

Repertoriumnummer 2018 / 5765
Datum van uitspraak 26 juni 2018
Rolnummer 2016/AR/1042

Uitgifte

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

Niet aan te bieden aan de ontvanger

Eindarrest

Oneerlijke handelspraktijk, aanhaking of parasitisme
 Artikel 10bis 2) Unieverdrag van Parijs
 Artikel VI. 93 WER
 Artikel VI. 104 WER

Misleidende reclame
 Artikel 10bis 3., 1) Unieverdrag van Parijs
 Artikel VI.98,1°
 Artikel VI.100, 13° WER

DUVEL MOORTGAT NV
 t/
 BROUWERIJ HONSEBROUCK BVBA

Hof van beroep Brussel

Arrest

8ste kamer,
burgerlijke zaken

Aangeboden op
Niet te registreren

192 + dor
cc Fod ECo

DUVEL MOORTGAT N.V., met maatschappelijke zetel te 2870 BREENDONK, Breedonk-Dorp 58,

appellante,

vertegenwoordigd door Mr. Geert GLAS en Mr. Edward TAELEMANS, advocaten te 1150 BRUSSEL, Tervurenlaan 268a;

tegen

VAN HONSEBROUCK BROUWERIJ B.V.B.A., met zetel te 8770 INGELMUNSTER, Oostrozebekestraat 43,

geïntimeerde,

vertegenwoordigd door Mr. Paul MAEYAERT en Mr. Jeroen MUYLDEMANS, advocaten te 1000 BRUSSEL, Havenlaan 86C B.414.

Het hoger beroep is gericht tegen een vonnis dat op 17 maart 2016 werd uitgesproken door de Voorzitter van de Nederlandstalige rechtbank van koophandel te Brussel, zetelend zoals in kort geding, als stakingsrechter.

Er wordt geen akte van betekening van dit vonnis voorgelegd.

Het verzoekschrift tot hoger beroep werd tijdig neergelegd ter griffie van het hof op 15 juni 2016. Het is regelmatig naar de vorm.

I. De bestreden beslissing

1. Bij het bestreden vonnis werd de vordering van Duvel Moortgat NV ontvankelijk doch ongegrond verklaard en werd zij veroordeeld in de kosten van het geding.

II. De vorderingen van de partijen voor het hof

2. Duvel Moortgat NV, kortweg 'Duvel', verzoekt het hof :

- *Het hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren;*
- *Bijgevolg de bestreden beslissing teniet te doen en, opnieuw recht te doen;*
 - *vast te stellen dat (Brouwerij Van Honsebrouck BVBA) – door het op de markt brengen van het flesje van Filou zoals hierboven beschreven, zowel een oneerlijke handelspraktijk als een misleidende reclame begaat en bijgevolg – de artikelen 10bis 2) en 10bis, 3, 1) Unieverdrag van Parijs en de artikelen VI.93, VI.98, 1°, VI.100, 13° en VI.104 Wetboek Economisch Recht schendt;*
 - *(Brouwerij Van Honsebrouck BVBA) te veroordelen tot het stopzetten van de productie van flesjes van het Filou-bier voorzien van het huidig etiket en dit binnen de 24 uren na de betekening van de beschikking, onder verbeurte van een dwangsom van 50 euro per dergelijk flesje dat na deze termijn zou worden geproduceerd in weerwil van dit verbod;*
 - *(Brouwerij Van Honsebrouck BVBA) te veroordelen tot het stopzetten van het op de markt brengen van flesjes van het Filou-bier voorzien van het huidig etiket binnen de 14 dagen na betekening van de beschikking, onder verbeurte van een dwangsom van 50 euro per dergelijk flesje dat na deze termijn op de markt zou worden gebracht in weerwil van dit verbod;*
 - *(Brouwerij Van Honsebrouck BVBA) te veroordelen tot het onmiddellijk stopzetten van het verdelen of plaatsen van enige publiciteit of 'point of sales' materiaal die een afbeelding bevat van het flesje Filou-bier voorzien van het huidig etiket, onder verbeurte van een dwangsom van 500 euro per individueel exemplaar van publiciteit of van 'point of sales' materiaal dat zou worden verdeeld of geplaatst in weerwil van dit verbod;*
 - *(Brouwerij Van Honsebrouck BVBA) te veroordelen tot het verwijderen op haar websites van afbeeldingen van het flesje Filou-bier voorzien van het huidig etiket en dit binnen de 2 werkdagen na de betekening van de beschikking, onder*

verbeurte van een dwangsom van 500 euro per webpagina en per dag waarop een dergelijke afbeelding na deze termijn nog voorkomt in weerwil van dit verbod;

- (Brouwerij Van Honsebrouck BVBA) te veroordelen tot de kosten van het hoger beroep alsook in eerste aanleg, met inbegrip van de dagvaardingskosten en de rechtsplegingsvergoeding, deze laatste begroot op 2.500 euro rechtsplegingsvergoeding per aanleg overeenkomstig artikel 3 van het KB van 26 oktober 2007, en 277,05 euro dagvaardingskosten.

3. Brouwerij Van Honsebrouck BVBA, kortweg 'Van Honsebrouck', verzoekt het hof :

In hoofdorde:

- Het hoger beroep ontvankelijk te verklaren doch als ongegrond af te wijzen;

In ondergeschikte orde:

- de dwangsommen minstens te herleiden tot een bedrag van 10 EUR per eenmalige inbreuk en een plafond van 100.000 EUR op te leggen boven hetwelk geen dwangsommen kunnen verbeuren;
- een uitlooptermijn van 6 maanden toe te kennen;

In elk geval:

- (Duvel) te veroordelen tot de kosten van het geding, in hoofde van (Van Honsebrouck) begroot op de rechtsplegingsvergoeding van 5.000 EUR voor de procedure in eerste aanleg en 5.000 EUR voor de procedure in beroep.

III. De feiten en de procedurevoorgaanden

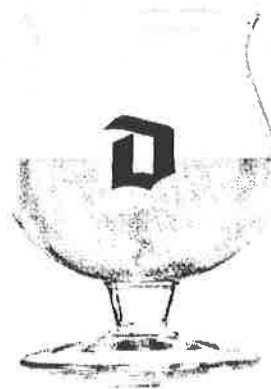
4. Duvel is de Belgische brouwerij die onder meer in België het Duvel bier op de markt brengt.

Het Duvel bier is een blond speciaalbier van hoge gisting, dat hergist op fles. Het alcoholpercentage bedraagt 8,5% en is daarmee hoog. De fles gebruikt voor het Duvel bier is een zogenaamde 'Steini' fles, met een inhoud van 33 cl. Het Duvel bier is op de Belgische markt sedert 1970. Het bier wordt bij consumptie in de horeca gedronken uit Duvel glazen, die tulpvormig zijn.

De duvel bierfles met etiket en kroonkurk (voorzijde) en het Duvel bierglas zien eruit als volgt:



Het Duvel bierglas kreeg onlangs een ander opschrift :



Duvel voert reclame- en marketingcampagnes.

Duvel voert aan dat het Duvel bier in principe enkel verkrijgbaar is in flessen, zodat de consument steeds geconfronteerd wordt met de Steini fles die voor het Duvel bier wordt gebruikt. De Steini fles is te zien in de reclame- en marketingcampagnes die door Duvel worden gevoerd. Hetzelfde geldt wat het Duvel glas betreft.

Het Duvel bier is beschikbaar in heel België, zowel voor aankoop in winkels, grootwarenhuizen en in drankencentrales, als voor consumptie in de horeca. Het is ook in andere Europese landen en op andere continenten beschikbaar.

5. Van Honsebrouck is een Belgische brouwerij die werd opgericht in 1811. Zij brengt verschillende speciaalbieren op de markt, waaronder het Brigand bier en het Kasteel bier.

Het Kasteelbier van Van Honsebrouck wordt aangeboden in Steini flessen met een inhoud van 33 cl. :



Het Kasteelbier is een speciaalbier. Er bestaat zowel een blond Kasteel bier als een bruin Kasteel bier.

Van Honsebrouck voert publiciteitscampagnes voor haar Kasteel bier.

Eind 2014 ontwikkelde Van Honsebrouck een nieuw blond speciaalbier, van hoge gisting, met een alcoholpercentage van 8%, dat zij de naam Filou gaf.

Oorspronkelijk werd Filou gebrouwen op verzoek van de winkelketen Aldi. De fles die gebruikt werd om het Filou bier te commercialiseren, was een 'klassiek', langgerekt, flesje. Het etiket dat op de fles werd aangebracht werd mee ontworpen door Aldi en zag eruit als volgt :



Tussen Van Honsbrouck en Aldi rees onenigheid over de wijze van lancering van het bier (Van Honsbrouck verweet Aldi een gebrek aan promotie). Na een proefperiode van enkele maanden besliste Aldi om het Filou bier niet langer te verkopen.

Van Honsbrouck besliste om het bier in eigen naam en voor eigen rekening te (her)lanceren op de markt. Met het oog hierop restylede Van Honsbrouck het etiket. Dit zou in de toekomst aangebracht worden op een Steini fles en niet langer op een klassieke, langgerekte, fles.

De gerestylede Filou bierfles met etiket werd onder meer gelanceerd op de 'Horecatel' beurs in Marche-en-Famenne, begin maart 2015.

Het Filou bier is beschikbaar in heel België, zowel voor aankoop in winkels, grootwarenhuizen en drankencentrales, als voor consumptie in de horeca (onder meer ook 'op tap'). Het Filou bier is ook in enkele andere Europese landen beschikbaar.

De Filou bierfles met etiket en kroonkurk (voorzijde) en het Filou bierglas zien eruit als volgt :



6. Op de Belgische markt zijn, naast Duvel, het Kasteelbier en Filou, nog andere blon speciaalbieren van hoge gisting met een hoog alcoholpercentage verkrijgbaar in Steini fless met een inhoud van 33 cl. Ook deze bieren worden veelal geschonken in een glas dat voor t betreffende bier werd ontworpen :



TEMPELIER



Ook bruine speciaalbieren maken gebruik van de Steini fles met een inhoud van 33 cl. en desgevallend van een voor het bier ontworpen glas :



De vorm van de Steini fles is niet beschermd.

7. Tevens wordt op de Belgische markt het Budels bier gecommmercialiseerd, dat verkocht wordt in een klassieke, langgerekte fles, waarop volgend etiket is aangebracht :



8. Op 25 juni 2015 richtten de raadsliden van Duvel een aangetekende ingebrekestelling tot Van Honsebrouck, waarin onder meer het volgende werd gesteld :

(...)

Zoals u weet, is onze cliënte de brouwerij die het welbekende Duvel-bier wereldwijd op de markt brengt.

Onze cliënte stelde recentelijk vast dat uw brouwerij een bier "Filou" op de markt brengt in flesjes die bijzonder sterk gelijken of de flesjes die worden gebruikt voor Duvel. Met flesjes bedoelen we in dit verband de totaalindruk gewekt door de individuele verpakking van het bier, m.a.w. zowel het eigenlijke flesje, het etiket als de kroonkurk. (...).

Het hoeft weinig betoog dat de flesjes van Filou-bier dermate sterk gelijken op de flesjes van het Duvel-bier dat het gebruik van deze flesjes door Brouwerij Honsebrouck zowel een oneerlijke handelspraktijk als een misleidende reclame uitmaakt.

De sterk gelijkende verpakking vormt allereerst een inbreuk op artikel 10bis 2) van het Unieverdrag van Parijs en artikel 104 boek VI Wetboek Economisch Recht, die beiden oneerlijke handelspraktijken verbieden.

(...)

Duvel wordt verkocht in flesjes met een kenmerkende vorm en bruine kleur. Het etiket zelf wordt gekenmerkt door het gebruik van grote rode letters voor het woord Duvel en gouden en zwarte letters voor de andere vermeldingen op een witte achtergrond, alsook door het feit dat het etiket een gouden rand heeft.

Al deze elementen worden door u overgenomen voor de etiketten van het Filou-bier. De kleur van het flesje en de kleurencombinatie van het etiket (wit/rood/goud/zwart) zijn identiek. De vorm van de flesjes zelf is zeer gelijkaardig en de wijze waarop het etiket is vormgegeven is evenzeer zeer gelijkaardig. Het woord Filou wordt in grote rode letters op het etiket weergegeven, de achtergrond van het etiket is wit, het etiket heeft een gouden rand en de overige vermeldingen zijn in gouden en zwarte letters. Men kan onmogelijk ontkennen dat de totaalindruk die wordt gewekt door het flesje van het Filou-bier identiek is aan de totaalindruk die wordt gewekt door het Duvel-flesje. Dit geldt des te meer nu de gemiddelde consument niet bijzonder aandachtig is bij de aankoop van een eerder alledaags product zoals bier en dus weinig aandacht zal hebben voor de subtiele verschillen maar zich vooral focust op de dominante elementen die allemaal overeenstemmen.

Door de flesjes van Duvel te kopiëren tracht uw brouwerij aan te haken bij het succes van Duvel in een poging om de verkoop van het Filou-bier te stimuleren. Met andere woorden, er is sprake van een transfer van de look and feel en dus van de reputatie van Duvel naar Filou. (...). Er is

dus ongetwijfeld sprake van bijkomende omstandigheden die het kopiëren van het flesje onrechtmatig maken in de zin van artikel 10bis 2) Unieverdrag van Parijs en artikel 104 boek VI. Wetboek Economisch Recht.

Het kopiëren van het flesje van Duvel maakt daarnaast ook een inbreuk uit op artikel 10bis 3) Unieverdrag van Parijs en de artikelen 98, 1° en 100, 13° van boek VI Wetboek Economisch Recht die misleidende reclame verbieden.

(...)

Zoals hierboven reeds werd aangetoond is de totaalindruk die wordt gewekt door beide flesjes zeer gelijkaardig. In casu dient ook te worden vastgesteld dat de beperkte verschillen die bestaan tussen beide flesjes (witte i.p.v. gouden kroonkurk, zeer lichte verschillende tint rood, ander lettertype en vervanging van het wapenschild door Filou logo) door het Hof van Beroep als niet dominant worden aangemerkt.

Onze cliënte heeft reeds vragen en reacties ontvangen van klanten die effectief verward waren over de commerciële oorsprong van het Filou-bier. Die klanten waren onder de indruk (dat) het Filou-bier door Brouwerij Moortgat werd geproduceerd, wat op zich al bewijst dat er sprake is van misleidende reclame.

Bovendien worden in de winkels Duvel en Filou regelmatig vlak naast elkaar uitgesteld (...). Dit versterkt nog het aanwezige verwarringsgevaar. De zo goed als identieke flesjes vormen dan ook misleidende reclame en een inbreuk op de artikelen 10bis 3) van het Unieverdrag van Parijs en 98, 1° en 100, 13° van boek VI Wetboek Economisch Recht.

Van Honsebrouck werd door Duvel in gebreke gesteld om (1) tegen uiterlijk 31 juli 2015 een nieuw etiket voor Filou te ontwerpen, met andere kleuren en vormgeving, en dit etiket voor te leggen aan Duvel, zodat deze er zich zou van kunnen vergewissen dat 'de aangevochten onrechtmatigheid zich niet langer voordoet', en om (2) uiterlijk op 7 augustus 2015 de productie van flesjes met beweerd inbreukmakende etiketten te stoppen en de flesjes die nog in voorraad waren, van het nieuwe etiket te voorzien.

De ingebrekestelling van Duvel werd door Van Honsebrouck betwist bij schrijven van haar toenmalige raadsman van 30 juni 2015.

Bij schrijven van de huidige raadslieden van Van Honsebrouck van 3 juli 2015 volgde een gemotiveerde betwisting, waarin onder meer het volgende werd gesteld :

Cliënte wenst hierbij in de eerste plaats te benadrukken dat zij de aantijging van uw cliënte onbegrijpelijk acht.

Brouwerij Van Honsebrouck (...) brengt verschillende toonaangevende bieren op de markt, waaronder Kasteelbier en Brigand. Als brouwerij heeft cliënte steeds veel aandacht besteed aan een eigen identiteit en een eigen doorgedreven marketingbeleid waardoor ze zich op de biermarkt onderscheidt van de concurrentie.

Eind 2004 heeft zij dan ook een nieuw speciaalbier van hoge gisting ontwikkeld met een alcoholpercentage van 8,50%. Het werd als "Filou" boven de doopvond gehouden.

Naast het woord "Filou" is het etiket aangekleed met een aantal figuratieve elementen. Zoals graan en hopstengels, alsmede in het bijzonder een schalkse jongeman met een hoedje en een katapult. "Filou" is, zoals u weet, een bestaand woord van Franse oorsprong dat ook in het Nederlands volledig is ingeburgerd. Het betekent zoveel als "deugniet" of "schavuit".

(...)

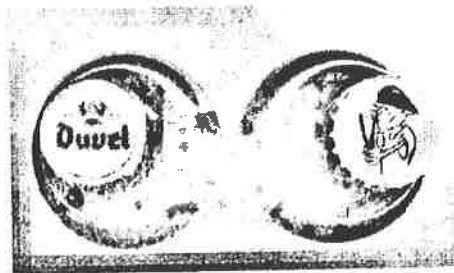
Op de tweede plaats merkt cliënte op dat uw cliënte zich niet beroept op enige "exclusieve" intellectuele eigendomsrechten, waaronder met name woord- en of beeldmerken.

Dat er geen vormmerkbescherming is, is ook logisch gezien de vorm van de fles door heel wat brouwerijen gebruikt wordt voor bieren met een hoge gisting. Dit blijkt overigens ook uit de foto's die u hebt aangehecht aan de ingebrekestelling. Gezien geen enkele speler op de biermarkt enige exclusiviteit kan laten gelden met betrekking tot de vorm van de fles, dient er enkel nog een visuele vergelijking tussen beide etiketten te worden gemaakt.

Bij een eerste indruk zal de gemiddelde consument onmiddellijk het woordmerk zien, met name "Filou" ten aanzien van "Duvel" waarbij het lettertype totaal verschillend is en de auditieve overeenstemming volledig afwezig is. Bovendien wordt het concept van het bier "Filou" nog kracht bijgezet door de afbeelding van een deugniet met een katapult zodat er zelfs voor de "gemiddelde consument die 10 seconden in de bierrayons van de supermarkt spendeert" geen enkele mogelijkheid is om zich te vergissen bij de aankoop.

Onafgezien van de niet overeenstemmende woordmerken verschillen alle andere visuele en woordelementen op beide etiketten : een wapenschild vs een "deugniet" die qua omvang ongeveer ¼ van de hoogte van het etiket inneemt; een totaal verschillend lettertype; beschrijving in het NL/FR bij Duvel en in het Engels bij Filou, gaan "anno" verwijzing bij Filou; bij Filou is er een verwijzing naar de ingrediënten hop en gerst. Ten overvloede dient te worden opgemerkt dat ook de etikettering op de rugzijde van beide flesjes ook totaal verschillend is.

Ook de kartonnen verpakking (afgebeeld op de foto gevoegd bij de ingebrekestelling) en de kroonkurken (zie hieronder) van zowel de Filou als de Duvelflesjes zijn totaal verschillend.



Overigens zijn de enige elementen die uw cliënte opsomt als "kenmerkend" voor het Duvelflesje schering en inslag : de combinatie van grote rode letters op een etiket met een witte achtergrond en een gouden rand rond het etiket in een flesje met dezelfde vorm en kleur vindt met o.a. terug bij het bier "Sloeber", het bier "Piraat" en het bier "Gulden Draak".

In casu dient men de visu vast te stellen dat de totaalindruk tussen het Duvel-flesje en het Filou-flesje totaal verschillend is en dat er derhalve geen sprake is van een inbreuk op artikel 10bis 2° en 10bis 3° 1) van het Unieverdrag van Parijs, noch van enige inbreuk op boek VI van het Wetboek Economisch Recht.

De aantijging dat sommige klanten effectief verward waren over de commerciële oorsprong van het bier (hetgeen overigens een merkenrechtelijke overweging is die (...) irrelevant is bij gebreke aan het inroepen van merkenrechtelijke bescherming) lijkt in het licht van bovenstaande motivering weinig ernstig.

(...)

9. Op 10 augustus 2015 ging Duvel over tot dagvaarding van Van Honsebrouck voor de eerste rechter.

IV. Bespreking

Het eerste middel van Duvel

10. Duvel voert aan dat de flesjes van het Filou bier een oneerlijke handelspraktijk vormen, meer bepaald aanhaking of parasitisme.

Zij steunt haar vordering op artikel 10bis 2) Unieverdrag van Parijs, artikel VI. 93 WER en artikel VI. 104 WER.

11. Artikel 10bis 2) van het Verdrag van Parijs van 20 maart 1883 tot bescherming van de industriële eigendom, herzien te Brussel op 14 december 1900, te Washington op 2 juni 1911, te 's-Gravenhage op 6 november 1925, te Londen op 2 juni 1934, te Lissabon op 31 oktober 1958 en te Stockholm op 14 juli 1967, kortweg 'Unieverdrag van Parijs', bepaalt :
Elke daad van mededinging, strijdig met de eerlijke gebruiken in nijverheid en handel, levert een daad van oneerlijke mededinging op.

Artikel VI. 93 WER luidt als volgt :

Een handelspraktijk is oneerlijk wanneer zij: a) in strijd is met de vereisten van professionele toewijding; en b) het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is of, indien zij op een bepaalde groep consumenten gericht is, het economische gedrag van het gemiddelde lid van deze groep, met betrekking tot het onderliggende product wezenlijk verstoort of kan verstoren.

Krachtens artikel VI. 104 WER is verboden (...) *elke met de eerlijke marktpraktijken strijdige daad waardoor een onderneming de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaadt of kan schaden.*

12. Duvel preciseert dat zij met 'flesjes' bedoelt de totaalindruk gewekt door de individuele verpakking van het Filou bier, of met andere woorden zowel het eigenlijke flesje, het etiket als de kroonkurk (randnummer 8 § 1 van de syntheseconclusie van Duvel). Duvel noemt dit ook 'de primaire drager'.

Meer specifiek verzet Duvel zich tegen een gebruik door Filou van een flesje met een zeer gelijkaardig vooraanzicht als dat van Duvel (randnummer 20 § 1 van de syntheseconclusie van Duvel). Het gebruik van het flesje zorgt er immers volgens Duvel voor dat de 'look and feel' van Duvel wordt overgenomen door Honselbrouck en wordt gebruikt voor het eigen Filou bier.

Duvel verwijst naar de begripsmatige overeenstemming in de naam van het Duvel bier en in deze van het Filou bier, naar de zeer overeenstemmende smaak van de beide bieren, naar het gegeven dat het Duvel bier en het Filou bier eenzelfde type van bier zijn, te weten een blond speciaalbier met hoge gisting en een hoog alcoholpercentage, naar het gebruik van de Steini fles en naar 'secundaire dragers' (met name promotiemateriaal dat specifiek is ontworpen om een bier te promoten of de verkoop ervan te ondersteunen, zoals de bakken waarin het bier wordt verkocht, de bierviltjes, de tapkranen, de bierkarren, ...) waarvan Van Honselbrouck voor haar Filou bier gebruik maakt en dat eveneens de 'look and feel' van het Duvel bier zou overnemen.

Volgens Duvel lijkt zowel qua product als qua flesje (de 'primaire drager'), het Filou-bier dermate sterk op het Duvel bier dat consumenten verward zijn over de commerciële oorsprong van het Filou bier en denken dat het door Duvel wordt geproduceerd (randnummer 9 § 1 van de syntheseconclusie van Duvel). Volgens Duvel wordt dit bewezen aan de hand van het marktonderzoek door WHY5 Research en aan de hand van een artikel in het magazine 'Bier' : 'Zowel in uitstraling als in biertype lijkt (Van Honselbrouck) te proberen de Duvel te imiteren.

Duvel stelt dat haar sommelier reeds vragen en reacties ontving van klanten die dachten dat het Filou bier een nieuw bier van Duvel Moortgat was (stuk 16 van Duvel), omwille van het Filou flesje.

Duvel verwijst Van Honselbrouck dat zij met haar Filou flesje wenst aan te haken bij de primaire drager van de 'look and feel' van het flesje Duvel, hetgeen zou blijken uit een aantal recensies over Filou op websites. Van Honselbrouck zou pogen aan te haken bij het succes van Duvel en om de faam, de reputatie en de goodwill met betrekking tot Duvel af te leiden naar het Filou bier.

Het hof overweegt als volgt.

13. Wat artikel VI. 93 WER betreft, is de maatstaf het criterium van de gemiddelde - dit wil zeggen de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende - consument, waarbij eveneens rekening wordt gehouden met maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren (cfr. overweging 18 van Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt).

Opdat er sprake zou zijn van een oneerlijke handelspraktijk in de zin van artikel VI. 93 WER, dienen, de feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, de volgende cumulatieve voorwaarden vervuld te zijn :

- de betrokken handelspraktijk is in strijd is met de vereisten van professionele toewijding, en
- verstoort wezenlijk of kan wezenlijk het economisch gedrag verstoren van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is, met betrekking tot het onderliggende product.

14. De gemiddelde consument is in casu de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende Belgische consument van bier.

Partijen zijn het niet eens over het aandachtsniveau van deze consument.

Het hof oordeelt dat het aandachtsniveau van de gemiddelde consument in casu een normaal, gemiddeld aandachtsniveau is. Er is geen gegronde reden om aan te nemen dat het aandachtsniveau ervan verhoogd is. De bewering dat het aandachtsniveau van de gemiddelde consument van blond speciaalbier met een hoge gisting en een hoog alcoholpercentage, in België hoger is dan dat van de gemiddelde consument van pilsbier, overtuigt niet. In België zijn zowel pilsbier als blond speciaalbier met een hoge gisting en een hoog alcoholpercentage gewone verbruiksgoederen, bestemd voor dagelijkse consumptie.

15. Duvel verwijst naar reacties die haar sommelier zou hebben ontvangen en tot bewijs waarvan zij een verklaring van deze laatste neerlegt.

De sommelier van Duvel is echter geen onafhankelijke getuige, aangezien hij, volgens zijn eigen verklaring, in dienst is van Duvel. Zijn verklaring is dan ook onvoldoende geloofwaardig. Deze verklaring biedt onvoldoende waarborgen van objectiviteit.

Duvel verwijst eveneens naar commentaren op websites. Het hof stelt echter vast dat deze commentaren (inclusief deze in stuk 15c van Duvel) afkomstig zijn van niet-Belgische, met name buitenlandse consumenten en dus niet van de in casu relevante gemiddelde consument, zoals hiervoor door het hof gedefinieerd. De betrokken verklaringen zijn zodoende niet relevant.

Hetzelfde geldt wat het artikel betreft in het tijdschrift 'Bier!', waarnaar Duvel verwijst. Dit tijdschrift is een Nederlands en geen Belgisch tijdschrift. Uitgever en auteur van het artikel zijn Nederlanders.

Hoe dan ook, bewijzen noch de verklaring van de sommelier van Duvel noch de commentaren op websites waarnaar Duvel verwijst, noch het artikel in Bier!, dat de gelaakte handelspraktijk, met name het commercialiseren door Van Honebrouck van het Filou bier gebruik makend van het gelaakte Filou flesje, het economisch gedrag van de gemiddelde Belgische consument die zij bereikt of op wie zij gericht is, met betrekking tot het onderliggende product wezenlijk verstoort of kan verstoren.

Een bewijs van hetgeen voorafgaat wordt evenmin geleverd door het marktonderzoek dat uitgevoerd werd door WHY5Research, in opdracht van Duvel.

Bij de lezing van voormeld marktonderzoek stelt het hof het volgende vast :

- er werden hoofdzakelijk inwoners ondervraagd uit Brussel en Vlaanderen (samen 70% van de ondervraagden; enkel 30% van de ondervraagden bevond zich in Wallonië), wetend dat Duvel meer bekendheid geniet in Brussel en Vlaanderen dan in Wallonië;
- de vragen werden in een bepaalde volgorde gesteld :
 - o u zag net een bier, van welk biermerk was dit?
 - o Is er een ander biermerk waaraan dit bier u doet denken?
 - o Van welke brouwerij denkt u dat Filou afkomstig is?

Het betrokken marktonderzoek werd zodoende niet gevoerd op een wijze die voldoende garanties inhoudt op een objectief resultaat. Door meer dan dubbel zoveel inwoners van Brussel en Vlaanderen te ondervragen dan inwoners van Wallonië, wetend dat Duvel in

Brussel en Vlaanderen meer bekendheid geniet dan in Wallonië, door een suggestieve vraag te stellen ('Is er een ander biermerk waaraan dit bier (Filou) u doet denken?') en de vragen te stellen in een welbepaalde volgorde (eerst de suggestieve vraag 'Is er een ander biermerk waaraan dit bier u doet denken?' en vervolgens de vraag 'Van welke brouwerij denkt u dat Filou afkomstig is?'), die het antwoord op die vragen kon beïnvloeden, lijken de resultaten van het marktonderzoek minstens gedeeltelijk gestuurd door de opdrachtgever daarvan, te weten Duvel.

De resultaten van het marktonderzoek van WHY5 Research hebben, gelet op hetgeen voorafgaat, onvoldoende bewijskracht. Zij bewijzen niet of minstens niet op voldoende wijze dat het economisch gedrag van de gemiddelde Belgische consument die de gelaakte handelspraktijk bereikt of op wie zij gericht is, met betrekking tot het onderliggende product wezenlijk verstoort of kan verstoren.

Gelet op hetgeen voorafgaat, staat niet vast dat aan één van de voorwaarden is voldaan opdat er sprake zou zijn van een oneerlijke handelspraktijk in de zin van artikel VI. 93 WER.

De vordering van Duvel in de mate waarin gesteund op voormeld artikel, is ongegrond.

16. Wat artikel 10bis 2) Unieverdrag van Parijs en artikel VI. 104 WER betreft, overweegt het hof als volgt.

Duvel herinnert er terecht aan dat het kopiëren van diensten of producten van een andere onderneming in principe toegelaten is en geen schending vormt van de eerlijke marktpraktijken. Kopiëren is echter niet toegelaten wanneer daarbij inbreuk wordt gemaakt op intellectuele eigendomsrechten of wanneer het gepaard gaat met begeleidende omstandigheden die indruisen tegen de eerlijke marktpraktijken (eerlijke gebruiken in nijverheid en handel). De rechter kan, op grond van het behalen van een voordeel om een andere reden dan het louter nabootsen, oordelen dat dit handelen onrechtmatig is. Die andere redenen bestaan niet alleen uit de miskenning van intellectuele eigendomsrechten of verwarringstichtende reclame, maar kunnen elke vorm van onrechtmatig gedrag zijn.

Duvel voert aan dat er sprake is van begeleidende omstandigheden indien door het kopiëren de look and feel van het originele product, in casu de Duvel flesjes, wordt overgenomen.

Opdat er sprake zou zijn van aanhaking aan een kenmerk dienen de volgende cumulatieve voorwaarden vervuld te zijn: (i) het betrokken kenmerk moet afdoende onderscheidend zijn,

wat betekent dat het voldoende bekend moet zijn bij een aanmerkelijk deel van het doelpubliek; (ii) dat kenmerk moet een zekere reputatie, prestige, imago of aantrekkingskracht bezitten; (iii) die het gevolg is van commerciële inspanningen van het bedrijf; (iv) de aanhaking moet intentioneel zijn.

Duvel voert aan dat zowel het Duvel merk als de Duvel fles algemeen bekend zijn. Het hof oordeelt op grond van de neergelegde stukken, waaronder stukken 4 en 5 van Duvel, dat niet ernstig kan worden betwist dat zowel het merk Duvel als het Duvel glas, algemeen bekend zijn in België.

Om te oordelen of er al dan niet sprake is van een overnemen van de 'look and feel' van de Duvel flesjes door Van Honsebrouck, op een intentionele wijze, dienen alle concrete omstandigheden in acht genomen te worden.

De beoordeling dient gemaakt te worden uitgaande van de gemiddelde consument, zoals hiervoor reeds door het hof gedefinieerd naar aanleiding van de bespreking van artikel VI. 93 WER, met een normaal, gemiddeld aandachtsniveau.

In het kader van de beoordeling dient als maatstaf genomen te worden het totaalbeeld van onder meer de Duvel flesjes en de Filou flesjes, rekening houdend met de dominante bestanddelen ervan. Een analytische vergelijking tussen de verschillende niet dominante elementen ervan, los van het totaalbeeld, is niet ter zake dienend.

Ten onrechte stelt Duvel dat de visuele totaalindruk van de flesjes doorslaggevend is. Daar waar dit voor de relevante consument bij de aankoop van bier in een winkel, grootwarenhuis of drankencentrale zeker het geval is, is dit niet het geval bij een bestelling in de horeca. Ter gelegenheid van een bestelling voor verbruik in de horeca zal het auditieve immers van doorslaggevend belang zijn, aangezien de bestelling door de gemiddelde consument doorgaans mondeling wordt geplaatst.

In strijd met hetgeen Duvel beoogt, kan er niet zonder meer overgegaan worden tot een vergelijking tussen de auditieve en visuele totaalindruk die wordt gewekt door de Duvel flesjes en deze die wordt gewekt door de Filou flesjes. Aangezien er rekening dient te worden gehouden met alle concrete omstandigheden, dient onder meer rekening gehouden te worden met de specificiteit van de Belgische biermarkt en zodoende eveneens met de totaalindruk van de andere bieren dan Duvel en Filou die in België op de markt zijn.

Dienaangaande stelt het hof aan de hand van de neergelegde stukken de aanwezigheid vast van de volgende Belgische blonde speciaalbieren van hoge gisting met een hoog alcoholpercentage op de Belgische markt :



Auditief of visueel is er geen overeenstemming tussen 'Duvel', 'Filou', 'Sloeber' of 'Budels'. Van enig aanhaken bij de 'look and feel' van Duvel kan dan ook geen sprake zijn wat de respectieve namen (merken) van de betrokken bieren betreft.

In strijd met hetgeen Duvel voorhoudt, is de kroonkurk van de Duvel fles en deze van de Filou fles zeer verschillend (zie de foto afgebeeld in randnummer 8).

Er is sprake van een zekere begripsmatige overeenstemming. De zekere mate van begripsmatige overeenstemming bestaat echter niet enkel tussen Duvel en Filou, zij bestaat eveneens tussen Duvel en Sloeber. Zowel Duvel, Sloeber als Filou hebben immers een connotatie van 'belhamel' of 'kwajongen'. Qua begripsmatige overeenstemming leunen zij zodoende alle drie sterk aan bij het Deugniet bier (zie randnummer 6).

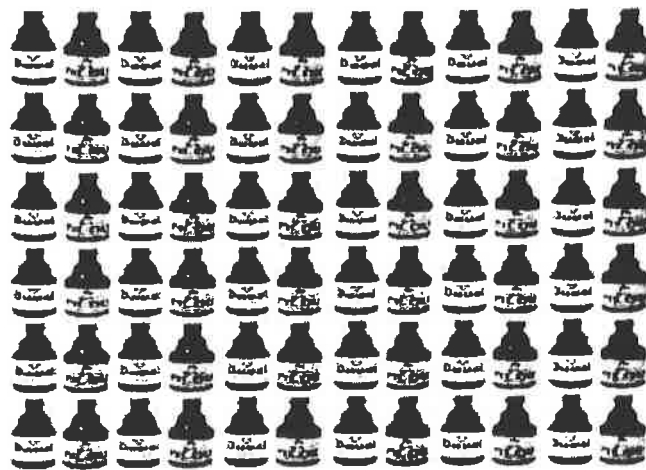
Zowel Duvel, Filou als Sloeber maken gebruik van de Steini fles, in donkere kleur. Talrijke andere (speciaal)bieren maken echter eveneens gebruik van de Steini fles, hetgeen blijkt uit de afbeeldingen in randnummer 6 van dit arrest.

Wat het gebruik van de Steini fles betreft door Van Honsbrouck voor het Filou bier in flesjes, stelt het hof vast dat Van Honsbrouck dit flesje reeds vele jaren gebruikt voor haar kasteel bier en er dus een zekere continuïteit is in het gebruik maken van dit flesje, waarvoor ook voor het Filou bier werd geopteerd in het kader van een restyling na het spaaklopen van de

samenwerking met Aldi en de herlancering van het Filou bier door Van Honsbrouck op de Belgische markt.

Duvel, Sloeber en Filou gebruiken telkens voor hun etiket de dominante kleurencombinatie (wit/rood/zwart). De wijze waarop het etiket is vormgegeven, is evenzeer zeer gelijkaardig. Het woord en dominante bestanddeel Duvel/Sloeber/Filou, wordt in grote rode letters op het etiket weergegeven, de achtergrond van het etiket is wit.

Duvel wijst erop dat het veelvuldig naast, boven en onder elkaar plaatsen van Duvel-flessen vermengd met Filou flessen, het volgende visuele resultaat geeft :



Van Honsbrouck wijst er echter terecht op dat het veelvuldig naast, boven en onder elkaar plaatsen van Duvel-flessen vermengd met Sloeber flessen, het volgende visuele resultaat geeft :



Ook Budels maakt trouwens voor het etiket op haar bierfles gebruik van dezelfde dominante kleuren en vormgeving als Duvel, Sloeber en Filou (witte achtergrond, naam van het bier in grote rode letters, in combinatie met zwarte elementen).

Indien Duvel en Filou visueel in hun totaalbeeld een zekere mate van overeenstemming vertonen, door het gebruik van de Steini fles en een etiket waarvoor gebruik gemaakt wordt van dezelfde kleuren en vormgeving, dan geldt dit evenzeer voor Duvel en Sloeber.

Ook de smaak van Sloeber lijkt aan te sluiten bij deze van Duvel. Over het Sloeber bier stelt stuk 3 van Duvel immers het volgende : (Sloeber) was also launched in 1983. (...) Sloeber is probably the best known alternative to Duvel. (...) (vertaling : Sloeber werd eveneens gelanceerd in 1983; Sloeber is waarschijnlijk het best gekende alternatief voor Duvel).

Nochtans bestaan Duvel en Sloeber reeds jaren en sinds hun lancering vreedzaam en blijkbaar probleemloos naast elkaar op de Belgische markt.

Uit de hiervoor gedane vaststellingen, leidt het hof af dat de gemiddelde Belgische consument, die op de Belgische markt geconfronteerd wordt met een veelheid aan te koop aangeboden blonde speciaalbieren, met hoge gisting en hoog alcoholpercentage, dat verkocht wordt onder verschillende merken of tekens, in dezelfde flessen, met daarop etiketten die gebruik maken van dezelfde grafische elementen, kleuren en vormgeving, of een combinatie daarvan, het gewoon is om hieruit een keuze te moeten maken om zijn blond speciaalbier, met hoge gisting en hoog alcoholpercentage, aan te kopen.

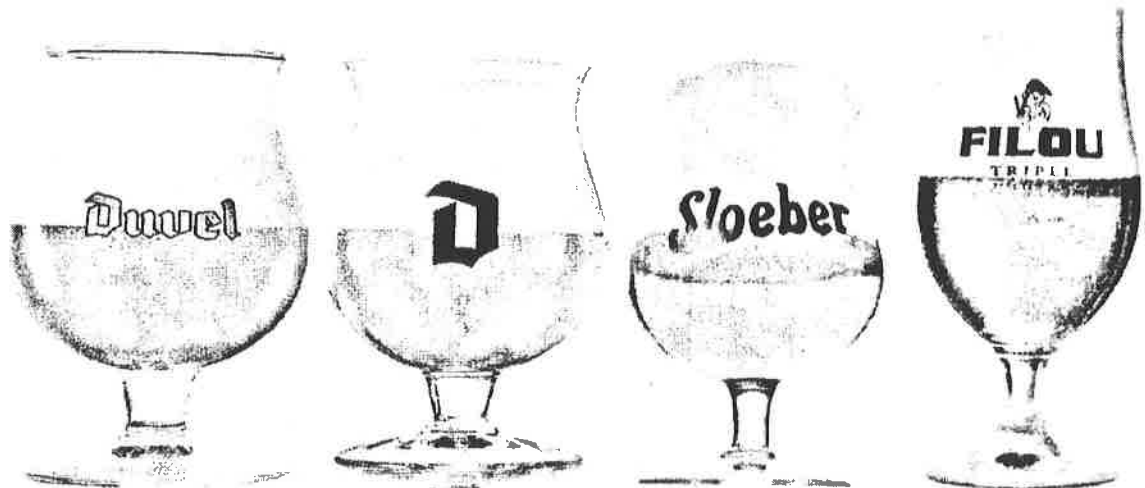
Het is voldoende aannemelijk dat het gebruik van onderscheiden en niet-overeenstemmende merken/woordtekens voor het bier, samen met geringe verschillen in de overige gebruikte woordelementen, kleuren en grafische elementen, van aard zijn om de gemiddelde consument toe te laten zeer snel feilloos zijn keuze te maken in de winkelrekken, zelfs wanneer de bieren naast elkaar zijn uitgesteld. Dat Duvel een bekend merk is, doet daar niets aan af.

Van Honsebrouck wijst terecht op een aantal verschillen in het etiket van Filou, die dit toch een andere 'look' geven dan het etiket van Duvel. Het betreft het verschillend lettertype dat wordt gebruikt voor 'Filou' en voor 'Duvel' en het gebruik voor Filou van een figuurtje van een jongen met baret en een katapult, daar waar op het etiket van Duvel een wapenschild wordt afgebeeld.

Daarenboven wordt de look and feel van het Duvel en Filou bier voor de gemiddelde consument niet alleen gecreëerd door de primaire dragers, met name de respectieve flesjes met etiket, doch eveneens door de secundaire dragers die voor de commercialisering ervan gebruikt worden, met name het glas dat voor de respectieve bieren werd ontworpen en waaruit het wordt gedronken, de bierbakken waarin de flesjes worden verkocht, de kartonnen houders, de bierviltjes en andere accessoires.

De secundaire dragers van Filou (bierbakken, bierviltjes) zijn, op uitzondering van de bierkarren na, visueel sterk onderscheidend van deze van Duvel.

Qua vormgeving van het glas leunt Sloeber aan bij Duvel, doch niet Filou :



Dat Filou gedurende enige tijd haar 'Filou' figuurtje voorzag van een duivelstaart, iets waarmee zij ondertussen is gestopt, doet niets af aan de vaststellingen van het hof en het oordeel dat het op grond daarvan velt. Dit geldt eveneens wat betreft een verzoek van een verkoper van Filou om de Filou flesjes in een bepaald grootwarenhuis naast deze van Duvel te plaatsen. Er blijkt niet dat de betrokken verkoper handelde in opdracht van Van Honsbrouck en dat het om een bewuste verkooppolitiek gaat van deze laatste met de bedoeling om bij Duvel aan te haken.

Het hof besluit, alle concrete omstandigheden in acht genomen die hiervoor werden besproken, dat in casu onvoldoende vaststaat dat er in hoofde van Van Honsbrouck sprake is van intentionele aanhaking wat (de look and feel van) het Filou flesje betreft, dat Van Honsbrouck met haar Filou flesjes een daad stelt strijdig met de eerlijke gebruiken in

nijverheid en handel, of nog, dat Van Honsbrouck daardoor een daad stelt strijdig met de eerlijke marktpraktijken, waardoor de beroepsbelangen van Duvel worden geschaad of kunnen worden geschaad.

17. Een inbreuk door Van Honsbrouck op artikel 10bis 2) Unieverdrag van Parijs of op artikel VI. 104 WER staat niet vast. Het middel van Duvel is ongegrond.

Het tweede middel van Duvel

18. Duvel voert aan dat het gebruik van de flesjes van het Filou bier eveneens misleidende reclame uitmaken.

Zij steunt haar vordering op artikel 10bis 3, 1) Unieverdrag van Parijs, op artikel VI. 98, 1° WER en op artikel VI. 100, 13° WER.

Artikel 10bis 3, 1) Unieverdrag van Parijs bepaalt :

Met name zullen moeten worden verboden: 1° alle daden, welke ook, die verwarring zouden kunnen verwekken door onverschillig welk middel ten opzichte van de inrichting, de waren of de werkzaamheid op het gebied van nijverheid of handel van een concurrent.

Artikel VI. 98, 1° WER luidt als volgt :

Als misleidend wordt eveneens beschouwd een handelspraktijk die in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, de gemiddelde consument ertoe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen, en die het volgende behelst: 1° marketing van een product, onder andere door vergelijkende reclame, op zodanige wijze dat verwarring wordt geschapen met producten, handelsmerken, handelsnamen en andere onderscheidende kenmerken van een concurrent.

Krachtens artikel VI. 100, 13° WER worden onder alle omstandigheden als oneerlijk beschouwd, de volgende misleidende handelspraktijken: 13° een product dat lijkt op een door

een bepaalde fabrikant vervaardigd product op een zodanige wijze promoten dat bij de consument doelbewust de verkeerde indruk wordt gewekt dat het product inderdaad door die fabrikant is vervaardigd, terwijl zulks niet het geval is.

19. De consument is deze zoals hiervoor gedefinieerd, ter gelegenheid van de bespreking van het eerste middel waarop Duvel haar vordering steunt. Deze consument heeft een normaal, gemiddeld aandachtsniveau.

Het hof oordeelde, alle concrete elementen in acht genomen, dat er geen (intentionele) aanhaking in hoofde van Van Honsbrouck vaststaat.

Er is, gelet op dezelfde concrete omstandigheden, evenmin sprake van een op zodanige wijze promoten van het Filou bier, met name aan de hand van de Filou flesjes (primaire drager) en/of andere (secundaire dragers), dat er doelbewust de indruk wordt gewekt dat het Filou bier door Duvel wordt vervaardigd. Een inbreuk op artikel VI. 100, 13° WER staat dan ook niet vast.

Wat de beweerde verwarring betreft aangaande de herkomst van de waren, inzonderheid verwarring of mogelijke verwarring aangaande de herkomst of de fabrikant daarvan, oordeelt het hof dat gelet op dezelfde concrete omstandigheden van de zaak, hiervoor aangehaald ter gelegenheid van de bespreking van het eerste middel van Duvel, in casu onvoldoende vaststaat dat daarvan sprake is.

Wat de stavingstukken van Duvel betreft, verwijst het hof naar hetgeen het hiervoor heeft vastgesteld en geoordeeld aangaande de verklaring van de somelier van Duvel, de verklaringen op websites waarnaar Duvel verwijst, het artikel in het tijdschrift Bier! en het marktonderzoek uitgevoerd op verzoek van Duvel door WHY5Research, dat hier mutatis mutandis geldt.

Er staat aan de hand van deze stukken en tevens rekening houdend met alle concrete omstandigheden die hiervoor werden opgesomd ter gelegenheid van de bespreking van het eerste middel van Duvel, niet voldoende vast dat Van Honsbrouck door de commercialisering van haar Filou flesjes een daad stelt die verwarring verwekt of zou kunnen verwekken ten opzichte van de inrichting, de waren of de werkzaamheid op het gebied van nijverheid of handel van een concurrent, te weten Duvel.

Er staat evenmin voldoende vast dat Van Honsebrouck zich schuldig maakt aan een handelspraktijk die in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, met name deze die hiervoor werden opgesomd ter gelegenheid van de bespreking van het eerste middel van Duvel, de gemiddelde consument ertoe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen, en die de marketing behelst van het Filou bier door middel van het Filou flesje, op zodanige wijze dat verwarring wordt geschapen met producten van een concurrent, te weten Duvel.

Ook het tweede middel van Duvel is ongegrond.

20. Duvel kan niet rechtmatig proberen om via de onderhavige procedure, gesteund op beweerd onrechtmatige handels- en marktpraktijken (en niet op merkrechten), in België de look and feel van het Duvel flesje te monopoliseren. Deze look and feel van het Duvel flesje bevat daarvoor teveel elementen die op de Belgische markt eveneens en rechtmatig gebruikt worden door concurrenten van Duvel, voor dezelfde producten.

De gevorderde rechtsplegingsvergoeding

21. Van Honsebrouck voert aan dat de zaak complex is, hetgeen volgens haar een verhoogde rechtsplegingvergoeding van 5.000 euro rechtvaardigt, zowel voor de procedure in eerste aanleg als voor de procedure in hoger beroep.

Het geschil is niet in geld waardeerbaar.

Voor een dergelijk geschil bedraagt de maximale rechtsplegingsvergoeding 12.000 euro per aanleg.

Aangezien Van Honsebrouck terecht aanvoert dat de zaak complex is, is haar vordering gegrond.

OM DEZE REDENEN :

HET HOF, recht doende na tegenspraak,

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken;

Verklaart het hoger beroep van Duvel Moortgat NV ontvankelijk doch ongegrond;

Verklaart het incidenteel beroep van Brouwerij Van Honsebrouck BVBA ontvankelijk en gegrond;

Doet het bestreden vonnis teniet in de mate waarin het de rechtsplegingsvergoeding in hoofde van Brouwerij Van Honsebrouck BVBA begrootte op 2.500 euro;

Veroordeelt Duvel Moortgat NV tot betaling aan Brouwerij van Honsebrouck van een rechtsplegingsvergoeding van 5.000 euro voor de procedure in eerste aanleg en voor de procedure in hoger beroep, hetzij tot een rechtsplegingsvergoeding van 10.000 euro in totaal;

Legt de kosten van de procedure in hoger beroep ten laste van Duvel Moortgat NV;

Stelt deze kosten vast op 210 euro.

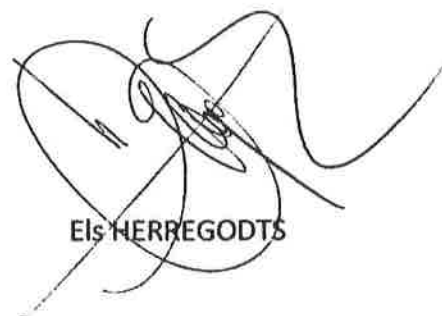
Aldus gevonnist en uitgesproken ter openbare terechtzitting van de burgerlijke achtste kamer van het hof van beroep te Brussel, op 26 juni 2018 waar aanwezig waren en zitting hielden:

Els HERREGODTS,
Kaatje BATSELIER,



Kaatje BATSELIER

Raadsheer,
Griffier.



Els HERREGODTS

