

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE BRUSSEL

A/10/06233

Wij, ALBERT II, Koning der Belgen,
Aan allen die nu zijn en hierna wezen zullen,
doen te weten:

De Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel
te Brussel, zetelend in zake kort geding,
heeft volgende beschikking uitgesproken:

Muylder-mans

0672

INZAKE:

Æl 110229
Muylder-
mans
Red Bull
GmbH
23/6/11

De vennootschap naar Oostenrijks recht, **RED BULL GMBH**, met
maatschappelijke zetel te Am Brunnen 1, A-5330 Fuschl am See, Oostenrijk,
ingeschreven bij het Landesgericht Salzburg onder nummer FN 56247t;

EISERES;

Verschijnend door Meester Jeroen MUYLDERMANS voor hemzelf en loco
Meester Paul MAEYAERT, advocaten te 1000 Brussel, Havenlaan 86C, bus 414;

TEGEN:

De BVBA **POWERDRINKS GROUP**, met maatschappelijke zetel te
Martelarenplein 7, bus 4, B-3000 Leuven en met ondernemingsnummer
0478.093.105;

VERWEERSTER;

Verschijnend door Meester VAN BAEL loco Meester Gert GOFFIN, advocaat
te Hospitaalstraat 18, 3582 Beringen;

Gelet op de gedinginleidende dagvaarding dd. 5 augustus 2010;

Gelet op de bepalingen van de wet van 15 juni 1935 inzake het gebruik ter talen in
gerechtszaken;

Gelet op de conclusiekalender, neergelegd ter zitting van 20/08/2010 waarop een
conclusiekalender werd neergelegd die eveneens geldt als beschikking op grond
van artikel 747 §2 Ger.W. en waarop de zaak ondermeer werd uitgesteld naar de
zitting van 18/05/2011 voor pleidooien;

Gelet op de door partijen neergelegde synthesebesluiten, met name voor eiseres op
21/03/2011, voor verweerster op 29/04/2011 alsook hun stukken;

1ste blad

Gehoord de advocaten der partijen in hun mondelinge uiteenzettingen ter openbare zitting van 18/05/2011 waarop de zaak in beraad werd genomen;

DE VORDERING

De vordering vanwege eiseres, overeenkomstig aanvullende en syntheseconclusie, neergelegd ter griffie van deze rechtbank op 21/03/11, strekt ertoe:

- Voor recht te zeggen dat de productie en/of het in de handel brengen door Powerdrinks van de energiedrank genaamd “*ENERGY DRINK – for a night full of power*”, afgebeeld in randnummer 0 van onderhavige besluiten en neergelegd als **Stuk III.1**, alsmede elke andere energiedrank met een dominante en onderscheidende blauw/zilveren kleurschakering, in het bijzonder samengesteld in een ratio van 50:50, een inbreuk uitmaakt op de Abstracte Red Bull Kleurmerken in de zin van artikel 2.20.1.b BVIE en artikel 9(1)(b) EMVO, artikel 2.20.1.c BVIE en artikel 9(1)(c) EMVO, alsmede een daad van parasitaire mededinging en slaafse nabootsing uitmaakt in de zin van artikel 95 van de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming;
- Dienvolgens, de staking van deze inbreuken te bevelen onder verbeurte van een dwangsom van 5.000 EUR per enkelvoudige inbreuk te rekenen vanaf 48 uren na betekening van het tussen te komen vonnis, met dien verstande dat het stakingsbevel zich overeenkomstig artikel 103(2) EMVO dient uit te strekken tot de gehele Europese Unie;
- De publicatie aan Powerdrinks te bevelen van de onderstaande tekst op de voorpagina van haar website, www.powerdrinks.be, in een normaal lettertype en lettergrootte (*Arial 11*) gedurende 60 (zestig) dagen met daaronder een link naar het integrale vonnis, onder verbeurte van een dwangsom van 5.000 EUR per dag dat de publicatie uitblijft binnen de 48 uren na betekening van het tussen te komen vonnis:

“Bij vonnis d.d. [...] heeft de Voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel ons op verzoek van Red Bull bevolen om de commercialisatie van onderstaand blikje energiedrank met een dominant en onderscheidende blauw/zilveren kleurschakering te staken en gestaakt te houden, gezien dit een inbreuk uitmaakt op de exclusieve merkenrechten van Red Bull:



Om het volledige vonnis te lezen, [klik hier](#)”;

- Powerdrinks te veroordelen tot de kosten van het geding, waaronder 272,40 EUR aan dagvaardingskosten, alsmede de rechtsplegingsvergoeding in hoofde van Red Bull begroot op 11.000 EUR;

Verweerster besluit tot de ontvankelijkheid doch ongegrondheid van de vordering;

Zij vraagt eisende partij te veroordelen tot de kosten van het geding, in haar hoofde begroot op de basisrechtsplegingsvergoeding;

BESPREKING

Feiten

De feiten kunnen worden weergegeven als volgt:

Red Bull is de producent van de Red Bull energiedrank dewelke wordt gecommmercialiseerd onder het merk "Red Bull" in langwerpige blikjes, gekenmerkt door een onderscheidende en dominante metaalblauwe en zilveren kleurschakering.

Red Bull is, onder meer, titularis van de volgende merkinschrijvingen:

- Het Benelux kleurmerk hieronder afgebeeld, gedeponneerd op 10 oktober 2007 en gepubliceerd onder nummer 0832076 voor waren in klasse 32 (energiedranken) met aanduiding van de Internationaal erkende kleurencodes PMS 2747C en PMS 877C (**Stuk I.1**):



- Het Gemeenschap kleurmerk hieronder afgebeeld, gedeponneerd op 15 januari 2002 en ingeschreven op 25 juli 2005 onder nummer 002534774 voor waren in klasse 32 (energiedranken) met aanduiding van de Internationaal erkende kleurencodes RAL 5002 en RAL 9006 (**Stuk I.2**):



Deze merken werden geldig ingeschreven en worden sinds bijna 20 jaar gebruikt op de Red Bull Energy Drink® gecommmercialiseerd door Red Bull, zoals hieronder afgebeeld:



Powerdrinks is een Belgische vennootschap die, onder andere, energiedranken met verschillende opmaak produceert en in de handel brengt volgens de instructies van de klant, of onder haar eigen naam, die verkocht worden in horecazaken;

In 2007 stelde Red Bull vast dat Powerdrinks op bestelling van een horecazaak te Sint-Niklaas een welbepaald blikje energiedrank produceerde, gedomineerd door onder andere een blauw/zilveren kleurschakering:



Bij vonnis d.d. 30 april 2009 veroordeelde de rechtbank van koophandel te Brussel onder meer Powerdrinks wegens de productie van boven afgebeeld blikje voor verschillende inbreuken op verscheidene merkenschrijvingen van Red Bull. Tevens oordeelde de rechtbank dat het gebruik door zowel Red Bull als Powerdrinks van een blauw/zilveren kleurschakering op een blikje energiedrank als een dominant en onderscheidend element diende te worden beschouwd;

Tegen dit vonnis tekende Powerdrinks geen hoger beroep aan. Het vonnis is dan ook in kracht van gewijsde getreden tussen partijen;

Red Bull stelt te hebben vastgesteld dat Powerdrinks tot op heden nog een ander blikje energiedrank ontwerpt en produceert dat gekenmerkt wordt door een dominante en onderscheidende blauw/zilveren kleurschakering.

In het bijzonder gaat het om de energiedrank genaamd “*ENERGY DRINK – for a night full of power*”, zoals hieronder afgebeeld:



Middels schrijven d.d. 5 mei 2010 uitgaande van Red Bull werd Powerdrinks formeel in gebreke gesteld en verzocht om ook de productie van deze blikjes te staken en gestaakt te houden, gezien de productie van blikjes energiedrank onder bovenafgebeelde opmaak, aldus eiseres, een inbreuk uitmaakt op onder meer de Abstracte Red Bull Kleurmerken;

Red Bull ging hierop over tot dagvaarding;

POWERDRINKS stelt dat de inschrijving van minstens het Gemeenschapsmerk van eiseres ter discussie zou staan, daar diverse vennootschappen de geldigheid van het merk zouden hebben aangevochten en dat er nietigheidsvorderingen zouden zijn ingesteld;

Vervolgens stelt Powerdrinks dat het aangevochten etiket met de rode belettering thans niet meer in gebruik is, doch vervangen door groene belettering;

Zij stelt dat de verbodsvordering met betrekking tot de gebruikte kleuren(blauw en zilver) niet kan worden weerhouden;

Tenslotte stelt zij dat het in de dagvaarding geïmagineerde blikje een totaal ander design zou hebben dat het RED BULL merk en nergens termen vermeldt die leiden tot verwarring met -of verwatering of degeneratie van de merken van RED BULL, noch enig verband met deze merken oproepen of die wijzen op een daad van parasitaire mededinging of slaafse nabootsing;

Ten gronde:

Nopens het door verweerster ingeroepen argument dat de geldigheid van minstens het Gemeenschapskleurmerk van Red Bull ter discussie zou staan:

Voor het BHIM werden drie nietigheidsprocedures ingesteld tegen het Gemeenschapsmerk van eiseres;

Uit het door eiseres neergelegde stuk I.3 blijkt echter dat deze nietigheidsvorderingen zijn ingetrokken;

Artikel 99 Vo(EG) nr207/2009 van de raad van 26 februari 2009 inzake het Gemeenschapsmerk bepaalt dat de rechtbanken voor het Gemeenschapsmerk het Gemeenschapsmerk als geldig beschouwen;

Artikel 2.20, 1 BVIE stelt:

“1. Het ingeschreven merk geeft de houder een uitsluitend recht. Onverminderd de eventuele toepassing van het gemene recht betreffende de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan de merkhouder op grond van zijn uitsluitend recht iedere derde die niet zijn toestemming hiertoe heeft verkregen, het gebruik van een teken verbieden:

- a. wanneer dat teken gelijk is aan het merk en in het economisch verkeer gebruikt wordt voor dezelfde waren of diensten als die waarvoor het merk is ingeschreven;*
- b. wanneer dat teken gelijk is aan of overeenstemt met het merk en in het economisch verkeer gebruikt wordt voor dezelfde of soortgelijke waren of diensten, indien daardoor bij het publiek verwarring kan ontstaan, inhoudende het gevaar van associatie met het merk;*
- c. wanneer dat teken gelijk is aan of overeenstemt met het merk en in het economisch verkeer gebruikt wordt voor waren, die niet soortgelijk zijn aan die waarvoor het merk is ingeschreven, 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;*
- d. wanneer dat teken gebruikt wordt anders dan ter onderscheiding van waren, indien door gebruik zonder geldige reden, van dat teken ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk.*

...].”

Artikel 9,1.a), b) en c) EMVO bepalen dit in zeer gelijkende bewoordingen;

Verweerster stelt dat het door eiseres in dagvaarding geïmagineerde blikje een totaal ander design heeft dan dat van Red Bull. Zij tracht de ingeroepen merkinbreuk te beoordelen aan de hand van een vergelijking tussen het red Bull blikje als zodanig en haar eigen huisblikje;

De beoordeling van een merkinbreuk impliceert de vergelijking tussen het ingeroepen merk, zoals ingeschreven, met het teken, zoals het wordt gebruikt (Cass. 3 november 2006, I.R.D.I. 2007, 51);

De beoordeling van de merkinbreuk mag evenmin gebeuren door de ingeroepen kleurmerken te vergelijken met het etiket dat Powerdrinks neerlegt als stuk 4. Enkel de wijze waarop de blikjes door Powerdrinks worden geproduceerd en op de markt worden gebracht mogen in aanmerking worden genomen;

Het is vaststaande rechtspraak van het Europese Hof van Justitie dat *“een teken gelijk is aan een merk wanneer het [...] in zijn geheel beschouwd verschillend vertoont die dermate onbeduidend zijn dat zij aan de aandacht van de gemiddelde consument kunnen ontsnappen”* (EHJ, 20 maart 2003, *“Arthur et Félicie”*, C-291/00, beschikkend gedeelte);

De mogelijkheid van de merkhouder om zich op zijn uitsluitend recht te beroepen wordt beperkt wanneer een derde in het kader van zijn handel en nijverheid wenst duidelijk te maken dat het betrokken merk gebruikt wordt ter aanduiding van de

bijzondere kenmerken van de door hem aangeboden waren of diensten(artikel 2.23.1.b.BVIE);

Derden kunnen dergelijke vermeldingen steeds aanbrengen, ook al betreft het identieke of met een merk overeenstemmende tekens;

Een dergelijk gebruik is echter enkel geoorloofd op voorwaarde dat er sprake is van een eerlijk gebruik in de handel;

Dit betekent dat de gebruiker een loyauteitsverplichting tegenover de gerechtvaardigde belangen van de merkhouders in acht moet nemen(zie H.v. J. 17 maart 2005, C-228/03 Gillette/LA, Ing. Cons. 2005, 111, H.v.J. 7 januari 2004, Gerolsteiner Brunnen/ Potech, C-100/02);

Men mag bijvoorbeeld het merk niet gebruiken op een wijze dat men lijkt te profiteren van, of aanhaakt bij de merkbekendheid of dat men de onterechte indruk wekt dat er een commerciële band met de merkhouders bestaat. Er mag ook geen ander middel bestaan om aan het publiek begrijpelijke en volledige informatie te verstrekken over de bestemming van een product(zie F. Gotzen en M.C. Janssens, "Wegwijs in het intellectueel eigendomsrecht", Vanden Broele, ed. 2007, p.156 en verwijzingen aldaar);

Nopens een inbreuk op artikel 2.20.1.cBVIE en artikel 9(1)(c)EMVO

Aan de hand van deze bepaling kan de merkhouders optreden tegen het gebruik van een teken dat gelijkt of overeenstemmend is met zijn merk dat gebruikt wordt voor niet-soortgelijke waren, zonder geldige redenen, wanneer zijn merk een bekend merk is, en wanneer hierdoor een onrechtmatig voordeel wordt getrokken of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of reputatie van zijn merk;

Het Hof van Justitie heeft in 2003 beslist dat deze actiemogelijkheid ook kan worden aangewend door houders van een bekend merk ten aanzien van een gebruik van een overeenstemmend teken voor soortgelijke waren of diensten(H.v.J. 9 januari 2003, Davidoff/ Gofkid, Ing. Cons. 2003,143);

Indien de tekens niet identiek zijn, moet overeenstemming worden bewezen;

Bepalend voor de vereiste overeenstemming is het bestaan van een mogelijk verband dat tussen het teken en het merk kan worden gelegd, ook al verwacht het betrokken publiek deze niet(H.v.J. 23 oktober 2003, Adidas/Fitnessworld, Ing; Cons; 2003,155);

Daarmee wordt bedoeld dat het teken het betrokken publiek op één of andere manier aan het merk doet denken;

Het bestaan van dergelijk verband dient globaal te worden beoordeeld, met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval;

De eerste voorwaarde is de bekendheid van het merk;

Om bescherming te genieten is bekendheid vereist bij een substantieel deel van het publiek voor de beschermde producten, in een substantieel deel van de Gemeenschap. (H.V.J.14 september 1999: General motors/ Yplon, Ing. Cons., 1999, 555);

De abstracte Red Bull kleurmerken vertegenwoordigen in de markt voor energiedranken in de gehele Europese Unie een aandeel van 45 tot 90% (zie stukken IV.1-2 eiseres), zodat kan worden gesteld dat zij de marktleider in haar sector is;

Het intensief gebruik kan evenmin worden betwist (zie stukken IV 1-2 eiseres);

De geografische omvang van het gebruik van de Red Bull kleurmerken strekt zich uit tot de gehele Europese Unie, dit sedert ongeveer 20 jaar;

Ook de investeringen van eiseres voor de Red Bull energiedrank zijn enorm;

Dat eiseres bekendheid geniet in de Benelux alsook in de gehele Europese Unie, blijkt uit de door eiseres neergelegde marktonderzoeken;

Op basis van de door eiseres verstrekte gegevens, dient te worden besloten dat de kleurencombinatie (de abstracte Red Bull kleurmerken) vertrouwd zijn bij het relevante publiek en derhalve bekend zijn in de zin van artikel 2.20.1.cBVIE en artikel 9(1)(c) EMVO;

Powerdrinks stelt dat het litigieuze blikje als een geheel moet worden beschouwd om te bepalen of zijn design een inbreuk op de verschillende merkenrechten van RED BULL uitmaakt. De afzonderlijke benadering van enkel de blauw/zilveren achtergrond van Powerdrinks blikjes zou moeten worden afgewezen. De eenvoudige kleurencombinatie zilver/grijs zou op zich slechts een zwak onderscheidend vermogen hebben. Niet de combinatie blauw/zilver op zich zou het onderscheidend element zijn van de Red Bull- blikjes, doch wel de contrasterende trapezoïde vlakken in de kleuren blauw/ zilver. Zij stelt dat het woordelement "ENERGY DRINK- *for a night full of power*" de aandacht van de consument zal trekken;

Deze stelling komt erop neer dat een kleurmerk nooit bekendheid zou kunnen verwerven omdat het nooit afzonderlijk en zonder verbale tekens wordt gebruikt;

Gezien een kleurmerk nooit zelfstandig wordt gebruikt, doch steeds in combinatie met één of meer andere verbale merken, kan de bekendheid van het kleurmerk zonder meer worden afgeleid uit het intensieve gebruik ervan in combinatie met die andere merken;

De blauw zilveren kleurencombinatie heeft *in casu* bekendheid verworven door gebruik als onderdeel van het Red Bull Energy Drink blikje, temeer daar Red Bull

in alle publiciteit het gebruik van deze blauw/zilveren kleurencombinatie beklemtoont;

Dat Powerdrinks het litigieuze teken gebruikt voor identieke waren, te weten energiedranken, wordt niet betwist;

Het relevante (doel)publiek van eiseres en dat van verweerster zijn identiek, namelijk gebruikers van energiedranken;

Hoe groter het onderscheidend vermogen van het oudere merk is, des te groter is de kans dat dit oudere merk bij het relevante publiek in gedachten komt wanneer het met een overeenstemmend jonger merk in aanraking komt;

De abstracte Red Bull kleurmerken hebben een sterk onderscheidend vermogen in relatie tot energiedranken en zijn zeer bekend;

Het relevante publiek zal derhalve een verband leggen tussen de Red Bull kleurmerken en het teken, geproduceerd op het blikje van Powerdrinks;

Volgens het Hof van Justitie is, opdat er sprake zou zijn van een ongerechtvaardigd voordeel trekken uit het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk, noch vereist dat er sprake is van verwarringsgevaar, noch dat er gevaar bestaat dat aan dat onderscheidend vermogen of die reputatie afbreuk wordt gedaan, of, meer algemeen, aan de houder ervan schade wordt berokkend. Het voordeel dat voortvloeit uit het gebruik door een derde van een teken dat overeenstemt met een bekend merk, wordt door die derde ongerechtvaardigd uit dat onderscheidende vermogen of die reputatie getrokken wanneer hij door dit gebruik in het kielzog van het bekende merk probeert te varen om te profiteren van de aantrekkingskracht, de reputatie en het prestige van dat merk, en om zonder financiële vergoeding profijt te halen uit de commerciële inspanning die de houder van het merk heeft geleverd om het imago van dit merk te creëren en te onderhouden(HvJ(1^ok) 18 juni 2009, nr C_487/07,L'Oreal/Bellure www.curia.eu; TBH 2009,787, noot E. CORNU);

Het ongerechtvaardigd voordeel trekken uit het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk, moet aldus worden begrepen dat het gevallen omvat waarin duidelijk sprake is van exploitatie van en meeliften op de bekendheid van een merk of een poging om voordeel te trekken uit de reputatie ervan;

Weerom is een globale beoordeling vereist, met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het geval, zoals de bekendheid van het oudere merk, de mate van overeenstemming tussen merk en teken en de mate van soortgelijkheid tussen de waren;

Hierboven werd reeds gesteld dat merk en teken overeenstemmen, ze worden gebruikt voor identieke waren, de abstracte Red Bull kleurmerken een sterk onderscheidend vermogen hebben en grote bekendheid genieten;

De keuze van Powerdrinks om de specifieke blauw/zilveren kleurencombinatie te gebruiken als onderscheidende kleurcombinatie voor een energiedrank, is een poging tot “ meeliften” op de bekendheid van de blauw/ zilveren kleurencombinatie van Red Bull en de hoge graad van bekendheid die zij geniet op de markt;

Verweerster tracht dus te profiteren van de aantrekkingskracht van de Red Bull kleurmerken dank zij de afstraling van het imago van het merk of de door dit merk opgeroepen kenmerken;

Zij tracht, door het gebruik van een met een totaaldesign van het Red Bull blikje overeenstemmend teken voor de verkoop van een eigen energiedrank, in het kielzog van het bekende Red Bull merk te varen om te profiteren van de aantrekkingskracht de reputatie van het merk en om profijt te halen uit de commerciële inspanningen die eiseres heeft geleverd om het imago ervan op te bouwen en te onderhouden;

Er is sprake van afbreuk aan het onderscheidend vermogen van het oudere merk, hetgeen ook verwatering, verschraling of vervaging wordt genoemd, zodra dit merk minder geschikt wordt om de waren of diensten waarvoor het is ingeschreven

Indien Red Bull zou gedogen dat verweerster een blauw/zilveren kleurschakering in een verhouding 50:50 voor haar eigen energiedrank zou gebruiken, zouden de Red Bull merken gestaag elk onderscheidend vermogen verliezen omdat zij niet meer in staat zouden zijn om een onmiddellijke associatie met de waren op te roepen doordat door het gebruik van het jongere merk de identiteit van het oudere merk afbrokkelt en aan impact op het publiek inboet;

Powerdrinks toont niet aan dat het gebruik van dit of een daarmee overeenstemmend teken in de sector gebruikelijk zou zijn of veelvuldig door producten van energiedrank zou worden gebruikt;

Het associatiegevaar volstaat om te stellen dat Powerdrinks gebruik heeft gemaakt van de bekendheid van het merk van eiseres voor de afzet van haar eigen product en dat afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen van het merk van eiseres;

De omstandigheid, zoals verweerster dit stelt, dat de blikjes van verweerster enkel verkocht worden in café's en horecazaken en niet in grootwarenhuizen maakt de kans op “ verwatering” van het merk niet onbestaande;

Met betrekking tot de geldige reden

De vordering zal slechts gegrond worden verklaard indien het (onrechtmatig) gebruik zonder geldige reden geschiedde;

Een geldige reden bestaat wanneer in hoofde van verweerster een zodanige noodzaak bestaat juist dat teken te gebruiken, dat het van haar in redelijkheid niet kan worden gevergd dat zij zich niettegenstaande de door dat gebruik aan de merkhouders toegebrachte schade, van dat gebruik onthoudt;

Verweerster brengt geen geldige reden aan om en blauw/zilveren kleurschakering voor haar concurrerend product te gebruiken;

Zij kon kiezen uit veelvuldige andere mogelijkheden;

In zoverre Powerdrinks argumenteert dat zij over een geldige reden beschikt om haar “ naam” verder te blijven gebruiken, gezien deze de inschrijving van de Red Bull kleurmerken zou voorafgaan, kan worden gesteld dat eiseres zich enkel verzet tegen het gebruik van een onderscheidende blauw/zilveren kleurschakering. De omstandigheid dat zij niet langer het woordelement” ENERGY DRINK, for a night full of power” in het rood, doch in het groen wenst te gebruiken, doet hier geen afbreuk aan;

In tegenstelling tot een merk of handelsnaam, ouder dan de Red Bull kleurmerken, verleent het louter gebruik van de Blauw/ zilveren kleurschakering van Powerdrinks de gebruiker ervan geen enkel subjectief recht.;

Powerdrinks toont derhalve niet aan dat zij over een geldige reden beschikt;

De inbreuk op artikel 2.20.1.cBVIE en 9(1)©EMVO staat bijgevolg vast.

Staking ervan wordt bevolen;

Nopens de inbreuk op artikel 2.20.1.bBVIE en 9(1)(b)EMVO

Het bestaan van verwarringsgevaar overeenkomstig artikel 2.20.1.bBVIE en artikel 9(1)(b)EMVO veronderstelt een zekere graad van overeenstemming tussen het aangevochten teken en merk en een zekere graad van soortgelijkheid tussen de waren waarvoor het merk wordt ingeroepen en diegene waarvoor het aangevochten teken wordt gebruikt;

In casu betreffende verschillen tussen het litigieuze teken en de merken van eiseres slechts bijkomstige elementen die niet van aard zijn om de totaalindruk die gewekt wordt te beïnvloeden en het verwarringsgevaar uit te sluiten: het feit dat het aangevochten blikje van verweerster behalve de dominante blauw/zilveren kleurschakering ook nog andere tekens bevat, sluit niet uit dat er sprake is van overeenstemming tussen merk en teken.

De vraag bestaat erin om na te gaan of het relevante publiek(de gemiddelde consument) het aangevochten teken, met name de blauw/zilveren kleurschakering, beschouwt als hebbend voldoende zelfstandigheid in de combinatie om een zelfstandig en onderscheidend bestanddeel uit te maken;

In casu dient te worden vastgesteld dat de blauw/zilveren kleurschakering in 50:50 een dominant en onderscheidend bestanddeel is van het aangevochten blikje, en een zelfstandig en onderscheidend element uitmaakt.

Het fungeert als blikvanger in het oog van de gemiddelde consument;

De toevoeging van verbale elementen doet hier geen afbreuk aan;

Deze woordelementen kunnen buiten beschouwing worden gelaten bij de vergelijking tussen merk en teken, temeer daar het verbale element "ENERGY DRINK" louter beschrijvend is;

De blauw/zilveren kleurschakering vormt geen ondeelbaar geheel met de verbale en figuratieve tekens.

De conclusie is dat het ingeroepen Red Bull kleurmerk overeenstemt met de blauw/zilveren kleurschakering van het litigieuze blikje;

Het merken litigieuze blikje van verweerster stemmen overeen m.b.t. een relevant en onderscheidend kenmerk;

Dit is voldoende om tot overeenstemming te besluiten;

In casu zijn de waren identiek; het verwarringsgevaar is derhalve des te groter, temeer daar het oudere merk van eiseres een grote onderscheidingskracht heeft;

Bij de beoordeling van het verwarringsgevaar moet tevens rekening worden gehouden met de aard van de betrokken waren/diensten en de omstandigheden waaronder zij in het economische verkeer worden gebracht;

In casu heeft het relevante publiek een gemiddeld tot laag aandachtsniveau. Het laat zich bij de aankoop van een energiedrank eerder leiden door een indruk dan door een rechtstreekse vergelijking van de verschillende merken energiedranken;

Het beperkt zich tot het nemen van een blik waarvan de kleurschakering de visuele impact van het gezochte merk heeft;

Aldus moet worde, besloten dat er visuele overeenstemming bestaat tussen het merk van eiseres en het teken dat door verweerster wordt gebruikt;

De consument **kan** door de treffende gelijkenis tussen het merk en teken, zoals het wordt gebruikt, in verwarring worden gebracht nopens de herkomst van het product en kan deze identificeren als afkomstig van Red Bull;

Aan alle voorwaarden is voldaan om te besluiten dat er verwarringsgevaar is. Een inbreuk op artikel 2.20.1.b BVIE en artikel 9(1)(b)EMVO staat tevens vast;

Nopens de door eiseres ingeroepen parasitaire mededinging en slaafse nabootsing in de zin van artikel 95 WMPC

Overeenkomstig artikel 95 WMPC is verboden, elke met de eerlijke marktpraktijken strijdige daad waardoor een onderneming de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaadt of kan schaden;

Het nabootsen of kopiëren van andermans prestatie maakt een daad uit die strijdig is met artikel 95 WMPC wanneer dit gepaard gaat met begeleidende omstandigheden waardoor niet het imiteren of kopiëren op zich gesanctioneerd wordt, maar wel de daarmee samenhangende daden zoals het misleiden van het publiek of het stichten van verwarring bij het publiek;

Volgende criteria kunnen in aanmerking worden genomen:

- het totaalbeeld dat opgewekt wordt;
- er dient eerder met de vergelijkingen tussen de tekens rekening te worden gehouden dan met de verschillen
- het verwarringsgevaar is des te groter wanneer de activiteiten en de geografische invloedssfeer identiek zijn
- de beoordeling gebeurt vanuit het gezichtspunt van de consument met gemiddelde aandacht

Een handelsdaad is parasitair en strijdig met artikel 95 WMPC wanneer een verkoper teert op de inspanningen die anderen hebben geleverd, al was het maar in de mate dat men zelf ontslagen is van het nodige denkwerk te doen en dat men niet meer moet zoeken naar de meest geschikte uitwerking van dit denkwerk;

Rekening moet worden gehouden met de volgende criteria:

- de gekopieerde prestatie moet de vrucht zijn van creatieve inspanningen of investeringen van een voldoende belangrijkheid
- de gekopieerde prestatie moet een economische waarde hebben
- diegene die kopieert moet een rechtstreeks voordeel putten uit de inspanningen en investeringen van de ander
- de aanhaker zelf heeft geen inspanningen geleverd om zijn prestatie te onderscheiden van die van de andere verkoper

Het nadeel van de verkoper bij wie aangehaakt wordt moet buitensporig zijn vergeleken met het voordeel dat de aanhaker nastreeft;

Verweerster maakt zich schuldig aan slaafse nabootsing gelet op:

- het feit dat het relevante publiek de litigieuze blikjes als identiek dan wel zeer overeenstemmend zal waarnemen
- het feit dat de waren relatief goedkope consumptiegoederen zijn
- het gevaar dat de consument misleid wordt omtrent de commerciële oorsprong van de betrokken goederen en de identiteit van de fabrikant ervan is reëel;

Dat daarbij verwarring wordt geschapen met onderscheidende kenmerken van de merken van eiseres blijkt uit wat hiervoor reeds werd uiteengezet;

De aangevochten slaafse nabootsing is strijdig met de eerlijke marktpraktijken waardoor verweerster de beroepsbelangen van eiseres schaadt of kan schaden;

Er kan sprake zijn van aanhaking of parasitisme zonder verwarringsgevaar;

In casu is er sprake van parasitaire mededinging of aanhaking in hoofde van verweerster gelet op het feit dat:

- de door eiseres ontworpen blikjes onbetwistbaar de vrucht zijn van creatieve en financiële inspanningen van eiseres. Het is aannemelijk dat Red Bull door de jaren heen een aanzienlijke goodwill heeft opgebouwd voor haar producten via de betrokken verpakkingen met de specifiek kleurschakeringen;
- het feit dat deze blauw/zilveren kleurschakeringen in een verhouding 50/50, met name de meest opvallende en kenmerkende elementen overneemt, de economische belangen van eiseres kan schaden. Verweerster maakt immers gebruik van het resultaat van de investeringen van Red Bull en haalt hier rechtstreeks voordeel uit, ondermeer bestaande uit het ontlopen van ontwerpkosten en lanceringskosten en profiteert van de goodwill die eraan verbonden is;
- het blikje van Powerdrinks getuigt van onvoldoende eigen creatieve inspanningen van verweerster;
- het is reeds de tweede keer dat verweerster de blikjes van Red Bull nabootst.

Het staat dus vast dat verweerster een daad van parasitaire mededinging heeft begaan, in strijd met artikel 95 WMPC.

Nopens de dwangsom :

De door eiseres in dagvaarding gevorderde dwangsom ad 2.500 EUR dient niet te worden verhoogd tot 5000 EUR, zoals zij vordert in het dispositief van haar conclusie. Dergelijke verhoging wordt overigens niet geargumenteed;

Nopens de gevorderde publicatie:

Er zijn geen redenen voorhanden om in te gaan op de gevorderde publicatiemaatregel nu deze niet van aard is op enige wijze bij te dragen tot het beëindigen van de verboden daad of de schadelijke gevolgen ervan te beperken;

Nopens de gevorderde rechtsplegingsvergoeding

Eiseres vordert een rechtsplegingsvergoeding ad 11.000 EUR gelet op de complexiteit van de zaak en het kennelijk onredelijk karakter ervan;

Noch de veelvuldige Europese rechtspraak, noch de lengte van de conclusies kunnen als criterium worden weerhouden om te stellen dat een zaak complex is;

Het “kennelijk onredelijk karakter van de situatie” sluit iedere verwijzing naar de onredelijkheid van de personen uit. (H LAMON, NjW 2007, 439-440);

Het doelt op een groot verschil (disproportionele verhouding) tussen de respectieve economische situaties van partijen; (“De wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van een advocaat”, I. SAMOY en V.SAGAERT, R.W. 2007-08, 689);

Gelet op het feit dat dit de tweede maal is dat Red Bull haar merkenrechten jegens verweerster gerechtelijk dient af te dwingen, past het de rechtsplegingsvergoeding te verhogen tot 3.000 EUR.

OM DEZE REDENEN,

Rechtdoende op tegenspraak, alle andere en strijdige besluiten verwerpend,

Wij, Ilse LEUS, ondervoorzitter bij de rechtbank van koophandel te Brussel, zetelend in openbare terechtzitting van de vorderingen tot staking zaal E van de rechtbank van koophandel te Brussel, in vervanging van de wettelijk belette Voorzitter, bijgestaan door mevrouw VANDEN EYCKEN, griffier,

Verklaren Ons exclusief bevoegd om kennis te nemen van onderhavige vordering krachtens de artikelen 574, 11°, 589, 1° en 633 *quinquies* Ger. W.

Verklaren de vordering van eiseres ontvankelijk en gegrond;

Zeggen voor recht dat het gebruik van de aangevochten tekens, te weten een dominante en onderscheidende blauw/zilveren kleurschakering, in het bijzonder samengesteld in een ratio van 50:50 voor de energiedrank genaamd "ENERGY DRINK – for a night full of power", neergelegd als **Stuk III.1** van eiseres, alsmede elke andere energiedrank met een dominante en onderscheidende blauw/zilveren kleurschakering, in het bijzonder samengesteld in een ratio van 50:50, een inbreuk uitmaakt op de Abstracte Red Bull Kleurmerken in de zin van artikel 2.20.1.b BVIE en artikel 9(1)(b) EMVO, artikel 2.20.1.c BVIE en artikel 9(1)(c) EMVO, alsmede een daad van parasitaire mededinging en slaafse nabootsing uitmaakt in de zin van artikel 95 van de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming;

- Bevelen bijgevolg de staking van deze inbreuken onder verbeurte van een dwangsom van 2.500 EUR per enkelvoudige inbreuk te rekenen vanaf 48 uren na betekening van het tussen te komen vonnis, met dien verstande dat het stakingsbevel zich overeenkomstig artikel 103(2) EMVO uitstrekt tot de gehele Europese Unie;
- Veroordelen Powerdrinks tot de kosten van het geding, waaronder 272,40 EUR aan dagvaardingskosten, alsmede de rechtsplegingsvergoeding in hoofde van Red Bull begroot op 2.500 EUR;

Wijzen Red Bull af van het meergevorderde;

Aldus gevonnist en uitgesproken ter openbare zitting van de vorderingen tot staking van 08-06-2011

VAN DEN EYCKEN

LEUS

AANGEBODEN OP

10-06-2011

NIET TE REGISTREREN
DE ONTVANGER BEX-11