



NIET getekend afschrift afgeleverd
in uitvoering van art. 792 G.W.
Vrijgesteld van expeditierecht
art. 280 / 2° (wetb. Reg.)

Uitgifte

Repertoriumnummer
Datum van uitspraak 26 augustus 2020
Rolnummer A/20/00069

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

4 + 1K

Niet aan te bieden aan de
ontvanger

Ondernemingsrechtbank Gent - afdeling Gent

Vonnis

OP DE WIJZE VAN HET KORT GEDING

Aangeboden op
Niet te registreren

SAS LABORATOIRE DE LA MER, vennootschap naar Frans recht, met maatschappelijke zetel in Frankrijk te 35400 Saint-Malo, ZAC La Madeleine, Avenue du Général Patton, SIREN 438737108,

NV OMEGA PHARMA BELGIUM, met maatschappelijke zetel te 9810 Nazareth, Venecoweg 26, met ondernemingsnummer 0417.132.860,

Voor wie gezamenlijk als raadslieden optreden, mr. Jeroen Muyldermans en mr. Paul Maeyaert, advocaten te 1000 Brussel, Havenlaan 86C bus B414,

Eiseressen,

Tegen :

CV FEBELCO, met maatschappelijke zetel te 9100 Sint-Niklaas, Eigenlostraat 1, met ondernemingsnummer 0458.780.306,

NV AXONE PHARMA, met maatschappelijke zetel te 1420 Braine-L'Alleud, Boulevard de France 9A, met ondernemingsnummer 0830.551.216,

Voor wie gezamenlijk als raadslieden optreden, mr. Dirk Van Hove en mr. Els Vanheusden, advocaten te 2000 Antwerpen, Londenstraat 60 bus 104,

Verweersters,

Mede inzake :

NV CERES PHARMA, met maatschappelijke zetel te 9820 Merelbeke, Lembergsesteenweg 25 bus A, met ondernemingsnummer 0641.953.324, voor wie optreden als raadslieden mr. Kristof Neefs en mr. Stéphanie de Potter, advocaten te 2800 Mechelen, Kanunnik de Deckerstraat 20 A,

Vrijwillig tussenkomende partij,

RECHTSPLEGING

Het dossier van de rechtspleging werd ingezien, in het bijzonder de inleidende dagvaarding zoals in kortgeding van LABORATOIRE DE LA MER en OMEGA PHARMA tegen FEBELCO en AXONE PHARMA, betekend op 31.12.2019 en 02.01.2020, om te verschijnen voor de Voorzitter van de Ondernemingsrechtbank Gent, afdeling Gent, op 08.01.2020, het verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst van CERES PHARMA neergelegd op 20.01.2020, en de neergelegde conclusies en overtuigingsstukken.

Op de zitting van 08.01.2020 werd een conclusiekalender vastgesteld met behandeling van de zaak op de zitting van 18.03.2020.

Op deze laatste zitting werd de behandeling in verband met de COVID-19 crisis, uitgesteld naar de zitting van 29.04.2020.

Op deze laatste zitting werd de behandeling in toepassing van art. 2 van het KB nr. 2 van 9 april 2020 ambtshalve verdaagd naar de zitting van 27.05.2020.

Partijen werden in hun middelen en conclusies gehoord op de openbare zitting van deze rechtbank en kamer op 27.05.2020, en de zaak werd voor sluiting van de debatten gesteld op de zitting van 03.06.2020 om partijen toe te laten aanvullende stukken neer te leggen.

Op de zitting van 03.06.2020 werd de zaak in beraad genomen.

De artikelen 2 en 30 tot en met 41 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken werd nageleefd.

VOORWERP VAN DE VORDERINGEN

De SAS LABORATOIRES DE LA MER, vennootschap naar Frans recht, en de NV OMEGA PHARMA BELGIUM vorderen volgens hun conclusie neergelegd op 13.02.2020 :

De vrijwillige tussenkomst van CERES PHARMA niet ontvankelijk te verklaren wegens gebrek aan belang.

De vorderingen van eiseressen jegens FEBELCO en AXONE PHARMA, en ondergeschikt (indien ontvankelijk), jegens CERES PHARMA, gegrond te verklaren en dienvolgens:

- voor recht te zeggen dat het op de markt brengen van de gewraakte verpakkingen een inbreuk maakt op de artikelen VI.104 WER j° 10bis, lid 2 en 3 Verdrag van Parijs, artikel VI.105, 2° en 8°, VI.97, 2° en VI.100, 13° WER;
- voor recht te zeggen dat de prominente afbeelding van een stormachtige zeegolf op de verpakking van een product dat slechts 20% zeewater bevat, van aard is het publiek te misleiden aangaande de samenstelling van het product, in strijd met artikel 97, 2° WER en artikel VI.105, 2° WER;
- FEBELCO, AXONE PHARMA, en CERES PHARMA, te bevelen om deze inbreuken te staken onder verbeurte van een dwangsom van 250 € per enkelvoudige inbreuk én per dag dat de inbreuk blijft bestaan, binnen de 2 werkdagen na betekening van het tussen te komen vonnis;
- FEBELCO, AXONE PHARMA, en CERES PHARMA, te bevelen om de gewraakte verpakkingen terug te roepen uit de handel, op eigen kosten, binnen de 2 werkdagen na betekening van het tussen te komen vonnis en onder verbeurte van een dwangsom van 250 € per enkelvoudig product dat na de genoemde termijn nog te koop zou worden aangeboden;
- de publicatie van het vonnis bij uittreksel te bevelen op de thuispagina van de websites van FEBELCO (zijnde de startpagina zoals ze onmiddellijk bij de opening op het computerscherm zichtbaar is), met name www.febelco.be, op onderstaande wijze, gedurende een termijn van 20 dagen en dit binnen de 3 werkdagen na betekening van het tussen te komen vonnis:

"bij vonnis van [datum] heeft de ondernemingsrechtbank van Gent ons bevolen het op de markt brengen van de verpakkingen voor het fysiologisch water Febelcare Physio te

staken, omdat dit verwarrend is ten aanzien van de verpakkingen van PHYSIOMER. Om het volledige vonnis te lezen, klik [hier](#)”;

- Minstens eiseressen toe laten het vonnis mee te delen aan hun afnemers in België;
- FEBELCO en AXONE PHARMA te verwijzen in de nader begrote gedingkosten alsmede een rechtsplegingsvergoeding begroot op 8.000,00 €;
- CERES PHARMA te veroordelen tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding begroot op 1.440,00 €.

FEBELCO en AXONE PHARMA vorderen volgens hun tweede en tevens syntheseconclusie neergelegd op 21.02.2020:

- In hoofdorde:
de vordering van LABORATOIRE DE LA MER en OMEGA PHARMA BELGIUM toelaatbaar, maar ongegrond te verklaren;
- In ondergeschikte orde:
de vordering tot terugroeping uit de handel van de producten/verpakkingen en de vordering tot publicatie ongegrond te verklaren;
- In meer ondergeschikte orde:
FEBELCO CV en AXONE PHARMA NV overeenkomstig art. XVII.3 WER een regularisatietermijn van 2 maanden toe te kennen om de nodige regelingen te treffen voor de naleving van het stakingsbevel;

Voorts vordert zij SAS LABORATOIRE DE LA MER en OMEGA PHARMA NV te verwijzen in de kosten;

Ten aanzien van CERES PHARMA NV vordert zij de tussenkomst van genoemde toelaatbaar en gegrond te verklaren en het vonnis gemeen te verklaren aan CERES PHARMA NV.

De NV CERES PHARMA vordert volgens syntheseconclusie neergelegd op 02.03.2020 in hoofdorde, om haar tussenkomst toelaatbaar en gegrond te verklaren, voorts de vorderingen van LABORATOIRE DE LA MER en OMEGA PHARMA tegen FEBELCO CV en AXONE PHARMA NV onontvankelijk, minstens ongegrond te verklaren;

In ondergeschikte orde vordert zij om de vordering tot terugroeping uit de handel van de producten en de vordering tot publicatie ongegrond te verklaren, en FEBELCO CV en AXONE PHARMA NV overeenkomstig artikel XVII.3 WER een regularisatietermijn van 2 maanden toe te kennen om de nodige regelingen te treffen voor de naleving van het stakingsbevel;

Ten slotte vordert zij dat LABORATOIRE DE LA MER en OMEGA PHARMA worden verwezen in de nader begrote gedingkosten.

FEITEN

De Franse vennootschap SAS LABORATOIRE DE LA MER ('verkort 'LDLM') heeft een neusspray ontwikkeld op basis van zeewater dat zij fabriceert onder het merk PHYSIOMER en dat op het Belgische grondgebied verdeeld wordt door NV OMEGA PHARMA BELGIUM (verkort 'OMEGA PHARMA').

Beide ondernemingen zijn onderdeel van de Amerikaanse groep Perrigo.

De producten worden in de volgende verpakkingvorm op de markt gebracht :



FEBELCO is als groothandelaar en verdeler van geneesmiddelen actief op de Belgische markt, en werd opgericht als coöperatieve vennootschap door zelfstandige apothekers, die haar exclusieve afnemers zijn.

Zij heeft tevens een eigen lijn producten die zij commercialiseert onder de merknaam 'Febelcare', waaronder sedert 2019 een neusspray op basis van zeewater, die zij verdeelt onder de naam 'Febelcare Physio' in de volgende verpakkingvorm :



FEBELCO neemt deze producten af van AXONE PHARMA, die ze op haar beurt aankoopt bij CERES PHARMA, een Belgische onderneming die zich toelegt op de ontwikkeling, productie en verdeling van geneesmiddelen, medische producten, cosmetica en voedingssupplementen, en die haar producten afneemt van een in Griekenland gevestigde producent.

Op 28.11.2019 werd FEBELCO door LDLM en OMEGA PHARMA in gebreke gesteld in verband met een beweerde inbreuk op de eerlijke marktpraktijken door het op de markt brengen van gelijkaardige producten onder de naam 'Febelcare Physio' in een verpakking die niet toevallig sterke gelijkenissen zou vertonen met de verpakking van Physiomer, met onder meer de overname van een afbeelding van een kenmerkende golf waardoor een visuele indruk wordt gewekt die bij het in aanmerking komend publiek verwarring kan zaaien dat het om verbonden ondernemingen zou kunnen gaan, tevens wordt aanhaking verweten waardoor FEBELCO de bekendheid en het imago van de verpakking van Physiomer onrechtmatig zou exploiteren.

FEBELCO wordt aangemaand de neusspray 'Febelcare Physio' niet langer onder de gewraakte verpakkingen op de markt te brengen.

Op 29.11.2019 reageert FEBELCO bij monde van haar gedelegeerd bestuurder als volgt :

"Met belangstelling nam ik vandaag kennis van het schrijven dat ik van Perrigo mocht ontvangen. Sta mij toe even te melden dat gezien de goede commerciële relatie tussen onze bedrijven, waarnaar jullie zelf verwijzen, ik toch een minder formele communicatie op prijs had weten te stellen.

Ondertussen hebben wij uiteraard de nodige aandacht geschonken aan jullie schrijven en na raadpleging van specialisten ter zake, zijn wij van mening dat een vergelijking van de betrokken verpakkingen geenszins tot verwarring kan leiden. Graag bespreken Olivier Delaere en ikzelf dit onderwerp op zeer korte termijn verder met jou. Voor ons passen aanstaande maandag 02/12 om 9u of dinsdag 03/12 om 11u30 of 14u30 bij Febelco in Sint-Niklaas. Zou één van deze tijdstippen lukken voor jou? Zo niet vernemen wij graag enkele alternatieve data."

Op 16.12.2019 werd FEBELCO in gebreke gesteld door LDLM en OMEGA PHARMA bij monde van hun raadslieden waarbij de gewraakte handelingen opnieuw aan de kaak worden gesteld, gesteund op het op de markt brengen van een identiek product in een verpakking die de 'look and feel' overneemt en waardoor volgens hen een zeer sterk overeenstemmende visuele totaalindruk tot stand wordt gebracht die de consument in verwarring kan brengen en waardoor er sprake is van parasitaire aanhaking bij het imago gecreëerd van hun cliënten; er wordt gevraagd uiterlijk 20.12.2019 te bevestigen dat het verder gebruik van de gewraakte verpakking wordt stopgezet.

Op 17.12.2019 antwoordt gedelegeerd bestuurder van FEBELCO als volgt :

"Wij hebben gisteren het schrijven van jullie raadslieden in goede orde ontvangen.

In antwoord hierop wens ik jou uit te nodigen om in gesprek te gaan, zoals ik ook in mijn eerdere mail van 29 november ll. heb voorgesteld (zie bijlage). Dat er afwijzend zou gereageerd

geweest zijn zonder enige ruimte voor onderhandeling, is dus niet correct.

Voor Olivier en mezelf past dit komende vrijdag 20 december om 14u in Sint-Niklaas.

Kan je mij asap laten weten of dat ook in jouw agenda past en wie wij namens Perrigo mogen ontvangen?"

Dit onderhoud levert niet het door eiseressen gewenste resultaat op waarna tot dagvaarding is overgegaan.

BEOORDELING

Ontvankelijkheid

De ontvankelijkheid van de vorderingen wordt op een dubbel vlak aangevochten.

LDLM en OMEGA PHARMA betogen eerstens dat de vrijwillige tussenkomst van CERES PHARMA zonder aangetoond belang is en bijgevolg niet ontvankelijk, terwijl zowel CERES PHARMA als de oorspronkelijke verweersters de exceptie van artikel 2.19 BVIE tegenwerpen ten aanzien van de hoofdvorderingen van eiseressen.

(i) Afwezigheid van belang tussenkomst CERES PHARMA

Eiseressen betwisten het belang van CERES PHARMA om in de procedure tussen te komen.

CERES PHARMA verantwoordt dit belang aan de hand van de overweging dat zij een regelmatige leverancier is van tweede verweester AXONE PHARMA en een mogelijk opgelegd rechterlijk bevel tot wijziging van de verpakkingen de commerciële relatie met AXONE en indirect met FEBELCO dreigt te compliceren.

FEBELCO en AXONE tonen aan dat er een daadwerkelijk commerciële leveranciersrelatie bestaat tussen CERES PHARMA en AXONE aan de hand van een recente afnameovereenkomst ondertekend op 28.08.2019, die betrekking heeft op 'Nasal Saline Solutions' (vrij vertaald : 'zoutoplossingen voor de neus') (stuk A.3 FEBELCO & AXONE): CERES profileert zich kennelijk als verkoper en leverancier van kant-en-klare afgewerkte producten.

Opdat een vordering toelaatbaar of ontvankelijk zou zijn, is vereist dat de tussenkomende partij hoedanigheid en belang heeft om ze in te stellen (FETTWEIS, A. "Manuel de procédure civile", p. 36, nr. 6 e.v.; VAN LERSBERGHE, P., Gerechtelijk Recht, "Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Ger.W., art. 17).

Van zodra vastgesteld wordt dat een tussenkomende partij in haar inleidende akte materiële dan wel morele belangen doet gelden om eis of verweer te voeren, doet zij blijken van een voldoende procesbelang om een toelaatbare eis te stellen waarvan de beoordeling de grond van de zaak raakt.

Een loutere bewering dat zij titularis is van een subjectief recht, volstaat om haar de hoedanigheid te verschaffen een vordering in te stellen.

De procespartij die voorhoudt titularis te zijn van een subjectief recht, ook al wordt het betwist, heeft belang en hoedanigheid om de vordering in te stellen; het onderzoek naar het bestaan of de draagwijdte van het ingeroepen subjectief recht betreft niet de ontvankelijkheid maar de gegrondheid

van de vordering (o.m. Cass. AR C.11.0259.N, 23 februari 2012, Pas. 2012, 429; R.W. 2012-13, 1106).

CERES PHARMA beschikt over het vereiste procesrechtelijke belang.

De belangvereiste van artikel 17 is niets anders dan de mogelijkheid om een voordeel te trekken uit het eventueel gegrondheidsoordeel dat de rechter zal maken (zie o.a. VAN REEPINGHEN, "verslag over de gerechtelijke hervorming, Brussel 1964, 41: 'het bestaat uit ieder stoffelijk of zedelijk voordeel-effectief, maar niet theoretisch-, dat de eiser kan trekken uit de vordering die hij instelt op het ogenblik dat hij ze aanhangig maakt...').

Het procesrechtelijk belang is ieder voordeel, hetzij materieel, hetzij moreel, dat de eiser door middel van zijn vordering in rechte daadwerkelijk en niet op theoretische wijze kan verkrijgen (Cass. 5 maart 1982, J.T., 1983, 309; zie ook BEERNAERT, S., "Het belang als ontvankelijkheidsvereiste bij de gewone rechter, de Raad van State en het Arbitragehof, P&B, 2000, 157-158 en 164 met referenties).

Het is niet te betwisten dat CERES PHARMA in de procedure is tussengekomen om de mogelijke schadelijke gevolgen van een eis tot terugroeping, wanneer die ingewilligd wordt, te vermijden; naar aanleiding van haar tussenkomst wordt door FEBELCARE trouwens een vordering tot gemeenverklaring tegen CERES PHARMA gesteld Daar de opmaak van de verpakking van FEBELCARE's producten ontworpen is door CERES PHARMA.

De exceptie van niet ontvankelijkheid wegens afwezigheid van belang wordt afgewezen.

(ii) Exceptie van niet ontvankelijkheid ex. artikel 2.19 BVIE

"Hoofdstuk 5. Rechten van de houder

Artikel 2.19 Registratieplicht

Behoudens de houder van een algemeen bekend merk in de zin van artikel 6bis van het Verdrag van Parijs kan niemand, welke vordering hij ook instelt, in rechte bescherming inroepen voor een teken, dat als merk wordt beschouwd in de zin van artikel 2.1, tenzij hij zich kan beroepen op een inschrijving van het door hem aangevraagde merk

In voorkomend geval wordt de niet-ontvankelijkheid van de vordering ambtshalve door de rechter uitgesproken.

De bepalingen van deze titel laten onverlet het recht van gebruikers van een teken, dat niet als merk wordt beschouwd in de zin van artikel 2.21, om de bepalingen van het gemene recht in te roepen voor zover dit toestaat zich te verzetten tegen onrechtmatig gebruik van dit teken."

Deze bepaling is een directe toepassing van het principe van de aanvullende werking van het gemene recht in het Benelux merkenrecht.

Verweersters en CERES PHARMA argumenteren dat de vorderingen van eiseressen gesteund zijn op een teken dat als merk wordt beschouwd maar waarvoor geen inschrijving is genomen, zodat alle vorderingen gesteund op dat teken niet ontvankelijk zijn.

CERES PHARMA is, bij wijze van experiment, hangende deze procedure begin 2020 overgegaan tot het hierna afgebeelde depot als Beneluxmerk beeldmerk van de opmaak van de verpakking gebruikt door eiseressen voor Physiomer waarop volgens hen de ingeroepen aanspraken gebaseerd zijn, en inbreuk wordt gemaakt:



Een inschrijving werd bekomen op 22.01.2020 in de overeenstemmende klasse 5 Neusspray voor medische doeleinden: neusspoeling; zoutoplossingen voor sinus- en neusdouches; reinigende oplossingen voor het neuskanaal, voor medisch gebruik.

De inschrijving werd gepubliceerd zonder dat oppositie werd ingediend.

Het beeldmerk bevat, behoudens de productbenaming en de begeleidende teksten, alle visuele kenmerken die eiseressen ab initio beschreven en ingeroepen hebben om het kenmerkende karakter van de *'look and feel'* van hun verpakking te beschrijven :

- Een langgerekte verpakking met overwegend witte achtergrond;
- De afbeelding van een ruwe golf met schuimkoppen in de zee op de bovenste helft van de verpakking;
- Een donkerblauw blok in het midden van de verpakking;
- Een wit tekstblok, onder het blauwe blok;
- Het gebruik van de oranje en blauw;
- Voornoemde elementen geschikt in een bepaalde verhouding tot elkaar.

Het zijn precies deze elementen waarvan eiseressen aan FEBELCO verwijten dat ze onder meer in de verpakking van de neusspray 'Febelcare Physio', maar ook in andere publiciteit, zijn overgenomen om verwarring te stichten en aan te haken op hun neusspray 'Physiomer'.

Doordat het merk werd ingeschreven en er geen oppositie werd gevoerd, staat vooralsnog vast dat het voldoet aan de absolute basisvereisten van onderscheidend vermogen en mogelijkheid tot registratie: het gaat met andere woorden om een teken dat als merk wordt beschouwd in de zin van artikel 2.1 BVIE.

Opmerkelijk is voorts dat eiseressen wél een registratie als merk hebben voor het woordmerk 'Physiomer' onder meer voor de Benelux, doch de bescherming hiervan niet inroepen om hun klachten

van een zekere mate van overeenstemming tussen de namen 'Physiomer' en 'Febelcare Physio' te ondersteunen, hoewel zij doen gelden dat er naast een visuele overeenstemming er ook een auditieve overeenstemming bestaat (zie o.m. ingebrekestellingen van 28.11.2019 en van 16.12.2019).

Uit voorgaande analyse kan enkel de conclusie volgen dat eiseressen de ingeroepen bescherming tegen parasitisme uitsluitend putten uit regelgeving die buiten de merkenrechtelijke regelgeving staat, terwijl zij enerzijds beschikt over een ingeschreven merknaam, en anderzijds gebruik maakt van een teken dat als een beeldmerk te beschouwen is, en als dusdanig had moeten ingeschreven worden om er zich geldig op te kunnen beroepen.

Het gaat om een praktijk die artikel 2.19 BVIE beoogt principieel te bestrijden en welke regelgeving van dwingend recht is: de sanctie die voorzien is, is absoluut vermits elke vordering op welke grond ook, gesteund op een teken dat alle kenmerken vertoont van een ingeschreven merk, ambtshalve niet ontvankelijk moet worden verklaard zolang het niet ingeschreven is, zelfs als het niet door partijen is opgeworpen.

De regelgever heeft door het opleggen van een registratieplicht willen vermijden dat naast een volledig uitgewerkte merkenrechtelijke bescherming een parallel beschermingsregime in het leven zou geroepen worden dat via de omweg van oneerlijke marktpraktijken kan aangegrepen worden om een overeenkomstige bescherming te vragen voor een teken dat niet ingeschreven is als merk.

Ware dit wel mogelijk dan zou immers het opzet van de wetgever worden doorkruist, omdat dan voor merken rechten zouden kunnen worden ingeroepen waarvan het bestaan niet uit het register kan worden afgeleid.

De registratieplicht, die vooralsnog deel uitmaakt van positief recht, biedt de voordelen van publiciteit en rechtszekerheid.

Enkel voor tekens die niet als merk kunnen ingeschreven worden biedt het gemene recht een uitweg (art. 2.19. 3 BVIE): de wetgever heeft dit onderscheid willen benadrukken en verduidelijken.

De rechtbank sluit zich niet aan bij het door eiseressen voorgestane betoog dat artikel 2.19 BVIE buiten toepassing moet verklaard worden omdat het op gespannen voet zou staan met art. 10bis(3)(1) Unieverdrag en met art. 6.1.b van de Richtlijn 2005/29, waardoor alle daden, welke ook, die verwarring zouden kunnen wekken door onverschillig welk middel ten opzichte van waren van een concurrent, als daden van oneerlijke mededinging moeten kunnen worden verboden.

"Met name 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 (art.10bis(3)(1) Unieverdrag)."

Minstens de bepaling van het Unieverdrag is rechtstreeks verbindend, en de vraag werd gesteld, ook in bepaalde Belgische rechtsleer, of in het licht van deze bepaling de regel van art. 2.19(1) BVIE de toets der kritiek kan doorstaan.

Artikel 10bis(3)(1) Unieverdrag moet in haar verhouding tot art. 2.19(1) BVIE zo begrepen worden dat wanneer een gebruiker van een (niet als merk ingeschreven) teken dat bedreigd wordt, ter verdediging en bescherming van dit teken andere middelen wenst te ontwikkelen dat deze die voorzien zijn in het merkenrecht, blijvend beroep moet kunnen doen op het gemene recht en de regelgeving inzake eerlijke mededinging.

Te dezen laten eiseressen na aan te tonen waarom zij ter verdediging van het gebruikte teken hun aanspraken niet kunnen stellen binnen de bepalingen van het merkenrechtelijk wetgevend kader, en waarom zij een beroep zouden moeten doen op andere door de regelgeving inzake marktpraktijken

beheerste bepalingen zoals parasitaire aanhaking om hun eisen te onderbouwen, waar de bescherming die zij in concreto nastreven betrekking heeft op functies die binnen het merkenrecht worden beschermd, met name het benadrukken en onderscheiden van herkomst, kwaliteit en identificatie van hun product Physiomer.

De aard van de bescherming die eiseressen inroepen en de daartoe aangedragen argumenten, alsmede de functie die zij toekennen aan het teken gebruikt voor de verpakking van haar product Physiomer, sluiten aan bij deze die zou voortvloeien uit een regelmatige merkinschrijving: het alluderen op de unieke '*look and feel*' van de verpakkingsoopmaak van hun product Physiomer waarvan het onderscheidend karakter wordt verdedigd aan de hand van de beschrijving van bepaalde uiterlijke kenmerken (zie supra en bij herhaling in conclusies opgesomd), stamt rechtstreeks uit het merkenrecht.

Om met goed gevolg de niet bestaanbaarheid van artikel 2.19 BVIE met art.10bis(3)(1) van het Unieverdrag van Parijs te kunnen inroepen, dienen eiseressen voorafgaandelijk aan te geven waarom de bescherming geboden binnen het voorhanden zijnde merkenrechtelijk wetgevend kader hen geen soelaas kan bieden.

Het opleggen van een registratieplicht voorzien in artikel 2.19 BVIE en het verbinden van een sanctie van verbod op rechtsbescherming bij niet voldoening hieraan, werd voorts in gezaghebbende rechtspraak niet strijdig geacht met de toepassing van art.10bis(3)(1) (BenGH 23 december 2010, 2009/3, Engels v. Daewoo).

Te dezen acht de rechtbank het niet aangewezen gebruik te maken van haar uitstelbevoegdheid om eiseressen krachtens art. 4.5(2) BVIE alsnog de kans te bieden tot inschrijving over te gaan: het teken is thans na de inschrijving door CERES PHARMA immers niet meer beschikbaar terwijl ook na de opgeworpen exceptie door eiseressen geen initiatieven werden ondernomen om er zich tegen te verzetten of deze inschrijving anderszins aan te vechten; een dergelijk uitstel zou de beslechting van het geschil onaanvaardbaar lang in het ongewisse laten en proceseconomisch niet verantwoord zijn.

De vorderingen die eiseressen stellen onder middelen 2, 3, en 5 verwijzen grotendeels naar de aangeklaagde overname van beeldelementen van het (niet door hen ingeschreven) teken en zijn bijgevolg 'verdoken' merkinbreukvorderingen die stuiten op de niet ontvankelijkheid (vgl. Antwerpen 18 juni 2010, *IRDI* 2011, 230).

In de mate dat de vorderingen zijn gesteund op de bescherming verbonden aan de opmaak die eiseressen gebruiken voor de verpakking van haar producten neusspray Physiomer, dient de niet ontvankelijkheid ervan te worden vastgesteld conform artikel 2.19 BVIE.

Ten gronde

De vordering van eiseressen ent zich in hun 4° middel voorts op de overweging dat verweersters door hun verpakking te voorzien van een afbeelding van een rollende golf in de branding, bij de consument een misleidende indruk zou kunnen wekken dat haar product uit 100 % zeewater bestaat, terwijl dit niet het geval is en het slechts 20 % zeewater bevat.

Dit zou volgens eiseressen dan neerkomen op praktijken van verwarring en misleiding doordat dergelijke communicatie zou berusten op feitelijk onjuiste gegevens, zoals betuigd in artn. VI.105.2° en 8° WER, VI.97, 2° WER en VI.100, 13° WER .

Terwijl de afbeelding van een golf kennelijk courant is voor neussprays en beschrijvend is voor de oorsprong van een product dat gebaseerd is op zoutwateroplossingen, claimen verweersters op geen enkel moment dat hun product uit 100 % zeewater zou bestaan.

Op de verpakkingen en de bijsluiters waaronder verweersters hun producten commercialiseren staat enkel te lezen dat haar product 20 % zeewater bevat, en 100 % natuurlijk is: deze claims sluiten volledig aan bij de realiteit.

Eiseressen beweren ten onrechte dat uit de afbeelding van een golf op de verpakking van een neusspray, de consument automatisch zou afleiden dat het product volledig uit zeewater zou bestaan.

Er is geen redelijk risico dat de gewone aandachtige consument van de producten van verweester die zij uitsluitend via apotheken verkoopt, de afbeelding van een golf op de doos zal opvatten als een directe verwijzing naar wat het flesje bevat, rekening houdend met de vermeldingen op de verpakking en bijsluiter over de exacte samenstelling.

De afbeelding van een golf heeft, als deel uitmakend van een (theoretisch) beeldmerk, tevens een publicitaire functie.

Anderzijds staat vast dat de zoutoplossingen van verweersters wel degelijk zijn samengesteld op basis van zeewater, dat een neusspray de bedoeling heeft verstopte luchtwegen open te zetten, terwijl het algemeen bekend is dat zeelucht heilzaam is voor een vrije ademhaling en de longen openzet.

Méer dient achter de boodschap van de golf op de verpakking, die aldus waarheidsgetrouw is zowel met betrekking tot de samenstelling als met betrekking tot de lichamelijke effecten van het product, niet gezocht te worden.

Van het misleiden, bedriegen of anderszins op het verkeerde been zetten van de consument door verweersters is geen sprake.

De vordering zoals gesteund op misleidende informatie wordt als ongegrond afgewezen.

Gerechtskosten

Eiseressen dienen als de in het ongelijk gestelde partijen te worden beschouwd.

CERES PHARMA dringt aan op een verhoogde rechtsplegingsvergoeding, die zij summier verantwoordt door de complexiteit van de materie.

De rechtbank stelt vast dat zij zich manifesteert als partij in vrijwillige tussenkomst, en het door verweersters op hoofdeis gevoerde verweer grotendeels bijtreedt, overneemt en verder uitwerkt.

Verweersters op hoofdeis, ten aanzien van wie de vermeende complexiteit zich eerder zou stellen, vorderen géén verhoogde rechtsplegingsvergoeding.

Een verhoogde rechtsplegingsvergoeding in hoofde van CERES PHARMA wordt niet verantwoord.

OM DEZE REDENEN,

Wij, Kristiaan Dehing, rechter in de rechtbank, de voorzitter, ondervoorzitter en afdelingsvoorzitter wettelijk belet vervangende, zetelend op de wijze zoals in kort geding, bijgestaan door Laura Van De Putte, griffier.

Met inachtneming van de artikelen 2 en 30 tot en met 41 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken.

Uitspraak doende op de hoofdvorderingen van SAS LABORATOIRE DE LA MER en NV OMEGA PHARMA BELGIUM, verklaren deze niet-ontvankelijk, minstens ongegrond.

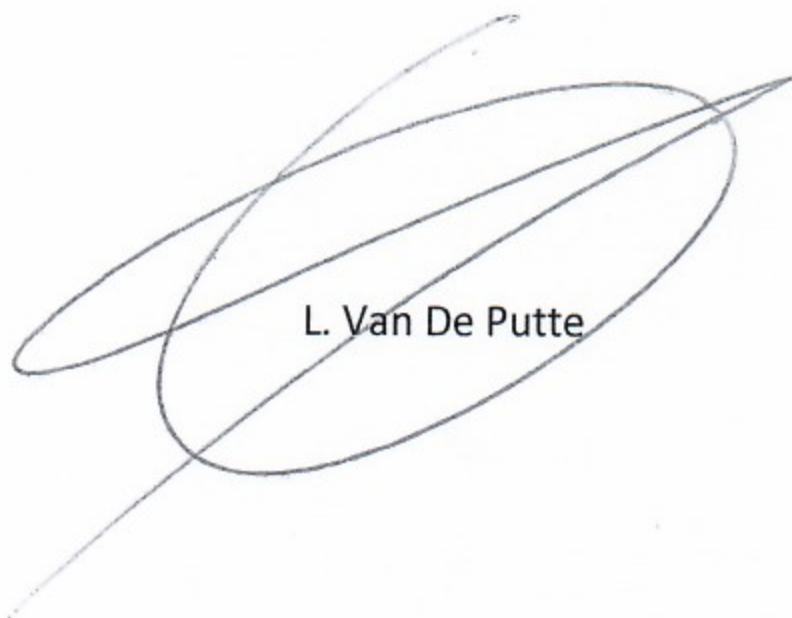
Uitspraak doende op de tussenvordering van CV FEBELCO en NV AXONE PHARMA tegen NV CERES PHARMA, verklaren deze zonder voorwerp.

Verwijzen SAS LABORATOIRE DE LA MER en NV OMEGA PHARMA BELGIUM solidair tot de gedingkosten in hoofde van CV FEBELCO en NV AXONE PHARMA enerzijds en van NV CERES PHARMA anderzijds, telkens te begroten op de rechtsplegingsvergoeding aan het basistarief van 1.440,00 €

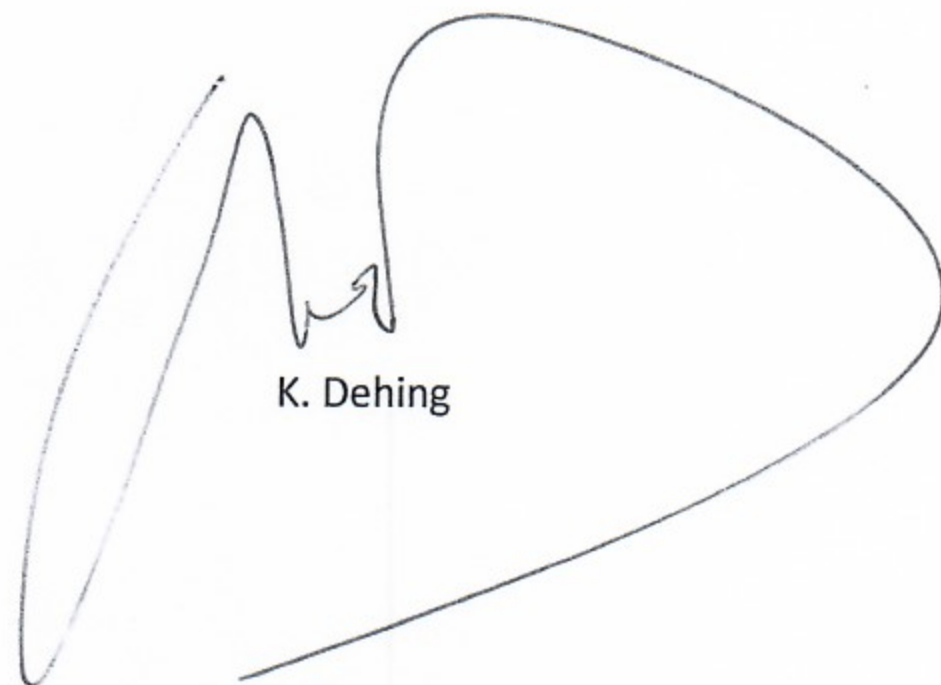
Veroordelen SAS LABORATOIRE DE LA MER en NV OMEGA PHARMA BELGIUM solidair tot betaling van het rolrecht begroot op 165 euro aan de Belgische Staat (FOD Financiën) die instaat voor de inning.

Aldus uitgesproken op de gewone en openbare terechtzitting van **woensdag 26 augustus 2020**.

Heeft over de zaak geoordeeld: de heer Kristiaan Dehing, rechter in de rechtbank, voorzitter van de kamer, bij de uitspraak bijgestaan door mevrouw Laura Van De Putte, griffier.



L. Van De Putte



K. Dehing