

ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)

15 januari 2003*

In zaak T-99/01,

Mystery drinks GmbH, in gerechtelijke liquidatie, gevestigd te Eppertshausen (Duitsland), vertegenwoordigd door T. Jestaedt, V. von Bomhard en A. Renck, advocaten,

verzoekster,

tegen

Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen), vertegenwoordigd door A. von Mühlendahl, B. Weggenmann en C. Røhl Søberg als gemachtigden,

verweerder,

* Procestaal: Duits.

intervenierende partij voor het Gerecht

Karlsberg Brauerei KG Weber, gevestigd te Homburg (Duitsland), vertegenwoordigd door R. Lange, advocaat,

betreffende een beroep tegen de beslissing van de derde kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) van 12 februari 2001 (zaak R 251/2000-3) inzake de inschrijving van het teken MYSTERY als gemeenschapsmerk, waartegen oppositie is ingesteld op basis van het nationale merk Mixery,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: R. M. Moura Ramos, kamerpresident, J. Pirrung en A. W. H. Meij, rechters,

griffier: D. Christensen, administrateur,

gezien het op 7 mei 2001 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 28 augustus 2001 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen),

gezien de door interveniënte op 17 augustus 2001 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord,

na de terechtzitting op 18 september 2002,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geschil

- 1 Op 25 oktober 1996 heeft verzoekster bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (hierna: „Bureau”) een aanvraag voor de inschrijving van een beeldmerk als gemeenschapsmerk 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 De inschrijvingsaanvraag betreft het hierna afgebeelde teken:



- 3 De waren waarvoor de aanvraag is ingediend, 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. Zij zijn omschreven als volgt:
- „snacks, met name gedroogde vruchten, noten, chips en frietsticks”, van klasse 29;
 - „cacao, suiker, honing, melassestroop en goederen bereid met deze materialen, met name snoepgoed en andere zoetigheden; banketbakkers- en suikerbakkerswaren; roomijs; kauwgom”, van klasse 30;
 - „alcoholvrije dranken, met uitzondering van alcoholvrij bier”, van klasse 32.
- 4 Deze aanvraag werd op 23 maart 1998 in het Blad van gemeenschapsmerken nr. 21/98 gepubliceerd.
- 5 Op 16 juni 1998 heeft Karlsberg Brauerei KG Weber (hierna: „interveniente”) krachtens artikel 42 van verordening nr. 40/94 oppositie ingesteld tegen de inschrijving van dit gemeenschapsmerk. Tot staving van de oppositie werd verwarringsgevaar tussen het aangevraagde merk en een ouder nationaal merk van interveniente in de zin van artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 aangevoerd. Het betrokken oudere merk is het woord Mixery, dat in Duitsland onder nr. 395 02 709 is ingeschreven ter aanduiding van de waren „bieren en dranken die bier bevatten”, die in klasse 32 vallen.

- 6 Bij beslissing van 4 februari 2000 heeft de oppositieafdeling de oppositie afgewezen.
- 7 Op 3 maart 2000 heeft interveniënte krachtens artikel 59 van verordening nr. 40/94 bij het Bureau beroep ingesteld tegen de beslissing van de oppositieafdeling.
- 8 Bij beslissing van 12 februari 2001 (hierna: „bestreden beslissing”), die verzoekster op 27 februari 2001 is betekend, heeft de derde kamer van beroep de beslissing van de oppositieafdeling gedeeltelijk vernietigd.
- 9 De kamer van beroep heeft in wezen geoordeeld dat er gevaar van verwarring tussen het oudere merk en het aangevraagde merk bestaat voor de waren van klasse 32. Voor de waren van de klassen 29 en 30 bestaat dit gevaar volgens de kamer van beroep daarentegen niet.

Procedure en conclusies van partijen

- 10 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beslissing te vernietigen;

— het Bureau te verwijzen in de kosten.

- 11 Het Bureau concludeert dat het het Gerecht behage:
- de uiteenzettingen van partijen te overwegen;
 - de kosten te verdelen overeenkomstig de afloop van de procedure, en voor het overige het Bureau niet te verwijzen in de kosten.
- 12 Interveniente concludeert dat het het Gerecht behage, het beroep te verwerpen.
- 13 Bij brief van 5 september 2002 heeft verzoekster het Gerecht op de hoogte gebracht van haar faillissement. Uit haar opmerkingen dient voorts te worden opgemaakt dat zij de procedure wil voortzetten. Ter terechtzitting was verzoekster niet vertegenwoordigd.

In rechte

Opmerkingen vooraf

- 14 In zijn conclusie neemt het Bureau geen standpunt in over verzoeksters aanspraken en evenmin over het lot van de bestreden beslissing.

- 15 De vordering van het Bureau is dan ook niet-ontvankelijk. Interveniente heeft evenwel geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Bijgevolg dient het onderhavige geschil te worden behandeld overeenkomstig artikel 134, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht.

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

Argumenten van partijen

- 16 Volgens verzoekster mag een merk als dat van interveniente, met een zwak onderscheidend vermogen, slechts in beperkte mate worden beschermd, in het bijzonder omdat het relevante publiek het merk Mixery associeert met termen als „mixen” (mengen) of „mix” (mengsel), die erop wijzen dat de drank een mengsel of cocktail is. Zelfs door intensief gebruik kan een dergelijk merk niet de status van een „echt sterk” merk verkrijgen.
- 17 Voorts is de bekendheid van het merk van interveniente nooit afdoende aangetoond.
- 18 Ook zijn de argumenten en documenten ten bewijze van de bekendheid van het merk Mixery niet gepresenteerd tijdens de oppositieprocedure en kan dit niet voor het eerst voor de kamer van beroep gebeuren. Of een merk een groot onderscheidend vermogen heeft, is bovendien een rechtsvraag. Verzoekster is dan ook van mening dat zij overeenkomstig artikel 74, lid 1, tweede zin, van verordening nr. 40/94 de feiten — die overigens niet naar behoren zijn gepresenteerd — niet behoefde te betwisten.

19 Met betrekking tot de vergelijking van de tekens betoogt verzoekster het volgende:

- de conflicterende tekens verschillen typografisch, aangezien de middelste letters „IX” en „YST” verschillen en de beginletter „M” van het teken MYSTERY sterk gestileerd is;
- de tekens verschillen ook fonetisch; de lettergrepen wijken aanzienlijk van elkaar af; in de eerste lettergreep is de „i” van Mixery korter en helderder dan de „Y” van MYSTERY en in de tweede lettergreep wordt „ST” van MYSTERY anders uitgesproken dan de „x” van Mixery, een medeklinker die zelden wordt gebruikt;
- ten slotte is er ook conceptueel tussen de tekens, waarvan de betekenis duidelijk is, een aanzienlijk verschil; het woord MYSTERY doet in Duitsland denken aan „Mysterium”; daarentegen verwijst het teken Mixery duidelijk naar „mix” (mengsel) of „mixin” (mengen).

20 Verder is de visuele indruk van het merk doorslaggevend, aangezien de klant in de winkel de waar niet mondeling bestelt en slechts een verwaarloosbaar deel van deze dranken wordt besteld in een luidruchtig etablissement, waar een blik op de kaart verwarringsgevaar reeds uitsluit. Bovendien wordt de drank gewoonlijk geserveerd met het flesje, waarop het merk is aangebracht. Wanneer de drank wordt getapt, is het merk te lezen op de tapkraan, het glas of het bierviltje.

21 Wat de vergelijking van de waren betreft, is verzoekster van mening dat de waren niet soortgelijk zijn. Alcoholvrije dranken worden niet op dezelfde plaats

geproduceerd als bier en worden op duidelijk gescheiden schappen verkocht. Het cruciale verschil tussen deze dranken is, in verband met leeftijdsbeperkingen of rijvaardigheid, of zij al dan niet alcohol bevatten, en daarop let de consument dus speciaal.

- 22 Derhalve is verzoekster van mening dat er geen gevaar van verwarring tussen het aangevraagde merk en het oudere merk bestaat.
- 23 Intervenïente betoogt dat Mixery een bekend merk is en daardoor een sterker onderscheidend vermogen heeft. Zij geeft daarbij aan, op grond van welke feiten en omstandigheden deze bekendheid mag worden aangenomen.
- 24 Anders dan verzoekster betoogt, is volgens intervenïente reeds in de oppositieprocedure gewezen op het groot onderscheidend vermogen en heeft de kamer van beroep terecht aldus begrepen dat het gaat om een bekend merk.
- 25 Intervenïente beklemtoont dat verzoekster fonetische verwarring uitsluit op de enkele basis van een kunstmatige analyse, waarbij het merk wordt uiteengerafeld. Ook het argument inzake het gebruik van de drankenkaart is irrelevant, aangezien het verwarringsgevaar daardoor enkel naar een ander niveau wordt verschoven.
- 26 Men kan niet stellen dat de waren niet soortgelijk zijn. Volgens intervenïente kan niet worden gesteld dat alcoholvrije dranken en mixen op basis van bier op uiteenlopende plaatsen worden geproduceerd.

- 27 Ten slotte stelt interveniënte dat de consumenten niet mogen worden ingedeeld in twee verschillende categorieën, daar er een zeer groot aantal consumenten is waarop beide waren zich richten.

Beoordeling door het Gerecht

- 28 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 beschermd wordt; verwarring omvat het gevaar van associatie met het oudere merk”.
- 29 Volgens de rechtspraak van het Hof over de uitlegging van artikel 4, lid 1, sub b, van de Eerste richtlijn (89/104/EEG) van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB 1989, L 40, blz. 1), dat in wezen hetzelfde bepaalt als artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, is er sprake van verwarringsgevaar, wanneer het publiek kan menen dat de betrokken waren of diensten van dezelfde onderneming of, in voorkomend geval, van economisch verbonden ondernemingen afkomstig zijn (arresten Hof van 29 september 1998, Canon, C-39/97, Jurispr. blz. I-5507, punt 29, en 22 juni 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Jurispr. blz. I-3819, punt 17).
- 30 Volgens deze rechtspraak dient het verwarringsgevaar bij het publiek globaal te worden beoordeeld, met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval (arresten Hof van 11 november 1997, SABEL, C-251/95, Jurispr. blz. I-6191, punt 22; Canon, reeds aangehaald, punt 16; Lloyd Schuhfabrik Meyer, reeds aangehaald, punt 18, en 22 juni 2000, Marca Mode, C-425/98, Jurispr. blz. I-4861, punt 40).

- 31 Zoals aangegeven in de zevende overweging van de considerans van verordening nr. 40/94, veronderstelt deze globale beoordeling een zekere onderlinge samenhang tussen de in aanmerking te nemen factoren, met name tussen de overeenstemming van de merken en de soortgelijkheid van de waren of diensten waarop zij betrekking hebben. Zo kan een geringe mate van soortgelijkheid van de betrokken waren of diensten worden gecompenseerd door een hoge mate van overeenstemming tussen de merken, en omgekeerd (arresten Canon, reeds aangehaald, punt 17, en Lloyd Schuhfabrik Meyer, reeds aangehaald, punt 19).
- 32 De indruk die bij de gemiddelde consument van de betrokken waren of diensten achterblijft, speelt een beslissende rol in de globale beoordeling van het verwarringsgevaar. De gemiddelde consument nu neemt een merk gewoonlijk als een geheel waar en let niet op de verschillende details ervan (arresten SABEL, reeds aangehaald, punt 23, en Lloyd Schuhfabrik Meyer, reeds aangehaald, punt 25). Voor deze globale beoordeling moet onder de gemiddelde consument van de betrokken waren worden verstaan de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument. Voorts dient er rekening mee te worden gehouden dat de gemiddelde consument slechts zelden de mogelijkheid heeft, verschillende merken rechtstreeks met elkaar te vergelijken, en hij moet aanhaken bij het onvolmaakte beeld dat bij hem is achtergebleven. Ook dient er rekening mee te worden gehouden 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).
- 33 In casu zij om te beginnen opgemerkt dat de kamer van beroep in punt 32 van de bestreden beslissing heeft geoordeeld dat het merk van interveniënte een betrekkelijk groot onderscheidend vermogen heeft.
- 34 Deze vaststelling kan evenwel niet uitsluitend worden afgeleid uit de elementen die de beslissing op dit punt bevat. Of een merk een groot onderscheidend vermogen heeft, dient immers te worden vastgesteld aan de hand van de eigenschappen die het merk van huis uit bezit, dan wel op grond van de bekendheid ervan. De kamer van beroep heeft vastgesteld dat het onderscheidend

vermogen van het oudere merk niet is afgenomen doordat het doet denken aan een beschrijvende term en dat het merk voldoende origineel is om zijn functie als merk te vervullen, maar zij heeft niet gepreciseerd welke eigenschappen dit merk van huis uit bezit op grond waarvan zijn onderscheidend vermogen als betrekkelijk groot is te beschouwen. Zoals verzoekster in wezen heeft betoogd, zijn de elementen ontleend aan hetgeen interveniënte heeft verklaard, met name de enkele bewering dat het merk „een cultdrank bij de jeugd” is en het enkele noemen van internetpagina’s waaruit blijkt van met name sponsoring van een evenement dat na de aanvraag tot inschrijving heeft plaatsgevonden, niet voldoende bewijs dat het oudere merk een groot onderscheidend vermogen heeft op grond van zijn bekendheid (zie in die zin Lloyd Schuhfabrik Meyer, reeds aangehaald, punten 22 en 23).

- 35 Derhalve moet de vaststelling van de kamer van beroep dat het merk van opposante een betrekkelijk groot onderscheidend vermogen heeft, worden verworpen zonder dat uitspraak behoeft te worden gedaan over verzoeksters overige punten inzake het onderzoek van de bekendheid.
- 36 Dit onjuist oordeel van de kamer van beroep leidt op zich evenwel niet tot de ongeldigheid van haar beslissing. Het gevaar van verwarring tussen het aangevraagde merk en het oudere merk kan ook worden bewezen zonder dat het groot onderscheidend vermogen van het oudere merk aan de orde komt. Derhalve moet worden gezien of in de bestreden beslissing, los van dit onjuist oordeel, terecht is vastgesteld dat verwarringsgevaar bestaat.
- 37 Gelet op het feit dat de dranken van klasse 32 gangbare consumptiegoederen zijn, en dat het oudere merk waarop de oppositie is gebaseerd, in Duitsland is ingeschreven en wordt beschermd, is het voor de beoordeling van het verwarringsgevaar relevante publiek, de gemiddelde consument in deze lidstaat.

- 38 Gelet op het voorgaande dienen eerst de waren en vervolgens de tekens te worden vergeleken, teneinde te bepalen of inschrijving van het teken MYSTERY kan leiden tot gevaar voor verwarring met het oudere merk Mixery.
- 39 Wat in de eerste plaats de vergelijking van de waren betreft, moet volgens de rechtspraak van het Hof bij de beoordeling van de soortgelijkheid van de betrokken waren of diensten rekening worden gehouden met alle relevante factoren die de verhouding tussen de waren of diensten kenmerken. Dat zijn onder meer hun aard, bestemming en gebruik, maar ook het concurrerend dan wel complementair karakter ervan (arrest Canon, reeds aangehaald, punt 23).
- 40 Dienaangaande heeft de kamer van beroep vastgesteld dat het oudere merk niet alleen voor bieren wordt beschermd, maar ook voor gemengde dranken die bier bevatten en eventueel alcoholvrij kunnen zijn. Zij heeft tevens vastgesteld dat bieren en andere dranken in het bijzonder in de fase van het bottelen en bij de verkoop afkomstig kunnen zijn van dezelfde ondernemingen, naast elkaar kunnen worden verkocht en dezelfde bestemming hebben. Voorts kunnen in de beleving van de consument gemengde dranken op basis van bier zowel bieren als alcoholvrije dranken vervangen. Derhalve heeft de kamer van beroep terecht geconcludeerd dat de betrokken waren van klasse 32 soortgelijk zijn.
- 41 Verzoeksters betoog dat de consument wegens de leeftijdsbeperkingen en de rijvaardigheid vooral let op het alcoholgehalte van dranken, kan niet worden aanvaard. Zoals de kamer van beroep heeft gesteld, is het onderscheid tussen bepaalde dranken op grond van alcoholgehalte (bieren met laag alcoholgehalte, alcoholvrije bieren of gemengde dranken) aan het vervagen, en belet dit de consument niet ervan uit te gaan dat beide waren onder controle van dezelfde onderneming worden gefabriceerd.

- 42 Wat in de tweede plaats de vergelijking van het merk en het aangevraagde teken betreft, blijkt uit de rechtspraak dat de globale beoordeling van het verwarringsgevaar, wat de visuele, fonetische of begripsmatige gelijkenis tussen de merken betreft, dient te berusten op de totaalindruk die door de betrokken merken wordt opgeroepen, waarbij in het bijzonder rekening dient te worden gehouden met hun onderscheidende en dominerende bestanddelen (arresten SABEL, reeds aangehaald, punt 23, en Lloyd Schuhfabrik Meyer, reeds aangehaald, punt 25). Voorts heeft het Hof geoordeeld dat niet valt uit te sluiten, dat de enkele fonetische gelijkenis tussen de merken verwarring kan doen ontstaan (zie in die zin arrest Lloyd Schuhfabrik Meyer, reeds aangehaald, punt 28).
- 43 Bijgevolg dient het in punt 2 supra afgebeelde teken „MYSTERY” visueel, fonetisch en begripsmatig te worden vergeleken met het merk Mixery.
- 44 Visueel zijn de tekens door hun vormgeving gemakkelijk van elkaar te onderscheiden, zoals de kamer van beroep heeft opgemerkt, met name omdat het teken MYSTERY bestaat uit een beeldmerk met in het bijzonder een gestileerde hoofdletter „M”.
- 45 Op fonetisch vlak heeft de kamer van beroep vastgesteld dat gelet op de uitspraakregels van het Duits en het Engels — waardoor het woord „Mystery” geïnspireerd is —, de overeenkomsten tussen de dominerende bestanddelen van elk teken groter zijn dan de verschillen, zodat de tekens overstemmen.
- 46 Verzoeksters betoog inzake het belang dat aan deze verschillen moet worden gehecht, kan niet worden aanvaard. Zoals interveniënte terecht heeft gesteld, zijn deze verschillen fonetisch alleen merkbaar wanneer men zoals verzoekster de tekens lettergreep na lettergreep uiteenrafelt, zonder te letten op de uitspraak van het woord als geheel.

- 47 Op begripsmatig vlak heeft de kamer van beroep vastgesteld dat de betrokken tekens op dit punt weliswaar niet overeenstemmen, maar dat hun suggestieve betekenis niet zo direct en duidelijk is dat de consument deze onmiddellijk zal begrijpen en dus deze met zekerheid zal onderscheiden. Inderdaad kan niet worden aangenomen dat het relevante publiek zich zo grondig in de tekens verdiept dat het die eventuele betekenis ontdekt.
- 48 Gelet op het voorgaande, in het bijzonder de grote soortgelijkheid van de waren en de fonetische overeenstemming tussen de tekens, heeft de kamer van beroep terecht geconcludeerd dat er bij het relevante publiek gevaar van verwarring tussen het aangevraagde merk en het oudere merk bestaat in de zin van artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94. Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door verzoeksters argument dat de visuele indruk doorslaggevend is. Voldoende is immers dat er gevaar van verwarring bestaat; niet vereist is dat de verwarring bewezen wordt. Aangezien de waren ook mondeling worden besteld, doet de enkele fonetische overeenstemming tussen de betrokken tekens gevaar voor verwarring ontstaan.
- 49 Het middel inzake schending van artikel 8, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 moet derhalve worden afgewezen. Het beroep moet dus worden verworpen.

Kosten

- 50 Op grond van artikel 87, lid 3, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering kan het Gerecht beslissen, dat partijen hun eigen kosten zullen dragen indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld, en voorts wegens bijzondere redenen.

- 51 Aangezien in casu verzoekster in het ongelijk is gesteld, de vordering van het Bureau niet-ontvankelijk is en interveniënte niet heeft gevorderd dat zij in de kosten worden verwezen, moet worden bepaald dat elke partij haar eigen kosten zal dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

rechtdoende:

- 1) Verwerpt het beroep.
- 2) Verstaat dat elke partij haar eigen kosten zal dragen.

Moura Ramos

Pirrung

Meij

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 15 januari 2003.

De griffier

H. Jung

De president van de Tweede kamer

R. M. Moura Ramos