

Vzgr Rb Arnhem, 28 april 2005, Unilever v Albert Heijn



OVEREENKOMSTENTECHT

Geen wanprestatie

Geen strijd met eisen van redelijkheid en billijkheid volgend uit langdurige handelsrelatie

Het betoog van Unilever is dat partijen ten gevolge van de langdurige handelsrelatie in een rechtsverhouding staan die door de eisen van redelijkheid en billijkheid wordt bepaald en die meebrengt dat Albert Heijn rekening behoort te houden met de gerechtvaardigde belangen van Unilever. Dat heeft Albert Heijn volgens Unilever niet gedaan door de nieuwe verpakkingen van de huismerkartikelen op de markt te brengen. Dit betoog is naar het oordeel van de voorzieningenrechter onvoldoende onderbouwd. Contracten heeft Unilever niet overgelegd en evenmin heeft Unilever iets over de inhoud van die contracten aangevoerd. Uit het enkele feit dat er sprake is van een langdurige handelsrelatie volgt niet dat Albert Heijn geen artikelen onder haar huismerk op de markt mag brengen, die soortgelijk zijn aan Unilever merkartikelen. Evenmin volgt daaruit dat Albert Heijn bij de verpakkingen van die huismerkartikelen geen aansluiting mag zoeken bij de verpakkingen van de merkartikelen van Unilever. Daarom gaat het beroep van Unilever op een toerekenbare tekortkoming niet op.

ONEERLIJKE CONCURRENTIE

Slaafse nabootsing

Geen systematisch nabootsen van productlijn van één merk

Met betrekking tot het door Unilever gestelde stelselmatige karakter van het nabootsen van 'product-ranges' en verpakkingen van Unilever door Albert Heijn oordeelt de voorzieningenrechter dat hiervan in dit kort geding onvoldoende is gebleken. Allereerst zijn in dit geding 'slechts' vier 'product-ranges' aan de orde (in totaal dertien producten). Dit is onvoldoende om in het algemeen te kunnen concluderen dat Albert Heijn, die circa 4500 huismerkartikelen verkoopt, waarvan inmiddels 2500 in nieuwe huisstijl, Unilever, die veel meer merkartikelen aan Albert Heijn levert dan de dertien die in dit geding aan de orde zijn, stelselmatig nabootst. Bovendien presenteert Unilever haar merken als afzonderlijke merken (Calvé, Becel, Blue Band, Croma en Lipton Ice Tea) en bestaan twee van de 'product-ranges' van Unilever, te weten: de margarines en

de vloeibare bak- en braadproducten, bovendien uit producten van verschillende merken (Blue Band en Becel voor margarines en Blue Band, Croma, Bertolli en Becel voor vloeibare (roer)bak- en braadproducten). Daardoor kan in elk geval niet gesproken worden van het systematisch nabootsen van een productlijn van één merk. Ten slotte kan niet op voorhand worden gezegd dat ten aanzien van alle verpakkingen onnodige verwarring in het leven wordt geroepen. Op grond van het bovenstaande kunnen de vorderingen ook op de grondslag onrechtmatige daad niet integraal worden toegewezen.

MERKENRECHT¹

Kleurmerken

Onderscheidend vermogen kleuren sec en als onderdeel van verpakking

Uit vaste jurisprudentie blijkt dat enkel het bezit van een inschrijving van een kleurmerk veelal onvoldoende is om tegen gebruikers van aanverwante kleuren op te treden. Voor bescherming is vereist dat de kleur voor de betreffende waren onderscheidend vermogen door inburgering heeft verkregen. Geen enkele houder van een kleurmerk zal zijn concurrenten kunnen verbieden om die kleur in het algemeen te gebruiken, de merkbescherming strekt zich slechts uit tot een gebruik van een met een sterk onderscheidend kleurmerk overeenstemmend teken voor identieke /soortgelijke waren. Verder wordt in de rechtspraak aangenomen dat het in te roepen kleurmerk duidelijk afgebakend dient te zijn, in die zin dat het grafisch moet zijn weergegeven, bijvoorbeeld door het weergegeven van de internationale kleurcode. Voor zover Unilever zich in dit kort geding beroept op haar kleurmerkregistraties van de kleuren geel en blauw (registratienummers 539684, 697416 en 676560), zoals hierboven weergegeven, wordt overwogen dat Unilever in dit kort geding in geen enkel opzicht aannemelijk heeft gemaakt dat deze kleuren voor de betreffende producten een sterk onderscheidend vermogen hebben verkregen door inburgering, dat die inschrijvingen een eventuele nietigheidsprocedure zouden kunnen doorstaan en dat Albert Heijn die kleuren op inbreukmakende wijze gebruikt. In het kader van dit kort geding zullen deze kleurmerkregistraties daarom verder niet bij de beoordeling worden betrokken. Voor zover Unilever een beroep doet op de door haar gebruikte kleuren als onderdeel van haar beeldmerkregistraties, dient het onderscheidend vermogen van die kleuren te worden meegewogen bij de beschouwing van totaalindrukken van de in het geding zijnde verpakkingen. Er bestaan vele waren en diensten waarvoor geldt dat in ieder geval bepaalde kleuren of een deel van het kleurenspectrum niet als merkteken gepercipieerd zullen worden, omdat die waren doorgaans in die kleuren op de markt worden gebracht (bijvoorbeeld wit voor wasmachines). De voorzieningenrechter begrijpt dat Albert Heijn zich in haar

¹ Red. Afbeeldingen UIT IER 2005, nr. 49, p. 219-221

verweer onder meer op deze situatie beroept wanneer zij spreekt over gangbare 'kleurcodes'.

Inbreuk aangenomen

• Pindakaas met blauwe dop

Bij beschouwing van het totale beeld van de pot pindakaas met de blauwe dop, worden de aanwezige overeenstemmingen méér bepalend geacht dan de aanwezige verschillen. Bij die afweging speelt een doorslaggevende rol dat de blauwe dop een zeer karakteristiek onderdeel uitmaakt van het betreffende merk. Deze blauwe dop is onverwacht en opvallend voor een pot pindakaas en heeft, voorlopig geoordeeld, een sterk onderscheidend vermogen, gezien het feit dat ter zitting niet is gebleken dat deze kleur voor pindakaasdoppen door enige derde wordt gebruikt.



• Margarine 'voor op brood'

De voorzieningenrechter is echter voorshands van oordeel dat, bij vergelijking van het totale beeld, de combinatie van de sterk overeenstemmende kleurstelling van het kuipje, het gebruik van donkerblauwe letters, de identieke donkerblauwe dekselrand én de letterlijk overgenomen teksten 'Voor op brood' en 'Licht en smaakvol' met zich meebrengt dat er een visueel en begripsmatig overeenstemmende totaalindruk aanwezig is. Van een gangbare kleurcode is bij de blauwe dekselrand voorshands geoordeeld geen sprake, omdat ter zitting voldoende soortgelijke producten zijn getoond met heel andere dekselranden, zoals een witte of groene.



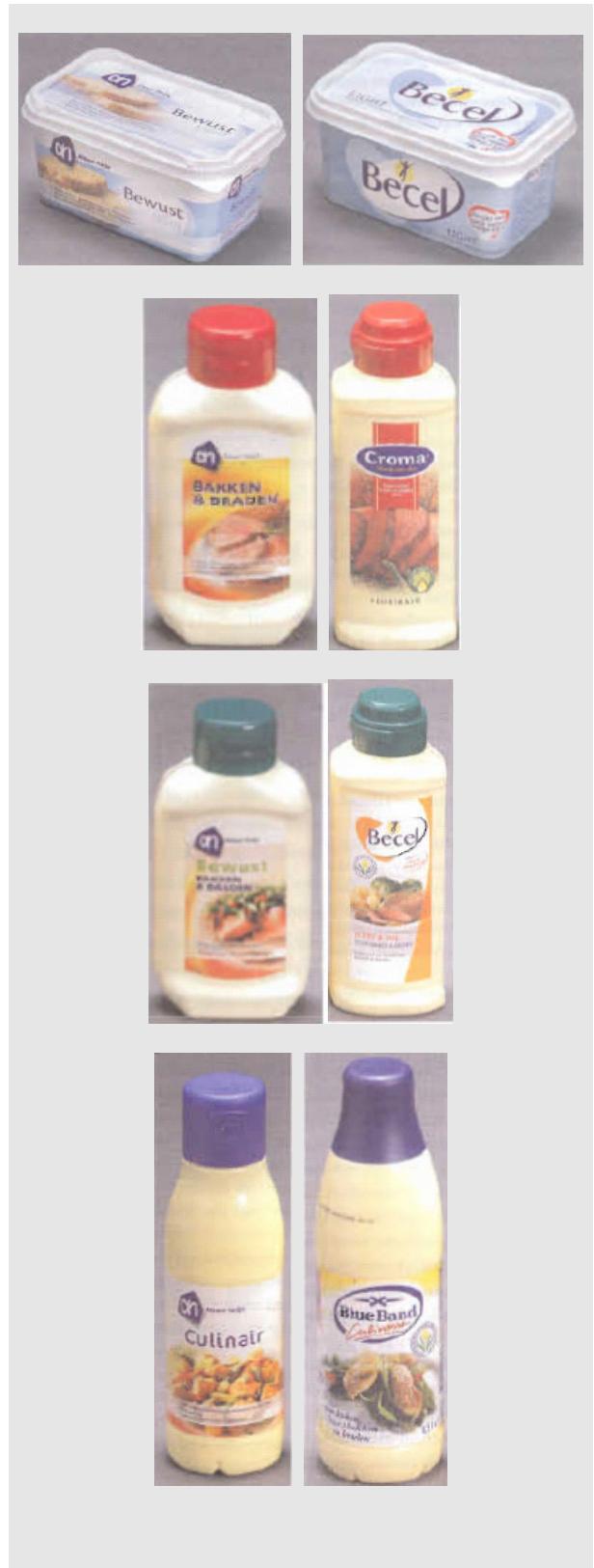
Weigering vorderingen overige produkten

Albert Heijn heeft grenzen van toelaatbare opgezocht maar of die grenzen worden overschreden is in dit kort geding onvoldoende aannemelijk gemaakt

Een individuele vergelijking tussen de overige merken van Unilever en de beweerdelijk daarop inbreuk makende verpakking van Albert Heijn wijst uit dat ook ten

aanzien van de overige verpakkingen zowel overeenkomsten als verschillen bestaan, maar ook dat de punten van overeenstemming bij de andere verpakkingen, voorschands geoordeeld, minder zwaar wegen dan bij de hierboven besproken verpakkingen. In het navolgende zal uitvoerig worden ingegaan op de punten van overeenstemming en de punten van verschil. Aannemelijk is dat Albert Heijn ook met de overige verpakkingen de grenzen van het toelaatbare heeft opgezocht. Maar dat die grenzen ook met de overige verpakkingen van huismerkartikelen worden overschreden, is in dit kort geding onvoldoende aannemelijk gemaakt.







Vindplaatsen: LJN: [AT4808](#); IER 2005, nr. 49, p. 218

Vzgr Rb Arnhem, 28 april 2005

(H.Æ. Uniken Venema)

Zaak-/rolnummer: 124812 / KG ZA 05-166

Datum vonnis: 28 april 2005

Vonnis

in kort geding

in de zaak van

1. de naamloze vennootschap

UNILEVER N.V.,

gevestigd te Rotterdam,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

UNILEVER BESTFOODS NEDERLAND B.V.,

gevestigd te Rotterdam,

eiseressen,

procureur mr. J.C.N.B. Kaal,

advocaten mr. J.C.H. van Manen en mr. J.S. Hofhuis te Amsterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

ALBERT HEIJN B.V.,

gevestigd te Zaandam,

gedaagde,

advocaten mr. J. Brinkhof en mr. K.Th.M. Stöpetie te Amsterdam.

Het verloop van de procedure

Eiseressen - hierna gezamenlijk te noemen: Unilever - hebben gedaagde - hierna te noemen: Albert Heijn - ter zitting in kort geding doen dagvaarden. De vorderingen staan hierna in het vonnis vermeld.

Unilever heeft ter zitting de vorderingen met betrekking tot de Albert Heijn huismerk potten pindakaas met bruine dop ingetrokken.

Albert Heijn heeft verweer gevoerd.

De advocaten van beide partijen hebben de zaak bepleit, allen overeenkomstig de door hen overgelegde pleitnotities.

Daarbij hebben zij producties in het geding gebracht.

Ten slotte is vonnis bepaald.

De vaststaande feiten

1. Unilever is vanaf 1870 producent en leverancier van (onder meer) A-merk levensmiddelen. De verkoop van haar producten verloopt voornamelijk via supermarkten, waaronder Albert Heijn. Unilever en Albert Heijn hebben sinds circa 80 jaar een handelsrelatie en zijn elkaars grootste leverancier respectievelijk op één na grootste afnemer.

2. Albert Heijn exploiteert sinds 1887 een grote hoeveelheid supermarkten in (hoofdzakelijk) Nederland. Zij verkoopt, naast A-merk artikelen van onder andere Unilever, al 115 jaar lang artikelen van haar eigen merk, het AH-huismerk.

3. Unilever heeft enkele jaren geleden haar merkenportefeuille wereldwijd teruggebracht van 1600 naar circa 400 merken. Tot de huidige merken behoren onder meer Calvé voor pindakaas, Becel voor dieetmargarine, Blue Band voor normale margarine, Lipton Ice Tea voor ijsthee en Becel, Blue Band, Culinesse, Croma en Bertolli voor vloeibare bak- en braadproducten.

4. Unilever heeft - onder meer - het uiterlijk van de verpakkingen van deze producten als merk geregistreerd bij het Benelux Merkenbureau voor de desbetreffende waren in de warenklassen, zoals hieronder weergegeven met bijbehorende registratienummers en registratiedata. Ook heeft zij (bestanddelen van) het etiket van de Lipton Ice Tea als woord-/beeldmerk geregistreerd, als Benelux- en Gemeenschapsmerk. Daarnaast heeft zij ter zitting registraties overgelegd van een kleur geel voor thee en theeproducten, een andere kleur geel voor eetbare oliën en vetten en een kleur blauw voor margarine en een grote hoeveelheid andere waren en diensten in de klassen 5, 8, 14, 16, 21, 28, 29, 30, 41 en 42 9 (alle bij het Benelux Merkenbureau). Tevens heeft zij een registratie overgelegd van 1 oktober 1999 van het woordmerk CULINESSE, geregistreerd voor waren en diensten in de klassen 29 en 30. Deze merkregistraties/ - depots zijn hierna onder de vorderingen weergegeven.

5. Albert Heijn heeft in 2003 een nieuwe uniforme huisstijl ontwikkeld voor de verpakking van haar huismerkartikelen en is begin 2004 gestart met het invoeren van deze nieuwe huisstijl. Het verpakkingsontwerp heeft in de nieuwe AH huisstijl altijd dezelfde architectuur, bestaande uit een aantal vaste onderdelen, zoals met name:

- het logo - bestaande uit een scheef blauw 'huisje' met een wit AH vignet erin - met daarnaast het woordmerk Albert Heijn, die altijd linksboven in de 'facing' van de verpakking worden gepositioneerd, in combinatie met de witte top of bovenband;

- de benoeming van het product, of een eigenschap daarvan, midden op het etiket;

- een semi-transparante band aan de onderzijde met maximaal 3 claims over het product en eventuele pictogrammen;

- de typografie van de productnaam, die vrij is maar altijd schreefloos (dat wil zeggen: letters zonder zogenaamde 'voetjes');

- de gebruikte 'visuals', bijvoorbeeld het letterlijke product, het letterlijke resultaat of het resultaat, maar dan symbolisch.

6. In augustus 2004 heeft Albert Heijn haar huismerk potten pindakaas volgens de nieuwe huisstijl in de schappen gezet. Het betreft 3 varianten in een 350-grams pot, te weten de 'gewone' pindakaas met een bruine dop, de 'pindakaas met stukjes noot' met een gele dop en een 'pindakaas met 25 % minder vet' met een blauwe dop. Van de gewone variant en die met stukjes noot heeft zij ook een langwerpige 600-grams pot geïntroduceerd. Sinds september / oktober 2004 staat haar eigen merk ijsstee in de schappen (daarvoor verkocht Albert Heijn geen ijsstee onder haar huismerk). Het betreft vier varianten ijsstee, te weten een gewone variant (met koolzuur) in een langwerpige fles met blauwe dop, een light variant (met koolzuur) in een langwerpige fles met een witte dop, en twee varianten zonder koolzuur in dezelfde fles, met perzik smaak (oranje dop) en met citroensmaak (gele dop). In maart 2005 heeft zij haar 'nieuwe huisstijl' tafelmargarines en vloeibare bak- en braadproducten in haar winkels geïntroduceerd. Het betreft drie soorten margarines, namelijk een 'gewone' margarine in een wit met lichtblauw kuipje met een donkerblauwe rand op de deksel, een dieetmargarine in een wit met geel kuipje en een dieet light margarine in een wit met lichtblauw kuipje. De nieuwe huismerk productlijn vloeibare bak- en braadproducten bestaat uit vier lichtgele plastic flessen, waarvan twee kleinere bredere flessen voor bakken en braden voor vlees, één met rode dop en één met groene dop (dieetvariant) en twee grotere slankere flessen, voor koken, bakken, roerbakken en braden, één met blauwe dop en één met groene dop (met olijfolie).

7. Enkele dagen na de introductie door Albert Heijn van de margarines nieuwe huisstijl, heeft de advocaat van Unilever Albert Heijn bij brief van 18 maart 2005 gesommeerd de door haar gewraakte Albert Heijn huismerkproducten, namelijk de pindakaas, de margarines, de vloeibare bak- en braadproducten en de ijsstee uiterlijk op 23 maart 2005 uit de schappen van alle Albert Heijn supermarkten te halen. Partijen hebben hierna nog met elkaar onderhandeld, maar zijn er niet uitgekomen.

Het geschil

1. Unilever vordert:

a) Albert Heijn te gelasten om, binnen twee weken na betekening van dit vonnis, te staken en gestaakt te houden ieder gebruik in de Benelux van de verpakkingen voor de nieuwe AH huismerkartikelen zoals hierboven onder punt 6 van de feiten omschreven,

b) Albert Heijn te gelasten om, binnen twee weken na betekening van dit vonnis, te staken en gestaakt te houden iedere inbreuk op de hierboven onder punt 4 van de feiten genoemde merkrechten van Unilever, en het in de dagvaarding gestelde onrechtmatig handelen en de tekortkoming in de nakoming, meer in het bijzonder het systematisch navolgen van of het anderszins aanhaken bij het uiterlijk van producten, productgroepen, merken of seriemerken van Unilever en het overmatig profiteren van de door Albert Heijn nagestreefde overeenstemming tussen de producten van Albert Heijn enerzijds en de producten van Unilever anderzijds,

c) Albert Heijn te veroordelen tot betaling aan Unilever van een dwangsom van € 100.000,00 voor elke dag of iedere keer dat Albert Heijn, dan wel enige thans of in de toekomst aan haar ondernemingen verbonden (rechts)persoon, in strijd mocht handelen met het overeenkomstig het sub a) of sub b) gevorderde of enig gedeelte daarvan, dan wel - en zulks ter uitsluitende keuze van Unilever - een bedrag van € 2000,00 voor ieder individueel product en / of publicatie waarmee Albert Heijn, dan wel enige thans of in de toekomst aan haar ondernemingen verbonden (rechts)persoon, in strijd mocht handelen met de overeenkomstig de sub a) gevorderde op te leggen ver- en geboden, of enig gedeelte daarvan,

d) Albert Heijn te veroordelen in de kosten van dit kort geding.

2. Unilever baseert de vorderingen op de volgende redenering.

Albert Heijn volgt de uiterlijke kenmerken van de zeer bekende verpakkingen van Unilever op onrechtmatige wijze systematisch na en profiteert op onrechtmatige wijze van de in meer dan 70 jaar opgebouwde bekendheid, goodwill, reputatie en goede naam van de merken en producten van Unilever. Bovendien zou Albert Heijn door het systematisch navolgen van de verpakkingen van Unilever het publiek misleiden. Ook is dit handelen van Albert Heijn vanwege de langdurige contractuele relatie in strijd met de redelijkheid en de billijkheid en schiet Albert Heijn toerekenbaar tekort in haar verplichtingen ten opzichte van Unilever. Unilever baseert haar vorderingen verder op haar, hieronder afgebeelde, merkrechten, (met de volgende registratienummers en -data:)

676560 op 07-04-2000 (kleur blauw voor waren en diensten in de klassen 5, 8, 14, 16, 21, 28, 29, 30, 41 en 42)

569684 op 26-04-1995 (kleur geel voor eetbare oliën en vetten in warenklasse 29)

697416 op 11-05-2001 (kleur geel voor thee-, en thee-producten en ijsstee in de warenklassen 30 en 32)

756125 op 03-11-2004 (voor pindakaas in warenklasse 29, omschreven kleuren: geel, diverse tinten bruin, goudkleur, rood, zwart, wit),

756127 op 03-11-2004 (voor pindakaas in warenklasse 29, omschreven kleuren: blauw, diverse tinten bruin, goudkleur, rood, zwart, wit),

0762941 op 24-03-2005 (voor eetbare oliën en vetten in klasse 29, met als omschrijving: diverse tinten geel, wit, blauw, rood),

0762755 op 23-03-2005 (voor eetbare oliën en vetten in klasse 29, met als omschrijving: diverse tinten blauw, wit, geel, rood),

0762943 op 24-03-2005 (voor eetbare oliën en vetten in klasse 29, met als omschrijving: diverse tinten blauw, wit, geel, rood),

759864 op 20-01-2005 (voor onder meer ijsstee en andere thee-producten in warenklassen 30 en 32, met als omschrijving: diverse tinten bruin, wit, geel, rood, diverse tinten blauw, oranje),

759865 op 20-01-2005 (voor onder meer ijsstee en andere thee-producten in warenklassen 30 en 32, met als

omschrijving: diverse tinten bruin, wit, geel, rood, diverse tinten blauw, oranje),

0762946 op 24-03-2005 (voor onder meer ijsthee en andere theeproducten in warenklassen 30 en 32, met als omschrijving: diverse tinten bruin, wit, geel, rood, diverse tinten blauw, oranje),

0762945 op 24-03-2005 (voor onder meer ijsthee en andere theeproducten in warenklassen 30 en 32, met als omschrijving: diverse tinten bruin, wit, geel, rood, diverse tinten blauw),

Depotnummer 677352, depotdatum 17-10-2000 (voor onder meer ijsthee en andere theeproducten in warenklassen 30 en 32, met als omschrijving: rood, wit, geel, bruin en diverse tinten blauw)

Deze afbeelding heeft Unilever ook op 14-05-2002 geregistreerd als Europees merk in de klassen 30 en 32 onder nummer 001902618.),

0763741 op 31-03-2005 (voor eetbare oliën en vetten, warenklasse 29, met als omschrijving: lichtgeel, rood, blauw, wit, diverse tinten bruin),

0763739 op 31-03-2005 (voor eetbare oliën en vetten, warenklasse 29, met als omschrijving: diverse tinten geel, groen, oranje, diverse tinten bruin, blauw),

0763740 op 31-03-2005 (voor eetbare oliën en vetten, warenklasse 29, met als omschrijving: diverse tinten geel, blauw, groen, diverse tinten bruin, rood, wit, grijs) 657957 op 1 oktober 1999 (woordmerk CULINESSE voor waren in de klassen 29 en 30) CULINESSE

686766 op 08-12-2000 (voor diverse producten in warenklasse 29 en 30, met als omschrijving: rood, wit, blauw, grijs, diverse tinten bruin, groen en geel)

0763747 op 31-03-2005 (voor eetbare oliën en vetten, warenklasse 29, kleuromschrijving: diverse tinten geel, diverse tinten groen, rood, blauw, wit),

605904 op 22-01-1997 (vormmerk voor eetbare oliën in klasse 29, kleuromschrijving: diverse tinten geel, rood, groen, blauw, bruin, wit, goud),

586591 op 09-02-1996 (vormmerk voor eetbare oliën en vetten in klasse 29, kleuromschrijving: diverse tinten geel, rood, blauw, bruin, groen, wit)

3. Unilever betoogt dat de totaalindruk van de Unilever en AH-huismerk verpakkingen, onder meer door de vergelijkbare vormen van de verpakkingen, de opmaak van de etiketten / verpakkingen, de kleurencombinaties, de identieke waren en het in belangrijke mate vergelijkbare assortiment, zo overeenstemmend is, dat er gevaar voor indirecte of directe verwarring aanwezig is bij de Albert Heijn klanten, die hun aankoopbeslissing doorgaans in enkele seconden maken. Het feit dat Albert Heijn haar eigen logo en merknaam gebruikt, staat daaraan niet in de weg, aldus Unilever. Het verwarringsgevaar blijkt volgens haar uit de overgelegde marktonderzoeken. Daarnaast trekt Albert Heijn volgens Unilever ongerechtvaardigd voordeel uit de reputatie van haar merken en doet zij afbreuk aan het onderscheidend vermogen daarvan.

4. Albert Heijn voert uitvoerig gemotiveerd verweer op alle genoemde punten. Dit verweer komt bij de beoordeling van het geschil nader aan de orde.

De beoordeling van het geschil

Algemeen

1. De relatieve bevoegdheid van de voorzieningenrechter te Arnhem is niet betwist. Voor zover de vordering is gegrond op het merkenrecht stelt de voorzieningenrechter, gelet op het bepaalde in artikel 37 van de Benelux Merkenwet (hierna: BMW), vast dat hij bevoegd is van de vorderingen kennis te nemen, nu de in dit geschil betrokken Albert Heijn huismerk-producten ook in het arrondissement Arnhem zijn aangetroffen en de gevorderde voorzieningen mede in dit arrondissement ten uitvoer gelegd moeten worden.

2. In dit kort geding stelt Unilever de vraag aan de orde of het Albert Heijn is toegestaan dertien nieuwe verpakkingen van huismerkartikelen te gebruiken. Het gaat om onderling geheel verschillende artikelen: pindakaas, tafelmargarines, vloeibare bak- en braadproducten en ijsthee. Unilever beroept zich onder andere op haar merkrechten. Die merkrechten zijn eveneens onderling geheel verschillend. Ze kunnen niet als 'serie' worden opgevat en worden in de markt ook niet als zodanig door Unilever gepresenteerd, maar als afzonderlijke merken: Calvé, Becel, Blue Band, Bertolli, Croma en Lipton Ice Tea.

3. Het plan van behandeling van deze zaak is als volgt. Unilever heeft op twee grondslagen aangevoerd dat de vordering ten aanzien van alle dertien nieuwe verpakkingen moet worden toegewezen, los van een individuele beoordeling van elk Unilever-merk tegenover het desbetreffende Albert Heijn huismerkartikel. Die grondslagen zijn wanprestatie en onrechtmatige daad (ongeoorloofde mededinging). De voorzieningenrechter zal eerst deze beide 'algemene' grondslagen beoordelen. Vervolgens zal, voor zover nodig, elk ingeroepen merkrecht afzonderlijk worden beoordeeld.

Wanprestatie

4. Het betoog van Unilever is dat partijen ten gevolge van de langdurige handelsrelatie in een rechtsverhouding staan die door de eisen van redelijkheid en billijkheid wordt bepaald en die meebrengt dat Albert Heijn rekening behoort te houden met de gerechtvaardigde belangen van Unilever. Dat heeft Albert Heijn volgens Unilever niet gedaan door de nieuwe verpakkingen van de huismerkartikelen op de markt te brengen. Dit betoog is naar het oordeel van de voorzieningenrechter onvoldoende onderbouwd. Contracten heeft Unilever niet overgelegd en evenmin heeft Unilever iets over de inhoud van die contracten aangevoerd. Uit het enkele feit dat er sprake is van een langdurige handelsrelatie volgt niet dat Albert Heijn geen artikelen onder haar huismerk op de markt mag brengen, die soortgelijk zijn aan Unilever merkartikelen. Evenmin volgt daaruit dat Albert Heijn bij de verpakkingen van die huismerkartikelen geen aansluiting mag zoeken bij de verpakkingen van de merkartikelen van Unilever. Daarom gaat het beroep van Unilever op een toerekenbare tekortkoming niet op. De vorderingen zijn dus op deze grondslag niet toewijsbaar.

Onrechtmatige daad (ongeoorloofde mededinging)

5. Het betoog van Unilever komt erop neer dat in dit geval, ongeacht de beoordeling van de vraag of ten aanzien van ieder merk, op zichzelf beschouwd, sprake is van inbreuk door Albert Heijn op de merkrechten

van Unilever, sprake is van ongeoorloofde mededinging omdat Albert Heijn op onrechtmatige wijze aanhaakt bij de bekendheid en de goede reputatie van de merken en de producten van Unilever en zich daarnaast schuldig maakt aan het systematisch nabootsen van de verpakkingen en product 'ranges' van de diverse producten van Unilever.

Bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van ongeoorloofde mededinging, geldt als uitgangspunt dat het beginsel van vrijheid van handel en bedrijf meebrengt dat concurreren nooit als zodanig onbehoorlijk is, ook al wordt daarbij eigen voordeel verworven met behulp van prestaties van anderen. Het is niet zonder meer onrechtmatig om producten van een ander, noch de verpakkingen van die producten, na te bootsen. De wijze waarop en de omstandigheden waaronder het profiteren of nabootsen geschiedt kunnen de concurrentie echter wel onrechtmatig maken. Die bijkomende omstandigheden zijn volgens Unilever - onder meer - het veroorzaken van onnodige verwarring bij het relevante publiek en de omstandigheid dat Albert Heijn diverse van haar 'product-ranges' stelselmatig heeft gekopieerd en daarmee onevenredig profiteert van haar (ontwikkelings- en marketing)investeringen.

Bij de beoordeling of er sprake is van het veroorzaken van onnodig verwarringsgevaar speelt een rol in hoeverre de nagebootste producten een onderscheidend vermogen bezitten. Dit kan niet voor alle 'gewraakte' producten in het algemeen beoordeeld worden, maar zal per product moeten worden bezien. Dat Albert Heijn door het introduceren van de nieuwe verpakkingen van haar huismerkartikelen als zodanig onnodig gevaar voor verwarring met de verpakkingen van de Unilever merkartikelen heeft veroorzaakt is in elk geval onvoldoende gebleken. Daarbij is van belang dat Albert Heijn door de consequente doorvoering van de verpakingsarchitectuur van haar nieuwe huisstijl (zie hierboven ten aanzien van de feiten, onder 5), die nieuwe huisstijl een eigen gezicht heeft gegeven.

Met betrekking tot het door Unilever gestelde stelselmatige karakter van het nabootsen van 'product-ranges' en verpakkingen van Unilever door Albert Heijn oordeelt de voorzieningenrechter dat hiervan in dit kort geding onvoldoende is gebleken. Allereerst zijn in dit geding 'slechts' vier 'product-ranges' aan de orde (in totaal dertien producten). Dit is onvoldoende om in het algemeen te kunnen concluderen dat Albert Heijn, die circa 4500 huismerkartikelen verkoopt, waarvan inmiddels 2500 in nieuwe huisstijl, Unilever, die veel meer merkartikelen aan Albert Heijn levert dan de dertien die in dit geding aan de orde zijn, stelselmatig nabootst. Bovendien presenteert Unilever haar merken als afzonderlijke merken (Calvé, Becel, Blue Band, Croma en Lipton Ice Tea) en bestaan twee van de 'product-ranges' van Unilever, te weten: de margarines en de vloeibare bak- en braadproducten, bovendien uit producten van verschillende merken (Blue Band en Becel voor margarines en Blue Band, Croma, Bertolli en Becel voor vloeibare (roer)bak- en braadproducten). Daardoor kan in elk geval niet gesproken worden van het systematisch nabootsen van een productlijn van één

merk. Ten slotte kan niet op voorhand worden gezegd dat ten aanzien van alle verpakkingen onnodige verwarring in het leven wordt geroepen. Op grond van het bovenstaande kunnen de vorderingen ook op de grondslag onrechtmatige daad niet integraal worden toegewezen.

6. Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat in deze zaak ten aanzien van de verschillende dertien merkartikelen afzonderlijk moet worden beoordeeld of Albert Heijn inbreuk maakt op de rechten van Unilever. In wezen omvat dit kort geding daarmee meerdere merkzaken.

Uitgangspunten voor de merkenrechtelijke beoordeling

7. Merkenrechtelijk staat in dit kort geding ter beoordeling of Albert Heijn door de recente introductie in haar winkels van de nieuwe verpakkingen (volgens de nieuwe AH-huisstijl) en gedeeltelijk nieuwe productlijn van haar huismerk pindakaas, margarines, vloeibare bak- en braadproducten en ijsthee inbreuk maakt op de merkrechten die Unilever stelt te hebben op de kleuren en verpakkingen van haar producten in de betreffende productcategorieën. Daarbij geldt een aantal uitgangspunten:

- tussen partijen is niet in geschil dat Albert Heijn haar nieuwe verpakkingen gebruikt voor soortgelijke waren als waarvoor de merken van Unilever zijn gedeponeed dan wel ingeschreven;

- tussen partijen is niet in geschil de geldigheid van de in het geding zijnde merken van Unilever, met uitzondering van de door Unilever geregistreerde kleurmerken;

- tussen partijen is niet in geschil dat de in het geding zijnde merken van Unilever, te weten, Calvé, Lipton Ice Tea, Becel, Blue Band, Bertolli en Croma bekende merken zijn;

- ten slotte zijn partijen het erover eens dat het bij de beoordeling van het verwarringsgevaar in aanmerking te nemen publiek is: de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende 'gewone' Albert Heijn klanten.

Het bij de beoordeling te hanteren toetsingskader

8. Unilever beroept zich op artikel 13 A lid 1 sub b en c BMW.

Op grond van artikel 13 A lid 1 onder b BMW kan de merkhouders zich op grond van zijn uitsluitend recht verzetten tegen elk gebruik zonder toestemming door een derde van een teken, wanneer dat teken gelijk is aan of overeenstemt met het merk en in het economisch verkeer gebruikt wordt voor dezelfde of soortgelijke waren, indien daardoor bij het publiek verwarring kan ontstaan, inhoudende het gevaar van associatie met het merk.

Op grond van artikel 13 A lid 1 sub c BMW kan de merkhouders zich ook verzetten tegen het gebruik zonder toestemming door een derde van een teken, wanneer dat teken gelijk is aan of overeenstemt met het merk en in het economisch verkeer gebruikt wordt voor waren, indien dit merk bekend is binnen het Benelux-gebied en door het gebruik, zonder geldige reden, van het teken ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken

uit of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk.

De te hanteren maatstaf bij de vraag of er sprake is van overeenstemmende tekens in de zin van artikel 13 A lid 1 sub b én c BMW, is in dit geval of de in het geding zijnde als merk ingeschreven verpakkingen van Unilever en de in het geding zijnde verpakkingen van Albert Heijn, globaal beoordeeld naar de totaalindruk die deze verpakkingen maken, visueel, auditief en /of begripmatig zodanige gelijkenis vertonen dat daardoor de mogelijkheid bestaat dat bij Albert Heijn klanten verwarring wordt gewekt tussen de verpakkingen van Unilever en die van Albert Heijn (directe verwarring) dan wel de indruk wordt gewekt er enig verband bestaat tussen de betreffende producten van Unilever en die van Albert Heijn (indirecte verwarring), of dat daardoor ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van de merken van Unilever.

Bij de beoordeling van de overeenstemming dient de totaalindruk van elk van de dertien in het geding zijnde verpakkingen van Unilever afzonderlijk met de totaalindruk van de daarmee beweerdelijk overeenstemmende verpakking van Albert Heijn vergeleken te worden. Die totaalindruk wordt mede bepaald door de bestanddelen die gebruikelijk of beschrijvend zijn, hetgeen echter niet wegneemt dat in een merk de originele, opvallende bestanddelen meer indruk maken en daardoor vaster in het geheugen blijven hangen dan een banaal onderdeel. Alle relevante omstandigheden moeten bij de beoordeling in aanmerking worden genomen, waaronder ook het uiterlijk van de overige op de markt verkrijgbare soortgelijke of identieke waren.

9. In de discussie tussen partijen met betrekking tot elk van de dertien in het geding zijnde producten is onder meer waar te nemen dat Unilever bezwaar heeft tegen het gebruik door Albert Heijn van overeenstemmende kleuren voor de het geding zijnde dertien verpakkingen.

Voor zover Unilever haar merkrechten inroept voor de bescherming van het kleurgebruik op haar verpakkingen, wordt in dit geding uitgegaan van het navolgende.

Uit vaste jurisprudentie blijkt dat enkel het bezit van een inschrijving van een kleurmerk veelal onvoldoende is om tegen gebruikers van aanverwante kleuren op te treden. Voor bescherming is vereist dat de kleur voor de betreffende waren onderscheidend vermogen door inburgering heeft verkregen. Geen enkele houder van een kleurmerk zal zijn concurrenten kunnen verbieden om die kleur in het algemeen te gebruiken, de merkbescherming strekt zich slechts uit tot een gebruik van een met een sterk onderscheidend kleurmerk overeenstemmend teken voor identieke /soortgelijke waren. Verder wordt in de rechtspraak aangenomen dat het in te roepen kleurmerk duidelijk afgebakend dient te zijn, in die zin dat het grafisch moet zijn weergegeven, bijvoorbeeld door het weergegeven van de internationale kleurcode. Voor zover Unilever zich in dit kort geding beroept op haar kleurmerkregistraties van de kleuren geel en blauw (registratienummers 539684, 697416 en 676560), zoals hierboven weergegeven, wordt overwogen dat Unilever in dit kort geding in geen enkel

opzicht aannemelijk heeft gemaakt dat deze kleuren voor de betreffende producten een sterk onderscheidend vermogen hebben verkregen door inburgering, dat die inschrijvingen een eventuele nietigheidsprocedure zouden kunnen doorstaan en dat Albert Heijn die kleuren op inbreukmakende wijze gebruikt. In het kader van dit kort geding zullen deze kleurmerkregistraties daarom verder niet bij de beoordeling worden betrokken.

Voor zover Unilever een beroep doet op de door haar gebruikte kleuren als onderdeel van haar beeldmerkregistraties, dient het onderscheidend vermogen van die kleuren te worden meegewogen bij de beschouwing van totaalindrucken van de in het geding zijnde verpakkingen.

Er bestaan vele waren en diensten waarvoor geldt dat in ieder geval bepaalde kleuren of een deel van het kleurenspectrum niet als merkteken gepercipieerd zullen worden, omdat die waren doorgaans in die kleuren op de markt worden gebracht (bijvoorbeeld wit voor wasmachines). De voorzieningenrechter begrijpt dat Albert Heijn zich in haar verweer onder meer op deze situatie beroept wanneer zij spreekt over gangbare 'kleurcodes'.

10. Voor de verdere beoordeling wordt bovendien vooropgesteld dat de aard van het kort geding met zich meebrengt dat de voorzieningenrechter de vrijheid heeft om in spoedeisende gevallen, gelet op de belangen van partijen, een voorlopige maatregel te treffen. Daarbij wordt doorgaans vooruitgelopen op een eventuele uitspraak van de bodemrechter. Het toetsingskader van het kort geding kent evenwel beperkingen. Met name is er geen ruimte voor een uitvoerig onderzoek naar de feiten.

Merkinbreuk voorshands aangetoond ten aanzien van twee verpakkingen

11. Met betrekking tot twee van de dertien in het geding zijnde producten is de voorzieningenrechter voorshands van oordeel dat er, bij toepassing van het hierboven genoemde toetsingskader, sprake is van merkinbreuk door Albert Heijn. Het betreft de pot AH-huismerk pindakaas met blauwe dop en het kuipje AH-huismerk margarine 'Voor op brood'.

Pindakaas met blauwe dop

12. Vergelijking van het door Unilever geregistreerde beeldmerk van de Calvé pot pindakaas met 25% minder vet en de Albert Heijn pot pindakaas met 25% minder vet laat de volgende punten van overeenstemming zien:

- beide merken gebruiken een in één kleur uitgevoerde grote dop in een opvallende kleur blauw;
 - beide producenten gebruiken dezelfde opvallende blauwe aanduiding '25% minder vet';
 - op beide etiketten worden - onder meer - de tinten beige en wit gebruikt en het woord pindakaas is geschreven in een vergelijkbaar lettertype;
 - beide producenten gebruiken een transparante pot in dezelfde vorm en hetzelfde formaat;
- Daarnaast zijn er ook punten van verschil:

- beide producenten gebruiken op hun etiket hun eigen woordmerk en logo: Albert Heijn haar AH-logo nieuwe stijl, met daarnaast het woordmerk Albert Heijn en

Unilever het merk Calvé prominent in rode letters in een witte ovaal;

- de afbeeldingen op de etiketten zijn verschillend, namelijk boterhammen bij Albert Heijn huismerk en pindanootjes bij Calvé;
- de kleurstelling van de letters van het woord pinda-kaas;
- de brede witte randen op AH-potten;

Totaalindruk pot met blauwe dop

13. Bij beschouwing van het totale beeld van de pot pindakaas met de blauwe dop, worden de aanwezige overeenstemmingen méér bepalend geacht dan de aanwezige verschillen. Bij die afweging speelt een doorslaggevende rol dat de blauwe dop een zeer karakteristiek onderdeel uitmaakt van het betreffende merk. Deze blauwe dop is onverwacht en opvallend voor een pot pindakaas en heeft, voorlopig geoordeeld, een sterk onderscheidend vermogen, gezien het feit dat ter zitting niet is gebleken dat deze kleur voor pindakaasdoppen door enige derde wordt gebruikt. Met name door het gebruik door Albert Heijn van een sterk overeenstemmende blauwe dop en het laten terugkomen van die blauwe kleur op het etiket is de voorzieningenrechter van oordeel dat in dit geval, ondanks de ook aanwezige verschillen in de etiketten van beide potten, de totaalindruk van de Albert Heijn pot met blauwe dop zodanig overeenstemmend is met die van het merk Calvé van Unilever dat de mogelijkheid aanwezig moet worden geacht dat hij het koperspubliek direct of indirect verwarring kan ontstaan, ofwel afbreuk kan worden gedaan aan het onderscheidend vermogen van het totale merk van Unilever.

Albert Heijn heeft in dit verband aangevoerd, met behulp van door / namens haar verrichte en voor dit geding overgelegde marktonderzoeken, dat de kleur lichtblauw tot kleurcode is verworpen voor 'light'-producten in het algemeen, zodat het haar niet verboden kan worden om voor haar minder vette variant net als Unilever een lichtblauwe dop te gebruiken. Dit werkt juist ter vergroting van de herkenbaarheid voor de consument, aldus Albert Heijn.

Na bestudering van de betreffende marktonderzoeken, en het ter zitting getoonde scala aan 'light' producten met lichtblauwe kleurelementen, is de voorzieningenrechter voorshands van oordeel dat daarmee niet is aangetoond dat deze kleur op dit moment een algemeen aanvaarde kleurcode voor 'light' producten is en heeft Albert Heijn daarmee onvoldoende aannemelijk gemaakt dat een lichtblauwe dop noodzakelijk is voor de herkenning van een pot pindakaas met 25% minder vet. Uit het door Albert Heijn verrichte marktonderzoek blijkt immers dat slechts 10,8% van de ondervraagde klanten de producteigenschap 'light' vindt passen bij een lichtblauwe verpakking. Op de vraag "welke producteigenschappen passen voor u bij een lichtblauwe verpakking?" in het NIPO-onderzoek wordt zeer divers geantwoord. Al met al zijn de resultaten van deze onderzoeken onvoldoende om aan te tonen dat de lichtblauwe dop voor pindakaas geen onderscheidend vermogen heeft. Door Unilever is verder ter zitting een groot aantal 'light' producten getoond waarbij gebruik

wordt gemaakt van andere kleuren dan lichtblauw, hetgeen de voorgaande conclusie versterkt.

Blue Band tafelmargarine en AH tafelmargarine 'Voor op brood'

14. Om de mate van overeenstemming van de totaalindruk van het geregistreerde uiterlijk van het Blue Band kuipje en het gewone margarine kuipje van het AH-huismerk te kunnen beoordelen, zullen wederom de punten van overeenstemming en de punten van verschil worden opgesomd.

Overeenstemmend:

- de vorm van het kuipje;
- de donkerblauwe rand van de deksel;
- de identieke kleurstelling van wit, lichtblauw en 'boter'geel en de donkerblauwe letters;
- de verdeling van de kleur geel over het vlak, namelijk aan de rechterzijde;
- de tekst: 'Voor op brood';
- de tekst: 'Licht en smaakvol';

Verscheidend:

- de merknaam Blue Band en de merknaam en het logo van Albert Heijn;
- de donkerblauwe ovaal met daarin het donkerblauwe strikje van Blue Band;
- de wijze waarop (kleur, plaats en lettertype) de teksten 'Voor op brood' en 'Licht en smaakvol' worden weergegeven;
- de verdeling van de kleur lichtblauw over het vlak;
- de afbeelding van een boterbloem bij Becel en een boterkrul bij Albert Heijn;

Totaalindruk

15. Volgens Albert Heijn is er geen sprake van een overeenstemmende totaalindruk omdat op haar kuipje huismerk margarine de meest onderscheidende elementen van Blue Band, zoals de donkerblauwe ovaal, de donkerblauwe strik en de merknaam Blue Band, niet zijn overgenomen, terwijl de bestemmingsaanduiding 'Voor op brood' en de beschrijving 'Licht en smaakvol' niet als merk te beschermen zijn en daarom niet door Unilever te beletten zijn. Voorts zou het onderscheidend vermogen van de blauwe dekselrand zijn verwaterd omdat, zoals er zitting getoond, ook andere margarineproducenten hiervan gebruik maken. De voorzieningenrechter is echter voorshands van oordeel dat, bij vergelijking van het totale beeld, de combinatie van de sterk overeenstemmende kleurstelling van het kuipje, het gebruik van donkerblauwe letters, de identieke donkerblauwe dekselrand én de letterlijk overgenomen teksten 'Voor op brood' en 'Licht en smaakvol' met zich meebrengt dat er een visueel en begripsmatig overeenstemmende totaalindruk aanwezig is. Van een gangbare kleurcode is bij de blauwe dekselrand voorshands geoordeeld geen sprake, omdat ter zitting voldoende soortgelijke producten zijn getoond met heel andere dekselranden, zoals een witte of groene.

De aanduiding 'Voor op brood' wordt niet als voor de hand liggende, en noodzakelijke bestemmingsaanduiding beschouwd voor margarine, immers niet alleen gewone margarine maar ook jam, pindakaas en de diëet- / lightmargarines zijn bestemd 'voor op brood',

terwijl er ook alternatieven denkbaar zijn zoals 'voor elk brood' of 'lekker op de boterham'. Het voorgaande geldt ook voor 'Licht en smaakvol': deze woordcombinatie ligt niet voor de hand. Taalkundig gezien had 'smakelijk', 'vol smaak' of 'met een volle smaak' zelfs meer voor de hand gelegen dan 'smaakvol', dat strikt genomen niet 'smakelijk' maar 'getuigend van een gevoel voor schoonheid' betekent. Door toch voor identieke woorden te kiezen en daarbij 'Voor op brood' zelfs een prominente rol te geven slaat, bij de beoordeling van de totaalindruk, de weegschaal door naar overeenstemming met het door Unilever inclusief de voornoemde teksten als beeldmerk geregistreerde Blue Band margarinekuipje, die naar het oordeel van de voorzieningenrechter kan leiden tot directe of indirecte verwarring bij het margarine kopende Albert Heijn publiek en bovendien afbreuk doet aan het onderscheidend vermogen van het in het geding zijnde gecombineerde woord-/beeldmerk van Unilever.

16. De conclusie van het bovenstaande is dat Albert Heijn zal worden bevolen om het gebruik van de pot AH-huismerk pindakaas met blauwe dop en het kuipje AH-huismerk margarine 'Voor op brood' te staken.

Weigering van de vorderingen met betrekking tot de overige verpakkingen

17. De gevorderde voorzieningen met betrekking tot de overige huismerkartikelen zullen evenwel worden geweigerd op grond van het navolgende. Een individuele vergelijking tussen de overige merken van Unilever en de beweerdelijk daarop inbreuk makende verpakking van Albert Heijn wijst uit dat ook ten aanzien van de overige verpakkingen zowel overeenkomsten als verschillen bestaan, maar ook dat de punten van overeenstemming bij de andere verpakkingen, voorshands geoordeeld, minder zwaar wegen dan bij de hierboven besproken verpakkingen. In het navolgende zal uitvoerig worden ingegaan op de punten van overeenstemming en de punten van verschil. Aannemelijk is dat Albert Heijn ook met de overige verpakkingen de grenzen van het toelaatbare heeft opgezocht. Maar dat die grenzen ook met de overige verpakkingen van huismerkartikelen worden overschreden, is in dit kort geding onvoldoende aannemelijk gemaakt.

18. In dit verband is hierbij allereerst van belang dat ten aanzien van de overige verpakkingen is gebleken dat ook door derden verpakkingen voor de desbetreffende producten op de markt worden gebracht met kenmerken (kleurstellingen, vormen, afbeeldingen) die gelijk zijn aan of sterk lijken op de kenmerken van de huismerkartikelen van Albert Heijn waartegen Unilever in dit geding bezwaar maakt. Het betreft bijvoorbeeld dezelfde kleurstelling als bij de "Bewust" margarines, dezelfde kleuren doppen voor de vloeibare (roer)bak- en braadprodukten en de ijsthee en de dezelfde vormen van de diverse verpakkingen. Dit geeft aanleiding tot vragen, waarop in dit kort geding onvoldoende antwoord is gegeven. Het betreft bijvoorbeeld de vraag of Unilever ook tegen deze derden is opgetreden, of nog zal optreden, en wat de invloed van het op de markt zijn van deze producten van derden is op het door Unilever gestelde verwarringsgevaar tussen haar merken en

de verpakkingen van de Albert Heijn huismerkartikelen, en of, zoals Albert Heijn stelt, in een aantal gevallen sprake is van een kleurcode.

19. Ook zijn vragen gerezen over de betekenis van de door Unilever overgelegde rapporten. Unilever heeft zich weliswaar beroepen op deskundigenverklaringen en marktonderzoeken om het door haar gestelde verwarringsgevaar aannemelijk te maken, maar al die rapporten zijn door Albert Heijn gemotiveerd betwist, zodat van de juistheid niet kan worden uitgegaan. Bovendien zijn die verklaringen en rapporten door Unilever zo kort voor de zitting aan Albert Heijn toegezonden, dat aannemelijk is dat Albert Heijn, zoals zij stelt, niet voldoende tijd heeft gehad om tegenonderzoeken te laten verrichten, mede gelet op het feit dat het om een groot aantal merken gaat, geheel verschillende producten, terwijl Unilever bovendien tot vlak voor het kort geding nog onzekerheid heeft laten bestaan om welke merken het in dit kort geding precies zou gaan.

20. Op bovenstaande punten is nader feitenonderzoek nodig om tot een verantwoord oordeel over de door Unilever gestelde inbreuk op haar rechten met betrekking tot de overige verpakkingen te komen. Het kort geding is voor dit verdere feitenonderzoek niet geschikt. Daarvoor dient de bodemprocedure. Dit betekent dat de vorderingen in dit kort geding met betrekking tot de overige producten zullen worden geweigerd.

21. Met het oog op de mogelijke bodemzaak zal de voorzieningenrechter in het navolgende, ten overvloede, inzicht geven in wat hem is opgevallen bij de vergelijking van de overige verpakkingen.

Pindakaas met gele dop

22. Voor een opsomming van de overeenstemmende en verschillende bestanddelen wordt verwezen naar die bij de pindakaas met de blauwe dop, met dien verstande dat er hier sprake is van een overeenstemmende gele dop en dat die kleur geel (van de dop) bij beide producenten niet in de tekst op het etiket terugkomt. Bij beschouwing van het totale beeld van de potten pindakaas met gele dop wordt, voorshands geoordeeld, veel minder onderscheidende kracht toegekend aan de gele dop. De vraag die zich hier voordoet is of de kleur geel van de dop van de pindakaas met stukjes noot verwijst naar de inhoud van de waar (de gelige kleur van de nootjes), nu ter zitting is gebleken dat deze gele dop door veel meer pindakaas producenten wordt gebruikt voor de variant met stukjes noot. Verder onderzoek hiernaar is nodig, zoals in het bovenstaande is uiteengezet.

IJsthee

23. Vergelijking van de door Unilever geregistreerde beeldmerken van Lipton Ice Tea en de Albert Heijn flessen ijsthee laat de volgende punten van overeenstemming zien:

- de langwerpige vorm van de fles
- de voornamelijk geel gekleurde achtergrond op de etiketten van de varianten zonder koolzuur: perzik en citroen

- de voornamelijk bruin-geel gekleurde achtergrond van de etiketten voor de koolzuurhoudende varianten normaal en light;
- de witte letters van het woord 'Ice Tea' respectievelijk 'ijsthee' met daaromheen een donker- en lichtblauw lijntje;
- de kleur van de doppen: blauw voor de gewone variant met prik, wit voor de light variant, oranje en geel voor de koolzuurvrije varianten met perzik- respectievelijk citroensmaak;
- de afmeting en positionering van de etiketten

De punten van verschil zitten alleen in het etiket:

- het taalgebruik 'Ice Tea' versus 'ijsthee';
- het opvallend lettertype en de schuine positionering van het woord 'Ice Tea' tegenover het gewonere lettertype en de rechte positionering van het woord 'ijsthee';
- het opvallend rode Lipton logo van Unilever tegenover het blauw met witte Albert Heijn logo;
- de bovenranden van de etiketten zijn bij Albert Heijn wit en bij Lipton Ice Tea rood, donkerblauw of lichtblauw;
- de claim 'sprankelend fris' bij het Albert Heijn-merk voor de koolzuurhoudende varianten;
- de aanduidingen perzik en citroen bij het Albert Heijn merk, met witte letters in een oranje respectievelijk geel kader;
- de semi-transparante band aan de onderzijde van het etiket van de AH-huismerk flessen;
- het afbeeldingen van een citroenpartje respectievelijk de halve perzik rechtsonder de tekst 'Ice Tea'.
- het tweede, kleinere etiket op de flessenhals bij de Lipton Ice Tea;

24. Bij beschouwing van het totale beeld van de flessen, die zich lenen voor gezamenlijke behandeling, wordt allereerst overwogen dat de vorm van de fles op zichzelf, hoewel deze misschien wel door Unilever voor het eerst is gebruikt voor ijsthee zonder prik, niet uniek is maar dat die vorm, zoals door Albert Heijn terecht aangevoerd, voor veel frisdranken gebruikelijk is omdat het een door het Centraal Bureau Levensmiddelenhandel (CBL) gestandaardiseerde kunststof fles betreft die in 1,0 en 1,5 liter wordt gebruikt voor vele (huis)merken. Ook de positionering van de etiketten op de flessen ijsthee van beide merken is, voorshands geoordeeld, een gebruikelijke vorm van positioneren voor etiketten op flessen frisdrank. De etiketten vertonen qua achtergrondkleur wel overeenstemming, waarbij de vraag rijst in hoeverre dit niet enigszins verwijst naar de inhoud van de fles.

Voor het overige vertonen de etiketten, op de witte letters met de blauwe randjes na, aanzienlijke verschillen. Resteert de identieke kleur van de vier doppen, die bij de beoordeling van de totaalindruk een belangrijke rol kan spelen omdat die doppen opvallend zijn in het totaalbeeld. Het belang van de kleur van die doppen wordt echter mede bepaald door het onderscheidend vermogen van die gekleurde doppen voor de betreffende varianten ijsthee. Hieromtrent voert Albert Heijn aan dat die kleuren op een logische manier verwijzen naar de soort ijsthee die in de fles zit en dat het hier om

kleurcodes gaat, namelijk geel voor citroen, oranje voor perzik, donkerblauw voor de gewone ijsthee en wit voor de light variant. Die kleuren worden ook door andere producenten van ijsthee voor dezelfde varianten gebruikt, bijvoorbeeld door Edah, waarvan zij de flessen ter zitting heeft getoond. Unilever stelt daartegenover dat zij uniek is in dit kleurgebruik voor doppen voor flessen ijsthee en dat zij dit ook graag zo wil houden en wil voorkomen dat dit verwordt tot een gangbare kleurcode. Ook hier is verder feitenonderzoek nodig.

Dieet- en lightmargarines

25. Ook met betrekking tot het uiterlijk van de kuipjes dieet- en lightmargarine van Becel enerzijds en Albert Heijn anderzijds volgt allereerst de navolgende opsomming:

Overeenstemmende punten:

- overeenstemmende kleurstellingen van de verpakking, namelijk geel (geleidelijk van licht naar iets donker overlopend) met wit voor de dieetvariant en lichtblauw (geleidelijk van licht naar iets donker overlopend) met wit voor de light-variant;
- een witte ovaal met daarin een tekst in grote donkerblauwe letters;
- bij de lightvariant: de tekst LIGHT in een identiek lettertype;

Verschilpunten:

- logo en merknaam Becel tegenover het AH-huismerk en de naam Bewust;
- bij Becel: de 'tweede', gedeeltelijk lichtblauwe (bij LIGHT) of lichtgeel (bij DIEET) ovaal die samen met de witte ovaal de associatie met een hart geeft;
- bij Becel: het witte tekstballonnetje met daarin de claim: 'verrijkt met linol- en linoleenzuur';
- bij Albert Heijn: de sneetjes brood op de linkerhelft van het kuipje, die een lichtbruin kleurelement toevoegen;
- bij Albert Heijn: het gebruik van de kleur lichtblauw (voor de 'light' variant) en lichtgeel (voor de dieetvariant) is op de zijkanten beduidend minder, waardoor het kuipje een wittere indruk maakt;

26. Bij vergelijking van de totaalindruk speelt ook hier weer het overeenstemmende kleurgebruik een rol. Naar de mening van Albert Heijn is ook hier de lichtblauwe kleur een gebruikelijke kleurcode voor de light variant, terwijl geel door veel margarineproducenten wordt gebruikt voor de dieetvariant. Ter zitting is gebleken dat weliswaar een aantal andere producenten deze kleuren voor soortgelijke margarines gebruikte, ook is daartegen door Unilever voldoende aangetoond dat ook andere kleuren waaronder bijvoorbeeld groen, voor deze varianten worden gebruikt. Ook op dit punt is blijven er echter nog vragen open, zoals hierboven onder punt 20. is overwogen.

27. Het gebruik door Albert Heijn van het woord 'Bewust' is naar het oordeel van de voorzieningenrechter voorlopig geoordeeld niet onrechtmatig, reeds omdat in dit kort geding onvoldoende aannemelijk is geworden dat Becel in reclamecampagnes anno 2005 nog steeds consequent aan Bewust gekoppeld wordt. Met betrekking tot kwaliteitsclaims is ter zitting onvoldoende

gebleken dat de inhoud van de Albert Heijn margarines niet aan dezelfde kwaliteitseisen voldoet of dat Albert Heijn het publiek misleidt door eigenschappen te claimen die haar product niet heeft.

Vloeibare bak- en braadproducten

28. Met betrekking tot alle in het geding betrokken flessen vloeibaar vet wordt allereerst gesignaleerd dat het onderscheidend vermogen van de lichtgele kleur daarvan gering tot niets lijkt te zijn, omdat die kleur zoveel wordt gebruikt voor dergelijke flessen dat deze misschien wel als een soortaanwijzing, een 'kleurcode' kan worden beschouwd.

Bakken en braden voor vlees

29. Bij vergelijking van de fles van het merk CROMA van Unilever en de fles 'Bakken & Braden' van Albert Heijn worden de volgende punten van overeenstemming gesignaleerd:

- lichtgele kleur fles
- rode dop

- afbeeldingen van plakjes vlees

Als verschilpunten worden gesignaleerd:

- de vorm van de fles
- de vorm van de dop
- alle overige elementen van de etiketten

30. Vergelijking van de fles Becel van Unilever en Bewust Bakken & Braden van Albert Heijn vertoont de volgende overeenstemmingen:

- lichtgele kleur fles,
 - groene dop,
 - afbeelding van plakjes vlees en groenten;
- en verschillen:
- vorm fles;
 - vorm dop;
 - overige bestanddelen van het etiket.

Koken, (roer)bakken en braden voor groenten en vlees

31. De fles van het merk Bertolli van Unilever en de fles AH Culinaire met olijfolie vertonen de volgende punten van overeenstemming:

- de kleur en vorm van de fles;
- de groene dop;

en de volgende punten van verschil:

- de logo's en merknamen op de etiketten
- alle andere bestanddelen van de etiketten

32. Met betrekking tot het merk van de fles Blue Band Culinaire met de fles AH Culinaire vormt een bijkomend element van overeenstemming de woorden CULINESSE en CULINAIR. Daarbij speelt echter een rol dat ter zitting is getoond dat derden ook CULINAIR gebruiken voor vergelijkbare producten.

33. Ten aanzien van alle vloeibare bak- en braadproducten geldt dat, zoals gemotiveerd is in punt 20., nader feitenonderzoek nodig is.

De slotsom

34. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de voorzieningen ten aanzien van de AH-huismerk pot pindakaas met blauwe dop en tafelmargarine 'Voor op brood' zullen worden toegewezen. De voorzieningenrechter zal Albert Heijn gelasten het gebruik van deze verpakkingen te staken en gestaakt te houden. Op grond van het verweer van Albert Heijn is voldoende aannemelijk dat

de gevorderde termijn van 14 dagen tekort is om de producten uit alle winkels te verwijderen. De termijn zal daarom worden gesteld op 4 weken na betekening van dit vonnis. De door Unilever gevorderde dwangsommen zullen worden gematigd en aan een maximum verbonden van € 2.000.000,00 (twee miljoen euro). De vorderingen met betrekking tot de overige elf producten zullen worden geweigerd. Het onder b gevorderde bevel zal als te vaag worden afgewezen. Toewijzing van deze vordering lijkt bovendien in dit geding, gelet op de partijen en het feit dat zij in een voortdurende handelsrelatie tot elkaar staan, ook niet nodig.

35. Aangezien partijen over en weer op enige punten in het ongelijk zijn gesteld, zullen de kosten van dit kort geding tussen hen worden gecompenseerd.

De beslissing

De voorzieningenrechter:

1. beveelt Albert Heijn om, binnen vier weken na betekening van dit vonnis, ieder gebruik van de nieuwe verpakkingen van de AH-huismerkartikelen pindakaas met de blauwe dop en de tafelmargarine "Voor op brood" te staken en gestaakt te houden;

2. veroordeelt Albert Heijn tot betaling aan Unilever van een dwangsom van € 100.000,00 (honderdduizend euro) voor elke dag of elke keer dat Albert Heijn in strijd mocht handelen met het haar onder 1. opgelegde bevel of een gedeelte daarvan, dan wel - en zulks ter uitsluitende keuze van Unilever - een bedrag van € 500,00 (vijfhonderd euro) voor ieder individueel product en / of publicatie waarmee Albert Heijn in strijd mocht handelen met het haar onder 1 opgelegde bevel of een gedeelte daarvan, een en ander echter tot een maximum van totaal € 2.000.000,00 (twee miljoen euro);

3. bepaalt de termijn in de zin van artikel 260 Rv. op zes maanden na datum van dit vonnis;

4. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5. compenseert de proceskosten tussen partijen in die zin dat iedere partij haar eigen kosten draagt;

6. weigert het anders of meer gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. H.Æ. Uniken Venema en in het openbaar uitgesproken in tegenwoordigheid van de griffier mr. E. Satijn op 28 april 2005.