

Vzgr Rb Den Haag, 6 december 2005, Pepsi v Ípsei**MERKENRECHT****Vergeleken dienen te worden de woorden PEPSI en Ípsei**

Partijen twisten in het kader van de overeenstemmingsvraag in de eerste plaats over wat nu moet worden vergeleken met het merk PEPSI. PepsiCo heeft het standpunt betrokken dat dit moet zijn het woord IPSEI, geschreven in dezelfde opmaak als het merk PEPSI, derhalve in hoofdletters zonder bijzondere kenmerken. Coca-Cola daarentegen betoogt dat vergeleken moet worden met het product waarop het teken voorkomt, derhalve de (gehele) fles drank met daarop het teken ípsei. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter dient inderdaad een vergelijking te worden gemaakt tussen het woordmerk PEPSI en (niet de gehele fles maar) het teken zoals het is gebruikt, dus op zoals het op het product van Coca-Cola voorkomt, nu het ook in de overgrote meerderheid van de gevallen aldus door het publiek wordt waargenomen. PepsiCo heeft er nog op gewezen dat het gewraakte woord zonder opmaak ook wel voorkomt op bestellijsten en kassabonnen, doch voorshands kan niet worden aangenomen dat dit op een zodanig schaal gebeurt dat dit voldoende gewicht in de schaal legt bij de vergelijking waartoe thans zal worden overgegaan. Een vergelijking derhalve tussen het volgende merk respectievelijk teken:

PEPSI ↔ ípsei

Geen visuele overeenstemming

Wat het visuele aspect betreft is duidelijk dat er in elk geval sprake is van overeenstemmende punten waar gaat om het aantal letters (5), het gebruik van dezelfde letters (e, i, p, en s), dezelfde laatste letter (i) en het voorkomen van de combinatie ps. Daar staan evenwel belangrijke verschillen tegenover, die in hoofdzaak betrekking hebben op de opmaak van het woord ípsei zoals dat wordt waargenomen door het publiek. Dat woord kenmerkt zich immers doordat (a) het is geschreven in kleine letters en niet in hoofdletters zoals het merk PEPSI, (b) de eerste twee letters vet zijn gedrukt en de laatste drie letters niet en (c) op de eerste letter een opvallend accent voorkomt. Door deze verschillen in opmaak, gevoegd bij de andere combinatie van letters ten opzichte van PEPSI levert het teken ípsei

naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter een zodanig andere totaalindruk op dan het ingeroepen merk dat niet van een relevante mate van overeenstemming kan worden gesproken.

Geen auditieve overeenstemming

Boordeling van een mogelijke auditieve overeenstemming tussen PEPSI en ípsei voert tot dezelfde slotsom. De op zich duidelijk aanwezige overeenstemmende factor, bestaand in het voorkomen van de klank ps in merk en teken, is in elk geval onvoldoende om tot overeenstemming te concluderen. PepsiCo heeft (niet in de dagvaarding, doch voor het eerst) ter terechtzitting het standpunt betrokken dat in een belangrijk gedeelte van de Europese Unie, waaronder, naar de voorzieningenrechter begrijpt, Engeland en Nederland, het woord ípsei zal worden uitgesproken als IPSI. Die -door Coca-Cola uitdrukkelijk en gemotiveerd bestreden- stelling is, voorshands oordelend, onjuist. De Nederlandse taal voert immers dwingend tot een uitspraak van de laatste lettergreep van ípsei als -sei zoals in “wei” en niet als -si zoals (bijvoorbeeld) in Pepsi. PepsiCo heeft geen overtuigende bewijzen overgelegd dat dit in enig relevant onderdeel van het taalgebied van de Europese Unie anders zou zijn.

“Battle of surveys”: op beide marktonderzoeken valt kritiek te leveren — geven geen aanleiding terug te komen op oordeel

Dit betekent dat er op beide onderzoeken kritiek valt te leveren, en er is dan ook geen aanleiding om in dit kort geding verder in te gaan op deze “battle of surveys” maar wel om te constateren dat geen van de in deze procedure gepresenteerde resultaten van enig marktonderzoek aanleiding geeft om terug te komen van het in r.o. 13 uitgesproken oordeel.

Vindplaatsen: IER 2006, nr. 43, p. 156; BIE 2007, nr. 127, p. 591

Vzgr Rb Den Haag, 6 december 2005

(J.W. du Pon)

Rolnummer: KG 05/1311

Zaaknummer: 252225

VONNIS IN KORT GEDING

gewezen in de zaak rolnummer KG 05/1311

van:

1. de vennootschap naar vreemd recht PEPSICO, INC, gevestigd te New York, Verenigde Staten van Amerika,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

SEVEN-UP NEDERLAND B.V.,

gevestigd te Bussum,

eiseressen,

procureur: mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt,

advocaat: mr. S.A. Klos te Amsterdam,

tegen:

1. de vennootschap naar vreemd recht,

THE COCA-COLA COMPANY,

gevestigd te Atlanta, Georgia, Verenigde Staten van Amerika,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

COCA-COLA NEDERLAND B.V.,

gevestigd te Amstelveen,

3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

COCA-COLA ENTERPRISES NEDERLAND B.V.,

gevestigd te Rotterdam,

4. de vennootschap naar vreemd recht

COCA-COLA ENTERPRISES LIMITED,

gevestigd te Charter Place, Uxbridge, Verenigd Koninkrijk,

5. de vennootschap naar vreemd recht

COCA-COLA GMBH,

gevestigd te Berlijn, Bondsrepubliek Duitsland,

6. de vennootschap naar vreemd recht

ATLANTIC BEVERAGES LIMITED,

gevestigd te Drogheda, County Louth, Ierland, gedaagden,

procureur: mr. H.C. Grootveld,

advocaten: mrs. Ch. Gielen, O.H.J. Schmutzer en

A.M.E. Verschuur te Amsterdam.

Overwegingen ten aanzien van het verloop van het geding:

Eiseressen -hierna ook gezamenlijk te noemen: PepsiCo- hebben gedaagden -hierna ook gezamenlijk te noemen: Coca-Cola- doen dagvaarden om te verschijnen ter terechtzitting in kort geding van 15 november 2005.

Ter zitting heeft de raadsman van PepsiCo de vordering toegelicht aan de hand van pleitnotities en producties. Coca-Cola heeft verweer gevoerd bij monde van haar raadsliden, die daarbij eveneens een pleitnota met producties hebben gehanteerd.

Vervolgens hebben partijen vonnis gevraagd onder overlegging van de stukken, de pleitnota's daaronder begrepen.

Overwegingen ten aanzien van het recht:

De feiten

1. In dit kort geding kan van de volgende feiten worden uitgegaan:

a. Eiseres sub 1 is krachtens inschrijving nr. 000105247 d.d. 28 oktober 1998 rechthebbende op het Gemeenschapswoordmerk PEPSI, welk merk onder meer is ingeschreven voor Beer, ale and porter; mineral and aerated waters and other nonalcoholic drinks; syrups and other preparations for making beverages, zijnde waren in de klasse 32.

b. Coca-Cola, althans één van de gedaagden, heeft in het jaar 2004 in diverse landen van de Europese Unie een drank op de markt gebracht, genaamd ípsei. Het betreft hier een niet-alcoholische, niet-gazeuze drank die rood is gekleurde en bestaat uit water waaraan onder meer rode druiven en rooibos extract is toegevoegd. Deze drank is in Nederland geïntroduceerd in oktober 2004. Het desbetreffende product ziet er als volgt uit:

c. Naar aanleiding van het op de markt brengen van ípsei in Duitsland heeft PepsiCo bij de het Landgericht te Hamburg een verzoek tot het geven van een zogenaamde "Einstweilige Verfügung" ingediend, daartoe strekkende dat aan Coca-Cola zou worden verboden het

teken IPSEI in Duitsland te gebruiken voor -onder meer- alcoholvrije dranken, zulks wegens inbreuk op het in Duitsland geregistreerde nationale merk PEPSI. Het Landgericht Hamburg heeft dat verzoek bij beslissing van 9 juli 2004 afgewezen, waarbij acht werd geslagen op een tegen toewijzing door Coca-Cola gevoerd verweer, neergelegd in een zogenaamd "Schutzschrift". Het Landgericht heeft zijn beslissing gegrond op (onder meer) de volgende overwegingen:

II. Da für die Beurteilung des Unterlassungsanspruchs aus § 14 MarkenG im Verfügungsverfahren deshalb auf die konkrete Verletzungsform abzustellen ist, sind (nur) die sich gegenüberstehenden Zeichen „PEPSI" und „ípsei" der Verwechslungsprüfung zu Grunde zu legen. Insoweit kann aber nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Gefahr von Verwechslungen oder einer Verwässerung der Verfügungsmarke „PEPSI" bejaht werden.

1. Ein Unterlassungsanspruch aus § 14 Abs. 5 in Verbindung mit Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist nicht gegeben. Die Frage der Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Dabei besteht eine Wechselbeziehung zwischen den in Betracht kommenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Zeichen und der Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren sowie der Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke. So kann insbesondere ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Zeichen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Waren oder eine erhöhte Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke ausgeglichen werden und umgekehrt (BGH WRP 2004, 360 - Davidoff II; WRP 2004, 353 - DONLINE, jeweils m.w.N.). Die vorzunehmende Gesamtabwägung führt vorliegend dazu, dass die Ähnlichkeit der kollidierenden Kennzeichen zu gering ist, um eine Verwechslungsgefahr zu begründen.

a) Dabei geht die Kammer für die Verfügungsmarke „PEPSI" jedenfalls für Cola-Getränke von einer erheblich gesteigerten Kennzeichnungskraft aus, weil diese aufgrund langjähriger intensiver Benutzung einen schon im Bereich der Berühmtheit liegenden Bekanntheitsgrad erreicht haben dürfte. Auch liegt eine hochgradige Warenähnlichkeit vor, wenn auch zwischen zucker- und kohlen säurehaltiger Cola (für die PEPSI berühmt ist) einerseits und einem mit Trauben, Rooibos und Vitaminen versetzten (Wasser-) Wellness-Getränk andererseits nicht von Warenidentität gesprochen werden kann.

b) Trotz dieser Ausgangslage führen die unverkennbaren Unterschiede in schriftbildlicher und klanglicher Hinsicht zwischen den Zeichen zur Verneinung einer Verwechslungsgefahr. Die schriftbildliche Ähnlichkeit erschöpft sich darin, dass die Namen aus den selben Buchstaben gebildet sind und jeweils aus fünf Buchstaben bestehen. Dennoch ist der optische Gesamteindruck der beiden Worte höchst unterschiedlich, da seitens PEPSI nur Großbuchstaben verwendet werden, ípsei hingegen ausschließlich aus kleinen Buchstaben besteht. Insbesondere der Anfangsbuchstabe "í" des Verletzungszeichens ist, weil er klein

geschrieben ist und einen im Deutschen nicht bekannten Akzent auf dem "i" trägt, außergewöhnlich und prägend für das Zeichen. Da die ersten zwei Lettern zudem im Fettdruck präsentiert werden, fallen sie besonders ins Auge. Diese Merkmale finden sich im Schriftbild von PEPSI nicht wieder. Insgesamt kommen dem Verbraucher bei der visuellen Betrachtung von ípsei keine Assoziationen an PEPSI, wie die Kammer selbst zu beurteilen vermag. Auch klanglich unterscheiden sich die gegenüberstehenden Marken so deutlich von einander, dass eine Verwechslungsgefahr nicht zu befürchten ist. Schon die jeweils betonten ersten Silben "pe" und "ip" sind phonetisch durch das harte, stimmlose "p" einerseits und das weiche, offene "j" andererseits sehr unterschiedlich. Nach dem allein übereinstimmenden "ps" stehen sich sodann "ih" und "ai" gegenüber, denn jedenfalls für die deutschsprachigen Verkehrskreise ist zu erwarten, dass sie ípsei wie "ipsai" und nicht wie "ipsäi" oder gar "ipsi" aussprechen. Da also Anfangs- und Endlaute der Bezeichnungen so deutlich von einander abweichen, ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass es auch unter akustisch schwierigen Bedingungen - etwa in dem von der Antragstellerin angeführten Sportclub oder der Diskothek - nicht zu Missverständnissen kommen wird.

c) Bei der gegebenen Sachlage besteht auch keine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinn. Bei dieser Art von Verwechslungsgefahr erkennt der Verkehr zwar die Unterschiede zwischen den Zeichen, geht aber wegen ihrer teilweisen Übereinstimmung von organisatorischen oder wirtschaftlichen Verbindungen zwischen den Zeicheninhabern aus (vgl. BGH GRUR 2002, 171, 175 - Marlboro-Dach). Eine solche Verwechslungsgefahr kann nur bei Vorliegen besonderer Umstände angenommen werden. Dafür spricht hier nur, dass das Markenwort "PEPSI" auch als Firmenschlagwort zur Bezeichnung der Antragstellerin bekannt ist. Es fehlt jedoch an einem derart übereinstimmenden Gesamteindruck bei den gegenüberstehenden Zeichen, dass sich für einen Durchschnittsverbraucher der Eindruck aufdrängen könnte, die Zeichen seien zur Kennzeichnung bestehender Unternehmensverbindungen aufeinander bezogen. Einem solchen Eindruck stehen schon die unterschiedliche Zeichengestaltung und die unterschiedliche Zielrichtung bzw. das verschiedene "Image" der Produkte entgegen. Eine Zuordnung zur Antragstellerin ist deshalb jedenfalls nicht näher liegender als zur Antragsgegnerin oder einem sonstigen Wettbewerber.

2. Auch eine Beeinträchtigung ihrer bekannten Marke, § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG, hat die Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht. Diese Vorschrift ist zwar auch bei Benutzung eines ähnlichen Zeichens innerhalb des Ähnlichkeitsbereichs der Waren anwendbar (BGH GRUR 2004, 235, 238 - Davidoff II). Voraussetzung für den Anspruch wegen Verwässerung ist aber wiederum, dass das angegriffene Zeichen ípsei überhaupt in relevantem Umfang gedanklich mit der bekannten Marke PEPSI in Verbindung gebracht wird. Dies ist jedoch nicht der Fall, weil die beiderseitigen Zeichen

nach Schriftbild und Klang einander zu unähnlich sind. Aus diesem Grund kann hier weder eine Ausnutzung der Unterscheidungskraft oder Wertschätzung der Verfügungsmarke noch eine Beeinträchtigung ihrer Unterscheidungskraft oder Wertschätzung angenommen werden.

d. Bij beslissing van 26 juli 2004 heeft het Landgericht Hamburg zijn beslissing van 9 juli 2004 gehandhaafd, onder verwerping van daartegen door PepsiCo aangevoerde bezwaren.

e. Inmiddels lopen er oppositieprocedures, door PepsiCo aangespannen bij het OHIM en bij het Engelse Merkenbureau, tegen het als merk inschrijven van het teken IPSEI door Coca-Cola. In de oppositieprocedure in Engeland heeft de Examiner als "Preliminary Indication" inmiddels het volgende laten weten:

In my view the respective trade marks are not similar. Therefore, notwithstanding that identical or similar goods exist between the opponent's registration and the application in suit, there would not exist a likelihood of confusion on the part of the public. The opposition to the application for the registration should fail.

f. In opdracht van de raadsman van PepsiCo heeft het bureau IvoMar Marktonderzoek B.V. te Amstelveen in september 2005 een marktonderzoek verricht teneinde (zoals dat is vermeld in het rapport van genoemd bureau d.d. 4 november 2005) "vast te stellen of, en in welke mate, consumenten de naam IPSEI in verband brengen met PepsiCo's merk PEPSI". In het rapport is verder onder meer het volgende vermeld:

- De vragenlijsten zijn tot stand gekomen in overleg met Klos Morel Vos & Schaap en in samenwerking met de terzake van juridisch marktonderzoek deskundigen Prof. dr. W.A. Wagenaar en Drs. P.H. van Westendorp.

- Er hebben straatinterviews plaatsgevonden met 203 personen.

- Aan die personen werd een kaart getoond waarop het volgende stond:

- vervolgens werd aan die personen de volgende vraag gesteld:

"Dit is de naam voor een frisdrank. Wilt u mij vertellen waar u aan denkt bij deze naam?"

- Op die vraag werd door 149 van de 203 respondenten (73%) het antwoord gegeven:

"Pepsi" of "Pepsi Cola".

g. Ook Coca-Cola heeft een marktonderzoek laten verrichten en wel in oktober 2005 door het bureau IPM Research & Advies. Blijkens het door Coca-Cola overgelegde rapport van voormeld bureau was de doelstelling van het onderzoek "Inzicht verschaffen in mogelijke associaties en/of herkomstverwarring bij consumenten tussen het ípsei product en Pepsi". Verder is in dat rapport onder meer het volgende vermeld:

- In het kader van het onderzoek zijn 262 mensen ondervraagd.

- Aan deze mensen werd een afbeelding van een flesje ípsei getoond (derhalve van het product, zoals hierboven onder b afgebeeld) en de volgende vraag gesteld:

"Dit gesprek gaat over een niet alcoholische drank. Wilt u deze afbeelding eens bekijken. <pauze> Wilt u

mij eens vertellen waar u aan denkt als u deze afbeelding ziet?

- Op die vraag werd door 4 van de 262 respondenten (2%) het antwoord gegeven: "Pepsi" of "Pepsi Cola".

De vordering, de grondslag daarvoor en het verweer

2. PepsiCo vordert (samengevat) dat gedaagden ieder afzonderlijk zal worden bevolen met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te houden ieder gebruik in het economisch verkeer in de Europese Unie van het teken IPSEI, alsmede enig ander met het merk PEPSI overeenstemmend teken voor frisdranken, een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom en met veroordeling van gedaagden tot het plaatsen van een nader in het petitum van de dagvaarding omschreven aankondiging op hun websites.

3. Tegen de achtergrond van de vaststaande feiten legt PepsiCo aan die vordering ten grondslag dat Coca-Cola door het verhandelen van ípsei inbreuk maakt op haar gemeenschapsmerk.

4. Coca-Cola heeft tegen de vordering van PepsiCo gemotiveerd verweer gevoerd.

Daarop zal, voorzover van belang, in het onderstaande nader worden ingegaan.

Beoordeling van het geschil

5. De bevoegdheid van de voorzieningenrechter berust op artikel 92 van de Gemeenschapsmerkenverordening juncto artikel 3 van de uitvoeringswet E.G.-verordening inzake het gemeenschapsmerk.

6. PepsiCo grondt haar vordering primair op artikel 9, lid 1, aanhef en sub c van de Gemeenschapsmerkenverordening. Ingevolge die bepaling kan de houder van een Gemeenschapsmerk op grond van zijn uitsluitend recht aan iedere derde die hiertoe zijn toestemming niet heeft verkregen, het gebruik van een teken in het economisch verkeer verbieden dat gelijk is aan of overeenstemt met het gemeenschapsmerk en gebruikt wordt voor waren of diensten die niet soortgelijk zijn aan die waarvoor het Gemeenschapsmerk ingeschreven is, indien het een in de Gemeenschap bekend merk betreft en indien door het gebruik zonder geldige reden van het teken ongerechtvaardigd voordeel getrokken wordt uit of afbreuk gedaan wordt aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het oudere merk. Anders dan de zojuist weergegeven bewoordingen van dit artikel doen vermoeden, is deze bepaling ook van kracht indien het gaat om gebruik van een teken voor waren en diensten die soortgelijk zijn aan die waarvoor het Gemeenschapsmerk is ingeschreven (HvJ 9 januari 2003, IER 2003, blz. 126 inzake *Davidoff/Gofkind*).

7. Bij de beoordeling van deze grondslag van de vordering staat voorop dat niet in discussie is dat het merk PEPSI een bekend merk is in de zin van voornoemde bepaling. Voorts moet het er voor worden gehouden dat Coca-Cola het teken ípsei gebruikt voor waren die soortgelijk zijn aan de waren waarvoor het Gemeenschapsmerk PEPSI is ingeschreven, te weten andere niet-alcoholische dranken dan minerale of gazeuze dranken.

8. De eerstvolgende vraag die moet worden beantwoord in het kader van deze grondslag luidt of er sprake is van overeenstemming tussen het merk PEPSI en het teken

ípsei. De maatstaf bij de beantwoording van die vraag is neergelegd in HvJ 23 oktober 2003, IER 2004, blz. 53 (inzake Adidas/Fitnessworld) en houdt in dat voor bescherming op grond van artikel 9 lid 1, aanhef en onder c van de Gemeenschapsmerkenverordening volstaat dat het bekende merk en het gewraakte teken zodanig met elkaar overeenstemmen dat het betrokken publiek een samenhang ziet tussen het teken en het merk, dat wil zeggen een verband hiertussen legt, ook al verwacht het deze niet. Gelet op de verwijzing door het HvJ in de Adidas/Fitnessworld-zaak naar zijn eerdere beslissing inzake Puma/Sabel (d.d. 11 november 1997, IER 1997, blz. 220) houdt dit (nader) in dat er sprake is van overeenstemming indien merk en teken, globaal beoordeeld naar de totaalindruk die beide maken, auditief, visueel of begripsmatig, zodanige gelijkenis vertonen dat bij het in aanmerking komende publiek de indruk wordt gewekt dat er een verband bestaat tussen merk en teken. Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van overeenstemming dienen voorts alle relevante omstandigheden in aanmerking te worden genomen, waaronder de soortgelijkheid van de waren.

9. Partijen twisten in het kader van de overeenstemmingsvraag in de eerste plaats over wat nu moet worden vergeleken met het merk PEPSI. PepsiCo heeft het standpunt betrokken dat dit moet zijn het woord IPSEI, geschreven in dezelfde opmaak als het merk PEPSI, derhalve in hoofdletters zonder bijzondere kenmerken. Coca-Cola daarentegen betoogt dat vergeleken moet worden met het product waarop het teken voorkomt, derhalve de (gehele) fles drank met daarop het teken ípsei. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter dient inderdaad een vergelijking te worden gemaakt tussen het woordmerk PEPSI en (niet de gehele fles maar) het teken zoals het is gebruikt, dus op zoals het op het product van Coca-Cola voorkomt, nu het ook in de overgrote meerderheid van de gevallen aldus door het publiek wordt waargenomen. PepsiCo heeft er nog op gewezen dat het gewraakte woord zonder opmaak ook wel voorkomt op bestellijsten en kassabonnen, doch voorshands kan niet worden aangenomen dat dit op een zodanig schaal gebeurt dat dit voldoende gewicht in de schaal legt bij de vergelijking waartoe thans zal worden overgegaan. Een vergelijking derhalve tussen het volgende merk respectievelijk teken:

PEPSI ↔ ípsei

10. Niet betwist is dat tussen merk en teken, zoals hierboven weergegeven, geen begripsmatige overeenstemming bestaat. Het komt dus aan op de vraag of gesproken kan worden van visuele en/of auditieve overeenstemming.

11. Wat het visuele aspect betreft is duidelijk dat er in elk geval sprake is van overeenstemmende punten waar gaat om het aantal letters (5), het gebruik van dezelfde letters (e, i, p, en s), dezelfde laatste letter (i) en het voorkomen van de combinatie ps. Daar staan evenwel belangrijke verschillen tegenover, die in hoofdzaak betrekking hebben op de opmaak van het woord ípsei zoals dat wordt waargenomen door het publiek. Dat woord kenmerkt zich immers doordat (a) het is ge-

schreven in kleine letters en niet in hoofdletters zoals het merk PEPSI, (b) de eerste twee letters vet zijn gedrukt en de laatste drie letters niet en (c) op de eerste letter een opvallend accent voorkomt. Door deze verschillen in opmaak, gevoegd bij de andere combinatie van letters ten opzichte van PEPSI levert het teken ípsei naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter een zodanig andere totaalindruk op dan het ingeroepen merk dat niet van een relevante mate van overeenstemming kan worden gesproken.

12. Boordeling van een mogelijke auditieve overeenstemming tussen PEPSI en ípsei voert tot dezelfde slotsom. De op zich duidelijk aanwezige overeenstemmende factor, bestaand in het voorkomen van de klank ps in merk en teken, is in elk geval onvoldoende om tot overeenstemming te concluderen. PepsiCo heeft (niet in de dagvaarding, doch voor het eerst) ter terechtzitting het standpunt betrokken dat in een belangrijk gedeelte van de Europese Unie, waaronder, naar de voorzieningenrechter begrijpt, Engeland en Nederland, het woord ípsei zal worden uitgesproken als IPSI. Die -door Coca-Cola uitdrukkelijk en gemotiveerd bestreden- stelling is, voorshands oordelend, onjuist. De Nederlandse taal voert immers dwingend tot een uitspraak van de laatste lettergreep van ípsei als -sei zoals in "wei" en niet als -si zoals (bijvoorbeeld) in Pepsi. PepsiCo heeft geen overtuigende bewijzen overgelegd dat dit in enig relevant onderdeel van het taalgebied van de Europese Unie anders zou zijn.

13. Een en ander voert tot de slotsom dat, ook rekening houdend met de bekendheid van het merk PEPSI en de omstandigheid dat het teken wordt gebruikt voor soortgelijke waren als waarvoor het Gemeenschapsmerk PEPSI is ingeschreven, de punten van visuele en auditieve overeenstemming van merk en teken zodanig in het niet vallen bij de punten van verschil, dat niet kan worden aangenomen dat er sprake is van overeenstemming die er toe zal leiden dat het publiek een verband legt tussen merk en teken.

14. Omrent de vraag in hoeverre de door partijen overgelegde resultaten van in hun opdracht gehouden marktonderzoeken aan vorenstaande slotsom kunnen toe- of afdoen wordt het volgende overwogen.

15. Partijen hebben over weer, ieder voor zich onder overlegging van verklaringen van -ongetwijfeld hooggekwalificeerde- deskundigen, de waarde van de uitkomsten van elkaars marktonderzoek in twijfel getrokken, waarbij de geuite kritiek zich vooral richt op de vraagstelling en op datgene wat aan het publiek bij het stellen van de vragen is getoond. Zo heeft Coca-Cola betwist dat het een juist uitgangspunt is geweest om -zoals het bureau IvoMar heeft gedaan- aan het publiek een bord te tonen met daarop in hoofdletters het woord IPSEI zonder de opmaak waarin dat woord feitelijk wordt gebruikt, en bovendien nog te vermelden dat het om een frisdrank gaat. Het publiek zal, aldus Coca-Cola, er van zijn uitgegaan dat het hier een soort woordspelletje betrof, zoals die tegenwoordig veelvuldig op televisie te zien zijn, en de vraag hebben beschouwd als de opdracht: "hoeveel woorden kan ik van IPSEI maken en het moet een frisdrank zijn",

waarna het geen verwondering behoeft te wekken dat 73 % "het juiste antwoord" gaf, te weten: PEPSI.

16. PepsiCo heeft op haar beurt betoogd dat in het onderzoek van Coca-Cola ten onrechte het complete product, waarop het woord ípsei is vermeld, is getoond, aangezien aldus veel te veel van het woordonderdeel van dat product wordt geabstraheerd en niet verwonderlijk is dat dan slechts 2% van de ondervraagden aan PEPSI denkt.

17. Zoals blijkt uit hetgeen in r.o. 9 is overwogen is de voorzieningenrechter van oordeel dat het inderdaad geen juist uitgangspunt is om in het onderhavige geval uitsluitend het "kale" woord IPSEI zonder opmaak in een vergelijking te betrekken, doch dat het moet gaan om een vergelijking van (uitsluitend) het woord in de consequent gebruikte opmaak zonder dat daarbij het totale product (te weten de bijzonder -want assymetrisch- vormgegeven fles) dient te worden betrokken.

Dit betekent dat er op beide onderzoeken kritiek valt te leveren, en er is dan ook geen aanleiding om in dit kort geding verder in te gaan op deze "battle of surveys" maar wel om te constateren dat geen van de in deze procedure gepresenteerde resultaten van enig marktonderzoek aanleiding geeft om terug te komen van het in r.o. 13 uitgesproken oordeel.

18. Nu de primaire grondslag van de vordering faalt, wordt toegekomen aan de subsidiaire grondslag. Die houdt in een beroep op artikel 9 lid , aanhef en sub b, van de Gemeenschapsmerkenverordening. Die bepaling staat de houder van het gemeenschapsmerk toe iedere derde het gebruik van een teken in het economisch verkeer te verbieden dat gelijk is aan of overeenstemt met het gemeenschapsmerk en gebruikt wordt voor dezelfde waren als die waarvoor het merk is ingeschreven, indien daardoor verwarring bij het publiek kan ontstaan. De te hanteren maatstaf bij de beantwoording van de vraag of sprake is van overeenstemmende tekens is of merk en teken, globaal beoordeeld naar de totaalindruk die beide maken, auditief, visueel of begripsmatig, zodanige gelijkenis vertonen dat daardoor de mogelijkheid bestaat dat bij het in aanmerking komende publiek (waaronder is te verstaan de gemiddelde geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument van de betrokken soort producten) verwarring wordt gewekt tussen merk en teken (directe verwarring) dan wel de indruk wordt gewekt dat enig verband bestaat tussen de rechthebbende op merk en teken (indirecte verwarring). Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van overeenstemming dienen alle relevante omstandigheden in aanmerking te worden genomen.

19. Nu reeds is vastgesteld dat er geen sprake is van overeenstemming tussen het merk PEPSI en het teken ípsei die tot het leggen van een verband tussen merk en teken kan leiden (associatie) kan a fortiori geen sprake zijn van verwarring. Ook op deze grondslag kan de vordering van PepsiCo derhalve niet worden toegewezen.

20. De door PepsiCo gevraagde voorzieningen zullen worden geweigerd. Bij bespreking van de overige gevorderde verweren (waaronder bevoegdheidsverweren) heeft Coca-Cola aldus geen belang meer.

21. PepsiCo zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de op deze procedure vallende kosten.

BESLISSING:

De voorzieningenrechter:

WIJST de vordering AF;

VEROORDEELT eiseressen in de op deze procedure vallende kosten, tot aan deze uitspraak

aan de zijde van gedaagden begroot op € 244,- aan verschotten en € 816,- aan procureurssalaris.
