

IN NAAM DER KONINGIN

arrest

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector handel

Zaaknummer : 105.005.788/01

Rolnummer (oud) : 06/1577

Rolnummer rechtbank : 259097/ HAZA 06/427

arrest van de vijfde civiele kamer d.d. 9 december 2008

inzake

CAMPINA NEDERLAND HOLDING B.V.

gevestigd te Zaltbommel,

appellante,

hierna te noemen: Campina,

behandelend advocaten: mrs. K.Th.M. Stöpetie en D.J. Straathof te Amsterdam,

→ procesadvocaat: mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt te Den Haag,

tegen

CBM B.V.,

gevestigd te Wierden,

geïntimeerde,

hierna te noemen: CBM,

behandelend advocaten: mrs. H.J.M. Harmeling en S.A. Hoogcarspel te Amsterdam,

procesadvocaat: mr. E. Grabandt te Den Haag.

Het geding

Bij exploit van 30 november 2006 is Campina in hoger beroep gekomen van het door de rechtbank 's-Gravenhage tussen partijen gewezen vonnis van 1 november 2006.

Campina heeft bij memorie van grieven zes grieven tegen het vonnis aangevoerd. CBM heeft bij memorie van antwoord de grieven bestreden. Vervolgens hebben partijen hun standpunten doen bepleiten, Campina door mr. Straathof en CBM door mrs. Harmeling en Hoogcarspel, bij welke gelegenheid door Campina nog een productie (17) is overgelegd. Hoewel deze productie, gelet op het bepaalde in het rolreglement, te laat is toegezonden, is namens CBM ermee ingestemd dat deze alsnog in het geding wordt gebracht. Tenslotte is arrest gevraagd.

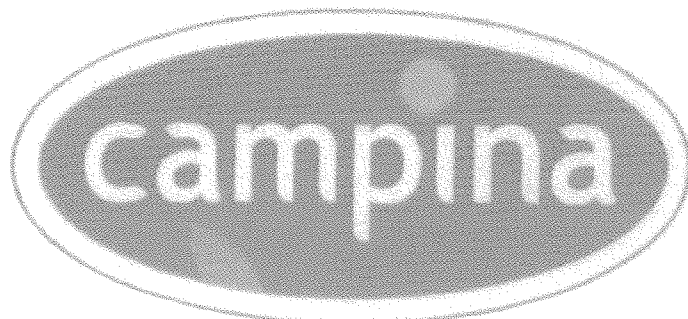
Beoordeling van het hoger beroep

1. De door de rechtbank in rechtsoverweging 2.1 van het bestreden vonnis als vaststaand aangemerkte feiten zijn niet bestreden, zodat ook het hof van die feiten uitgaat. Het hof gaat (voorts) op grond van hetgeen door partijen enerzijds is gesteld en anderzijds erkend dan wel niet of niet voldoende is weersproken, uit van de volgende feiten.

2. Campina is houdster van onder meer

- a. het Benelux woordmerk CAMPINA, op 12 december 1977 gedeponeed en ingeschreven voor waren in de klassen 5, 29, 30, 31 en 32;
- b. het Benelux woord/beeldmerk CAMPINA, op 23 februari 2001 gedeponeed en ingeschreven voor waren in de klassen 29, 30 en 32, waaronder de waren (in klasse 29):
“Melk en melkproducten; zuivelproducten; kaas en kaasproducten; yoghurt en yoghurtproducten (...) boter (...)”;
- c. het Gemeenschapswoordmerk CAMPINA, gedeponeed op 28 juni 1996 en ingeschreven op 11 april 2000 (met senioriteit op basis van een Benelux woordmerk CAMPINA, gedeponeed op 13 augustus 1971 en vervallen op 13 augustus 2002) voor waren in de klassen 29, 30 en 32, waaronder de waren (in klasse 29):
“Milk and milkproducts; whey products; fermented milk and fermented milk products, concentrated milk and concentrated milk products, dried milk and dried milk products, fresh and matured cheese and fresh and matured cheese products, butter and butter products (...)”
- d. het Gemeenschapswoord/beeldmerk CAMPINA, gedeponeed op 26 februari 2001 voor waren in de klassen 29, 30 en 32

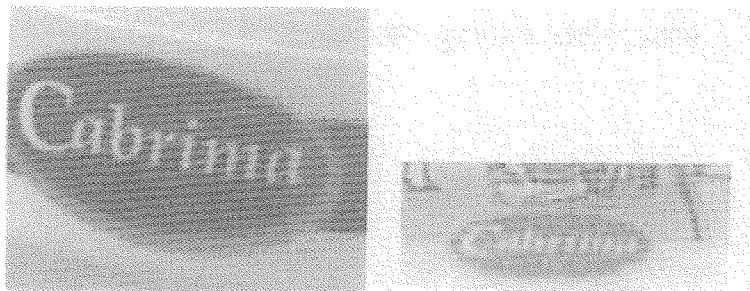
Het beeldmerk is uitgevoerd in witte letters op een groene ondergrond en ziet eruit als volgt.



3. Het hof gaat ervan uit dat CAMPINA een zeer bekend merk is. Partijen zijn het daarover eens en daarvan kan tevens worden uitgegaan op grond van de niet betwiste stellingen daaromtrent van Campina (in punt 7 inleidende dagvaarding, punten 5 en 6 memorie van grieven en punt 28 van de pleitaantekeningen van Campina).
4. CBM heeft op 7 april 2000 het teken CABRIMA als Benelux woordmerk gedeponeed voor waren in de klassen 3, 5 en 29 (inschrijvingsnummer 665024). Dit merk is in 2005 overgedragen aan Xpert Fine Foods B.V. - hierna: Xpert FF - te Nijverdal. Deze overdracht is aangetekend in het Benelux merkenregister. Xpert FF is een door CBM samen met twee andere ondernemingen opgericht bedrijf dat sedert 2004 zuivelproducten uit geitenmelk op de markt brengt
5. CBM heeft vanaf 2004 geitenzuivelproducten onder het merk CABRIMA voor de

consumentenmarkt in de Benelux aangeboden. Vóór 2004 heeft CBM geitenmelkpoeder en geitenboter onder het merk CABRIMA geëxporteerd naar Taiwan en Denemarken en/of andere landen, waar Campina geen producten onder haar merk op de markt bracht.

In 2004 en 2005 heeft CBM voor een aantal van haar producten (kaas) het volgende logo gebruikt dat was uitgevoerd in witte letters op een groene ondergrond.



Campina heeft bij brief van 22 februari 2005 CBM gesommeerd het gebruik van dit logo en het woord CABRIMA te staken. Daarna heeft CBM het gebruik van het groene logo in of omstreeks 2006 gestaakt. Thans gebruikt CBM de volgende logo's, die zijn uitgevoerd in blauw en rood.



6. Met deze feitenvaststelling heeft het hof, voorzover relevant voor de beoordeling, rekening gehouden met de bezwaren van Campina in grief I tegen de door de rechtbank opgenomen feitenvaststelling. Deze grief kan op zichzelf niet tot vernietiging leiden.

7. Campina heeft gevorderd

- A. CBM te bevelen het teken CABRIMA en elk ander met de merken van Campina overeenstemmend teken te staken en gestaakt te houden;
- B. nietigverklaring van de Benelux inschrijving van het merk CABRIMA van 7 april 2000 (inschrijvingsnummer 665024);
- C. veroordeling in de proceskosten.

8. De rechtbank heeft het gevorderde afgewezen, met veroordeling van Campina in de proceskosten

9. De grieven 2 tot en met 5 richten zich, kort gezegd, tegen afwijzing van het gevorderde, voor zover gebaseerd op het bepaalde in artikel 2:20, lid 1, sub b, BVIE/9, lid 1, sub b, van de Gemeenschapsmerkenverordening (GmVo) (verwarringsgevaar), en de daarvoor door de rechtbank gegeven motivering.

De vordering tot nietigverklaring

10. Van de merkinschrijving (inschrijvingsnummer 665024) waarvan Campina de nietigheid inroept, was Xpert FF al voor de inleidende dagvaarding houdster. Nu Xpert FF geen partij in deze procedure is, zal Campina in deze vordering niet-ontvankelijk worden verklaard. De grieven kunnen in zoverre niet tot vernietiging leiden.

De inbreukvordering

Inbreuk als bedoeld in artikel 2:20, lid 1, sub b, BVIE/9 lid 1, sub b, GmVo.

11. Er is sprake van inbreuk in de zin van artikel 2:20, lid 1, sub b, BVIE en artikel 9, lid 1, sub b, GmVo als het door CBM gebruikte teken zodanig met (een van) de merken van Campina overeenstemt dat door het gebruik van het teken bij het in aanmerking komende publiek - de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument van de betrokken soort waren - directe of indirecte verwarring kan ontstaan. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat bij de waardering van de uitkomst van de vergelijking van merk en teken meer gewicht dient te worden gehecht aan de punten van overeenstemming dan aan de punten van verschil en dat het verwarringsgevaar globaal dient te worden beoordeeld volgens de indruk die de betrokken waren of diensten bij het relevante publiek achterlaten, met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval, met name de onderlinge samenhang tussen de overeenstemming van de tekens en de soortgelijkheid van de betrokken waren of diensten. De globale beoordeling van het verwarringsgevaar dient te berusten op de totaalindruk die door het merk en het teken wordt opgeroepen waarbij in het bijzonder rekening dient te worden gehouden met hun onderscheidende en dominerende bestanddelen. Ook dient rekening gehouden te worden met het onderscheidend vermogen en, in verband daarmee, de mate van bekendheid van het merk en de eventuele andere op de markt zijnde producten

12. De rechtbank is uitgegaan van een "gerelativeerde soortgelijkheid" van waren. Daarbij heeft zij overwogen dat het bij Campina met name gaat om koemelkzuivel, terwijl CBM zich exclusief op geitenmelk richt.

Tegen dit oordeel richt zich grief 3.

Uitgangspunt is dat het merk zoals ingeschreven dient te worden vergeleken met het teken zoals gebruikt. Weliswaar dienen bij de beoordeling van het verwarringsgevaar alle relevante omstandigheden, waaronder de wijze waarop het merk in de praktijk wordt gebruikt in ogenschouw worden genomen - hierdoor kan bijvoorbeeld eerder sprake zijn van verwarringsgevaar als het merk en het vermeend inbreukmakend teken voor exact dezelfde subcategorie zaken worden gebruikt of sprake is van een bekend merk of een seriemark -, maar dat doet aan voormeld uitgangspunt niet af.

Nu de hiervoor in rechtsoverweging 2, sub b, c en d vermelde merken van Campina zijn ingeschreven voor melk- en melkproducten, kaas en boter en CBM het teken CABRIMA gebruikt voor (geiten)melk, -kaas en -boter, gebruikt CBM haar teken naar het oordeel van het hof voor waren waarvoor de merken van Campina zijn ingeschreven en is sprake is van dezelfde waren. Geitenmelk, -boter en -kaas is een subcategorie van de categorie melk,

boter en kaas, waarvoor het merk is ingeschreven. Campina heeft overigens ook geitenkaas op de markt gebracht. Weliswaar gebruikte zij daarvoor ook het merk CHEVAGNE, maar daarop was tevens haar merk CAMPINA vermeld (zie de afbeelding op pagina 3 van de memorie van grieven).

13. In de toelichting op grief 3 maakt Campina ook bezwaar tegen het oordeel van de rechtbank omtrent het relevante publiek van geitenmelkproducten en het aandachtsniveau van dat publiek. De rechtbank heeft overwogen dat de markt voor geitenmelkproducten een zeer specifiek deel van de totale zuivelmarkt betreft en wordt gekenmerkt door een publiek dat veelal bewust, uit noodzaak of uit principe, kiest voor geitenmelkproducten. CBM stelt dat het aandachtsniveau van de gemiddelde consument van geitenmelkproducten een stuk hoger ligt dan van de gemiddelde consument van koemelkproducten. Nu Campina dit betwist en daar tegenover onvoldoende gemotiveerd betwist heeft gesteld dat wereldwijd meer mensen geitenmelk drinken dan koemelk (hetgeen naar het oordeel van het hof in deze tijd ook invloed heeft, althans kan hebben op het oordeel van de Benelux-consument), geitenmelk in Nederland steeds populairder wordt, CBM en Xpert FF tussen 1,5 en 4 miljoen kilo geitenmelk verhandelen en de geitenmelkproducten van CBM ook in gewone supermarkten (in het zuivelschap naast andere zuivelproducten) te koop worden aangeboden (vergelijk o.a. productie 17 van Campina), gaat het hof aan voormelde stelling van CBM als onvoldoende onderbouwd voorbij. Uiteraard zal de consument die geitenmelk wil kopen zich ervan vergewissen dat hij geitenmelk - dat staat ook in grote (koeien)letters op de verpakking - koopt, maar dat geldt ook voor een consument die karnemelk, yoghurt of een biologisch melkproduct wil kopen. Dit betekent nog niet dat de gemiddelde consument een bijzonder grote mate van oplettendheid heeft bij het voorbereiden en maken van zijn keuze tussen verschillende waren van de betrokken categorie. Dat geitenmelk ongeveer twee keer zo duur is als koemelk doet daar onvoldoende aan af nu het nog steeds gaat om (de prijs van) gewone dagelijkse voedingswaren. Geitenmelk is niet aan te merken als een zeer duur product, dat men slechts zeer incidenteel aanschaft, waarbij de consument voor de aankoop een zorgvuldige afweging zal maken, waarin de herkomst (het merk) van het product wordt betrokken. Weliswaar wordt geitenmelk aanbevolen voor consumenten met bepaalde allergieën voor koemelk en is niet betwist dat deze producten geliefd zijn bij kritische (al dan niet in biologische producten geïnteresseerde) consumenten ("voedingsbewusten"), maar daarnaast worden deze producten kennelijk ook veel gebruikt door allochtone consumenten, die inmiddels een relevant deel van de gehele consumentenmarkt uitmaken en ten aanzien waarvan niet gemotiveerd gesteld of gebleken is dat zij bij de aanschaf van deze producten kritischer zijn en een hoger aandachtsniveau hebben dan andere consumenten. Ten overvloede overweegt het hof dat het publiek waarvoor geitenkaas bestemd is naar zijn oordeel niet beperkt is tot voormelde categorieën van consumenten. Dat dat wel het geval zou zijn wordt door CBM ook niet uitdrukkelijk gesteld.

14. Gelet op het bovenstaande gaat het hof ervan uit dat sprake is van dezelfde waren die bestemd zijn voor het grote publiek en dat geen sprake is van een relevant hoger liggend aandachtsniveau dan bij andere dagelijkse voedingsproducten. In zoverre slaagt grief 3.

15. Campina stelt dat het teken CABRIMA in visueel en auditief opzicht zodanig met haar merk CAMPINA overeenstemt dat sprake is van verwarringsgevaar. In dit verband heeft zij er op gewezen dat haar merk door de grote bekendheid daarvan een ruime beschermingsomvang heeft.

16. Het hof is van oordeel dat er in visueel en auditief opzicht overeenstemming tussen het

teken CABRIMA en het merk CAMPINA bestaat door de gelijke lengte en het gelijke aantal lettergrepen van de woorden, de laatste letters van merk en teken, INA respectievelijk IMA, en de eerste letters CA. Weliswaar wordt de eerste lettergreep bij CAMPINA als CAM en bij CABRIMA als CAA (met een lange A) uitgesproken, maar dat kan onvoldoende afdoen aan de overeenstemming op basis van de totaalindruk die wordt opgeroepen door teken en merk, waarbij het hof in aanmerking neemt dat het gaat om artikelen die veelal in een supermarkt uit het schap zullen worden genomen op basis van visuele herkenning. Dat geldt ook voor de overige, naar het oordeel van het hof geringe, verschillen tussen de woorden (zoals de verschillen tussen PI en BRI en tussen INA en IMA), waarop door CBM is gewezen. Mede in aanmerking nemende dat meer gewicht dient te worden toegekend aan de punten van overeenstemming dan de punten van verschil, dat sprake is van een zeer bekend merk met een groot onderscheidingsvermogen en dat het teken wordt gebruikt voor dezelfde waren als waarvoor het merk is ingeschreven, is het hof van oordeel dat er sprake is van zodanige overeenstemming dat verwarring is te duchten.

Niet gesteld of gebleken is dat sprake is van begripsmatige overeenstemming. Campina is een natuurgebied in Brabant en CABRIMA is een samentrekking van de Latijnse stam/ het Spaanse en Portugese woord CABRA (geit) en PRIMA. Het hof acht niet voldoende onderbouwd dat het relevante publiek van deze herkomst en/of betekenis van de tekens op hoogte is, zodat het verschil in begripsmatig opzicht de auditieve en visuele overeenstemming niet kan compenseren.

Het bovenstaande brengt mee dat het inbreukverbod voor toewijzing in aanmerking komt.

CBM heeft nog uitvoerig stilgestaan bij de omstandigheid dat Campina tot 2005 geen bezwaar heeft gemaakt tegen het gebruik van het woord CABRIMA door CBM. Zij leidt daaruit af dat het Campina kennelijk ging om het gebruik van het ovale groene logo, welk logo zij sedert 2006 niet meer gebruikt. Campina heeft daar tegenover gesteld dat zij aanvankelijk geen bezwaar had tegen het gebruik van het woord CABRIMA, omdat het teken (tot 2004/2005) niet werd gebruikt in de Benelux of andere landen waar Campina haar producten onder haar merk Campina op de markt brengt. Nog daargelaten dat het hof dit een aannemelijke verklaring vindt, is de omstandigheid dat aanvankelijk geen bezwaar is gemaakt in dit geval niet van belang, althans niet voldoende relevant voor de beantwoording van de vraag of sprake is van verwarringsgevaar bij het relevante publiek. CBM heeft geen beroep gedaan op rechtsverwerking.

17. Aan het bewijsaanbod van CBM gaat het hof als onvoldoende gespecificeerd voorbij.

18. Het bovenstaande brengt mee dat het inbreukverbod alsnog zal worden toegewezen en de grieven 2 tot en met 5 in zoverre slagen. Het bestreden vonnis zal worden vernietigd. Het hof zal de dwangsom beperken als in het dictum aangegeven, nu het, gelet op de omstandigheden van dit geval, voor een hogere dwangsom geen goede gronden aanwezig acht.

Grief 6, gericht tegen de afwijzing van het gevorderde, voor zover gebaseerd op het bepaalde in artikel 2:20, lid 1, sub c, BVIE/9, lid 1, sub c, GmVo behoeft geen behandeling, nu Campina daarbij geen belang meer heeft.

19. CBM zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in eerste aanleg en in beroep. Nu Campina geen volledige proceskostenveroordeling als bedoeld in artikel 1019h Rv heeft gevorderd en ook geen stukken ter onderbouwing van haar kosten heeft overgelegd, zal het hof de kosten begroten

volgens het algemeen gebruikelijke liquidatietarief.

Beslissing

Het hof,

vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank 's-Gravenhage van 1 november 2006

en opnieuw rechtdoende,

verklaart Campina niet-ontvankelijk in haar vordering tot nietigverklaring van de Benelux merkinschrijving met het inschrijvingsnummer 665024;

beveelt CBM binnen twee maanden na betekening van dit arrest elk gebruik van het teken CABRIMA voor zuivel en daaraan soortgelijke waren, alsmede elk ander met CAMPINA overeenstemmend teken voor zuivel en daaraan soortgelijke waren, te staken en gestaakt te houden, zulks op straffe van verbeurte van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van € 10.000,-- voor elke dag of gedeelte van een dag dat dit bevel niet zal worden nageleefd;

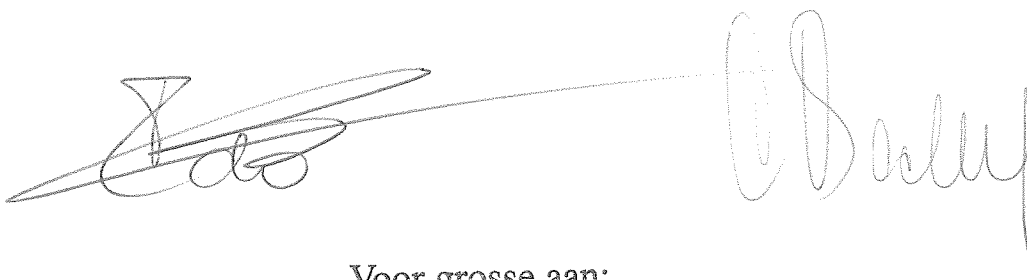
veroordeelt CBM in de kosten van de procedure in eerste aanleg, tot op heden aan de zijde van Campina begroot op € 319,32 aan verschotten en € 904,-- voor salaris van de advocaat;

veroordeelt CBM in de kosten van de procedure in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Campina begroot op € 367,32 aan verschotten en € 2.682,-- aan salaris van de advocaat;

verklaart voormelde veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.D. Kiers-Becking, C.J. Verduyn en S.N. Vlaar; het is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 9 december 2008 in aanwezigheid van de griffier.



Voor grosse aan:
Uitgegeven aan mr. P.J.M. van Schmidt e.o. Altenschacht
advocaat. app. geint.
De griffier van het Gerechtshof
te s-Gravenhage