

DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

20. oktober 2011 *

I sag C-281/10 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, iværksat den 3. juni 2010,

PepsiCo, Inc., New York (De Forenede Stater), ved abogado E. Armijo Chávarri og Rechtsanwältin V. von Bomhard,

appellant,

de øvrige parter i appelsagen:

Grupo Promer Mon Graphic, SA, Sabadell (Spanien), ved abogada R. Almaraz Palmero,

sagsøger i første instans,

* Processprog: engelsk.

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM)
ved A. Folliard-Monguiral, som befuldmægtiget,

sagsøgt i første instans,

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J.-C. Bonichot, og dommerne K. Schiemann,
L. Bay Larsen, C. Toader (refererende dommer) og E. Jarašiūnas,

generaladvokat: P. Mengozzi,
justitssekretær: fuldmægtig A. Impellizzeri,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 10. marts 2011,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 12. maj
2011,

afsagt følgende

Dom

- 1 PepsiCo Inc. (herefter »PepsiCo«) har nedlagt påstand om ophævelse af dom afsagt af Den Europæiske Unions Ret den 18. marts 2010, Grupo Promer Mon Graphic mod KHIM — PepsiCo (Gengivelse af et cirkelformet reklameunderlag), (sag T-9/07, Sml. II, s. 981, herefter »den appellerede dom«), hvorved den gav Grupo Promer Mon Graphic SA (herefter »Grupo Promer«) medhold i selskabets søgsmål med påstand om annullation af afgørelse truffet den 27. oktober 2006 af Tredje Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (sag R 1001/2005-3) vedrørende en ugyldighedssag mellem Grupo Promer og PepsiCo (herefter »den anfægtede afgørelse«).

Retsforskrifter

- 2 Artikel 4 i Rådets forordning (EF) nr. 6/2002 af 12. december 2001 om EF-design (EFT 2002 L 3, s. 1) bestemmer:

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

[...]«

3 Artikel 5 i forordning nr. 1/2003 fastsætter:

»1. Et design anses for nyt, hvis intet identisk design er blevet offentliggjort:

- a) inden den dato, hvor det design, for hvilket der påberåbes beskyttelse, første gang er blevet offentliggjort, hvis det er et ikke-registreret EF-design

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

2. Design anses for at være identiske, hvis deres karakteristiske træk kun adskiller sig fra hinanden på uvæsentlige punkter.«

4 Samme forordnings artikel 6 har følgende ordlyd:

»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:

- a) inden den dato, hvor det design, for hvilket der påberåbes beskyttelse, første gang er blevet offentliggjort, hvis det er et ikke-registreret EF-design

b) inden den dato, hvor ansøgningen om registrering er indgivet, eller, hvis der bæ-
gæres 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.«

5 Af artikel 10 i forordning nr. 6/2002 fremgår:

»1. Beskyttelsen i henhold til et EF-design omfatter ethvert design, der ikke giver den
informerede bruger et andet helhedsindtryk.

2. Ved vurderingen af beskyttelsens omfang tages der hensyn til den grad af frihed,
som designeren har haft ved udviklingen af designet.«

6 Forordningens artikel 25 fastsætter:

»1. Et EF-design kan kun erklæres ugyldigt,

[...]

b) hvis det ikke opfylder betingelserne i artikel 4 til 9

[...]

- d) hvis EF-designet strider mod et tidligere design, som er blevet offentliggjort efter datoen for ansøgningens indgivelse eller, hvis der begæres prioritet, efter prioritetsdagen for EF-designet, og som fra en dato, der ligger forud for førnævnte dato, er beskyttet som et registreret EF-design eller ved en ansøgning om registrering af et EF-design eller ved en registreret designret i en medlemsstat eller ved en ansøgning om en sådan ret

[...]

3. De begrundelser, som er omhandlet i stk. 1, litra d), e) og f), kan kun påberåbes af ansøgeren til eller indehaveren af den tidligere rettighed.

[...]«

- 7 Det bestemmes i artikel 52, stk. 1, i forordning nr. 6/2002, at »[e]nhver fysisk eller juridisk person samt enhver offentlig myndighed med beføjelse hertil kan forelægge Harmoniseringskontoret en begæring om, at et registreret EF-design erklæres ugyldigt, jf. dog artikel 25, stk. 2 til 5«.
- 8 Det følger af artikel 61, stk. 1-3, i forordning nr. 6/2002:

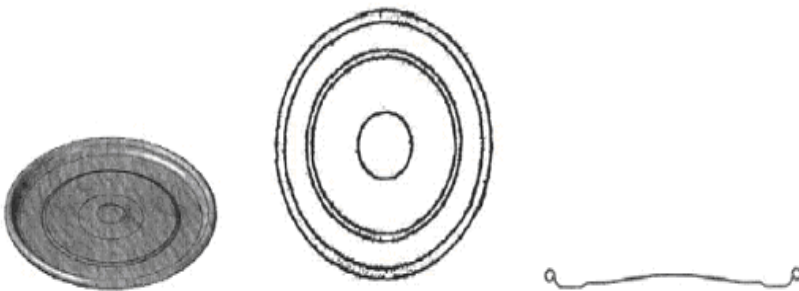
»1. Appellkamrenes afgørelser om klager kan indbringes for EF-Domstolen.

2. Indbringelse af klage kan ske under påberåbelse af inkompetence, væsentlige formmangler eller overtrædelse af traktaten, af denne forordning eller af retsregler vedrørende deres gennemførelse eller under påberåbelse af magtfordrejning.

3. EF-Domstolen har kompetence til at ophæve eller omgøre den indklagede afgørelse.«

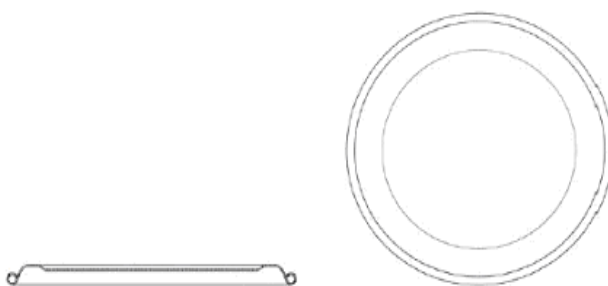
Sagens baggrund og den anfægtede afgørelse

- 9 Den 9. september 2003 indgav PepsiCo en ansøgning om registrering af et EF-design til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) i henhold til forordning nr. 6/2002. I forbindelse med registreringsansøgningen blev der begæret prioritet for det spanske design nr. 157156. Registreringsansøgningen herom var blevet indgivet den 23. juli 2003, og den blev offentliggjort den 16. november 2003.
- 10 EF-designet blev registreret af Harmoniseringskontoret under nr. 74463-0001 for de følgende produkter, dvs.: »reklameartikler til spil«. Dette design er gengivet som følger:



- 11 Den 4. februar 2004 indgav Grupo Promer en begæring om, at EF-design nr. 74463-0001 (herefter »det omtvistede design«) blev erklæret ugyldigt i henhold til artikel 52 i forordning nr. 6/2002.

- 12 Ugyldighedsbegæringen støttede ret på det under nr. 53186-0001 registrerede EF-design (herefter »det tidligere design«). Ansøgningen herom blev indgivet den 17. juli 2003, idet der var blevet begæret prioritet for det spanske design nr. 157098, som var indgivet den 8. juli 2003, og registreringsansøgningen blev offentliggjort den 1. november 2003. Det tidligere design er registreret for produktet »metalplader til legetøj«. Det er gengivet som følger:



- 13 Det var til støtte for ugyldighedsbegæringen gjort gældende, at det omtvistede design ikke opfyldte nyhedskravet og ikke havde individuel karakter som omhandlet i artikel 25, stk. 1, litra b), i forordning nr. 6/2002, samt at der eksisterede en tidligere rettighed som omhandlet i forordningens artikel 25, stk. 1, litra d).
- 14 Ved afgørelse af 20. juni 2005 tog Harmoniseringskontorets annullationsafdeling en begæring om at erklære det omtvistede design ugyldigt på grundlag af artikel 25, stk. 1, litra d), i forordning nr. 6/2002 til følge.

- 15 Den 18. august 2005 indgav PepsiCo klage over annullationsafdelingens afgørelse til Harmoniseringskontoret i henhold til artikel 55-60 i forordning nr. 6/2002.
- 16 Ved den anfægtede afgørelse annullerede Harmoniseringskontorets Tredje Appellkammer (herefter »appelkammeret«) annullationsafdelingens afgørelse og forkastede ugyldighedsbegæringen. Efter at have afvist sagsøgerens argument om PepsiCos onde tro var appelkammeret grundlæggende af den opfattelse, at det omtvistede design ikke stred mod sagsøgerens tidligere rettighed, og at betingelserne i artikel 25, stk. 1, litra d), i forordning nr. 6/2002 derfor ikke var opfyldt.
- 17 I denne forbindelse anførte appelkammeret, at de produkter, der var forbundet med de omhandlede design, henhørte under en særlig kategori af reklameartikler, nemlig »tazos« eller »rappers«, og at den frihed, designeren med ansvar for at udarbejde sådanne reklameartikler havde, således var »stærkt begrænset«. Appellkammeret uledte heraf, at forskellen i profilen af de omhandlede design var tilstrækkelig til, at det kunne konkluderes, at helhedsindtrykket adskilte sig for den informerede bruger.

Sagen for Retten og den appellerede dom

- 18 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 9. januar 2007 anlagde Grupo Promer sag med påstand om annullation af den anfægtede afgørelse og om, at Harmoniseringskontoret og PepsiCo skulle tilpligtes at betale sagens omkostninger.

- 19 Grupo Promer havde til støtte for sit søgsmål gjort tre anbringender gældende vedrørende for det første PepsiCos onde tro og en indskrænkende fortolkning af forordning nr. 6/2002, for det andet, at det omtvistede design ikke opfyldte nyhedskravet, og for det tredje en tilsidesættelse af artikel 25, stk. 1, litra d), i forordning nr. 6/2002.
- 20 Med den appellerede dom gav Retten efter at have afvist det første anbringende medhold i det tredje anbringende, og fandt som følge heraf, at det var unødvendigt at tage stilling til det andet anbringende.
- 21 Det tredje anbringende var opdelt i fire led.
- 22 For det første anfægtede Grupo Promer definitionen af kategorien produkter, der var omfattet af det omtvistede design, som værende »pogs«, »rappers« eller »tazos«, idet det blev gjort gældende, at der var tale om andre varer. Ifølge Grupo Promer skulle appelkammeret have taget hensyn til den generelle kategori reklameartikler til spil.
- 23 Retten fastslog herom i den appellerende doms præmis 60, at appelkammeret med rette havde antaget, at det omhandlede produkt inden for den brede kategori reklameartikler til spil henhørte under en særlig kategori, nemlig under spillebrikker kendt under navnene »pogs«, »rappers« eller »tazos«.
- 24 For det andet anfægtede Grupo Promer, med den begrundelse, at det anfægtede design hørte til den generelle kategori reklameartikler til spil, vurderingen i den anfægtede afgørelse, ifølge hvilken den frihed, designeren havde haft ved udviklingen af det omtvistede design, var »stærkt begrænset«.

- 25 Retten fandt i den appellerede doms præmis 70, at appelkammeret med rette havde anset den frihed, designeren havde på den dato, hvor der blev begæret prioritet for det omtvistede design, for at have været »stærkt begrænset«, navnlig i det omfang designeren skulle inkorporere de nævnte fælles kendetegn i sit design for de omhandlede varer.
- 26 For det tredje var den informerede bruger ifølge Grupo Promer et barn i alderen omkring 5-10 år og ikke en marketingdirektør, som det blev anført i den anfægtede afgørelse. En sådan direktør i fødevarerindustrien var således ikke den endelige bruger og ville have en grad af ekspertise, som ligger over en almindelig brugers.
- 27 I den forbindelse definerede Retten begrebet »den informerede bruger« i den appellerede doms præmis 62 og fandt i samme doms præmis 64 og 65, at appelkammeret med rette havde anset det for mindre vigtigt, om den informerede bruger var et barn på omkring 5-10 år eller en marketingdirektør i en virksomhed, som fabrikere produkter, for hvilke der reklameres ved at tilbyde »pogs«, »rappers« eller »tazos«. Hvad der betyder noget, er, at begge disse personkategorier kender til fænomenet »rappers«.
- 28 For det fjerde gav de omhandlede design ifølge Grupo Promer det samme helhedsindtryk, eftersom forskellene i profilerne af de omhandlede design — i modsætning til appelkammerets analyse i den anfægtede afgørelse — ikke er åbenbare, idet det kræver en særlig grad af opmærksomhed og en koncentreret betragtning af skiven at finde dem.
- 29 Retten vurderede i den appellerede doms præmis 72 i lighed med appelkammeret og under hensyn til graden af frihed, som designeren har haft ved udviklingen af det omtvistede design, at i det omfang lighederne mellem de omhandlede design vedrører fælles kendetegn, vil disse ligheder være mindre vigtige for det helhedsindtryk,

som disse design giver den informerede bruger. Jo mere bundet designerens frihed er ved udviklingen af det omtvistede design, desto mere vil mindre forskelle mellem de omhandlede design kunne være tilstrækkelige til at give den informerede bruger et andet helhedsindtryk.

- 30 Derefter undersøgte Retten i den appellerede doms præmis 77-82 fem ligheder mellem de to omtvistede design. Begge bestod af næsten flade skiver og var forsynet med en koncentrisk cirkel meget tæt ved kanten, en koncentrisk cirkel, som var placeret i ca. en tredjedels afstand mellem kanten og skivens centrum, en ombukket kant forhøjet i forhold til den del af skiven, som var mellem kanten og den centrale forhøjede del, samt en lighed i proportionerne for henholdsvis den centrale forhøjede del og for den del af skiven, som var mellem kanten og den centrale forhøjede del.
- 31 Efter at have konstateret, at den første lighed var et kendetegn, der var fælles for design for produkter af den i sagen omhandlede art, og at den anden lighed omfattede en binding, som for designeren var knyttet til sikkerhedskrav, konkluderede Retten, at disse ligheder ikke ville tiltrække sig den informerede brugers opmærksomhed ved helhedsindtrykket af de omhandlede design.
- 32 Hvad derimod angik de tre sidste ligheder fandt Retten, at disse vedrørte de bestanddele, i forhold til hvilke designeren havde en frihed ved udviklingen af det omtvistede design, og som følgelig ville tiltrække sig den informerede brugers opmærksomhed, hvilket gjaldt så meget desto mere, som de flader, der vendte opad, i det foreliggende tilfælde var de mest synlige for brugeren.

- 33 Hvad angår forskellene mellem de omhandlede design konstaterede Retten i den appellerede doms præmis 83, at det omtvistede design — set ovenfra — bærer to koncentriske cirkler mere end det tidligere design, og at de to design er forskellige i profil, da det omtvistede design har en større konveksitet, selv om graden af konveksitet ganske vist er ringe.
- 34 Retten fandt imidlertid, at de af appelkammeret konstaterede forskelle ikke var tilstrækkelige til, at det omtvistede design gav den informerede bruger et andet helhedsindtryk end det, det tidligere design gav, hvorfor Retten annullerede den anfægtede afgørelse.

Parternes påstande

- 35 PepsiCo har nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves.

— Der træffes endelig afgørelse i sagen, således at de påstande, der blev nedlagt i første instans, ikke tages til følge, subsidiært hjemvises sagen til Retten.

— Grupo Promer tilpligtes at betale sagens omkostninger.

- 36 Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om, at appellen tages til følge, og at Grupo Promer tilpligtes at betale sagens omkostninger.

37 Grupo Promer har nedlagt følgende påstande:

- Appellen afvises.

- PepsiCo tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med appelsagen.

- PepsiCo og Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med sagen for Retten.

- PepsiCo tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med sagen for Harmoniseringskontoret.

Om appellen

38 PepsiCo har støttet sin appel på et enkelt anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 25, stk. 1, litra d), i forordning nr. 6/2002. Dette anbringende er opdelt i fem led, hvoraf de fire første vedrører forskellige fejl, som Retten skulle have begået med hensyn til grænserne for designerens frihed, begrebet »den informerede bruger« og dennes opmærksomhedsniveau, omfanget af Rettens prøvelsesret og muligheden for at sammenligne varer snarere end de i sagen omhandlede design, samt endelig Rettens urigtige gengivelse af sagens faktiske omstændigheder.

Om anbringendets første led vedrørende grænserne for designerens frihed

Parternes argumenter

- ³⁹ PepsiCo har gjort gældende, at de tre ligheder, som Retten har bemærket (den centrale runde form, den forhøjede kant, proportionerne), alle skyldes den funktion, de i sagen omhandlede produkter har, og er fælles kendetegn for disse, hvilket begrænser designerens frihed. Retten tog ikke hensyn til disse grænser ved sammenligningen af de omhandlede design. Antagelsen om, at der netop på grund af disse fælles kendetegn var en lighed mellem de omhandlede design, betyder intet mindre end, at Grupo Promer indrømmes en eneret til at udnytte disse fælles kendetegn, hvilket ikke er i overensstemmelse med formålet med artikel 25, stk. 1, litra d), i forordning nr. 6/2002.
- ⁴⁰ Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at selv om kendetegn såsom den flade skive eller det centrale konvekse område ikke er bestemt af en funktion eller retsfor skrifter, er de trods alt dikteret af markeds krav og begrænser således designerens frihed.
- ⁴¹ Det fremgår af sagens akter, at flertallet af — hvis ikke alle — »pogs«, der fandtes før prioritetsdagen for det omtvistede design, havde en rund udbulning. Begrundelsen for dette var, at »pogs« uden en central rund udbulning ikke kunne stables med det store flertal af »pogs« med dette kendetegn.

- 42 Grupo Promer har gjort gældende, at denne del af anbringendet skal afvises, idet det tilsigter at rejse tvivl om bedømmelsen af faktum i den appellerede dom.

Domstolens bemærkninger

- 43 Det bemærkes, at PepsiCo i første led af sit anbringende i det væsentlige kritiserer Retten for at have antaget, at ligheden af den centrale runde form, den forhøjede kant og proportionerne på de i sagen omhandlede design ikke skyldes en begrænsning af designerens frihed, men at disse ligheder faktisk er nødvendige til opfyldelse af de i sagen omhandlede produkters funktion. Dette førte ifølge PepsiCo til, at Retten tog fejl i sin vurdering af helhedsindtrykket af hvert enkelt af de omstridte design.
- 44 PepsiCo tilsigter således at rejse tvivl om Rettens bedømmelse af faktisk karakter uden at føre bevis for en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder og uden at anfægte hverken relevansen af kriterierne for den grad af frihed, som designeren har ved udviklingen af et design, som fastlagt af Retten i den appellerede doms præmis 67, nærmere bestemt de bindinger, som er knyttet til de kendetegn, som produktets eller en del af produktets tekniske funktion pålægger, eller de ved lov fastsatte krav til produktet, eller de konklusioner, som Retten har draget i samme doms præmis 72.
- 45 Ifølge fast retspraksis er det alene Retten, der er kompetent til dels at fastlægge de faktiske omstændigheder i sagen, når bortses fra tilfælde, hvor den indholdsmæssige urigtighed af dens konstateringer følger af akterne i den sag, den behandler, dels at tage stilling til disse faktiske omstændigheder. Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder er følgelig ikke, medmindre de er gengivet urigtigt, retsspørgsmål og dermed ikke undergivet Domstolens prøvelsesret under en appelsag (dom af

29.4.2004, sag C-470/00 P, Parlamentet mod Ripa di Meana m.fl., Sml. I, s. 4167, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis).

46 Det må herefter konstateres, at anbringendets første led skal afvises.

Om anbringendets andet led vedrørende begrebet den informerede bruger og dennes helhedsindtryk

Parternes argumenter

47 PepsiCo har gjort gældende, at Retten anvendte ukorrekte kriterier, da den afviste, at det omhandlede design gav den »informerede bruger« et andet helhedsindtryk. Den informerede bruger svarer hverken til en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger, som defineret inden for varemærkeretten, eller udelukkende til slutbrugeren af de i sagen omhandlede produkter.

48 Desuden må den informerede bruger formodes at være i en situation, hvor denne kan sammenligne de to design ved siden af hinanden, og skal derfor ikke, i modsætning til hvad der gælder inden for varemærkeretten, forlade sig på en »ufuldkommen erindring«.

49 Hvis Retten havde anvendt de relevante kriterier, ville den være kommet frem til, at den informerede bruger let kunne skelne mellem de i sagen omhandlede design, på

grundlag af de to væsentligste forskelle mellem dem, nemlig for det første de to yderligere koncentriske cirkler, som er klart synlige på oversiden af det omtvistede design, og for det andet dets buede form, som er i modsætning til det tidligere design, der er helt fladt (bortset fra kanten).

- 50 Derudover har PepsiCo gjort gældende, at den informerede bruger ikke kun vil tage designets »mest synlige flader« i betragtning og fokusere på »let opfattede« dele (den appellerede doms præmis 83), men vil have lejlighed til at undersøge hele designet nærmere og sammenligne det med tidligere design under hensyntagen til designerens frihed.
- 51 Harmoniseringskontoret har på tilsvarende måde gjort gældende, at sammenligningen ikke skal ske på grundlag af den informerede brugers ufuldkomne erindring, men ved en direkte sammenligning af design.
- 52 Grupo Promer har anført, at dette led af anbringendet også vedrører sagens faktum. Grupo Promer har endvidere gjort gældende, at Retten ikke anvendte et kriterium inden for varemærkeretten, såsom risikoen for forveksling mellem de to omhandlede design.

Domstolens bemærkninger

- 53 Det skal for det første bemærkes, at forordning nr. 6/2002 ikke indeholder en definition af begrebet den informerede bruger. Som generaladvokaten korrekt har anført i punkt 43 og 44 i forslaget til afgørelse, må det imidlertid 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 omhandlede 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.

- 54 Det bemærkes, at det er netop dette mellemliggende begreb, som Retten har anvendt i den appellerede doms præmis 62. Det illustreres i øvrigt ved den konklusion, som drages heraf i den appellerede doms præmis 64, ifølge hvilken den informerede bruger i denne sag kunne være et barn på omkring 5-10 år eller en marketingdirektør i en virksomhed, der fabrikkerer produkter, for hvilke der reklameres ved at tilbyde »pogs«, »rappers« eller »tazos«.
- 55 For det andet er det, som generaladvokaten har anført i punkt 51 og 52 i forslaget til afgørelse, sandt at den informerede bruger som defineret ovenfor er af en sådan art, at denne, hvor det er muligt, vil foretage en direkte sammenligning mellem de omhandlede design. Det kan dog ikke udelukkes, at en sådan sammenligning er umulig eller usædvanlig inden for den omhandlede sektor, navnlig på grund af særlige omstændigheder eller på grund af kendetegn ved de genstande, som de i sagen omhandlede design repræsenterer.
- 56 Retten kan ikke med føje kritiseres for at have foretaget en urigtig retsanvendelse, fordi den bedømte, hvilket helhedsindtryk de omhandlede design gav, uden at lægge til grund, at en informeret bruger i alle tilfælde foretager en direkte sammenligning af disse.

- 57 Dette gælder så meget desto mere som det — uden en direkte angivelse heraf i forordning nr. 6/2002 — ikke kan antages, at EU-lovgiver har haft til hensigt at begrænse vurderingen af eventuelle design til en direkte sammenligning af disse.
- 58 Heraf følger, at Rettens brug i den appellerede doms præmis 77 af formuleringen, hvorefter »[denne lighed ikke vil] blive husket af den informerede bruger i helhedsindtrykket af de omhandlede design«, selv om den taget ude af sammenhængen kunne tyde på, at Retten har baseret sin argumentation på en indirekte sammenligning med udgangspunkt i en ufuldkommen erindring, ikke er udtryk for, at denne har foretaget en urigtig retsanvendelse.
- 59 For det tredje skal det for så vidt angår den informerede brugers opmærksomhedsniveau bemærkes, at selv om denne ikke er en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger, der sædvanligvis opfatter et design som en helhed og ikke foretager en undersøgelse af dets forskellige detaljer (jf. analogt dom af 22.6.1999, sag C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Sml. I, s. 3819, præmis 25 og 26), er denne heller ikke ekspert eller fagmand, som i detaljer kan få øje på de mindste forskelle, der måtte være mellem de omhandlede design. Benævnelsen »informerede« angiver således, at brugeren, uden at være designer eller teknisk ekspert, er bekendt med 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.
- 60 Anvendelsen af udtrykket »let kunne opfattes« i den appellerede doms præmis 83 må i en bredere sammenhæng forstås som en præcisering af det omtvistede designs større konveksitet. Selv om Rettens tilgang til fortolkningen af den informerede bruger var korrekt, er dette ikke ensbetydende med, at formuleringen i præmis 83 i sig selv betyder, at den informerede brugers opmærksomhedsniveau er blevet vurderet urigtigt af Retten.

- 61 På grundlag af ovenstående bemærkninger skal anbringendets andet led forkastes som ugrundet.

Om anbringendets tredje led vedrørende omfanget af domstolsprøvelsen

Parternes argumenter

- 62 PepsiCo, som har henvist til en dom om plantesorter afsagt af Domstolen for nylig (dom af 15.4.2010, sag C-38/09, Schräder mod CPVO, Sml. I. s. 3209, præmis 77), har gjort gældende, at Rettens grundige undersøgelse af forskelle og ligheder mellem de i sagen omhandlede design ligger uden for dens opgaver efter artikel 61, stk. 2, i forordning nr. 6/2002. PepsiCo gør derfor gældende, at bedømmelsen af, hvorvidt der er tale om et lignende helhedsindtryk, bør overlades til appelkammeret.
- 63 Harmoniseringskonferet har tilsvarende gjort gældende, at Retten ved ikke at begrænse sig til at prøve åbenbart urigtige skøn har overskredet sin kompetence efter artikel 61 i forordning nr. 6/2002 om EF-design.
- 64 Grupo Promer har gjort gældende, at PepsiCos argumentation er uholdbar. Domstolens konstateringer i dommen i sagen Schräder mod CPVO skyldtes det faktum, at der var tale om en kompleks teknisk undersøgelse, hvorimod den foreliggende sag kun omhandler en undersøgelse af et design for at fastslå, om det omtvistede design savner individuel karakter.

Domstolens bemærkninger

- 65 Det er i nærværende sag ubestridt, at Retten har foretaget en dybtgående undersøgelse af de omhandlede design, før den annullerede appelkammerets afgørelse.
- 66 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Retten har kompetence til at udøve en fuldstændig legalitetskontrol i forhold til Harmoniseringskontorets bedømmelse af beviser fremlagt af den, der har fremsat begæringen (jf. dom af 5.7.2011, sag C-263/09, Edwin mod KHIM, Sml. I, s. 5853, præmis 52).
- 67 Retten kan ganske vist i medfør af en analogi af dommen i sagen Schäder mod CPVO overlade Harmoniseringskontoret et vist skøn, særligt når dette skal foretage meget tekniske vurderinger, og kan, for så vidt angår omfanget af dens prøvelse af appelkammerets afgørelser i sager om industrielt design, nøjes med at foretage en prøvelse af åbenbart urigtige skøn.
- 68 Det skal imidlertid bemærkes, at Retten, under hensyn til denne sags særlige omstændigheder, ikke ved prøvelsen af den anfægtede afgørelse har overskredet sin omgørelseskompetence efter artikel 61 i forordning nr. 6/2002.
- 69 Anbringendets tredje led bør derfor forkastes som ubegrundet.

Om anbringendets fjerde led vedrørende prøvelsen af produkterne snarere end af de omhandlede design

Parternes argumenter

- 70 PepsiCo har gjort gældende, at det er en fejl at basere undersøgelsen af de omhandlede design på en sammenligning af vareprøver indsendt af parterne for at illustrere deres bemærkninger. Harmoniseringskontoret har intet behov for under en sag vedrørende en begæring om ugyldighed at forgribe eventuelt sideløbende eller fremtidige sager om varemærkekrænkelser af samme tidligere eller nyere design, som anvendes på markedet.
- 71 Grupo Promer har bemærket, at vareprøverne ligeledes blev undersøgt af annullationsafdelingen og appelkammeret. Som følge heraf er Rettens vurdering af alle de beviser, som allerede var tilført sagen, et spørgsmål om faktum, som ikke kan gøres gældende under en appelsag ved Domstolen.

Domstolens bemærkninger

- 72 Det bemærkes, at Retten i den appellerede doms præmis 83 anførte, at dens vurdering af graden af konveksitet ved omhandlede design »bekræftes af de produkter, der reelt er markedsført, sådan som de fremgår af Harmoniseringskontorets sagsakter, der er blevet fremsendt til Retten«.

- 73 For så vidt som den person, som på området for design foretager en sammenligning, er en informeret bruger, der som nævnt i denne doms præmis 53 og 59 er forskellig fra den almindelige gennemsnitsforbruger, er det ikke en fejl i forbindelse med bedømmelsen af de omhandlede designs helhedsindtryk at tage hensyn til markedsførte produkter, der svarer til disse design.
- 74 Det følger under alle omstændigheder af brugen af udsagnsordet »bekræfter« i den appellerede doms præmis 83, at Retten faktisk har baseret sin vurdering af de omhandlede design på beskrivelserne og gengivelserne i de respektive ansøgninger om registrering, således at sammenligningen af de faktiske produkter alene blev anvendt til illustrative formål til understøttelse af de konklusioner, som allerede var blevet draget, og ikke kan betragtes som begrundelsesgrundlaget for den appellerede dom.
- 75 Det følger heraf, at anbringendets fjerde led må forkastes som ugrundet.

Om anbringendets femte led vedrørende urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder

Parternes argumenter

- 76 PepsiCo har med støtte fra Harmoniseringskontoret gjort gældende, at Retten har gengivet de faktiske omstændigheder fejlagtigt, navnlig fordi det er urealistisk og i strid med sædvanlige erfaringer at forudsætte, at den informerede bruger vil begrænse sin opfattelse af den genstand, som betragtes, til det, der »ses ovenfra«. Selv når de

omhandlede design undersøges lige ovenfra, er forskellene mellem dem umiddelbart synlige.

- 77 Grupo Promer har gjort gældende, at anbringendet om en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, hvor en urigtig bevisvurdering ikke nævnes, ikke kan danne grundlag for en appel for Domstolen. Denne vurdering af de faktiske omstændigheder og beviser udgør ikke et retsspørgsmål, der er undergivet Domstolens prøvelsesret i forbindelse med en appel, medmindre de fremlagte beviser er gengivet urigtigt.

Domstolens bemærkninger

- 78 Domstolen har allerede hvad angår den usædvanlige art af et klagepunkt om urigtig gengivelse fastslået, at det i henhold til artikel 256 TEUF, artikel 58, stk. 1, i statuten for Den Europæiske Unions Domstol og artikel 112, stk. 1, første afsnit, litra c), i Domstolens procesreglement særligt påhviler en appellants præcist at angive, hvilke beviser Retten har gengivet urigtigt, og at påvise de fejl i dens undersøgelse, der efter appellants opfattelse har foranlediget Retten til denne urigtige gengivelse (jf. i denne retning dom af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123, præmis 50).
- 79 En sådan urigtig gengivelse skal fremgå på åbenbar vis af sagsakterne, uden at det skal være fornødent at foretage en fornyet vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne (dom af 18.12.2008, sag C-16/06 P, Les Éditions Albert René mod KHIM, Sml. I, s. 10053, præmis 60 og den deri nævnte retspraksis).

- 80 I denne sag har PepsiCo i det væsentlige gjort gældende, at Retten har foretaget en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder ved kun at sammenligne de omhandlede design »set ovenfra« og derved ignorerer forskelle, som er tydelige, når de ses fra siden. I denne forbindelse har PepsiCo undladt præcist at angive, hvilke forhold Retten har gengivet urigtigt, og at påvise de fejl i Rettens undersøgelse, der efter selskabets opfattelse har foranlediget Retten til denne urigtige gengivelse.
- 81 Under disse omstændigheder findes de af PepsiCo anførte anbringender vedrørende dette punkt ikke at opfylde kravene i henhold til retspraksis. Anbringendets femte led må således afvises.
- 82 Eftersom PepsiCo ikke har fået medhold i alle led af sit anbringende, må appellen forkastes i det hele.

Sagens omkostninger

- 83 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, der i medfør af samme reglements artikel 118 finder tilsvarende anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Grupo Promer har nedlagt påstand om, at PepsiCo tilpligtes at betale sagens omkostninger, og da sidstnævnte har tabt sagen, bør det pålægges PepsiCo at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Fjerde Afdeling):

- 1) **Appellen forkastes.**

- 2) **PepsiCo Inc. betaler sagens omkostninger.**

Underskrifter