

Repertoriumnummer 2023
Datum van uitspraak 5 mei 2023
Rolnummer A/22/00358
<input type="checkbox"/> Niet aan te bieden aan de ontvanger

Uitgifte

Uitgereikt aan	Uitgereikt aan	Uitgereikt aan
op €	op €	op €

Nederlandstalige Ondernemingsrechtbank Brussel

Vonnis

Aangeboden op
Niet te registreren

Voorzitter zetelend zoals in kort geding

In de zaak van:

De vennootschap naar vreemd recht, POLLOGEN Ltd., met zetel te Kaufman Street 6, postbus 50320, 68012 Tel Aviv, Israël;

hierna Pollogen genoemd,
eiseres op hoofdeis,
verweerster op tegeneis,

met als raadslieden, Meesters Mr. Jeroen Muyldermans en Mr. Paul Maeyaert, advocaten met kantoor te 1020 Brussel, Esplanade 1/5;

TEGEN:

- 1. LA Poppe BV, met maatschappelijke zetel te Lange Klarenstraat 1, 2000 Antwerpen en KBO nummer 0651.878.503;**
- 2. i-Learning VZW (Beroepsfederatie voor algemene kwalificatie in vakbekwaamheid en ondernemerschap), met maatschappelijke zetel te Lange Nieuwstraat 40/1, 2000 Antwerpen en KBO nummer 0664.481.276;**

hierna La Poppe en i-Learning genoemd,
verweersters op hoofdeis,
eiseressen op tegeneis,

met als raadslieden Mr. Michaël De Vroey en Mr. Koen De Winter, advocaten met kantoor te Post-X, Borsbeeksebrug 36 bus 8, 2600 Berchem.

*
* *

PROCEDURE

De voorzitter nam kennis van onder meer:

- de dagvaarding van 4 februari 2022;
- de beschikking gewezen in toepassing van artikel 747 Ger.W. van 10 februari 2022;

- het tussenvonnissen gewezen op 10 november 2022 en de erin opgenomen procedurestukken;
- de conclusies van partijen;
- de stukken van partijen.

Op de openbare zitting van 15 december 2022 werden de raadslieden van partijen gehoord in hun pleidooien. Meester De Vroey verzocht om behandeling van de zaak op die zitting over de toegestane heropening van de debatten. Meester Maeyaert verzette zich tegen de gevraagde behandeling. Hij wenste een nieuwe conclusie ter zitting neer te leggen overeenkomstig zijn brief van 14 december 2022. Deze conclusie werd ter zitting aan Meester De Vroey, die hiervan nog geen kennis had gekregen, meegedeeld.

Meester De Vroey verzocht om wering uit de debatten van de ter zitting neergelegde conclusie en van de brief van 14 december 2022. De raadslieden van partijen werden bevraagd over verdere minnelijke instaatstelling en konden daarover geen akkoord bereiken.

De raadslieden werden in hun pleidooien gehoord. Na afloop werden de debatten gesloten en werd de zaak in beraad genomen.

Dit vonnis wordt gewezen op tegenspraak. De volledige procedure verliep in het Nederlands overeenkomstig de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken.

1.Vorderingen.

Pollogen vorderde voor de heropening van de debatten dat

- de vorderingen op hoofdeis toelaatbaar en gegrond verklaard worden en

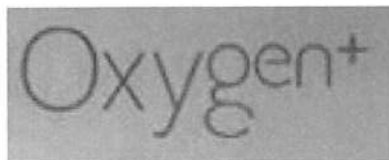
“Wat de vorderingen onder het auteursrecht betreft:

- voor recht te zeggen dat de verhandeling van de eerste en tweede versie van het toestel Oxygen+ van verweersters door haar uiterlijke vormgeving een inbreuk te kwader trouw uitmaakt op de auteursrechten van Pollogen (incl. het reproductierecht en recht van mededeling aan het publiek) verbonden aan het originele Geneo toestel, in de zin van artikel XI.165, §1 en §2 WER;
- voor recht te zeggen dat de gebruiksiinterface van de eerste en tweede versie van

het toestel Oxygen+ van verweersters een inbreuk te kwader trouw uitmaakt op de auteursrechten van Pollogen (incl. het reproductierecht en recht van mededeling aan het publiek) verbonden aan de gebruikersinterface van het originele Geneo toestel, in de zin van artikel XI.165, §1 en §2 WER;

Wat de vorderingen onder het merkenrecht betreft:

- *Voor recht te zeggen dat het gebruik door verweersters van onderstaande tekens in het economisch verkeer, een inbreuk te kwader trouw uitmaakt op de Uniemerken van Pollogen, met name:*
 - o *gebruik van het teken OXYGENEO pleegt inbreuk op het Unie woordmerk OXYGENEO ingeschreven onder nummer 17415878 in de zin van artikel 9.2.a) EUMVo;*
 - o *gebruik van het teken TRIPOLLAR pleegt inbreuk op het Uniewoordmerk TRIPOLLAR ingeschreven onder nummer 7408057 in de zin van artikel 9.2.a) EUMVO;*
 - o *gebruik van het teken QUADRIPOLLAR pleegt inbreuk op het Uniewoordmerk TRIPOLLAR ingeschreven onder nummer 7408057 in de zin van artikel 9.2.b), minstens 9.2.c) EUMVO;*
 - o *gebruik van het teken Oxygen+, als woord of gestileerd zoals hieronder afgebeeld, ter onderscheiding van waren of als Adword dan wel metatag, pleegt inbreuk op het Internationale woordmerk GENE0 ingeschreven onder nummer 1149858 en/of het Unie woordmerk OXYGENEO, ingeschreven onder nummer 17415878, in de zin van artikel 9.2.b), minstens artikel 9.2.c) EUMVo;*



- o *gebruik van het teken CAQSUGEN, onder meer door de invoer van waren onder dit teken, en door de verhandeling van gemerkte waren die niet duurzaam zijn bedrukt met zelfklevers, pleegt inbreuk op het Unie woordmerk CAPSUGEN ingeschreven nummer 017979805 en op het semi-*

figuratieve merk CAPSUGEN ingeschreven onder nummer 017819863, in de zin van artikel 9.2.a), minstens 9.2.b) EUMVo;

- *gebruik van het teken POLOGEN, onder meer door de invoer van waren onder dit teken, en door de verhandeling van gemerkte waren die niet duurzaam zijn bedrukt met zelfklevers, pleegt inbreuk op het Unie woordmerk POLLOGEN, ingeschreven onder nummer 006551832, in de zin van artikel 9.2.a), minstens 9.2.b) EUMVo;*

Ondergeslacht:

- *voor recht te zeggen dat de verhandeling door verweersters van de eerste en tweede versie van het esthetische toestel Oxygen+ door (i) haar uiterlijke vormgeving, (ii) en/of haar gebruiksinterface, (iii) en/of het gebruik van de tekens 'OXYGENEO', 'TRIPOLLAR', 'QUADRIPOLLAR', 'OXYGEN+', 'CAQSUGEN' en 'POLOGEN', alsmede de overeenstemmende aankleding van de verpakkingen van verbruiksgoederen een daad van oneerlijke mededing en een parasitaire marktpraktijk uitmaakt, in strijd met artikel 10bis verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële Eigendom en artikel VI.104 WER, alsook een daad van slaafse verwarringstichtende nabootsing en een misleidende marktpraktijk uitmaakt in de zin van artikel VI.105, 2°, 6° en 8° WER.*

Wat de gevorderde maatregelen en nevenvorderingen betreft onder het auteursrecht en merkenrecht:

- *De staking van deze inbreuken te bevelen in België (wat het auteursrecht betreft) en doorheen de EU (wat het merkenrecht betreft: in toepassing van artikel 126 EUMVo) en verweersters dienvolgens te verbieden om de inbreukmakende producten in België resp. de EU in te voeren, aan te bieden, verkopen, in voorraad te houden, uit te voeren, of daarvoor reclame te maken, onder verbeurte van een dwangsom van 5.000 EUR per enkelvoudige inbreuk (i.e. per toestel of per advertentie) en per dag dat deze inbreuk voortduurt, binnen de 2 werkdagen na betekening van het vonnis;*
- *de onmiddellijke openbaarmaking en mededeling toe te staan aan Pollogen van de bestemming van inbreukmakende producten en verbruiksgoederen, met vermelding van naam en adres van de bestemming en de relevante verkoopfacturen, die de deskundige als Bijlage 30 onder gesloten omslag bij het*

deskundigenrapport heeft gevoegd;

- *verweersters te bevelen om alle inbreukmakende toestellen en producten terug te roepen uit het handelsverkeer in de EU (resp. België) binnen de 5 werkdagen na betekening van het vonnis, onder verbeurte van een dwangsom van 5.000 EUR per dag vertraging, en deze te vernietigen binnen de 25 werkdagen na betekening van het vonnis en onder verbeurte van een dwangsom van 5.000 EUR per dag vertraging, op eigen kosten, en onder controle van een gerechtsdeurwaarder en Pollogen daarvan een proces-verbaal van vaststelling te bezorgen binnen de 30 werkdagen na betekening van het vonnis;*

- *Volgende publicatiemaatregelen op te leggen of toe te staan:*
 - o *verweersters te bevelen om samen met de terugroeping een volledige kopie van het vonnis te versturen per aangetekende brief naar alle afnemers van een inbreukmakend toestel, met onderstaande begeleidende brief, en kopie daarvan met het verzendingsbewijs aan Pollogen over te maken, onder verbeurte van een dwangsom van 1.000 EUR per ontbrekende brief en per dag vertraging, binnen de 5 werkdagen na betekening van het vonnis:*

“Bij vonnis van [datum] heeft de Voorzitter van de Nederlandstalige Ondernemingsrechtbank van Brussel geoordeeld dat het Oxygen+ toestel inbreuk maakt op de auteursrechten en merkenrechten van Pollogen Ltd en het originele Geneo+ toestel. Als gevolg hiervan dienen wij deze toestellen terug te roepen uit de handel en te vernietigen; wij zullen in dat verband contact met u opnemen om deze toestellen op te halen. Bijgaand maken wij u ook kopie van het vonnis over teneinde u volledig en correct te informeren over de inbreuken”

- o *verweersters te bevelen om het volgende bericht te publiceren op de thuispagina van hun website – www.lesley-annpoppe.be en www.beautyandmedical.pro - gedurende 60 (zestig) dagen, binnen de 5 werkdagen na betekening van het vonnis, onder verbeurte van een dwangsom van 5.000 EUR per dag vertraging:*

“Bij vonnis van [datum] heeft de Voorzitter van de Nederlandstalige Ondernemingsrechtbank van Brussel

geoordeeld dat het Oxygen+ toestel en de verbruiksgoederen zoals gels en capsules, inbreuk maken op de auteursrechten en merkenrechten van Pollogen Ltd op het originele Geneo+ toestel en de originele verbruiksgoederen. Om het volledige vonnis te lezen, klik [hier](#). Als gevolg hiervan kunnen wij deze producten niet langer aanbieden”

- *Pollogen (voor zover als nodig) toe te laten om kopie van het vonnis of een objectieve samenvatting daarvan mee te delen aan haar verdelers en (potentiële) klanten, teneinde de markt correct te informeren.*

Wat de schending van specifieke regelgeving betreft:

- *Voor recht te zeggen dat de verhandeling of het gebruik door verweersters in de EU van cosmetische producten met het ingrediënt ‘Methylisothiazolinone’ in strijd is met Verordening (EU) 2017/1224 van de Commissie van 6 juli 2017 tot wijziging van bijlage V bij Verordening (EG) nr. 1223/2009 van het Europees Parlement en de Raad betreffende cosmetische producten, artikel 18 van de Wet van 24 januari 1977 betreffende de bescherming van de gezondheid van de gebruikers op het stuk van de voedingsmiddelen en andere producten alsmede artikel 6 van het Koninklijk Besluit van 17 juli 2012 betreffende cosmetische producten, j° artikel VI.104 WER;*
- *Voor recht te zeggen dat de verhandeling en het gebruik door verweersters van twee verschillende cosmetische producten (met verschillende ingrediënten) onder hetzelfde lotnummer een inbreuk maakt op artikel 19.e van Verordening (EG) nr. 1223/2009 van het Europees Parlement en de Raad betreffende cosmetische producten, j ° artikel VI.104 WER;*
- *De staking van deze inbreuken te bevelen onder verbeurte van een dwangsom van 5.000 EUR per enkelvoudig product verkocht of aangeboden binnen de 2 werkdagen na betekening van het vonnis en per dag dat de inbreuk voortduurt, en de terugroeping daarvan uit de handel te bevelen;*

In elk geval:

- *De tegenvorderingen van verweersters deels niet-ontvankelijk te verklaren, en voor het overige minstens ongegrond.*

- *verweersters te veroordelen tot alle kosten, daarin begrepen de dagvaardingskost (241,16 EUR), de rolrechten en bijdragen voor het eenzijdig verzoekschrift (187 EUR), alle kosten verbonden aan de uitvoering van het beschrijvend beslag inzake namaak, (begroot op 2034,31 EUR), de erelonen van de deskundige (begroot op 15.707,00 EUR), alsmede de rechtsplegingsvergoeding in hoofde van Pollogen begroot op 13.000 EUR”*

Bij tussenvonnissen gewezen door de stakingsrechter op 10 november 2022 werd de heropening van de debatten bevolen nadat Pollogen een verzoekschrift tot heropening van de debatten had neergelegd. Pollogen legde op 23 november 2022 een conclusie na heropening van de debatten neer. De vordering van Pollogen luidt in deze conclusie als volgt:

“ De vorderingen van Pollogen zoals gesteld in haar syntheseconclusie van 4 juli 2022 als integraal herhaald te beschouwen in deze conclusie, deze ontvankelijk en gegrond te verklaren, inclusief omtrent de gevraagde stakingsmaatregelen en nevenvorderingen en dienvolgens wat het punt betreft dat het voorwerp uitmaakt van de heropende debatten:

- *Voor recht te zeggen dat het gebruik door verweersters van onderstaande tekens in het economisch verkeer, een inbreuk (te kwader trouw) uitmaakt op de Uniemerken van Pollogen, met name:*
 - o *gebruik van het teken CAQSUGEN , onder meer door de invoer van waren onder dit teken, en door de verhandeling van gemerkte waren die niet duurzaam zijn bedrukt met zelfklevers, pleegt inbreuk op het Unie woordmerk CAPSUGEN ingeschreven nummer 017979805 en op het semi-figuratieve merk CAPSUGEN ingeschreven onder nummer 017819863, in de zin van artikel 9.2 a) minstens 9.2 b) EUMVo;*
 - o *gebruik van het teken POLOGEN, onder meer door de invoer van waren onder dit teken, en door de verhandeling van gemerkte waren die niet duurzaam zijn bedrukt met zelfklevers, pleegt inbreuk op het Uniewoordmerk Pollogen, ingeschreven onder nummer 006551832, in de zin van artikel 9.2.a) minstens 9.2.b) EUMVo;*
- *(ondergeschikt) voor recht te zeggen dat het gebruik door verweersters van de tekens ‘CAQSUGEN’ en ‘ POLOGEN’ als hierboven beschreven, alsmede de overeenstemmende aankleding van de verpakkingen van verbruiksgoederen, een daad van oneerlijke mededinging en een parasitaire marktpraktijk uitmaakt, in strijd met artikel 10bis Verdrag van Parijs tot bescherming van de Industriële Eigendom en artikel VI.104 WER, alsook een daad van slaafse verwarringstichtende nabootsing en een misleidende marktpraktijk uitmaakt in de zin van artikel VI.105,2°, 6° en 8° WER*

- *(meer ondergeschikt): voor recht te zeggen dat het verzet van verweersters tegen de schorsing van de vrijgave van de goederen door de Douane gekend onder referentie JVB 60574 en invoeraangifte BE21000010060574 laattijdig was (in strijd met artikel 23.3 Douaneverordening) en de vereenvoudigde procedure tot vernietiging van de goederen (artikel 23.1 Douaneverordening) derhalve voltrokken was."*

Op de zitting van 15 december 2022 legde de raadsman van Pollogen een nieuwe conclusie "omtrent de exceptie van gebrek aan syntheseconclusie" neer. Deze conclusie werd voorafgaand aan de zitting niet meegedeeld aan de raadsman van LA Poppe en i-Learning.

LA Poppe en i-Learning vorderen

"Aangaande de hoofdvordering

- *Alvorens recht te doen, uitdrukkelijk te willen akteren dat:*
 - o *Pollogen geen auteursrechten opeist op de vormgeving van de handstukken afzonderlijk;*
 - o *het gebruik van het teken 'POLOGEN' aan de binnenzijde van het plaatje van het eerste en enige Oxygen+ demotoestel geen merkinbreuk uitmaakt;*
 - o *Pollogen niet langer aandringt "om het CE certificaat voor te leggen voor beide versies van het Oxygen+ toestel (versie M-D2 en M-D3) en hun bedieningstukken, en akte te nemen van het voorbehoud van Pollogen om haar vordering tot staking uit te breiden indien blijkt dat de CE certificatie gebrekkig is, dan wel niet conform zou zijn";*
- *In hoofdorde:*
 - o *de hoofdvorderingen van Pollogen als onontvankelijk af te wijzen wegens afstand van recht, minstens wegens rechtsverwerking dan wel rechtsmisbruik;*
 - o *minstens de gemeenrechtelijke vorderingen van Pollogen als onontvankelijk af te wijzen bij gebrek aan belang en omwille van de negatieve reflexwerking;*
 - o *minstens de hoofdvorderingen van Pollogen als ongegrond af te wijzen;*

- *In ondergeschikte orde, de volgende prejudiciële vragen te stellen aan het Europese Hof van Justitie en deze zaak naar de rol te verzenden in afwachting van het antwoord:*
 - *"Moet artikel 9, lid 2, van Verordening (EU) 2017/1001 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 inzake het Uniemerk zo worden uitgelegd dat de kwalificatie in een inbreukprocedure van de beweerde inbreukmakende waar of dienst voor de beoordeling van de gelijkheid of overeenstemming tussen waren of diensten in de zin van de voornoemde bepaling ook kan worden afgeleid uit andere toepasselijke wetgeving, zoals in casu de Verordening (EU) 2017/745 van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2017 betreffende medische hulpmiddelen?"*
 - *"Moet artikel 9, lid 2, van Verordening (EU) 2017/1001 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 inzake het Uniemerk zo worden uitgelegd dat het gebruik van een teken in het economische verkeer in de zin van de voornoemde bepaling ook van toepassing is wanneer het ingeroepen merk volledig is bedekt door middel van een een zelfklever of etiket en bijgevolg volledig onzichtbaar is gemaakt voor de gemiddelde consument derwijze dat het publiek het teken niet langer kan waarnemen? Is het voor deze beoordeling van belang dat:*
 - *de zelfklever of het etiket voorzien is van andere onderscheidingstekens?*
 - *het onmogelijk is om de zelfklever of het etiket te verwijderen zonder het te vernietigen en zonder de verpakking te beschadigen of sporen van de verwijdering ervan achter te laten?*
 - *De bedoeling is te voorkomen dat het etiket en de verpakking van elkaar worden gescheiden en vervolgens eventueel afzonderlijk worden gebruikt?*
- *In meer ondergeschikte orde:*
 - *het stakingsbevel af te wijzen wegens disproportioneel en onredelijk, en het in ieder geval te beperken tot concrete, vastgestelde en bewezen daden van namaak;*
 - *de gevorderde dwangsommen te beperken tot 500 euro per inbreuk of per dag, met een maximum van 50.000 euro;*
 - *de publicatiemaatregel te beperken tot de publicatie van een samenvatting van het tussen te komen vonnis, opgesteld door de ondernemingsrechtbank, op de beginpagina van de website van LA*

Poppe, gedurende maximaal een week na betekening van het tussen te komen vonnis;

- o de terugroepings-, vernietigings, en publicatiemaatregelen enkel toe te staan na het in kracht gewijsde treden van het tussen te komen vonnis;*
- o een uitlooptermijn toe te staan van minstens drie maanden vanaf de betekening van het tussen te komen vonnis om aan een eventueel stakings-, terugroepings- of vernietigingsbevel te kunnen voldoen;*
- o het bedrag dat Pollogen aan concluanten zal verschuldigd zijn indien deze terugroepings-, vernietigings, en publicatiemaatregelen in beroep ongedaan worden gemaakt, vast te stellen op 100.000 euro per toegekende maatregel;*

Aangaande de tegenvorderingen

- De tegenvorderingen van concluanten ontvankelijk en gegrond te verklaren, en dienvolgens*
 - o te oordelen dat Uniemerken 'TRIPOLLAR' nr. 7408057 en 'OXYGENEO' nr. 17415878 nietig zijn en aan de betrokken instantie te bevelen deze inschrijvingen uit het betrokken register te schrappen;*
 - o te zeggen voor recht dat Pollogen, door in een ingebrekestelling LA Poppe te beschuldigen van manifest ongegronde inbreuken op een Amerikaanse octrooi en door na te laten om de beweerde merken- en octrooi-inbreuken te preciseren en hierin twee jaar lang te volharden na herhaalde vragen om verduidelijking van LA Poppe, zich schuldig maakt aan oneerlijke marktpraktijken en zich bezondigt aan denigrerende reclame in strijd met artikelen VI.104 en VI.105, 2° WER en bijgevolg aan Pollogen een bevel op te leggen tot staking van dergelijke praktijken, zowel rechtstreeks als onrechtstreeks door middel van tussenpersonen, op straffe van een dwangsom van 5.000 euro per inbreuk en per dag dat deze inbreuken voortduren vanaf de betekening van het tussen te komen vonnis;*
 - o te zeggen voor recht dat Pollogen, door het stellen van de voorgaande handelingen gevolgd door de poging tot intimidatie op de Esthetika beurs van 20 maart 2022 door de raadsman en gerechtsdeurwaarder van Pollogen, zich schuldig heeft gemaakt aan misbruik van recht en bijgevolg aan Pollogen een bevel op te leggen tot staking van dergelijke praktijken, zowel rechtstreeks als onrechtstreeks door middel van tussenpersonen, op straffe van een dwangsom van 5.000 euro per inbreuk en per dag dat deze*

inbreuken voortduren vanaf de betekening van het tussen te komen vonnis;

- *te zeggen voor recht dat Pollogen, door de vermelding van "gepatenteerd" in reclame met betrekking tot producten die op de Belgische markt verdeeld worden zonder eigenlijke octrooibeschermtng te genieten voor de producten in kwestie, zich schuldig heeft gemaakt aan misleidende reclame en een schending van artikel VI.97, 6° WER en bijgevolg aan Pollogen een bevel op te leggen tot staking van deze oneerlijke praktijken, zowel rechtstreeks als onrechtstreeks door middel van tussenpersonen zoals Hebea, op straffe van een dwangsom van 5.000 euro per inbreuk en per dag dat deze inbreuken voortduren vanaf de betekening van het tussen te komen vonnis;*
- *te zeggen voor recht dat Pollogen, door mondelinge of schriftelijke boodschappen aan bestaande of potentiële klanten van LA Poppe te doen dat haar OXYGEN+ apparaat namaak, niet CE-gekeurd, en onveilig zou zijn, en door deze klanten daarom af te raden om bij conluanten een opleiding te volgen en haar OXYGEN+ apparaat aan te kopen, zich schuldig heeft gemaakt aan een oneerlijke praktijk van slechtmaking die de beroepsbelangen van LA Poppe kan schaden in de zin van artikel VI.104 WER, en kwalificeert als afbrekende en ongeoorloofde vergelijkende reclame in de zin van artikel 105, 2° en VI.17, 5° WER, en bijgevolg aan Pollogen een bevel op te leggen tot staking van deze oneerlijke praktijken, zowel rechtstreeks als onrechtstreeks door middel van tussenpersonen zoals Hebea, op straffe van een dwangsom van 5.000 euro per inbreuk en per dag dat deze inbreuken voortduren vanaf de betekening van het tussen te komen vonnis;*
- *te zeggen voor recht dat Pollogen, door medische toestellen aan te bieden op de Belgische markt zonder over de vereiste vergunning te beschikken, handelt in strijd met de toepasselijke wetgeving inzake medische hulpmiddelen, waaronder EU Verordening 2017/745, dan zich schuldig maakt aan verboden misleidende reclame door niet-medische toestellen aan te bieden en te adverteren als medische (esthetische of niet-invasieve) toestellen;*

Aangaande de gedingkosten

- *Pollogen te veroordelen tot de kosten van het geding, aan de zijde van conluanten begroot op het geïndexeerd basisbedrag van de*

rechtsplegingsvergoeding (1.520 euro) per in het gelijk gestelde partij, hetzij 3.040 euro in totaal;

- *In ieder geval:*

- o *de kosten van het beslag inzake namaak, inclusief de kosten van de gerechtsdeurwaarders, integraal ten laste te leggen van Pollogen, minstens de kosten die verband houden met de beschrijving van de beweerde prima facie inbreuken op de beweerde prima facie auteursrechten;*
- o *de rechtsplegingsvergoeding van Pollogen te herleiden tot het geïndexeerd basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding (1.520 euro)."*

2. De relevante feiten.

2.1 De partijen.

1. Pollogen commercialiseert behandelingstoestellen en producten die in de esthetische sector aangewend worden. Pollogen zelf houdt voor dat het gaat om *medisch niet-invasieve toestellen* die géén medische hulpmiddelen in de zin van Verordening (EU) 2017/745 van het Europese Parlement en de Raad van 5 april 2017 inzake Medische Hulpmiddelen¹ zijn. Zij houdt voor actief te zijn in de hele wereld.

2. LA Poppe is actief als groothandel met schoonheidsproducten. Zij baat de webshop www.lesley-annpoppe.be uit waarmee zij producten en benodigdheden voor schoonheidsverzorging aanbiedt². Daarnaast is zij geregistreerd bij het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsproducten (FAGG) als distributeur van medische hulpmiddelen in klasse 1³ en betaalt hiervoor een jaarlijkse bijdrage gebaseerd op haar inkomsten uit deze producten.

3. i-Learningearning is een vzw waarmee de schoonheidsschool "*Beauty and Medical Academy*" wordt uitgebaat⁴. (Beroepsfederatie voor algemene kwalificatie in vakbekwaamheid en ondernemerschap) die bestuurd wordt door La Poppe BV en de heer

¹ Hierna Verordening Medische Hulpmiddelen.

² Stuk I.1a-c bundel LA Poppe

³ Producten waaronder krukken, kompressen, rolstoelen, elastische verbanden, herbruikbare chirurgische instrumenten ... stuk I.1d bundel LA Poppe.

⁴ Stuk I.2 bundel LA Poppe

Lebreton, bestuurder bij La Poppe. Deze VZW biedt opleidingen aan inzake behandelingen in de esthetische en niet-invasieve medische sector.

2.2 Het geschil

4. Pollogen commercialiseert ondermeer het toestel *Geneo*[®] dat gebruikt wordt voor de behandeling van de huid. Hierna wordt naar dit toestel verwezen als het *Geneo*[®]toestel. Pollogen verwijst naar dit toestel als het Geneo+ toestel maar deze benaming wordt niet beschermd door haar merkenrechten en is mogelijk alleen de naam waaronder Pollogen commercialiseert. De verkoopprijs zou om en bij de 10.000 EUR bedragen. Het toestel ziet er volgens Pollogen als volgt uit:



Wanneer het toestel in gebruik is wordt het voorzien van volgende graphic user interface, hierna GUI,



als startscherm.

5. Pollogen houdt voor dat dit toestel en de GUI auteursrechtelijke bescherming genieten. Verder houdt Pollogen voor dat zij drie verschillende behandelingen aanbiedt met het toestel die met een merkenrechtelijk beschermd teken aangeduid worden. Het gaat om *Oxygeneo*[®]: een zuurstofbehandeling, *Tripollar*[®]: waarbij radiofrequentie uitgezonden wordt in de diepere huidlagen door een speciaal handstuk dat in verbinding staat met het toestel en *Ultrasoon*: waarbij ultrasone golven in de huid gestuurd worden. Bij de *Oxygeneo* en *Tripollar*-behandelingen wordt gebruik gemaakt van capsules en gels die gecommmercialiseerd worden onder twee tekens: *Pollogen*[®] en *CAPSUGEN*[®].

6. In België doet Pollogen beroep op een verdeler voor de Benelux⁵ die de toestellen en toebehoren verdeeld aan een netwerk van schoonheidsinstituten. Het betreft Hebea.

7. In 2019 zou Pollogen vastgesteld hebben dat La Poppe BV ondermeer een webwinkel www.lesley-annpoppe.be uitbaat die het volgende toestel aanbood :



Oxygen+

De Oxygen+ is een non-invasieve zuurstofbehandeling die huidveroudering en huidproblemen tegengaat. Deze therapie zorgt voor een liftend effect, verminderd donkere vlekken, verhoogt de elasticiteit en verfijnt de poriën. Het toestel wordt geleverd met drie aparte kapsulsets, waarmee je de volgende 4-in-1 behandeling kan aanbieden:

- Zachte exfoliatie door middel van specifiek ontworpen oxygen capsules
- Insluizing van actieve werkstoffen
- De huid verstevigen met quadratic radiofrequentie
- De onderliggende huidlagen stimuleren met ultrasone golven, zodat de huid actieve werkstoffen beter kan opnemen

Onmiddellijk na de behandeling neemt de zuurstofvoorziening op de behandelde toe en is een verbetering van de huidstructuur waarneembaar. De behandeling verloopt snel, pijnloos en zonder downtime.

De benodigde producten kunnen apart aangekocht worden per doos (6 behandelingen) aan 39€, excl btw.

Contact

Ben je van de provincie Antwerpen, Limburg of Vlaams-Brabant?
Bel dan 0483 39 64 02 voor meer info over de toestellen.

Ben je van de provincie Oost- of West-Vlaanderen?
Bel dan 0485 75 41 17 voor meer info over de toestellen.

Slechts 4 resterend op voorraad

Ook gels en capsules zouden in verpakkingen die sterk gelijken op de Pollogen-producten te koop aangeboden worden door de website. Het toestel zou voor 1.299 EUR te koop aangeboden worden op de hoger vermelde website⁶.

8. Een tweede webpagina www.medicalandbeauty.pro wordt uitgebaat door de VZW i-Learning.

9. Pollogen zou na deze vaststelling in december 2019 een eerste "Oxygen+ toestel" aangekocht hebben bij La Poppe⁷ voor 859 EUR en zelf na visuele vergelijking tot de conclusie

⁵ Hebea Professional BV, met zetel te Steenweg op Waarloos 37, 2840 Rumst en KBO nummer 0667.762.351

⁶ Stuk II.3-4 bundel Pollogen.

⁷ Stuk II.6 bundel Pollogen – factuur aan Chantal Veldboer"

gekomen zijn dat het toestel naar vorm en ook wat de GUI betreft een duidelijke kopie van het originele *Geneo*-toestel was. De gels en capsules die Pollogen zou verkregen hebben, waren voorzien van een zelfklevend etiket dat verwijderd zou kunnen worden en waaronder 'POLOGEN' en 'CAQSUGEN' waarneembaar was⁸.

10. Pollogen ging via haar gemandateerde, het Israëlische bureau Brandshield Ltd., over tot ingebrekestelling van La Poppe in juli 2020 en verzocht de inbreuken op haar auteurs- en merkenrechten te staken.

11. De raadslieden van La Poppe haalden in hun antwoord aan dat de ingebrekestelling te vaag is, betwistten later en na antwoord van de gemandateerde de inbreuken⁹ en stelden dat de toestellen inmiddels aangepast werden. Er werd over en weer gecommuniceerd in juli en augustus 2020. Begin augustus 2020 schreef Brandshield dat LA Poppe een Amerikaans octrooi (US 10,251,460 B2) waarvan Pollogen houder zou zijn, zou schenden en dat zij zich schuldig maakte aan daden van oneerlijke mededinging¹⁰. LA Poppe antwoordde dat zij niet actief is in de VS en dus geen inbreuk pleegde.

12. De situatie was redelijk chaotisch. Hebea was en is de verdeler van Pollogen in de Benelux. Hebea communiceerde naar het publiek over de producten van LA Poppe als onveilig en namaak. LA Poppe stelde daarna in december 2020 Hebea in gebreke wegens beweerde verwarring en slechtmaking¹¹. Hebea hield in haar wederwoord voor dat *haar* auteurs- en merkenrechten geschonden werden door de commercialisatie door LA Poppe maar meende dat het dossier kon worden afgesloten¹².

13. Pollogen ondernam verder geen enkele actie tot wanneer zij in juni 2021 een tweede toestel bij LA Poppe zou aankopen opnieuw via Hebea en een tussenpersoon. De aankoop zou de nieuwe versie van het Oxygen+ toestel van La Poppe betreffen¹³.

14. Pollogen deed na deze aankoop opnieuw niets. In het najaar van 2021 hield LA Poppe een stand open op de *Estetika* vakbeurs in de EXPO in Brussel. Pollogen houdt voor dat zij pas daar een duidelijk zicht kreeg op de omvang van de stand van LA Poppe en het professionele karakter dat de namaker tentoonstelde.

15. Op 3 december 2021 stelde Pollogen een gerechtsdeurwaarder aan met als opdracht een *Geneo* toestel te vergelijken met het Oxygen+ toestel in verschillende versies. Hiervan werd

⁸ Stukken II.6-7-8 bundel Pollogen.

⁹ Stuk III.2 bundel Pollogen

¹⁰ Stuk II.3 bundel LA Poppe

¹¹ Stuk II.8 bundel LA Poppe

¹² Stuk I.11 bundel LA Poppe

¹³ Stuk III.7 bundel Pollogen

op 03 december 2021 een p.v. opgesteld¹⁴. Vervolgens legde Pollogen op 12 januari 2022 een verzoekschrift houdende machtiging tot het leggen van een beslag inzake namaak neer. Bij beschikking van 14 januari 2022 werd Pollogen toegelaten tot het laten uitvoeren van het beslag inzake namaak. De heer Patrick Theunis werd als deskundige aangesteld. Het beschrijvend beslag inzake namaak werd uitgevoerd op 25 januari 2022. Er werd een deskundigenverslag neergelegd op 3 mei 2022.

16. LA Poppe tekende derdenverzet aan tegen deze beschikking. Bij beschikking van 12 april 2022 werd het derdenverzet als ongegrond afgewezen.

17. In juni 2022 had La Poppe opnieuw een stand op de Estetika beurs in Brussels Expo waar zij opnieuw haar toestellen aanbood¹⁵.

2.3 De relevante intellectuele eigendomsrechten.

18. Pollogen claimt auteursrechten op het hoger vermelde toestel en de GUI. Dit toestel zou in verschillende opeenvolgende versies gecommmercialiseerd worden.

19. Daarnaast roept zij volgende merken in:

- het Unie woordmerk **POLLOGEN** ingeschreven op 11 december 2008 onder nummer 006551832 voor waren in klasse 10¹⁶
- het Internationale woordmerk **GENEO**, ingeschreven op 04 oktober 2012 onder nummer 1149858 met aanduiding van de Europese Unie voor waren in klasse 10¹⁷
- het Unie woordmerk **OXYGENEO**, ingeschreven op 13 februari 2018 onder nummer 17415878 voor waren in klasse 10¹⁸
- het Unie woordmerk **TRIPOLLAR**, ingeschreven op 16 juni 2009 onder nummer 7408057 voor waren in klasse 10¹⁹
- het Unie woordmerk **CAPSUGEN**, ingeschreven op 15 mei 2019 onder nummer 017979805 voor waren in klasse 03 en 05²⁰

¹⁴ Stuk II.8 bundel Pollogen

¹⁵ Stuk II.17 bundel Pollogen

¹⁶ Klasse 10: medische toestellen - Stuk I.3.a bundel Pollogen

¹⁷ Klasse 10 : esthetische apparaten voor de huidbehandeling van gezicht en lichaam Stuk I.3.b bundel Pollogen

¹⁸ "Medische instrumenten; Instrumenten voor medische therapie; Laserinstrumenten voor medisch gebruik; Ultrasonische therapeutische apparatuur; Schaven van de huid (Medische toestellen voor het -)" - Stuk I.3.c bundel Pollogen;

¹⁹ "Medisch apparaat voor het behandelen, vormgeven en straktrekken van de huid en verminderen van cellulitis op esthetisch gebied; alle voornoemde goederen, voor zover begrepen in klasse 10" Stuk I.3.d bundel Pollogen

²⁰ "niet-medicinale en medicinale huidverzorgingsproducten, te weten medicinale scrublotions in de vorm van scrubcapsules voor esthetische gezichts- en lichaamsbehandelingen voor gebruik met cosmetische medische apparaten" - Stuk I.3.e bundel Pollogen

- het complexe Uniemerck zoals hierna afgebeeld, ingeschreven op 30 juni 2018 onder



nummer 017819863 voor waren in klasse 10²¹

3. Beoordeling.

3.1 Bevoegdheid van de voorzitter zetelend zoals in kort geding.

20. Er werden geen excepties inzake onbevoegdheid opgeworpen door partijen of ambtshalve door de dd. voorzitter die vaststelt dat zij bevoegd is om zowel de vorderingen op hoofdeis als de tegenvorderingen te beoordelen.

3.2 Wering van conclusies uit de debatten.

21. Bij tussenvonnis van 10 november 2022 werd de heropening van de debatten bevolen nadat Pollogen een verzoekschrift in die zin had neergelegd. In dit tussenvonnis werd de gevraagde heropening van de debatten toegestaan en werd partijen opgelegd om hun opmerkingen in de zin van artikel 775 Ger.W. onder de vorm van syntheseconclusie neer te leggen.

22. Pollogen miskende het beschikkend gedeelte van dit tussenvonnis door een aanvullende syntheseconclusie neer te leggen waarin zij verwees naar haar syntheseconclusie neergelegd voor de heropening van de debatten.

23. De voorzitter zetelend zoals in kort gedingkan de stelling van LA Poppe en i-Learning bijtreden waar zij met hen vaststelt dat Pollogen inderdaad het dispositief van dit tussenvonnis miskende door geen syntheseconclusie neer te leggen maar leest in artikel 775 Ger.W. geen *sanctie* op de neerlegging van een aanvullende conclusie. De conclusie neergelegd op 23 november 2022 werd tijdig neergelegd en wordt dan ook niet geweerd.

24. Pollogen heeft daarna en op de zitting van 15 december 2022 nog een conclusie neergelegd die zij voorafgaand aan de zitting niet eens aan de raadsman van LA Poppe en

²¹ *“Houders voor het toedienen van geneesmiddelen; Capsules voor het schuren van de huid voor esthetische gezichts- en lichaamshuidbehandelingen voor gebruik met cosmetische medische apparatuur”* Stuk I.3.f bundel Pollogen

i-Learning had meegedeeld. Deze conclusie werd buiten elke termijn neergelegd en verwerende partijen op hoofdeis hebben zich dan ook terecht tegen deze neerlegging verzet.

25. De wering van een conclusie uit de debatten gebeurt, ambtshalve en na tegenspraak door de partijen over de gevorderde wering, wanneer een conclusie laattijdig, en dus na de in de beschikking aangegeven datum, wordt neergelegd en toegezonden aan de tegenpartij(en).

Wering uit de debatten is geen vorm van nietigheid maar een autonome sanctie²². In de rechtsleer wordt echter aangenomen dat de partij die om de wering verzoekt een belang moet kunnen aantonen bij de wering en dat in tegenovergesteld geval de wering niet moet uitgesproken worden²³.

Het belang van LA Poppe en i-Learning om de wering te vorderen, zou kunnen bestaan in een eventuele schending van hun rechten van verdediging. Het Hof van Cassatie is in haar vaste rechtspraak van oordeel dat een conclusie die werd neergelegd en meegedeeld buiten de vastgelegde kalenderregeling slechts uit de debatten kan worden geweerd, indien het bewijs voorligt en de rechter vaststelt dat de rechten van verdediging van de tegenpartij geschonden werden²⁴. Zij kregen voorafgaand aan de neerlegging geen kennis van de conclusie. Dit is een flagrante schending van hun rechten van verdediging.

26. De voorzitter zetelend zoals in kort geding weert de conclusie neergelegd op 15 december 2022 uit de debatten.

3.3 Ontvankelijkheid van de ingestelde vorderingen

27. LA Poppe en i-Learning hebben een exceptie inzake onontvankelijkheid van de ingestelde vorderingen opgeworpen wegens afstand van recht door Hebea namens Pollogen.

28. Het is correct dat de raadsman van Hebea in zijn brief van 11 maart 2020 op expliciete wijze te kennen heeft gegeven dat hij het dossier inzake inbreuken op auteurs- en merkenrechten als afgesloten beschouwde. De beweerde auteurs- en merkenrechten

²² J. Laenens, e.a., Handboek Gerechtelijk recht, Intersentia, Story-Scientia, Antwerpen-Cambridge, vierde editie, p.443.

²³ J. Laenens, e.a., Handboek Gerechtelijk recht, Intersentia, Story-Scientia, Antwerpen-Cambridge, vierde editie, p.443.

²⁴ Cass., 28 april 2011, C.09.0396.F; Cass., 4 december 2008, *Pas.*, 2008, nr. 697; Cass., 16 maart 2006, *P&B*, 2006, p. 106, www.juportal.be.

lijken echter nooit aan Hebea behoord te hebben en dus moet Hebea geacht worden nooit over rechten beschikt te hebben waarvan zij afstand kon doen.

29. De vraag of er sprake is van rechtsverwerking of van rechtsmisbruik in hoofde van Pollogen is een vraag die de grond van de zaak en niet de ontvankelijkheid van de ingestelde vorderingen aanbelangt. Het onderzoek of een partij beschikt over het vereiste belang om in rechte op te treden moet onderscheiden worden van het onderzoek naar het bestaan en de omvang van het subjectief recht dat deze partij aanvoert. Waar het eerste aspect verband houdt met de ontvankelijkheid van de vordering, houdt de tweede vraag verband met de gegrondheid van de ingestelde vordering²⁵.

30. De oorspronkelijke vorderingen op hoofdeis worden als ontvankelijk beoordeeld.

31. LA Poppe en i-Learning hebben na heropening van de debatten een exceptie van onontvankelijkheid opgeworpen wat de nieuwe vordering van Pollogen na heropening van de debatten betreft.

32. Pollogen maakte van de heropening van de debatten gebruik om een vordering in te stellen met betrekking tot ingevoerde goederen door LA Poppe die door de Douane voor vernietiging vatbaar werden verklaard. Het is correct dat deze vordering, die gesteund wordt op de Douaneverordening, een nieuwe vordering is die niet gesteund werd op feiten die in de gedinginleidende akte werden vermeld. Daarnaast gaat het stellen van een nieuwe vordering de grenzen van een heropening van de debatten te buiten. Deze vordering moet dan ook als onontvankelijk afgewezen worden.

33. Er werden geen excepties met betrekking tot de vorderingen op tegeneis opgeworpen door partijen of ambtshalve door de stakingsrechter.

3.4 Ten gronde – vorderingen op hoofdeis gesteund op het auteursrecht.

34. Pollogen stelde een vordering tot vaststelling van inbreuk door LA Poppe en i-Learning in. Zij steunt haar vorderingen op schending van auteursrechten op een cosmetisch toestel en op een GUI.

35. LA Poppe en i-learning betwisten dat de toestellen en de GUI auteursrechtelijk beschermd zouden zijn.

36. Het is Pollogen die de bewijslast draagt²⁶.

²⁵ Cass. 23 februari 2012, Arr. Cass., 2012, www.juportal.be ECLI:BE:CASS:2012:CONC.20120223.6

²⁶ Cass. 17 oktober 2019, AM 2021, afl. 2, 217

37. Artikel XI.165 WER voorziet dat een werk auteursrechtelijke bescherming kan genieten wanneer het uitgedrukt wordt in een *concrete vorm* die voldoet aan de vereiste van *originaliteit*. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat originaliteit aanwezig is wanneer het gaat “om een eigen intellectuele schepping van de auteur ervan”²⁷ en dat het werk “de uitdrukking vormt van” de “persoonlijkheid” van de auteur. Dit is ondermeer zo “wanneer de auteur bij het maken van het werk zijn creatieve bekwaamheden tot uiting heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzen”.²⁸

38. Van belang hierbij is dat Pollogen voor elke versie van haar toestel en voor elke (nieuwe) GUI bewijst dat deze auteursrechtelijk beschermd zijn.

39. In de rechtspraak van het Hof van Justitie werd bevestigd dat cumulatie tussen modellen auteursrechtelijke bescherming mogelijk is²⁹. De stakingsrechter treedt LA Poppe en i-Learning bij waar deze voorhouden dat Pollogen geen modelrechtelijke bescherming heeft ingeroepen voor de toestellen en dat het auteursrecht wordt ingeroepen om aan de korte beschermingsduur voor (niet ingeschreven)-Uniemodellen te ontsnappen³⁰.

40. De rechter moet er zich voor hoeden dat via het auteursrecht buitensporige bescherming wordt verleend aan modellen die niet (langer) modelrechtelijk beschermd zijn³¹.

41. De vraag rijst hoe Pollogen in deze zaak denkt aan de op haar rustende bewijslast voldaan te hebben. Er liggen geen stukken voor die wijzen op een creatie van een toestel door Pollogen of zelfs in opdracht van Pollogen of zelfs op de mate waarin de auteur zijn stempel heeft kunnen drukken op het ontwerp³². Er is geen begin van ontwerp op papier of elektronisch ter beschikking van de rechtbank gesteld. Dit bewijs kan nochtans niet zo moeilijk geweest zijn om te leveren nu de gemandateerde van Pollogen aanvankelijk (Amerikaanse) octrooirechten inriep waardoor de stukken inzake ontwerp, wanneer die er geweest zouden zijn in het kader van de uitvinding, gemakkelijk voorgelegd hadden moeten kunnen worden.

42. Dezelfde overwegingen gelden voor de GUI. Op geen enkele manier toont Pollogen aan dat de banale vormen uit de GUI zouden leiden tot een originele concretisering van een welbepaald ontwerp waarbij de auteur, die niet geïdentificeerd is, net tot dat resultaat kwam.

²⁷ Arrest van 16 juli 2009, *Infopaq*, C-05/08, punten 37 en 45.

²⁸ Arrest van 1 december 2011, *Painer* C-145/10, punten 88-89; zie ook Cass. 11 maart 2005, *Arr. Cass.* 2005, 585; Cass. 17 maart 2014, *Arr. Cass.* 2014, afl. 3, 773

²⁹ HvJEU 12 september 2019, *Cofemel*, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721, punt 52

³⁰ G., STRAETMANS, H., VANHEES, Vorderen op grond van het merken- en auteursrecht en wegens parasitaire concurrentie, TBH 2022, afl. 4, p. 518

³¹ Conclusie AG 6 februari 2020, *Brompton*, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:79, punt 51.

³² Gent 1 februari 2021, ICIP 2021, afl. 3, 614

43. Pollogen had gemakkelijke overeenkomsten kunnen bijbrengen aan de hand waarvan aangetoond kon worden dat zij auteursrechthebbende werd van de beweerdte auteursrechten voor zowel de toestellen als de GUI. Ook dergelijke overeenkomsten liggen niet voor.

44. Hieruit moet geconcludeerd worden dat Pollogen niet voldaan heeft aan de op haar rustende bewijslast en dat haar vorderingen gesteund op bescherming van beweerdte maar niet bewezen auteursrechten moeten afgewezen worden als ongegrond bij gebrek aan bewijs.

3.5 Vordering op tegeneis – vordering tot nietigverklaring van twee merken.

3.5.1 De vordering tot nietigverklaring van Oxygeneo – inbreukvordering en maatregelen gesteund op Oxygeneo.

45. LA Poppe vordert de nietigverklaring van het Uniemerkt Oxygeneo wegens gebrek aan onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7 Uniemerkenverordening hierna UmVo.

46. LA Poppe kan bijgetreden worden waar zij stelt dat Oxygeneo niets anders is dan de samentrekking van oxygenium³³ en neos of νέος wat nieuw betekent. De merknaam "Oxygeneo" die gebruikt wordt om behandelingen en producten die nieuwe zuurstof in de huid beweren te brengen aan te prijzen is louter beschrijvend voor de waren en diensten waarvoor hij gedeponerd werd.³⁴

47. De vordering op tegeneis tot nietigverklaring van het Uniemerkt 'OXYGENEO' met nr. 17415878 wegens gebrek aan onderscheidend vermogen komt dan ook gegrond voor.

48. Pollogen kan zich niet beroepen op deze nietige inschrijving. Haar vorderingen gesteund op haar merkenrechten volgend uit "Oxygeneo" moeten dan ook als ongegrond afgewezen worden.

3.5.2 De vordering tot nietigverklaring van Tripollar – inbreukvordering en maatregelen gesteund op Tripollar.

49. LA Poppe en i-Learning stelden een vordering tot nietigverklaring in het van het Uniemerkt Tripollar. Deze vordering wordt gesteund op artikel 7 Uniemerkenverordening.

50. Tripollar verwijst, zo stellen LA Poppe en i-Learning naar tripolar of driepoligheid en zou dus louter beschrijvend zijn.

³³ De benaming voor zuurstof in de periodieke tabel van Mendeljev.

³⁴ <https://pollogen.be/oxygeneo/>

51. Pollogen houdt voor dat "Tripollar" helemaal niet beschrijvend zou zijn.

52. Aan de hand van de door LA Poppe en i-Learning bijgebrachte verwijzingen kan vastgesteld worden dat verwijzingen inzake multipolaire radiofrequenties gebruikelijk zijn wanneer over schoonheidsbehandelingen met radiofrequentie wordt gecommuniceerd naar het publiek. Het gebruik van tripolaire radiofrequentie en dus van drie elektroden met twee polen bij een dergelijke schoonheidsbehandeling maakt het gebruik van "Tripollar" beschrijvend. Het merk heeft in dat geval een louter beschrijvende functie wat het ondienstig maakt voor gebruik en voor merkenrechtelijke bescherming. De vordering op tegeneis van LA Poppe en i-Learning is op dit punt gegrond.

3.6 De afwijzing van de andere vorderingen op hoofdeis wegens rechtsverwerking.

53. Pollogen houdt voor dat het te koop aanbieden door LA Poppe en i-Learning op Belgisch grondgebied van de aangevochten toestellen en producten inbreukmakende handelingen zijn waarvoor de merkenrechtenhouder geen toestemming gaf.

54. LA Poppe en i-Learning hebben bij herhaling in hun conclusie gewezen op de absolute inertie van Pollogen die niet optrad tegen de beweerde inbreukmakers dan tenzij na jarenlang stilzwijgen. Zij hebben verder aangegeven dat de raadsman van Hebea, die stelde in opdracht van Pollogen te handelen, het dossier, met inbegrip van eventuele inbreuken als afgesloten beschouwde.

55. Pollogen had als houder van Uniemerken exclusieve rechten die voortvloeien uit deze merken. Zij geeft aan dat haar rechten op zeer ernstige wijze geschonden werden. Hoger stelde de voorzitter vast dat Pollogen zich tot aan het beslag inzake namaak stilzwijgend opstelde wat de beweerde inbreuken op haar merkenrechten betrof.

56. Er werd lastens LA Poppe en i-Learning geen ingebrekestelling verstuurd die precies en correct verwees naar de uiteindelijk in deze procedure geïdentificeerde merken. In de briefwisseling en ingebrekestelling die verweerders op hoofdeis wel ontvingen werden de thans in deze procedure ingeroepen merken helemaal niet geïdentificeerd.

57. Pollogen heeft zelf aangegeven dat minstens LA Poppe een rechtstreekse concurrent is. Zij heeft de stelling van dat LA Poppe heel openlijk en op grote beurzen haar waren commercialiseert niet weerlegd. Er moet vastgesteld worden dat enige goed onderbouwde verklaring van de merkenhouder over dit lange stilzwijgen ten aanzien van een rechtstreekse concurrent uitgebleven is.

58. Het feitelijk gegeven dat de raadsman van Hebea in opdracht van Pollogen, Pollogen heeft niet weerlegd dat haar distributeur namens haar correspondeerde en

optrad, het dossier inzake inbreukmakende handelingen door LA Poppe als afgesloten beschouwde toont aan dat Pollogen door niet op te treden minstens de gerechtvaardigde indruk gewekt heeft in hoofde van LA Poppe dat zij verder rechtsgeldig haar producten kon verkopen. Pollogen moet geacht worden de rechtstreekse concurrentie door LA Poppe en de aanwezigheid van de beweerdelijk inbreukmakende producten gedoogd te hebben. Het opstarten van een procedure zonder verdere voorafgaandelijke ingebrekestelling door Pollogen leidt dan ook tot de conclusie dat Pollogen door rechtsverwerking het recht om nog op te treden lastens LA Poppe verbeurd had. Haar overige vorderingen moeten dan ook als ongegrond afgewezen worden.

3.7 De overige vorderingen op tegeneis.

59. LA Poppe en i-Learning stelden verdere vorderingen op tegeneis. Zo hielden zij voor dat Pollogen, door haar ingebrekestelling LA Poppe onterecht beschuldigde van inbreuken op een Amerikaanse octrooi en jarenlang het stilzwijgen bewaarde alvorens tot enige gerechtelijke actie over te gaan. Het Amerikaans octrooi ligt niet voor en er werd geen inbreukvordering ingesteld. Op basis van het voorgelegde bewijsmateriaal kan echter niets dienstig hierover vastgesteld worden. Onder overweging 58 werd het stilzwijgen van Pollogen aanvaard als grond voor rechtsverwerking.

60. De vordering inzake de beweerde poging tot intimidatie op de Esthetika beurs van 20 maart 2022 door de raadsman en gerechtsdeurwaarder van Pollogen is een deontologische kwestie waarvoor de stakingsrechter niet bevoegd is.

61. De vordering inzake de vermelding van "*gepatenteerd*" in reclame met betrekking tot producten die op de Belgische markt verdeeld worden kan niet zonder meer als misleidende reclame beschouwd worden nu helemaal niet uitgesloten is dat de technologie inderdaad het voorwerp van een Amerikaans octrooi is en met de vermelding gepatenteerd helemaal geen verwijzing naar een Europees octrooi of Belgisch octrooi werd opgenomen. De vordering is op dit punt ongegrond.

62. Pollogen dient zich te onthouden van afbrekende en ongeoorloofde reclame in die zin dat zij niet naar LA Poppe kan verwijzen met informatie die niet met de werkelijkheid overeenstemt. Zo kan Pollogen niet verwijzen naar het OXYGEN+ apparaat als namaak en kan zij niet verwijzen naar de niet CE-keuring wanneer verwezen wordt naar toestellen die wel gekeurd werden of waarvoor keuring niet noodzakelijk zou zijn. Om verdere herhaling te voorkomen komt het passend voor om aan Pollogen een stakingsbevel op te leggen tot staking van deze oneerlijke praktijken, op straffe van een dwangsom van 500 euro per inbreuk en per dag dat deze inbreuken voortduren vanaf de betekening van het tussen te komen vonnis met een maximaal te verbeuren dwangsom van 50.000 EUR.

63. De laatste vordering op tegeneis wordt niet ondersteund door sluitend bewijs en wordt om die reden afgewezen als ongegrond.

4. Kosten.

64. Pollogen wordt als in het ongelijk gestelde partij verwezen om in te staan voor de kosten van het geding.

Beslissing van de voorzitter zetelend zoals in kort geding,

De voorzitter zetelend zoals in kort geding is van oordeel,

dat zij exclusief bevoegd is om kennis te nemen van de vorderingen

dat de conclusie neergelegd voor Pollogen Ltd. op de zitting van 15 december 2022 uit de debatten moet geweerd worden,

dat de ingestelde vorderingen deels onontvankelijk, deels ontvankelijk zijn,

dat de ingestelde vorderingen op hoofdeis gesteund op de beweerde auteursrechten van Pollogen Ltd. bij gebrek aan bewijs moeten afgewezen worden als ongegrond en dat derhalve de vordering van verweerders op hoofdeis tot het vaststellen in rechte dat Pollogen Ltd. geen auteursrechten opeist op de vormgeving van de handstukken afzonderlijk zonder voorwerp is;

dat de vorderingen op tegeneis strekkende tot nietigverklaring van de Uniemerken 'TRIPOLLAR' nr. 7408057 en 'OXYGENEO' nr. 17415878 gegrond is en beveelt de mededeling van dit vonnis aan de EUIPO van zodra dit vonnis in kracht van gewijsde getreden zal zijn

wijst de overige vorderingen op hoofdeis af als ongegrond wegens rechtsverwerking

dat wat de overige vorderingen op tegeneis betreft,

Vastgesteld wordt dat Pollogen Ltd. zich schuldig maakte aan en zich verder dient te onthouden van afbrekende en ongeoorloofde reclame in die zin dat zij niet naar verweerders op hoofdeis kan verwijzen met informatie die niet met de werkelijkheid overeenstemt en dit zowel wat de vermelding van het OXYGEN+ apparaat als namaak betreft en de verwijzing naar de niet CE-keuring van toestellen die wel gekeurd werden of waarvoor keuring niet noodzakelijk is. Om verdere herhaling te voorkomen komt het passend voor om aan Pollogen Ltd. een

stakingsbevel op te leggen tot staking van deze oneerlijke praktijken, , op straffe van een dwangsom van 500 euro per inbreuk en per dag dat deze inbreuken voortduren vanaf de betekening van het tussen te komen vonnis met een maximaal te verbeuren dwangsom van 50.000 EUR.

De overige vorderingen op tegeneis worden afgewezen als ongegrond.

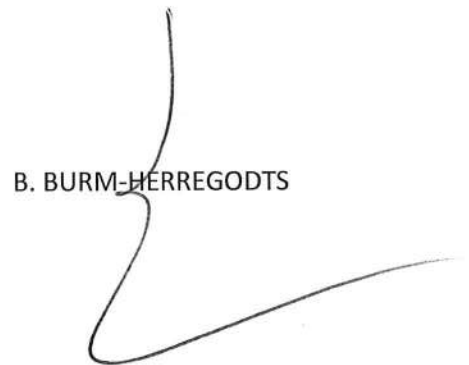
In toepassing van artikel 1017 Ger.W. wordt Pollogen Ltd. verwezen om in te staan voor de kosten van het geding in hoofde van verweerders op hoofdeis begroot op de rechtsplegingsvergoeding.

Het rolrecht van 165 EUR wordt ten laste gelegd van Pollogen Ltd. die gehouden is dit bedrag te betalen op eerste verzoek van de FOD Financiën.

Dit vonnis werd gewezen door mevrouw **B. Burm-Herregodts**, rechter en dienstdoend voorzitter van de Nederlandstalige ondernemingsrechtbank Brussel, zetelend zoals in kort geding. Het vonnis is door haar uitgesproken met bijstand van mevrouw **M. Vanden Eycken**, griffier, op de buitengewone openbare zitting van 5 mei 2023.



M. VANDEN EYCKEN



B. BURM-HERREGODTS