat blijkens het dossier op de datum van indiening van de aanvraag tot inschrijving van het aangevraagde merk er op de markt reeds vele driedimensionale puzzels met een draaivermogen bestonden waarvan de vormen verschilden van die van een kubus en/of een ander patroon dan een roosterstructuur hadden.

- 65 Wat in de derde plaats het vierde onderdeel van het tweede middel betreft, verwijt verzoekster de kamer van beroep dat zij zich niet heeft gedistantieerd van de volgende verklaring in punt 28 van de beslissing van 14 oktober 2008:
- „De wezenlijke kenmerken van de betrokken vorm vervullen geen technische functie en het feit dat deze vorm als merk wordt ingeschreven, leidt niet tot een monopolie op een technische oplossing. Bijgevolg staat zij er niet aan in de weg dat concurrenten mechanische puzzels in de handel brengen met een bewegings- of draaifunctie wat de bestanddelen ervan betreft. Het litigieuze [merk] beperkt evenmin de keuze van de concurrenten om een dergelijke functie voor hun eigen waren te verwezenlijken.”
- 66 Volgens verzoekster berust deze redenering op de gedachte dat het litigieuze merk niet nietig verklaard hoeft te worden, daar „rechtsoverdrachten betreffende inbreuk in elk geval niet zouden kunnen worden ingesteld tegen waren van derden die identiek of soortgelijk zijn aan het merk indien [deze] waren [...] een technische functie vervullen (met andere woorden, als ze kunnen draaien)”. Deze redenering is aldus gebaseerd op artikel 12, sub b, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 12, sub b, van verordening nr. 207/2009). Volgens de rechtspraak kan laatstgenoemde bepaling evenwel geen beslissende invloed hebben op de uitlegging van artikel 7 van verordening nr. 40/94.
- 67 Vastgesteld dient te worden dat verzoeksters argumenten berusten op een onjuiste uitlegging van bovengenoemd fragment van punt 28 van de beslissing van 14 oktober 2008. Daarin spreekt de nietigheidsafdeling zich immers geenszins uit over de toepassing van artikel 12, sub b, van verordening nr. 40/94, dat ziet op de beperking van de aan het gemeenschapsmerk verbonden rechtsgevolgen door te bepalen dat het aan de inschrijving ervan verbonden recht de houder niet toestaat een derde te verbieden om in het economisch verkeer onder bepaalde voorwaarden gebruik te maken van aanduidingen inzake soort, kwaliteit, hoeveelheid, bestemming, waarde, plaats van herkomst, tijdstip van vervaardiging van de waren of verrichting van de dienst of andere kenmerken van de waren of diensten, dit wil zeggen van beschrijvende aanduidingen. In werkelijkheid beperkt de nietigheidsafdeling zich in dat fragment ertoe, de gevolgen van de inschrijving van het litigieuze merk te beoordelen uit het oogpunt van het algemeen belang dat ten grondslag ligt aan artikel 7, lid 1, sub e-ii, van verordening nr. 40/94 (zie punt 32 supra). Zoals blijkt uit de punten 63 en 64 supra is deze beoordeling van de nietigheidsafdeling juist, zodat de kamer van beroep niet kan worden verweten dat zij daarvan niet is afgeweken in de bestreden beslissing.
- 68 Het vierde onderdeel van het tweede middel moet dus ongegrond worden verklaard.
- 69 In de vierde plaats dient te worden vastgesteld dat het vijfde onderdeel van het tweede middel, volgens hetwelk in de zaken die hebben geleid tot de arresten Philips, punt 27 supra (EU:C:2002:377), en Rood Legoblokje, punt 27 supra (EU:T:2008:483), de technische functie van de betrokken vormen ook niet rechtstreeks bleek uit de voorstellingen van de betrokken merken, evenmin gegrond is.
- 70 Enerzijds, in de zaak die heeft geleid tot het arrest Philips, punt 27 supra (EU:C:2002:377), bleek de betrokken technische functie, te weten het scheren, immers duidelijk uit de grafische voorstelling van de betrokken vorm, waarbij met name op het bovenstuk van het elektrische scheerapparaat drie ronde scheerkoppen met roterende mesjes, opgesteld als een gelijkzijdige driehoek, te zien waren.
- 71 Anderzijds, in de zaak Rood Legoblokje, punt 27 supra (EU:T:2008:483), toonde de grafische voorstelling van het betrokken merk met name twee rijen van uitsprongen op de bovenzijde van het betrokken speelblokje. Aangezien de betrokken waren „bouwspellen” waren, kon uit deze uitsprongen logischerwijs worden afgeleid dat deze waren bestemd voor het aaneenkoppelen van speelblokken en dat deze blokken een holle onderzijde en bijkomstige uitsprongen bevatten, zelfs indien deze elementen op die voorstelling niet zichtbaar waren.

- 72 Uit de grafische voorstellingen van het litigieuze merk kan daarentegen niet worden opgemaakt of de betrokken vorm een of andere technische functie heeft en evenmin, in voorkomend geval, om welke functie het gaat. Zoals reeds in de punten 22, 54, 57 en 58 supra werd opgemerkt, kan in het bijzonder uit die voorstellingen niet met voldoende zekerheid worden afgeleid dat de betrokken kubus bestaat uit beweegbare elementen, en nog minder uit elementen waarmee draaibewegingen kunnen worden uitgevoerd.
- 73 In de vijfde plaats faalt tevens het zesde onderdeel van het tweede middel, volgens hetwelk de kamer van beroep geen rekening heeft gehouden met het feit dat er geen alternatieve vormen zouden bestaan die „dezelfde technische functie” kunnen vervullen. Verder kan verzoekster evenmin met succes aanvoeren, zoals zij in haar repliek heeft gedaan, dat artikel 7, lid 1, sub e-ii, van verordening nr. 40/94 altijd moet worden toegepast indien er geen dergelijke alternatieve vormen bestaan.
- 74 Enerzijds mist deze grief immers feitelijke grondslag. Gesteld dat de technische functie waarnaar verzoekster verwijst, het draaivermogen is dat driedimensionale puzzels kunnen hebben, dient te worden herhaald dat op de datum van indiening van de aanvraag tot inschrijving van het aangevraagde merk er op de markt reeds vele driedimensionale puzzels bestonden met een dergelijke functie, maar met een andere vorm dan die van een kubus, bijvoorbeeld in de vorm van een viervlak, achthoek, twaalfvlak of twintigvlak, of waarvan de buitenkant geen roosterstructuur had (zie punt 64 supra).
- 75 Anderzijds, zoals blijkt uit zowel het arrest Philips, punt 27 supra (EU:C:2002:377, punten 81-84), als het arrest Lego Juris/BHIM, punt 32 supra (EU:C:2010:516, punten 53-58), is het bij het onderzoek van het functionele karakter van de wezenlijke kenmerken van een vorm hoe dan ook irrelevant of er andere vormen bestaan waarmee dezelfde technische uitkomst kan worden verkregen.
- 76 In de zesde plaats kan het achtste onderdeel van het onderhavige middel, volgens hetwelk de kamer van beroep ten onrechte niet in aanmerking heeft genomen dat de driedimensionale puzzels „van deze generieke soort” en het draaivermogen ervan bekend waren vóór de indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze merk, niet slagen om dezelfde redenen als die welke in punt 58 supra zijn uiteengezet.
- 77 Gelet op alle voorgaande overwegingen, dient het tweede middel ongegrond te worden verklaard.

*Derde middel: schending van artikel 7, lid 1, sub e-i, van verordening nr. 40/94*

- 78 Volgens verzoekster heeft de kamer van beroep artikel 7, lid 1, sub e-i, van verordening nr. 40/94 geschonden doordat zij geen rekening heeft gehouden met het feit dat elk van de individuele kenmerken van het litigieuze merk werd bepaald door de „functie” van de waar.
- 79 Het BHIM en interveniënte betwisten verzoeksters argumenten.
- 80 Krachtens artikel 7, lid 1, sub e-i, van verordening nr. 40/94 „wordt inschrijving [geweigerd] van [...] tekens die uitsluitend bestaan uit [...] de vorm die door de aard van de waar bepaald wordt”.
- 81 Vastgesteld dient te worden dat de kamer van beroep in punt 29 van de bestreden beslissing op goede gronden heeft verklaard dat deze bepaling in casu niet van toepassing was.
- 82 Het is immers duidelijk dat de aard van de betrokken waren, in casu driedimensionale puzzels, geenszins bepaalt dat deze waren de vorm van een kubus met vlakken met roosterstructuur hebben. Zoals het BHIM en interveniënte terecht hebben beklemtoond en zoals blijkt uit het dossier, namen de driedimensionale puzzels – zelfs die welke beschikken over een draaivermogen – reeds op de

datum van indiening van de aanvraag tot inschrijving van het aangevraagde merk zeer uiteenlopende vormen aan, met name gaande van de meest gebruikelijke geometrische vormen (bijvoorbeeld kubussen, piramiden, bollen en kegels) tot die van gebouwen, monumenten, voorwerpen of dieren.

83 Bijgevolg dient het derde middel ongegrond te worden verklaard.

*Vierde middel: schending van artikel 7, lid 1, sub e-iii, van verordening nr. 40/94*

84 Verzoekster betoogt dat, aangezien de individuele kenmerken van de betrokken vorm noodzakelijk zijn voor een driedimensionale puzzel met bepaalde „geoptimaliseerde individuele kenmerken (veranderbaarheid, een bepaalde moeilijkheidsgraad [en] ergonomische functies)”, deze vorm een wezenlijke waarde geeft aan de betrokken waren en aan het commerciële succes ervan. Aldus heeft de kamer van beroep artikel 7, lid 1, sub e-iii, van verordening nr. 40/94 geschonden.

85 Het BHIM en interveniënte concluderen tot ongegrondverklaring van het vierde middel.

86 Krachtens artikel 7, lid 1, sub e-iii, van verordening nr. 40/94 „wordt inschrijving [geweigerd] van [...] tekens die uitsluitend bestaan uit [...] de vorm die een wezenlijke waarde aan de waar geeft”.

87 Voor deze weigeringsgrond is vereist dat het betrokken teken uitsluitend bestaat uit een vorm en dat de esthetische kenmerken ervan, te weten de uiterlijke verschijningsvorm ervan, in zeer grote mate de keuze van de consument en dus de commerciële waarde van de betrokken waar bepalen. Wanneer de vorm aldus een wezenlijke waarde aan de waar geeft, is het irrelevant dat andere kenmerken van deze waar, zoals de technische kwaliteiten ervan, ook een belangrijke waarde aan die waar kunnen geven [zie in die zin arrest van 6 oktober 2011, Bang & Olufsen/BHIM (Afbeelding van luidspreker), T-508/08, Jurispr., EU:T:2011:575, punten 73-79].

88 In casu merkt het BHIM terecht op dat verzoeksters betoog berust op de gedachte dat bepaalde functionele kenmerken van de betrokken vorm een wezenlijke waarde aan de betrokken waren verlenen. Zij bewijst niet, en beweert zelfs niet, dat een dergelijke wezenlijke waarde voortvloeit uit het esthetische aspect van die vorm.

89 Bijgevolg heeft verzoekster niet aangetoond dat de kamer van beroep blijk had gegeven van een onjuiste opvatting door in punt 30 van de bestreden beslissing te oordelen dat artikel 7, lid 1, sub e-iii, van verordening nr. 40/94 in casu niet van toepassing was. Mitsdien moet het vierde middel, dat is ontleend aan schending van deze bepaling, ongegrond worden verklaard.

*Vijfde middel: schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94*

90 Verzoeksters vijfde middel betreft schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 en omvat vijf onderdelen. In de eerste plaats verwijt verzoekster de kamer van beroep dat zij niet in aanmerking heeft genomen dat het litigieuze merk leek op de vorm van de betrokken waren. In de tweede plaats betoogt zij dat de wezenlijke kenmerken van het litigieuze merk louter technisch zijn, zodat dit merk niet kan worden opgevat als een herkomstaanduiding. In de derde plaats verwijt zij de kamer van beroep opnieuw dat zij eraan is voorbijgegaan dat een puzzel van nature bestaat uit individuele elementen. In de vierde plaats stelt zij dat de kamer van beroep ten onrechte de bewijslast aan haar heeft overgedragen met betrekking tot de vraag of het merk op significante wijze afweek van de norm of van wat in de betrokken sector gangbaar was. Die bewijslast rust op de houder van dat merk. In de vijfde plaats herhaalt zij dat de kamer van beroep ten onrechte van oordeel was dat de Soma-kubus geen deel uitmaakte van de betrokken sector.

91 Het BHIM en interveniënte betwisten verzoeksters argumenten en concluderen tot afwijzing van het vijfde middel.

- 92 Krachtens artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 wordt inschrijving geweigerd van „merken die elk onderscheidend vermogen missen”.
- 93 Het onderscheidend vermogen van een merk in de zin van die bepaling houdt in dat het merk zich ertoe leent de waar waarvoor de inschrijving wordt aangevraagd, als afkomstig van een bepaalde onderneming te identificeren en dus deze waar van die van andere ondernemingen te onderscheiden (arresten van 29 april 2004, Henkel/BHIM, C-456/01 P en C-457/01 P, Jurispr., EU:C:2004:258, punt 34, en 7 oktober 2004, Mag Instrument/BHIM, C-136/02 P, Jurispr., EU:C:2004:592, punt 29).
- 94 Dit onderscheidend vermogen moet worden beoordeeld met betrekking tot de waren of diensten waarvoor de inschrijving is aangevraagd, en uitgaande van de perceptie van het merk door het relevante publiek (arresten Henkel/BHIM, punt 93 supra, EU:C:2004:258, punt 35, en van 22 juni 2006, Storck/BHIM, C-25/05 P, Jurispr., EU:C:2006:422, punt 25).
- 95 In casu dient te worden vastgesteld, zoals de nietigheidsafdeling heeft gedaan (zie de punten 34 en 35 van de beslissing van 14 oktober 2008), dat de door het litigieuze merk aangeduide waren, te weten driedimensionale puzzels, gangbare consumptiegoederen zijn die bestemd zijn voor de eindverbruikers, en dat het relevante publiek de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument van de Unie is. Deze vaststellingen zijn door verzoekster niet ter discussie gesteld.
- 96 Volgens vaste rechtspraak verschillen de criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen van driedimensionale merken bestaande in de verschijningsvorm van de waar zelf, niet van die welke voor andere categorieën van merken gelden (zie arrest van 20 oktober 2011, Freixenet/BHIM, C-344/10 P en C-345/10 P, Jurispr., EU:C:2011:680, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 97 Bij de toepassing van deze criteria is de perceptie door het relevante publiek in het geval van een driedimensionaal merk bestaande in de verschijningsvorm van de waar zelf, evenwel niet noodzakelijk dezelfde als bij een woord- of beeldmerk dat bestaat in een van de verschijningsvorm van de erdoor aangeduide waar onafhankelijk teken. De gemiddelde consument is immers niet gewend om de herkomst van de waar bij gebreke van enig grafisch of tekstueel element af te leiden uit de vorm ervan of uit die van de verpakking, en in het geval van een dergelijk driedimensionaal merk zou het dus moeilijker kunnen zijn om het onderscheidend vermogen vast te stellen dan in het geval van een woord- of beeldmerk (zie arrest Freixenet/BHIM, punt 96 supra, EU:C:2011:680, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 98 Volgens de rechtspraak wordt de kans bovendien groter dat de als merk aangevraagde vorm van een waar elk onderscheidend vermogen mist in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 naarmate deze vorm een grotere gelijkenis vertoont met de meest waarschijnlijke vorm van de betrokken waar. In deze omstandigheden heeft alleen een merk dat op significante wijze afwijkt van de norm of van wat in de betrokken sector gangbaar is, en derhalve zijn essentiële functie als herkomstaanduiding vervult, onderscheidend vermogen in de zin van deze bepaling (arresten Henkel/BHIM, punt 93 supra, EU:C:2004:258, punt 39, en Mag Instrument/BHIM, punt 93 supra, EU:C:2004:592, punt 31).
- 99 Voor de beoordeling van de vraag of de combinatie van de elementen waaruit een vorm is samengesteld, door het relevante publiek kan worden opgevat als een aanduiding van de herkomst, dient ten slotte de door deze combinatie opgeroepen totaalindruk te worden onderzocht, wat niet onverenigbaar is met een achtereenvolgend onderzoek van de verschillende gebruikte elementen van de aanbiedingsvorm [zie arrest van 16 september 2009, Alber/BHIM (Handgreep), T-391/07, EU:T:2009:336, punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak].
- 100 Verzoeksters argumenten moeten in het licht van deze overwegingen worden onderzocht.



- 101 De kamer van beroep heeft in de punten 20 en 21 van de bestreden beslissing geoordeeld dat het litigieuze merk op significante wijze afweek van wat in de betrokken sector gangbaar was. In de eerste plaats heeft zij in wezen erop gewezen dat verzoekster geen afdoend bewijs had overgelegd dat „een kubus met roosterstructuur een ‚norm’ [uitmaakte] op het specifieke gebied van driedimensionale puzzels”. In de tweede plaats heeft zij vastgesteld dat het litigieuze merk voldoende kenmerken bezat om te oordelen dat dit merk intrinsiek onderscheidend vermogen had voor de betrokken waren. In dit verband heeft zij erop gewezen dat „[d]e kubus van 3 x 3 x 3 – ten minste zonder voorkennis van het doel ervan – duidelijk geen weergave van een driedimensionale puzzel [was]”, dat „[h]ij eerder [leek] op een bouwblok dan op een spel”, dat „[h]ij geen cijfers, letters of duidelijke kenmerken [bevatte] die tonen dat deze kubus kan worden gedraaid of verschikt” en dat „hij niets [toonde] dat erop kan wijzen dat het gaat om een of ander spel”. Tevens heeft zij gepreciseerd dat „[het litigieuze merk] kenmerken [had], in de vorm van een ‚zwarte kooiconstructie’, die de aandacht kunnen trekken van de gemiddelde consument en deze in staat kunnen stellen om zich bewust te worden van de vorm van de waren van [interveniënte]”, en dat deze vorm dus niet „een van de gebruikelijke vormen van de waren in de betrokken sector [was] en zelfs niet een gewone variant van deze vormen, maar een vorm met een bijzonder voorkomen dat, tevens gelet op het esthetische resultaat van het geheel, in staat [was] om de aandacht van het betrokken publiek te trekken en dit publiek in staat te stellen de door het [litigieuze] merk aangeduide waren te onderscheiden van die met een andere commerciële herkomst”. Ten slotte kwam zij tot de slotsom dat, ook al was het onderscheidend vermogen van het litigieuze merk niet hoog, dit merk niet kon worden geacht elk onderscheidend vermogen te missen voor de betrokken waren.
- 102 In de eerste plaats dient het vierde onderdeel van dit middel, dat betrekking heeft op een beweerde omkering van de bewijslast, te worden afgewezen.
- 103 Ten eerste merken het BHIM en interveniënte immers terecht op dat ingeschreven gemeenschapsmerken een vermoeden van geldigheid genieten dat enkel in het kader van een procedure tot vervallenverklaring of nietigverklaring ongedaan kan worden gemaakt. De verzoeker tot vervallen- of nietigverklaring dient derhalve bewijselementen aan te dragen ter staving van zijn vordering tot vervallen- of nietigverklaring [zie in die zin arrest CASTEL, punt 25 supra, EU:T:2013:424, punten 27 en 28; zie ook regel 37, sub b-iv, van verordening (EG) nr. 2868/95 van de Commissie van 13 december 1995 tot uitvoering van verordening nr. 40/94 (PB L 303, blz. 1)]. In casu diende derhalve verzoekster het bewijs te leveren dat het litigieuze merk geen onderscheidend vermogen had, en in het bijzonder dat dit merk gelijkenis vertoonde „met de meest waarschijnlijke vorm van de betrokken waar” in de zin van de relevante rechtspraak. Zoals in punt 105 infra zal worden uiteengezet, heeft zij dat bewijs evenwel niet kunnen leveren.
- 104 Ten tweede dient te worden vastgesteld dat het betoog dat verzoekster ter onderbouwing van dit onderdeel ontwikkelt, niet kan worden aanvaard voor zover zij ten onrechte beweert dat uit de in punt 98 supra vermelde rechtspraak blijkt dat, indien een driedimensionaal merk lijkt op de betrokken waar, dit „de facto impliceert” dat de consument dit merk niet zal opvatten als een herkomstaanduiding, behoudens indien het merk op significante wijze afwijkt van de norm of van wat in de betrokken sector gangbaar is, waarvan het bewijs altijd door de merkhouder zou moeten worden geleverd. Indien een driedimensionaal merk op significante wijze afwijkt van de norm of van wat in de sector gangbaar is, kan het immers niet lijken op de betrokken waar in de zin van die rechtspraak.
- 105 In de tweede plaats dient te worden vastgesteld dat, zoals in punt 20 van de bestreden beslissing terecht wordt gesteld, verzoekster niet rechtens genoegzaam heeft aangetoond dat de betrokken vorm de norm was in de sector van driedimensionale puzzels. In het kader van haar betoog probeert zij overigens niet om dat bewijs te leveren, maar stelt zij enkel dat een kubus met een roosterstructuur een van de mogelijke vormen van een dergelijke puzzel is.

- 106 Zoals in punt 20 van de bestreden beslissing tevens wordt vermeld, heeft verzoekster tijdens de administratieve procedure weliswaar het bestaan aangevoerd van de Soma-kubus, een zogenaamde „ontledings”-kubus bestaande uit zeven verschillende stukken, waarbij elk stuk wordt gevormd door vier kleine kubussen en die, nadat zij in elkaar zijn gezet, een 3 x 3 x 3-kubus vormen. Zoals de kamer van beroep in dat punt evenwel terecht heeft opgemerkt, volstaat het loutere feit dat op de markt een puzzel bestaat die lijkt op die van interveniënte, niet als bewijs dat de vorm die het voorwerp uitmaakt van het litigieuze merk, de norm is in de sector van driedimensionale puzzels. Deze overwegingen bevestigen voorts dat de kamer van beroep geenszins heeft uitgesloten dat de Soma-kubus deel uitmaakt van die sector.
- 107 Zoals in punt 21 van de bestreden beslissing op goede gronden werd vastgesteld, zal de facto de gemiddelde consument de betrokken vorm niet spontaan – te weten zonder voorkennis van het doel ervan – opvatten als de weergave van een driedimensionale puzzel. In dit verband heeft de kamer van beroep terecht erop gewezen dat de buitenkant van de betrokken kubus geen letters, cijfers, of „duidelijke kenmerken [bevatte] die tonen dat deze kubus kan worden gedraaid of verschikt”. Wat dit laatste punt betreft, blijkt uit het onderzoek van het tweede middel hierboven dat verzoeksters bewering, volgens welke de wezenlijke kenmerken van het litigieuze merk louter technisch zijn, moet worden afgewezen.
- 108 Anders dan verzoekster in repliek beweert, is voorts de vorm van een kubus, a fortiori met vlakken die een roosterstructuur hebben, niet „gebruikelijk” voor driedimensionale puzzels. Zoals reeds in punt 82 supra werd opgemerkt, kunnen dergelijke puzzels immers zeer uiteenlopende vormen aannemen.
- 109 Het BHIM heeft in zijn schrifturen volledig terecht erop gewezen dat, zelfs indien de consument de betrokken vorm zou opvatten als de weergave van een driedimensionale puzzel, deze vorm in werkelijkheid altijd enkel zou worden geassocieerd met de specifieke door interveniënte in de handel gebrachte waar, te weten de Rubik’s cube, en niet met een generieke subcategorie van driedimensionale puzzels.
- 110 Bovendien moet de beoordeling van de kamer van beroep in punt 21 van de bestreden beslissing worden bevestigd, volgens welke het litigieuze merk voldoende kenmerken bezit om te oordelen dat het intrinsiek onderscheidend vermogen heeft. Naast het feit dat de uiterlijke verschijningsvorm van de betrokken vorm niet kan worden beschouwd als een voor de hand liggende, gewone variant van een gebruikelijke driedimensionale puzzel, moet immers in herinnering worden gebracht dat de aanwezigheid, op elk vlak van de betrokken kubus, van een roosterstructuur het litigieuze merk, in zijn geheel beschouwd, het voorkomen van een „zwarte kooiconstructie” geeft (zie punt 44 supra). Deze kenmerken zijn voldoende specifiek en willekeurig om dit merk een origineel aspect te verlenen dat gemakkelijk in het geheugen van de gemiddelde consument kan worden gegrift en deze in staat stelt de door dat merk aangeduide waren te onderscheiden van die met een andere commerciële herkomst.
- 111 Aan de beoordelingen in punt 110 supra kan niet worden afgedaan door verzoeksters argument dat, aangezien een puzzel van nature individuele elementen bevat, het relevante publiek de zwarte lijnen zal opvatten als hebbende de functie van het opdelen van de kubus in elementen die „op een of ander wijze beweegbaar zijn” (zie punt 22 supra).
- 112 Uit het voorgaande volgt dat het eerste, het tweede, het derde en het vijfde onderdeel van het vijfde middel tevens ongegrond zijn.
- 113 Bijgevolg dient het vijfde middel in zijn geheel te worden verworpen en dient te worden geoordeeld dat de kamer van beroep op goede gronden heeft geoordeeld dat het litigieuze merk niet elk onderscheidend vermogen miste voor de betrokken waren.

*Zesde middel: schending van artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94*

- 114 Het zesde middel van verzoekster betreft schending van artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94 en omvat vier onderdelen. In de eerste plaats beweert verzoekster dat het litigieuze merk louter beschrijvend is voor een driedimensionale puzzel die de vorm van een kubus met de afmetingen „3 x 3 x 3” heeft. In de tweede plaats voert zij aan dat het voor de beoordeling of een merk onder de in die bepaling vermelde weigeringsgrond valt, irrelevant is dat de kenmerken van de waren of diensten die kunnen worden beschreven, wezenlijk dan wel louter bijkomstig zijn. In de derde plaats verwijt zij de kamer van beroep, geen rekening te hebben gehouden met het feit dat de vaklui van de sector direct zullen zien dat de zwarte lijnen een gevolg zijn van het draaivermogen van de elementen van de betrokken kubus. In de vierde plaats betoogt zij dat de kamer van beroep geen rekening heeft gehouden met het toekomstig openbaar belang dat erin bestaat dat derden hun eigen kubussen met de afmetingen „3 x 3 x 3” in de handel kunnen brengen en in hun marketingdocumenten kunnen tonen.
- 115 Het BHIM en interveniënte zijn van mening dat het zesde middel ongegrond moet worden verklaard.
- 116 Volgens artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94 wordt inschrijving geweigerd van „merken die uitsluitend bestaan uit tekens of aanduidingen die in de handel kunnen dienen tot aanduiding van soort, kwaliteit, hoeveelheid, bestemming, waarde, plaats van herkomst, tijdstip van vervaardiging van de waren of verrichting van de dienst of andere kenmerken van de waren of diensten”.
- 117 Volgens vaste rechtspraak belet artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94 dat de daarin bedoelde tekens of aanduidingen als gevolg van de inschrijving ervan als merk voorbehouden blijven aan één onderneming. Deze bepaling streeft dus het met het algemeen belang strokende doel na, dat dergelijke tekens of aanduidingen door eenieder vrij kunnen worden gebruikt [zie arrest van 20 november 2007, Tegometall International/BHIM – Wuppermann (TEK), T-458/05, Jurispr., EU:T:2007:349, punt 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak; arrest van 9 juli 2008, Reber/BHIM – Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart), T-304/06, Jurispr., EU:T:2008:268, punt 86].
- 118 De tekens en aanduidingen waarop artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94 doelt, zijn die welke in het normale gebruik uit het oogpunt van het relevante publiek kunnen dienen ter aanduiding, hetzij rechtstreeks, hetzij door vermelding van een van de essentiële kenmerken ervan, van de waar of dienst waarvoor de inschrijving is aangevraagd [arresten van 20 september 2001, Procter & Gamble/BHIM, C-383/99 P, Jurispr., EU:C:2001:461, punt 39, en 22 juni 2005, Metso Paper Automation/BHIM (PAPERLAB), T-19/04, Jurispr., EU:T:2005:247, punt 24].
- 119 Hieruit volgt dat een teken onder het in deze bepaling vervatte verbod valt wanneer het een voldoende rechtstreeks en concreet verband met de betrokken waren of diensten heeft dat het betrokken publiek in staat stelt hierin onmiddellijk en zonder verder nadenken een beschrijving van deze waren en diensten, of van een van de kenmerken ervan, te zien (arrest PAPERLAB, punt 118 supra, EU:T:2005:247, punt 25).
- 120 Het beschrijvend karakter van een teken kan alleen worden beoordeeld uitgaande van de wijze waarop het door het betrokken publiek wordt opgevat en met betrekking tot de betrokken waren of diensten [arrest van 2 april 2008, Eurocopter/BHIM (STEADYCONTROL), T-181/07, EU:T:2008:86, punt 38]. Of een merk beschrijvend is, moet immers worden beoordeeld met betrekking tot de waren en diensten waarvoor het merk is ingeschreven, en rekening houdend met de vermoedelijke perceptie van een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument van de betrokken categorie waren en diensten.
- 121 Verzoeksters argumenten moeten in het licht van deze overwegingen worden onderzocht.

- 122 Verzoekster stelt in wezen dat het litigieuze merk „louter beschrijvend is voor een driedimensionale puzzel die de vorm van een kubus met de afmetingen „3 x 3 x 3” heeft”, daar het „een kubus toont met bepaalde elementen die grafisch van elkaar gescheiden zijn door zwarte lijnen”.
- 123 Dit betoog, waarop het eerste, het tweede en het derde onderdeel van dit middel berusten, faalt. Om dezelfde redenen als die welke in de punten 105 tot en met 111 supra zijn uiteengezet, dient immers te worden geoordeeld dat uit het oogpunt van het relevante publiek geen voldoende rechtstreeks en concreet verband bestaat tussen het litigieuze merk en driedimensionale puzzels. Dat publiek zal niet spontaan – te weten met name zonder voorkennis van de Rubik’s cube –, eenduidig en zonder enig nadenken of onderzoek de door verzoekster aangevoerde kenmerken van het litigieuze merk (zie punt 122 supra) opvatten als een beschrijving van dergelijke waren.
- 124 Verzoekster kan met name niet stellen, zoals zij in het kader van het derde onderdeel van dit middel doet, dat de vaklui van de sector uit de grafische voorstellingen van het litigieuze merk onmiddellijk zullen afleiden dat de zwarte lijnen een gevolg zijn van het draaivermogen van de elementen van de betrokken kubus. Om te beginnen bestaat het relevante publiek in casu immers niet uit vaklui, maar uit de gemiddelde consument (zie punt 95 supra). Zoals reeds in punt 54 supra werd uiteengezet, bestaat er voorts geen noodzakelijk verband tussen enerzijds een dergelijk eventueel draaivermogen of zelfs een andere mogelijkheid om bepaalde elementen van de betrokken kubus te bewegen, en anderzijds de aanwezigheid, op de vlakken van die kubus, van dikke zwarte lijnen. Verder dient eraan te worden herinnerd dat het litigieuze merk werd ingeschreven voor „driedimensionale puzzels” in het algemeen, te weten zonder deze te beperken tot dergelijke puzzels met een draaivermogen (zie punt 55 supra).
- 125 Derhalve dient te worden vastgesteld dat de kamer van beroep in punt 23 van de bestreden beslissing op goede gronden heeft geoordeeld dat het litigieuze merk niet beschrijvend was.
- 126 Hieraan kan niet worden afgedaan door het argument dat verzoekster ter onderbouwing van het vierde onderdeel van het zesde middel aanvoert en volgens hetwelk het BHIM geen rekening heeft gehouden met het „toekomstig openbaar belang” dat erin bestaat dat derden hun eigen kubussen met de afmetingen „3 x 3 x 3” in de handel kunnen brengen en in hun marketingdocumenten kunnen weergeven. Zoals voortvloeit uit de in punt 64 supra uiteengezette overwegingen kan de houder van het litigieuze merk dit laatste niet aanvoeren om derden te verbieden, met name driedimensionale puzzels in de handel te brengen die de vorm van een dergelijke kubus hebben, maar waarvan de vlakken geen roosterstructuur bevatten of een ander soortgelijk patroon waardoor dit merk het voorkomen van een „zwarte kooiconstructie” verkrijgt.
- 127 Gelet op alle voorgaande overwegingen dient het zesde middel ongegrond te worden verklaard.

*Zevende middel: schending van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94*

- 128 In het kader van haar zevende middel, dat schending van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 betreft, verwijt verzoekster de kamer van beroep dat zij geen uitspraak heeft gedaan over de vraag of het litigieuze merk onderscheidend vermogen had verkregen door het gebruik dat ervan was gemaakt. Onder verwijzing naar de opmerkingen die zij in het kader van de administratieve procedure heeft geformuleerd, voert zij „uit voorzorg” aan dat deze vraag ontkennend dient te worden beantwoord.
- 129 Het BHIM voert aan dat het zevende middel niet-ontvankelijk, en in elk geval ongegrond is.
- 130 Volgens artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 staan de absolute weigeringsgronden van artikel 7, lid 1, sub b tot en met d, van dezelfde verordening niet in de weg aan de inschrijving van een merk dat als gevolg van het gebruik dat ervan is gemaakt, onderscheidend vermogen heeft verkregen voor de waren waarvoor de inschrijving is aangevraagd.

131 Aangezien de kamer van beroep in punt 22 van de bestreden beslissing terecht heeft vastgesteld dat het litigieuze merk intrinsiek onderscheidend vermogen had voor de betrokken waren, diende zij in casu niet te onderzoeken of dit merk onderscheidend vermogen door gebruik had verkregen.

132 Bijgevolg dient het zevende middel ongegrond te worden verklaard.

*Achtste middel: schending van artikel 75, eerste volzin, van verordening nr. 207/2009*

133 In het kader van haar achtste middel, dat schending van artikel 75, eerste volzin, van verordening nr. 207/2009 betreft, betoogt verzoekster dat in de bestreden beslissing niet wordt uiteengezet waarom de kamer van beroep van oordeel was dat het litigieuze merk niet was ingeschreven in strijd met artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94.

134 Het BHIM concludeert tot afwijzing van het achtste middel.

135 Volgens artikel 75, eerste volzin, van verordening nr. 207/2009 moeten de beslissingen van het BHIM met redenen worden omkleed. Deze motiveringsplicht heeft dezelfde draagwijdte als die welke in artikel 253 EG is geformuleerd [zie arrest van 25 maart 2009, Anheuser-Busch/BHIM – Budějovický Budvar (BUDWEISER), T-191/07, Jurispr., EU:T:2009:83, punt 125 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

136 Volgens vaste rechtspraak heeft de verplichting om individuele beslissingen te motiveren, een tweeledig doel, namelijk, enerzijds de betrokkene in staat te stellen kennis te nemen van de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel teneinde zijn rechten te kunnen verdedigen, en anderzijds de Unierechter in staat te stellen zijn toezicht op de wettigheid van de beslissing uit te oefenen (zie arrest BUDWEISER, punt 135 supra, EU:T:2009:83, punt 126 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

137 Verder kan van de kamers van beroep niet worden verlangd dat zij een uiteenzetting geven die getrouw één voor één alle argumenten van de partijen volgt. De motivering kan dus impliciet zijn, mits de belanghebbenden de redenen kunnen kennen waarom de beslissing van de kamer van beroep is vastgesteld en de bevoegde rechter over voldoende elementen beschikt om zijn toezicht uit te oefenen (zie arrest BUDWEISER, punt 135 supra, EU:T:2009:83, punt 128 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

138 Wat in casu artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94 betreft, heeft de kamer van beroep in punt 23 van de bestreden beslissing erop gewezen dat het litigieuze merk niet in strijd was met deze bepaling door uitdrukkelijk te verwijzen naar de redenen die zij had uiteengezet in het kader van haar onderzoek van de toepassing van artikel 7, lid 1, sub b, van dezelfde verordening en door op te merken dat „behoudens bij voorkennis van de consument, [dit merk] niet [leek] op of [deed] denken aan een driedimensionale puzzel”.

139 Bijgevolg kan niet worden beweerd dat de bestreden beslissing geen motivering bevat met betrekking tot de vraag of het litigieuze merk in overeenstemming is met artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94.

140 Bovendien kan niet worden ontkend dat deze motivering toereikend is. Zoals blijkt uit het onderzoek van het vijfde en het zesde middel hierboven, kan immers in casu om dezelfde redenen worden geoordeeld dat het litigieuze merk intrinsiek onderscheidend vermogen heeft en de betrokken waren niet beschrijft.

141 Bijgevolg dient het achtste middel te worden afgewezen.

142 Uit een en ander volgt dat het beroep in zijn geheel ongegrond is en dus moet worden verworpen.

## **Kosten**

- <sup>143</sup> Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd.
- <sup>144</sup> Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vorderingen van het BHIM en van interveniënte te worden verwezen in hun kosten.

HET GERECHT (Zesde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Het beroep wordt verworpen.**
- 2) **Simba Toys GmbH & Co. KG wordt verwezen in de kosten.**

Frimodt Nielsen

Dehousse

Collins

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 25 november 2014.

ondertekeningen

## Inhoud

Voorgeschiedenis van het geding .....	2
Conclusies van partijen .....	4
In rechte .....	5
Eerste middel: schending van artikel 76, lid 1, eerste volzin, van verordening nr. 207/2009 .....	5
Tweede middel: schending van artikel 7, lid 1, sub e-ii, van verordening nr. 40/94 .....	7
Derde middel: schending van artikel 7, lid 1, sub e-i, van verordening nr. 40/94 .....	14
Vierde middel: schending van artikel 7, lid 1, sub e-iii, van verordening nr. 40/94 .....	15
Vijfde middel: schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 .....	15
Zesde middel: schending van artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94 .....	19
Zevende middel: schending van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 .....	20
Achtste middel: schending van artikel 75, eerste volzin, van verordening nr. 207/2009 .....	21
Kosten .....	22