

ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

20 oktober 2011 *

In zaak C-281/10P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 3 juni 2010,

PepsiCo Inc., gevestigd te New York (Verenigde Staten), vertegenwoordigd door E. Armijo Chávarri, abogado, en V. von Bomhard, Rechtsanwältin,

rekwirante,

andere partijen in de procedure:

Grupo Promer Mon Graphic, SA, gevestigd te Sabadell (Spanje), vertegenwoordigd door R. Almaraz Palmero, abogada,

verzoekster in eerste aanleg,

* Procestaal: Engels.

Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM), vertegenwoordigd door A. Folliard-Monguiral als gemachtigde,

verweerder in eerste aanleg,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: J.-C. Bonichot, kamerpresident, K. Schiemann, L. Bay Larsen, C. Toader (rapporteur) en E. Jarašiūnas, rechters,

advocaat-generaal: P. Mengozzi,
griffier: A. Impellizzeri, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 10 maart 2011,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 12 mei 2011,

het navolgende

Arrest

- 1 Met haar hogere voorziening vordert PepsiCo Inc. AG (hierna: „PepsiCo”) vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 18 maart 2010, Grupo Promer Mon Graphic/BHIM — PepsiCo (weergave van cirkelvormige reclamedrager) (T-9/07, Jurispr. blz. II-981, hierna: „bestreden arrest”), waarbij het Gerecht heeft toegewezen het door Grupo Promer Mon Graphic SA (hierna: „Grupo Promer”) ingestelde beroep tot vernietiging van de beslissing van de derde kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) van 27 oktober 2006 (zaak R 1001/2005-3), betreffende een nietigheidsprocedure tussen Grupo Promer en PepsiCo (hierna: „litigieuze beslissing”).

Rechtskader

- 2 Artikel 4 van verordening (EG) nr. 6/2002 van de Raad van 12 december 2001 betreffende gemeenschapsmodellen (PB 2002, L 3, blz. 1), bepaalt:

„1. Een model wordt als gemeenschapsmodel beschermd voor zover het nieuw is en een eigen karakter heeft.

[...]”

3 Artikel 5 van verordening nr. 6/2002 luidt als volgt:

„1. Een model wordt als nieuw beschouwd, indien geen identiek model voor het publiek beschikbaar is gesteld:

- a) bij een niet-ingeschreven gemeenschapsmodel, vóór de datum waarop het model waarvoor bescherming wordt gevraagd voor het eerst voor het publiek beschikbaar is gesteld;
- b) bij een ingeschreven gemeenschapsmodel, vóór de datum van indiening van de aanvraag om inschrijving van het model waarvoor bescherming wordt gevraagd of, wanneer aanspraak op voorrang wordt gemaakt, vóór de datum van voorrang.

2. Modellen worden geacht identiek te zijn, indien de kenmerken ervan slechts in onbelangrijke details verschillen.”

4 Artikel 6 van deze verordening bepaalt:

„1. Een model wordt geacht een eigen karakter te hebben, indien de algemene indruk die het bij de geïnformeerde gebruiker wekt, verschilt van de algemene indruk die bij die gebruiker wordt gewekt door modellen die voor het publiek beschikbaar zijn gesteld:

- a) bij een niet-ingeschreven gemeenschapsmodel, vóór de datum waarop het model waarvoor bescherming wordt aangevraagd voor het eerst voor het publiek beschikbaar is gesteld;

b) bij een ingeschreven gemeenschapsmodel, vóór de datum van indiening van de aanvraag om inschrijving of, wanneer aanspraak op voorrang wordt gemaakt, vóór de datum van voorrang.

2. Bij de beoordeling van het eigen karakter wordt rekening gehouden met de mate van vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het model.”

5 Artikel 10 van verordening nr. 6/2002 preciseert:

„1. De door een gemeenschapsmodel verleende bescherming omvat elk model dat bij de geïnformeerde gebruiker geen andere algemene indruk wekt.

2. Bij het beoordelen van de draagwijdte van de bescherming wordt rekening gehouden met de mate van vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het model.”

6 Artikel 25 van deze verordening bepaalt:

„1. Een gemeenschapsmodel kan slechts in de volgende gevallen nietig worden verklaard:

[...]

b) het beantwoordt niet aan de voorwaarden van de artikelen 4 tot en met 9;

[...]

- d) het gemeenschapsmodel is strijdig met een ouder model dat na de datum van indiening van de aanvraag of, wanneer aanspraak op voorrang wordt gemaakt, na de datum van voorrang voor het publiek beschikbaar is gesteld, en dat vanaf een aan deze datum voorafgaand tijdstip wordt beschermd als ingeschreven gemeenschapsmodel dan wel door een aanvraag om inschrijving als gemeenschapsmodel of door een ingeschreven modelrecht van een lidstaat dan wel door een aanvraag om een zodanig recht;

[...]

3. De in lid 1, [sub] d, e en f, vermelde gronden kunnen alleen door de aanvrager of de houder van het oudere recht worden ingeroepen.

[...]”

- 7 Artikel 52, lid 1, van verordening nr. 6/2002 preciseert dat „[o]nverminderd artikel 25, leden 2, 3, 4 en 5, [...] ieder natuurlijk of rechtspersoon, alsmede een daartoe gemachtigd overheidsorgaan, bij het [BHIM] een verzoek tot nietigverklaring van een ingeschreven gemeenschapsmodel [kan] indienen”.
- 8 Artikel 61, leden 1 tot en met 3, van verordening nr. 6/2002 bepaalt:

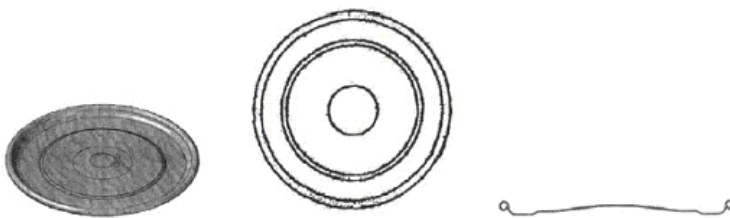
„1. Tegen de beslissingen in beroep van de kamers van beroep kan beroep worden ingesteld bij het Hof van Justitie [...].

2. Beroep kan worden ingesteld wegens onbevoegdheid, schending van wezenlijke vormvoorschriften, schending van het Verdrag, van deze verordening of een uitvoeringsregeling daarvan, of wegens misbruik van bevoegdheid.

3. Het Hof van Justitie kan de bestreden beslissing vernietigen of herzien.”

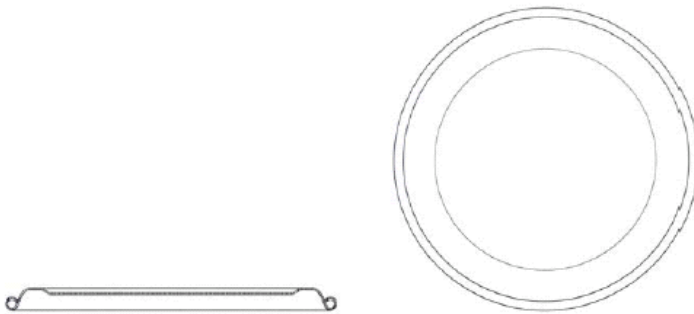
Voorgeschiedenis van het geding en litigieuze beslissing

- 9 Op 9 september 2003 heeft PepsiCo krachtens verordening nr. 6/2002 een aanvraag voor inschrijving van een gemeenschapsmodel ingediend bij het BHIM. Bij de inschrijvingsaanvraag heeft zij aanspraak op voorrang gemaakt op basis van Spaans model nr. 157156 dat is ingediend op 23 juli 2003 en waarvan de inschrijvingsaanvraag is gepubliceerd op 16 november 2003.
- 10 Het gemeenschapsmodel is onder nummer 74463-0001 door het BHIM ingeschreven voor de volgende voortbrengselen: „Reclamemateriaal voor spellen”. Het is hierna afgebeeld:



- 11 Op 4 februari 2004 heeft Grupo Promer een vordering tot nietigverklaring van model nr. 74463-0001 (hierna: „betwist model”) ingediend uit hoofde van artikel 52 van verordening nr. 6/2002.

- 12 De vordering tot nietigverklaring was gebaseerd op het onder nummer 53186-0001 ingeschreven gemeenschapsmodel (hierna: „ouder model”), waarvoor de aanvraag is ingediend op 17 juli 2003 en waarvoor aanspraak op voorrang van Spaans model nr. 157098 is gemaakt, dat is ingeschreven op 8 juli 2003 en waarvoor de inschrijvingsaanvraag is gepubliceerd op 1 november 2003. Het oudere model is ingeschreven voor het volgende voortbrengsel: „Metalen schijfje voor spellen”. Het is hierna afgebeeld:



- 13 De ter onderbouwing van de vordering tot nietigverklaring ingeroepen gronden waren ontleend aan het feit dat het betwiste model niet nieuw was en geen eigen karakter had in de zin van artikel 25, lid 1, sub b, van verordening nr. 6/2002, alsook aan het bestaan van een ouder recht in de zin van artikel 25, lid 1, sub d, van deze verordening.
- 14 Bij beslissing van 20 juni 2005 heeft de nietigheidsafdeling van het BHIM de vordering tot nietigverklaring van het betwiste model toegewezen krachtens artikel 25, lid 1, sub d, van verordening nr. 6/2002.

- 15 Op 18 augustus 2005 heeft PepsiCo bij het BHIM beroep tegen deze beslissing van de nietigheidsafdeling ingesteld op basis van de artikelen 55 tot en met 60 van verordening nr. 6/2002.
- 16 Bij de litigieuze beslissing heeft de derde kamer van beroep van het BHIM (hierna: „kamer van beroep”) de beslissing van de nietigheidsafdeling vernietigd en de vordering tot nietigverklaring afgewezen. Na verzoeksters argument betreffende de kwade trouw van PepsiCo te hebben afgewezen, heeft de kamer van beroep in wezen geoordeeld dat het betwiste model niet strijdig was met het oudere recht van verzoekster en dat de voorwaarden van artikel 25, lid 1, sub d, van verordening nr. 6/2002 dus niet waren vervuld.
- 17 De kamer van beroep was in dit verband van oordeel dat de voortbrengselen waarop de modellen in kwestie betrekking hadden, tot een specifieke categorie van reclameartikelen behoorden, te weten de „tazos” of „rappers”, en dat de vrijheid van de ontwerper die dergelijke reclameartikelen diende te ontwerpen daardoor „sterk beperkt” was. De kamer van beroep heeft hieruit afgeleid dat het verschil in profiel tussen de betrokken modellen volstond om te concluderen dat deze modellen een andere algemene indruk bij de geïnformeerde gebruiker wekten.

Procesverloop voor het Gerecht en bestreden arrest

- 18 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 9 januari 2007, heeft Grupo Promer beroep ingesteld strekkende tot vernietiging van de litigieuze beslissing en tot verwijzing van het BHIM en PepsiCo in de kosten.

- 19 Ter onderbouwing van haar beroep heeft Grupo Promer drie middelen aangevoerd, ontleend aan, ten eerste, kwade trouw van PepsiCo en restrictieve uitlegging van verordening nr. 6/2002, ten tweede, het feit dat het betwiste model niet nieuw is, en ten derde, schending van artikel 25, lid 1, sub d, van verordening nr. 6/2002.
- 20 Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht, na het eerste middel te hebben afgewezen, het derde middel toegewezen en vastgesteld dat het tweede middel van het beroep bijgevolg niet meer hoefde te worden onderzocht.
- 21 Het derde middel van het beroep bestond uit vier onderdelen.
- 22 In de eerste plaats betwistte Grupo Promer de afbakening van de categorie voortbrengselen waarop de modellen in kwestie betrekking hebben als die van de „pogs”, „rappers” of „tazos”, aangezien het volgens haar om andere voortbrengselen ging. Volgens Grupo Promer had de kamer van beroep de algemene categorie reclamemateriaal voor spellen in aanmerking moeten nemen.
- 23 In dit verband heeft het Gerecht in punt 60 van het bestreden arrest geconcludeerd dat de kamer van beroep terecht had geoordeeld dat het betrokken voortbrengsel — binnen de ruimere categorie reclamemateriaal voor spellen — tot een specifieke categorie behoorde, namelijk de categorie van de stukken speelgoed die onder de benamingen „pogs”, „rappers” of „tazos” bekendstaan.
- 24 In de tweede plaats betwistte Grupo Promer, op basis van het feit dat het betwiste model onder de algemene categorie reclamemateriaal voor spellen viel, de conclusie in de litigieuze beslissing dat de vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het betwiste model „sterk beperkt” was.

- 25 Het Gerecht heeft in punt 70 van het bestreden arrest geconcludeerd dat de kamer van beroep terecht had geoordeeld dat, op de datum van de voorrang waarop voor het betwiste model aanspraak werd gemaakt, de vrijheid van de ontwerper „sterk beperkt” was, aangezien deze in zijn model de gemeenschappelijke kenmerken van de betrokken voortbrengsels diende te integreren.
- 26 In de derde plaats stelde Grupo Promer dat de geïnformeerde gebruiker een kind van ongeveer vijf à tien jaar oud was, en niet een marketingdirecteur zoals in de litigieuze beslissing was aangegeven. Een marketingdirecteur in de voedingsindustrie is immers geen eindgebruiker en bezit een grotere deskundigheid dan de simpele gebruiker.
- 27 In dit verband heeft het Gerecht in punt 62 van het bestreden arrest het begrip „geïnformeerde gebruiker” gedefinieerd en in de punten 64 en 65 van dat arrest geconcludeerd dat de kamer van beroep terecht had geoordeeld dat, of de geïnformeerde gebruiker nu een kind is van ongeveer vijf à tien jaar oud was dan wel de marketingdirecteur van een onderneming die producten vervaardigt waarvoor reclame wordt gemaakt door „pogs”, „rappers” of „tazos” aan te bieden, in casu van belang was dat deze twee categorieën personen het fenomeen „rappers” kennen.
- 28 In de vierde plaats wekten de betrokken modellen volgens Grupo Promer dezelfde algemene indruk, aangezien, anders dan de kamer van beroep in de litigieuze beslissing had aangegeven, de verschillen in profiel tussen deze modellen niet duidelijk zijn, daar deze verschillen slechts met bijzondere aandacht en een nauwgezette bestudering van de schijf kunnen worden waargenomen.
- 29 Evenals de kamer van beroep heeft het Gerecht dienaangaande, rekening houdend met de mate van vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het betwiste model, in punt 72 van het bestreden arrest geoordeeld dat aangezien de gelijkenissen tussen de betrokken modellen gemeenschappelijke kenmerken betreffen, deze

gelijkenissen van weinig belang zullen zijn voor de algemene indruk die deze modellen bij de geïnformeerde gebruiker wekken. Bovendien, hoe meer de vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het betwiste model beperkt is, hoe meer kleine verschillen tussen de betrokken modellen kunnen volstaan om bij de geïnformeerde gebruiker een andere algemene indruk te wekken.

- 30 Vervolgens heeft het Gerecht in de punten 77 tot en met 82 van het bestreden arrest vijf gelijkenissen tussen de conflicterende modellen onderzocht. Beide modellen bestaan uit een nagenoeg platte schijf bevattende vlak bij de rand een concentrische cirkel, een concentrische cirkel die zich op een afstand van ongeveer één derde tussen de rand en het middelpunt van de schijf bevindt, en een omgebogen rand die uitspringt ten opzichte van het gedeelte van de schijf dat zich tussen de rand en het uitspringende centrale gedeelte bevindt. Beide modellen vertonen ook gelijkenis in de respectieve dimensies van het uitspringende centrale gedeelte en het gedeelte van de schijf dat zich tussen de rand en het uitspringende centrale gedeelte bevindt.
- 31 Na te hebben geconstateerd dat de eerste gelijkenis een gemeenschappelijk kenmerk van alle modellen voor voortbrengselen van het type van het betrokken voortbrengsel betrof, en dat de tweede gelijkenis mogelijkwijs verband hield met een beperking voor de ontwerper inzake veiligheidseisen, heeft het Gerecht geconcludeerd dat de geïnformeerde gebruiker, wat de door de betrokken modellen gewekte algemene indruk betreft, niet op deze gelijkenissen zal letten.
- 32 Met betrekking tot de laatste drie gelijkenissen heeft het Gerecht daarentegen geoordeeld dat deze gelijkenissen elementen betroffen waarvoor de ontwerper vrijheid genoot bij de ontwikkeling van het betwiste model en de geïnformeerde gebruiker daaraan dan ook aandacht zal besteden, te meer daar de bovenkanten voor deze gebruiker in casu het best zichtbaar zijn.

- 33 Wat de verschillen tussen de betrokken modellen betreft, heeft het Gerecht in punt 83 van het bestreden arrest geconstateerd dat het betwiste model in bovenaanzicht twee concentrische cirkels méér dan het oudere model bevat en dat de twee modellen in zijaanzicht verschillen, doordat het betwiste model enigszins — maar niet beduidend — boller is.
- 34 Het Gerecht heeft evenwel geoordeeld dat de door de kamer van beroep vastgestelde verschillen niet volstonden om te concluderen dat het betwiste model bij de geïnformeerde gebruiker een algemene indruk wekt die verschilt van die van het oudere model. Bijgevolg heeft het Gerecht de litigieuze beslissing vernietigd.

Conclusies van partijen voor het Hof

- 35 PepsiCo verzoekt het Hof:

- het bestreden arrest te vernietigen;

- de zaak definitief af te doen door de in eerste aanleg geformuleerde vorderingen af te wijzen of, subsidiair, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht;

- Grupo Promer te verwijzen in de kosten.

- 36 Het BHIM verzoekt het Hof, de hogere voorziening af te wijzen en Grupo Promer te verwijzen in de kosten.

37 Grupo Promer verzoekt het Hof:

- de hogere voorziening niet-ontvankelijk en ongegrond te verklaren;
- PepsiCo te verwijzen in de kosten van de onderhavige hogere voorziening;
- PepsiCo en het BHIM te verwijzen in de kosten die voor haar zijn voortgekomen uit de procedure voor het Gerecht;
- PepsiCo te verwijzen in de kosten van de procedure voor het BHIM.

Hogere voorziening

- 38 Ter onderbouwing van haar hogere voorziening voert PepsiCo één enkel middel aan, ontleend aan schending van artikel 25, lid 1, sub d, van verordening nr. 6/2002. Dit middel bestaat uit vijf onderdelen. De eerste vier onderdelen betreffen verschillende onjuiste opvattingen van het Gerecht met betrekking tot de beperkingen van de vrijheid van de ontwerper, het begrip „geïnformeerde gebruiker” en diens aandachtsniveau, de omvang van de rechterlijke toetsing waarmee het belast is en de mogelijkheid om veeleer de voortbrengselen dan de betrokken modellen te vergelijken. Het laatste onderdeel betreft beweerde onjuiste voorstelling van de feiten.

Eerste onderdeel van het middel: de beperkingen die aan de vrijheid van de ontwerper zijn gesteld

Argumenten van partijen

- ³⁹ Volgens PepsiCo zijn de drie door het Gerecht genoemde gelijkenissen (de cirkelvorm van het centrale gedeelte, de verhoogde rand en de proporties tussen de delen) alle drie aan de functies van de betrokken voortbrengselen te wijten en vormen zij gemeenschappelijke kenmerken daarvan, waardoor de vrijheid van de ontwerper wordt beperkt. Het Gerecht heeft bij zijn vergelijking van de betrokken modellen echter geen rekening met deze beperkingen gehouden. Indien wordt geoordeeld dat deze modellen op elkaar lijken wegens die specifieke gemeenschappelijke kenmerken, komt dit erop neer dat Grupo Promer een uitsluitend recht op het exploiteren van deze gemeenschappelijke kenmerken wordt verleend, hetgeen niet strookt met de door artikel 25, lid 1, sub d, van verordening nr. 6/2002 beoogde doelstelling.
- ⁴⁰ Het BHIM voert aan dat zelfs indien bepaalde kenmerken, zoals de vorm van de platte schijf of het bolle centrale gedeelte ervan, niet door enigerlei functie of wettelijke voorschriften worden bepaald, deze niettemin door de vereisten van de markt worden opgelegd, waardoor de vrijheid van de ontwerper wordt beperkt.
- ⁴¹ Uit de gegevens van het dossier blijkt dat het overgrote gedeelte — zoniet alle — „pogs” die op de datum van voorrang van het betwiste model op de markt waren, in het midden een cirkelvormige welving vertoonden. De reden hiervoor is dat „pogs” met een andere dan cirkelvormige centrale welving, niet kunnen worden gestapeld met de overgrote meerderheid van „pogs” die dit kenmerk wel bezitten.

- 42 Grupo Promer stelt dat dit onderdeel van het middel niet-ontvankelijk is, aangezien daarmee de in het bestreden arrest verrichte feitelijke beoordelingen worden aangevochten.

Beoordeling door het Hof

- 43 Vastgesteld moet worden dat PepsiCo met het eerste onderdeel van het door haar aangevoerde middel het Gerecht in wezen verwijt te hebben geoordeeld dat het centrale cirkelvormige gedeelte, de verhoogde rand en de soortgelijke proporties van de betrokken modellen niet uit een beperking van de vrijheid van hun ontwerper voortvloeien, terwijl deze gelijkenissen in werkelijkheid noodzakelijk zijn opdat de betrokken voortbrengselen hun rol zouden kunnen vervullen. Volgens PepsiCo heeft het Gerecht daardoor de algemene indruk die door elk van de conflicterende modellen wordt gewekt, onjuist beoordeeld.
- 44 Aldus beoogt PepsiCo een feitelijke beoordeling van het Gerecht ter discussie te stellen, zonder aan te tonen dat sprake is van onjuiste voorstelling van de feiten en zonder op te komen tegen de relevantie van de elementen die bepalend zijn voor de mate van vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het model, zoals die door het Gerecht in punt 67 van het bestreden arrest zijn gedefinieerd, te weten onder meer het feit dat de technische functie van het voortbrengsel of een deel daarvan bepaalde kenmerken oplegt dan wel de wettelijke voorschriften die voor het voortbrengsel gelden, noch tegen de consequenties die het Gerecht in punt 72 van dat arrest daaraan heeft verbonden.
- 45 Volgens vaste rechtspraak is echter alleen het Gerecht bevoegd de feiten vast te stellen, tenzij uit de hem overgelegde stukken blijkt dat zijn bevindingen materieel onjuist zijn, en deze feiten vervolgens te beoordelen. De beoordeling van de feiten levert dus, behoudens in het geval van een onjuiste opvatting van de voorgelegde gegevens, geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof in het kader

van een hogere voorziening (arrest van 29 april 2004, Parlement/Ripa di Meana e.a., C-470/00 P, Jurispr. blz. I-4167, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- ⁴⁶ Derhalve moet worden vastgesteld dat het eerste onderdeel van het middel niet-ontvankelijk is.

Tweede onderdeel van het middel: het begrip „geïnformeerde gebruiker” en diens aandachtsniveau

Argumenten van partijen

- ⁴⁷ PepsiCo betoogt dat het Gerecht onjuiste criteria heeft toegepast door te ontkennen dat de betrokken modellen een verschillende algemene indruk bij de „geïnformeerde gebruiker” wekken. Deze laatste is noch de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument zoals deze in het merkenrecht is gedefinieerd, noch uitsluitend de eindgebruiker van de betrokken voortbrengselen.
- ⁴⁸ Voorts moet volgens haar worden aangenomen dat de geïnformeerde gebruiker in staat is om de modellen naast elkaar te vergelijken en dat hij, anders dan hetgeen in het merkenrecht het geval is, niet op een „onvolmaakte herinnering” dient af te gaan.
- ⁴⁹ Indien het Gerecht de juiste criteria had toegepast, zou het hebben geconcludeerd dat de geïnformeerde gebruiker de betrokken modellen moeiteloos van elkaar kan

onderscheiden dankzij de twee meest significante verschillen tussen beide, te weten, ten eerste, de twee extra concentrische cirkels die duidelijk zichtbaar zijn op de bovenkant van het betwiste model, en ten tweede, de gebogen vorm van dit laatste, in tegenstelling tot het oudere model dat — behalve de boord — volledig plat is.

- 50 Bovendien is PepsiCo van mening dat de geïnformeerde gebruiker niet enkel rekening zal houden met de „best zichtbare” zijden van het model en zich niet alleen zal concentreren op de delen die „gemakkelijk zullen worden opgemerkt” (punt 83 van het bestreden arrest), maar hij de gelegenheid zal hebben om het model in zijn geheel in detail te bestuderen en het met oudere modellen te vergelijken, rekening houdend met de vrijheid waarover de ontwerper beschikt.
- 51 Het BHIM betoogt eveneens dat de vergelijking niet op de onvolmaakte herinnering van de geïnformeerde gebruiker maar op de rechtstreekse vergelijking van de modellen moet zijn gebaseerd.
- 52 Grupo Promer is van mening dat ook dit onderdeel van het middel een feitelijke kwestie betreft. Zij stelt tevens dat het Gerecht geen criterium betreffende het merkenrecht, zoals het gevaar voor verwarring tussen de twee conflicterende modellen in kwestie, heeft toegepast.

Beoordeling door het Hof

- 53 In de eerste plaats dient erop te worden gewezen dat verordening nr. 6/2002 geen definitie van het begrip „geïnformeerde gebruiker” bevat. Zoals de advocaat-generaal in de punten 43 en 44 van zijn conclusie terecht heeft aangegeven, dient dit begrip

evenwel te worden opgevat als een tussencategorie tussen de — op het gebied van het merkenrecht gehanteerde — gemiddelde consument, van wie geen enkele specifieke kennis wordt verwacht en die de strijdige merken in de regel niet rechtstreeks vergelijkt, en de vakman met grondige technische deskundigheid. Het begrip „geïnformeerde gebruiker” kan derhalve aldus worden opgevat dat het betrekking heeft op een gebruiker die niet slechts gemiddeld, maar in hoge mate aandachtig is, hetzij door zijn persoonlijke ervaring, hetzij door zijn uitgebreide kennis van de betrokken sector.

- 54 Vastgesteld moet worden dat het Gerecht in punt 62 van het bestreden arrest wel degelijk dit tussenbegrip heeft toegepast. Dit blijkt overigens uit de conclusies die het in punt 64 van het bestreden arrest heeft getrokken waar het verklaart dat de geïnformeerde gebruiker in casu een kind van ongeveer vijf à tien jaar oud kan zijn óf de marketingdirecteur van een onderneming die voortbrengselen vervaardigt waarvoor reclame wordt gemaakt door „pogs”, „rappers” of „tazos” aan te bieden.
- 55 In de tweede plaats is het weliswaar juist dat, zoals de advocaat-generaal in de punten 51 en 52 van zijn conclusie heeft opgemerkt, de geïnformeerde gebruiker zoals die hierboven is gedefinieerd, naar zijn aard de betrokken modellen zo mogelijk rechtstreeks zal vergelijken, maar is het niet uitgesloten dat een dergelijke vergelijking niet mogelijk is of in de betrokken sector ongebruikelijk is, met name wegens specifieke omstandigheden of wegens de kenmerken van de voorwerpen waarop de betrokken modellen betrekking hebben.
- 56 Het Gerecht kan dan ook niet met kans op slagen worden verweten, blijk te hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de algemene indruk die door de conflicterende modellen wordt gewekt, niet te hebben beoordeeld op basis van de premisse dat de geïnformeerde gebruiker deze modellen in elk geval rechtstreeks met elkaar zal vergelijken.

- 57 Dat geldt des te meer daar bij gebreke van nauwkeurige aanwijzingen dienaangaande in verordening nr. 6/2002, niet ervan kan worden uitgegaan dat de wetgever van de Unie de beoordeling van eventuele modellen tot de rechtstreekse vergelijking ervan heeft willen beperken.
- 58 Hieruit volgt dat, ook al zouden de door het Gerecht in punt 77 van het bestreden arrest gebruikte bewoordingen — buiten hun context bezien — volgens welke „de geïnformeerde gebruiker, wat de door deze modellen gewekte algemene indruk betreft, niet op deze gelijkenis zal letten”, erop wijzen dat de redenering van het Gerecht is gebaseerd op een methode van indirecte vergelijking die van een onvolmaakte herinnering uitgaat, deze bewoordingen geen onjuiste rechtsopvatting van het Gerecht opleveren.
- 59 Wat in de derde plaats het aandachtsniveau van de geïnformeerde gebruiker betreft, zij eraan herinnerd dat deze weliswaar niet de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde consument is die een model gewoonlijk als een geheel waarneemt en niet op de verschillende details ervan let (zie naar analogie arrest van 22 juni 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97 P, Jurispr. blz. I-3819, punten 25 en 26), maar dat het evenmin gaat om de vakman die in detail de minieme verschillen die mogelijkterwijs tussen de conflicterende modellen bestaan, kan onderscheiden. Het bijvoeglijke naamwoord „geïnformeerde” suggereert dan ook dat de gebruiker, zonder een ontwerper of een technisch deskundige te zijn, verschillende in de betrokken sector bestaande modellen kent, een zekere kennis bezit met betrekking tot de elementen die deze modellen over het algemeen bevatten, en door zijn belangstelling voor de betrokken voortbrengselen blijkt geeft van een vrij hoog aandachtsniveau bij gebruik ervan.
- 60 Derhalve moeten de in punt 83 van het bestreden arrest gebruikte bewoordingen „gemakkelijk zal worden opgemerkt” in ruimere zin worden opgevat als een louter punctuele precisering betreffende het feit dat het betwiste model boller is. Voor zover het Gerecht een correcte methode heeft toegepast om de geïnformeerde gebruiker te definiëren, kan immers niet worden geconcludeerd dat deze in punt 83 gebruikte bewoordingen op zich impliceren dat het aandachtsniveau van de geïnformeerde gebruiker door het Gerecht onjuist is beoordeeld.

- 61 Gelet op de voorgaande overwegingen dient het tweede onderdeel van het middel ongegrond te worden verklaard.

Derde onderdeel van het middel: de omvang van de rechterlijke toetsing

Argumenten van partijen

- 62 Onder verwijzing naar een recent arrest van het Hof betreffende plantenrassen (arrest van 15 april 2010, Schröder/CBP, C-38/09 P, Jurispr. blz. I-3209, punt 77), voert PepsiCo aan dat het minutieuze onderzoek van de verschillen en de gelijkenissen tussen de betrokken modellen waartoe het Gerecht is overgegaan, verder gaat dan de taak waarmee het krachtens artikel 61, lid 2, van verordening nr. 6/2002 belast is. PepsiCo betoogt dus dat de beantwoording van de vraag of al dan niet sprake is van eenzelfde algemene indruk, aan de beoordeling van de kamer van beroep moet worden overgelaten.
- 63 Ook het BHIM is van mening dat het Gerecht, door zich niet tot het onderzoek van kennelijke beoordelingsfouten te hebben beperkt, verder is gegaan dan hetgeen artikel 61 van verordening nr. 6/2002 op het gebied van gemeenschapsmodellen toelaat.
- 64 Grupo Promer stelt dat het argument van PepsiCo ongegrond is. De door het Hof in het voornoemde arrest Schröder/CBP geformuleerde vaststellingen hielden volgens haar verband met het feit dat het in dat geval om een technisch en ingewikkeld onderzoek ging, terwijl in de onderhavige zaak louter modellen moeten worden onderzocht, teneinde uit te maken of het betwiste model al dan niet een eigen karakter heeft.

Beoordeling door het Hof

- 65 In casu wordt niet betwist dat het Gerecht een grondig onderzoek van de betrokken modellen heeft verricht, alvorens de beslissing van de kamer van beroep te vernietigen.
- 66 In die context moet eraan worden herinnerd dat het Gerecht bevoegd is om een volledige wettigheidstoetsing te verrichten met betrekking tot de wijze waarop het BHIM de door de aanvrager overgelegde gegevens heeft beoordeeld (zie arrest van 5 juli 2011, Edwin/BHIM, C-263/09 P, Jurispr. blz. I-5853, punt 52).
- 67 Stellig kan het Gerecht, naar analogie met het voormelde arrest Schröder/CBP, het BHIM een zekere beoordelingsvrijheid laten, met name wanneer dit laatste zeer technische beoordelingen dient te verrichten, en kan het zich, wat de omvang van zijn toezicht op de beslissingen van de kamer van beroep op het gebied van industriële modellen betreft, tot het onderzoek van kennelijke beoordelingsfouten beperken.
- 68 Vastgesteld moet echter worden dat het Gerecht in de concrete omstandigheden van de onderhavige zaak niet verder is gegaan dan het toetsen van de litigieuze beslissing conform de herzieningsbevoegdheid waarover het volgens artikel 61 van verordening nr. 6/2002 beschikt.
- 69 Het derde onderdeel van het middel dient dan ook ongegrond te worden verklaard.

Vierde onderdeel van het middel: de toetsing van de voortbrengselen in plaats van de conflicterende modellen

Argumenten van partijen

- 70 Volgens PepsiCo kunnen de conflicterende modellen niet worden beoordeeld door reële monsters van voortbrengselen die door de partijen ter verduidelijking van hun betoog zijn overgelegd, met elkaar te vergelijken. Inzonderheid hoeft het BHIM — in het kader van dergelijke beroepen inzake vorderingen tot nietigverklaring — geenszins vooruit te lopen op eventuele parallelle of toekomstige inbreukprocedures die zijn gebaseerd op hetzelfde oudere model en hetzelfde jongere model zoals deze op de markt worden gebruikt.
- 71 Grupo Promer herinnert eraan dat de monsters van voortbrengselen ook zijn onderzocht door de nietigheidsafdeling en door de kamer van beroep. Bijgevolg betreft de beoordeling van het Gerecht van het geheel van de reeds in het dossier opgenomen gegevens een feitenkwestie waaraan geen middel in hogere voorziening voor het Hof kan worden ontleend.

Beoordeling door het Hof

- 72 Opgemerkt zij dat het Gerecht in punt 83 van het bestreden arrest heeft verklaard dat zijn beoordeling van de mate waarin de betrokken modellen bol zijn, „[wordt bevestigd] door de daadwerkelijk verhandelde voortbrengselen zoals deze in het aan het Gerecht overgelegde dossier van het BHIM zijn opgenomen”.

- 73 Aangezien op het gebied van modellen de persoon die de vergelijking verricht, de geïnformeerde gebruiker betreft die, zoals in de punten 53 en 59 van het onderhavige arrest is geconstateerd, verschilt van de gemiddelde consument, is geen sprake van een onjuiste rechtsopvatting wanneer bij de beoordeling van de algemene indruk die door de betrokken modellen wordt gewekt, de daadwerkelijk verhandelde voortbrengselen waarop deze modellen betrekking hebben, in aanmerking worden genomen.
- 74 Hoe dan ook blijkt uit het gebruik van het werkwoord „bevestigen” in punt 83 van het bestreden arrest dat het Gerecht zijn bevindingen in werkelijkheid heeft gebaseerd op de conflicterende modellen zoals deze in de respectieve inschrijvingsaanvragen zijn beschreven en weergegeven, zodat de vergelijking van de reële voortbrengselen enkel ter verduidelijking is gebruikt, teneinde reeds eerder getrokken conclusies te bevestigen, en die vergelijking niet als de grondslag van de motivering van het bestreden arrest kan worden beschouwd.
- 75 Bijgevolg dient het vierde onderdeel van het middel ongegrond te worden verklaard.

Vijfde onderdeel van het middel: beweerdelijk onjuiste voorstelling van de feiten

Argumenten van partijen

- 76 PepsiCo stelt — samen met het BHIM — dat het Gerecht de feiten onjuist heeft voorgesteld door met name te oordelen dat het onrealistisch en strijdig met de algemene ervaring is, ervan uit te gaan dat de geïnformeerde gebruiker het betrokken voorwerp enkel „in bovenaanzicht” zal waarnemen. Bovendien zijn de verschillen tussen

de betrokken modellen onmiddellijk zichtbaar, zelfs wanneer deze in bovenaanzicht en op basis van hun platte zijde worden onderzocht.

- 77 Grupo Promer is van mening dat de beweerde onjuiste voorstelling van de feiten, zonder dat onjuiste opvatting bij de beoordeling van de bewijselementen wordt gesteld, geen argument vormt waarop een hogere voorziening voor het Hof kan worden gebaseerd. De beoordeling van de feiten en de bewijselementen vormt, behoudens onjuiste opvatting van de aan het Hof voorgelegde gegevens, geen rechtsvraag die als zodanig aan toetsing door het Hof is onderworpen in het kader van een hogere voorziening.

Beoordeling door het Hof

- 78 Het Hof heeft reeds geoordeeld dat, rekening ermee houdend dat de grief van een onjuiste opvatting uitzonderlijk van aard is, artikel 256 VWEU, artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie en artikel 112, lid 1, eerste alinea, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof inzonderheid verlangen dat de rekwirant precies aangeeft welke elementen volgens hem door het Gerecht onjuist zijn voorgesteld en aantoont welke fouten in de analyse het Gerecht tot deze onjuiste voorstelling hebben gebracht (zie in die zin arrest van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 50).
- 79 Een dergelijke onjuiste voorstelling moet duidelijk uit de processtukken blijken, zonder dat een nieuwe beoordeling van de feiten en de bewijzen hoeft te worden verricht (arrest van 18 december 2008, Les Éditions Albert René/BHIM, C-16/06 P, Jurispr. blz. I-10053, punt 69 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 80 In casu verwijt PepsiCo het Gerecht in wezen, de feiten onjuist te hebben weergegeven door de betrokken modellen enkel op basis van de perceptie ervan „in bovenaanzicht” te hebben vergeleken, daarbij voorbijgaand aan de verschillen die duidelijk opvallen wanneer zij „in zijaanzicht” worden bekeken. Aldus geeft PepsiCo niet precies aan welke elementen volgens haar door het Gerecht onjuist zijn voorgesteld en toont zij evenmin aan welke fouten in de analyse het Gerecht tot deze onjuiste voorstelling hebben gebracht.
- 81 In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat de door rekwirante ter zake aangevoerde argumenten niet aan de door voornoemde rechtspraak opgelegde vereisten voldoen. Derhalve moet het vijfde onderdeel van het middel niet-ontvankelijk worden verklaard.
- 82 Aangezien alle onderdelen van rekwirantes enige middel falen, dient de hogere voorziening in haar geheel te worden afgewezen.

Kosten

- 83 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 van dit reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd. Aangezien PepsiCo in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van Grupo Promer te worden verwezen in de kosten.

Het Hof (Vierde kamer) verklaart:

- 1) **De hogere voorziening wordt afgewezen.**

- 2) **PepsiCo Inc. wordt verwezen in de kosten.**

ondertekeningen