CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. SZPUNAR
van 25 mei 2016[1]

Zaak C-30/15 P

Simba Toys GmbH & Co. KG
tegen

Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO)

„Hogere voorziening — Uniemerk — Verordening (EG) nr. 207/2009 — Weigeringsgrond of nietigheidsgrond — Driedimensionaal merk bestaande uit de vorm van de waar — Tekens die uitsluitend bestaan uit de vorm die door de aard van de waar wordt bepaald — Artikel 7, lid 1, onder e), i) — Tekens die uitsluitend bestaan uit de vorm van de waar die noodzakelijk is om een technische uitkomst te verkrijgen — Artikel 7, lid 1, onder e), ii) — Vorm van de Rubik's cube"

Inleiding

1. De onderhavige hogere voorziening is ingesteld tegen het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 25 november 2014, Simba Toys/BHIM – Seven Towns (Vorm van een kubus met vlakken die een roosterstructuur hebben)[2], waarbij het Gerecht heeft verworpen het beroep tot vernietiging van de beslissing van de tweede kamer van beroep van het Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie (EUIPO)[3] inzake een nietigheidsprocedure tussen Simba Toys GmbH & Co. KG en Seven Towns Ltd.

2. In het bestreden arrest heeft het Gerecht de beslissing van het Bureau bevestigd waarbij de vordering van de Duitse speelgoedproducent Simba Toys (hierna: „Simba Toys" of „rekwirante") tot nietigverklaring van een driedimensionaal merk dat de vorm van de Rubik's cube weergeeft en is ingeschreven voor „driedimensionale puzzels", werd afgewezen.

3. Rekwirante voert onder meer schending van de bepalingen van artikel 7, lid 1, onder e), i) en ii), van verordening (EG) nr. 207/2009[4] aan, die betrekking hebben op tekens die bestaan uit de vorm van de waar.

1 — Oorspronkelijke taal: Pools.

2 — T-450/09, EU:T:2014:983; hierna: „bestreden arrest".

3 — Overeenkomstig de benaming die voortvloeit uit artikel 1, punt 7, van verordening (EU) 2015/2424 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2015 (PB 2015, L 341, blz. 21) (hierna: „Bureau").

4 — Verordening van de Raad van 26 februari 2009 inzake het Uniemerk (PB 2009, L 78, blz. 1).

4. Zoals ik reeds in de context van een andere procedure heb kunnen opmerken, wordt de problematiek van een dergelijk type teken gekenmerkt door het gevaar dat de door merkinschrijving verkregen uitsluitende rechten worden uitgebreid tot gebruikskenmerken van de betrokken waar die tot uitdrukking komen in de vorm ervan. De bepalingen van artikel 7, lid 1, onder e), van verordening nr. 207/2009 verhinderen dat een monopolie wordt toegekend op wezenlijke kenmerken van de betrokken waar, door te verhinderen dat het merkrecht wordt gebruikt in strijd met het doel dat eraan ten grondslag ligt.[5]

5. Hoewel het Hof de laatste jaren reeds herhaaldelijk de gelegenheid heeft gehad om die bepalingen uit te leggen[6], zorgt de toepassing ervan nog steeds voor discussies.

Toepasselijke bepalingen

Verordening nr. 207/2009

6. Artikel 7 van verordening nr. 207/2009[7], dat de absolute weigeringsgronden regelt, bepaalt:

„1. Geweigerd wordt inschrijving van:

[…]

e) tekens die uitsluitend bestaan uit:

i) de vorm die door de aard van de waar bepaald wordt;

ii) de vorm van de waar die noodzakelijk is om een technische uitkomst te verkrijgen;

[…]”

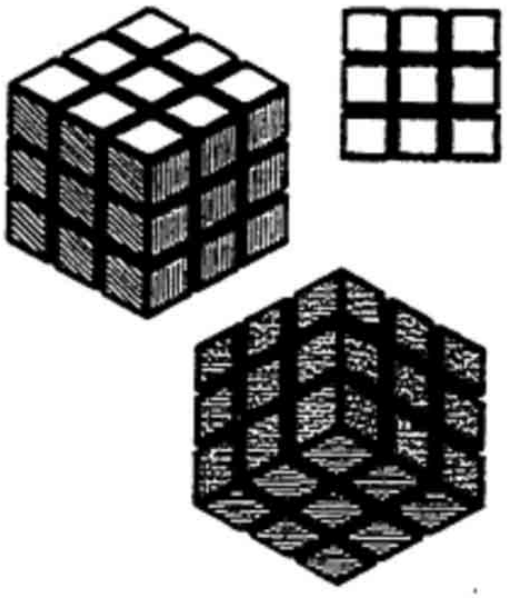
5 — Zie mijn conclusie in de zaak Hauck (C-205/13, EU:C:2014:322, punten 25-40).

6 — Zie arresten van 18 juni 2002, Philips (C-299/99, EU:C:2002:377); 14 september 2010, Lego Juris/BHIM (C-48/09 P, EU:C:2010:516); 6 maart 2014, Pi-Design e.a./Yoshida Metal Industry (C-337/12 P–C-340/12 P, EU:C:2014:129; hierna: „arrest Pi-Design”); 18 september 2014, Hauck (C-205/13, EU:C:2014:2233) en 16 september 2015, Société des Produits Nestlé (C-215/14, EU:C:2015:604). Ik verwijs tevens naar de rechtspraak inzake de overeenkomstige bepalingen van artikel 3, lid 1, onder e), van de Eerste richtlijn (89/104/EEG) van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB 1989, L 40, blz. 1) alsmede van artikel 3, lid 1, onder e), van richtlijn 2008/95/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2008 betreffende de aanpassing van het merkenrecht door lidstaten (PB 2008, L 299, blz. 25).

7 — De materiële bepalingen van verordening nr. 207/2009, die van kracht was op 1 september 2009, te weten de datum van vaststelling van de litigieuze beslissing van het Bureau, zijn van toepassing op de onderhavige zaak. Voor het overige zijn de vroegere bepalingen, die golden op de datum van indiening van de vordering tot nietigverklaring, in identieke bewoordingen gesteld [artikel 7 van verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1)].

Procedure bij het Bureau

7. Op 1 april 1996 heeft Seven Towns bij het Bureau een aanvraag ingediend tot inschrijving van het hieronder afgebeelde driedimensensionale teken (hierna: „litigieus teken") voor „driedimensionale puzzels" van 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 gewijzigd:



.

8. Dit merk werd op 6 april 1999 ingeschreven (onder nr. 162784).

9. Op 15 november 2006 heeft Simba Toys een vordering tot nietigverklaring van dit merk ingesteld op grond van artikel 51, lid 1, onder a), juncto artikel 7, lid 1, onder a) tot en met c) en e), van verordening nr. 40/94.[8] Bij beslissing van 14 oktober 2008 heeft de nietigheidsafdeling van het Bureau de vordering afgewezen. Op 23 oktober 2008 heeft Simba Toys beroep tegen deze beslissing ingesteld.

10. Bij beslissing van 1 september 2009 (hierna: „litigieuze beslissing") heeft de tweede kamer van beroep van het Bureau het beroep verworpen.

11. De kamer van beroep heeft de grief inzake schending van artikel 7, lid 1, onder e), i), van verordening nr. 207/2009 afgewezen en daarbij geoordeeld dat de litigieuze vorm niet duidelijk de vorm van een puzzel heeft, en dat tevens niet kan worden aangenomen dat deze door de aard van de waar bepaald wordt. Met betrekking tot de grief inzake schending van artikel 7, lid 1, onder e), ii), van verordening nr. 207/2009 heeft de kamer van beroep onder meer erop gewezen dat de wezenlijke kenmerken van de vorm, in het bijzonder de „kubus met roosterstructuur", geen enkele aanwijzing geven over de functie van de waar, en zelfs niet over het bestaan van een of andere functie.

8 — Artikel 52, lid 1, onder a), en artikel 7, lid 1, onder a) tot en met c) en e), van verordening nr. 207/2009 bevatten overeenkomstige bepalingen.

Bestreden arrest

12. Bij een op 6 november 2009 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft Simba Toys beroep tot vernietiging van de litigieuze beslissing ingesteld.

13. Simba Toys heeft acht middelen aangevoerd, waarvan twee – het tweede en het derde middel – betrekking hadden op artikel 7, lid 1, onder e), ii) respectievelijk i), van verordening nr. 207/2009.

14. Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht het beroep volledig ongegrond verklaard.

15. In de punten 27 tot en met 77 van het bestreden arrest heeft het Gerecht het tweede middel, dat acht onderdelen bevatte en was gebaseerd op schending van artikel 7, lid 1, onder e), ii), van verordening nr. 207/2009, afgewezen.

16. Onder verwijzing naar de rechtspraak van de Unierechters, in het bijzonder het arrest Lego Juris/BHIM[9] (punten 31-42 van het bestreden arrest), heeft het Gerecht eerst de wezenlijke kenmerken van het litigieuze teken geïdentificeerd als zijnde, ten eerste, de vorm van een kubus en, ten tweede, de roosterstructuur op elk vlak van de kubus (punten 43-47 van het bestreden arrest).

17. Vervolgens diende volgens het Gerecht te worden nagegaan of alle bovengenoemde wezenlijke kenmerken „beantwoorden aan" een technische functie van de betrokken waren (punt 48 van het bestreden arrest).

18. Het Gerecht heeft het door rekwirante bestreden punt 28 van de litigieuze beslissing aangehaald: „overeenkomstig artikel 7, lid 1, [onder e), ii), van verordening nr. 207/2009] [dienden] de nietigheidsgronden voor een driedimensionaal merk uitsluitend te steunen op het onderzoek van de voorstelling van het merk zoals dat [was] aangevraagd, en niet op beweerde of veronderstelde onzichtbare kenmerken"; de grafische voorstellingen van het litigieuze merk „[suggereerden] geen enkele specifieke functie, zelfs wanneer de waren, te weten ‚driedimensionale puzzels', in aanmerking [werden] genomen"; bij de beoordeling in de onderhavige zaak diende de kamer van beroep geen rekening te houden met het „welbekende" draaivermogen van de „Rubik's cube"-puzzel en diende zij niet „op onrechtmatige en retroactieve wijze" het functionele karakter in de voorstellingen terug te vinden; de kubus met roosterstructuur geeft geen enkele aanwijzing over de functie ervan, en zelfs niet over het bestaan van een of andere functie, en „het is onmogelijk te besluiten dat hierdoor een of ander [concurrentie]voordeel of technisch effect op het gebied van driedimensionale puzzels kan worden verkregen"; de betrokken vorm bevatte „geen enkele aanwijzing over de [erin vervatte] puzzel".

19. Het Gerecht heeft het eerste, het tweede en het zevende onderdeel van rekwirantes tweede middel afgewezen. Deze waren gebaseerd op de stelling dat de zwarte lijnen op de rooster van de kubus „het gevolg zijn van een [technische] functie" bestaande in een draaivermogen of een andere mogelijkheid om individuele elementen van de puzzel te bewegen (punten 51-55 van het bestreden arrest), of „een [dergelijke] functie vervullen", te weten individuele elementen van de puzzel van elkaar scheiden om ermee draaibewegingen uit te voeren (punten 56-62 van het bestreden arrest).

20. Tevens heeft het Gerecht het derde en vierde onderdeel van dit middel afgewezen, die respectievelijk betrekking hadden op de niet-inaanmerkingneming van het algemeen belang dat aan de betrokken bepaling ten grondslag ligt (punten 63 en 64 van het bestreden arrest) en kritiek op de vaststellingen van het Bureau ter zake (punten 65-68 van het bestreden arrest).

9 — Arrest van 14 september 2010, C-48/09 P, EU:C:2010:516.

21. Vervolgens heeft het Gerecht het vijfde onderdeel van dit middel afgewezen, dat was gebaseerd op rekwirantes stelling dat, net zoals in de onderhavige zaak, in de zaken die hebben geleid tot de arresten Philips [10] en Lego Juris/BHIM – Mega Brands (Rood Legoblokje) [11] de technische functie van de betrokken vormen ook niet rechtstreeks bleek uit de tekens (punten 69-72 van het bestreden arrest).

22. Ten slotte heeft het Gerecht het zesde en achtste onderdeel van dit middel afgewezen, die respectievelijk betrekking hadden op het ontbreken van alternatieve vormen die dezelfde technische functie kunnen vervullen en de stelling dat soortgelijke driedimensionale puzzels bekend waren vóór de indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze merk (punten 73-76 van het bestreden arrest).

23. In de punten 78 tot en met 83 van het bestreden arrest heeft het Gerecht het derde middel inzake schending van artikel 7, lid 1, onder e), i), van verordening nr. 207/2009 afgewezen.

24. In de overige overwegingen van het arrest heeft het Gerecht ook de andere middelen van rekwirante ongegrond verklaard en bijgevolg het beroep in zijn geheel verworpen.

Conclusies van partijen

25. In hogere voorziening verzoekt Simba Toys het Hof, het bestreden arrest en de litigieuze beslissing van de kamer van beroep te vernietigen en het Bureau en Seven Towns te verwijzen in de kosten van de procedure in hogere voorziening en van de procedure voor het Gerecht.

26. Het BHIM en Seven Towns verzoeken het Hof, de hogere voorziening af te wijzen en Simba Toys te verwijzen in de kosten.

Analyse

27. In hogere voorziening voert rekwirante zes middelen aan. De eerste twee middelen betreffen schending van artikel 7, lid 1, onder e), ii) respectievelijk i), van verordening nr. 207/2009. [12]

28. Ik zal mij beperken tot de analyse van bovengenoemde twee middelen, die mijns inziens – gelet op de specifieke aard van de procedure in hogere voorziening – van doorslaggevend belang zijn voor de beslechting van de onderhavige zaak.

Ratio legis van artikel 7, lid 1, onder e), van verordening nr. 207/2009

29. Zoals ik reeds heb kunnen opmerken [13], bestaat het algemeen belang dat ten grondslag ligt aan de weigeringsgronden van artikel 7, lid 1, onder e), van verordening nr. 207/2009 erin, de wezenlijke kenmerken van de betrokken waar, die worden weerspiegeld in de vorm ervan, in het publiek domein te houden.

10 — Arrest van 18 juni 2002, C-299/99, EU:C:2002:377.

11 — Arrest van 12 november 2008, T-270/06, EU:T:2008:483.

12 — De overige middelen betreffen schending van de volgende bepalingen van de verordening: artikel 7, lid 1, onder e), iii) (derde middel), artikel 7, lid 1, onder b) (vierde middel), artikel 7, lid 1, onder c) (vijfde middel), en artikel 76, lid 1, van de verordening (zesde middel).

13 — Zie mijn conclusie in de zaak Hauck (C-205/13, EU:C:2014:322, punten 27-28).

30. De rechtvaardiging voor deze regeling vloeit voort uit de axiologische premissen van het systeem van merkenbescherming. Dit systeem beoogt in de eerste plaats de grondslag te leggen voor een eerlijke mededinging door de markttransparantie te verhogen. Het exclusieve gebruik van een bepaald teken vormt normaliter geen beperking van de vrijheid van concurrenten om waren aan te bieden. Zij kunnen vrij putten uit de voorraad aan potentiële tekens, waarvan het aantal werkelijk onbegrensd is.

31. In bepaalde gevallen kan het bestaan van uitsluitende merkrechten evenwel leiden tot verstoring van de mededinging. Dit betreft in het bijzonder de inschrijving van tekens die de vorm van de betrokken waar weergeven.

32. Artikel 7, lid 1, onder e), van verordening nr. 207/2009 beoogt te voorkomen dat de inschrijving van een vorm – door toekenning van uitsluitende rechten op wezenlijke kenmerken van de waar die fundamenteel zijn voor een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt – het mogelijk maakt om een oneerlijk concurrentievoordeel te verkrijgen. Een dergelijke situatie zou erop neerkomen dat het doel van de merkenregeling wordt ondermijnd.

33. Artikel 7, lid 1, onder e), i), van verordening nr. 207/2009 sluit de inschrijving uit van vormen waarvan alle wezenlijke kenmerken door de aard van de betrokken waar worden bepaald.[14] Overeenkomstig deze bepaling moet de inschrijving worden geweigerd van vormen waarvan de wezenlijke kenmerken inherent zijn aan de generieke functie of functies van deze waar. Het voorbehouden van dergelijke kenmerken aan één marktdeelnemer zou immers eraan in de weg staan dat concurrerende ondernemingen hun waren een vorm kunnen geven die nuttig is voor het gebruik van deze waren.[15]

34. Artikel 7, lid 1, onder e), ii), van verordening nr. 207/2009 beoogt te verhinderen dat als gevolg van het merkenrecht een onderneming een monopolie wordt toegekend op technische oplossingen of gebruikskenmerken van een waar, waarnaar de consument mogelijkerwijs in de waren van concurrenten zoekt.[16] Deze bepaling waarborgt dat ondernemingen het merkenrecht niet kunnen gebruiken om uitsluitende rechten op technische oplossingen zonder tijdslimiet te doen voortbestaan.[17]

35. Opgemerkt dient te worden dat het doel van de merkenregeling zich onderscheidt van de beginselen die ten grondslag liggen aan de bescherming van bepaalde andere categorieën van intellectuele-eigendomsrechten, die beogen de innovatie en de creativiteit te bevorderen. Die onderscheiden doelstellingen verklaren waarom de bescherming die voortvloeit uit de inschrijving van een merk, niet beperkt is in de tijd, terwijl de wetgever de bescherming van andere intellectuele-eigendomsrechten in de tijd heeft beperkt. Een beroep op merkenrechtelijke bescherming met het oog op de uitbreiding van de uitsluitende rechten tot immateriële goederen – zoals modellen, uitvindingen of auteursrechtelijk beschermde werken –, waarvan de bescherming in beginsel in de tijd beperkt is, zou de beginselen die ten grondslag liggen aan de bescherming van merken ondermijnen.[18]

Schending van artikel 7, lid 1, onder e), i), van verordening nr. 207/2009 (tweede middel in hogere voorziening)

36. Ik zal eerst overgaan tot het onderzoek van het middel inzake de nietigheidsgrond die betrekking heeft op de vorm die door de aard van de waar bepaald wordt.

14 — Zie met betrekking tot de overeenkomstige bepaling van artikel 3, lid 1, onder e), eerste streepje, van richtlijn 89/104, arrest van 18 september 2014, Hauck (C-205/13, EU:C:2014:2233, punt 20), en mijn conclusie in deze zaak (C-205/13, EU:C:2014:322, punten 54-55).

15 — Arrest van 18 september 2014, Hauck (C-205/13, EU:C:2014:2233, punten 25-26).

16 — Arresten van 14 september 2010, Lego Juris/BHIM (C-48/09 P, EU:C:2010:516, punt 43), en – met betrekking tot artikel 3, lid 1, onder e), tweede streepje, van richtlijn 89/104 – 18 juni 2002, Philips (C-299/99, EU:C:2002:377, punt 78).

17 — Arrest van 14 september 2010, Lego Juris/BHIM (C-48/09 P, EU:C:2010:516, punt 45).

18 — Zie mijn conclusie in de zaak Hauck (C-205/13, EU:C:2014:322, punten 35-37).

37. De analyse van dit middel is van bijzonder belang, daar het Bureau in zijn memorie van antwoord in hogere voorziening een andere uitlegging voorstelt dan die welke voortvloeit uit het arrest Hauck [19].

38. Ik herinner eraan dat het Hof in dat arrest heeft geoordeeld dat de toepassing van deze nietigheidsgrond niet beperkt is tot de zogeheten „natuurlijke" waren, waarvoor geen alternatieve vorm bestaat, of tot de zogeheten „gereguleerde" waren, waarvan de vorm wordt voorgeschreven door normen, maar alle tekens betreft die uitsluitend bestaan uit de vorm van een waar waarbij wezenlijke gebruikskenmerken aanwezig zijn die inherent zijn aan de generieke functie of functies van deze waar. [20]

39. Het Bureau betoogt dat deze uitlegging te ruim is en in de praktijk kan leiden tot een aanzienlijke beperking van de mogelijkheid tot inschrijving van tekens die bestaan uit de vorm van de waar, daar elke vorm van een waar generieke kenmerken heeft. Volgens het Bureau is die nietigheidsgrond enkel van toepassing op gestandaardiseerde, vooraf vastgestelde vormen waarvoor geen alternatieve vormen bestaan.

40. Ik deel dit standpunt niet.

41. De weigeringsgrond van artikel 7, lid 1, onder e), i), van verordening nr. 207/2009 beoogt de bescherming van het algemeen belang, door uit te sluiten dat vormen worden ingeschreven waarvan alle kenmerken inherent zijn aan de generieke functie of functies van de betrokken waar. De door het Bureau bepleite uitlegging waarborgt het doel van deze bepaling, zoals dit voortvloeit uit de ratio legis ervan, niet aangezien mogelijkerwijs gebruikelijke kenmerken van de betrokken waar zouden worden ingeschreven. Een dergelijke uitlegging zou het bijvoorbeeld mogelijk maken dat een voor spelletjes met dobbelstenen en bordspellen gebruikte kubus wordt ingeschreven, aangezien de vorm van een dergelijke kubus niet gereguleerd, maar gebruikelijk is. Bovendien wordt bij een dergelijke strikte uitlegging elke zin ontnomen aan deze bepaling, aangezien gestandaardiseerde vormen duidelijk geen onderscheidend vermogen hebben en dit ook niet door gebruik kunnen verkrijgen in de zin van artikel 7, lid 1, onder b), en lid 3, van verordening nr. 207/2009.

42. In de onderhavige zaak heeft het Gerecht met betrekking tot het middel inzake schending van artikel 7, lid 1, onder e), i), van verordening nr. 207/2009 geoordeeld dat het „duidelijk [is] 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 […] 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" (punt 82 van het bestreden arrest).

43. Rekwirante betoogt dat het Gerecht de betrokken nietigheidsgrond onjuist heeft toegepast, aangezien – haars inziens – alle kenmerken van het litigieuze teken worden bepaald door de gebruikskenmerken die eigen zijn aan de betrokken warencategorie. Volgens rekwirante heeft het Gerecht de categorie van waren te ruim vastgesteld als alle driedimensionale puzzels, aangezien het hier gaat om een specifiek type van puzzels, te weten puzzels in de vorm van een „magische kubus".

44. Het Bureau en Seven Towns blijven bij hun standpunt zoals dit voortvloeit uit het bestreden arrest, in het bijzonder wat de vaststelling van de relevante warencategorie betreft.

19 — Arrest van 18 september 2014, C-205/13, EU:C:2014:2233.

20 — Arrest van 18 september 2014, Hauck (C-205/13, EU:C:2014:2233, punten 24 en 27).

45. Ik zou erop willen wijzen dat, zoals blijkt uit het betoog van partijen, de beoordeling van het litgieuze teken voor de toepassing van de aangevoerde nietigheidsgrond afhangt van de vraag of de relevante warencategorie ruim wordt afgebakend – algemeen als driedimensionale puzzels – dan wel specifiek – als puzzelkubus of „magische kubus” [21]. Voor laatstgenoemde categorie is de vorm van een kubus die wordt opgedeeld door een rooster van zwarte lijnen, ongetwijfeld een natuurlijke vorm.

46. Opgemerkt dient te worden dat de afbakening van de relevante categorie van betrokken waren een feitenkwestie is. De door het Gerecht verrichte beoordeling, of de „magische kubus” een afzonderlijke warencategorie vormt, kan in het kader van een hogere voorziening niet ter discussie worden gesteld wanneer de betrokken partij geen middel inzake een onjuiste opvatting van de feiten of van het bewijsmateriaal heeft aangevoerd.

47. Het is juist dat bepaalde in hogere voorziening uiteengezette argumenten eventueel zouden kunnen worden uitgelegd als een aanzet tot het aanvoeren van een middel inzake een onjuiste opvatting van de feiten of van het bewijsmateriaal. Rekwirante stelt dat het Gerecht niet in aanmerking heeft genomen dat de magische kubus bekend was op de markt op de datum van indiening van de inschrijvingsaanvraag en dat het Gerecht evenmin rekening heeft gehouden met marktstudies waaruit bleek dat in Duitsland een ruime meerderheid van consumenten dit spel kende zonder het evenwel te associëren met een specifieke producent. Rekwirante heeft dit argument opnieuw aangevoerd ter terechtzitting en heeft daarbij betoogd dat de litigieuze vorm generiek is.

48. Aangezien rekwirante in het kader van haar tweede middel in hogere voorziening niet expliciet verwijst naar argumenten inzake de in Duitsland verrichte marktstudies en deze evenmin integreert in haar kritiek op de vaststellingen van het Gerecht in de punten 80 tot en met 82 van het bestreden arrest, kan mijns inziens evenwel niet worden geconcludeerd dat rekwirante een middel inzake onjuiste opvatting van de feiten of van het bewijsmateriaal heeft aangevoerd.

49. Er dient aan te worden herinnerd dat het middel inzake onjuiste opvatting van de feiten of van het bewijsmateriaal een uitzondering vormt wat de door het Hof verrichte toetsing in het kader van een hogere voorziening betreft, zodat vaste rechtspraak niet alleen vereist dat rekwirante precies aangeeft welke feiten of welk bewijsmateriaal onjuist zijn opgevat, maar ook de betreffende fouten in de vaststellingen van het Gerecht aantoont. Een dergelijke onjuiste opvatting moet duidelijk uit de stukken van het dossier blijken, zonder dat de feiten en de bewijzen opnieuw beoordeeld moeten worden. [22]

50. Een strikte toepassing van bovengenoemde formele vereisten is mijns inziens noodzakelijk gelet op de bijzondere aard van het middel inzake onjuiste opvatting, dat veronderstelt dat het Gerecht de grenzen van een redelijke beoordeling van de bewijzen kennelijk heeft overschreden. [23]

51. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging het tweede middel niet-ontvankelijk te verklaren.

21 — Rekwirante hanteert de term „Magic Cube” (magische kubus), die doet denken aan het bekende wiskundige denkspel (magisch vierkant).

22 — Zie met name arrest van 17 maart 2016, Naazneen Investments/BHIM (C-252/15 P, EU:C:2016:178, punt 69), en beschikking van 7 mei 2015, Adler Modemärkte/BHIM (C-343/14 P, EU:C:2015:310, punt 43).

23 — Zie mijn conclusie in de zaak Commissie/ANKO (C-78/14 P, EU:C:2015:153, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Schending van artikel 7, lid 1, onder e), ii), van verordening nr. 207/2009 (eerste middel in hogere voorziening)

Rechtspraak

52. De weigerings- of nietigheidsgrond van artikel 7, lid 1, onder e), ii), van verordening nr. 207/2009 is van toepassing op tekens die „uitsluitend" bestaan uit de vorm van de waar die „noodzakelijk" is om een technische uitkomst te verkrijgen.

53. Aldus heeft de wetgever rekening gehouden met de omstandigheid 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. [24]

54. Wat de tekens betreft die „uitsluitend" bestaan uit de functionele vorm van de waar, is aan deze voorwaarde voldaan wanneer alle wezenlijke kenmerken van de vorm (van het teken) beantwoorden aan een technische functie. Daarentegen kan de inschrijving van een dergelijk teken niet worden geweigerd op grond van deze bepaling wanneer de betrokken vorm van de waar een belangrijk niet-functioneel element bevat, zoals een sier- of fantasie-element dat een belangrijke rol speelt in die vorm. [25]

55. Wat de voorwaarde betreft dat de vorm „noodzakelijk" is om de beoogde technische uitkomst te verkrijgen, betekent deze voorwaarde niet dat de betrokken vorm de enige moet zijn waarmee die uitkomst kan worden verkregen. Aldus kunnen er alternatieve vormen bestaan, met andere afmetingen of een ander dessin, waarmee dezelfde technische uitkomst kan worden verkregen. In aanmerking moet worden genomen dat op grond van de merkinschrijving van een vorm van een waar de andere ondernemingen niet alleen het gebruik van dezelfde vorm kan worden verboden, maar ook het gebruik van overeenstemmende vormen. Een belangrijk aantal alternatieve vormen dreigt aldus onbruikbaar te worden voor de concurrenten. [26]

56. Overeenkomstig deze regels kan een teken bestaande uit de vorm van een waar die, zonder toevoeging van belangrijke niet-functionele elementen, enkel een technische functie te kennen geeft, niet als merk worden ingeschreven, aangezien een dergelijke inschrijving in te sterke mate een beperking zou vormen voor de mogelijkheden waarover de concurrenten beschikken om vormen van de waar die dezelfde technische oplossing gebruiken, op de markt te brengen. [27]

Argumenten van partijen

57. Het eerste middel, dat betrekking heeft op de punten 50 tot en met 77 van het bestreden arrest, bevat in wezen twee onderdelen.

24 — Arrest van 14 september 2010, Lego Juris/BHIM (C-48/09 P, EU:C:2010:516, punt 48).

25 — Idem, punten 51-52.

26 — Idem, punten 53, 54 en 56.

27 — Idem, punt 59.

58. In het kader van het eerste onderdeel van dit middel stelt rekwirante dat het Gerecht ten onrechte haar betoog heeft afgewezen dat de kenmerken van de litigieuze vorm een technische functie „vervullen" (punten 56-77 van het bestreden arrest). Het tweede onderdeel van dit middel betreft rekwirantes argument dat die kenmerken „het gevolg zijn" van een technische functie (punten 50-55 van het bestreden arrest).

59. Met betrekking tot het eerste onderdeel van dit middel, dat acht grieven omvat, stelt rekwirante dat het Gerecht een te restrictief criterium heeft gehanteerd voor de toepassing van de nietigheidsgrond van artikel 7, lid 1, onder e), ii), van verordening nr. 207/2009. Zij komt op tegen de vaststellingen van het Gerecht, volgens welke de deductie van het functionele karakter van de vorm „voldoende zeker" dient te zijn, en een objectieve waarnemer „juist moet kunnen vatten" welke functie de betrokken vorm vervult (punten 57, 59, 71 en 72 van het bestreden arrest) (eerste grief).

60. Rekwirante voert voorts aan dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat voor de analyse van een vorm uit het oogpunt van artikel 7, lid 1, onder e), ii), van verordening nr. 207/2009 geen rekening dient te worden gehouden met aanvullende feitelijke omstandigheden. Derhalve heeft het Gerecht – volgens rekwirante ten onrechte – geen rekening gehouden met de draaifunctie van de Rubik's cube, die nochtans – zoals voortvloeit uit punt 49 van het bestreden arrest – „welbekend" is (tweede grief).

61. Vervolgens voert Simba Toys de volgende argumenten aan in hogere voorziening: het Gerecht heeft de feiten en de door haar overgelegde bewijzen onjuist opgevat door te stellen dat de litigieuze vorm niet suggereert dat het gaat om een puzzel bestaande uit beweegbare elementen (derde grief); het Gerecht heeft het begrip „technische functie" te eng uitgelegd (vierde grief); het Gerecht heeft niet in aanmerking genomen dat de litigieuze vorm geen wezenlijke kenmerken van niet-functionele aard bezit (vijfde grief); het Gerecht heeft het algemeen belang te eng opgevat (zesde grief); het Gerecht heeft ten onrechte geoordeeld dat het ontbreken van alternatieve vormen voor de litigieuze vorm irrelevant is (zevende grief), en het Gerecht heeft de feiten en het bewijsmateriaal ook onjuist opgevat door te oordelen dat alternatieve vormen bestaan, aangezien puzzels met een ander vorm dan een kubus dezelfde functie vervullen als de Rubik's cube (achtste grief).

62. Het Bureau en Seven Towns betwisten rekwirantes betoog en verwijzen naar de motivering van het bestreden arrest.

Beoordeling van de vaststellingen van het Gerecht

63. Een juiste toepassing van artikel 7, lid 1, onder e), ii), van verordening nr. 207/2009 vereist dat de bevoegde autoriteit de wezenlijke kenmerken van het betrokken teken naar behoren vaststelt en vervolgens nagaat of al deze kenmerken beantwoorden aan de technische functie van de betrokken waar. Al naargelang het geval kan een dergelijke identificatie 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 aanvullende informatie. [28]

64. Dit onderzoek moet worden verricht aan de hand van een analyse van het aangevraagde teken. Bij de beoordeling van het functionele karakter van de vorm kan evenwel rekening worden gehouden met andere informatie, bijvoorbeeld documenten inzake octrooien die betrekking hebben op de concrete waar, of informatie inzake het daadwerkelijke gebruik van het teken. [29]

28 — Arresten van 14 september 2010, Lego Juris/BHIM (C-48/09 P, EU:C:2010:516, punten 68, 71 en 72), en 6 maart 2014, Pi-Design e.a./Yoshida Metal Industry (C-337/12 P–C-340/12 P, EU:C:2014:129, punten 46-48).

29 — Arresten van 14 september 2010, Lego Juris/BHIM (C-48/09 P, EU:C:2010:516, punten 84 en 85), en 6 maart 2014, Pi-Design e.a./Yoshida Metal Industry (C-337/12 P–C-340/12 P, EU:C:2014:129, punt 61).

65. Er dient aan te worden herinnerd dat de grafische voorstelling in de inschrijvingsaanvraag beoogt het precieze voorwerp van de bescherming te bepalen. Die voorstelling moet dus als zodanig volledig en begrijpelijk zijn. [30] Deze vereisten beperken evenwel niet het onderzoek van de bevoegde autoriteit in het kader van de toepassing van artikel 7, lid 1, onder e), ii), van verordening nr. 207/2009, wanneer hierdoor afbreuk zou kunnen worden gedaan aan het algemeen belang. [31]

66. Uit de aangehaalde rechtspraak vloeit voort dat de bevoegde autoriteit bij de analyse van de functionele elementen van de betrokken vorm niet verplicht is om zich te beperken tot informatie die voortvloeit uit de grafische voorstelling, maar in voorkomend geval ook rekening dient te houden met andere informatie die belangrijk is voor de toepassing van artikel 7, lid 1, onder e), ii), van verordening nr. 207/2009.

67. Wat de omvang van de toetsing door het Hof in het kader van een hogere voorziening betreft, wil ik erop wijzen dat de vaststelling van de wezenlijke kenmerken van het betrokken teken en de beoordeling van het functionele karakter ervan, ontegenzeglijk deel uitmaken van de feitelijke vaststellingen die niet kunnen worden getoetst in het kader van een hogere voorziening, tenzij een onjuiste opvatting van de feiten of van het bewijsmateriaal wordt aangevoerd. [32]

68. De vaststelling van de criteria voor de beoordeling van het functionele karakter en van de omvang van de in aanmerking te nemen informatie is evenwel een rechtskwestie die in het kader van een hogere voorziening kan worden getoetst. [33]

69. In de onderhavige zaak heeft het Gerecht in punt 47 van het bestreden arrest geoordeeld dat de wezenlijke kenmerken van het litigieuze teken de vorm van een kubus en de roosterstructuur op elk vlak van de kubus zijn. Het betreft feitelijke vaststellingen die niet kunnen worden getoetst in het kader van een hogere voorziening. Rekwirante verklaart overigens expliciet dat zij deze vaststellingen niet betwist.

70. In punt 48 van het bestreden arrest heeft het Gerecht verklaard dat diende te worden nagegaan of deze kenmerken beantwoorden aan een technische functie van de waar.

71. In dit verband heeft het Gerecht in punt 49 van het bestreden arrest verwezen naar het door rekwirante bekritiseerde punt 28 van de litigieuze beslissing.

72. Zoals blijkt uit het aangehaalde punt 28 van de litigiueze beslissing, heeft de kamer van beroep van het Bureau met name de volgende vaststellingen verricht: „overeenkomstig artikel 7, lid 1, [onder e), ii), van verordening nr. 207/2009] dienen de nietigheidsgronden voor een driedimensionaal merk uitsluitend te steunen op het onderzoek van de voorstelling van het merk zoals dat is aangevraagd, en niet op beweerde of veronderstelde onzichtbare kenmerken”; de grafische voorstellingen van het litigieuze merk „suggereren geen enkele specifieke functie, zelfs wanneer de waren, te weten ‚driedimensionale puzzels’, in aanmerking worden genomen”; „de kubus met roosterstructuur [geeft] geen enkele aanwijzing over de functie ervan, en zelfs niet over het bestaan van een of andere functie”.

73. Aangezien het Gerecht verder in het arrest niet overgaat tot een kritische analyse van die vaststellingen, maar de grieven van rekwirante volledig afwijst, dient te worden aangenomen dat dit arrest de door de kamer van beroep geformuleerde motivering bevestigt.

30 — Zie in die zin arrest van 12 december 2002, Sieckmann (C-273/00, EU:C:2002:748, punten 48-52).

31 — Arrest van 6 maart 2014, Pi-Design e.a./Yoshida Metal Industry (C-337/12 P–C-340/12 P, EU:C:2014:129, punten 57 en 58).

32 — Arrest van 14 september 2010, Lego Juris/BHIM (C-48/09 P, EU:C:2010:516, punt 74).

33 — Zie in dezelfde zin arresten van 14 september 2010, Lego Juris/BHIM (C-48/09 P, EU:C:2010:516, punten 84 en 85), en 6 maart 2014, Pi-Design e.a./Yoshida Metal Industry (C-337/12 P–C-340/12 P, EU:C:2014:129, punt 61).

74. Deze conclusie wordt bevestigd door de redenering die wordt uiteengezet in de punten 56 tot en met 61 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht rekwirantes betoog, dat de zwarte lijnen van het „rooster" van de kubus een technische functie vervullen, afwijst.

75. Voor het Gerecht heeft rekwirante aangevoerd dat deze lijnen de beweegbare elementen van de puzzel, waarmee in het bijzonder draaibewegingen kunnen worden uitgevoerd, van elkaar scheiden.

76. Het Gerecht wijst dit betoog af op grond dat het berust op de kennis van het draaivermogen van de rasters van de Rubik's cube, en dit vermogen niet kan voortvloeien uit de kenmerken van de weergegeven vorm, maar hooguit uit een intern mechanisme van de kubus. Volgens het Gerecht mag bij de analyse van het functionele karakter geen rekening worden gehouden met een dergelijk onzichtbaar element, daar „[h]oewel de kamer van beroep bij deze analyse via deductie te werk mag gaan, […] dit immers zo objectief mogelijk [dient] te gebeuren op basis van de betrokken vorm, zoals deze grafisch is weergegeven, en […] deze deductie niet louter speculatief [mag] zijn, maar […] voldoende zeker [moet] 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 (punt 59 van het bestreden arrest).

77. Mijns inziens geeft deze conclusie blijk van onjuiste rechtsopvattingen, en houdt deze – in ruimere zin – onvoldoende rekening met het algemeen belang dat door de toegepaste bepaling wordt beschermd.

78. Ten eerste heeft het Gerecht weliswaar de wezenlijke kenmerken van het teken geïdentificeerd, maar heeft het deze kenmerken niet beoordeeld uit het oogpunt van de technische functie die eigen is aan de betrokken waar.

79. Hoewel het Gerecht in punt 48 van het bestreden arrest erop heeft gewezen dat diende te worden nagegaan of die wezenlijke kenmerken van de vorm „beantwoorden aan een technische functie van de betrokken waren", wordt nergens in de daarop volgende motivering van het bestreden arrest, in de punten 49 tot en met 51 en 56 tot en met 60, omschreven welke technische functie de betrokken waren vervullen en wordt evenmin de relatie tussen die functie en de kenmerken van de weergegeven vorm geanalyseerd.

80. In de onderhavige zaak leidt dit tot de paradoxale conclusie dat uit de grafische voorstellingen van het litigieuze merk „niet [kan] worden opgemaakt of de betrokken vorm een of andere technische functie heeft en evenmin, in voorkomend geval, om welke functie het gaat" (punten 49 en 72 van het bestreden arrest).

81. Deze conclusie berust op een onjuiste redenering, aangezien de toepassing van de voorwaarde van artikel 7, lid 1, onder e), ii), van verordening nr. 207/2009 – die uitsluitend betrekking heeft op tekens die de vorm van de concrete waar weergeven – minstens een minimale kennis over de functie van de betrokken waar vereist.

82. Zoals in de zaak die heeft geleid tot het arrest Pi-Design, is de conclusie van het Gerecht moeilijk verenigbaar met het uitgangspunt – van het Gerecht dat door partijen niet is betwist – dat het in wezen gaat om een teken dat de vorm van de concrete waar weergeeft, en niet een abstracte vorm.[34]

34 — Zie ook arrest van 6 maart 2014, Pi-Design e.a./Yoshida Metal Industry (C-337/12 P–C-340/12 P, EU:C:2014:129, punt 50).

83. Ik ben van mening dat, teneinde een juiste analyse van de functionele kenmerken van de vorm te verrichten, het Gerecht eerst rekening had moeten houden met de functie van de betrokken waar – een driedimensionale puzzel –, te weten een denkspel bestaande in een logische schikking van beweegbare elementen. Indien het Gerecht rekening had gehouden met die functie, dan had het rekwirantes argument niet kunnen afwijzen, volgens hetwelk de betrokken kubus zal worden opgevat als bestaande uit beweegbare elementen die door zwarte lijnen van elkaar worden gescheiden.

84. Ten tweede heeft het Gerecht mijns inziens blijk gegeven van een onjuiste opvatting door te oordelen dat de analyse van de betrokken vorm uit het oogpunt van de functionele kenmerken ervan uitsluitend dient te worden gebaseerd op het onderzoek van de grafische voorstelling in de inschrijvingsaanvraag (punten 57-59 van het bestreden arrest).

85. Ik ben van mening dat een dergelijke eng opgevatte strekking van de analyse in strijd is met de in de rechtspraak van het Hof geformuleerde beginselen.

86. In de zaken die hebben geleid tot de arresten Philips [35] en Lego Juris/BHIM [36], had de bevoegde autoriteit de analyse van de weergegeven vorm niet kunnen verrichten uitsluitend op basis van de grafische voorstelling, zonder een beroep te doen op informatie over de concrete waar. Evenzo heeft het Hof in het arrest Pi-Design het arrest van het Gerecht vernietigd en daarbij de stelling afgewezen dat de analyse van de functionele kenmerken van de vorm dient te worden beperkt tot de grafische voorstelling ervan in de inschrijvingsaanvraag en geen rekening mag worden gehouden met de vorm van de daadwerkelijk verkochte waren. [37]

87. De noodzaak om rekening te houden met de omstandigheden die verband houden met het gebruik van de betrokken waar, vloeit voort uit de aard zelf van de bepaling van artikel 7, lid 1, onder e), ii), van verordening nr. 207/2009, aangezien deze uitsluitend ziet op tekens die de vorm van een concrete waar weergeven.

88. Mijns inziens gaat het niet erom verborgen kenmerken te zoeken die niet zichtbaar zijn in de weergegeven vorm [38], maar een analyse te verrichten van de kenmerken van de vorm die voortvloeien uit de grafische voorstelling, uit het oogpunt van de functie van de betrokken waar. Hoewel die beoordeling ontegenzeglijk dient te worden beperkt tot de analyse van de aangevraagde vorm, vereist de relatie tussen die vorm en de functie van de waar – zoals blijkt uit de omstandigheden van de hierboven aangehaalde zaken – vaak dat rekening wordt gehouden met bijkomende informatie.

89. Derhalve ben ik van mening dat het Gerecht in de onderhavige zaak blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de betreffende analyse dient te gebeuren „op basis van de betrokken vorm, zoals deze grafisch is weergegeven", alsmede dat geen rekening dient te worden gehouden met bijkomende elementen die een objectieve waarnemer niet „juist kan vatten" op grond van „de grafische voorstellingen van het litigieuze merk" (punten 57-59 van het bestreden arrest).

90. Dergelijke beoordelingscriteria zijn mijns inziens in strijd met de hierboven aangehaalde rechtspraak.

35 — Arrest van 18 juni 2002, C-299/99, EU:C:2002:377.

36 — Arrest van 14 september 2010, C-48/09 P, EU:C:2010:516.

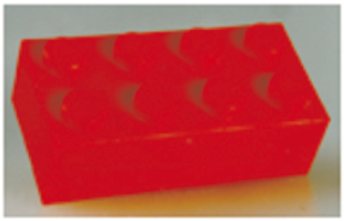
37 — Zie in die zin arrest van 6 maart 2014, Pi-Design e.a./Yoshida Metal Industry (C-337/12 P–C-340/12 P, EU:C:2014:129, punten 52 en 61). Het Hof heeft aanvaard dat rekening wordt gehouden met informatie betreffende de periode na de indiening van de inschrijvingsaanvraag, op voorwaarde dat daaruit conclusies kunnen worden getrokken met betrekking tot de marktsituatie op de dag van indiening van de aanvraag.

38 — Het Bureau maakt een dergelijk voorbehoud in zijn memorie van antwoord in hogere voorziening.

91. Het Gerecht probeert de onderhavige zaak weliswaar te onderscheiden van bovengenoemde zaken Philips en Lego Juris/BHIM. Volgens het Gerecht is het onderscheid daarin gelegen dat in bovengenoemde zaken de functie van de waar „duidelijk" bleek uit de vorm en „logischerwijs" daaruit kon worden afgeleid, terwijl in casu uit de grafische voorstellingen van het litigieuze merk „niet kan worden opgemaakt of de betrokken vorm een of andere technische functie heeft" (punten 69 tot en met 72 van het bestreden arrest).

92. Dit onderscheid lijkt mij niet overtuigend. Zonder enige kennis van de concrete waar valt moeilijk af te leiden welke functie de elementen van de aangevraagde vormen in de zaken Philips, Lego Juris/BHIM of ook Pi-Design vervullen:







.

93. In het arrest Pi-Design heeft het Hof overigens uitdrukkelijk het standpunt van het Gerecht afgewezen, volgens hetwelk uit de loutere grafische voorstelling van het teken niet een of andere functie van de „zwarte stippen" op het oppervlak van de vorm kon worden afgeleid, in het bijzonder dat het ging om speciale uithollingen in het handvat van een mes of van ander keukengerei. [39]

94. Bijgevolg ben ik van mening dat het Gerecht in de onderhavige zaak ten onrechte de in de rechtspraak van het Hof geformuleerde beoordelingscriteria niet heeft toegepast.

95. Bovendien heeft het Gerecht een te strenge norm voor de beoordeling van functionele vormen vastgesteld, waardoor het in de betrokken bepaling vervatte monopolieverbod kan worden omzeild.

96. Ik zou erop willen wijzen dat het Gerecht niet heeft uitgesloten dat uit de litigieuze vorm kan worden afgeleid dat de zwarte lijnen de functie van scheiding van de beweegbare elementen van de puzzel vervullen. Niettemin heeft het Gerecht opgemerkt dat zelfs in een dergelijk geval een objectieve waarnemer „niet juist [zal] 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" (punt 57 van het bestreden arrest). Volgens het Gerecht was het belangrijk dat het litigieuze merk

39 — Zie hiervoor arrest van 6 maart 2014, Pi-Design e.a./Yoshida Metal Industry (C-337/12 P–C-340/12 P, EU:C:2014:129, punten 52-54, 61), met betrekking tot het arrest van 8 mei 2012, Yoshida Metal Industry/BHIM – Pi-Design e.a. (Afbeelding van een oppervlak met zwarte stippen) (T-416/10, EU:T:2012:222, punten 30 en 31).

werd ingeschreven voor „‚driedimensionale puzzels' in het algemeen, te weten zonder deze te beperken tot dergelijke puzzels met een draaivermogen", alsmede dat de merkhouder bij zijn inschrijvingsaanvraag geen „beschrijving heeft gevoegd waarin [hij] heeft gepreciseerd dat de betrokken vorm een draaivermogen had" (punt 55 van het bestreden arrest).

97. Indien de redenering van het Gerecht wordt gevolgd, maakt het feit dat de merkhouder bij zijn inschrijvingsaanvraag geen beschrijving heeft gevoegd van de wijze waarop de kubus functioneert, het mogelijk om de door inschrijving verkregen bescherming uit te breiden tot elk type van puzzel met een overeenstemmende vorm, onafhankelijk van de wijze waarop deze functioneert[40]. Zoals de houdster van het litigieuze merk zelf ter terechtzitting heeft betoogd, omvatten de door inschrijving van de betrokken vorm verleende uitsluitende rechten mogelijkerwijs elke driedimensionale puzzel waarvan de elementen een „3×3×3"-kubus vormen.

98. Een dergelijke redenering is mijns inziens in strijd met het algemeen belang dat ten grondslag ligt aan de betrokken bepaling, aangezien de merkhouder hierdoor zijn monopolie kan uitbreiden tot kenmerken van de waar die niet alleen de functie van de betrokken vorm vervullen, maar ook andere soortgelijke functies.

Tussenconclusie

99. Uit de voorgaande overwegingen volgt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de analyse in het kader van artikel 7, lid 1, onder e), ii), van verordening nr. 207/2009 dient te gebeuren op basis van „de betrokken vorm, zoals deze grafisch is weergegeven", alsmede dat geen rekening dient te worden gehouden met bijkomende elementen die een objectieve waarnemer niet „juist kan vatten" op grond van „de grafische voorstellingen van het litigieuze merk" (punten 57-59 van het bestreden arrest), door bijgevolg rekwirantes betoog af te wijzen volgens hetwelk de roosterstructuur van de kubus geen sier- en fantasie-element is, maar een technische functie vervult aangezien deze de beweegbare elementen van de kubus van elkaar scheidt in het bijzonder om ermee draaibewegingen uit te voeren (punten 56-62 van het bestreden arrest), en dus door het in eerste aanleg aangevoerde tweede middel ongegrond te verklaren.

100. Bijgevolg hoeven de andere argumenten die rekwirante in het kader van het eerste middel in hogere voorziening heeft aangevoerd, niet te worden onderzocht.

101. Ik ben van mening dat het bestreden arrest dus dient te worden vernietigd, zonder dat de andere middelen in hogere voorziening hoeven te worden onderzocht.

Gevolgen van de vernietiging van het bestreden arrest

102. Overeenkomstig artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie kan het Hof in geval van vernietiging van het bestreden arrest van het Gerecht zelf de zaak afdoen wanneer deze in staat van wijzen is.

103. Ik ben van mening dat in casu aan deze voorwaarde is voldaan.

104. Tot staving van haar beroep voor het Gerecht heeft rekwirante acht middelen aangevoerd, waaronder het tweede middel inzake schending van artikel 7, lid 1, onder e), ii), van verordening nr. 207/2009.

40 — Bijvoorbeeld de vorm van de „Soma-kubus", een door de Deense wetenschapper Piet Hein uitgevonden denkspel, waarvan het doel erin bestaat een „3×3×3"-kubus te maken door zeven stukken in elkaar te zetten.

105. Uit punt 99 van de onderhavige conclusie blijkt dat dit middel gegrond dient te worden verklaard.

106. De litigieuze vorm geeft de vorm van een driedimensionale puzzel weer. Bij de beoordeling van deze vorm dient rekening te worden gehouden met de functie van de betrokken waar, die bestaat in de logische schikking van de beweegbare elementen van een denkspel.

107. Deze functie wordt bevestigd door de welbekende kenmerken (punt 28 van de litigieuze beslissing) van het weergegeven denkspel, de Rubik's cube, waarin de beweegbare elementen, geschikt in verticale en horizontale rasters, draaibewegingen om een as kunnen uitvoeren.

108. Zoals rekwirante terecht heeft opgemerkt, dient het denkspel, om een dergelijke functie te vervullen, de vorm te hebben van een veelvlak, samengesteld uit elementen die geschikt zijn in verticale en horizontale kolommen.

109. Anders dan de kamer van beroep in punt 28 van de litigieuze beslissing heeft vastgesteld, zijn de wezenlijke kenmerken van het litigieuze teken – de vorm van een kubus en de roosterstructuur, die verticale en horizontale kolommen van symmetrisch geschikte elementen van elkaar scheidt, de beweegbare delen van de puzzel – dus noodzakelijk voor het vervullen van de technische functie die eigen is aan de betrokken waar.

110. Hierbij is het irrelevant dat een dergelijk concept voor een puzzel kan worden verwezenlijkt aan de hand van een andere vorm dan een kubus [41] of met individuele elementen die lichtjes anders zijn geschikt. Volgens de rechtspraak van het Hof kan de vorm van een waar niet worden ingeschreven, zelfs indien dezelfde technische uitkomst kan worden verkregen door een andere vorm te gebruiken. [42]

111. Tevens dient te worden opgemerkt dat het litigieuze teken naast bovengenoemde functionele kenmerken geen willekeurige of decoratieve kenmerken bezit. De inschrijving van een dergelijk teken ten gunste van één marktdeelnemer beperkt aldus de vrijheid van andere marktdeelnemers om waren met hetzelfde of zelfs een overeenstemmend functioneel karakter aan te bieden, en is in strijd met het algemeen belang dat door de betrokken bepaling wordt beschermd.

112. Bijgevolg dient het tweede middel van het beroep te worden toegewezen en dient de litigieuze beslissing te worden vernietigd, zonder dat de andere in eerste aanleg aangevoerde middelen hoeven te worden onderzocht.

VII – Conclusie

113. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging het bestreden arrest te vernietigen, de beslissing van de tweede kamer van beroep van het EUIPO van 1 september 2009 (zaak R 1526/2008-2) inzake een nietigheidsprocedure tussen Simba Toys GmbH & Co. KG en Seven Towns Ltd te vernietigen, en het Bureau en Seven Towns te verwijzen in de kosten van de procedure voor het Gerecht en voor het Hof.

41 — Zoals het Gerecht in punt 74 van het bestreden arrest heeft vastgesteld, zou het de vorm van een ander platonisch veelvlak kunnen zijn, zoals een viervlak, achtvlak, twaalfvlak of twintigvlak.

42 — Zie in die zin arrest van 18 juni 2002, Philips (C-299/99, EU:C:2002:377, punt 81).