



BENELUX-BUREAU VOOR DE INTELLECTUELE EIGENDOM
BESLISSING inzake OPPOSITIE
N° 2002134
van 1 december 2009

Opposant: **The Concentrate Manufacturing Company of Ireland, also trading as Seven-Up International, Irish corporation**
20 Reid Street, Williams House
Hamilton 5.33
Bermuda-Eilanden

Gemachtigde: **Novagraaf Nederland B.V.**
Hogehilweg 3
1101 CA Amsterdam-Zuidoost
Nederland

Ingeroepen merk 1: SEVEN UP (Benelux inschrijving 9802)
Ingeroepen merk 2: SEVEN-UP (Europese inschrijving 72652)
Ingeroepen merk 3: SEVEN UP (Internationale inschrijving 72694)

tegen

Verweerder: **Koninklijke Van den Boer Groep B.V.**
Logtenburg 4
5465 LA Veghel
Nederland

Gemachtigde: **Banning advocaten**
Statenlaan 55
5223 LA 's-Hertogenbosch
Nederland

Betwiste merk: 0SEVEN (Benelux depot 1140771)

I. FEITEN EN PROCEDURE**A. Feiten**

1. Op 7 augustus 2007 heeft verweerder de aanvraag tot inschrijving van het woordmerk 0SEVEN ingediend, ter onderscheiding van waren en diensten in de klassen 29, 30, 31, 32, 33 en 43. Deze aanvraag is onder nummer 1140771 in behandeling genomen en gepubliceerd op 9 augustus 2007.
2. Op 31 oktober 2007 heeft de opposant oppositie ingesteld tegen de inschrijving van deze merkaanvraag. De oppositie is gebaseerd op de volgende eerdere merken:
 - Benelux inschrijving 9802 van het woordmerk SEVEN UP, ingediend op 3 maart 1971 voor waren in de klassen 30 en 32;
 - Europese inschrijving 72652 van het woordmerk SEVEN-UP, ingediend op 1 april 1996 en ingeschreven op 7 oktober 1998 voor waren in klasse 32;
 - Europese inschrijving 72694 van het woordmerk SEVEN UP, ingediend op 1 april 1996 en ingeschreven op 7 oktober 1998 voor waren in klasse 32.
3. Volgens de registers is de opposant daadwerkelijk de houder van de ingeroepen rechten.
4. De oppositie is ingesteld tegen alle waren en diensten in de klassen 32, 33 en 43 van het betwiste depot. De oppositie is gebaseerd op alle waren van de ingeroepen rechten.
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 13 november 2007.
8. De contradictoire fase van de procedure is aangevangen op 14 januari 2008. Het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (hierna "het Bureau") heeft op 22 januari 2008 de mededeling van aanvang van de procedure aan partijen gezonden, waarbij aan opposant een termijn is gegeven tot en met 22 maart 2008 voor het indienen van zijn argumenten en eventuele stukken ter ondersteuning daarvan.
9. Op 19 maart 2008 heeft de opposant argumenten ingediend. Het Bureau heeft deze doorgestuurd naar verweerder op 9 april 2008 en hem een termijn gesteld tot en met 9 juni 2008 om hierop te reageren.
10. Op 9 juni 2008 heeft verweerder te kennen gegeven dat hij in dit stadium van de procedure nog niet wenste te reageren op de argumenten van opposant, maar dat hij bewijzen van gebruik verlangde met betrekking tot de ingeroepen rechten.

11. Op 17 juni 2008 heeft het Bureau opposant verzocht bewijzen van gebruik in te dienen en hem hiertoe een termijn gesteld tot en met 17 augustus 2008.

12. Op 18 augustus 2008 heeft opposant de gevraagde bewijzen van gebruik ingediend. Aangezien 17 augustus 2008 een zondag was, zijn deze ingevolge regel 3.9 lid 3 van het uitvoeringsreglement (hierna: "UR") tijdig ingediend. Op 27 augustus 2008 heeft het Bureau deze bewijzen van gebruik doorgestuurd naar verweerder en hem een termijn gesteld tot en met 27 oktober 2008 om daarop te reageren, alsmede op de argumenten van opposant.

13. Op 24 oktober 2008 heeft verweerder gereageerd op zowel de argumenten van opposant als op de overgelegde bewijzen van gebruik. Het Bureau heeft deze reactie aan de opposant gezonden op 3 november 2008.

14. Elke partij heeft haar opmerkingen ingediend binnen de door het Bureau gestelde termijnen.

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

II. MIDDELEN VAN DE PARTIJEN

16. 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 identiteit of overeenstemming van de betrokken tekens en van de (soort)gelijkheid van de waren of diensten in kwestie.

A. Argumenten van opposant

17. Opposant is van mening dat het woord SEVEN een belangrijk en dominant gedeelte vormt van zowel de oudere merken als het betwiste teken. In visueel opzicht zijn de tekens dan ook sterk overeenstemmend, aldus opposant. De tekens bestaan uit drie lettergrepen, waarvan er twee identiek worden uitgesproken, zodat de tekens ook in fonetisch opzicht sterk overeenstemmen. Beide tekens bevatten het Engelse woord voor het cijfer "zeven", waardoor de tekens ook in begripsmatig opzicht sterk overeenstemmen, zo stelt opposant.

18. De waren en diensten van het betwiste teken zijn volgens opposant deels identiek en voor het overige sterk soortgelijk.

19. Wat betreft het onderscheidend vermogen van de ingeroepen rechten, bestaan deze weliswaar uit de gewone Engelse woorden *seven* en *up*, maar aangezien deze begrippen geen enkele relatie hebben met de aard of eigenschappen van de betreffende waren, meent opposant dat deze merken van zichzelf een groot onderscheidend vermogen hebben voor deze waren. Bovendien kennen deze merken reeds sedert lang een aanzienlijk marktaandeel alsmede een grote mate van bekendheid bij het in aanmerking komend publiek in de Benelux, zo stelt opposant. Hierdoor is volgens opposant het onderscheidend vermogen van de merken alleen nog maar toegenomen.

20. Opposant meent derhalve dat er sprake is van gevaar voor verwarring en dat de oppositie daarom dient te worden toegewezen, het betwiste teken moet worden geweigerd, en verweerder dient te worden veroordeeld in de kosten van de oppositieprocedure.

B. Reactie van verweerder

21. Verweerder heeft in eerste instantie verzocht om bewijzen van gebruik met betrekking tot de ingeroepen rechten.

22. Verweerder betwist dat opposant voldoende bewijs van gebruik heeft geleverd voor alle waren waarop de oppositie gebaseerd is. Met name ontbreekt volgens verweerder ieder bewijs van gebruik ten aanzien van de waren *bieren, ale en porter, siropen en andere preparaten voor de bereiding van dranken en minerale wateren en andere alcoholvrije dranken*.

23. Maar ook al zien de bewijzen van gebruik enkel op de categorie *gazeuse wateren*, ook ten aanzien van die waren zijn de gebruiksbewijzen niet toereikend, aldus verweerder. Sommige stukken hebben betrekking op een teken dat duidelijk afwijkt van de ingeroepen rechten, van andere stukken is niet duidelijk van wie ze afkomstig zijn, weer andere stukken zeggen niets over de plaats, duur, omvang en wijze van gebruik, en van nog andere stukken valt de authenticiteit niet vast te stellen, aldus verweerder.

24. Ten aanzien van de gebruiksbewijzen concludeert verweerder dan ook dat opposant geen bewijzen in het geding heeft gebracht, althans niet de vereiste bewijzen van gebruik, zodat de oppositie dient te worden afgesloten, met veroordeling van opposant in de kosten.

25. Verweerder betwist eveneens de door opposant ingeroepen bekendheid van zijn merken. Deze mag namelijk niet worden verondersteld, maar moet worden bewezen, zo stelt verweerder. Dit bewijs ontbreekt: ter staving van de omzet worden geen stukken in het geding gebracht en de voorgelegde verkoopcijfers zijn niet transparant en verifieerbaar.

26. Ook betwist verweerder de stelling van opposant dat de ingeroepen rechten van oudsher al een groot onderscheidend vermogen hebben. Het is bekend, zo betoogt verweerder, dat UP verband houdt met de UP van *bottoms up*, ter aanduiding van het proosten dat men met drank pleegt te doen. Verder kan UP volgens verweerder ook verband houden met het koolzuur in de frisdrank en SEVEN zou het aantal in de frisdrank aanwezige ingrediënten kunnen aanduiden.

27. Wat de vergelijking van de tekens aangaat, merkt verweerder op dat er geen sprake is van een sterke visuele gelijkenis. Het betwiste teken vormt één geheel, namelijk het cijfer 0, onmiddellijk gevolgd door het woord SEVEN, terwijl de ingeroepen rechten bestaan uit twee woorden, al dan niet gescheiden door een liggend streepje. Verweerder bestrijdt dat SEVEN een zodanig belangrijk of dominerend bestanddeel is dat sprake is van een in visueel opzicht sterke gelijkenis.

28. Auditief is er volgens verweerder evenmin sprake van een sterke overeenstemming. Bij het betwiste teken ligt de klemtoon duidelijk op de 0, hetgeen in combinatie met het Engelse SEVEN zal klinken als NUL SEVEN, aldus verweerder. Er is dus een duidelijk hoorbaar auditief verschil tussen de tekens, dat meteen bij de uitspraak doorklinkt.

29. Begripsmatig is er geen enkele gelijkens tussen de tekens, zo meent verweerder. Dat SEVEN in het Nederlands (het cijfer) zeven betekent en UP "op", terwijl 0 en SEVEN in het Nederlands cijfers zijn, levert volgens verweerder geen (significante) begripsmatige overeenstemming op. 0SEVEN verwijst begripsmatig naar de datum waarop het teken werd gelanceerd (07-07-'07), welke betekenis het merk SEVEN UP geheel vreemd is.

30. Wat de vergelijking van de waren en diensten aangaat, merkt verweerder op dat *bieren* niet soortgelijk zijn aan *ale en porter*, dat *vruchtendranken en vruchtensappen* niet soortgelijk zijn aan *alcoholvrije dranken*, dat *alcoholhoudende dranken* niet soortgelijk zijn aan de waren van opposant in klasse 32 en dat de diensten in klasse 43 van het betwiste teken niet soortgelijk zijn aan enige waar van de ingeroepen rechten.

31. Verweerder is naar eigen zeggen actief in de specifieke wereld van de catering en meent dat daardoor moet worden uitgegaan van een hoger aandachtsniveau bij de gemiddelde consument.

32. Verweerder concludeert tot afwijzing van de oppositie, althans subsidiair tot strikte beperking van een gegrondverklaring tot *gazeuse wateren*, met veroordeling van opposant in de kosten.

III. **BESLISSING**

A.1. **Gebruiksbewijzen**

33. In toepassing van de bepalingen van de artikelen 2.16, lid 3, sub a en 2.26, lid 2, sub a BVIE en regel 1.29 UR, dienen de ingeroepen merken normaal gebruikt te zijn in het Benelux-gebied in een tijdvak van vijf jaren voorafgaand aan de datum van de publicatie van het depot waartegen de oppositie zich richt.

34. Aangezien de ingeroepen rechten meer dan vijf jaar voorafgaand aan de datum van publicatie van de aanvraag ingeschreven werden, is het verzoek tot overlegging van gebruiksbewijzen gegrond.

35. Het betwiste depot werd gepubliceerd op 9 augustus 2007. De periode die in aanmerking moet worden genomen – de relevante periode – loopt dus van 9 augustus 2002 tot 9 augustus 2007.

36. Overeenkomstig regel 1.29 UR dienen de bewijzen van gebruik aanwijzingen te bevatten over de plaats, duur, omvang en wijze van het gebruik dat is gemaakt van het oudere merk voor de waren of diensten waarop de oppositie berust.

Beoordeling van de ingediende gebruiksbewijzen

37. Ten bewijze van gebruik van zijn ingeroepen rechten dient opposant stukken in, door hemzelf als volgt omschreven:

- Groothandelsprijslijsten, gedateerd 19 april 2004 van Vrumona B.V., de bottelaar van de SEVEN UP producten;
- Factuur van Vrumona B.V. aan Van Dijk Bunnik B.V. voor onder meer SEVEN UP producten;

- Foto's van 33 cl. blikjes 7UP en 7UP FREE, met op de achterzijde het merk SEVEN-UP;
- Een overzicht van de bedragen die verweerder vanaf 2005 tot en met augustus 2008 aan publiciteit voor het product SEVEN UP heeft uitgegeven in Nederland;
- Een overzicht van de verkoopcijfers voor België in de periode januari tot en met juli 2007;
- Artwork voor het 33 cl. blikje zoals dat in België wordt verkocht.

38. De groothandelsprijzlijsten en de factuur (gedateerd 14 november 2003) vallen binnen de relevante periode en bevatten, naast de merknaam Seven Up, de vermeldingen *Lemon Lime* en *Regular*. Het artwork vermeldt als datum 21 juni 2007, de blikjes zijn daarentegen niet gedateerd. Uit deze blikjes en het artwork blijkt dat zij bestemd zijn voor frisdrank, respectievelijk limonade.

39. De overzichten van publiciteitsuitgaven in Nederland en verkoopcijfers in België zijn kennelijk afkomstig van opposant zelf. Dit heeft echter op zich niet noodzakelijkerwijs tot gevolg dat dit materiaal daardoor buiten beschouwing moet blijven. Wel moet bij de beoordeling van de bewijskracht van een stuk rekening worden gehouden met de herkomst daarvan, de omstandigheden waarin het tot stand is gekomen, degene tot wie het is gericht, en of het, gelet op zijn inhoud, redelijk en geloofwaardig overkomt (GEA, Salvita, T-303/03, 7 juni 2005). In casu ziet het Bureau geen redenen om aan de redelijkheid en geloofwaardigheid van deze stukken te twijfelen.

40. Zoals blijkt uit de jurisprudentie, wordt van een merk een „normaal gebruik” gemaakt wanneer het, overeenkomstig zijn voornaamste functie, dat wil zeggen het waarborgen van de identiteit van de oorsprong van de waren of diensten waarvoor het is ingeschreven, wordt gebruikt teneinde voor die waren of diensten een afzet te vinden of te behouden, met uitsluiting van symbolisch gebruik dat enkel ertoe strekt, de aan het merk verbonden rechten te behouden (HvJEG, Ansul, C-40/01, 11 maart 2003). Uit het geheel van de door opposant ingediende stukken blijkt dat aan deze voorwaarden is voldaan, althans met betrekking tot de in de gebruiksbewijzen genoemde waren *limonade* en, meer in het algemeen, *frisdrank*.

Conclusie

41. Het Bureau is van oordeel dat opposant voldoende heeft aangetoond dat de ingeroepen rechten in de relevante periode in de Benelux gebruikt zijn voor *frisdranken*. Voor de overige waren waarop de oppositie is gebaseerd, is gebruik van de rechten niet aangetoond. Ingevolge regel 1.17, lid 1 sub e UR dient het Bureau de beslissing derhalve uitsluitend te nemen op basis van *frisdranken*.

A.2. Verwarringsgevaar

42. 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 Bureau 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.

43. 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.”

44. Volgens vaste rechtspraak over de uitlegging van Richtlijn 2008/95/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2008 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, 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 tekens

45. 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).

46. 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 (arresten Sabel en Lloyd, beide reeds aangehaald).

47. De te vergelijken tekens zijn de volgende:

Met betrekking tot het eerste ingeroepen recht (Benelux inschrijving 9802):

Oppositie gebaseerd op:	Oppositie gericht tegen:
SEVEN UP	0SEVEN

Visuele vergelijking

48. Beide tekens zijn zuivere woordmerken. Het ingeroepen recht bestaat uit twee woorden van respectievelijk vijf en twee letters, het betwiste teken bestaat uit één woord van vijf letters en een cijfer, waarbij zij opgemerkt dat het cijfer 0 ook kan gelezen worden als de letter O.

49. Het element SEVEN springt visueel in het oog doordat het veruit het langste element is bij beide tekens en zich zowel in het ingeroepen recht als in het betwiste teken als een afzonderlijk woord laat lezen. Bovendien wordt dit woord in het ingeroepen recht door een spatie gescheiden van de rest van

het merk en bij het betwiste teken vergezeld van een cijfer, hetgeen eveneens een zekere scheiding teweegbrengt.

50. De consument zal in het algemeen meer belang hechten aan het eerste deel van een merk (zie in die zin GEA, Mundicor, T-183/02 en T-184/02, 17 maart 2004). Het eerste deel van het ingeroepen recht is duidelijk SEVEN, dat zoals reeds gezegd, als een afzonderlijk woord zal waargenomen worden. Dit deel is geheel verschillend van het eerste deel van het betwiste teken (het cijfer 0), maar is identiek aan het tweede deel daarvan.

51. De tekens zijn op visueel vlak overeenstemmend.

Auditieve vergelijking

52. Beide tekens tellen drie lettergrepen. Het betwiste teken zal immers uitgesproken worden als [o-se-ven], ongeacht of men de eerste letter als het cijfer 0 dan wel als de letter O leest; in het Engels is het gebruikelijk het afzonderlijke cijfer 0 uit te spreken als O. De eerste twee lettergrepen van het ingeroepen recht komen dus identiek voor in het betwiste teken. Ondanks de geringe verschillen in uitspraak van de resterende lettergreep, is de auditieve totaalindruk overeenstemmend.

53. De tekens zijn op auditief vlak overeenstemmend.

Begripsmatige vergelijking

54. Beide tekens bevatten het woord SEVEN, dat door eenieder zal herkend worden als het Engelse cijfer zeven. UP is eveneens een Engels woord met meerdere betekenissen, maar in de gegeven context is het niet duidelijk waar dit woord voor staat. Het betwiste teken begint met het cijfer 0, hetgeen de verwijzing naar het cijfer zeven nog versterkt. Het is immers niet ongebruikelijk, bijvoorbeeld op formulieren en bij het invoeren van data in de computer, dat cijfers voorafgegaan worden door een nul (de zogenaamde "voorloopnul"), zodat het cijfer 7 geschreven wordt als 07.

55. Merk en teken verwijzen beide naar het cijfer zeven en stemmen in begripsmatig opzicht dus overeen.

Conclusie

56. Merk en teken zijn zowel in visueel als in auditief en begripsmatig opzicht overeenstemmend.

Vergelijking van de waren en diensten

57. Bij de beoordeling van de soortgelijkheid van de betrokken waren en diensten moet rekening worden gehouden met alle relevante factoren die de verhouding tussen de waren en 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).

58. 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 waarvoor het bewijs van gebruik is geleverd, respectievelijk zoals aangeduid in de merkaanvraag.

59. De te vergelijken waren en diensten zijn de volgende:

Oppositie gebaseerd op:	Oppositie ingesteld tegen:
Klasse 32 Frisdranken.	Klasse 32 Bieren; minerale en gazeuse wateren en andere alcoholvrije dranken; vruchtendranken en vruchtensappen; siropen en andere preparaten voor de bereiding van dranken.
	Klasse 33 Alcoholhoudende dranken (uitgezonderd bieren).
	Klasse 43 Restauratie diensten (het verstrekken van voedsel en dranken), al dan niet op catering basis.

Klasse 32

60. Alle waren van het betwiste teken in deze klasse zijn sterk soortgelijk aan de waren van het ingeroepen recht. Het zijn alle dranken of producten ter bereiding van of toevoeging aan dranken, die bestemd zijn voor menselijke consumptie en om de dorst te lessen. Ook de distributiekkanalen zijn dezelfde: al deze producten zijn in dezelfde winkels verkrijgbaar en bevinden zich op dezelfde afdeling in supermarkten. Daarnaast kan men in een café, restaurant of op een terras elk van deze dranken bestellen en staan zij naast elkaar vermeld op de kaart. Hierdoor zijn de waren van verweerder bovendien concurrerend aan de waren van opposant.

Klasse 33

61. De waren *alcoholhoudende dranken (uitgezonderd bieren)* van het betwiste teken zijn soortgelijk aan de waren van het ingeroepen recht. In eet- en drankgelegenheden zijn al deze dranken verkrijgbaar en zullen zij in een gezelschap vaak naast elkaar worden besteld. Deze dranken zijn ook concurrerend, want indien men geen alcoholische drank wil nuttigen, zal men wellicht opteren voor een glaasje fris. Daarnaast worden deze dranken ook niet zelden samen gebruikt, zoals bijvoorbeeld in longdrinks.

Klasse 43

62. In het algemeen zijn diensten en waren naar hun aard verschillend. In geval van waren gaat het om fysieke producten die overgedragen kunnen worden en in het geval van diensten gaat het om ontastbare activiteiten die verricht worden. Inherent aan deze verschillen is dat de wijze van gebruik van waren en diensten ook verschillend is. Waren en diensten kunnen echter wel complementair zijn, bepaalde diensten kunnen immers niet uitgevoerd worden zonder gebruik te maken van bepaalde waren.

63. In casu zijn de waren van het ingeroepen recht complementair aan de diensten van het betwiste teken: wil men immers dranken kunnen verstrekken, waaronder frisdrank, dan zal men deze noodzakelijkerwijs ook ter beschikking dienen te hebben. Het verstrekken van voedsel gaat veelal gepaard met het verstrekken van dranken en het al dan niet op catering basis verstrekken van deze

diensten doet niets af aan hun essentie. Deze diensten zijn dus soortgelijk aan de waren van het ingeroepen recht.

Conclusie

64. De waren en diensten van het betwiste teken zijn alle soortgelijk aan de waren van het ingeroepen recht waarvoor het bewijs van gebruik is geleverd.

A.2. Overige relevante factoren

65. 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.

66. 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). In het voorliggende geval gaat het om allerhande dranken, dit wil zeggen courante verbruiksgoederen, waarmee de doorsnee consument omzeggens dagelijks te maken heeft. Het aandachtsniveau van de gemiddelde consument mag dan ook normaal geacht mag worden. Het Bureau ziet niet in dat in de wereld van de catering zou moeten worden uitgegaan van een hoger aandachtsniveau, hetgeen verweerder stelt.

67. 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 (HvJEG, Canon, Sabel en Lloyd, alle reeds geciteerd). Opposant meent dat zijn merken van huis uit een sterk onderscheidend vermogen hebben en dientengevolge een ruimere beschermingsomvang genieten. Daarnaast beroept opposant zich op een grote mate van bekendheid van zijn merken, maar heeft deze bekendheid niet genoegzaam aangetoond. Anders dan verweerder stelt, acht het Bureau het onwaarschijnlijk dat het publiek de merken zal opvatten als verwijzend naar de uitdrukking *bottoms up*, of naar het aantal in de frisdrank aanwezige ingrediënten. Het Bureau is dan ook uitgegaan van een normaal onderscheidend vermogen en een normale beschermingsomvang van de ingeroepen rechten.

68. In tegenstelling tot hetgeen verweerder stelt (zie punt 24), is er geen sprake van een afsluiting op grond van artikel 2.16, lid 3 BVIE als opposant het gebruik van het ingeroepen recht niet heeft aangetoond. Het Bureau gaat in dat geval over tot het nemen van een beslissing op grond van artikel 2.16, lid 4 BVIE juncto regel 1.31 UR. Artikel 2.16, lid 3 BVIE ziet immers alleen op het geval wanneer de opposant binnen de gestelde termijn geen stukken heeft overgelegd waaruit blijkt dat het recht op zijn merk niet ingevolge artikel 2.26, lid 2, sub a BVIE vervallen kan worden verklaard. In onderhavig geval is het Bureau overigens van oordeel dat het bewijs (voor een deel der waren) wel is geleverd.

69. In het kader van de oppositieprocedure is er geen sprake van een veroordeling tot betaling van de gemaakte kosten ten behoeve van de andere partij. Enkel is voorzien in een kostenverwijzing, die is vastgesteld op het vaststaande bedrag van de opposietaks, indien de oppositie volledig wordt toegewezen (of afgewezen).

B. Conclusie

70. De tekens zijn visueel, auditief en begripsmatig overeenstemmend. De waren en diensten van het betwiste teken waartegen de oppositie gericht is, zijn soortgelijk aan de waren van het ingeroepen recht waarvoor bewijs van gebruik is geleverd. Op deze gronden is het Bureau van oordeel dat het in aanmerking komend publiek kan menen dat deze waren en diensten afkomstig zijn van dezelfde of van economisch verbonden ondernemingen, en er aldus sprake is van gevaar voor verwarring.

71. Aangezien het gevaar voor verwarring reeds is vastgesteld voor alle waren en diensten van het betwiste teken, behoeft het verwarringsgevaar niet meer onderzocht te worden met betrekking tot de overblijvende ingeroepen rechten.

IV. BESLUIT

72. De oppositie met nummer 2002134 wordt toegewezen.

73. Benelux depot 1140771 wordt niet ingeschreven voor de waren en diensten waartegen de oppositie was ingesteld, te weten:

Klasse 32 Bieren; minerale en gazeuse wateren en andere alcoholvrije dranken; vruchtendranken en vruchtensappen; siropen en andere preparaten voor de bereiding van dranken.

Klasse 33 Alcoholhoudende dranken (uitgezonderd bieren).

Klasse 43 Restauratie diensten (het verstrekken van voedsel en dranken), al dan niet op catering basis.

74. Benelux depot 1140771 wordt ingeschreven voor de waren waartegen de oppositie niet was ingesteld, te weten:

Kl 29 Vlees, vis, gevogelte en wild; vleesextracten; geconserveerde, gedroogde en gekookte vruchten en groenten; geleien, jams, compote; eieren, melk en melkproducten; eetbare oliën en vetten.

Kl 30 Koffie, thee, cacao, suiker, rijst, tapioca, sago, koffiesurrogaten; meel en graanpreparaten, brood, banketbakkers- en suikerbakkerswaren, consumptie-ijs; honing, melassestroop; gist, rijsmiddelen; zout, mosterd; azijn, kruidensausen; specerijen; ijs.

Kl 31 Verse vruchten en groenten.

75. De verweerder is 1.000 euro verschuldigd aan de opposant op grond van artikel 2.16, lid 5 BVIE juncto regel 1.32, lid 3 UR, aangezien de oppositie geheel toegewezen wordt. Deze beslissing vormt executoriale titel op grond van artikel 2.16, lid 5 BVIE.

Willy Neys
(*rapporteur*)

Saskia Smits

Pieter Veeze

Administratieve behandelaar:
Jeanette Scheerhoorn