Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 25. maj 2016 [1]

Sag C-30/15 P

Simba Toys GmbH & Co. KG
mod

Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO)

»Appel — EU-varemærker — forordning (EF) nr. 207/2009 — registreringshindringer eller ugyldighedsgrunde — tredimensionalt varemærke, som består af varens udformning — tegn, som udelukkende består af en udformning, der følger af varens karakter — artikel 7, stk. 1, litra e), nr. i) — tegn, som udelukkende består af en udformning af varen, som er nødvendig for at opnå et teknisk resultat — artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii) — formen af en Rubik's cube«

Indledning

1. Den foreliggende appel vedrører dom afsagt af Den Europæiske Unions Ret den 25. november 2014, Simba Toys mod KHIM – Seven Towns (form af en terning med sider, som har gitterstruktur) [2], hvorved Retten frifandt Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO) [3] i et annullationssøgsmål anlagt til prøvelse af en afgørelse truffet af Andet Appelkammer ved EUIPO vedrørende en sag om ugyldighed mellem Simba Toys GmbH & Co. KG og Seven Towns Ltd.

2. I den appellerede dom stadfæstede Retten kontorets afgørelse, hvorved kontoret afslog den ugyldighedsbegæring, som den tyske legetøjsproducent Simba Toys (herefter »Simba Toys« eller »appellanten«) havde indgivet vedrørende et tredimensionalt varemærke, der var registreret for et »tredimensionalt puslespil« med form af en »Rubik's cube«.

3. Appellanten har blandt andre appelanbringender gjort gældende, at artikel 7, stk. 1, litra e), nr. i) og ii), i forordning (EF) nr. 207/2009 [4], der vedrører tegn, som består af selve varens udformning, er tilsidesat.

1 — Originalsprog: polsk.

2 — T-450/09, EU:T:2014:983, herefter »den appellerede dom«.

3 — I overensstemmelse med den benævnelse, der fremgår af artikel 1, nr. 7), i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 2015/2424 af 16.12.2015 (EUT 2015, L 341, s. 21) (herefter »kontoret«).

4 — Rådets forordning af 26.2.2009 om EU-varemærker (EUT 2009, L 78, s. 1).

4. Som jeg allerede har haft lejlighed til at bemærke i forbindelse med en anden sag, er spørgsmålet om registrering af denne type tegn kendetegnet ved en væsentlig særegenhed, der er forbundet med risikoen for, at den eneret, der hidrører fra registreringen af et varemærke, udvides til at omfatte visse af varens brugsegenskaber, som er til stede i varens form. Forordningens artikel 7, stk. 1, litra e), forhindrer, at der gives monopol på den berørte vares væsentlige kendetegn, og forhindrer samtidig, at varemærkeretten anvendes til formål, der ikke er i overensstemmelse med de forudsætninger, der ligger til grund for denne ret[5].

5. Domstolen har i de seneste år flere gange haft lejlighed til at fortolke disse bestemmelser[6], men anvendelsen af disse bestemmelser er ikke desto mindre fortsat omdiskuteret.

Retsforskrifter

Forordning nr. 207/2009

6. Artikel 7, stk. 1, litra e), i forordning nr. 207/2009[7], der regulerer de absolutte registreringshindringer, bestemmer:

»1. Udelukket fra registrering er:

[…]

e) tegn, som udelukkende består af:

i) en udformning, der følger af varens egen karakter,

ii) en udformning af varen, som er nødvendigt for at opnå et teknisk resultat,

[…]«

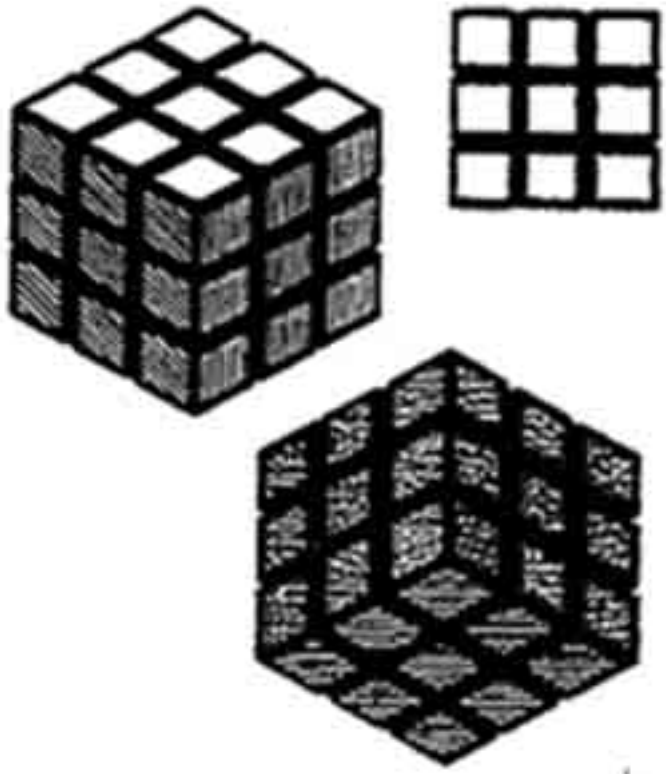
5 — Jf. mit forslag til afgørelse Hauck (C-205/13, EU:C:2014:322, punkt 25-40).

6 — Jf. dom af 18.6.2002, Philips (C-299/99, EU:C:2002:377), af 14.9.2010, Lego Juris mod KHIM (C-48/09 P, EU:C:2010:516), af 6.3.2014, Pi-Design m.fl. mod Yoshida Metal Industry (C-337/12 P – C-340/12 P, EU:C:2014:129, herefter »Pi-Design-dommen«), af 18.9.2014, Hauck (C-205/13, EU:C:2014:2233), og af 16.9.2015, Société des Produits Nestlé (C-215/14, EU:C:2015:604). Jeg henviser endvidere til retspraksis vedrørende den tilsvarende bestemmelse i artikel 3, stk. 1, litra e), i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989, L 40, s. 1) og artikel 3, stk. 1, litra e), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/95/EF om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EUT 2008, L 299, s. 25).

7 — De materielle bestemmelser, der finder anvendelse i det foreliggende tilfælde, er de bestemmelser i forordning nr. 207/2009, som var gældende den 1.9.2009, dvs. det tidspunkt, hvor kontoret traf den anfægtede afgørelse. De tidligere bestemmelser, der var gældende på tidspunktet for indgivelsen af ugyldighedsbegæringen, og som havde det samme indhold, finder anvendelse i øvrigt (artikel 7 i forordning (EF) nr. 40/94 af 20.12.1993 om EF-varemærker (EFT 1994, L 11, s. 1)).

Sagen ved kontoret

7. Den 1. april 1996 indgav Seven Towns til kontoret en ansøgning om registrering af et varemærke, der bestod af det tredimensionale tegn (herefter »det anfægtede tegn«), som er gengivet nedenfor, for »tredimensionale puslespil« henhørende under klasse 28 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som ændret:



8. Dette varemærke blev registreret den 6. april 1999 (nr. 162784).

9. Den 15. november 2006 indgav Simba Toys en begæring om, at denne registrering blev erklæret ugyldig, idet selskabet henviste til artikel 51, stk. 1, litra a), i forordning nr. 40/94[8], sammenholdt med samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra a)-c) og e). Ved afgørelse af 14. oktober 2008 afslog annullationsafdelingen ved kontoret begæringen. Den 23. oktober 2008 indgav Simba Toys en klage over denne afgørelse.

10. Ved afgørelse af 1. september 2009 (herefter »den anfægtede afgørelse«) afslog Andet Appelkammer ved kontoret klagen.

8 — Artikel 52, stk. 1, litra a), og artikel 7, stk. 1, litra a)-c) og e), i forordning nr. 207/2009 indeholder tilsvarende bestemmelser.

11. Andet Appelkammer ved kontoret forkastede klagepunktet om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. i), i forordning nr. 207/2009, idet appelkammeret erklærede, at det var åbenlyst, at den omhandlede udformning ikke havde form som et puslespil, og at den ikke kunne anses for en udformning, der fulgte af varens egen karakter. Hvad angik klagepunktet om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra e, nr. ii), i forordning nr. 207/2009 udtalte appelkammeret bl.a., at udformningens væsentlige kendetegn, og navnlig den »kubiske gitterstruktur«, ikke angav sin funktion eller nogen oplysninger om, hvorvidt den overhovedet havde en funktion.

Den appellerede dom

12. Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 6. november 2009 anlagde Simba Toys sag med påstand om annullation af den anfægtede afgørelse.

13. Simba Toys fremsatte otte anbringender, hvoraf to – det andet og det tredje anbringende – vedrørte henholdsvis artikel 7, stk. 1, litra e), nr. i) og artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 207/2009.

14. Ved den appellerede dom frifandt Retten kontoret i det hele.

15. I den appellerede doms præmis 27-77 forkastede Retten det andet anbringende, der var inddelt i otte led, og som vedrørte tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 207/2009.

16. Retten henviste til praksis fra Unionens retsinstanser, og navnlig dommen i sagen Lego Juris mod KHIM[9] (den appellerede doms præmis 31-42), og identificerede som det anfægtede tegns væsentlige kendetegn, for det første, den omstændighed, at tegnet var udformet som en terning, og, for det andet, den omstændighed, at det havde en gitterstruktur, der fremkom på hver af terningens sider (den appellerede doms præmis 43-47).

17. Retten foretog derefter en vurdering af, om de ovenfor nævnte væsentlige kendetegn ved det anfægtede varemærke alle »svarede« til en teknisk funktion ved de omhandlede varer (den appellerede doms præmis 48).

18. Retten henviste til punkt 28 i den anfægtede afgørelse, som appellanten havde anfægtet, og anførte, at »i henhold til artikel 7, stk. 1, [litra e), nr. ii), i forordning nr. 207/2009] 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. De grafiske gengivelser af det anfægtede varemærke »[ledte ikke tankerne hen] på en særlig funktion, […] heller ikke når varerne, dvs. »de tredimensionale puslespil«, [blev] taget i betragtning«. Appelkammeret skulle ikke 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« identificere denne funktion i gengivelserne. Ud fra gitterstrukturen kunne man 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 [konkurrencemæssig fordel] inden for området for tredimensionale puslespil«. Der var tale om en regelmæssig geometrisk udformning, der ikke »ledte tankerne hen på det puslespil, som den [udgjorde]«.

9 — Dom af 14.9.2010, C-48/09 P, EU:C:2010:516.

19. Retten forkastede det første, det andet og det syvende led i appellantens andet anbringende, der var baseret på et argument om, at de sorte linjer »var resultatet af en teknisk funktion«, der udgjordes af den omstændighed, at puslespillets enkelte bestanddele kunne rotere eller foretage enhver anden form for bevægelse (den appellerede doms præmis 51-55), eller at disse linjer kunne opfylde denne funktion ved at skille puslespillets enkelte bestanddele fra hinanden, således at de kunne gøres til genstand for en roterende bevægelse (den appellerede doms præmis 56-62).

20. Retten forkastede endvidere dette anbringendes tredje og fjerde led vedrørende henholdsvis tilsidesættelse af den almene interesse, som ligger til grund for den omhandlede bestemmelse (den appellerede doms præmis 63 og 64), og appellantens kritik af kontorets argumenter i denne forbindelse (den appellerede doms præmis 65-68).

21. Retten forkastede endvidere anbringendets femte led, hvorved appellanten havde hævdet, at den omhandlede udformnings tekniske funktion i den foreliggende sag, således som det også var tilfældet i de sager, der gav anledning til Philips-dommen [10] og dommen i sagen LegoJuris mod KHIM – Mega Brands (rød Lego-klods) [11], heller ikke fremgik direkte af tegnet (den appellerede doms præmis 69-72).

22. Endelig forkastede Retten dette anbringendes sjette og ottende led, der vedrørte henholdsvis den omstændighed, at der ikke fandtes alternative udformninger, som kunne opfylde samme tekniske funktion, og en påstand om, at denne type tredimensionale puslespil var kendt, inden ansøgningen om det anfægtede varemærke blev indgivet (den appellerede doms præmis 73-76).

23. I den appellerede doms præmis 78-83 forkastede Retten det tredje anbringende om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. i), i forordning nr. 207/2009.

24. Retten forkastede endvidere i den resterende del af dommen appellantens øvrige anbringender og frifandt derfor kontoret i sin helhed.

Parternes påstande

25. Simba Toys har med appellen nedlagt påstand om, at den appellerede dom ophæves, at den anfægtede afgørelse fra appelkammeret annulleres, og at kontoret og Seven Towns tilpligtes at betale sagens omkostninger.

26. Kontoret og Seven Towns har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at Simba Toys tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Analyse

27. Appellanten har fremsat seks appelanbringender. De to første anbringender vedrører artikel 7, stk. 1, litra e), nr. i), henholdsvis nr. ii), i forordning nr. 207/2009 [12].

28. Jeg vil begrænse min analyse til disse to anbringender, der efter min opfattelse må anses for afgørende for løsningen af denne sag, når der henses til de særlige omstændigheder i appelsagen.

10 — Dom af 18.6.2002, C-299/99, EU:C:2002:377.

11 — Dom af 12.11.2008, T-270/06, EU:T:2008:483.

12 — De andre anbringender vedrører tilsidesættelse af følgende bestemmelser i forordningen: artikel 7, stk. 1, litra e), nr. iii) (tredje anbringende), artikel 7, stk. 1, litra b) (fjerde anbringende), artikel 7, stk. 1, litra c) (femte anbringende), og artikel 76, stk. 1, i forordningen (sjette anbringende).

Formålet med artikel 7, stk. 1, litra e), i forordning nr. 207/2009

29. Som jeg allerede har haft lejlighed til at bemærke [13], er den almene interesse, der ligger til grund for de registreringshindringer, som er omhandlet i forordningens artikel 7, stk. 1, litra e), at bevare den offentlige tilgængelighed til den berørte vares væsentlige kendetegn, som afspejles i dens udformning.

30. Baggrunden for denne bestemmelse udspringer af de værdimæssige betragtninger, der ligger til grund for ordningen for beskyttelse af varemærker. Denne ordning har først og fremmest til formål at etablere et grundlag for en loyal konkurrence ved at styrke markedstransparensen. Eneretten til brugen af det omhandlede tegn begrænser som hovedregel ikke konkurrenternes frihed til at udbyde deres varer. De kan frit vælge mellem alle potentielle tegn, hvis antal i princippet er ubegrænset.

31. I visse situationer kan tilstedeværelsen af enerettigheder til et varemærke imidlertid føre til konkurrencefordrejning. Dette gælder navnlig for registreringen af tegn, der gengiver udformningen af en vare.

32. Artikel 7, stk. 1, litra e), i forordning nr. 207/2009 har til formål at undgå, at registreringen af en udformning gør det muligt at opnå en illoyal konkurrencefordel ved at opnå en eneret til en vares væsentlige kendetegn, som er vigtige for en effektiv konkurrence på det pågældende marked. En sådan situation ville rejse tvivl om hele formålet med indførelsen af ordningen for beskyttelse af varemærker.

33. Artikel 7, stk. 1, litra e), nr. i), i forordning nr. 207/2009 udelukker registrering af en udformning, hvis væsentlige egenskaber alle følger af den omhandlede vares karakter [14]. Det følger af denne bestemmelse, at udformninger, hvis væsentlige egenskaber er nødvendige for denne vares funktion eller funktioner, afslås fra registrering. Såfremt sådanne egenskaber var forbeholdt en enkelt erhvervsdrivende, ville det gøre det vanskeligere for konkurrerende virksomheder at udforme de nævnte varer på en måde, der var lige så brugbar [15].

34. Artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 207/2009 har til formål at undgå, at varemærkeretten fører til, at en virksomhed får et monopol på en vares tekniske løsninger eller funktionelle kendetegn, som brugeren kan tænkes at efterspørge i konkurrenternes varer [16]. Denne bestemmelse sikrer, at virksomheder ikke kan anvende varemærkeretten til uden tidsmæssig begrænsning at bevare enerettigheder til tekniske løsninger [17].

35. Det skal bemærkes, at formålet med ordningen for beskyttelse af varemærker adskiller sig fra de forudsætninger, der ligger til grund for beskyttelsen af visse andre intellektuelle ejendomsrettigheder, som i det væsentlige har til formål at fremme innovation og kreativitet. Denne forskel i formål forklarer, hvorfor den beskyttelse, der følger af registreringen af et varemærke, ikke er tidsbegrænset, mens lovgiver har gjort beskyttelsen af de øvrige intellektuelle ejendomsrettigheder tidsbegrænset. Såfremt ordningen for beskyttelse af varemærker anvendes til at udvide enerettighederne til immaterielle goder, såsom design, opfindelser eller ophavsretligt beskyttede værker, der i princippet nyder tidsubegrænset beskyttelse, vil dette rejse tvivl om den forudsætning, der ligger til grund for den varemærkeretlige beskyttelse [18].

13 — Jf. mit forslag til afgørelse Hauck (C-205/13, EU:C:2014:322, punkt 27 og 28).

14 — Jf., hvad angår den tilsvarende bestemmelse i artikel 3, stk. 1, litra e), første led, i direktiv 89/104, dom af 18.9.2014, Hauck (C-205/13, EU:C:2014:2233, præmis 20), og mit forslag til afgørelse i denne sag (C-205/13, EU:C:2014:322, punkt 54 og 55).

15 — Jf. dom af 18.9.2014, Hauck (C-205/13, EU:C:2014:2233, præmis 25 og 26).

16 — Dom af 14.9.2010, Lego Juris mod KHIM (C-48/09 P, EU:C:2010:516, præmis 43) og – hvad angår artikel 3, stk. 1, litra e), andet led, i direktiv 89/104 – af 18.6.2002, Philips (C-299/9, EU:C:2002:377, præmis 78).

17 — Dom af 14.9.2010, Lego Juris mod KHIM (C-48/09 P, EU:C:2010:516, præmis 45).

18 — Jf. mit forslag til afgørelse Hauck (C-205/13, EU:C:2014:322, punkt 35-37).

Om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. i), i forordning 207/2009 (andet appelanbringende)

36. Jeg vil først undersøge anbringendet om, at ugyldighedsgrunden vedrørende den situation, hvor en udformning følger af varens egen karakter, ikke er opfyldt.

37. Analysen af dette anbringende er så meget desto mere vigtig, som kontoret i svarskriftet har foreslået at anlægge en fortolkning, der ikke er den fortolkning, som er anlagt i Hauck-dommen [19].

38. Jeg bemærker, at Domstolen i denne dom fastslog, at anvendelsen af denne ugyldighedsgrund ikke var begrænset til at omfatte såkaldte »naturlige« varer, der ikke kan erstattes, eller såkaldte »reglementerede« varer, hvis udformning er fastsat af regler, men vedrørte alle de tegn, der udelukkende består af udformningen af en sådan vare, der har brugsegenskaber, som er knyttet til denne vares generiske funktion eller funktioner [20].

39. Kontoret har anført, at denne fortolkning er for bred, og at den i praksis vil føre til en betydelig begrænsning af mulighederne for at få registreret et tegn, der består af udformningen af en vare, fordi alle udformninger af en vare har generiske kendetegn. Efter kontorets opfattelse finder den omhandlede ugyldighedsgrund udelukkende anvendelse på standardiserede og på forhånd fastsatte former, der ikke har nogen alternative former.

40. Jeg deler ikke dette synspunkt.

41. Den registreringshindring, der er fastsat i artikel 7, stk. 1, litra e), nr. i), i forordning nr. 207/2009, har til formål at beskytte den almene interesse ved at udelukke registrering af de former, hvis samtlige egenskaber er knyttet til en vares generiske funktion eller funktioner. Den af kontoret foreslåede fortolkning vil ikke sikre opfyldelsen af denne bestemmelses funktion, således som det følger af dens formål, fordi den gør det muligt at registrere en vares sædvanlige kendetegn. Denne fortolkning vil eksempelvis gøre det muligt at registrere en terning, der anvendes til terningspil eller brætspil, fordi udformningen af en sådan terning ikke er reglementeret, men består af sædvanlig accepterede former. Denne bestemmelse vil endvidere med en så streng fortolkning miste enhver mening, fordi de standardiserede former helt åbenbart savner særpræg og heller ikke kan opnå det ved brug som omhandlet i artikel 7, stk. 1, litra b), og artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 207/2009.

42. Hvad angår anbringendet om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. i), i forordning nr. 207/2009 fastslog Retten i den foreliggende sag, at »[de]t [klart] fremgår […], 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[, og at] det fremgår af sagens akter, […] [at] der allerede på tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det ansøgte varemærke [fandtes] 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« (den appellerede doms præmis 82).

43. Appellanten har anført, at Retten foretog en urigtig anvendelse af ugyldighedsgrunden, idet samtlige kendetegn ved det undersøgte tegn ifølge appellanten følger af selve brugsegenskaberne for en kategori af varer. Efter appellantens opfattelse anlagde Retten en al for bred definition af den relevante varekategori, der således omfattede kategorien af tredimensionale puslespil, fordi der i det foreliggende tilfælde var tale om en bestemt kategori af puslespil, nemlig de puslespil, der er udformet som en »magisk terning«.

19 — Dom af 18.9.2014 (C-205/13, EU:C:2014:2233).

20 — Dom af 18.9.2014, Hauck (C-205/13, EU:C:2014:2233, præmis 24 og 27).

44. Kontoret og Seven Towns har fastholdt deres synspunkt, således som dette fremgår af den appellerede dom, navnlig med hensyn til, hvorledes den relevante varekategori skal identificeres.

45. Det skal efter min opfattelse bemærkes, således som det fremgår af parternes argumenter, at vurderingen af det anfægtede tegn i forhold til anvendelsen af den påberåbte ugyldighedsgrund afhænger af spørgsmålet om, hvorvidt der skal anlægges en bred definition af den relevante varekategori, således at den generelt omfatter tredimensionale puslespil, eller om der skal anlægges en mere specifik definition, som omfatter kubiske puslespil eller »magiske terninger«[21]. Hvad angår den sidstnævnte kategori udgør den udformning, der består i et gitter med sorte linjer, ubestrideligt en naturlig form.

46. Det bemærkes, at fastlæggelsen af, hvilken relevant kategori den undersøgte varer henhører under, udgør et spørgsmål vedrørende de faktiske omstændigheder. Det er under appellen ikke muligt at anfægte Rettens vurdering af spørgsmålet om, hvorvidt »magiske terninger« udgør en separat varekategori, såfremt den berørte part ikke har fremsat et anbringende i denne forbindelse om en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder eller beviserne.

47. Det er korrekt, at visse af de argumenter, der er fremført i forbindelse med appellen, kan fortolkes således, at de udgør antydningen af et sådant anbringende om en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder eller beviserne. Appellanten har anført, at Retten ikke tog hensyn til den omstændighed, at de magiske terninger var kendt på markedet på tidspunktet for registreringsansøgningen og heller ikke hensyn til de markedsundersøgelser, der viste, at et stort flertal af forbrugerne i Tyskland kendte dette spil, uden dog at sætte spillet i forbindelse med en bestemt producent. Appellanten har på ny fremført dette argument under retsmødet og anført, at den omtvistede udformning har generisk karakter.

48. Eftersom appellanten inden for rammerne af det andet appelanbringende ikke udtrykkeligt har anført argumenter om de markedsundersøgelser, der er gennemført i Tyskland, og ikke har fremført sådanne argumenter i forbindelse med sin kritik af Rettens konstateringer i den appellerede doms præmis 80-82, er det imidlertid efter min opfattelse ikke muligt at fastslå, at appellanten har fremsat et anbringende om urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder og beviserne.

49. Det skal bemærkes, at et sådant anbringende kun undtagelsesvis kan påkendes af Domstolen inden for rammerne af en appelsag, hvilket er baggrunden for, at det ifølge fast retspraksis kræves, at appellanten ikke blot præcist angiver de faktiske omstændigheder og beviser, som Retten efter appellantens opfattelse har gengivet urigtigt, men også, at den pågældende påpeger de fejl, som Rettens konklusioner er behæftet med som følge heraf. En sådan urigtig gengivelse skal fremgå på åbenbar måde af sagsakterne, uden at det skal være fornødent at foretage en fornyet vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne[22].

50. En streng anvendelse af disse krav er efter min opfattelse nødvendig, når der henses til den særlige karakter, der kendetegner et anbringende om urigtig gengivelse, der forudsætter, at Retten åbenbart har overskredet grænserne for en rimelig bedømmelse af disse beviser[23].

51. Jeg foreslår derfor at fastslå, at det andet anbringende ikke kan antages til realitetsbehandling.

21 — Appellanten har anvendt udtrykket »Magic cube« (magisk terning), hvilket leder tankerne hen på et velkendt matematisk spil (den magiske firkant).

22 — Jf. bl.a. dom af 17.3.2016, Naazneen Investments mod KHIM, C-252/15 P, EU:C:2016:178, præmis 69, og kendelse af 7.5.2015, Adler Modemärkte mod KHIM, C-343/14 P, EU:C:2015:310, præmis 43.

23 — Jf. mit forslag til afgørelse Kommissionen mod Anko (C-78/14 P, EU:C:2015:153, punkt 53 og den deri nævnte retspraksis).

Om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 207/2009 (første appelanbringende)

Retspraksis

52. Registreringshindringen og ugyldighedsgrunden i forordningens artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), finder anvendelse på tegn, der »udelukkende« består af en udformning af varen, der er »nødvendig« for at opnå et teknisk resultat.

53. Lovgiver har således taget hensyn til den omstændighed, 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 [24].

54. Hvad angår tegn, der »udelukkende« består af varens funktionelle udformning, er denne betingelse opfyldt, såfremt alle væsentlige kendetegn ved udformningen (af et tegn) svarer til den tekniske funktion. Registreringen af et sådant tegn kan derimod ikke afslås på grundlag af denne bestemmelse, hvis udformningen af den berørte vare inkorporerer et væsentligt ikke-funktionelt element, såsom et dekorativt eller kreativt element, som spiller en vigtig rolle [25].

55. Hvad angår betingelsen om, at udformningen er »nødvendig« for at opnå et ønsket teknisk resultat, betyder denne betingelse ikke, at den pågældende udformning skal være den eneste, som gør det muligt at opnå dette resultat. Der kan således forekomme alternative udformninger, som har andre dimensioner, eller et andet design, der gør det muligt at opnå samme tekniske resultat. Det er vigtigt at holde sig for øje, at registreringen af en udformning som et varemærke gør det muligt at forbyde andre virksomheder ikke alene at anvende den samme udformning, men også at anvende lignende udformninger. Et betydeligt antal alternative udformninger ville således risikere at blive ubrugbare for konkurrenterne [26].

56. På baggrund af disse betragtninger kan et tegn, der udgøres af en udformning af en vare, der alene, og uden at der er tilføjet væsentlige ikke-funktionelle elementer, udtrykker en teknisk funktion, ikke registreres som varemærke, idet en sådan registrering i alt for betydelig grad ville formindske konkurrenternes adgang til at markedsføre udformninger af varer, som inkorporerer den samme tekniske løsning [27].

Parternes argumenter

57. Det første anbringende, der vedrører den appellerede doms præmis 50-77, kan i det væsentlige opdeles i to dele.

58. Appellanten har med den første del anført, at Retten med urette forkastede appellantens påstand om, at den omtvistede udformnings kendetegn »opfyldte« en teknisk funktion (den appellerede doms præmis 56-77). Den anden del af dette anbringende vedrører appellantens argument om, at disse kendetegn »er resultatet« af en teknisk funktion (den appellerede doms præmis 50-55).

24 — Dom af 14.9.2010, Lego Juris mod KHIM (C-48/09 P, EU:C:2010:516, præmis 48).

25 — Ibidem, præmis 51-52.

26 — Ibidem, præmis 53, 54 og 56.

27 — Ibidem, præmis 59.

59. Hvad angår dette anbringendes første del, der indeholder otte led, har appellanten anført, at Retten anvendte et al for strengt kriterium ved vurderingen af den ugyldighedsgrund, der er omhandlet i artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 207/2009. Appellanten har kritiseret de af Retten foretagne konstateringer, hvorefter konklusionen om, at en udformning har funktionel karakter, skal være »tilstrækkelig sikker«, og at en objektiv iagttager »præcist [skal kunne] vurdere«, hvilken funktion den nævnte udformning opfylder (den appellerede doms præmis 57, 59, 71 og 72) (første led).

60. Appellanten har endvidere anført, at Retten med urette fastslog, at det i forbindelse med vurderingen af en udformning i forhold til artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 207/2009 ikke var nødvendigt at tage hensyn til andre faktiske omstændigheder. Retten tog således – efter appellantens opfattelse med urette – ikke hensyn til »Rubik-terningens« rotationsfunktion, der, således som det fremgår af den appellerede doms præmis 49, er »velkendt« (andet led).

61. Simba Toys har endvidere fremført følgende argumenter. Retten foretog en urigtig gengivelse af de af appellanten anførte faktiske omstændigheder og beviser, idet den fastslog, at den pågældende udformning ikke har karakter af et puslespil med bevægelige bestanddele (tredje led). Retten anlagde en al for streng fortolkning af begrebet »teknisk funktion« (fjerde led). Retten tog ikke hensyn til den omstændighed, at den pågældende udformning ikke har nogen vilkårlige væsentlige kendetegn (femte led). Retten anlagde en al for streng forståelse af den offentlige interesse (sjette led). Retten fastslog med urette, at manglen på alternative udformninger ikke var relevant (syvende led), og foretog endvidere en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder og beviserne ved at fastslå, at der fandtes alternative udformninger, idet de puslespil, der har en anden udformning end en terning, opfylder den samme funktion som »Rubik-terningen« (ottende led).

62. Kontoret og Seven Towns har anfægtet appellantens argumentation og henvist til begrundelsen i den appellerede dom.

Vurdering af Rettens konstateringer

63. En korrekt anvendelse af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 207/2009 indebærer, at den kompetente myndighed skal identificere de væsentlige kendetegn ved det berørte tegn og derefter undersøge, om disse kendetegn opfylder alle den pågældende vares tekniske funktioner. Denne identifikation kan alt efter omstændighederne i sagen foretages ved hjælp af en simpel visuel analyse af det nævnte tegn eller omvendt baseres på en indgående undersøgelse, hvorved der tages hensyn til andre elementer [28].

64. Denne undersøgelse skal foretages ved at analysere det tegn, der er indgivet til registrering. Udformningens funktionalitet kan imidlertid vurderes ved at tage hensyn til andre elementer, såsom den dokumentation, der vedrører ældre patenter, som beskriver den pågældende udformning, eller oplysninger om den faktiske brug af tegnet [29].

65. Det bemærkes, at den grafiske gengivelse i en registreringsansøgning har til formål at gøre det muligt at fastlægge den nøjagtige genstand for beskyttelsen. Gengivelsen skal kunne stå alene og være forståelig [30]. Disse krav må imidlertid ikke begrænse den analyse, som den kompetente myndighed foretager ved anvendelsen af forordningens artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), såfremt dette kan skade hensynet til den almene interesse [31].

28 — Dom af 14.9.2010, Lego Juris mod KHIM (C-48/09 P, EU:C:2010:516, præmis 68, 71 og 72), og af 6.3.2014, Pi-Design m.fl. mod Yoshida Metal Industry (C-337/12 P – C-340/12 P, EU:C:2014:129, præmis 46-48).

29 — Dom af 14.9.2010, Lego Juris mod KHIM (C-48/09 P, EU:C:2010:516, præmis 84 og 85), og af 6.3.2014, Pi-Design m.fl. mod Yoshida Metal Industry (C-337/12 P – C-340/12 P, EU:C:2014:129, præmis 61).

30 — Jf. i denne retning dom af 12.12.2002, Sieckmann (C-273/00, EU:C:2002:748, præmis 48-52).

31 — Dom af 6.3.2014, Pi-Design m.fl. mod Yoshida Metal Industry (C-337/12 P – C-340/12 P, EU:C:2014:129, præmis 57 og 58).

66. Det følger af den nævnte retspraksis, at når den kompetente myndighed foretager en analyse af en udformnings funktionelle elementer, er den ikke forpligtet til kun at tage hensyn til de oplysninger, der kan udledes af den grafiske gengivelse, men skal også om nødvendigt tage hensyn til andre oplysninger, der er væsentlige for anvendelsen af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 207/2009.

67. Hvad angår rækkevidden af Domstolens prøvelse under appel vil jeg bemærke, at identifikationen af de væsentlige kendetegn ved et tegn og vurderingen af deres funktion ubestrideligt indgår blandt de konstateringer vedrørende de faktiske omstændigheder, som det ikke tilkommer Domstolen at efterprøve i en appelsag, medmindre det er blevet påberåbt, at de faktiske omstændigheder og beviserne er blevet gengivet urigtigt [32].

68. Fastlæggelsen af selve de kriterier, der anvendes ved vurderingen af funktionen og rækkevidden af de oplysninger, der skal tages hensyn til, udgør imidlertid et retligt spørgsmål, der kan efterprøves inden for rammerne af en appel [33].

69. I den foreliggende sag fastslog Retten i den appellerede doms præmis 47, at de væsentlige kendetegn ved det omhandlede tegn var gitterstrukturen på hver af terningens sider. Der er tale om konstateringer vedrørende de faktiske omstændigheder, der ikke kan efterprøves inden for rammerne af en appel. Appellanten har i øvrigt udtrykkeligt anført, at selskabet ikke anfægter denne konstatering.

70. Retten fastslog i den appellerede doms præmis 48, at der skulle foretages en vurdering af, om de væsentlige kendetegn ved det anfægtede varemærke opfyldte en teknisk funktion ved varen.

71. I dommens præmis 49 henviste Retten i denne forbindelse til punkt 28 i den anfægtede afgørelse, som appellanten har anfægtet.

72. Det fremgår således af den nævnte afgørelse, at appelkammeret ved kontoret bl.a. konstaterede, at »i henhold til artikel 7, stk. 1, [litra e), nr. ii), i forordning nr. 207/2009] 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. De grafiske gengivelser af det anfægtede varemærke »[ledte ikke tankerne hen] på en særlig funktion, end ikke når varerne, dvs. »de tredimensionale puslespil«, [blev] taget i betragtning«, og at »ud fra gitterstrukturen [kunne] man ikke udlede nogen oplysninger om dens funktion, eller om den overhovedet havde nogen funktion«.

73. Eftersom Retten ikke senere i dommen foretog en kritisk undersøgelse af disse konstateringer, men i denne forbindelse forkastede appellantens klagepunkter i det hele, må det fastslås, at den af appelkammeret anførte begrundelse blev stadfæstet ved dommen.

74. Denne konklusion bekræftes af det argument, der er redegjort for i den appellerede doms præmis 56-61, hvori Retten forkastede appellantens påstand om, at de sorte linjer opfylder en teknisk funktion.

75. Appellanten gjorde for Retten gældende, at disse linjer adskiller puslespillets bevægelige bestanddele, der navnlig kan være genstand for roterende bevægelser.

32 — Dom af 14.9.2010, Lego Juris mod KHIM (C-48/09 P, EU:C:2010:516, præmis 74).

33 — Jf. i denne retning dom af 14.9.2010, Lego Juris mod KHIM (C-48/09 P, EU:C:2010:516, præmis 84 og 85), af 6.3.2014, Pi-Design m.fl. mod Yoshida Metal Industry (C-337/12 P – C-340/12 P, EU:C:2014:129, præmis 61).

76. Retten forkastede dette argument og anførte, at det hovedsageligt hvilede på kendskabet til muligheden for at kunne bevæge »Rubik-terningens« vertikale og horisontale bånd, men at denne mulighed ikke skyldtes kendetegnene ved den pågældende udformning, men derimod en mekanisme inden i terningen. Efter Rettens opfattelse kunne der ikke i forbindelse med analysen af funktionaliteten tages hensyn til et ikke-synligt element. »Det kan nemlig ikke forbydes appelkammeret 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 tilstrækkelig sikker.« Det ville i dette tilfælde 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 (den appellerede doms præmis 59).

77. Denne konklusion hviler efter min opfattelse på en urigtig retlig forudsætning og tager i bredere forstand ikke tilstrækkelig hensyn til den almene interesse, der beskyttes ved den anvendte bestemmelse.

78. For det første et det korrekt, at Retten identificerede de væsentlige kendetegn ved tegnet, men den foretog ikke en vurdering heraf i lyset af den tekniske funktion ved selve varen.

79. Selv om Retten i den appellerede doms præmis 48 fastslog, at der skulle foretages en vurdering af, om de væsentlige kendetegn ved udformningen »svarer til en teknisk funktion ved de omhandlede varer«, forholder det sig ikke desto mindre således, at den efterfølgende begrundelse i den appellerede dom, der fremgår af præmis 49-51 og 56-60, ikke på nogen måde definerer, hvilken teknisk funktion den omhandlede vare opfylder, og indeholder heller ikke en analyse af forholdet mellem denne funktion og kendetegnene ved den gengivne udformning.

80. Denne forudsætning fører i det foreliggende tilfælde til den paradoksale konklusion, at det ikke ud fra de grafiske gengivelser af det anfægtede varemærke er »muligt […] at vide, om den omhandlede udformning har en teknisk funktion, og i givet fald hvilken teknisk funktion der er tale om« (den appellerede doms præmis 49 og 72).

81. Denne konklusion hviler på et fejlagtigt ræsonnement, fordi anvendelsen af betingelsen i artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 207/2009, der udelukkende vedrører tegn, som består af udformningen af en bestemt vare, kræver et vist minimumskendskab til varens funktion.

82. Rettens konklusion er, således som det også var tilfældet i Pi-Design-dommen, vanskelig at forene med denne forudsætning, som Retten har lagt til grund, og som parterne ikke har bestridt, hvorefter der i det foreliggende tilfælde er tale om et tegn, der består af udformningen af en konkret vare, og ikke en abstrakt udformning [34].

83. Efter min opfattelse burde Retten for at kunne foretage en korrekt analyse af de væsentlige kendetegn ved udformningen i første omgang have taget hensyn til den omhandlede vares funktion, dvs. et tredimensionalt puslespil, eller med andre ord et hovedbrudspuslespil, der består i anbringe bevægelige elementer i en logisk rækkefølge. Hvis Retten havde taget denne funktion i betragtning, ville den ikke have haft mulighed for at forkaste appellantens argument om, at den omhandlede terning nødvendigvis måtte anses for at bestå af bevægelige elementer, der var adskilt af sorte linjer.

84. For det andet var det efter min opfattelse med urette, at Retten fastslog, at analysen af den omhandlede udformning i lyset af de tekniske kendetegn ved udformningen udelukkende skulle tage udgangspunkt i den grafiske gengivelse i registreringsansøgningen (den appellerede doms præmis 57-59).

34 — Jf. ligeledes dom af 6.3.2014, Pi-Design m.fl. mod Yoshida Metal Industry (C-337/12 P – C-340/12 P, EU:C:2014:129, præmis 50).

85. Det er efter min opfattelse i strid med de principper, der er opstillet i Domstolens praksis, at undergive analysen en så snæver begrænsning.

86. I de sager, der gav anledning til Philipps-dommen [35] og dommen i sagen Lego Juris mod KHIM [36], ville de kompetente organer ikke have været i stand til at foretage en analyse af den omhandlede udformning udelukkende ud fra den grafiske gengivelse, hvis de ikke havde haft adgang til oplysninger om den konkrete vare. I Pi-Design-dommen ophævede Domstolen Rettens dom og forkastede ligeledes argumentet om, at undersøgelsen af de væsentlige funktionelle træk ved udformningen skulle begrænses til den grafiske gengivelse, der var ansøgt om registrering af, og ikke skulle tage hensyn til den pågældende vares faktiske udformning [37].

87. Dette behov for at tage hensyn til omstændighederne i forbindelse med varens brug følger af selve arten af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 207/2009, fordi denne bestemmelse udelukkende vedrører de tegn, der består af udformningen af en konkret vare.

88. Det er efter min opfattelse ikke nødvendigt at afdække, om der findes skjulte kendetegn, som ikke er synlige i den gengivne udformning [38], men at foretage en analyse af udformningens kendetegn, således som de fremgår af den grafiske gengivelse, baseret på varens funktion. Selv om det er ubestrideligt, at denne vurdering udelukkende skal omhandle udformningen, således som den er søgt registreret, kræver en undersøgelse af forholdet mellem denne udformning og varens funktion, således som omstændighederne i de ovenfor nævnte sager viser, ofte, at der tages hensyn til andre oplysninger.

89. Efter min opfattelse begik Retten derfor en retlig fejl i det foreliggende tilfælde, da den fastslog, at det var nødvendigt at foretage denne undersøgelse »på baggrund af den grafiske gengivelse af den omhandlede udformning«, og at det ikke var nødvendigt at tage hensyn til andre elementer, som en objektiv iagttager ikke »præcist [ville] kunne vurdere« ud fra »de grafiske gengivelser af det anfægtede varemærke« (den appellerede doms præmis 57-59).

90. Det vil efter min opfattelse være i strid med den ovenfor nævnte retspraksis at opstille sådanne kriterier for analysen.

91. Det er korrekt, at Retten synes at foretage en sondring mellem på den ene side den foreliggende sag og på den anden side Philips-dommen og dommen i sagen Lego Juris mod KHIM, som jeg har henvist til. Ifølge Retten skyldes denne sondring den omstændighed, at varens funktion i disse domme »tydeligt« eller »logisk« fremgik af udformningen, mens det ud fra de grafiske gengivelser i den foreliggende sag »ikke [var] muligt […] at vide, om den omhandlede udformning har en teknisk funktion« (den appellerede doms præmis 69-72).

35 — Dom af 18.6.2002, C-299/99, EU:C:2002:377.

36 — Dom af 14.9.2010, C-48/09 P, EU:C:2010:516.

37 — Jf. i denne retning dom af 6.3.2014, Pi-Design m.fl. mod Yoshida Metal Industry (C-337/12 P – C-340/12 P, EU:C:2014:129, præmis 52 og 61). Domstolen fastslog, at der skulle tages hensyn til oplysninger vedrørende den periode, der lå forud for registreringen, såfremt disse oplysninger gjorde det muligt at udlede en konklusion vedrørende markedssituationen på ansøgningstidspunktet.

38 — Kontoret har fremført dette forbehold i svarskriftet.

92. Denne sondring forekommer mig ikke overbevisende. Uden kendskab til den konkrete vare er det vanskeligt at udlede, hvilken funktion de bestanddele, som fremgår af de udformninger, der var søgt om registrering af i Philips-dommen, dommen i sagen Lego Juris mod KHIM og Pi-Design-dommen, opfylder:

93. I Pi-Design-dommen forkastede Domstolen i øvrigt udtrykkeligt det af Retten anlagte synspunkt, hvorefter den grafiske gengivelse af tegnet i sig selv ikke gjorde det muligt at udlede, at de »sorte prikker« på udformningens overflade havde en funktion, og navnlig ikke, at disse prikker udgjorde særlige fordybninger på et knivskaft eller et andet køkkenredskab [39].

94. Jeg er derfor af den opfattelse, at Retten i den foreliggende sag med urette undlod at anvende de vurderingskriterier, der følger af Domstolens praksis.

95. Retten opstillede endvidere efter min opfattelse et al for strengt kriterium for vurderingen af funktionelle udformninger, der gør det muligt at omgå det monopolforbud, som er omhandlet i den omtvistede bestemmelse.

96. Jeg bemærker, at Retten ikke udelukkede, at det ud fra den omtvistede udformning kunne udledes, at de sorte linjer har til formål at adskille puslespillets bevægelige bestanddele. Retten bemærkede imidlertid, at selv i en sådan situation ville en objektiv iagttager »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« (den appellerede doms præmis 57). Det var efter Rettens opfattelse væsentligt, at det anfægtede varemærke var blevet registreret for »»tredimensionale puslespil« i almindelighed, dvs. uden at indskrænke sig til puslespil med rotationsevne«, og at varemærkeindehaveren ikke havde vedlagt sin registreringsansøgning en beskrivelse med en præcisering af, at den omhandlede udformning have en sådan evne (den appellerede doms præmis 55).

97. Hvis Rettens ræsonnement skulle følges, ville det indebære, at den omstændighed, at varemærkeindehaveren ikke vedlagde sin registreringsansøgning en beskrivelse af terningens funktion, gjorde det muligt at udvide den beskyttelse, som registreringen giver, til at omfatte enhver type puslespil med en tilsvarende udformning, uafhængigt af disses funktionsmåde [40]. Som indehaveren af det anfægtede varemærke anførte under retsmødet, ville den eneret, som registreringen af den omhandlede udformning giver, potentielt omfatte alle tredimensionale puslespil, hvis bestanddele udgør en terning med målene 3x3x3.

98. Dette ræsonnement er efter min opfattelse i strid med den almene interesse, der ligger til grund for den omhandlede bestemmelse, fordi den gør det muligt for indehaveren at opnå et monopol på de kendetegn ved varen, der ikke blot opfylder den omhandlede udformnings funktion, men også andre tilsvarende funktioner.

Delkonklusion

99. Det følger af disse betragtninger, at Retten begik en retlig fejl, da den fastslog, at det var nødvendigt at foretage analysen i henhold til artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 207/2009, »på baggrund af den grafiske gengivelse af den omhandlede udformning«, og at det ikke var nødvendigt at tage hensyn til andre oplysninger, som en objektiv iagttager »ud fra de grafiske gengivelser af det anfægtede varemærke« ikke ville kunne vurdere »præcist« (den appellerede doms præmis 57-59).

39 — Jf. i denne retning dom af 6.3.2014, Pi-Design m.fl. mod Yoshida Metal Industry (C-337/12 P – C-340/12 P, EU:C:2014:129, præmis 52-54 og 61), vedrørende dom af 8.5.2012, Yoshida Metal Industry mod KHIM – Pi-Design m.fl. (Overflade dækket af sorte cirkler) (T-416/10, EU:T:2012:222, præmis 30 og 31).

40 — F.eks. udformningen af »Soma-terningen«, der er et hovedbrudspuslespil, som blev opfundet af den danske videnskabsmand Piet Hein, og som går ud på at samle syv dele til en terning med målene 3x3x3.

100. Det følger heraf, at det ikke er fornødent at undersøge det første appelanbringendes øvrige led.

101. Efter min opfattelse skal den appellerede dom ophæves, uden at det er fornødent at undersøge de andre fremsatte anbringender.

Følgerne af ophævelsen af den appellerede dom

102. I henhold til artikel 61, stk. 1, i statutten for Den Europæiske Unions Domstol kan Domstolen, når den ophæver den appellerede dom, træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse.

103. Denne betingelse er efter min opfattelse opfyldt i det foreliggende tilfælde.

104. Appellanten har til støtte for søgsmålet ved Retten fremsat otte anbringender, herunder et andet anbringende om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 207/2009.

105. Det fremgår af punkt 99 i dette forslag til afgørelse, at dette anbringende skal tages til følge.

106. Den anfægtede udformning har karakter af et tredimensionalt puslespil. Der skal ved vurderingen af denne udformning tages hensyn til varens funktion, som består i at anbringe de bevægelige bestanddele i et hovedbrudspuslespil i en logisk rækkefølge.

107. Denne funktion bekræftes af de i almindelighed velkendte kendetegn (den appellerede doms præmis 28) ved »Rubik-terningen«, der er et hovedbrudspuslespil, hvis bevægelige bestanddele, som er placeret i vertikale og horisontale bånd, kan gøres til genstand for roterende bevægelser omkring en akse.

108. Som appellanten med rette har anført, skal et hovedbrudspuslespil for at opfylde en sådan funktion være udformet som en polyede, der består af bestanddele, som er placeret i vertikale eller horisontale rækker.

109. I modsætning til, hvad appelkammeret anførte i den appellerede doms præmis 28, er de væsentlige kendetegn ved det anfægtede tegn, som består i udformningen af en terning med gitterstruktur, der inddeler symmetriske bestanddele i vertikale og horisontale rækker, og som udgør puslespillets bevægelige dele, derfor nødvendige for den tekniske funktion ved selve varen.

110. Det er i denne forbindelse uden betydning, at et sådan puslespil kan udformes ved hjælp af en anden udformning end en terning [41], eller at dets bestanddele er anbragt på en lidt anden måde. Det følger af Domstolens praksis, at registreringshindringen finder anvendelse, selv når det tekniske resultat kan opnås ved at anvende en anden udformning [42].

111. Det skal endvidere præciseres, at ud over de nævnte funktionelle kendetegn har det anfægtede tegn ikke nogen vilkårlige eller kreative kendetegn. Registreringen af et sådant tegn til fordel for en enkelt erhvervsdrivende begrænser nemlig de andre erhvervsdrivendes mulighed for at tilbyde varer, der fungerer på samme eller blot en tilsvarende måde, og er ikke forenelig med den almene interesse, der beskyttes ved den omtvistede bestemmelse.

112. Følgelig skal det andet søgsmålsanbringende tages til følge, og den anfægtede afgørelse skal annulleres, uden at det er fornødent at undersøge de andre anbringender, der er fremsat i første instans.

41 — Således som Retten fastslog i den appellerede doms præmis 74, kunne der være tale om et andet platonisk legeme, såsom et oktaeder, et dodekaeder eller et ikosaeder.

42 — Jf. i denne retning dom af 18.6.2002, Philips (C-299/99, EU:C:2002:377, præmis 81).

Forslag til afgørelse

113. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at ophæve den appellerede dom, at annullere den afgørelse, som Andet Appelkammer ved Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO) traf den 1. september 2009 (sag R 1526/2008-2) vedrørende en ugyldighedssag mellem Simba Toys GmbH & Co. KG og Seven Towns Ltd, og at pålægge kontoret og Seven Towns at betale samtlige omkostninger for Retten og Domstolen.