

ARREST VAN HET GERECHT (Vierde kamer)

14 juni 2011 *

In zaak T-68/10,

Sphere Time, gevestigd te Windhof (Luxemburg), vertegenwoordigd door C. Jäger, N. Gehlsen en M.-C. Simon, advocaten,

verzoekster,

tegen

Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM), vertegenwoordigd door D. Botis als gemachtigde,

verweerder,

andere partij in de procedure voor de kamer van beroep van het BHIM:

* Procestaal: Engels.

Punch SAS, gevestigd te Nice (Frankrijk),

betreffende een beroep tegen de beslissing van de derde kamer van beroep van het BHIM van 2 december 2009 (zaak R 1130/2008-3) inzake een nietigheidsprocedure tussen Punch SAS en Sphere Time,

wijst

HET GERECHT (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: I. Pelikánová (rapporteur), kamerpresident, K. Jürimäe en M. van der Woude, rechters,

griffier: S. Spyropoulos, administrateur,

gezien het op 15 februari 2010 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 1 juni 2010 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord,

gezien de schriftelijke vraag van het Gerecht aan verzoekster,

na de terechtzitting op 18 januari 2011,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

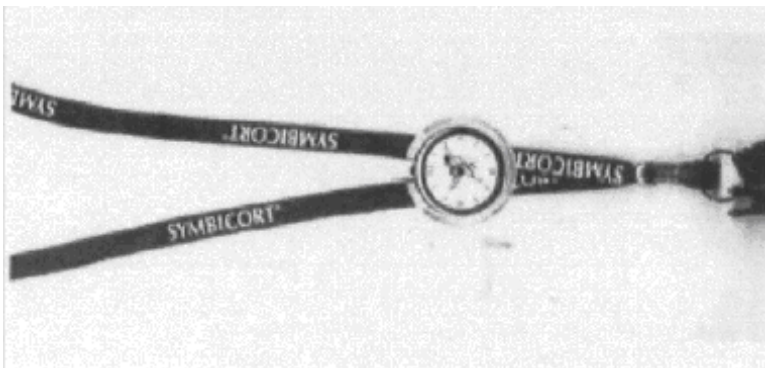
- 1 Verzoekster, Sphere Time, is houdster van het onder nr. 325949-0002 ingeschreven gemeenschapsmodel, waarvoor de aanvraag op 14 april 2005 is ingediend (hierna: „litigieus model”). Het litigieuze model, dat is bestemd om te worden toegepast op horloges, is als volgt weergegeven:



- 2 Op 26 maart 2007 heeft Punch SAS, de andere partij in de procedure voor de kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM), een vordering tot nietigverklaring van het litigieuze model ingesteld op grond van artikel 25, lid 1, sub b, van verordening (EG) nr. 6/2002 van de Raad van 12 december 2001 betreffende gemeenschapsmodellen (PB 2002, L 3, blz. 1). In het kader van deze vordering heeft de andere partij in de procedure

voor de kamer van beroep aangevoerd dat het litigieuze model niet nieuw was en geen eigen karakter had in de zin van artikel 4 van verordening nr. 6/2002, gelezen in samenhang met de artikelen 5 en 6 van deze verordening.

- 3 Ter ondersteuning van haar vordering tot nietigverklaring heeft de andere partij in de procedure voor de kamer van beroep het bestaan van verschillende, volgens haar oudere modellen aangevoerd.
- 4 De andere partij in de procedure voor de kamer van beroep heeft een catalogus overgelegd met twee modellen van horloges die worden gemaakt door Fuzhou Eagle Electronic Co. Ltd (hierna: „modellen C en F”), alsmede een verklaring van deze vennootschap dat de modellen C en F in 2001 in Europa werden verkocht.
- 5 Bovendien heeft de andere partij in de procedure voor de kamer van beroep een catalogus overgelegd met twee modellen van horloges die worden gemaakt door Great Sun Technology Corp. alsmede een verklaring van deze vennootschap dat deze modellen sinds 2004 in Europa werden verkocht. Samen met deze catalogi werden een verzendfactuur en herkomstcertificaat overgelegd voor een levering van 2000 eenheden van een van deze modellen met het merk SYMBICORT. Deze levering werd in april 2004 gedaan aan een klant in Nederland (laatstgenoemd model wordt hierna „model SYMBICORT” genoemd). Het model SYMBICORT is weergegeven als volgt:



- 6 Bij beslissing van 31 maart 2008 heeft de nietigheidsafdeling het litigieuze model nietig verklaard op grond dat het geen eigen karakter bezat doordat het dezelfde algemene indruk opriep als de modellen C en F. Op 13 mei 2008 heeft verzoekster beroep tegen deze beslissing ingesteld.

- 7 Bij beslissing van 2 december 2009 (hierna: „bestreden beslissing”) heeft de derde kamer van beroep van het BHIM het beroep verworpen. Vooraf heeft de kamer van beroep erop gewezen dat de verzendfactuur en het herkomstcertificaat voor de levering van het model SYMBICORT een rechtens genoegzaam bewijs vormden dat dit model openbaar was gemaakt vóór de datum van indiening van de aanvraag tot inschrijving van het litigieuze model. Op basis van een vergelijking van het litigieuze model met het model SYMBICORT, zoals die worden waargenomen door een gewone consument die vertrouwd is met horloges aan een halslint, heeft de kamer van beroep allereerst geoordeeld dat deze modellen in hoge mate soortgelijk waren, vervolgens dat de verschillen verwaarloosbaar waren en ten slotte dat, voor zover de ontwerper vrij het model van met name de wijzerplaat kan ontwerpen, geen gebruik van deze vrijheid was gemaakt. De kamer van beroep is tot de conclusie gekomen dat het litigieuze model geen eigen karakter bezat omdat het dezelfde algemene indruk bij de geïnformeerde gebruiker opriep als het model SYMBICORT.

Conclusie van de partijen

- 8 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beslissing te vernietigen;

— het BHIM te verwijzen in de kosten van de procedure voor het Gerecht en de andere partij in de procedure voor de kamer van beroep te verwijzen in de kosten van de procedure voor de kamer van beroep van het BHIM.

9 Het BHIM concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

10 Verzoekster voert drie middelen aan. Volgens de bewoordingen van het verzoekschrift betreft het eerste middel schending van de artikelen 4 en 5 van verordening nr. 6/2002, betreffende de nieuwheid van het litigieuze model. Het tweede middel betreft schending van de artikelen 4 en 6 van verordening nr. 6/2002, betreffende de beoordeling van het eigen karakter van het litigieuze model. Het derde middel betreft misbruik van bevoegdheid. Bovendien stelt verzoekster dat gelet op de inhoud van de bestreden beslissing de beoordeling van de modellen C en F geen deel uitmaakt van het voorwerp van het geding voor het Gerecht. Op dit punt is de kamer van beroep in de bestreden beslissing ten onrechte afgeweken van de beslissing van de nietigheidsafdeling, aangezien zij enkel het litigieuze model met het model SYMBICORT heeft vergeleken en deze keuze niet heeft gemotiveerd.

- 11 Het BHIM betwist dat de drie middelen gegrond zijn. Bovendien voert het aan dat de overeenstemming tussen het litigieuze model en de modellen C en F alsook het model SYMBICORT deel uitmaakt van het voorwerp van het geding voor het Gerecht, waarbij de kamer van beroep alleen een bijkomend motief aan de beslissing van de nietigheidsafdeling heeft toegevoegd.

- 12 Vooraf zij opgemerkt dat de kamer van beroep op goede grond haar beslissing kon baseren op een vergelijking van het litigieuze model en het model SYMBICORT.

- 13 Uit artikel 60, lid 1, van verordening nr. 6/2002 volgt immers dat de kamer van beroep, wanneer bij haar beroep is ingesteld, de vordering tot nietigverklaring opnieuw volledig ten gronde dient te onderzoeken, zowel rechtens als feitelijk (zie naar analogie arrest Hof van 13 maart 2007, BHIM/Kaul, C-29/05 P, Jurispr. blz. I-2213, punt 57). Dit impliceert dat de kamer van beroep zich kan baseren op om het even welk ouder model dat wordt aangevoerd door de partij die nietigverklaring vordert, zonder dat zij aan de inhoud van de beslissing van de nietigheidsafdeling is gebonden en zonder dat zij op dit punt een specifieke motivering moet geven.

- 14 In casu wordt niet betwist dat het model SYMBICORT in de loop van de procedure voor de nietigheidsafdeling is aangevoerd door de andere partij in de procedure voor de kamer van beroep.

- 15 Aldus behoeft in dit stadium niet te worden uitgemaakt of de beoordeling van de modellen C en F deel uitmaakt van het voorwerp van het geding voor het Gerecht. Daarentegen dient in eerste instantie te worden nagegaan of het beroep gegrond is voor zover het de beoordeling van het model SYMBICORT in de bestreden beslissing betreft. Pas wanneer het Gerecht vaststelt dat deze beoordeling onrechtmatig is kan de beoordeling van de modellen C en F in voorkomend geval relevant zijn voor de beslechting van het voor het Gerecht aanhangige geding.

Eerste middel: schending van de artikelen 4 en 5 van verordening nr. 6/2002

Argumenten van de partijen

- 16 Verzoekster stelt dat wat de datum van openbaarmaking van het model SYMBICORT betreft het bepaalde in artikel 7, lid 2, sub b, van verordening nr. 6/2002 in overweging dient te worden genomen. Bijgevolg is de in casu relevante datum niet de datum van indiening van de aanvraag voor het litigieuze model, 14 april 2005, maar 14 april 2004.
- 17 De verzendfactuur betrof een levering van producten van het model SYMBICORT die op een niet nader bepaalde datum in april 2004 is uitgevoerd. Aangezien dit document op 3 april 2004 in Hong Kong (China) is opgesteld, zijn de producten van het model SYMBICORT gelet op de afstand tussen Hong Kong en Nederland zeer waarschijnlijk na 14 april 2004 op de Europese markt gebracht en dateert de openbaarmaking van dit model voor het publiek dus van na 14 april 2004.
- 18 Verzoekster voegt daaraan toe dat de verzendfactuur aan de andere partij in de procedure voor de kamer van beroep is afgegeven door de fabrikant van de horloges van het model SYMBICORT, die er belang bij heeft te bewijzen dat dit model een ouder model is. Ook is het niet zeker dat het origineel van deze factuur aan het BHIM is overgelegd. Bijgevolg kan volgens verzoekster geen rekening met dit document worden gehouden.
- 19 Daarom is verzoekster van mening dat niet is bewezen dat het model SYMBICORT eerder openbaar is gemaakt. Daaruit leidt zij af dat het litigieuze model als nieuw moet worden beschouwd.

20 Het BHIM betwist de gegrondheid van verzoeksters argumenten.

Beoordeling door het Gerecht

21 Volgens de bewoordingen van het verzoekschrift betreft het eerste middel schending van de artikelen 4 en 5 van verordening nr. 6/2002, betreffende de nieuwigheid van een gemeenschapsmodel. Zoals het BHIM opmerkt, is de bestreden beslissing niet gebaseerd op het gegeven dat het litigieuze model niet nieuw is.

22 In feite betreft het eerste middel de eerdere openbaarmaking van het model SYMBICORT. Met dit middel wordt dus in werkelijkheid schending van artikel 6, lid 1, juncto artikel 7 van verordening nr. 6/2002 gesteld.

23 Deze artikelen bepalen:

„Artikel 6

Eigen karakter

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:

[...]

- 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.

[...]

Artikel 7

Openbaarmaking

1. Voor de toepassing van de artikelen 5 en 6 wordt een model geacht voor het publiek beschikbaar te zijn gesteld, indien dit gepubliceerd is na inschrijving of op andere wijze, of tentoongesteld, in de handel gebracht of anderszins openbaar gemaakt is vóór de in [...] artikel 6, lid 1, sub b, genoemde datum, tenzij deze feiten bij een normale gang van zaken redelijkerwijs niet ter kennis konden zijn gekomen van ingewijden in de betrokken sector die in de Gemeenschap werkzaam zijn. [...]

2. Openbaarmaking wordt voor de toepassing van de artikelen 5 en 6 niet in aanmerking genomen, wanneer een model waarvoor aanspraak op bescherming als ingeschreven gemeenschapsmodel wordt gemaakt, voor het publiek beschikbaar is gesteld:

- a) door de ontwerper, zijn rechtverkrigende of een derde op basis van door de ontwerper of diens rechtverkrigende verstrekte informatie of genomen maatregelen;
en

- b) gedurende het tijdvak van twaalf maanden voorafgaande aan de datum van indiening van de aanvraag of, indien aanspraak wordt gemaakt op voorrang, aan de datum van voorrang.

[...]”

- ²⁴ Wat in de eerste plaats de toepasselijkheid van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 6/2002 in casu betreft, zij opgemerkt dat deze bepaling tot doel heeft de ontwerper of zijn rechtverkrijgende de mogelijkheid te bieden een model gedurende een periode van twaalf maanden op de markt aan te bieden vooraleer hij de formaliteiten voor indiening van zijn aanvraag moet vervullen.
- ²⁵ Gedurende dit tijdvak kan de ontwerper of zijn rechtverkrijgende een idee krijgen van het commerciële succes van het betrokken model vooraleer hij kosten voor inschrijving ervan moet maken, zonder dat hij ervoor moet vrezen dat openbaarmaking op deze wijze met succes kan worden aangevoerd in het kader van een nietigheidsprocedure die wordt ingesteld na eventuele inschrijving van het betrokken model.
- ²⁶ Hieruit volgt dat artikel 7, lid 2, van verordening nr. 6/2002 in het kader van een nietigheidsprocedure slechts toepassing kan vinden wanneer de houder van het model waarvan nietigverklaring wordt gevorderd, aantoont dat hij ofwel de ontwerper is van het model waarop deze vordering is gesteund, ofwel diens rechtverkrijgende is.
- ²⁷ In casu moet verzoekster dus aantonen dat zij de ontwerper van het model SYMBI-CORT is dan wel diens rechtverkrijgende.

- 28 Verzoekster beweert zelfs niet dat dit het geval is.
- 29 Derhalve is artikel 7, lid 2, van verordening nr. 6/2002 niet van toepassing op de openbaarmaking van dit model.
- 30 In de tweede plaats dient in deze omstandigheden, gelet op het feit dat verzoekster voor het litigieuze model geen aanspraak op voorrang maakt, worden onderzocht of uit de aan het BHIM overgelegde elementen blijkt dat het model SYMBICORT vóór 14 april 2005, zijnde de datum van indiening van de aanvraag voor het litigieuze model, voor het publiek beschikbaar is gesteld.
- 31 De andere partij in de procedure voor de kamer van beroep heeft een verzendfactuur overgelegd voor een levering van 2000 horloges van het model SYMBICORT aan een klant in Nederland. Volgens deze factuur werden deze producten op 3 april 2004 vanuit Hong Kong verscheept.
- 32 Gelet op de gebruikelijke transporttermijnen wordt met deze verzendfactuur aangetoond dat de betrokken horloges in Nederland werden geleverd en dat het model SYMBICORT dus ter kennis is gekomen van ingewijden in de betrokken sector die in de Gemeenschap werkzaam zijn, en wel vóór 14 april 2005, datum van indiening van de aanvraag voor het litigieuze model. Bovendien heeft verzoekster geen gegevens overgelegd waarmee kan worden aangetoond dat deze bekendmaking niet heeft plaatsgevonden of van na deze datum van indiening van de aanvraag dateert.
- 33 In de derde plaats dient wat de bewijskracht van de verzendfactuur betreft te worden erkend dat Great Sun Technology, die horloges van het model SYMBICORT maakt en het betrokken document aan de andere partij in de procedure voor de kamer van

beroep heeft afgegeven, er belang bij heeft dat het litigieuze model nietig wordt verklaard. Na nietigverklaring kan deze vennootschap immers haar producten blijven verkopen in de Europese Unie.

- 34 Ook al kan deze omstandigheid de geloofwaardigheid van de — eveneens aan het BHIM overgelegde — verklaring van de directeur van Great Sun Technology in twijfel trekken, dezelfde conclusie geldt evenwel niet voor de verzendfactuur.
- 35 Dit document werd immers niet specifiek opgesteld als een bewijsstuk dat kan dienen in de nietigheidsprocedure; het werd opgesteld in het kader van een gebruikelijke handelstransactie als bewijs van een dienstverrichting en als verzoek aan de schuldenaar om de afgesproken prijs te betalen.
- 36 Bovendien werd de verzendfactuur niet aan de andere partij in de procedure voor de kamer van beroep maar aan een derde afgegeven, en zij werd opgesteld in april 2004, of ongeveer drie jaar vóór indiening van de vordering tot nietigverklaring op 26 maart 2007.
- 37 Gelet op deze omstandigheden wordt aan de bewijskracht van de verzendfactuur niet afgedaan door het feit dat zij aan de andere partij in de procedure voor de kamer van beroep werd afgegeven door de fabrikant van de horloges van het model SYMBICORT.
- 38 Het gegeven dat in plaats van het origineel een kopie van de verzendfactuur is overgelegd, belet op zich niet dat met dit document rekening wordt gehouden.

- 39 Eventueel zou het van belang zijn dat het origineel van dit document wordt overgelegd wanneer de kopie onleesbaar was of aanwijzingen bevatte dat met de inhoud van dit document is geknoeid. Verzoekster stelt dit evenwel niet en het onderzoek van de verzendfactuur, zoals die aan het BHIM is overgelegd, doet evenmin op dit punt vragen rijzen.
- 40 Bijgevolg wordt aan de bewijskracht van de verzendfactuur niet afgedaan door het feit dat een kopie in plaats van het origineel ervan is overgelegd.
- 41 Gelet op het voorgaande luidt de conclusie dat de kamer van beroep niet ten onrechte heeft geoordeeld dat was aangetoond dat het model SYMBICORT voor het publiek beschikbaar is gesteld vóór de datum van indiening van de aanvraag voor het litigieuze model. Het eerste middel dient dus te worden afgewezen.

Tweede middel: schending van de artikelen 4 en 6 van verordening nr. 6/2002

Argumenten van de partijen

- 42 Verzoekster stelt dat de kamer van beroep blijk van een onjuiste beoordeling heeft gegeven door vast te stellen dat het litigieuze model dezelfde algemene indruk wekt als het model SYMBICORT.

- 43 Vooraf wijst verzoekster erop dat aangezien het model SYMBICORT bestemd is om reclame te maken, de geïnformeerde gebruiker een vakman is die reclameartikelen wenst aan te kopen. Daar op de markt een groot aantal halslinten wordt aangeboden, zal de geïnformeerde gebruiker bijzondere aandacht besteden aan de specifieke kenmerken van een bepaald halslint.
- 44 Vervolgens verwijt verzoekster de kamer van beroep ten eerste dat zij niet alle voor de twee betrokken modellen relevante kenmerken in overweging heeft genomen, namelijk het halslint, de horlogekast, het horloge zelf en het bevestigingsdeel. De kamer van beroep heeft immers alleen de wijzerplaat, de positie van het horloge en de kleur van de twee betrokken modellen vergeleken. Op deze wijze heeft zij bovendien geen acht geslagen op de omstandigheid dat de vrijheid van de ontwerper van een soortgelijk horloge beperkt is. Daarentegen beschikt de ontwerper over een grote vrijheid bij het ontwerp van het halslint en het bevestigingsdeel.
- 45 In de tweede plaats is het model SYMBICORT in de aan het BHIM overgelegde afbeelding niet volledig weergegeven daar alleen twee, uiteenlopende stroken zonder een verbindingslus te zien zijn. Aangezien de modellen moeten worden vergeleken op basis van de afbeeldingen ervan, mocht de kamer van beroep niet veronderstellen dat het model SYMBICORT voorzien was van een halslint waarmee een horloge om de hals kan worden gedragen.
- 46 In de derde plaats komt verzoekster op tegen de vaststelling van de kamer van beroep dat het bevestigingsdeel van het litigieuze model met een stippellijn is afgebeeld. Dat deel is met een volle lijn afgebeeld en had dus in overweging moeten worden worden, temeer daar het een belangrijk element van het litigieuze model vormt. Dat deel trekt immers de aandacht van de geïnformeerde gebruiker aangezien de vrijheid van de ontwerper voor dat deel niet beperkt is en de vorm ervan bepaalt welke voorwerpen aan het halslint kunnen worden bevestigd.

- 47 In casu is het bevestigingsdeel van het model SYMBICORT op de aan het BHIM meegedeelde afbeelding evenwel niet te zien, zodat niet kan worden bevestigd dat dit deel wel bestaat en welke kenmerken het eventueel heeft. Bovendien verschilt het bevestigingsdeel van het litigieuze model duidelijk van het uiteinde van het model SYMBICORT.
- 48 Het BHIM betwist de gegrondheid van verzoeksters argumenten.

Beoordeling door het Gerecht

- 49 De artikelen 4 en 6 van verordening nr. 6/2002 luiden:

„Artikel 4

Beschermingsvoorwaarden

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

[...]

Artikel 6

Eigen karakter

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:

[...]

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.”

⁵⁰ Bijgevolg dient te worden nagegaan of uit het oogpunt van de geïnformeerde gebruiker en gelet op de mate van vrijheid van de ontwerper van een horloge dat aan een halslint is bevestigd, de algemene indruk die het litigieuze model wekt, verschilt van de algemene indruk die het model SYMBICORT oproept.

— De geïnformeerde gebruiker

- 51 Wat de uitlegging van het begrip geïnformeerde gebruiker betreft, dient te worden geoordeeld dat de hoedanigheid van „gebruiker” impliceert dat de betrokken persoon het voortbrengsel waarin het model is verwerkt, gebruikt in overeenstemming met de doelstelling ervan. Het bijvoeglijk naamwoord „geïnformeerd” suggereert voorts dat de gebruiker, zonder een ontwerper of een technisch deskundige te zijn, de in de betrokken sector bestaande verschillende 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 [arrest Gerecht van 22 juni 2010, Shenzhen Taiden/BHIM — Bosch Security Systems (communicatieapparatuur), T-153/08, Jurispr. blz. II-2517, punten 46 en 47].
- 52 In casu heeft de kamer van beroep in punt 21 van de bestreden beslissing geoordeeld dat de geïnformeerde gebruiker een gewone consument was, die vertrouwd is met horloges die aan een halslint om de hals worden gedragen.
- 53 Partijen betwisten niet dat het model SYMBICORT, evenals het litigieuze model, een reclameartikel is. In het geval van dergelijke artikelen is de geïnformeerde gebruiker, zoals gedefinieerd in punt 51 hierboven, niet alleen de vakman die reclameartikelen aankoopt om die aan de eindgebruikers uit te delen, maar ook de eindgebruiker zelf.
- 54 Bijgevolg dient in casu te worden aangenomen dat de geïnformeerde gebruiker zowel de gemiddelde consument is, zoals in de bestreden beslissing is aangevoerd, als de professionele aankoper van deze artikelen, zoals door verzoekster is gesteld.

- 55 Verzoekster voert geen argumenten aan waarmee kan worden aangetoond dat de perceptie van de betrokken modellen door de twee groepen van gebruikers verschilt.
- 56 Bovendien kan hoe dan ook alleen al op basis van het feit dat de betrokken modellen bij een van de twee groepen van geïnformeerde gebruikers dezelfde algemene indruk wekken, worden vastgesteld dat het litigieuze model geen eigen karakter bezit.
- 57 Derhalve doet het feit dat in de bestreden beslissing vakmensen niet worden genoemd als geïnformeerde gebruikers van horloges aan een halslint, niet af aan de rechtmatigheid van deze beslissing.

— De mate van vrijheid van de ontwerper

- 58 Alvorens de mate van vrijheid van de ontwerper te onderzoeken, die volgens verzoekster beperkt is voor het horloge en ruim voor het halslint en het bevestigingsselement, is het nodig na te gaan welke elementen door het litigieuze model daadwerkelijk worden beschermd en welke elementen derhalve relevant zijn voor de vergelijking van het litigieuze model met het model SYMBICORT.
- 59 Punt 11.4 van de richtsnoeren voor het onderzoek van gemeenschapsmodellen, zoals aangenomen bij besluit EX-03-9 van de voorzitter van het BHIM van 9 december 2003, met als titel „Vormvoorwaarden voor de weergave van het model”, bepaalt:

„[...]”

Een model wordt alleen afgebeeld met die kenmerken waarvoor bescherming wordt aangevraagd. Toch kunnen ook andere elementen worden afgebeeld om mede de kenmerken te beschrijven van het model waarvoor bescherming wordt aangevraagd. In een aanvraag tot inschrijving van een gemeenschapsmodel zijn de volgende identificatie-elementen toegestaan:

1. Een stippellijn kan in een afbeelding worden gebruikt om de elementen aan te geven waarvoor geen bescherming wordt aangevraagd, of om delen van het model aan te geven die niet op de betrokken afbeelding zichtbaar zijn. Een stippellijn beschrijft dus elementen die geen deel uitmaken van de afbeelding waarop deze elementen zijn weergegeven.

[...]”

60 Verzoekster betwist deze regel niet. Op basis van de afbeelding van het litigieuze model in de bestreden beslissing, in het *Gemeenschapsmodellenblad* en in de gegevensbank van gemeenschapsmodellen op de internetpagina van het BHIM stelt zij evenwel dat, anders dan de kamer van beroep in punt 20 van de bestreden beslissing heeft geoordeeld, het bevestigingselement van het litigieuze model niet met een stippellijn is weergegeven.

61 In de eerste plaats dient te worden opgemerkt dat de afbeelding van het litigieuze model in de bestreden beslissing van geen belang is voor de omvang van de bescherming van dit model.

62 In de tweede plaats kan aan de hand van de verkleinde afbeelding van het litigieuze model in het *Gemeenschapsmodellenblad* en in de gegevensbank van gemeenschapsmodellen worden vastgesteld dat bepaalde elementen van dit model, met name het

bevestigingselement, met minder duidelijke lijnen worden afgebeeld dan voor andere elementen het geval is, zoals het halslint en de horlogekast. Omdat deze afbeelding klein is, is het echter niet mogelijk met zekerheid uit te maken of deze elementen met een stippellijn zijn weergegeven.

- 63 In de derde plaats wordt eventuele onzekerheid op dit punt weggenomen door de volledige afbeelding van het litigieuze model, die beschikbaar is via de verkleinde afbeelding in de elektronische versie van het *Gemeenschapsmodellenblad* en in de gegevensbank van gemeenschapsmodellen, en die overigens gelijk is aan de afbeelding van het litigieuze model in de door verzoekster bij het BHIM ingediende inschrijvingsaanvraag. Op deze afbeelding is immers duidelijk te zien dat het bevestigingselement van het litigieuze model met een stippellijn is weergegeven, net zoals de horlogewijzers en het rechthoekige element dat op de wijzerplaat van het horloge is aangebracht.
- 64 Bijgevolg dient te worden aangenomen dat het bevestigingselement van het litigieuze model, de horlogewijzers en het rechthoekige element dat op de wijzerplaat van het horloge is aangebracht, geen elementen zijn die door het litigieuze model worden beschermd. Deze vaststelling impliceert dat de mate van vrijheid van de ontwerper voor deze elementen in casu niet van belang is.
- 65 Met betrekking tot de overige elementen die verzoekster onder de aandacht brengt, zij opgemerkt dat verzoekster de mate van vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het halslint overdrijft.
- 66 Hoewel de lengte en de breedte van dit element in zekere mate kunnen verschillen, mogen deze kenmerken het echter niet onmogelijk maken om het halslint comfortabel om de hals te dragen. Dezelfde conclusie geldt voor de positie van het horloge aan het halslint.

- 67 Bijgevolg heeft de kamer van beroep door deze vaststellingen in punt 21 van de bestreden beslissing te doen geen blijk van een onjuiste beoordeling gegeven.
- 68 Met betrekking tot de mate van vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het horloge moet bovendien worden erkend dat een dergelijk horloge uit bepaalde elementen moet bestaan om zijn functie te kunnen vervullen, zoals een wijzerplaat, wijzers die ongeveer in het midden van deze wijzerplaat staan, of een gelijkzetsknop.
- 69 Deze vereisten betreffen echter bepaalde elementen waaruit een horloge moet bestaan, en hebben geen merkbare invloed op de vorm en de algemene verschijningsvorm ervan. Met name de wijzerplaat en de horlogekast kunnen een verschillende vorm en een ander design hebben, zoals de kamer van beroep in punt 21 van de bestreden beslissing in wezen heeft opgemerkt.

— Vergelijking van de door de twee betrokken modellen opgeroepen algemene indruk

- 70 Gelet op hetgeen hierboven is uiteengezet betreffende de door het litigieuze model beschermde elementen en de mate van vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van een horloge dat aan een halslint is bevestigd, dient te worden aangenomen dat de volgende elementen bepalend zijn voor de algemene indruk die het litigieuze model wekt:

— een halslint waarvan de stroken aan een van de uiteinden samenkomen, daarna elkaar overlappen en een lus aan het andere uiteinde vormen;

- een rond horloge dat aan het halslint is bevestigd op de plaats waar de twee stroken van het halslint uit elkaar gaan;

 - twee concentrische ringen rond de rand van het horloge, waarbij de buitenste ring bovenaan een inkeping met een gelijkzetknop vertoont.
- 71 Voor de beoordeling van de door het model SYMBICORT opgeroepen algemene indruk moet allereerst worden ingegaan op verzoeksters argument dat de kamer van beroep niet had mogen veronderstellen dat het model SYMBICORT voorzien was van een halslint waarmee het horloge om de hals kan worden gedragen.
- 72 Weliswaar zijn op de aan het BHIM meegedeelde afbeelding van het model SYMBICORT slechts twee stroken weergegeven die in een verschillende richting gaan, maar geen lus vertonen waarmee het lint om de hals gaat.
- 73 Evenwel mag bij de beoordeling van de oudere modellen de grafische weergave ervan niet afzonderlijk en niet alleen worden onderzocht, maar veeleer moeten alle afgebeelde elementen globaal worden beoordeeld zodat de door het betrokken model opgeroepen algemene indruk met voldoende zekerheid en nauwkeurigheid kan worden bepaald.
- 74 In het geval van met name modellen die rechtstreeks, zonder te zijn ingeschreven, worden gebruikt in het handelsverkeer valt immers niet uit te sluiten dat daarvan geen grafische weergave met een afbeelding van alle relevante details bestaat, die kan worden vergeleken met de afbeelding in een inschrijvingsaanvraag. In deze omstandigheden zou het overdreven zijn van de partij die nietigverklaring vordert, te verlangen dat in alle gevallen een dergelijke weergave wordt overgelegd.

- 75 In casu zijn op de afbeelding van het model SYMBICORT die is overgelegd door de andere partij in de procedure voor de kamer van beroep, de twee stroken van het halslint plots afgebroken en verschijnt de term „symbicort” slechts gedeeltelijk op een van deze stroken. Dit suggereert dat de ontbrekende lus het gevolg is van het feit dat de weergave onvolledig is, en niet van het feit dat het betrokken model in werkelijkheid een verschijningsvorm zonder lus heeft.
- 76 Bovendien blijkt uit zowel de verzendfactuur als het herkomstcertificaat dat de levering door Great Sun Technology in Nederland op 3 april 2004 een levering was van 2 000 stuks „halslint met horloge ‚SYMBICORT’”.
- 77 De functie van een halslint als dat in casu bestaat er ontegenzeggelijk in dat de drager een voorwerp om zijn hals kan dragen.
- 78 Aangezien de algemene indruk die een model wekt bij de geïnformeerde gebruiker, ook moet worden beoordeeld rekening houdend met de manier waarop de betrokken waar wordt gebruikt (arrest communicatieapparatuur, reeds aangehaald, punt 66), heeft de kamer van beroep in punt 20 van de bestreden beslissing aldus terecht geoordeeld dat het model SYMBICORT daadwerkelijk uit een halslint bestaat waardoor het horloge om de hals kan worden gedragen, ook al is de aan het BHIM overgelegde afbeelding onvolledig.
- 79 Gelet op het voorgaande dient te worden aangenomen dat de door het model SYMBICORT opgeroepen algemene indruk wordt bepaald door de in punt 70 hierboven opgesomde elementen. Zoals de kamer van beroep in punt 19 van de bestreden beslissing terecht heeft vastgesteld, vertoont het model SYMBICORT ook een halslint met in wezen dezelfde afmetingen, waaraan op dezelfde plaats een rond analogo horloge is bevestigd. Ook zijn er rond het horloge twee concentrische ringen, waarbij de

buitenste ring een inkeping aan dezelfde kant vertoont, waarin de gelijkzetknop zich bevindt.

- 80 Bovendien heeft de kamer van beroep in punt 20 van de bestreden beslissing terecht vastgesteld dat de verschillen tussen de betrokken modellen, waarop verzoekster de aandacht heeft gevestigd, verwaarloosbaar zijn.
- 81 Allereerst kan geen aanzienlijk verschil in de lengte en de breedte van de halslinten van de betrokken modellen worden vastgesteld.
- 82 Vervolgens is het feit dat het halslint van het model SYMBICORT in het zwart is afgebeeld, niet van belang aangezien voor het litigieuze model geen aanspraak op een kleur wordt gemaakt. Aangezien het litigieuze model een reclameartikel is, kan tevens op goede grond worden aangenomen dat voor het gebruik ervan daarop een merk zal worden aangebracht. Bijgevolg ontstaat evenmin een aanzienlijk verschil doordat het merk SYMBICORT op het model SYMBICORT voorkomt.
- 83 Ten slotte is het design van de horlogekasten en de wijzerplaten van de twee modellen niet in die mate opmerkelijk dat de door deze modellen opgeroepen algemene indruk daardoor wordt beïnvloed. Dit klemmt te meer daar uit de punten 58 tot en met 64 van het onderhavige arrest volgt dat de wijzers van het horloge en het rechthoekige element op de wijzerplaat geen door het litigieuze model beschermde elementen zijn.
- 84 Gelet op het voorgaande moet worden aangenomen dat het litigieuze model en het model SYMBICORT bij de geïnformeerde gebruiker dezelfde algemene indruk wekken. Derhalve is de kamer van beroep in punt 22 van de bestreden beslissing terecht

tot dezelfde conclusie gekomen en heeft zij daaruit terecht afgeleid dat het litigieuze model geen eigen karakter in de zin van artikel 6 van verordening nr. 6/2002 bezat en dus nietig moest worden verklaard.

85 Het tweede middel moet dus worden afgewezen.

Derde middel: misbruik van bevoegdheid in de zin van artikel 61, lid 2, van verordening nr. 6/2002

Argumenten van de partijen

86 Verzoekster verwijt de kamer van beroep misbruik van bevoegdheid doordat zij ten eerste al haar argumenten en het overgelegde bewijsmateriaal, in het bijzonder de verzendfactuur, rechtens onvoldoende heeft onderzocht, ten tweede de vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het halslint en het bevestigingselement niet heeft erkend en ten derde de bestreden beslissing heeft gebaseerd op een onjuiste beoordeling van het bevestigingselement van het litigieuze model. Volgens verzoekster heeft de kamer van beroep in deze context geen echt onderzoek verricht, maar alleen vaststellingen gedaan die niet door argumenten of door verwijzingen naar bewijsstukken zijn onderbouwd, waardoor verzoeksters rechten van verdediging zijn geschonden. Bovendien heeft de kamer van beroep, door te verwijzen naar de omstandigheid dat het bevestigingselement met een stippellijn zou zijn weergegeven, mogelijk verwezen naar een onbekend model.

87 Het BHIM betwist dat verzoeksters argumenten gegrond zijn.

Beoordeling door het Gerecht

- ⁸⁸ Het begrip misbruik van bevoegdheid heeft in het recht van de Unie een welbepaalde inhoud en ziet op het geval waarin een administratief gezag zijn bevoegdheden gebruikt voor een ander doel dan dat waarvoor zij zijn verleend. Volgens vaste rechtspraak is bij een besluit slechts sprake van misbruik van bevoegdheid wanneer er objectieve, ter zake dienende en onderling overeenstemmende aanwijzingen bestaan dat het is genomen ter bereiking van andere doeleinden dan die welke zijn aangevoerd [arresten Gerecht van 24 april 1996, *Industrias Pesqueras Campos e.a./Commissie*, T-551/93 en T-231/94–T-234/94, *Jurispr. blz. II-247*, punt 168, en 12 januari 2000, *DKV/BHIM (COMPANYLINE)*, T-19/99, *Jurispr. blz. II-1*, punt 33].
- ⁸⁹ In casu heeft verzoekster evenwel niet aangetoond en zelfs niet aangevoerd dat er dergelijke aanwijzingen bestaan. Wat volgens haar misbruik van bevoegdheid uitmaakt, is hooguit een eventuele beoordelingsfout die kan neerkomen op schending van de bepalingen van de artikelen 4, 6 en 7 van verordening nr. 6/2002. Uit het onderzoek van het eerste en het tweede middel blijkt echter dat verzoeksters betoog op dat punt in elk geval ongegrond is.
- ⁹⁰ Wat de vermeende schending van verzoeksters rechten van verdediging betreft, blijkt uit artikel 62 van verordening nr. 6/2002 dat de beslissingen van het BHIM slechts kunnen worden genomen op gronden waartegen de partijen verweer hebben kunnen voeren. In casu heeft verzoekster voor de instanties van het BHIM haar standpunt uiteengezet over de bewijskracht van de verzendfactuur, de vrijheid van de ontwerper, het feit dat de afbeelding van het model SYMBICORT onvolledig is en het belang van het bevestigingselement in de algemene indruk die een horloge aan een halslint oproept. Dat het bevestigingselement geen door het litigieuze model beschermd element is, werd uitdrukkelijk vermeld in punt 21 van de beslissing van de nietigheidsafdeling, zodat verzoekster in de beroepsprocedure de gelegenheid had opmerkingen

daarover te maken. Bijgevolg moet ook de grief betreffende schending van verzoeksters rechten van verdediging worden afgewezen.

- 91 Voor zover de argumenten die verzoekster met haar derde middel aanvoert, nog in die zin kunnen worden uitgelegd dat zij daarmee niet-nakoming van de motiveringsplicht van artikel 62 van verordening nr. 6/2002 stelt, of van de verplichting tot onderzoek van de door de partijen aangevoerde feiten, bewijselementen en argumenten van artikel 63, lid 1, van deze verordening, dient te worden vastgesteld dat in de bestreden beslissing op een samenhangende en voldoende gedetailleerde wijze wordt uitgelegd waarom de kamer van beroep de bewijzen betreffende het model SYMBICORT, inzonderheid de verzendfactuur, als geloofwaardig en bewijskrachtig heeft beschouwd (punten 7 en 15-17 van de bestreden beslissing) en bovendien heeft geoordeeld dat het litigieuze model in de perceptie van de geïnformeerde gebruiker dezelfde algemene indruk als het model SYMBICORT opriep, gelet op de vrijheid van de ontwerper (punten 18-22 van de bestreden beslissing). Derhalve is de bestreden beslissing op dit punt niet onrechtmatig.
- 92 Gelet op het voorgaande dient het derde middel te worden afgewezen.
- 93 Aangezien geen van de door verzoekster aangevoerde middelen gegrond is voor zover zij zien op het bewijs van de openbaarmaking van het model SYMBICORT en de vergelijking van dit model met het litigieuze model, behoeven deze middelen niet meer te worden onderzocht wat de modellen C en F betreft, overeenkomstig hetgeen in de punten 12 tot en met 15 van het onderhavige arrest is uiteengezet. De door de kamer van beroep gemaakte vergelijking van het litigieuze model met het model SYMBICORT is immers als grondslag voor de bestreden beslissing toereikend.
- 94 Derhalve dient het beroep in zijn geheel te worden verworpen.

Kosten

- ⁹⁵ Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van het BHIM te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT (Vierde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Het beroep wordt verworpen.**

- 2) **Sphere Time wordt verwezen in de kosten.**

Pelikánová

Jürimäe

Van der Woude

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 14 juni 2011.

ondertekeningen