Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Anden Afdeling)

13. november 2012 *

»EF-design — ugyldighedssag — registrerede EF-design, der gengiver termosifoner til radiatorer — ældre design — ugyldighedsgrund — manglende individuel karakter — andet helhedsindtryk foreligger ikke — artikel 6 og artikel 25, stk. 1, litra b), i forordning (EF) nr. 6/2002 — mættet kunstform — begrundelsespligt«

I de forenede sager T-83/11 og T-84/11,

**Antrax It Srl**, Resana (Italien), ved advokat L. Gazzola,

sagsøger,

mod

**Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM)**, først ved G. Mannucci og A. Folliard-Monguiral, derefter ved A. Folliard-Monguiral og F. Mattina, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

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

**The Heating Company (THC)**, Dilsen (Belgien), ved advokat J. Haber,

angående påstande om annullation af afgørelser truffet den 2. november 2010 af Tredje Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sagerne R 1451/2009-3 og R 1452/2009-3) vedrørende ugyldighedssager mellem The Heating Company (THC) og Antrax It Srl,

har

RETTEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, N.J. Forwood, og dommerne F. Dehousse (refererende dommer) og J. Schwarcz,

justitssekretær: fuldmægtig C. Heeren,

under henvisning til stævningerne, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 11. februar 2011,

* Processprog: italiensk.

under henvisning til svarskifterne fra Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design), der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 24. maj 2011,

under henvisning til intervenientens svarskrifter, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 18. maj og den 27. juni 2011,

under henvisning til replikkerne, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 22. august og den 19. september 2011,

under henvisning til parternes bemærkninger af 25. og 29. maj 2012 som svar på Rettens spørgsmål af 11. maj 2012,

og efter retsmødet den 27. juni 2012,

afsagt følgende

## Dom

### Sagens baggrund

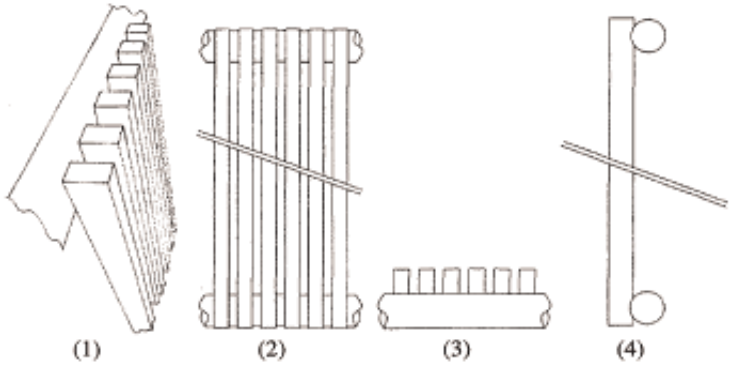
1 Sagsøgeren, Antrax It Srl, er indehaver af de otte EF-design nr. 000593959-0001 til 000593959-0008, der blev indgivet til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) den 25. september 2006, og som blev offentliggjort i *Registreringstidende for EF-design* den 21. november 2006 og den 20. april 2009.

2 Alle disse design gengiver ifølge selve ordlyden af de af sagsøgeren til Harmoniseringskontoret indgivne designansøgninger termosifon-design (»modelli di termosifoni«), der skal anvendes i »radiatorer«, som henhører under klasse 23.03 i Locarnoarrangementet af 8. oktober 1968 vedrørende oprettelse af en international klassifikation af industrielle design, med senere ændringer.

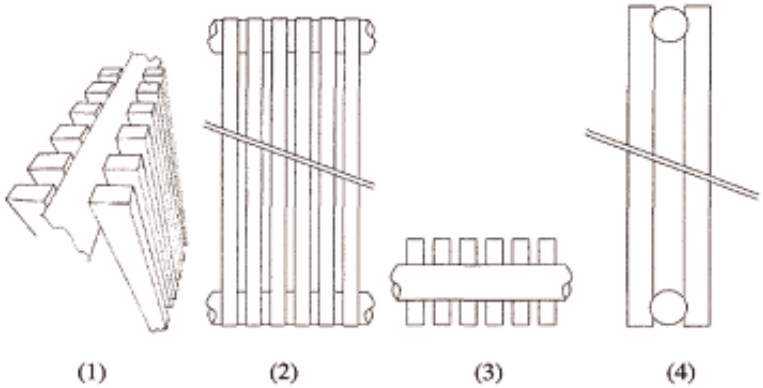
3 Blandt disse design er det alene design nr. 000593959-0001 og nr. 000593959-0002 (herefter »de anfægtede design«), der er genstand for de nærværende sager.

4 De anfægtede design er gengivet som følger:

— design nr. 000593959-0002:




— design nr. 000593959-0001:

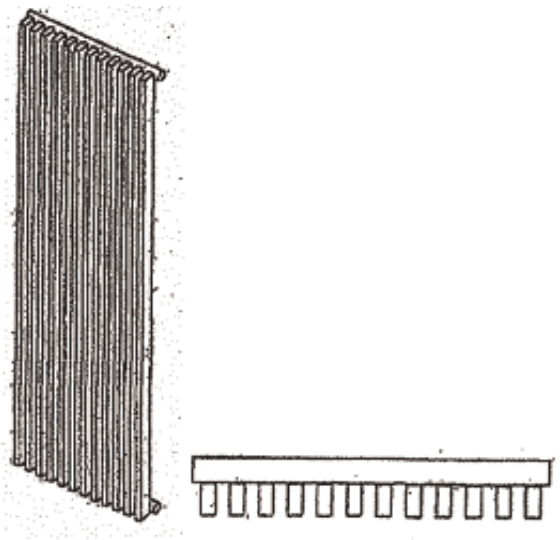



5 Den 16. april 2008 indgav intervenienten, The Heating Company (THC), begæringer til Harmoniseringskontoret om, at de anfægtede design, der var blevet registreret under referencerne ICD000005312 og ICD000005320, blev erklæret ugyldige. Ugyldighedsbegæringerne var støttet på artikel 25, stk. 1, litra b), i Rådets forordning (EF) nr. 6/2002 af 12. december 2001 om EF-design (EFT 2002 L 3, s. 1), der er en bestemmelse, som henviser til betingelserne i samme forordnings artikel 4 til 9.

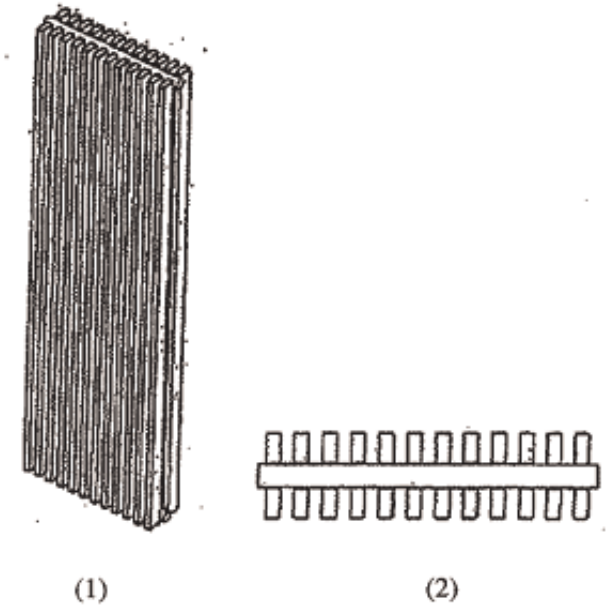
6 Til støtte for sine ugyldighedsbegæringer påberåbte intervenienten sig over for de anfægtede design, der har henholdsvis nr. 000593959-0002 og 000593959-0001, de tyske design, der har henholdsvis nr. 4 og 5 (herefter »de ældre design«), som er omfattet af den samlede registrering nr. 40110481.8, der blev offentliggjort den 10. september 2002 og udvidet til at gælde for Frankrig, Italien og Benelux som internationalt design med referencen DM/060899.

7 De ældre design er gengivet som følger:

— design nr. 4:




— design nr. 5:




8 Ved afgørelser af 30. september 2009 erklærede ugyldighedsafdelingen de anfægtede design ugyldige, idet nyhedskravet i henhold til artikel 5 i forordning nr. 6/2002 ikke var opfyldt.

9 Disse afgørelser var genstand for klager, som sagsøgeren indgav den 27. november 2009.

10 Ved afgørelser af 2. november 2010 (herefter »de anfægtede afgørelser«) ophævede Tredje Appelkammer ved Harmoniseringskontoret ugyldighedsafdelingens afgørelser, eftersom der ikke var blevet givet en passende begrundelse med hensyn til ugyldighedsgrunden vedrørende den manglende opfyldelse af nyhedskravet, og erklærede de anfægtede design ugyldige med den begrundelse, at de ikke havde individuel karakter.

11 Efter at have fastslået, at de af ugyldighedsafdelingen trufne afgørelser, som blev anfægtet for appelkammeret, ikke var ledsaget af en passende begrundelse med hensyn til ugyldighedsgrunden vedrørende den manglende opfyldelse af nyhedskravet (artikel 5 i forordning nr. 6/2002), og derfor skulle ophæves, foretog appelkammeret navnlig en ny undersøgelse af denne ugyldighedsgrund og forkastede den med den begrundelse, at forskellene mellem de anfægtede design og de ældre design (herefter samlet »de omhandlede design«) ikke var »uden for« udkastene, således som det ville være tilfældet med en produktkode eller et kvalitetsmærke, men at de vedrørte disse udkast og ud fra denne synsvinkel ikke kunne falde ind under begrebet »uvæsentlige punkter« i artikel 5, stk. 2, i forordning nr. 6/2002.

12 Appelkammeret foretog dernæst en undersøgelse af ugyldighedsgrunden vedrørende manglende individuel karakter [artikel 25, stk. 1, litra b), og artikel 6 i forordning nr. 6/2002].

13 I denne forbindelse definerede appelkammeret den informerede bruger i henhold til artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 6/2002, som en bruger, der køber radiatorer med henblik på at installere dem i sit hjem, og som har mulighed for at se og sammenligne radiatordesign ved at konsultere design- og indretningsmagasiner, gå i specialiserede forretninger og ved at surfe på internettet (de anfægtede afgørelsers punkt 39).

14 Dernæst anførte appelkammeret, at »de [omhandlede design gengiver] radiatorer, der består af to vandrette beholdere med cirkelformet tværsnit, som er forenet på forsiden [for så vidt angår design nr. 000593959-0002 og nr. 4 – henholdsvis på forsiden og bagsiden for så vidt angår design nr. 000593959-0001 og nr. 5 –] ved hjælp af en række lodrette bestanddele (strålerør) med rektangulært tværsnit med et lille mellemrum mellem rørene« (de anfægtede afgørelsers punkt 40).

15 Appelkammeret fortsatte ved at foretage følgende vurderinger:

»41. De [omhandlede design] indeholder komponenter, som har den samme form. De lodrette rør er rektangulære, og beholderne er cylindriske. Beholdernes udkragning i siderne er ligeledes identisk.

42. De to radiatorers generelle udseende må anses for at ligne hinanden eller for ikke at have en karakter, der hos den informerede bruger kan give et væsentligt forskelligt helhedsindtryk, hvad enten radiatoren ses forfra, fra siden eller fra vinkler derimellem, som dette oftest er tilfældet ved normal brug.«

16 Appelkammeret fastslog dernæst, at de forskelle mellem de omhandlede design, som sagsøgeren havde fremhævet, og som vedrørte for det første forholdet mellem rørenes frontale dimension (herefter »bredden«) og rørenes dimension fra siden (herefter »dybden«), for det andet forholdet mellem rørenes bredde og mellemrummet mellem to rør og for det tredje forholdet mellem beholderens diameter og rørenes dybde ikke kunne benægtes, men selv samlet set ikke var tilstrækkelige til at ændre den informerede brugers opfattelse af det helhedsindtryk, som de omhandlede design gav (de anfægtede afgørelsers punkt 43-47).

17 Hvad angik argumentet om, at der skulle tages hensyn til designerens begrænsede grad af frihed i det foreliggende tilfælde, forkastede appelkammeret dette, idet det fastslog, at man særligt for så vidt angår radiatorrør kunne forestille sig forskellige typer udformning i relation til tværsnit (de anfægtede afgørelsers punkt 48).

18 Appelkammeret konkluderede, at de anfægtede design således skulle erklæres ugyldige, fordi de ikke havde individuel karakter.

## Parternes påstande

19 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— De anfægtede afgørelser annulleres, for så vidt som de anfægtede design derved erklæres ugyldige med den begrundelse, at de ikke har individuel karakter, og det fastslås følgelig, at de pågældende design er gyldige.

— De anfægtede afgørelser annulleres, for så vidt som det derved blev pålagt sagsøgeren at betale de omkostninger, som intervenienten havde afholdt i forbindelse med sagerne for Harmoniseringskontoret.

— Harmoniseringskontoret og intervenienten tilpligtes at godtgøre sagsøgeren alle de i disse sager afholdte omkostninger samt ethvert andet beløb, der måtte være skyldigt i henhold til lov.

— Intervenienten tilpligtes at godtgøre sagsøgeren alle omkostninger, der er blevet afholdt i forbindelse med sagerne for Harmoniseringskontoret, og ethvert andet beløb, der måtte være skyldigt i henhold til lov.

20 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

21 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale omkostningerne i nærværende sag.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger for Harmoniseringskontoret.

22 Ved skrivelser af 13. april og 27. maj 2011 tilstillede Harmoniseringskontoret i overensstemmelse med artikel 133, stk. 3, i Rettens procesreglement Retten akterne i sagerne for Tredje Appelkammer, som omfattede akterne i sagerne for ugyldighedsafdelingen.

23 Ved afgørelse af 29. februar 2012 traf formanden for Rettens Anden Afdeling efter at have hørt parterne i henhold til procesreglementets artikel 50, stk. 1, bestemmelse om forening af nærværende sager med henblik på den mundtlige forhandling og dommen.

## Retlige bemærkninger

24 Sagsøgeren har påberåbt sig et enkelt anbringende, der i det væsentlige vedrører en tilsidesættelse af artikel 6 i forordning nr. 6/2002.

*Antagelse til realitetsbehandling af de dokumenter, der er fremlagt for første gang for Retten*

25 Harmoniseringskontoret har bestridt, at de dokumenter, der er vedlagt stævningernes bilag A3 og A4, kan antages til realitetsbehandling af Retten, idet disse dokumenter ikke er blevet fremlagt på noget tidspunkt i sagen for Harmoniseringskontoret.

26 Sagsøgeren har hertil svaret, at disse dokumenter ikke er nye beviser, der ændrer sagens rammer, men alene tredimensionale gengivelser af de omhandlede design, som er blevet udarbejdet med det eneste formål at lette visualiseringen af de grundlæggende forskelle, der karakteriserer disse design, og som hos den informerede bruger giver et forskelligt helhedsindtryk. Én ting er under sagen for Retten at fremlægge beviser, der introducerer nye omstændigheder, eller som tjener som grundlag for nye og andre påstande end dem, der blev fremført for appelkammeret. En anden ting er som bilag at vedlægge dokumenter, med hvilke det tilsigtes at bekræfte allerede fremførte argumenter og at godtgøre såvel den fejlagtige karakter af samt det manglende grundlag for Harmoniseringskontorets påstand i de anfægtede afgørelser.

27 Det bemærkes, at uagtet det af sagsøgeren anførte, er de dokumenter, der er vedlagt i stævningernes bilag A3 og A4, nye beviser, som appelkammeret ikke rådede over.

28 Disse dokumenter, der for første gang er blevet fremlagt for Retten, kan ikke tages i betragtning. Et søgsmål ved Retten har nemlig til formål at efterprøve lovligheden af afgørelser truffet af Harmoniseringskontorets appelkamre, jf. artikel 61 i forordning nr. 6/2002, hvorfor Rettens opgave ikke er at foretage en fornyet undersøgelse af de faktiske omstændigheder i lyset af dokumenter, der for første gang fremlægges for Retten. Der skal derfor ses bort fra de nævnte dokumenter, og det er ufornødent at undersøge deres beviskraft (Rettens dom af 18.3.2010, sag T-9/07, Grupo Promer Mon Graphic mod KHIM - PepsiCo (Gengivelse af et cirkelformet reklameunderlag), Sml. II, s. 981, præmis 24, jf. ligeledes analogt Domstolens dom af 13.3.2007, sag C-29/05 P, KHIM mod Kaul, Sml. I, s. 2213, præmis 54, og Rettens dom af 23.5.2007, sag T-342/05, Henkel mod KHIM – SERCA (COR), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 31).

29 Som Harmoniseringskontoret og intervenienten gjorde gældende under retsmødet gælder samme konklusion for de dokumenter, der var vedlagt som bilag til sagsøgerens bemærkninger af 29. maj 2012, og som blev fremlagt for første gang til støtte for sagsøgerens påstand om, at der forelå en mættet kunstform.

*Det eneste anbringende om en tilsidesættelse af artikel 6 i forordning nr. 6/2002*

30 I forbindelse med dette anbringende har sagsøgeren gjort gældende, at appelkammeret begik fejl ved sin vurdering af de anfægtede designs individuelle karakter. Forskellene mellem de omhandlede design er af en sådan karakter, at de helhedsindtryk, som de giver hos den informerede bruger, er forskellige, og at de anfægtede design således ikke mangler individuel karakter.

31 Harmoniseringskontoret og intervenienten har bestridt sagsøgerens argumenter.

32 I henhold til artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 6/2002 beskyttes et design af et EF-design, hvis designet er nyt og har individuel karakter.

33 I henhold til artikel 6, stk. 1, litra b), i forordning nr. 6/2002 anses et registreret EF-design 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 inden den dato, hvor ansøgningen om registrering er indgivet, eller, hvis der begæres prioritet, inden prioritetsdagen.

34 Artikel 6, stk. 2, i forordning nr. 6/2002 præciserer, at der ved vurderingen af et designs individuelle karakter tages hensyn til den grad af frihed, som designeren har haft ved udviklingen af designet.

35 Artikel 63 i forordning nr. 6/2002 bestemmer, at »[u]nder sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret prøver dette ex officio de faktiske omstændigheder; i sager vedrørende ugyldighed begrænser Harmoniseringskontoret sig imidlertid til at prøve de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og til de af parterne fremsatte anmodninger […]«.

36 Hvad for det første angår definitionen af den informerede bruger skal det bemærkes, at begrebet »informeret bruger« i henhold til artikel 6 i forordning nr. 6/2002 ifølge retspraksis hverken omfatter en fabrikant eller en sælger af det produkt, hvori det omhandlede design skal inkorporeres, eller hvorpå det skal anvendes. Den informerede bruger er en person, der er særligt opmærksom, og som har et vist kendskab til den tidligere kunstform, hvilket vil sige til de design, der hidtil er blevet anvendt for det omhandlede produkt, og som var blevet offentliggjort på den dato, hvor ansøgningen om det omhandlede design blev indgivet (dommen i sagen Grupo Promer Mon Graphic mod KHIM, nævnt ovenfor i præmis 28, præmis 62).

37 Endvidere indebærer egenskaben af »bruger«, at den pågældende person benytter sig af det produkt, som designet indgår i, i overensstemmelse med formålet med produktet (Rettens dom af 22.6.2010, sag T-153/08, Shenzhen Taiden mod KHIM - Bosch Security Systems (Kommunikationsudstyr), Sml. II, s. 2517, præmis 46).

38 Derudover indebærer benævnelsen »informeret«, at brugeren, uden at være designer eller teknisk ekspert, er bekendt med de forskellige design i den omhandlede sektor, er 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 (dommen i sagen Shenzhen Taiden mod KHIM, nævnt ovenfor i præmis 37, præmis 47).

39 Denne omstændighed indebærer imidlertid ikke, at den informerede bruger er i stand til at adskille de af produktets ydre kendetegn, der er dikteret af dets tekniske funktion, fra de vilkårlige kendetegn, ud over hvad der følger af den erfaring, han har indhøstet gennem anvendelsen af det pågældende produkt (dommen i sagen Shenzhen Taiden mod KHIM, nævnt ovenfor i præmis 37, præmis 48).

40 I sin dom af 20. oktober 2011, PepsiCo mod Grupo Promer Mon Graphic (sag C-281/10 P, Sml. I, s. 10153, præmis 53), fastslog Domstolen, at begrebet den informerede bruger må forstås som et begreb, som ligger mellem den gennemsnitlige forbruger, der finder anvendelse på varemærkeområdet, hvor der ikke kræves nogen særlig viden, og hvor der som regel ikke foretages en direkte sammenligning af de omtvistede varemærker, og en fagmand, som er en ekspert med detaljeret sagkundskab. Begrebet den informerede bruger kan således opfattes som en bruger, der ikke er gennemsnitligt opmærksom, men som er særligt opmærksom, hvad enten det er på grund af personlige erfaringer eller omfattende kendskab til den omhandlede sektor.

41 Appelkammeret definerede i det foreliggende tilfælde den informerede bruger som en bruger, der køber radiatorer med henblik på at installere dem i sit hjem. Appelkammeret tilføjede, at brugeren skal være »informeret«, forstået således, at han skal have haft mulighed for at se og sammenligne radiatordesign ved at konsultere design- og indretningsmagasiner, gå i specialiserede forretninger og ved at surfe på internettet. Med andre ord er denne person ifølge appelkammeret uden at være ekspert i industrielt design (som en arkitekt eller indretningsarkitekt er det) bekendt med, hvad der udbydes på markedet, modetendenser og varens grundlæggende egenskaber (de anfægtede afgørelsers punkt 39).

42 Det bemærkes, at denne definition, som sagsøgeren i øvrigt har tiltrådt, er korrekt.

43 Hvad for det andet angår vurderingen af et designs individuelle karakter bestemmer artikel 6, stk. 2, i forordning nr. 6/2002, at der ved denne vurdering skal tages hensyn til den grad af frihed, som designeren har haft ved udviklingen af dette design.

44 Designerens grad af frihed defineres navnlig ud fra de bindinger, som er knyttet til de kendetegn, som produktets eller en del af produktets tekniske funktion pålægger, eller ud fra de ved lov fastsatte krav til produktet, som designet er anvendt på. Disse bindinger fører til en standardisering af visse kendetegn, der derefter bliver fælles for design, der anvendes på de omhandlede produkter (Rettens dom i sagen Grupo Promer Mon Graphic mod KHIM, nævnt ovenfor i præmis 28, præmis 67, og dom af 9.9.2011, sag T-11/08, Kwang Yang Motor mod KHIM – Honda Giken Kogyo (Forbrændingsmotor), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 32).

45 Det følger heraf, at jo større frihed designeren har ved udviklingen af et design, jo mindre er små forskelle mellem de sammenlignede design tilstrækkelige til at give et andet helhedsindtryk hos den informerede bruger. Omvendt, jo mere bundet designerens frihed er ved udviklingen af det omtvistede design, jo mere vil små forskelle mellem de omhandlede design kunne være tilstrækkelige til at give et andet helhedsindtryk hos den informerede bruger. En høj grad af frihed hos designeren ved udviklingen af et design styrker således konklusionen om, at de sammenlignede design, der ikke har væsentlige forskelle, giver det samme helhedsindtryk hos den informerede bruger (dommen i sagen Kwang Yang Motor mod KHIM, nævnt ovenfor i præmis 44, præmis 33).

46 I de anfægtede afgørelsers punkt 48 fastslog appelkammeret, at sagsøgerens argument om, at designerens frihed ved udviklingen var begrænset i det foreliggende tilfælde, ikke var overbevisende. Appelkammeret bemærkede, at man særligt for så vidt angår rør kan forestille sig forskellige udformninger i relation til tværsnit, hvilket sagsøgerens andre design, som blev registreret under nr. 000593959-0003 til 000593959-0008, viste.

47 Det skal fastslås, at appelkammerets opfattelse er korrekt.

48 Hvad angår designet af rørene er det nemlig hverken godtgjort eller gjort gældende, at designerens frihed er underlagt særlige begrænsninger. Tværtimod synes det, at designeren for så vidt angår rørenes tværsnit kan vælge mellem et stort antal af forskellige former, hvilket sagsøgerens design nr. 000593959-0003 til 000593959-0008 i øvrigt illustrerer.

49 Hvad angår designet af beholderne har sagsøgeren på ingen måde godtgjort, at der foreligger tekniske eller lovmæssige krav, der begrænser designerens grad af frihed. Sagsøgerens påstand om, at »det ikke [er] tilfældigt, at diameteren af radiatorernes beholdere, der faktisk fremstilles af [intervenienten], [sagsøgeren] og størstedelen af radiatorproducenterne, [er] den samme og har en størrelse på 34 eller 35 mm.«, udgør således ikke alene på ingen måde et bevis for, at der foreligger tekniske eller lovmæssige krav, som stiller krav til radiatorproducenterne om denne diameter, men udtrykker tværtimod eksplicit, at en anvendelse af en anden diameter på beholderne – endog uafhængigt af andre former for tværsnit end den cylindriske form – ikke alene er mulig, men tillige praktiseres.

50 Disse betragtninger understøttes endvidere af sagsøgerens svar i replikken på Harmoniseringskontorets og intervenientens bemærkning om, at der ikke findes tekniske eller lovmæssige krav på området. Som svar på denne bemærkning har sagsøgeren nemlig alene anført, at »i det mindste i relation til denne sag har intervenientens og sagsøgerens produkter den samme diameter for beholderne, og [at] dette utvivlsomt udgør et reelt referencekriterium i den sammenlignende undersøgelse af de to radiatordesign«. Det skal imidlertid fastslås, at den omstændighed, at de radiatorer, der konkret fremstilles af parterne efter det omhandlede design, eventuelt omfatter beholdere med samme diameter, ikke ændrer noget ved, at det på ingen måde er blevet godtgjort, at der findes nogen teknisk eller lovmæssig begrænsning af designerens frihed for så vidt angår beholderne.

51 Hvad endelig angår detaljer om anordningen mellem rørene og beholderne er det ikke godtgjort, at der findes lovmæssige eller tekniske krav.

52 Det følger af ovenstående betragtninger, at det som anført af Harmoniseringskontoret var med rette, at appelkammeret i de anfægtede afgørelsers punkt 48 i det væsentlige fastslog, at designerens grad af frihed ikke var begrænset.

53 For det tredje skal der foretages en undersøgelse af appelkammerets vurdering af de anfægtede designs individuelle karakter, som sagsøgeren har anfægtet.

54 Sagsøgeren har gjort gældende, at appelkammeret begik en fejl, da det fastslog, at »beholdernes udkragning i siderne ligeledes var identisk« i de omhandlede design (de anfægtede afgørelsers punkt 41). De anfægtede design har nemlig for så vidt angår beholderne nogle ikke kontinuerlige linjer, idet de ikke har en foruddefineret længde, mens de under alle omstændigheder ikke er forsynet med en udkragning i siderne til forskel fra de ældre design. Den omstændighed, at de anfægtede designs beholdere i modsætning til de ældre design ikke er forsynet med udkragninger i siden, udgør følgelig en første væsentlig forskel mellem de omhandlede design, som appelkammeret med urette undlod at tage hensyn til.

55 Som Harmoniseringskontoret i øvrigt har erkendt for Retten, skal det først fastslås, at de anfægtede design ikke indeholder nogen krav for så vidt angår de yderste punkter af beholderne, og navnlig ikke for så vidt angår en eventuel udkragning, som disse beholdere danner ved det sidste rør. Dette manglende krav kan udledes af de brudte linjer, som beholdernes design slutter med i afbildningerne af de anfægtede design.

56 Denne konstatering af, at der ikke foreligger krav for så vidt angår de yderste punkter af beholderne, er endvidere sammenhængende med den omstændighed, at de anfægtede design, som det udtrykkeligt fremgår af de registreringsansøgninger, som sagsøgeren har indgivet, ikke er »radiator«-design, men mere begrænset »termosifon«-design (modelli di thermosifoni), som er beregnet til anvendelse på radiatorer.

57 I denne forbindelse bemærkes, at den henvisning til »radiatorer« (radiatori per riscaldamento), som Harmoniseringskontoret foretog af egen drift i de registreringer, der blev offentliggjort i *Registreringstidende for EF-design*, er et resultat af et rent administrativt initiativ fra Harmoniseringskontorets side, hvormed det tilsigtedes at klassificere disse registreringer efter den ikke bindende terminologi i den klassifikation, der blev indført ved Locarnoarrangementet (præmis 2 ovenfor). Dette initiativ trådte hverken i stedet for beskrivelsen af de anfægtede design – termosifon-design – der var anført i registreringsansøgningerne, eller medførte, at denne beskrivelse blev ugyldig (jf. hertil artikel 36, stk. 6, i forordning nr. 6/2002 og artikel 3 i Kommissionens forordning (EF) nr. 2245/2002 af 21.10.2002 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 6/2002 (EFT L 341, s. 28)).

58 Det følger af de ovenstående betragtninger, at alle de henvisninger, der i det foreliggende tilfælde er foretaget til de omhandlede designs beholderes udkragning, hvad enten det er sket for at fastslå, at de er identiske eller kunne være identiske, eller omvendt for at hævde, at de er forskellige, går ud over rammerne for den beskyttelse, der kræves med de anfægtede design, og således er uden relevans.

59 Det var følgelig med urette, at appelkammeret i de anfægtede afgørelsers punkt 41 fastslog, at »[de omhandlede designs beholderes] udkragning i siderne [var …] identisk«.

60 Uanset det af Harmoniseringskontoret anførte hertil indgår denne betragtning fra appelkammerets side i de betragtninger i de anfægtede afgørelsers punkt 41, som det af appelkammeret i de anfægtede afgørelsers punkt 42 anførte er støttet på, og hvorefter »[de omhandlede designs] generelle udseende må anses for at ligne hinanden eller for ikke at have en karakter, der hos den informerede bruger kan give et væsentligt forskelligt helhedsindtryk«.

61 Denne fejlagtige vurdering fra appelkammerets side kan dog ikke medføre, at de anfægtede afgørelser skal annulleres, hvis det skulle vise sig, at de øvrige betragtninger, som appelkammeret har anlagt i disse afgørelser vedrørende formerne, anordningen og proportionsforholdet mellem rørene og beholderne, gør det muligt i retligt tilstrækkeligt omfang at begrunde konklusionen om, at de anfægtede design ikke havde individuel karakter.

62 For så vidt angår disse øvrige betragtninger bemærkes først, at appelkammeret fastslog, at de omhandlede design havde det til fælles, at de gengav to vandrette beholdere med cirkelformet tværsnit, som er forenet på forsiden (for så vidt angår design nr. 000593959-0002 og nr. 4) og ligeledes på bagsiden (for så vidt angår design nr. 000593959-0001 og nr. 5) ved hjælp af en række lodrette bestanddele (strålerør) med rektangulært tværsnit med et lille mellemrum mellem rørene (de anfægtede afgørelsers punkt 40).

63 Appelkammeret fastslog, at de omhandlede design indeholder komponenter, som har den samme form. Appelkammeret henviste til den omstændighed, at de lodrette rør var rektangulære, og beholderne cylindriske (de anfægtede afgørelsers punkt 41).

64 Appelkammeret fastslog dernæst, at de proportionsforskelle mellem de omhandlede design, som sagsøgeren havde fremhævet for appelkammeret, vedrørende for det første forholdet mellem rørenes bredde og dybde, for det andet forholdet mellem rørenes bredde og mellemrummet mellem to rør og for det tredje forholdet mellem beholderens diameter og rørenes dybde, ganske vist ikke kunne benægtes, men at de dog ikke, selv om de blev betragtet samlet, var tilstrækkelige til at ændre den informerede brugers opfattelse af det helhedsindtryk, som de omhandlede design gav (de anfægtede afgørelsers punkt 43-47).

65 Over for disse betragtninger har sagsøgeren i det væsentlige gentaget sin allerede for Harmoniseringskontoret fremførte argumentation, der er støttet på proportionsforskellene mellem de omhandlede design, som sagsøgeren anser for tilstrækkeligt store til at give væsentligt forskellige helhedsindtryk for den informerede bruger. Sagsøgeren har således med hensyn til de omhandlede design foretaget en sammenligning af rørenes dybde/bredde-forhold (2,2/1 for de ældre design mod 1,7/1 for de anfægtede design) og forholdet mellemrum mellem to rør/rørenes bredde (1/1 for de ældre design mod 0,6/1 for de anfægtede design).

66 Ifølge sagsøgeren kan det ikke benægtes, at de ældre design er meget dybere end de anfægtede design, og at der er meget større mellemrum mellem rørene i de ældre design end i de anfægtede design. Det følger heraf, at der er en klar og betydelig forskel ved det helhedsindtryk, som gives den informerede bruger.

67 Indledningsvis bemærkes, at den ansøgte beskyttelse vedrører design, uafhængigt af den konkrete størrelse af de produkter, som disse design skal anvendes på, og at sagsøgeren endvidere ikke har ført bevis for, at der findes nogen lovmæssige eller tekniske krav, som indebærer, at samme diameter skal anvendes for radiatorers beholdere (jf. hertil præmis 49 og 50 ovenfor).

68 Det skal i denne forbindelse tilføjes, at den omstændighed, at det fuldt ud står sagsøgeren frit for i stævningernes bilag A2 at fremlægge afbildninger af de omhandlede design, som er gengivet i et målestoksforhold, der gør det muligt at tilpasse beholdernes synlige diametre, ikke ændrer ved det forhold, at det på ingen måde er blevet godtgjort, at disse beholdere som følge af tekniske eller lovmæssige krav konkret skulle fremstilles med samme diameter.

69 Alle sagsøgerens påstande om, at de ældre design er »dybere« end de anfægtede design, eller at der er »større mellemrum« mellem rørene i de ældre design end mellem rørene i de anfægtede design eller tillige, at de radiatorer, der kan fremstilles efter de anfægtede design, for hver løbende meter termosifon omfatter »44 rør«, mens de radiatorer, der er fremstillet efter de ældre design, omfatter »24 rør, der er klart bredere og har større mellemrum«, er følgelig uden relevans, idet de udgør sammenligninger af konkrete størrelser, der er blevet beregnet ud fra den forudsætning, som ikke er godtgjort, at de beholdere, der er gengivet i de omhandlede design, nødvendigvis har den samme diameter.

70 Af de samme grunde er det med urette, at sagsøgeren har gjort gældende, at appelkammeret ikke foretog en behørig vurdering af de omhandlede designs størrelse, idet det ikke foretog en sammenligning af disse design på grundlag af den samme størrelse af de beholdere, der var gengivet i disse design.

71 Som resultat heraf er det i det foreliggende tilfælde med henblik på sammenligningen af de helhedsindtryk, som de omhandlede design giver – og ud over de øvrige relevante betragtninger vedrørende valget af rørenes og beholdernes form og anordning – alene betragtningerne vedrørende forskellene i de interne proportionsforhold af disse forskellige design, der er relevante.

72 Under hensyntagen til disse indledende betragtninger skal det bemærkes, at det, som appelkammeret i øvrigt selv fastslog, rent faktisk er korrekt, at der er visse forskelle mellem de omhandlede design i de pågældende designs indre proportionsforhold.

73 Således nævnte appelkammeret, idet det gengav de forhold, som sagsøgeren havde fremført for Harmoniseringskontoret, forskellene i forholdet rørenes dybde/bredde (2/1 for de ældre design mod 1,7/1 for de anfægtede design) (de anfægtede afgørelsers punkt 44), i forholdet mellemrum mellem to rør/rørenes bredde (1/1 for de ældre design mod 0,6/1 for de anfægtede design) (de anfægtede afgørelsers punkt 45) samt i forholdet beholdernes diameter/rørenes dybde (et forhold, der er lavere end 1 for de ældre design og større end 1 for de anfægtede design) (de anfægtede afgørelsers punkt 46).

74 Appelkammeret er i det væsentlige af den opfattelse, at disse forskelle, hvad enten de vurderes individuelt eller samlet, ikke har en så stor betydning, at det helhedsindtryk, som de omhandlede design giver, ændres (de anfægtede afgørelsers punkt 44-47).

75 I denne forbindelse fortsatte appelkammeret ved at imødegå sagsøgerens synspunkt om, at designerens grad af frihed var begrænset (de anfægtede afgørelsers punkt 48).

76 På dette stadium af undersøgelsen af appelkammerets vurderinger skal det bemærkes, at denne sidstnævnte betragtning fra appelkammerets side ganske vist er korrekt (jf. ovenfor præmis 46-52), men at det ikke desto mindre forholder sig således, at sagsøgeren i sagen for Harmoniseringskontoret rejste et andet spørgsmål, der er relevant for vurderingen af den informerede brugers opmærksomhedsgrad over for forskellene mellem de omhandlede design.

77 Det fremgår nemlig af selve de anfægtede afgørelser, at sagsøgeren såvel for ugyldighedsafdelingen (jf. de anfægtede afgørelsers punkt 4, andet punktum) som for appelkammeret [jf. de anfægtede afgørelsers punkt 11, litra c), andet punktum] fremførte det argument, at sektoren for radiatorer med bestanddele og beholdere i designmæssig henseende var mættet med den konsekvens, at forskellene med hensyn til de interne proportioner mellem de omhandlede design, som langt fra kan anses for at være ubetydelige i sammenligningen af disse designs fælles punkter, tværtimod kunne opfattes umiddelbart af en informeret bruger og således gav forskellige helhedsindtryk.

78 Det fremgår ligeledes af de anfægtede afgørelser, at sagsøgeren for appelkammeret havde anført, at disse argumenter var blevet illustreret fuldt ud under sagerne for ugyldighedsafdelingen, som ikke – heller ikke for at tilbagevise dem – havde taget dem i betragtning [de anfægtede afgørelsers punkt 11, litra c), in fine].

79 Det må imidlertid fastslås, at appelkammeret, selv om det udtrykkeligt nævnte disse argumenter fra sagsøgerens side vedrørende den mættede kunstform, ikke for sit vedkommende i de anfægtede afgørelser gav nogen begrundelse, der vedrørte disse argumenter, heller ikke med det formål at forkaste dem, fordi det fandt, at de ikke var godtgjort.

80 Navnlig og i modsætning til, hvad Harmoniseringskontoret har anført i sit svarskrift for Retten, behandler de anfægtede afgørelsers punkt 48 ikke dette spørgsmål, men udelukkende spørgsmålet om begrænsningen af designerens frihed som følge af tekniske og lovmæssige krav, hvilket er et andet spørgsmål.

81 Konstateringen af, at designerens frihed ikke var begrænset af tekniske eller lovmæssige krav, udgjorde på ingen måde et svar på spørgsmålet, hvorvidt der de facto forelå en situation vedrørende en »mættet kunstform« som følge af det forhold, at der forelå andre termosifon-design eller radiatorer, der havde de samme helhedsegenskaber som de omhandlede design, en mættet kunstform, som kunne være af en karakter, der indebar, at den informerede bruger blev mere sensibel over for forskellene i de interne proportioner mellem disse forskellige design.

82 Harmoniseringskontoret og intervenienten har på Rettens forespørgsel vedrørende begrundelsen af de anfægtede afgørelser med hensyn til sagsøgerens påstand vedrørende en mættet kunstform ikke bestridt, at der mangler en begrundelse i de anfægtede afgørelser vedrørende spørgsmålet om den mættede kunstform. Tværtimod har Harmoniseringskontoret i sine bemærkninger af 29. maj 2012 i det væsentlige medgivet, at denne begrundelse mangler.

83 Samtidig har Harmoniseringskontoret i sine bemærkninger af 29. maj 2012 og derefter under retsmødet anført for det første, at sagsøgeren ikke har gjort gældende, at en mættet kunstform kan påvirke den informerede brugers opfattelse af designet, men alene, at en begrænsning af designerens frihed kunne være en følge af en sådan mættet kunstform, og for det andet, at denne sidstnævnte påstand er fejlagtig.

84 Subsidiært har Harmoniseringskontoret støttet af intervenienten gjort gældende, at sagsøgeren under alle omstændigheder ikke har godtgjort, at der foreligger en mættet kunstform, og at Harmoniseringskontoret ikke har pligt til at besvare argumenter, der er uden interesse og relevans. Harmoniseringskontoret har ligeledes henvist til dommen i sagen Shenzhen Taiden mod KHIM, nævnt ovenfor i præmis 37 (præmis 58), idet det har gjort gældende, at Retten i denne dom afviste relevansen af en mættet kunstform, der alene er knyttet til en tendens ved udformningen af designet, eller endog stadfæstede princippet om, at det forhold, at der findes en sådan tendens, er uden relevans ved vurderingen af den individuelle karakter.

85 Hvad angår Harmoniseringskontorets første påstand, der blev fremført i dets bemærkninger af 29. maj 2012 og siden under retsmødet, vedrørende det, som sagsøgeren havde påstået eller ikke påstået for ugyldighedsafdelingen og appelkammeret, skal det fastslås, at denne påstand dementeres direkte både af det i præmis 77-79 ovenfor konstaterede, og af den henvisning, som Harmoniseringskontoret selv foretog i punkt 15 i sit svarskrift til sagsøgerens argument for appelkammeret vedrørende den mættede kunstform. Det kan således ikke for alvor bestrides, at sagsøgeren for Harmoniseringskontoret gjorde gældende, at der forelå en mættet kunstform, som kunne påvirke opfattelsen af de omhandlede design hos den informerede bruger, og at Harmoniseringskontoret fuldt ud havde identificeret dette argument.

86 Harmoniseringskontorets anden påstand om, at en begrænset grad af frihed for designere ikke kan følge af en mættet kunstform, synes følgelig at være uden relevans.

87 Det eneste spørgsmål, der skal besvares, er, om appelkammeret foretog en undersøgelse af sagsøgerens argument om, at der forelå en mættet kunstform, som ville kunne påvirke den informerede brugers opfattelse af de omhandlede design. Som det allerede er blevet fastslået, er besvarelsen af dette spørgsmål om, hvorvidt Harmoniseringskontoret foretog en undersøgelse, benægtende.

88 I de argumenter, som Harmoniseringskontoret har fremført subsidiært, har det støttet af intervenienten gjort gældende, at sagsøgeren under alle omstændigheder ikke for Harmoniseringskontoret har godtgjort, at der foreligger en mættet kunstform, og at Harmoniseringskontoret ikke har pligt til at besvare argumenter, der er uden interesse og relevans.

89 Hvad for det første angår henvisningen til den omstændighed, at Harmoniseringskontoret ikke har pligt til at besvare argumenter uden interesse og relevans, må det, som det allerede blev anført i præmis 81 ovenfor, lægges til grund, at en eventuel mættet kunstform, der følger af det påståede forhold, at der forelå andre termosifon-design eller radiatorer, der havde de samme helhedsegenskaber som de omhandlede design, var relevant, for så vidt som den kunne være af en karakter, der indebar, at den informerede bruger blev mere sensibel over for forskellene i de interne proportioner mellem disse forskellige design.

90 Hvad angår argumentet om, at sagsøgeren ikke for Harmoniseringskontoret havde godtgjort, at der forelå en mættet kunstform, må det fastslås, at denne betragtning, således som sagsøgeren i det væsentlige har indvendt, udgør et forsøg på at give en efterfølgende begrundelse af de anfægtede afgørelser, som ikke kan antages til realitetsbehandling af Retten. Ifølge fast retspraksis skal begrundelsen nemlig i princippet meddeles den berørte part samtidig med den bebyrdende retsakt, og manglen på begrundelse kan ikke afhjælpes gennem den omstændighed, at den berørte part erfarer grundene til retsakten under sagen for Den Europæiske Unions retsinstanser (Domstolens dom af 26.11.1981, sag 195/80, Michel mod Parlamentet, Sml. s. 2861, præmis 22, og af 28.6.2005, forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5425, præmis 463, samt Rettens dom af 12.12.2006, sag T-228/02, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran mod Rådet, Sml. II, s. 4665, præmis 139).

91 Endvidere skal dette argument fra Harmoniseringskontorets side om, at den mættede kunstform ikke var blevet godtgjort under den administrative procedure, forkastes, for så vidt som det i lighed med de påstande og argumenter samt de nye dokumenter, som sagsøgeren fremsatte og fremlagde i sine bemærkninger af 29. maj 2012, kan opfattes som en opfordring til Retten om selv at undersøge spørgsmålet, om denne mætning foreligger og om dens virkninger på den informerede brugers opfattelse af de omhandlede design.

92 Det skal nemlig bemærkes, at den beføjelse til at omgøre en afgørelse, som er tillagt Retten, ikke bevirker, at denne tillægges en beføjelse til at foretage en bedømmelse, som appelkammeret endnu ikke har taget stilling til, og udøvelsen af beføjelsen til at omgøre en afgørelse bør således principielt begrænses til tilfælde, hvor Retten efter at have prøvet appelkammerets vurdering er i stand til på baggrund af de fastslåede faktiske og retlige omstændigheder at fastlægge den afgørelse, som appelkammeret var forpligtet til at træffe (Domstolens dom af 5.7.2011, sag C-263/09 P, Edwin mod KHIM, Sml. I, s. 5853, præmis 72).

93 Hvad endelig angår Harmoniseringskontorets henvisning til dommen i sagen Shenzhen Taiden mod KHIM (nævnt ovenfor i præmis 37, præmis 58) bemærkes, at denne henvisning er uden relevans.

94 I dommen i sagen Shenzhen Taiden mod KHIM var sagsøgerens argument i det væsentlige, at designerens frihed var blevet begrænset navnlig som følge af et ønske om at tilpasse sig en generel tendens ved udformningen af designet (dommen i sagen Shenzhen Taiden mod KHIM, nævnt ovenfor i præmis 37, præmis 52 in fine). Retten forkastede dette argument ved at fastslå, at en generel tendens ved udformningen af designet allerhøjst kan være relevant for så vidt angår den æstetiske opfattelse af

det omhandlede design, og dette spørgsmål kan dermed eventuelt have en indflydelse på den kommercielle succes for det produkt, hvori dette design er inkorporeret (dommen i sagen Shenzhen Taiden mod KHIM, nævnt ovenfor i præmis 37, præmis 58).

95 Herved afviste Retten blot, at en generel tendens ved udformningen af designet kan anses for at være et forhold, der begrænser designerens frihed, idet det netop er denne designerfrihed, der gør det muligt for designeren at opdage nye former, nye tendenser eller sågar at nyskabe inden for rammerne af en eksisterende tendens.

96 I dommen i sagen Shenzhen Taiden mod KHIM (nævnt ovenfor i præmis 37) ønskede Retten derimod ikke på nogen måde at tilkendegive, at en situation med en mættet kunstform skulle anses for at være uden relevans for vurderingen af et designs individuelle karakter. Retten udelukkede allerhøjst enhver betragtning vedrørende det undersøgte designs æstetiske karakter eller den kommercielle succes for det produkt, hvori det er inkorporeret, fra vurderingen af den individuelle karakter (jf. i denne retning dommen i sagen Shenzhen Taiden mod KHIM, nævnt ovenfor i præmis 37, præmis 58 in fine).

97 Det følger af de ovenstående betragtninger, at selv om sagsøgerens argument om en mættet kunstform udtrykkeligt nævnes i de anfægtede afgørelser, og selv om dette argument var relevant for vurderingen af de anfægtede designs individuelle karakter, indeholder disse afgørelser ingen begrundelse vedrørende denne påstand.

98 Ifølge fast retspraksis er begrundelsespligten, som har til formål for det første at give den berørte part oplysninger, der er tilstrækkelige til at afgøre, om der er grundlag for retsakten, eller om den muligvis er behæftet med en sådan mangel, at dens gyldighed kan anfægtes for Unionens retsinstanser, og for det andet at gøre det muligt for disse retsinstanser at efterprøve retsaktens lovlighed (Domstolens dom af 2.10.2003, sag C-199/99 P, Corus UK mod Kommissionen, Sml. I, s. 11177, præmis 145, og dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 90, præmis 462), et vigtigt princip i EU-retten, som kun kan fraviges af tvingende hensyn (jf. Rettens dom af 29.9.2005, sag T-218/02, Napoli Buzzanca mod Kommissionen, Sml. Pers. I-A, s. 267, og II, s. 1221, præmis 57 og den deri nævnte retspraksis).

99 På denne baggrund, hvoraf det fremgår, at appelkammeret ud over at have foretaget de fejlagtige vurderinger, der er nævnt i præmis 59-61 ovenfor, ikke begrundede de anfægtede afgørelser med hensyn til et spørgsmål, der dog var relevant for vurderingen af de anfægtede designs individuelle karakter, bør de anfægtede afgørelser annulleres, for så vidt som de anfægtede design derved blev erklæret ugyldige; i øvrigt bør Harmoniseringskontoret frifindes.

**Sagens omkostninger**

100 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Harmoniseringskontoret har i det væsentlige tabt sagen og pålægges derfor at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med sagsøgerens påstand herom.

101 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 4, tredje afsnit, bestemmes, at intervenienten til støtte for Harmoniseringskontoret bærer sine egne omkostninger.

102 Sagsøgeren har endvidere nedlagt påstand om, at intervenienten tilpligtes at betale de omkostninger, som sagsøgeren har afholdt under den administrative procedure for Harmoniseringskontoret. I denne forbindelse bemærkes, at nødvendige udgifter, som er afholdt af parterne i forbindelse med sagen for appelkammeret i henhold til artikel 136, stk. 2, i procesreglementet betragtes som omkostninger, der kan kræves erstattet. Det samme gælder imidlertid ikke for udgifter, som er afholdt i forbindelse med en sag for ugyldighedsafdelingen. Sagsøgerens påstand om, at intervenienten, der ikke har fået

medhold i sine påstande, tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med den administrative procedure for Harmoniseringskontoret, kan derfor alene tages til følge for så vidt angår de nødvendige omkostninger, som sidstnævnte har afholdt i forbindelse med sagerne for appelkammeret.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling):

**1) Afgørelserne, der blev truffet af Tredje Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) den 2. november 2010 (sagerne R 1451/2009-3 og R 1452/2009-3), annulleres, for så vidt som design nr. 000593959-0001 og 000593959-0002 derved erklæres ugyldige.**

**2) I øvrigt frifindes Harmoniseringskontoret.**

**3) Harmoniseringskontoret bærer sine egne omkostninger og betaler de omkostninger, som Antrax It Srl har afholdt i forbindelse med sagen for Retten.**

**4) The Heating Company (THC) bærer sine egne omkostninger i forbindelse med sagen for Retten og betaler de omkostninger, som Antrax It Srl har afholdt i forbindelse med sagerne for appelkammeret.**

Forwood Dehousse Schwarcz

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 13. november 2012.

Underskrifter