

BENELUX-BUREAU VOOR DE INTELLECTUELE EIGENDOM

BESLISSING inzake OPPOSITIE

N° 2001460

van 2 juli 2009

Opposant: **Klosterfrau AG**
Wiesentalstr. 126
7006 Chur
Zwitserland

Gemachtigde: **Merkenbureau Knijff & Partners B.V.**
Leeuwendeldseweg 12
1382 LX Weesp
Nederland

Ingeroepen recht: MELISANA
(Europese inschrijving 895706)

tegen

Verweerder:	Pharmahy B.V.	Mediphar B.V.
	Wijershoflaan 35 6042 NK Roermond Nederland	van Brammendreef 171 3561 XJ Utrecht Nederland

Gemachtigde: **Algemeen Octrooi- en Merkenbureau B.V.**
John F. Kennedylaan 2
5612 AB Eindhoven
Nederland

Betwiste merk:



(Benelux depot 1130609)

I. FEITEN EN PROCEDURE

A. Feiten

1. Op 6 maart 2007 heeft verweerder voor waren en diensten in de klassen 3, 5, 35 en 44 een Benelux depot verricht van het volgende gecombineerd woord-/beeldmerk:



De aanvraag is onder nummer 1130609 in behandeling genomen. Deze aanvraag is gepubliceerd op 14 maart 2007.

2. Op 22 mei 2007 heeft de opposant oppositie ingesteld tegen de inschrijving van deze merkaanvraag. De oppositie is gebaseerd op de eerdere Europese inschrijving van het woordmerk MELISANA ingediend op 4 augustus 1998 en ingeschreven op 17 december 2001 ter onderscheiding van waren in de klassen 3 en 5.

3. De opposant is de houder van de ingeroepen Europese inschrijving zoals blijkt uit het register.

4. De oppositie is ingesteld tegen alle waren en diensten van de betwiste aanvraag tot inschrijving en gebaseerd op alle waren van het ingeroepen recht.

5. De gronden voor de oppositie zijn deze, neergelegd in artikel 2.14, lid 1, sub a van het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (hierna "BVIE").

6. De proceduretaal is het Nederlands.

B. Verloop van de procedure

7. De oppositie is ontvankelijk en is ter kennis gebracht van partijen op 6 juni 2007.

8. De contradictoire fase van de procedure is aangevangen op 7 augustus 2007. Het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (hierna "het Bureau") heeft op 9 augustus 2007 de mededeling van aanvang van de procedure aan partijen gezonden, waarbij aan opposant een termijn is gegeven tot en met 9 oktober 2007 om zijn argumenten en eventuele stukken in te dienen.

9. Op 5 oktober 2007 heeft de opposant argumenten ter ondersteuning van de oppositie ingediend. Deze zijn op 17 oktober 2007 door het Bureau aan de verweerder verzonden, waarbij een termijn tot en met 17 december 2007 is gegeven om hierop te reageren.

10. Op 14 december 2007 heeft de verweerder gereageerd op de argumenten van opposant en tevens om bewijzen van gebruik verzocht. Het Bureau heeft deze reactie aan de opposant gezonden op 19 december 2007 en hem verzocht bewijzen van gebruik in te dienen, hiertoe een termijn stellend tot en met 19 februari 2008.

11. Op 15 februari 2008 heeft opposant de gevraagde bewijzen van gebruik ingediend. Aangezien niet alle bewijzen in tweevoud werden ingediend, verzocht het Bureau op 19 februari 2008 de opposant een tweede identiek exemplaar in te dienen. Hij kreeg hiervoor een termijn tot en met 19 april 2008.

12. Op 17 april 2008 reageerde opposant op het verzoek van het Bureau om een tweede identiek exemplaar door te stellen dat er kopieën van verpakkingen werden toegezonden en dat hij meent dat dit voldoende is. Het Bureau heeft de ingediende bewijzen van gebruik die wel identiek werden ingediend aan verweerder gezonden op 25 april 2008, waarbij deze laatste een termijn kreeg tot en met 25 juni 2008 om zijn reactie op deze stukken in te dienen.

13. Verweerder heeft niet meer gereageerd op de ingediende bewijzen van gebruik. Dit werd door het Bureau op 4 juli 2008 aan partijen medegedeeld.

14. Het Bureau is van mening dat het over voldoende gegevens beschikt om over de oppositie te kunnen beslissen.

II. MIDDELEN VAN DE PARTIJEN

15. De opposant dient met toepassing van artikel 2.14, lid 1, sub a BVIE een oppositie bij het Bureau in, overeenkomstig de bepalingen van artikel 2.3, sub b BVIE: verwarringsgevaar omwille van de overeenstemming van de betrokken tekens en van de (soort)gelijkheid van de waren of diensten van de merken in kwestie.

A. Argumenten van opposant

16. Met betrekking tot de auditieve vergelijking stelt opposant dat, aangezien merk en teken uit een gelijk aantal karakters bestaan, een gelijke hoeveelheid lettergrepen hebben, over een identiek voorvoegsel beschikken, de eerste twee lettergrepen bijna identiek zijn en de laatste twee lettergrepen zeer sterk overeenkomen, er sprake is van een duidelijke auditieve overeenstemming.

17. Op visueel vlak is opposant van mening dat het wordelement MEDISINA domineert en dat de merken sterk overeenstemmen, omdat ze beide uit één woord bestaan en een gelijk aantal karakters hebben waarbij zes van de acht op dezelfde plaats.

18. Op begripsmatig vlak heeft het woord MELISANA geen specifieke betekenis en zal er niet snel sprake van begripsmatige overeenstemming zijn, aldus opposant.

19. Wat betreft de waren en diensten, stelt opposant dat de waren in klasse 3 zonder meer identiek zijn. De waren in klasse 5 zijn voor het overgrote deel identiek. Soortgelijkheid tussen klasse 3 en 5 enerzijds en klasse 35 anderzijds is volgens opposant niet snel aannemelijk, maar aangezien de inschrijving in klasse 35 gericht is op bescherming van activiteiten op het gebied van farmaceutica en hygiëne, kan er verwarring tussen beide merken ontstaan en daarom is de oppositie ook tegen klasse 35 gericht. Enkele diensten in klasse 44 hebben dezelfde aard en doel (medische dienstverlening op het gebied van hygiëne en schoonheidsverzorging voor mensen en dieren) en de consument zal kunnen denken dat ze door dezelfde onderneming aangeboden worden. De ondernemingen in klasse 44 zijn

immers vaak een distributiekanaal voor de waren uit de klassen 3 en 5. Opposant stelt dat het overgrote deel van de diensten in klasse 44 soortgelijk is aan de waren van zijn merk.

20. Gelet op het bovenvermelde verzoekt opposant het Bureau om de aanvraag van de verweerder door te halen en de laatste in de kosten van de procedure te verwijzen.

B. Reactie van verweerder

21. Verweerder verzoekt om bewijzen van gebruik. Hij stelt dat hij zijn inhoudelijke reactie reeds indient voor het geval er voldoende bewijzen van gebruik overgelegd worden.

22. Met betrekking tot de auditieve vergelijking merkt verweerder op dat beide tekens weliswaar uit zeven letters bestaan, maar dat de totaalindrukken verschillend zijn. De verschillende letters leveren een geheel andere uitspraak op en de klemtoon ligt net op deze verschillende letters, waardoor dit een duidelijk auditief verschil oplevert, aldus verweerder.

23. Op visueel vlak is verweerder van oordeel dat beide tekens een afwijkende lettercombinatie hebben en dat het visuele element in zijn teken dermate aanwezig is, dat het bestaan van verwarringsgevaar uitermate onwaarschijnlijk is.

24. Verweerder stelt verder dat het woord MELISANA geen specifieke betekenis heeft in tegenstelling tot zijn teken dat door het gebruik van het element MEDI een duidelijke associatie met het "medische" heeft. Hierdoor verkrijgt zijn teken een duidelijke en bepaalde betekenis en zal het relevante publiek volgens verweerder niet in verwarring raken.

25. Onder verwijzing naar rechtspraak stelt verweerder dat de enige auditieve overeenstemming onvoldoende is om gevaar voor verwarring aannemelijk te maken en dat de merken visueel en begripsmatig niet overeenstemmen. Tevens stelt verweerder dat de conceptuele betekenis enige mogelijke overeenstemming op auditief dan wel visueel gebied ruimschoots compenseert.

26. Verweerder betwist niet dat de warenomschrijvingen in de klassen 3 en 5 van de merken minstens sterk soortgelijk zijn, maar de soortgelijkheid tussen de waren in deze klassen met de diensten in klasse 44 is minder evident en de gelijkenis met de diensten in de klasse 35 ontbreekt in zijn geheel.

27. De waren in de klassen 3 en 5 verschillen naar aard, bestemming en gebruik van de diensten in klasse 44. Enkel vanwege het feit dat beide zich richten op het genezen en/of verzorgen van mensen en dieren kan niet aangenomen worden dat ze concurrerend of complementair zijn, aldus verweerder.

28. Verweerder stelt verder dat het in casu voornamelijk om geneesmiddelen en geneeskundige diensten gaat die veelal op medisch voorschrift worden verstrekt en dat hierdoor het aandachtsniveau van de gemiddelde consument hoger zal zijn, zodat het gevaar voor verwarring daarom al verwaarloosbaar is.

29. Gelet op het bovenstaande is verweerder van oordeel dat vanwege de geringe gelijkenis tussen de tekens en het hoge aandachtsniveau van de eindgebruikers, er geen sprake van verwarringsgevaar kan zijn en hij verzoekt het Bureau dan ook de oppositie af te wijzen en het depot in te schrijven.

III. **BESLISSING**

A.1. **Gebruiksbewijzen**

30. Verweerder heeft opposant verzocht om bewijzen van gebruik in te dienen. Opposant heeft binnen de daartoe verleende termijn stukken ingediend waaruit het gebruik moet blijken. Aangezien sommige stukken zwart/wit kopieën waren van documenten in kleur werden deze exemplaren niet doorgestuurd (zie supra, 12). Immers betreft het hier dan geen identieke stukken meer en kan de weergave in een bepaalde opmaak of kleur van invloed zijn op de beoordeling.

31. Verweerder heeft naar aanleiding van de doorzending door het Bureau van deze stukken niet meer gereageerd.

32. Het Bureau zal de bewijzen van gebruik dan ook niet beoordelen, nu verweerder niet heeft gereageerd. Op grond van regel 1.29, lid 4 van het Uitvoeringsreglement kan de verweerder "zijn aanvraag om bewijzen van gebruik in te dienen intrekken dan wel de verstrekte bewijzen als voldoende beschouwen". In regel 1.25, sub d wordt bepaald dat "feiten waarop de wederpartij niet heeft gereageerd als niet betwist worden beschouwd". Het Bureau is van mening dat, nu verweerder niet meer gereageerd heeft, partijen het er kennelijk over eens zijn dat het ingeroepen recht normaal gebruikt is (zie ook BBIE, oppositiebeslissing CRISTALLE, 2000301, 25 juni 2008).

A.2. **Verwarringsgevaar**

33. Overeenkomstig artikel 2.14, lid 1 BVIE kan de deposant of houder van een ouder merk, binnen een termijn van twee maanden, te rekenen vanaf de eerste dag van de maand volgende op de publicatie van het depot, schriftelijk oppositie instellen bij het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom tegen een merk dat in rangorde na het zijne komt, overeenkomstig de bepalingen in artikel 2.3, sub a en b BVIE of dat verwarring kan stichten met zijn algemeen bekende merk in de zin van artikel 6bis van het Verdrag van Parijs.

34. Artikel 2.3, sub a en b BVIE bepaalt: "Bij de beoordeling van de rangorde van het depot wordt rekening gehouden met de op het tijdstip van het depot bestaande en ten tijde van het geding gehandhaafde rechten op: a. gelijke, voor dezelfde waren of diensten gedeponeerde merken; b. gelijke of overeenstemmende, voor dezelfde of soortgelijke waren of diensten gedeponeerde merken, indien bij het publiek verwarring, inhoudende de mogelijkheid van associatie met het oudere merk, kan ontstaan."

35. Volgens vaste rechtspraak over de uitlegging van richtlijn 89/104/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (hierna: "Richtlijn") dient het gevaar voor verwarring bij het publiek, dat wordt gedefinieerd als het gevaar dat het publiek kan menen dat de betrokken waren of diensten van dezelfde onderneming of, in voorkomend geval, van economisch verbonden ondernemingen afkomstig zijn, globaal te worden beoordeeld, met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval (HvJEG, Canon, C-39/97, 29 september 1998, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, 22 juni 1999; BenGH, Brouwerij Haacht/Grandes Sources belges, A 98/3, 2 oktober 2000; Marca Mode/Adidas, A 98/5, 7 juni 2002; Hoge Raad der Nederlanden,

Flügel-flesje, C02/133HR, 14 november 2003; Hof van Beroep Brussel, N-20060227-1, 27 februari 2006).

Vergelijking van de waren en diensten

36. Bij de beoordeling van de soortgelijkheid van de betrokken waren of diensten moet 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 (HvJEG, arrest Canon, reeds geciteerd).

37. Bij vergelijking van de waren van het ingeroepen recht en de waren en diensten waartegen de oppositie is gericht, worden de waren en diensten in overweging genomen, respectievelijk in de bewoordingen zoals opgenomen in het register en zoals aangeduid in de merkaanvraag.

Oppositie gebaseerd op:	Oppositie gericht tegen:
KI 3 Zepen; parfumerieën, etherische oliën, cosmetische middelen, haarlotions; tandreinigingsmiddelen.	KI 3 Bleekmiddelen en andere wasmiddelen; reinigings-, polijst-, ontvettings- en schuurmiddelen; zepen; parfumerieën, etherische oliën, cosmetische middelen, haarlotions; tandreinigingsmiddelen.
KI 5 Farmaceutische, diergeneeskundige en hygiënische producten; ontsmettingsmiddelen; diëtische substanties voor medisch gebruik, voedingsmiddelen voor baby's; pleisters, verbandmiddelen.	KI 5 Farmaceutische en diergeneeskundige producten; hygiënische producten voor medisch gebruik; diëtische substanties voor medisch gebruik, voedingsmiddelen voor baby's; pleisters, verbandmiddelen; tandvulmiddelen en afdrumateriaal voor tandartsen; ontsmettingsmiddelen; middelen ter verdelging van ongedierte; schimmeldodende en onkruidverdelgende middelen.
	KI 35 Reclame; beheer van commerciële zaken; zakelijke administratie; administratieve diensten.
	KI 44 Medische diensten; veterinaire diensten; dienstverlening op het gebied van hygiëne en schoonheidsverzorging voor mensen of dieren; dienstverlening op het gebied van land-, tuin- en bosbouw.

Klasse 3

38. De waren "zeppen; parfumerieën, etherische oliën, cosmetische middelen, haarlotions; tandreinigingsmiddelen" komen *expressis verbis* voor in zowel de warenlijst van merk als teken en zijn derhalve identiek.

39. De meeste waren die door het merk in klasse 3 worden aangeduid, worden weliswaar uitsluitend als schoonheidsproducten of lichaamsverzorgingsproducten gebruikt, maar dit geldt evenwel niet voor zepen, die een dubbele functie hebben. Ook al worden zepen gebruikt voor het wassen en lekker laten ruiken van het lichaam, neemt dit niet weg dat zij tevens als reinigingsproducten voor het huis worden gebruikt. In dit opzicht zijn zij vergelijkbaar met "bleekmiddelen en andere wasmiddelen", alsmede met "reinigings-, polijst-, ontvettings- en schuurmiddelen". Bijgevolg is er sprake van soortgelijkheid tussen enerzijds de zepen die worden aangeduid door het oudere merk en anderzijds "bleekmiddelen en andere wasmiddelen; reinigings-, polijst-, ontvettings- en schuurmiddelen", waarvoor verweerder de inschrijving heeft gevraagd (zie GEA, ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB, T-214/04, 21 februari 2006).

Klasse 5

40. De waren "farmaceutische en diergeneeskundige producten; hygiënische producten voor medisch gebruik; diëtische substanties voor medisch gebruik, voedingsmiddelen voor baby's; pleisters, verbandmiddelen; ontsmettingsmiddelen" komen *expressis verbis* voor in zowel de warenlijst van merk als teken en zijn derhalve identiek.

41. De "schimmeldodende middelen" zijn soortgelijk aan de farmaceutische producten en diergeneeskundige producten van opposant. Immers kunnen mens en dier ook last hebben van bepaalde schimmelaandoeningen, waarvoor zij dienen behandeld te worden met zalven en dergelijke.

42. De "tandvulmiddelen en afdruk materiaal voor tandartsen" zijn soortgelijk aan de tandreinigingsmiddelen van opposant. Ook deze laatste waren worden door tandartsen gebruikt bij het behandelen van hun patiënten en behoren tot de middelen bestemd voor het behandelen van het gebit.

43. De "middelen ter verdelging van ongedierte; onkruidverdelgende middelen" zijn niet soortgelijk aan enige waar van opposant. Immers betreft het hier middelen met een zeer specifieke bestemming, namelijk de verdelging van ongedierte en onkruid. De waren van opposant bevinden zich in de medische en cosmetische sector en zijn derhalve naar hun aard en bestemming totaal verschillend.

Klasse 35

44. De diensten in klasse 35 zijn niet soortgelijk aan de waren van opposant. Het betreft hier immers specifieke diensten die op geen enkele wijze verband hebben met de door het merk van opposant beschermde waren in klasse 3 en 5.

Klasse 44

45. Hoewel in beginsel waren en diensten naar hun aard verschillend zijn, kunnen zij echter wel complementair zijn. In casu is dit het geval voor de volgende diensten: "medische diensten; veterinaire diensten; dienstverlening op het gebied van hygiëne en schoonheidsverzorging voor mensen of dieren". Voor het verstrekken van deze diensten is het gebruik van de waren van opposant nodig, waardoor er sprake is van complementariteit tussen deze waren en diensten.

46. De diensten "dienstverlening op het gebied van land-, tuin- en bosbouw" bevinden zich in een compleet andere sector dan de waren van opposant, die gericht zijn op verzorging en behandeling van medische aandoeningen bij mens en/of dier. Deze diensten zijn dan ook niet soortgelijk.

Conclusie

47. De waren en diensten van verweerder zijn deels identiek, deels soortgelijk en deels niet soortgelijk aan de waren van opposant.


Vergelijking van de tekens

48. Uit de bewoordingen van artikel 4, lid 1, sub b van de richtlijn (vergelijk artikel 2.3, sub b BVIE), volgens dewelke "bij het publiek verwarring kan ontstaan, inhoudende de mogelijkheid van associatie met het oudere merk", volgt dat de indruk die bij de gemiddelde consument van de betrokken soort waren of diensten achterblijft, een beslissende rol speelt in de globale beoordeling van het verwarringsgevaar. De gemiddelde consument neemt een merk gewoonlijk als een geheel waar en let niet op de verschillende details ervan (HvJEG, Sabel, C-251/95, 11 november 1997).

49. De globale beoordeling van het verwarringsgevaar dient wat de visuele, auditieve of begripsmatige gelijkenis van de tekens betreft te berusten op de totaalindruk die door de merken wordt opgeroepen, daarbij onder meer rekening houdend met hun onderscheidende en dominerende bestanddelen.

50. De totaalindruk die een samengesteld merk bij het relevante publiek nalaat, kan door een of meerdere bestanddelen ervan kan worden gedomineerd (HvJEG, Limonchello, C-334/05 P, 12 juni 2007). Bij de beoordeling of een of meer bestanddelen van een samengesteld merk domineren, moet met name met de intrinsieke eigenschappen van elk van die bestanddelen rekening worden gehouden door deze te vergelijken met de eigenschappen van de andere bestanddelen. Bovendien kan eventueel worden gezien, hoe de verschillende bestanddelen in de configuratie van het samengestelde merk zich tot elkaar verhouden (GEA, Matratzen, T-6/01, 23 oktober 2002 en El Charcutero Artesano, T-242/06, 13 december 2007).

51. De te vergelijken tekens zijn de volgende:

Oppositie gebaseerd op:	Oppositie gericht tegen:
MELISANA	

Begripsmatige vergelijking

52. Het ingeroepen recht heeft in zijn geheel geen vaststaande betekenis voor het in aanmerking komend Benelux publiek. Het bevat echter wel als suffix het element "sana". Dit bestanddeel zal door het in aanmerking komend publiek worden begrepen als gezond, mede door het bekende Latijnse adagium: "*Mens sana in corpore sano*", dat zoveel wil zeggen als "een gezonde geest in een gezond lichaam" (zie tevens: BBIE, oppositiebeslissing Beausema, 2001409, 23 april 2008).

53. Het teken van verweerder bevat een duidelijke verwijzing naar het woord medicijn. Maar het heeft echter in zijn geheel geen betekenis in één van de in de Benelux begrepen talen. Het prefix "medi" is daarentegen wel een gangbaar voorvoegsel voor medische waren en diensten.

54. Deze twee elementen, “sana” in het ingeroepen recht en “medi” in het bestreden teken, zijn met betrekking tot de aangeduide waren en diensten weinig onderscheidend. Het publiek zal over het algemeen een beschrijvend bestanddeel van een samengesteld merk niet beschouwen als het onderscheidende en dominerende bestanddeel van de door dit merk opgeroepen totaalindruk (zie GEA, arrest BUDMEN, T-129/01, 3 juli 2003 en arrest Echinaid, T-202/04, 5 april 2006).

55. Zoals hiervoor gesteld, heeft geen van beide tekens echter in zijn geheel een duidelijke en vaststaande betekenis in een van de in de Benelux begrepen talen, waardoor de begripsmatige vergelijking voor de verdere beoordeling van deze oppositie niet aan de orde is.

Visuele vergelijking

56. Het ingeroepen recht is een zuiver woordmerk, bestaande uit een woord van in totaal acht letters, MELISANA.

57. Het bestreden teken is een gecombineerd woord-/beeldmerk, bestaande uit een wordelement van eveneens acht letters, MEDISINA. Het eerste deel van dit wordelement is in het blauw en het laatste deel is in het groen geschreven. De letter S is als een slang weergegeven. Het puntje op de i is in de vorm van een blauwe schaal of kom.

58. Bij samengestelde tekens (woord- en beeldelement) heeft het wordelement vaak een grotere impact op de consument dan het beeldelement. Reden hiervoor is dat het publiek de tekens niet steeds analyseert en vaak naar het teken verwijst door gebruik te maken van het wordelement. De opmaak van het bestreden teken zal in casu als versiering worden opgevat. Immers is het gebruik van een slang voor medische waren en diensten, door het traditionele gebruik van de esculaap, erg courant. Hetzelfde geldt voor de vervanging van het puntje op i door een kom of schaal. Dit is immers een gekend onderdeel van de vijzel die vroeger door apothekers werd gebruikt samen met een stamper om hun magistrale bereidingen te maken. De aandacht van het in aanmerking komend publiek zal dus voornamelijk uitgaan naar het wordelement van het teken.

59. Merk en teken delen evenveel letters, waarvan de eerste twee en de laatste twee op dezelfde positie staan. Tevens is het middelste gedeelte, te weten de letters IS, ook identiek. De enige afwijking op woordelijk vlak is dus gelegen in het feit dat de derde letter in het merk een L is, terwijl dit in het teken een D is, alsook dat de zesde letter in het merk een A is, terwijl dit in het teken een I is.

60. Ondanks de weinig onderscheidende suffix en prefix van respectievelijk merk en teken (zie supra, 53), vertonen merk en teken dermate veel overeenkomsten dat het Bureau van oordeel is dat de totaalindruk van de tekens in visueel opzicht overeenstemt.

Auditieve vergelijking

61. Het ingeroepen recht bestaat uit een woord van vier lettergrepen [ME-LI-SA-NA].

62. Het bestreden teken bestaat eveneens uit een woord van vier lettergrepen [ME-DI-SI-NA].

63. De eerste en de laatste lettergreep van merk en teken zijn identiek, hierdoor is hun begin- en eindklank gelijk. De tweede lettergreep van het teken wijkt slechts in lichte mate af van deze van deze van het merk. De slotklank van deze lettergreep is immers dezelfde, er is op auditief vlak slechts een klein verschil door het gebruik van respectievelijk de medeklinker L en D aan het begin ervan. Bij de derde lettergreep is de beginklank, door de letter S, dezelfde, de slotklank is verschillend door het gebruik van een andere klinker.

64. De verschillen bevinden zich in het midden van de tekens en wegen niet op tegen de grote mate van overeenstemming door de identieke elementen. De cadans en het klankbeeld van merk en teken zijn dan ook sterk gelijkend.

65. Het Bureau is van oordeel dat de totaalindruk van de tekens op auditief vlak overeenstemt.

Conclusie

66. De totaalindruk van merk en teken stemt, zowel op visueel als auditief vlak, overeen. Begripsmatig hebben merk en teken in hun geheel geen vaststaande betekenis, waardoor een begripsmatige vergelijking verder niet aan de orde is.

A.3. Overige relevante factoren

67. Bij de beoordeling van het gevaar voor verwarring spelen met name de aandacht van het publiek, de (soort)gelijkheid van de waren en diensten en de overeenstemming van de tekens een rol.

68. De gemiddelde consument wordt geacht redelijk oplettend, geïnformeerd en omzichtig te zijn. Het aandachtsniveau van de gemiddelde consument kan variëren naar gelang van de soort waren of diensten waarom het gaat (arrest Lloyd, reeds geciteerd). Voor het overgrote deel van de waren en diensten geldt dat er sprake is van een gemiddeld aandachtsniveau of kan er sprake zijn van een aandachtsniveau dat varieert, waardoor uitgegaan dient te worden van het laagste aandachtsniveau.

69. Voor wat betreft het aandachtsniveau van de gemiddelde consument van farmaceutische producten dient geval per geval te worden vastgesteld, op basis van de omstandigheden van het dossier en in het bijzonder van de therapeutische indicaties van de betrokken waren. In het geval van geneesmiddelen die aan een recept zijn onderworpen, zal dit aandachtsniveau doorgaans hoger zijn, aangezien deze geneesmiddelen worden voorgeschreven door een arts en vervolgens gecontroleerd door een apotheker die deze aflevert aan de consumenten (zie GEA, arrest Galzin, T-483/04, 17 oktober 2006).

70. Omdat het hier - al dan niet receptplichtige - farmaceutische producten betreft, kan er sprake zijn van een hoger dan gemiddeld aandachtsniveau bij het in aanmerking komend publiek. Wat de medische beroepsbeoefenaars betreft, geldt dat zij een hoog aandachtsniveau hebben bij het voorschrijven van de waren (zie GEA, arrest Aturion, T-146/06, 13 februari 2008). Wat de eindgebruikers betreft, bestaat er mogelijk een hoger dan gemiddeld aandachtsniveau bij het voorschrijven van deze waren (zie HvJEG, arrest Alcon, C-412/05 P, 26 april 2007 en GEA, arrest Aturion, reeds aangehaald) of wanneer het waren betreft die relatief ernstige aandoeningen behandelen (zie in die zin GEA, arrest Respicur, T-256/04, 13 februari 2007 en arrest Aturion, reeds aangehaald). Dit is evenwel niet uit de

gehanteerde classificatie af te leiden. Er zal dan ook hier verder uitgegaan worden van een gemiddeld aandachtsniveau.

71. De globale beoordeling van het gevaar voor verwarring veronderstelt 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 en Lloyd, beide reeds aangehaald).

72. De beoordeling van de overeenstemming tussen twee merken berust op de totaalindruk die door de betrokken merken wordt opgeroepen, waarbij in het bijzonder rekening moet worden gehouden met hun onderscheidende en dominerende bestanddelen. Het verwarringsgevaar is des te groter naarmate de onderscheidingskracht van het oudere merk sterker is. Merken die, hetzij van huis uit, hetzij wegens hun bekendheid op de markt, een sterke onderscheidingskracht hebben, genieten dus een ruimere bescherming dan merken met een geringe onderscheidingskracht (zie HvJEG, arresten Canon, Sabel en Lloyd, alle reeds aangehaald). Bekendheid werd door opposant niet ingeroepen. Aangezien het ingeroepen recht in zijn totaliteit geen vaststaande betekenis heeft ten opzichte van de beschermde waren en diensten beschikt het over een normaal onderscheidend vermogen.

B. Conclusie

73. De waren en diensten zijn deels identiek, deels soortgelijk en deels niet soortgelijk. De totaalindruk van de tekens stemt overeen op zowel auditief als visueel vlak. Begripsmatig heeft geen van beide tekens een vaststaande betekenis. Op grond van het voorgaande is het Bureau van oordeel dat voor de identieke en soortgelijke waren en diensten de consument kan menen dat deze afkomstig zijn van dezelfde, dan wel economisch verbonden ondernemingen en er aldus sprake is van gevaar voor verwarring.

IV. BESLUIT

74. De oppositie wordt gedeeltelijk toegewezen.

Om deze redenen beslist het Bureau dat

75. De oppositie met nummer 2001460 gedeeltelijk gegrond is.

76. De Benelux merkaanvraag met nummer 1130609 niet ingeschreven wordt voor de volgende waren en diensten:

- Klasse 3 (*alle waren*)
- Klasse 5: Farmaceutische en diergeneeskundige producten; hygiënische producten voor medisch gebruik; diëtische substanties voor medisch gebruik, voedingsmiddelen voor baby's; pleisters, verbandmiddelen; tandvulmiddelen en afdruk materiaal voor tandartsen; ontsmettingsmiddelen; schimmeldodende middelen.

- Klasse 44: Medische diensten; veterinaire diensten; dienstverlening op het gebied van hygiëne en schoonheidsverzorging voor mensen of dieren.

77. De Benelux merkaanvraag met nummer 1130609 wel ingeschreven wordt voor de volgende waren en diensten:

- Klasse 5: Middelen ter verdelging van ongedierte; onkruidverdelgende middelen.
- Klasse 35 (*alle diensten*)
- Klasse 44: Dienstverlening op het gebied van land-, tuin- en bosbouw.

78. Geen van de partijen in de kosten wordt verwezen op grond van artikel 2.16, lid 5 BVIE juncto regel 1.32, lid 3 uitvoeringsreglement, aangezien de oppositie gedeeltelijk toegewezen wordt.

Den Haag, 2 juli 2009

Diter Wuytens
(*rapporteur*)

Saskia Smits

Pieter Veeze

Administratieve behandelaar: Françoise Dufrasne