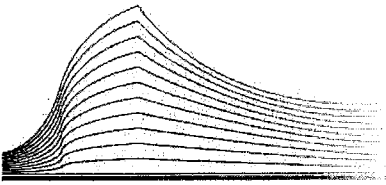


✓



Kopie
Afgeleverd aan: mr. NEEFS Kristof
art. 792 Ger. W.
Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.

158998

Repertoriumnummer 2022 / 1962
Datum van uitspraak 14 maart 2022
Rolnummer 2020/AR/1633

Uitgifte

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

Niet aan te bieden aan de ontvanger

MARKTPRAKTIJEN

Hof van beroep Gent

Arrest

zevende kamer

COVER 01-00002601672-0001-0024-01-01-1



2020/AR/1633 - In de zaak van:

1. **LABORATOIRE DE LA MER SAS**, vennootschap naar Frans recht, met maatschappelijke zetel te ZAC La Madeleine, Avenue du Général Patton, 35400 Saint-Malo, FRANKRIJK,
2. **OMEGA PHARMA BELGIUM NV**, ON 0417.132.860, met maatschappelijke zetel te 9810 NAZARETH, Venecoweg 26,

appellanten, hebbende als raadsman mr. MAEYAERT Paul, advocaat te 1020 BRUSSEL, Esplanade 1 bus 5,

tegen:

1. **FEBELCO CV**, ON 0458.780.306, met vennootschapszetel te 9100 SINT-NIKLAAS, Eigenlostraat 1,
eerste geïntimeerde, hebbende als raadsman mr. VAN HOVE Dirk, advocaat te 2000 ANTWERPEN, Londenstraat 60 bus 104,
2. **AXONE PHARMA NV**, ON 0830.551.216, met vennootschapszetel te 1420 BRAINE-L'ALLEUD, Boulevard de France 9A,
tweede geïntimeerde, hebbende als raadsman mr. VAN HOVE Dirk, advocaat te 2000 ANTWERPEN, Londenstraat 60 bus 104,
3. **CERES PHARMA NV**, ON 0641.953.324, met maatschappelijke zetel te 9820 MERELBEKE, Lembergsesteenweg 25 bus A,
derde geïntimeerde, hebbende als raadsman mr. NEEFS Kristof, advocaat te 2800 MECHELEN, Brusselsepoortstraat 6,

wijst het hof het volgend arrest:

1. RECHTSPLEGING IN HOGER BEROEP

- 1.1. Het hoger beroep bij verzoekschrift neergelegd op 13 oktober 2020 werd ingesteld tegen het vonnis van de dienstdoende voorzitter van de ondernemingsrechtbank Gent, afdeling Gent van 26 augustus 2020 met AR-nummer A/20/00069.

PAGE 01-00002601672-0002-0024-01-01-4



- 1.2. Het hof heeft artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken in acht genomen.
- 1.3. De procedure verliep op tegenspraak. De advocaten van de partijen werden gehoord op de openbare zitting van 14 februari 2022. Het hof nam kennis van de overtuigings- en procedurestukken.
- 1.4. De partijen worden hierna verkort als volgt aangeduid:
 - LABORATOIRE DE LA MER SAS: LDLM
 - NV OMEGA PHARMA BELGIUM : OMEGA PHARMA
 - CVBA FEBELCO: FEBELCO
 - NV AXONE PHARMA: AXONE
 - NV CERES PHARMA: CERES

2. FEITEN EN VOORAFGAANDE RECHTSPLEGING

- 2.1. Voor de feiten verwijst het hof naar de uiteenzetting van de eerste rechter op pagina 5 t.e.m. 7 van het bestreden vonnis.

3. VORDERINGEN EN STANDPUNTEN VAN PARTIJEN IN HOGER BEROEP

- 3.1. Voor een uiteenzetting van de grieven, het voorwerp van de eisen en de argumentatie van partijen verwijst het hof naar de procedurestukken in hoger beroep.
- 3.2. Appellanten vorderen in het beschikkend gedeelte van hun syntheseconclusie:

Het beroep van appellanten ontvankelijk en gegrond te verklaren, het vonnis a quo te vernietigen en opnieuw recht doende;

De oorspronkelijke vorderingen van appellanten jegens geïntimeerden gegrond te verklaren en dienvolgens:

- voor recht te zeggen dat het te koop aanbieden en verkopen van het litigieuze gamma van verpakkingen 'febelcare PHYSIO' dat in sterke mate visueel overeenstemt met het gamma van verpakkingen van PHYSIOMER:

o een daad uitmaakt van parasitaire mededinging in de zin van de artikelen VI.104 WER j°10bis, lid 2 Verdrag van Parijs en/of artikel VI.100, 13° WER

o een daad van misleiding of een verwarringstichtende marktpraktijk uitmaakt in de zin van de artikel 10bis, lid 3 Verdrag van Parijs j° de artikelen VI.105, 2° en 8°, VI.97, 2° en VI.98,1° WER;



- voor recht te zeggen dat de prominente afbeelding van een stormachtige zee golf over de volledige voorzijde van de gewraakte verpakkingen in combinatie met de vermelding '100% natural' voor een product dat slechts een laag gehalte zeewater bevat van aard is het publiek te misleiden aangaande de samenstelling van het product, in de zin van artikel 97, 2° WER en artikel VI.105, 2° WER;
- geïntimeerden te bevelen om deze inbreuken te staken onder verbeurte van een dwangsom van 250 EUR per enkelvoudige inbreuk én per dag dat de inbreuk blijft bestaan, binnen de 2 werkdagen na betekening van het tussen te komen arrest;
- geïntimeerden te bevelen om de gewraakte verpakkingen terug te roepen uit de handel, op eigen kosten, binnen de 15 werkdagen na betekening van het tussen te komen arrest en onder verbeurte van een dwangsom van 250 EUR per enkelvoudig product dat na de genoemde termijn nog te koop zou worden aangeboden;
- de publicatie van het arrest bij uittreksel te bevelen op de thuispagina van de websites van eerste geïntimeerde (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 arrest van [datum] heeft het hof van beroep 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 arrest te lezen, klik hier";

- Minstens appellanten toe laten een objectieve samenvatting van het arrest mee te delen aan hun afnemers in België;
- Ondergeschikt, en alvorens verder recht te doen, volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie in toepassing van artikel 267 VWEU:

"Is de bepaling van artikel 2.19 van het Benelux Verdrag inzake Intellectuele Eigendom –naar luidt waarvan niemand bescherming kan inroepen voor een teken dat als merk wordt beschouwd, tenzij men zich ook op een inschrijving van dat teken als merk kan beroepen – strijdig met artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, Richtlijn 2005/29 van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt (in het bijzonder de artikelen 6.1.b) en artikel 6.2.a), gelezen in samenhang met de artikelen 4 en 11), Richtlijn (EU) 2015/2436 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2015 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, alsook artikel 10bis, lid 3 van het Unieverdrag van Parijs?"

- Geïntimeerden in solidum te veroordelen tot de kosten van het geding, alsmede een rechtsplegingsvergoeding in hoofde van appellanten begroot op 8.000 EUR voor elk van beide aanleggen;



- 3.3. Eerste twee geïntimeerden vorderen in het beschikkend gedeelte van hun syntheseconclusie:

in hoofdorde:

*het beroep van appellanten ontvankelijk, doch ongegrond te verklaren;
bijgevolg het bestreden vonnis dat de vorderingen van SAS Laboratoire de la Mer en Omega Pharma Belgium NV niet-ontvankelijk, minstens ongegrond verklaart te bevestigen;*

in ondergeschikte orde:

minstens de vordering tot terugroeping uit de handel van de producten/ verpakkingen en de vordering tot publicatie ongegrond te verklaren;

in nog 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;

*SAS Laboratoire de la Mer en Omega Pharma Belgium NV te verwijzen in de kosten;
t.a.v. Ceres Pharina NV de tussenkomst van Ceres Pharma NV toelaatbaar en gegrond te verklaren; het arrest gemeen te verklaren aan Ceres Pharma NV.*

- 3.4. Derde geïntimeerde vordert in het beschikkend gedeelte van haar syntheseconclusie:

In hoofdorde:

Verklaart het hoger beroep van Laboratoire de la Mer SAS en Omega Pharma Belgium NV toelaatbaar maar ongegrond;

In ondergeschikte orde:

Alvorens recht te doen, stelt volgende prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie overeenkomstig artikel 267 van het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie:

1) Is artikel 2.19 van het Benelux Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom –naar luidt waarvan niemand bescherming kan inroepen voor een teken dat als merk wordt beschouwd, tenzij men zich ook op een inschrijving van dat teken als merk kan beroepen – strijdig met artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, met artikelen 6.1.b) en artikel 6.2.a), gelezen in samenhang met de artikelen 4 en 11 van Richtlijn 2005/29 van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, of met Richtlijn (EU) 2015/2436 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2015 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten?

2) Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord: kan een nationale rechter een nationale (of regionale) rechtsregel die ertoe strekt om de rechtszekerheid te



vergroten, buiten toepassing laten omdat deze onverzoenbaar is met een Europese richtlijn of geldt in dit geval dat een richtlijn geen horizontale werking heeft en dat enkel de lidstaat of lidstaten in kwestie aansprakelijk zijn voor de omzetting van de betrokken richtlijn?"

Schorst de procedure in afwachting van een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

In meer ondergeschikte orde:

Verklaart de vordering tot terugroeping uit de handel van de producten en de vordering tot publicatie ongegrond;

Kent Febelco BV en Axone Pharma NV overeenkomstig artikel XVII.3 WER een regularisatietermijn van 2 maanden toe om de nodige regelingen te treffen voor de naleving van het stakingsbevel;

Over de kosten:

Veroordeelt Laboratoire de la Mer SAS en Omega Pharma NV tot de kosten van het geding, in hoofde van Ceres Pharma NV begroot op 8.000 EUR per aanleg.

4. BEOORDELING

4.1. De toelaatbaarheid van het hoofd- en incidenteel beroep

- 4.1.1. Een exploit van betekening aan appellanten ligt niet voor. Er wordt ook niet voorgehouden dat een betekening verricht werd. Het hoger beroep is tijdig en regelmatig naar vorm, wat trouwens niet betwist wordt.

Geïntimeerden voeren geen middelen van ontoelaatbaarheid van het hoger beroep aan. Ook het hof stelt geen ambtshalve op te werpen middelen van ontoelaatbaarheid van het hoger beroep vast.

Het hoofdberoep is bijgevolg toelaatbaar.

4.2. Gegrontheid van het hoger beroep

- 4.2.1. Ontvankelijkheid van de oorspronkelijke vorderingen: negatieve reflexwerking (art. 2.19,1 BVIE)

- 4.2.1.1. Volgens geïntimeerden zijn de vorderingen van appellanten, met uitzondering van de vordering wegens beweerde misleiding over de samenstelling van de producten (zie hun vijfde middel), onontvankelijk op grond van art. 2.19 BVIE.



4.2.1.2. Dit artikel bepaalt het volgende:

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 2.1,1, tenzij hij zich kan beroepen op een inschrijving van het door hem aangevraagde merk.

Dit is het principe van de 'negatieve reflexwerking' (vgl. H. VANHEES, *Handboek intellectuele rechten (gebonden editie)*, Intersentia, 2020, 410).

4.2.1.3. Geïntimeerden voeren aan dat de vorderingen van appellanten bescherming beogen voor een teken, in casu de verpakking van Physiomer, dat in aanmerking komt op grond van 2.1. BVIE voor merkinschrijving, zonder dat zij beschikken over een ingeschreven merk (p. 13, randnr. 13 syntheseconclusie FEBELCO).

Appellanten hebben volgens geïntimeerden geen initiatief genomen om Physiomer verpakkingen als merk te deponeren. Evenmin zouden zij stappen hebben gezet om de registratie van een gelijkaardige verpakking als deze van Physiomer als merk te doen nietigverklaren op grond van art. 2.30bis BVIE of de stopzetting in rechte te vorderen (p. 14, randnr. 14 syntheseconclusie FEBELCO).

4.2.1.4. Appellanten voeren aan dat de theorie van de negatieve reflexwerking (geen depot, geen bescherming) in deze zaak niet relevant is.

Zij verwijzen daarvoor naar het arrest Daewoo van het Benelux Gerechtshof van 23 december 2010.

Volgens dit arrest zou een niet-ingeschreven merk nog steeds bescherming genieten tegen oneerlijke mededinging als het niet-ingeschreven merk gebruikt wordt als onderdeel van verwarringwekkende gedragingen (p. 32, randnr. 34 syntheseconclusie appellanten).

Appellanten stellen dat zij zich in deze zaak niet beroepen op één (gedeeltelijke) verpakking die mogelijks als merk kan gedeponerd worden, maar op een hele productlijn én tal van begeleidende omstandigheden (p. 37, randnr. 39 syntheseconclusie appellanten).

4.2.1.5. De eerste rechter heeft hierover het volgende overwogen:

"Hoofstuk 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 verpakkingsopmaak 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.

4.2.1.6. Het hof verwijst naar deze oordeelkundige motieven van de eerste rechter die het overneemt en tot de zijne maakt.

4.2.1.7. Volledigheidshalve voegt het hof hier nog aan toe hetgeen volgt:

- Appellanten kunnen niet aan de gevolgen van art. 2.19 BVIE ontsnappen door hun vordering in graad van beroep deels anders te gaan formuleren en hun stakingsvordering te richten tegen een 'gamma aan verpakkingen' waar zij in hun dagvaarding 'de gewraakte verpakkingen' viseerden. In wezen is hun vordering immers nog steeds gericht tegen de gewraakte verpakkingen zelf. Nu de gewraakte verpakkingen voor een inschrijving als merk in aanmerking komen, vorderen appellanten in wezen een merkenrechtelijke bescherming, ongeacht de kwalificatie die zij in rechte zelf geven aan hun vordering (vgl. Antwerpen 18 juni 2010, IRDI 2011, (230) 234, nr. 8). Dit alles wordt nog bevestigd doordat appellanten in graad van beroep het voorwerp van hun vordering licht anders formuleren.
- In zijn arrest van 23 december 2010 heeft het Benelux Gerechtshof inderdaad het volgende overwogen:

De betrokken bepalingen van het BVIE staan er evenwel niet aan in de weg dat de houder van een merk dat niet is ingeschreven of waarop het recht ingevolge het eenvormige Beneluxrecht vervallen is, de bescherming inroept van het gemene recht tegen gedragingen die oneerlijke mededinging opleveren als bedoeld in artikel 10bis, lid3, 1° Unieverdrag, indien het gebruik van dat merk of een daarmee overeenstemmend teken onderdeel vormt van de verwarringwekkende gedragingen". (eigen onderlijning hof)

Uit de vordering van appellanten blijkt evenwel dat zij zich niet richten tegen ruimere 'verwarringwekkende gedragingen' dan het gamma aan verpakkingen. Zo maken zij wel gewag van o.m. de door geïntimeerden gevoerde reclame voor Febelcare Physio (o.m. de displays en op bestelwagens) maar richten zij hun vordering niet tegen deze reclame.



- De verwijzing door appellanten naar de rechtspraak van o.m. de hoven van beroep van Brussel en Antwerpen is niet relevant aangezien de oorspronkelijke eiser zich in voormelde zaken o.m. ook beriep op een merkenrechtelijke bescherming (Brussel 21 oktober 2013 (InBev/Maes), *I.R.D.I.* 2014/1 (411): Benelux kleurmerk blauw) en Antwerpen 1 februari 2016, 2015/AR/1232, stuk IV.5 appellanten Benelux woord- en beeldmerken).
- OMEGA PHARMA heeft een aantal beeldmerken laten registreren voor geneesmiddelen (stuk E.2 CERES). Zij had dit ook perfect kunnen doen voor haar Physiomer-verpakkingen.
- Appellanten voeren vergeefs aan dat art. 2.19 BVIE strijdig is met Richtlijn 2005/29/EG en Richtlijn (EU) 2015/2436.

Zelfs *indien* dit het geval zou zijn, zou dit hof art. 2.19 BVIE enkel richtlijnconform kunnen interpreteren maar niet buiten toepassing kunnen laten (vgl. Cass. 24 september 2020, C.18.0039.F/7 en C.18.0468.F).

Appellanten vragen evenwel niet dat dit hof art. 2.19 BVIE richtlijnconform zou interpreteren maar vragen uitdrukkelijk om dit artikel buiten toepassing te laten (zie p. 48, randnr. 52 van hun syntheseconclusie).

Zoals gesteld is dit niet mogelijk.

- Omwille van de redenen aangehaald in het vorige streepje, is er evenmin aanleiding tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie. Zelfs indien er zou geoordeeld worden dat art. 2.19 BVIE strijdig is met de aangehaalde richtlijnen, kan dit hof deze bepaling zoals gesteld toch niet buiten toepassing laten.
- Appellanten beroepen zich vergeefs op een beweerde 'ongewettigde discriminatie met het beschermingsregime van andere intellectuele rechten, nl. van een niet-ingeschreven model en van het auteursrecht.

Nu appellanten in deze zaak geen bescherming inroepen op basis van deze vormloze intellectuele eigendomsrechten (model en auteursrecht), is een eventuele discriminatie in ieder geval zonder belang voor de beslechting van huidig geschil. Om dezelfde reden ziet het hof geen reden om hierover een prejudiciële vraag te stellen aan het Benelux Gerechtshof of aan het Grondwettelijk Hof.

- Het hof ziet geen aanleiding om toepassing te maken van art. 4.5.2 BVIE.



Dit artikel bepaalt het volgende:

De niet-ontvankelijkheid die voortvloeit uit het ontbreken van de inschrijving van een depot van het merk of de tekening of het model, wordt opgeheven door inschrijving of vernieuwing van de inschrijving van het merk of de tekening of het model tijdens het geding.

Vooreerst hebben appellanten nagelaten om *spontaan, uit eigen beweging*, hun Physiomer-verpakkingen in te schrijven als merk.

Bovendien blijkt uit stuk E.2 van CERES dat OMEGA PHARMA andere verpakkingen als (beeld)merk heeft laten inschrijven. Het was dus blijkbaar een doelbewuste keuze om dit voor de Physiomer-verpakkingen niet te doen.

4.2.1.8. Conclusie: de eerste rechter heeft de vorderingen van appellanten, met uitzondering van de vordering wegens beweerde misleiding over de samenstelling van de producten (zie hun vijfde middel), terecht onontvankelijk verklaard.

4.2.2. Grond van de zaak

4.2.2.1. Algemeen

4.2.2.1.1. Louter ten overvloede bespreekt het hof nog ten gronde de door appellanten aangevoerde inbreuken op de marktpraktijken.

Enkel hetgeen het hof hierna uiteenzet m.b.t. het vijfde middel van appellanten geldt uiteraard niet 'ten overvloede'.

4.2.2.2. Onrechtmatige aanhaking/parasitaire concurrentie (art. VI.104 W.E.R.)

4.2.2.2.1. Volgens appellanten is er sprake van onrechtmatige aanhaking (onrechtmatige nabootsing).

Zij stellen dat geïntimeerden de 'look and feel' van de Physiomer-verpakking hebben overgenomen en dat dit gepaard ging met begeleidende omstandigheden (p. 6 syntheseconclusie appellanten).

4.2.2.2.2. Een daad waarbij een verkoper het aanbod van een andere marktdeelnemer in verband met diensten of producten nabootst is in beginsel toegelaten, tenzij de verkoper hierdoor, hetzij, een door de wetgeving op de intellectuele eigendom beschermd recht miskent, hetzij, dit aanbod doet onder begeleidende



omstandigheden die indruisen tegen de eisen van de eerlijke handelsgebruiken. De verkoper die, zonder zelf een creatieve inspanning te leveren, rechtstreeks voordeel haalt uit belangrijke inspanningen of investeringen gewijd aan een creatie met economische waarde van een andere verkoper, begaat nog geen daad strijdig met de eerlijke handelsgebruiken. De rechter kan nochtans 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 miskennis van intellectuele eigendomsrechten of verwarringstichtende reclame maar kunnen elke vorm van onrechtmatig gedrag zijn (vgl. Cass. 29 mei 2009, .C.06.0139. N/ 8).

Er moet bijgevolg worden nagegaan of er sprake is aan de zijde van de kopiërende partij van begeleidende omstandigheden die indruisen tegen de eerlijke marktpraktijken of van een vorm van onrechtmatig gedrag – anders dan het louter nabootsen – waardoor de kopiërende partij voordeel haalt of heeft gehaald.

4.2.2.2.3. Het hof is van oordeel dat de ‘begeleidende omstandigheden’ die appellanten opsommen op pagina 15 t.e.m. 24 van hun syntheseconclusie niet indruisen tegen de eerlijke handelsgebruiken.

Zo valt o.m. het aanwerven van voormalige personeelsleden van appellanten en de prijszetting door geïntimeerden onder de vrije mededinging.

Appellanten geven overigens zelf – minstens impliciet – te kennen dat deze begeleidende omstandigheden niet indruisen tegen de eerlijke handelsgebruiken aangezien zij zoals gesteld niet de staking hiervan vorderen, met uitzondering van de vermelding ‘100% natural’. Deze laatste gewraakte daad staat evenwel volledig los van de beweerde overname door geïntimeerden van de ‘look and feel’ van de productlijn van Physiomer. Appellanten vorderen niet de staking van het uitzicht van de website van FEBELCO noch van de presentatie van de displays noch van de reclame van geïntimeerden (de begeleidende omstandigheden vermeld op pagina 20-21 van de syntheseconclusie van appellanten).

4.2.2.2.4. Nu er evenmin sprake is van verwarringstichting/misleiding (zie infra), is er van parasitisme/aanhaking aan de zijde van geïntimeerden geen sprake.

4.2.2.3. Misleiding (VI.105, 2° en 8°, VI.97, 2° en VI.98,1° WER)

4.2.2.3.1. Volgens appellanten is er tevens sprake van verwarringstichting.

De door appellanten aangevoerde wetsbepalingen luiden als volgt (telkens eigen onderlijning en vetdruk hof):

PAGE 01-00002601672-0015-0024-01-01-4



- Art. VI.97,2° WER (misleidende handelspraktijk t.a.v. consumenten):

Als misleidend wordt beschouwd een handelspraktijk die gepaard gaat met onjuiste informatie en derhalve op onwaarheden berust of, zelfs als de informatie feitelijk correct is, de gemiddelde consument op enigerlei wijze, inclusief door de algemene presentatie, bedriegt of kan bedriegen ten aanzien van een of meer van de volgende elementen, en de gemiddelde consument er zowel in het ene als in het andere geval toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen:

(...)

2°

de voornaamste kenmerken van het product, zoals beschikbaarheid, voordelen, risico's, uitvoering, samenstelling, accessoires, klantenservice en klachtenbehandeling, procédé en datum van fabricage of verrichting, levering, geschiktheid voor het gebruik, gebruiksmogelijkheden, hoeveelheid, specificatie, geografische of commerciële oorsprong, van het gebruik te verwachten resultaten, of de resultaten en wezenlijke kenmerken van op het product verrichte tests of controles;

- Art. VI.98,1° WER (misleidende handelspraktijk t.a.v. consumenten):

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;

- Art. 105,2° en 8° WER (misleidende marktpraktijk t.a.v. ondernemingen):

Als misleidend wordt beschouwd een marktpraktijk die gepaard gaat met onjuiste informatie en derhalve op onwaarheden berust of, zelfs als de informatie feitelijk correct is, een onderneming op enigerlei wijze, inclusief door de algemene presentatie, bedriegt of kan bedriegen ten aanzien van een of meer van de volgende elementen, en haar er zowel in het ene als in het andere geval toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat zij anders niet had genomen:

(...)

2°

de voornaamste kenmerken van het product, zoals beschikbaarheid, voordelen, risico's, uitvoering, samenstelling, accessoires, klantenservice en klachtenbehandeling, procédé en datum van fabricage of verrichting, levering,



*geschiktheid voor het gebruik, gebruiksmogelijkheden, hoeveelheid, specificatie, geografische of **commerciële oorsprong**, van het gebruik te verwachten resultaten, of de resultaten en wezenlijke kenmerken van op het product verrichte tests of controles;*

8°

*marketing van een product, onder andere door vergelijkende reclame, op zodanige wijze dat **verwarring** wordt geschapen met andere producten, handelsmerken, handelsnamen en andere onderscheidende kenmerken van een concurrent;*

4.2.2.3.2. De vraag of een handelspraktijk, die zich richt tot consumenten, al dan niet misleidend is, moet beoordeeld worden vanuit het standpunt van de 'gemiddelde consument' (J. STUYCK en B. KEIRSBILCK, *Handels en economisch recht – deel 2 A, Handelspraktijken en contracten met consumenten* in R. DILLEMANS e.a., *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2019, 367, nr. 361).

4.2.2.3.3. Om de volgende redenen is het hof van oordeel dat de gewraakte verpakkingen verwarringstichtend noch misleidend zijn:

- Het door geïntimeerden gebruikte woordmerk 'Febelcare Physio' verschilt van dat van appellanten ('Physiomer').

Wanneer een merk bestaat uit woord- en beeldelementen zijn de eerste in beginsel meer onderscheidend zijn dan de tweede, aangezien de gemiddelde consument gemakkelijker naar de betrokken waar zal verwijzen door het noemen van de naam van het merk dan door het beschrijven van het beeldelement ervan (vgl. Gerecht EU 9 april 2014, T-623/11, Pico Food v EUIPO, r.o. 42 inzake een merkenzaak).

Om die reden verschilt huidige zaak ook fundamenteel van deze die geleid heeft tot het door appellanten aangehaalde arrest van deze kamer in de zaak Evergreen versus Green (Gent 17 oktober 2005, AR/2005/1519; stuk IV.1 appellanten, zie p. 56 e.v. van hun syntheseconclusie). Anders dan in huidige zaak, is er uiteraard wel een grote mate van overeenstemming tussen de woordelementen 'Evergreen' en 'Greencomfort'.

- De afbeelding van een zeegolf --die volgens appellanten een prominente plaats inneemt op zowel hun verpakking als op de gewraakte verpakking-- zinspeelt op de betrokken waren, nl. zeewater. Dit element heeft dus in casu een zwak onderscheidend vermogen (vgl. Gerecht EU 9 april 2014, T-623/11, Pico Food v EUIPO, r.o. 44).
- de productverpakkingen van talrijke andere aanbieders van fysiologisch water maken eveneens gebruik van 1) een zeegolf evenals van 2) de typerende kleur



blauw (zie de voorbeelden onder stuk D van FEBELCO, bv. Physiologica, Humer, A. Vogel, Biocean, enz).

Dit zijn volgens het hof de meest in het oog springende kenmerken van de Physiomer-verpakkingen.

Dat de afbeelding van de zeegolf en het gebruikte kleur blauw van deze andere merken van fysiologisch water niet volledig identiek is aan deze gebruikt door Physiomer doet geen afbreuk aan het weinig onderscheidend vermogen van beide beeldelementen.

Het hof erkent dat dit argument uiteraard grotendeels parallel loopt met dat uit het vorige streepje.

- Appellanten betwisten niet dat geïntimeerden de producten hoofdzakelijk, zo niet uitsluitend, verdelen via de officiële apothekers die de leden zijn van FEBELCO. Uit de diverse foto's genomen in Belgische apotheken die FEBELCO voorlegt als stuk F.2 blijkt dat de Physiomer-producten ofwel naast ofwel onder die van Febelcare Physio in de toonbank staan.

Dit leidt ertoe dat de gemiddeld aandachtige consument beide producten wel degelijk uit elkaar zal houden en van elkaar zal onderscheiden. Ook het gevaar op enige associatie tussen beide merken is volgens het hof niet reëel.

- 4.2.2.3.4. Samengevat is er van gevaar voor verwarring of misleiding geen sprake omdat de dominante en onderscheidende bestanddelen van de verpakkingen van beide partijen ofwel verschillen (woordelementen) ofwel een onvoldoende onderscheidend vermogen hebben (beeld van de zeegolf en de kleur blauw).

De door appellanten aangehaalde gelijkenissen tussen de gewraakte verpakking van geïntimeerden en de Physiomer-verpakking zijn niet van aard om aan het voorgaande afbreuk te doen (zie de aangevoerde gelijkenissen op p. 12 t.e.m. 14 syntheseconclusie appellanten).

- 4.2.2.3.5. Nu er van verwarringstichting en misleiding t.a.v. de consument geen sprake is, geldt dit a fortiori t.a.v. andere ondernemingen.

Appellanten betwisten immers niet dat FEBELCO haar producten enkel aan apothekers levert (p. 33, randnr. 49 syntheseconclusie FEBELCO).

Zoals FEBELCO terecht aanvoert, zijn apothekers per definitie vertrouwd met het onderscheid tussen de vele gezondheids- en farmaceutische producten.



Een inbreuk op art. VI.105, 2° en 8° komt het hof dan ook evenmin bewezen voor.

4.2.2.4. De prominente afbeelding van een stormachtige zeegolf op de verpakking is 'op zich' misleidend omtrent de samenstelling (p. 87 e.v. syntheseconclusie appellanten)

4.2.2.4.1. Volgens appellanten misleidt de verpakking van Febelcare Physio "omtrent haar samenstelling". Dit is volgens hen te wijten aan de "prominente" afbeelding van een stormachtige zeegolf, in combinatie met de "prominente" vermelding dat het product "100% natural" is.

In tegenstelling tot het product Physiomer dat 100% zeewater zou bevatten, zou het product Febelcare Physio immers maar een beperkt volume zeewater bevatten.

4.2.2.4.2. Het hof overweegt hierover hetgeen volgt.

Geïntimeerden erkennen dat de Febelco Physio-producten de volgende hoeveelheden zeewater bevatten:

- Isotone variant: 28%
- Hypertone variant: 80%

(p. 52, randnr. 66 syntheseconclusie FEBELCO)

Anders dan de eerste rechter, is het hof van oordeel dat een afbeelding van een stormachtige zeegolf, in combinatie met de vermelding "100% natural" bij de consument wel degelijk de indruk kan wekken dat het product voor 100% uit zeewater bestaat, hetgeen zoals gesteld niet het geval is.

Hieraan wordt geen afbreuk gedaan doordat zowel de zijkant van de verpakking als de bijsluiters vermelden dat het product 35 ml zeewater (isotoon) respectievelijk 100 ml zeewater bevat.

Het hof is immers van oordeel dat de gemiddelde consument bij de aankoop van een product enkel acht slaat op de voorkant van een verpakking. Hij let niet op wat op de zijkant van de verpakking staat en uiteraard niet op hetgeen in de bijsluiters wordt vermeld aangezien hij deze laatste pas ná aankoop van het product kan lezen.

Verder is het hof van oordeel dat de samenstelling van het product – al dan niet voor 100% bestaande uit zeewater – wel degelijk een impact kan hebben op de aankoopbeslissing van de consument.



Veel consumenten zijn immers geneigd om te kiezen voor een product dat voor 100% bestaat uit het bestanddeel waarvoor ze dit product precies aankopen (bv. sinaasappelsap dat voor 100% uit het sap van sinaasappels bestaat).

Dit geldt des te meer nu geïntimeerden niet betwisten dat Physiomer wél voor 100% uit zeewater bestaat. Door op de verpakking de indruk te wekken dat ook Febelcare Physio voor 100% uit zeewater bestaat, kunnen klanten die anders voor Physiomer zouden hebben gekozen hierdoor beslissen om Febelcare Physio aan te kopen.

Conclusie: het hof acht een inbreuk op art. VI.97,2° WER wel degelijk bewezen.

4.2.2.4.3. Om dezelfde redenen als hiervoor uiteengezet m.b.t. de aangevoerde verwarring en misleiding door geïntimeerden, acht het hof ook hier een inbreuk op art. 105,2° en 8° WER evenwel niet bewezen.

Apothekers hebben als professionelen immers een verhoogd aandachtsniveau en zullen bij gevolg wel degelijk letten op de vermeldingen op de zijkant van de verpakking m.b.t. de samenstelling van het product.

4.2.2.5. Vordering van FEBELCO en AXONE in gemeenverklaring van het arrest aan CERES

4.2.2.5.1. Nu CERES zich niet tegen deze vordering verzet, kan er op deze vordering worden ingegaan (p. 91, randnr. 189 syntheseconclusie CERES).

4.2.2.6. Gevorderde maatregelen

4.2.2.6.1. Appellanten vragen om de volgende maatregelen op te leggen: de staking, terugroeping en publicatie.

4.2.2.6.2. Staking

Op deze maatregel moet worden ingegaan (zie art. XVII.1 WER).

Geïntimeerden vragen om hen in toepassing van art. XVII.3 WER een uitlooptermijn van twee maanden toe te kennen.

Teneinde het stakingsbevel te kunnen nakomen, volstaat volgens het hof evenwel een uitlooptermijn van veertien kalenderdagen.



4.2.2.6.3. Terugroeping

4.2.2.6.3.1. Geïntimeerden voeren aan dat er geen wettelijke basis is voor een bevel tot terugroeping door de stakingsrechter.

Verder is een dergelijke maatregel volgens hen disproportioneel.

4.2.2.6.3.2. Deze maatregel kan niet worden toegekend.

De stakingsrechter kan immers wel bevelen dat de verspreiding van reclamemateriaal of producten in strijd met boek VI moet worden stopgezet en een dwangsom opleggen voor elke dag dat dit toch gebeurt. Zijn bevoegdheid reikt echter niet zover dat hij de verweerder zou kunnen gebiederen reeds verspreide producten of exemplaren van de markt te halen (vgl. J. STUYCK en B. KEIRSBILCK, *o.c.*, 170, nr. 151).

4.2.2.6.4. Publicatie

4.2.2.6.4.1. Art. XVII.4 WER bepaalt het volgende:

De voorzitter van de ondernemingsrechtbank kan toestaan dat zijn beslissing of de samenvatting die hij opstelt wordt aangeplakt tijdens de door hem bepaalde termijn, zowel buiten als binnen de inrichtingen van de overtreder en dat zijn vonnis of de samenvatting ervan in kranten of op enige andere wijze wordt bekendgemaakt, dit alles op kosten van de overtreder.

Deze maatregelen van openbaarmaking mogen evenwel slechts toegestaan worden indien zij er kunnen toe bijdragen dat de gewraakte daad of de uitwerking ervan ophouden.

(...)

4.2.2.6.4.2. Appellanten vragen om de publicatie van het arrest 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, gedurende een termijn van 20 dagen en dit binnen de 3 werkdagen na betekening van het tussen te komen vonnis (sic).

4.2.2.6.4.3. Het hof gaat niet in op deze maatregel.

Nu appellanten niet betwisten dat FEBELCO Febelcare Physio verspreidt via apothekers en niet via een eigen webshop, ziet het hof niet in hoe de gevraagde publicatie op de website van FEBELCO zou kunnen bijdragen aan het ophouden van de gewraakte daad en de uitwerking hiervan bij consumenten.



4.2.2.6.4.4. Het is appellanten wél toegelaten om het arrest mee te delen aan haar afnemers in België. Zij kan dit doen op eender welke manier met dien verstande dat zij het integrale arrest moet meedelen dan wel ter beschikking stellen teneinde discussies over de objectiviteit van de samenvatting van dit arrest te vermijden.

5. GERECHTSKOSTEN

5.1. Nu appellanten enerzijds en geïntimeerden anderzijds elk deels in het gelijk en deels in het ongelijk zijn gesteld, kan de rechter de kosten omslaan zoals hij het raadzaam oordeelt (art. 1017 Ger. W.).

Waar de syntheseconclusie van appellanten 92 bladzijden telt (exclusief inventaris), beslaat hun vijfde middel m.b.t. de samenstelling van Febelcare Physio slechts drie bladzijden.

In het kader van de ganse procedure, neemt voormelde vordering die gegrond wordt verklaard bij gevolg slechts een zeer beperkt aandeel in.

In die omstandigheden komt het passend voor om appellanten te veroordelen tot drie vierden en geïntimeerden tot één vierde van de kosten van het geding.

Deze kosten worden per gerechtelijke band berekend (appellanten – eerste twee geïntimeerden en appellanten – derde geïntimeerden).

5.2. Omwille van de complexiteit van de zaak vorderen appellanten een verhoogde rechtsplegingsvergoeding van 8.000,00 euro per aanleg.

FEBELCO en AXONE vorderen voor de procedure in eerste aanleg en de beroepsprocedure een rechtsplegingsvergoeding van respectievelijk 1.440,00 euro en 6.000,00 euro. Zij vorderen deze rechtsplegingsvergoeding van appellanten samen.

Ook CERES vordert voor iedere aanleg een rechtsplegingsvergoeding van 8.000,00 euro. Waar de eerste rechter haar slechts een rechtsplegingsvergoeding van 1.440,00 euro heeft toegekend, moet dit als een impliciet incidenteel hoger beroep van CERES worden beschouwd. Nu zij dit heeft ingesteld in haar eerste beroepsconclusie van 11 januari 2021 is dit incidenteel beroep ontvankelijk.

5.3. Rekening houdend met de complexiteit van de zaak, is het hof van oordeel dat er aan appellanten en CERES voor iedere aanleg telkens een rechtsplegingsvergoeding van 8.000,00 euro kan worden toegekend. Aan FEBELCO en AXONE kan er een rechtsplegingsvergoeding van 1.440,00 euro (procedure eerste aanleg) en 6.000,00



euro (hoger beroep) worden toegekend.

Appellanten worden veroordeeld tot drie vierden van het rolrecht hoger beroep en eerste twee geïntimeerden enerzijds en derde geïntimeerde anderzijds elk tot één achtste.

Dezelfde verhouding als uit de vorige alinea moet worden toegepast op de door appellanten voorgeschoten bijdrage van 20,00 euro aan het Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand.

6. DE BESLISSING

HET HOF,

- verklaart het hoger beroep door appellanten toelaatbaar maar slechts ten dele gegrond.
- verklaart het incidenteel beroep door derde geïntimeerde toelaatbaar en deels gegrond.
- bevestigt het bestreden vonnis van de dienstdoende voorzitter van de ondernemingsrechtbank Gent, afdeling Gent van 26 augustus 2020 met AR-nummer A/20/00069, behalve 1) waar het de vordering van appellanten m.b.t. de samenstelling van het product Febelcare Physio ('100% natuurlijk') ongegrond heeft verklaard en 2) heeft geoordeeld over de gerechtskosten,
- wijst voor het overige opnieuw,
- zegt voor recht dat de prominente afbeelding van een stormachtige zeegolf over de volledige voorzijde van de verpakkingen van de Febelcare Physio-producten zoals door geïntimeerden verkocht en op de markt gebracht in combinatie met de vermelding '100% natural' voor een product dat niet voor 100% uit zeewater bestaat van aard is het publiek te misleiden aangaande de samenstelling van het product, in de zin van artikel 97, 2° WER,
- veroordeelt geïntimeerden om de inbreuk uit het vorige streepje te staken binnen de veertien kalenderdagen na betekening van het tussen te komen arrest onder verbeurte van een dwangsom van 250 EUR per enkelvoudige inbreuk én per dag dat de inbreuk blijft bestaan,
- machtigt appellanten om de integrale tekst van huidig arrest mee te delen aan haar afnemers in België,



- verklaart huidig arrest gemeen aan NV CERES PHARMA,
- Veroordeelt appellanten tot drie vierden en geïntimeerden tot één vierde van de kosten van beide aanleggen, bepaald als volgt:
 - Aan de zijde van appellanten:
 - Rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg: 8.000,00 euro
 - Rechtsplegingsvergoeding hoger beroep: 8.000,00 euro
 - Aan de zijde van eerste twee geïntimeerden:
 - Rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg: 1.440,00 euro
 - Rechtsplegingsvergoeding hoger beroep: 6.000,00 euro
 - Aan de zijde van derde geïntimeerde:
 - Rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg: 8.000,00 euro
 - Rechtsplegingsvergoeding hoger beroep: 8.000,00 euro
- Veroordeelt appellanten tot drie vierden van de door hen voorgeschoten bijdrage van 20,00 euro aan het Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand en veroordeelt eerste twee geïntimeerden tot één achtste en derde geïntimeerde eveneens tot één achtste van voormelde bijdrage.
- Appellanten moeten – na uitnodiging – ook drie vierden van de rolrechten hoger beroep van 400,00 euro betalen aan de Belgische Staat, FOD Financiën terwijl eerste en tweede geïntimeerde één achtste en derde geïntimeerde eveneens één achtste van voormeld rolrecht moeten betalen .

Aldus gewezen door de **zevende unus kamer**, van het hof van beroep te Gent, zetelend in burgerlijke zaken,
samengesteld uit:

- Johan Bekaert,

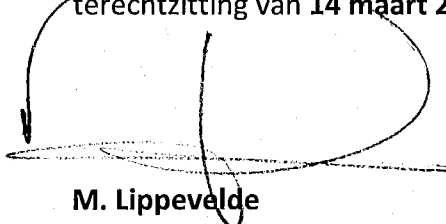
raadsheer, waarnemend kamervoorzitter,

bijgestaan door:


- Marleen Lippevelde,

griffier,

en uitgesproken door de waarnemend kamervoorzitter van de zevende kamer in openbare terechtzitting van **14 maart 2022**.



M. Lippevelde



J. Bekaert

