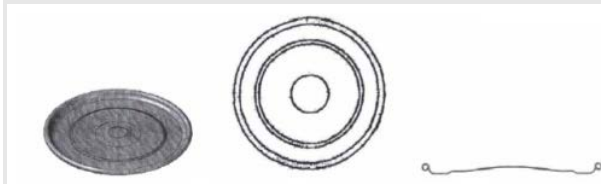


Gerecht EU, 18 maart 2010, Grupo Promer Mon Graphic v BHIM

Bekrachtigd: [IEPT20111020, HvJEU, PepsiCo & Grupo v BHIM](#)



MODELRECHT

Kwade trouw geen grond voor nietigheid gemeenschapsmodel

- [Het Gerecht merkt op dat artikel 25, lid 1, van verordening nr. 6/2002 de gronden voor nietigheid van een gemeenschapsmodel opsomt. Deze lijst moet als uitputtend worden beschouwd, aangezien dit artikel bepaalt dat een model enkel op basis van een van de in deze bepaling vastgestelde gronden nietig kan worden verklaard. Geconstateerd moet evenwel worden dat kwade trouw van de houder van het betwiste model daarin niet wordt vermeld.](#)

Bovendien zij eraan herinnerd dat verzoekster haar vordering tot nietigverklaring heeft gebaseerd op 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 op het bestaan van een ouder recht in de zin van artikel 25, lid 1, sub d, van deze verordening. In het kader van het onderzoek van deze nietigheidsgronden moet dan ook worden geoordeeld dat de vraag inzake de beweerdte kwade trouw van interveniënte irrelevant is, aangezien een uitspraak over het gedrag van de houder van het betwiste model hier niet aan de orde is.

Strijdigheid met ouder model

- [artikel 25, lid 1, sub d, van verordening nr. 6/2002 moet aldus worden uitgelegd dat een gemeenschapsmodel strijdig is met een ouder model wanneer dit gemeenschapsmodel, rekening houdend met de vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling ervan, bij de geïnformeerde gebruiker geen andere algemene indruk wekt dan die van het ingeroepen oudere model.](#)

Voortbrengsel waarin model wordt verwerkt

- [rekening moet worden gehouden met de desbetreffende opgave in de aanvraag voor inschrijving van dit model rekening, maar in voorkomend geval ook met het model zelf, voor zover daaruit de aard van het voortbrengsel, de bestemming of de functie ervan naar voor komt.](#)

56 Derhalve volgt uit artikel 36, lid 6, van verordening nr. 6/2002 dat bij de vaststelling van het voortbrengsel waarin het betwiste model zal worden verwerkt of waarop het zal worden toegepast, met de desbetreffende

de opgave in de aanvraag voor inschrijving van dit model rekening moet worden gehouden, maar in voorkomend geval ook met het model zelf, voor zover daaruit de aard van het voortbrengsel, de bestemming of de functie ervan naar voor komt.

- [Wanneer het model zelf in aanmerking wordt genomen, kan het voortbrengsel mogelijkserwijs binnen de bij de inschrijving opgegeven ruimere categorie voortbrengselen worden afgebakend, en kan bijgevolg daadwerkelijk worden vastgesteld wie de geïnformeerde gebruiker is en welke mate van vrijheid de ontwerper bij de ontwikkeling van het model had.](#)

Voortbrengsel: “rappers” in plaats van reclamemateriaal voor spellen

- [de kamer van beroep heeft terecht 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.](#)

Ook al staat tussen partijen vast dat het betwiste model evenals het oudere model bestemd is om op reclamemateriaal voor spellen te worden toegepast, blijkt uit onderzoek van het model zelf dat het om een specifieke categorie reclamemateriaal voor spellen gaat. Bovendien heeft interveniënte, zoals de kamer van beroep in punt 17 van de bestreden beslissing heeft aangegeven, voor de kamer van beroep gegevens over de betrokken voortbrengselen – inzonderheid over de door haar sinds 1995 verhandelde „tazos” – overgelegd. De kamer van beroep kon dan ook oordelen dat interveniënte ervoor had gezorgd dat de aard en de functie van de voortbrengselen, te weten stukken speelgoed die onder de benamingen „pogs”, „rappers” of „tazos” bekend zijn, concreet kon worden bepaald. Verder heeft de kamer van beroep in punt 16 van de bestreden beslissing gepreciseerd dat dit specifieke reclamemateriaal voor spellen voor jonge kinderen bestemd was en in de regel als reclame voor koekjes of snacks op basis van aardappel diende, waarover partijen het ook eens zijn.

60 Bijgevolg moet worden geconcludeerd dat de kamer van beroep terecht heeft 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.

Beperkte ontwerp vrijheid

- [Sterk beperkte ontwerp vrijheid wegens in voortbrengsel te integreren gemeenschappelijke kenmerken en veiligheidseisen](#)

Derhalve moet worden geconcludeerd dat de kamer van beroep in de bestreden beslissing terecht heeft geoordeeld dat, op de datum van de voorrang waarop voor het betwiste model aanspraak wordt gemaakt, de vrijheid van de ontwerper „sterk beperkt” was, aangezien deze de voormelde gemeenschappelijke kenmer-

ken in zijn model voor het betrokken voortbrengsel diende te integreren.

Zoals de kamer van beroep in punt 20 van de bestreden beslissing heeft onderstreept, werd de vrijheid van de ontwerper bovendien ook beperkt door het vereiste dat het om goedkope artikelen moet gaan die aan de veiligheidsnormen voor kinderen beantwoorden en die moeten kunnen worden toegevoegd aan de producten waarvan zij de promotie verzekeren.

Betwiste model wekt geen van het oudere model verschillende algemene indruk

• [Gelet op de in de punten 79 tot en met 81 supra ge-noemde gelijkenissen moet worden geoordeeld dat de door de kamer van beroep in punt 23 van de bestreden beslissing \(zie punt 83 supra\) vastgestelde verschillen niet volstaan om te concluderen dat het betwiste model bij de geïnformeerde gebruiker een algemene indruk wekt die verschilt van die van het oudere model.](#)

Vindplaatsen: IER 2010, nr. 43, p. 315, m.nt. Speyart, BMM Bulletin 2010, jaargang 36, p. 131

Gerecht EU, Aanleg, 18 maart 2010

(M. Vilaras, M. Prek en V. M. Ciucă)

ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer)

18 maart 2010 (*)

„Gemeenschapsmodel – Nietigheidsprocedure – Ingeschreven gemeenschapsmodel dat cirkelvormige reclamedrager weergeeft – Ouder gemeenschapsmodel – Nietigheidsgrond – Strijdigheid – Geen andere algemene indruk – Begrip ‚strijdigheid‘ – Betrokken voortbrengsel – Mate van vrijheid van ontwerper – Geïnformeerde gebruiker – Artikelen 10 en 25, lid 1, sub d, van verordening (EG) nr. 6/2002”

In zaak T 9/07,

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

verzoekster,

tegen

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

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

PepsiCo, Inc., gevestigd te New York, New York (Verenigde Staten), vertegenwoordigd door E. Armijo Chávarri en A. Castán Pérez-Gómez, advocaten,

betreffende een beroep tegen de beslissing van de derde kamer van beroep van het BHIM van 27 oktober 2006 (zaak R 1001/2005-3) inzake een nietigheidsprocedure tussen Grupo Promer Mon Graphic, SA en PepsiCo, Inc.,

wijst

HET GERECHT (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: M. Vilaras, kamerpresident, M. Prek en V. M. Ciucă (rapporteur), rechters,

griffier: J. Palacio González, hoofdadministrateur,

gezien het op 9 januari 2007 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 27 april 2007 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van het BHIM,

gezien de op 30 april 2007 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van interveniënte,

na de terechtzitting op 8 juli 2009,

het navolgende

Arrest

Rechtskader

1. Verordening (EG) nr. 6/2002

1 De regeling inzake gemeenschapsmodellen is neergelegd in verordening (EG) nr. 6/2002 van de Raad van 12 december 2001 betreffende gemeenschapsmodellen (PB 2002, L 3, blz. 1).

2 Artikel 3, sub a, van verordening nr. 6/2002 bepaalt:

„In deze verordening wordt verstaan onder:

a) ‚model‘: de verschijningsvorm van een voortbrengsel of een deel ervan, die wordt afgeleid uit de kenmerken van met name de lijnen, de omtrek, de kleuren, de vorm, de textuur en/of de materialen van het voortbrengsel zelf en/of de versiering ervan.”

3 Artikel 10 van verordening nr. 6/2002 luidt als volgt:

„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.”

4 Artikel 25 van verordening nr. 6/2002, in de op de feiten van de onderhavige zaak toepasselijke versie ervan, bepaalt:

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

a) het model stemt niet overeen met de omschrijving van artikel 3, sub a;

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

c) de houder van het recht kan krachtens een rechterlijke beslissing geen aanspraak op het gemeenschapsmodel maken uit hoofde van artikel 14;

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;

e) in een later model wordt van een onderscheidend teken gebruik gemaakt en het gemeenschapsrecht of het recht van de lidstaat dat op dat teken van toepassing is, staat de houder van het recht op het teken toe dat gebruik te verbieden;

f) in het model wordt zonder toestemming gebruik gemaakt van een werk dat in een lidstaat auteursrechtelijk is beschermd;

g) het model vormt een oneigenlijk gebruik van een van de in artikel 6 ter van het Verdrag van Parijs ter bescherming van de industriële eigendom, hierna „Verdrag van Parijs” genoemd, genoemde zaken, of van kentekenen, emblemen en wapens die niet onder genoemd artikel 6 ter vallen en die in een lidstaat van bijzonder algemeen belang zijn.

[...]

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.

[...]

5 Artikel 36 van verordening nr. 6/2002 bepaalt:

„[...]”

2. De aanvraag moet verder een opgave bevatten van de voortbrengselen waarin het model zal worden verwerkt of waarop het zal worden toegepast.

[...]

6. De informatie die krachtens lid 2 en lid 3, sub a en d, wordt verstrekt, is niet van invloed op de draagwijdte van de bescherming van het model als zodanig.”

6 Volgens artikel 43 van verordening nr. 6/2002 „[heeft] [h]et recht van voorrang [...] ten gevolge dat voor de toepassing van [...] artikel 25, lid 1, sub d, [...] de datum van voorrang als de datum van indiening van de aanvraag om een ingeschreven gemeenschapsmodel wordt beschouwd”.

7 Artikel 52, lid 1, van verordening nr. 6/2002 bepaalt 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 Volgens artikel 61, lid 1, van verordening nr. 6/2002 „[kan] [t]egen de beslissingen in beroep van de kamers van beroep [...] beroep worden ingesteld bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen”.

9 Artikel 62, eerste volzin, van verordening nr. 6/2002, bepaalt:

„De beslissingen van het [BHIM] worden met redenen omkleed.”

2. Richtlijn 98/71/EG

10 Artikel 1, sub a, van richtlijn 98/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1998 inzake de rechtsbescherming van modellen (PB L 289, blz. 28), bepaalt:

„In deze richtlijn wordt verstaan onder:

a) „model”: de verschijningsvorm van een voortbrengsel of een deel ervan, die wordt afgeleid uit de kenmerken van met name de lijnen, de omtrek, de kleuren, de vorm, de textuur en/of de materialen van het voortbrengsel zelf en/of de versiering ervan.”

11 Artikel 9 van richtlijn 98/71 luidt als volgt:

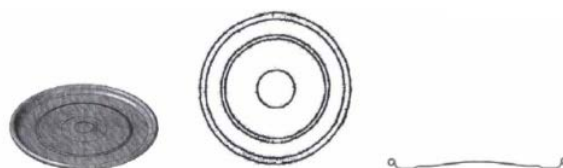
„1. De bescherming krachtens het modelrecht omvat elk model dat bij de geïnformeerde gebruiker geen andere algemene indruk wekt.

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.”

Voorgeschiedenis van het geding

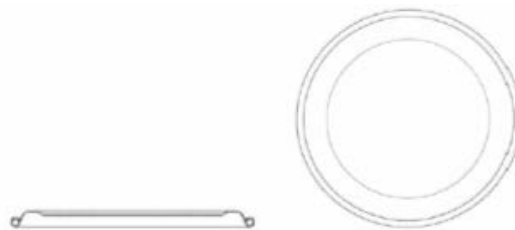
12 Op 9 september 2003 heeft interveniënte, PepsiCo, Inc., krachtens verordening nr. 6/2002 een aanvraag voor inschrijving van een gemeenschapsmodel ingediend bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM). Bij de inschrijvingsaanvraag heeft zij aanspraak 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.

13 Het gemeenschapsmodel is onder nummer 74463-0001 ingeschreven voor de volgende voortbrengselen: „reclamemateriaal voor spellen”. Het is hierna afgebeeld:



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

15 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:



16 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.

17 Op 20 juni 2005 heeft de nietigheidsafdeling van het BHIM het betwiste model nietig verklaard krachtens artikel 25, lid 1, sub d, van verordening nr. 6/2002.

18 Op 18 augustus 2005 heeft interveniënte bij het BHIM beroep tegen de beslissing van de nietigheidsafdeling ingesteld op basis van de artikelen 55 tot en met 60 van verordening nr. 6/2002.

19 Bij beslissing van 27 oktober 2006 (hierna: „bestreden beslissing”) heeft de derde kamer van beroep van

het BHIM de beslissing van de nietigheidsafdeling vernietigd en de vordering tot nietigverklaring afgewezen. Na verzoeksters argument betreffende de kwade trouw van interveniënte 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. 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 en conclusies van partijen

20 Verzoekster vordert dat het Gerecht:

- de bestreden beslissing vernietigt;
- het BHIM en interveniënte verwijst in de kosten van de onderhavige procedure en van de procedure voor de derde kamer van beroep.

21 Het BHIM en interveniënte vorderen dat het Gerecht:

- het beroep verwerpt;
- verzoekster verwijst in de kosten.

In rechte

1. Voor het eerst voor het Gerecht overgelegde stukken

22 Het BHIM en interveniënte betwisten de ontvanke-lijkheid van de stukken die in de bijlagen nrs. 6 tot en met 9 bij het verzoekschrift zijn opgenomen. Deze stukken zijn niet in een eerder stadium van de procedure overgelegd. Stuk nr. 6 bestaat uit uittreksels uit de internetsite van het BHIM, betreffende twee op 9 maart 2004 gepubliceerde inschrijvingen van gemeenschapsmodellen die zeshoekige spelfiguurtjes weergeven. Stuk nr. 7 is een gedeeltelijke kopie van een tussen verzoekster en een andere onderneming gesloten privaatrechtelijke overeenkomst. Stuk nr. 8 is een uittreksel uit een internetsite met informatie over „pogs” en „tazos”. Stuk nr. 9 is een document waarin een assortiment producten van verzoekster wordt toegelicht, de zogenoemde reeks „BEYBLADE™ SPINNERS”.

23 In antwoord op een door het Gerecht gestelde vraag heeft verzoekster bevestigd dat de stukken nrs. 6 tot en met 9 voor het eerst voor het Gerecht zijn overgelegd, waarbij zij evenwel heeft gepreciseerd dat zij deze documenten heeft overgelegd tegen de achtergrond van de motivering en het dispositief van de bestreden beslissing.

24 Deze stukken, die voor het eerst voor het Gerecht zijn overgelegd, kunnen niet in aanmerking worden genomen. Een beroep bij het Gerecht is immers gericht op toetsing van de rechtmatigheid van de beslissingen van de kamers van beroep van het BHIM in de zin van artikel 61 van verordening nr. 6/2002, zodat het Gerecht niet tot taak heeft, de feiten opnieuw te onderzoeken

tegen de achtergrond van bewijsstukken die voor het eerst voor hem zijn aangevoerd. Deze stukken dienen dus buiten beschouwing te worden gelaten en de bewijskracht ervan hoeft niet te worden onderzocht [zie, in die zin en naar analogie, arrest Gerecht van 24 november 2005, Sadas/BHIM – LTJ Diffusion (ARTHUR ET FELICIE), T 346/04, Jurispr. blz. II 4891, punt 19 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

25 Bovendien wordt aan deze conclusie niet afgedaan door het door verzoekster ter terechtzitting aangevoerde argument dat zij voornoemde documenten heeft overgelegd, gelet op de bewoordingen van de bestreden beslissing.

2. Ten gronde

26 Verzoekster voert drie middelen aan, ontleend aan, in de eerste plaats, kwade trouw van interveniënte en restrictieve uitlegging in de bestreden beslissing van verordening nr. 6/2002, in de tweede plaats, het feit dat het betwiste model niet nieuw is, en, in de derde plaats, schending van artikel 25, lid 1, sub d, van verordening nr. 6/2002.

Middel betreffende kwade trouw van interveniënte en de restrictieve uitlegging van verordening nr. 6/2002

27 Verzoekster betwist de bestreden beslissing op grond dat de kamer van beroep verordening nr. 6/2002 restrictief heeft uitgelegd door geen rekening te houden met kwade trouw van interveniënte. Verzoekster wijst er in dit verband op dat zij interveniënte haar model bij brief van 21 februari 2003 „privé en vertrouwelijk” „beschikbaar” heeft gesteld in het kader van handelsbesprekingen, en naar het feit dat de basislijnen van dit model in het betwiste model, waarvoor de aanvraag nadien is ingediend, zijn gekopieerd. De datum waarop het oudere model voor het publiek beschikbaar is gesteld, is dan ook van weinig belang en aangezien de publicatiedata op toeval berusten, is in casu enkel de vraag van belang of de aanvraag voor het oudere model vóór die voor het betwiste model is ingediend en of de datum van voorrang waarop aanspraak wordt gemaakt, daaraan voorafgaat.

28 Het BHIM en interveniënte betwisten de argumenten van verzoekster.

29 De kamer van beroep heeft in punt 25 van de bestreden beslissing geoordeeld dat het op kwade trouw van de houder van het betwiste model gebaseerde argument irrelevant was, aangezien niet de vraag aan de orde was of één van de betrokken modellen van het andere model was gekopieerd, maar of deze modellen dezelfde algemene indruk wekten.

30 Het Gerecht merkt op dat artikel 25, lid 1, van verordening nr. 6/2002 de gronden voor nietigheid van een gemeenschapsmodel opsomt. Deze lijst moet als uitputtend worden beschouwd, aangezien dit artikel bepaalt dat een model enkel op basis van een van de in deze bepaling vastgestelde gronden nietig kan worden verklaard. Geconstateerd moet evenwel worden dat kwade trouw van de houder van het betwiste model daarin niet wordt vermeld.

31 Bovendien zij eraan herinnerd dat verzoekster haar vordering tot nietigverklaring heeft gebaseerd op 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 op het bestaan van een ouder recht in de zin van artikel 25, lid 1, sub d, van deze verordening. In het kader van het onderzoek van deze nietigheidsgronden moet dan ook worden geoordeeld dat de vraag inzake de beweerdte kwade trouw van interveniënte irrelevant is, aangezien een uitspraak over het gedrag van de houder van het betwiste model hier niet aan de orde is.

32 Anders dan verzoekster beweert, vormt ten slotte de datum van de beschikbaarstelling voor het publiek van het ter onderbouwing van de vordering tot nietigverklaring ingeroepen model één van de criteria voor toepassing van artikel 25, lid 1, sub b en d, van verordening nr. 6/2002. Verzoekster geeft evenwel aan dat het oudere model bij brief van 21 februari 2003 „privé en vertrouwelijk” aan interveniënte „beschikbaar is gesteld”, en op 1 november 2003 voor het publiek beschikbaar is gesteld. Vastgesteld moet dus worden dat het model niet op 21 februari 2003 voor het publiek beschikbaar is gesteld, en dat deze „beschikbaarstelling” niet kan worden ingeroepen met het oog op de toepassing van artikel 25, lid 1, sub b en d, van verordening nr. 6/2002.

33 Bijgevolg dient het middel dat op kwade trouw van interveniënte en op een restrictieve uitlegging van verordening nr. 6/2002 is gebaseerd, te worden afgewezen.

34 Vervolgens moet het middel worden onderzocht dat aan schending van artikel 25, lid 1, sub d, van verordening nr. 6/2002 is ontleend.

Middel betreffende schending van artikel 25, lid 1, sub d, van verordening nr. 6/2002

Argumenten van partijen

35 Verzoekster betoogt in de eerste plaats dat de „tazos” of „rappers” geen categorie voortbrengselen op zich vormen, maar deel uitmaken van de categorie reclamemateriaal voor spellen. Zij verwijt de kamer van beroep, in de punten 16 tot en met 18 van de bestreden beslissing te verwijzen naar voortbrengselen die onder de benamingen „tazos”, „pogs” of „rappers” bekendstaan, alsof het om dezelfde voortbrengselen gaat, en ervan uit te gaan dat het woord „tazos” de Spaanse vertaling van de Engelse term „rappers” is. De „pogs” dateren evenwel van de jaren 1920 en zijn erg platte, tweedimensionale stukken in karton die zeer moeilijk bewogen of omgedraaid kunnen worden. De „rappers” hebben daarentegen een metalen oppervlak, waardoor ze uitermate gemakkelijk bewogen en omgedraaid kunnen worden. Door hun centraal gedeelte en hun samenstelling in metaal verschillen ze in grote mate van de „pogs” of „tazos”, die in de jaren 1994-1998 zijn gecreëerd, en er kan op een andere manier mee worden gespeeld.

36 In de tweede plaats betwist verzoekster dan ook onder verwijzing naar de categorie reclamemateriaal voor spellen de conclusie in punt 20 van de bestreden beslissing dat de vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het betwiste model „sterk beperkt” was.

37 In de derde plaats is de geïnformeerde gebruiker volgens verzoekster een kind van ongeveer vijf à tien jaar oud, en niet een marketingdirecteur zoals in punt 16 van de bestreden beslissing is aangegeven. Een marketingdirecteur in de voedingsindustrie is geen eindgebruiker en bezit een grotere deskundigheid dan de simpele gebruiker.

38 In de vierde plaats wekken de betrokken modellen dezelfde algemene indruk, aangezien, anders dan in de punten 22 en 24 van de bestreden beslissing is aangegeven, de verschillen in profiel tussen deze modellen niet duidelijk zijn, daar deze verschillen slechts mits bijzondere aandacht en een nauwgezette bestudering van de schijf kunnen worden waargenomen. Verzoekster betwijfelt of een jong kind het profiel van de schijven zeer aandachtig zal onderzoeken om hun verschillen te ontdekken.

39 Het BHIM betoogt in de eerste plaats dat het aan partijen staat om informatie te verstrekken over de concrete aard van het betrokken voortbrengsel, over de specifieke kenmerken van de betrokken markt en over de wijze waarop de geïnformeerde gebruiker de modellen op deze markt opvat. Interveniente heeft voor de kamer van beroep informatie over het betrokken voortbrengsel verstrekt en „plots zou het duidelijk zijn geworden” dat „pogs” een specifieke categorie voortbrengselen vormt, waarvoor er een eigen markt bestaat en waarvan de bijzondere wijze van gebruik een invloed op de vorm en de kenmerken ervan heeft. Onder verwijzing naar punt 17 van de bestreden beslissing betoogt het BHIM dat interveniente aldus het bewijs heeft geleverd dat de geïnformeerde gebruiker kennis heeft van de cirkelvormige en platte spellen die eventueel als reclamemateriaal worden gedistribueerd, inzonderheid in de voedingssector.

40 In de tweede plaats herinnert het BHIM eraan dat de door partijen voor de kamer van beroep overgelegde „pogs” volgens punt 20 van de bestreden beslissing alle uit platte schijfjes in plastic of in karton bestaan waarop afbeeldingen zijn gedrukt en waarmee via het verhoogde centrale gedeelte ervan geluid kan worden gemaakt door op het middelpunt van de „pog” te duwen. Het BHIM voegt hieraan toe dat het licht uitspringende centrale deel van het schijfje in metaal moet zijn vervaardigd om geluid te kunnen produceren, dat deze zich daardoor ook veel gemakkelijker omdraait, waardoor toeval een rol in het spel kan gaan spelen, en dat het om een basisvorm moet gaan teneinde de afbeelding op de „pogs” niet te vervormen. Om veiligheidsredenen moet de rand worden afgerond en het centrale, licht uitspringende gedeelte mag niet hoger zijn dan de randen, om de „pogs” te kunnen stapelen. De conclusie van de kamer van beroep dat de vrijheid van de ontwerper door deze vereisten wordt beperkt, is dus juist. Ten slotte is volgens het BHIM de in punt 24 van de bestreden beslissing getrokken conclusie gegrond, zo het Gerecht aanvaardt dat – op de datum van voorrang van het oudere model – de geïnformeerde gebruiker van een voortbrengsel zoals een „pog” of van elk ander tot deze specifieke categorie voortbrengselen behorend voortbrengsel verwachtte dat

het de vorm van een schijf had, aangezien dit de norm van de betrokken industriële sector was.

41 In de derde plaats is de geïnformeerde gebruiker niet onwetend, en dus oplettend, en heeft hij ook enige kennis van vorige modellen en van de trends betreffende het voortbrengsel op de betrokken markt. Hij is evenwel noch de ontwerper noch de fabrikant van dit voortbrengsel. Met name kan hij de betrokken modellen rechtstreeks met elkaar vergelijken. Het BHIM wijst er in antwoord op het desbetreffende argument van verzoekster op dat een kind van vijf à tien jaar oud in casu even oplettend zal zijn als om het even welke categorie volwassenen, zo niet oplettender.

42 In de vierde plaats sluit verzoekster zich volgens het BHIM aan bij de in de punten 22 en 23 van de bestreden beslissing getrokken conclusie dat de vergelijking van de modellen moet worden beperkt tot de grafische weergaven ervan. Dat de betrokken modellen bestemd zijn om op metalen schijven te worden toegepast, is irrelevant, aangezien dit niet in de inschrijvingen is gespecificeerd. De bestreden beslissing vermeldt de profielverschillen omdat de uitsprong van de betrokken modellen niet zichtbaar is in bovenaanzicht. Gelet op de beperkte vrijheid van de ontwerper volstaan zelfs geringe verschillen om een andere algemene indruk te creëren. Met betrekking tot de twee voornaamste aspecten waarvoor de vrijheid van de ontwerper tot uiting komt, te weten de keuze van de tekening die het centrale deel van de „pogs” siert en de schikking daarvan op dit verhoogde oppervlak, verschillen de betrokken modellen.

43 Interveniente voert in de eerste plaats aan dat „tazos” of „rappers” een specifieke categorie reclamemateriaal vormen waartoe ook metalen „tazos” of „rappers” behoren. Zij verhandelt dit soort producten al meer dan tien jaar. Dat deze voortbrengselen in metaal zijn vervaardigd is verder van geen belang, aangezien dit kenmerk louter functioneel is.

44 In de tweede plaats blijkt uit alle door partijen voor het BHIM overgelegde stalen van „tazos” of „rappers” dat de door verzoekster en interveniente verhandelde voortbrengselen plat en rond zijn, een afgeronde rand hebben en zijn bedrukt met afbeeldingen in kleur. De ontwerper beschikt voor deze voortbrengselen slechts over een zeer geringe mate van vrijheid en kleine bijzonderheden volstaan om een verschillende andere algemene indruk te creëren.

45 Wat in de derde plaats de geïnformeerde gebruiker betreft, is vooral van belang – of het nu om een kind of om een marketingdirecteur gaat – dat deze het fenomeen „tazos” of „rappers” kent, zoals de kamer van beroep in de punten 17 en 19 van de bestreden beslissing heeft onderstreept. Aangezien deze gebruiker in staat is om alle van de norm afwijkende kleine verschillen tussen de verschillende soorten „tazos” of „rappers” op te merken, bieden de marketingondernemingen op de markt meer geperfectioneerde types ervan aan.

46 In de vierde plaats wekken de betrokken modellen een andere algemene indruk, zoals de kamer van beroep in de punten 21 tot en met 26 van de bestreden beslissing aantoonde. De bovenkanten van deze model-

len, te weten de zijden die voor de gebruikers het meest zichtbaar zijn, vertonen aanzienlijke verschillen, waardoor deze verschillen niet als onbeduidend kunnen worden aangemerkt, zeker niet voor een geïnformeerde gebruiker.

Beoordeling door het Gerecht

47 Luidens artikel 25, lid 1, sub d, van verordening nr. 6/2002 kan een gemeenschapsmodel nietig worden verklaard indien het strijdig is 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 voor inschrijving als gemeenschapsmodel of door een ingeschreven modelrecht van een lidstaat of een aanvraag voor een dergelijk recht.

48 Aangezien het begrip „strijdig” in verordening nr. 6/2002 als zodanig niet is gedefinieerd, dient het te worden verduidelijkt. In de punten 14 en 15 van de bestreden beslissing heeft de kamer van beroep – evenals de nietigheidsafdeling – geoordeeld dat sprake is van strijdigheid tussen twee modellen wanneer zij eenzelfde algemene indruk bij de geïnformeerde gebruiker wekken en dat dienaangaande rekening moet worden gehouden met de mate van vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het betwiste model.

49 Met het oog op de uitlegging van artikel 25, lid 1, sub d, van verordening nr. 6/2002 moet eraan worden herinnerd dat overeenkomstig artikel 10 van verordening nr. 6/2002 – wanneer het om een gemeenschapsmodel gaat – en overeenkomstig artikel 9 van richtlijn 98/71 – wanneer het om een in een lidstaat ingeschreven model gaat – de door een model verleende bescherming elk model omvat dat bij de geïnformeerde gebruiker geen andere algemene indruk wekt, en dat bij de beoordeling van de draagwijdte van deze bescherming rekening moet worden gehouden met de mate van vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het model.

50 In dit verband moet er om te beginnen op worden gewezen dat de bewoordingen van artikel 10, lid 1, van verordening nr. 6/2002, evenals die van artikel 9, lid 1, van richtlijn 98/71, in de meeste taalversies aangeven dat het om een „andere algemene indruk” gaat. Twee taalversies (namelijk de Franse en de Roemeense), wat artikel 10 van verordening nr. 6/2002 betreft, en één taalversie (namelijk de Franse), wat artikel 9 van richtlijn 98/71 betreft, bepalen dat het om een „andere visuele algemene indruk” gaat. Daar een model volgens de bewoordingen van artikel 3, sub a, van verordening nr. 6/2002 en artikel 1, sub a, van richtlijn 98/71 evenwel louter de verschijningsvorm van een voortbrengsel of een deel ervan is, moet worden geoordeeld dat de algemene indruk waarvan de artikelen 10, lid 1, van verordening nr. 6/2002 en 9, lid 1, van richtlijn 98/71 gewagen, enkel visueel kan zijn. Het verschil in formulering tussen de taalversies leidt dus niet tot een verschil in betekenis van deze bepaling.

51 Voorts volgt uit artikel 10, lid 2, van verordening nr. 6/2002 en artikel 9, lid 2, van richtlijn 98/71 dat bij de beoordeling of een model strijdig is met een ouder model, rekening moet worden gehouden met de vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het model.

52 Bijgevolg moet artikel 25, lid 1, sub d, van verordening nr. 6/2002 aldus worden uitgelegd dat een gemeenschapsmodel strijdig is met een ouder model wanneer dit gemeenschapsmodel, rekening houdend met de vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling ervan, bij de geïnformeerde gebruiker geen andere algemene indruk wekt dan die van het ingeroepen oudere model. De kamer van beroep kan dan ook op goede gronden die uitlegging hanteren.

53 Opgemerkt zij dat enkel aan de hand van deze uitlegging van artikel 25, lid 1, sub d, van verordening nr. 6/2002 de rechten van de houder van een model dat in de zin van deze bepaling vanaf een eerder tijdstip wordt beschermd, kunnen worden beschermd tegen elke inbreuk op dit model door de co-existentie van een later gemeenschapsmodel dat bij de geïnformeerde gebruiker dezelfde algemene indruk wekt. Indien artikel 25, lid 1, sub d, van verordening nr. 6/2002 niet aldus werd uitgelegd, zou de houder van een ouder recht immers niet de nietigverklaring van een dergelijk later gemeenschapsmodel kunnen vorderen en zou hem de daadwerkelijke bescherming worden onthouden die artikel 10 van verordening nr. 6/2002 of artikel 9 van richtlijn 98/71 zijn model biedt.

– **Voortbrengsel waarin het model zal worden verwerkt of waarop het zal worden toegepast**

54 Verzoekster betwist de bestreden beslissing voor zover de kamer van beroep de categorie voortbrengselen waarop de modellen in kwestie betrekking hebben, als die van de „pogs”, „rappers” of „tazos” heeft afgebakend, terwijl deze voortbrengselen geen homogene categorie voortbrengselen vormen. Volgens verzoekster had de kamer van beroep de categorie reclamemateriaal voor spellen in aanmerking moeten nemen.

55 In dit verband moet worden opgemerkt dat aangezien een model volgens artikel 3, sub a, van verordening nr. 6/2002 de verschijningsvorm van een voortbrengsel is, de aanvraag voor inschrijving van een gemeenschapsmodel luidens artikel 36, lid 2, van deze verordening een opgave moet bevatten van de voortbrengselen waarin het model zal worden verwerkt of waarop het zal worden toegepast. Hierbij zij echter aangetekend dat hoewel de opgave van deze voortbrengselen in de aanvraag voor inschrijving van het model verplicht is, deze informatie overeenkomstig artikel 36, lid 6, van verordening nr. 6/2002 niet van invloed is op de draagwijdte van de bescherming van het model als zodanig.

56 Derhalve volgt uit artikel 36, lid 6, van verordening nr. 6/2002 dat bij de vaststelling van het voortbrengsel waarin het betwiste model zal worden verwerkt of waarop het zal worden toegepast, met de desbetreffende opgave in de aanvraag voor inschrijving van dit model rekening moet worden gehouden, maar in voorkomend geval ook met het model zelf, voor zover daaruit de aard van het voortbrengsel, de bestemming

of de functie ervan naar vóór komt. Wanneer het model zelf in aanmerking wordt genomen, kan het voortbrengsel mogelijkwijs binnen de bij de inschrijving opgegeven ruimere categorie voortbrengselen worden afgebakend, en kan bijgevolg daadwerkelijk worden vastgesteld wie de geïnformeerde gebruiker is en welke mate van vrijheid de ontwerper bij de ontwikkeling van het model had.

57 Er zij aan herinnerd dat de kamer van beroep in de punten 16 en 20 van de bestreden beslissing heeft geoordeeld dat de voortbrengselen waarin het model zal worden verwerkt of waarop het zal worden toegepast, bekend stonden als „pogs” of „rappers” in het Engels en als „tazos” in het Spaans, terwijl de nietigheidsafdeling de categorie reclamemateriaal voor spellen in aanmerking had genomen.

58 In casu is het betwiste model ingeschreven voor de volgende voortbrengselen: „reclamemateriaal voor spellen”.

59 Ook al staat tussen partijen vast dat het betwiste model evenals het oudere model bestemd is om op reclamemateriaal voor spellen te worden toegepast, blijkt uit onderzoek van het model zelf dat het om een specifieke categorie reclamemateriaal voor spellen gaat. Bovendien heeft interveniënte, zoals de kamer van beroep in punt 17 van de bestreden beslissing heeft aangegeven, voor de kamer van beroep gegevens over de betrokken voortbrengselen – inzonderheid over de door haar sinds 1995 verhandelde „tazos” – overgelegd. De kamer van beroep kon dan ook oordelen dat interveniënte ervoor had gezorgd dat de aard en de functie van de voortbrengselen, te weten stukken speelgoed die onder de benamingen „pogs”, „rappers” of „tazos” bekend zijn, concreet kon worden bepaald. Verder heeft de kamer van beroep in punt 16 van de bestreden beslissing gepreciseerd dat dit specifieke reclamemateriaal voor spellen voor jonge kinderen bestemd was en in de regel als reclame voor koekjes of snacks op basis van aardappel diende, waarover partijen het ook eens zijn.

60 Bijgevolg moet worden geconcludeerd dat de kamer van beroep terecht heeft 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.

– **Geïnformeerde gebruiker**

61 Verzoekster betwist de bestreden beslissing voor zover de kamer van beroep heeft geoordeeld dat de geïnformeerde gebruiker ook een marketingdirecteur kon zijn, terwijl de geïnformeerde gebruiker in casu een kind van ongeveer vijf à tien jaar oud is.

62 Met betrekking tot de geïnformeerde gebruiker moet worden geoordeeld dat deze noch fabrikant noch verkoper is van de voortbrengselen waarin de betrokken modellen zullen worden verwerkt of waarop deze zullen worden toegepast. De geïnformeerde gebruiker is in hoge mate oplettend en beschikt over een bepaalde kennis van de stand van de techniek, dat wil zeggen van de eerdere modellen betreffende het betrokken

voortbrengsel die op de datum van neerlegging van het betwiste model of – in voorkomend geval – op de datum van de voorrang waarop aanspraak wordt gemaakt, beschikbaar waren gesteld.

63 In dit verband moet worden geconstateerd dat de kamer van beroep de geïnformeerde gebruiker in casu weliswaar niet nauwkeurig heeft gedefinieerd, maar dat zij, anders dan verzoekster beweert, niet heeft uitgesloten dat het om een kind van ongeveer vijf à tien jaar oud kan gaan.

64 De kamer van beroep heeft in de punten 16 en 17 van de bestreden beslissing op goede gronden geoordeeld, dat de geïnformeerde gebruiker een kind van ongeveer vijf à tien jaar oud kan zijn of de marketingdirecteur van een onderneming die voortbrengselen vervaardigt waarvoor reclame wordt gemaakt door „pogs”, „rappers” of „tazos” aan te bieden. Uit de definitie van de geïnformeerde gebruiker, zoals die in punt 62 supra is gepreciseerd, vloeit immers voort dat, gelet op het feit dat de voortbrengselen waarop het betwiste model zal worden toegepast, „pogs”, „rappers” of „tazos” zijn, er in casu van moet worden uitgegaan dat de geïnformeerde gebruiker een bepaalde kennis van de stand van de techniek inzake deze voortbrengselen heeft. Aangezien het om stukken speelgoed gaat die meer bepaald voor kinderen bestemd zijn, kan deze gebruiker, zoals de kamer van beroep in de bestreden beslissing heeft aangegeven, dan ook een kind van ongeveer vijf à tien jaar oud zijn, hetgeen het BHIM noch interveniënte betwist. Aangezien het evenwel ook om een reclameartikel gaat, kan de geïnformeerde gebruiker in casu eveneens de marketingdirecteur zijn van een onderneming die dit soort voortbrengselen gebruikt om haar eigen producten te promoten.

65 Zoals de kamer van beroep in de punten 16 en 17 van de bestreden beslissing heeft benadrukt, of de geïnformeerde gebruiker nu een kind is van ongeveer vijf à tien jaar oud dan wel de marketingdirecteur van een onderneming die producten vervaardigt waarvoor reclame wordt gemaakt door „pogs”, „rappers” of „tazos” aan te bieden, van belang is dat deze twee categorieën personen het fenomeen „rappers” kennen.

– Mate van vrijheid van de ontwerper

66 Zich baserend op het feit dat het betwiste model betrekking heeft op de algemene categorie reclamemateriaal, betwist verzoekster de bestreden beslissing voor zover de kamer van beroep in punt 20 daarvan heeft geconcludeerd dat de vrijheid van de ontwerper in casu „sterk beperkt” was.

67 In dit verband dient erop te worden gewezen dat de mate van vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het model onder meer wordt bepaald door beperkingen als gevolg van het feit dat de technische functie van het voortbrengsel of een deel daarvan bepaalde kenmerken oplegt, of door de wettelijke voorschriften die voor het voortbrengsel gelden. Deze beperkingen leiden tot een normalisatie van bepaalde kenmerken, die aldus gemeenschappelijk worden voor alle op het betrokken voortbrengsel toegepaste modellen.

68 In punt 18 van de bestreden beslissing heeft de kamer van beroep verklaard dat alle in casu onderzochte

„rappers” of „tazos” platte of lichtelijk bolle kleine schijfjes waren, in plastic of in metaal. In punt 20 van deze beslissing heeft zij hieruit afgeleid dat de vrijheid waarover de met het ontwerp van een dergelijk voortbrengsel belaste ontwerper beschikte, „sterk beperkt” was, aangezien voor dit type voortbrengsel „het paradigma louter een platte of bijna platte kleine schijf zal zijn, waarop afbeeldingen in kleur kunnen worden gedrukt en die in het midden dikwijls bol is, waardoor een geluid wordt geproduceerd wanneer een kind met zijn vinger op het middelpunt van de schijf duwt”, waarbij moet worden aangetekend dat „een „rapper” zonder deze kenmerken weinig kans heeft om op de markt te worden aanvaard”.

69 Dienaangaande moet worden vastgesteld dat „pogs”, „rappers” of „tazos” cirkelvormig zijn en dat op de datum van indiening van de aanvraag voor inschrijving van het betwiste model, in casu op de datum van de voorrang waarop voor dit model aanspraak wordt gemaakt, „pogs”, „rappers” of „tazos” bovenvermelde – door de ontwerper in aanmerking te nemen – gemeenschappelijke kenmerken vertoonden, zoals deze in de punten 18 en 20 van de bestreden beslissing zijn beschreven en in punt 68 supra in herinnering zijn gebracht. Deze vaststelling wordt overigens door partijen niet ter discussie gesteld.

70 Derhalve moet worden geconcludeerd dat de kamer van beroep in de bestreden beslissing terecht heeft geoordeeld dat, op de datum van de voorrang waarop voor het betwiste model aanspraak wordt gemaakt, de vrijheid van de ontwerper „sterk beperkt” was, aangezien deze de voormelde gemeenschappelijke kenmerken in zijn model voor het betrokken voortbrengsel diende te integreren. Zoals de kamer van beroep in punt 20 van de bestreden beslissing heeft onderstreept, werd de vrijheid van de ontwerper bovendien ook beperkt door het vereiste dat het om goedkope artikelen moet gaan die aan de veiligheidsnormen voor kinderen beantwoorden en die moeten kunnen worden toegevoegd aan de producten waarvan zij de promotie verzekeren.

– Algemene indruk die de betrokken modellen bij de geïnformeerde gebruiker wekken

71 Verzoekster betwist de door de kamer van beroep in de bestreden beslissing getrokken conclusie dat de betrokken modellen bij de geïnformeerde gebruiker een andere algemene indruk wekken.

72 Bij de concrete beoordeling van de algemene indruk van de betrokken modellen op de geïnformeerde gebruiker, die een bepaalde kennis van de stand van de techniek heeft, dient rekening te worden gehouden met de mate van vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het betwiste model. Aangezien, zoals de kamer van beroep in punt 19 van de bestreden beslissing heeft opgemerkt, de gelijkenissen tussen de betrokken modellen gemeenschappelijke kenmerken betreffen, zoals deze in punt 67 supra zijn beschreven, zullen deze gelijkenissen dan ook van weinig belang 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.

73 Zoals in punt 68 supra in herinnering is gebracht, heeft de kamer van beroep, na in de punten 18 en 20 van de bestreden beslissing te hebben bepaald aan welke verplichtingen de ontwerper bij de ontwikkeling van het betwiste model onderworpen was, geoordeeld dat de vrijheid van de ontwerper in casu „sterk beperkt” was.

74 In punt 19 van de bestreden beslissing heeft de kamer van beroep tevens gepreciseerd dat, wat de door de betrokken modellen bij de geïnformeerde gebruiker gewekte algemene indruk betreft, deze laatste automatisch voorbij zou gaan aan „de volstrekt banale elementen die alle voorbeelden van het betrokken type voortbrengsel gemeen hebben” en zich zou concentreren op elementen die „willekeurig zijn of afwijken van de norm”.

75 Vervolgens heeft de kamer van beroep in de punten 21 tot en met 24 van de bestreden beslissing de betrokken modellen vergeleken door het oudere model en vervolgens het betwiste model te beschrijven, alvorens tot een „verschil in omtrek van de uitsprong in het midden van de schijven” te concluderen. In punt 24 van deze beslissing heeft zij hieruit afgeleid dat dit verschil in profiel, gelet op de beperkte mate van vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het betwiste model, volstond om te concluderen dat de modellen bij de geïnformeerde gebruiker een verschillende algemene indruk wekten.

76 De betrokken modellen moeten worden vergeleken aan de hand van de in punt 72 supra uiteengezette criteria, waarbij hun gelijkenissen en hun verschillen moeten worden onderzocht teneinde, rekening houdend met de mate van vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het betwiste model, vast te stellen of de kamer van beroep zonder blijk te geven van een onjuiste opvatting kon concluderen dat deze modellen een andere algemene indruk bij de geïnformeerde gebruiker creëerden.

77 Wat de gelijkenissen tussen de betrokken modellen betreft, heeft de kamer van beroep er in de eerste plaats in punt 22 van de bestreden beslissing op gewezen dat deze modellen beide uit een nagenoeg platte schijf bestonden. Aangezien dit – op de datum van de voorrang waarop voor het betwiste model aanspraak wordt gemaakt – een gemeenschappelijk kenmerk van alle modellen voor voortbrengselen van het type van het betrokken voortbrengsel betreft, zoals de kamer van beroep in de punten 18 en 20 van de bestreden beslissing heeft gepreciseerd, moet evenwel worden geoordeeld dat de geïnformeerde gebruiker, wat de door deze modellen gewekte algemene indruk betreft, niet op deze gelijkenis zal letten.

78 In de tweede plaats heeft de kamer van beroep er in punt 22 van de bestreden beslissing eveneens op gewezen dat vlakbij de rand van beide betrokken modellen een concentrische cirkel was aangebracht, teneinde de idee te creëren dat de schijf over de volledige rand was

omgebogen. Opgemerkt zij evenwel dat de betrokken modellen kunnen worden toegepast op een voortbrengsel in metaal, hetgeen verzoekster en interveniënte niet betwisten. Aangezien het voortbrengsel met name voor kinderen bestemd is, kan het bij deze omgebogen rand voor de ontwerper dus gaan om een beperking die verband houdt met veiligheidseisen, om te voorkomen dat de rand te scherp zou zijn, ingeval het voortbrengsel in metaal dan wel in plastic of zelfs in karton is vervaardigd. Aangezien deze gelijkenis tussen de betrokken modellen inzake een van hun kenmerken dus mogelijk-kerwijs verband houdt met een beperking voor de ontwerper, moet worden geoordeeld dat de geïnformeerde gebruiker daaraan geen aandacht zal besteden.

79 In de derde plaats bevatten beide modellen een concentrische cirkel die zich op een afstand van ongeveer één derde tussen de rand en het middelpunt van de schijf bevindt. De kamer van beroep heeft in punt 22 van de bestreden beslissing op deze gelijkenis gewezen, waarbij zij heeft verklaard dat deze cirkel de idee moet oproepen dat het centrale gedeelte lichtjes uitspringt. Niettemin zou dit centrale gedeelte door een andere vorm dan door een cirkel kunnen worden afgebakend. Dit wordt gestaafd door het feit dat uit de aanvraag voor inschrijving van het betwiste model die in het aan het Gerecht overgelegde dossier is opgenomen blijkt dat het betwiste model aanspraak op voorrang maakt betreffende Spaans model nr. 157156, dat drie varianten bevat, en dat dit centrale uitspringende gedeelte in deze varianten door een cirkel, een driehoek of een zeshoek wordt afgebakend. Deze vaststelling komt bovendien niet op losse schroeven te staan door het door het BHIM ter terechtzitting ontwikkelde argument dat een basisvorm moet worden gehanteerd teneinde de afbeelding die op de schijf kan worden aangebracht, niet te vervormen, aangezien een driehoekige, zeshoekige, of zelfs een vierkante of ovale vorm – in plaats van een cirkel – dit beeld niet méér zou vervormen. Aan deze vaststelling wordt evenmin afgedaan door het argument van het BHIM dat het om een cirkel moet gaan opdat het uitspringende centrale gedeelte bol kan zijn, aangezien het onder meer ook om een ovale vorm zou kunnen gaan.

80 In de vierde plaats vertonen de betrokken modellen een gelijkenis doordat de omgebogen rand van de schijf uitspringt ten opzichte van het gedeelte van de schijf dat zich tussen de rand en het uitspringende centrale gedeelte bevindt.

81 In de vijfde plaats vertonen de betrokken modellen 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.

82 Bij gebreke van enige specifieke desbetreffende verplichting voor de ontwerper betreffen de in de punten 79 tot en met 81 supra genoemde gelijkenissen elementen waarvoor de ontwerper vrijheid genoot bij de ontwikkeling van het betwiste model. De geïnformeerde gebruiker zal daaraan dan ook aandacht besteden, te meer daar de bovenkanten voor deze ge-

bruiker in casu het best zichtbaar zijn, zoals interveniënte zelf heeft verklaard.

83 Wat de verschillen tussen de betrokken modellen betreft, bevat het betwiste model, in bovenaanzicht, zoals de kamer van beroep in punt 23 van de bestreden beslissing heeft aangegeven, twee concentrische cirkels méér dan het oudere model. In zijaanzicht verschillen de twee modellen doordat het betwiste model bollier is. Geconstateerd moet evenwel worden dat aangezien de schijven niet heel erg bol zijn, gelet op de geringe dikte van de schijven, die welving door de geïnformeerde gebruiker met name in bovenaanzicht niet gemakkelijk zal worden opgemerkt, hetgeen door de daadwerkelijk verhandelde voortbrengselen zoals deze in het aan het Gerecht overgelegde dossier van het BHIM zijn opgenomen, wordt bevestigd.

84 Gelet op de in de punten 79 tot en met 81 supra genoemde gelijkenissen moet worden geoordeeld dat de door de kamer van beroep in punt 23 van de bestreden beslissing (zie punt 83 supra) vastgestelde verschillen niet volstaan om te concluderen dat het betwiste model bij de geïnformeerde gebruiker een algemene indruk wekt die verschilt van die van het oudere model.

85 Uit een en ander volgt dat de kamer van beroep in de bestreden beslissing ten onrechte heeft geconcludeerd dat de betrokken modellen bij de geïnformeerde gebruiker een verschillende algemene indruk wekken en dat zij niet strijdig zijn in de zin van artikel 25, lid 1, sub d, van verordening nr. 6/2002. Bijgevolg is de bestreden beslissing in strijd met deze bepaling en moet zij derhalve worden vernietigd, zonder dat het laatste door verzoekster aangevoerde middel tot vernietiging hoeft te worden onderzocht.

Kosten

86 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd. Indien meerdere partijen in het ongelijk zijn gesteld, bepaalt het Gerecht volgens ditzelfde artikel het door elk van hen te dragen deel van de proceskosten.

87 Aangezien het BHIM en interveniënte in casu in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij overeenkomstig de vordering van verzoekster te worden verwezen in de kosten van deze laatste in de procedure voor het Gerecht.

88 Bovendien heeft verzoekster geconcludeerd tot verwijzing van het BHIM en interveniënte in de kosten die zij in de procedure voor de kamer van beroep heeft gemaakt. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat volgens artikel 136, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering de door de partijen in verband met de procedure voor de kamer van beroep gemaakte noodzakelijke kosten, als invorderbare kosten worden aangemerkt. Aangezien het BHIM en interveniënte in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij overeenkomstig de vordering van verzoekster eveneens te worden verwezen in de door deze laatste in de procedure voor de kamer van beroep gemaakte kosten.

**HET GERECHT (Vijfde kamer),
rechtdoende, verklaart:**

1) 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) wordt vernietigd.

2) Het BHIM en PepsiCo, Inc. dragen hun eigen kosten alsook die van Grupo Promer Mon Graphic, SA in de procedure voor het Gerecht.

3) Het BHIM en PepsiCo, Inc. dragen hun eigen kosten alsook die van Grupo Promer Mon Graphic, SA in de procedure voor de kamer van beroep.