Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Anden Afdeling)

24. september 2019*

»EU-varemærker – ugyldighedssag – EU-figurmærke, der gengiver en sort firkant indeholdende syv koncentriske blå cirkler – absolut registreringshindring – tegn, som udelukkende består af formen på varer, som er nødvendig for at opnå et teknisk resultat – artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning (EU) 2017/1001«

I sag T-261/18,

Roxtec AB, Karlskrona (Sverige), ved advokaterne J. Olsson og J. Adamsson,

sagsøger,

mod

Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO) ved V. Ruzek og H. O'Neill, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

den anden part i sagen for appelkammeret ved EUIPO og intervenient ved Retten:

Wallmax Srl, Milano (Italien) ved advokaterne F. Ferrari og L. Goglia

angående et søgsmål anlagt til prøvelse af afgørelse truffet den 8. januar 2018 af Andet Appelkammer ved EUIPO (sag R 940/2017-2) vedrørende en ugyldighedssag mellem Wallmax og Roxtec,

har

RETTEN (Anden Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, M. Prek, og dommerne E. Buttigieg (refererende dommer) og B. Berke,

justitssekretær: ekspeditionssekretær J. Palacio González,

på grundlag af stævningen indleveret til Rettens Justitskontor den 26. april 2018,

på grundlag af EUIPO's svarskrift indleveret til Rettens Justitskontor den 30. juli 2018,

på grundlag af intervenientens svarskrift indleveret til Rettens Justitskontor den 31. juli 2018,

* Processprog: engelsk.

på grundlag af Rettens skriftlige spørgsmål til parterne af 28. februar 2019 og deres svar på dette spørgsmål indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 13. og den 14. marts 2019,

og efter retsmødet den 29. marts 2019,

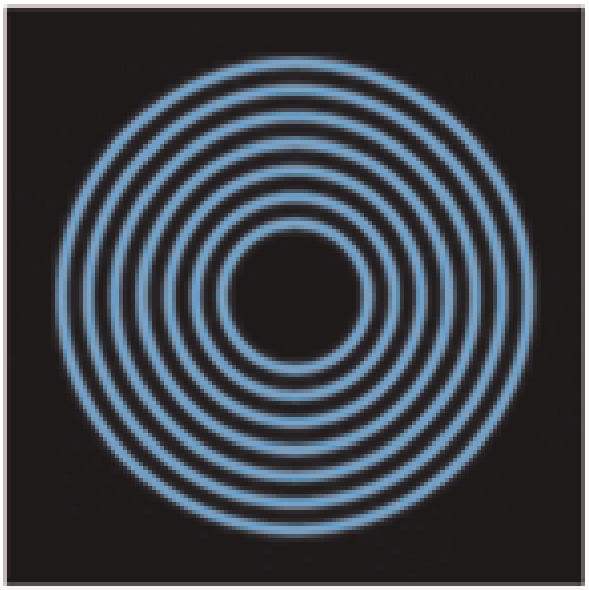
afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

1 Den 6. juli 2015 indgav sagsøgeren, Roxtec AB, en ansøgning om registrering af et EU-varemærke til Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26. februar 2009 om EF-varemærker (EUT 2009, L 78, s. 1), med senere ændringer (erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2017/1001 af 14.6.2017 om EU-varemærker (EUT 2017, L 154, s. 1)).

2 Det varemærke, der er søgt registreret, og for hvilket der er ansøgt om farverne »blå og sort«, er det følgende figurtegn:



3 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 17 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer til følgende beskrivelse: »indretninger af plastic eller gummi til tætning af brud på kabler og rør«.

4 Ansøgningen blev bekendtgjort i *EF-varemærketidende* nr. 127/2015 af 10. juli 2015, og varemærket blev registreret den 22. oktober 2015 under nr. 14338735.

5 Sagsøgeren udvikler og sælger forseglingsmoduler, som var beskyttet ved patent frem til 2010.

6 Den 7. januar 2016 indgav intervenienten, Wallmax Srl, som producerer og distribuerer lignende forseglingsmoduler, en begæring om, at det i præmis 2 ovenfor gengivne varemærke blev erklæret ugyldigt for varer dækket heraf, idet intervenienten for det første påberåbte sig de absolutte ugyldighedsgrunde i artikel 7, stk. 1, litra b), d) og e), i forordning nr. 207/2009 [nu artikel 7, stk. 1,

litra b), d) og e), i forordning 2017/1001], sammenholdt med samme forordnings artikel 52, stk. 1, litra a), [nu artikel 59, stk. 1, litra a), i forordning 2017/1001] og for det andet den absolutte ugyldighedsgrund i artikel 52, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 [nu artikel 59, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001] under henvisning til, at sagsøgeren havde handlet i ond tro på det tidspunkt, hvor selskabet havde indgivet sin ansøgning.

7 Ved afgørelse af 14. marts 2017 forkastede annullationsafdelingen ugyldighedsbegæringen i sin helhed. Hvad angår den absolutte ugyldighedsgrund i artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 207/2009 [nu artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001] fandt annullationsafdelingen bl.a., for det første, at det omtvistede tegn klart refererer til et billede af et kabels forseglingsmodul, hvilket sagsøgeren i øvrigt erkendte, for det andet, at det omtvistede tegns væsentlige egenskaber er syv koncentriske blå cirkler på en sort firkantet bund adskilt fra hinanden af en afstand, der er identisk med deres bredde, således at den mindste cirkel, som er inderst, omsluttes af en større sort cirkel, og for det tredje, at det omtvistede figurmærke dels ingen objektive lighedspunkter har med en teknisk tegning eller en todimensional gengivelse af en tredimensional vare, dels at der er mange objektive forskelle mellem det anfægtede varemærke og formen på sagsøgerens forseglingsmodul (herefter »forseglingsmodulet«), såsom farven, antallet af koncentriske cirkler, og at der ikke er nogen skillelinje. Annullationsafdelingen fandt således ikke, at registrering af det anfægtede varemærke risikerede utilbørligt at bringe konkurrenternes mulighed for at markedsføre varer, hvis ordning omfatter en identisk teknologi eller en lignende teknisk løsning, i fare, og følgelig var varemærket ikke udelukket fra registrering i henhold til ovennævnte forordnings artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii).

8 Den 8. maj 2017 påklagede intervenienten annullationsafdelingens afgørelse i medfør af artikel 58-64 i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 66-71 i forordning 2017/1001).

9 Ved afgørelse af 8. januar 2018 annullerede Andet Appelkammer ved EUIPO annullationsafdelingens afgørelse og imødekom ugyldighedsbegæringen på grundlag af artikel 59, stk. 1, litra a), i forordning 2017/1001, sammenholdt med samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii).

10 Appelkammeret fandt for det første, at det omtvistede tegn – bortset fra baggrundsfarve-elementet, som ikke har fornødent særpræg – udelukkende bestod af forseglingsmodulets hovedegenskab, dvs. en nøjagtig gengivelse af enden af de koncentriske aftagelige lag, som findes på indersiden af det cylindriske hulrum, og som næsten ikke adskiller sig fra et fotografi af forseglingsmodulets overflade. For det andet fandt appelkammeret, at alle andre aspekter af forseglingsmodulet – det forhold, at det kan adskilles i to dele, det forhold, at det er en blok, og det forhold, at det kan have en hvilken som helst farve – i det store hele er uden forbindelse med dets funktion, eftersom sådanne elementer kan variere uden væsentligt at fordreje leddets funktion. For det tredje fandt appelkammeret, at forenden af modulets overflade, som klart viser den koncentriske cirkelstruktur, indeholder alle relevante angivelser, som er nødvendige for at opnå det forventede tekniske resultat.

11 For det andet fastslog appelkammeret, at den omstændighed, at det anfægtede varemærkes bundfarve, nemlig sort, ikke er farven på forseglingsmodulet, nemlig blå, og at der er forskelligt antal af koncentriske cirkler, ikke udgør vigtige forskelle, for så vidt som der er tale om marginale variationer af egenskaber ved det anfægtede varemærke, som ikke har fornødent særpræg. Appelkammeret fremhævede for det andet, at selv om det er korrekt, at det anfægtede varemærke ikke er delt af en vandret linje, som afgrænser den øverste del og den nederste del for at gøre det muligt i praksis at bortfjerne de forskellige lag, er graden af linjens synlighed direkte proportional med beskaffenheden af overfladebehandlingen, eftersom skillelinjen ved varer med overfladebehandling i høj kvalitet kan være helt usynlig. Således er det ikke afgørende, at der ikke er en skillelinje i det anfægtede varemærke. For det tredje fastslog appelkammeret, at intet dekorativt eller kreativt element i det foreliggende tilfælde udgør en væsentlig egenskab ved det omhandlede tegn, og for det fjerde fandt appelkammeret, at det forhold, at det anfægtede varemærke er et figurmærke, der gengiver et todimensionalt design, ikke er til hinder for anvendelsen af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001.

12 Endelig fandt appelkammeret for det tredje, dels at registreringen af det anfægtede varemærke indebar en risiko for utilbørligt at bringe konkurrenternes mulighed for at markedsføre forseglingsmoduler, hvor funktionen bygger på bortfjernelse af koncentriske lag fra et cylindrisk hulrum for at sikre en sikker tilslutning til et rør, en slange, en tråd eller et kabel, i fare, dels at sagsøgeren havde foretaget indgivelsen af varemærkeansøgningerne, der omfattede de koncentriske cirkler, herunder det anfægtede varemærke, med et strategisk sigte, som er i strid med logikken i artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001.

Parternes påstande

13 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande for Retten:

– Den anfægtede afgørelse annulleres.

– EUIPO tilpligtes at betale sagsomkostningerne i denne sag såvel som i sagerne for EUIPO.

14 EUIPO har nedlagt følgende påstande for Retten:

– Frifindelse.

– Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

15 Intervenienten har nedlagt følgende påstande for Retten:

– Den anfægtede afgørelse stadfæstes.

– Det anfægtede varemærke erklæres ugyldigt i henhold til artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001.

Retlige bemærkninger

Spørgsmålet, om intervenientens påstande kan antages til realitetsbehandling

16 Indledningsvis skal det for det første nævnes, at eftersom stadfæstelse af den anfægtede afgørelse svarer til frifindelse, må intervenientens første påstand forstås således, at denne mere præcist sigter til frifindelse (jf. i denne retning dom af 5.2.2016, Kicktipp mod KHIM – Italiana Calzature (kicktipp), T-135/14, EU:T:2016:69, præmis 19 og den deri nævnte retspraksis).

17 Hvad herefter angår intervenientens anden påstand, ved hvilken denne har anmodet Retten om at erklære det anfægtede varemærke ugyldigt i henhold til artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001, må det bemærkes, at det følger af artikel 72, stk. 2 og 3, i forordning 2017/1001, at sigtet med klager, der indbringes for Retten, er at få efterprøvet lovligheden af appelkamrenes afgørelser og eventuelt at opnå annullation eller omgørelse, hvorfor sigtet med sådanne afgørelser ikke kan være at opnå retskonstaterende domme (jf. i denne retning dom af 14.12.2017, GeoClimaDesign mod EUIPO – GEO (GEO), T-280/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2017:913, præmis 14 og den deri nævnte retspraksis).

18 Når sigtet er at opnå, at det anfægtede varemærke erklæres ugyldigt, skal intervenientens anden påstand følgelig afvises.

Om realiteten

19 Til støtte for sin sag har sagsøgeren påberåbt sig et enkelt anbringende om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001.

20 Til støtte for sit eneste anbringende har sagsøgeren for det første nærmere bestemt gjort gældende, at det anfægtede varemærke ikke udgør formen på den omhandlede konkrete vare, for så vidt som varen blot refererer til forseglingsmodulet og ikke beskriver dette. Det anfægtede varemærke omfatter ikke tre af forseglingsmodulets egenskaber, nemlig skillelinjen, den rektangulære tredimensionale form og det nævnte moduls aftagelige lag. Hvad desuden angår navnlig det anfægtede varemærkes manglende gengivelse af skillelinjen bemærkes, at den omhandlede vare – i modsætning til, hvad appelkammeret fastslog – har en meget synlig skillelinje, som ikke forsvinder på grund af beskaffenheden af varens overfladebehandling, eftersom forseglingsmodulet er lavet af gummi og beregnet til industriel brug. Det er således grundet disse forskelle sagsøgerens opfattelse, at det anfægtede varemærke af forbrugeren vil blive opfattet som et figurmærke, som viser de farver, der er karakteristiske for sagsøgeren, dvs. sort og blå, og som minder om selskabets produktlinje, snarere end et varemærke, der gengiver det forseglingsmodul, som sælges af sagsøgeren, eller en afbildning heraf.

21 For det andet har sagsøgeren nærmere gjort gældende, at appelkammeret ikke identificerede det omtvistede tegns væsentlige egenskaber korrekt, idet det lagde til grund, at de koncentriske cirkler var den eneste væsentlige egenskab, som var relevant med henblik på anvendelsen af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001, uden at tage hensyn til »boksens form«, farven blå og sammensætningen af farverne sort og blå, som ligeledes er væsentlige egenskaber ved det anfægtede varemærke.

22 Navnlig er sammensætningen af farverne sort og blå for det første en væsentlig egenskab ved det anfægtede varemærke, dels for så vidt som denne sammensætning sammen med de koncentriske cirkler udgør den mest særprægede egenskab ved det anfægtede varemærke, hvilket godtgøres ved Andet Appelkammer ved EUIPO's afgørelse af 15. juni 2012 (sag R 2244/2010-2), der omhandler et andet af sagsøgerens varemærker, som kun består af disse to farver, og hvor appelkammeret fandt, at det nævnte varemærke havde opnået fornødent særpræg ved brug for bl.a. »indretninger af plastic eller gummi til tætning af brud på kabler og rør« henhørende under klasse 17, dels idet sammensætningen dominerer det omtvistede tegns visuelle helhedsindtryk. For det andet er den nævnte farvesammensætning et væsentligt ikke-funktionelt element ved det anfægtede varemærke, hvilket i overensstemmelse med Domstolens praksis er til hinder for, at registreringen af det anfægtede varemærke erklæres ugyldig på grundlag af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001.

23 For det tredje har sagsøgeren nærmere gjort gældende, at det anfægtede varemærke ikke omfatter de egenskaber, der er nødvendige for funktionen og anvendelsen af den omhandlede vare, såsom den skillelinje, der angiver, at varen deles i to dele, den rektangulære tredimensionale form og varens aftagelige lag, og at det ønskede tekniske resultat ikke kunne være opnået uden disse. Sagsøgeren har tilføjet, at de ovennævnte egenskaber, for så vidt som disse ikke indgår i det anfægtede varemærke, kan indgå i konkurrerende varer med et andet design, hvilket er til hinder for, at registreringen af det anfægtede varemærke erklæres ugyldig på grundlag af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001. Desuden er der ikke risiko for påvirkning af konkurrencen, for så vidt som der er mange farvesammensætninger på markedet ud over de af sagsøgeren anvendte, således som det godtgøres af det af intervenienten indleverede varemærke, som er genstand for indsigelsesafdelingens afgørelse B 3035 519 af 22. februar 2019, hvori det blev konstateret, at der ikke var risiko for forveksling mellem et af intervenienten ansøgt varemærke og sagsøgerens tidligere varemærker, idet der bl.a. blev taget hensyn til farveforskelle. Endelig findes der andre tætningsløsninger på markedet, for hvilke denne særlige tekniske løsning ikke engang er nødvendig.

24 EUIPO og intervenienten har bestridt sagsøgerens argumenter.

25 Indledningsvis må det for det første bemærkes, at tegn, som udelukkende består af formen på varer, som er nødvendig for at opnå et teknisk resultat, er udelukket fra registrering i henhold til artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001.

26 Den interesse, der ligger bag artikel 7, stk. 1, litra e), i forordning 2017/1001, er 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 ved konkurrenternes varer (jf. analogt dom af 18.6.2002, Philips, C-299/99, EU:C:2002:377, præmis 78).

27 De regler, der er fastsat af lovgiver, afspejler i denne forbindelse afvejningen af to betragtninger, som hver især kan bidrage til gennemførelsen af en ordning med en sund og loyal konkurrence (dom af 14.9.2010, Lego Juris mod KHIM, C-48/09 P, EU:C:2010:516, præmis 44).

28 For det første sikrer indførelsen i artikel 7, stk. 1, i forordning 2017/1001 af forbuddet mod som varemærke at registrere ethvert tegn, der udgøres af en vares udformning, som er nødvendig for at opnå et teknisk resultat, at virksomheder ikke kan anvende varemærkeretten til uden tidsmæssig begrænsning at bevare enerettigheder til tekniske løsninger (dom af 14.9.2010, Lego Juris mod KHIM, C-48/09 P, EU:C:2010:516, præmis 45).

29 For det andet vurderede lovgiver behørigt ved at begrænse registreringshindringen i artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001 til tegn, som »udelukkende« udgøres af formen på varer, som er »nødvendig« for at opnå et teknisk resultat, at enhver udformning af en vare i en vis udstrækning er funktionel, og at det følgelig ville være uhensigtsmæssigt at afskære en vares udformning fra registrering med den blotte begrundelse, at den har funktionelle kendetegn. Med ordene »udelukkende« og »nødvendig« sikrer bestemmelsen, at alene udformninger af en vare, som udelukkende inkorporerer en teknisk løsning, og hvis registrering som varemærke således reelt vil vanskeliggøre andre virksomheders anvendelse af denne tekniske løsning, nægtes registrering (dom af 14.9.2010, Lego Juris mod KHIM, C-48/09 P, EU:C:2010:516, præmis 48).

30 Det bemærkes for det andet, at en korrekt anvendelse af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001 forudsætter, at det omhandlede tredimensionale tegns væsentlige kendetegn identificeres behørigt af den myndighed, der træffer afgørelse i sagen om ansøgningen om registrering af det pågældende tegn som varemærke. Udtrykket »væsentlige kendetegn« forstås således, at det omfatter tegnets vigtigste elementer (jf. i denne retning dom af 14.9.2010, Lego Juris mod KHIM, C-48/09 P, EU:C:2010:516, præmis 68 og 69).

31 Identifikationen af de væsentlige kendetegn må foretages i hvert enkelt tilfælde. Der gælder nemlig ikke nogen regel om systematisk hierarki mellem de forskellige typer af bestanddele, som et tegn kan omfatte. Den kompetente myndighed kan i øvrigt i forbindelse med undersøgelsen af et tegns væsentlige kendetegn dels støtte sig direkte til det helhedsindtryk, som tegnet giver, dels indledningsvis foretage en successiv undersøgelse af hver enkelt af tegnets bestanddele (dom af 14.9.2010, Lego Juris mod KHIM, C-48/09 P, EU:C:2010:516, præmis 70).

32 Følgelig kan identifikationen af et tredimensionalt tegns væsentlige kendetegn med henblik på en eventuel anvendelse af registreringshindringen i artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001, alt efter omstændighederne i sagen og navnlig henset til graden af vanskeligheder forbundet med den, foretages ved hjælp af en simpel visuel analyse af det pågældende tegn eller omvendt baseres på en indgående undersøgelse, hvorved der tages hensyn til elementer, der er relevante for bedømmelsen, såsom undersøgelser og ekspertvurderinger eller sågar oplysninger, der vedrører intellektuelle ejendomsrettigheder, som tidligere er tildelt i forbindelse med den omhandlede vare (dom af 14.9.2010, Lego Juris mod KHIM, C-48/09 P, EU:C:2010:516, præmis 71).

33 Den kompetente myndigheds mulighed for at tage hensyn til elementer, der er nyttige for at identificere et anfægtet tredimensionalt tegns væsentlige kendetegn, er blevet udvidet til at omfatte todimensionale tegn (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, ikke trykt i Sml., EU:C:2014:129, præmis 55).

34 Det bemærkes for det tredje, at når tegnets væsentlige kendetegn er identificeret, påhviler det dernæst EUIPO at efterprøve, om disse kendetegn alle svarer til den omhandlede vares tekniske funktion. Artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001 kan nemlig ikke anvendes, når ansøgningen om registrering som varemærke vedrører formen på en vare, hvori et ikke-funktionelt element, såsom et dekorativt eller kreativt element, spiller en vigtig rolle (jf. dom af 28.6.2016, Peri mod EUIPO (Formen på en forskallingslås), T-656/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:367, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis).

35 Undersøgelse af et tegns væsentlige egenskabers funktionalitet, der udgøres af formen på en vare, skal foretages ved at analysere det tegn, der er indgivet til registrering som varemærke, og ikke de tegn, som udgøres af andre vareudformninger. Den tekniske funktionalitet kan bl.a. vurderes ved at tage hensyn til den dokumentation, der vedrører ældre patenter, som beskriver den pågældende forms funktionelle elementer (jf. dom af 31.1.2018, Novartis mod EUIPO – SK Chemicals (Gengivelse af et transdermalt plaster), T-44/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:48, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis).

36 I lyset af disse principper skal argumenterne til støtte for anbringendet om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001 undersøges.

37 Hvad for det første angår sagsøgerens argument om, at det anfægtede varemærke ikke udgør formen på den konkrete vare, for så vidt som dette blot refererer til forseglingsmodulet og ikke beskriver dette (jf. præmis 20 ovenfor), bemærkes det, at det følger af retspraksis, dels at den grafiske gengivelse af et varemærke skal kunne stå alene, være let tilgængelig og forståelig, for at et tegn kan være genstand for en stadig og sikker opfattelse, som garanterer det nævnte varemærkes funktion som angivelse af oprindelse. Dels har kravet om grafisk gengivelse navnlig til formål at afgrænse varemærket for at fastlægge den nøjagtige genstand for den beskyttelse, det registrerede varemærke giver indehavere (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, ikke trykt i Sml., EU:C:2014:129, præmis 57 og den deri nævnte retspraksis).

38 Det følger ligeledes af den retspraksis, der er nævnt i præmis 30-33 ovenfor, at appelkammeret for at identificere de væsentligste kendetegn for et todimensionalt tegn som det omtvistede kan foretage en dybdegående undersøgelse, i hvilken forbindelse der ud over den grafiske gengivelse og de eventuelle beskrivelser, der er blevet indgivet i forbindelse med indgivelsen af registreringsansøgningen, tages hensyn til de nyttige elementer, der muliggør en vurdering af, hvad det omhandlede tegn konkret gengiver.

39 I denne forbindelse følger det af den anfægtede afgørelses punkt 21, at appelkammeret for at vurdere det anfægtede varemærkes egenskaber for det første tog hensyn til den grafiske todimensionale gengivelse af tegnet og forseglingsmodulet, der var beskyttet ved et patent, som sagsøgeren havde fået, og som udløb i 2010. I lyset af disse to elementer fandt appelkammeret således uden videre i den nævnte afgørelses punkt 22, at det anfægtede varemærkes koncentriske cirkelstruktur kunne adskilles i de to tekniske tegninger af forseglingsmodulet, der hidrører fra det originale patentdokument.

40 Appelkammeret har herefter henvist dels, i den anfægtede afgørelses punkt 23, til beskrivelsen af det forseglingsmodul, der er resultatet af sagsøgerens patent, hvoraf navnlig dette følger: »Opfindelsen, som består af et led, der »går gennem eller passerer forbi«, udgør en metode, som garanterer en stram tilpasning for en sikker indførelse af et kabel, en slange eller en tråd. Det indre længdegående runde hulrum består af koncentriske aftagelige forseglingslag. Disse lag løsnes, indtil den korrekte diameter for, at et kabel kan indføres, opnås. Modulet består af gummi af høj kvalitet.« Dels har appelkammeret i den nævnte afgørelses punkt 25 henvist til sagsøgerens varekatalog, hvori sagsøgeren

angiver, at »[opfindelsen] er en løsning, som er baseret på gummimoduler, der består af aftagelige lag«, og at »[d]enne giver mulighed for en fuldstændig forsegling, uanset kablets eller rørets udvendige dimensioner«.

41 Appelkammeret har endelig i den anfægtede afgørelses punkt 27 henvist til de fotografier af forseglingsmodulet, som fremgår af sagsøgerens reklamemateriale, og som viser forseglingsmodulets anvendelse, dvs. navnlig, at de koncentriske aftagelige forseglingslag løsnes, og et kabel indføres.

42 På grundlag af samtlige disse elementer fandt appelkammeret nærmere i den anfægtede afgørelses præmis 38 og 44, at det anfægtede varemærke udgør en todimensional gengivelse af forseglingsmodulets overflade.

43 Denne konklusion fra appelkammeret må tiltrædes. Faktisk følger det dels af en sammenligning mellem det anfægtede varemærke og de tekniske tegninger af forseglingsmodulet fra sagsøgerens udløbne patent, dels af en sammenligning mellem det nævnte varemærke og fotografierne af forseglingsmodulet, der fremgår af sagsøgerens reklamemateriale, at det anfægtede varemærke, som består af en sort firkant indeholdende syv koncentriske blå cirkler, kun adskiller sig ganske lidt fra forseglingsmodulets overflade, som består af en firkantet form, på grundlag af hvilken enden af de koncentriske aftagelige forseglingslag, som findes på indersiden af dets cylindriske hulrum, fremhæves, og er delt af en smal vandret linje.

44 Det følger ligeledes af beskrivelserne af det forseglingsmodul, som fremgår af det ovennævnte patent og af sagsøgerens varekatalog, at »opfindelsen« er en løsning baseret på gummimoduler, som består af koncentriske aftagelige forseglingslag. Det kan deraf udledes, at det anfægtede varemærkes koncentriske cirkler er »den synlige følge af de »mange« aftagelige lag«, og at hver af dem svarer »til et sideblik på det aftagelige lag«, som appelkammeret med rette har konstateret i den anfægtede afgørelses punkt 28.

45 På baggrund af det ovenstående må det konstateres, at det anfægtede varemærke – i modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende – består af formen på den konkrete omhandlede vare, dvs. en todimensional gengivelse af forseglingsmodulets overflade, som fremhæver enden af de koncentriske aftagelige forseglingslag, der udgør indersiden af det nævnte moduls cylindriske hulrum.

46 Sagsøgerens argumenter kan ikke føre til et andet resultat end denne konklusion.

47 Hvad for det første angår den manglende gengivelse af forseglingsmodulets skillelinje i det anfægtede varemærke bemærkes det – som intervenienten med rette har gjort – at de to halvdele, der udgør modulet, ikke kan betragtes uafhængigt af hinanden, men må betragtes samlet, idet varen kun konkret opfylder forseglingsfunktionen, når de to halvdele overlapper hinanden. Således udgør de to halvdele, når de overlapper hinanden, et enkelt ensartet element, og skillelinjen mellem dem er næsten usynlig, hvilket fremgår åbenbart dels af fotografierne af det nævnte modul, som er gengivet i den anfægtede afgørelses punkt 27, dels af sagsøgerens varekatalog, hvor det er angivet, at når modulets to halvdele overlapper hinanden, varierer tykkelsen på det omhandlede moduls skillelinje mellem 0,1 og 1,0 mm. Følgelig kan det lægges til grund, at for så vidt som skillelinjen udgør en egenskab ved forseglingsmodulet, der er af mindre betydning og næsten er usynlig, er den omstændighed, at dette element ikke er gengivet i det anfægtede varemærke, ikke afgørende, som appelkammeret med rette har bemærket i den anfægtede afgørelses punkt 37, eftersom dette ikke er til hinder for at opfatte det anfægtede varemærke som en gengivelse af forseglingsmodulets overflade i lyset af de i præmis 43-45 ovenfor nævnte betragtninger.

48 Hvad for det andet angår manglende gengivelse af forseglingsmodulets tredimensionale rektangulære form i det anfægtede varemærke bemærkes det, at artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001 ikke definerer de tegn, som i henhold til denne bestemmelse må anses for en form. Forordningen sondrer ikke mellem tredimensionale former, todimensionale former eller sågar

todimensionale gengivelser af en tredimensional form. Det kan således konstateres, at denne bestemmelse kan anvendes i forhold til det omtvistede tegn, som udgør en todimensional gengivelse af forseglingsmodulets overflade (jf. i denne retning dom af 31.1.2018, Novartis mod EUIPO – SK Chemicals (Gengivelse af et transdermalt plaster), T-44/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:48, præmis 19 og den deri nævnte retspraksis). Følgelig er sagsøgerens argument om, at det omtvistede tegn ikke gengiver en tredimensional egenskab, ikke relevant, når samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), finder anvendelse i forhold til det omtvistede tegn, som udgør en todimensional gengivelse af forseglingsmodulets overflade.

49 Hvad endelig og for det tredje angår sagsøgerens argument om, at det anfægtede varemærke ikke gengiver forseglingsmodulets aftagelige lag, er det tilstrækkeligt at henvise til de i præmis 44 ovenfor fremsatte betragtninger, hvori det fastslås, at de koncentriske aftagelige forseglingslag gengives ved det anfægtede varemærkes koncentriske cirkler, for så vidt som disse er »den synlige følge af de »mange« aftagelige lag«, og hver af dem svarer »til et sideblik på det aftagelige lag«. Følgelig må dette argument forkastes.

50 Hvad for det andet angår sagsøgerens argument om, at appelkammeret ikke korrekt har identificeret det anfægtede varemærkes væsentlige egenskaber (jf. præmis 21 ovenfor), må det indledningsvis konstateres, at det følger af parternes skriftlige indlæg, at dette henviser til det omtvistede tegns elementers fornødne særpræg for at identificere dette tegns væsentlige egenskaber. Sagsøgeren har endda gjort gældende, at sammensætningen af farverne sort og blå er en væsentlig egenskab ved det anfægtede varemærke, for så vidt som denne sammensætning – sammen med de koncentriske cirkler – udgør varemærkets »mest særprægede« egenskab. EUIPO har gjort gældende, at de elementer, som klart er uden fornødent iboende særpræg, ikke kan kvalificeres som væsentlige egenskaber. Endelig har intervenienten navnlig gjort gældende, at »tegnets særlige kendetegn« uden tvivl er det »koncentriske design«, som viser forseglingsmodulets tekniske hovedegenskaber.

51 Imidlertid bemærkes det i denne forbindelse, at det ikke følger af Domstolens og Rettens praksis, at begrebet »væsentlige egenskaber« ved et tegn i henhold til artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001 henviser til tegnets »særlige kendetegn«, men – som nævnt i præmis 30 ovenfor – kun til »tegnets vigtigste elementer«, som må identificeres i hvert enkelt tilfælde.

52 Det skal endelig bemærkes, at de varemærker, der kan udelukkes fra registrering i henhold til registreringshindringerne i artikel 7, stk. 1, litra b)-d), i forordning 2017/1001, i overensstemmelse med denne bestemmelses stk. 3 kan opnå fornødent særpræg. Et tegn, der er afvist fra registrering på grundlag af artikel 7, stk. 1, litra e), i forordning 2017/1001, kan derimod aldrig få fornødent særpræg som omhandlet i forordningens artikel 7, stk. 3, ved den brug, der er gjort heraf. Artikel 7, stk. 1, litra e), i forordning 2017/1001 omhandler dermed visse tegn, der efter deres art ikke kan udgøre varemærker, og den er en umiddelbar hindring for, at et tegn, der udelukkende består af formen på varer, kan registreres som varemærke (jf. analogt dom af 18.6.2002, Philips, C-299/99, EU:C:2002:377, præmis 75 og 76).

53 For så vidt som den absolutte registreringshindring i artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001 udgør en umiddelbar hindring for, at et tegn, der udelukkende består af formen på varer, kan registreres, må det konstateres, at undersøgelsen heraf ikke henhører under de samme regler som særlige kendetegn, hvor sigtet med identifikationen er at vurdere funktionen som oprindelsesangivelse for varerne set med forbrugerens øjne, hvilket er forskelligt fra fastlæggelsen af en forms væsentlige elementer.

54 I modsætning til den situation, der er omfattet af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001, hvor opfattelsen hos den tilsigtede kundekreds ubetinget skal tages i betragtning, idet den er væsentlig for at fastslå, om det tegn, der er indgivet med henblik på registrering som varemærke, gør det muligt at adskille de pågældende varer og tjenesteydelser som hidrørende fra en bestemt virksomhed, kan en sådan forpligtelse ikke pålægges inden for rammerne af anvendelsen af registreringshindringen i

artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001. Den formodede opfattelse af tegnet hos gennemsnitsforbrugeren er således ikke et afgørende element ved anvendelsen af registreringshindringen i artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001, men kan højst udgøre et relevant bedømmelseskriterium for den kompetente myndighed, når denne foretager en identifikation af tegnets væsentlige kendetegn. Det er følgelig ikke ubetinget nødvendigt, at et tegns væsentlige kendetegn inden for rammerne af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001 skal foretages ud fra den tilsigtede kundekreds' synsvinkel (jf. i denne retning dom af 14.9.2010, Lego Juris mod KHIM, C-48/09 P, EU:C:2010:516, præmis 75-77).

55 Domstolen har således bekræftet Rettens praksis, hvorefter fastlæggelsen af den omhandlede forms væsentlige kendetegn, inden for rammerne af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001, skal foretages med det bestemte formål at gøre det muligt at undersøge den omhandlede forms funktionalitet. Gennemsnitsforbrugerens opfattelse er imidlertid ikke relevant for vurderingen af funktionaliteten af en forms væsentlige kendetegn. Det er nemlig muligt, at gennemsnitsforbrugeren ikke besidder det tekniske kendskab, som er nødvendigt for at vurdere en forms væsentlige kendetegn, således at visse egenskaber kan være væsentlige fra forbrugernes synspunkt, men ikke er det i forbindelse med vurderingen af funktionaliteten og omvendt. Det må derfor fastslås, at en forms væsentlige kendetegn i henhold til artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001 skal bestemmes på objektiv vis på grundlag af den grafiske gengivelse og den eventuelle beskrivelse, som er indleveret i forbindelse med varemærkeansøgningen (jf. i denne retning dom af 12.11.2008, Lego Juris mod KHIM – Mega Brands (Rød Lego-klods), T-270/06, EU:T:2008:483, præmis 70, og af 31.1.2018, Novartis mod EUIPO – SK Chemicals (Gengivelse af et transdermalt plaster), T-44/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:48, præmis 99).

56 På baggrund af den ovenfor i præmis 54 og 55 nævnte retspraksis bemærkes det for det første, at vurderingen af et tegns fornødne særpræg ubetinget forudsætter, at den tilsigtede kundekreds' opfattelse tages i betragtning, i modsætning til vurderingen af de væsentlige egenskaber ved et tegn, som består af en form, i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001, inden for rammerne af hvilken opfattelsen hos den tilsigtede kundekreds hverken er ubetinget nødvendig eller afgørende for de i præmis 55 ovenfor nævnte grunde og højst kan udgøre et relevant bedømmelseskriterium for den kompetente myndighed, når denne foretager en identifikation af tegnets væsentlige kendetegn, uden at dette er afgørende.

57 For det andet bemærkes, at den tilsigtede kundekreds' opfattelse inden for rammerne af vurderingen af det fornødne særpræg i medfør af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001 har en anden genstand end »højst [at kunne] udgøre et relevant bedømmelseskriterium for den kompetente myndighed, når denne foretager en identifikation af tegnets væsentlige kendetegn«, inden for rammerne af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i ovennævnte forordning.

58 Inden for rammerne af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001 er sigtet med den tilsigtede kundekreds' opfattelse at fastslå, om det tegn, der er indgivet med henblik på registrering som varemærke, gør det muligt at adskille de omhandlede varer eller tjenesteydelser som hidrørende fra en bestemt virksomhed, mens sigtet hermed inden for rammerne af samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), kun er som et relevant bedømmelseskriterium at fastslå, hvilke elementer der opfattes som de vigtigste, med det bestemte formål, at den omhandlede forms funktionalitet kan undersøges. Det følger således, at den tilsigtede kundekreds' opfattelse inden for rammerne af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001 og den nævnte opfattelse inden for rammerne af samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), hverken har samme genstand eller formål. Det følger således heraf, at et tegns elements fornødne særpræg ikke er relevant for at identificere dettes væsentlige egenskaber inden for rammerne af den nævnte forordnings artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii).

59 Hvad angår fornødent særpræg som følge af brug i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning 2017/1001, som sagsøgeren har påberåbt sig for så vidt angår det omtvistede tegns sammensætning af farverne sort og blå for at bevise, at denne sammensætning – som nævnt i præmis 52 ovenfor – udgør en væsentlig

egenskab ved det nævnte tegn, har lovgiver på særlig strikt vis fastslået, at former, som er nødvendige for at opnå et teknisk resultat, er uegnede til at blive registret som varemærker, idet denne dog undtog registreringshindringerne i artikel 7, stk. 1, litra e), i forordning 2017/1001 fra anvendelsesområdet for undtagelsen i samme artikels stk. 3. Det følger således af artikel 7, stk. 3, i forordning 2017/1001, at selv om en form på varer, som er nødvendig for at opnå et teknisk resultat, har fået fornødent særpræg som følge af den brug, der er gjort deraf, kan den ikke registreres som varemærke (jf. dom af 31.1.2018, Novartis mod EUIPO – SK Chemicals (Gengivelse af et transdermalt plaster), T-44/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:48, præmis 103 og den deri nævnte retspraksis). For så vidt som artikel 7, stk. 3, i forordning 2017/1001 ikke finder anvendelse på samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), må det følgelig bemærkes, at et tegns fornødne særpræg som følge af brug ingen relevans har inden for rammerne af denne sidstnævnte bestemmelse.

60 Desuden må det bemærkes, at den tilsigtede kundekreds' opfattelse inden for rammerne af artikel 7, stk. 3, i forordning 2017/1001 dels er ubetinget nødvendig og afgørende, dels sigter mod at fastslå, om tegnet er egnet til at adskille varerne og tjenesteydelserne fra andre virksomheders varer og tjenesteydelser, idet de opfattes som hidrørende fra en særlig virksomhed. Således må det konstateres, at den tilsigtede kundekreds' opfattelse inden for rammerne af den ovennævnte bestemmelse har en anden genstand og et andet formål end dem, der må tages i betragtning inden for rammerne af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001, som det er konstateret i præmis 54-58 ovenfor vedrørende den tilsigtede kundekreds' opfattelse inden for rammerne af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001.

61 Henset til ovenstående betragtninger kan det konstateres, at et tegns fornødne særpræg som følge af brug heller ikke er relevant for at identificere tegnets væsentlige egenskaber.

62 Endelig bemærkes, at selv om det ganske vist følger af den retspraksis, som allerede er nævnt i præmis 34 ovenfor, at anvendelse af registreringshindringen i artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001 bør udelukkes, hvis formen på de omhandlede varer inkorporerer et væsentligt ikke-funktionelt element, såsom et dekorativt eller kreativt element, som spiller en vigtig rolle for den pågældende form, og at tilstedeværelsen af et eller flere vilkårlige elementer af mindre betydning derimod ikke udelukker anvendelsen af den ovennævnte bestemmelse (jf. også i denne retning dom af 14.9.2010, Lego Juris mod KHIM, C-48/09 P, EU:C:2010:516, præmis 51 og 52), må det bemærkes, at i modsætning til, hvad EUIPO har gjort gældende, kan ordene »kreativt« eller »vilkårlig«, som anvendes i den ovennævnte retspraksis, og som nærmer sig den terminologi, som anvendes inden for rammerne af vurderingen af det fornødne særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001, ikke af den grund støtte EUIPO's synspunkt, hvorefter fornødent særpræg er en af de faktorer, der skal tages i betragtning med henblik på at identificere et tegns væsentlige egenskaber.

63 Det bemærkes, at det følger af den ovenfor i præmis 30-32 og 34 nævnte retspraksis, at en korrekt anvendelse af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001 indledningsvis forudsætter, at den kompetente myndighed foretager en identifikation af det omhandlede tegns væsentlige egenskaber, og at myndigheden derpå i anden omgang efterprøver, om disse kendetegn alle svarer til den omhandlede vares tekniske funktion. Således kan det konstateres, at bedømmelsen af en væsentlig egenskabs karakter som »dekorativ«, »kreativ« eller »vilkårlig« først indledes i forbindelse med anden etape af vurderingen inden for rammerne af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i den ovennævnte forordning vedrørende funktionaliteten af de væsentlige egenskaber, som tidligere er identificeret, og ikke i forbindelse med den første etape vedrørende identifikationen af tegnets væsentlige egenskaber. Følgelig støtter brugen af ordene »kreativ« eller »vilkårlig« i den i præmis 62 ovenfor nævnte retspraksis, i modsætning til, hvad EUIPO har gjort gældende, ikke det synspunkt, at fornødent særpræg er en af de faktorer, der må tages i betragtning med henblik på at identificere et tegns væsentlige egenskaber.

64 På baggrund af det ovenstående kan det konkluderes, at det ikke er relevant at henvise til et tegns elementers fornødne særpræg eller til fornødent særpræg opnået ved et tegns brug for at fastslå det pågældende tegns væsentlige egenskaber med henblik på anvendelsen af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001.

65 For så vidt som det er godtgjort navnlig i præmis 51-64 ovenfor, at et tegns elementers fornødne særpræg ikke er relevant for at fastslå disses væsentlige egenskaber, må det således konstateres, at det var fejlagtigt af appelkammeret at fastslå, at forseglingsmodulets form som en boks, farven blå og sammensætningen af farverne sort og blå ikke skulle tages i betragtning med den begrundelse, at der var tale om elementer »ganske uden særpræg«. Imidlertid er denne omstændighed uden betydning for lovligheden af den anfægtede afgørelse, for så vidt som appelkammerets konklusion, dvs. at det omtvistede tegns væsentlige egenskab svarer til de koncentriske cirkler, forbliver korrekt.

66 For det første må det på grundlag af en simpel visuel analyse af det omtvistede tegn konstateres, at tegnet består af en sort firkant indeholdende syv koncentriske blå cirkler. Imidlertid kan det på baggrund af placeringen af de koncentriske cirkler, som er anbragt i centrum, som mindst fylder tre fjerdedele af tegnet, og som fremhæves på grund af kontrasten mellem deres blå farve og firkantens sorte bundfarve, som cirklerne er placeret på, konstateres, at de udgør det nævnte tegns vigtigste element.

67 For det andet må det på grundlag af en indgående undersøgelse i henhold til den ovenfor i præmis 32 nævnte retspraksis bemærkes, at betydningen af forseglingsmodulets koncentriske aftagelige forseglingslag, som det anfægtede varemærkes koncentriske cirkler gengiver, for det første støttes af beskrivelserne af opfindelsen, der ses af det udløbne patent og sagsøgerens varekatalog, hvori det er angivet, at forseglingsmodulet består af koncentriske aftagelige forseglingslag, og at det netop er de nævnte lag, som gør det muligt for denne at garantere en »fuldstændig forsegling, uanset kablets eller rørets udvendige dimensioner«. For det andet ses betydningen af de koncentriske aftagelige forseglingslag af de fotografier af forseglingsmodulet, der fremgår af sagsøgerens reklamemateriale, og som er gengivet i den anfægtede afgørelses punkt 27, som består af alle vinkler, der viser overfladen af det nævnte modul, og som ikke kun fremhæver de koncentriske aftagelige forseglingslag, som den består af, men ligeledes betydningen af deres funktion, dvs. at de kan løsnes et for et, indtil den korrekte diameter til indførelse af et kabel opnås. For det tredje støttes betydningen af de koncentriske aftagelige forseglingslag af de andre varemærker, som sagsøgeren har indleveret, og som er gengivet i den anfægtede afgørelses punkt 40, der kun adskiller sig fra det anfægtede varemærke ved deres farver samt tilføjelsen af en knapt mærkbar skillelinje, for så vidt som de gengiver hele rækken af koncentriske cirkler, som aldrig varierer.

68 For så vidt som det følger såvel af en simpel visuel analyse som af en indgående undersøgelse af det omtvistede tegn, at tegnets koncentriske cirkler udgør dets vigtigste element, er det følgelig med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 41 har fastholdt, at tegnets eneste vigtige egenskab bestod af de koncentriske cirkler.

69 Det bemærkes, at selv om sagsøgeren ikke har bestridt, at de koncentriske cirkler udgør en væsentlig egenskab ved det omtvistede tegn, har sagsøgeren alligevel gjort gældende, at cirklerne ikke udgør tegnets eneste væsentlige egenskab. Sammensætningen af farverne sort og blå, forseglingsmodulets boksform og farven blå er ligeledes væsentlige egenskaber. Det må imidlertid konstateres, at ingen af disse argumenter kan føre til et andet resultat end appelkammerets konklusion i den anfægtede afgørelses punkt 41, hvorefter det omtvistede tegns eneste vigtige egenskab består af de koncentriske cirkler.

70 Hvad for det første angår sagsøgerens argument om, at sammensætningen af farverne sort og blå udgør en væsentlig egenskab ved det omtvistede tegn med den begrundelse, at denne har opnået fornødent særpræg ved brug, og at den dominerer varemærkets visuelle indtryk, er det tilstrækkeligt at nævne, for det første, at et tegns fornødne særpræg som følge af brug og at fornødent særpræg ved et eller

flere elementer af et tegn ikke er relevante for at identificere disse elementers væsentlige egenskaber inden for rammerne af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001, således som det er godtgjort i præmis 59-61 ovenfor. Følgelig kan sammensætningen af farverne sort og blå ikke betragtes som en væsentlig egenskab med den begrundelse, at denne sammensætning har fået fornødent særpræg ved brug.

71 For det andet følger det af den simple visuelle analyse af det omtvistede tegn som beskrevet i præmis 66 ovenfor, at den ovennævnte farvesammensætning ikke gør andet end at fremhæve det anfægtede varemærkes række af koncentriske cirkler på grund af den kontrast, der er mellem den sorte firkantede bund og de koncentriske cirklers blå farve på denne bund. Følgelig er det – i modsætning til, hvad sagsøgeren nærmere har gjort gældende – ikke den nævnte farvesammensætning, der udgør det omtvistede tegns vigtigste element, men rækken af koncentriske cirkler.

72 Da sagsøgeren ikke har ført tilstrækkeligt bevis for, at sammensætningen af farverne sort og blå udgør en væsentlig egenskab ved det omtvistede tegn, må sagsøgerens argument om, at denne farvesammensætning udgør et væsentligt ikke-funktionelt element af det omhandlede tegn, således ligeledes forkastes. Selv om artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001 som nævnt i præmis 34 og 62 ovenfor ganske vist ikke finder anvendelse, når varemærkeansøgningen vedrører formen på varer, hvori et ikke-funktionelt element, såsom et dekorativt eller kreativt element, spiller en vigtig rolle (jf. også i denne retning dom af 31.1.2018, Novartis mod EUIPO – SK Chemicals (Gengivelse af et transdermalt plaster), T-44/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:48, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis), må det konstateres, at dette ikke er tilfældet i den foreliggende sag. For så vidt som sagsøgeren ikke har ført tilstrækkeligt bevis for, at sammensætningen af farverne sort og blå udgør en væsentlig egenskab ved det omtvistede tegn, dvs. en af tegnets »vigtigste elementer«, udgør den nævnte farvesammensætning kun et vilkårligt element af mindre betydning. Imidlertid kan tilstedeværelsen af et eller flere vilkårlige elementer af mindre betydning som nævnt i præmis 62 ovenfor ikke udelukke anvendelsen af den ovennævnte forordnings artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii) (jf. også i denne retning dom af 31.1.2018, Novartis mod EUIPO – SK Chemicals (Gengivelse af et transdermalt plaster), T-44/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:48, præmis 86 og den deri nævnte retspraksis). Sagsøgerens argument om, at den nævnte farvesammensætning udgør et væsentligt ikke-funktionelt element af det omtvistede tegn, må således ligeledes forkastes.

73 Hvad for det andet angår sagsøgerens argument om, at appelkammeret ikke har taget hensyn til forseglingsmodulets boksform og til farven blå, som ligeledes udgør væsentlige egenskaber ved det omtvistede tegn, må det – som det er konstateret i præmis 65 ovenfor – bemærkes, at selv hvis appelkammeret fejlagtigt har udeladt disse to elementer med den begrundelse, at der var tale om »elementer ganske uden særpræg«, forholder det sig ikke desto mindre sådan, at sagsøgerens opfattelse af, at disse to elementer må anses for væsentlige egenskaber ved det omtvistede tegn, ikke støttes. Følgelig må dette argument forkastes.

74 For så vidt som ingen af sagsøgerens argumenter fører til andet resultat end appelkammerets konklusion, hvorefter de koncentriske cirkler udgør den eneste væsentlige egenskab ved det omtvistede tegn, må sagsøgerens argument om, at appelkammeret ikke korrekt har identificeret det nævnte tegns væsentlige egenskaber, således forkastes.

75 Hvad for det tredje angår sagsøgerens argument om, at det anfægtede varemærke ikke omfatter de egenskaber, der er nødvendige for funktionen og anvendelsen af den omhandlede vare, såsom skillelinjen, den rektangulære tredimensionale form og varens aftagelige lag, som er nødvendige for opnåelsen af det ønskede tekniske resultat (jf. præmis 23 ovenfor), skal det for det første nævnes, at for at den absolutte registreringshindring i artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001 finder anvendelse, er det tilstrækkeligt, at formens væsentlige kendetegn har de tekniske egenskaber, der er

nødvendige for opnåelsen af det ønskede tekniske resultat, således at de skyldes hensynet til det tekniske resultat (jf. i denne retning dom af 12.11.2008, Lego Juris mod KHIM – Mega Brands (Rød Lego-klods), T-270/06, EU:T:2008:483, præmis 39).

76 Desuden skal det ligeledes nævnes, at det i præmis 48 ovenfor er godtgjort, at artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001 finder anvendelse på det omtvistede tegn, som udgør en todimensional gengivelse af forseglingsmodulets overflade.

77 Det kan således udledes heraf, at artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001 finder anvendelse på tegn, som ikke omfatter alle mindre egenskaber ved den omhandlede vare i deres helhed, hvilket bl.a. er tilfældet, når tegnet som i den foreliggende sag udgør den todimensionale gengivelse af en tredimensional form, forudsat at det godtgøres, at det nævnte tegns væsentlige egenskaber som minimum besidder de tekniske egenskaber, der er nødvendige for, at det ønskede tekniske resultat opnås.

78 Denne betragtning fører således til en undersøgelse af, for det første, hvorvidt de koncentriske cirkler, som udgør det eneste væsentlige kendetegn ved det omtvistede tegn, svarer til en teknisk funktion ved den omhandlede vare, derefter, for det andet, hvorvidt disse cirkler har de tekniske egenskaber, der er nødvendige for opnåelsen af det ønskede tekniske resultat.

79 Hvad for det første angår spørgsmålet om, hvorvidt de koncentriske cirkler svarer til en teknisk funktion, skal det for det første nævnes, at det navnlig i præmis 44 ovenfor er godtgjort, at det anfægtede varemærkes koncentriske cirkler, som appelkammeret med rette har konstateret i den anfægtede afgørelses punkt 28, gengiver forseglingsmodulets koncentriske aftagelige forseglingslag, eftersom de er »den synlige følge af de »mange« aftagelige lag«, og hver af dem svarer »til et sideblik på det aftagelige lag«.

80 Det skal herefter nævnes, at det følger af beskrivelsen af forseglingsmodulet som gengivet i den anfægtede afgørelses præmis 23-25, at opfindelsen, »som består af et led, der »går gennem eller passerer forbi«, udgør en metode, som garanterer en stram tilpasning for en sikker indførelse af et kabel, en slange eller en tråd«, at »[d]et indre længdegående runde hulrum består af koncentriske aftagelige forseglingslag«, at »[l]agene løsnes, indtil den korrekte diameter for, at et kabel kan indføres, opnås«, at opfindelsen er »en løsning, som er baseret på gummimoduler, som består af aftagelige lag«, og at »[d]enne giver mulighed for en fuldstændig forsegling, uanset kablets eller rørets udvendige dimensioner«.

81 Således kan det på baggrund af den ovennævnte beskrivelse af forseglingsmodulet konstateres, at de koncentriske aftagelige forseglingslag, som det anfægtede varemærkes koncentriske cirkler gengiver, svarer til en teknisk funktion ved den omhandlede vare, nemlig den, at de kan løsnes, »indtil den korrekte diameter for, at et kabel kan indføres, opnås«.

82 Hvad for det andet angår spørgsmålet om, hvorvidt de koncentriske cirkler, som gengiver forseglingsmodulets koncentriske aftagelige forseglingslag, har de tekniske egenskaber, der er nødvendige for opnåelsen af det ønskede tekniske resultat, skal det for det første nævnes, at det følger af beskrivelsen i præmis 80 ovenfor, at det for forseglingsmodulet ønskede tekniske resultat er at garantere »en stram tilpasning for en sikker indførelse af et kabel, en slange eller en tråd« samt at tillade »en fuldstændig forsegling, uanset kablets eller rørets udvendige dimensioner«. Det følger ligeledes af denne beskrivelse, at det pågældende tekniske resultat netop beregnes ved, at de aftagelige lag løsnes, eftersom det er beskrevet, at »lagene løsnes, indtil den korrekte diameter for, at et kabel kan indføres, opnås«.

83 Dette bekræftes af sagsøgerens varekatalog, hvori det specifikt er anført, at den omhandlede vare er »baseret på aftagelige lag«, hvilket således beviser, at de koncentriske aftagelige forseglingslag udgør det tekniske hovedkoncept, som forseglingsmodulet er baseret på, hvilket det anfægtede varemærke

beskriver ved at gengive forseglingsmodulets overflade, som desuden udgør det eneste billede af det nævnte modul, hvor de koncentriske aftagelige forseglingslag er synlige, og som således afslører modulets metode til at opnå det ønskede tekniske resultat, nemlig »en stram tilpasning« og »en fuldstændig forsegling, uanset kablets eller rørets udvendige dimensioner«.

84 For at forseglingsmodulets led fungerer, må disse – som appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 35 med rette har bemærket – desuden navnlig være udformet som gengivet ved det anfægtede varemærke. Tværsnittet skal være rundt, idet tværsnittet af de elementer, der skal indsættes i forseglingsmodulet, dvs. kablet, tråden eller slangen, normalt også er runde, og lagene skal være koncentriske, så de kan tages tilbage en for en, indtil den ønskede diameter på hulrummet opnås.

85 På baggrund af de koncentriske aftagelige forseglingslags tekniske funktion og på baggrund af det af forseglingsmodulet ønskede tekniske resultat som beskrevet i præmis 81-84 ovenfor kan det konstateres, at den omhandlede forms væsentlige egenskab, som svarer til de koncentriske cirkler, der gengiver forseglingsmodulets koncentriske aftagelige lag, har de tekniske egenskaber, der er nødvendige for opnåelsen af det ønskede tekniske resultat, for så vidt som »den stramme tilpasning for sikker indførelse af et kabel, en slange eller en tråd« og »den fuldstændige forsegling, uanset kablets eller rørets udvendige dimensioner« netop beregnes, idet de koncentriske aftagelige lag tages tilbage en for en, indtil den korrekte diameter for indførelsen af et kabel opnås, og at de koncentriske cirkler, der gengiver forseglingsmodulets koncentriske aftagelige forseglingslag, udgør en nødvendig egenskab ved opfindelsen, eftersom de udgør det tekniske hovedkoncept, som den omhandlede vare er baseret på, således som appelkammeret på relevant vis har bemærket i den anfægtede afgørelses punkt 39.

86 Følgelig er det med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 45 har bemærket, at »forenden af overfladen, som klart viser den koncentriske cirkelstruktur, indeholder alle relevante angivelser, der er nødvendige med henblik på at opnå det forventede tekniske resultat, de omhandlede varer taget i betragtning«, at »[s]elv om den reelle vare i tre dimensioner har dybde, er der ingen variation i denne dybde«, at »[e]thvert tilfældigt udvalgt tværgående snit i hele dens fulde længde viser en identisk struktur«, og at »[s]elv om modulets andre sider ikke er synlige, er dette uden betydning, idet de ikke sender nogen teknisk information af relevans for varemærkets funktion«.

87 Sagsøgerens argumenter kan ikke føre til et andet resultat end denne konklusion.

88 Hvad for det første angår sagsøgerens argument om, at det anfægtede varemærke ikke omfatter skillelinjen og den rektangulære tredimensionale form, som er nødvendige for funktionen og anvendelsen af den omhandlede vare, og uden hvilke det af forseglingsmodulet ønskede tekniske resultat ikke kan opnås, må det konstateres, at der ikke er støtte for sagsøgerens opfattelse, hvorefter det forhold, at den omhandlede vare kan deles i to halvdele og har en rektangulær form, er »en absolut nødvendig betingelse« for at nå frem til det ønskede tekniske resultat som nævnt i præmis 82 ovenfor. Følgelig må dette argument forkastes.

89 Hvad herefter angår sagsøgerens argument om dels, at forseglingsmodulets egenskaber, som ikke er gengivet i det anfægtede varemærke, dvs. skillelinjen og den rektangulære tredimensionale form, kan indgå i konkurrerende varer med et andet design, dels at der findes andre tætningsløsninger på markedet, for hvilke denne særlige tekniske løsning end ikke er nødvendig, må det bemærkes, at betingelsen om nødvendighed i henhold til retspraksis vedrørende artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001 ikke betyder, at den omhandlede form skal være den eneste, som gør det muligt at opnå det omhandlede tekniske resultat. Det er korrekt, at det tekniske resultat, som sagsøgeren har gjort gældende, i visse tilfælde kan opnås ved hjælp af forskellige løsninger. I modsætning til, hvad sagsøgeren har hævdet, har denne omstændighed imidlertid ikke i sig selv til følge, at den pågældende forms registrering som varemærke ikke påvirker de øvrige erhvervsdrivendes mulighed for at anvende den tekniske løsning, som formen inkorporerer. I denne forbindelse bemærkes, at registrering som varemærke af formen på varer, som udelukkende er funktionel, desuden kan give varemærkeindehaveren adgang til at forbyde andre virksomheder at anvende den samme form, men

også at anvende lignende former. Et betydeligt antal alternative former ville således risikere at blive ubrugbare for den pågældende indehavers konkurrenter (jf. dom af 31.1.2018, Novartis mod EUIPO – SK Chemicals (Gengivelse af et transdermalt plaster), T-44/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:48, præmis 56 og den deri nævnte retspraksis).

90 Herefter må det vedrørende sagsøgerens hævdelse af, at der ikke er risiko for påvirkning af konkurrencen, for så vidt som der findes mange farvesammensætninger på markedet ud over de af sagsøgeren anvendte, således som det godtgøres af det af intervenienten ansøgte varemærke, som er genstand for indsigelsesafdelingens afgørelse B 3035 519 af 22. februar 2019, bemærkes, at besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt tegnet omfatter et dekorativt eller kreativt element, som spiller en vigtig rolle, kræver, at det fastslås, om de konkurrerende virksomheder har nem adgang til alternative former med tilsvarende funktionalitet, således at der ikke foreligger risiko for, at adgangen til den tekniske løsning vil blive begrænset. Eftersom det ovenfor i præmis 72 er konstateret, at sammensætningen af farverne sort og blå udgør et vilkårligt element af mindre betydning og ikke et væsentligt dekorativt element, som gør det muligt at udelukke anvendelsen af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001, må sagsøgerens argument om, at der ikke er risiko for påvirkning af konkurrencen på grund af de mange farvesammensætninger, når den omhandlede farvesammensætning kun spiller en mindre rolle, som ikke giver konkurrerende virksomheder nem adgang til alternative former med tilsvarende funktionalitet, imidlertid forkastes.

91 Desuden er det forhold, at indsigelsesafdelingen inden for rammerne af afgørelse B 3035 519 af 22. februar 2019 konstaterede, at der ikke er risiko for forveksling mellem det af intervenienten indleverede varemærke og sagsøgerens tidligere varemærker under hensyntagen navnlig til farveforskelle, heller ikke relevant for at konstatere, at der ikke er risiko for påvirkning af konkurrencen, når artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001 opfylder en anden almen interesse end den, der ligger bag samme forordnings artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii). Sigtet med artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001 er at beskytte varemærkets væsentligste funktion, som er at garantere oprindelsen af den vare eller tjenesteydelse, der er omfattet af varemærket, over for forbrugeren eller den endelige bruger, som dermed sættes i stand til uden risiko for forveksling at adskille varen eller tjenesteydelsen fra varer eller tjenesteydelser med en anden oprindelse (jf. i denne retning dom af 29.9.1998, Canon, C-39/97, EU:C:1998:442, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis), og ikke ligesom i artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001 at undgå, at virksomheder kan anvende varemærkeretten til uden tidsmæssig begrænsning at bevare enerettigheder til tekniske løsninger. Følgelig er vurderingen af et tegns farver forskellig inden for rammerne af de to ovennævnte bestemmelser.

92 Eftersom det følger af de ovenstående betragtninger, at alle betingelserne i artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001 er opfyldt, og at ingen af sagsøgerens argumenter afkræfter denne konklusion, var det således med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 49 konstaterede, at registreringen af det anfægtede varemærke indebærer en risiko for utilbørligt at bringe konkurrenternes mulighed for at markedsføre forseglingsmoduler, hvor funktionen bygger på bortfjernelse af koncentriske lag fra et cylindrisk hulrum for at sikre en sikker tilslutning til et rør, en slange, en tråd eller et kabel, i fare, og at registreringen af det anfægtede varemærke dermed skal erklæres ugyldigt på grundlag af den ovennævnte bestemmelse.

93 På baggrund af det ovenstående skal sagsøgerens eneste anbringende om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001 forkastes, og således skal EUIPO i det hele frifindes.

94 Under disse omstændigheder, og henset til intervenientens påstand om frifindelse for Retten (jf. præmis 15 og 16 ovenfor), er det ufornødent at tage stilling til intervenientens subsidiære anbringender, som nærmere går ud på, at det anfægtede varemærke er ugyldigt af andre grunde end de i artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning 2017/1001 omhandlede, dvs. de i den nævnte forordnings artikel 7, stk. 1, litra b) og d), og i samme forordnings artikel 59, stk. 1, litra b), omhandlede grunde.

Sagsomkostninger

95 I henhold til Rettens procesreglements artikel 134, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom.

96 Da sagsøgeren har tabt sagen, bør det pålægges denne at betale de af EUIPO afholdte omkostninger i overensstemmelse med EUIPO's påstand. Intervenienten, der ikke har nedlagt påstand for så vidt angår sagsomkostningerne, bærer sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling):

1) Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO) frifindes.

2) Roxtec AB bærer sine egne omkostninger og betaler de af EUIPO afholdte omkostninger.

3) Wallmax Srl bærer sine egne omkostninger.

Prek Buttigieg Berke

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 24. september 2019.

Signaturer