
HOF VAN BEROEP BRUSSEL 31 JANUARI 2012

MERK – BENELUXMERK

Beschermingsomvang – Overeenstemmend teken – Verwaringsgevaar – Bekend merk (neen) – Ander gebruik – Onge-rechtvaardigd voordeel uit onderscheidend vermogen of reputatie – Geen geldige reden

Aan de ‘Tempur’ merken, die een zeker onderscheidend vermo-gen hebben verworven, zonder echter op bekendheid te kunnen bogen, komt een normale beschermingsomvang toe, doch geen grote beschermingsomvang.

Er is een grote visuele overeenstemming en een zekere auditieve overeenstemming tussen het woordmerk ‘Tempur’ en het woordteken ‘Newpur’. Gelet op de visuele presentatie en de begripsmatige gelijkheid is er een grote overeenstemming tus-sen het gecombineerde woord/beeldmerk ‘Tempur’ en het gecombineerde woord/beeldteken ‘Newpur’.

De kans op verwarring volstaat als bewijs van verwarringsge-vaar.

Het gebruik van het teken ‘Tempur’ ter aanduiding van het materiaal van de ‘Newpur’ producten vormt een gebruik anders dan ter onderscheiding van waren en diensten. Door ‘Tempur’ te gebruiken op een prijsopofferte van waren van een ander merk (‘Newpur’) schrijft men deze waren het imago en de kenmerken van de waren verkocht onder het merk ‘Tempur’ toe en exploi-teert men het onderscheidend vermogen ervan, waarmee onge-rechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit het onderscheidend vermogen of de reputatie van de merken, minstens daartoe een toekomstig en niet-hypothetisch risico bestaat.

Enige vorm van schade aan het merk is principieel niet vereist voor de kwalificatie “ongerechtvaardigd voordeel trekken uit het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk”.

MARKTPRAKTIJKEN

Informatie van de markt – Reclame – Vergelijkende reclame – Voorwaarden

Een verkoopsgesprek maakt reclame uit. Vergelijkende reclame is slechts geoorloofd indien aan verschillende voorwaarden is voldaan.

Met de beweringen ‘De Newpur producten zijn tempurachtig’ en ‘het betreft eigenlijk dezelfde producten’ worden geen wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve ken-merken van de goederen vergeleken en worden de Newpur-matras-sen en hoofdkussens als namaak van Tempur aangebo-den en verkocht.

Om reclame te voeren waarin wordt verwezen naar beweerde nadelen van andere producten, moet de adverteerder kunnen aantonen dat deze nadelen reëel zijn.

Een handelspraktijk is misleidend en verboden wanneer zij de onterechte indruk wekt dat de ‘Newpur’-matras-sen door de fabrikant van ‘Tempur’-matras-sen zijn vervaardigd als een zogenaamde bis- of nieuwe lijn of uit dezelfde materialen zijn vervaardigd.

MARQUE – MARQUE BENELUX

Champ de protection – Ressemblance – Risque de confusion – Marque renommée (non) – Autre usage – Tirer indûment profit du pouvoir distinctif ou de la réputation – Absence de juste motif

Les marques ‘Tempur’ qui ont acquis un certain pouvoir dis-tinctif, sans cependant constituer des marques renommées, jouissent d’un champ de protection normal, mais pas d’un champ de protection élargi.

Il y a une grande ressemblance visuelle et une certaine ressem-blance auditive entre la marque verbale ‘Tempur’ et le signe verbal ‘Newpur’. Ayant égard à la présentation visuelle et l’identité conceptuelle, il y a une grande ressemblance entre les marques complexes ‘Tempur’ et le signe complexe ‘Newpur’.

Une possibilité de confusion suffit comme preuve d’un risque de confusion.

L’usage du signe ‘Tempur’ comme indication du matériel des produits ‘Newpur’ constitue un usage à des fins autres que cel-les de distinguer les produits ou services. En faisant usage de ‘Tempur’ dans une offre de prix pour des produits d’une autre marque (‘Newpur’), on attribue à ces produits l’image et les qualités des produits vendus sous la marque ‘Tempur’ et on exploite leur force distinctive, de sorte que l’usage tire indû-ment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la mar-que ou qu’il existe au moins un risque futur et non hypothétique en ce sens.

Par principe il n’est pas requis de dommage quelconque à la marque comme condition du critère “tirer indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque”.

PRATIQUES DU MARCHÉ

Information du marché – Publicité – Publicité comparative – Conditions

Les déclarations en vue de la vente constituent de la publicité. La publicité comparative n’est autorisée qu’à certaines condi-tions.

Des affirmations telles que “Les produits Newpur sont comme les tempurs” et “il s’agit en fait des mêmes produits” ne com-parent pas des caractéristiques essentielles, pertinentes, véri-fiables et représentatives des produits et présentent les matelas et oreillers ‘Newpur’ comme des contrefaçons de ‘Tempur’ lors de l’offre et de la vente.

Pour faire de la publicité dans laquelle il est fait référence à des prétendus désavantages d’autres produits, l’annonceur doit être en mesure de démontrer que ces désavantages sont réels.

Une pratique est trompeuse et interdite lorsqu’elle suscite à tort l’impression que les matelas ‘Newpur’ sont fabriqués par le fabricant de ‘Tempur’ comme une ligne de produits secondaire ou nouvelle ou sont constitués de matériaux identiques.

Tempur Benelux BV / Bemo NV, Dauphin BVBA, Klaas Vaak BVBA en Gorbel NV
Zet.: B. Lybeer, C. Van Santvliet en E. Herregodts (raadsheren)
Pl.: Mrs. K. Ongena en B. Simpelaere

Gelet op het tussenarrest van het hof d.d. 28 juni 2011, waarbij, rechtdoende op een verzoek van appellante, de heropening van het debat bevolen werd;

Gehoord de raadslieden van partijen in hun mondelinge uiteenzetting na de heropening van het debat, ter gelegenheid waarvan de zaak *ab initio* gepleit werd;

Gelet op de voor partijen neergelegde conclusies en stavingstukken.

I. Samenvatting van de feiten, van de procedurevoorgaanden en van het in hoger beroep gevorderde

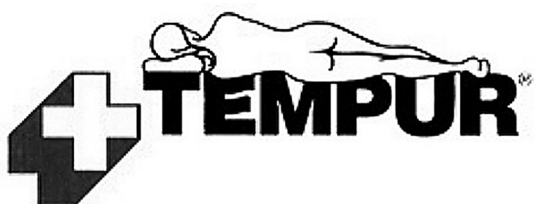
Dienaangaande verwijst het hof naar zijn tussenarrest d.d. 28 juni 2011. Voor de leesbaarheid van dit arrest herhaalt het hof hetgeen volgt:

1. Tempur Benelux BV, appellante, dochteronderneming van het Deense Dan-Foam ApS, is een bedrijf actief in de commercialisering van matrassen, hoofdkussens, lattenbodems en bedden.

De voormelde producten worden gefabriceerd door Dan-Foam en vervolgens gecommmercialiseerd onder de Tempurmerken ingeschreven op naam van Dan-Foam, met name:

1. het Gemeenschapsmerk – woordmerk Tempur gedeponeerd op 20 mei 1999, met inschrijvingsnummer 001200179, voor waren in de klassen 10 en 20, waaronder matrassen en kussens (stuk A.5 van appellante);

2. het Gemeenschapsmerk – gecombineerd woordbeeldmerk met woorddeel ‘Tempur’ en met de afbeelding van een kruis en een liggend vrouwenlichaam gedeponeerd op 4 mei 1999, en met inschrijvingsnummer 001167923, voor waren in de klassen 10 en 20, waaronder matrassen en kussens (stuk A.6 van appellante);



3. het Benelux-woordmerk Tempur gedeponeerd op 10 april 1992, met inschrijvingsnummer 0516564, voor waren in de klassen 10, 20 en 27, waaronder matrassen en kussens (stuk A.7 van appellante);

4. het Benelux-woordmerk Tempur gedeponeerd op 7 juni 1993, met inschrijvingsnummer 0532326, voor waren in de klassen 17, 20 en 22, waaronder matrassen en kussens (stuk A.8 van appellante).

Appellante is ingeschreven in de registers als licentiehouder van deze merken en verkreeg van Dan-Foam volmacht om tegen merkinbreuken in de Benelux op te treden (stuk A.3 van appellante).

2. De Matrassenkoning is een winkelketen actief in het verkopen van matrassen, hoofdkussens en andere aanverwante producten.

De Matrassenkoning-winkelketen wordt in België uitgebaat door vier verschillende vennootschappen, te weten Demo NV, Dauphin BVBA, Klaas Vaak BVBA en Gorbel NV, zijnde geïntimeerden.

De Matrassenkoning biedt naar eigen zeggen een zeer uitgebreid gamma van matrassen aan onder uiteenlopende tekens zoals Dorsorev, Dreamway, Swissway, Pirelli, Epeda, Bultex, Merinos, Newpur en Memosleep (conclusie van geïntimeerden d.d. 15 september 2011, randnr. 2).

3. In november 2009 stelde appellante vast dat De Matrassenkoning zowel in haar winkels als op haar website www.de-matrassenkoning.be een nieuwe lijn van matrassen en hoofdkussens gelanceerd had, die zij verkocht onder een volgens appellante met de Tempur-merken overeenstemmend teken (stukken B.2, B.3, B.5 van appellante).

Dit teken bestaat uit het woorddeel ‘Newpur’ dat wordt gecombineerd met een kruis en de gestileerde afbeelding van een slapende figuur (stuk B.1(i) van appellante):



Ook op de websites www.newpur.net, www.newpur.org, www.newpur.be, www.newpur.biz, www.newpur.fr en www.newpur.com werd voor de producten onder dit onderscheidingsteken reclame gemaakt (stukken B.3, B.8 en B.10 van appellante).

4. Appellante voert aan dat zij een vaststelling deed in de winkel van De Matrassenkoning te Sint-Martens-Latem. De verkoper van De Matrassenkoning zou aan de vertegenwoordiger van appellante verklaard hebben dat de Newpur-producten:

- identiek zijn met de Tempur-producten; en
- in dezelfde fabriek worden gemaakt als de Tempur-producten.

Daarenboven schreef de verkoper op een handgeschreven prijssofferte van de Newpur-producten het woord ‘Tempur’, beweerdelijk ter aanduiding van het materiaal van de Newpur-matrassen (stuk B.4 van appellante).

Naar aanleiding van deze vaststellingen verzocht appellante een aantal gerechtsdeurwaarders om verschillende winkels van De Matrassenkoning te bezoeken, teneinde na te gaan of andere verkopers in een spontaan verkoopgesprek gelijkaardige verklaringen afleggen, en dit desgevallend op te nemen in een proces-verbaal van vaststelling.

De vier aangesproken gerechtsdeurwaarders stelden vast dat de Newpur-producten te koop werden aangeboden onder het Newpur-merk in de winkels van De Matrassenkoning te Zaventem, Vilvoorde, Dendermonde en Sint-Martens-Latem.

De gerechtsdeurwaarders stelden tevens het volgende vast: – in de winkel te Sint-Martens-Latem wordt aan kandidaat-kopers verteld dat (stuk B.8 van appellante):

- ° de Newpur-producten ‘tempurachtig’ zijn; en
- ° het eigenlijk ‘dezelfde producten’ betreft, doch de verkoper de benaming op zich feitelijk niet mag gebruiken,
- in de winkel te Dendermonde wordt aan kandidaat-kopers verteld dat (stuk B.9 van appellante):
- ° de Newpur-matrassen van dezelfde materialen zijn gemaakt als deze van het merk Tempur;
- ° de Tempur-matrassen duurder zijn; en
- ° de Tempur-matrassen een speciale lattenbodem vereisen.

5. Appellante heeft op 29 oktober 2009 oppositie ingesteld tegen de aanvraag tot inschrijving van het Benelux woordbeeldmerk Newpur, ingediend door Kauko International BV op 20 augustus 2009.

6. Appellante ging op 28 januari 2010 over tot dagvaarding van geïntimeerden voor de eerste rechter.

7. Bij het bestreden vonnis heeft de eerste rechter het volgende beslist:

“Wijzen de exceptie van taalwijziging af als ongegrond;

Wijzen de exceptie van schorsing van huidige procedure eveneens af als ongegrond;

Verklaren de vordering vanwege (appellante) ontvankelijk doch slechts in beperkte mate gegrond;

Zeggen dan de BVBA Dauphin inbreuk maakt op artikel 2.20.1.d. BVIE door gebruik te maken van het teken Tempur anders dan ter onderscheiding van waren, met name ter onderscheiding van een soort materiaal;

Bevelen de staking van het gebruik van het teken Tempur als beschrijvende term voor een soort materiaal;

Leggen de BVBA Dauphin het verbod op om, op welke wijze dan ook, rechtstreeks dan wel onrechtstreeks nog gebruik te maken van het teken ‘tempur’ als beschrijvende term voor een soort materiaal, onder verbeurte van een dwangsom van 1.000 EUR per inbreuk en per dag dat de inbreuk blijft bestaan, alsook onder verbeurte van een dwangsom van 1.000 EUR per materiële drager waarop de inbreuk voor-

komt, vanaf de 5^{de} dag na betekening van het tussen te komen vonnis.

Wijzen (appellante) af van het meer gevorderde;

Wijzen de vordering van (geïntimeerden) tot overlegging van de procedurestukken in de zaak tussen de moedervernootschap van (appellante) Dan-Foam en Sompur af als irrelevant in huidige zaak;

Zeggen dat er geen aanleiding bestaat de processen-verbaal, opgemaakt door gerechtsdeurwaarders aangezocht door (appellante) uit de debatten te weren;

Zeggen dat elk der partijen hun eigen kosten dienen te dragen.”

8. Appellante verzoekt het hof om:

- haar hoger beroep toelaatbaar, ontvankelijk en gegrond te verklaren;
- het incidenteel beroep van geïntimeerden als ongegrond af te wijzen;
- wegens de in haar syntheseconclusie aangehaalde grieven, het bestreden vonnis te hervormen en meer bepaald haar oorspronkelijke vordering gegrond te verklaren met betrekking tot de merkinbreuk Newpur, met betrekking tot de oneerlijke marktpraktijken (destijds oneerlijke handelspraktijken) en met betrekking tot de foutieve en/of misleidende beweringen inzake Tempur;
- de publicatie te bevelen van het door het hof gevelde arrest in minstens twee nationaal verspreide dag- of weekbladen naar keuze van Tempur, op kosten van Bemo NV, Dauphin BVBA, Klaas Vaak BVBA en/of Gobrel NV, op eenvoudig vertoon van de facturen, waarbij Bemo NV, Dauphin BVBA, Klaas Vaak BVBA en Gobrel NV solidair, *in solidum*, de ene bij gebrek aan de andere aansprakelijk zullen zijn voor de betaling van de facturen;
- voor het overige het bestreden vonnis te bevestigen;
- geïntimeerden solidair, *in solidum*, de ene bij gebrek aan de andere, te veroordelen in de kosten, zoals door appellante begroot in haar syntheseconclusie.

Uit de inhoud van hun conclusie d.d. 15 september 2011 blijkt dat geïntimeerden het hof verzoeken om:

- het bestreden vonnis te bevestigen onder aanpassing van wat hierna volgt;
- onderhavige procedure te schorsen tot een definitieve uitspraak werd gedaan in de oppositieprocedure nr. 2004626 voor het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom, hangende tussen appelante en Kauko International BV;
- de vorderingen van appellante onontvankelijk, zonder voorwerp en minstens ongegrond te verklaren en aldus te zeggen voor recht dat de BVBA Dauphin geen inbreuk heeft begaan op artikel 2.20.1.d. BVIE, door gebruik te maken van het teken Tempur anders dan ter onderscheiding van waren, met name ter onderscheiding van een soort materiaal;
- in elk geval de processen-verbaal opgemaakt door gerechtsdeurwaarders aangezocht door appellante te weren

(met name stukken B.6 t.e.m. B.10, D.10.II en D.10.III van appellante);

- minstens appellante te veroordelen tot de overlegging conform artikel 877 Ger.W. van de procedurestukken (o.m. de inleidende dagvaarding, verzoekschrift(en), het vonnis in eerst aanleg, het arrest in beroep, de uitgewisselde conclusies in de diverse aanleggen) in de door haar aangehaalde zaak tussen haar moederverenootschap Dan-Foam en Sompur en dit onder verbeurte van een dwangsom van 1.000 EUR per ontbrekend procedurestuk en per dag;
- appellante te veroordelen tot betaling van de rechtsplegingsvergoeding van 1.200 EUR;
- appellante af te wijzen van de vordering tot betaling van de kosten voor de vertaling van het beroepsverzoekschrift;
- alleszins de rechtsplegingsvergoeding ten aanzien van geïntimeerden te verminderen tot 300 EUR.

9. Op 27 mei 2011 oordeelde het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (BBIE) in het kader van een oppositieprocedure die door appellante ingesteld werd tegen het depot van Kauko International BV van een gecombineerd woordbeeldmerk met woorddeel Newpur en met de beeld-elementen van een slapende figuur op het woorddeel en een kruis, onder meer voor matrassen, dat de oppositie van appellante deels gegrond was: het betrokken Benelux depot (1187027) werd niet ingeschreven voor de klassen 20 en 24, doch enkel voor de klasse 24 (stoffen).

Het hof heeft op verzoek van appellante het debat heropend om appellante toe te laten om de beslissing van het BBIE d.d. 27 mei 2011 aan het debat toe te voegen en om partijen toe te laten om aangaande deze beslissing, indien gewenst, aanvullend te concluderen onder de vorm van een syntheseconclusie.

II. In rechte

Voorafgaand aan de bespreking ten gronde

De vordering van geïntimeerden tot schorsing van de procedure

(...)

Het belang van appellante en het voorwerp van haar vorderingen

11. Geïntimeerden voeren aan dat zij het teken Newpur niet meer gebruiken. Zij ontkennen ooit enige inbreuk te hebben begaan op de merkenrechten van appellante en/of op de WMPC.

Geïntimeerden zouden thans het woord en samengesteld teken Memosleep gebruiken:



Zij stellen echter zelf in hun conclusie d.d. 15 september 2011 dat het gebruik van het teken Newpur stopgezet werd ‘ten conservatoire titel’.

Er is geen enkele verbintenis van geïntimeerden om het gebruik van het teken Newpur definitief stop te zetten, zodat het gebruik ervan op elk moment kan hervat worden. Er is zodoende sprake van een objectief herhalingsgevaar.

Appellante heeft dan ook nog steeds een belang bij haar vorderingen, die nog steeds een voorwerp hebben.

(...)

Verzoek van geïntimeerden tot wering van processen-verbaal uit het debat

13. Geïntimeerden vorderen dat de processen-verbaal die opgesteld werden op verzoek van appellante, te weten haar stukken B.6 tot en met B.10, D.10.II en D.10.III, uit het debat zouden geweerd worden. Geïntimeerden zijn van mening dat de vaststellingen die in de betrokken processen-verbaal werden opgetekend, uitgelokt werden door de gerechtsdeurwaarders die ze hebben opgesteld. Deze zouden immers hun identiteit en de reden van hun bezoek niet hebben bekendgemaakt voorafgaand aan hun vaststellingen. Tevens zouden de processen-verbaal niet opgesteld zijn met de nodige omzichtigheid en geen exacte neerslag bevatten van het gesprek, doch eerder een samenvatting daarvan. Er zou sprake geweest zijn van een ‘valstrik’ voor de lagere bedienden van geïntimeerden, die men zou misleiden hebben om toelichtingen uit te lokken die door appellante zouden kunnen worden gebruikt.

14. Uit het feit dat de gerechtsdeurwaarders hun identiteit en het doel van hun optreden niet spontaan hebben meegedeeld ter gelegenheid van de gedane vaststellingen of voorafgaand daaraan, kan niet zonder meer worden afgeleid dat de vaststellingen werden uitgelokt en/of dat er sprake zou geweest zijn van een ‘valstrik’ voor de (lagere) bedienden van geïntimeerden.

Gerechtsdeurwaarders hebben geen wettelijke verplichting om hun identiteit en het doel van hun optreden mee te delen. Het niet meedelen daarvan tast de geldigheid van hun vaststellingen niet aan.

In casu is het bovendien aannemelijk dat de gerechtsdeurwaarders in kwestie hun vaststellingen niet zouden hebben kunnen doen indien zij hun identiteit en het doel van hun komst spontaan aan de verkopers/bedienden van geïntimeerden hadden gemeld. De verkopers/bedienden konden hierdoor gealarmeerd worden en bepaalde (ongeoorloofde) uitspraken bewust niet doen.

Er is slechts sprake van uitlokking indien het vastgestelde feit werd begaan door de uitlokking en de uitgelokte derde deze feiten in andere omstandigheden niet zou hebben gesteld.

In casu kan niet ernstig worden gesteld dat de verklaringen van de verkopers/bedienden van geïntimeerden enkel werden gedaan omwille van de vragen van de betrokken gerechtsdeurwaarders en dat ze die anders niet hadden gedaan. De offerte die een verkoper los van enig optreden van een gerechtsdeurwaarder heeft opgemaakt (stuk B.4) levert het bewijs van het tegendeel: op deze offerte staat letterlijk het woord ‘Tempur’ vermeld ter aanduiding van het materiaal van de Newpur-matrassen, waarmee voldoende vaststaat dat de verkopers/bedienden van geïntimeerden hun verklaringen ook in andere omstandigheden deden dan deze die aanleiding gaven tot de gelaakte processen-verbaal.

Daarenboven legt appellante de opdracht neer die zij aan de optredende gerechtsdeurwaarders heeft gegeven (*in extenso* weergegeven in stuk B.8 van appellante), met name vaststellen of de verkoper in een spontaan verkoopgesprek bepaalde beweringen die Tempur zelf had vastgesteld, zou herhalen (“*Wanneer u naar de Newpur-producten vraagt, veronderstellen we dat de verkoper in een spontaan verkoopgesprek, mogelijks de beweringen onder (b) en (c) zal herhalen.*”). Van het opleggen van enige druk op verkopers om bepaalde beweringen te uiten, is in de opdracht van appellante geen sprake.

De scenario’s uit de processen-verbaal doen geen onrechtmatige uitlokking blijken.

Dat er (ook daadwerkelijk) geen enkele druk werd uitgeoefend door de gerechtsdeurwaarders om de verkopers/bedienden bepaalde zaken te doen zeggen, wordt voldoende aannemelijk gemaakt door het feit dat twee gerechtsdeurwaarders, met name deze die vaststellingen deden in de winkels in Vilvoorde en Zaventem, vaststelden dat de verkoper niet verwees naar Tempur (stukken B.6 en B.7 van appellante). De gerechtsdeurwaarders te Sint-Martens-Latem en te Dendermonde stelden op grond van dezelfde opdracht daarentegen wel de door appellante gelaakte verwijzingen vast (stukken B.8 en B.9 van appellante).

Dat sommige verklaringen door de gerechtsdeurwaarders samengevat werden en niet letterlijk werden opgetekend in hun proces-verbaal, impliceert niet dat deze verklaringen geen juiste neerslag bevatten van hetgeen er verklaard werd.

Het hof besluit dat in casu niet vaststaat dat (1) de verkopers van geïntimeerden de gelaakte en in de gewraakte processen-verbaal opgetekende feiten wegens uitlokking begaan hebben, of nog, (2) dat er geen sprake was van de nodige omzichtigheid of (3) dat er sprake was van een ‘valstrik’ vanwege de optredende gerechtsdeurwaarders.

De vordering van geïntimeerden is ongegrond.

De door appellante voorgelegde processen-verbaal leveren het rechtmatige bewijs van de door de verkopers van geïntimeerden begane feiten, met inbegrip van de door hen afgelegde verklaringen.

Bespreking ten gronde

De vorderingen van appellante gesteund op haar merkenrechten

15. De vorderingen van appellante zijn gesteund op:
- met betrekking tot het teken *Newpur*:
 - artikel 2.20.1.b. BVIE (art. 9.1.b) GMV);
 - artikel 2.20.1.c. BVIE (art. 9.1.c) GMV),
 - met betrekking tot het teken *Tempur*:
 - artikel 2.20.1.d. BVIE.

Artikel 2.20.1.b. BVIE – Artikel 9.1.b) GMV

16. Artikel 9.1.b) van verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het Gemeenschapsmerk (GMV) geeft aan de houder van het merk het uitsluitende recht om:

“Iedere derde die niet zijn toestemming hiertoe heeft verkregen, het gebruik van een teken te verbieden, dat gelijk is aan of overeenstemt met het Gemeenschapsmerk en gebruikt wordt voor dezelfde of soortgelijke waren of diensten indien daardoor bij het publiek verwarring kon ontstaan; verwarring omvat het gevaar op associatie met het merk.”

Artikel 9.2. GMV bepaalt wat nader moet worden verstaan onder het gebruik van een merk:

“b. het aanbieden, in de handel brengen of daartoe in voorraad hebben van waren of het aanbieden of verrichten van diensten onder het teken;

d. het gebruik van het teken in stukken voor zakelijk gebruik en in advertenties.”

Gelijkaardige bepalingen zijn opgenomen in het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (BVIE), met name in artikel 2.20.1.b. en artikel 2.20.2. BVIE met betrekking tot de Benelux-merken.

Artikel 2.20.1.b. BVIE bepaalt:

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

(...)

b) wanneer dat teken gelijk is aan of overeenstemt met het merk en in het economisch verkeer gebruikt wordt voor dezelfde of soortgelijke waren of diensten, indien daardoor bij het publiek verwarring kan ontstaan, inhoudende het gevaar van associatie met het merk;”

Artikel 2.20.2. BVIE bepaalt:

“Voor de toepassing van lid 1 wordt onder gebruik van een merk of een overeenstemmend teken met name verstaan:

a. *het aanbrengen van het teken op de waren of hun verpakking;*

b. *het aanbieden, in de handel brengen of daartoe in voorraad hebben van waren of het aanbieden of verrichten van diensten onder het teken;*

b. *het invoeren of uitvoeren van waren onder het teken.”*

Voor een inbreuk op artikel 9.1.b) GMV en artikel 2.20.1.b) BVIE is cumulatief vereist:

- dat het litigieuze teken in het economisch verkeer wordt gebruikt;
- dat de waren en diensten waarvoor het merk is ingeschreven dezelfde of soortgelijk zijn aan de waren en diensten waarvoor het litigieuze teken wordt gebruikt;
- dat het litigieuze teken gelijk is aan of overeenstemt met het merk;
- dat er verwarringsgevaar bestaat, inhoudende associatiegevaar.

17. Er bestaat geen betwisting tussen partijen over het feit dat het gelaakte teken gebruikt wordt in het economisch verkeer.

18. Het hof zal hierna:

- het in casu relevante publiek vaststellen, daarbij rekening houdend met het feit dat het aandachtsniveau van de gemiddelde consument kan variëren naar gelang van de categorie van waren en diensten waarover het gaat;
- bepalen of er in casu sprake is van dezelfde of van soortgelijke waren en diensten en, in deze laatste hypothese, in welke mate;
- indien er sprake is van dezelfde of van soortgelijke waren en diensten, bepalen of er sprake is van identiteit of overeenstemming tussen het merk van appellante en het aangevochten teken, en, in deze laatste hypothese, in welke mate;
- indien er sprake is van dezelfde of van soortgelijke waren en diensten, alsmede van identiteit of overeenstemming tussen het merk van appellante en het aangevochten teken, bepalen of er sprake is van verwarringsgevaar.

HET RELEVANTE PUBLIEK

19. Het relevante publiek dient te worden gedefinieerd, zowel op territoriaal vlak als in relatie tot de betrokken waren en diensten.

De door appellante ingeroepen merken zijn Gemeenschapsmerken en Benelux-merken. Territoriaal zijn zodoende in casu relevant de landen van de Europese Unie (waarin begrepen de Benelux-landen).

De perceptie van het relevante publiek of het aandachtsniveau van het relevante publiek verschilt naar gelang van de aard van de waren of diensten die onder een merk worden aangenomen (HvJ 22 juni 1999, C-342/97, *Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH*, punt 26, *in fine*).

Indien de in het geding zijnde waren gangbare consumptiegoederen zijn, bestaat het relevante publiek uit de gemid-

delde consument, die wordt geacht normaal geïnformeerd en redelijk omzichtig en oplettend te zijn (HvJ 22 juni 2006, C-25/05 P, *Storck / BHIM, Jur.*, p. I-5719, punt 25; HvJ 29 april 2004, C-473/01 P en 474/01 P, *Procter & Gamble / BHIM, Jur.*, p. I-5173, punt 33). Het aandachtsniveau van de consument is in dit geval lager dan bij de aankoop van duurzame goederen die een hoge waarde hebben of uitzonderlijk worden aangekocht of gebruikt (HvJ 12 januari 2006, C-361/04 P, *Claude Ruiz-Picasso e.a. / BHIM, Jur.*, p. I-643, punten 40 en 41; Ger.EG 10 oktober 2007, T-460/05, *Bang & Olufsen / BHIM, Jur.*, p. II-4207, punt 33: “*In het geval van gangbare verbruiksgoederen is het aandachtsniveau van de gemiddelde consument immers lager dan bij duurzame waren of eenvoudigweg bij waren die waardevoller zijn of meer uitzonderlijk worden gebruikt.*”; Ger.EG 23 september 2009, T-391/06, *Arcandor / BHIM – dm drogerie markt (S-HE)*, *Jur.* 2009, p. II-167, punt 29).

In casu zijn de in het geding zijnde waren geen gangbare consumptiegoederen, doch duurzame goederen die een relatief hoge uitgave impliceren en slechts één keer om de zoveel jaren worden aangekocht, te weten matrassen, hoofdkussens, lattenbodems en bedden.

Het aandachtsniveau van de consument zal zodoende hoger zijn bij de aankoop van deze waren dan bij de aankoop van gangbare consumptiegoederen. De gemiddelde consument zal de betrokken waren wegens de objectieve eigenschappen ervan (aard en prijs) aandachtig onderzoeken bij de (voorbereiding) van de aankoop ervan, zonder dat evenwel dient aangenomen te worden dat de objectieve eigenschappen van de waren de *gemiddelde consument* ertoe zullen brengen om voorafgaandelijk aan de aankoop ervan een grondig, vergelijkend onderzoek te voeren.

Het hof besluit dat het relevante publiek in casu de gemiddelde consument is van de Europese Unie van de betrokken waren die aandachtig is wanneer hij zijn keuze tussen verschillende waren van de betrokken categorie (matrassen, hoofdkussens en toebehoren) voorbereidt en bij de aankoop ervan.

DEZELFDE WAREN EN DIENSTEN OF SOORTGELIJKE WAREN EN DIENSTEN

20. Geïntimeerden gebruiken hun Newpur-tekens voor identieke waren als deze waarvoor de Tempur-merken werden ingeschreven, waaronder matrassen en kussens. Hierover bestaat tussen partijen geen betwisting.

IDENTITEIT OF OVEREENSTEMMING TUSSEN MERK EN TEKEN

21. Er bestaat geen identiteit tussen de Tempur-merken en de Newpur-tekens. Er bestaat dienaangaande evenmin betwisting.

22. Bij de analyse van de overeenstemming tussen de Tempur-merken en de Newpur-tekens wordt uitgegaan van de merken zoals ze werden ingeschreven.

De analyse van de gelijkenis of overeenstemming dient te gebeuren aan de hand van de perceptie van het relevante publiek, dat hiervoor door het hof werd bepaald.

De beoordeling van de overeenstemming tussen de conflicterende merken/tekens dient te berusten op de totaalindruk die door de merken wordt opgeroepen, daarbij onder meer rekening houdend met hun onderscheidende en dominerende bestanddelen (HvJ 11 november 1997, C-251/95, *Puma / Sabel, Jur.*, p. I-6191, punt 23: “*Ter beoordeling van het verwarringsgevaar dient te worden uitgegaan van de totaalindruk van de betrokken tekens. Het is niet toelaatbaar, een bestanddeel uit het geheel los te maken en het verwarringsgevaar alleen voor dit bestanddeel te onderzoeken.*”).

De gemiddelde consument neemt een merk gewoonlijk als een geheel waar en let niet op de verschillende details ervan. Hij heeft slechts zelden de mogelijkheid om de betrokken merken rechtstreeks met elkaar te vergelijken. Hij haakt aan bij het onvolmaakte beeld dat bij hem is achtergebleven (HvJ 22 juni 1999, C-342/97, *Lloyd Schuhfabrik Meyer, www.curia.europa.eu*, punt 25; HvJ 6 oktober 2005, C-120/04, *Medion / Thompson*, punt 28: “*De globale beoordeling van het verwarringsgevaar dient, wat de visuele, auditieve of begripsmatige gelijkenis tussen de merken betreft, te berusten op de totaalindruk die door de betrokken merken wordt opgeroepen, waarbij in het bijzonder rekening dient te worden gehouden met hun onderscheidende en dominerende bestanddelen. De indruk die bij de gemiddelde consument van de betrokken soort waren of diensten achterblijft, speelt een beslissende rol in de globale beoordeling van dit gevaar. De gemiddelde consument neemt een merk gewoonlijk waar als een geheel en let niet op de verschillende details ervan.*”).

Merken stemmen overeen wanneer zij uit het oogpunt van het relevante publiek ten minste voor een deel overeenstemmen wat één of meerdere relevante aspecten betreft, te weten de visuele, fonetische en begripsmatige aspecten.

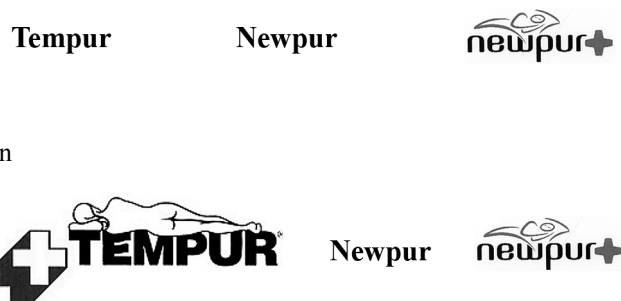
De beoordeling van elk visueel, fonetisch of begripsmatig element dient op een individuele wijze geanalyseerd te worden.

Het onderscheidend vermogen en de bekendheid van het merk worden niet in aanmerking genomen in de fase van de beoordeling van de overeenstemming van de conflicterende tekens, maar enkel in de fase van de globale beoordeling van het verwarringsgevaar (naar analogie: Ger.EG 19 mei 2010, T-243/08, *Ravensburger / BHIM – Educa Borrás (EDUCA Memory game)*, punt 27, www.curia.europa.eu). Doch, anderzijds dient het onderscheidend vermogen dat een element van een samengesteld merk bezit, wel reeds in de fase van de beoordeling van de overeenstemming van de tekens te worden onderzocht teneinde de eventuele dominerende (en onderscheidende) bestanddelen van het samengestelde merk vast te stellen (naar analogie: Ger.EG 25 maart 2010, T-5/08 en T-7/08, *Société des produits Nestlé / BHIM – Master Beverage Industries (Golden Eagle)*, punt 65,

www.curia.europa.eu: “*Het is juist dat het onderscheidend vermogen van een element van een samengesteld merk al in de fase van beoordeling van de overeenstemming van de tekens moet worden onderzocht teneinde de eventuele dominerende bestanddelen van het teken vast te stellen, maar de mate van onderscheidend vermogen van het oudere merk is een van de elementen die in aanmerking moeten worden genomen in het kader van de globale beoordeling van het verwarringsgevaar. De eventueel zwakke mate van onderscheidend vermogen van de oudere merken dient dus niet in aanmerking te worden genomen in de fase van beoordeling van de overeenstemming van de tekens.*”).

Toepassing in concreto:

23. De te vergelijken woordtekens en gecombineerde woord/beeldtekens zijn de volgende:



Visuele overeenstemming

24. De Tempur-merken zoals ingeschreven, bestaan enerzijds uit een woordmerk Tempur (zie hierboven) en anderzijds uit een gecombineerd woord/beeldmerk dat bestaat uit het woord *Tempur* met daarbij een duidelijk plusteken/kruis en een op de zij liggende slapende figuur van een mens met een kussen onder het hoofd, gesitueerd boven op de letters Tempur (zie hierboven). De dominerende elementen van het woord/beeldmerk Tempur werden hierboven onderlijnd.

De inbreukmakende tekens zoals gebruikt, bestaan enerzijds uit het woordteken Newpur (zie hierboven) en anderzijds uit het gecombineerd woord/beeldteken dat bestaat uit het woord *Newpur* en daarbij een duidelijk plusteken/kruis (in groene kleur) en een op de zij liggende slapende figuur van een mens met een kussen onder het hoofd (in groene kleur), gesitueerd boven op de letters Newpur (zie hierboven). De dominerende elementen van het woord/beeldmerk Tempur komen bijgevolg onverminderd terug in het woord/beeldteken Newpur.

De woordelementen van het merk en het teken bestaan beide uit zes letters eindigend op de letters ‘PUR’. De tweede letter van beide merken is gelijk.

De derde letter ‘m’ van het merk Tempur wordt in het teken Newpur vervangen door een ‘w’, zijnde visueel de omgekeerde letter.

Daarnaast bestaat het beeld van de gecombineerde woord/

beeldmerken van Tempur en het beeld van het gecombineerd woord/beeldteken Newpur uit een plusteken/kruis, in combinatie met een op de zij liggende slapende figuur op een kussen. Beide beelden situeren zich bovendien bovenop het woorddeel van merk en teken.

Niettegenstaande het gegeven dat het Newpur-teken iets gestileerder is weergegeven, zullen de beelden van het merk en het teken door het relevante publiek (hiervoor door het hof omschreven) gezien worden als een op de zij liggende slapende figuur met het hoofd op een kussen in combinatie met een plusteken. Appellante voert terecht aan dat het relevante publiek het teken van geïntimeerden zou kunnen opvatten als een restyling van het Tempur-merk.

Gezien het feit dat teken en merk beide dezelfde dominerende bestanddelen hebben, met name een slapende figuur op de woorddelen van de merken, een plusteken naast de slapende figuur, en dat 4 van de 6 letters van het wordelement identiek zijn en de wordelementen eindigen op het identieke element PUR, oordeelt het hof dat er een grote mate van visuele overeenstemming is tussen de Tempur-merken en de Newpur-tekens.

Het vergeleken merk en teken verschillen visueel enkel in details die de consument niet zal onthouden. Details en dus ook detailverschillen ontsnappen aan de aandacht van de gemiddelde consument.

Begripsmatige overeenstemming

25. Het woord Tempur heeft geen op zichzelf staande betekenis.

Daarom moet aan de begripsmatige vergelijking tussen de betrokken woordtekens Tempur en Newpur minder belang worden gehecht.

Het woordteken Newpur bevat het beschrijvende woord 'NEW' ('nieuw'). Newpur kan door het relevante publiek worden opgevat als een nieuwe productlijn van het Tempur-merk. Newpur kan dus worden begrepen als een variant van Tempur. In die zin is er een geringe mate van begripsmatige overeenstemming tussen woordmerk en woordteken.

De begripsmatige overeenstemming tussen het gecombineerd woord/beeldmerk Tempur en het gecombineerd woord/beeldteken Newpur is echter groot.

Het ingeroepen gecombineerd woord/beeldmerk Tempur bestaat uit (i) een kruis dat een symbolische betekenis heeft, en (ii) een op de zij liggende slapende figuur die de producten symboliseert waarvoor het merk wordt gebruikt.

Het inbreukmakende gecombineerd woord/beeldteken Newpur neemt het kruis en de op de zij slapende figuur helemaal over.

Begripsmatig is het gecombineerd woord/beeldteken Newpur voor het relevante publiek identiek met het gecombineerd woord/beeldmerk Tempur.

Auditieve overeenstemming

26. Het woordmerk van Tempur wordt uitgesproken als TEM – PUUR. Het woordteken Newpur wordt uitgesproken als NJOEW – PUUR.

Het laatste element van merk en teken is auditief identiek.

Voorts bestaan beide tekens uit twee lettergrepen: wat betreft ritme en structuur bestaat er overeenstemming tussen merk en teken.

Ook op auditief vlak is er een zekere overeenstemming tussen merk en teken.

Besluit van het hof inzake de overeenstemming tussen merk en teken

27. Er bestaat een grote mate van visuele overeenstemming tussen de Tempur-woordmerken en het Newpur-woordteken, gelet op de visuele gelijkenissen en een zekere auditieve overeenstemming tussen deze woordtekens.

De mate van overeenstemming tussen het *gecombineerd woord/beeldmerk* Tempur en het *gecombineerd woord/beeldteken* Newpur is groot gelet op (i) de visuele presentatie (Tempur versus Newpur en een op de zij liggende gestileerde slapende figuur gecombineerd met het kruis) en (ii) de begripsmatige gelijkheid (kruis en op de zij liggende slapende figuur).

De verschillen tussen het woordmerk en het woordteken, enerzijds, en tussen het gecombineerd woord/beeldmerk en het gecombineerd woord/beeldteken, anderzijds, zijn slechts bijkomstig en niet van aard om *de totaalindruk* die door de Tempur-merken en het Newpur-tekens, zelfs bij het relevante publiek zoals door het hof bepaald, met name de gemiddelde consument van de betrokken waren die aandachtig is wanneer hij zijn keuze maakt bij de voorbereiding en de aankoop daarvan, te beïnvloeden.

Het hof besluit dat het woordteken en het complex woord/beeldteken Newpur, overeenstemmen met de Tempur-merken van appellante.

HET VERWARRINGSGEVAAR

28. Er is sprake van verwarringsgevaar in de zin van de artikelen 2.20.1.b. BVIE en 9.1.b) GMV wanneer het relevante publiek kan menen dat de betrokken waren en diensten van dezelfde onderneming of in voorkomend geval, van economisch verbonden ondernemingen afkomstig zijn (*cf.* HvJ 29 september 1998, C-39/97, *Canon, Jur.*, p. I-5507, punt 29).

29. Het verwarringsgevaar dient globaal beoordeeld te worden, rekening houdend met alle relevante feitelijke omstandigheden van het geval, met de auditieve, visuele of begripsmatige gelijkenissen tussen het merk en het beweerd inbreukmakend merk of teken, de mate van gelijksoortigheid

van de waren, en het onderscheidend vermogen van het merk.

Daarbij dient tevens te worden uitgegaan van de gemiddeld geïnformeerde en omzichtige consument van de betrokken producten, met dien verstande echter dat zodra feitelijk is aangetoond dat de gemiddelde consument een bepaalde waar wegens de objectieve eigenschappen ervan pas na een bijzonder aandachtig onderzoek aankoopt, ermee rekening dient te worden gehouden dat hierdoor het gevaar van verwarring van de merken voor dergelijke waren kleiner kan worden op het beslissende moment waarop de consument tussen deze waren en merken kiest (HvJ 12 januari 2006, C-361/04 P, *Claude Ruiz-Picasso e.a. / BHIM, Jur.*, p. I-643, punt 40).

Bij de beoordeling van het verwarringsgevaar is er een onderlinge samenhang tussen de overeenstemming tussen de tekens, de soortgelijkheid van de goederen en de onderscheidende kracht van het oudere merk. Er dient met al deze elementen rekening te worden gehouden (*“De globale beoordeling van het verwarringsgevaar veronderstelt een zekere onderlinge samenhang tussen de in aanmerking te nemen factoren, met name tussen de overeenstemming van de merken en de soortgelijkheid van de waren of diensten waarop zij betrekking hebben. Zo kan een geringe mate van soortgelijkheid van de betrokken waren of diensten worden gecompenseerd door een hoge mate van overeenstemming tussen de merken, en omgekeerd.”* (HvJ 29 september 1998, C-39/97, *Canon, Jur.*, I-5507, punt 17); *“Ondanks een geringe mate van overeenstemming tussen de merken kan er dus verwarringsgevaar zijn wanneer de betrokken waren of diensten in hoge mate gelijksoortig zijn en het oudere merk een grote onderscheidingskracht heeft.”* (HvJ 22 juni 1999, C-342/97, *Lloyd Schuhfabrik Meyer, Jur.*, p. I-3819, punt 21)).

Het verwarringsgevaar neemt in beginsel toe naarmate het onderscheidend vermogen van het oudere merk sterker is (HvJ 22 juni 1999, C-342/97, *Lloyd Schuhfabrik Meyer, Jur.*, p. I-3819, punt 20; HvJ 29 september 1998, C-39/97, *Canon, Jur.*, p. I-5507, punt 18). Aldus genieten merken die hetzij van huis uit, hetzij wegens de bekendheid ervan op de markt, een groot onderscheidend vermogen hebben, een ruimere bescherming dan merken met een gering onderscheidend vermogen (HvJ 7 mei 2009, C-398/07 P, *Waterford Wedgwood / BHIM – Assembled Investments (Waterford), www.curia.europa.eu*, punt 32; HvJ 17 april 2008, C-108/07 P, *Ferrero Deutschland / BHIM – Cornu (Ferro), www.curia.europa.eu*, punt 32; HvJ 22 juni 2000, C-425/98, *Marca Mode, Jur.*, p. I-4861, punten 38 en 41; HvJ 29 september 1998, C-39/97, *Canon, Jur.*, p. I-5507, punt 18; HvJ 11 november 1997, C-251/95, *Sabel, Jur.*, p. I-6191, punt 24).

De beoordeling van het onderscheidend vermogen van een merk dient te gebeuren in relatie tot de waren of diensten waarvoor het merk is ingeschreven.

De bekendheid van een merk wordt beoordeeld uitgaande van het publiek waarop de waren of diensten waarvoor dat merk is ingeschreven, gericht zijn. Dit kan het grote publiek of een meer specifiek publiek zijn (HvJ, *Intel*, punt 47).

“Het valt (...) niet uit te sluiten dat het doelpubliek van de waren of diensten waarvoor het oudere merk is ingeschreven, totaal onderscheiden is van het doelpubliek van de waren of diensten waarvoor het jongere merk is ingeschreven, en dat het oudere merk, ook al is dat bekend, bij het doelpubliek van het jongere merk onbekend is. In een dergelijk geval is het mogelijk dat het doelpubliek van elk van deze merken nooit in aanraking komt met het andere merk, zodat het geen verband tussen deze merken zal leggen.

Ook al is het doelpubliek van de waren of diensten waarvoor de conflicterende merken zijn ingeschreven, hetzelfde of tot op zekere hoogte overlappend, deze waren of diensten kunnen bovendien in die mate onderling verschillen dat het jongere merk onmogelijk het oudere merk bij het relevante publiek in gedachten kan oproepen.

De aard van de waren of diensten waarvoor de conflicterende merken zijn ingeschreven, moet bijgevolg in aanmerking worden genomen bij de beoordeling of tussen deze merken een verband bestaat.

Tevens is het mogelijk dat de bekendheid die sommige merken hebben verkregen, verder reikt dan het doelpubliek van de waren of diensten waarvoor deze merken zijn ingeschreven.

In een dergelijk geval kan het doelpubliek van de waren of diensten waarvoor het jongere merk is ingeschreven, een samenhang tussen de conflicterende merken zien hoewel dit publiek totaal onderscheiden is van het doelpubliek van de waren of diensten waarvoor het oudere merk is ingeschreven.

Bij de beoordeling of tussen de conflicterende merken een verband bestaat, kan het dus noodzakelijk zijn rekening te houden met de mate van bekendheid van het oudere merk teneinde te bepalen of deze bekendheid verder reikt dan het doelpubliek van dit merk.

*Voorts is het zo dat hoe groter het intrinsieke dan wel door gebruik verkregen onderscheidend vermogen van het oudere merk is, des te groter de kans is dat dit oudere merk **bij het relevante publiek in gedachten komt** wanneer het met een gelijk of overeenstemmend jonger merk in aanraking komt.*

Bij de beoordeling of tussen de conflicterende merken een verband bestaat, dient bijgevolg rekening te worden gehouden met de mate van onderscheidend vermogen van het oudere merk.” (HvJ 27 november 2008, C-252/07, *Intel Corporation, www.curia.europa.eu*, punten 48 tot en met 55, eigen onderlijning door het hof).

Om te weten of een merk een hoog onderscheidend vermogen geniet wegens de bekendheid ervan bij het publiek, die-

nen alle relevante elementen van het geding in aanmerking te worden genomen, te weten, met name het marktaandeel van het merk, de intensiteit, de geografische spreiding en de duur van het gebruik, de omvang van de door de onderneming ondernomen investeringen om het te promoten, de proportie van de geïnteresseerde milieus die de waren of diensten identificeert als zijnde afkomstig van een bepaalde onderneming dankzij het merk, evenals de verklaringen van de kamers van koophandel en industrie of andere beroepsorganisaties.

In het arrest van 6 oktober 2009 (C-301/07, *PAGO International GmbH / Tirolmilch registrierte Genossenschaft mbH*, punten 21 e.v. (www.curia.europa.eu)) heeft het Hof van Justitie verduidelijkt wanneer er sprake is van een bekend Gemeenschapsmerk:

“21. Het begrip ‘bekend’ veronderstelt een zekere mate van vertrouwdeheid bij het relevante publiek.

22. Het relevante publiek is het publiek waarop het Gemeenschapsmerk gericht is, dat wil zeggen – naar gelang van de aangeboden waar of dienst – het grote publiek dan wel een specifiek publiek, bijvoorbeeld een beroepsgroep.

23. Er kan niet worden verlangd dat het merk bekend is bij een bepaald percentage van het aldus omschreven publiek.

24. De vereiste mate van bekendheid kan worden geacht te zijn bereikt wanneer het Gemeenschapsmerk bekend is bij een **aanmerkelijk deel** van het publiek waarvoor de onder dat merk aangeboden waren of diensten bestemd zijn.

25. Bij het onderzoek van deze voorwaarde dient de nationale rechter alle relevante omstandigheden van het geval in aanmerking te nemen, zoals, met name, **het marktaandeel van het merk, de intensiteit, de geografische omvang en de duur van het gebruik ervan, en de omvang van de door de onderneming verrichte investeringen om het bekendheid te geven.**

(...)

27. **Wat het territoriale aspect betreft, is aan de bekendheidsvoorwaarde voldaan wanneer het Gemeenschapsmerk bekend is in een aanmerkelijk gedeelte van het grondgebied van de Gemeenschap (...).**

28. Het Hof heeft reeds geoordeeld dat het met betrekking tot een Benelux-merk voor de toepassing van artikel 5, 2^{de} lid van de richtlijn voldoende is dat dit merk bekend is in een aanmerkelijk gedeelte van het Benelux-gebied, **hetgeen in voorkomend geval een gedeelte van één van de Benelux-landen kan zijn** (arrest *General Motors*, reeds aangehaald, punt 29).

29. Daar het in casu gaat om een Gemeenschapmerk dat op het gehele grondgebied van een lidstaat bekend is (...), kan worden aangenomen dat, gelet op de omstandigheden van het hoofdgeding, is voldaan aan de territoriale voorwaarde

van artikel 9, 1^{ste} lid, sub c) van de verordening.” (eigen onderlijning door het hof).

30. Er is verwarringsgevaar zodra de gemiddeld geïnformeerde consument direct of indirect in verwarring kan worden gebracht omtrent de herkomst van de producten.

Toepassing in concreto:

31. Appellante voert aan dat op het ogenblik dat Tempur de inbreuken op haar merken heeft vastgesteld, de Tempur-merken bekende merken waren en zodoende een groot onderscheidend vermogen verworven hadden. Tempur zou reeds jaren investeren in haar naambekendheid, waardoor de merken een zeer grote bekendheid genieten bij een relevant deel van het publiek van de betrokken waren in de Europese Unie. Appellante verwijst naar een vonnis dat op 20 december 2010 in een kortgedingprocedure uitgesproken werd door de rechtbank van 's-Gravenhage.

Het hof stelt bij de lezing van het vonnis d.d. 20 december 2010 van de rechtbank van 's-Gravenhage – dat hoe dan ook niet bindend is voor het hof – vast dat dit hoofdzakelijk besloot tot de bekendheid van het Gemeenschapswoordmerk Tempur op grond van een aantal beweringen van appellante die niet betwist werden.

In de onderhavige procedure worden de meeste beweringen van appellante echter door geïntimeerden wel betwist.

Het hof stelt vast dat appellante niet bewijst dat, zoals zij aanvoert:

- medische specialisten over de hele wereld de Tempur-producten aanbevelen voor hun patiënten die kampen met slaapproblemen, rug-, gewrichts- of nekklachten;
- de Tempur-producten wereldwijd worden erkend en aangekocht door ziekenhuizen, verzorgingstehuizen en slaapcentra omwille van hun unieke drukverlagende eigenschappen;
- Tempur jaarlijks een aanzienlijk deel van haar budget uit geeft aan reclame: het reclamebudget in 2009 voor de Benelux bedroeg ruim 2 miljoen euro;
- Tempur het grootste aandeel heeft in de totale reclame-uitgaven in de sector in vergelijking met vergelijkbare merken.

Er wordt door appellante geen enkel stuk neergelegd dat deze beweringen staft (uit de stukken A.10(i) en A.10(ii) van appellante blijkt niet dat deze haar reclame-uitgaven in de sector in België en Nederland betreffen).

Appellante legt evenmin enig stuk voor waaruit de duur van het gebruik van de door haar ingeroepen merken blijkt of de omvang van de door de onderneming gedane investeringen om het te promoten (appellante legt slechts één enkele reclamefolder neer, die niet gedateerd is).

Appellante bewijst echter wel dat:

- de Tempur-producten in ongeveer 150 winkels verspreid over heel België en Luxemburg worden verkocht (stuk A.11 van appellante);
- uit marktonderzoek van 2009 blijkt dat Tempur in de Bene-

lux het op één na bekendste merk is voor matrassen, zowel bij een algemene bevraging als bij een bevraging van de eigenaars van een matras uit het topsegment en de mensen die in de nabije toekomst een dergelijke matras wensen te kopen (in de algemene bevraging is er een spontane bekendheid met het Tempur-merk van 8% en een relatief goede bekendheid na hulp van 57%; in het topsegment is zowel een spontane bekendheid als de bekendheid na hulp met het Tempur-merk beduidend hoger dan in de algemene bevraging: 78% van dit segment is, na daarbij geholpen te worden vertrouwd met het Tempur-merk, doch bijna 1 op 4 van de consumenten vermeldt Tempur spontaan, dit wil zeggen zonder daarbij geholpen te worden; de bekendheid bij actuele Tempur-eigenaars, zonder daarbij geholpen te worden, is hoog (69%) (stuk A.9 van appellante).

Dat de producten van appellante niet alleen in België en Luxemburg verkocht worden, doch eveneens in Nederland, wordt door geïntimeerden niet betwist.

32. Geïntimeerden betwisten de bewijskracht van de in het vorig randnummer vermelde stukken die neergelegd werden door appellante, omdat het stukken zijn die hetzij opgesteld werden door appellante zelf, hetzij opgesteld werden op haar verzoek.

Stuk I.11 van appellante gaat inderdaad van appellante zelf uit. Het is een stuk waarin opgave gedaan wordt van alle winkels in België en Luxemburg waarin de Tempur-producten verkocht worden. Het is echter voldoende aannemelijk dat de gegevens die op de betrokken lijst zijn vermeld, waarachtig zijn, gelet op de details die vermeld worden, zoals de handelsbenaming van de winkels en de gemeente waarin ze worden uitgebaat, die alle controleerbaar zijn.

Stuk A.9 van appellante is het verslag van een marktonderzoek dat uitgevoerd werd op haar verzoek. Bij de lezing van het betrokken marktonderzoek kan vastgesteld worden dat er geen enkele aanwijzing is dat dit niet op een ernstige wijze gevoerd werd. Daarenboven wordt op duidelijke wijze omschreven wat het voorwerp ervan was en welke resultaten de onderzoeken opgeleverd hebben.

Het hof oordeelt dat de hiervoor besproken stukken van appellante voldoende bewijswaarde hebben en in casu de kritiek dienaangaande die door geïntimeerden geformuleerd wordt, ongegrond is.

33. Het hof besluit echter op grond van de door appellante neergelegde stukken dat zij weliswaar aantoonde dat haar merken een zeker onderscheidend vermogen verworven hebben door de intensiteit en de geografische omvang van het gebruik ervan in de Benelux (zijnde een aanmerkelijk gedeelte van het grondgebied van de Europese Unie), doch dat deze stukken niet aantonen dat haar merken bij een aanmerkelijk deel van het publiek waarvoor de onder die merken aangeboden waren of diensten bestemd zijn, bekendheid hebben verworven.

Aan de Tempur-merken, die een zeker onderscheidend ver-

mogen hebben verworven, zonder echter op bekendheid te kunnen beogen, komt een normale beschermingsomvang toe, doch geen grote beschermingsomvang.

34. Geïntimeerden voeren aan dat er geen sprake kan zijn van verwarring in casu, omdat de doelgroep van de Tempur-waren verschillend is van deze van de Newpur-waren.

De Tempur-waren zouden deel uitmaken van het topsegment van de matrassen en toebehoren, daar waar dit niet het geval zou zijn voor de Newpur-waren. De respectieve waren zouden zodoende een ander doelpubliek hebben.

Geïntimeerden leveren niet het bewijs van hetgeen zij aanvoeren. Zij maken hun bewering zelfs niet aannemelijk. Uit het verschil in de wijze waarop zij hun waren in hun winkels commercialiseren in vergelijking met de wijze waarop appellante haar waren commercialiseert, kan niet op overtuigende wijze afgeleid worden dat de Newpur-waren en de Tempur-waren een verschillend doelpubliek hebben. Daarenboven dient er rekening gehouden te worden met het gegeven dat de Newpur-waren niet alleen in winkels worden gecommmercialiseerd doch eveneens via het Internet. Uit de afdrucken van de website van geïntimeerden die betrekking hebben op de Newpur-(Memosleep) waren en deze die betrekking hebben op de Tempur-waren (neergelegd door partijen) kunnen geen noemenswaardige verschillen tussen beide afgeleid worden en kan in elk geval niet afgeleid worden dat zij zich tot een andere doelgroep richten.

Dat de bewering van geïntimeerden ongegrond is, wordt voldoende aannemelijk gemaakt door het volgende feitelijke gegeven: uit het proces-verbaal van vaststelling d.d. 29 september 2009 van gerechtsdeurwaarder H. Van Damme blijkt dat een Newpur-matras van 160 cm in de winkel van De Matrassenkoning in Dendermonde geprijsd was aan 1.656 EUR. Uit een dergelijke prijs voor de Newpur-waren kan afgeleid worden dat deze zich minstens situeren in het hogere segment (zie stuk B.5 van appellante, waarop matrassen 140 x 200 cm onder verschillende tekens geprijsd staan van 962 EUR tot 1.599 EUR) en dat de doelgroep van deze waren minstens overlappend is met de doelgroep van de Tempur-waren, die zich eveneens in het hogere segment of topsegment zouden bevinden.

35. Het hof besluit met betrekking tot het verwarringsgevaar dat gelet op de voormelde overwegingen, meer bepaald de vaststelling dat de Tempur-merken en de Newpur-tekens worden gebruikt voor identieke waren, de betrokken tekens in grote mate met elkaar overeenstemmen en de Tempur-merken een zeker onderscheidend vermogen hebben, het relevante publiek zoals door het hof bepaald kan menen dat de Tempur-waren en de Newpur-waren van dezelfde onderneming of van economisch verbonden ondernemingen afkomstig zijn.

De kans op verwarring volstaat als bewijs van het verwarringsgevaar. Appellante moet geen effectieve verwarring bewijzen.

36. In casu kan, in strijd met hetgeen geïntimeerden aanvoeren, niet besloten worden dat er geen verwarringsgevaar bestaat, op grond van de bewering dat de gemiddelde consument bij de aankoop van een matras bijzonder oplettend te werk gaat en de verschillen tussen de Tempur-merken en de Newpur-tekens zal opmerken, waardoor geen sprake kan zijn van verwarringsgevaar.

Het is niet aannemelijk dat de gemiddelde consument van de betrokken waren zoals hiervoor door het hof bepaald, vóór de aankoop van een matras of toebehoren een marktstudie zal maken van de verschillende op de markt zijnde merken, en deze merken letterlijk naast elkaar zal leggen, minstens wordt het tegendeel door geïntimeerden niet aangetoond.

De gemiddelde consument zal in de jaren voorafgaand aan de aankoop geconfronteerd zijn met de Tempur-waren en zal een onvolmaakt beeld van de Tempur-merken hebben onthouden. Dat de kans reëel is dat de consument de Tempur-merken verkeerdelijk zal menen te ‘herkennen’ in de Newpur-tekens en de positieve eigenschappen van de Tempur-producten even verkeerdelijk aan de Newpur-producten zal toeschrijven, wordt bevestigd door een aantal berichten die op het hardware.fr-forum verschenen zijn (stuk B.11, een stuk dat overigens door geïntimeerden werd voorgelegd). Een van de forumleden schrijft na een bezoek bij De Matrasenkoning “Blijkbaar verkoopt men ook ‘Newpur’ dat zou gelijken op Tempur, maar dan in submerk.” (beëdigde vertaling neergelegd door appellante). De verwarring bij de consument wordt met dit stuk aangetoond.

Besluit in verband met de artikelen 2.20.1.b. BVIE en 9.1.b) GMV

37. Aan de voorwaarden van de voormelde artikelen is cumulatief voldaan. Door gebruik te maken van het woordteken Newpur alsook het gecombineerd woord/beeldteken Newpur maken geïntimeerden inbreuk op de door appellanten ingeroepen merken. De vordering tot staking van appellante is gegrond in de mate waarin ze gesteund is op de artikelen 2.20.1.b. BVIE en 9.1.b) GMV.

Artikel 2.20.1.c. BVIE – Artikel 9.1.c) GMV

38. Artikel 9.1.c) geeft aan de houder van een bekend merk het uitsluitende recht om:

“Iedere derde die niet zijn toestemming hiertoe heeft verkregen, het gebruik van een teken te verbieden, dat gelijk is aan of overeenstemt met het Gemeenschapsmerk en gebruikt wordt voor waren of diensten, die niet soortgelijk zijn aan die waarvoor het Gemeenschapsmerk ingeschreven is, indien het een in de Gemeenschap bekend merk betreft en indien door het gebruik zonder geldige reden van het teken ongerechtvaardigd voordeel getrokken wordt uit of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het oudere merk.”

Een gelijkaardige bepaling is opgenomen in artikel 2.20.1.c. BVIE:

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

(...)

c) wanneer dat teken gelijk is aan of overeenstemt met het merk en in het economisch verkeer gebruikt wordt voor waren of diensten, die niet soortgelijk zijn aan die waarvoor het merk is ingeschreven, indien dit merk bekend is binnen het Benelux-gebied en door het gebruik, zonder geldige reden, van het teken ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk;”.

Voor een inbreuk op artikel 9.1.c) GMV en artikel 2.20.1.c. BVIE is cumulatief vereist:

- het bestaan van een bekend merk;
- het merk wordt gebruikt in het economisch verkeer, ter aanduiding van waren of diensten;
- het bestaan van overeenstemming tussen het gebruikte teken en het bekende merk;
- de mogelijkheid dat ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk (het is voldoende dat er elementen naar voren worden gebracht die toelaten om *prima facie* te besluiten tot een toekomstige en niet-hypothetisch risico op een ongerechtvaardigd voordeel of afbreuk (HvJ 12 december 2008, C-197/07, *Aktieselskabet af / OHIM en TDK Kabushiki Kaisha (TDK Corp.)*, punt 22, www.curia.europa.eu);
- het gebruik van het teken voor soortgelijke of niet soortgelijke waren/diensten (HvJ 9 januari 2003, *Davidoff / Gofkid, Ing.Cons.* 2003, 143. Zie in dezelfde zin: HvJ 23 oktober 2003, C-408/01, *Adidas / Salomon*, www.curia.eu).

HET BESTAAN VAN EEN BEKEND MERK

39. Hiervoor werd reeds vastgesteld dat appellante niet bewijst dat de Tempur-merken bekende merken zijn.

Besluit van het hof in verband met de artikelen 2.20.1.c. BVIE en 9.1.c) GMV

40. Aan één van de toepassingsvoorwaarden van de voormelde artikelen is niet voldaan. De vordering tot staking van appellante is niet gegrond in de mate waarin zij gesteund is op de artikelen 2.20.1.d. BVIE en 9.1.c) GMV.

Artikel 2.20.1.d. BVIE

41. Artikel 2.20.1.d. BVIE bepaalt:

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

(...)

d. wanneer dat teken gebruikt wordt anders dan ter onderscheiding van waren of diensten, indien door gebruik, zonder geldige reden, van dat teken ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk.”

Voor een inbreuk op artikel 2.20.1.d. BVIE is cumulatief vereist:

- het gebruik van een teken anders dan ter onderscheiding van waren of diensten;
- de mogelijkheid van een gebruik waardoor zonder geldige reden ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk.

Er is geen vereiste van een gebruik in het economisch verkeer, noch van een gebruik voor waren of diensten.

Toepassing in concreto:

42. De prijsofferte d.d. 17 september 2009 die door appellante neergelegd werd (haar stuk B.4) is duidelijk afkomstig van de BVBA Dauphin. De bestelbon vermeldt de stempel van deze laatste, alsmede de naam van de verkoopster van de BVBA Dauphin.

Het staat niet vast dat andere geïntimeerden dan de BVBA Dauphin de door appellante aangevoerde inbreuk op haar merkenrechten begaan hebben.

Dat de betrokken bestelbon niet in een proces-verbaal van vaststelling werd opgenomen, doet geen afbreuk aan de bewijswaarde van dit stuk. Het gelaakte gebruik van het teken Tempur is duidelijk.

Dat deze gelaakte inbreuk slechts eenmaal zou zijn gemaakt, doet niet ter zake. Een eenmalige inbreuk kan het voorwerp uitmaken van een stakingsvordering. Het is niet objectief uitgesloten dat deze inbreuk zich nog zou herhalen. De staking van deze inbreuk is nog steeds aan de orde.

EEN GEBRUIK VAN EEN TEKEN ANDERS DAN TER ONDERSCHIEDING VAN WAREN EN DIENSTEN

43. In casu wordt het teken ‘Tempur’ dat identiek is aan het woordmerk Tempur zelf, door de BVBA Dauphin ongewijzigd gebruikt ter onderscheiding van een soort materiaal, en dus anders dan ter onderscheiding van waren en diensten, met name als term ter aanduiding van het materiaal van de Newpur-producten.

EEN GEBRUIK WAARDOOR ONGERECHTVAARDIGD VOORDEEL

WORDT GETROKKEN UIT OF AFBREUK WORDT GEDAAN AAN HET ONDERSCHIEDEND VERMOGEN OF DE REPUTATIE VAN HET MERK

44. Er moet worden aangetoond dat de merkhouder door het gebruik van het identieke of overeenstemmende teken voor al dan niet soortgelijke goederen een ‘aantasting’ van zijn merk ondergaat of dreigt te ondergaan. Het is voldoende dat er elementen naar voren worden gebracht die toelaten om *prima facie* te besluiten tot een toekomstig en niet-hypothetisch risico op een ongerechtvaardigd voordeel of afbreuk (HvJ 12 december 2008, C-197/07, *Aktieselskabet af/OHIM en TDK Kabushiki Kaisha (TDK Corp.)*, punt 22, www.curia.europa.eu).

45. Er zijn drie mogelijke vormen van aantasting: (i) ongerechtvaardigd voordeel uit reputatie of onderscheidend vermogen van het merk (‘meeliften’), (ii) afbreuk aan het onderscheidend vermogen van het merk (‘verwatering’) en (iii) afbreuk aan de reputatie van het merk (‘degeneratie’). Zodra er sprake is van één van deze drie soorten aantasting, is artikel 5, 2^{de} lid van richtlijn 89/104 van toepassing.

Wanneer er sprake is van ‘meeliften’ tracht een derde in het kielzog van het bekende merk te varen om te profiteren van de aantrekkingskracht, de reputatie en het prestige van dat merk, en om zonder financiële vergoeding profijt te halen uit de commerciële inspanning die de houder van het merk heeft geleverd om het imago van dit merk te creëren en te onderhouden (HvJ 23 maart 2010, C-236/08 tot C-238/08 (*AdWords*), *Google / Vuitton e.a.*, punt 102, www.curia.europa.eu; HvJ 18 juni 2009, C-487/07, *L’Oréal / Bellure*, punt 50, www.curia.europa.eu).

Van verwatering is sprake van zodra het oudere merk minder geschikt wordt om de herkomst van de waren of diensten aan te geven, doordat door het gebruik van het jongere merk de identiteit van het oudere merk afbrokkelt en dit laatste aan impact op het publiek inboet (HvJ 27 november 2008, C-252/07, *Intel / CPM UK*, punt 29, www.curia.europa.eu; zaak *L’Oréal / Bellure, o.c.*, punt 39).

Om verwatering te bewijzen, moet de merkhouder aantonen dat het economisch gedrag van de gemiddelde consument van de waren of diensten waarvoor het oudere merk is ingeschreven, is gewijzigd als gevolg van het gebruik van het jongere merk of dat er een grote kans bestaat dat dit gedrag in de toekomst wijzigt (zaak *Intel, o.c.*, punt 77).

Afbreuk aan de reputatie kan volgen uit het feit dat de waren of diensten van de derde een kenmerk of kwaliteit bezitten waarvan een negatieve invloed op het imago van het merk kan uitgaan (*L’Oréal / Bellure, o.c.*, nr. 40). Deze schade gaat in feite verder dan bij afbreuk aan het onderscheidend vermogen aangezien het merk niet zonder meer verzwakt, maar daadwerkelijk degenerereert doordat het publiek een verband legt met het bekende merk (conclusie advocaat-generaal Sharpston van 26 juni 2008 in de zaak C-252/07, *Intel*, punt 79, www.curia.europa.eu).

Het hof verwijst in verband met hetgeen voorafgaat aan gaande de drie soorten inbreuk naar HvJ 18 juni 2009, nr. C-487/07, *L'Oréal / Bellure*, www.curia.europa.eu:

*“Er is sprake van **afbreuk aan het onderscheidend vermogen van het merk**, hetgeen ook ‘verwatering’, ‘verschraling’ of ‘vervaging’ wordt genoemd, zodra dit merk minder geschikt wordt om de waren of diensten waarvoor het is ingeschreven en wordt gebruikt, te identificeren, doordat door het gebruik van het teken dat daaraan gelijk is of daarmee overeenstemt door de derde de identiteit van het merk afbrokkelt en aan impact op het publiek inboet. Dat is met name het geval wanneer het merk, dat onmiddellijk een associatie oproep met de waren of diensten waarvoor het is ingeschreven, deze associatie niet meer kan oproepen.*

*Er is sprake van **afbreuk aan de reputatie van het merk**, ook wel ‘aantasting’ of ‘degeneratie’ genoemd, wanneer de waren of diensten waarvoor het teken dat gelijk is aan of overeenstemt met het merk door de derde wordt gebruikt, op zodanige wijze aan de zintuigen van het publiek appelleren, dat de aantrekkingskracht van het merk vermindert. Het risico op een dergelijke afbreuk kan met name volgen uit het feit dat de waren of diensten die door de derde worden aangeboden een kenmerk of kwaliteit bezitten waarvan een negatieve invloed op het imago van het merk kan uitgaan.*

Het begrip ‘ongerechtvaardigd voordeel uit het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk’, ook aangeduid als ‘meelifien’ en ‘free riding’, verwijst niet naar de schade die het merk wordt berokkend, maar naar het profijt dat de derde haalt uit het gebruik van het teken dat daaraan gelijk is of daarmee overeenstemt. Het omvat met name alle gevallen waarin, dankzij de afstraling van het imago van het merk of de door dit merk opgeroepen kenmerken op de waren die worden aangeduid door het teken dat daaraan gelijk is of daarmee overeenstemt, duidelijk sprake is van exploitatie van de bekendheid van het merk.

Zodra er sprake is van één van deze drie soorten inbreuken is artikel 5, 2^{de} lid van richtlijn 89/104 van toepassing.

50. Gelet op het voorgaande, moet op de vijfde vraag worden geantwoord dat artikel 5, 2^{de} lid van richtlijn 89/104 aldus moet worden uitgelegd dat voor een ongerechtvaardigd voordeel uit het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk in de zin van die bepaling noch is vereist dat er sprake is van verwarringsgevaar, noch dat er gevaar bestaat dat aan dat onderscheidend vermogen of die reputatie afbreuk wordt gedaan, of meer algemeen, aan de houder ervan schade wordt berokkend. Het voordeel dat voortvloeit uit het gebruik door een derde van een teken dat overeenstemt met een bekend merk, wordt door die derde ongerechtvaardigd uit dat onderscheidend vermogen of die reputatie getrokken wanneer hij door dit gebruik in het kielzog van het bekende merk probeert te varen om te profiteren van de aantrekkingskracht, de reputatie en het prestige van dat merk en om zonder financiële vergoeding profijt te halen uit de com-

merciële inspanning die de houder van het merk heeft geleverd om het imago van dit merk te creëren en te onderhouden.”

46. In verband met het ongerechtvaardigd voordeel trekken uit de reputatie of het onderscheidend vermogen van het ingeroepen merk, blijkt uit het hiervoor geciteerde arrest *L'Oréal / Bellure* dat er geen schade dient te worden aange-toond opdat er sprake zou zijn van een inbreuk (zie ook HvJ 27 november 2008, C-252/07, *Intel Corporation*, www.curia.europa.eu, punt 38).

47. Door het gebruik dat door de BVBA Dauphin gemaakt werd van ‘Tempur’ op de door haar op 17 september 2009 opgestelde prijsofferte als term ter aanduiding van het materiaal van de Newpur-producten, met name van een teken dat identiek is met het woordmerk Tempur, exploiteert de BVBA Dauphin dankzij de afstraling van het imago van de Tempur-merken of de door deze merken opgeroepen kenmerken (zie dienaangaande *infra* in het kader van de bespreking van de ingeroepen inbreuken op de WMPC), het onderscheidend vermogen van de Tempur-merken ten behoeve van haar eigen waren.

Dat De Matrassenkoning een eigen productlijn heeft gecreëerd en daar rond zelf reclame heeft gevoerd, zoals door geïntimeerden wordt ingeroepen, doet hieraan geen afbreuk.

Door het gebruik van het teken ‘Tempur’, dat identiek is aan het woordmerk Tempur van appellante, op de prijsofferte van de BVBA Dauphin d.d. 17 september 2009, schrijft deze vennootschap aan haar eigen waren het imago en de kenmerken van de Tempur-waren toe en exploiteert zij daarmee het onderscheidend vermogen van de Tempur-merken, waarmee ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit het onderscheidend vermogen of de reputatie van de merken van appellante, minstens daartoe een toekomstig en niet-hypothetisch risico bestaat.

Enige vorm van schade aan het merk, is principieel niet vereist voor de kwalificatie ‘ongerechtvaardigd voordeel trekken uit het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk’ (*cf. supra*).

EEN GEBRUIK VAN HET MERK ZONDER GELDIGE REDEN

48. Het is aan geïntimeerden om aan te tonen dat zij een geldige reden hadden voor het inbreukmakend gebruik (Ger.EG 10 mei 2007, T-47/06, *Nasdaq*, punt 62).

Het principe van de geldige reden is een imperatieve noodzaak om een teken te gebruiken.

In casu hebben geïntimeerden geen geldige reden voor het gebruik van het woordmerk Tempur, minstens leveren zij hiervan niet het bewijs. Het was/is voor geïntimeerden mogelijk om matrassen, kussens en toebehoren te koop aan te bieden en te verkopen zonder gebruik te maken van het woordmerk Tempur.

Besluit van het hof in verband met artikel 2.20.1.d. BVIE

49. De toepassingsvoorwaarden van voormeld artikel zijn cumulatief vervuld.

De eerste rechter heeft terecht de inbreuk alleen bewezen geacht in hoofde van de BVBA Dauphin. De BVBA Dauphin heeft inbreuk gemaakt op de merkenrechten van appellante en de stakingsvordering van deze laatste is gegrond in de mate waarin ze gesteund is op artikel 2.20.1.d. BVIE.

Het incidenteel beroep van geïntimeerden tegen het onderdeel van het bestreden vonnis dat een inbreuk op artikel 2.20.1.d. BVIE vastgesteld heeft in hoofde van de BVBA Dauphin en van deze inbreuk de staking bevolen heeft, is ongegrond.

De vorderingen van appellante gesteund op de WMPC

50. Appellante voert aan dat zij veel geïnvesteerd heeft in een onderscheidend commercieel aanbod aan unieke producten, met name hoogtechnologische matrassen en hoofdkussens uit traagwerkend schuim.

Volgens appellante kopiëren geïntimeerden (De Matrassenkoning) haar commercieel aanbod door gelijkaardige producten aan te bieden, beweerdelijk in hetzelfde materiaal, door dezelfde eigenschappen toe te dichten aan deze producten, door een overeenstemmend onderscheidingsteken voor deze producten te gebruiken en door hetzelfde kleurenpatroon voor hun producten te gebruiken.

Appellanten verwijten geïntimeerden in het bijzonder: de aanwezigheid van een merkinbreuk, het creëren van verwarring met een andere aanbieder, het misleiden van de consument en het voeren van onrechtmatige vergelijkende reclame, zodat er sprake zou zijn van inbreuken op de WMPC.

Het hof overweegt als volgt:

51. Artikel 2 van de wet van 6 april 2010 met betrekking tot de regeling van bepaalde procedures in het kader van de WMPC (de wet betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming d.d. 6 april 2010) bepaalt dat de voorzitter van de rechtbank van koophandel het bestaan vaststelt en de staking beveelt van een zelfs onder het strafrecht vallende daad die een inbreuk uitmaakt op de WMPC. Het bevel tot staking moet op een duidelijk omschreven daad slaan. Het moet daarbij ook van aard zijn om een herhaling van de verboden praktijk te vermijden.

Zelfs indien geïntimeerden het door appellante gelaakte gebruik van tekens en de door haar gelaakte daden thans niet meer verder zetten, brengt dit in casu niet met zich mee dat elk herhalingsgevaar objectief zou zijn uitgesloten.

In de regel kan de stakingsrechter enkel de staking bevelen van een inbreuk op de eerlijke marktpraktijken waarvan hij het bestaan vaststelt. Artikel 2 van de wet van 6 april 2010 met betrekking tot de regeling van bepaalde procedures in

het kader van de WMPC sluit echter niet uit dat hij vaststelt dat een bepaalde daad een dergelijke inbreuk vormt en vervolgens niet alleen de daad als zodanig verbiedt, maar tevens, binnen de grenzen van wat gevorderd werd, de staking beveelt van de onrechtmatige praktijken die eraan ten grondslag liggen, dit teneinde herhaling van dezelfde of vergelijkbare inbreuken te voorkomen (Cass. 2 maart 2007, www.juridat.be).

52. Appellante verwijt geïntimeerden dat hun verkopers in het kader van verkoopsgesprekken systematisch verwijzen naar Tempur en de Tempur-producten. Zulks zou gebeuren op bedrieglijke en misleidende wijze. Er zou tevens sprake zijn van onrechtmatige vergelijkende reclame.

De WMPC schrijft op gedetailleerde wijze voor op welke manier vergelijkende reclame kan worden gemaakt. Vergelijkende reclame is slechts geoorloofd indien aan verschillende voorwaarden is voldaan.

Zo is volgens artikel 19 WMPC bijvoorbeeld vereist dat de vergelijkende reclame:

“1° niet misleidend is in de zin van de artikelen 88 tot 91 en van artikel 96, 1°;

(...)

3° op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van deze goederen en diensten, waartoe ook de prijs kan behoren, met elkaar vergelijkt;

4° er niet toe leidt dat onder de ondernemingen de adverteerder met een concurrent, of de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen of diensten van de adverteerder met die van een concurrent worden verward;

5° niet de goede naam schaadt van en zich niet kleinerend uitlaat over de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen of diensten, activiteiten of omstandigheden van een concurrent;

(...)

7° geen oneerlijk voordeel oplevert ten gevolge van de bekendheid van een merk, handelsnaam of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent dan wel van de oorsprongsbenamingen van concurrerende goederen;

8° goederen of diensten niet voorstelt als een imitatie of namaak van goederen of diensten met een beschermd handelsmerk of beschermde handelsnaam.” (eigen onderlijning)

Als misleidend dient onder meer te worden beschouwd, het meedelen van onjuiste informatie aan de consument over de aard van het product of over de samenstelling ervan.

Appellante voert terecht aan dat de verkopers van geïntimeerden zich aan deze regels inzake vergelijkende reclame dienen te houden. Een verkoopsgesprek maakt immers

reclame uit, aangezien een mededeling van een verkoper vermoed dient te worden een verkoopbevorderende bedoeling te hebben en er dus toe strekt de verkoop van goederen rechtstreeks of onrechtstreeks te bevorderen.

In casu heeft Tempur gegronde redenen om zich tegen de hierna bepaalde beweringen van De Matrassenkoning te verzetten:

– ‘De Newpur-producten zijn tempurachtig’ en ‘het betreft eigenlijk dezelfde producten’.

Met deze beweringen verwijst De Matrassenkoning immers expliciet naar de producten van Tempur.

Deze verklaring voldoet niet aan de regels inzake vergelijkende reclame, immers:

- er worden geen wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van de goederen vergeleken; en
- de Newpur-matrassen en hoofdkussens worden als namaak van Tempur aangeboden en verkocht.

Appellante toont daarenboven aan dat deze bewering foutief is, gelet op kwalitatieve verschillen tussen de producten van Tempur en de Newpur-producten bewezen aan de hand van labotesten die werden uitgevoerd op, enerzijds, de Tempur-producten, en anderzijds op het Newpur-hoofdkussen (stuk C.1 van appellante) en de Newpur-matras (stuk C.2 van appellante).

Hieruit blijkt immers:

- wat het hoofdkussen betreft (stuk C.1 van appellante):

“Volgens de gangbare definitie van visco-elastische eigenschappen kunnen we concluderen dat de visco-elastische eigenschappen van Newpur een ‘grensgeval’ zijn, want de hersteltijd bedraagt slechts 1,1 seconde en de terugvering door kogeltherugslag is 8%.

Omdat het materiaal TEMPUR® langzamer herstelt, een geringere terugvering door kogeltherugslag en een hogere dichtheid heeft, kunnen we concluderen dat TEMPUR® betere visco-elastische eigenschappen heeft dan Newpur.”

Hieruit kan afgeleid worden dat het Newpur-kussen van een mindere kwaliteit is dan het Tempur-kussen.

- wat de matras betreft (stuk C.2 van appellante):

Uit de vergelijking van de Luxe Newpur-matras en de Tempur-matras blijkt dat:

- ° de Newpur-matras een slechte duurzaamheid heeft;
- ° de verschillende lagen van de Newpur-matras in grote mate hun hardheid verliezen;
- ° de Newpur-matras een zwak visco-elastisch gevoel heeft in vergelijking met de Tempur-matras;
- ° de belangrijkste steunlaag van de Newpur-matras in viscoschuim slechts een densiteit van 50kg/m³ heeft.

Hieruit kan worden besloten dat de Newpur-matras van mindere kwaliteit is: ze zal zeer zacht worden, wat een negatieve

invloed heeft op de drukontlastende (drukverdelende) eigenschappen van de matras.

De door appellante neergelegde rapporten geven de resultaten weer van technische tests die op grond van objectieve criteria zoals de kogeltherugslag en de dichtheid van de matrassen, op beide matrassen werden uitgevoerd. Dat deze testen intern bij appellante werden uitgevoerd is in casu geen reden om hen geen bewijswaarde toe te kennen. Uit de voorgelegde testen blijkt immers dat zij op ernstige wijze werden uitgevoerd en dat de conclusies hieruit op grond van welbepaalde ernstige criteria werden getrokken.

De rapporten maken voldoende aannemelijk dat de kwaliteit van de betrokken matrassen/hoofdkussens duidelijk van elkaar verschilt, in tegenstelling tot wat geïntimeerden beweren.

Zoals appellante aanvoert kunnen de door haar gelaakte beweringen gedaan door geïntimeerden in verkoopgesprekken ertoe strekken de consument te beïnvloeden op niet-objectieve wijze, waardoor deze de kenmerken van de Tempur-producten (verkeerdelijk) zou toeschrijven aan De Matrassenkoning. In realiteit zijn de Newpur-producten anders (en minder kwaliteitsvol) dan de Tempur-producten.

– *“De Newpur-matrassen zijn van dezelfde materialen gemaakt als deze van het merk Tempur.”*

Dergelijke bewering is misleidend en foutief. Uit de labotest blijkt immers dat de samenstelling en de eigenschappen van de Newpur-matrassen duidelijk anders zijn dan de samenstelling en eigenschappen van de Tempur-matrassen (stuk C.2 van appellante).

– *“De Tempurmatrassen zijn duurder en vereisen een speciale lattenbodem.”*

Deze bewering omvat een duidelijke vergelijking tussen de Newpur- en de Tempur-matrassen.

Ook hier wordt niet aan de voorwaarden inzake vergelijkende reclame voldaan. De Tempur-matrassen vereisen immers geen speciale lattenbodem, minstens wordt dit niet bewezen of zelfs maar aannemelijk gemaakt. Dergelijke foutieve informatie aan de consument meedelen, kan tot de beïnvloeding van zijn aankoopbeslissing leiden. Deze vergelijkende reclame is misleidend.

Bovendien stellen geïntimeerden (De Matrassenkoning) in deze vergelijking zogezegde ongemakken en onvolkomenheden van de Tempur-matrassen in het licht. Daardoor wordt schade toegebracht aan de reputatie van Tempur.

Indien geïntimeerden (De Matrassenkoning) menen dat zij gerechtigd zijn reclame te voeren waarin zij verwijzen naar de beweerdte nadelen van de Tempur-producten, moeten zij ingevolge artikel 103 WMPC kunnen aantonen dat deze nadelen reëel zijn, hetgeen zij niet doen.

Het hof besluit dat de systematische verwijzing door de verkopers van verschillende winkels van De Matrassenkoning, naar Tempur en de Tempur-producten, gecombineerd met de gezochte gelijkenissen tussen de merken van Tempur en het door De Matrassenkoning gekozen onderscheidingsteken, aantonen dat De Matrassenkoning de verwarring met Tempur doelbewust zoekt. Zij lijkt er op uit om te profiteren van de naambekendheid van Tempur om op deze wijze snel een goede positie op de markt te veroveren.

Een van De Matrassenkoning-verkopers stelde uitdrukkelijk dat het ‘eigenlijk dezelfde producten zijn’. De producten worden dus niet voldoende onderscheiden. Mogelijks halen de verkopers van De Matrassenkoning de Tempur-producten niet naar omlaag. Ze halen echter in elk geval en ten onrechte (door de foutieve vergelijking) de eigen producten naar omhoog.

53. Appellante voert aan dat er tevens sprake is van een oneerlijke en misleidende marktpraktijk.

Artikel 91, 13° WMPC bepaalt dat onder alle omstandigheden als oneerlijk beschouwd wordt, de misleidende handelspraktijk die erin bestaat “een product dat lijkt op een door een bepaalde fabrikant vervaardigd product op een zodanige wijze te 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”. Ook onder de handelspraktijkenwet was dergelijke gedraging reeds verboden, vermits zij misleidend is.

De verkopers van De Matrassenkoning promoten bij de consument, op zoek naar een nieuwe matras, de Newpur-matras op een zodanige wijze dat doelbewust bij de consument de indruk wordt gewekt dat deze Newpur-matras ook door appellante werd vervaardigd als een zogenaamde *bis-* of nieuwe lijn.

Door een verkoopster van De Matrassenkoning in Sint-Martens-Latem werd immers meegedeeld dat de Newpur-producten dezelfde zijn als de Tempur-producten.

Door de verkoper van De Matrassenkoning in Dendermonde werd meegedeeld dat de Newpur-matrassen van dezelfde materialen zijn gemaakt als deze van het merk Tempur.

Zodoende gaven deze verkopers aan de klant de indruk dat de Newpur-producten door appellante zijn vervaardigd.

54. Het hof besluit dat een inbreuk vaststaat vanwege geïntimeerden op artikel 91, 13° WMPC en op artikel 19, § 1, 1°, 3°, 4°, 5°, 7° en 8° WMPC, waardoor geïntimeerden zich schuldig maken aan verboden vergelijkende reclame (art. 19, § 2 WMPC).

Deze inbreuken maken tevens een inbreuk uit op artikel 95 WMPC, aangezien ze tevens daden uitmaken die strijdig zijn met de eerlijke marktpraktijken waardoor geïntimeerden de beroepsbelangen van appellante schaden of kunnen schaden. De door geïntimeerden gestelde daden kunnen immers onder

meer leiden tot een daling van de verkoop door appellante, waardoor zij een omzetverlies zou kunnen lijden en zodoende schade.

Het hof besluit op grond van hetgeen voorafgaat dat de vordering tot staking van appellante gegrond is wegens de hiervoor bewezen geachte inbreuken door geïntimeerden op de WMPC.

55. Ook de hiervoor weerhouden inbreuken door geïntimeerden op de merkenrechten van appellante, waarvan de staking wordt bevolen op grond van de artikelen 2.20.1.b. BVIE, 9.1.b) GMV en 2.20.1.d. BVIE, maken daden uit die in strijd zijn met artikel 95 WMPC, met name daden die strijdig zijn met de eerlijke marktpraktijken waardoor geïntimeerden de beroepsbelangen van appellante kunnen schaden (*cf. supra*).

56. Dat er in casu sprake zou zijn van een volledig “kopiëren door geïntimeerden (De Matrassenkoning) van het commercieel aanbod van appellante”, wordt door appellante echter niet bewezen.

De gevorderde publicatie van dit arrest

57. Appellante vordert de publicatie van dit arrest teneinde een einde te maken aan de gevolgen van de inbreuken, waaronder het verlies aan exclusiviteit dat Tempur lijdt.

Appellante voert aan dat de gevorderde publicatie des te belangrijker is omdat De Matrassenkoning onder de inbreukmakende tekens uitvoerig reclame heeft gevoerd voor haar producten en dat deze reclame zonder twijfel een ruim publiek heeft bereikt (zie bv. stuk B.11 van appellante). Het is in hoofde van dit ruime publiek dat de gevolgen van de inbreuken dienen te worden ongedaan gemaakt en de exclusieve band tussen de Tempur-producten en de Tempurmerken dient te worden hersteld. Dit is volgens appellante enkel mogelijk door een publicatie zoals gevorderd.

58. In casu is het gelet op de concrete omstandigheden van de zaak aannemelijk dat de uitwerking van de gewraakte daden en inbreuken die door geïntimeerden gesteld werden, nog niet of minstens niet helemaal heeft opgehouden.

Het hof oordeelt dat het verzoek tot publicatie van appellante gegrond is in de mate waarin het het dispositief van dit arrest betreft.

De gerechtskosten

59. Appellante verzoekt het hof om geïntimeerden solidair te veroordelen in de kosten van het geding, met inbegrip van een rechtsplegingsvergoeding begroot op 5.000 EUR (eerste aanleg) en 5.000 EUR (beroepsprocedure).

Zij voert terecht aan dat een verhoging van het basistarief van de rechtsplegingsvergoeding in casu gerechtvaardigd is door de gespecialiseerde materie, het groot aantal feiten dat aan de beoordeling van het hof wordt voorgelegd en de uit-

voerig gevoerde argumentaties, kortom gelet op de complexiteit van de zaak.

De vordering van appellante is een vordering tot staking. De basisrechtspiegingsvergoeding voor dergelijke procedure bedraagt, na indexatie 1.320 EUR. Gelet op de complexiteit van de zaak, wordt de rechtspiegingsvergoeding in casu echter verhoogd tot het door appellante gevorderde bedrag van 5.000 EUR, dat ingevolge indexatie thans 5.500 EUR bedraagt.

60. Appellante vordert kosten van vertaling (in het Frans) van het verzoekschrift tot hoger beroep.

Het verzoekschrift tot hoger beroep diende vertaald te worden in het Frans ten behoeve van eerste, tweede en vierde geïntimeerden.

Appellante kan aanspraak maken op de gevorderde kosten van vertaling.

Om deze redenen:

HET HOF, rechtdoende na tegenspraak,

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

Verklaart het hoger beroep en het incidenteel beroep ontvanke-lijk;

Verklaart het incidenteel beroep ongegrond;

Verklaart het hoger beroep gegrond in de hierna bepaalde mate:

Hervormt het bestreden vonnis als volgt:

Zegt voor recht dat Bemo NV, Dauphin BVBA, Klaas Vaak BVBA en Gobrel NV inbreuk maken op de merkrechten van Tempur, door producten onder het woordteken Newpur en het gecombineerd woord/beeldteken Newpur te koop aan te bieden in hun winkels, dan wel via Internet, in de handel te brengen of daartoe in voorraad te hebben, dan wel het teken Newpur te gebruiken in reclame of in een domeinnaam;

Beveelt de staking van het gebruik van het woordteken Newpur en het gecombineerd woordbeeldteken Newpur;

Legt het verbod op aan Bemo NV, Dauphin BVBA, Klaas Vaak BVBA en Gobrel NV om, op welke wijze dan ook, rechtstreeks dan wel onrechtstreeks, nog verder producten te koop aan te bieden, in de handel te brengen of daartoe in voorraad te hebben, onder het woordteken Newpur of het gecombineerd woordbeeldteken Newpur, of het woordteken Newpur of het gecombineerd woordbeeldteken Newpur te gebruiken in reclame, in een domeinnaam, handelsnaam of anderszins, onder verbeurte van een dwangsom van 1.000 EUR per inbreuk en per dag dat de inbreuk blijft bestaan, alsook onder verbeurte van een dwangsom van 1.000 EUR per materiële drager waarop de inbreuk voorkomt, vanaf de achtste dag volgend op de betekening van dit arrest;

Stelt vast dat door in het kader van verkoopsgesprekken, dan wel in reclame, naar Tempur of de Tempur-producten te verwijzen, en meer bepaald te stellen of te suggereren:

– dat er identiteit is tussen de eigen producten en deze van Tempur, dan wel tussen het materiaal van de eigen producten en deze van Tempur; of

– dat de producten van Tempur ‘*een speciale lattenbodemp vereisen*’,

Bemo NV, Dauphin BVBA, Klaas Vaak BVBA en Gobrel NV zich schuldig maken aan het maken van ongeoorloofde vergelijkende reclame, minstens aan misleidende en/of verwarringsstichtende reclame;

Beveelt de staking van deze ongeoorloofde vergelijkende reclame, minstens misleidende en/of verwarringsstichtende reclame;

Legt dienaangaande Bemo NV, Dauphin BVBA, Klaas Vaak BVBA en Gobrel NV het verbod op om, op welke wijze ook, rechtstreeks dan wel onrechtstreeks, in het kader van verkoopsgesprekken, dan wel in reclame, nog naar Tempur of de Tempur-producten te verwijzen, en meer bepaald te stellen of te suggereren:

– dat er identiteit is tussen de eigen producten en deze van Tempur, dan wel tussen het materiaal van de eigen producten en deze van Tempur; of

– dat de producten van Tempur ‘*een speciale lattenbodemp vereisen*’,

dit, onder verbeurte van een dwangsom van 1.000 EUR per inbreuk en per dag dat de inbreuk blijft bestaan, alsook onder verbeurte van een dwangsom van 1.000 EUR per materiële drager waarop de inbreuk voorkomt, vanaf de betekening van dit arrest;

Stelt vast dat de concrete te koop aanbieding door Bemo NV, Dauphin BVBA, Klaas Vaak BVBA en Gobrel NV van producten samengaand met de vastgestelde merkinbreuken, de onrechtmatige vergelijkende reclame, de misleidende of verwarringsstichtende reclame, elk jegens Tempur, in hun winkels en op het Internet, een met de eerlijke marktpraktijken strijdige daad is.

Beveelt de staking van deze oneerlijke marktpraktijk;

Legt dienaangaande Bemo NV, Dauphin BVBA, Klaas Vaak BVBA en Gobrel NV het verbod op om, op welke wijze ook, rechtstreeks dan wel onrechtstreeks, nog verder producten te koop aan te bieden of in de handel te brengen onder de in dit arrest geschetste omstandigheden, met name samengaand met de weerhouden merkinbreuken, de onrechtmatige vergelijkende reclame, de misleidende/verwarringsstichtende reclame, elk jegens Tempur, onder verbeurte van een dwangsom van 1.000 EUR per inbreuk en per dag dat de inbreuk blijft bestaan, alsook onder verbeurte van een dwangsom van 1.000 EUR per materiële drager waarop de inbreuk

voorkomt, vanaf de achtste dag volgend op de betekening van dit arrest;

Laat de publicatie toe van het dispositief van dit arrest in twee nationaal verspreide dag- of weekbladen naar keuze van appellante, op kosten van Bemo NV, Dauphin BVBA, Klaas Vaak BVBA en Gobrel NV, op eenvoudig vertoon van de facturen, waarbij Bemo NV, Dauphin BVBA, Klaas Vaak BVBA en Gobrel NV solidair gehouden zijn tot betaling van de facturen;

Stelt de kosten van de procedure voor de eerste rechter vast zoals hierna bepaald en veroordeelt geïntimeerden solidair in deze kosten;

Bevestigt voor het overige het bestreden vonnis.

Veroordeelt Bemo NV, Dauphin BVBA, Klaas Vaak BVBA en Gobrel NV solidair in de kosten van de beroepsprocedure;

Stelt de kosten van de procedure voor de eerste rechter en van de beroepsprocedure vast voor appellante op 5.500 EUR (rechtsplegingsvergoeding procedure eerste aanleg) + 5.500 EUR (rechtsplegingsvergoeding beroepsprocedure) + 1.126,06 EUR (kosten dagvaarding) + 2.085,68 EUR (kosten vertaling beroepsakte) + 186 EUR (rolrechten hoger beroep).

(...)

Noot

Zie noot redactie op p. 573 en 574.