RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

14. juni 2011 *

I sag T-68/10,

Sphere Time, Windhof (Luxembourg), ved advokaterne C. Jäger, N. Gehlsen og M.-C. Simon,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

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

* Processprog: engelsk.

Punch SAS, Nice (Frankrig),

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 2. december 2009 af Tredje Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i Det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 1130/2008-3) vedrørende en ugyldighedssag mellem Punch SAS og Sphere Time,

har

RETTEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, I. Pelikánová (refererende dommer), og dommerne K. Jürimäe og M. van der Woude,

justitssekretær: fuldmægtig S. Spyropoulos,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 15. februar 2010,

under henvisning til svarskriftet, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 1. juni 2010,

under henvisning til det skriftlige spørgsmål fra Retten til sagsøgeren,

og efter retsmødet den 18. januar 2011,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 Sagsøgeren, Sphere Time, er indehaver af det under nr. 325949-0002 registrerede EF-design, for hvilket der blev indgivet ansøgning den 14. april 2005 (herefter »det omtvistede design«). Det omtvistede design, der skal bruges til ure, er gengivet som følger:



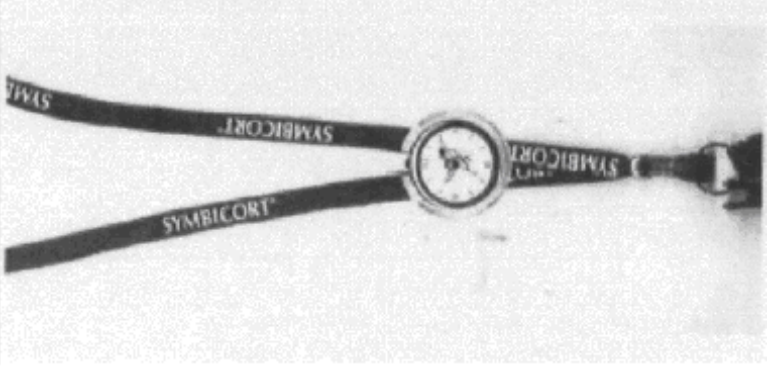
2 Den 26. marts 2007 indgav Punch SAS, som var den anden part i sagen for appelkammeret ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«), i medfør af artikel 25, stk. 1, litra b), i Rådets forordning (EF) nr. 6/2002 af 12. december 2001 om EF-design (EFT 2002 L 3, s. 1) en begæring om ugyldighed af det omtvistede design til Harmoniseringskontoret.

I ugyldighedsbegæringen gjorde Punch SAS gældende, at det omtvistede design ikke var nyt og ikke havde nogen individuel karakter i den forstand, hvori disse udtryk er anvendt i artikel 4 i forordning nr. 6/2002, sammenholdt med samme forordnings artikel 5 og 6.

3 Til støtte for begæringen om ugyldighed påberåbte Punch SAS sig flere modeller, der efter foregivende var af ældre dato.

4 Punch SAS fremlagde for det første et katalog, der gengiver to modeller af ure, som er produceret af Fuzhou Eagle Electronic Co. Ltd (herefter »modellerne C og F«), og et certifikat fra sidstnævnte selskab, ifølge hvilket modellerne C og F var blevet markedsført i Europa i 2001.

5 For det andet fremlagde Punch SAS et katalog, der gengiver to modeller af ure, som er produceret af Great Sun Technology Corp., og et certifikat fra dette selskab, hvorefter disse modeller var blevet markedsført i Europa siden 2004. Disse oplysninger var ledsaget af en regning for forsendelsen og et oprindelsesbevis vedrørende en levering af 2 000 eksemplarer af den ene af de to modeller, der var forsynet med varemærket SYMBICORT, som blev foretaget til en kunde i Nederlandene i april 2004 (sidstnævnte model benævnes herefter »SYMBICORT-modellen«). SYMBICORT-modellen er gengivet som følger:



6 Ved afgørelse af 31. marts 2008 erklærede ugyldighedsafdelingen det omtvistede design for ugyldigt. Afdelingen fandt, at det omtvistede design ikke havde nogen individuel karakter, idet det gav det samme helhedsindtryk som modellerne C og F. Sagsøgeren påklagede denne afgørelse den 13. maj 2008.

7 Ved afgørelse af 2. december 2009 (herefter »den anfægtede afgørelse«) gav Tredje Appelkammer ved Harmoniseringskontoret afslag på klagen. Indledningsvis fandt appelkammeret, at regningen for forsendelsen og oprindelsesbeviset vedrørende leveringen af SYMBICORT-modellen var beviser, der i tilstrækkeligt retligt omfang godtgjorde, at denne var blevet offentliggjort før datoen for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det omtvistede design. Idet appelkammeret støttede sig på sammenligningen mellem det omtvistede design og SYMBICORT-modellen, således som de opfattes af en almindelig forbruger, der er vant til ure, som er fastgjort til en nøglesnor, fandt det for det første, at disse var meget ens, dernæst, at forskellene var ubetydelige, og endelig, at selv om designeren havde frihed til at designe modellen, navnlig hvad angår urskiven, var denne frihed ikke blevet udnyttet. Appelkammeret konkluderede, at det omtvistede design manglede individuel karakter, eftersom det gav den informerede bruger det samme helhedsindtryk som SYMBICORT-modellen.

Parternes påstande

8 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med sagen for Retten, og Punch SAS tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med sagen for Harmoniseringskontorets appelkammer.

9 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

10 Sagsøgeren har gjort tre anbringender gældende. Det første anbringende vedrører ifølge stævningens ordlyd en tilsidesættelse af artikel 4 og 5 i forordning nr. 6/2002 for så vidt angår det omtvistede designs nyhed. Det andet anbringende vedrører en tilsidesættelse af artikel 4 og 6 i forordning nr. 6/2002 for så vidt angår vurderingen af det omtvistede designs individuelle karakter. Det tredje anbringende vedrører magtfordrejning. Henset til indholdet af den anfægtede afgørelse finder sagsøgeren endvidere, at vurderingen af modellerne C og F ikke indgår i sagens genstand for Retten. I den henseende har appelkammeret i den anfægtede afgørelse fejlagtigt fraveget ugyldighedsafdelingens afgørelse, idet det alene har sammenlignet det omtvistede design med SYMBICORT-modellen og ikke har begrundet dette valg.

11 Harmoniseringskontoret har anført, at de tre anbringender er ugrundede. Det har endvidere gjort gældende, at sagens genstand for Retten omfatter det omtvistede designs lighed med både modellerne C og F og SYMBICORT-modellen, idet appelkammeret har begrænset sig til at føje en yderligere begrundelse til ugyldighedsafdelingens afgørelse.

12 Det bemærkes indledningsvis, at appelkammeret med rette kunne støtte sin afgørelse på sammenligningen mellem det omtvistede design og SYMBICORT-modellen.

13 Det fremgår nemlig af artikel 60, stk. 1, i forordning nr. 6/2002, at appelkammeret som følge af den klage, som er forelagt det, skal foretage en ny og fuldstændig realitetsbehandling af ugyldighedsbegæringen, såvel retligt som faktisk (jf. analogt Domstolens dom af 13.3.2007, sag C-29/05 P, KHIM mod Kaul, Sml. I, s. 2213, præmis 57). Denne konstatering medfører, at appelkammeret kan basere sig på et hvilket som helst af de ældre design, som indgiveren af ugyldighedsbegæringen har påberåbt sig, uden at det er bundet af indholdet af ugyldighedsafdelingens afgørelse og uden at skulle fremlægge en særlig begrundelse på det punkt.

14 I det foreliggende tilfælde bestrides det ikke, at Punch SAS har påberåbt sig SYMBICORT-modellen i forbindelse med sagens behandling ved ugyldighedsafdelingen.

15 På den baggrund er det ikke nødvendigt på nuværende tidspunkt at afgøre, om vurderingen af modellerne C og F indgår i sagens genstand for Retten. Det skal til gengæld indledningsvis undersøges, om klagen er begrundet, for så vidt som den vedrører den vurdering af SYMBICORT-modellen, der blev foretaget i den anfægtede afgørelse. Det er kun, hvis Retten skulle konstatere, at denne vurdering er behæftet med en retlig fejl, at vurderingen af modellerne C og F i givet fald kan vise sig at være relevant for afgørelsen af den sag, den skal behandle.

Det første anbringende vedrørende en tilsidesættelse af artikel 4 og 5 i forordning nr. 6/2002

Parternes argumenter

16 Hvad angår datoen for offentliggørelsen af SYMBICORT-modellen, har sagsøgeren gjort gældende, at bestemmelsen i artikel 7, stk. 2, litra b), i forordning nr. 6/2002 skal tages i betragtning. Følgelig er det i det foreliggende tilfælde ikke datoen for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det omtvistede design, dvs. den 14. april 2005, der skal tages i betragtning, men den 14. april 2004.

17 Regningen for forsendelsen omhandler en forsendelse af varer svarende til SYMBICORT-modellen, der fandt sted på en ikke nærmere specificeret dato i april 2004. Eftersom dette dokument blev udarbejdet den 3. april 2004 i Hong Kong (Kina), er det — henset til afstanden mellem Hong Kong og Nederlandene — meget sandsynligt, at eksemplarer af SYMBICORT-modellen er kommet ind på det europæiske marked og følgelig, at offentliggørelsen af denne model er sket efter den 14. april 2004.

18 Sagsøgeren har tilføjet, at regningen for forsendelsen er blevet overgivet til Punch SAS af producenten af urene svarende til SYMBICORT-modellen, som har en interesse i at bevise, at denne model er ældre. Endvidere er det ikke sikkert, at originalen af denne regning er blevet fremlagt for Harmoniseringskontoret. Følgelig kan dette dokument ifølge sagsøgeren ikke tages i betragtning.

19 Under disse omstændigheder er sagsøgeren af den opfattelse, at den tidligere offentliggørelse af SYMBICORT-modellen ikke er blevet bevist. Sagsøgeren har deraf udledt, at det omtvistede design skal anses for at være nyt.

20 Harmoniseringskontoret har anfægtet sagsøgerens argumentation.

Rettens bemærkninger

21 Ifølge stævningens ordlyd vedrører det første anbringende en tilsidesættelse af artikel 4 og 5 i forordning nr. 6/2002 om et EF-designs nyhed. Som Harmoniseringskontoret imidlertid har anført, er den anfægtede afgørelse ikke støttet på, at det omtvistede design ikke er nyt.

22 Det første anbringende vedrører faktisk spørgsmålet om en tidligere offentliggørelse af SYMBICORT-modellen. Derfor omhandler det i realiteten en påstået tilsidesættelse af artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 6/2002, sammenholdt med artikel 7.

23 Disse bestemmelser fastsætter følgende:

»*Artikel 6*

Individuel karakter

1. Et design anses for at have individuel karakter, hvis det helhedsindtryk, det giver den informerede bruger, adskiller sig fra en sådan brugers helhedsindtryk af alle andre design, som er blevet offentliggjort:

[…]

b) inden den dato, hvor ansøgningen om registrering er indgivet, eller, hvis der begæres prioritet, inden prioritetsdagen, hvis det er et registreret EF-design.

[…]

Artikel 7

Offentliggørelse

1. Med henblik på anvendelsen af artikel 5 og 6 anses et design for at være blevet offentliggjort, hvis det er blevet bekendtgjort i forbindelse med registreringen eller på anden måde, eller det er udstillet, benyttet kommercielt eller på anden måde blevet kendt inden den i […] artikel 6, stk. 1, litra b), omhandlede dato, […] undtagen i tilfælde hvor fagkredsene inden for den pågældende sektor i Fællesskabet ikke med rimelighed kan have fået kendskab til de pågældende arrangementer som led i deres normale forretningsførelse […]

2. Ved anvendelsen af artikel 5 og 6 tages der ikke hensyn til offentliggørelsen, hvis et design, for hvilket der påberåbes beskyttelse i henhold til et registreret EF-design, er offentliggjort:

a) af designeren eller af den, til hvem dennes ret er overgået, eller af tredjemand på grundlag af oplysninger, der er meddelt, eller foranstaltninger, der er truffet af designeren eller af den, til hvem designerens ret er overgået

b) i løbet af de 12 måneder, der går forud for datoen for indgivelsen af ansøgningen eller, hvis der begæres prioritet, forud for prioritetsdagen.

[…]«

24 Hvad for det første angår anvendeligheden af artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 6/2002 på det foreliggende tilfælde skal det bemærkes, at formålet med denne bestemmelse er at give designeren eller den, til hvem dennes ret er overgået, mulighed for at præsentere et design på markedet i en periode på 12 måneder, før han skal iagttage formaliteterne med hensyn til ansøgningen.

25 I denne periode kan designeren eller den, til hvem dennes ret er overgået, sikre sig det pågældende designs forretningsmæssige succes, inden han påtager sig udgifterne til registreringen, uden at frygte, at den offentliggørelse, der finder sted ved denne lejlighed, kan gøres gældende med succes i forbindelse med en ugyldighedssag, der er anlagt efter den eventuelle registrering af det pågældende design.

26 Det fremgår af ovenstående, at for at artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 6/2002 kan finde anvendelse inden for rammerne af en ugyldighedssag, skal indehaveren af det design, der begæres ugyldigt, godtgøre, at han enten er designeren af det design, der er påberåbt til støtte for den nævnte begæring, eller den, til hvem designerens ret er overgået.

27 I den foreliggende sag tilkommer det således sagsøgeren at godtgøre, at han er designeren af SYMBICORT-modellen eller den, til hvem dennes ret er overgået.

28 Sagsøgeren har endog ikke hævdet, at dette er tilfældet.

29 Følgelig finder artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 6/2002 ikke anvendelse på offentliggørelsen af det nævnte design.

30 Eftersom sagsøgeren ikke har begæret prioritet for det omtvistede design, skal det under disse omstændigheder for det andet undersøges, om det fremgår af de beviser, der blev fremlagt for Harmoniseringskontoret, at designet SYMBICORT var blevet offentliggjort før den 14. april 2005, som er datoen for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det omtvistede design.

31 I den henseende har Punch SAS fremlagt en regning for forsendelse vedrørende leveringen af 2 000 ure svarende til SYMBICORT-modellen til en kunde i Nederlandene. Ifølge denne regning blev de pågældende artikler sendt fra Hong Kong den 3. april 2004.

32 Under hensyntagen til den almindelige forsendelsestid synes regningen for forsendelsen således at godtgøre, at de pågældende ure blev leveret i Nederlandene og følgelig, at SYMBICORT-modellen blev offentliggjort i fagkredsene inden for den pågældende sektor i Fællesskabet før den 14. april 2005, der er datoen for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det omtvistede design. Desuden har sagsøgeren ikke fremlagt nogen oplysninger, der kan godtgøre, at denne offentliggørelse ikke har fundet sted, eller at den er sket senere end datoen for indgivelsen af ansøgningen om registrering.

33 Hvad for det tredje angår den bevismæssige værdi af regningen for forsendelsen må det medgives, at Great Sun Technology, der producerer ure svarende til SYMBICORT-modellen, og som har overgivet det pågældende dokument til Punch SAS, har

en interesse i, at det omtvistede design erklæres ugyldigt. Dette resultat vil nemlig muliggøre en fortsat markedsføring af Great Sun Technologys varer inden for Den Europæiske Union.

34 Selv om denne omstændighed kan så tvivl om troværdigheden af Great Sun Technologys direktørs erklæring, der ligeledes er blevet fremlagt for Harmoniseringskontoret, kan der ikke konkluderes det samme med hensyn til regningen for forsendelsen.

35 Sidstnævnte dokument er nemlig ikke blevet udarbejdet specifikt med henblik på at kunne tjene som bevis i forbindelse med ugyldighedssagen, men i forbindelse med den løbende forretningsmæssige virksomhed for at attestere, at der var blevet leveret en ydelse, og for at opfordre skyldneren til at betale den aftalte pris.

36 Endvidere er regningen for forsendelsen ikke tilstillet Punch SAS, men et tredje selskab, og den er udstedt i april 2004, dvs. næsten tre år før indgivelsen af begæringen om ugyldighed, den 26. marts 2007.

37 Under disse omstændigheder kan det ikke antages, at regningen for forsendelsens bevisværdi kan være påvirket af den omstændighed, at den er blevet overgivet til Punch SAS af producenten af ure svarende til SYMBICORT-modellen.

38 Hvad angår den omstændighed, at der er blevet fremlagt en kopi af regningen for forsendelsen i stedet for originalen, udgør denne ikke i sig selv en hindring for, at det pågældende dokument kan tages i betragtning.

39 Fremlæggelsen af originalen af dette dokument kunne i givet fald være relevant, hvis kopien var ulæselig, eller hvis der var tegn på, at dokumentet var blevet udsat for manipulation med henblik på at ændre indholdet. Sagsøgeren har imidlertid ikke fremført noget argument i denne retning, og undersøgelsen af regningen for forsendelsen, som den blev fremlagt for Harmoniseringskontoret, giver heller ikke anledning til spørgsmål i den henseende.

40 Følgelig påvirker den omstændighed, at der er blevet fremlagt en kopi af regningen for forsendelsen i stedet for originalen, heller ikke det fremlagte dokuments bevisværdi.

41 På baggrund af det ovenstående må det fastslås, at appelkammeret ikke har begået en fejl ved at antage, at det var godtgjort, at SYMBICORT-modellen var blevet offentliggjort inden datoen for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det omtvistede design. Følgelig må det første anbringende forkastes.

Det andet anbringende vedrørende en tilsidesættelse af artikel 4 og 6 i forordning nr. 6/2002

Parternes argumenter

42 Sagsøgeren har anført, at appelkammeret har begået en vurderingsfejl ved at konstatere, at det omtvistede design giver det samme helhedsindtryk som SYMBICORT-modellen.

43 Sagsøgeren har indledningsvis gjort gældende, at den informerede bruger, for så vidt som SYMBICORT-modellen skal anvendes i reklameøjemed, er en erhvervsdrivende, der vil købe reklameartikler. Sagsøgeren har præciseret, at den informerede bruger, for så vidt som der udbydes en stor mængde nøglesnore på markedet, vil være opmærksom på en given nøglesnors særegenheder.

44 Sagsøgeren har herefter foreholdt appelkammeret, at det for det første ikke har taget hensyn til alle relevante bestanddele i de omhandlede to design, dvs. nøglesnoren, urkassen, selve uret og fastgørelsesbestanddelen. Appelkammeret har nemlig begrænset sig til at sammenligne urskiven, urets position og de to designs farve. Derved har appelkammeret desuden underkendt den omstændighed, at designeren af et analogt ur har en begrænset grad af frihed. Derimod har designeren en stor grad af frihed for så vidt angår nøglesnoren og fastgørelsesbestanddelen.

45 I gengivelsen, der er blevet fremlagt for Harmoniseringskontoret, var SYMBICORT-modellen for det andet ikke gengivet i sin helhed, idet den alene indeholder to bånd, der går i to forskellige retninger, men ingen bue, der forbinder dem. Eftersom sammenligningen af designene skal foretages ved hjælp af gengivelsen af dem, skulle appelkammeret ikke have antaget, at SYMBICORT-modellen omfattede en nøglesnor, der gjorde det muligt at bære et ur om halsen.

46 For det tredje har sagsøgeren anfægtet appelkammerets konstatering, hvorefter det omtvistede designs fastgørelsesbestanddel er gengivet med stiplede linjer. Den pågældende bestanddel gengives med hele linjer og skulle således have været taget i betragtning så meget desto mere, som den udgør en vigtig komponent i det omtvistede design. Denne bestanddel tiltrækker nemlig den informerede brugers opmærksomhed, dels fordi designerens grad af frihed med hensyn til denne ikke er begrænset, dels fordi dens form afgør, hvilke genstande der kan hænges i nøglesnoren.

47 I den foreliggende sag er fastgørelsesbestanddelen på SYMBICORT-modellen for det første ikke synlig på den gengivelse, der er blevet fremlagt for Harmoniseringskontoret, således at dens tilstedeværelse og eventuelle kendetegn ikke kunne bekræftes. For det andet adskiller det omtvistede designs fastgørelsesbestanddel sig klart fra SYMBICORT-modellens yderste ende.

48 Harmoniseringskontoret har bestridt holdbarheden af sagsøgerens argumenter.

Rettens bemærkninger

49 Artikel 4 og 6 i forordning nr. 6/2002 har følgende ordlyd:

»*Artikel 4*

Betingelser for beskyttelse

1. Et design beskyttes af et EF-design, hvis designet er nyt og har individuel karakter.

[…]

Artikel 6

Individuel karakter

1. Et design anses for at have individuel karakter, hvis det helhedsindtryk, det giver den informerede bruger, adskiller sig fra en sådan brugers helhedsindtryk af alle andre design, som er blevet offentliggjort:

[…]

b) inden den dato, hvor ansøgningen om registrering er indgivet, eller, hvis der begæres prioritet, inden prioritetsdagen, hvis det er et registreret EF-design.

2. Ved vurderingen af et designs individuelle karakter tages der hensyn til den grad af frihed, som designeren har haft ved udviklingen af designet.«

50 Følgelig skal det ud fra den informerede brugers synsvinkel og i betragtning af den grad af frihed, som en designer af et ur, der er fastgjort til en nøglesnor, har, undersøges, om det helhedsindtryk, som det omtvistede design giver, afskiller sig fra det helhedsindtryk, som SYMBICORT-modellen giver.

— Om den informerede bruger

51 Hvad angår fortolkningen af begrebet en informeret bruger, skal det bemærkes, at det at have egenskab af »bruger« indebærer, at den pågældende person benytter sig af det produkt, som designet indgår i, i overensstemmelse med formålet med produktet. Derudover indebærer benævnelsen »informeret«, at brugeren, uden at være designer eller teknisk ekspert, er bekendt med de forskellige design i den omhandlede sektor, i besiddelse af et vist kendskab til de bestanddele, som disse design normalt består af, og udviser en vis grad af opmærksomhed, når han anvender produkterne, som følge af hans interesse for de omhandlede produkter (Rettens dom af 22.6.2010, sag T-153/08, Shenzhen Taiden mod KHIM - Bosch Security Systems (Kommunikationsudstyr), Sml. II, s. 2517, præmis 46 og 47).

52 I det foreliggende tilfælde vurderede appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 21, at den informerede bruger er en almindelig forbruger, som er vant til ure, der er fastgjort til en nøglesnor og hængt om halsen.

53 Der er enighed om, at SYMBICORT-modellen ligesom det omtvistede design er en reklameartikel. Hvad angår sådanne artikler omfatter begrebet informeret bruger, som defineret ovenfor i præmis 51, dels erhvervsdrivende, der erhverver artiklerne med henblik på at uddele dem til slutbrugerne, dels disse slutbrugere selv.

54 Følgelig må det i det foreliggende tilfælde fastslås, at den informerede bruger er både den gennemsnitsforbruger, der er omtalt i den anfægtede afgørelse, og den erhvervsdrivende køber, som sagsøgeren har nævnt.

55 Sagsøgeren har dog ikke fremført argumenter for, at opfattelsen af de omhandlede design skulle være forskellig hos de to grupper af brugere.

56 I øvrigt er det forhold, at den ene af de to ovennævnte grupper af informerede brugere opfatter de omhandlede design således, at de giver det samme helhedsindtryk, under alle omstændigheder tilstrækkeligt til, at det må konstateres, at det omtvistede design mangler individuel karakter.

57 Under disse omstændigheder påvirker det forhold, at den anfægtede afgørelse ikke omtaler de erhvervsdrivende blandt de informerede brugere af ure, der er fastgjort til en nøglesnor, ikke lovligheden af den nævnte afgørelse.

— Om den grad af frihed, som designeren har

58 Inden der skal foretages en undersøgelse af den grad af frihed, som designeren har, og som ifølge sagsøgeren er begrænset for så vidt angår uret og stor for så vidt angår nøglesnoren og fastgørelsesbestanddelen, er det nødvendigt at fastlægge, hvilke bestanddele der faktisk er beskyttet af det omtvistede design, og som derfor er relevante i forbindelse med sammenligningen af sidstnævnte model med SYMBICORT-modellen.

59 I denne henseende fastsætter punkt 11.4 i retningslinjerne for undersøgelser af EF-design, der blev vedtaget ved Harmoniseringskontorets præsidents afgørelse EX-03-9 af 9. december 2003, og som har overskriften »Formelle krav til gengivelsen af et design«, følgende:

»[…]

Gengivelsen af et design skal begrænses til de kendetegn, der ansøges om beskyttelse af. Gengivelsen kan dog omfatte andre bestanddele, der bidrager til beskrivelsen af kendetegnene ved det design, der ansøges om beskyttelse af. I en ansøgning om registrering af et EF-design er følgende identifikatorer tilladte:

1. Stiplede linjer kan anvendes på et billede enten for at angive de bestanddele, der ikke ansøges om beskyttelse af, eller for at angive de dele af designet, der ikke er synlige på det pågældende billede. Således beskriver den stiplede linje bestanddele, der ikke hører til det billede, hvorpå de anvendes.

[…]«

60 Sagsøgeren har ikke anfægtet denne regel. Imidlertid har sagsøgeren med støtte i gengivelsen af det omtvistede design i den anfægtede afgørelse, i *Registreringstidende for EF-design* og i databasen over EF-design, der er tilgængelig på Harmoniseringskontorets hjemmeside, gjort gældende, at det omtvistede designs fastgørelsesbestanddele — i modsætning til, hvad appelkammeret fastslog i den anfægtede afgørelses punkt 20 — ikke er blevet gengivet med stiplede linjer.

61 I den henseende skal for det første bemærkes, at gengivelsen af det omtvistede design i den anfægtede afgørelse ikke er relevant i forhold til udstrækningen af beskyttelsen af det nævnte design.

62 For det andet muliggør det summariske billede af det omtvistede design, der er gengivet i *Registreringstidende for EF-design* og i databasen over EF-design, en konstatering af, at visse bestanddele af det nævnte design og især dets fastgørelsesbestanddel

er gengivet med linjer, der er svagere markeret end dem, der omgiver de andre bestanddele, som f.eks. nøglesnoren og urkassen. På grund af det summariske billedes begrænsede størrelse er det imidlertid umuligt med sikkerhed at afgøre, om de pågældende bestanddele er gengivet med stiplede linjer.

63 For det tredje fjernes den eventuelle usikkerhed på dette punkt imidlertid ved det fulde billede af det omtvistede design, som er tilgængeligt ud fra det summariske billede i den elektroniske udgave af *Registreringstidende for EF-design* og i databasen over EF-design, og som i øvrigt er identisk med gengivelsen af det omtvistede design i den ansøgning om registrering, som sagsøgeren indgav til Harmoniseringskontoret. Dette billede gør det nemlig muligt klart at se, at fastgørelsesbestanddelen på det omtvistede design ligesom urets visere og den rektangulære bestanddel, der er anbragt på urskiven, er gengivet med stiplede linjer.

64 Under disse omstændigheder må det antages, at fastgørelsesbestanddelen på det omtvistede design, urets visere og den rektangulære bestanddel, der er anbragt på urskiven, ikke indgår i de bestanddele, der er beskyttet af det omtvistede design. Denne konstatering medfører, at designerens grad af frihed med hensyn til disse bestanddele ikke har nogen relevans i det foreliggende tilfælde.

65 Hvad angår de øvrige bestanddele, som sagsøgeren har fremhævet, bemærkes for det første, at denne har overdrevet graden af designerens frihed for så vidt angår nøglesnoren.

66 Selv om der eksisterer en vis variabilitet for så vidt angår længden og bredden af denne bestanddel, må disse kendetegn nemlig ikke påvirke muligheden for at bære nøglesnoren bekvemt om halsen. Samme konklusion gør sig gældende i forhold til urets placering på nøglesnoren.

67 Følgelig er appelkammerets konstateringer i denne retning i den anfægtede afgørelses punkt 21 ikke behæftet med fejl.

68 Hvad for det andet angår designerens grad af frihed for så vidt angår uret, skal det medgives, at det er rigtigt, at et analogt ur skal indeholde visse bestanddele for at kunne opfylde sin funktion, herunder en urskive, visere placeret nogenlunde i midten af denne og en knap til indstilling af tiden.

69 Disse begrænsninger vedrører tilstedeværelsen af visse bestanddele i et ur, men påvirker ikke i mærkbart omfang urets form og generelle udseende. Således kan især urskiven og urkassen antage forskellige former og monteres på forskellige måder, således som appelkammeret i det væsentlige fastslog i den anfægtede afgørelses punkt 21.

— Om sammenligningen af de helhedsindtryk, som de to omhandlede design giver

70 Men hensyn til den netop foretagne redegørelse for de bestanddele, der er beskyttet af det omtvistede design og graden af frihed for en designer af et ur, der er fastgjort til en nøglesnor, skal det fastslås, at det helhedsindtryk, som det omtvistede design giver, afgøres af følgende bestanddele:

— en nøglesnor, hvis ender samles i den ene ende, derefter overlapper hinanden og former en bue i den anden ende

— et rundt ur fastgjort til nøglesnoren på det sted, hvor nøglesnorens to ender fjerner sig fra hinanden

— to koncentriske ringe, der er placeret rundt om urets kant, idet den yderste ring har et indsnit foroven, hvori der er placeret en knap til tidsindstilling.

71 Hvad angår det helhedsindtryk, som SYMBICORT-modellen giver, skal der først foretages en undersøgelse af sagsøgerens argument, ifølge hvilket appelkammeret ikke skulle have antaget, at SYMBICORT-modellen omfattede en nøglesnor, der gjorde det muligt at bære uret om halsen.

72 I den henseende er det sandt, at den gengivelse af SYMBICORT-modellen, der er fremlagt for Harmoniseringskontoret, alene viser to bånd, der går i hver sin retning, men ikke nogen bue, der må anses for at skulle bæres rundt om halsen.

73 I forbindelse med vurderingen af ældre design er der imidlertid ingen grund til isoleret og udelukkende at undersøge disses grafiske gengivelse, men snarere til at foretage en helhedsvurdering af alle de fremlagte bestanddele, som gør det muligt at fastlægge det helhedsindtryk, som det omhandlede design giver, tilstrækkeligt præcist og sikkert.

74 Hvad især angår de design, der er blevet anvendt direkte i handel uden at være blevet registreret, kan det nemlig ikke udelukkes, at der ikke eksisterer nogen grafisk gengivelse, der viser alle de relevante detaljer, som kan sammenlignes med gengivelsen i en ansøgning om registrering. Under sådanne omstændigheder ville det være uforholdsmæssigt at kræve af indgiveren af ugyldighedsbegæringen, at en sådan gengivelse skal fremlægges i alle tilfælde.

75 I den foreliggende sag er nøglesnorens to bånd for det første brat afbrudt på den gengivelse af SYMBICORT-modellen, der er blevet fremlagt af Punch SAS, og ordet »symbicort« er kun gengivet delvist på det ene af disse. Denne omstændighed antyder, at den manglende bue skyldes den ufuldstændige gengivelse og ikke den pågældende models faktiske udseende.

76 For det andet fremgår det af såvel regningen for forsendelsen som af oprindelsesbeviset, at den levering, der blev afsendt den 3. april 2004 af Great Sun Technology til Nederlandene, indeholdt 2 000 eksemplarer af »nøglesnor med »SYMBICORT«-ur«.

77 Det kan således ikke anfægtes, at funktionen for en nøglesnor som den omhandlede er at gøre det muligt at bære en genstand rundt om halsen.

78 Under disse omstændigheder og i betragtning af, at det helhedsindtryk, som et design giver en informeret bruger, nødvendigvis også skal afgøres under hensyntagen til den måde, hvorpå det omhandlede produkt anvendes (Kommunikationsudstyr-dommen, præmis 66), var det korrekt, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 20 fandt, at SYMBICORT-modellen faktisk omfattede en nøglesnor, der gjorde det muligt at hænge uret rundt om halsen, til trods for den ufuldstændige grafiske gengivelse, der var blevet fremlagt for Harmoniseringskontoret.

79 I lyset af ovenstående redegørelse må det fastslås, at det helhedsindtryk, som SYMBICORT-modellen giver, afgøres af de bestanddele, der er omtalt ovenfor i præmis 70. Således som appelkammeret med rette fastslog i den anfægtede afgørelses punkt 19, omfatter SYMBICORT-modellen nemlig ligeledes en nøglesnor med overvejende samme proportioner, hvorpå der på det samme sted er fastgjort et rundt analogt ur.

Herudover er urets kant omgivet af to koncentriske ringe, hvoraf den yderste ring er afbrudt af et indhak på samme side, hvori der er anbragt en knap til tidsindstilling.

80 Det var i øvrigt med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 20 konstaterede, at de eksisterende forskelle mellem de omhandlede design, der er blevet anført af sagsøgeren, er uden betydning.

81 Der kan således for det første ikke fastslås nogen væsentlig forskel for så vidt angår de omhandlede designs nøglesnores længde og bredde.

82 Endvidere er den omstændighed, at nøglesnoren på SYMBICORT-modellen er gengivet i sort, ikke væsentlig, idet der ikke er blevet ansøgt om nogen farve for det omtvistede design. Eftersom sidstnævnte design udgør en reklameartikel, er det ligeledes berettiget at antage, at det i forbindelse med brug vil blive påført et varemærke. Følgelig udgør tilstedeværelsen af varemærket SYMBICORT på SYMBICORT-modellen heller ikke en væsentlig forskel.

83 Endelig er detaljerne ved udformningen af urkasserne på de to design og deres urskiver ikke tilstrækkeligt markante til at påvirke det helhedsindtryk, de nævnte design giver. Dette gør sig så meget desto mere gældende, som det fremgår af præmis 58-64 ovenfor, at urets visere og den rektangulære bestanddel, der er anbragt på urskiven, ikke indgår blandt de bestanddele, der er beskyttet af det omtvistede design.

84 I lyset af ovenstående må det fastslås, at det omtvistede design og SYMBICORT-modellen giver den informerede bruger det samme helhedsindtryk. Følgelig var det med rette, at appelkammeret nåede frem til samme konklusion i den anfægtede afgørelses

punkt 22 og deraf udledte, at det omtvistede design manglede individuel karakter i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 6 i forordning nr. 6/2002, og derfor skulle erklæres ugyldigt.

85 På dette grundlag må det andet anbringende forkastes.

Det tredje anbringende vedrørende magtfordrejning i henhold til artikel 61, stk. 2, i forordning nr. 6/2002

Parternes argumenter

86 Sagsøgeren har gjort gældende, at appelkammeret har begået magtfordrejning, idet det for det første ikke har vurderet alle sagsøgerens fremlagte argumenter og beviser på en retligt tilstrækkelig måde, navnlig regningen for forsendelsen, for det andet idet det har underkendt designerens frihed i forhold til nøglesnoren og fastgørelsesbestanddelen, og for det tredje idet det har baseret den anfægtede afgørelse på en fejlagtig vurdering af fastgørelsesbestanddelen på det omtvistede design. Sagsøgeren er i den sammenhæng af den opfattelse, at appelkammeret ikke har foretaget en egentlig undersøgelse, men har begrænset sig til konstateringer, der ikke er underbygget af en argumentation eller af henvisninger til beviser, hvorved sagsøgerens ret til forsvar er blevet tilsidesat. Endvidere er det muligt, at appelkammeret, idet det har henvist til den omstændighed, at fastgørelsesbestanddelen var gengivet med stiplede linjer, har henvist til et ukendt design.

87 Harmoniseringskontoret har bestridt holdbarheden af sagsøgerens argumenter.

Rettens bemærkninger

88 Det bemærkes, at begrebet magtfordrejning i EU-retten har et klart afgrænset indhold, og at der ved magtfordrejning forstås, at en administrativ myndighed har anvendt sine beføjelser til at fremme et andet formål end det, der ligger til grund for beføjelserne. Det fremgår i den forbindelse af fast retspraksis, at en beslutning kun kan anses for at udgøre magtfordrejning, når det på grundlag af objektive, relevante og samstemmende indicier må antages, at beslutningen er truffet for at forfølge andre formål end dem, der er angivet (Rettens dom af 24.4.1996, forenede sager T-551/93 og T-231/94 — T-234/94, Industrias Pesqueras Campos m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 247, præmis 168, og af 12.1.2000, sag T-19/99, DKV mod KHIM (COMPANYLINE), Sml. II, s. 1, præmis 33).

89 I den foreliggende sag har sagsøgeren hverken godtgjort eller påberåbt sig sådanne indicier. Den påståede magtfordrejning, der er gjort gældende, udgør højst potentielle fejlskøn, der kunne føre til en tilsidesættelse af bestemmelserne i artikel 4, 6 og 7 i forordning nr. 6/2002. Det fremgår imidlertid af undersøgelsen af det første og det andet anbringende, at det af sagsøgeren anførte i den henseende under alle omstændigheder er ugrundet.

90 Hvad angår den påståede tilsidesættelse af sagsøgerens ret til forsvar fremgår det af artikel 62 i forordning nr. 6/2002, at Harmoniseringskontorets afgørelser kun må støttes på grunde, som parterne har haft lejlighed til at udtale sig om. I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren for Harmoniseringskontorets instanser udtalt sig om regningen for forsendelsens beviskraft, om designerens frihed, om den ufuldstændige gengivelse af SYMBICORT-modellen og om betydningen af fastgørelsesbestanddelen i det helhedsindtryk, som et ur, der er fastgjort til en nøglesnor, giver. Den omstændighed, at fastgørelsesbestanddelen ikke indgår i de bestanddele, der er beskyttet af det omtvistede design, er for sit vedkommende nævnt udtrykkeligt i punkt 21 i ugyldighedsafdelingens afgørelse, hvorfor sagsøgeren har været i stand til at fremsætte

sine bemærkninger til dette punkt i forbindelse med klagesagen. Følgelig må anbringendet vedrørende en tilsidesættelse af sagsøgerens ret til forsvar også forkastes.

91 For så vidt som de argumenter, der er blevet fremført i forbindelse med det tredje anbringende, også kan fortolkes således, at de omhandler en tilsidesættelse af begrundelsespligten, som præciseret i artikel 62 i forordning nr. 6/2002, eller af forpligtelsen til at prøve de af parternes fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de af parterne fremsatte anmodninger, der er fastsat i nævnte forordnings artikel 63, stk. 1, må det fastslås, at den anfægtede afgørelse på en sammenhængende og tilstrækkeligt detaljeret måde fremfører grundene til, at appelkammeret dels fandt, at beviserne vedrørende SYMBICORT-modellen, især regningen for forsendelsen, var troværdige og egnede til at tjene som beviser (punkt 7 og 15-17 i den anfægtede afgørelse), dels at det omtvistede design under hensyntagen til designerens grad af frihed giver den informerede bruger det samme helhedsindtryk som SYMBICORT-modellen (punkt 18-22 i den anfægtede afgørelse). Den anfægtede afgørelse er således ikke ulovlig på dette punkt.

92 I lyset af det ovenstående må det tredje anbringende forkastes.

93 Eftersom ingen af de af sagsøgeren fremførte anbringender har noget grundlag, i det omfang de vedrører beviset for offentliggørelsen af SYMBICORT-modellen og sammenligningen af denne og det omtvistede design, er det ikke længere nødvendigt at undersøge dem i forhold til modellerne C og F, som redegjort for ovenfor i præmis 12-15. Under disse omstændigheder udgør den sammenligning mellem det omtvistede design og SYMBICORT-modellen, der blev foretaget af appelkammeret, nemlig et tilstrækkeligt grundlag for den anfægtede afgørelse.

94 Følgelig må Harmoniseringskontoret frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

95 Ifølge artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets påstand.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Fjerde Afdeling):

1) **Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) frifindes.**

2) **Sphere Time betaler sagens omkostninger.**

Pelikánová Jürimäe Van der Woude

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 14. juni 2011.

Underskrifter