

DOED

Bos Berghuis

020-722 2702

arrest

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector Civiel Recht

Zaaknummer : 200.094.132/01

Zaak-/rolnummer rechtbank : 396957/KG ZA 11-730

arrest d.d. 24 januari 2012

inzake

de vennootschap naar vreemd recht **APPLE INC.**,
gevestigd te Cupertino, Californië, Verenigde Staten van Amerika,
appellante,
hierna te noemen: Apple,
advocaat: mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt te 's-Gravenhage,

tegen

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,

geïntimeerden,

hierna te noemen: Samsung Zuid Korea (geïntimeerde sub 1) en Samsung Nederland
(geïntimeerden sub 2 t/m 4) en gezamenlijk Samsung (in enkelvoud),
advocaat: mr. W.P. den Hertog te 's-Gravenhage.

Het geding

Bij appeldagvaarding van 14 september 2011 is Apple in spoedappel gekomen van het tussen partijen gewezen vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank 's-Gravenhage van 24 augustus 2011. Bij die appeldagvaarding (AD) heeft Apple 18 grieven tegen dat vonnis aangevoerd, die door Samsung zijn bestreden bij memorie van antwoord (MvA).

Ter zitting van dit hof van 15 december 2011 hebben partijen hun standpunten doen bepleiten, Apple door mrs. R.M. Kleemans en A.A.A.C.M. van Oorschot, advocaten te Amsterdam, en Samsung door mrs. B.J. Berghuis van Woortman en Ch.E.F.M. Gielen, advocaten te Amsterdam. De raadslieden hebben zich hierbij bediend van pleitnotities (hierna: PA = Pleitnotities in Appel; de Pleitnotities in Eerste aanleg zullen tot 'PE' worden afgekort).

Met het oog op het pleidooi zijn door partijen nog – binnen de termijn van artikel 9.1.11 van het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven (uiterlijk

Zaaknummer: 200.094.132/01

2

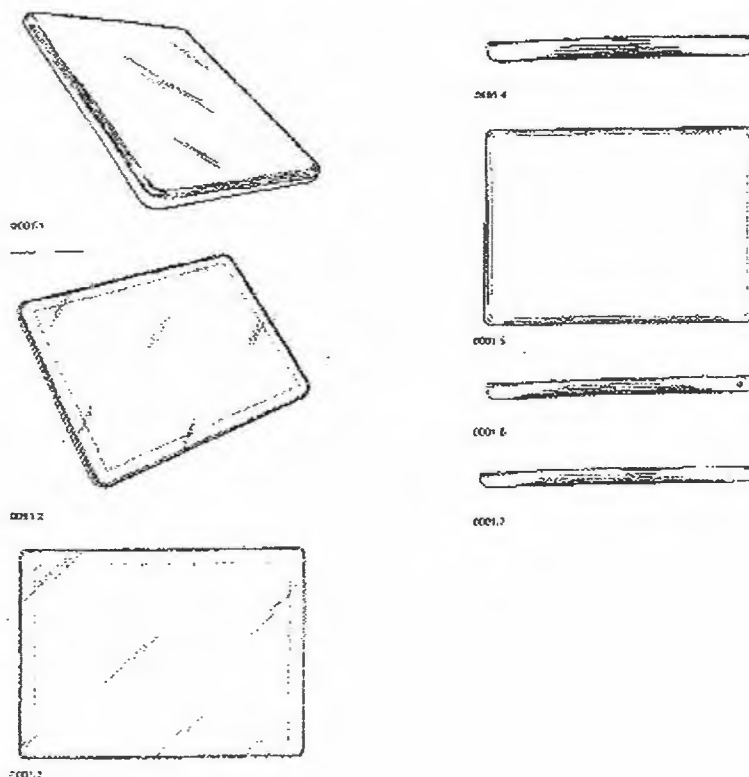
vier dagen voor de dag van de zitting) – een aantal producties overgelegd, te weten door Apple de producties 53 t/m 61, en door Samsung de producties 66 t/m 90 en een kostenspecificatie. Deze stukken zijn door het hof geaccepteerd. De schriftelijke verklaring van Brett J. Arnold die het hof op 12 december 2011 van Samsung heeft ontvangen, is naar aanleiding van het daartegen door Apple gemaakte bezwaar door het hof geweigerd op de grond dat op de datum van ontvangst de genoemde termijn was verstreken. Wel geaccepteerd is de eveneens op 12 december 2011 bij het hof binnengekomen productie 91 van Samsung aangezien Apple daartegen geen bezwaar heeft gemaakt.

Ter zitting hebben partijen exemplaren van de iPad2, de Galaxy Tab 10.1v, de Galaxy Tab 10.1 en het computerscherm van de TC1000 aan het hof ter beschikking gesteld als hulpmiddelen bij het maken van het arrest. Tenslotte hebben partijen het hof gevraagd arrest te wijzen.

Beoordeling van het hoger beroep

1. De Feiten

1. Het hof neemt de volgende feiten tot uitgangspunt
 - a. Apple is houdster van Gemeenschapsmodel 181607-0001 (hierna: ‘CDR-607’ of ‘Apple’s model’/ ‘het Apple-model’), ingediend op 24 mei 2004 met prioriteit van 17 maart 2004 en ingeschreven op 10 augustus 2004 voor een ‘handheld computer’. Bij dit model behoren de volgende afbeeldingen.



Zaaknummer: 200.094.132/01

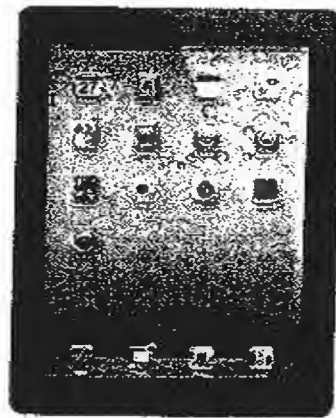
3

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).

- b. In 2010 heeft Apple onder de naam iPad een tabletcomputer op de markt gebracht. De iPad ziet er als volgt uit.

iPad1

iPad2



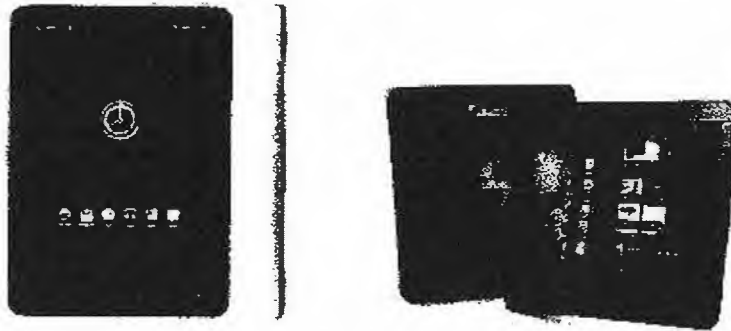
- c. Samsung heeft in Europa, en ook in Nederland, een tabletcomputer onder de naam Galaxy Tab 10.1v op de markt gebracht. Inmiddels heeft Samsung tevens een tabletcomputer onder de naam Galaxy Tab 10.1 in Europa geïntroduceerd. Ten tijde van de inleidende dagvaarding (hierna: ID) in deze zaak, 27 juni 2011, was dit nog

Zaaknummer: 200.094.132/01

4

niet het geval.

De Galaxy Tab 10.1v ziet er als volgt uit.



De Galaxy Tab 10.1 ziet er als volgt uit.



- d. Op 9 september 2011 heeft het Landesgericht Düsseldorf in een door Apple aangehangig gemaakt 'einstweiligen Verfügungsverfahren' op basis van CDR-607 Samsung Electronics GmbH en Samsung Zuid Korea verboden om in respectievelijk de EU en Duitsland de Galaxy Tab 10.1 te gebruiken ('benutzen').

2. De vorderingen van Apple en de beslissing van de voorzieningenrechter

- 2.1 Apple heeft – voor zover in dit hoger beroep van belang – in deze zaak (zaak 11-730) gevorderd een verbod voor Samsung Zuid-Korea om in Nederland inbreuk te maken op CDR-607 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.

2.2. Bij de beoordeling van deze vorderingen heeft de voorzieningenrechter vooropgesteld dat uitsluitend de uiterlijke kenmerken zoals deze blijken uit de modelinschrijving mogen worden meegewogen, en dat een eventuele concrete verwezenlijking daarvan bij de inbreukvraag niet kan meetellen. Daarnaast is de voorzieningenrechter ervan uitgegaan dat Apple's model geldig is. Vervolgens heeft hij overwogen dat in feite alleen de voorkanten van de Samsung-tablets overeenstemmen met het Apple-model en dat de kenmerkende elementen van de voorzijde van dit model ieder voor zich reeds bekend waren op de prioriteitsdatum daarvan. Hieruit volgt dat aan de voorzijde van Apple's model op zichzelf niet een grote mate van bescherming toekomt, aldus de voorzieningenrechter, die daarbij heeft meegewogen dat ook het nodige technisch bepaald lijkt. Naar aanleiding van de stelling van Apple dat haar model aantrekkelijk 'minimalistisch' of 'strak' is vormgegeven, heeft voorzieningenrechter opgemerkt dat 'minimalistisch' vormgeven in feite betekent dat de contouren worden gevolgd zoals deze door techniek en ergonomie van het apparaat worden gedictieerd en dat bij de vaststelling van de beschermingsomvang van het model deze technisch of anderszins praktisch/ergonomisch bepaalde elementen buiten beschouwing moeten blijven. In aanmerking voorts nemende dat de achterkanten en de zijkanten van de Galaxy Tabs 10.1v en 10.1 aanzienlijk verschillen van die van het Apple-model, heeft de voorzieningenrechter geconcludeerd dat de Samsung-tablets een andere algemene indruk wekken dan dat model, zodat geen sprake is van inbreuk daarop. Op grond van dit een en ander zijn in het vonnis van 24 augustus 2011 de op CDR-607 gebaseerde vorderingen van Apple afgewezen. De voorzieningenrechter heeft de proceskosten gecompenseerd omdat, hoewel Samsung ook in de octrooi-aspecten van zaak 11-730 betreffende de tablets in het gelijk was gesteld, in de in dat vonnis tevens beslechte zaak 11-731 betreffende smartphones in haar nadeel is beslist.

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

- 3.1 Tegen de beslissing tot afwijzing van haar vorderingen op basis van CDR-607 en de daartoe gebezigde motivering richten zich de grieven van Apple, die de strekking hebben om (uitsluitend) het geschil met betrekking tot dat model in volle omvang aan het hof voor te leggen. Het hof zal daarom de vorderingen van Apple opnieuw beoordelen aan de hand van de daartegen door Samsung (in de eerste aanleg en in hoger beroep) gevoerde verweren.
- 3.2 Die verweren komen er, ook in hoger beroep, op neer dat in het licht van het vormgevingserfgoed en gezien de technische bepaaldheid van de elementen daarvan, Apple's model een eigen karakter ontbeert en bijgevolg nietig is, althans een zodanig gering eigen karakter heeft dat de Samsung-tablets niet onder de beschermingsomvang daarvan vallen.
- 3.3 Het model waarvoor door Apple bescherming wordt ingeroepen is een model uit hoofde van Verordening (EG) nr. 6/2002 van de Raad van 12 december 2001 betreffende Gemeenschapsmodellen (GModV). De 'maatman' in deze verordening is de 'geïnformeerde gebruiker'. In punt 53 van zijn arrest van 20 oktober 2011 in de zaak *PepsiCo/Grupo Promer* (zaak C-281/10) heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) in punt 53 gepreciseerd dat het hier gaat om 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. In punt 59 van

Zaaknummer: 200.094.132/01

6

dat arrest heeft het HvJEU hierover nader het volgende overwogen.

“Wat in de derde plaats het aandachtsniveau van de geïnformeerde gebruiker betreft, zij eraan herinnerd dat deze weliswaar niet de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde consument is die een model gewoonlijk als geheel waarneemt en niet op de verschillende details ervan let (...), maar dat het evenmin gaat om de vakman die in detail de minieme verschillen die mogelijkterwijs tussen de conflicterende modellen bestaan, kan onderscheiden. Het bijvoeglijke naamwoord “geïnformeerde” suggereert dan ook dat de gebruiker, zonder een ontwerper of 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”.

Kort gezegd is de geïnformeerde gebruiker dus een gebruiker die tevens op de details zal letten, zonder echter minieme verschillen te kunnen onderscheiden.

- 3.4 Samsung heeft haar beroep op de nietigheid van Apple's model uitsluitend gebaseerd op de stelling dat het geen eigen karakter heeft (artikel 25 lid 1 sub b in verbinding met de artikelen 4 lid 1 en 6 GModV). Bij pleidooi in hoger beroep heeft zij – buiten de pleimota om – benadrukt niet de nieuwheid van dat model te willen aanvechten.
- 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*

Zaaknummer: 200.094.132/01

7

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.
- 3.10 Voor de beoordeling van zowel de nieuwigheid als het eigen karakter van een ingeschreven Gemeenschapsmodel worden ingevolge artikel 7 lid 1 GModV geacht tot het vormgevingserfgoed te behoren alle modellen die vóór de prioriteitsdatum van dat model op enigerlei wijze zijn openbaar gemaakt (hierna ook: bestaande modellen). De geïnformeerde gebruiker wordt dus verondersteld alle bestaande modellen te kennen. Dit geldt alleen niet voor openbaarstellingen die 'bij een normale gang van zaken redelijkerwijs niet ter kennis konden zijn gekomen van ingewijden in de betrokken sector die in de Gemeenschap werkzaam zijn' (de laatste zinsnede van de eerste volzin van artikel 7 lid 1 GModV). Zulke openbaarstellingen kunnen bij de beoordeling van de nieuwigheid en het eigen karakter geen rol spelen.
- 3.11 Bij de vergelijking die door de geïnformeerde gebruiker tussen het model en het vormgevingserfgoed wordt gemaakt moeten de aard van het voortbrengsel waarop het model wordt toegepast en in het bijzonder van de bedrijfstak waarmee het is verbonden in acht worden genomen, aldus de zo-even geciteerde overweging (14) van de considerans van de GModV.
- 3.12 Het hiervoor onder 3.9 t/m 3.11 overwogene vindt bevestiging in de overweging van het HvJEU in punt 59 van het arrest *PepsiCo/Grupo Promer*, dat *'de geïnformeerde gebruiker (...) de in de betrokken sector bestaande verschillende modellen kent'*.

4. Modeldepot of de iPad?

- 4.1 Allereerst dient nu te worden ingegaan op de vraag of alleen het Apple-model zoals ingeschreven maatgevend is, zoals Samsung stelt, of dat bij de vaststelling van de reikwijdte van dat model daarvan tevens het uiterlijk van de iPad mag worden betrokken, zoals Apple meent.
- 4.2 In het *PepsiCo/Grupo Promer*-arrest heeft het HvJEU overwogen dat *'geen sprake [is] van een onjuiste rechtsopvatting wanneer bij de beoordeling van de algemene indruk die door de betrokken modellen wordt gewekt, de daadwerkelijk verhandelde voortbrengselen waarop deze modellen betrekking hebben, in aanmerking worden genomen'* (punt 73).
- 4.3 Naar Apple zelf heeft opgemerkt onder 73 AD is de 'thin form factor' van haar model een opvallend en belangrijk element (zie ook rov. 9.8 hierna). Door de geïnformeerde gebruiker zullen relatief kleine verschillen in dikte van een tablet dan ook al snel worden opgemerkt. Naar 's hofs voorlopig oordeel zal de geïnformeerde gebruiker waarnemen dat de iPad2 aanzienlijk dunner is dan de tablet overeenkomstig het model. Dit vindt bevestiging in het volgende. Meting door het hof aan het hem ter beschikking gestelde exemplaar van de iPad2 heeft uitgewezen dat deze tablet ongeveer 0,8 cm dik is bij een lengte van 24 cm en een breedte van 18,5 cm (waarbij aantekening verdient dat het hier, evenals bij de hierna nog te vermelden metingen, om een globale meting gaat, zodat de resultaten van deze metingen steeds als een benadering hebben te gelden). De verhouding tussen dikte, lengte en breedte in de iPad2 is dus 1:30:23,1. In de figuren 1.4 t/m 1.7 van het – in rov. 1.a verkeerd weergegeven – Apple-model is de computer ongeveer 0,5 cm dik bij een lengte van 7,2 en een breedte van 5,5. Dit geeft een verhouding tussen dikte, lengte en breedte van 1:14,2:11. Hiervan volgt dat de iPad2, in verhouding tot de lengte en breedte ervan, ongeveer twee keer zo dun is als de hand held computer volgens het model. Ook bij het uitgangspunt dat hij zelf geen meting zal verrichten zal dit de geïnformeerde gebruiker niet ontgaan. De iPad2 kan daarom niet worden beschouwd als een voortbrengsel waarop Apple's model betrekking heeft in de zin van het *PepsiCo/Grupo Promer*-arrest. De iPad1 is weliswaar wat dikker dan de iPad2 – de verhouding tussen dikte, lengte en breedte is daarin blijkens de rov. 1.b opgenomen foto's op het dikste punt ongeveer 1:21:16,3 – maar nog steeds merkbaar dunner dan het Apple-model. Verder vertoont de achterkant van de iPad1 (zie hierover ook rov. 9.2 hierna) een zichtbare en bij gebruik ongetwijfeld ook voelbare bolling. De achterkant van het Apple-model is tussen de vrij steile afrondingen van de hoeken evenwel kaarsrecht. Deze twee voor de geïnformeerde gebruiker goed waarneembare verschillen bijeen genomen met zich dat ook de iPad1 niet kan worden aangemerkt als een voortbrengsel waarop Apple's model betrekking heeft. Met de voorzieningenrechter is het hof dan ook van oordeel dat in dit geval alleen mag worden gekeken naar het ingeschreven model, en niet tevens naar de iPad.

5. De kenmerkende elementen van Apple's model

- 5.1 Door Apple zijn als kenmerkend voor haar model de volgende elementen genoemd (zie punt 180 ID, de punten 60, 64 en 69 van de als productie 39 door Apple overgelegde verklaring van Woodring en punt 55 van Apple's PE):

Zaaknummer: 200.094.132/01

9

- a. een rechthoekig product met vier evenwijdig afgeronde hoeken;
- b. een plat transparant oppervlak zonder enige versiering dat zich over de gehele voorzijde van het product uitstrekt;
- c. een (metallic) rand rondom het platte transparante oppervlak;
- d. een beeldscherm onder het transparante oppervlak;
- e. onder het transparante oppervlak, substantiële (zwarte of witte) grensvlakken aan alle zijden van het scherm;
- f. een hoofdzakelijk platte achterzijde die aan de zijkanten ombuigt om de onder c genoemde rand te vormen;
- g. een 'thin form factor';
- h. een strakke en minimalistische vormgeving – onder meer doordat knoppen en dergelijke zijn 'wegontworpen' (PA onder 13 en 135) – wanneer het model van de bovenkant, onderkant en zijkanten wordt bekeken.

5.2 Volgens Samsung blijken een aantal van deze kenmerken evenwel niet uit het model. Mede naar aanleiding van dit verweer wordt over deze kenmerken het volgende overwogen.

Ad a.

Samsung heeft een vraagteken geplaatst bij de omschrijving 'evenwijdig afgeronde hoeken', zulks echter ten onrechte nu in het Apple-model de raaklijnen aan tegenover elkaar gelegen hoeken evenwijdig lopen. Nu dat model rechthoekig, maar niet vierkant is, kan onder 'rechthoekig' in de door Apple bedoelde zin niet tevens 'vierkant' worden verstaan.

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 spiegelende 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 spiegelende aan de voorzijde transparante oppervlak zich tot aan die zijkanten uitstrekt.

Ad c.

Samsung heeft er terecht op gewezen dat het element 'metallic' niet uit het model blijkt. Wel wordt uit het Apple-model duidelijk dat het om een dunne rand gaat.

Ad d.

De stelling van Samsung dat uit de modelregistratie niet blijkt dat van een beeldscherm sprake is, gaat niet op. Voor de geïnformeerde gebruiker is evident dat een 'handheld computer' voorzien moet zijn van een beeldscherm.

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

Zaaknummer: 200.094.132/01

10

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 ontleenen, en evenmin aan de uitspraak van het Gerecht van de EU in zaak T-68/10 waarin de met stippelijjn 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.

Ad g.

Anders dan Samsung stelt, blijkt uit het Apple-model dat het om een tamelijk dunne ‘hand held computer’ gaat, zij het dat de computer volgens dit model (veel) minder dun is dan de iPad (zie rov. 4.3). In zoverre dient de ‘thin form factor’ van dat model te worden gerelativeerd.

Ad h.

In de visie van Samsung is de term ‘strak’ subjectief. Het hof is het in zoverre met Samsung eens dat het hier een tamelijk vaag begrip betreft. Nu Apple’s model een minder sterke ‘thin form factor’ heeft dan de iPad ziet dat model er in ieder geval minder ‘strak’ uit dan die tablet.

5.3 Vastgesteld kan dus worden dat het Apple-model uit de volgende kenmerkende elementen bestaat:

A. een rechthoekig (maar niet vierkant) product met vier evenwijdig afgeronde hoeken;

Zaaknummer: 200.094.132/01

13

- B1. aan de voorzijde een plat transparant oppervlak zonder enige versiering;
- B2. dat zich over de gehele voorzijde van het product uitstrekt;
- C. een dunne rand rondom het platte transparante oppervlak;
- D. een beeldscherm onder het transparante oppervlak;
- E. onder het transparante oppervlak, substantiële grensvlakken aan alle zijden van het scherm;
- F1. een hoofdzakelijk platte achterzijde,
- F2. die aan de zijkanten ombuigt om de onder C genoemde zeer dunne rand te vormen;
- G. een zekere 'thin form factor';
- H. een tamelijk strakke en minimalistische vormgeving – onder meer doordat knoppen en dergelijke zijn 'wegontworpen' – wanneer het model van de bovenkant, onderkant en zijkanten wordt bekeken.

In het navolgende zal naar deze elementen worden verwezen door vermelding van de desbetreffende hoofdletter.

- 5.4 Door Apple is onder 72 PA naar voren gebracht dat haar model oogt als 'een spiegelgladde vijver van waaruit een beeld kan worden opgetoverd' en dat dit effect is gecreëerd is door het gebruik van een vlakke ononderbroken transparante plaat die de gehele voorzijde van het model bedekt, dus door de elementen B1 en B2. Dat effect was, aldus Apple, in 2004 uniek omdat in die tijd tablet-computers een 'lijst' hadden – dat wil zeggen een opstaande rand om een dieper liggend beeldscherm – waardoor de indruk van een 'fotolijst' ontstond die Apple juist wilde voorkomen (opmerking van Apple bij pleidooi in hoger beroep in aanvulling op punt 81 PA). Het hof merkt hierover op dat de metafoor van de 'spiegelgladde vijver' weliswaar toepasselijk is voor de – in dit geding niet in aanmerking te nemen – iPad, maar niet zonder meer voor het Apple-model. Of dat zo is, hangt met name af van de kleurstellingen. Indien de 'substantiële grensvlakken' van dat model een wezenlijk andere kleur hebben dan het scherm (in ongebruikte toestand), dan wordt veeleer een beeld opgeroepen van een 'fotolijst' dan van een 'spiegelende vijver'. Aangezien Apple's modelregistratie geen uitsluitel verschaft over kleurstellingen en in ieder geval de mogelijkheid openlaat dat voor de grensvlakken en het schermdeel van het transparante oppervlak wezenlijke andere kleuren worden gekozen, is in het Apple-model een als een 'spiegelgladde vijver' ogende handheld computer niet (voldoende duidelijk) geopenbaard.
- 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 gedicteerd. Voor zover gebaseerd op de stelling dat het model (geheel of gedeeltelijk) technisch is bepaald, falen de (onder 3.2 weergegeven) verweren van Samsung.
- 5.6 Het hof zal nu onderzoeken of, en zo ja in welke mate, de kenmerkende elementen van Apple's model al in het vormgevingserfgoed voorkwamen.

6. Het vormgevingserfgoed

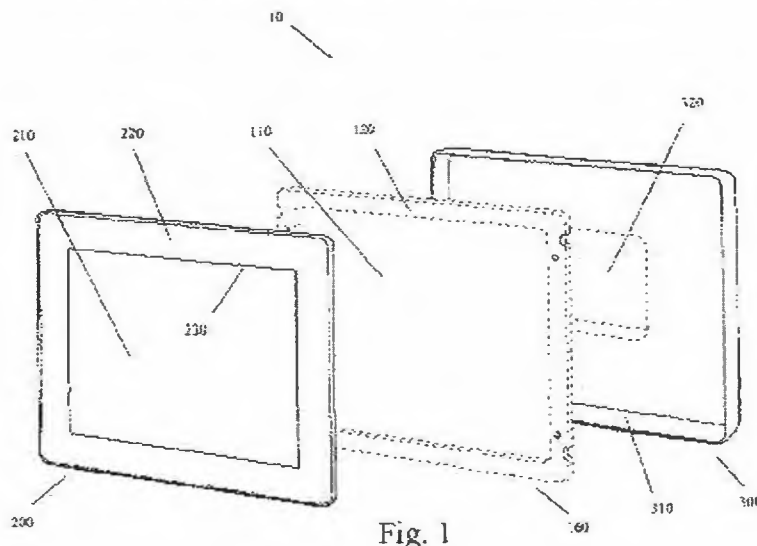
De door Samsung genoemde 'prior art'

- 6.1 Samsung heeft zich (in hoger beroep in het bijzonder) beroepen op de volgende 'prior art' (MvA onder 4.18):
- I. De Amerikaanse octrooi-aanvraag US 2004/0041504 A1 ('Ozolins');
 - II. De Knight Ridder Tablet;
 - III. De HP Compaq TC1000 (de TC1000);
 - IV. Het Canadese Design Patent 89155 (Design '155);
 - V. Het Japanse design met nummer 887388 (Design '388);
 - VI. Het Japanse design met nummer 1142127 (Design '127).

Ad I Ozolins

6.2 Ozolins is een Amerikaanse octrooi-aanvraag voor een 'bezel-less electronic display' (randloos elektronisch beeldscherm), die is gepubliceerd op 4 maart 2004, dus voor de prioriteitsdatum van Apple's model (17 maart 2004). De stelling van Apple onder 100 PA, dat ingewijden deze octrooi-aanvraag niet zouden beschouwen en in ieder geval de tekst van de octrooi-aanvraag niet zouden lezen, kan haar niet baten. Om aan deze aanvraag en/of tekst daarvan voorbij te kunnen gaan zou immers zijn vereist dat zij bij een normale gang van zaken redelijkerwijs niet ter kennis konden zijn gekomen van ingewijden in de betrokken sector die in de Gemeenschap werkzaam zijn, doch dat deze situatie zich voordoet, is met voormelde stelling van Apple niet (voldoende concreet) naar voren gebracht en is bovendien niet aannemelijk. Verondersteld mag worden dat ingewijden in de EU bij een normale gang van zaken kennis kunnen nemen van een gepubliceerde Amerikaanse octrooi-aanvraag.

6.3 De figuren 1 en 2 bij de Ozolins-aanvraag zien er als volgt uit.



Zaaknummer: 200.094.132/01

13

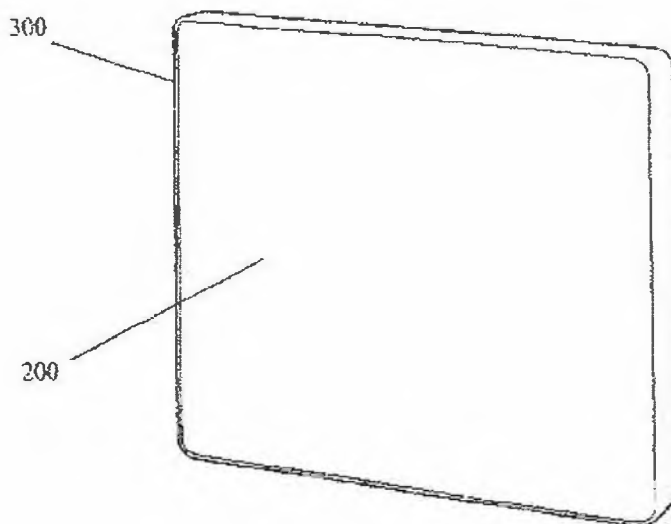


Fig. 2

- 6.4 Uit deze figuren blijkt dat element A en de dunne rand van element C in het Ozolins-beeldscherm voorkomen. In Ozolins is die rand zelfs zeer dun. Afgezien van het feit dat in de achterkant van Ozolins een holte en/of een uitstulpsel aanwezig is, is deze in hoofdzaak plat. Deze achterkant bestaat blijkens de afbeelding aan de rechterkant van figuur 1 uit één stuk en loopt door om de zijkanten om zo die dunne rand aan de voorzijde te vormen, hetgeen ook is af te leiden uit de volgende passage van de beschrijving:

'Preferably, the cover (= 200, hof) and display device (= 100, hof) are mounted to an enclosure (= 300, hof) which forms the rear and side of the electronic display' [0005]

De elementen F1 en F2 zijn derhalve eveneens in het Ozolins-beeldscherm aanwezig. In de beschrijving van de aanvraag is verder het volgende opgemerkt:

'(...) the first portion 210 and the second portion 220 of cover 200 present a uniform appearance such that they present a flush uniform front of the electric display 100 without a bezel, as illustrated in FIG. 2.' [0035];

'(...) cover 200 may comprise any suitable structure capable of transmitting light, such as, for example, a glass or plastic sheet (...)' [0036].

In samenhang bezien met figuur 1 blijkt hieruit dat in Ozolins sprake is van een plat transparant oppervlak 200 zonder enige versiering dat zich over de gehele voorzijde van het product uitstrekt (elementen B1 en B2) en dat zich onder dit transparant

Zsaknummer: 200.094.132/01

14

oppervlak een beeldscherm 100 bevindt (element D).

- 6.5 Kortom: de elementen A t/m D en F1 en F2 waren al voor de prioriteitsdatum van Apple's model in de Ozolins-aanvraag geopenbaard. Verder is het apparaat volgens deze aanvraag vrij dun (element G), terwijl, gelet op figuur 2, de kwalificaties 'strak' en 'minimalistisch' (element H) in zekere zin ook op Ozolins van toepassing zijn. Aan de voorzijde en zijkanten van dat beeldscherm zijn geen 'storende' elementen als knoppen en dergelijke zichtbaar.
- 6.6 Het woord 'of' in de hiervoor geciteerde passage '*the first portion 210 and the second portion 220 of cover 200*' duidt er op dat de 'portions' 210 en 220 deel uitmaken van het transparante oppervlak 200 en niet daaronder zijn gelegen, zodat niet kan worden gezegd dat element E in de Ozolins-aanvraag is geopenbaard. Apple heeft hier terecht op gewezen in punt 102 PA.
- 6.7 Ten overvloede gezien het onder 5.4 overwogene wordt nog het volgende opgemerkt. Omdat in Ozolins het platte transparante oppervlak zich over de gehele voorzijde van het product uitstrekt, wekt deze, indien '*the first portion 210 and the second portion 220*' dezelfde kleurstelling zouden krijgen, niet de indruk van een fotolijst, maar wordt daarmee, ondanks het ontbreken van element E, juist het door Apple geïntroduceerde beeld van een 'spiegelgladde vijver' opgeroepen. Het hof kan niet goed inzien waarom, zoals Apple aanvoert onder 91-93 PA, het feit dat het Ozolins-beeldscherm zich (bij gebruik) in verticale positie bevindt, aan de indruk van een 'spiegelgladde vijver' in de weg zou staan, in aanmerking nemende dat hiermee een metafoer is bedoeld. In zijn algemeenheid wordt een handheld computer als de iPad en de Samsung Galaxy ook vaak in schuine, niet horizontale stand gebruikt.

Ad II *De Knight Ridder-Tablet*

- 6.8 In 1994 heeft de Amerikaanse vennootschap Knight Ridder Inc. een promotiefilm gemaakt waarin een (prototype of schaalmodel van een) tablet – de Knight Ridder-tablet – werd getoond die het consumenten mogelijk moest maken om digitaal een krant te lezen. Deze tablet is echter nooit op de markt gekomen. Die promotiefilm was voor 13 mei 2007 nog niet op You-tube te zien. Door Apple is betoogd dat de Knight Ridder-tablet geen relevante 'prior art' vormt omdat zij op de prioriteitsdatum van Apple's model niet bekend was binnen de betrokken kringen in de EU/niet kenbaar was voor het betrokken publiek (PE punt 59, AD punten 66-68). Nu Samsung onder 7.50 MvA en 3.6 PA onder onderlegging van 'papers' betreffende de Chi '95 conferentie heeft gesteld dat de Knight Ridder-tablet in 1995 is gepresenteerd tijdens deze conferentie die door talloze Europese deskundigen is bezocht, en Apple dit vervolgens niet heeft weersproken, kan dat betoog van Apple evenwel niet worden aanvaard. Derhalve heeft de Knight Ridder-tablet als geopenbaard in de zin van artikel 7 GModV te gelden.

Zaaknummer: 200.094.132/01

15

6.9 De Knight Ridder-tablet ziet er als volgt uit.



- 6.10 Op het eerste gezicht vertoont de Knight Ridder-tablet nogal wat overeenkomsten met Apple's model. Het is een rechthoekig product met evenwijdig afgeronde hoeken (element A), dat aan de voorzijde een plat transparant oppervlak heeft (element B1), met een beeldscherm onder dat oppervlak (element D), waarvan de achterzijde hoofdzakelijk plat is (element F1). Verder is de Knight Ridder-tablet vrij dun (element G), en maakt zij zeker van opzij bezien een tamelijk strakke indruk (element H).
- 6.11 Zoals door Samsung zelf is opgemerkt (MvA onder 4.25 en PA onder 3.21) is in de Knight Ridder-tablet evenwel geen sprake van een plat transparant oppervlak dat zich over de gehele voorzijde van het product uitstrekt (element B2) en evenmin van substantiële grensvlakken aan alle zijden van het scherm onder dat transparante oppervlak (element E). In de plaats daarvan heeft de Knight Ridder-tablet een tamelijk brede rand om het transparante oppervlak, dat in die rand verzonken ligt, waardoor een duidelijk 'foto-lijst'-effect ontstaat. De Knight Ridder-tablet heeft, zo blijkt uit het zojuist overwogene, geen dunne rand om de zijkant, terwijl de tamelijk brede rand van die tablet niet wordt gevormd door ombuiging van de achterzijde. De elementen C en F2 ontbreken dus eveneens in de Knight Ridder-tablet.

Ad III De TC1000

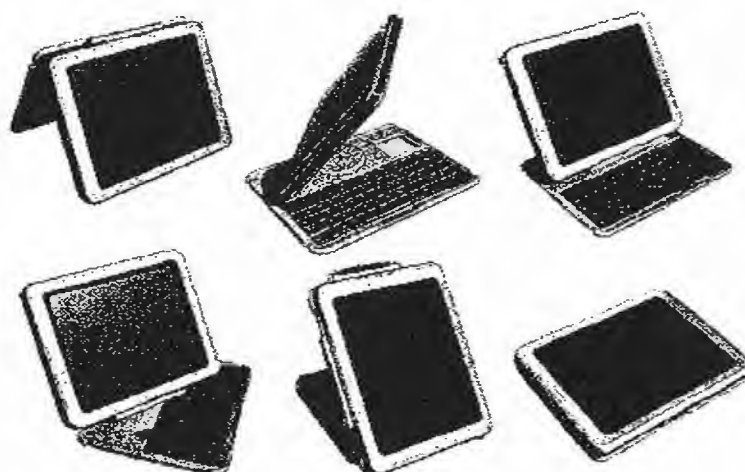
- 6.12 De TC1000 is in 2002 openbaar gemaakt. Samsung heeft onweersproken gesteld (MvA onder 4.29) dat de TC1000 al ruimschoots voor de prioriteitsdatum van Apple's model ter kennis is gekomen van ingewijden die in de EU in de betrokken sector

Zaaknummer: 200.094.132/01

16

werkzaam zijn.

6.13 De TC1000 ziet er als volgt uit.



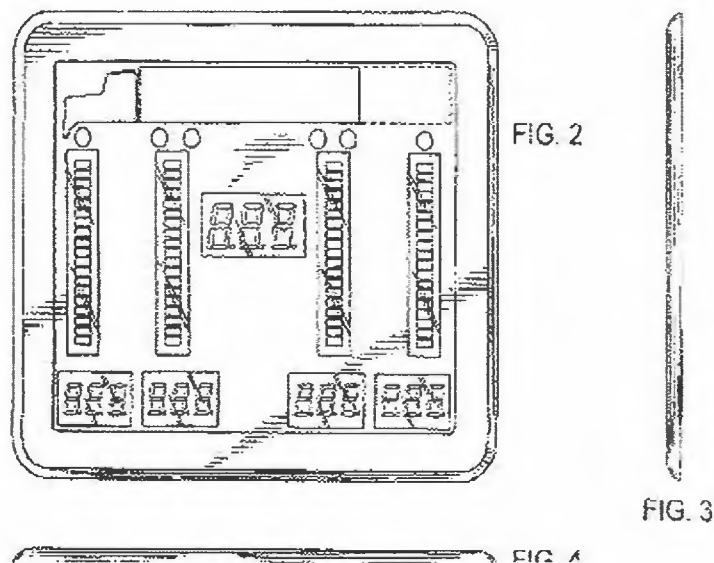
- 6.14 In de begeleidende tekst bij voormelde afbeeldingen (uit Pen Computing Magazine) staat bij 'type' vermeld: "Slate with detachable keyboard (...)" (een 'slate' is een tablet-PC die met een pennetje bediend wordt). Hieruit volgt dat de tablet van de TC 1000 – anders dan Apple betoogt onder 82 PA – door de geïnformeerde gebruiker tevens als zelfstandig object zal worden gezien. Waar hierna over de TC1000 wordt gesproken wordt deze tablet (zonder keyboard) bedoeld.
- 6.15 De TC1000 is een rechthoekig product met evenwijdig afgeronde hoeken (element A) met aan de voorzijde een plat transparant oppervlak (element B1), dat echter niet helemaal zonder 'versiering' is. Onder het transparante oppervlak bevinden zich, naar het hof in het hem ter beschikking gestelde exemplaar heeft geconstateerd, een (donkergrijs) beeldscherm (element D) en substantiële grensvlakken aan alle zijden van het scherm (element E), zij het dat deze grensvlakken uit twee stroken bestaan – een zwarte en een lichtgrijze – en niet, zoals in Apple's model, uit één strook. Verder heeft de TC1000 een in hoofdzaak platte achterzijde (element F1).
- 6.16 Aan de voorzijde van de TC1000 bevindt zich een rand die niet als dun is aan te merken. Dat betekent dat het platte transparante oppervlak van de TC 1000 niet de gehele voorzijde bedekt; een niet te verwaarlozen deel daarvan is immers bedekt door die niet dunne rand. Deze rand wordt bovendien niet door ombuiging van de achterzijde gevormd. Verder ontbreekt in de TC1000 de 'thin form factor' en zijn aan vooral de zijkaanten en achterkant daarvan nogal wat knoppen, gaten en dergelijke aangebracht. De vormgeving daarvan kan mede om deze redenen niet strak worden genoemd, ook niet naar de maatstaven van 2004. Ozoalms en de Knight Ridder-tablet waren dunner en strakker. De elementen B2, C, F2, G en H komen in de TC1000 dus niet voor.

Zaaknummer: 200.094.132/01

17

Ad IV Design '155

- 6.17 Hoewel Design '155 door Samsung uitdrukkelijk ter sprake is gebracht in de MvA heeft Apple ervoor gekozen daarop niet in te gaan bij pleidooi in hoger beroep, ook al was haar daarbij verlengde spreektijd toegestaan.
- 6.18 Design '155 is geregistreerd op 31 maart 2000 en heeft betrekking op een 'Ornamented Display Screen'. Samsung heeft onweersproken gesteld (MvA onder 4.29) dat dit model ruimschoots voor de prioriteitsdatum van Apple's model is gepubliceerd en ter kennis is gekomen van ingewijden die in de EU in de betrokken sector werkzaam zijn.
- 6.19 De figuren 2 t/m 4 bij Design '155 zien er als volgt uit.



- 6.20 Hoewel dit design reeds een andere indruk maakt dan Apple's model omdat het blijkens figuur 2 vierkant is – aan element A is dus niet voldaan – zijn daarin verder wel een groot aantal elementen van Apple's model terug te vinden, te weten, naar Samsung onweersproken heeft gesteld (MvA onder 4.43 en 4.44):
- een beeldscherm (display) onder een vlak transparant oppervlak aan de voorzijde dat zich (naar blijkt uit de doorlopende horizontale strepen in de rechteronderhoek) over de hele voorzijde van het apparaat uitstrekt (elementen B1, B2 en D);
 - een tamelijk dunne rand rondom het vlakke transparante oppervlak (element C) die wordt gevormd door ombuiging van de achterkant om de zijkanten van het apparaat (element F2);
 - substantiële grensvlakken rondom het display die, gezien de 'dunheid' van het product, niet hoger zullen liggen dan het beeldscherm en die daarom – in

Zaaknummer: 200.094.132/01

18

aanmerking ook nemende dat Apple niet heeft aangevoerd dat dit anders is – verondersteld moeten worden te zijn aangebracht onder het zich over de gehele voorzijde uittrekkende transparante oppervlak (element E).

Het apparaat volgens Design '155 heeft blijkens de – hiervoor verkleind weergegeven – figuren 2 t/m 4 een dikte van 0,4/0,5 mm bij een lengte en breedte van 13 cm. Nu de verhouding tussen dikte, lengte en breedte dus ongeveer $1:26:26$ is, is dit apparaat zelfs dunner dan Apple's model waarbij deze verhouding $1:14,2:11$ is. Ook element G is dus in Design '155 aanwezig. Over de achterzijde van Design '155 zelf (element F1) is niets gesteld of gebleken. Reeds door haar 'thin form factor' heeft dat design althans van de zijkant een zekere 'strakke' uitstraling, terwijl het ontwerp bovendien 'eenvoudig' en daarmee 'minimalistisch' oogt.

Ad V Design '388

- 6.21 Het Japanse Design '388, dat betrekking heeft op een '*electronic personal organizer*', is op 21 december 1993 gepubliceerd. Samsung heeft onweersproken gesteld (MvA onder 4.46 en 4.47) dat dit design al ruimschoots voor de prioriteitsdatum van Apple's model ter kennis is gekomen van ingewijden die in de EU in de betrokken sector werkzaam zijn.
- 6.22 Uit de figuren bij Design '388 blijkt dat element A daarin is terug te vinden. Nu het een '*organizer*' betreft moet worden aangenomen dat de voorzijde is voorzien van een transparant oppervlak waaronder zich een beeldscherm bevindt (elementen B1 en D). De overige elementen van Apple's model kunnen daarin evenwel niet zonder meer geopenbaard worden geacht. Er lijkt sprake te zijn van een rand, en dus niet van een grensvlakken onder het oppervlak aan de voorzijde, en deze rand is niet dun. De '*organizer*' volgens Design '887 heeft een dikte van 0,5 cm bij een lengte van 5,5 cm en een breedte van 4 cm. De verhouding tussen dikte, breedte en lengte is dus $1:11:8$, zodat de 'thin form factor' daarin in mindere mate aanwezig is dan in Apple's model.

Ad VI Design '127

- 6.23 Het Japanse Design '127 heeft betrekking op een '*electronic computer provided with a communication function*' dat blijkens de beschrijving van dat design '*is used as a portable type*'. Het op 27 mei 2002 gepubliceerde Design '127 is opgenomen in de database van de Japanse Patent Office. Gelet hierop kan niet worden gezegd dat dit model bij een normale gang van zaken redelijkerwijs niet ter kennis kon zijn gekomen van ingewijden in de betrokken sector die in de Gemeenschap werkzaam zijn. Aan de andersluidende stelling van Apple onder 52 PE wordt dan ook voorbij gegaan, waarbij het hof nog opmerkt dat inmiddels, bij MvA, een vertaling van design '127 is overgelegd.
- 6.24 Uit de afbeeldingen bij Design '127 wordt duidelijk dat het element A vertoont. Nu het een computer betreft, moet worden aangenomen dat de voorzijde is voorzien van een transparant oppervlak waaronder zich een beeldscherm bevindt (elementen B1 en D). Dat een of meer van de andere kenmerkende elementen van Apple's model in design '127 voorkomen is gelet op de summiere informatie die daarover is verstrekt, niet met voldoende zekerheid te zeggen, zodat het hof er van uit gaat dat dit niet het geval is.

Zaaknummer: 200.094.132/01

19

Slotsom met betrekking tot het vormgevingserfgoed

- 6.25 Gelet op het in rov. 3.11 overwogene zal de geïnformeerde gebruiker alle zojuist besproken modellen uit het vormgevingserfgoed in aanmerking nemen.
- 6.26 Uit het hiervoor overwogene blijkt dat alle elementen van Apple's model zijn terug te vinden in het vormgevingserfgoed, en wel volgens dit schema.
- Element A: Ozolins, Knight Ridder-tablet, TC 1000, Design '388 en Design '127;
 Element B1: Ozolins, Knight Ridder-tablet, TC 1000, Design '155, Design '388 en Design '127;
 Element B2: Ozolins, Design '155;
 Element C: Ozolins, Design '155;
 Element D: Ozolins, Knight Ridder-tablet, TC 1000, Design '155, Design '388 en Design '127;
 Element E: TC 1000, Design '155
 Element F1: Ozolins, Knight Ridder-tablet, TC 1000;
 Element F2: Ozolins, Design '155;
 Element G: Ozolins, Knight Ridder-tablet, Design '155;
 Element H: Ozolins, Knight Ridder-tablet, Design '155.

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

Zaaknummer: 200.094.132/01

20

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 waarden. Dat betekent dat dit model slechts een beperkt eigen karakter heeft, en daarmee een tamelijk geringe beschermingsomvang, zoals ook de voorzieningenrechter heeft overwogen.

- 8.2 Op dit punt wijkt het oordeel van dit hof af van dat van het Landesgericht Düsseldorf dat van een ‘mittleren bis grossen Schutzbereich’ van dat model is uitgegaan (blz. 35 van zijn vonnis). Hierbij mag echter niet onvermeld blijven dat dat Landesgericht alleen de Knight Ridder-tablet en de TC1000 (kenbaar) bij zijn beoordeling van het eigen karakter van het Apple-model heeft betrokken, terwijl dit hof bij de eigen karakter-toets tevens acht heeft geslagen op met name Ozolins en Design ‘155.

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

- 9.1 Ingevolge artikel 10 GModV omvat de door het Apple-model verleende bescherming elk model dat bij de geïnformeerde gebruiker geen andere algemene indruk wekt.
- 9.2 Het hof stelt voorop dat de regel dat de geïnformeerde gebruiker niet alleen het model als geheel waarneemt, maar tevens op de details let (zie rov. 3.3) tot consequentie heeft dat eerder moet worden aangenomen dat het aangevallen model/voortbrengsel een andere algemene indruk wekt, ook detailverschillen moeten immers worden meegewogen. Voorts moet het volgende onder ogen worden gezien. Omdat de geïnformeerde gebruiker ‘in hoge mate aandachtig is’ (punt 53 van het *PepsiCo/Grupo Promer*-arrest van het HvJEU) althans ‘blijk geeft van een vrij hoog aandachtsniveau’ (punt 59 van dat arrest), zal hij ook de achterkant en de zijkanten van een tablet bekijken. In het depot van het Apple-model zijn afzonderlijke afbeeldingen van de achterkant en de zijkanten opgenomen. Hiermee zou niet stroken om, zoals Apple onder 105-107 AD lijkt te willen bepleiten, het accent vrijwel volledig op de voorzijden te leggen. Ook aan de zij- en achterkanten moet een passende betekenis worden gehecht.
- 9.3 Door Samsung is niet betwist dat haar twee in dit geding aan de orde zijnde Galaxy-Tabs de kenmerkende elementen A t/m G van het Apple-model bevatten, met uitzondering van element F2 dat volgens Samsung in haar tablets ontbreekt. Het hof heeft aan de hand van de hem ter beschikking gestelde Galaxy-Tabs geconstateerd dat, zoals Samsung heeft gesteld onder 6.13 MvA en 5.13 PA, deze tablets een opvallende (grijze) rand rondom het apparaat hebben die een duidelijke afscheiding vormt tussen de zij- en achterkant daarvan. In de Galaxy Tabs 10.1v en 10.1 ismitsdien niet aan element F2 voldaan.
- 9.4 Samsung heeft verder aangevoerd dat haar tablets veel dunner zijn dan het Apple-model (punt 6.19 MvA en punt 5.15 PA). Dat dit met betrekking tot de 10.1-versie zo is, is door het hof waargenomen en metingen hebben dit bevestigd. De Galaxy Tab 10.1 is ongeveer 0,9 cm dik (zie ook MvA onder 6.20) bij een lengte van 25,5 cm en een breedte van 17,5 cm. Dit geeft een verhouding tussen de dikte, lengte en breedte van ongeveer 1:28,3:19,4. Die verhouding is in het model 1:14,2:11. De Galaxy Tab 10.1 heeft derhalve een ongeveer twee keer zo grote ‘thin form factor’ als het Apple-model. Dit verschil is zo groot dat het de geïnformeerde gebruiker zonder meer opvalt

(zie ook rov. 4.3).

- 9.5 Daarnaast is er door Samsung op gewezen dat haar tablets over dikke randen rond het scherm beschikken, waarmee zij doelt op de grensvlakken in de zin van element B van het Apple-model. In figuur 1.3 van Apple's – in rov. 1.a verkleind weergegeven – modelregistratie is het grensvlak 0,4 cm breed, en is de handheld-computer 7 cm lang en 5,3 cm breed. In dat model is de verhouding tussen de breedte van het grensvlak en de lengte van de computer dus $\frac{1}{17,5}$ en de verhouding tussen de breedte van het grensvlak en de breedte van de computer dus $\frac{1}{13,25}$. Meting door het hof heeft uitgewezen dat in de Galaxy Tab 10.1 het grensvlak 1,8 cm breed is en dat deze tablet een lengte van 25,5 cm heeft bij een breedte van 17,4 cm. In de Galaxy Tab 10.1 is de verhouding tussen de breedte van het grensvlak en de lengte van de tablet dus $\frac{1}{14,1}$, en is de verhouding tussen de breedte van het grensvlak en de breedte van de tablet dus $\frac{1}{9,6}$. Hieruit volgt dat in de Galaxy Tablet 10.1 het grensvlak breder is dan in het Apple-model, zoals ook is te zien wanneer de in rov. 1.a weergegeven figuur 1.3 van het Apple-model naast de in rov. 1.c opgenomen foto's van de Galaxy Tab 10.1 wordt gehouden. Ook zonder meting zal dit niet aan de aandacht van de geïnformeerde gebruiker ontsnappen.
- 9.6 Van belang is voorts dat aan de achterkant van de Galaxy Tab 10.1 duidelijk een (grijze) langwerpige vorm is te zien waarin zich het cameraoog en de flitser bevinden. Een dergelijke vorm ontbreekt in het Apple-model, dat een 'ongcrepte' achterkant heeft.
- 9.7 De zojuist genoemde verschillen tussen Apple's model en de Galaxy Tab 10.1 springen in het oog en betreffen deels (zie de rovv. 9.3 en 9.4) elementen die door Apple, althans haar deskundige Woodring, als kenmerkend voor haar model zijn aangemerkt (zie rov. 5.1). 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. Dat betekent dat hij die verschillen goed kan waarnemen.
- 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 rovv. 9.2 en 9.7 is overvogen, 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 blijkt geeft van een vrij hoog aandachtsniveau bij gebruik ervan. Dit komt temeer daar in dit geschil het

Zaaknummer: 200.094.132/01

22

vormgevingsrechten 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.

- 9.9 Het hof heeft uit eigen waarneming vastgesteld dat de Galaxy Tab 10.1v aanzienlijk dikker is dan de Galaxy Tab 10.1. Of de Galaxy Tab 10.1v onder de beschermingsomvang van het Apple-model valt, kan evenwel in het midden blijven, gelet op het navolgende.
- 9.10 Ten pleidooie in hoger beroep heeft Samsung – voor het eerst – de stelling betrokken dat de Galaxy Tab 10.1v al geruime tijd niet meer op de markt wordt gebracht, zulks ten betoge dat Apple geen spoedeisend belang meer heeft bij de door haar gevorderde voorzieningen ten aanzien van die tablet. Dit verweer kan, ook gelet op het arrest van de HR van 9 december 2011 (LJN BR2045), in aanmerking worden genomen nu het hier een nieuw feit betreft dat kennelijk in de twee maanden tussen de MvA en de datum van het pleidooi is opgekomen of definitief is geworden. Spoedeisend belang moet, anders dan Apple bij pleidooi heeft betoogd, nog bestaan op het moment van de uitspraak in hoger beroep (NJ 2001, 389), althans in een zaak als de onderhavige waarin het gevorderde in de eerste aanleg is afgewezen. Hoewel de genoemde stelling van Samsung aanneemelijk is in het licht van a) de opmerking van Apple onder 3.b AD, dat tabletcomputers een zeer korte levenscyclus hebben (Apple spreekt over 6 maanden) en b) het feit dat Samsung in de vorm van de Galaxy Tab 10.1 inmiddels over een opvolger van de Galaxy Tab 10.1v beschikt – waardoor Apple bovendien op het hier bedoelde verweer bedacht had moeten zijn – heeft Apple niet voldoende duidelijk weten te maken dat de Galaxy Tab 10.1v nog wordt verhandeld. Bij deze stand van zaken kan niet worden aangenomen dat Apple thans voldoende spoedeisend belang bij het door haar gevorderde verbod tot gebruik van die tablet heeft. Datzelfde geldt voor haar op die tablet geënte nevenvorderingen waarvoor het spoedeisend belang bovendien door Apple niet nader is toegelicht. De vorderingen ten aanzien van de Galaxy Tab 10.1v stranden dus op het onfbreken van spoedeisend belang.
- 9.11 Op de door Samsung in (onder meer) de punten 5.7-5.15 PA genoemde, maar in het voorgaande niet besproken verschillen hoeft nu niet meer te worden ingegaan. Bij een aantal daarvan – zoals het verschil in de radius van de ronde hoeken van het Apple-model en de Galaxy Tabs – lijkt het overigens te gaan om minimale verschillen die door de geïnformeerde gebruiker niet zouden worden opgemerkt.

10. Slotsom

- 10.1 Uit het voorgaande volgt dat de vorderingen van Apple niet toewijsbaar zijn, zodat het bestreden vonnis – waar het afwijzing van die vorderingen betreft – zal worden bekrachtigd. De grieven van Apple hoeven bij deze stand van zaken niet nader te worden behandeld.
- 10.2 Als de in hoger beroep in het ongelijk gestelde partij zal Apple worden veroordeeld in de daarop gevallen kosten, met toepassing van, zoals door Samsung gevorderd, artikel 1019h Rv. Deze kosten worden conform de door Samsung overgelegde en door Apple niet betwiste kostenstaat begroot op € 132.466,14.

Zaaknummer: 200.094.132/01

23

- 10.3 Onder 8.17 MyA en onder b. van het petitum van die memorie heeft Samsung voorts aanspraak gemaakt op betaling door Apple van € 75.000,-, stellende dat partijen zijn overeengekomen dat de kosten van de eerste instantie dat bedrag belopen. Het hof leest hierin een (ook voor Apple kenbare) incidentele grief tegen de beslissing van de voorzieningenrechter om de proceskosten in de door Samsung (volledig) gewonnen tablet-zaak (zaak 11-730) – waarvan de in dit hoger beroep behandelde zaak overigens slechts een onderdeel vormt – te compenseren met die in de door haar (deels) verloren smartphone-zaak (zaak 11-731). Nu een dergelijke 'brede' kostencompensatie over twee afzonderlijk aangebrachte en niet gevoegde zaken niet in overeenstemming is te achten met artikel 237 Rv treft Samsungs incidentele grief – die door Apple ook niet is bestreden – doel. Het vonnis van 24 augustus 2011 zal ten aanzien van de beslissing om in de tablet-zaak de proceskosten te compenseren dan ook worden vernietigd. In die zaak zal alsnog de door Samsung gevorderde proceskostenveroordeling in de eerste aanleg worden uitgesproken. De daarmee gemoeide kosten zullen worden bepaald op het door Samsung genoemde en door Apple niet betwiste bedrag van € 75.000,-.

Beslissing

Het gerechtshof:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank 's-Gravenhage van 24 augustus 2011, doch uitsluitend voor zover daarin in zaak 11-730 de proceskosten zijn gecompenseerd, en te dien aanzien opnieuw rechtdoende:
 - * veroordeelt Apple in de kosten van zaak 11-730 in de eerste aanleg, aan de zijde van Samsung begroot op € 75.000,-;
- bekrachtigt voormeld vonnis – voor zover gewezen in het op de CDR-607 betrekking hebbende onderdeel van zaak 11-730 – voor het overige;
- veroordeelt Apple in de kosten van deze procedure in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Samsung begroot op € 132.466,14;
- verklaart dit arrest ten aanzien van de proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.D. Kiers-Becking, T.H. Tanja van den Broek en M.Y. Bonneur; het is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 24 januari 2012 in aanwezigheid van de griffier.

