

RETTENS DOM (Sjette Afdeling)

6. juni 2013 (*)

»EF-design – ugyldighedssag – EF-design, der gengiver urskiver – ældre ikke-registreret design – ugyldighedsgrund – nyhed – artikel 4 og 5 samt artikel 25, stk. 1, litra b), i forordning (EF) nr. 6/2002 – individuel karakter – andet helhedsindtryk – artikel 4 og 6 samt artikel 25, stk. 1, litra b), i forordning nr. 6/2002 – ældre ophavsret – artikel 25, stk. 1, litra f), i forordning nr. 6/2002«

I sag T-68/11,

Erich Kastenholz, Troisdorf (Tyskland), ved advokat L. Acker,

sagsøger,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM), først ved S. Hanne, derefter ved D. Walicka, 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:

Qwatchme A/S, Løsning (Danmark), ved advokat M. Zöbisch,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 2. november 2010 af Tredje Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (sag R 1086/2009-3) vedrørende en ugyldighedssag mellem Erich Kastenholz og Qwatchme A/S,

har

RETTEN (Sjette Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, H. Kanninen, og dommerne S. Soldevila Fragoso (refererende dommer) og A. Popescu,

justitssekretær: fuldmægtig S. Spyropoulos

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 25. januar 2011,

under henvisning til svarskriftet fra Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design), der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 17. maj 2011,

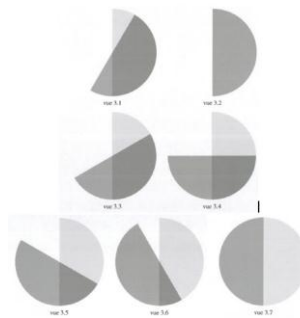
under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 6. maj 2011,

under henvisning til den ændrede sammensætning af Rettens afdelinger,
og efter retsmødet den 8. november 2012,
afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

- 1 Den 28. september 2006 indgav intervenienten, Qwatchme A/S, en ansøgning om registrering af et EF-design til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 6/2002 af 12. december 2001 om EF-design (EFT 2002 L 3, s. 1).
- 2 Designet, der blev søgt registreret, er gengivet i sort og hvidt som følger:



- 3 Det ovenfor i præmis 2 nævnte design blev den samme dag, som ansøgningen om registrering blev foretaget, registreret under nummeret 000602636-0003 (herefter »det anfægtede design«). De produkter, hvorpå designet skal anvendes, henhører under klasse 10.07 i arrangementet vedrørende oprettelse af en international klassifikation af industrielle design, undertegnet i Locarno den 8. oktober 1968, og svarer til den følgende beskrivelse: »urskiver, del af urskiver, urvisere«.
- 4 Den 25. juni 2008 indgav sagsøgeren, Erich Kastenholz, en begæring om, at det anfægtede design blev erklæret ugyldigt i henhold til artikel 52 i forordning nr. 6/2002. De grunde, der blev gjort gældende til støtte for ugyldighedsbegæringen, var dels den, som er omhandlet i artikel 25, stk. 1, litra b), i forordning nr. 6/2002, idet det anfægtede design ikke opfyldte betingelserne for beskyttelse i forordningens artikel 4 og 5, på grund af sin manglende nyhed, dels den, der er omhandlet i forordningens artikel 25, stk. 1, litra f), idet det anfægtede design udgjorde ulovlig brug af en skive, der er beskyttet af den tyske ophavsretslovgivning.
- 5 Sagsøgeren har bl.a. gjort gældende, at det anfægtede design var identisk med designet af en skive, der er beskyttet af den tyske ophavsretslovgivning, som anvender teknikken med placering af farvede skiver oven på hinanden »Farbfolge II, 12 Stunden im 5-Minuten Takt« (farvesekvens II, 12 timer med 5-minutters frekvens), offentliggjort og

udgivet af kunstneren Paul Heimbach mellem 2000 og 2005, som er gengivet henholdsvis i farver samt i sort og hvid som følger:

»Farbfolge II, 12 Stunden im 5-Minuten Takt« (i farver)

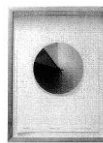


»Farbfolge II« (2003) (i sort og hvid)



Farbfolge II 2003
Tafel: 12x12 mit 144 Swatches
Hintergrund: 10x10 cm, Auflage: 1000 Stk.
(auf der Tafel sind 2 Swatches ungedruckt)

6 Det er ud fra designet »Farbfolge II, 12 Stunden im 5-Minuten Takt«, at kunstneren Paul Heimbach skulle have udviklet skiven »Farbzeiger II«, der er gengivet i sort og hvid som følger:



2004
Farbzeiger (II)
Tafel: 12x12 mit 144 Swatches
Hintergrund: 10x10 cm, Auflage: 1000 Stk.

7 Sagsøgeren har ligeledes gjort gældende, at »Farbfolge II, 12 Stunden im 5-Minuten Takt«, »Farbfolge II« (2003) og »Farbzeiger II« var beskyttet af den tyske lovgivning om ophavsret, fordi de »vis[te] en skive, som kontinuerligt ændredes med visernes bevægelse, og i hvilken hver viser var fastgjort til en farvet, halvgennemsigtig skive, som frembragte forskellige farver, hver gang de dækkede hinanden«.

8 I sit supplerende skriftlige indlæg af 27. oktober 2008 til ugyldighedsafdelingen ved Harmoniseringskontoret gjorde sagsøgeren vedrørende kravene om nyhed og individuel karakter i artikel 4 i forordning nr. 6/2002 gældende, at det anfægtede design havde samme karakteristiske træk som designet »Farbfolge II, 12 Stunden im 5-Minuten Takt«, sådan som gengivet i farver og i sort og hvid i præmis 5 ovenfor. Sagsøgeren har for Harmoniseringskontoret ligeledes fremlagt to originale værker af Paul Heimbach, nemlig »Farbfolge (5/17)« (farvesekvens (5/17)), signeret og dateret i februar 2000, og »Farbfolge II (89/100)« (farvesekvens II (89/100)), signeret og dateret i september 2003, som udgør varianter af designet »Farbfolge II, 12 Stunden im 5-Minuten Takt«, som sagsøgeren først påberåbte sig, og som hver især er gengivet som følger:

»Farbfolge (5/17)«



»Farbfolge II (89/100)«



- 9 De forskellige afbildninger, udviklinger og varianter af »Farbfolge II, 12 Stunden im 5-Minuten Takt«, sådan som nævnt i præmis 5, 6 og 8 ovenfor, udgør dels de design, der blev undersøgt under ugyldighedssagen for Harmoniseringskontoret (herefter »de ældre design«), dels de under nævnte procedure undersøgte kunstværker (herefter »de ældre kunstværker«).
- 10 Ved afgørelse af 16. juli 2009 afslog ugyldighedsafdelingen ugyldighedsbegæringen, idet den fastslog, at det anfægtede design og de ældre design var forskellige på grund af forskelle mellem skiverne. Den baserede denne konklusion på den omstændighed, dels at ingen af de udformninger, der fremgik af de respektive afbildninger af det anfægtede design, var gengivet i nogen af de ældre design, hvorfor sidstnævnte ikke kunne udgøre en hindring for det anfægtede designs nyhed, dels at de ældre design frembragte en bred vifte af forskellige farver, mens det anfægtede design maksimalt frembragte tre farvenuancer og derfor gav et andet indtryk end det, der blev skabt af de ældre design, hvilket gav anledning til at anerkende, at det havde individuel karakter. Ugyldighedsafdelingen præciserede endvidere, at det anfægtede design på grund af forskellene mellem de omhandlede design ikke gjorde brug af det af tysk ophavsret beskyttede værk.
- 11 Den 25. oktober 2009 indgav sagsøgeren i henhold til artikel 55-60 i forordning nr. 6/2002 en klage over ugyldighedsafdelingens afgørelse til Harmoniseringskontoret.
- 12 Ved afgørelse af 2. november 2010 (herefter »den anfægtede afgørelse«) meddelte Tredje Appellkammer ved Harmoniseringskontoret afslag på klagen, idet det fastslog, for det første, at det anfægtede design var forskelligt fra de ældre design, for så vidt som skivens farver, som er vist i de omtvistede design, adskilte sig markant fra hinanden og gav den informerede bruger et anderledes helhedsindtryk. Appellkammeret anførte, at det anfægtede design følgelig havde individuel karakter og således ikke kunne være identisk med de ældre design, jf. artikel 5 i forordning nr. 6/2002. Appellkammeret fandt for det andet, at på grund af forskellene mellem de omtvistede design kunne det anfægtede design hverken betragtes som en reproduktion eller en bearbejdning af de ældre kunstværker.

Parternes påstande

13 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

- Den anfægtede afgørelse annulleres.
- Sagen hjemvises med henblik på efterprøvelse af den ophavsretlige beskyttelse.
- Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

14 Harmoniseringskontoret og intervenienten har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

15 Under retsmødet har sagsøgeren frafaldet sin anden påstand, hvilket blev tilført protokollatet for retsmødet.

Retlige bemærkninger

Vedrørende sagsøgerens begæring om iværksættelse af en sagkyndig undersøgelse

16 Sagsøgeren har anmodet Retten om tilladelse til, at en kunstprofessor deltager i sagen i sin egenskab af sagkyndig med henblik på at fastlægge, at de ældre kunstværkers underliggende originale idé, dvs. afbildningen af tid ved hjælp af forskellige farver og farvetoner, er ophavsretligt beskyttet, og i givet fald at give denne sagkyndige muligheden for under retsmødet at tilføje supplerende forklaringer til den sagkyndige erklæring, der blev fremlagt under den administrative procedure.

17 Harmoniseringskontoret har anført, at der ikke er grund til at tillade, at en kunstprofessor i dennes egenskab af sagkyndig deltager i sagen ved Retten, da de bemærkninger, der fremgår af den sagkyndige erklæring, ikke er relevante for fastlæggelsen af, om disse kunstværker skal beskyttes mod registreringen af det anfægtede design.

18 Intervenienten har anført, at begæringen om iværksættelse af en sagkyndig undersøgelse, således som den er fremsat af sagsøgeren, er uden relevans.

19 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Rettens procesreglement tillægger Retten et skøn ved afgørelsen af, om der er grund til at gennemføre en foranstaltning såsom at indhente en sagkyndig erklæring. Ifølge ordlyden af procesreglementets artikel 65 kan Retten indhente en sagkyndig erklæring enten af egen drift eller efter begæring fra en af parterne. Når en begæring om en sagkyndig erklæring, som er fremsat i stævningen, indeholder en præcis angivelse af, hvilke grunde der gør en sådan foranstaltning berettiget, skal Retten vurdere, om anmodningen er berettiget i forhold til sagens genstand og nødvendigheden af at gennemføre en sådan foranstaltning.

20 I denne sag vil arbejde udført af en kunstprofessor i dennes egenskab af sagkyndig begrænse sig til undersøgelse af tvistens faktiske omstændigheder og til en kvalificeret vurdering heraf på grundlag af vedkommendes faglige kompetencer.

21 Spørgsmålet om fastlæggelsen af en ophavsretlig beskyttelse af et kunstværks underliggende originale idé er imidlertid en vurdering af retlig karakter, som inden for rammerne af denne sag ikke omfatter en kunstsagkyndigs kompetence.

22 Sagsøgerens begæring skal følgelig afvises.

Om formaliteten for så vidt angår sagsøgerens anbringender, der er blevet fremlagt for første gang for Retten

23 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at sagsøgerens faktuelle forklaringer om det relevante markedsområde ikke er blevet fremsat under sagen for appelkammeret og ikke kan påberåbes for første gang for Retten.

24 Med disse anbringender har sagsøgeren forsøgt at påvise udviklingen i sektoren for dekorative ure, i hvilken princippet med skiven, som ændrer farve, skulle have været udviklet for første gang i de ældre design, hvilket sagsøgeren betragter som vigtigt for vurderingen af det helhedsindtryk, de omtvistede design giver den informerede bruger.

25 I henhold til procesreglementets artikel 135, stk. 4, må der i parternes processkrifter ikke foretages nogen ændring af sagsgenstanden, som den har foreligget for appelkammeret. Det tilkommer nemlig Retten inden for rammerne af den foreliggende sag at efterprøve lovligheden af appelkamrenes afgørelser. Følgelig kan Rettens efterprøvelse ikke gå ud over den faktiske og retlige ramme for sagen, således som den forelå for appelkammeret (jf. i denne retning og analogt Rettens dom af 22.6.2004, sag T-66/03, Drie Mollen sinds 1818 mod KHIM – Nabeiro Silveira (Galáxia), Sml. II, s. 1765, præmis 45). Tilsvarende har sagsøgeren således ikke kompetence til for Retten at ændre sagens genstand, således som den fulgte af de påstande og anbringender, der var fremsat af sagsøgeren selv og af intervenienten (jf. i denne retning og analogt Domstolens dom af 26.4.2007, sag C-412/05 P, Alcon mod KHIM, Sml. I, s. 3569, præmis 43, og af 18.12.2008, sag C-16/06 P, Les Éditions Albert René mod KHIM, Sml. I, s. 10053, præmis 122).

26 I modsætning til, hvad Harmoniseringskontoret har påstået, tager det af sagsøgeren fremsatte anbringende ikke sigte på en fornyet undersøgelse af sagens faktiske omstændigheder i lyset af de faktuelle forklaringer, som er fremsat for første gang for Retten, men udgør en uddybning af hans argumentation, der har til formål at godtgøre det anfægtede designs manglende individuelle karakter, for så vidt som det udgør en reproduktion af en ny idé eller af et nyt princip, der for første gang er udviklet i de ældre design (jf. i denne retning og analogt dommen i sagen Alcon mod KHIM, præmis 40).

27 Det fremgår ganske vist af en gennemgang af sagsakterne, at det ovennævnte anbringende ikke er blevet fremført for appelkammeret. Ikke desto mindre følger det af stævningen, at dette anbringende videreudvikler argumentationen om det anfægtede designs manglende individuelle karakter, hvorefter sidstnævnte alene er en reproduktion af de ældre design, hvis originale idé eller princip er at vise tidens gang ved at ændre urskivens farver. Dette anbringende, som tilsigter at anfægte muligheden for at indrømme det anfægtede design en beskyttelse i henhold til artikel 4 i forordning nr. 6/2002, baseret på dets manglende nyhed og individuelle karakter, er imidlertid allerede blevet fremsat af sagsøgeren under den administrative procedure. Sagsøgeren har for ugyldighedsafdelingen i forbindelse med anvendelsen af artikel 4, i forordning nr.

6/2002 og i sin replik til intervenientens bemærkninger for Retten, indeholdt i dennes supplerende skriftlige indlæg af 27. oktober 2008, gjort gældende, at det anfægtede design gengiver præcis de samme karakteristika som værkerne af kunstneren Paul Heimbach. Sagsøgeren har ligeledes for appelkammeret vedrørende anvendelsen af artikel 25, stk. 1, litra b), i forordning nr. 6/2002 bekræftet, at de omtvistede design gengiver to eller tre farvede overflader i samme form, og at de således giver samme helhedsindtryk. I modsætning til, hvad Harmoniseringskontoret har påstået, gør disse supplerende forklaringer til trods for deres kortfattede karakter det muligt at antage, at anbringendet om det anfægtede designs manglende individuelle karakter allerede var genstand for den af sagsøgeren fremsatte ugyldighedsbegæring.

28 Dette anbringende skal derfor antages til realitetsbehandling.

Om realiteten

29 Sagsøgeren har gjort tre anbringender gældende til støtte for søgsmålet. Det første anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 4 og 5, sammenholdt med artikel 25, stk. 1, litra b), i forordning nr. 6/2002, det andet tilsidesættelse af forordningens artikel 4 og 6, sammenholdt med artikel 25, stk. 1, litra b), og det tredje, tilsidesættelse af samme forordnings artikel 25, stk. 1, litra f).

Om det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 4 og 5, sammenholdt med artikel 25, stk. 1, litra b), i forordning nr. 6/2002

30 Sagsøgeren har anført, at appelkammeret i den anfægtede afgørelse i det væsentlige har baseret sig på det anfægtede designs individuelle karakter, og at dets undersøgelse af designets nyhed var utilstrækkelig. Appelkammeret har således ikke klart adskilt disse to elementer.

31 I denne forbindelse har sagsøgeren gjort gældende, at begrebet nyhed skal fortolkes objektivt, og at det i overensstemmelse med artikel 5 i forordning nr. 6/2002 alene skal afgøres, om det anfægtede design er identisk med de ældre design, som er blevet offentliggjort inden datoen for indgivelse af ansøgningen om registrering. Sagsøgeren har præciseret, at denne identitet eller »identitet, bortset fra på uvæsentlige punkter«, jf. ordlyden af artikel 5, stk. 2, i forordning nr. 6/2002, endvidere ikke må sidestilles med identitet i det helhedsindtryk, som de omtvistede design giver, sådan som dette indtryk undersøges med henblik på vurderingen af det anfægtede designs individuelle karakter som omhandlet i artikel 6 i forordning nr. 6/2002.

32 Harmoniseringskontoret og intervenienten har bestridt sagsøgerens argumenter.

33 I medfør af artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 6/2002 beskyttes et design af et EF-design, hvis det er nyt og har individuel karakter.

34 I henhold til forordningens artikel 5, stk. 1, litra b), anses et registreret EF-design for nyt, hvis intet identisk design er blevet offentliggjort »inden den dato, hvor ansøgningen om registrering af det design, for hvilket der påberåbes beskyttelse, er indgivet, eller, hvis der begæres prioritet, inden prioritetsdagen«.

- 35 I denne sag fremgår det af den anfægtede afgørelses punkt 23, at de ældre design blev offentliggjort før den 28. september 2006, der var tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om registrering af det anfægtede design til Harmoniseringskontoret, hvilket parterne ikke har anfægtet.
- 36 Appellammeret understregede i den anfægtede afgørelses punkt 27, at kravene om nyhed og individuel karakter udgjorde to forskellige betingelser, som dog overlappede hinanden i et vist omfang. Det fastslog således, at hvis to design gav den informerede bruger et forskelligt helhedsindtryk, kunne de ikke anses for identiske ved vurderingen af det yngre designs nyhed.
- 37 Det følger af artikel 5, stk. 2, i forordning nr. 6/2002, at to design anses for at være identiske, hvis deres karakteristiske træk kun adskiller sig fra hinanden på uvæsentlige punkter, dvs. punkter, som ikke umiddelbart opfattes, og som således ikke giver forskelle, selv svage, mellem disse design. Til gengæld skal det ved vurderingen af et designs nyhed vurderes, om der mellem de omtvistede design er forskelle, som ikke er ubetydelige, selv hvis disse er svage.
- 38 Som sagsøgeren har gjort gældende, går ordlyden af artikel 6 længere end ordlyden af artikel 5 i forordning nr. 6/2002. De konstaterede forskelle mellem de omtvistede design inden for rammerne af artikel 5 kan, særligt hvis de er svage, således ikke være tilstrækkelige til at give den informerede bruger et anderledes helhedsindtryk som omhandlet i artikel 6 i forordning nr. 6/2002. I så fald kan det anfægtede design anses for nyt som omhandlet i artikel 5 i forordning nr. 6/2002, men vil ikke blive anset for at have individuel karakter som omhandlet i direktivets artikel 6.
- 39 For så vidt som betingelsen i artikel 6, i forordning nr. 6/2002 går længere end den, der fremgår af samme forordnings artikel 5, kan et anderledes helhedsindtryk for den informerede bruger som omhandlet i artikel 6 til gengæld kun baseres på objektive forskelle mellem de omtvistede design. Disse skal således være tilstrækkelig til at opfylde betingelsen om designets nyhed i artikel 5 i forordning nr. 6/2002 i overensstemmelse med det, der er angivet i præmis 37 ovenfor. Som appellammeret har anført i den anfægtede afgørelses punkt 27, overlapper betingelserne om nyhed og individuel karakter følgelig hinanden i et vist omfang.
- 40 I denne sag er de omtvistede design ikke identiske som omhandlet i artikel 5 i forordning nr. 6/2002. Som appellammeret har anført i den anfægtede afgørelses punkt 25, er de ældre design nemlig karakteriserede ved en gradvis udfoldelse af et bredt spektrum af farver, hvis kombination og intensitet ændrer sig med tiden, mens det anfægtede design kun har to nuancer eller ensartede farver på de positioner, der angiver klokken 12 og klokken 6, eller fire ensartede nuancer på de positioner, der angiver øvrige klokkeslæt, og i alle tilfælde således uden variation i nuancernes intensitet. Disse detaljer udgør – objektivt set og uafhængigt af deres følger for det helhedsindtryk, der gives den informerede bruger – væsentlige forskelle mellem de omtvistede design, som gør det muligt at vurdere det anfægtede designs nyhed.
- 41 Denne konklusion ændres ikke af sagsøgerens argument om, at designet »Farbfolge (5/17)«, som er gengivet i præmis 8 ovenfor, består af to skiver, der kun er halvt farvede, og som derfor bør have samme virkning som de to halvskiver, som det anfægtede design består af.

- 42 Forskellene mellem det anfægtede design og det ældre design »Farbfolge (5/17)« skyldes ikke den omstændighed, om de farvede skiver, som udgør en del af hvert af disse design, er halvskiver eller hele skiver, som er halvt farvede, men måden, hvorpå de er blevet farvet. Som det fremgår af punkt B2 i ugyldighedsafdelingens afgørelse, som er sammenfattet i den anfægtede afgørelses punkt 10, er skiverne for så vidt angår de ældre design »Farbfolge (5/17)« og »Farbfolge II (89/100)«, der er gengivet i præmis 8 ovenfor, således blevet farvet med en stigende intensitet i urvisernes retning, hvorimod skiverne i det anfægtede design er blevet ensartet farvet. Disse to design omfatter desuden en tredje skive, som ikke fremgår af det anfægtede design, og som ligeledes er med til at give en anderledes visuel effekt end den, som det anfægtede design giver. Som det fremgår af punkt B1 og B2 i ugyldighedsafdelingens afgørelse og af den anfægtede afgørelses punkt 25, er disse karakteristika således til stede hos alle de ældre design og medfører en gradvis udfoldelse af et bredt spektrum af farver, hvis kombination og intensitet skifter med tiden. Denne udfoldelse udgør de ældre designs karakteristiske element, uafhængigt af den omstændighed, om de farvede skiver, som udgør en del af hvert af disse design, er halvskiver eller hele skiver, der er halvt farvede.
- 43 Det var således med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 25 fastslog forskellene mellem de omtvistede design, hvilket gav appelkammeret mulighed for at vurdere det anfægtede designs nyhed, og at det konstaterede designets nyhed.
- 44 Sagsøgeren har kritiseret appelkammeret for ved vurderingen af det anfægtede designs nyhed på grundlag af de ovenfor i præmis 40 nævnte forhold at have undladt at sammenligne afbildning 3.1-3.7 af designet, som er gengivet i præmis 2 ovenfor, med et af de ældre design, nemlig »Farbfolge II, 12 Stunden im 5-Minuten Takt«, der er gengivet i farver i præmis 5 ovenfor, da det konkluderede, at de omtvistede design ikke var identiske, således at det også begik en procedurefejl. Efter sagsøgerens opfattelse følger det af sammenligningen af det anfægtede design og det ældre design »Farbfolge II, 12 Stunden im 5-Minuten Takt«, at alle afbildningerne af skiver i alle tilfælde næsten er ens, idet den eneste forskel er, at grænserne mellem farverne er lidt vagere for så vidt angår det ældre nævnte design.
- 45 Det fremgår imidlertid af den anfægtede afgørelses punkt 25, at appelkammeret sammenlignede det anfægtede design med det ældre design »Farbfolge II, 12 Stunden im 5-Minuten Takt«, som er gengivet i farver i præmis 5 ovenfor, og at appelkammeret ved denne sammenligning tog alle afbildninger af det anfægtede design i betragtning. Det fremgår nemlig af nævnte punkt 25, at appelkammeret hvad angår det anfægtede design fastslog, at »to nuancer eller farver [var] synlige på skiven på positionen, der angiver klokken 12 og klokken 6«, og »fire forskellige nuancer [var] synlige på alle andre klokkeslæt«. Appelkammeret konstaterede ligeledes, at »det ældre design [var] i stand til at danne et bredt spektrum af farver ved en bevægelse styret af viserne, hvorved kombinationen og intensiteten ændre[des] hver time«. Appelkammeret beskrev således sammenfattet de forskellige afbildninger af det ældre design »Farbfolge II, 12 Stunden im 5-Minuten Takt«, som var det eneste, der tillod straks at vurdere ændringen i farverne og nuancernes intensitet hvert femte minut, og sammenholdt det med det anfægtede design.
- 46 Appelkammeret præciserede desuden i den anfægtede afgørelses punkt 25, at »to nuancer eller ensartede farver [ikke var] mulige på positionen, der angiver klokken 12 eller klokken 6, på det ældre design«, hvilket udgjorde en vigtig forskel mellem de

omtvistede design. Afbildningen af skiven på den position, der angiver klokken 12 i det anfægtede design, som viser en halvdel i hvid og den anden i sort, der begge er ensartede, er nemlig forskellig fra den første afbildning til venstre af det ældre design »Farbfolge II, 12 Stunden im 5-Minuten Takt«, der er gengivet i farver ovenfor i præmis 5, og som viser en kombination opdelt i mørke farver og hvid. Som sagsøgeren har erkendt, kan det anfægtede design i øvrigt ikke vise den position, der angiver klokken 12, på samme måde, som det ældre design »Farbfolge II, 12 Stunden im 5-Minuten Takt« viser det. I modsætning til, hvad sagsøgeren har hævdet, er den position, der angiver klokken 6 i det anfægtede design, der er gengivet i to ens farvetoner af grå, ligeledes forskellig fra den syvende afbildning til venstre af det ældre design »Farbfolge II, 12 Stunden im 5-Minuten Takt«, som viser en kombination opdelt i grader af rød og grøn, der medfører mindst fire forskellige nuancer.

47 Det fremgår af det ovenstående, at appelkammeret sammenlignede det anfægtede design med det ældre design »Farbfolge II, 12 Stunden im 5-Minuten Takt«, som er gengivet i farver ovenfor i præmis 5, og at det fastslog, at de omtvistede designs karakteristiske træk var markant forskellige.

48 Sagsøgeren har understreget, at appelkammeret ved sammenligningen af de omtvistede design desuden burde have taget den omstændighed, at det anfægtede design var blevet registreret i sort og hvid, i betragtning, og at det følgelig skulle have fastslået, at farven ikke spillede nogen rolle hvad angik kravet om nyhed.

49 Dette anbringende må forkastes som irrelevant. Som anført i præmis 40 ovenfor, baserede appelkammeret sin vurdering af nyhed, sådan som det fremgår af den anfægtede afgørelses punkt 27, på de forskelle, der blev konstateret ved undersøgelsen af det anfægtede designs individuelle karakter, således som det fremgår af den anfægtede afgørelses punkt 25. Appelkammeret anførte, i forhold til de ældre design, at den gradvise udfoldelse af skiverne, som de består af, således var i stand til at frembringe et bredt spektrum af farver, hvis kombination og intensitet ændrede sig med tiden, mens det anfægtede design kun havde to ensartede farver på positionerne, der angiver klokken 12 og klokken 6, eller fire farver på de positioner, som angiver andre tidspunkter, uden variation i intensitet. Appelkammerets ræsonnement er således baseret på de omtvistede designs evne til at danne et vist spektrum af farver, der er mere eller mindre bredt, såvel som en vedvarende ændring i farvetonerne, og ikke på farveforskellen mellem dem. Appelkammeret kan følgelig ikke kritiseres for – inden for rammerne af vurderingen af forskelle mellem de omtvistede design – ikke at have taget den omstændighed, at det anfægtede design var blevet registreret i sort og hvid, i betragtning og ikke at have fastslået, at farven ikke spillede nogen rolle i sagen.

50 På baggrund af ovenstående betragtninger kan det konkluderes, at det var med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 27 fandt, at de omtvistede design ikke kunne betragtes som identiske som omhandlet i artikel 5 i forordning nr. 6/2002.

51 Det første anbringende skal herefter forkastes.

Om det andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 4 og 6, sammenholdt med artikel 25, stk. 1, litra b), i forordning nr. 6/2002

- 52 Dels er det sagsøgerens opfattelse, at appelkammeret skulle have anvendt en mindre streng fortolkning af begrebet individuel karakter og ikke skulle have sidestillet identiteten i helhedsindtrykket, som de omtvistede design giver, som omhandlet i artikel 6 i forordning nr. 6/2002, med identiteten eller »identiteten, bortset fra på uvæsentlige punkter« som omhandlet i forordningens artikel 5. Dels er sagsøgeren af den opfattelse, at appelkammeret ikke skulle have taget hensyn til farveforskelle mellem de omtvistede design ved vurderingen af det anfægtede designs individuelle karakter.
- 53 Sagsøgeren har desuden gjort gældende, at appelkammeret i den anfægtede afgørelse ikke har undersøgt det helhedsindtryk, de omtvistede design giver den informerede bruger, men at det begrænsede sig til at konstatere, at visse forskelle ledte til en anderledes opfattelse hos den informerede bruger.
- 54 Intervenienten har anført, at designerens grad af frihed er begrænset af de tekniske krav, som pålægges af eksistensen af udskiftelige, farvede hinder, der overlapper hinanden, og som nødvendigvis udgør en del af en skive, hvori farverne ændrer sig afhængigt af visernes placering. De små forskelle var således tilstrækkelige til at fastslå det anfægtede designs individuelle karakter.
- 55 I henhold til artikel 6, stk. 1, litra b), i forordning nr. 6/2002 skal den individuelle karakter for så vidt angår et registreret EF-design vurderes med hensyn til den informerede brugers helhedsindtryk, der skal adskille sig fra det indtryk, som gives af alle andre design, der er offentliggjort inden den dato, hvor ansøgningen om registrering er indgivet, eller, hvis der begæres prioritet, inden prioritetsdagen. Artikel 6, stk. 2, i forordning nr. 6/2002 præciserer, at der ved denne vurdering skal tages hensyn til den grad af frihed, som designeren har haft ved udviklingen af designet.
- 56 I denne forbindelse skal det præciseres, at i modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, har appelkammeret ikke sidestillet identiteten i det helhedsindtryk, som de omtvistede design har givet som omhandlet i artikel 6 i forordning nr. 6/2002, med identiteten eller »identiteten, bortset fra på uvæsentlige punkter« som omhandlet i forordningens artikel 5. Appelkammeret konstaterede i den anfægtede afgørelses punkt 25 forskellene mellem de omtvistede design, nemlig muligheden for at opnå en bredere farvekombination og en variation i intensiteten for de ældre design, og det fastslog i den anfægtede afgørelses punkt 26, at disse forskelle ud fra den informerede brugers synspunkt var tilstrækkeligt væsentlige til at give et anderledes helhedsindtryk.
- 57 I henhold til retspraksis er den informerede bruger 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 anfægtede design blev indgivet (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 62, og af 9.11.2011, sag T-11/08, Kwang Yang Motor mod KHIM – Honda Giken Kogyo (Forbrændingsmotor), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 23).
- 58 Egenskaben af »bruger« indebærer, 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, og dommen i sagen Kwang Yang Motor mod KHIM, præmis 24).

- 59 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, præmis 47, og dommen i sagen Kwang Yang Motor mod KHIM, præmis 25).
- 60 I denne sag fremgår det af den anfægtede afgørelses punkt 10, at ugyldighedsafdelingen fandt, at den informerede bruger var en person, der var fortrolig med ures design. Denne konklusion er ikke blevet bestridt af sagsøgeren over for appelkammeret. I henhold til retspraksis er ugyldighedsafdelingens afgørelse i lighed med dens begrundelse en del af den sammenhæng, som den anfægtede afgørelse er truffet i, hvilken sammenhæng er kendt af sagsøgeren, og som giver Retten mulighed for fuldt ud at udøve sin legalitetskontrol i forhold til bedømmelsen af det omhandlede designs individuelle karakter (jf. i denne retning Rettens dom af 6.10.2011, sag T-246/11, *Industrias Francisco Ivars mod KHIM – Motive (Mekanisk reduktionsgear)*, ikke trykt i *Samling af Afgørelser*, præmis 20). Det må derfor antages, at det er den informerede brugers synspunkt, sådan som det er defineret af ugyldighedsafdelingen, som appelkammeret har anvendt til at fastslå, at forskellene mellem de omtvistede design var tilstrækkeligt væsentlige til at give et anderledes helhedsindtryk og følgelig anerkende det anfægtede designs individuelle karakter.
- 61 I modsætning til, hvad sagsøgeren har påstået, har appelkammeret ikke taget hensyn til farveforskellen mellem de omtvistede design med henblik på vurderingen af det anfægtede designs individuelle karakter. Som nævnt i præmis 49 ovenfor, har appelkammeret hvad angår de ældre design baseret sin vurdering på den omstændighed, at den gradvise udfoldelse af skiverne, som de består af, således var i stand til at give et bredt spektrum af farver, hvis kombination og intensitet ændredes med tiden, mens det anfægtede design kun havde to ensartede farver på de positioner, der angiver klokken 12 og klokken 6, eller fire farver på de positioner, der angiver andre tidspunkter, uden ændring i intensitet. Appelkammerets ræsonnement er således baseret på de omtvistede designs evne til at danne et vist spektrum af farver, mere eller mindre bredt, såvel som en vedvarende ændring i farvetonerne og ikke på farveforskellen mellem dem.
- 62 Selv hvis det antages, som sagsøgeren har gjort gældende, at forskellene mellem de omtvistede design kunne anses for svage, vil de let blive opfattet af den informerede bruger. I denne forbindelse bemærkes, at der ved vurderingen af et designs individuelle karakter bør tages hensyn til arten af det produkt, som designet finder anvendelse på eller er integreret i, og navnlig, hvilken industrigren produktet tilhører (dommen i sagen Shenzhen Taiden mod KHIM, præmis 43). Hvad i denne sag angår urskiver, del af urskiver og urvisere, må det antages, at de er tiltænkt at skulle bæres om håndleddet på en synlig måde, og at den informerede bruger er særligt opmærksom på deres udseende. Brugerne undersøger dem nemlig opmærksomt og er således, som nævnt i præmis 56 ovenfor, i stand til at opfatte, at de ældre design frembringer en bredere kombination af farver end det anfægtede design og, i modsætning til dette, en variation i intensiteten af farver. Henset til vigtigheden af disse produkters udseende for den informerede bruger vil denne ikke betragte disse forskelle, selv hvis de anses for svage, som ubetydelige.

- 63 Det må derfor konkluderes, at appelkammeret med rette fastslog, at de forskelle, der er nævnt i præmis 56 ovenfor, havde en vigtig indvirkning på det helhedsindtryk, som de omtvistede design gav, således at disse ud fra en informeret brugers synspunkt gav et anderledes helhedsindtryk.
- 64 Sagsøgeren har desuden gjort gældende, at urskivemodeller kan føre til et praktisk taget ubegrænset antal reproduktioner eller afbildninger, og at designeren af det anfægtede design således havde mulighed for at undlade at eftergøre de ældre designs originale idé, som først blev udviklet i disse design, dvs. angivelse af klokkeslæt ved ændringen af farver.
- 65 Appelkammeret har i den anfægtede afgørelses punkt 22 understreget, at designerens grad af frihed kun var begrænset af nødvendigheden af at følge og angive ændringen i klokkeslættet.
- 66 Som svar på Rettens spørgsmål, fremsat under retsmødet, har intervenienten præciseret, at selskabet – ved sine argumenter om designerens grad af frihed, henset til den omstændighed, at designerens frihed, ifølge intervenienten, var begrænset af tekniske årsager – havde til hensigt at anfægte appelkammerets vurdering i denne henseende, hvilket blev tilført protokollatet for retsmødet.
- 67 I det omfang intervenienten har fået medhold i spørgsmålet om, hvorvidt der er en lighed mellem de omtvistede design, hvilket er anfægtet i denne sag, har intervenienten en berettiget interesse i at nedlægge en selvstændig påstand i henhold til procesreglementets artikel 134, stk. 2, andet afsnit, om omgørelse af den anfægtede afgørelse, vedrørende designerens grad af frihed, som spiller en vigtig rolle i vurderingen af det anfægtede designs individuelle karakter (jf. analogt Rettens dom af 15.10.2008, sag T-405/05, Powerserv Personalservice mod KHIM – Manpower (MANPOWER), Sml. II, s. 2883, præmis 24). Denne konklusion kan ikke ændres af den udelukkende formelle omstændighed, hvorefter intervenienten ikke udtrykkeligt i sine skriftlige indlæg har nedlagt påstand om omgørelse af den anfægtede afgørelse (jf. analogt Rettens dom af 14.9.2011, sag T-485/07, Olive Line International mod KHIM – Knopf (O-live), ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 65).
- 68 I modsætning til, hvad intervenienten har hævdet, er designerens grad af frihed imidlertid ikke begrænset i denne sag. Som det fremgår af præmis 3 ovenfor, svarer de produkter, som det anfægtede design er registreret for, til følgende beskrivelse: »urskiver, del af urskiver, urvisere«. Denne beskrivelse er ganske bred, fordi den ikke indeholder nogen præcisering vedrørende typen af ure eller måden, hvorpå de angiver klokkeslættet. Intervenienten kan derfor ikke påstå, at designerens frihed er begrænset af tekniske årsager.
- 69 Appelkammerets konklusion, hvorefter designerens grad af frihed kun er begrænset af nødvendigheden af at følge og angive ændringen i klokkeslættet, skal derfor tiltrædes.
- 70 Hvad angår sagsøgerens anbringende, hvorefter designeren af det anfægtede design ikke burde have eftergjort de ældre designs originale idé, må dette forkastes som ugrundet. Ganske rigtigt er mulighederne for design af en urskive praktisk taget ubegrænsede og omfatter bl.a. design, hvor farven eller farverne skifter. Visse modeller kan have en mere kompleks form, såsom de ældre designs design, hvor klokkeslættet er gengivet ved

farver eller farvenuancer, der opstår ved placering oven på hinanden af skiver eller halvskeer i en enkelt farve, som giver brugeren mulighed for at se klokken på grundlag af bevægelsen af disse farver eller deres nuancer. De ældre designs form er udformet på en sådan måde, at farvernes intensitet stiger eller falder igennem hele skivens forløb.

- 71 Det anfægtede design udgør en mindre kompleks form for urskive, som skifter farve og, som nævnt i præmis 62 ovenfor, ud fra den informerede brugers synspunkt adskiller sig fra de ældre design ved væsentlige og ikke ubetydelige bestanddele vedrørende skivernes udseende. Det kan således ikke anses for en reproduktion af de ældre design eller af den originale idé, som var blevet udviklet for første gang i disse design.
- 72 Det skal endvidere understreges, at således som det følger af artikel 1 og 3 i forordning nr. 6/2002, beskytter designretten i princippet et produkts eller en del af et produkts udseende, men ikke udtrykkeligt de idéer, der gjorde sig gældende i forbindelse med designets udformning. Sagsøgeren kan derfor ikke på grundlag af ældre design kræve at opnå en beskyttelse for disses underliggende idé, dvs. idéen om en urskive, der giver mulighed for at aflæse klokken på grundlag af de farver, som skiverne danner.
- 73 På baggrund af det ovenstående skal det andet anbringende forkastes.
- Om det tredje anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 25, stk. 1, litra f), i forordningen nr. 6/2002
- 74 Sagsøgeren har anført, at appelkammeret har undladt at tage den omstændighed i betragtning, at de ældre design udgjorde et kunstværk beskyttet i henhold til den tyske ophavsretslovgivning, hvis grundlæggende idé, dvs. afbildningen af tid ved hjælp af forskellige farver og farvetoner, er blevet brugt uden tilladelse i det anfægtede design.
- 75 Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at appelkammeret ikke har taget den sagkyndige erklæring, der er udfærdiget af en ekspert i Paul Heimbachs værker, i betragtning, hvilken rapport trods alt var væsentlig med henblik på at fastlægge omfanget af den ophavsretlige beskyttelse.
- 76 Indledningsvis bemærkes, således som det fremgår af de administrative sagsakter, at den sagkyndige erklæring er blevet fremlagt uden for den fastsatte frist, og det tilkommer således appelkammeret at tage stilling til formaliteten vedrørende erklæringen.
- 77 Det skal ligeledes understreges, som nævnt i præmis 21 ovenfor, at det ikke tilkommer den sagkyndige at foretage en retlig bedømmelse af omfanget af den ophavsretlige beskyttelse og af, om der foreligger en tilsidesættelse af denne ret.
- 78 Det er derfor med rette, at appelkammeret ikke har taget hensyn til de betragtninger af retlig karakter, der er indeholdt i den sagkyndige erklæring, som sagsøgeren har fremlagt under den administrative procedure.
- 79 Hvad angår tilsidesættelsen af ophavsretten til de ældre kunstværker, som sagsøgeren har påberåbt sig, bemærkes, at i henhold til artikel 25, stk. 1, litra f), i forordning nr. 6/2002 kan et EF-design kun erklæres ugyldigt, hvis det udgør en uhjemlet brug af et værk, der er beskyttet af en medlemsstats ophavsretslovgivning. Denne beskyttelse kan således påberåbes af indehaveren af ophavsretten, når denne i henhold til lovgivningen i den

medlemsstats, som tillægger indehaveren beskyttelsen, kan forbyde brugen af dette design.

- 80 Sagsøgeren har i denne sag til trods for de bestemmelser i den nationale lovgivning, som han har henvist til i stævningens punkt 39, dog ikke fremlagt nogen angivelse af omfanget af den ophavsretlige beskyttelse i Tyskland, navnlig vedrørende spørgsmålet, om den ophavsretlige beskyttelse i medfør af tysk ret forbyder en reproduktion, der ikke er godkendt, af de ældre kunstværkers underliggende idé uden at begrænse sig til beskyttelsen af disse værkers udformning og træk.
- 81 Som appelkammeret har anført i den anfægtede afgørelses punkt 32, omfatter den ophavsretlige beskyttelse i henhold til internationale aftaler på området ophavsretsbeskyttelse, som Tyskland har tiltrådt, værkets udformning eller træk, men ikke idéer.
- 82 På baggrund af det ovenstående skal det tredje anbringende forkastes, og følgelig må Harmoniseringskontoret i det hele frifindes.

Sagens omkostninger

- 83 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, 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 og intervenientens påstande herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Sjette Afdeling):

- 1) Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) frifindes.**
- 2) Erich Kastenholtz betaler sagens omkostninger.**

Kanninen

Soldevila Fragoso

Popescu

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 6. juni 2013.

Underskrifter