

LJN: BZ1983, Hoge Raad , 12/01766

Datum uitspraak: 31-05-2013

Datum 31-05-2013

publicatie:

Rechtsgebied: Civiel overig

Soort procedure: Cassatie

Inhoudsindicatie: Modellenrecht; inbreukvordering. Maatstaven beoordeling geldigheid gemeenschapsmodel, art. 4 lid 1 en art. 6 Gemeenschapsmodellenverordening; eigen karakter, algemene indruk geïnformeerde gebruiker, afstand tot soortgelijke modellen, vergelijking mogelijk met meer dan één anticiperend model uit vormgevingserfgoed. Beschermingsomvang, art. 10 Gemeenschapsmodellenverordening, maatstaven, verband tussen geldigheid van het model en beschermingsomvang. Kostenveroordeling, art. 1019h Rv, onderscheid tussen principaal en (voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep.

Vindplaats(en): Rechtspraak.nl

Uitspraak

31 mei 2013

Eerste Kamer

12/01766

RM/IF

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

de vennootschap naar vreemd recht APPLE INC.,
gevestigd te Cupertino, Californië, Verenigde Staten van Amerika,
EISERES tot cassatie, verweerster in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,
advocaten: aanvankelijk mr. K. Aantjes en mr. J.C. Zevenberg, thans mr. R.S. Meijer en mr. A.M.
van Aerde,

t e g e n

1. De vennootschap naar vreemd recht SAMSUNG ELECTRONICS CO. LIMITED,
gevestigd te Seoul, Zuid-Korea,
2. SAMSUNG ELECTRONICS BENELUX B.V.,
gevestigd te Delft,
3. SAMSUNG ELECTRONICS EUROPE LOGISTICS B.V.,
gevestigd te Delft,
4. SAMSUNG ELECTRONICS OVERSEAS B.V.,
gevestigd te Delft,
VERWEERSTERS in cassatie, eiseressen in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,
advocaten: mr. J.P. Heering en mr. L. Kelkensberg.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Apple en Samsung c.s.

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

a. het vonnis in de zaak 396957/KG ZA 11-730 van de voorzieningenrechter in de rechtbank 's-

Gravenhage van 24 augustus 2011;

b. het arrest in de zaak 200.094.132/01 van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 24 januari 2012.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Apple beroep in cassatie ingesteld. Samsung c.s. hebben voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord, tevens houdende incidenteel cassatieberoep, zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep en tevens een proceskostenveroordeling op de voet van art. 1019h Rv gevorderd.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor Samsung c.s. mede door mr. B.J. Berghuis van Woortman, advocaat te Amsterdam.

De conclusie van de Advocaat-Generaal D.W.F. Verkade strekt tot verwerping van het principale beroep.

De advocaten van Apple en Samsung c.s. hebben bij brief van 8 maart 2013 op die conclusie gereageerd.

3. Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Apple is houdster van Gemeenschapsmodel nr. 181607-0001, ingediend op 24 mei 2004 met prioriteit van 17 maart 2004 en ingeschreven op 10 augustus 2004 voor een 'handheld computer' (hierna: CDR-607 of 'het Apple-model'). Voor de bij dit model behorende afbeeldingen verwijst de Hoge Raad naar rov. 1.a van het in cassatie bestreden arrest. In de daar weergegeven figuren 1.1 en 1.5 is de achterkant van het model afgebeeld, in de figuren 1.2 en 1.3 de voorkant.

(ii) In 2010 heeft Apple onder de naam iPad een tabletcomputer op de markt gebracht.

(iii) Samsung c.s. hebben in Europa een tabletcomputer onder de naam Galaxy Tab 10.1v op de markt gebracht. Nadat in deze zaak op 27 juni 2011 de inleidende dagvaarding was uitgebracht, hebben Samsung c.s. een tabletcomputer onder de naam Galaxy Tab 10.1 op de markt gebracht. Deze modellen zijn afgebeeld in rov. 1.c van het in cassatie bestreden arrest.

3.2.1 In dit kort geding heeft Apple - voor zover in cassatie van belang, en kort gezegd - gevorderd dat een verbod wordt uitgesproken om inbreuk te maken op haar model CDR-607

- ten aanzien van Samsung Zuid-Korea: in Nederland, en

- ten aanzien van Samsung Nederland: in de Europese Unie.

Daarnaast heeft zij een aantal nevenvorderingen ingesteld, en veroordeling van Samsung c.s. gevorderd in de proceskosten, te berekenen op de voet van art. 1019h Rv. Apple heeft aan haar vorderingen - kort gezegd - ten grondslag gelegd dat Samsung c.s. inbreuk maken op de modelrechten van Apple door het vervaardigen en op de markt brengen van tabletcomputers (hierna ook: tablets) van het type Galaxy Tab 10.1 en Galaxy Tab 10.1v.

3.2.2 Samsung c.s. hebben verweer gevoerd. Zij hebben primair bestreden dat Apple een rechtsgeldig modelrecht heeft verkregen en hebben subsidiair aangevoerd dat zij geen inbreuk hebben gemaakt op het eventuele modelrecht van Apple, gelet op de beperkte beschermingsomvang daarvan, en mede in aanmerking genomen de verschillen die bestaan tussen de door Apple en de door haar op de markt gebrachte tablets, terwijl de overeenkomsten in belangrijke mate worden bepaald door de technische functie van de samenstellende elementen van die tablets.

3.3 De voorzieningenrechter heeft de gevraagde voorzieningen geweigerd. Kort gezegd was hij van oordeel dat Apple weliswaar een geldig modelrecht heeft verkregen, maar dat de beschermingsomvang daarvan slechts beperkt is en dat de tablets van Samsung daarop geen inbreuk maken.

De voorzieningenrechter stelde voorop dat uitsluitend de uiterlijke kenmerken zoals die blijken uit

de modelinschrijving van Apple mogen worden meegewogen, en overwoog verder dat bij de vaststelling van de beschermingsomvang van het model, de door techniek of ergonomie gedicteerde elementen van het apparaat waarvoor bescherming wordt ingeroepen, buiten beschouwing moeten blijven.

In aanmerking genomen dat alleen de voorkanten van de Samsung-tablets overeenstemmen met het Apple-model en dat de kenmerkende elementen van de voorzijde van het Apple-model alle reeds op de prioriteitsdatum bekend waren, komt aan deze voorzijde geen grote mate van bescherming toe. Aangezien de achterkanten en zijkanten van de Galaxy Tabs 10.1v en 10.1 aanzienlijk verschillen van het Apple-model, wekken de tablets van Samsung een andere algemene indruk dan het Apple-model.

3.4 Apple is van dit vonnis in hoger beroep gegaan.

Het hof heeft het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigd, behalve ten aanzien van de proceskostenveroordeling. Zijn overwegingen kunnen als volgt worden weergegeven.

(a) Samsung c.s. hebben de door hen ingeroepen nietigheid van het Apple-model gebaseerd op het vormgevingserfgoed (of 'prior art'), meer in het bijzonder op een zestal met name genoemde modellen.

Deze modellen zijn door het hof minutieus onderzocht op overeenkomsten en verschillen met het Apple-model ter beoordeling of, en zo ja in welke mate, de kenmerkende elementen van het Apple-model al in het vormgevingserfgoed voorkwamen, en meer in het bijzonder in de bedoelde zes anticiperende modellen (rov. 5.6-6.24). De slotsom van dit onderzoek was, dat alle elementen van het Apple-model in het vormgevingserfgoed zijn terug te vinden (rov. 6.26).

(b) Omdat er niet één bestaand model is dat alle elementen van het Apple-model in zich droeg, kan voorshands echter niet worden gezegd dat het Apple-model geen eigen karakter heeft. Voorts kan aan het feit dat alle kenmerkende elementen van het Apple-model al in het vormgevingserfgoed voorkwamen, niet de gevolgtrekking worden verbonden dat aan het Apple-model een eigen karakter ontbreekt. Het Apple-model zal bij de geïnformeerde gebruiker een (voldoende duidelijke) andere algemene indruk wekken dan het vormgevingserfgoed, aangezien in dit model een nog niet eerder vertoonde samenvoeging van die kenmerkende elementen heeft plaatsgevonden, zeker nu de wijze waarop de reeds bekende elementen in het Apple-model concreet zijn vormgegeven, in een aantal gevallen zozeer afwijkt van de wijze waarop dat in het vormgevingserfgoed is gebeurd, dat de geïnformeerde gebruiker ook daarin relevante verschillen zal zien. Daarop stuit het beroep op nietigheid van het Apple-model af. (rov. 7.1)

(c) Het Apple-model heeft slechts in beperkte mate een eigen karakter en daarmee ook een tamelijk geringe beschermingsomvang aangezien ieder kenmerkend element van het Apple-model al ten minste twee keer in het vormgevingserfgoed van de betrokken sector voorkwam en het merendeel van die elementen zelfs in één bestaand model is terug te vinden (Ozolins). De geïnformeerde gebruiker - die kennis draagt van alle door het hof besproken 'prior art' - zou het Apple-model dan ook niet als erg bijzonder waarderen, hoewel hij dat model enig eigen karakter niet zou ontzeggen. (rov. 8.1-8.2)

(d) Wat betreft de beschermingsomvang van het Apple-model dient tot uitgangspunt dat de bescherming elk model omvat dat bij de geïnformeerde gebruiker geen andere algemene indruk wekt. De daarbij vooropgestelde regel dat de geïnformeerde gebruiker niet alleen het model als geheel, maar ook de details daarvan waarneemt, heeft tot gevolg dat een aangevallen model eerder een andere algemene indruk wekt omdat ook detailverschillen moeten worden meegewogen. Daarbij dient in aanmerking te worden genomen dat de geïnformeerde gebruiker 'in hoge mate aandachtig is' (punt 53 van het PepsiCo/Grupo Promerarrest van het HvJEU) althans 'blijk geeft van een vrij hoog aandachtsniveau' (punt 59 van dat arrest), waardoor niet alleen aan de voorzijde, maar ook aan de zij- en achterkanten van het model passende betekenis moet worden gehecht. (rov. 9.1-9.2)

Weliswaar bevatten de Galaxy Tab 10.1v en 10.1 de kenmerkende elementen van het Apple-model, maar zij verschillen daarvan wat betreft de zeer dunne rand rondom het platte transparante oppervlak van het Apple-model.

De Galaxy-modellen hebben daarentegen een opvallende (grijze) rand rondom het apparaat die een duidelijke afscheiding vormt tussen de zijkant en achterkant daarvan. Verder verschillen de tablets van Samsung in dikte zozeer van die van Apple dat het de geïnformeerde gebruiker zonder meer opvalt. Daarnaast zal het niet aan de aandacht van die geïnformeerde gebruiker ontsnappen

dat de Samsung-tablets beschikken over dikke randen in de zin van de substantiële grensvlakken onder het transparante oppervlak aan alle zijden van het scherm, die - zoals het hof heeft vastgesteld voor de Galaxy Tab 10.1 - breder zijn dan in het Apple-model het geval is. Ten slotte bezit de Galaxy 10.1 aan de achterkant een (grijze) langwerpige vorm met camera-oog en flitser, die ontbreken in het Apple-model dat een ongerepte achterkant heeft. (rov. 9.3-9.6)

Deze verschillen tussen het Apple-model en de Galaxy Tab 10.1 springen in het oog en betreffen ten dele elementen die door Apple als kenmerkend voor haar model zijn aangemerkt. Gezien de aard van de modellen in kwestie en de sector waarmee zij zijn verbonden, moet voorshands worden aangenomen dat de geïnformeerde gebruiker het Apple-model en de Samsung-tablets rechtstreeks zal vergelijken en dat hij die verschillen goed kan waarnemen. Gegeven enerzijds de geringe beschermingsomvang van het Apple-model en anderzijds de tussen dit model en de Galaxy Tab 10.1 bestaande, niet onaanzienlijke verschillen, was het hof voorshands van oordeel dat de Galaxy Tab 10.1 bij de geïnformeerde gebruiker een andere algemene indruk wekt dan het Apple-model en geen inbreuk op het modelrecht van Apple oplevert. In dit verband is met name van belang dat de 'thin form factor', die bij de Galaxy Tab 10.1 ongeveer twee keer zo groot is als het geval is bij het Apple-model, een opvallend en belangrijk element is waaraan de geïnformeerde gebruiker veel gewicht zal toekennen. (rov. 9.7-9.8)

In het midden kan blijven of de Galaxy Tab 10.1v onder de beschermingsomvang van het Apple-model valt aangezien aan de desbetreffende vorderingen van Apple spoedeisend belang ontbreekt op het moment van de uitspraak in hoger beroep nu voldoende aannemelijk is dat deze tablet al geruime tijd niet meer op de markt wordt gebracht. (rov. 9.9-9.10)

4. Beoordeling van het middel in het principale beroep

4.1.1 Bij de beoordeling van de klachten van het middel wordt het volgende vooropgesteld.

4.1.2 Het gaat in dit kort geding in de kern om de vragen of het hof aan de hand van de juiste maatstaven tot het oordeel is gekomen dat het Apple-model geldig is te achten, aan dat model terecht een slechts tamelijk geringe beschermingsomvang heeft toegekend en op goede gronden voorshands tot het oordeel is gekomen dat het gebruik door Samsung c.s. van de Galaxy 10.1, geen inbreuk op dat model oplevert.

4.1.3 De beoordeling van de geldigheid van het Apple-model dient te geschieden aan de hand van de art. 4 lid 1 en 6 van Verordening nr. 6/2002 van de Raad van 12 december 2001, Pb. L3/1 van 5 januari 2002, kortweg de Gemeenschapsmodellenverordening (hierna: GModVo). Voor zover thans van belang luiden deze bepalingen als volgt:

Art. 4 lid 1:

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

Art 6:

'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 (...).

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.'

4.1.4 De considerans van de GModVo bevat onder 14 de volgende passage:

'Het criterium voor de beoordeling van het eigen karakter van een model moet het duidelijke verschil zijn tussen de algemene indruk die wordt gewekt bij een geïnformeerde gebruiker die het model bekijkt, en die welke bij hem wordt gewekt door het vormgevingserfgoed, met inachtneming van de aard van het voortbrengsel waarop het model wordt toegepast of waarin het is verwerkt en in het bijzonder van de bedrijfstak waarmee het verbonden is en de mate van vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het model.'

4.1.5 De in art. 6 lid 1 vermelde geïnformeerde gebruiker is door het HvJEU in zijn uitspraak van 20

oktober 2011, C-281/10, LJN BU2777, NJ 2012/443 (PepsiCo/Grupo Promer) aldus omschreven dat deze kan

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

(...)

59 Wat (...) het aandachtsniveau van de geïnformeerde gebruiker betreft, zij eraan herinnerd dat deze weliswaar niet de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde consument is die een model gewoonlijk als een geheel waarneemt en niet op de verschillende details ervan let (zie, naar analogie, arrest van 22 juni 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C3-42/97 P, Jurispr. blz. I-3819, punten 25 en 26), maar dat het evenmin gaat om de vakman die in detail de minieme verschillen die mogelijk tusschen de conflicterende modellen bestaan, kan onderscheiden. Het bijvoeglijke naamwoord "geïnformeerde" suggereert dan ook dat de gebruiker, zonder een ontwerper of een technisch deskundige te zijn, 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."

4.1.6 De beoordeling van de beschermingsomvang die aan een model toekomt dient te geschieden aan de hand van art. 10 GModVo, dat als volgt luidt:

"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."

4.2 De door het middel aangevoerde klachten zijn, kort samengevat, met name de volgende:

(a) Het hof heeft een onjuiste maatstaf gehanteerd bij zijn onderzoek van de geldigheid van het Apple-model aan de hand van de art. 4 en 6 GmodVo. Het antwoord op de vraag of een model nieuw is en een eigen karakter heeft mag enerzijds niet slechts worden gebaseerd op een vergelijking met één individueel model, maar anderzijds ook niet op een abstraherende vergelijking met het vormgevingserfgoed als geheel. Ongeoorloofd is ook het combineren van de kenmerken van twee of meer anticiperende modellen, zoals het hof heeft gedaan. Bij de beoordeling of een model een eigen karakter heeft is toelaatbaar dat een vergelijking wordt gemaakt met meer dan één anticiperend model, maar het oordeel dat dit niet het geval is, kan slechts worden gebaseerd op onvoldoende verschil met één specifiek anticiperend model. Mede ten gevolge van zijn onjuiste rechtsopvatting heeft het hof ten onrechte het Apple-model slechts beperkt geldig geacht.

(b) Bij het bepalen van de beschermingsomvang van het Apple-model zijn de geldigheidsvoorwaarden niet opnieuw aan de orde. De enige aanvullende beoordelingsmaatstaf is de in art. 10 lid 2 GModVo bedoelde mate van vrijheid die de ontwerper heeft bij het creëren van het model. Deze vrijheid wordt niet beperkt door het vormgevingserfgoed, maar uitsluitend door de eventuele technische functie van voorwerpen waarop het modelrecht betrekking heeft, of door wettelijke voorschriften.

De afstand die bestaat tussen het model waarvan de bescherming wordt ingeroepen en eerdere anticiperende modellen uit het vormgevingserfgoed, is uitsluitend van belang bij de beantwoording van de vraag of het model geldig is, en niet (opnieuw) bij de beoordeling van de beschermingsomvang daarvan.

(c) Ten onrechte, althans niet naar behoren gemotiveerd, heeft het hof geoordeeld dat de Galaxy Tab 10.1 tablet geen inbreuk maakt op het Apple-model.

4.3 Voordat aan de beoordeling van de hiervoor in 4.2(a) samengevat weergegeven klachten kan worden toegekomen, dient het verweer van Samsung c.s. te worden beoordeeld dat Apple geen belang heeft bij deze klachten, nu het hof het Apple-model geldig heeft geacht.

Dit verweer faalt omdat de gronden waarop het hof het Apple-model geldig heeft geacht, mede van belang zijn voor de beoordeling van de beschermingsomvang daarvan. Zoals volgt uit de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 5.16-5.32.4 aangehaalde bronnen bestaat immers tussen de beantwoording van de vragen of een model geldig is, en wat de beschermingsomvang daarvan is, in die zin verband dat, indien vaststaat dat een model geldig is, de beschermingsomvang daarvan (i) afhankelijk is van de afstand die bestaat tussen het model en eerdere soortgelijke modellen, en (ii) ten opzichte van latere modellen niet groter is dan de afstand die bestaat tussen het model en eerdere soortgelijke modellen. Omdat partijen uiteenlopende maatstaven hebben verdedigd voor de beoordeling of een model een eigen karakter heeft, en deze maatstaven - gelet op het vorenoverwogene - doorwerken in de beschermingsomvang van een eenmaal geldig geacht model, heeft Apple belang bij haar onderhavige klachten.

4.4 De klachten gaan terecht ervan uit dat bij de beoordeling of een model een eigen karakter heeft, toelaatbaar is dat een vergelijking wordt gemaakt met meer dan één anticiperend model. Zij voeren echter ten onrechte aan dat het oordeel dat een model geen eigen karakter heeft, slechts kan worden gebaseerd op onvoldoende verschil met één specifiek anticiperend model. Bij de beoordeling van de geldigheid van een model gaat het, gelet op art. 6 lid 1 GmodVo, om de vergelijking met "modellen die voor het publiek beschikbaar zijn gesteld", zodat de vraag of voldoende afstand bestaat tussen het model en eerdere soortgelijke modellen, moet worden beantwoord aan de hand van de verschillen die bestaan tussen het model en het model of de modellen waarop degene die het nietigheidsverweer voert, zich in dat verband beroept. Dit geldt dus ook indien degene die dit verweer voert, daartoe verwijst naar meer dan één anticiperend model, en in die zin naar het vormgevingserfgoed. Het hiervoor in 3.4 onder (a) door het hof verrichte onderzoek berust dus op een juiste rechtsopvatting.

4.5 De klachten missen feitelijke grondslag voor zover zij inhouden, of op het uitgangspunt zijn gebaseerd, dat het hof het Apple-model slechts beperkt geldig heeft geacht. Beperkte geldigheid bestaat niet in het modellenrecht. Zoals hiervoor in 3.4 onder (b) is overwogen, heeft het hof het Apple-model niet nietig geacht, en dus geldig.

4.6 De klachten missen eveneens feitelijke grondslag voor zover zij aanvoeren dat het hof ten onrechte zijn beoordeling van de geldigheid van het Apple-model heeft gebaseerd op de omstandigheid dat dit model voldoende afstand bewaart tot slechts één anticiperend model. Zoals hiervoor in 3.4 onder (a) vermeld, heeft het hof zijn oordeel over de (geldigheid of) nietigheid van het Apple-model immers meer in het bijzonder gebaseerd op een zestal met name door Samsung c.s. genoemde, anticiperende, modellen, die door het hof minutieus zijn onderzocht op overeenkomsten en verschillen met het Apple-model.

4.7 Voor zover Apple bij de hiervoor in 4.2(a) samengevat weergegeven klachten belang heeft, kunnen deze dus niet tot cassatie leiden.

4.8 Bij de beoordeling van de hiervoor in 4.2(b) samengevat weergegeven klachten wordt vooropgesteld dat zij, zoals uit hetgeen hiervoor in 4.3 is overwogen volgt, op een onjuiste rechtsopvatting berusten voor zover zij verdedigen dat de afstand die bestaat tussen het model waarvan de bescherming wordt ingeroepen en eerdere anticiperende modellen uit het vormgevingserfgoed, uitsluitend van belang is bij de beantwoording van de vraag of het model geldig is, en niet (opnieuw) bij de beoordeling van de beschermingsomvang daarvan. Het hof heeft dus terecht en op goede gronden de vragen of het Apple-model geldig is, en wat daarvan de beschermingsomvang is, in samenhang besproken, zonder ze nochtans met elkaar te vereenzelvigen.

Uit het vorenoverwogene volgt voorts dat de klachten op een onjuiste rechtsopvatting berusten, voor zover zij verdedigen dat de enige aanvullende maatstaf bij de beoordeling van de beschermingsomvang van een (geldig) model, de in art. 10 lid 2 GModVo bedoelde mate van vrijheid is die de ontwerper heeft bij het creëren van het model.

4.9 De hiervoor in 4.2(b) samengevat weergegeven klachten falen dus.

4.10 Hetzelfde geldt voor de hiervoor in 4.2(c) samengevat weergegeven klachten. Het hof heeft op juiste gronden een alleszins begrijpelijk oordeel gegeven.

4.11 Ook de overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4.12 De klachten van het middel in het voorwaardelijk ingestelde incidentele beroep behoeven daarom geen behandeling.

4.13 Als de in het ongelijk gestelde partij dient Apple in de kosten van het principale beroep te worden veroordeeld. Samsung c.s. hebben vergoeding van deze kosten gevorderd op de voet van art. 1019h Rv. Zij hebben deze kosten begroot op een bedrag van € 112.901,44, maar hebben bij de daartoe opgevoerde werkzaamheden geen onderscheid gemaakt tussen het principale en het incidentele beroep. Zij hebben aangevoerd dat zij daartoe niet zijn gehouden omdat zij, gelet op de samenhang met het principale beroep, óók recht hebben op vergoeding van de kosten die zij hebben gemaakt in het kader van het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep als de Hoge Raad niet aan beoordeling daarvan zou toekomen. Deze opvatting is onjuist.

Nu Apple evenwel in haar conclusie van repliek in cassatie heeft aangevoerd dat haar inschatting is dat 85% tot 90% van de - op zichzelf door haar niet bestreden - totale kosten van Samsung c.s. betrekking hebben op het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep (en het restant dus de door haar te vergoeden kosten in het principale beroep betreft), zal de Hoge Raad, bij gebrek aan nadere gegevens, dienovereenkomstig beslissen. Daarom zal Apple worden veroordeeld aan Samsung c.s. als proceskosten te voldoen een bedrag van (12,5% van het voormelde bedrag van € 112.901,44, maakt afgerond) € 14.113,--.

5. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het principale beroep;

veroordeelt Apple in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Samsung c.s. begroot op € 799,34 aan verschotten en € 14.113,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president F.B. Bakels als voorzitter en de raadsheren C.E. Drion, G. Snijders, G. de Groot en M.V. Polak, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer M.A. Loth op 31 mei 2013.

Conclusie

Nr. 12/01766

Mr. D.W.F. Verkade

Zitting 22 februari 2013

Conclusie inzake:

De vennootschap naar vreemd recht Apple Inc.,
principaal eiseres, incidenteel verweerster
(hierna: 'Apple'),

tegen:

1. de vennootschap naar vreemd recht Samsung Electronics Co. Limited,
2. Samsung Electronics Benelux BV,
3. Samsung Electronics Europe Logistics BV, en
4. Samsung Electronics Overseas BV,
principaal verweersters, incidenteel eiseressen
(hierna tezamen in enkelvoud: 'Samsung', en afzonderlijk: 'Samsung Zuid-Korea', 'Samsung

Benelux', 'Samsung Logistics' en 'Samsung Overseas').

Inhoudsopgave

1. Inleiding (nrs. 1.1 - 1.6.4)
2. Feiten (nrs. 2.1 - 2.5)
3. Procesverloop (nrs. 3.1 - 3.5)
4. Enkele inleidende opmerkingen over modellenrecht (nrs. 4.1 - 4.7)

5. Het principale beroep
 - 5.A. Inleidende opmerkingen bij het principale cassatiemiddel (nrs. 5.1.1 - 5.48.3)
 - 5.A.1. Bepaling van c.q. variatie in beschermingsomvang (nrs. 5.6 - 5.33)
 - 5.A.2. Bepaling van 'eigen karakter' in de zin van art. 6 GModVo (nrs. 5.34.1 - 5.47)
 - 5.A.3. De beslissingen van het High Court en van het OLG Düsseldorf (nrs. 5.48.1 - 5.48.3)
 - 5.B. Door het principale cassatiemiddel aangevallen overwegingen van het hof (nr. 5.49)
 - 5.C. Bespreking van de klachten in het principale cassatiemiddel (nrs. 5.50 - 5.79.4)
 - 5.C.1. Klachtenbundel (i) over de beoordeling van het 'eigen karakter' van Apple's model (nrs. 5.53.1 - 5.59)
 - 5.C.2. Klachtenbundel (ii) over de beschermingsomvang van Apple's model (nrs. 5.60.1 - 5.79.4)
 - 5.D. Slotsom in het principale beroep (nrs. 5.80 - 5.81)

6. Bespreking van het voorwaardelijk incidentele cassatiemiddel (nrs. 6.1 - 6.38)
 - 6.A. De techniekrestrictie (nrs. 6.2 - 6.10.2)
 - 6.B. Het eigen karakter van Apple's gemeenschapsmodel (nrs. 6.11 - 6.22)
 - 6.C. (On-)duidelijkheid van Apple's modelregistratie (nrs. 6.23 - 6.37)
 - 6.D. Restklacht (nr. 6.38)

7. Conclusie

1. Inleiding

1.1. Deze kort geding-procedure tussen Apple en Samsung - één van vele procedures tussen de partijen - gaat in cassatie alleen nog over de geldigheid van Apple's gemeenschapsmodel (in de zin van Verordening (EG) nr. 6/2002 van 12 december 2001 betreffende Gemeenschapsmodellen, hierna: GModVo) nr. 181607-0001, en over de vraag of een van Samsungs tabletcomputers (de Galaxy Tab 10.1) daarop inbreuk maakt.

1.2. De voorzieningenrechter te 's-Gravenhage (vonnis van 24 augustus 2011, LJN BR5755) is ervan uitgegaan, en het gerechtshof te 's-Gravenhage (arrest van 24 januari 2012, LJN BV1612) heeft geoordeeld dat Apple's model dankzij voldoende 'eigen karakter' geldig was. Maar volgens beide instanties maakte Samsung daarop geen inbreuk.

1.3. Het principale cassatieberoep van Apple stelt in essentie twee rechtsvragen aan de orde:
(i) Dient bij de beoordeling van het eigen karakter van een ingeschreven gemeenschapsmodel, vergeleken te worden met één ouder model, óf kan ook vergeleken worden met een verzameling van oudere modellen of met het vormgevingserfgoed in het algemeen?
(ii) Speelt de mate van eigen karakter van het ingeschreven gemeenschapsmodel een rol bij de vaststelling van de beschermingsomvang daarvan?

1.4. Het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep van Samsung stelt, kort gezegd, aan de orde:
(1) de uitleg van art. 8 lid 1 GModVo, dat van bescherming uitsluit de uiterlijke kenmerken van een voortbrengsel die uitsluitend technisch zijn bepaald;
(2) de beoordeling van het eigen karakter, tegen de achtergrond van de mate van vrijheid van de ontwerper van het model en tegen de achtergrond van stijlelementen;
(3) duidelijkheidseisen waaraan een modelregistratie zou moeten voldoen.

1.5. In Apple's principale cassatieberoep kom ik tot de slotsom dat dit faalt, zonder dat het nodig

is om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te stellen. Indien de Hoge Raad hierover anders oordeelt, komt het voorwaardelijk incidenteel beroep van Samsung aan de orde. Ik bespreek 'sowieso' de voorwaardelijk incidentele klachten. De slotsom is daar dat sommige klachten falen, zonder dat het nodig is om over de daarin aangeroerde kwesties prejudiciële vragen aan het HvJEU te stellen, maar dat die noodzaak zich wél voordoet bij één andere kwestie.

1.6.1. Wereldwijd zijn vele procedures tussen Apple en Samsung over octrooi- en modelrechten gevoerd c.q. nog aanhangig.

1.6.2. Een overzicht van lopende procedures over modelrechten in Europa, waarin het eveneens gaat over Apple's gemeenschapsmodel 181607-0001 versus Samsungs Galaxy Tab 10.1 is gegeven in de schriftelijke toelichting (d.d. 21 september 2012) namens Samsung, in nrs. 10-16; aangevuld(1) bij schriftelijk dupliek d.d. 5 oktober 2012, nrs. 2-3.

In het vervolg van deze conclusie zullen uit dat overzicht nog (kort) ter sprake komen:

- Duitsland: een door Apple geëntameerde procedure gericht op het verkrijgen van een voorlopige voorziening. Daarin heeft het Landgericht Düsseldorf op 9 september 2011 een verbod tegen Samsung toegewezen. De beslissing over de inbreuk op modelrecht werd evenwel in appel vernietigd door het Oberlandesgericht Düsseldorf op 31 januari 2012 (I-20 U 175/11)(2).
- Engeland: Samsung heeft in een procedure ten gronde een verklaring voor recht gevorderd dat haar tabletcomputers Tab 10.1, Tab 8.9 en Tab 7.7 geen inbreuk maakten op Apple's rechten, waarna in reconventie Apple een inbreukverbod vorderde. Deze procedure had geen betrekking op de geldigheid van de registratie van het door Apple gehouden Gemeenschapsmodel. De High Court of Justice stelde Samsung in het gelijk bij vonnis van 9 juli 2012 (HC 11 C 3050, [2012] EWHC 1882 Pat)).

1.6.3. Als lezer van kranten en als internet-'infonaut' is mij niet ontgaan dat met het onder 1.6.2 bedoelde overzicht niet alles gezegd is over de actuele stand van zaken (per heden 22 februari 2012) van de daar bedoelde procedures.

Ik meen evenwel dat het niet aan mij is om - buiten de grenzen van het debat in cassatie - daarop in deze conclusie nader in te gaan. Voor zover partijen menen dat ik niet zo terughoudend zou moeten zijn en menen dat uw Raad hierover naar de laatste stand van zaken ingelicht behoort te zijn, kunnen zij zich bij brief ex art. 44 lid 3 Rv. daarover uitlaten.

1.6.4. Omdat het gemeenschapsmodellenrecht Uniewijd hetzelfde is, merk ik op dat met de onder 1.6.2 bedoelde Engelse procedure in zekere zin een uitspraak in bodemgeschil over de door Apple gestelde door Samsung weersproken inbreuken van Samsungs Galaxy Tab 10.1 op Apple's Europees gemeenschapsmodel nr. 181607-0001 voorhanden is.

2. Feiten(3)

2.1. Apple is houdster van gemeenschapsmodel nr. 181607-0001, ingediend op 24 mei 2004 met prioriteit van 17 maart 2004 en ingeschreven op 10 augustus 2004 voor een 'handheld computer' (hierna doorgaans: het 'Apple-model' of 'Apple's gemeenschapsmodel'). Bij dit model behoren de volgende afbeeldingen.

In de figuren 1.1 en 1.5 is de achterkant afgebeeld, in de figuren 1.2 en 1.3 de voorkant (zie de beschrijving van het overeenkomstige Amerikaanse Design Patent US D 504,889).

2.2. Samsung heeft in Europa een tabletcomputer onder de naam Galaxy Tab 10.1 geïntroduceerd. Ten tijde van de inleidende dagvaarding in deze zaak, 27 juni 2011, was dit nog niet het geval. De Galaxy Tab 10.1 ziet er als volgt uit.

2.3. Op 9 september 2011 heeft het Landgericht Düsseldorf in een door Apple aanhangig gemaakt 'einstweiligen Verfügungsverfahren' op basis van het Apple-model Samsung Electronics GmbH en Samsung Zuid Korea verboden om in respectievelijk de EU en Duitsland de Galaxy Tab 10.1 te gebruiken ('benutzen')(4).

3. Procesverloop

3.1. Bij exploit van 27 juni 2001 heeft Apple Samsung in kort geding gedagvaard voor de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage en - zeer kort samengevat - gevorderd Samsung te verbieden inbreuk te maken op haar octrooi-, model- en auteursrechten, of om Apple-producten slaafs na te bootsen, met nevenvorderingen.

3.2. Voor zo ver hier van de belang, heeft de voorzieningenrechter bij vonnis in kort geding van 24 augustus 2011(5) geoordeeld dat geen sprake is van inbreuk op enig modelrecht van Apple (rov. 4.49 e.v.) en de proceskosten gecompenseerd omdat partijen over en weer in het ongelijk zijn gesteld (rov. 4.89).

3.3. Apple heeft spoedappel in kort geding ingesteld bij dagvaarding van 14 september 2011. Zij heeft in dit hoger beroep niet meer en niet minder gevorderd dan een verbod voor Samsung Zuid-Korea om in Nederland inbreuk te maken op het (in nr. 2.1 afgebeelde) gemeenschapsmodel 181607-0001 en een verbod voor Samsung Nederland om in de EU op dat model inbreuk te maken, met nevenvorderingen, alles op straffe van verbeurte van dwangsommen, en met veroordeling van Samsung in de proceskosten conform artikel 1019h Rv. Samsung heeft verweer gevoerd.

3.4. Het gerechtshof te 's-Gravenhage heeft bij arrest van 24 januari 2012(6) het vonnis van de voorzieningenrechter - voor zover in dit hoger beroep aan zijn oordeel onderworpen - vernietigd voor wat de proceskostenveroordeling betreft, en voor het overige bekrachtigd.

3.5. Apple is tegen dit arrest bij exploit van 20 maart 2012 - derhalve tijdig(7) - in cassatie opgekomen. Samsung heeft verweer gevoerd en voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. In het incidentele beroep heeft Apple zich verweerd. Partijen - die over en weer proceskostenveroordeling op de voet van art. 1019h Rv hebben gevorderd - hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten en bij re- en dupliek op elkaars standpunten gereageerd.

4. Enkele inleidende opmerkingen over modellenrecht

4.1. Wetgeving over bescherming van 'modellen' (of: 'tekeningen en modellen'(8)) betreft specifieke regels voor de bescherming van het uiterlijk van producten. Zulke specifieke regels ontbraken in Nederland tot 1975. Voordien, maar ook nadien, werd en wordt de bescherming (mede) gezocht in het auteursrecht en in de toepassing van art. 1401 (oud), thans art. 6:162 BW: het leerstuk van de zgn. slaafse nabootsing. Sinds 1970 kon en kan bescherming van het uiterlijk van producten onder omstandigheden ook gevonden worden in bescherming als (vorm-)merk(9).

4.2. Specifieke modellenrechtelijke regels kreeg Nederland per 1 januari 1975, via de toen ingevoerde 'Eenvormige Beneluxwet inzake tekeningen of modellen' (veelal afgekort als BTMW). Per 1 september 2006 is de (inmiddels meermalen gewijzigde) inhoud van de BTMW 'verhuisd' naar het 'Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen)', doorgaans afgekort als BVIE. Titel III van het BVIE draagt het opschrift 'tekeningen of modellen'.

4.3. Het Benelux-modellenrecht heeft geen grote vlucht genomen. Ook na 1975 is in zaken over (beweerde) nabootsing van productvormgeving veelal (mede) een beroep gedaan op merkrecht, auteursrecht of 'slaafse nabootsing'; de zaken waarin het om 'puur' modellenrecht ging, zijn ver in de minderheid gebleven(10). Het aantal 'pure' modellenrechtzaken dat tussen 1975 en 2012 de Hoge Raad en/of het Benelux-Gerechtshof heeft bereikt, is op de vingers van één hand te tellen.

4.4. Op 13 oktober 1998 kwam - na jarenlange voorbereiding - tot stand de Richtlijn 98/71/EG inzake de rechtsbescherming van modellen (hierna: ModRI)(11). Het Benelux-modellenrecht moest hieraan worden aangepast, hetgeen geschiedde per 1 december 2003. Tegelijk met het werk aan de ModRI was in Europa gewerkt aan een Gemeenschapsmodellenverordening (hierna: GModVo). Deze verordening kwam tot stand op 12 december 2001(12). De mogelijkheid tot het aanvragen van in te schrijven gemeenschapsmodellen is ingegaan per 1 april 2003. De (met het Benelux-Bureau in Den Haag vergelijkbare) Unierechtelijke instantie hiervoor is het Office for the Harmonization of the Internal Market (Trade Marks and Designs) te Alicante (afgekort: OHIM, of in de Nederlandstalige variant: BHIM).

4.5. De ontwikkeling van het Beneluxmodellenrecht lijkt de kinderschoenen nooit ontwassen te zijn. Als de ervaringen sinds 2003 niet bedriegen, zal - ook binnen de Benelux - het Gemeenschapsmodel(lenrecht) meer betekenis kunnen krijgen. Intussen moet onderkend worden dat de ontwikkeling van het Unierechtelijke model(lenrecht) thans - 2013 - ook nog in de kinderschoenen staat. De hoogste uitlegger van de GModVo en de ModRI, het HvJEU, heeft zich hierover pas vier keer kunnen uitlaten, in 2009, in 2011, en (tweemaal) in 2012(13). Voor de Hoge Raad is deze zaak Apple/Samsung de eerste waarin hij hierover geëdieerd wordt.

4.6. In het meest recente Nederlandstalige - uiteraard op Unierechtelijke leest geschoeide - boek over modellenrecht van Huydecoper, Van Nispen en Cohen Jehoram (2012), wordt in de inleidende paragrafen een zwakke steen in het fundament van het modellenrecht fraai aangeduid:

'Het feit dat het (specifieke) modellenrecht een positie inneemt tussen andere rechtsinstellingen waardoor vormgeving wordt beschermd, die gebaseerd zijn op andere uitgangspunten, heeft gevolgen voor de inhoud van het modellenrecht: dat "balanceert" inderdaad in sommige opzichten tussen de verschillende beginselen die aan die andere rechtsinstellingen ten grondslag liggen. Het modellenrecht zoekt een tussenweg of - minder positief geformuleerd - schippert soms tussen een aantal onderling niet helemaal met elkaar verenigbare gedachten.' (14)

En:

'De bescherming van het modellenrecht is [...] niet afhankelijk van een bepaalde bijzonderheid of verdienste van het uiterlijk van het model - zoals schoonheid, distinctie, uitgesproken originaliteit of onderscheidend vermogen. De [...] regels die de eisen voor modelbescherming bepalen, houden niet meer in dan dat het model nieuw moet zijn en een andere algemene indruk oproept dan de modellen die de geïnformeerde gebruiker al kan kennen [...].

De - bescheiden - eisen die zo aan te beschermen modellen worden gesteld, hebben hun weerslag op de omvang van de door het modellenrecht geboden bescherming. [...] Van het voorwerp van modelbescherming wordt alleen gevergd dat het (uiterlijk) "anders" is. Wat de wetgever ertoe beweegt, dát gegeven te beschermen - en wat, in het verlengde daarvan, onder de beoogde bescherming is te begrijpen moet, zo beschouwd, worden gekwalificeerd als enigszins onbestemd.'(15)

De laatst geciteerde woorden zijn moeilijk anders op te vatten dan als een understatement.(16)

4.7. Een van de belangrijkste verschillen van Unierechtelijke modellenrecht ten opzichte van het oude Beneluxmodellenrecht is de door het Unierecht (aan de eerder voor modelbescherming bestaande eis van nieuwheid) toegevoegde eis van: 'eigen karakter'. In deze eerste zaak bij de Hoge Raad over Unierechtelijk modellenrecht is deze beschermingsvoorwaarde volop aan de orde(17).

5. Het principale beroep

5.A. Inleidende opmerkingen bij het principale cassatiemiddel

5.1.1. Ik citeer thans de volgende bepalingen van de GModVo:

Artikel 4 lid 1:

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

Artikel 6 (voor zover hier van belang):

'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 [eerder] voor het publiek beschikbaar zijn gesteld [...].

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.'

Artikel 10:

'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.'

5.1.2. Ik citeer ook punt 14 van de considerans van de GModVo:

'Het criterium voor de beoordeling van het eigen karakter van een model moet het duidelijke verschil zij tussen de algemene indruk die wordt gewekt bij een geïnformeerde gebruiker die het model bekijkt, en die welke bij hem wordt gewekt door het vormgevingserfgoed, met inachtneming van de aard van het voortbrengsel waarop het model wordt toegepast of waarin het is verwerkt en in het bijzonder van de bedrijfstak waarmee het verbonden is en de mate van vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het model.'

5.2. Het lijkt mij vervolgens dienstig erop te wijzen dat de geschilpunten in deze modellenrechtzaak (ook in cassatie) het stramien vertonen van menige doorsnee intellectuele-eigendoms-zaak. Overeenkomstig dat stramien moet vaak - zoals in casu - beslist worden over de volgende verweren tegen de gestelde inbreuk op het recht (hier: modelrecht) van de eiser:

(i) ongeldigheid (nietigheid) van het ingeroepen recht op één of meer gronden

in casu betwist Samsung de voldoening aan de geldigheidseis van art. 4 GModVo dat het model een 'eigen karakter' heeft in de nader door art. 6 bepaalde zin(18);

(ii) zodanige verschillen dat het aangevallen model niet onder de draagwijdte van de bescherming van het door eiser ingeroepen recht valt

in casu beroep Samsung zich erop dat haar modellen bij de geïnformeerde gebruiker een 'andere algemene indruk' wekken in de zin van art. 10 GModVo.

5.3. In het principale cassatieberoep zijn overwegingen en beslissingen van het hof ten aanzien van het onder (i) en het onder (ii) bedoelde thema aan de orde.

Wat thema (i) betreft, verbaast dat op het eerste gezicht, omdat het verweer van Samsung op dat punt door het hof verworpen is. Op het tweede gezicht behoeft dit minder te verbazen(19), om de volgende reden.

5.4.1. Bij thema (ii) is aan de orde de uitleg van het criterium in art. 10 GModVo van de 'andere algemene indruk' (bij de geïnformeerde gebruiker): 'anders' dan het door de eiser ingeroepen gemeenschapsmodel dus. Artikel 10 geeft niet aan wat er voor zo'n 'andere algemene indruk' nodig is. Artikel 6 in verbinding met art. 4 (thema (i)) hanteert óók een criterium waarin een (verschillende) 'algemene indruk' compareert. Zoals hierboven al bleek, gebeurt dat in art. 6 om te bepalen wanneer een te beschermen model voldoende 'eigen karakter' heeft om geldig te zijn: daarvoor moet 'de algemene indruk die het bij de geïnformeerde gebruiker wekt, verschil[len] van de algemene indruk die bij die gebruiker wordt gewekt door modellen die [eerder] voor het publiek beschikbaar zijn gesteld'.

De rechtsstrijd in het principale cassatieberoep gaat over de uitleg van deze bepalingen en hun onderlinge verhouding.

5.4.2. Zoals nog blijken zal, wordt er vrij algemeen van uitgegaan dat de criteria van art. 6 (jo. 4)

en art. 10 spiegelbeeldig zijn in die zin dat aan de hand van dezelfde maatstaf enerzijds het 'eigen karakter' (of: de afstand) van het model van de eiser ten opzichte van eerdere voor het publiek beschikbare modellen moet worden bepaald als, anderzijds, het 'eigen karakter' (of: de afstand) van het model van de gedaagde ten opzichte van dat van de eiser. Deze 'spiegelbeeldigheid' is door het hof aangenomen, maar wordt door Apple ter discussie gesteld.

5.4.3. In het kader van deze 'spiegelbeeldigheid' heeft het hof in rov. 8.1 bij thema (ii) ten voordele van Samsung een beperkte beschermingsomvang van Apple's gemeenschapsmodel aangenomen. Het hof heeft die afgeleid uit een eerder - in het verlengde van thema (i) - aangenomen beperkt eigen karakter van dat model. Dat is voor Apple reden om ook 's hofs oordeel over thema (i) aan te vechten.

5.5. In deze inleidende opmerkingen bij het principale cassatiemiddel wil ik eerst nader ingaan op thema (ii): de beschermingsomvang. Na de nrs. 5.6 - 5.32.4, bereik ik daarover in nr. 5.33 een conclusie. De bevindingen over thema (ii) zullen ook behulpzaam blijken voor beschouwingen over thema (i) in nrs. 5.34.1 - 5.46.3.

5.A.1. Bepaling van, c.q. variatie in beschermingsomvang

5.6. Ik herhaal nog eens wat art. 10 GModVo over de beschermingsomvang zegt:

'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.'

5.7. Hoe bepaalt iemand - en met name: de rechter - of een model bij de geïnformeerde gebruiker al dan niet een andere algemene indruk wekt?

Lid 2 van art. 10 GModVo geeft niet - laat staan zonder meer - het antwoord op die vraag. De bepaling dat 'rekening [moet] worden gehouden met de mate van vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het model', duidt aan dat er ruimte is voor nuancering. Die nuancering is klaarblijkelijk afhankelijk is van externe factoren die de vrijheid van de ontwerper kleiner of groter kunnen maken.

Maar met het aanreiken van deze nuanceringsruimte geeft art. 10 lid 2 nog geen antwoord op de hierboven gestelde vraag: hoe bepaalt men of een model bij de geïnformeerde gebruiker al dan niet een andere algemene indruk wekt?

5.8.1. Daartoe heeft men een maatstaf nodig. Aan de vraag naar de maatstaf kan voorafgaan - en gaat in modellenrechtelijke context vooraf - de vraag naar 'maatmens' (door wiens 'bril' moet gekeken worden?). De GModVo spreekt over de 'geïnformeerde gebruiker'. Wie is de 'geïnformeerde gebruiker'?

5.8.2. Op deze (voor-)vraag is het antwoord inmiddels bekend. Het Hof van Justitie van de EU heeft in 2011(20) geoordeeld dat het begrip 'geïnformeerde gebruiker' dient te:

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

[...]

59 Wat [...] het aandachtsniveau van de geïnformeerde gebruiker betreft, zij eraan herinnerd dat deze weliswaar niet de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde consument is die een model gewoonlijk als een geheel waarneemt en niet op de verschillende details ervan let (zie, naar analogie, arrest van 22 juni 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C3-42/97 P, Jurispr. blz. I-

3819, punten 25 en 26), maar dat het evenmin gaat om de vakman die in detail de minieme verschillen die mogelijkwjs tussen de conflicterende modellen bestaan, kan onderscheiden. Het bijvoeglijke naamwoord "geïnformeerde" suggereert dan ook dat de gebruiker, zonder een ontwerper of een technisch deskundige te zijn, 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 blijk geeft van een vrij hoog aandachtsniveau bij gebruik ervan.'

Beide partijen leggen zich (zowel voor de toepassing van art. 6 als voor de toepassing van art. 10 GModVo) neer bij deze uitleg. In het (Haagse) arrest waarvan beroep verwijst het hof ernaar in rov. 3.3. Daartegen is geen cassatieklacht gericht, ook niet tegen 's hofs korte samenvatting in rov. 3.3: 'Kort gezegd is de geïnformeerde gebruiker dus een gebruiker die tevens op de details zal letten, zonder echter minieme verschillen te kunnen onderscheiden.' Partijen twisten in cassatie ook niet over de op zijn beurt aan het criterium van het HvJEU of aan het verkorte criterium van het Haagse hof te geven uitleg of toepassing.

5.9. Ik ben nu terug bij de vraag hoe de rechter bepaalt, of een model bij de(ze) geïnformeerde gebruiker al dan niet een andere algemene indruk wekt.

In welke context dan ook - dus ook in deze context - veronderstelt een beoordeling of iets 'anders' is (hier: 'een andere algemene indruk wekt') ten eerste: vergelijking, en ten tweede: een vergelijkingsmaatstaf. De 'maatmens' van het arrest PepsiCo/Grupo Promer heeft nog steeds vergelijkingsmateriaal en een maatstaf nodig.

5.10. In de context van art. 10 GModVo is het vergelijkingsmateriaal natuurlijk primair: enerzijds het model M van de eiser, en anderzijds het beweerdelijk inbreukmakende model N van de gedaagde. Maar daarmee is er ter invulling van het criterium van '(g)een andere algemene indruk' nog geen maatstaf.

5.11. Er kan (taalkundig, en ook gelet op de totstandkomingsgeschiedenis van de GModVo) geen twijfel over bestaan dat een of meer niet in het oog vallende verschillen tussen model N en model M onvoldoende zijn om aan het verwijt van inbreuk te ontkomen. Maar zo'n verduidelijking is weinig meer dan een herhaling van het criterium 'geen andere algemene indruk'.

5.12. Om niet te blijven 'cirkelen' is er een uitweg à la het ei van Columbus nodig. De daartoe gevonden oplossing is even fraai als consistent en - met 'hindsight' - voor de hand liggend.

5.13.1. Men verplaatse zich in de rol van de juridisch adviseur J die, met nog niet meer kennis dan het vorenstaande, zijn cliënt, de ondernemer X moet adviseren over een door X ontwikkeld, volgens X nieuw en 'apart' model N voor (bijvoorbeeld) een buitenbrievenbus. X, een consciëntieuze ondernemer, wil beslist geen inbreuk maken op modelrechten van concurrenten. Het model van X toont verschillen, maar ook overeenkomsten met andere typen buitenbrievenbussen (M1, M2, M3) die in de afgelopen jaren door concurrenten op de markt zijn gebracht.

5.13.2. Met nog steeds niet meer kennis dan het vorenstaande, overweegt J het volgende.

(i) Als een of meer concurrenten van X modelrechten hebben op hun modellen (M1, M2, M3), dan zullen die moeten voldoen aan de eisen van GModVo (c.q. de ModRI).

(ii) Welke eisen worden daarin gesteld? Blijkens art. 4 GModVo: 'nieuwheid' en 'een eigen karakter'.

(iii.a) Waaraan ontlenen deze modellen 'nieuwheid'? Door niet identiek te zijn aan (niet slechts in onbelangrijke details verschillen met; art. 5 lid 2) een of meer nog weer anticiperende modellen (L, of L1, L2, enz.).

(iii.b) En waaraan ontlenen de modellen (M1, M2, M3) van de concurrenten 'eigen karakter'? Door ten opzichte van dezelfde nog weer anticiperende modellen (L, of L1, L2, enz.) een andere 'algemene indruk' te maken.

5.13.3. Met het hem ten dienste staande - aan klassieke filosofische en rechtsbeginselen, en aan

gezond verstand ontleende - inzicht, redeneert adviseur J:

- het kan niet zo zijn dat rechten van concurrenten op modellen M1, M2 en/of M3 tegen mijn cliënt X kunnen worden ingeroepen indien mijn cliënt (tenminste(21)) even veel afstand houdt van die modellen (M1, M2 en M3) als die modellen (M1, M2 en M3) afstand hielden van de nog weer anticiperende modellen (L, of L1, L2, enz.)
- mijn cliënt kan zich bij het beoordelen van zijn positie onder het inbreukcriterium van art. 10 GModVo dus 'spiegelen' aan de (Unierechtelijke) geldigheidscriteria van art. 4, 5 en 6 GModVo.

5.14. De luciditeit van de hierboven opgevoerde jurist J is niet van 2013. Ook als ik de klassieke bronnen hiertoe niet nader kan aanwijzen (daarvoor biedt deze conclusie niet de ruimte, en geen noodzaak), en evenmin vroege 20e-eeuwse of misschien al 19e-eeuwse bronnen van diezelfde luciditeit in intellectueel-eigendomsrechtelijke context kan aanwijzen (idem), doet dat aan die luciditeit, en wat mij betreft: juistheid, niet af.

5.15.1. De lucide oplossing is, afgezien van de spiegelbeeldige teksten van art. 6 en art. 10 GModVo, niet met zo veel woorden in de tekst van de artikelen en de considerans te vinden, en ook niet in de officiële totstandkomingsgeschiedenis van de GModVo en de ModRI.

5.15.2. Integendeel blijken daaruit moeizame worstelingen - met op de achtergrond tegengestelde wensen van belangengroepen in industrie en dienstverlening, waarbij voor het benodigde verschil, zowel met het oog op niet-inbreuk (ontwerp-art. 9, thans art. 10) als om te voldoen aan de drempels van het eigen karakter (art. 6), criteria in absolute termen, zoals 'significantly', werden geprobeerd. En weer ingetrokken.(22)

5.15.3. De Europese wetgever kon uiteindelijk het criterium niet anders dan in algemene termen nader aanduiden. Zo bepaalt - uiteindelijk - art. 10 lid 2:

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

en het corresponderende art. 6 lid 2:

'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.'

En zo zegt overweging 14 van de considerans van de GModVo (met door mij toegevoegde cursiveringen):

'Het criterium [...] moet het duidelijke verschil zijn [...] met inachtneming van de aard van het voortbrengsel waarop het model wordt toegepast of waarin het is verwerkt en in het bijzonder van de bedrijfstak waarmee het verbonden is en de mate van vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het model.'

5.15.4. Ondertussen zal in bovenstaande legislatieve teksten al wél zijn opgevallen de zekere flexibiliteit en relativiteit waar het gaat om (i) de mate van vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het model, (ii) de bedrijfstak en (iii) de aard van het voortbrengsel. Dat impliceert dat deze factoren ertoe kunnen leiden dat de afstand die in acht genomen moet worden om enerzijds een modelrecht te kunnen verkrijgen en anderzijds om geen inbreuk te maken, per branche, (enz.) kan verschillen. De spiegelbeeldige criteria moeten ervoor zorgen dat in die branche (enz.) de afstand van model N ten opzichte van model M niet groter hoeft te zijn dan de afstand van model M ten opzichte van anticiperende modellen (L1, L2). Men mist in de totstandkomingsgeschiedenis evenwel een expliciete vermelding dat dit laatste geldt.

5.16. Een goede uiteenzetting van dit systeem is wél te vinden in het artikelsgewijs commentaar uit 1966 van Franzosi c.s.(23) bij de toenmalige gewijzigde voorstellen(24) voor de ModRI (en de materieelrechtelijk corresponderende GModVo). Franzosi schrijft in het commentaar op ontwerp-art. 9 GModVo (thans art. 10):

'The modification of the former version of Article 9 corresponds to the similar modification introduced in Article 5(1), to the former version of Article 5(1). For protection, it is sufficient that there is a difference in the overall impression of a design. The former version required that there a significant difference. Also in order to avoid infringement, a difference in the overall impression is sufficient. The former version excluded infringement unless there was a significant difference. A design which is (simply) different from the prior art is [...] (25) eligible for protection; a design which is (simply) different from a protected design is not an infringement. It is a classical application of the German theory of the "Abstandlehre" (26): i.e. the same distance which is sufficient to assert protectability is also sufficient to assert non infringement. A consequence of this wording is that, contrary to what happens in the patent field, if a design is eligible for protection it is automatically free from claims for infringement of a prior design. In other words, no dependency is admitted.' (27)

'Spiegelbeeldig' schrijft Franzosi in het commentaar op art. 6:

'I think that the way in which a design must differ from prior designs in order to be protected has to be assessed by the same standards which are used to make a finding of imitation. If we adopt a strict standard for the evaluation of the requirements for protection, we will have to use the same standard to evaluate infringement: if a great difference between the design and prior designs is required, it must be concluded that also later works presenting a notable difference constitute nevertheless an infringement. On this point the drawing of parallels must be absolute. In this way the ideological concepts of judges will not lead to negative and unequal consequences. If a judge thinks the requirements for protection must be particularly strict, he will then have to accept also the consequence that the limits of infringement are broad: the same strictness used towards the owner has to be used towards infringement. If, on the contrary, the requirements for protection are diluted, as a result various subsequent works will escape a finding of infringement.' (28)

5.17. Dat bij de bepaling van de beschermingsomvang via de 'algemene indruk' teruggegrepen moét worden op 'algemene indruk' die het model van de eiser wekt ten opzichte van nog eerdere modellen, wordt eveneens fraai uiteengezet door Jestaedt:

'Es ist aber nicht möglich, den Gesamteindruck einer Gestaltung ohne Bezug auf dem vorbekannten Formenschatz (29) zu bestimmen. Denn eine Gestaltung knüpft immer in gewissen Umfang an vorbekannte Gestaltungen an. [...] Ohne einen solchen Hintergrund ist es nicht möglich, die charakteristischen Merkmale einer Gestaltung zu bestimmen.' (30)

5.18. Ik citeer voorts Musker:

'The test for infringement is the same as that for individual character.' (31)

'2. Symmetry with the test for individual character (paras. 1 and 2). The comparison between an alleged infringement and a protected design, to determine whether the former falls within the scope of protection of the latter, is identical to that performed between the protected design and the state of the art to determine whether the former is invalidated over the latter. Thus, the primary question is whether the two create the same "overall impression" on the "informed user", with a subtest dependent on the degree of design freedom available to the designer (of the protected design, not of the infringement). Given that the "overall impression" and "design freedom" test for scope of protection are the same as those for individual character, reference is made to art. 7, notes 2-5. [...]

3. Interaction between validity and scope of protection. Bearing in mind that invalidity can be raised in a counterclaim to an infringement action [...], a proprietor will not succeed where his design is closer to the state of the art than to the alleged infringement, since under those circumstances, if it creates the same overall impression as the infringement, it must also create the same overall impression as the state of the art (and hence lack individual character). Designs

which differ by only a small amount from the state of the art can therefore only validly have a correspondingly narrow scope of protection. This will arise in particular when the scope of freedom of the designer was limited.'(32)

5.19. Howe:

'The test of infringement is the same as the comparison test which is performed between the design and prior art in order to decide whether or not the design is valid.'(33)

5.20. Het Engelse Court of Appeal 10 oktober 2007 (Procter & Gamble Company v Reckitt Benckiser (UK) Ltd)(34) heeft ten deze overwogen:

'35. [...] iii) Next is not a proposition of law but a statement about the way people (and thus the notional informed user) perceive things. It is simply that if a new design is markedly different from anything that has gone before, it is likely to have a greater overall visual impact than if it is "surrounded by kindred prior art." (HHJ Fysh's pithy phrase in Woodhouse at [58]). It follows that the "overall impression" created by such a design will be more significant and the room for differences which do not create a substantially different overall impression is greater. So protection for a striking novel product will be correspondingly greater than for a product which is incrementally different from the prior art, though different enough to have its own individual character and thus be validly registered.'

5.21. Ruhl:

'Der Grad der Gestaltungsfreiheit kann durch einen engen oder weiten Formenschatz beeinflusst sein, und zwar unabhängig davon, ob die vorbekannten Geschmacksmuster selbst (noch) geschützt sind oder nicht (vgl Art 6 Rdn 44). Dementsprechend führt ein eng besetzter Formenschatz zu einem entsprechend kleineren Schutzzumfang.'(35)

5.22. Eichmann/Von Falckenstein bij het commentaar op § 2 GeschmG, Abs. 3 (Eigenart):

'Der Grad der Musterdichte ist neben produktspezifischen Gegebenheiten und neben branchenspezifischen Gegebenheiten ein weiteres Kriterium, das Einfluss auf den Grad der Gestaltungsfreiheit hat. [...] In diesen dichtbesetzten Designbereichen hat die Berücksichtigung der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers zur Folge, dass Gestaltungen auch denn Eigenart aufweisen können, wenn sie sich nur verhältnismäßig geringfügig von vorbekannten Gestaltungen unterscheiden.'(36)

en, spiegelbeeldig bij het commentaar op § 38 (Schutzzumfang):

'Wenn ein Designbereich bereits dicht besetzt ist, steht idR nur ein geringer Gestaltungsspielraum zur Verfügung, s § 2, Rn 34. Je enger das Gestaltungsspielraum ist, desto eher können geringe Unterschiede einen abweichenden Gesamteindruck hervorrufen, EuG T-9/07 v 18.3.10 Rn 72.'(37)

5.23. Bulling/Langöhrig/Hellwig:

'145 Aufgrund der gleichlautenden Definitionen müssen einheitliche Maßstäbe bei der Beurteilung der Rechtsbeständigkeit und einer Schutzrechtverletzung des Geschmacksmusters gelten.

146 Bei der Beurteilung, ob kein anderer Gesamteindruck vorliegt, ist also eine Wechselwirkung mit dem Grad der Gestaltungsfreiheit zu berücksichtigen (vgl. Rdn. 64). Wird folglich auf einem Gebiet mit hoher Musterdichte eine geringe Abweichung von vorbekanntem Formenschatz zur Erlangung einer Eigenart als ausreichend angesehen, so kann der Schutzzumfang auch nur entsprechend gering ausfallen und sich nicht auf geringe aber dennoch eine eigene Eigenart begründende Abweichungen erstrecken. Entsprechendes gilt für ein Muster auf einem Gebiet mit einer geringen Musterdichte. Hier sind die Anforderungen an das Vorliegen einer Eigenart höher; damit verbunden ist ein größerer Schutzzumfang.'(38)

5.24. Steinberg en Auler in Büscher/Dittmer/Schiwy:

'Bei der Gegenüberstellung wird der Grad der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei der Entwicklung des Geschmacksmusters berücksichtigt [...]. Das bedeutet, dass das gestalterische Umfeld der jeweiligen Produktart konkret in die Prüfung einbezogen wird [...]. Bei der Beurteilung, ob sich der Gesamteindruck des zu schützenden Musters von dem eines vorbekannten Musters unterscheidet, ist eine Wechselwirkung bezüglich des Grades der Gestaltungsfreiheit des Musters zu berücksichtigen. Je höher die Musterdichte in einer bestimmten Erzeugerklasse ist, desto geringer sind die an die Eigenart zu stellenden Anforderungen.'(39)

'Ebenso wie bei Art. 6, ist auch vorliegend bei der Ermittlung des Schutzzumfangs der Grad der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers, somit also die Musterdichte auf dem betreffenden Erzeugnisgebiet, zu berücksichtigen. Dies wird häufig dazu führen, dass bei einer hohen Musterdichte bereits geringe Gestaltungsunterschiede beim informierten Benutzer einen anderen Gesamteindruck hervorrufen, während bei einem größeren Gestaltungsspielraum lediglich geringe Gestaltungsunterschiede aus Sicht des informierten Benutzers üblicherweise nicht zu einem anderen Gesamteindruck führen (Wechselwirkung, s. hierzu Art. 6 Rn. 9).'(40)

5.25. Passa:

'L'extension du contenu de la protection "à tout dessin ou modèle qui ne produit pas sur l'observateur averti une impression visuelle d'ensemble différente", opérée par l'article L. 513-5(41), est formulée, on l'aura noté, en termes repris quasiment mot pour mot de la définition de la condition de caractère propre (art. L 511-4)(42). [...]

Tout ce qui a été dit de la condition de caractère propre est valable ici mutatis mutandis. [...] Ensuite, bien que le paragraphe 2 de l'article 9 de la directive n'ait pas été repris à l'article L 513-5, il faut considérer que l'étendue de la protection doit être appréciée en tenant compte du degré de la liberté du créateur dans l'élaboration du dessin ou modèle.'(43)

5.26. Vanhees:

'De begrippen "het wekken van een algemene indruk bij de geïnformeerde gebruiker" zijn ook terug te vinden bij de definiëring van de beschermingsvoorwaarde van het "eigen karakter" van een tekening of model. Dit is ook logisch: de beschermingsomvang is het spiegelbeeld van het eigen karakter. Alle modellen die een eigen karakter bezitten, maken immers per definitie geen inbreuk op eerdere modellen, terwijl geen enkel model dat een inbreuk maakt op een bestaand model, een eigen karakter kan bezitten." (44)

5.27. Van Nispen/Huydecoper/Cohen Jehoram:

"Eigen karakter" is een van de kernbegrippen uit het modellenrecht. [...] "Spiegelbeeldig" markeert dit begrip ook de grens van de voor een model geldende bescherming: zoals al even ter sprake kwam, is de maatstaf waarnaar "eigen karakter" beoordeeld moet worden (vrijwel precies) dezelfde waarmee ook, als het gaat om inbreuk op het modelrecht, moet worden beoordeeld of het ene model ontoelaatbaar lijkt op het andere'.(45)

5.28. Geerts in Gielen c.s., 'Kort begrip' (10e druk 2011):

'Het criterium voor de beschermingsomvang [...] komt overeen met het eigenkaraktercriterium [...]. Dit brengt mee dat de mate van verschil tussen het voortbrengsel van de gedaagde en het ingeschreven model van de eiser vergeleken zal moeten worden met de mate van verschil tussen dat ingeschreven model en de (al dan niet ingeschreven) anticiperende modellen. In (en buiten) rechte zal immers bezwaarlijk aangenomen kunnen worden dat het verschil tussen het ingeschreven model en het aangevallen model, anders beoordeeld zou moeten worden dan het verschil tussen het ingeschreven model en eerder bestaande modellen.'(46)

5.29. Een duidelijke toepassing is te vinden het arrest van het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof van 22 mei 2007, 4 Ob 43/07p, GRUR Int. 2008, p. 523 (cursivering toegevoegd):

'1.2. Bei der Prüfung, ob ein Geschmacksmuster Eigenart besitzt, kommt es nicht auf eine vollständige Übereinstimmung der Merkmale zwischen dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster und vorbekannten Geschmacksmustern an. Nicht die Merkmale im Einzelnen, sondern nur der jeweilige Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Geschmacksmuster sind auf Unterschiede zu prüfen. Der Gesamteindruck kann durch prägende Merkmale bestimmt sein. Zur Ermittlung des Gesamteindrucks sind daher die einzelnen Merkmale des Geschmacksmusters nach ihrem Beitrag zum Gesamteindruck zu bewerten und zu gewichten. Der Gesamteindruck des Gemeinschaftsgeschmacksmusters ist mit dem des vorbekannten Geschmacksmusters zu vergleichen. Die Eigenart des Gemeinschaftsgeschmacksmusters ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn keines der vorbekannten Geschmacksmuster alle prägenden Merkmale des Gemeinschaftsgeschmacksmusters aufweist oder wenn ein vorbekanntes Geschmacksmuster prägende Merkmale umfasst, die das Gemeinschaftsgeschmacksmuster nicht besitzt. Tragen alle Merkmale im gleichen Maß zum Gesamteindruck bei, ist die Eigenart dann zu bejahen, wenn sich das Gemeinschaftsgeschmacksmuster und das vorbekannte Geschmacksmuster in mindestens einem Merkmal voneinander unterscheiden (4 Ob 177/05s = RdW 2006/537 = ecolex 2006/443 [Tonninger] m.w.N.).

Der Umfang des Schutzes aus dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster erstreckt sich auf jedes Geschmacksmuster, das beim informierten Benutzer keinen anderen Gesamteindruck erweckt (Art 10 Abs 1 GGV). Diese Definition folgt im Wortlaut spiegelbildlich der Definition der Eigenart. Die Frage der Schutzfähigkeit und die Verletzungsfrage sind somit nach denselben Prüfungskriterien zu beurteilen. Bei Beurteilung der Frage, ob ein anderes Geschmacksmuster in den Schutzzumfang des Gemeinschaftsgeschmacksmusters fällt, ist der jeweilige Gesamteindruck zu ermitteln und zu vergleichen. Es kommt nicht auf einen mosaikartig aufgespalteten Vergleich von Einzelheiten an. Maßgeblich ist vielmehr die Würdigung des Gesamteindrucks unter dem Blickwinkel, ob sich bei einer Gegenüberstellung zweier Formgebungen insgesamt der Eindruck einer Übereinstimmung ergibt. Durch die Verwendung der gleichen Terminologie für Schutzzumfang und Eigenart führt die GGV zu gleichen Beurteilungsmaßstäben: Ein hohes Maß an Eigenart gibt Raum für einen großen Schutzzumfang. Umgekehrt führt geringe Eigenart auch nur zu einem kleinen Schutzzumfang. Ist der informierte Benutzer des geschützten Gemeinschaftsgeschmacksmusters bereit, trotz geringer Unterschiede zwischen Formenschatz und Gemeinschaftsgeschmacksmuster die Eigenart zu bejahen, muss er gleichermaßen im Verletzungsstreit bei derartigen Unterschieden zwischen dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster und der angegriffenen Ausführungsform die Verletzung verneinen (4 Ob 177/05s m.w.N.; 4 Ob 246/06i).'

5.30. Zo ook Gerecht EU 9 september 2011 (T-11/08; Kwang Yang Motor Co/OHIM):

'33 Therefore, the greater the designer's freedom in developing the challenged design, the less likely it is that minor differences between the designs at issue will be sufficient to produce a different overall impression on an informed user. Conversely, the more the designer's freedom in developing the challenged design is restricted, the more likely minor differences between the designs at issue will be sufficient to produce a different overall impression on an informed user. Therefore, if the designer enjoys a high degree of freedom in developing a design, that reinforces the conclusion that the designs which do not have significant differences produce the same overall impression on an informed user. [...]

5.31.1. Volgens Apple zou haar tegengestelde visie, dat het vormgevingserfgoed geen rol speelt bij het vaststellen van de beschermingsomvang, bevestigd zijn door het Duitse Bundesgerichtshof. (47) Apple citeerde daarbij uit BGH 19 mei 2010, I ZR 71/08 (Untersetzer)(48):

'11 (...) der Schutzzumfang hängt nicht vom Grad der Eigenart des Geschmacksmusters ab (...)

13 Für den Schutzzumfang eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters kommt es danach nicht darauf an, ob und inwieweit sich der Gesamteindruck dieses Geschmacksmusters vom dem Gesamteindruck vorbekannter Geschmacksmuster unterscheidet (inwieweit es also Eigenart hat), sondern allein

darauf, ob der Gesamteindruck des angegriffenen Geschmacksmusters mit dem Gesamteindruck dieses Geschmacksmusters übereinstimmt.'

5.31.2. Apple's citaat uit dit arrest is echter in hoge mate onvolledig. Ik vul aan (met cursiveringen mijnerzijds):

'16 b) Der nach Ansicht des Senats unzutreffende rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts ist jedoch nicht entscheidungserheblich. Die Frage, ob der Schutzzumfang eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters nach Art. 10 GGV vom Grad der Eigenart des Geschmacksmusters abhängt, ist daher nicht dem Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV (ex-Artikel 234 EGV) zur Vorabentscheidung vorzulegen. Das Berufungsgericht hat den Schutzzumfang letztlich zutreffend nach dessen Abstand zum vorbekannten Formenschatz bestimmt.

17 Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass bei der Bestimmung des Schutzzumfangs nach Art. 10 Abs. 2 GGV - ebenso wie bei der Bestimmung der Eigenart nach Art. 6 Abs. 2 GGV - der Grad der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei der Entwicklung seines Geschmacksmusters zu berücksichtigen ist. Dabei besteht zwischen dem Gestaltungsspielraum des Entwerfers und dem Schutzzumfang eine Wechselwirkung. Eine hohe Musterdichte und damit ein kleiner Gestaltungsspielraum des Entwerfers führt zu einem engen Schutzzumfang des Musters, mit der Folge, dass bereits geringe Gestaltungsunterschiede beim informierten Benutzer einen anderen Gesamteindruck hervorrufen können. Dagegen führt eine geringe Musterdichte und damit ein großer Gestaltungsspielraum des Entwerfers zu einem weiten Schutzzumfang des Musters, so dass selbst größere Gestaltungsunterschiede beim informierten Benutzer möglicherweise keinen anderen Gesamteindruck erwecken (insoweit ebenso KG ZUM 2005, 230, 231, österr. OGH GRUR Int. 2008, 523, 525; Ruhl, aaO Art. 10 Rdn. 40; Auler in Büscher/Dittmer/Schiwy aaO Art. 10 GGV Rdn. 2; Koschtial, GRUR Int. 2003, 973, 977; vgl. auch Begründung zum Regierungsentwurf des Geschmacksmusterreformgesetzes BT-Drucks. 15/1075, S. 52 zu §38 GeschmMG). Der bereits vor Umsetzung der Richtlinie 98/71/EG durch das Geschmacksmusterreformgesetz anerkannte Grundsatz, dass der Schutzzumfang eines Geschmacksmusters von dessen Abstand zum vorbekannten Formenschatz abhängt (vgl. etwa BGH, Urt. v. 24.9.1987 - I ZR 142/85, GRUR 1988, 369, 370 - Messergriff), gilt daher nach wie vor (D. Jestaedt, GRUR 2008, 19, 22).'

5.31.3. Apple heeft derhalve passages uit het Untersetter-arrest van het BGH geciteerd, waarin het principe (de Grundsatz) van spiegelbeeldigheid (Wechselwirkung) via de constructie van rechtstreekse verwijzing naar de mate van eigen karakter (art. 6 lid 1 GModVo) is afgewezen. Het BGH heeft in afwijzing dáárvan verschillende Duitse schrijvers, zoals Ruhl en Eichmann/ Von Falckenstein gevolgd(49). Maar zoals hierboven bleek, staat bij het Bundesgerichtshof (evenals bij de genoemde schrijvers), de 'Grundsatz, dass der Schutzzumfang eines Geschmacksmusters von dessen Abstand zum vorbekannten Formenschatz abhängt', noch geheel overeind. Het enige verschil is dat die 'Grundsatz' nu wordt geconstrueerd(50) via het uitlegvoorschrift in lid 2 van art. 6 resp. art. 10 GModVo over 'mate van vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het model' (mede toegespitst op 'modeldichtheid' (Musterdichte)).

5.32.1. Terzijde noteer ik nog dat het principe van 'spiegelbeeldigheid' in enige Engelse rechtspraak en literatuur niet in ieder opzicht onderschreven wordt. Daarbij is de strekking echter niet (zoals Apple qua resultaat lijkt te bepleiten) om de van de door de modelhouder M in acht genomen afstand van de voorganger(s) L (L1, L2, enz.) 'losgezongen' bescherming eventueel zelfs groter te laten zijn. Integendeel. De beschermingsomvang zou juist kleiner moeten zijn dan de door de modelhouder M in acht genomen afstand van de voorganger(s).

5.32.2. Deze opvatting is welsprekend verwoord door Lord Justice Sir Robin Jacob van het Engelse Court of Appeal op 10 oktober 2007:

'18. The recital uses another phrase not carried over into the Articles - "clearly differs". Only if the "overall impression" "clearly differs" from that of the "existing design corpus" will the design have an "individual character." Plainly that is relevant for registrability, even if Art. 6.1 does not expressly use "clearly differs". Does the phrase also apply to the infringement test? Does an

accused design escape infringement only if its overall impression "clearly differs" from the registered design? All Art. 10.1 says is "different overall impression". Does that really mean "clearly different" - the word "clearly" requiring much blue water between the accused and registered design for non-infringement?

19. The Judge thought it did (see [57]). But I do not. Different policies are involved. It is one thing to restrict the grant of a monopoly right to designs which are shown "clearly" to differ from the existing design corpus. That makes sense - you need clear blue water between the registered design and the "prior art", otherwise there is a real risk that design monopolies will or may interfere with routine, ordinary, minor, every-day design modifications - what patent lawyers call "mere workshop modifications." But no such policy applies to the scope of protection. It is sufficient to avoid infringement if the accused product is of a design which produces a "different overall impression." There is no policy requirement that the difference be "clear." If a design differs, that is enough - an informed user can discriminate.' (51)

5.32.3. Laddie, Prescott en Vitoria vallen deze opvatting bij:

'55.13 [...] Firstly, it seems to the writers that scope of protection as defined in both the Directive and the Regulation is primarily directed to considerations of infringement, not validity, although assessment of validity involves recourse to similar considerations as the recitals to both make clear. It should not be assumed that the scope of protection and the extent to which an existing registration or other prior art may be used to prevent a later registration are necessarily co-extensive. It seems to the writers that there are potentially significant differences, a topic to which we return later in this work [...]'(52)

'55.29 [...] In Procter & Gamble v Reckitt Benckiser (UK) Ltd, the Court of Appeal appears to have accepted that a clear difference had to be present for there to be individual character in the context of a challenge of validity. However, it took the view that there was no policy requirement that the difference between the registration relied upon and the alleged infringement must be clear to avoid a finding of infringement. Given that the recitals appear on their face to relate only to the assessment of individual character (ie to validity), this may well be correct. However, the consequence would appear to be that an allegedly infringing design might be different enough to avoid a finding of infringement but not sufficiently different to secure registration in its own right. In other words, there is a clear distinction between the validity and the infringement tests.'(53)

5.32.4. Ook Franzosi suggereerde al dat er een beoordelingsverschil zou kunnen zijn ten voordele van degene die van inbreuk beticht wordt.(54) In deze zin ook Visser(55).

5.33. De conclusie van bovenstaande beschouwingen over thema (ii) kan geen andere zijn, dan dat (ook) in het (Unie-)modellenrecht de volgende regels algemeen onderschreven worden:
 (a) de beschermingsomvang van een model M kan groter of kleiner zijn; en
 (b) de grotere of kleinere beschermingsomvang van model M is (spiegelbeeldgewijs) gerelateerd aan de mate van afstand van model M ten opzichte van eerder bekende modellen (waarbij de beschermingsomvang in elk geval niet groter mag zijn dan de afstand ten opzichte van eerder bekende modellen).

Hier kan gevoeglijk van een acte clair gesproken worden.

5.A.2. Bepaling van 'eigen karakter' in de zin van art. 6 GModVo

5.34.1. In nr. 5.5 van deze inleidende opmerkingen bij het principale cassatiemiddel heb ik aangekondigd dat bevindingen over het als eerste te bespreken thema (ii): de beschermingsomvang (hierboven nrs. 5.6 - 5.33), ook behulpzaam zullen blijken voor de nu volgende beschouwingen over thema (i). Dat thema betreft de toetsing door het hof van de door Samsung betwiste geldigheid van het door Apple ingeroepen recht in het licht van de geldigheidseis (ingevolge art. 4 jo. 6 GModVo) dat het model een 'eigen karakter' heeft. Daarover nader in nrs. 5.35 - 5.46.3.

5.34.2. Ik herinner er nog aan (vgl. nr. 5.4.3) dat het hof - in het kader van de hierboven ampel

besproken 'spiegelbeeldigheid'- de ten voordele van Samsung aangenomen 'tamelijk geringe' beschermingsomvang van Apple's gemeenschapsmodel (thema (ii)) heeft afgeleid uit het in het verlengde van zijn oordeel over thema (i) aangenomen 'beperkt eigen karakter' van dat model (rov. 8.1).

5.35. Uit de bespreking van thema (ii) hierboven weten wij inmiddels dat relativiteit van de beschermingsomvang van het model van in literatuur en rechtspraak volkomen gangbaar is, evenals de spiegelbeeldige koppeling van die beschermingsomvang aan mate van afstand van het model van de eiser ten opzichte van eerder bekende modellen (acte clair).

5.36. Om 'geldig' te zijn (niet voor weigering of nietigverklaring in aanmerking te komen), moet een (geregistreerd) model een eigen karakter⁽⁵⁶⁾ vertonen in de zin van art. 4 - 6 GModVo: het model moet bij de geïnformeerde gebruiker een algemene indruk wekken, die verschilt van de algemene indruk die bij die gebruiker wordt gewekt door modellen die eerder voor het publiek beschikbaar zijn gesteld.

Dit verschil kan zo klein zijn dat de drempelis van het 'verschil in algemene indruk' niet gehaald wordt. Het kan ook zijn dat de afwijking (net) groot genoeg is om aan die drempelis te voldoen. En de afwijking kan groter zijn, zodat de drempel ruimschoots wordt gehaald.

In de eerdere beschouwingen over thema (ii) is reeds gebleken dat de notie de geringere of grotere mate van afwijking van eerder voor het publiek beschikbaar gestelde modellen in literatuur en rechtspraak evenzeer volkomen gangbaar is, hand in hand met de (slechts) daaraan te ontleen maatstaf voor de beschermingsomvang.

5.37. Volgens art. 6 GModVo bestaat het vergelijkingsmateriaal uit 'modellen, die [eerder] voor het publiek beschikbaar zijn gesteld'. In de considerans, punt 14, van de GModVo wordt gesproken over 'vormgevingserfgoed'. In de literatuur wordt die term wel gebruikt, en voorts (door elkaar heen) 'prior art' of 'stand van de techniek' of gewoon (zoals vaak hierboven) 'anticiperende' of 'eerder bekende' modellen.

5.38. Het principale cassatieberoep van Apple stelt de vraag aan de orde of hierin niet meer 'ordening' moet gelden. Ook wijst Apple erop dat de Nederlandstalige tekst van art. 6 GModVo spreekt over [vergelijking met] 'modellen, die [eerder] voor het publiek beschikbaar zijn gesteld', terwijl andere taalversies in dit verband het enkelvoud bezigen ('any design which has been made available to the public'; 'tout dessin ou modèle qui a été divulgué au public'; 'ein anderes Geschmacksmuster bei diesem Benutzer hervorruft, das der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist').

5.39. In dit verband laten zich uit het cassatiedossier en uit literatuur en rechtspraak - ongeveer⁽⁵⁷⁾ - de volgende vier voorgestelde 'ordeningen' afleiden:

(A) Er mag slechts 'één-op-één' vergeleken worden met één (geïdentificeerd) anticiperend model⁽⁵⁸⁾, en niet meer dan één

- (dit is volgens Apple de vergelijkingswijze die het hof in rov. 3.5 aan Apple's stellingname in hoger beroep toeschrijft, maar waarvan Apple betwist dat zij die verdedigd zou hebben);

- ik duid haar hierna ook wel aan als de 'volstrekt solitaire vergelijking'.

(B) Er mag weliswaar 'één-op-één' vergeleken worden met méér dan één geïdentificeerde individuele anticiperende modellen, maar een oordeel dat er onvoldoende verschil in algemene indruk is kan slechts worden gebaseerd op onvoldoende verschil met één daarvan, en niet op het mede in aanmerking nemen van onvoldoende verschil (op een of meer andere punten) met een of meer andere geïdentificeerde individuele anticiperende modellen

- (dit is de vergelijkingswijze waarvan Apple in cassatie stelt dat zij die in haar stellingname in hoger beroep geuit / bedoeld heeft, en die volgens Apple door het hof ten onrechte niet is toegepast);

- ik duid haar hierna ook wel aan als de 'per saldo solitaire vergelijking'.

(C) Als alternatief (B), in die zin dat 'één-op-één' vergeleken mag (en moet) worden met méér dan één geïdentificeerde individuele anticiperende modellen; maar in deze variant mag het oordeel dat er onvoldoende verschil in algemene indruk is, wél gebaseerd worden op onvoldoende verschil

met één daarvan in bepaalde opzichten, én op onvoldoende verschil (op een of meer andere punten) met een of meer andere geïdentificeerde individuele anticiperende modellen - (dit is de door Samsung aan het hof toegeschreven en door Samsung onderschreven vergelijkingswijze; de juistheid van een zodanige vergelijkingswijze wordt door Apple bestreden); - ik duid haar hierna ook wel aan als de 'eventueel kruislingse vergelijking met gespecificeerde identificatie'.

(D) Er mag worden vergeleken met het 'vormgevingserfgoed' in zijn totaliteit, waarbij de rechter abstraherend te werk mag gaan, en waarbij hij - zonder gehoudenheid tot (gedetailleerde) 'één-op-één'-identificaties - kan komen tot zijn oordeel over de al of niet aanwezigheid van verschil in algemene indruk

(dit is een door Apple in haar s.t. (nr. 3.5.12) aan het hof toegeschreven, en door haar als onjuist bestreden vergelijkingswijze);

- ik duid haar hierna ook wel aan als de 'kruislingse vergelijking zonder gespecificeerde identificatie'.

Het ligt voor de hand dat de varianten (A) en (B) de minste, en variant (D) de meeste ruimte bieden om voldoening aan de toets van art. 6 GModVo te ontkennen, met variant (C) daartussen. Ik merk terzijde op dat volgens Apple juiste vergelijkingswijze (hierboven met (B) aangeduid), in wezen niet of nauwelijks verschilt van de daar door mij met de letter (A) aangeduide opvatting (die Apple zegt niét te onderschrijven). Ik laat opvatting (A) verder terzijde.

5.40. Men zou (mogen) verwachten dat op een punt als dit, dat de gemoederen zo zeer bezig blijkt te kunnen houden, de totstandkomingsgeschiedenis van de GModVo de ModRI richtinggevend aanwijzingen zou bevatten. Dat blijkt echter tegen te vallen.(59)

5.41.1. Partijen hebben de volgens elk van hen meest preferabele oplossing bepleit en zij hebben getracht om die over en weer met 'authority' te adstrueren(60). Ik heb daarvan kennis genomen(61),(62), en ik heb nog iets meer bronnen dan partijen erbij gelezen(63),(64).

5.41.2. Ik kwam evenwel tot het inzicht dat partijen (vooral Apple) hier een verkeerd spoor bewandelen.

5.42. Bestudering van de in voetnoten 61 en 63 aangeduide 'authorities'/ bronnen leert dat die bronnen zich bekommeren om de vraag of de beoordelaar (het OHIM of de rechter) de inschrijvingsweigeren respectievelijk nietigverklaring wegens niet-voldoening aan het criterium van art. 6 GModVo slechts op variant (B), of ook op variant (C) of zelfs (D) mag baseren. Daarbij gaat het om de vraag of het model waarvoor bescherming wordt verlangd net wél of net niét over de drempels van art. 6 GModVo komt: met de guillotine van inschrijvingsweigeren of nietigverklaring als consequentie. Ik kan mij voorstellen dat discussie over keuze uit een van de hiervoor bedoelde varianten (B) t/m (D) in dát verband zin heeft, althans de gemoederen bezig houdt.

5.43.1. Ik kan mij (dan ook) wel voorstellen dat het OHIM en in beroep het Gerecht van de EU, als het gaat over weigering van een aanvraag of nietigverklaring van een reeds ingeschreven model ex art. 6 GModVo, wil kiezen voor het hard(er)e criterium van variant (B), en niet voor de flexibeler en daarmee - voor een mede op efficiency gerichte organisatie als OHIM - minder eenvoudige, ook kostbaarder, variant (C); nog minder voor variant (D). Zo'n opstelling van het Gerecht spreekt inderdaad uit het door Apple voorgehouden arrest Gerecht EU 22 juni 2010 (T-153/08; Shenzen Taiden/ Bosch), rov. 23 en 24:

'23 Aangezien artikel 6, lid 1, van verordening nr. 6/2002 verwijst naar een verschil tussen de algemene indrukken die door de betrokken modellen worden gewekt, mag het onderzoek van het eigen karakter van een gemeenschapsmodel niet worden verricht op basis van specifieke elementen van verschillende oudere modellen.

24 Derhalve dient een vergelijking te worden gemaakt tussen enerzijds de door het litigieuze gemeenschapsmodel gewekte algemene indruk, en anderzijds de algemene indruk die wordt

gewekt door elk van de oudere modellen die rechtsgeldig door de verzoekende partij in de nietigheidsprocedure worden aangevoerd'.

5.43.2. Maar - daargelaten dat deze jurisprudentie nog niet door het HvJEU bevestigd is - kan deze opstelling ex art. 6 GModVo, als boven uiteengezet, niet maatgevend zijn als het gaat om beoordeling van exceptief verweer in het licht van de mate van eigen karakter van het model van de eiser boven het 'geldigheidsminimum', in verhouding tot de mate van afwijking van het model van de beweerde inbreukmaker.

5.44. Anders gezegd: is het model eenmaal voor de test van art. 6 geslaagd(65), dan gaat het in het kader van het exceptieve verweer van de gedaagde vervolgens om de vraag of modelhouder M reden tot klagen heeft tegen de gebruiker van het jongere model N, in het licht van de mate van afstand van model N ten opzichte van model M. Daartoe moet - noodzakelijkerwijs, zie boven - die afstand vergeleken worden met de mate van afstand die M (boven het minimum om te slagen voor de art. 6-test) genomen heeft ten opzichte van eerder beschikbare modellen.

De eerder besproken relativiteit van die beschermingsomvang in verhouding tot eerder bekende modellen (L, of in voorkomend geval L1, L2, enz.) geldt - naar algemene opvatting, zoals hiervoor in nrs. 5.16-5.33 aangegeven - zonder dat in dit verband een keuze tussen een van de alternatieven (B) t/m (D) aan de orde is.

5.45.1. De door Apple genoemde argumenten en bronnen ten faveure haar opvatting dat de GModVo een per saldo solitaire vergelijking (vgl. nr. 5.39 onder (B)) zou vereisen, zijn, zo zij al zouden opgaan voor de nietigheidsbeoordeling, dus niet aan de orde in het kader van de beoordeling van de beschermingsomvang van een geldig model.

5.45.2. Verwijzend naar de door Apple ingeroepen bronnen (als vermeld in voetnoot 61), noteer ik nog expliciet:

- in GEU Shenzen Taiden/Bosch ging het niet om beschermingsomvang, maar om geldigheidstoetsing (ex art. 6);
- hetzelfde geldt voor de aangehaalde rov. 33 in BGH Verlängerte Limousinen (zie ook rov. 9 en 10 aldaar);
- het citaat van Musker komt uit diens commentaar op art. 6 (geldigheid) en niet uit diens commentaar op art. 10 (beschermingsomvang). Overigens heeft Apple Muskers commentaar op art. 6 onvolledig geciteerd(66);
- evenzo komt het citaat uit Van Nispen, Huydecoper en Cohen Jehoram (Industriële Eigendom deel 3 (2012), nr. 1.4.2.5.5) uit hun commentaar op de geldigheidsvereisten en niet uit hun commentaar op de beschermingsomvang(67);
- de aangehaalde passage uit de annotatie van Huydecoper onder het bestreden arrest in BIE 2012, nr. 56, lijkt evenzeer te slaan op 's hofs geldigheidstoetsing; over het resultaat van de overeenstemmingsbeoordeling leest men in de annotatie geen kritiek(68).

5.45.3. Verwijzend naar door mij zelf nog aangehaalde bronnen, die lijken te pleiten voor de 'per saldo solitaire vergelijking' (als vermeld in voetnoot 63), nl.:

- het Ierse vonnis van 2007 inzake Karen Millen/Dunnes Stores,
 - Passa t.a.p. (nr. 699, p. 932),
- noteer ik hier expliciet, dat het ook daar steeds gaat om geldigheidstoetsing, en niet om beoordeling van de beschermingsomvang (van geen geldig model).

5.45.4. De door Samsung aangehaalde en enkele door mij toegevoegde bronnen (zie voetnoten 62 en 64) laten - overeenkomstig het door mij ten aanzien van beoordeling van de beschermingsomvang ingenomen standpunt - kruislingse vergelijking (variant (C), misschien zelfs variant (D) van nr. 5.39) toe. Zij hebben soms enkel betrekking op deze beoordeling van de beschermingsomvang. Soms lijken zij deze variant ook toe te laten in het kader van de geldigheidstoetsing, en dus, logischerwijs, a fortiori in het kader van de beoordeling van de beschermingsomvang.

5.46.1. Ik meen dat de toelaatbaarheid van 'kruislingse vergelijking' bij de beoordeling van de

beschermingsomvang in wezen reeds (zij het impliciet) bevestiging heeft gevonden in het vaker genoemde arrest van HvJEU 12 mei 2011 (C-281/10; PepsiCo/Grupo Promer)(69).

Grupo Promer beschikte over een ingeschreven gemeenschapsmodel voor een zogenoemde 'flippo' (of: 'tazo', 'rapper', 'pog'), een rond schijfje van metaal als hulpmiddel bij het doen van spelletjes. Grupo Promer stelde een vordering in tot nietigverklaring van een later door PepsiCo ingeschreven model, met succes bij de nietigheidsafdeling van het OHIM. De kamer van beroep van het OHIM besliste echter anders. In de daarop gevolgde procedure voor het Gerecht van de EU trok Grupo Promer weer aan het langste eind. PepsiCo stelde vervolgens beroep in bij het HvJEU. Ik citeer thans de volgende (in deze conclusie nog niet eerder weergegeven) overwegingen van het HvJEU:

'55 In de tweede plaats is het weliswaar juist dat, zoals de advocaat-generaal in de punten 51 en 52 van zijn conclusie heeft opgemerkt, de geïnformeerde gebruiker zoals die hierboven is gedefinieerd, naar zijn aard de betrokken modellen zo mogelijk rechtstreeks zal vergelijken, maar is het niet uitgesloten dat een dergelijke vergelijking niet mogelijk is of in de betrokken sector ongebruikelijk is, met name wegens specifieke omstandigheden of wegens de kenmerken van de voorwerpen waarop de betrokken modellen betrekking hebben.

56 Het Gerecht kan dan ook niet met kans op slagen worden verweten, blijk te hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de algemene indruk die door de conflicterende modellen wordt gewekt, niet te hebben beoordeeld op basis van de premisse dat de geïnformeerde gebruiker deze modellen in elk geval rechtstreeks met elkaar zal vergelijken.

57 Dat geldt des te meer daar bij gebreke van nauwkeurige aanwijzingen dienaangaande in verordening nr. 6/2002, niet ervan kan worden uitgegaan dat de wetgever van de Unie de beoordeling van eventuele modellen tot de rechtstreekse vergelijking ervan heeft willen beperken.'

5.46.2. Het HvJEU ging akkoord - in een zaak waarin het (slechts) ging om de beoordeling door de 'geïnformeerde gebruiker' van de ene flippo (van PepsiCo) met de andere (van Grupo Promer) - met een niet rechtstreekse vergelijking, met andere woorden een vergelijking mede op basis van herinneringen. De geïnformeerde gebruiker behoeft de mate van afstand dus niet per se af te leiden uit een 'benoemd' (naast het te vergelijken object voor hem op tafel opgesteld) eerder object. De geïnformeerde gebruiker mag ook op herinneringen afgaan.

Nu die toetsingswijze zelfs toegelaten is in een zaak over één-op-één vergelijking met één eerder model (inzet van de PepsiCo/Grupo Promer-zaak), met als inzet geldigheid of nietigheid, moet a fortiori gelden dat in gevallen waarin het (slechts) gaat om de 'mate van afstand', zonder potentiële nietigheid als inzet maar met het oog op de bepaling van de beschermingsomvang, vergelijking op basis van herinneringen is toegestaan. Juist de geïnformeerde gebruiker kan, ja zál in voorkomend geval natuurlijk herinneringen hebben aan meerdere anticiperende modellen. Ook - of: te meer - in deze context behoeft de geïnformeerde gebruiker die modellen dus niet voor zich 'opgesteld' te bezien, en behoeft hij ze ook niet met merk- en typenaam te benoemen. Ten slotte lijkt mij niet voor tegenspraak vatbaar - en dus een acte clair - dat de gebruiker die op basis van herinneringen oordeelt dat de algemene indruk van het nieuwe model weinig verschilt van de algemene indruk van een of meer eerdere modellen (meervoud), zonder alle specifieke anticipaties (met merk- en typenaam) te benoemen, dáárom zou diskwalificeren als 'geïnformeerde gebruiker'. Men kan toch niet verdedigen dat die gebruiker dáárom een 'domme' of 'niet geïnformeerde' gebruiker zou zijn.

5.46.3. In de vorenstaande nrs. 5.46.1 - 5.46.2 legde ik uit waarom ik in het arrest PepsiCo/ Grupo Promer een impliciete bevestiging lees van de toelaatbaarheid van de in nr. 5.39 aangegeven vergelijkingsmethoden (C) ('eventueel kruislingse vergelijking met gespecificeerde identificatie') en mogelijk zelfs (D) ('kruislingse vergelijking zonder gespecificeerde identificatie'), en zulks te meer of in ieder geval als het gaat om de 'mate van afstand'-vergelijking als in het kader van een exceptief verweer inzake de beschermingsomvang tussen Apple en Samsung aan de orde.

5.47. In het licht van de nrs. 5.6 t/m 5.46.3 zal ik - na weergave van de aangevallen overwegingen

van het hof - de klachten van het principale cassatiemiddel van Apple beoordelen.

5.A.3. De beslissingen van het High Court en van het OLG Düsseldorf

5.48.1. Voordat ik daartoe overga, vermeld ik nog dat in de 'bodemzaak' tussen partijen over (onder meer) dezelfde inbreukvraag, in dezelfde zin geoordeeld is als door het gerechtshof 's-Gravenhage in deze kort-geding-zaak: met toepassing van vergelijkingsmethode (C) ('kruislingse vergelijking met gespecificeerde identificatie'). Ik doel op het vonnis van het High Court of Justice (Chancery Division, Patents Court (Birss J.) 9 juli 2012(70).

5.48.2. Ik wijs op de door Judge Birss (evenals het gerechtshof te 's-Gravenhage) toegepaste thematische vergelijking aan de hand van door Apple voorgehouden kenmerkende eigenschappen van het model, waarbij de Engelse rechter ten aanzien van die eigenschappen telkens ingaat op achtereenvolgens (a) de ontwerpvrijheid, (b) de aanwezigheid in het vormgevingserfgoed, (c) de gelijkheid van het kenmerk in de modellen van Apple en Samsung, en (d) de desbetreffende 'overall significance'. In het beoordelingsmodel van Judge Birss komen (vrijwel telkens) onder zijn rubriek (b) eerdere modellen (meervoud) uit het vormgevingserfgoed aan de orde, vergelijkbaar met de beoordelingwijze in rov. 6.1 - 6.26 van hof 's-Gravenhage. Ik citeer hier nog letterlijk uit de afsluitende overwegingen van de Engelse rechter:

'[189] [...] The front view of the Apple design takes its place among its kindred prior art. There is a clear family resemblance between the front of the Apple design and other members of that family (Flatron, Bloomberg 1 and 2, Ozolins, Showbox, Wacom). They are not identical to each other but they form a family. [...] From the front both the Apple design and the Samsung Tablets look like members of the same, pre-existing family. As a result, the significance of that similarity overall is much reduced and the informed user's attention to the differences at the back and sides will be enhanced considerably.

[190] The informed user's overall impression of each of the Samsung Galaxy Tablets is the following. From the front they belong to the family which includes the Apple design: but the Samsung products are very thin, almost insubstantial members of that family with unusual details on the back. They do not have the same understated and extreme simplicity which is possessed by the Apple design. They are not as cool. The overall impression produced is different.

[191] The Samsung tablets do not infringe Apple's registered design No. 000181607-0001'

5.48.3. Ook het OLG Düsseldorf heeft bij Urteil van 31 januari 2012(71) (met vernietiging in zoverre van het vonnis van Landgericht Düsseldorf 9 september 2011), inbreuk door Samsung met haar Galaxy Tab 10.1 op Apple's gemeenschapsmodel 000181607 afgewezen(72).

Ik ben mij ervan bewust dat het OLG in zijn arrest niet de beoordelingwijze (C) (kruislingse vergelijking met gespecificeerde identificatie) heeft toegepast. Het OLG achtte (met toepassing van beoordelingwijze (B) (per saldo solitaire vergelijking) de afstand van het Samsung-product groot genoeg in vergelijking met de afstand van Apple's model ten opzichte van het daar dichtst bijkomende oudere Ozolins-model(73).

5.B. Door het principale cassatiemiddel aangevallen overwegingen van het hof

5.49. De blijkens de cassatiedagvaarding aangevallen overwegingen van het hof luiden(74):

3. Het hoger beroep en de algemene uitgangspunten voor de beoordeling daarvan

[...]

'3.5 Ingevolge artikel 6 lid 1 GModV wordt een model 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. Deze aan het publiek beschikbaar gestelde modellen vormen het vormgevingserfgoed (door partijen ook wel aangeduid als 'prior art' of 'stand van de techniek'). Verder moet, zo is vermeld in

artikel 6 lid 2 GModV, bij de beoordeling van het eigen karakter rekening worden gehouden met de mate van vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het model. De stelling van Apple in punt 30 PA, dat bij de beoordeling van het eigen karakter het model moet worden vergeleken met slechts één model uit het vormgevingserfgoed, kan niet worden onderschreven. In artikel 6 lid 1 GModV wordt niet voor niets gesproken over 'modellen die voor het publiek beschikbaar zijn gesteld' (onderstreping hof). Alleen bij de nieuwheidstoets van artikel 5 GModV is een vergelijking met één ouder model geboden.

3.6 Apple betwist niet dat bij de beoordeling van het eigen karakter in het kader van een nietigheidsberoep een Gemeenschapsmodel moet worden vergeleken met de 'stand van de techniek', doch naar haar opvatting speelt de 'stand van de techniek' nooit een rol bij de inbreukanalyse. Indien eenmaal is vastgesteld dat het model een eigen karakter heeft en dus geldig is, moet in het kader van de inbreukvraag het model uitsluitend worden vergeleken met het beweerdelijk inbreukmakende model als geheel; de 'stand van de techniek' mag niet worden betrokken bij de vaststelling van de reikwijdte van de bescherming van het model. Alleen de vrijheid van de ontwerper op het moment van het ontwikkelen van een model kan een beperking vormen van het beschermingsbereik van een model. Alles aldus Apple in de punten 25-31 AD en 107 PA. Samsung ziet dit anders en is van mening dat de beschermingsomvang van een Gemeenschapsmodel mede wordt bepaald door het vormgevingserfgoed.

3.7 In artikel 4 lid 1 GModV is bepaald dat 'een model als Gemeenschapsmodel wordt beschermd voorzover het (...) een eigen karakter heeft' (onderstreping hof). Hieruit volgt naar het oordeel van het hof dat de beschermingsomvang van een Gemeenschapsmodel afhangt van de mate waarin dit model een eigen karakter heeft.

3.8 Niet betwist is dat bij de beoordeling van het eigen karakter naar het vormgevingserfgoed moet worden gekeken. Dat blijkt uit het in rov. 3.5 al besproken artikel 6 lid 1 GModV, en is verder onderstreept in overweging (14) van de considerans van de GModV waarin het volgende is vermeld:

"Het criterium voor de beoordeling van het eigen karakter van een model moet het duidelijke verschil zijn tussen de algemene indruk die wordt gewekt bij een geïnformeerde gebruiker die het model bekijkt, en die welke bij hem wordt gewekt door het vormgevingserfgoed, met inachtneming van de aard van het voortbrengsel waarop het model wordt toegepast (...) en in het bijzonder van de bedrijfstak waarmee het verbonden is en de mate van vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het model."

3.9 Het onder 3.7 en 3.8 overwogene voert tot de conclusie dat bij de vaststelling van de beschermingsomvang van een model - via de tussenstap van het eigen karakter - het vormgevingserfgoed mede van belang is. In het vonnis van 9 september 2011 is ook het Landesgericht Düsseldorf hier van uitgegaan. Op blz. 35 van dat vonnis heeft dat gerecht - onder verwijzing naar de 'Untersetzer'-uitspraak van het Bundesgerichtshof van 19 mei 2010 (I ZR 71/08) - immers de afstand van Apple's model tot het vormgevingserfgoed ('Formenschatz') mede in aanmerking genomen bij de vaststelling van de beschermingsomvang ('Schutzbereich') van dat model. De bij de vergelijking tussen een ouder model en een jonger model/voortbrengsel in het kader van de inbreukvraag aan de orde zijnde indrukken worden derhalve vooral bepaald door de elementen of combinatie van elementen die het oudere model een eigen karakter geven. Het onder 3.6 weergegeven betoog van Apple kan bijgevolg niet als juist worden aanvaard.

[...]

7. Is het Apple-model nietig?

7.1 Uit bovenstaand schema blijkt dat er niet één bestaand model was dat alle elementen van Apple's model in zich droeg. Ozolins bevat weliswaar alle kenmerkende elementen van dat model afgezien van element E, doch gelet op dit verschil en de andere verschillen tussen Ozolins en Apple's model, te weten:

- de duidelijke bredere grensvlakken in Ozolins;
- de meer vierkante vorm van het Ozolins-beeldscherm;
- de afwijkende achterkant van Ozolins, waarin blijkens de figuren 1 en 9 bij die aanvraag een holte/uitstulping is aangebracht,

kan voorshands niet worden gezegd dat het Apple-model ten opzichte van Ozolins geen eigen karakter heeft. Hetzelfde geldt voor de overige door Samsung genoemde 'prior art'. Aan de vaststelling van dit hof dat alle kenmerkende elementen van Apple's model al in het vormgevingserfgoed voorkwamen, kan evenmin de gevolgtrekking worden verbonden dat Apple's model een eigen karakter ontbeert.

Doordat in dat model een nog niet eerder vertoonde samenvoeging van al deze elementen heeft plaatsgevonden, zal dit model op de geïnformeerde gebruiker een (voldoende duidelijke) andere algemene indruk wekken dan die bij hem wordt gewekt door het vormgevingserfgoed, zeker nu de concrete wijze waarop de reeds bekende elementen in het Apple-model zijn vormgegeven in een aantal gevallen zozeer afwijkt van de wijze waarop dat in het vormgevingserfgoed is gebeurd dat de geïnformeerde gebruiker - die tevens op niet al te minimale details let - ook daarin relevante verschillen zal zien. Het beroep van Samsung op de nietigheid van Apple's model stuit op dit een en ander af.

8. De beschermingsomvang van het Apple-model

8.1 De omstandigheid dat ieder kenmerkend element van Apple's model al minstens twee keer in het vormgevingserfgoed van de betrokken sector voorkwam en het merendeel van die elementen zelfs in één bestaand model (Ozolins) is terug te vinden, brengt met zich dat de geïnformeerde gebruiker - die blijkens de rov. 3.10, 6.2, 6.8, 6.12, 6.17, 6.21 en 6.23 alle hiervoor besproken 'prior art' kent - het Apple-model, hoewel hij dat enig eigen karakter niet zou ontzeggen, niet als erg bijzonder zou waarderen. Dat betekent dat dit model slechts een beperkt eigen karakter heeft, en daarmee een tamelijk geringe beschermingsomvang, zoals ook de voorzieningenrechter heeft overwogen.

[...]

9. Vallen de Samsung-tablets onder de beschermingsomvang van het Apple-model?

[...]

9.8 Gegeven enerzijds de geringe beschermingsomvang van Apple's model en anderzijds de tussen dit model en de Galaxy Tab 10.1 bestaande, niet onaanzienlijke, verschillen, is het hof, gelet op hetgeen in de rov. 9.2 en 9.7 is overwogen, voorshands van oordeel dat de Galaxy Tab 10.1 bij de geïnformeerde gebruiker een andere algemene indruk wekt dan het Apple-model. Hierbij heeft het hof met name ook meegewogen dat, naar Apple zelf heeft opgemerkt onder 73 AD, de 'thin form factor' een opvallend en belangrijk element is, zodat de geïnformeerde gebruiker aan de ongeveer twee maal zo grote 'thin form factor' van de Galaxy Tab 10.1 veel gewicht zal toekennen. Het marktonderzoek dat Apple - met een voor haar gunstige uitkomst - heeft doen verrichten door Synovate kan aan voormeld oordeel niet afdoen reeds omdat het daarvan opgemaakte rapport van 26 juli 2011 (productie 41, tabblad 5 van Apple) geen aanwijzing bevat dat Synovate proefpersonen heeft geselecteerd die voldoen aan de criteria van de 'geïnformeerde gebruiker' in de zin van de GModV, dat wil zeggen de gebruiker die, zonder een ontwerper of 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 die door zijn belangstelling voor de betrokken voortbrengselen blijk geeft van een vrij hoog aandachtsniveau bij gebruik ervan. Dit klemt temeer daar in dit geschil het vormgevingserfgoed een belangrijke rol speelt bij de vaststelling van de beschermingsomvang van Apple's model. Daarnaast is het Synovate-onderzoek ten onrechte (zie rov. 9.7) niet op een rechtstreekse vergelijking gebaseerd. Dit alles brengt het hof voorshands tot het oordeel dat het gebruik door Samsung van de Galaxy Tab 10.1 geen inbreuk op Apple's modelrecht oplevert.'

5.C. Bespreking van de klachten in het principale cassatiemiddel

5.50. Zoals in nrs. 5.2 en 5.3 aangegeven, gaat het in deze aangevallen rechtsoverwegingen in hoofdzaak om twee thema's: (i) de beoordeling van het 'eigen karakter' van Apple's model - dat het hof aanneemt, maar beperkt (niet groot) acht; en (ii) de daaruit door het hof ten voordele van Samsung afgeleide beperkte beschermingsomvang van Apple's model.

5.51.1. De cassatiedagvaarding gaat eveneens van deze twee thema's uit. Zij munt niet uit door heldere opbouw. Daarover wil ik de stellers van Apple's cassatiedagvaarding niet hard vallen, want uit mijn inleidende beschouwingen hierboven bleek al dat tussen de thema's een aanzienlijk kruisverband bestaat.

Een (paragraaf- of regel-)nummering wordt in de cassatiedagvaarding evenwel node gemist. Enig speurwerk wijst uit dat Apple de boven bedoelde thema's (ongeveer) als volgt aan bod laat komen.

Thema (i) (beoordeling eigen karakter):

- op p. 4 onderaan, onder het kopje 'Art. 4 GModV', t/m de tweede volle alinea op p. 5,
- vervolgens(75) op p. 6, derde alinea, t/m p. 9, eerste helft.

Thema (ii) (beperkte beschermingsomvang):

- op p. 5, de derde en de vierde volle alinea, onder het kopje 'Artikel 10 GModV',
- (onmiddellijk) gevolgd op p. 5, onder het kopje 'Toelichting op het middel'(76) t/m de eerste twee alinea's op p. 6,
- nader vervolgd op p. 9, onder het kopje 'Gevolgen van onjuiste rechtstoepassing', t/m p. 10.

5.51.2. Gezien deze weinig gestructureerde opbouw spreek ik in deze conclusie over 'klachtenbundels' zijdens Apple.

5.52. Nadat ik in mijn inleidende opmerkingen bij het principale cassatiemiddel vanaf nr. 5.6 t/m nr. 5.48.3 de behandeling van thema (ii) aan thema (i) heb laten voorafgaan, zal ik bij de nu volgende bespreking van Apple's klachtenbundels (zoveel mogelijk) de numerieke volgorde van (i) naar (ii) in acht nemen.

5.C.1. Klachtenbundel (i) over de beoordeling van het 'eigen karakter' van Apple's model

5.53.1. De kern van deze klachtenbundel is de volgende. Ten onrechte heeft het hof (in rov. 3.5 - 3.9, 7.1 en 8.1) geoordeeld dat bij de beoordeling van het eigen karakter het model moet worden vergeleken met het vormgevingserfgoed als geheel en niet met één individueel model, althans met telkens één individueel model uit het vormgevingserfgoed; en ten onrechte heeft het hof (dan ook) miskend dat het 'eigen karakter' niet een grootheid is die zich in gradaties van meer of minder, of ruimer of geringer zou laten vaststellen.

5.53.2. Voor goed begrip herinner ik er (nog eens) aan dat het hof zijn oordeel over de mate van eigen karakter van Apple's model gegeven heeft in verband met zijn rechtsoordelen (rov. 3.7) 'dat de beschermingsomvang van een Gemeenschapsmodel afhangt van de mate waarin dit model een eigen karakter heeft', resp. (rov. 3.9) 'dat bij de vaststelling van de beschermingsomvang van een model - via de tussenstap van het eigen karakter - het vormgevingserfgoed mede van belang is'. Daaraan heeft het hof in rov. 8.1 (en vervolgens in rov. 9.8) de onder thema (ii) bedoelde en in Apple's tweede klachtenbundel bestreden voor Apple ongunstige gevolgen verbonden. De volgens het hof (kort samengevat) relatief geringe afwijking in het Apple-model ten opzichte van verschillende (geïndividualiseerde) anticiperende modellen uit het vormgevingserfgoed (in de ogen van de geïnformeerde gebruiker 'niet erg bijzonder', rov. 8.1) brengen voor het Apple-model een navenant 'tamelijk geringe' beschermingsomvang mee.

5.54.1. Het verst strekkende verweer van Samsung houdt in dat Apple bij haar gehele klachtenbundel over thema (i) geen belang heeft, omdat het hof (in rov. 8.1) geoordeeld heeft dát het Apple-model eigen karakter heeft en aldus in het voordeel van Apple heeft beslist (s.t., nr. 48).

5.54.2. Apple heeft bij haar klachtenbundel over thema (i) inderdaad geen belang, voor zover haar klachten tot uitgangspunt nemen dat het hof geoordeeld zou hebben dat haar model maar een

bepaalde geldigheid - onder art. 4 jo. art. 6 GModVo - zou hebben. In zoverre berusten de klachten ook op een verkeerde lezing van het arrest. Het hof heeft - met ontkrachting van de daartegen door Samsung aangevoerde nietigheidsbezwaren die in rov. 6.1 t/m 6.26 zijn beoordeeld - in rov. 7.1 per saldo het model van Apple geldig (en niet: beperkt geldig) geacht.

5.54.3. Voor het overige gaat dit verst strekkende verweer van Samsung niet op. Zoals bleek, heeft het hof in rov. 3.7 geoordeeld dat de beschermingsomvang van een gemeenschapsmodel afhangt van 'de mate waarin' dit model een eigen karakter heeft (en in rov. 3.9 dienovereenkomstig geoordeeld dat bij de vaststelling van de beschermingsomvang van een model - 'via de tussenstap van het eigen karakter - het vormgevingserfgoed mede van belang is'). Ondanks het aannemen van het eigen karakter van Apple's model door het hof in rov. 7.1, zet 's hofs in de eerste klachtenbundel van Apple aangevochten beoordelingswijze van het eigen karakter zich voort in het vervolg van 's hofs arrest, over de beschermingsomvang, en zulks in voor Apple negatieve zin. In zoverre heeft Apple wél belang bij haar eerste klachtenbundel.

5.55. Niettemin faalt Apple's eerste klachtenbundel, omdat deze berust op een onjuiste rechtsopvatting en/of op verkeerde lezing van 's hofs arrest.

5.56.1. Voor zover Apple erover klaagt dat het oordeel over de geldigheid van haar model niet gebaseerd zou mogen worden op een andere dan de door haar aangehangen vergelijkingswijze, nl. de per saldo solitaire vergelijking (zoals in nr. 5.39 onder de letter (B) door mij kort aangeduid), heb ik al aangegeven (nr. 5.54.2) dat de juistheid van die opvatting bij gebrek aan belang in het midden kan blijven.

5.56.2. Voor zover de eerste klachtenbundel - evenals de tweede klachtenbundel, zie nr. 5.61 - ervan uitgaat dat de beschermingsomvang van een (geldig) gemeenschapsmodel los zou staan van de mate van afstand die dat model vertoont ten opzichte van eerdere modellen, berust zij op een onjuiste rechtsopvatting. Ik verwijs naar de nrs. 5.13.1 - 5.33 supra. Steunargumenten van Apple op p. 6 onderaan t/m p. 9, eerste helft - die overigens als motiveringsklachten niet kunnen leiden tot aantasting van een juist rechtsoordeel - zijn aldaar reeds weerlegd.

5.56.3. Voor zover de eerste klachtenbundel niet op dat (onjuiste) uitgangspunt berust, gaat zij uit van een verkeerde lezing van 's hofs arrest. In de daarin aangevallen overwegingen heeft het hof - anders dan in de eerste klachtenbundel wordt aangevoerd - immers uitwerking gegeven aan zijn - juiste - rechtsopvatting.

5.57.1. Apple's verkeerde lezing, die zich aldus in de gehele eerste klachtenbundel manifesteert, bestaat hierin, dat - volgens Apple - het hof bij zijn oordeel over het volgens het hof beperkte eigen karakter toepassing zou geven aan (art. 4 jo.) art. 6 GModVo, terwijl - volgens Apple - de beschermingsomvang (draagwijdte van de bescherming) een kwestie is van art. 10 GModVo. Die lezing is verkeerd, omdat het hof in de door Apple aangevochten rechtsoverwegingen, oordelend over de rol van de mate van eigen karakter in verband met de beschermingsomvang, nu juist - klaarblijkelijk - uitwerking geeft aan art. 10.

5.57.2. Dat het hof weet dat de beschermingsomvang van art. 10 beïnvloed wordt door de mate van eigen karakter, getuigt zoals eerder ampel aangegeven van een juiste rechtsopvatting, die het hof veeleer siert dan dat dit klachtwaardig zou zijn.

5.57.3. Aan het voorafgaande doet niet af dat het hof in zijn arrest een werkwijze heeft toegepast, waarbij hij - terecht - heeft onderkend dat de inhoud van de door Samsung primair naar voren gebrachte nietigheidsbezwaren (ook zonder tot een nietigheidsoordeel te leiden), tevens subsidiaire argumenten van Samsung waren ter verdediging van althans een beperkte beschermingsomvang van Apple's gemeenschapsmodel.

5.57.4. Aan het voorafgaande doet evenmin af dat het hof na de beoordeling van Samsungs desbetreffende argumenten en Apple's desbetreffende contra-argumenten in rov. 6.1 - 6.26, eerst in rov. 7.1 komt tot het geldigheidsoordeel, en vervolgens in rov. 8.1 - op basis van dezelfde

bevindingen in rov. 6.1 - 6.26 - tot het oordeel van een 'tamelijk geringe beschermingsomvang'.

5.57.5. Een zodanige werkwijze van het hof laat zich niet anders kwalificeren dan als: voor de hand liggend en praktisch. Hiertegen kunnen ook geen bewaren bestaan, mits - eventuele - specifieke regels voor het uitspreken van een nietigheidsoordeel respectievelijk voor een oordeel over de beschermingsomvang niet geschonden worden. Uit het voorafgaande en uit het vervolg van deze conclusie blijkt dat daarvan geen sprake is.

5.58.1. Alle klachten van Apple's eerste klachtenbundel (volgens haar indeling: p. 4 onderaan t/m de tweede volle alinea op p. 5, vervolgd op p. 6, derde alinea, t/m p. 9, eerste helft van de cassatiedagvaarding) stuiten op het voorgaande af, behoudens daarin vervatte motiveringsklachten, maar met de aantekening dat die zich niet met succes tegen een juist rechtsoordeel kunnen richten.

5.58.2. Gezien het kruisverband tussen het onderwerp van Apple's klachtenbundels (i) en (ii), en mede gezien Apple's in de aanhef van het cassatiemiddel vervatte bede om de klachten 'in onderlinge samenhang te lezen' ben ik bereid om verderop bij de bespreking van de klachtenbundel (ii) nog naar klachtenbundel (i) terug te zien.

5.59. Ik sta hier nog stil bij een motiveringsklacht uit klachtenbundel (i), die beter nu afgedaan kan worden. Apple heeft een deelklacht neergelegd(77) waarin zij het hof verwijt in rov. 3.5 te hebben geoordeeld dat Apple blijkens § 30 van haar pleitnota in appel zou hebben betoogd dat in het kader van de toetsing ex art. 4 en 6 lid 1 GModVo van het eigen karakter vergeleken mag worden met slechts één - niet méér dan één - individueel anterieur model. (Dit is de beoordelingswijze die ik in nr. 5.39 met de letter (A) heb aangeduid.)

Deze deelklacht faalt bij gebrek aan belang. Ook als Apple dat niet betoogd heeft, en het hof er ten onrechte van uitgegaan zou zijn dat Apple dat wél betoogd zou hebben, heeft Apple daarvan geen last ondervonden. Het hof heeft immers zo'n zienswijze niet gevolgd. Uit rov. 6.1 t/m 6.26 blijkt dat het hof zich allerm minst beperkt heeft tot vergelijking met één (en niet méér dan één) individueel anterieur model.

De deelklacht suggereert nog(78) dat het hof in rov. 3.5 (ten onrechte) de staf zou hebben gebroken over de gehele § 30 van de pleitnota in appel namens Apple, met inbegrip van de daarin voorkomende volzin: '[Een beoordeling van de verschijningsvorm van een voortbrengsel dwingt] [n]iet tot een abstracte toets tussen het model en vormgevingserfgoed als geheel.' Afgezien van gebrek aan belang, berust deze klacht op een verkeerde lezing: het hof heeft zich t.a.p. over die stelling van Apple niet uitgelaten.

5.C.2. Klachtenbundel (ii) over de beschermingsomvang van Apple's model

5.60.1. Zoals eerder aangegeven, is deze klachtenbundel (ii) in de cassatiedagvaarding te ontwaren op:

- p. 5, de derde en de vierde volle alinea, onder het kopje 'Artikel 10 GModV',
- (onmiddellijk) gevolgd op p. 5, onder het kopje 'Toelichting op het middel' t/m de eerste twee alinea's op p. 6,
- nader vervolgd op p. 9, onder het kopje 'Gevolgen van onjuiste rechtstoepassing', t/m p. 10.

5.60.2. In nr. 5.58.2 gaf ik aan dat ik, gezien het kruisverband tussen het onderwerp van Apple's klachtenbundels (i) en (ii) bereid ben om bij de bespreking van de klachtenbundel (ii) straks nog naar klachtenbundel (i) terug te zien.

5.61. Apple's centrale klacht ten deze (cassatiedagvaarding p. 5, midden), gericht tegen rov. 8.1 (jo. rov. 7.1) van het hof, luidt (iets verkort weergegeven) als volgt.

Bij het bepalen van de beschermingsomvang ex art. 10 GModVo zijn de geldigheidsvoorwaarden niet opnieuw aan de orde. Lid 2 bepaalt de enige aanvullende beoordelingsmaatstaf (in aanvulling op lid 1) en betreft de mate van vrijheid die de ontwerper heeft bij het creëren van het model. Dat ziet krachtens Europese rechtspraak (Apple verwijst naar: Gerecht EU 18 maart 2010, T-9/07, rov. 67) op beperkingen door technische functie of door wettelijke voorschriften (zoals

veiligheidsvoorschriften). Volgens de klacht wordt de vrijheid van de ontwerper niet beperkt door het vormgevingserfgoed. Mocht het model te dicht bij een model uit het vormgevingserfgoed komen dat zal het niet nieuw zijn en/of geen eigen karakter hebben en derhalve geen modelbescherming waardig. Een zelfstandige factor voor beschermingsomvang is het niet.

5.62. Deze klacht berust op woordenspel en/of op een notoir onjuiste rechtsopvatting.

5.63. Zij berust op woordenspel voor zover zij beweert dat bij het bepalen van de beschermingsomvang ex art. 10 GModVo het eigen karakter als geldigheidsvoorwaarde niet opnieuw aan de orde is. Dat is zij inderdaad niet in het kader van een (drempel-)geldigheidsdiscussie. Maar dat doet er niet aan af dat naar algemeen erkende opvatting de mate van eigen karakter nu juist bepalend is voor de beschermingsomvang, en daartoe 'spiegelbeeldig' in aanmerking behoort te worden. In zoverre berust de klacht op een notoir onjuiste rechtsopvatting.

Ik verwijfs andermaal naar nrs. 5.13.1-5.33, en ik herhaal dat hier sprake is van een acte clair.

5.64.1. Overigens lijkt Apple het bovenstaande toch wel in te zien. Bovenaan p. 6 van de cassatiedagvaarding stelt Apple immers:

'In het kader van onderhavig cassatieberoep kan in het midden blijven of het vormgevingserfgoed daarbij een concrete rol kan spelen in de mate dat de geïnformeerde gebruiker bij het bepalen van zijn algemene indruk van het bestreden model, het vormgevingserfgoed mede in aanmerking neemt. In dat geval zou het vormgevingserfgoed een rol kunnen spelen bij de concrete toepassing van het inbreukcriterium.'

5.64.2. Deze observatie van Apple getuigt van de juiste rechtsopvatting, met uitzondering van de woorden 'In het kader van onderhavig cassatieberoep kan in het midden blijven of ... '. Wat daarachter volgt, kan - na desbetreffend verweer, zoals in casu door Samsung gevoerd - nu juist níet in het midden blijven. Immers, hoe moet - onder art. 10 lid 1 GModVo - ánders beoordeeld worden of het model bij de geïnformeerde gebruiker al of niet een andere algemene indruk wekt? Dit kan - onderscheiden van en naast de nieuwigheidseis - niet anders dan door de mate van eigen karakter in aanmerking te nemen. Ik verwijfs andermaal naar het exposé van de nrs. 5.13.1 - 5.33.

5.65.1. Niet onverdedigbaar is Apple's (deel-)stelling dat, gegeven voldoening aan de drempel-eis, de enige aanvullende beoordelingsmaatstaf voor bepaling van de mate van eigen karakter te vinden zou zijn in art. 10 lid 2 GModVo, nl. de mate van vrijheid die de ontwerper heeft bij de ontwikkeling van het model.

5.65.2. Deze stelling vindt in het algemeen weinig steun in de in nrs. 5.16 - 5.30 aangehaalde doctrine en rechtspraak, maar wél bij enige Duitse schrijvers (zie nrs. 5.21 - 5.24) en bij het BGH in de Untersetzer-zaak (zie nrs. 5.31.1 - 5.31.3). Aldaar is echter meteen gebleken dat die schrijvers en het BGH de 'vrijheid van de ontwerper' in de zin van art. 10 lid 2 GModVo allerm minst beperken tot de door Apple - met verwijzing naar rov. 67 van het arrest van Gerecht EU 18 maart 2010, T-9/07(79) - bedoelde 'beperkingen door technische functie of door wettelijke voorschriften (zoals veiligheidsvoorschriften)', maar zich juist ook laten uitstrekken tot [meer of minder] 'bestetzer Formenschatz' of 'Musterdichte'. Het BGH oordeelde dan ook (via de omweg van lid 2 van art. 10 GModVo) 'Der [...] Grundsatz, dass der Schutzzumfang eines Geschmacksmusters von dessen Abstand zum vorbekannten Formenschatz abhängt [...] gilt daher nach wie vor'. Het enige verschil is dat die 'Grundsatz' nu wordt geconstrueerd via het uitlegvoorschrift in lid 2 van art. 6 resp. art. 10 GModVo over 'mate van vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het model'. De beslissing waarvan beroep - waarin die omweg niet was bewandeld - bleef bij het BGH in stand.

5.65.3. Leest men nog de door Apple genoemde rov. 67 van Gerecht EU 18 maart 2010, T-9/07:

'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.'

dan blijkt uit de door mij gecursiveerde woorden 'onder meer' dat het Gerecht de door Apple omhelsde beperkingen qua 'technische functie of wettelijke' of 'wettelijke voorschriften' ook allerminst als exclusief heeft aangegeven.

5.65.4. Ook deze (deel-)stellingname faalt dus. Over de omstandigheid dat het hof zijn oordeel over de beperkte bescherming rechtstreeks gebaseerd zou hebben op het beperkte 'eigen karakter' (in de zin van lid 1 van art. 10 GModVo), en niet de omweg via het interpretatievoorschrift van art. 10 lid 2 gevolgd heeft met de 'bestetzter Formenschatz' of 'Musterdichte' (zoals het Duitse BGH indiceert), klaagt het middel niet(80). (Ook) daarom zie ik in dit aspect voor de Hoge Raad geen reden - net zomin als voor het BGH in de Untersetter-zaak(81) - om het aangevallen arrest te vernietigen.

5.66. Na de in nr. 5.64.1 aangehaalde passage, die zich m.i. dus tégen Apple keert, vervolgt de cassatiedagvaarding (op p. 6) met de (ook al in de laatste alinea's op p. 5 te lezen) klacht:

'Kern van het bezwaar in cassatie is dat er geen wettelijke basis bestaat voor de beslissing van het hof dat het vormgevingserfgoed (in de zin van overweging 14 van de considerans van de richtlijn) in abstracto (dat wil zeggen onafhankelijk van de concrete vergelijking met het bestreden model) de bescherming van een bepaald modelrecht zou vergroten of verkleinen (r.o. 8.1 van het arrest).'

5.67. Voor zover Apple hiermee klaagt dat het oordeel over de beschermingsomvang van haar model in ieder geval niet gebaseerd zou mogen worden op de vergelijkingswijze die in nr. 5.39 onder de letter (D) kort aangeduid is als 'kruislingse vergelijking zonder gespecificeerde identificatie' (Apple spreekt, m.i. minder nauwkeurig, over een vergelijkingswijze 'in abstracto') kan zij niet tot cassatie leiden en wel om de volgende redenen, in onderling verband.

- (i) In het kader van 's hofs beoordeling van de beschermingsomvang moet de in nr. 5.39 onder (C) bedoelde vergelijkingswijze 'eventueel kruislingse vergelijking met gespecificeerde identificatie' rechtens juist worden geacht (nrs. 5.13.1 - 5.33 supra).

- (ii) Het hof heeft klaarblijkelijk deze in nr. 5.39 onder (C) bedoelde vergelijkingswijze toegepast. Het hof heeft immers in rov. 6.1 t/m 6.26 het Apple-model vergeleken met geïdentificeerde, individuele door Samsung voorgehouden anterieure modellen.

Aldus mist de klacht over de toegepaste vergelijkingswijze (D) feitelijke grondslag, en kan toelaatbaarheid van dié vergelijkingswijze in dit het kader van de beoordeling van de beschermingsomvang in deze zaak (wél) in het midden blijven.

5.68. Ik vervolg de beoordeling van Apple's tweede klachtenbundel, door acht te slaan op p. 9, onder het kopje 'Gevolgen van onjuiste rechtstoepassing', t/m p. 10.

5.69. De aldaar op p. 9 geformuleerde klachten over rov. 8.1 en tevens over rov. 9.8 bouwen geheel voort op eerdere klachten, en delen het lot daarvan.

5.70. Voor de klachten in de eerste twee alinea's van p. 10 geldt hetzelfde, terwijl het bij de daarin aangevallen oordelen voor het overige - zoals het middel ook wel onderkent - om een in cassatie niet te toetsen feitelijk oordeel gaat.

5.71. In de laatste alinea's op p. 10 wordt - kennelijk zekerheidshalve - nog geklaagd dat 's hofs conclusie van niet-inbreuk in casu niet gebaseerd kan worden op de enkele constatering dat er niet onaanzienlijke verschillen bestaan tussen de modellen in kwestie. De klacht faalt reeds omdat 's hofs oordeel niet op die enkele constatering is gebaseerd.

5.72. De verwijzing in deze alinea's naar teksten in toelichtingen bij het voorstel voor een GModVo uit het jaar 1993 kunnen, wat daar overigens van zij, hieraan niet afdoen nu die toenmalige

teksten achterhaald zijn door de verdere totstandkomingsgeschiedenis van de ModRI en de GModVo. De voorstellen werd nadien nog meermalen gewijzigd. De door Apple ingeroepen bepaling werd eerst aldus gewijzigd (12 februari 1996, Pb C 287/157(82)) dat aan punten van overeenkomst nu in beginsel evenveel (en niet meer: meer) belang moest worden gehecht dan aan punten van verschil. Zo'n bepaling verdween volledig in een volgende wijziging (15 mei 1996, Pb C142/7); dat leverde de huidige tekst van lid 2 op.

5.73. Als vaker aangekondigd, wil ik nu nog terugzien naar klachten uit Apple's klachtenbundel (i), gezien het kruisverband tussen Apple's twee klachtenbundels, en die bezien als zouden zij (mede) behoren tot klachtenbundel (ii). Naar blijken zal, kan dit Apple echter niet baten.

5.74.1. Nu door de bril van klachtenbundel (ii) bezien, geven de alinea's op p. 6 van de cassatiedagvaarding, vanaf iets onder het midden ('Waar het Apple om gaat...') tot aan de laatste alinea, evenwel geen aanleiding tot ander commentaar dan hierboven reeds gegeven, behoudens het volgende.

5.74.2. Apple's retorisch aansprekende stelling iets onder de helft van p. 6:

'Mozaïeken - het combineren van twee of meer eerdere modellen - mag niet in het modellenrecht'

is, naar ik denk, juist voor zover het in het kader van de geldigheidstoetsing gaat om de vereiste nieuwheid(83) (maar de nieuwheid is in deze zaak - als niet door Samsung betwist - niet aan de orde). Misschien is de stelling ook juist bij de toets van het eigen karakter(84), maar ook dan slechts in het kader van de binaire toetsing 'geldig' of 'nietig'.

De stelling is niet juist in het kader van de beoordeling van de beschermingsomvang, zoals hierboven al vaak herhalenderwijs uiteengezet, met verwijzing naar de in dat verband mogelijk toelaatbare vergelijkingswijze (D) van nr. 5.39 (die het hof echter niet heeft toegepast), en als dat niet het geval zou zijn, de stelling toelaatbare vergelijkingswijze (C) van nr. 5.39 (die het hof heeft toegepast).

5.74.3. Hiermee is, voor zover nodig, ook de stellingname in de cassatiedagvaarding op p. 7, vanaf de 8e regel tot het midden van die pagina genoegzaam besproken.

5.74.4. De niet-relevantie van het Shenzen-arrest van het Europese Gerecht (T-153/08) voor de beoordeling van de beschermingsomvang heb ik al aangegeven in nrs. 5.43.1 - 5.43.2.

5.75. Apple verwijst onderaan p. 7 naar het Limousinen-arrest van 22 april 2010, rov. 33, waarin het Bundesgerichtshof heeft overwogen dat het eigen karakter van het Gemeenschapsmodel moet worden beoordeeld op basis van een individuele vergelijking met de relevante ontwerpen uit de stand van de techniek ('Einzelvergleich'). Lezing van rov. 9 en 32 van dit arrest leert evenwel dat dit oordeel gegeven is in het kader van de geldigheidstoetsing, en niet in het kader van de beoordeling van de beschermingsomvang. Vgl. supra nr. 5.45.2.

5.76.1. Teruggaand naar de laatste alinea op p. 6, vervolgd bovenaan p. 7, sta ik stil bij een door Apple nog in stelling gebracht taalkundig argument. Volgens deze klacht zou het hof, in rov. 3.5 verwijzend naar de meervoudsvorm 'modellen' in de tekst van artikel 6 lid 1 GModVo, eraan voorbijgegaan dat de Engelse tekst (in enkelvoud) spreekt over 'any design which has been made available to the public', de Franse tekst over 'tout dessin ou modèle qui a été divulgué au public', en de Duitse tekst over 'ein anderes Geschmacksmuster bei diesem Benutzer hervorruft, das der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist'.(85)

5.76.2. Deze argumentatie maakt op mij geen indruk.

5.76.3. Ik zie, op de keper beschouwd, geen verschil tussen de taalversies. Met de tekst, in welke taalversie dan ook, is klaarblijkelijk bedoeld: 'ieder anterior model' of 'welk anterior model dan ook'. Dat blijkt ook uit de toelichting van de Europese Commissie bij deze tekstversie (die stamt uit het gewijzigde voorstel van 1996)(86). In dit voorstel werd in lid 1 het criterium 'significantly' (en

de voorgeschreven weging van overeenkomsten en verschillen) vervangen door het 'verschillende-algemene-indruk'-criterium. In lid 2 verscheen de verwijzing naar de mate van vrijheid van de ontwerper. In het Explanatory Memorandum is daarover te lezen (cursivering toegevoegd):

'Paragraph 1

Paragraph 1 defines the individual character of a design and, in effect, sets the threshold for protection. The European Parliament has wished to lower the threshold by deleting the word "significantly". Because the provision still contains the requirement of a different overall impression, this deletion does not unduly lower the threshold; and the Commission therefore feels it can accept the amendment. As a consequence of the lowering of the "threshold" the Commission did, however, feel compelled to delete paragraph (2) of the initial proposal, for the following reason. In order to alleviate the effect of the relatively high threshold provided for in the original wording of paragraph (1), paragraph (2) substantially restricted the designs which were to be taken into consideration as comparison material when assessing the individual character of a design. Now that the "threshold" has been lowered, such a limitation would be counterproductive and the comparison should therefore be made with any design disclosed before the design in question. [...]

Ik vind - tegen deze achtergrond - de Nederlandse taalversie, sprekend over 'modellen die voor het publiek beschikbaar zijn gesteld', even helder als een versie waarin gestaan zou hebben 'ieder model dat voor het publiek beschikbaar is gesteld'.

5.76.4. Net zomin als het spreken over 'modellen' (meervoud) in de Nederlandstalige versie van art. 6 doorslaggevend kan zijn voor de opvatting dat 'mozaïeken' of 'systeemvergelijking' toelaatbaar of geboden zou zijn (voor zover het hof dit wél een doorslaggevend argument geacht zou hebben, is Apple's kritiek in zoverre terecht), kan de 'enkelvoudversie' in andere taalversies niet doorslaggevend zijn voor het tegengestelde standpunt. Ook in die versies geldt immers dat vergeleken mag c.q. moet worden met - het meest nabije van - méér dan één anticiperend model, hetgeen Apple, als aanhanger van de in nr. 5.39 onder (B) aangegeven uitlegvariant, ook onderschrijft. Het taalkundig argument kan wél enige steun geven aan de stelling dat die vergelijking, zoals Apple stelt, telkens één op één moet geschieden, en dat daarom de in nr. 5.39 onder (D) aangegeven uitlegvariant niet toelaatbaar zou zijn. Maar tegen toelaatbaarheid van het eventueel kruislings in aanmerking nemen van anticiperende modellen in het kader van de beoordeling van de beschermingsomvang (zonder miskenning van de mogelijkheid van een eigen karakter in en door zo'n combinatie; dit is de in nr. 5.39 onder (C) aangegeven, door het hof toegepaste uitlegvariant) vormen de door Apple genoemde taalversies geen - laat staan een doorslaggevend - argument.

5.77. Pagina 8 van de cassatiedagvaarding begint met het kopje 'Strekking van het middel ten aanzien van toepassing van artikel 10 alsmede ten aanzien van artikel 6 GModV'. De eerste drie alinea's daaronder houden een herhaling in van eerdere klachten, en delen het lot daarvan. Ik verwijs met name naar nrs. 5.62 - 5.67.

5.78.1. In de vierde t/m zevende alinea op p. 8 van de cassatiedagvaarding (t/m het citaat uit het Explanatory Memorandum), verwijft Apple het hof dat het bij zijn 'stelling dat de beschermingsomvang in abstracto kan worden beperkt door een vergelijking met het vormgevingserfgoed', in rov. 3.7 is uitgegaan van een verkeerde lezing van art. 4 GModVo.

5.78.2. Ook deze klacht kan niet tot cassatie leiden. In de eerste plaats gaat zij uit van een verkeerde lezing van het arrest. In rov. 3.7 spreekt het hof niet over een toetsing in abstracto, en uit rov. 6.1 - 6.26 blijkt dat het hof ook niét een abstracte toetsingswijze oftewel de in nr. 5.39 onder (D) bedoelde 'kruislingse vergelijking zonder gespecificeerde identificatie' heeft toegepast. Het hof heeft de in nr. 5.39 onder (C) toetsingswijze 'kruislingse vergelijking met gespecificeerde identificatie' toegepast. Uit het voorafgaande van deze conclusie blijkt dat die wijze van beoordeling in het kader van de beoordeling van de beschermingsomvang juist is.

5.78.3. Ook Apple's klacht dat het hof zijn rechtsopvatting niet uit de woorden 'voor zover' in art. 4 GModVo had mogen afleiden, kan niet tot cassatie leiden. Wat er van dit argument van het hof zij, het hof hééft Apple's model geldig geoordeeld, en is bij zijn beoordelingswijze van de beschermingsomvang van een juiste rechtsopvatting uitgegaan, zodat Apple bij deze klacht geen belang heeft.

5.79.1. Onderaan p. 8 tot en met de eerste helft van p. 9 van de cassatiedagvaarding gaat het over de vraag of het hof in rov. 3.9 had mogen aannemen dat volgens de rechtspraak in Duitsland het vormgevingserfgoed een rol speelt bij het vaststellen van de beschermingsomvang, met (indirecte) verwijzing naar de 'Untersetzer'-uitspraak van het Bundesgerichtshof van 19 mei 2010. Apple meent dat uit die uitspraak het tegendeel blijkt.

5.79.2. Deze klacht kan reeds niet tot cassatie leiden, omdat een juist rechtsoordeel niet met een motiveringsklacht bestreden kan worden.

5.79.3. Overigens is in de nrs. 5.31.1 - 5.31.3 gebleken dat Apple op p. 9 van de cassatiedagvaarding de 'Untersetzer'-uitspraak van het BGH onvolledig en daarmee onjuist geciteerd heeft. Het arrest levert (in rov. 17) juist wél de bevestiging op dat 'Der bereits vor Umsetzung der Richtlinie 98/71/EG durch das Geschmacksmusterreformgesetz anerkannte Grundsatz, dass der Schutzzumfang eines Geschmacksmusters von dessen Abstand zum vorbekannten Formenschatz abhängt [...] nach wie vor [gilt]'.

5.79.4. Over de vraag of het hof § 113 van het vonnis van LG Düsseldorf 9 september 2011 in de zaak tussen Apple en Samsung juist verstaan heeft, is in cassatie iedere discussie overbodig. Toch zeg ik nog dat het hof het wat dat betreft in rov. 3.9 bij het juist eind heeft, en Apple's cassatiemiddel niet.

5.D. Slotsom in het principale beroep

5.80. In het principale beroep kom ik tot de slotsom dat Apple's klachten niet tot cassatie kunnen leiden.

5.81. Het hof kon, zonder schending van de GModVo, oordelen dat aan Apple's gemeenschapsmodel slechts een beperkte beschermingsomvang toekomt. Het hof kon bij zijn beoordeling van de beschermingsomvang meer dan één anterieur model in acht nemen (in elk geval, zoals het gedaan heeft: meer dan één gespecificeerd anterieur model), en zulks ook 'kruislings'.

Dat de GModVo (en ModRI) bij de beoordeling van de beschermingsomvang een zodanige beoordelingswijze toelaten, acht ik een acte clair. Ik zie dus geen aanleiding om de Hoge Raad voor te stellen prejudiciële vragen te stellen aan het HvJEU.

6. Bespreking van het voorwaardelijk incidentele cassatiemiddel

6.1. Hoewel bij de door mij geadviseerde verwerping van het principale beroep het voorwaardelijk ingestelde incidentele beroep niet aan de orde zal komen, zal ik de incidentele cassatieklachten toch bespreken.

6.A. De techniekrestrictie

6.2. Ten aanzien van alle door Apple gestelde kenmerkende eigenschappen van haar gemeenschapsmodel (zie daartoe rov. 5.1 van het arrest) heeft Samsung aangevoerd dat die niet voor bescherming onder de GModVo in aanmerking komen omdat zij uitsluitend door een technische functie worden bepaald, in de zin van art. 8 lid 1 GModVo. Die bepaling (de zgn. 'techniekrestrictie') luidt:

'Een recht op een Gemeenschapsmodel bestaat niet voor de uiterlijke kenmerken van een voortbrengsel die uitsluitend door een technische functie worden bepaald.'

6.3. Onderdeel 1 richt zich tegen rov. 5.5, waarin het hof heeft geoordeeld:

'5.5 Van de zojuist genoemde elementen zijn - naast de behuizing van de computer - de aanwezigheid van het beeldscherm en de maatregel om het oppervlak waar dit zich onder bevindt transparant te doen zijn, technisch bepaald. Dit geldt echter niet voor de concrete vormgeving hiervan. Het hof gaat er van uit dat ook voor het overige de elementen A t/m H, althans in hun concrete uitvoeringsvormen, niet door de techniek zijn gedictieerd. Voor zover gebaseerd op de stelling dat het model (geheel of gedeeltelijk) technisch is bepaald, falen de (onder 3.2 weergegeven) verweren van Samsung.'

Hiermee verwierp het hof goeddeels Samsungs beroep op de 'techniekrestrictie'.

6.4.1. Ik citeer nu eerst uit Van Nispen/Huydecoper/Cohen Jehoram, o.c. (2012), nr. 1.4.3.4, p. 98, bij hun bespreking van art. 8 lid 1 GModVo (7 lid 1 ModRI; 3.2 lid 1, onder a, BVIE):

'Wat de bedoeling van deze regel(s) in haar algemeenheid is, is wel te begrijpen; hoe ver het bereik van deze regel(s) gaat, is veel minder duidelijk en, en is inmiddels ook bepaald controversieel.

De - duidelijke - bedoeling van deze regels bestaat erin, dat modelbescherming niet mag dienen om anderen de toegang tot technische verworvenheden te beletten. Het modelrecht beschermt het uiterlijk van voortbrengsels, maar beoogt overigens geen belemmering te zijn voor de ontwikkeling van de techniek, of voor de deugdelijkheid of bruikbaarheid van producten [...]. De onduidelijkheid en de daarmee samenhangende controverse zien op de vraag wanneer moet worden aangenomen dat een uiterlijk kenmerk "uitsluitend" door een technische functie wordt bepaald.

Tegenover elkaar staan hier de "ruime" leer dat een uiterlijk kenmerk niet "uitsluitend" door een technische functie wordt bepaald wanneer dezelfde functie ook met een relevant aantal anders ogende uiterlijke kenmerken kan worden verwezenlijkt aan de ene kant, en de "enge" leer dat elk uiterlijk kenmerk dat in hoofdzaak door utilitaire kenmerken wordt ingegeven, van bescherming moet worden uitgesloten (dus ook al zou men met andere uiterlijke kenmerken hetzelfde technische effect kunnen verkrijgen).'(87)

'In de Nederlandse rechtsleer is op het voetspoor van Quaedvlieg in diens dissertatie Auteursrecht op techniek uit 1987, voor de ruime leer de aanduiding "resultaatgerichte leer" en voor de enge leer de aanduiding "apparaatgerichte leer" gangbaar geworden.'

Ik constateer dat de auteurs hun keuze voor de kwalificatie 'ruime' respectievelijk 'enge' leer kennelijk hierdoor hebben laten bepalen, dat de 'ruime' (door hen geprefereerde) leer méér mogelijkheden voor modelbescherming biedt, en de 'enge' leer minder.(88)

6.4.2. In het vervolg van de bespreking van dit onderwerp door Van Nispen, Huydecoper en Cohen Jehoram op p. 99-106 - waarin ook uitspraken van de Kamer van Beroep van het OHIM en van het GEU de revue passeren - komen nog varianten binnen de 'ruime' (resultaatgerichte) en de 'enge' (apparaatgerichte) leer aan de orde. Ook komt daar aan de orde de vraag of de 'apparaatgerichte' (althans: overwegend apparaatgerichte) keuze die het Hof van Justitie van de EU in 2002 bij de uitleg van de parallelle techniekrestrictie in het (Unie-)merkenrecht heeft gemaakt(89), al dan niet naar het modellenrecht zou moeten worden doorgetrokken, en of die misschien in 2010(90) al (tot op zekere hoogte) ís doorgetrokken.

Deze kwesties komen ook aan de orde in de schriftelijke toelichtingen van partijen: daar niet in opperenderwijs, maar kemmaangewijs.

6.5. Uit de nrs. 6.4.1 - 6.4.2 is wel duidelijk geworden dat onderdeel 1 noopt tot prejudiciële vragen aan het HvJEU, tenzij dit onderdeel op processuele gronden zou stranden. Ik meen dat er voor dit laatste geen grond is.

6.6. Strandt de klacht van Samsung op de processuele grond dat Samsung daarbij geen belang heeft, omdat haar beroep op art. 8 lid 1 GModVo hoe dan ook (zowel bij toepassing van de

resultaatgerichte en de apparaatgerichte leer) zou moeten stranden en het hof dat toereikend gemotiveerd heeft? Neen.

6.7. Indien de resultaatgerichte leer zou gelden, zou de - korte - afdoening van Samsungs beroep op art. 8 lid 1 GModVo, wellicht door de beugel kunnen. Maar of die resultaatgerichte leer (of een onbekende variant daarvan) al dan niet geldt, is nu juist een (Unierechtelijke) rechtsvraag.

6.8. Indien de apparaatgerichte leer (of een onbekende variant daarvan) zou gelden, meen ik - overeenkomstig Samsungs klacht in punt 6 van onderdeel 1 - dat het hof in zijn motiveringsplicht tekort geschoten is.

T.a.p. noemt Samsung vindplaatsen in de processtukken, waarin zij geadstrueerd betoogt dat de door Apple als kenmerkend aangeduide elementen van haar model door de technische functie daarvan worden bepaald. De verwijzingen zijn niet allemaal even ter zake dienend, maar dat zijn in elk geval wél de (inderdaad met producties geadstrueerde) verwijzingen in de nrs. 5.12 - 5.35 van de Memorie van Antwoord. Inderdaad heeft het hof onvoldoende inzichtelijk gemaakt waarom het in het licht van deze stellingen van Samsung oordeelde dat enkele kenmerken wel, maar de meeste kenmerken niet door de techniek worden gedictieerd.

Ik ben het niet eens met Apple's verwijt in haar s.t. nr. 4.1.27 dat punt 6 van Samsungs onderdeel 1 niet aan de aan een cassatiemiddel te stellen eisen zou voldoen omdat het niet zou motiveren waarom of in welk opzicht de motivering van 's hofs oordeel tekort zou schieten. Met verwijzing naar (met name) de 5.12 - 5.35 MvA is een duidelijke verwijzing naar de argumenten gegeven, en ik zie niet in(91) waarom die in het cassatiemiddel van Samsung nog eens uitgeschreven zouden moeten zijn.

6.9. Omdat de beoordeling van Samsungs klachten in punt 6 van het onderdeel duidelijkheid over de toetsingscriteria vereist, concludeer ik ten deze dus tot het stellen van vragen van uitleg over art. 8 lid 1 GModVo aan het Hof van Justitie van de EU.

6.10.1. In punt 7 van onderdeel 1 stelt Samsung dat het slagen van één of meer klachten van dit onderdeel meebrengt dat de rov. 5.6 tot en met 9.11 van 's hofs arrest evenmin in stand kunnen blijven. Volgens Samsung zou het wegvallen van 's hofs beslissing in rov. 5.5 meebrengen dat het model, althans de uiterlijke kenmerken daarvan, wegens technische bepaaldheid niet voor bescherming op grond van het modellenrecht in aanmerking komt c.q. komen.

6.10.2. Zoals Samsung zelf onderkent, hangt het succes van deze stellingname in de eerste plaats af van het al dan niet slagen van haar middelonderdeel 1. Wat Samsung m.i. niet onderkent, is dat de 'wijze van' (eventueel) slagen onderdeel 1 invloed kan zijn op de vraag wat het lot is van de rov. 5.6 t/m 9.11. Dat kan afhangen van het antwoord op de (wellicht mede hierop toe te spitsen) prejudiciële vraagstelling van de Hoge Raad.

6.B. Het eigen karakter van Apple's gemeenschapsmodel

6.11. Samsungs onderdeel 2 is gericht tegen het tweede gedeelte rov. 7.1 van 's hofs arrest. Dat gedeelte citeer ik gemakshalve nog even:

'7. Is het Apple-model nietig?

7.1 [...] Doordat in dat model een nog niet eerder vertoonde samenvoeging van al deze elementen heeft plaatsgevonden, zal dit model op de geïnformeerde gebruiker een (voldoende duidelijke) andere algemene indruk wekken dan die bij hem wordt gewekt door het vormgevingserfgoed, zeker nu de concrete wijze waarop de reeds bekende elementen in het Apple-model zijn vormgegeven in een aantal gevallen zozeer afwijkt van de wijze waarop dat in het vormgevingserfgoed is gebeurd dat de geïnformeerde gebruiker - die tevens op niet al te minimale details let - ook daarin relevante verschillen zal zien. Het beroep van Samsung op de nietigheid van Apple's model stuit op dit een en ander af.'

6.12. Volgens het onderdeel (in punt 9) geeft het hof blijk van een onjuiste rechtsopvatting, voor

zover het hof hierbij heeft miskend dat de ontwerper van het (Apple-)model bij de ontwikkeling daarvan zodanig was beperkt door technische en functionele eisen aan het product, dat van een eigen karakter geen sprake is (artikel 6 lid 2 GModVo).

6.13.1. Het onderdeel moet (reeds) falen om de volgende redenen. Wat er zij van de door Samsung voorgehouden rechtsopvatting (beperking door technische en functionele eisen aan het product in die mate, dat van een eigen karakter geen sprake kan zijn), het hof heeft die klaarblijkelijk niet miskend. Het onderdeel mist dus feitelijke grondslag.

6.13.2. In rov. 3.2 heeft het hof Samsungs desbetreffend verweer onderkend. In rov. 5.5 heeft het hof vervolgens overwogen:

'5.5 Van de zojuist genoemde elementen zijn - naast de behuizing van de computer - de aanwezigheid van het beeldscherm en de maatregel om het oppervlak waar dit zich onder bevindt transparant te doen zijn, technisch bepaald. Dit geldt echter niet voor de concrete vormgeving hiervan. Het hof gaat er van uit dat ook voor het overige de elementen A t/m H, althans in hun concrete uitvoeringsvormen, niet door de techniek zijn gedictieerd. Voor zover gebaseerd op de stelling dat het model (geheel of gedeeltelijk) technisch is bepaald, falen de (onder 3.2 weergegeven) verweren van Samsung.'

Daartegen richt het onderhavige onderdeel 2 geen klacht.

6.13.3. Daarnaast blijkt uit de in rov. 6.1 - 6.26 uitgevoerde ampele vergelijking van de (elementen van de) daar genoemde - gelijkenissen maar ook verschillen vertonende - modellen, en uit 's hofs evaluatie in rov. 7.1, 's hofs oordeel dat niettegenstaande beperkingen door technische en functionele eisen, in casu wel degelijk (toch) sprake van een eigen karakter is. Zulks (door het onderdeel niet bestreden): door een nog niet eerder vertoonde samenvoeging van elementen, en door de concrete wijze van vormgeving in het Apple-model. Anders gezegd: het hof heeft - ampele - aangegeven dat er (wél) voldoende variatiemogelijkheden waren, waarvan Apple in voldoende mate gebruik gemaakt heeft, om aan haar model een 'eigen karakter' te geven. Ik teken nog aan dat de omstandigheid dat het hof in rov. 8.1 zijn oordeel over de 'tamelijk geringe beschermingsomvang' van Apple's model rechtstreeks op art. 6 lid 1 GModVo heeft gebaseerd, en aldaar niet (kenbaar) mede op het uitlegvoorschrift van lid 2, daaraan niet afdoet(92).

6.14. Terzijde teken ik aan dat het hof in rov. 7.1 m.i. van een juiste, en Samsung in haar klacht daartegen van een onjuiste rechtsopvatting uitgaat.

Artikel 8 lid 1 GModVo voorziet in uitsluiting van bescherming voor de uiterlijke kenmerken van een voortbrengsel die uitsluitend door de technische functie worden bepaald (vgl. de bespreking van onderdeel 1 van Samsungs middel).

Dan is (apert) onlogisch een interpretatie van art. 6 lid 2 GModVo die via (ontbrekende) 'vrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling van het model' tot hetzelfde nietigheidsresultaat zou moeten kunnen leiden.

Voorts is bij de bespreking van het principale middel al gebleken dat art. 6 lid 2 GModVo een strekking heeft die juist tegenover de hier door Samsung beleden rechtsopvatting staat. De strekking van art. 6 lid 2 is dat ten voordele van de ontwerper rekening gehouden wordt met een geringe(re) mate van vrijheid van de ontwerper, zónder dat dit aan een 'eigen karakter' behoeft af te doen (zij het met de spiegelbeeldige pendant in art. 10 lid 2 ten aanzien van de beschermingsomvang)(93).

Omdat het onderdeel reeds faalt op de in nr. 6.13.1 - 6.13.3 aangegeven gronden, geef ik deze observaties over de 'rechtshandhaving' ten overvloede. Zij behoeven geen nadere beoordeling en komen daarmee ook niet voor eventuele prejudiciële vragen aan het HvJEU in aanmerking.

6.15. De motiveringsklacht van onderdeel 2 (in punt 10) kan evenmin tot cassatie leiden. Ook indien de door Samsung beleden rechtsopvatting de juiste zou zijn, heeft het hof via rov. 6.1 - 6.26 en rov. 7.1 op Samsungs stellingen voldoende gerespondeerd, te meer in aanmerking genomen dat hier sprake is van een procedure in kort geding. Ik verwijst naar nrs. 6.13.2 - 6.13.3

hierboven. 's Hofs feitelijk oordeel ten deze komt niet voor toetsing in cassatie in aanmerking.

6.16. Onderdeel 3.a richt zich eveneens tegen rov. 8.1 (en tegen rov. 8.2). Volgens de rechtsklacht in punt 13 heeft het hof miskend dat de beschermingsomvang van een (Apple's) model wordt beperkt door een geringe keuzevrijheid van de ontwerper bij de ontwikkeling daarvan.

6.17. Onderdeel 3.a faalt om dezelfde reden als onderdeel 2. Hetgeen ik in nrs. 6.13.1 - 6.13.3 heb vermeld ten aanzien van onderdeel 2 is van (overeenkomstige) toepassing.

6.18. Ook de motiveringsklacht van onderdeel 3.a (in punt 14) kan niet tot cassatie leiden. Nr. 6.15 hierboven is van overeenkomstige toepassing.

6.19. Onderdeel 3.b klaagt (in punten 15 en 16) dat het hof bij de beoordeling van de beschermingsomvang van Apple's model in rov. 8.1 en 8.2 ten onrechte geen aandacht heeft besteed aan de (beperkende) invloed van stijlelementen op de beschermingsomvang. Voor zover het hof ervan is uitgegaan dat stijlelementen die tot uitdrukking komen in de vormgeving van een model geen invloed hebben op de beschermingsomvang van dat model, is zijn oordeel onjuist, omdat zulke stijlelementen (die Apple in haar model heeft overgenomen) niet beschermd zijn, c.q. buiten de beschermingsomvang vallen.

6.20. Ook dit onderdeel faalt (reeds) bij gebrek aan feitelijke grondslag. Met zijn - op het onderzoek in rov. 6.1 - 6.26 gestoeld - oordeel in rov. 8.1 dat de geïnformeerde gebruiker het Apple Model 'niet als erg bijzonder zou waarderen' heeft het hof klaarblijkelijk de - voor Apple negatieve - invloed van (vaak: meer dan eens) in eerdere modellen voorkomende elementen op de beoordeling van (de mate van) het 'eigen karakter' van Apple's model 'meegenomen'. Dat het hof aan het meer dan eens voorkomen van elementen niet de kwalificatie 'stijlelement' verbindt, doet daaraan niet af (en voor zover Samsungs klacht zich daarop toespitst, heeft zij daarbij geen belang).

6.21. Net als bij incidenteel onderdeel 2, wil ik bij de rechtsklacht van incidenteel onderdeel 3.b ten overvloede nog aantekenen dat die m.i. uitgaat van een (notoir) onjuiste rechtsopvatting. De criteria van art. 6 en art. 10 GModVo zijn naar hun aard doordeesemd van de invloed van - al dan niet als 'stijlinvloed' te betitelen - anticiperende modellen. Het verlangen van onderdeel 3.b dat de rechter anticipaties daarmee ook zou moeten (sub)rubriceren als deel uitmakend van een (mede beslissende) 'stijlinvloed', verdraagt zich evenwel niet met de tekst en het systeem van de GModVo, en miskent dat het bij 'stijlinvloed' toch ook om een relatieve en niet absolute invloed zal gaan op de 'algemene indruk' van de 'geïnformeerde gebruiker'. Uiteraard kan een belanghebbende partij zijn visie op het ontbreken van 'eigen karakter' desgewenst kan 'aandikken' door te spreken van 'stijlinvloed' e.d. Voor de rechter blijft het 'eigen karakter'-criterium van art. 6 lid 1 resp. art. 10 lid 1 GModVo (mede in het licht van het uitlegvoorschrift in lid 2 van elk van deze artikelen) echter decisief.

6.22. De motiveringsklacht in punt 17 kan Samsung niet baten, nu Samsungs daar bedoelde stellingen in het licht van het bovenstaande niet als essentieel kunnen worden beschouwd.

6.C. (On-)duidelijkheid van Apple's modelregistratie

6.23. Onderdeel 4 heeft betrekking op de wijze waarop het hof in rov. 5.2 Apple's modelregistratie heeft geïnterpreteerd. Volgens het onderdeel is het hof ten onrechte aan - aan Apple te wijten - onduidelijkheden of fouten daarin voorbijgegaan.

6.24.1. Onder het kopje '5. De kenmerkende elementen van Apple's model' heeft het hof, als tussenstap in de richting van de beoordeling van het eigen karakter van het model, zich gebogen over de vraag uit welke elementen van het model van Apple bestaat. In rov. 5.1 neemt het hof kennis van de elementen die volgens Apple kenmerkend zijn, waaronder 'een plat transparant oppervlak zonder enige versiering dat zich over de gehele voorzijde van het product uitstrekt' (zie rov. 5.1 sub b) en 'onder het transparante oppervlak, substantiële (zwarte of witte) grensvlakken

aan alle zijden van het scherm' (zie rov. 5.1 sub e).

6.24.2. In rov. 5.2 bespreekt het hof Samsungs verweer dat deze (in nr. 6.24.1 bedoelde) door Apple gestelde elementen niet uit de modelregistratie blijken. Het hof overweegt hierover:

[...]

'Ad b.

In de figuren 1.2 en 1.3 van Apple's model, waarin de voorkant van dat model is afgebeeld, en in figuur 1.1 daarvan, die de achterkant weergeeft, zijn schuine strepen getekend. De geïnformeerde gebruiker zal dit opvatten als een aanduiding van spiegellende oppervlakken. Omdat het model een computer betreft zal de geïnformeerde gebruiker bovendien zonder meer aannemen dat het oppervlak aan de voorzijde transparant is. Het verweer van Samsung, dat dit laatste niet uit het model niet blijkt, wordt dan ook verworpen. De schuine strepen lopen tot aan de zijkanten door. Daarmee is tot uitdrukking gebracht dat het spiegellende aan de voorzijde transparante oppervlak zich tot aan die zijkanten uitstrekt.

[...]

Ad e.

In de tekeningen 1.2 en 1.3 van het Apple-model zijn stippellijnen aangebracht. Apple ziet deze stippellijnen als aanduiding van onder het transparante oppervlak gelegen grensvlakken aan alle zijden van het scherm. Volgens Samsung maken stippellijnen evenwel geen deel uit van het model, gelet op artikel 11.4 van de Examination Guidelines van de Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Design) - het OHIM - waarin het volgende is vermeld:

'Dotted Lines may be used in a view either to indicate the elements for which no protection is sought or to indicate portions of the design which are not visible in that particular view, i.e. non-visible lines. Therefore, dotted lines identify elements which are not part of the view in which they are used.'

Verder heeft Samsung in dit verband gewezen op het arrest van het Gerecht van de EU van 14 juni 2011 (T-68/10), waarin is overwogen dat de elementen die in het in die zaak aan de orde zijnde model met stippellijnen waren weergegeven (waaronder het bevestigingselement van een horloge) niet door dat model worden beschermd.

Uit de hieronder te bespreken "prior art" blijkt dat het gebruikelijk was dat beeldschermen van "electronic devices" waren voorzien van een - door de voorzieningenrechter als "passe-partout" aangeduide - rand/grensvlak op (ongeveer) de plaats waar in Apple's model stippellijnen zijn aangebracht (dus rondom het beeldscherm). De geïnformeerde gebruiker zal daarom die stippellijnen als zo'n rand/grensvlak opvatten, en meer in het bijzonder als een "rand" die onder het transparante oppervlak is gelegen; anders had die rand niet met stippellijnen hoeven te worden aangegeven. Niet goed valt in te zien dat anders dan door gebruikmaking van stippellijnen de aanwezigheid van een rand/grensvlak onder het transparante oppervlak in een tekening tot uitdrukking kan worden gebracht. Indien dat wel mogelijk zou zijn, zoals Samsung suggereert in punt 2.15 PA, dan neemt dat niet weg dat het aanbrengen van stippellijnen daarvoor een geschikte en voor de hand liggende methode vormt. Aan de (vuist-)regel van artikel 11.4 van de Examination Guidelines van het OHIM kan Samsung dus geen argument ontleen, en evenmin aan de uitspraak van het Gerecht van de EU in zaak T-68/10 waarin de met stippelijnen weergegeven elementen, indien zij bedoeld waren om deel uit te maken van het model, even goed met ononderbroken lijnen hadden kunnen worden weergegeven. Het hof onderschrijft echter wel de stelling van Samsung, dat het Apple-model niet duidelijk maakt dat de grensvlakken zwart of wit zijn. Wat betreft de kwalificatie "substantieel" overweegt het hof dat dit een subjectief/relatief begrip is. Het hof acht de breedte van de grensvlakken, blijkend uit het model (de ruimte tussen de stippellijnen en de buitenrand van het model) afgezet tegen de afmetingen van het model als geheel van dien aard deze wel "substantieel" kunnen worden genoemd.'

6.25. Het onderdeel keert zich in (sub)onderdeel 4.a tegen de deelopwekking onder 'ad b' (met betrekking tot de schuine strepen), en in (sub)onderdeel 4.b tegen de deelopwekking onder 'ad e' (met betrekking tot de stippellijnen).

6.26. Onderdeel 4.a behelst de motiveringsklacht dat 's hofs oordeel over de 'schuine strepen' onbegrijpelijk is in het licht van een aantal als essentieel aan te merken stellingen van Samsung(94), die hierop neerkomen, dat de schuine strepen - in cassatie spreekt Samsung ook wel van 'diagonale strepen'(95) - in de registratie niet duiden op een transparant oppervlak, aangezien er ook schuine strepen aan de achterzijde van het model zijn getekend en tussen partijen vaststaat dat de achterzijde niet transparant is. Bij s.t. heeft Samsung hieraan nog toegevoegd dat het voor de hand ligt dat de geïnformeerde gebruiker de (soortgelijke) diagonale strepen op de voor- en achterzijde objectief en op soortgelijke manier zal interpreteren(96).

6.27.1. Onderdeel 4.a. kan om verschillende redenen niet tot cassatie leiden.

6.27.2. Allereerst is - bij ontbreken van een rechtsklacht - een oordeel over de vraag hoe de geïnformeerde gebruiker (schuine strepen in) een modelregistratie zal interpreteren van feitelijke aard. Dat brengt mee dat over de begrijpelijkheid van de door het hof gekozen interpretatie niet met succes kan worden geklaagd op de grond dat een andere interpretatie ook mogelijk was geweest.

6.27.3. Daarnaast lijkt Samsung belang te ontberen, aangezien het hier bestreden oordeel mede berust op de overweging dat de geïnformeerde gebruiker de schuine strepen zal opvatten als een aanduiding van spiegelende oppervlakken, en het onderdeel dáárover niet klaagt.

6.27.4. Het onderdeel faalt ook inhoudelijk. Het HvJEU heeft in het (onder 5.8.2 besproken) arrest PepsiCo/Grupo Promer geoordeeld dat een gebruiker 'niet slechts gemiddeld, maar in hoge mate aandachtig is, hetzij door zijn persoonlijke ervaring, hetzij door zijn uitgebreide kennis van de betrokken sector' en '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'. In het licht van deze maatstaf kan niet worden volgehouden dat onbegrijpelijk is het oordeel van het hof dat zo'n aandachtige gebruiker zal aannemen dat de voorzijde van een handheld (tablet) computer - met of zonder diagonale strepen in de depot-tekening - transparant is (en dat diagonale strepen in de depot-tekening van de niet transparante achterzijde daarvan, daaraan niet afdoen).

6.28. Onderdeel 4.b is gericht tegen rov. 5.2 onder 'ad e' (over de stippellijnen). Het bevat, na een inleiding in punten 21-22, in punten 23-26 rechtsklachten, vervolgens in punten 27-29 een motiveringsklacht, en in punt 30 een veegklacht.

6.29. De rechtsklachten verwijten het hof onjuiste rechtsopvattingen wegens:

- (i; punt 23) strijd met de uitspraak van het GEU 14 juni 2011, nr. T-68/10, Sphere Time/ OHIM), waarin zou zijn bepaald dat de elementen die zijn weergegeven in gestippelde lijnen geen onderdeel uitmaken van de beschermingsomvang van het model;
- (ii; punt 24) het eraan voorbij gaan dat de beschermingsomvang van een model objectief dient te worden vastgesteld op basis van het modeldepot, waarbij de intentie van de aanvrager geen rol mag spelen; Samsung wijst in dit verband op HvJEU 16 februari 2012, nr. C-488/10, Celaya/ Proyectos;
- (iii; punt 25) onjuistheid van de benadering van het hof dat het aanbrengen van stippellijnen een geschikte en voor de hand liggende methode is om iets aan te geven, nu dit inzicht in de intentie van de aanvrager vergt welke zoals hiervoor aangegeven geen rol mag spelen.

6.30. Deze rechtsklachten falen (reeds) om de volgende reden. Het hier bestreden oordeel van het hof berust op de - als zodanig niet bestreden - kernoverweging dat uit de 'prior art' blijkt dat 'het gebruikelijk was dat beeldschermen van 'electronic devices' waren voorzien van een rand/grensvlak op (ongeveer) de plaats waar in Apple's model stippellijnen zijn aangebracht (dus rondom het beeldscherm)', en dat de geïnformeerde gebruiker daarom die stippellijnen zal interpreteren als een onder het transparante oppervlak gelegen rand/ grensvlak. De door het hof

bedoelde 'prior art' is elders in het arrest minutieus uiteengezet (rov. 6.1 - 6.26).

6.31. Hieruit blijkt dat het onderdeel feitelijke grondslag mist, waar het aanneemt dat het hof de kenmerkende elementen van het modeldepot heeft vastgesteld tegen de achtergrond van de intentie van de aanvrager. Het hof heeft zich veeleer gebaseerd op de beoordeling door de geïnformeerde gebruiker van het in het arrest besproken - met afbeeldingen geïllustreerde - vormgevingserfgoed. De rechtsklachten (ii) en (iii), die op deze onjuiste veronderstelling berusten, stuiten reeds hierop af.

6.32. Met argument (i) beroept Samsung zich op GEU 14 juni 2011, nr. T-68/10, Sphere Time/OHIM. Volgens Samsung zou uit dat arrest blijken dat de elementen die zijn weergegeven in gestippelde lijnen geen onderdeel uitmaken van de beschermingsomvang van het model. Een rechtsregel met deze strekking kan ik echter niet ontwaren in genoemd arrest. In de door Samsung gedeeltelijk aangehaalde rov. 63 en 64 is veeleer te lezen dat het GEA in die concrete zaak en op basis van de voorliggende registratie aan de hand van de GModVo heeft bepaald voor welke elementen bescherming is gezocht. Dat geldt ook voor de door Samsung in de s.t. nog genoemde zaken waarin het OHIM geoordeeld zou hebben dat voor de met stippellijnen aangegeven elementen geen bescherming werd gezocht(97). Deze concrete toepassingen lenen zich er niet voor om zaakoverstijgende betekenis te krijgen. Ik leg hieronder nog uit, bij de bespreking van de motiveringsklachten van onderdeel 4.b, waarom 'conventies van het OHIM' uit hoofde van de OHIM Guidelines for the examination of Community Designs(98), het voorgaande niet anders kunnen maken.

6.33. Samsung heeft bij s.t. (nr. 152) nog betoogd dat 'gebruiken uit het vormgevingserfgoed' geen rol mogen spelen bij de interpretatie van een moderegistratie, omdat zulks in strijd zou zijn (of afbreuk zou doen aan) de rechtszekerheid, en dit bovendien erop zou neerkomen dat een rol wordt toebedeeld aan iets anders dan alleen de uiterlijke indruk die door vormgevingselementen wordt opgeroepen.

Ook dit betoog faalt. De door het model bij de gebruiker opgeroepen uiterlijke indruk wordt mede bepaald door de geïnformeerde gebruiker. Die gebruiker is geen tabula rasa, maar kent de bestaande verschillende modellen en de daarin vervatte elementen. Het hof heeft niet anders gedaan dan het vaststellen van de interpretatie van de registratie aan de hand van de relevante maatstaf van de geïnformeerde gebruiker, waarbij het hof mocht uitgaan van diens door de kennis of kunde die hij geacht wordt te bezitten ingeleerde perceptie.

6.34. Volgens de motiveringsklacht van onderdeel 4.b (punten 27-29) is 's hofs oordeel ongenoegzaam gemotiveerd, omdat uit de OHIM Guidelines zou volgen dat de met stippellijnen aangegeven elementen geen onderdeel uitmaken van de bescherming van een gemeenschapsmodel, en Samsung heeft aangetoond dat het wel degelijk mogelijk is om anders dan door middel van stippellijnen aan te geven dat er een scherm aanwezig is onder een transparant oppervlak.

6.35. Ik zou menen dat de motiveringsklacht moet falen om de in nrs. 6.30-6.33 aangegeven redenen waarom de rechtsklachten niet opgaan. Daar komt het volgende bij.

6.36. Zoals Apple in cassatie met juistheid heeft aangegeven(99) stelt par. 1.1 van de OHIM Guidelines voorop dat dit document niet kan bij- of afdoen aan hetgeen uit hoofde van de GModVo rechtens is. Het gaat, met andere woorden, (dus) om 'soft law'(100) (die niet kwalificeert als recht in de zin van art. 79 RO).

Samsung miskent ook dat elders in de OHIM Guidelines(101) nog eens expliciet wordt aangegeven dat een registratie, behalve elementen waarvoor bescherming wordt gezocht, andere elementen mag bevatten die behulpzaam zijn bij het identificeren daarvan. Onjuist is dus Samsungs stelling (s.t. nr. 145) dat uit de OHIM Guidelines zou volgen dat elementen die zijn weergegeven met stippellijnen geen onderdeel uitmaken van het modelrecht (dat is in de Guidelines hoogstens een 'uitgangspunt').

6.37. Met het falen van de rechts- en motiveringsklachten, is ook het lot bepaald van de

veegklacht (in punt 30) van onderdeel 4.b.

6.D. Restklacht

6.38. Onderdeel 5, nader toegelicht in Samsungs s.t. nr. 169, richt nog een motiveringsklacht tegen de overweging van het hof in rov. 9.11 dat aan de door Samsung bij pleidooi genoemde, door het hof - zonder nadere motivering - als 'miniem' aangemerkte verschillen niet behoeft te worden ingegaan. Samsung onderkent dat zij een ten overvloede gegeven overweging aanvalt, maar betoogt dat zij niettemin belang heeft bij een daartegen gerichte klacht, omdat zij wil voorkomen dat het verwijzingshof gebonden zou zijn aan het bestreden oordeel dat de hier bedoelde, door Samsung genoemde verschillen (te) miniem zouden zijn om bij een oordeel over de beschermingsomvang van Apple's model gewicht in de schaal te leggen. Voor zover na vernietiging en verwijzing het verwijzingshof aan de hier bestreden rov. 9.11 gebonden zou zijn, is deze motiveringsklacht terecht voorgesteld.

7. Conclusie

Mijn conclusie strekt tot verwerping van het principale beroep.

De procureur-generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden,

A-G i.b.d.

- 1 Ook met een opmerking over een in VS lopende modelrechtelijke ('design patent') procedure.
- 2 Het OLG wees wel een door Apple subsidiair gevorderd verbod op basis van het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), beperkt tot het Duitse grondgebied, toe.
- 3 Ontleend aan rov. 1 van het (ten deze niet) bestreden arrest van het hof. Punt b daarvan is weggelaten omdat de daar vermelde en afgebeelde iPad1 en iPad 2 van Apple in cassatie geen rol meer spelen. Uit punt c is, om dezelfde reden, Samsungs Galaxy Tab 10.1v weggelaten.
- 4 Zie evenwel nr. 1.6.2 supra.
- 5 LJN BR5755.
- 6 LJN BV1612, BIE 2012, nr. 36, p. 169 m.nt. J.L.R.A. Huydecoper.
- 7 Zie art. 402 lid 2 Rv jo. 339 lid 2 Rv.
- 8 'Tekening' betekent in deze context (zoals 'dessin'): tweedimensionale vormgeving. 'Model' wordt in deze context veelal gebruikt als verzamelbegrip voor zowel driedimensionale als tweedimensionale vormgeving.
- 9 Art. 2.1 BVIE.
- 10 Vgl. C.J.J.C. van Nispen, J.L.R.A. Huydecoper en T. Cohen Jehoram, Industriële eigendom, deel 3, Deventer 2012 (hierna ook wel aangehaald als 'vN/H/CJ, IE3'), nr. 1.1 met uitvoerige voetnoot 4 aldaar.
- 11 Pb. L289/28, BIE 1998, p. 438.
- 12 Verordening nr. 6/2002 van de Raad, Pb. L3/1 van 5 januari 2002.
- 13 HvJEG 2 juli 2009 (C-32/08; FEIA/Cul de Sac c.s.) betrof nogal een detailkwestie (over art. 14 GModVo). HvJEU 16 februari 2012 (C-488/10; Celaya/Proyectos) betrof de vraag of een Gemeenschapsmodelhouder een inbreukactie tegen de houder van een jonger gemeenschapsmodel kan instellen zonder eerst of tegelijk een nietigheidsactie in te stellen (des ja). Het arrest Celaya/Proin komt later in deze conclusie zijdelings nog ter sprake. Twee andere, hier nog niet genoemde arresten van het HvJEU krijgen hierna nog volop de aandacht.
- 14 vN/H/CJ, IE3, nr. 1.1 (p. 33-34).
- 15 vN/H/CJ, IE3, nr. 1.4.1 (p. 45-46).
- 16 De auteurs wijzen het modellenrecht overigens niet af. Een expert die dat wél gedaan heeft, is de in de vorige eeuw zeer gerenommeerde Stephen P. Ladas, in: Patents, Trade Marks and Related Rights, National and International Protection, Vol. II, Cambridge (Mass.) 1975: Harvard University Press, p. 829. Sprekend over het modellenrecht, en in het bijzonder over de eerste wet waarin dat recht werd neergelegd (de Napoleontische wet van 1806) schreef hij: 'This law was an accident'. Ik heb, ter relativering van toenmalig enthousiasme over de toen vrij nieuwe BTMw, dit

citaat eerder aangehaald in mijn boek Bescherming van het uiterlijk van producten (Deventer 1985), nr. 183, p. 220.

17 Rechtspraak van feitenrechters over het Gemeenschapsmodellenrecht, met name ook over 'eigen karakter' en bescherming, is wel voorhanden. Maar vN/H/CJ, IE3, nr. 1.4.2.4.5, p. 73-76 constateren dat zij weinig richtinggevend is. In verreweg de meeste zaken reikt het partijdebat niet het onderhavige niveau van abstractie, of wordt de gehanteerde maatstaf niet uitgewerkt. Waar dat het geval is, gaat het om overwegend feitelijke oordelen die in het licht van hetgeen reeds besproken is, weinig kunnen toevoegen. Ik volsta met een verwijzing naar het door de auteurs gegeven overzicht in voetnoot 103 (p. 74), waaraan nog kan worden toegevoegd: Hof 's-Gravenhage 3 april 2012, LJN BW0094 (THC/Instamat) en Rb. Haarlem 25 september 2012, LJN BX9159 (PWN/Globaltap).

18 Samsung heeft niet de 'nieuwheid' van het model van Apple betwist. Vgl. de in cassatie niet bestreden rov. 3.4 van het arrest a quo.

19 Al zal Apple's belang bij klachten hieromtrent nog aan de orde komen.

20 HvJEU 20 oktober 2011 (zaak C-281/10), LJN BU2777, NJ 2012, 443 m.nt. ChG, IER 2012, nr. 7, p. 46 m.nt. HMHS, BIE 2012, nr. 3 m.nt. E.F. Brinkman (PepsiCo/Grupo Promer). In dezelfde zin: HvJEU 18 oktober 2012 (C-101/11 P en C-102/11 P; Neumann/BHIM-Baena Grupo SA), rov. 53 t/m 57.

21 Rekening houdend met een onzekerheidsmarge bij feitenrechterlijke beoordeling zal J nog wel zeggen: 'liever, veiligheidshalve, nog ietsje meer afstand'. In deze conclusie is (advisering over) een grotere 'veiligheidsmarge' niet wezenlijk.

22 Vgl. hierover (aangenaam beknopt en helder samenvattend) P. Schramm, Der Europaweite Schutz des Produktdesigns (diss. Saarbrücken), Baden-Baden 2005: Nomos Verlag, p. 155-158. In de ontwerp-verordening van 3 december 1993 (COM (93) 344 final - COD 464, [1994] O.J. C29/20-49) was bepaald: '(1) A design shall be considered to have an individual character if the overall impression it produces on the informed user differs significantly from the overall impression produced on such a user by any design referred to in paragraph (2)', met een pendant in art. 10. Het extra criterium 'significantly' is in het verdere verloop van de behandeling weer uit art. 6 en art. 10 verdwenen, maar in considerans 14 gebleven.

23 M. Franzosi (coordinator), M-R. Hirsch, W.A. Hoyng, M. Levin, D.C. Ohlgart, J.J. Phillips, B. Posner, V. Scordamaglia, European Design Protection, Commentary to Directive and Regulation Proposals, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International 1996.

24 Amended proposal for a European Parliament and Council Directive on the legal protection of designs, 21 februari 1996, COM(96) 66 final - COD 464, p. 6.

25 Uit de context (en uit de hierna aan te halen literatuur) blijkt dat Franzosi hier per abuis het woordje 'not' had laten staan.

26 Franzosi schrijft per abuis 'Abstandläre'.

27 Franzosi, a.w., p. 99; cursivering toegevoegd. Op een vervolgpassage ga ik in nr. 5.32.4 nog in.

28 Franzosi, a.w., p. 60.

29 Formenschatz (D) = vormgevingserfgoed (NL).

30 D. Jestaedt, Der Schutzbereich des eingetragenen Geschmacksmusters nach dem neuen Geschmacksmustergesetz, GRUR 2008, p. 19 (21).

31 D.C. Musker, Community Design Law, Community Design Law, Principles and Practice, London: Sweet & Maxwell 2002, p. 54.

32 D.C. Musker, in: Ch. Gielen & V. von Bomhard (ed.), Concise European Trade Mark and Design Law, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011, art. 10 CDR, notes 2 and 3.

33 M. Howe, Russel-Clarke and Howe on Industrial Designs 7th edition, London: Sweet & Maxwell 2005, p. 59.

34 Vindplaatsen in voetnoot 51.

35 O. Ruhl, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, Kommentar, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2. Auflage 2010, Art. 10, Rdn 40. .

36 H. Eichmann, R.V. von Falckenstein, Geschmacksmustergesetz, München: Verlag C.H. Beck, 4. Auflage 2010, § 2, Rn 34, p. 106.

37 O.c., § 38, Rn. 19, p. 513. Zie over GEU 18 maart 2010 (T-9/07) ook infra, nrs. 5.65.2 - 5.65.3.

38 A. Bulling, A. Langöhrig, T. Hellwig, Geschmacksmuster, Köln: Carl Heymanns Verlag, 3. Auflage 2011, p. 36-37.

39 J.H. Steinberg in W. Büscher, S. Dittmer, P. Schiwy (Hrsg.), Gewerblicher Rechtsschutz,

- Urheberrecht, Medienrecht, Kommentar, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2008, Art. 6 GGv Rn.9, p. 2233.
- 40 A. Auler in W. Büscher c.s. (Hrsg.), o.c. 2008, Art. 10 GGv Rn.2, p. 2242.
- 41 Artikel uit de Franse Code de la Propriété Intellectuelle; pendant van art. 10 GModVo.
- 42 Pendant van art. 6 GModVo.
- 43 J. Passa, Droit de la propriété industrielle, Paris: L.G.D.J. 2009, nr. 750, p. 998.
- 44 H. Vanhees, Het Beneluxmodel, Gent: Larcier 2006, nr. 258, p. 113.
- 45 vN/H/CJ, IE 3, nr. 1.4.2.4, p. 64. Zie ook nr. 1.9.1, p. 144; nr. 1.9.5, p. 147.
- 46 P.G.F.A. Geerts, Hst. V, Tekeningen en modellen, in: Ch. Gielen (red.), Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht, 10e druk 2011, nr. 206, p. 172-173. In dezelfde zin: Geerts 2009, T&C IE, 3e druk, art. 3.16 BVIE, aant. 5c.
- 47 Cassatiedagvaarding, p. 8 onderaan, p. 9; s.t. namens Apple, nr. 3.6.9.
- 48 GRUR 2011, p. 142, m.nt. Ruhl.
- 49 Zie hierboven nrs. 5.21 - 5.22.
- 50 Zoals hierboven (nrs. 5.27 - 5.28) bleek, is de Nederlandse literatuur nog niet op dit 'ommetje' via het uitlegvoorschrift van lid 2 (met hetzelfde resultaat) overgegaan (wat ook geldt voor het hof 's- Gravenhage in het arrest waarvan beroep).
- 51 [2008] FSR 8 [2007] EWCA Civ 936, CASELEX:EN:2007:36 (Justices May, Dyson en Jacob; Procter & Gamble Co v Reckitt Benckiser (UK) Ltd). Over deze uitspraak ook: A. Carboni, EIPR 2008, p. 111 en U. Suthersanen, Design law, European Union and United States of America, 2nd ed., London: Sweet & Maxwell 2010, p. 131.
- 52 H. Laddie, P. Prescott & M. Vitoria, The modern law of copyright and designs, London: LexisNexis 2011, Vol. 2, p. 2005.
- 53 O.c., p. 2017.
- 54 M. Franzosi, o.c., p. 100.
- 55 D.J.G. Visser, Het ABC van iedere IE-inbreuk (oratie Leiden), Den Haag: Boom 2004, p. 8.
- 56 Ik beperk mij tot het criterium van het 'eigen karakter', omdat - zoals eerder aangegeven - voldoening door Apple aan het nieuweheidsvereiste van art. 4 jo. 5 GModVo tussen partijen niet omstreden is.
- 57 Het gaat hier niet om letterlijke citeringen, maar om de aanduiding van hoofdrichtingen. Uit het vervolg van deze conclusie (nr. 5.42 e.v.) zal eens te meer blijken waarom ik niet exacter behoef te zijn.
- 58 Kennelijk: het (door de tegenpartij aangewezen) meest nabij komende anticiperende model.
- 59 Ik verwijs in dit verband naar nrs. 5.15.1 - 5.15.4 hierboven.
- 60 Ik wijs erop dat partijen in deze weinig argumenten ontleen aan de tekst van de GModVo (Apple het argument van de enkelvoudsvorm in andere taalversies (waarover nader in nrs. 5.76.1 - 5.76.4); Samsung het argument van de verwijzing naar het 'vormgevingserfgoed' in punt 14 van de considerans). Nog minder argumenteren partijen aan de hand van de totstandkomingsgeschiedenis van de GModVo en de ModRI. Die biedt inderdaad geen aanknopingspunten; vgl. vorige voetnoot.
- Ik noteer (terzijde, want zie nr. 5.41.2 e.v.) uit de totstandkomingsgeschiedenis nog de volgende tegenstrijdige bewegingen: In de toelichting op de voorlopige voorstellen bij de Green Paper van 1991, leek de Europese Commissie aan te nemen dat het aangevallen gemeenschapsmodel vergeleken moet worden met 'the similar design' (enkelvoud): vgl. Green Paper on the legal protection of industrial design, June 1991, 111/F/5131/ 91-EN, p. 73. Daartegenover staat dat de Commissie in de latere toelichting bij de ontwerpen voor de verordening en de richtlijn spreekt over vergelijking met 'previously existing designs': vgl. COM (93) 344 final - COD 464, p. 4 (3 december 1993). Het ESC sprak in zijn opinie van 6 juli 1994, Pb C388/9, over 'any other design known'.
- 61 Apple noemt als steun voor variant (B): Gerecht EU 22 juni 2010 (T-153/08), IEF 8930 (Shenzen Taiden/Bosch), rov. 23 en 24; BGH 22 april 2010 (I ZR 89/08; Verlängerte Limousinen), rov. 33; D.C. Musker, in: Ch. Gielen & V. von Bomhard (ed.), o.c. (2011), art. 6, note 3, p. 368; vN/H/CJ, IE3, nr. 1.4.2.5.5, p. 89; noot J.L.R.A. Huydecoper onder het bestreden arrest in BIE 2012, nr. 56, p. 169 (181).
- 62 Samsung noemt als steun voor variant (C) of (D): punt 14 van de considerans van de GModVo; HvJEU 20 oktober 2011 (zaak C-281/10) (PepsiCo/Grupo Promer), rov. 59; High Court of Justice (Chancery Division, Patents Court (Birss J.)) 9 juli 2012 (Case HC 11 C 3050, [2012] EWHC 1882

Pat; Apple/ Samsung) (eerste instantie van de parallelle Britse bodemprocedure), para. 189; Court of Appeal for England and Wales 10 oktober 2007, [2007] EWCA Civ 936, CASELEX:EN:2007:36 (Procter & Gamble Co v Reckitt Benckiser (UK) Ltd); OLG Düsseldorf 31 januari 2012 (I-20 U 175/11 14c O 194/44) (hoger beroep van parallelle Duitse procedure); Oostenrijkse Oberste Gerichtshof van 22 mei 2007, 4 Ob 43/07p, GRUR Int. 2008, p. 523.

63 Aanhang voor variant (B) bespeur ik nog bij High Court (Ierland) 21 december 2007, [2007] IEHC 449, CASELEX:IE:2007:17 (Karen Millen/Dunnes Stores); J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, Paris: L.G.D.J. 2009, nr. 699, p. 932.

64 Aanhang voor variant (C) of (D) bespeur ik nog bij: H. Vanhees, *Het Beneluxmodel*, Gent: Larcier 2006, nr. 38, p. 18-19 en nr. 41, p. 19-20; H. Laddie, P. Prescott & M. Vitoria, *The modern law of copyright and designs*, London: LexisNexis 2011, Vol. 2, nr. 55.8, p. 2002-2003, nr. 55.29, p. 2017, nr. 55.38, p. 2022-2023; HvJEU 20 oktober 2011 (zaak C-281/10) (PepsiCo/Grupo Promer), rov. 55-58.

65 In kort geding kan de rechter eventueel hypothetisch uitgaan van de geldigheid (c.q. die in het midden laten) indien bij overigens de afstand model N van de gedaagde ten opzichte van het model M van de eiser groot genoeg acht (in het licht van de bij model M in acht genomen afstand ten opzichte van eerdere modellen. Aldus bijv. de werkwijze van de voorzieningenrechter in de eerste instantie van deze zaak.

66 Apple citeert uit Muskens commentaar op art. 6 (note 3, p. 368): 'The design is to be compared with "any design which has been made available to the public". It is clear from this that the design is to be compared with an individual design in the state of the art, rather than with a composite.' Apple vermeldt echter niet het onmiddellijk vervolg op dit citaat: 'The informed user should be presented with a single prior design for comparison with the design in question to reach a conclusion on whether the overall impression is the same, taking into account the information the informed user himself possesses.' Aldus kan bij Musker verder vormgevingserfgoed tóch een rol spelen.

67 Overigens is de sturende overweging in het hier bedoelde commentaar van vN/H/CJ, IE3 (2012): de vrees voor ontkenning van eigen karakter 'omdat het te onderzoeken model elementen van verschillende oudere modellen in combinatie met elkaar vertoont', terwijl zulke combinaties 'modelrechtelijk juist wél voor bescherming in aanmerking' komen. Van mijn kant merk ik op dat dit bij de geldigheidsbeoordeling ex art. 6 GModVo niet dwingt tot 'per saldo solitaire vergelijking' (variant (B) van nr. 5.39); immers niet valt in te zien waarom bij 'kruislingse vergelijking met gespecificeerde identificatie' (variant (C)), aan nieuwe combinaties een 'eigen karakter' zou moeten worden ontzegd, laat staan per se zou moeten worden ontzegd. Zie ook voetnoot 84.

68 Ook op het resultaat van de geldigheidstoetsing leest men in de annotatie van Huydecoper trouwens geen (doorslaggevende) kritiek. In een door Apple niet geciteerd vervolg van de annotatie staat: 'In uitkomst blijkt het overigens geen groot verschil te maken: hoewel het hof Den Haag vervolgens vaststelt dat alle kenmerken van Apple's model al uit het vormgevingserfgoed bekend zijn - ook in modellen die combinaties van bijna alle kenmerken van Apple's model in zich verenigen - blijkt het model van Apple-model toch een eigen karakter te hebben vanwege de nieuwe combinatie. Door de uitkomst van de analyse van het hof, komt de gevolgde benadering per saldo op dezelfde neer als die van het Gerecht; maar principieel wordt er een nogal wezenlijk verschil beleden.'

69 Vindplaatsen in voetnoot 20.

70 Case HC 11 C 3050, [2012] EWHC 1882 Pat). Door Samsung overgelegd als bijlage B bij s.t.

71 Zaak I-20 U 175/11 14c O 194/44. Door Samsung overgelegd als bijlage A bij s.t.

72 Het OLG wees wel een door Apple subsidiair gevorderd verbod toe op basis van het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), beperkt tot het Duitse grondgebied.

73 Vgl. pp. 32-35 van het arrest van het OLG.

74 Met de bijbehorende tussenkopjes uit het arrest.

75 Met de verwarrende inleidende strofe aldaar 'In de tweede plaats richt dit middel zich...' Zie verder de volgende voetnoot.

76 Met de verwarrende inleidende strofe aldaar 'Het middel richt zich primair tegen de toepassing door het hof in r.o. 8.1 (jo. rov. 7.1) van de maatstaf van artikel 10 GmodV'. Deze ook in de vorige voetnoot aangeduide volgorde-verwarring heeft - overigens zonder schipbreuk te veroorzaken - toegeslagen in de s.t. van Samsung, sprekend over het 'eerste onderdeel' als het gaat om thema (ii) en over het 'tweede onderdeel' als het gaat om thema (i). De verwarring heeft evenzo

toegeslagen in de s.t. van Apple zelf, waar de stellers de klachtenbundel over thema (i) als 'de tweede klacht', en die over thema (ii) als 'de eerste klacht' aanduiden; om vervolgens in nr. 3.5 e.v. de behandeling van wat zij 'de tweede klacht' noemen, naar voren te halen.

77 Cassatiedagvaarding p. 6, vierde en vijfde alinea. Zie ook de s.t. namens Apple, nrs. 3.5.5-3.5.6.

78 S.t. namens Apple nrs. 3.5.3, 3.5.5 en 3.5.6.

79 LJN BY1420, IER 2010, nr. 43, p. 315 m.nt. H.M.H. Speyart (Grupo Promer/OHIM en PepsiCo).

80 Integendeel: zoals nr. 5.65.2 bleek zou volgens Apple art. 10 lid 2 hier geen toepassing kunnen vinden.

81 Vgl. het citaat in nr. 5.31.2 en vgl. hierboven 5.65.2 in fine.

82 Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en van de Raad inzake de rechtsbescherming van modellen, 96/C 142/05, COM(96) 66 def. - COD 464.

83 Dat spreekt echter vanzelf, of liever gezegd: 'mozaïeken' ter betwisting van nieuwheid is zinloos, omdat het combineren van elementen uit verschillende voorbekende objecten nooit zal leiden tot een (nagenoeg) 'identiek' model in de zin van art. 5 GModVo. De ontoelaatbaarheid van 'mozaïeken' in het kader van de nieuwheidstoetsing levert echter geen argument, ook geen (consistent) steunargument op, als het gaat om 'mozaïeken' bij de toetsing van het eigen karakter: mits men uiteraard in het oog houdt dat 'mozaïeken' of 'systeemvergelijken' er geenszins aan in de weg hoeft te staan om eigen karakter aanwezig te achten.

84 De vergelijkingswijze die Apple in dit verband 'mozaïeken' noemt, en wat Van Nispen/Huydecoper/Cohen Jehoram in dit verband kwalificeren als 'systeemvergelijking', zou niet zijn toegestaan op basis van het argument dat daardoor miskend zou worden dat een nieuwe combinatie wél eigen karakter kan hebben. Ik heb dit argument al in voetnoot 67 besproken (en naar ik meen: weerlegd). De weerlegging vindt men - juist - ook in het arrest waarvan beroep (rov. 7.1). Volgens het hof kan inderdaad 'een nog niet eerder vertoonde samenvoeging' van 'kenmerkende elementen [die] al in het vormgevingserfgoed voorkwamen' 'op de geïnformeerde gebruiker een (voldoende duidelijke) andere algemene indruk wekken dan die bij hem wordt gewekt door het vormgevingserfgoed'. Het arrest waarvan beroep levert dus concreet de bevestiging op dat de rechter, niettegenstaande het voor Apple verfoeide 'mozaïeken' of 'systeemvergelijken', wel degelijk tot het oordeel kan komen dat de nieuwe combinatie tóch eigen karakter heeft.

85 Ik vermeld hier nog de versies in het Italiaans ('qualsiasi disegno o modello') en het Spaans ('cualquier otro dibujo o modelo').

86 Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en van de Raad inzake de rechtsbescherming van modellen, 96/C 142/05, COM(96) 66 def. - COD 464.

87 In een zeer uitgebreide voetnoot (voetnoot 155 aldaar) signaleren de auteurs bronnen waarin de 'ruime' dan wel de 'enge' uitleg wordt aanvaard of verdedigd, of waarin geen duidelijk standpunt wordt ingenomen.

88 Uitgaande van de strekking van de regel - het vrij houden van techniek - zou een omgekeerde kwalificatie meer voor de hand hebben gelegen. Musker spreekt over een 'causative meaning' (apparaatgericht) en een 'mandatory meaning' (resultaatgericht) in Gielen/Von Bomhard o.c. (2011), Art. 8, note 2, p. 373-374.

89 HvJEG 18 juni 2002 (C-299/99; Philips/Remington), Jur. p. I-5475, NJ 2003, 481 m.nt. JHS, BIE 2003, nr. 89, p. 547 m.nt. AAQ, IER 2002, nr. 42, p. 251 m.nt. FWG, AA 2003, p. 41 m.nt. ChG.

90 In HvJEU 14 september 2010 (C-48/09 P; Lego Juris/OHIM en Mega Brands), NJ 2011, 303 m.nt. JHS, IER 2010, nr. 85, p. 573 m.nt. De Wit en Vlaar.

91 Ook niet in het licht van HR 5 november 2010, nr. 09/00839, LJN BN6196, RvdW 2010, 1328, rov. 3.4.1.

92 Vgl. in dezelfde zin in het kader van principale beroep: nr. 5.65.4.

93 Vgl. nrs. 5.13.1 - 5.31.3.

94 Samsung verwijst (herhaaldelijk) naar de volgende vindplaatsen in de gedingstukken: MvA nrs. 4.7 en 5.19, en pleitaantekeningen in appel nrs. 2.10, 2.15-2.16.

95 S.t. nr. 137.

96 S.t. nr. 137.

97 S.t. Samsung nr. 145, voetnoot 60.

98 Te raadplegen via <http://oami.europa.eu>.

99 S.t. nrs. 4.4.9-4.4.14.

100 Vgl. vN/H/CJ, IE3, nr. 1.4.2.3.1, p. 61.

101 En wel: het door Samsung zelf bij s.t. (nr. 155) aangehaalde art. 11 lid 4.