



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
H. SAUGMANDSGAARD ØE
fremsat den 19. oktober 2017¹

Sag C-395/16

**DOCERAM GmbH
mod
CeramTec GmbH**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Oberlandesgericht Düsseldorf (den regionale appeldomstol i Düsseldorf, Tyskland))

»Præjudiciel forelæggelse – intellektuel og industriel ejendomsret – EF-design – forordning (EF) nr. 6/2002 – artikel 8, stk. 1 – elementer af et produkts udseende, der alene er bestemt af produktets tekniske funktion – afgrænsning af dette begreb – bedømmelseskriterier«

I. Indledning

1. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse, der er forelagt af Oberlandesgericht Düsseldorf (den regionale appeldomstol i Düsseldorf, Tyskland), vedrører fortolkningen af artikel 8, stk. 1, i Rådets forordning (EF) nr. 6/2002 af 12. december 2001 om EF-design². Det fremgår af denne bestemmelse, som Domstolen ikke tidligere har fortolket, at elementer af et produkts udseende, der alene er bestemt af dette produkts tekniske funktion, ikke er omfattet af den nævnte forordnings beskyttelsesområde.

2. Forelæggelsesafgørelsen er foranlediget af en tvist mellem to selskaber, der for så vidt angår det ene selskab er indehaver af flere registrerede EF-design, mens det andet selskab fremstiller tilsvarende produkter som dem, der er beskyttet ved disse rettigheder. Det førstnævnte selskab har indstævnet det sidstnævnte selskab med påstand om at bringe krænkelsen til ophør, idet det indstævnte selskab heroverfor har gjort gældende, at de rettigheder, som sagsøgeren i hovedsagen hævder, er blevet krænkede, er ugyldige. Det indstævnte selskab har til støtte for sit modkrav henvist til den undtagelse, der er fastsat i den nævnte artikel 8, stk. 1.

3. De spørgsmål, den forelæggende ret har forelagt, giver Domstolen anledning til dels at præcisere begrebet »de elementer af et produkts udseende, der alene er bestemt af produktets tekniske funktion« som omhandlet i denne bestemmelse, dels at fastlægge, hvorledes det skal vurderes, om de berørte EF-design indeholder sådanne elementer.

¹ – Originalsprog: fransk.

² – EFT 2002, L 3, s. 1. Der er senere foretaget enkelte ændringer af denne forordning, men de bestemmelser, der er relevante i den foreliggende sag, er ikke berørt af disse ændringer.

II. Retsforskrifter

4. Det fremgår af 10. betragtning til forordning nr. 6/2002, at »[t]eknologisk innovation [ikke] må [...] hæmmes ved, at der gives designbeskyttelse for karakteristika, der udelukkende har en teknisk funktion. Dette indebærer ikke, at et design skal have æstetiske kvaliteter. På samme måde må kompatibiliteten mellem produkter af forskellig udformning ikke hindres ved at udvide beskyttelsen til at omfatte design af mekaniske sammenkoblinger; designkarakteristika, som ikke kan beskyttes af disse grunde, må derfor ikke tages i betragtning ved vurderingen af, om andre af designets karakteristika opfylder kravene for beskyttelse«.

5. Den nævnte forordnings artikel 4 med overskriften »Betingelser for beskyttelse«, har følgende ordlyd:

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

2. Et design, der finder anvendelse på eller indgår i et produkt, som udgør en komponent af et sammensat produkt, anses kun for at være nyt og have individuel karakter, hvis:

- a) komponenten efter at være blevet inkorporeret i det sammensatte produkt fortsat er synlig under normal brug af dette produkt, og
- b) de synlige elementer af komponenten i sig selv opfylder kravene om nyhed og individuel karakter.

[...]«

6. Artikel 5 i forordning nr. 6/2002 med overskriften »Nyhedskravet« bestemmer i stk. 1, at »[e]t design anses for nyt, hvis intet identisk design er blevet offentliggjort«.

7. Denne forordnings artikel 6 med overskriften »Individuel karakter« bestemmer:

»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 [...]

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

8. Den nævnte forordnings artikel 8 med overskriften »Design, der er bestemt af deres tekniske funktion, samt design for sammenkoblinger« bestemmer i stk. 1, at »[e]t EF-design [ikke] kan [...] opretholdes for de elementer af et produkts udseende, der alene er bestemt af produktets tekniske funktion«.

III. Tvisten i hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

9. DOCERAM GmbH er et tysk selskab, der producerer teknisk-keramiske komponenter. Selskabet er leverandør til kunder inden for automobil-, tekstilmaskine- og maskinbygningsindustrien. Selskabet er indehaver af flere registrerede EF-design, der beskytter centreringstifter til svejseprocedurer i tre forskellige geometriske udformninger, som hver især findes i seks forskellige typer.

10. CeramTec GmbH er også et tysk selskab, der fremstiller og markedsfører keramiske centreringstifter af de samme typer som dem, der er beskyttet ved de design, som DOCERAM er indehaver af.

11. DOCERAM anlagde sag ved Landgericht Düsseldorf (den regionale ret i Düsseldorf) mod CeramTec navnlig med påstand om at bringe krænkelsen af disse beskyttelsesrettigheder til ophør. Sagsøgte i hovedsagen fremsatte et modkrav med påstand om, at disse rettigheder skulle erklæres ugyldige, og anførte, at elementerne af de berørte produkters udseende alene var bestemt af deres tekniske funktion som omhandlet i artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 6/2002.

12. Landgericht Düsseldorf (den regionale ret i Düsseldorf) tog ikke det af DOCERAM anlagte søgsmål til følge og erklærede de omtvistede design ugyldige med den begrundelse, at de var udelukket fra den beskyttelse, der følger af den nævnte forordnings artikel 8, stk. 1, idet valget af design alene var bestemt af tekniske hensyn vedrørende funktionaliteten.

13. DOCERAM har iværksat appel til prøvelse af den nævnte dom ved Oberlandesgericht Düsseldorf (den regionale appeldomstol i Düsseldorf). Denne domstol er af den opfattelse, at det for at kunne træffe afgørelse vedrørende tvisten i hovedsagen er et relevant spørgsmål, om det for at anvende den i artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 6/2002 fastsatte undtagelse skal fastslås – således som det navnlig i Tyskland er opfattelsen i en del af retslitteraturen og retspraksis – at der ikke findes alternative design, der opfylder den samme tekniske funktion, eller om det, således som det er forudsat i den appellerede dom, objektivt skal fastslås, om den ønskede funktionalitet er det eneste element, der har været bestemmende for det pågældende produkts fysiske udformning.

14. Ved afgørelse af 7. juli 2016, der indgik til Domstolen den 15. juli 2016, har Oberlandesgericht Düsseldorf (den regionale appeldomstol i Düsseldorf) derfor besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Foreligger der også en teknisk bestemt karakter, der udelukker beskyttelse som omhandlet i artikel 8, stk. 1, i [...] forordning [...] nr. 6/2002 [...], i de tilfælde, hvor den formgivningsmæssige virkning ingen betydning har for produktets design, men produktets (tekniske) funktionalitet er den eneste faktor, der bestemmer designet?
- 2) Såfremt Domstolen besvarer det første spørgsmål bekræftende: Ud fra hvilket synspunkt skal det vurderes, om de enkelte formgivningselementer ved et produkt udelukkende er valgt på grundlag af funktionalitetsbetragtninger? Er en »objektiv iagttagelse« afgørende og, i bekræftende fald, hvordan skal denne defineres?«

15. DOCERAM, CeramTec, den græske regering, Det Forenede Kongeriges regering og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg for Domstolen. Under retsmødet den 29. juni 2017 har disse parter ligeledes afgivet mundtlige indlæg.

IV. Bedømmelse

A. Om begrebet »elementer af et produkts udseende, der alene er bestemt af produktets tekniske funktion« som omhandlet i artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 6/2002 (det første spørgsmål)

1. Om indholdet af det første spørgsmål og de fremførte argumenter

16. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at de i hovedsagen omhandlede design både er nye og har individuel karakter, således som det kræves i henholdsvis artikel 5 og 6 i forordning nr. 6/2002³. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om de omhandlede design ikke desto mindre er udelukket fra beskyttelse i henhold til den nævnte forordnings artikel 8, stk. 1, der bestemmer, at »[e]t EF-design [ikke] kan [...] opretholdes for de elementer af et produkts udseende, der alene er bestemt af produktets tekniske funktion«, når der henses til den omstændighed, at der i det foreliggende tilfælde findes design, som den forelæggende ret kvalificerer som »alternative«, for så vidt som de fører til det samme tekniske resultat som de førstnævnte design.

17. På baggrund af de oplysninger, der fremgår af forelæggelsesafgørelsen, og den sammenhæng, hvori denne afgørelse indgår, anmodes Domstolen efter min opfattelse med det *første præjudicielle spørgsmål* nærmere bestemt om at oplyse, *om* den blotte omstændighed, at det kan konstateres, at der foreligger sådanne *alternative design*, gør det muligt at fastslå, at de omtvistede design ikke alene er bestemt af de pågældende produkters tekniske funktion og dermed ikke er omfattet af den undtagelse, der er fastsat i den nævnte artikel 8, stk. 1, *eller om* det relevante kriterium i denne forbindelse er, om »*æstetiske overvejelser*« med hensyn til disse produkter *eller »den formgivningsmæssige virkning«* heraf⁴ har givet designeren anledning til at vælge et specifikt design⁵. Såfremt Domstolen måtte fastslå, at dette sidstnævnte kriterium skal finde anvendelse, ønsker den forelæggende ret derefter med det *andet spørgsmål* oplyst, hvorledes det skal vurderes, om de forskellige elementer af et produkts udseende udelukkende er valgt eller ikke valgt på grundlag af tekniske betragtninger.

18. Den forelæggende har anført, at det forelagte spørgsmål giver anledning til alvorlig tvivl, når henses til de forskellige synspunkter, der hidtil har været fremherskende i såvel retslitteraturen som afgørelsespraksis fra henholdsvis medlemsstaternes retter og fra Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) [tidligere Kontoret for Harmonisering i Det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter Harmoniseringskontoret eller KHIM)], med hensyn til, hvorledes artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 6/2002 skal fortolkes. To juridiske teorier, der kan føre til diametralt forskellige resultater i praksis, står her over for hinanden.

19. Ifølge den *første teori* finder den i denne bestemmelse nævnte undtagelse kun anvendelse, når det er konstateret, at der ikke findes alternative design, der gør det muligt at opnå den samme tekniske funktion som den, der opnås ved det pågældende design, idet eksistensen af sådanne alternativer er udtryk for, at valget af den pågældende udformning ikke alene er bestemt af produktets tekniske funktion som omhandlet i den nævnte artikel 8, stk. 1. Denne fortolkning tager udgangspunkt i det kriterium, der normalt benævnes »*formmangfoldighedsteorien*«, hvorefter designet af et produkt er beskyttet, selv om der foreligger andre udformninger af dette produkt, der kan opfylde den samme tekniske funktion, fordi denne lange række af udformninger viser, at designeren af produktet i denne

3 – Det fremgår endvidere af 19. betragtning til denne forordning, at »EF-designbeskyttelse [...] ikke [bør] gives, medmindre det er nyt og har individuel karakter i forhold til andre design«.

4 – Dette sidstnævnte udtryk er anvendt i det nævnte præjudicielle spørgsmål, mens det førstnævnte udtryk er anvendt i forelæggelsesafgørelsens begrundelse.

5 – Det skal med andre ord efter CeramTecs opfattelse afgøres, *om* anvendelsen af den nævnte artikel 8, stk. 1, ubetinget kræver, at »der inden for rammerne af tvisten [i hovedsagen] skal foretages en detaljeret undersøgelse af, om der foreligger andre alternativer, der kan komme i betragtning som design, eller nærmere bestemt, om de mulige alternative udformninger har en anden eller mindre teknisk funktionalitet, *eller om* den [i denne bestemmelse fastsatte] udelukkelsesgrund også finder anvendelse, når udformningen alene er bestemt af behovet for at udvikle en specifik teknisk løsning, og hvor æstetiske overvejelser derfor ingen betydning har« (min fremhævelse).

situation ikke var begrænset af den nævnte funktion, men ved udviklingen af designet frit kunne vælge en hvilken som helst udformning⁶. Hvis bestemmelsen skal fortolkes på denne måde, vil den finde anvendelse i de relativt sjældne tilfælde, hvor det pågældende design er det eneste, der kan føre til det ønskede tekniske resultat.

20. Oberlandesgericht Düsseldorf (den regionale appeldomstol i Düsseldorf) har i forelæggelsesafgørelsen anført, at denne første teori, der, så vidt jeg ved, er fremherskende i en del af retslitteraturen navnlig i Tyskland⁷, Belgien⁸ og Frankrig⁹, er klart fastslået ikke blot i national retspraksis i såvel Tyskland som andre medlemsstater¹⁰, men også i EUIPO's praksis¹¹. Det fremgår af de for Domstolen afgivne indlæg, at DOCERAM er den eneste part, der forsvarer dette synspunkt i den foreliggende sag.

21. Ifølge en *konkurrerende teori* skal den i artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 6/2002 fastsatte undtagelse finde anvendelse, når de enkelte elementer i det pågældende design udelukkende er bestemt af behovet for at udvikle en teknisk løsning, uden at æstetiske overvejelser har haft den mindste indflydelse herpå, idet der ikke er udfoldet en i henhold til designretten beskyttelsesværdig kreativ virksomhed. Denne teori, der vedrører det såkaldte »*kausalitetskriterium*«, indebærer, at der skal foretages en konstatering af, hvorfor designeren af produktet har valgt det omtvistede element¹². Såfremt den nævnte artikel 8, stk. 1, skal fortolkes på denne måde, vil denne bestemmelse finde anvendelse i alle de tilfælde, hvor behovet for at opfylde en bestemt teknisk funktion er det eneste forhold, der – uden hensyntagen til designets fysiske kendetegn eller æstetiske kvalitet – har været bestemmende for udformningen af det pågældende design, og den omstændighed, at der eventuelt måtte foreligge alternative design, der kan opfylde den samme funktion, vil ikke være afgørende.

22. Selv om Domstolen naturligvis ikke er bundet af de nævnte synspunkter, bemærker jeg, at EUIPO – efter tidligere at have foretrukket formmangfoldighedsteorien – i sin seneste afgørelsespraksis¹³ har valgt at anvende kausalitetsteorien og har fastslået, at artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 6/2002 er til hinder for, at elementer af et produkts udseende, der alene er valgt med det formål at gøre det muligt for produktet at opfylde sin tekniske funktion, kan beskyttes, i modsætning til de elementer, der i det mindste i et vist omfang er blevet valgt med det formål at forbedre produktets visuelle kendetegn,

6 – Jf. navnlig de kilder, hvortil der er henvist i fodnoten i punkt 20 i dette forslag til afgørelse.

7 – Jf. bl.a. O. Ruhl, *Gemeinschaftsgeschmacksmuster – Kommentar*, Carl Heymanns Verlag, Cologne, 2. udg., 2010, s. 222, punkt 22. Den tyske regering synes at have foretrukket denne tilgang i forbindelse med gennemførelsen af en EU-retlig bestemmelse, der svarer til den nævnte artikel 8, stk. 1 (jf. U. Koschtial, »Design law: individual character, visibility and functionality«, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2005, nr. 3, s. 308).

8 – Jf. D. Kaesmacher og L. Duez, »Le nouveau règlement (CE) n° 6/2002 sur les dessins ou modèles communautaires«, *J.T.D.E.*, 2002, nr. 92, s. 186, punkt 15, C.-H. Massa og A. Strowel, »Community Design: Cinderella Revamped«, *E.I.P.R.*, 2003, bind 25 (2), s. 72, og F. De Visscher, »La protection des dessins et modèles«, *Guide juridique de l'entreprise*, Kluwer, Bruxelles, 2. udg., 2005, punkt 370, hvoraf fremgår, at kriteriet om formmangfoldighed blev anvendt i forbindelse med den tilsvarende retsregel, der tidligere fandtes i Beneluxsystemet [jf. artikel 2, stk. 1, litra a), i den fælles Beneluxlov om design, som senest blev ændret den 20.6.2002].

9 – Jf. bl.a. J. Passa, *Droit de la propriété industrielle, Tome 1: Marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles*, L.G.D.J., Paris, 2. udg., 2009, punkt 708-712, og N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle – Droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, L.G.D.J., Paris, 2. udg., 2012, punkt 296.

10 – Der er henvist til to tyske afgørelser (nemlig »OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2012, 200 (205) – Tablet-PC; LG Düsseldorf, Beck RS 2015, 05506«) og dom afsagt af Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (appeldomstol (England og Wales) (afdelingen for civile sager), Det Forenede Kongerige), Landor & Hawa International Ltd mod Azure Designs Ltd [2006] EWCA Civ 1285, præmis 30 ff. Jeg bemærker, at denne teori også er accepteret i Spanien (jf. bl.a. afgørelse truffet af Juzgado de lo Mercantil n° 2 de Alicante (handelsret nr. 2 i Alicante, Spanien) af 28.11.2012, Jose Antonio y Hostel Drap SL mod Napkings SL, punkt 2 i domskonklusionen).

11 – Den forelæggende ret har bl.a. henvist til afgørelse truffet af Harmoniseringskontorets annullationsafdeling den 3.4.2007, nr. ICD 3150, Lindner Recyclingtech mod Franssons Verkstäder, punkt 20. Jeg bemærker, at denne afgørelse er blevet omgjort ved den appelafgørelse, der er nævnt i fodnote 13 i dette forslag til afgørelse.

12 – Jf. bl.a. D. Stone, »Le droit européen des dessins et modèles a 10 ans«, *Magazine de l'OMPI*, 2013, nr. 6, s. 18, og L. Brancusi, »Article 8 CDR«, *Community Design Regulation (EC) No 6/2002 – A Commentary*, udgivet af G. N. Hasselblatt, C. H. Beck, Munich, 2015, s. 137 ff., punkt 34-48.

13 – Nemlig efter afgørelse truffet den 22.10.2009 af Tredje Appelkammer ved Harmoniseringskontoret i sag R 690/2007-3, Lindner Recyclingtech mod Franssons Verkstäder, den såkaldte »Chaff cutters-sag«. Jeg bemærker, at denne afgørelse har været genstand for et søgsmål og en appelsag, i hvilken forbindelse hverken Retten eller Domstolen har taget stilling til anvendelsen af den nævnte artikel 8 i forhold til sagens realitet (jf. kendelse af 10.5.2010, Franssons Verkstäder mod KHIM – Lindner Recyclingtech (Hakkelsesmaskiner), T-98/10, ikke trykt i Sml., EU:T:2010:180, og af 9.9.2010, Franssons Verkstäder mod KHIM og Lindner Recyclingtech, C-290/10 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2010:511).

som kan beskyttes¹⁴. Retspraksis i bl.a. Frankrig¹⁵ og Det Forenede Kongerige¹⁶ synes at have fulgt en tilsvarende udvikling. I den foreliggende sag har såvel CeramTec som den græske regering, Det Forenede Kongerige og Kommissionen¹⁷ argumenteret for at anvende denne sidstnævnte teori. Dette er af de grunde, som jeg vil redegøre for nedenfor, også min opfattelse.

2. Om grundlaget for den foreslåede fortolkning

23. Det skal først konstateres, at *ordlyden* af bestemmelserne i forordning nr. 6/2002 i modsætning til, hvad DOCERAM har anført, ikke indeholder oplysninger, der har direkte relevans for besvarelsen af det første præjudicielle spørgsmål, idet udtrykket »de elementer af et produkts udseende, der alene er bestemt af produktets tekniske funktion«, der fremgår af denne forordnings artikel 8, stk. 1, ikke er defineret, og idet der ikke på nogen måde i denne forordning er fastsat nogen bedømmelseskriterier. Denne forordning indeholder navnlig ikke nogen henvisning til kriteriet om fravær af alternative design til det pågældende produkts design, hvilket kriterium de, der er tilhængere af formmangfoldighedsteorien, er fortalere for.

24. Som det fremgår af Domstolens faste praksis, følger det af kravet om en ensartet anvendelse af EU-retten, at såfremt en bestemmelse i EU-retten ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret hvad angår definitionen af et særligt begreb, således som det er tilfældet i denne sag, skal dette begreb fortolkes selvstændigt, hvilket Domstolen søger at gøre under hensyntagen til retsaktens almindelige opbygning, formål og tilblivelseshistorie¹⁸.

25. Hvad angår *den almindelige opbygning* af forordning nr. 6/2002 bemærker jeg, at tiende betragtning til denne forordning giver en interessant, men begrænset, præcisering af den betydning, som denne forordnings artikel 8, stk. 1, skal tillægges, idet det anføres, at »[t]eknologisk innovation [ikke] må [...] hæmmes ved, at der gives designbeskyttelse for karakteristika, der udelukkende har en teknisk funktion. Dette indebærer ikke, at et design skal have æstetiske kvaliteter«.

26. Jeg vil nedenfor tage stilling til betydningen af den nævnte betragtningens første [punktum] i forbindelse med de formål, der forfølges med artikel 8, stk. 1¹⁹. Hvad angår betragtningens andet [punktum]²⁰, har den forelæggende ret oplyst, at modstanderne af kausalitetsteorien er af den opfattelse, at denne teori, der synes at sondre mellem de rent tekniske elementer og de dekorative elementer ved produktet, er i strid med grundsætningen om, at det ikke er et krav, at en design skal have en æstetisk karakter for at kunne nyde beskyttelse.

14 – Jf. Harmoniseringskontorets afgørelse i sag R 690/2007-3 (fodnote 12), punkt 28 ff., særligt punkt 35 og 36. Det fremgår udtrykkeligt af EUIPO's retningslinjer for undersøgelse af begæring om at få et registreret EF-design erklæret ugyldigt af 1.2.2017, s. 30, punkt 5.3.3, hvori der bl.a. henvises til afgørelse truffet den 27.1.2016 af Tredje Appellkammer ved Harmoniseringskontoret i de forenede sager R 1517/2014-3 og R 2114/2014-3, de såkaldte »Hoses-sager« (jf. punkt 65), at kriteriet om »alternative former« ikke finder anvendelse. For en gennemgang af udviklingen, jf. T. Barber Giner, »Estética y funcionalidad: alcance de la prohibición del diseño funcional en la legislación nacional y comunitaria«, *Diario La Ley*, nr. 8422, XXXV, 17.11.2014, s. 768-770, og L. Brancusi, »Design determined by the product's technical function: arguments for an autonomous test«, *E.I.P.R.*, 2016, bind 38 (1), s. 25 ff.

15 – Jf. bl.a. F. Greffe og P. Greffe, *Traité des dessins et des modèles – France, Union européenne, Suisse, continent américain*, LexisNexis, Paris, 9. udg., 2014, punkt 155-186, og J. Raynard, E. Py og P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle*, LexisNexis, Paris, 2016, punkt 534-536.

16 – Det Forenede Kongeriges regering har anført, at den gældende retstilstand er i overensstemmelse med Harmoniseringskontorets afgørelse i sag R 690/2007-3 (fodnote 13), idet den henviser til dom afsagt af High Court of Justice (England & Wales) (ret i første instans (England og Wales) (Det Forenede Kongerige)) i sag Dyson Ltd mod Vax [2010] EWHC 1923 (Pat), præmis 23-31.

17 – Kommissionen har anført, at den ret, ved hvilken sagen er anlagt, blandt andre indikerer for, at en form har æstetisk værdi, bør tage hensyn til eksisterende alternative design. Jf. ligeledes punkt 64 i dette forslag til afgørelse.

18 – Jf. bl.a. dom af 9.3.2017, Pula Parking (C-551/15, EU:C:2017:193, præmis 42), og af 7.9.2017, Schottelius (C-247/16, EU:C:2017:638, præmis 31).

19 – Jf. punkt 38 ff. i dette forslag til afgørelse.

20 – Jeg bemærker, at fransk er det originale sprog for dette forslag til afgørelse, og at det tekststykke, der udgør sidste sætningsled i den franske version af den nævnte tiende betragtning, i den tyske version – som den forelæggende ret har henvist til – udgør et selvstændigt punktum [o.a.: hvilket også er tilfældet i den danske version].

27. Det er korrekt, at et sådant krav heller ikke udtrykkeligt fremgår af artikel 4-6 i forordning nr. 6/2002, der fastsætter de betingelser, der skal være opfyldt for at opnå EF-designbeskyttelse. Ud fra samme synspunkt præciserer andet punktum i tiende betragtning til denne forordning, at det af den registreringshindring, der er fastsat i denne forordnings artikel 8, stk. 1, ikke kan udledes, at kun de former, der har æstetisk karakter, kan ydes designbeskyttelse. Udtrykket »[d]ette indebærer ikke, at et design skal have æstetiske kvaliteter« skal efter min opfattelse alene forstås således, at det ikke er et krav for at opnå beskyttelse, at det pågældende produkt har en æstetisk kvalitet.

28. Jeg er i lighed med CeramTec, den græske regering og Det Forenede Kongeriges regering af den opfattelse, at selv om de æstetiske kvaliteter ved det pågældende produkt ikke udgør et bedømmelseskriterium, der er afgørende for tildelingen af denne beskyttelse, vil det ikke være korrekt heraf at udlede, at et EF-design ikke har til formål at beskytte produktets visuelle udseende. Således som Harmoniseringskontoret, nu EUIPO, har fastslået²¹, fremgår det nemlig klart, dels af definitionen af begrebet »design« i artikel 3, litra a), i forordning nr. 6/2002, hvori der udtrykkeligt henvises til produktets »udseende«²², dels af de krav om synlighed, der fremgår af denne forordnings artikel 4, stk. 2,²³ og 12. betragtning til forordningen²⁴, at undersøgelsen af den ydre udformning, uanset hvilke konkrete fordele denne udformning medfører²⁵, er afgørende for at kunne erhverve rettigheder i kraft af et EF-design²⁶. Jeg tilføjer, at det visuelle kendetegn også tillægges betydning i denne forordnings artikel 10, stk. 1, der stiller krav om, at det pågældende produkt skal kunne adskilles fra de tidligere frembringelser, for hvilke der er opnået beskyttelse²⁷.

29. Det er derfor efter min opfattelse foreneligt med ordlyden af tiende betragtning til forordning nr. 6/2002 at fortolke denne forordnings artikel 8, stk. 1, således, at den ikke omfatter tilfælde, hvor de pågældende elementer udgør det eneste middel til at opfylde et produkts tekniske funktion, men de tilfælde, hvor behovet for at opnå denne funktion er den eneste faktor, der kan forklare anvendelsen af de nævnte elementer. Jeg er med andre ord af den opfattelse, at det skal fastslås, at elementerne af et produkts udseende alene er bestemt af ønsket om at opnå en bestemt teknisk løsning, og at disse elementer således er omfattet af den undtagelse, der er fastsat i den nævnte artikel 8, stk. 1, når det kan konstateres, at andre og særligt visuelle overvejelser ikke har haft nogen indflydelse på udformningen af det pågældende design. Det afgørende er at fastlægge, hvor de formgivningsmæssige begrænsninger, der vedrører produktets tekniske funktion, ophører, og hvor designerens grad af frihed begynder²⁸.

21 – Jf. Harmoniseringskontorets afgørelse i sag R 690/2007-3 (fodnote 13), punkt 34.

22 – »Design« defineres i denne bestemmelse som »et produkts eller en del af et produkts udseende, navnlig bestemt af de særlige træk ved selve produktets og/eller dets udsmyknings linjer, konturer, farver, form, tekstur og/eller materiale«.

23 – Jf. henvisningen i punkt 5 i dette forslag til afgørelse.

24 – Det fremgår af 12. betragtning, at »[b]eskyttelsen [ikke] bør [...] udvides til at omfatte komponenter, der ikke er synlige under normal brug af et produkt, eller elementer af en komponent, som ikke er synlige, når komponenten er monteret [...]«.

25 – Det Forenede Kongeriges regering har også anvendt udtrykket »fordel«, idet det bemærkes, at dette udtryk ikke er anvendt i forordning nr. 6/2002, med henblik på, som i dette tilfælde, at rejse spørgsmålet om, hvorvidt designet på grund af dets udseende faktisk gør produktet interessant.

26 – Jf. i denne retning dom af 21.9.2017, Easy Sanitary Solutions – EUIPO mod Group Nivelles (C-361/15 P og C-405/15 P, EU:C:2017:720, præmis 62 ff.).

27 – Det fremgår af det nævnte stk. 1, at »[b]eskyttelsen i henhold til et EF-design omfatter ethvert design, der ikke giver den informerede bruger et andet helhedsindtryk«.

28 – Den tekniske funktion kan nærmere bestemt f.eks. have til formål at sikre et bedre fæste, bekvemmelighed, komfort, effektivitet eller sikkerhed i modsætning til udviklingen af pryden, dekorative, æstetiske eller fantasifulde former (jf. D. Cohen, *Le droit des dessins et modèles, Droit communautaire, droit international, droit français et autres droits étrangers*, Economica, Paris, 2. udg., 2004, punkt 65, og F. Greffe og P. Greffe, op.cit., fodnote 15, punkt 159).

30. Konstateringen af, at denne bestemmelse har karakter af en undtagelse, hvilket ifølge den forelæggende ret indebærer, at den skal fortolkes strengt, rejser ikke tvivl om min analyse. Denne betragtning kan nemlig ikke i sig selv føre til anvendelsen af et kriterium, i det foreliggende tilfælde kriteriet om formmangfoldighed, der ganske vist yderligere begrænser de situationer, hvori undtagelsen finder anvendelse²⁹, men som hverken har klar hjemmel i selve ordlyden af forordning nr. 6/2002 eller klart kan udledes af tilblivelseshistorien bag eller formålene med denne forordning, således som disse er fastsat af EU-lovgiver.

31. Den fortolkning, som jeg foreslår, bekræftes efter min opfattelse af en gennemgang af *tilblivelseshistorien* bag forordning nr. 6/2002 og nærmere bestemt forordningens artikel 8, stk. 1.

32. CeramTec har anført, at det ikke er muligt at anvende kriteriet om formmangfoldighed, idet forslaget om at indføre dette kriterium i EU-lovgivningen ikke blev vedtaget. Den græske regering har endvidere baseret en række argumenter på forarbejderne til denne forordning.

33. Jeg bemærker i denne forbindelse, at Kommissionen i grønbogen om retlig beskyttelse af industrielle mønstre, der blev offentliggjort i 1991, forklarede den omstændighed, at beskyttelse ikke kan opnås for elementer, der alene er bestemt af det pågældende produkts tekniske funktion – hvilket var en regel, der allerede fandtes i de fleste medlemsstater³⁰ – med en række begrundelser, hvis ordlyd efter min opfattelse synes at svinge mellem formmangfoldighedsteorien og kausalitetsteorien, og som efter min opfattelse vedrører henholdsvis den situation, hvor der ikke foreligger alternative design til den endelige udformning af det nævnte produkt, og den, hvor designeren ikke har ydet et kreativt bidrag i forbindelse med udviklingen af produktet³¹.

34. I Kommissionens oprindelige forslag af 1993, der førte til vedtagelsen af forordning nr. 6/2002, havde artikel 9, stk. 1 (nu denne forordnings artikel 8, stk. 1), med overskriften »Ikke-arbitrære tekniske mønstre [...]« følgende ordlyd: »En EF-mønsteret kan ikke erhverves til et mønster, i det omfang produktets tekniske funktion ikke levner noget spillerum for arbitrære elementer i produktets udseende«³².

29 – Jf. punkt 19 in fine i dette forslag til afgørelse.

30 – Om visse tidligere nationale ordninger, jf. bl.a. M. Mounicif-Moungache, *Les dessins et modèles en droit de l'Union européenne*, Thèse, Bruylant, Bruxelles, 2012, s. 121 ff.

31 – Arbejdsdokument offentliggjort i juni 1991 (III/F/5131/91-FR), s. 65, punkt 5.4.6: »Når en teknisk virkning *udelukkende* kan opnås *ved en bestemt form*, kan designet ikke beskyttes. *Når designeren kan foretage et valg mellem flere former* for at opnå den ønskede tekniske virkning, er de pågældende elementer til gengæld omfattet af beskyttelsen. Ud fra denne forståelse svarer det område, der er udelukket fra beskyttelse [...], til den sondring mellem idé og udtryksform, der er fastsat i ophavsretslovgivningen. Dette indebærer *i praksis*, at *når der ikke er foretaget et valg* i forbindelse med frembringelsen af et produkt med henblik på at opnå en bestemt virkning, er der *ikke udfoldet nogen personlig kreativitet*, og følgelig er der ikke noget at beskytte« (min fremhævelse).

32 – Jf. forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om EF-mønstre af 3.12.1993 (KOM(93) 342 endelig udg., s. 70). Det Økonomiske og Social Udvalg rejste tvivl om brugen af udtrykket »arbitrær« (jf. udtalelse af 22.2.1995, EFT 1995, C 110, s. 14, punkt 5.7).

35. Det fremgår af begrundelsen til dette forslag til forordning³³ og af bemærkningerne til forordningens artikel 9, stk. 1³⁴, at æstetiske elementer ved produktet ikke i sig selv er afgørende, idet såvel de design, der har et æstetisk præg, som dem, der opfylder en nyttefunktion, beskyttes på lige fod. Det fremgår navnlig af disse uddrag, at EF-designbeskyttelse ikke kan opnås i de sjældne tilfælde, hvor »formen [følger] selve funktionen uden nogen mulighed for variation«, idet designeren ikke har haft »nogen frihed« i forbindelse med frembringelsen af produktet, og »[derfor] ikke [kan] hævde, at resultatet er udslag af personlig kreativitet«, og at dette design har »individuel karakter«³⁵.

36. Det fremgår i øvrigt af det ændrede forslag af 1999³⁶, at den gældende ordlyd af artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 6/2002 blev tilpasset ordlyden af artikel 7, stk. 1, i direktiv 98/71/EF om retlig beskyttelse af mønstre³⁷, der har til formål at harmonisere medlemsstaternes lovgivning på området³⁸. Forarbejderne til direktiv 98/71 bekræfter imidlertid, at den omstændighed, at designeren ikke har haft nogen grad af frihed i forbindelse med frembringelsen af produktet, og den omstændighed, at den valgte form alene er bestemt af den tekniske funktion, fra starten blev anset for de afgørende grunde til at afslå beskyttelse i såvel det oprindelige forslag til dette direktiv af 1993³⁹ som det ændrede forslag af 1996⁴⁰.

37. Efter min opfattelse har der i de nævnte tekstforslag ikke været fremført andre kriterier, der svarer til kriteriet om eksistensen af alternative design, eller formmangfoldighedsteorien, idet der snarere er lagt vægt på kriteriet om kausalitet. Det fremgår nemlig ikke på nogen måde, at det pågældende element skal være *det eneste middel* til at nå den ønskede tekniske funktion. Den undtagelse, der er fastsat i artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 6/2002, er hovedsageligt begrundet i, at designeren ikke har foretaget en kreativ indsats i forhold til produktets udseende, idet der kun kan opnås designbeskyttelse, når der er skabt en merværdi, som udspringer af en intellektuel indsats, der er uafhængig af den nævnte funktion. EUIPO synes også i sin seneste afgørelsespraksis i højere grad at lægge vægt på, om designeren har eller ikke har haft en grad af frihed i forbindelse med frembringelsen af det pågældende produkt⁴¹.

33 – Det fremgår af begrundelsens punkt 8.2 (KOM(93) 342 endelig udg., s. 9), at »[m]ønstre er en afbildning af et udseende, som kan opfattes med de menneskelige sanser. Der anvendes ikke noget æstetisk kriterium. Æstetiske og funktionelle mønstre beskyttes på lige fod. Men elementer, der er nødvendige for at opnå en bestemt teknisk funktion, og som ikke overlader nogen frihed med hensyn til arbitrære elementer, kan ikke beskyttes [...]«.

34 – Det fremgår af bemærkningerne til denne bestemmelse, at »[i] forordningen sondres der ikke mellem æstetiske og funktionelle mønstre; de beskyttes på lige fod. I meget sjældne tilfælde, følger formen af selve funktionen uden nogen mulighed for variation. I sådanne tilfælde kan mønsterfrembringeren ikke hævde, at resultatet er udslag af personlig kreativitet. Mønstrer har i realiteten ikke individuel karakter og kan derfor ikke beskyttes. [...] Bestemmelsen udelukker derfor kun beskyttelse i det omfang, der ikke har været nogen frihed hvad angår mønstrets arbitrære elementer« (KOM(93) 342 endelig udg., s. [25]).

35 – Det fremgår endvidere af niende betragtning til det nævnte forslag, at »visse mønstre, der er frembragt til at opfylde en bestemt funktion, og som ikke giver nogen mulighed for at tilføje et yderligere og arbitrært mønsterelement, [...] dog [bør] være udelukket fra en sådan beskyttelse« (s. 90), og der henvises i bemærkningerne til forslaget artikel 27, stk. 1, til »det tilfælde, hvor specifikke elementer i et mønster ikke kan beskyttes, fordi de fuldstændigt er dikteret af en bestemt funktion, der ikke giver spillerum for individualitet« (s. [38]).

36 – Jf. bemærkningerne til artikel 9 i ændret forslag til Rådets forordning (EF) om EF-mønstre af 21.6.1999 (KOM(1999) 310 endelig udg.).

37 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 13.10.1998 (EFT 1998, L 289, s. 28).

38 – Retsvirkningerne af disse lovgivninger er i modsætning til den ordning, der er indført ved forordning nr. 6/2002, begrænset til den berørte medlemsstats område (jf. første og sjette betragtning til denne forordning).

39 – Artikel 7, stk. 1, i dette oprindelige forslag til direktiv af 3.12.1993 (KOM(93) 344 endelig udg.) havde følgende ordlyd: »Mønsteret kan ikke erhverves til et mønster, i det omfang produktets tekniske funktion ikke levner noget spillerum for arbitrære elementer i produktets udseende«, og det fremgik af begrundelsen til denne bestemmelse, at »konkurrencen [vil] blive fremmet på områder, hvor mønstre ikke kan opnå beskyttelse – f.eks. fordi de kun opfylder en rent teknisk funktion uden at overlade mønsterfrembringeren nogen form for frihed« (jf. s. [11] og [17]).

40 – Jf. bemærkningerne til artikel 7, stk. 1, i det ændrede forslag til direktiv af 21.2.1996 (KOM(96) 66 endelig udg.), hvoraf fremgik, at »[s]elv om spørgsmålet om, hvorvidt et mønster har æstetiske kendetegn eller ej, som anført i forslaget ikke er relevant som forudsætning for beskyttelse, anses det for nødvendigt i en bestemmelse at præcisere, at beskyttelsen ikke skal gælde i de meget sjældne tilfælde, hvor formen nødvendigvis følger funktionen. [...] Kommissionen [har fundet] det nødvendigt at formulere stykket klarere, især på grundlag af den foreslåede ændring af stk. 2« (s. [7]). Den nævnte artikel 7, stk. 1, omfatter herefter »elementer i et produkts udseende, der alene er dikteret af deres tekniske funktion«, og denne formulering er gentaget i artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 6/2002.

41 – Jf. L. Brancusi, »Article 8 CDR«, op.cit., fodnote 12, s. 140, punkt 47, og den sidste tilgang, der betegnes som den »mest fleksible«, og som er nævnt i en efter anmodning fra Kommissionen udfærdiget undersøgelsesrapport af 3.6.2016, *Legal review on industrial design protection in Europe*, s. 89, 91 og 92.

38. Hvad angår de med den nævnte forordning forfulgte *formål*, og navnlig denne forordnings artikel 8, stk. 1, er det ubestridt mellem parterne, og i øvrigt efter min opfattelse utvivlsomt, at denne bestemmelse hovedsageligt har til formål at forhindre, at de elementer ved et produkt, der udelukkende har en teknisk karakter, kan »monopoliseres«⁴² gennem EF-designbeskyttelse af disse elementer⁴³, og at undgå, at »[t]eknologisk innovation [...] hæmmes«⁴⁴ som følge af den omstændighed, at denne beskyttelse begrænser de erhvervsdrivendes adgang til at anvende tekniske løsninger⁴⁵. Ønsket om at finde en balance mellem dels at beskytte innovation og kreativitet, dels at sikre ligeværdige og reelle konkurrencevilkår for alle Unionens virksomheder, har faktisk indgået i lovgivers overvejelser⁴⁶.

39. Det fremgår endvidere af forarbejderne til forordning nr. 6/2002, at denne forordnings artikel 8, stk. 1, har det yderligere formål at opstille en sondring mellem patentlovgivningen og designlovgivningen⁴⁷. Den mulige beskyttelse af tekniske opfindelser skal nemlig ske i henhold til den førstnævnte lovgivning⁴⁸, forudsat at patenterbarhedsbetingelserne er opfyldt. Som CeramTec har anført, kan det i visse tilfælde være vanskeligt at opnå et patent, fordi denne ejendomsrettighed kræver, at det dokumenteres, at der foreligger en opfindelse, som opfylder strenge krav⁴⁹, og at den er mindre interessant, fordi den beskyttelse, der ydes, kan være ringere end den, der opnås ved designbeskyttelse⁵⁰. Det var således nødvendigt – ved at forbyde, at der kan opnås designbeskyttelse for tekniske løsninger – at forebygge risikoen for, at de bestemmelser, der finder anvendelse på patentområdet, omgås.

40. Den omstændighed, at der vælges et kriterium, såsom kriteriet om formmangfoldighed, der indebærer en væsentlig begrænsning af anvendelsesområdet for den undtagelse, der er fastsat i artikel 8, stk. 1⁵¹, vil imidlertid efter min opfattelse kunne føre til, at denne bestemmelse mister sin fulde effektive virkning og dermed forhindre virkeliggørelsen af de ovenfor nævnte formål, ved at gøre det muligt at få eneret til former, der har et rent teknisk formål, men for hvilke der findes varianter⁵².

41. Jeg er i lighed med CeramTec og Det Forenede Kongeriges regering nemlig af den opfattelse, at det næsten altid vil være muligt at foretage små, men tilstrækkelige ændringer af elementerne af et produkts udseende⁵³, uden at skade den ønskede tekniske funktion. Det er således muligt, at flere forskellige eller endog alle tænkelige udformninger af en teknisk løsning kan monopoliseres gennem designbeskyttelsen, hvilket vil forstyrre den teknologiske innovation, som forordning nr. 6/2002 har til

42 – Det fremgår af punkt 8.2 i begrundelsen til det oprindelige forslag (KOM(93) 342 endelig udg., s. [13]), at »[...] elementer, der er nødvendige for at opnå en bestemt teknisk funktion, [...] kan ikke beskyttes, fordi man ikke ønsker at monopolisere tekniske funktioner via en mønsterbeskyttelse«.

43 – Jeg bemærker, at et lignende formål fremgik af den reparationsklausul i artikel 110, stk. 1, i forordning nr. 6/2002, hvis oprindelige formulering indeholdt en henvisning til de tilfælde, hvor »det beskyttede mønster er afhængig af [udseendet]«, som imidlertid blev fjernet i forbindelse med det lovgivningsmæssige arbejde. Jf. i denne forbindelse mit forslag til afgørelse Acacia (C-397/16 og C-435/16, EU:C:2017:730, punkt 38 ff.).

44 – Jf. starten af første punktum i tiende betragtning i forordning nr. 6/2002.

45 – Kommissionen har i sit indlæg med føje bemærket, at den omstændighed, at formgivningselementer ved et produkt, der udelukkende har til formål at gennemføre en teknisk løsning, er udelukket fra designbeskyttelse, sikrer den frie konkurrence mellem leverandørerne af de produkter, der anvender en sådan teknisk løsning.

46 – Jf. afsnit 9 i begrundelsen til det oprindelige forslag (KOM(93) 342 endelig udg., s. 10) og syvende betragtning til forordning nr. 6/2002.

47 – Denne sameksistens mellem lovgivninger bekræftes af 31. betragtning til og artikel 96 i forordning nr. 6/2002. Jf. ligeledes grøn bog om retlig beskyttelse af industrielle mønstre, op.cit., fodnote 31, s. 65, punkt 5.4.6.1.

48 – Det fremgår af punkt 8.2 i begrundelsen til det oprindelige forslag (KOM(93) 342 endelig udg., s. [13]), at »[...] elementer, der er nødvendige for at opnå en bestemt teknisk funktion [...], kan beskyttes i henhold til patentloven eller som brugsmønstre, forudsat at de for en sådan beskyttelse fastsatte betingelser er opfyldt«.

49 – Opfindelsen skal navnlig være ny, omfatte en nyskabelse og kunne anvendes industrielt, således som det fremgår af artikel 52-57 i konventionen om meddelelse af europæiske patenter, der blev undertegnet i München den 5.10.1973 (herefter »Münchenkonventionen«), som kan tilgås på følgende internet-side: <http://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epc/2013/f/ma1.html>

50 – Dvs. i princippet 20 år for et europæisk patent (jf. Münchenkonventionens artikel 63) og indtil 25 år for registrerede EF-design (jf. artikel 12 i forordning nr. 6/2002), således som det er tilfældet i hovedsagen.

51 – Jf. punkt 19 in fine i dette forslag til afgørelse.

52 – Jf. ligeledes Harmoniseringskontorets afgørelse i sag R 690/2007-3 (fodnote 13), punkt 28 og 30, og L. Brancusi, »Article 8 CDR«, op.cit., fodnote 12, s. 136 og 137, punkt 33.

53 – Således som det fremgår af artikel 5, stk. 2, i forordning nr. 6/2002, der bestemmer, at design anses for at være identiske, hvis deres karakteristiske træk kun adskiller sig fra hinanden på uvæsentlige punkter.

formål at fremme. Såfremt det kriterium, som DOCERAM har argumenteret for, blev lagt til grund, ville en enkelt erhvervsdrivende have mulighed for at foretage flere designregistreringer af forskellige udformninger af et produkt og således i praksis opnå en eneretsbeskyttelse, der svarer til den beskyttelse, der opnås ved et patent, men uden at være undergivet de begrænsninger, der er forbundet med patentbeskyttelsen, som derfor ville blive omgået.

42. CeramTec har i denne forbindelse anført, at DOCERAM ved inden for rammerne af tvisten i hovedsagen at have opnået beskyttelse for 17 forskellige typer centreringstifter i tre forskellige basisformer ikke giver andre erhvervsdrivende mulighed for at anvende alternative udformninger af disse produkter, idet der ikke findes andre relevante tekniske udformninger inden for pressesvejsning, der kan give et andet helhedsindtryk af produktet, således som det kræves i henhold til den nævnte forordnings artikel 6, stk. 1.

43. Endelig bemærker jeg, at den fortolkning, som jeg her argumenterer for, har den fordel, at den er i tråd med den *retspraksis*, som Domstolen har udviklet *inden for varemærkeområdet*⁵⁴. Denne retspraksis kan i modsætning til, hvad CeramTec synes at hævde, efter min opfattelse overføres uden videre på den foreliggende sag, når der henses til de forskelle, der består mellem det EU-retlige varemærkesystem og det EU-retlige designsystem⁵⁵. Når der henses til den omstændighed, at der i det førstnævnte system findes en bestemmelse, der svarer til artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 6/2002⁵⁶, selv om deres ordlyd ikke er helt identisk⁵⁷, og når der henses til den nære sammenhæng, der består mellem disse to kategorier af bestemmelser⁵⁸, er det efter min opfattelse muligt og endog hensigtsmæssigt at tage stilling i lyset af den nævnte retspraksis og i givet fald at anvende en analogislutning i det foreliggende tilfælde.

44. Hvad angår den beskyttelse, som et varemærke giver, bemærker jeg i denne forbindelse, at Domstolen har fastslået, at de ovenfor nævnte EU-retlige bestemmelser, der i det væsentlige svarer til artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 6/2002, har til formål at undgå, at denne beskyttelse fører til, at varemærkeindehaveren får monopol på tekniske løsninger eller en vares funktionelle kendetegn, som brugeren kan tænkes at efterspørge ved konkurrenternes varer⁵⁹. Som jeg har redegjort for ovenfor⁶⁰, forekommer dette mig også at være grunden til, at det ikke er muligt at opnå EF-designbeskyttelse under de omstændigheder, der er fastsat i den nævnte artikel 8, stk. 1.

54 – Jf. fodnote 59 og 61 i dette forslag til afgørelse.

55 – Hvad angår de forskelle, der består mellem varemærkebeskyttelse og designbeskyttelse med hensyn til deres respektive art, rækkevidde og varighed, jf. generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse Philips (C-299/99, EU:C:2001:52, punkt 36-38).

56 – Jf. artikel 3, stk. 1, litra e), andet led, i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989, L 40, s. 1), nu artikel 3, stk. 1, litra e), nr. ii), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/95/EF af 22.10.2008 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EUT 2008, L 299, s. 25) og artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20.12.1993 om EF-varemærker (EFT 1994, L 11, s. 1), nu artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EU-varemærker (EUT 2009, L 78, s. 1).

57 – De ovenfor nævnte varemærkeretlige bestemmelser (jf. fodnote 55) omhandler ikke »de elementer [...], der alene er bestemt af produktets tekniske funktion«, men »en udformning [af produktet], som er nødvendigt for at opnå et teknisk resultat«. Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer har givet udtryk for den opfattelse, at denne forskel ikke er tilfældig, og at den fører til, at »funktionalitets«-niveauet skal være højere, for at det kan fastslås, at der foreligger en udelukkelsesgrund inden for designområdet, idet det element, der tages i betragtning, ikke alene skal være nødvendigt, men uundværligt for at opnå et bestemt teknisk resultat, således at funktionen bestemmer udformningen. Ifølge generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer betyder dette, at et funktionelt design ikke desto mindre kan være egnet til at blive beskyttet, såfremt det kan godtgøres, at den samme tekniske funktion kunne opnås gennem en anderledes udformning (jf. generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse Philips, C-299/99, EU:C:2001:52, punkt 34). Jeg deler ikke denne opfattelse, idet jeg bemærker, at denne opfattelse er tilkendegivet i forbindelse med et obiter dictum (jf. Harmoniseringskontorets afgørelse i sag R 690/2007-3 (fodnote 13, punkt 28), og at Domstolen ikke har taget stilling til designspørgsmål i dom af 18.6.2002, Philips (C-299/99, EU:C:2002:377).

58 – Forordning nr. 40/94 om EF-varemærker udgjorde det »arvegods«, som ophavsmændene tog udgangspunkt i ved affattelsen af forordning nr. 6/2002 (jf. M. Hiance, »Le projet de règlement communautaire sur les dessins et modèles: les enjeux«, *Revue internationale de la propriété industrielle et artistique*, 2000, nr. 201, s. 100).

59 – Jf. bl.a. hvad angår artikel 3, stk. 1, litra e), i direktiv 2008/95, dom af 16.9.2015, Société des Produits Nestlé (C-215/14, EU:C:2015:604, præmis 44, 45 og 55), og hvad angår artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 40/94, dom af 10.11.2016, Simba Toys mod EUIPO (C-30/15 P, EU:C:2016:849, præmis 39 og 53).

60 – Jf. punkt 38 ff. i dette forslag til afgørelse.

45. Det fremgår imidlertid af flere domme fra Domstolen på varemærkeområdet, »at et tegn, som udelukkende består af udformningen af varen, ikke kan registreres i henhold til [de bestemmelser, der var genstand for fortolkning], såfremt det godtgøres, at de væsentlige funktionelle træk ved udformningen udelukkende skyldes hensynet til det tekniske resultat«. Domstolen har præciseret, at »et bevis for, at der findes andre udformninger, der giver mulighed for at opnå det samme tekniske resultat, ikke svækker [den hindring for] registrering[...]« af et varemærke, der består i »en udformning af varen, som er nødvendig for at opnå et teknisk resultat«, således som det er fastsat i de nævnte bestemmelser. Domstolen har indirekte, men efter min opfattelse klart, baseret denne afvisning af formmangfoldighedsteorien på navnlig konstateringen af, at registreringshindringen ikke er underlagt en betingelse om, at den pågældende udformning skal være den eneste udformning, der giver mulighed for at opnå det ønskede tekniske resultat, og på den konstatering, at et betydeligt antal alternative udformninger ville risikere at blive uanvendelige for varemærkeindehaverens konkurrenter, såfremt et sådant kriterium blev anset for afgørende⁶¹.

46. Disse betragtninger er efter min opfattelse også relevante i den foreliggende sag, idet det heller ikke på dette område kan accepteres, at et EF-design bruges i strid med dets formål for at give en beskyttelse af de rent tekniske elementer ved et produkt⁶².

47. Det første præjudicielle spørgsmål skal derfor efter min opfattelse besvares bekræftende, og argumentet om, at kriteriet om den såkaldte »formmangfoldighed« skal finde anvendelse, skal derfor ikke tages til følge. Jeg er nærmere bestemt af den opfattelse, at artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 6/2002 skal fortolkes således, at det i forbindelse med afgørelsen af, om elementerne af et produkts udseende alene er bestemt af dets tekniske funktion, ikke blot skal lægges vægt på fraværet af alternative former, som kan opfylde den samme tekniske funktion, men at det skal godtgøres, at ønsket om at finde en teknisk funktion er den eneste faktor, der har bestemt valget af det pågældende design, og at designeren derfor ikke har udfoldet en kreativ indsats i denne forbindelse.

48. Den forelæggende ret har i forbindelse med den således foreslåede fortolkning rejst en række andre spørgsmål om den konkrete anvendelse af den regel, der fremgår af den nævnte artikel 8, stk. 1, og disse spørgsmål er genstand for det andet præjudicielle spørgsmål.

B. Om de bedømmelseskriterier, der er relevante for anvendelsen af artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 6/2002 (det andet spørgsmål)

49. Det andet præjudicielle spørgsmål er stillet subsidiært og vedrører den situation, hvor Domstolen, således som jeg har argumenteret for, besvarer det første spørgsmål med, at den relevante måde at anvende den undtagelse, der er fastsat i artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 6/2002, på, er at undersøge, om elementerne af det pågældende produkts udseende udelukkende kan tilskrives den ønskede tekniske funktion, og ikke at fastslå fraværet af alternative design, der også kan opfylde denne funktion.

50. Den forelæggende ret ønsker med dette spørgsmål for det første oplyst, ud fra hvilket synspunkt det skal vurderes, om de forskellige elementer af et produkts udseende alene er valgt på grundlag af tekniske hensyn vedrørende funktionaliteten, og for det andet, om det er afgørende at tage udgangspunkt i en »objektiv iagttagelse« og i givet fald, hvorledes dette begreb skal defineres.

61 – Jf., hvad angår artikel 3, stk. 1, litra e), andet led, i direktiv 89/104 dom af 18.6.2002, Philips (C-299/99, EU:C:2002:377, præmis 81-84), hvad angår artikel 3, stk. 1, litra e), i direktiv 2008/95, dom af 16.9.2015, Société des Produits Nestlé (C-215/14, EU:C:2015:604, præmis 56), og hvad angår artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 40/94 dom af 14.9.2010, Lego Juris mod KHIM (C-48/09 P, EU:C:2010:516, præmis 53-58).

62 – Om et argument til fordel for at anlægge en analogislutning ud fra det standpunkt, som Domstolen har indtaget på varemærkeområdet, jf. bl.a. F. Greffe og P. Greffe, op.cit., fodnote 15, punkt 182 og 183, og J. Raynard, E. Py og P. Tréfigny, op.cit., fodnote 15, punkt 536.

51. Den nævnte ret har anført, at Landgericht Düsseldorf (den regionale ret i Düsseldorf) i den dom, der er indbragt for den forelæggende ret, fastslog, at der skal foretages en objektiv vurdering, og at viljen hos designeren af det pågældende produkt ikke skal tillægges vægt, bortset fra eventuelt som indicium for, om en objektiv iagttager på grundlag af en rimelig undersøgelse ville komme til den konklusion, at det udelukkende er tekniske hensyn vedrørende funktionaliteten, der er udslagsgivende for valget af et design⁶³. Ifølge modstanderne af denne tilgang er det imidlertid vanskeligt at foretage en konkret vurdering af, hvilket synspunkt en sådan »objektiv iagttager« vil indtage, dvs. et synspunkt, der indtages af en anden person, som kun eksisterer i teorien.

52. *Hvad angår den objektive eller subjektive karakter af den analyse, der skal foretages* i forbindelse med anvendelsen af artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 6/2002, er parterne i hovedsagen og de procesdeltagere, der har afgivet indlæg for Domstolen, enige om, at den subjektive hensigt, som designeren måtte have haft i forbindelse udviklingen af det pågældende design, ikke kan udgøre den afgørende faktor for, om dette design er blevet valgt af rent tekniske grunde. Jeg deler denne opfattelse.

53. En objektiv tilgang til den omhandlede analyse fremmer nemlig en ensartet anvendelse af denne bestemmelse i alle medlemsstaterne og i deres respektive retsorden, og den sikrer en højere grad af forudsigelighed, hvilket styrker de erhvervsdrivendes retssikkerhed. Som DOCERAM og CeramTec i det væsentlige har bemærket, vil det – i det tilfælde, hvor en formodning om designeres vilje udgør det eneste relevante kriterium – alene være dennes udsagn, der vil være udslagsgivende for afgørelsen af, om det pågældende design kan eller ikke kan beskyttes, og at indehaveren i tilfælde af en tvist ville kunne føle sig tilskyndet til at bekræfte, at han har valgt designet ud fra æstetiske overvejelser for at opnå, at den undtagelse, der er fastsat i artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 6/2002, ikke finder anvendelse til skade for hans frembringelse. Det er efter min opfattelse afgørende, at de kompetente myndigheder kan tage stilling til oplysninger, der ikke er subjektive, men neutrale, og uden risiko for partiskhed.

54. *Hvad angår den måde, hvorpå der skal foretages en objektiv vurdering* af, om et produkts udseende udelukkende er bestemt af dets tekniske funktion som omhandlet i artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 6/2002, er de standpunkter, der er fremført for Domstolen, til gengæld ikke samstemmende.

55. Den *første problemstilling*, som det af den forelæggende ret forelagte spørgsmål rejser, hvori der er henvist til muligheden for at tage hensyn til »synspunktet hos en »objektiv iagttager««, er, om der skal opstilles en formodning, der *tager udgangspunkt i en fiktiv person*, der skal tjene som typeeksempel.

56. CeramTec har i denne henseende for det første anført, at udtrykket »objektiv iagttager«, der er anvendt i såvel den appellerede dom, der er indbragt for den forelæggende ret, som i det andet præjudicielle spørgsmål, har hentet inspiration i de tilsvarende formuleringer, der med visse variationer er anvendt i EUIPO's afgørelsespraksis⁶⁴ og i retslitteraturen⁶⁵.

63 – Den forelæggende har bemærket, at denne tilgang er anlagt i Harmoniseringskontorets afgørelse i sag R 690/2007-3 (fodnote 13).

64 – I punkt 36 i Harmoniseringskontorets afgørelse i sag R 690/2007-3 (fodnote 13) henvises bl.a. til et synspunkt, der anlægges af en »reasonable observer« (»fornuftig iagttager« på dansk).

65 – CeramTec har anvendt udtrykkene »relevant observer« (»relevant iagttager« på dansk) og »reasonable observer persona« (fornuftig iagttager), der anvendes af henholdsvis L. Brancusi, »Article 8 CDR«, op.cit., fodnote 12, s. 139, punkt 41, og i den efter anmodning fra Kommissionen udfærdigede undersøgelsesrapport, op.cit., fodnote 41, s. 90.

57. CeramTec har endvidere anført, at det for at vurdere, om artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 6/2002 finder anvendelse, er nødvendigt ud fra en analogislutning at anvende begrebet »informeret bruger«, der er anvendt i artikel 6, stk. 1, og artikel 10, stk. 1, i samt 14. betragtning til denne forordning⁶⁶, således som dette begreb er defineret i Domstolens og Rettens praksis⁶⁷. CeramTec er af den opfattelse, at for så vidt som den prøvelse, der skal foretages, sker i den særlige situation, hvor brugerne af de pågældende produkter er erhvervsdrivende, således som det er tilfældet i den foreliggende sag, vil en »informeret bruger« i princippet svare til en »fagmand«, der har en teknisk sagkundskab, hvilket er det begreb, der anvendes ved vurderingen af, om et patent har opfindeshøjde.

58. Jeg finder det ikke hensigtsmæssigt at følge dette forslag. Jeg bemærker, at det relevante kriterium for at vurdere, om der foreligger faktiske omstændigheder inden for rammerne af forordning nr. 6/2002, i modsætning til, hvad CeramTec har anført, ikke »altid« er kriteriet om en »informeret bruger«. Det er navnlig blevet fastslået, at en sådan bruger ikke nødvendigvis er i stand til at adskille de af produktets udseende, der er dikteret af dets tekniske funktion, fra de vilkårlige kendetegn, ud over hvad der følger af den erfaring, den pågældende har opnået gennem anvendelsen af det pågældende produkt⁶⁸. Anvendelsen af artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 6/2002 forudsætter nemlig, at der foretages en teknisk vurdering, hvilket kræver specifikke kompetencer, som selv en »informeret« bruger ikke altid har. Følgelig kan en »informeret brugers« synspunkt efter min opfattelse ikke udgøre det objektive bedømmelseskriterium, der stilles krav om i denne forbindelse.

59. Jeg er i lighed med Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen af den opfattelse, at hvis ophavsmændene til forordning nr. 6/2002 havde ønsket at indføre en retligt redskab såsom en »objektiv iagttagelse«, således som det andet præjudicielle spørgsmål synes at forudsætte, ville de have nævnt dette i denne forordnings artikel 8, stk. 1, således som de udtrykkeligt har gjort det med hensyn til den »informerede bruger« i denne forordnings artikel 6, stk. 1, og artikel 10, stk. 1⁶⁹. Jeg bemærker i øvrigt, at den nævnte artikel 8 heller ikke indeholder en henvisning til eksistensen af andre kategorier af fiktive personer, såsom en »potentielt gennemsnitskøber«, som DOCERAM har overvejet, men derefter afvist⁷⁰, eller en »gennemsnitsforbruger«, der udgør en bedømmelsesfaktor, i hvilken forbindelse det, således som Kommissionen har anført, er blevet fastslået, at denne faktor ikke i sig selv er afgørende for at kunne vurdere, om en udformning har en rent teknisk karakter på varemærkeområdet⁷¹.

66 – Artikel 6 og 10 vedrører henholdsvis den »individuelle karakter«, som det pågældende design skal have (i lighed med 14. betragtning), og »omfanget af den beskyttelse«, der tillægges ved forordning nr. 6/2002.

67 – Begrebet »informeret bruger« er »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, [der anvendes på patentområdet, og] som er en ekspert med detaljeret sagkundskab. Begrebet den informerede bruger kan [...] opfattes som en bruger, der [...] er særligt opmærksom, hvad enten det er på grund af personlige erfaringer eller omfattende kendskab til den omhandlede sektor« (min fremhævelse) (jf. bl.a. dom af 20.10.2011, PepsiCo mod Grupo Promer Mon Graphic, C-281/10 P, EU:C:2011:679, præmis 53 og 59, og af 21.9.2017, Easy Sanitary Solutions – EUIPO mod Group Nivelles, C-361/15 P og C-405/15 P, EU:C:2017:720, præmis 124 og 125).

68 – Jf. bl.a. dom afsagt af Retten den 22.6.2010, Shenzhen Taiden mod KHIM – Bosch Security Systems (Kommunikationsudstyrsdesign) (T-153/08, EU:T:2010:248, præmis 47 og 48), af 21.11.2013, El Hogar Perfecto del Siglo XXI mod KHIM – Wenf International Advisers (Proptrækker) (T-337/12, EU:T:2013:601, præmis 25), og af 12.3.2014, Tubes Radiatori mod KHIM – Antrax It (Radiatori) (T-315/12, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:115, præmis 61). Denne analyse, som Retten har foretaget gentagne gange, er efter min opfattelse begrundet.

69 – Om dette spørgsmål, jf. bl.a. bemærkningerne til artikel 6, stk. 1, i det oprindelige forslag til forordning (KOM(93) 342 endelig udg., s. [21]).

70 – DOCERAM har anført, at en sådan køber meget ofte har et langt mindre fagkendskab til det teknikområde, som produktet tilhører, end f.eks. designeren eller producenten, hvilket kan indebære, at de tekniske funktioner ved visse formgivningslementer med urette bliver opfattet som æstetiske elementer.

71 – Kommissionen har i denne forbindelse henvist til præmis 33-35 i dom af 18.9.2014, Hauck (C-205/13, EU:C:2014:2233), der vedrører artikel 3, stk. 1, litra e), i direktiv 89/104. Kommissionen har anført, at eftersom formålet med denne bestemmelse er det samme som det formål, der forfølges med artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 6/2002, er det logisk også inden for rammerne af denne sidstnævnte bestemmelse at anvende lignende kriterier, når der uden at tage hensyn til de tekniske begrænsninger skal foretages en vurdering af udformningen af et produkt. Om dette spørgsmål, jf. ligeledes punkt 43 ff. i dette forslag til afgørelse.

60. Det Forenede Kongeriges regering har efter min opfattelse med føje anført, at der i artikel 6, stk. 2, og artikel 10, stk. 2, i forordning nr. 6/2002 ikke henvises til det teoretiske begreb »informeret bruger« i forbindelse med vurderingen af »den grad af frihed, som designeren har haft ved udviklingen af designet«⁷², og at der skal anlægges den samme ikke-fiktive tilgang i forbindelse med anvendelsen af denne forordnings artikel 8, stk. 1, idet den ret, ved hvilken sagen er anlagt, i denne forbindelse også har til opgave at foretage en objektiv vurdering af, hvad der er omfattet af produktets tekniske funktion, som ikke kan beskyttes, og i hvilken forbindelse designeren frit har kunnet udfolde sig, og hvis fremstilling kan gøres til genstand for beskyttelse⁷³. De nationale retter⁷⁴ og medlemmerne af Harmoniseringskontoret, nu EUIPO⁷⁵, synes allerede at have foretaget en sådan kasuistisk vurdering, uden at dette har givet anledning til større vanskeligheder.

61. Såfremt kriteriet »objektiv iagttagelse« skulle lægges til grund, ville dette desuden give anledning til en hel række af yderligere vanskeligheder med hensyn til at definere denne kategori, der består af mange forskellige elementer, og den måde, hvorpå denne kategori skal anvendes, ikke mindst i forhold til at afgøre, hvilken form for oplysninger en sådan person skal råde over, og hvilken grad af kendskab den pågældende skal have hertil.

62. Den *anden problemstilling*, som Domstolen er blevet forelagt, er spørgsmålet om, hvorledes den ret, der er forelagt en tvist i henhold til artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 6/2002, skal *fastlægge de elementer, der skal udgøre grundlaget* for den, efter min opfattelse, såvel objektive som kasuistiske *undersøgelse*, der skal foretages.

63. Jeg deler den opfattelse, som flertallet har givet udtryk for i de indlæg, der er afgivet for Domstolen, hvorefter det tilkommer den nationale ret, der er forelagt tvisten, under hensyntagen til samtlige konkrete omstændigheder i hver enkelt sag at foretage en objektiv vurdering af, om de forskellige elementer af et produkts udseende udelukkende udspringer af hensyn til funktionaliteten.

64. Kommissionen har i denne henseende anført, at den nævnte ret skal tage hensyn til de bedømmelseskriterier, som Domstolen har accepteret på varemærkeområdet, der skaber en formodning for, at udformningen har en værdi, der ikke er rent teknisk, såsom »opfattelsen [...] hos en gennemsnitsforbruger [⁷⁶], karakteren af den omhandlede kategori af varer, den omhandlede udformnings kunstneriske værdi, de særlige egenskaber ved denne udformning i forhold til andre udformninger, der almindeligvis er tilgængelige på det pågældende marked, den mærkbare prisforskel i forhold til lignende varer eller en markedsføringsstrategi, hvorved primært varens æstetiske

72 – Selv om de betingelser, der er nævnt i henholdsvis artikel 6, stk. 2, og artikel 10, stk. 2, supplerer hinanden, således som det fremgår af 14. betragtning til denne forordning. Der skal nemlig i forbindelse med den konkrete vurdering af det helhedsindtryk, som designet giver en informeret bruger, tages hensyn til den grad af frihed, som designeren har haft ved udviklingen af det anfægtede design, idet det bemærkes, at jo mere bundet den nævnte frihed er, desto mere vil mindre forskelle mellem de disse design kunne være tilstrækkelige til at give den informerede bruger et andet helhedsindtryk (jf. bl.a. dom af 18.3.2010, Grupo Promer Mon Graphic mod KHIM – PepsiCo (Gengivelse af et cirkelformet reklameunderlag), T-9/07, EU:T:2010:96, præmis 72 ff., og af 5.7.2017, Gamet mod EUIPO – »Metal-Bud II« Robert Gubala (Dørhåndtag), T-306/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2017:466, præmis 43 ff.).

73 – Jeg bemærker, at Kommissionen i det oprindelige forslag til forordning (KOM(93) 342 endelig udg., s. [27]), anførte, at stk. 2 i den bestemmelse, der nu er blevet til artikel 10 i forordning nr. 6/2002, »skal tjene som vejledning for domstolene, når de får forelagt krænkelssager« (min fremhævelse). Kommissionen tilføjede, at »[m]ønstre, der hovedsagelig er funktionelle, og hvor mønstrefrembringeren må overholde bestemte parametre, [normalt] ligner [...] hinanden mere end mønstre, hvor mønstrefrembringeren har haft fuldstændig frihed. I [denne] stk. 2 fastsættes derfor princippet om, at der skal tages hensyn til den grad af frihed, som frembringeren har haft, når man skal vurdere spørgsmålet om lighed mellem ældre og nyere mønstre« (min fremhævelse).

74 – Det Forenede Kongeriges regering har i denne forbindelse henvist til dom afsagt af Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (appeldomstol (England og Wales) (afdelingen for civile sager), Det Forenede Kongerige), Dyson Ltd mod Vax [2011] EWCA Civ 1206, præmis 36.

75 – For et eksempel, jf. den vurdering, der er foretaget af Harmoniseringskontorets annullationsafdeling i afgørelse af 17.3.2014 i sag nr. ICD 8674, Extruplast mod PVG Energy BV, punkt 17: »Designeren er vidende om, at hans grad af frihed ved udviklingen af designet af beholdere er begrænset af en række forhold, som vedrører dets anvendelsesmåde, nemlig i det tilfælde, der undersøges i denne sag, at rumme, transportere og opbevare væsker. [...] I det foreliggende tilfælde giver valget af et propelformet kryds med afrundet overflade, stivernes længde, udformningen af over- og undersiden, de brede riller til stabling, placeringen af beholderne, disses form og størrelse eller enkelthed, disses riller og antal, [det omhandlede design] en særlig æstetisk karakter, men også et mere kontrolleret udseende, der ikke udelukkende er bestemt af dets tekniske funktion.«

76 – Selv om dette kriterium ikke i sig selv er afgørende (jf. punkt 59 i dette forslag til afgørelse).

egenskaber er fremhævet⁷⁷. Kommissionen har anført, at den ret, ved hvilken sagen er anlagt, også bør tage hensyn til, om der findes alternative udformninger, der også opfylder den pågældende tekniske funktion, idet dette i princippet er udtryk for, at designeren har kunnet handle frit ved udviklingen af elementerne af produktets udseende, og at udseendet ikke udelukkende er bestemt af funktionelle krav.

65. DOCERAM har i samme ånd også foreslået en ikke-udtømmende liste over kriterier, der kan være relevante, nemlig »omstændigheder, der vedrører udviklingsprocessen, reklametiltag eller brug mv.« CeramTec har anført, at det »informerede bruger«-synspunkt, som selskabet efter min opfattelse med urette⁷⁸ har foreslået at anvende som kriterium for den objektive vurdering, bør afgrænses »under grundig hensyntagen til samtlige relevante omstændigheder i det konkrete tilfælde«⁷⁹, og navnlig »producentens specifikke ønsker på udviklingstidspunktet, reklame for produktet, der fremhæver designet, den omstændighed, at designet har eventuelle særtræk eller et særligt renommé inden for den relevante kundekreds, og designerens vilje på tidspunktet for frembringelsen af produktet«⁸⁰.

66. Jeg bemærker i denne forbindelse, at den ret, ved hvilken sagen er anlagt, efter min opfattelse skal foretage den omhandlede vurdering ikke kun med hensyn til selve det berørte design, men også med hensyn til samtlige de omstændigheder, der har betinget valget af elementerne af designets udseende, og under hensyntagen til de beviser, som parterne har fremlagt, uanset disse bevisers genstand og art⁸¹, og de eventuelle bevisforanstaltninger, som denne ret måtte have anordnet.

67. Det kan efter min mening ikke udelukkes, at de kriterier, som efter min opfattelse ikke i sig selv kan godtgøre, at elementer af et produkts udseende alene er bestemt af dets tekniske funktion som omhandlet i artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 6/2002, såsom designerens subjektive vilje eller eksistensen af alternative former⁸², ikke desto mindre kan indgå blandt den række af konkrete indicier, som den ret, ved hvilken sagen er anlagt, skal tage hensyn til, når den skal fastlægge sin egen holdning til anvendelsen af denne bestemmelse.

68. Det er efter min opfattelse ikke nødvendigt at opstille en liste (selv ikke-udtømmende) over de kriterier, der er relevante i denne forbindelse, idet det bemærkes, at EU-lovgiver ikke har haft til hensigt at anvende en sådan fremgangsmåde, og at det forekommer mig, at Domstolen ikke har fundet en sådan fremgangsmåde nyttig i forbindelse med den vurdering, der også har faktisk karakter, og som i øvrigt skal foretages i forbindelse med anvendelsen af denne forordnings artikel 4-6.

69. Jeg finder det i lighed med den græske regering til gengæld nyttigt at henvise til den omstændighed, at den ret, ved hvilken sagen er anlagt, om nødvendigt kan foretage den krævede vurdering ved at inddrage sagkundskab i form af en uafhængig ekspert, som retten udpeger. Jeg bemærker i denne forbindelse, at de nationale retter ikke nødvendigvis råder over de i visse tilfælde meget tekniske kvalifikationer, der er nødvendige i denne forbindelse, og at de kan anordne indhentelse af en sagkyndig erklæring, når de står over for komplicerede spørgsmål af denne art.

77 – Kommissionen har vedrørende dette spørgsmål henvist til præmis 34 og 35 i dom af 18.9.2014, Hauck (C-205/13, EU:C:2014:2233). Jf. ligeledes fodnote 71 i dette forslag til afgørelse.

78 – Jf. punkt 57 ff. i dette forslag til afgørelse.

79 – CeramTec har i denne forbindelse bl.a. henvist til O. Ruhl, *Gemeinschaftsgeschmacksmuster – Kommentar*, op.cit., fodnote 7, punkt 10.

80 – Den græske regering og Det Forenede Kongeriges regering har undladt at opstille en sådan liste over bedømmelseskriterier.

81 – Det bemærkes, at den part, der ønsker at påberåbe sig den i artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 6/2002 fastsatte undtagelse, naturligvis bærer bevisbyrden for, at betingelserne i denne bestemmelse er opfyldt i det konkrete tilfælde.

82 – Ingen af disse kriterier er af de grunde, som er anført i henholdsvis punkt 53 og punkt 23 i dette forslag til afgørelse, i sig selv afgørende.

70. Jeg er derfor af den opfattelse, at det andet præjudicielle spørgsmål skal besvares med, at i forbindelse med vurderingen af, om elementerne af et produkts udseende alene er bestemt af produktets tekniske funktion, med henblik på anvendelsen af artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 6/2002, skal den ret, ved hvilken sagen er anlagt, ikke foretage denne vurdering ud fra et teoretisk synspunkt om en »objektiv iagttager«, men under konkret hensyntagen til samtlige relevante omstændigheder i den pågældende sag.

V. Forslag til afgørelse

71. På baggrund af samtlige ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de af Oberlandesgericht Düsseldorf (den regionale appeldomstol i Düsseldorf, Tyskland) forelagte præjudicielle spørgsmål som følger:

- »1) Artikel 8, stk. 1, i Rådets forordning (EF) nr. 6/2002 af 12. december 2001 om EF-design skal fortolkes således, at den beskyttelse, der følger af den nævnte forordning, er udelukket, når elementerne af det pågældende produkts udseende alene er blevet valgt med det formål at give produktet mulighed for at opfylde en bestemt teknisk funktion, og således uden at designeren har ydet et kreativt bidrag, og at den omstændighed, at der eventuelt findes andre former, der gør det muligt at opnå den samme tekniske virkning, ikke i sig selv er afgørende.
- 2) Med henblik på at afgøre, om elementerne af et produkts udseende alene er bestemt af produktets tekniske funktion som omhandlet i den nævnte artikel 8, stk. 1, skal den ret, ved hvilken en sag er anlagt, træffe en objektiv afgørelse under udøvelse af sin egen prøvelsesret, hvorved der tages hensyn til samtlige relevante omstændigheder i den pågældende sag.«