

ARREST VAN HET GERECHT (Vierde kamer)

20 april 2005\*

In zaak T-273/02,

**Krüger GmbH & Co. KG**, gevestigd te Bergisch Gladbach (Duitsland), vertegenwoordigd door *S. von Petersdorff-Campen*, advocaat,

verzoekster,

tegen

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

verweerder,

\* Procestaal: Duits.

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

**Calpis Co. Ltd**, gevestigd te Tokio (Japan), vertegenwoordigd door O. Jüngst en M. Schork, advocaten,

betreffende een beroep tegen de beslissing van de eerste kamer van beroep van het BHIM van 25 juni 2002 (zaak R 484/2000-1) inzake een oppositieprocedure tussen Calpis Co. Ltd en Krüger GmbH & Co. KG,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: H. Legal, kamerpresident, P. Mengozzi en I. Wiszniewska-Białecka, rechters,

griffier: I. Natsinas, administrateur,

gezien het op 6 september 2002 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 18 december 2002 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord,

gezien de op 27 december 2002 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van interveniënte,

na de terechtzitting op 17 november 2004,

het navolgende

## **Arrest**

### **Voorgeschiedenis van het geschil**

- 1 Op 1 april 1996 heeft The Calpis Food Industry Co. Ltd, thans Calpis Co. Ltd (hierna: „interveniënte”), bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) een gemeenschapsmerkaanvraag ingediend krachtens verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1), zoals gewijzigd.
- 2 Het merk waarvan de inschrijving is aangevraagd, betreft het woordteken CALPICO.
- 3 De waren en diensten waarvoor de inschrijving is aangevraagd, behoren tot de klassen 29, 30, en 32 in de zin van de Overeenkomst van Nice van 15 juni 1957 betreffende de internationale classificatie van de waren en diensten ten behoeve van

de inschrijving van merken, zoals herzien en gewijzigd, en zijn, wat klasse 32 betreft, omschreven als volgt: „minerale en gazeuse wateren en andere alcoholvrije dranken, met name diëtische en gezondheidsdranken; vruchtendranken en vruchtensappen en dranken op basis van vruchtensap; siropen en andere preparaten voor de bereiding van dranken”.

- 4 De merkaanvraag is op 28 september 1998 gepubliceerd in het *Blad van gemeenschapsmerken* nr. 74/98.
  
- 5 Op 11 november 1998 heeft Krüger GmbH & Co. KG (hierna: „verzoekster”) oppositie ingesteld tegen de inschrijving van het teken CALPICO en daarbij aangevoerd dat er gevaar van verwarring in de zin van artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 bestaat met het in Duitsland ingeschreven oudere nationale woordmerk CALYPSO, waarvan zij houdster is. De waren waarvoor het oudere merk is ingeschreven, behoren tot klasse 32 in de zin van de Overeenkomst van Nice en zijn omschreven als volgt: „vruchtenpoeder en alcoholvrije vruchtenpreparaten voor de vervaardiging van alcoholvrije dranken (al deze waren ook in instantvorm)”.
  
- 6 Bij beslissing van 13 maart 2000 heeft de oppositieafdeling de oppositie afgewezen op grond dat de twee conflicterende merken visueel, fonetisch en begripsmatig zoveel verschillen dat elk gevaar van verwarring in de zin van artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 is uitgesloten.
  
- 7 Op 5 mei 2000 heeft verzoekster bij het BHIM beroep ingesteld tegen de beslissing van de oppositieafdeling.

- 8 Bij beslissing van 25 juni 2002 (hierna: „bestreden beslissing”) heeft de eerste kamer van beroep van het BHIM het beroep verworpen. Zakelijk weergegeven heeft de kamer van beroep geoordeeld dat, hoewel het gaat om ten dele dezelfde (vruchtenpreparaten) en ten dele zeer soortgelijke waren (andere waren), op grond van de visuele, fonetische en begripsmatige verschillen tussen de conflicterende tekens niet kon worden geconcludeerd tot het bestaan van gevaar van verwarring.

### **Conclusies van partijen**

- 9 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

- de bestreden beslissing te vernietigen;
  
- het BHIM te verwijzen in de kosten.

- 10 Het BHIM en interveniënte concluderen dat het het Gerecht behage:

- het beroep te verwerpen;
  
- verzoekster te verwijzen in de kosten

**In rechte**

- 11 Ter onderbouwing van haar beroep voert verzoekster twee middelen aan. Het eerste middel betreft de schending van artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94. Het tweede middel betreft schending van het recht om te worden gehoord, bedoeld in artikel 61, lid 2, van verordening nr. 40/94, in samenhang met regel 20, lid 2, eerste volzin, van verordening (EG) nr. 2868/95 van de Commissie van 13 december 1995 tot uitvoering van verordening nr. 40/94 (PB L 303, blz. 1), en in artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).

*Het eerste middel: schending van artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94*

**Argumenten van partijen**

- 12 Verzoekster is in de eerste plaats van mening dat de kamer van beroep door haar analyse van de visuele, fonetische en begripsmatige gelijkenissen tussen de conflicterende tekens, een kennelijk onjuist cumulatief onderzoek van het gevaar van verwarring heeft verricht. Wanneer één van deze gelijkenissen — bijvoorbeeld een visuele gelijkenis — is vastgesteld, en deze van doorslaggevend belang is, is het onderzoek van de begripsmatige gelijkenis tussen de conflicterende tekens niet vereist, ook al is de afwezigheid van elke fonetische gelijkenis vastgesteld. Door het verrichten van een cumulatief onderzoek is de kamer van beroep voorbijgegaan aan de rechtspraak die in herinnering is gebracht in de arresten van het Hof van 11 november 1997, SABEL (C-251/95, Jurispr. blz. I-6191), en 22 juni 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer (C-342/97, Jurispr. blz. I-3819, punt 27).

- 13 Verzoekster stelt in de tweede plaats dat de kamer van beroep de feiten niet juist heeft beoordeeld en niet tot de afwezigheid van gelijkenis tussen de conflicterende merken kon concluderen.
- 14 Zij betoogt om te beginnen dat de kamer van beroep ten onrechte heeft geoordeeld dat, wegens de overvloed van het aanbod in de sector van vruchtensappen en dranken, het aandachtsniveau van de gemiddelde consument niet als laag mag worden aangemerkt. Verzoekster betwist niet dat er in de sector van de vruchtensappen en dranken een overvloedig aanbod is, maar zij is van mening dat het betoog van de kamer van beroep innerlijke tegenspraak bevat. Indien, zoals de kamer heeft opgemerkt, het in casu gaat om waren die snel worden aangekocht, kan het aandachtsniveau van de consument niet hoog zijn. Bovendien werkt de overvloed van het aanbod het gevaar van verwarring van de merken in de hand. Voorts heeft de kamer van beroep zelf beklemtoond dat de prijs van deze waren laag is. Volgens verzoekster besteedt de gemiddelde consument evenwel minder aandacht aan goedkope dan aan dure waren.
- 15 Vervolgens voert verzoekster aan dat er een visuele gelijkenis bestaat tussen de tekens CALYPSO en CALPICO. Beide tekens bestaan uit zeven letters en bevatten de letter „p” in het midden van het woord. Verder staan de letters die beide tekens gemeen hebben („cal” en „o”), aan het begin en aan het einde van het teken. Verzoekster stelt dat het de elementen aan het begin en het einde van een woordteken zijn, die de visuele indruk van dit teken bepalen. De vaststelling van de kamer van beroep dat de twee lettercombinaties („pic” en „yps”) visueel verschillen, is bijgevolg niet relevant, aangezien deze letters zich in het midden van het woord bevinden. Verzoekster beklemtoont bovendien dat de betrokken tekens allereerst visueel worden waargenomen, en door de consument slechts fonetisch worden waargenomen indien deze ze aandachtiger onderzoekt. Aangezien zijn aandachtsniveau laag is, worden de tekens evenwel meestal slechts visueel waargenomen. Om die reden moet aan de visuele gelijkenis een doorslaggevend belang worden gehecht.

- 16 Volgens verzoekster wordt het gevaar van verwarring dat uit de visuele gelijkenis voortvloeit, versterkt door de fonetische gelijkenis tussen de tekens. Beide tekens hebben immers de volgorde van de klinkers „a-i-o” gemeen, daar de letter „y” van het teken CALYPSO als een „i” wordt uitgesproken. De volgorde van de klinkers is dus bepalend voor de fonetische waarneming van de betrokken woorden. Bovendien stelt verzoekster dat, aangezien het teken CALPICO in Duitsland als een vreemd woord wordt beschouwd, een groot deel van de consumenten het zal uitspreken alsof het om een Italiaans of een Spaans woord gaat, te weten „kalpitscho” of „kalpizo”. Voor de Duitse consument is de uitspraak van het woordteken CALPICO bijgevolg onzeker, wat hem ertoe brengt het op dezelfde manier uit te spreken als het teken CALYPSO, dat hij reeds heeft gehoord. De opvatting van de kamer van beroep dat de letter „c” in CALPICO als een „k” wordt uitgesproken, omdat de „c” in het Duits steeds aldus wordt uitgesproken wanneer zij voor een „o” staat, is dus niet relevant, aangezien CALPICO geen Duits woord is.
- 17 Verder is verzoekster van mening dat op grond van de afwezigheid van een begripsmatige gelijkenis tussen de twee tekens niet kan worden geconcludeerd dat er geen gevaar van verwarring bestaat. Voorzover het woord „calypso” in het Duits meerdere betekenissen heeft — het duidt op een ritmische dans uit de Antillen, een nimf uit de Griekse mythologie of een maan van de planeet Saturnus – en de term „calpico” geen enkele, kan de consument wegens de visuele en fonetische gelijkenissen tussen de twee tekens het woord „calpico” de betekenissen van het woord „calypso” toekennen. Bovendien heeft de kamer van beroep niet aangetoond waarom, van alle mogelijke betekenissen van het woord „calypso”, de verbruikers dit woord met de Caraïben, het Zuiden en swingende ritmes zouden associëren.
- 18 Ten slotte stelt verzoekster dat de kamer van beroep bij de beoordeling van het gevaar van verwarring geen rekening heeft gehouden met de onderlinge samenhang tussen de gelijkenis van de tekens en de soortgelijkheid van de waren. Na te hebben vastgesteld dat het om soortgelijke waren gaat, had de kamer van beroep — op basis van de visuele en fonetische gelijkenissen tussen de tekens — moeten concluderen dat er gevaar van verwarring bestaat.



- 19 In de derde plaats betoogt verzoekster dat de litigieuze beslissing indruist tegen de beslissingspraktijk van het BHIM, in het bijzonder de beslissingen R 488/2000-4 van 28 februari 2002, Robert Krups/Lidl Stiftung, R 622/1999-3 van 3 april 2001, Almirall Prodesfarma/Mundipharma, en R 251/2000-3 van 12 februari 2001, Karlsberg Brauerei/Mystery Drinks.
- 20 Het BHIM repliceert in de eerste plaats dat de kamer van beroep niet heeft verklaard dat gevaar van verwarring slechts kan worden vastgesteld wanneer er tegelijkertijd een visuele gelijkenis, een fonetische gelijkenis en een begripsmatige gelijkenis bestaat.
- 21 In de tweede plaats stelt het BHIM dat de kamer van beroep de feiten juist heeft beoordeeld en terecht heeft geconcludeerd dat er geen gevaar van verwarring bestaat.
- 22 Om te beginnen betoogt het BHIM dat moet worden aangenomen dat de consument zelfs aan de aankoop van waren voor dagelijks verbruik een gemiddelde aandacht en niet een geringe aandacht besteedt. Verzoekster had in casu dus moeten aantonen dat dit voor vruchtensappen niet het geval is. De loutere bewering dat de praktijk hierop wijst, kan evenwel niet als een afdoende bewijs worden beschouwd. Het BHIM is van mening dat de Duitse consument in feite zeer gevoelig is voor merken van vruchtensappen. Het grote succes van bepaalde merken op de Duitse markt alsook de veelvuldige reclamecampagnes op radio en televisie geven volgens het BHIM aan dat de consument bij de keuze van een dergelijke drank minstens gemiddeld aandachtig is.
- 23 Verder is het BHIM van mening dat de twee tekens begripsmatig, fonetisch en visueel duidelijk verschillen, wat het gevaar van verwarring van de merken uitsluit.

- 24 Interveniënte stelt in de eerste plaats dat zij in de bestreden beslissing geen enkele cumulatieve benadering bespeurt. Volgens haar verwacht verzoekster twee onderzoeken. Het eerste onderzoek betreft de beoordeling van de gelijkenis tussen de tekens. Uit de reeds aangehaalde arresten SABEL en Lloyd Schuhfabrik Meyer volgt dat, om de gelijkenis tussen de conflicterende tekens te bepalen, de mate van visuele, fonetische en begripsmatige gelijkenis dient te worden onderzocht. Het tweede onderzoek betreft de beoordeling van het gevaar van verwarring. Er is reeds sprake van gevaar van verwarring wanneer er in één van deze drie opzichten gelijkenis bestaat. Indien de kamer van beroep in de fase van het onderzoek van de gelijkenis tussen de tekens concludeert dat de tekens van elkaar verschillen, moet zij volgens interveniënte niet onderzoeken of uit een gelijkenis in een van die drie opzichten een gevaar van verwarring kan voortvloeien. Interveniënte is van mening dat de kamer van beroep in casu aldus is te werk gegaan.
- 25 Verder verwerpt interveniënte het argument van verzoekster dat de fonetische gelijkenis tussen de tekens minder belangrijk moet worden geacht dan de visuele gelijkenis omdat woordtekens in hoofdzaak in hun geschreven vorm worden waargenomen. Volgens interveniënte is de door een merk nagelaten fonetische indruk essentieel. Een merk wordt in de media gehoord lang vóór het wordt gelezen.
- 26 In de tweede plaats voert interveniënte aan dat de kamer van beroep op goede gronden heeft geconcludeerd dat er geen sprake is van gevaar van verwarring.
- 27 In dit verband is zij om te beginnen van mening dat het aandachtsniveau van de gemiddelde consument niet laag is. De kamer van beroep heeft onderstreept dat de consument, die eraan gewoon is een ruime keuze aan vruchtensappen te hebben, belang hecht aan verpakkingen en merken, en zij schaaft zich daarbij achter de rechtspraak van het Hof volgens welke rekening moet worden gehouden met de omstandigheid „dat het aandachtsniveau van de gemiddelde consument kan variëren naar gelang van de soort waren of diensten waarom het gaat” (arrest Lloyd Schuhfabrik Meyer, reeds aangehaald, punt 26). Derhalve moet de aandacht van de consument waar per waar worden bepaald, ook al gaat het om waren voor dagelijks gebruik, in plaats van in het algemeen ervan uit te gaan dat de gemiddelde

consument maar weinig aandacht heeft voor waren voor dagelijks verbruik, welke dat ook zijn. Aangezien de betrokken dranken door tal van ondernemingen worden vervaardigd, onderzoekt de consument ze vrij aandachtig. De conclusie waartoe de kamer van beroep met betrekking tot het aandachtsniveau van de verbruiker is gekomen, is dus niet „in tegenspraak” met die van de oppositieafdeling, aangezien deze laatste alleen de feiten anders heeft beoordeeld dan eerstgenoemde.

- 28 Wat de vergelijking van de tekens betreft, schaart interveniënte zich in wezen achter het standpunt van het BHIM.
- 29 Ten slotte acht interveniënte verzoeksters argument dat de kamer van beroep bij de beoordeling van het gevaar van verwarring geen rekening heeft gehouden met de onderlinge samenhang tussen de overeenstemming van de merken en de soortgelijkheid van de waren, eveneens ongegrond.

#### Beoordeling door het Gerecht

- 30 Artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 bepaalt dat na oppositie door de houder van een ouder merk inschrijving van het aangevraagde merk wordt geweigerd wanneer het gelijk is aan of overeenstemt met het oudere merk en betrekking heeft op dezelfde of soortgelijke waren of diensten, indien daardoor verwarring bij het publiek kan ontstaan op het grondgebied waarop het oudere merk wordt beschermd.
- 31 Volgens vaste rechtspraak is er sprake van gevaar van verwarring wanneer het publiek kan menen dat de betrokken waren of diensten van dezelfde onderneming of, in voorkomend geval, van economisch verbonden ondernemingen afkomstig zijn.

- 32 Volgens diezelfde rechtspraak dient het gevaar van verwarring globaal te worden beoordeeld, volgens de waarneming van de tekens en de betrokken waren of diensten door het relevante publiek en met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval, met name de onderlinge samenhang tussen de gelijkenis van de tekens en de soortgelijkheid van de aangeduide waren of diensten [zie arrest Gerecht van 9 juli 2003, Laboratorios RTB/BHIM — Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS), T-162/01, Jurispr. blz. II-2821, punten 31–33, en de aangehaalde rechtspraak].
- 33 Uit de rechtspraak blijkt eveneens dat de globale beoordeling van het verwarringsgevaar, wat de visuele, fonetische of begripsmatige gelijkenis tussen de conflicterende tekens betreft, dient te berusten op de totaalindruk die door de tekens wordt opgeroepen, waarbij in het bijzonder rekening dient te worden gehouden met de onderscheidende en dominerende bestanddelen ervan [zie arrest Gerecht van 14 oktober 2003, Phillips-Van Heusen/BHIM — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS), T-292/01, Jurispr. blz. II-4335, punt 47, en de aangehaalde rechtspraak].
- 34 In casu gaat het geschil over de vergelijking van de tekens. Niet betwist wordt dat de door de conflicterende merken aangeduide waren ten dele dezelfde en ten dele soortgelijk zijn.
- 35 Aangezien het oudere merk in Duitsland is ingeschreven, is het relevante publiek de gemiddelde Duitse gebruiker.
- 36 Allereerst moet worden onderstreept dat, anders dan verzoekster betoogt, het bestaan van gevaar van verwarring niet kan worden vastgesteld zonder een voorafgaand onderzoek van de gelijkenis tussen de tekens in visueel, fonetisch en begripsmatig opzicht. Verzoeksters stelling dat het gevaar van verwarring vaststaat wanneer de gelijkenis tussen de tekens in een van deze drie opzichten is aangetoond, is immers in strijd met de in punt 33 hierboven in herinnering gebrachte communautaire rechtspraak volgens welke de globale beoordeling van het verwarringsgevaar, wat de visuele, fonetische of begripsmatige gelijkenis tussen de

conflicterende tekens betreft, dient te berusten op de totaalindruk die door de tekens wordt opgeroepen, waarbij in het bijzonder rekening dient te worden gehouden met de onderscheidende en dominerende bestanddelen ervan. Het is in het kader van deze globale vergelijking dat in voorkomend geval de verschillen en de gelijkenissen tussen de tekens tegen elkaar moeten worden afgewogen.

37 In die omstandigheden moet worden onderzocht of de kamer van beroep artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 heeft geschonden door vast te stellen dat er geen visuele, fonetische en begripsmatige gelijkenis tussen de betrokken tekens bestaat, waardoor met betrekking tot dezelfde of zeer soortgelijke waren elk gevaar van verwarring van de conflicterende merken kan worden uitgesloten.

38 Wat de visuele vergelijking van de betrokken tekens betreft, heeft de kamer van beroep in punt 20 van de bestreden beslissing opgemerkt:

„De twee merken bevatten zeven letters waarvan de eerste drie („CAL’) en de laatste („O’) identiek zijn. De letter („P’) verschijnt in het middengedeelte van de twee merken. Dit neemt niet weg dat de twee merken een duidelijk verschillende visuele totaalindruk nalaten. De volgorde van de letters („PIC’) in het aangevraagde merk verschilt immers duidelijk van de volgorde van de letters („YPS’) in het merk van opposante.”

39 Deze beoordeling kan niet worden ontkracht. Met betrekking tot vrij korte woordtekens zoals die welke in casu aan de orde zijn, zijn de centrale bestanddelen in het algemeen even belangrijk als de bestanddelen aan het begin en het einde van het teken [zie, in die zin, arrest Gerecht van 6 juli 2004, Grupo El Prado Cervera/BHIM — Héritiers Debuschewitz (CHUFAFIT), T-117/02, Jurispr. blz. II-2073, punt 48]. De conflicterende tekens vertonen evenwel daadwerkelijk verschillen in visueel opzicht wegens de volgorde van de letters („pic’) in het aangevraagde gemeen-

schapsmerk en van de letters (,yps') in het oudere nationale merk, waardoor er geen visuele gelijkenis tussen de conflicterende tekens kan worden vastgesteld.

- 40 Wat de fonetische vergelijking betreft, heeft de kamer van beroep in punt 21 van de bestreden beslissing verklaard:

„Anders dan opposante ziet de kamer van beroep geen enkele reden om aan te nemen dat het aangevraagde merk in Duitsland als ‚KALPITZO' of ‚KALPISO' zal worden uitgesproken. Wanneer in het Duits de letter ‚C' voorafgaat aan een ‚O', wordt zij steeds als een ‚K' uitgesproken, zoals in de woorden ‚Collage, ‚Computer, ‚Container', ‚Coburg' of ‚Coca-Cola'. Het betreft dus een harde medeklinker. Taalkundig bestaat het aangevraagde merk uit drie lettergrepen: CAL-PI-CO (uitgesproken ‚KAL-PI-KO'), waarbij de klemtoon op de eerste lettergreep valt. Weliswaar bestaat het merk van opposante taalkundig eveneens uit drie lettergrepen, te weten CA-LY-PSO (uitgesproken ‚KA-LU-PSO'), doch de klemtoon valt hier op de tweede lettergreep. Kortom, de twee conflicterende merken zijn in fonetisch opzicht duidelijk verschillend.”

- 41 Deze beoordeling moet worden goedgekeurd. Opgemerkt zij namelijk dat de conflicterende tekens twee in fonetisch opzicht duidelijk verschillende lettergrepen bevatten, dat de klemtoon in de twee tekens niet op dezelfde lettergreep valt, en dat de letter „y” in het Duits niet op dezelfde wijze wordt uitgesproken als de letter „i”. Met betrekking tot verzoeksters argument dat de Duitse consument het woordteken CALPICO als „kalpitscho” of „kalpizo” zal uitspreken, zoals dit in het Italiaans of in het Spaans zou worden uitgesproken, moet overigens worden opgemerkt dat, zelfs al zou het relevante publiek een voldoende kennis van het Italiaans en het Spaans hebben, CALPICO in het Italiaans noch in het Spaans als „kalpitscho” of „kalpizo” wordt uitgesproken. Daarbij komt dat, zelfs al zou de Duitse consument die het teken CALPICO als een vreemd woord herkent, dit teken uitspreken op een

zelfbedachte en onzekere wijze die beantwoordt aan de volgens hem juiste uitspraak ervan in het Italiaans of in het Spaans, gelijk verzoekster betoogt, deze consument die term niet op dezelfde wijze zal gaan uitspreken als het woordteken CALYPSO, waarvan de uitspraak in het Duits vaststaat. Dit verschil draagt ertoe bij dat elke fonetische gelijkenis tussen de twee tekens moet worden uitgesloten.

42 Wat de begripsmatige vergelijking betreft, heeft de kamer van beroep in punt 22 van de bestreden beslissing verklaard dat de term „calpico” een „zuiver fantasiewoord zonder enige semantische betekenis” is, terwijl de term „calypso” ofwel „de Caraïben, het Zuiden en swingende ritmes”, ofwel de nimf uit de Griekse mythologie bij wie Odysseus na zijn schipbreuk onderdak vond, voor de geest roept. In die omstandigheden heeft zij geconcludeerd dat de conflicterende tekens „geen enkele begripsmatige gelijkenis” hebben.

43 In dit verband behoeft slechts te worden opgemerkt dat de term „calypso” voor het relevante publiek daadwerkelijk op zijn minst de twee door de kamer van beroep vermelde betekenissen heeft, terwijl vaststaat dat de term „calpico” geen enkele betekenis heeft. Vanuit begripsmatig oogpunt kan het relevante publiek de twee conflicterende tekens dus duidelijk onderscheiden, welke van de twee door de kamer van beroep genoemde betekenissen het aan de term „calypso” ook toekent. Zelfs al zou het relevante publiek de term „calypso” met één van de satellieten van de planeet Saturnus associëren, zoals verzoekster stelt, dan nog vloeit uit deze omstandigheid geen begripsmatige gelijkenis met de term „calpico” voort.

44 Bijgevolg heeft de kamer van beroep op goede gronden geconcludeerd dat er geen sprake is van een visuele, fonetische en begripsmatige gelijkenis tussen de conflicterende tekens.

- 45 In die omstandigheden kan, ondanks het feit dat de door de conflicterende merken aangeduide waren ten dele dezelfde en ten dele zeer soortgelijk zijn, wegens het visuele verschil en de duidelijke fonetische en begripsmatige verschillen tussen de conflicterende merken, bij het relevante publiek elk gevaar van verwarring van deze merken worden uitgesloten.
- 46 Deze conclusie wordt niet op losse schroeven gezet door de andere argumenten van verzoekster.
- 47 Met betrekking tot verzoeksters stelling dat de door de conflicterende merken opgeroepen totaalindruk wordt gedomineerd door de visuele indruk, behoeft slechts te worden opgemerkt dat, zelfs als dit zo zou zijn, dit niet aantoonde dat er gevaar van verwarring van de conflicterende merken bestaat, aangezien er geen visuele gelijkheid tussen de tekens is.
- 48 Het argument dat verzoekster aan de eerdere beslissingspraktijk van het BHIM ontleent, dient eveneens te worden afgewezen, aangezien volgens vaste rechtspraak de wettigheid van de beslissingen van de kamers van beroep alleen dient te worden getoetst aan verordening nr. 40/94, zoals deze door de gemeenschapsrechter is uitgelegd, en niet aan deze eerdere beslissingspraktijk [arresten Gerecht van 5 december 2002, *Sykes Entreprises/BHIM (REAL PEOPLE, REAL SOLUTIONS)*, T-130/01, Jurispr. blz. II-5179, punt 31, en 3 juli 2003, *Alejandro/BHIM — Anheuser-Busch (BUDMEN)*, T-129/01, Jurispr. blz. II-2251, punt 61].
- 49 Met betrekking tot de beslissing van de kamer van beroep in de tussen verzoekster en interveniënte bijzonder omstreden zaak *Karlsberg Brauerei/Mystery Drinks*, aangehaald in punt 19 hierboven, die het voorwerp is geweest van een beroep bij het Gerecht [arrest Gerecht van 15 januari 2003, *Mystery Drinks/BHIM — Karlsberg Brauerei (MYSTERY)*, T-99/01, Jurispr. blz. II-43], heeft verzoekster niet aangetoond dat een met deze zaak vergelijkbare situatie voorhanden is, aangezien de



conflicterende tekens in casu duidelijke fonetische verschillen vertonen, terwijl in de zaak die tot het arrest MYSTERY heeft geleid, is geoordeeld dat de betrokken tekens fonetisch overeenstemden.

50 Ten slotte verwijt verzoekster de kamer van beroep dat deze bij de beoordeling van het gevaar van verwarring van de conflicterende merken is uitgegaan van een niet te verwaarlozen aandacht van het relevante publiek, anders dan de oppositieafdeling, die had geoordeeld dat het relevante publiek de door de conflicterende merken aangeduide waren met een zekere onachtzaamheid koopt.

51 Dienaangaande dient te worden onderstreept dat de oppositieafdeling in haar beslissing tot afwijzing van de oppositie wegens ontbreken van gevaar van verwarring, heeft verklaard:

„Hoewel het in casu om dezelfde waren gaat, volstaan de verschillen tussen de vergeleken tekens om [de merken] met een afdoende zekerheid te onderscheiden. In casu dienen evenwel strikte criteria te worden toegepast met betrekking tot het onderscheid dat tussen de merken moet bestaan, met name omdat de vergeleken waren artikelen voor dagelijks gebruik zijn die, zoals de ervaring leert, met een zekere onachtzaamheid worden gekocht zonder dat de aanduidingen op de waren bijzondere aandacht krijgen.”

52 Wat de kamer van beroep betreft, zij eraan herinnerd dat deze in punt 22 van de bestreden beslissing het volgende heeft gepreciseerd:

„De door elk van de merken gedekte waren zijn artikelen voor dagelijks gebruik die de consument in het algemeen koopt wanneer hij in grootwarenhuizen en

drankenwinkels komt. Gelet op de prijs van deze artikelen kunnen deze worden aangemerkt als goedkope artikelen. Gezien de overvloed van het aanbod in de sector van vruchtensappen en dranken, moet evenwel worden aangenomen dat de aandacht van de gemiddelde klant niet te verwaarlozen is. Aangezien hij eraan gewend is te worden geconfronteerd met een overvloedig aanbod aan vruchtensappen en dergelijke waren, zoals poeders die in een soortgelijke verpakking worden aangeboden, zal de consument bij zijn aankoop op de verpakking van elk artikel letten of zal hij de merken nader onderzoeken.”

- 53 Aangezien de door de conflicterende merken aangeduide waren, artikelen voor dagelijks verbruik zijn, hebben zowel de oppositieafdeling als de kamer van beroep geoordeeld dat het aandachtsniveau van het relevante publiek niet hoog is. Punt 23 van de bestreden beslissing verschilt weliswaar van de beslissing van de oppositieafdeling ter zake van de beoordeling van de precieze mate van aandacht die het relevante publiek voor de conflicterende merken heeft, wegens de invloed die de overvloed van het aanbod in de sector van vruchtensappen en dranken op deze aandacht kan uitoefenen, maar hoewel de kamer van beroep van mening was dat de overvloed van het aanbod in de sector van vruchtensappen en dranken het relevante publiek ertoe kan aanzetten bijzondere aandacht te besteden aan de conflicterende merken, heeft zij toch niet geoordeeld dat die aandacht groot is.
- 54 In elk geval heeft het verschil in beoordeling tussen de beslissingen van de twee instanties van het BHIM geen gevolgen voor het door beide instanties aangenomen ontbreken van gelijkenis tussen de conflicterende tekens en van gevaar van verwarring van de merken. Gelet op de in de punten 38 tot en met 43 hierboven in herinnering gebrachte, visuele, fonetische en begripsmatige verschillen tussen de conflicterende tekens, zal de gemiddelde Duitse consument immers niet dezelfde commerciële herkomst aan de door de conflicterende merken aangeduide waren toeschrijven, ook niet als hij geen bijzondere aandacht aan deze merken besteedt.
- 55 In die omstandigheden heeft de kamer van beroep op goede gronden geoordeeld dat er geen gevaar van verwarring van de conflicterende merken in de zin van artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 bestaat.

56 Bijgevolg moet het eerste middel worden afgewezen.

*Het tweede middel: schending van het recht om te worden gehoord, bedoeld in artikel 61, lid 2, van verordening nr. 40/94, in samenhang met regel 20, lid 2, eerste volzin, van verordening nr. 2868/95, en in artikel 6, lid 1, EVRM*

#### Argumenten van partijen

57 Verzoekster merkt op dat volgens de kamer van beroep het aandachtsniveau van de gemiddelde consument niet laag is wegens de diversiteit en de overvloed van het aanbod in de sector van vruchtensappen en dranken. De kamer van beroep heeft verzoekster evenwel niet verzocht, haar opmerkingen over deze beoordeling van het aandachtsniveau van de gemiddelde consument mede te delen, wat een schending vormt van haar recht om te worden gehoord in de zin van artikel 61, lid 2, van verordening nr. 40/94, in samenhang met regel 20, lid 2, eerste volzin, van verordening nr. 2868/95, en van artikel 6, lid 1, EVRM.

58 Het BHIM wijst erop dat zowel de oppositieafdeling als verzoekster zich reeds had uitgesproken over het aandachtsniveau van de consument vóór dit punt door de kamer van beroep is onderzocht. Bijgevolg kon in de bestreden beslissing van het door partijen voor de kamer van beroep geformuleerde betoog worden afgeweken, zonder dat zij hierover vooraf dienden te worden geïnformeerd. Het BHIM betoogt dat het bezwaar inzake schending van het recht om te worden gehoord bijgevolg niet gegrond is.

59 Interveniente is van mening dat verzoekster refereert aan artikel 73, tweede volzin, van verordening nr. 40/94, volgens hetwelk het BHIM verplicht is, partijen ervan in kennis te stellen dat het voornemens is zijn beslissing te baseren op gronden, feitelijk

en rehtens, waarover zij zich niet hebben uitgesproken. Volgens interveniënte behoort het aandachtsniveau van de gemiddelde consument tot de beoordeling van de feiten. Ofschoon de kamer van beroep en de oppositieafdeling de feiten op enigszins verschillende wijze beoordelen, zijn de feiten niet nieuw. Volgens interveniënte zijn deze feiten zowel in de beslissing van de oppositieafdeling als in de bestreden beslissing op exhaustieve wijze uiteengezet. In die omstandigheden is interveniënte van mening dat een nieuwe beoordeling van reeds gekende feiten geen schending van het recht om te worden gehoord oplevert. Bovendien wijst interveniënte erop dat verzoekster wist dat de beoordeling van het gevaar van verwarring was verricht op basis van de aandacht van de consument. Verzoekster had dit argument dus kunnen ontwikkelen, wat zij niet heeft gedaan.

#### Beoordeling door het Gerecht

- 60 Volgens artikel 61, lid 2, van verordening nr. 40/94 „[verzoekt de kamer van beroep] [b]ij het onderzoek van het beroep [...] zo dikwijls als nodig de partijen, binnen een door de kamer te stellen termijn te antwoorden op mededelingen van de andere partijen of van de kamer zelf”. Verder bepaalt regel 20, lid 2, eerste volzin, van verordening nr. 2868/95 dat, indien het oppositiebezwaarschrift geen bijzonderheden van de feiten, bewijzen en argumenten als bedoeld in regel 16, leden 1 en 2, behelst, het BHIM de opposant verzoekt die gegevens alsnog over te leggen binnen een door het BHIM gestelde termijn.
- 61 Met betrekking tot verzoeksters stelling dat de kamer van beroep deze twee bepalingen heeft geschonden, behoeft evenwel slechts te worden vastgesteld dat, enerzijds, verzoekster niet heeft aangetoond dat zij niet is verzocht te antwoorden op een „mededeling” van de kamer van beroep of van interveniënte, in de zin van artikel 61, lid 2, van verordening nr. 40/94, en, anderzijds, dat uit geen enkel stuk blijkt dat het oppositiebezwaarschrift niet de in regel 20, lid 2, eerste volzin, van verordening nr. 2868/95 bedoelde bijzonderheden behelsde. Verzoeksters bezwaar inzake schending van deze bepalingen dient bijgevolg te worden afgewezen.

- 62 Wat de gestelde schending van artikel 6, lid 1, EVRM betreft, moet worden gepreciseerd dat het Gerecht heeft geoordeeld het recht op een eerlijk „proces” niet geldt met betrekking tot de kamers van beroep van het BHIM, omdat de procedure voor de kamers van beroep geen rechterlijke maar een administratieve procedure is [zie in die zin arrest Gerecht van 12 december 2002, Procter & Gamble/BHIM (Vorm van een stuk zeep), T-63/01, Jurispr. blz. II-5255, punten 22 en 23].
- 63 Zoals interveniënte terecht heeft verklaard, beoogt verzoekster met haar tweede middel, betreffende schending van het recht om te worden gehoord, eigenlijk aan te tonen dat de kamer van beroep inbreuk heeft gemaakt op artikel 73, tweede volzin, van verordening nr. 40/94, volgens welke „[de beslissingen] van het Bureau slechts [kunnen] worden genomen op gronden waartegen de partijen verweer hebben kunnen voeren”. Deze bepaling vormt de uitdrukking – in het kader van verordening nr. 40/94 — van het algemene beginsel van de eerbiediging van de rechten van de verdediging.
- 64 In casu zij eraan herinnerd dat verzoekster de kamer van beroep verwijt dat deze haar recht om te worden gehoord heeft geschonden door haar niet te hebben verzocht, opmerkingen in te dienen over de „niet te verwaarlozen” aandacht van het relevante publiek, welke zij voornemens was in de bestreden beslissing in aanmerking te nemen. Daarentegen staat vast dat verzoekster de kamer van beroep niet verwijt dat deze haar niet heeft verzocht opmerkingen in te dienen over het bestaan van een overvloedig aanbod in de sector van vruchtensappen en dranken, dat evenwel een evenzeer vaststaand feitelijk element is waarop het door de kamer van beroep aangenomen aandachtsniveau van het relevante publiek is gebaseerd.
- 65 Aangenomen moet evenwel worden dat het recht om te worden gehoord, zoals geformuleerd in artikel 73, tweede volzin, van verordening nr. 40/94, geldt voor alle elementen, feitelijk en rechtens, alsook voor de bewijselementen waarop de beslissing is gebaseerd, maar niet voor het standpunt dat de administratie uiteindelijk wil innemen (zie in die zin arresten Gerecht van 21 januari 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke en Lech-Stahlwerke/Commissie, T-129/95, T-2/96 en T-97/96, Jurispr. blz. II-17, punt 231, en 3 december 2003, Audi/BHIM (TDI), T-16/02, Jurispr. blz. II-5167, punten 71 en 75].

- 66 Aangezien de betrokken feitelijke beoordeling behoort tot het standpunt dat de kamer van beroep uiteindelijk heeft ingenomen, was deze derhalve niet verplicht, verzoekster dienaangaande te horen.
- 67 Hieraan moet worden toegevoegd dat, zoals uit het onderzoek van het eerste middel blijkt, het verschillend oordeel waartoe de twee instanties van het BHIM ter zake van de precieze mate van aandacht van het relevante publiek zijn gekomen, geen gevolgen heeft voor het door beide instanties aangenomen ontbreken van gelijkenis tussen de betrokken tekens en van gevaar van verwarring van de conflicterende merken.
- 68 Hieruit volgt dat, zelfs al zou de kamer van beroep inbreuk hebben gemaakt op verzoeksters recht om te worden gehoord, een dergelijke inbreuk de wettigheid van de bestreden beslissing niet kan aantasten.
- 69 Bijgevolg moet het tweede middel worden afgewezen en dient het beroep in zijn geheel te worden verworpen.

## **Kosten**

- 70 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voorzover dit is gevorderd.
- 71 Aangezien verzoekster in het ongelijk gesteld, dient zij overeenkomstig de vorderingen van het BHIM en van interveniënte te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) Het beroep wordt verworpen.**
  
- 2) Verzoekster wordt verwezen in de kosten.**

Legal

Mengozzi

Wiszniewska-Białecka

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 20 april 2005.

De griffier

De president van de Vierde kamer

H. Jung

H. Legal