

# BESCHERMING TEGEN LOOK-ALIKES

Paul Maeyaert

Extract uit Liber Amicorum Michel  
Flamée, Die Keure, Brugge 2017, p. 105-  
121

# Bescherming tegen look-alikes: een pleidooi voor schrapping van art. 2.19 BVIE<sup>1</sup>

PAUL MAEYAERT \*

## I. Inleiding

1. Deze bijdrage gaat na in welke mate het nabootsen van het uiterlijk van een product en de grafische elementen van een etiket of verpakking van een product die niet beschermd zijn door een intellectueel eigendomsrecht verboden kunnen worden op grond van andere rechtsgronden, met name de bepalingen van boek VI van het WER (“Marktpraktijken en consumentenbescherming”).

2. Er bestaat geen juridische definitie van een ‘look-alike’. Over het algemeen gaat het om een intentionele imitatie of nabootsing van de ‘look and feel’ van een succesvol merkproduct waarbij de meest aantrekkelijke en relevante visuele grafische - en of woordelementen die deel uitmaken van de trade dress worden overgenomen. Hierbij zal degene die zich “inspireert” op het originele product er vaak over waken dat de intellectuele eigendomsrechten worden gerespecteerd. Het product zal meestal een ander woordmerk hebben en inzake vormgeving en “look and feel” worden de grenzen van het toelaatbare opgezocht. Look-alike producten kunnen meestal quasi perfect fungeren als ‘substituut’ van het originele merkproduct. Zo zijn de look-alike drank- en voedingsproducten overigens meestal quasi-identiek qua ingrediënten en smaak. Gezien het look-alike product vaak goedkoper is, wordt de reputatie en de marktpositie van het originele product uiteraard aangetast.

---

\* PAUL MAEYAERT, advocaat aan de balie te Brussel, docent “European Trademark Law” Ulg (LLM in EU competition and intellectual property law).

<sup>1</sup> Artikel 2.19 van het Benelux Verdrag inzake Intellectuele Eigendom (hierna “BVIE”) (Wet van 22 maart 2006 houdende instemming met het Benelux Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom (merken, tekeningen en modellen), BS 26 april 2006) luidt als volgt: “Behoudens de houder van een algemeen bekend merk in de zin van artikel 6bis van het Verdrag van Parijs kan niemand, welke vordering hij ook instelt, in rechte bescherming invoeren voor een teken, dat als merk wordt beschouwd in de zin van artikel 2.1, lid 1 en 2, tenzij hij zich kan beroepen op een inschrijving van het door hem gedeponeerde merk. In voorkomend geval wordt de niet-ontvankelijkheid ambtshalve door de rechter uitgesproken. De bepalingen van deze titel laten onverlet het recht van gebruikers van een teken, dat niet als merk wordt beschouwd in de zin van artikel 2.1, lid 1 en 2, om de bepalingen van het gemene recht in te roepen voor zover dit toestaat zich te verzetten tegen onrechtmatig gebruik van dit teken.”

3. Een studie van de Europese Commissie getiteld ‘The impact of private labels on the competitiveness of the European food supply chain’<sup>2</sup> toont aan dat het kielzog varen en aanhaken van huismerken bij succesvolle marktleiders om de door het merkartikel opgeroepen kenmerken over te dragen (de zogenaamde ‘imagotransfer’) bezwaren opwekt gezien de consumenten kunnen denken dat het kopie-artikel dezelfde samenstelling en dus dezelfde reputatie heeft, hetgeen vaak niet het geval is.<sup>3</sup>

4. Deze bijdrage zal zich, voornamelijk aan de hand van de rechtspraak van het laatste decennium, concentreren op de interactie tussen de regels van het merkenrecht en de regels inzake eerlijke mededinging om vervolgens na te gaan of het bestaande artikel 2.19 BVIE (“geen bescherming zonder merkdepot”) niet beter dient geschrapt te worden.

## II. Afbakening van de problematiek inzake reflexwerking

5. Inzake look-alikes stelt zich dus de vraag of men bescherming kan invoeren voor een teken op grond van de beginselen inzake eerlijke marktpraktijken bij gebreke aan intellectueel eigendomsrechtelijke bescherming.

---

<sup>2</sup> Europese Commissie, “The Impact of Private Labels on the Competitiveness of the European Food Supply Chain”, *EC Research Report*, 2011, [http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en\\_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=NB3111016](http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=NB3111016).

<sup>3</sup> De conclusies van deze studie staan overigens haaks op overweging 14 in de preambule van Richtlijn 2005/29/EG waarin werd gesteld dat look-alike producten enkel kunnen worden verboden indien de gelijkenis bij de consument *verwarring* doet ontstaan over de commerciële oorsprong van het product. De recentere studie van de Europese Commissie lijkt evenwel aan te tonen dat niet alleen aan het ‘verwarringstichtende’ aspect maar ook aan het aspect ‘parasitaire mededinging’ een belangrijke plaats moet worden toegekend.

a. Vrijheid van handel staat niet gelijk aan vrijheid van kopie

6. Bijna alle Belgische auteurs<sup>4</sup> stellen, m.i. volledig ten onrechte, dat de ‘vrijheid van kopie’ het corollarium is van de vrijheid van handel en nijverheid zoals dit rechtsbeginsel in België destijds was ingekapseld in artikel 7 van het Decreet d’Allarde van 2/17 maart 1791 en onlangs opgenomen werd in artikel II.3 WER (“Ieder is vrij de economische activiteit van zijn keuze uit te oefenen”). Het zogenaamde principiële recht om zijn concurrenten, bij gebreke aan enig intellectueel eigendomsrecht, na te bootsen kan men nochtans onmogelijk uit deze wettelijke bepaling afleiden. Het lijkt er bijgevolg op dat de “vrijheid van kopie” als het ware een eigen leven is gaan leiden waarbij de ene auteur de andere kopieert...

7. Economische vrijheid staat niet gelijk met vrijheid van kopie<sup>5</sup>. Alhoewel GOTZEN de intellectuele eigendomsrechten op een poëtische wijze beschreef als eilanden van exclusiviteit in een zee van vrije mededinging<sup>6</sup> dient eraan toegevoegd te worden dat deze vrijheid niet absoluut is.

---

<sup>4</sup> Zie o.a. A. DE CALUWÉ, A.C. DELCORDE en X. LEURQUIN, *Les Pratiques du Commerce*, Brussel, Larcier, 1990, nr. 11.38 en 25.20; P. DE VROEDE, “Kronkelgedachten bij het kopieerrecht van wettelijk niet beschermde creaties en/of prestaties” in *Van alle markten: Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 365; alhoewel de auteur toch (terecht) besluit op p. 366 dat “het slaafs kopiëren of imiteren een vorm is van intellectuele diefstal die als dusdanig dient verboden te worden”; F. GOTZEN, “De norm van de eerlijke gebruiken en de intellectuele rechten” in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De Nieuwe Wet Handelspraktijken*, Brussel, Kluwer, 1992, 262; J. STUYCK, “Vrijheid van mededinging en intellectuele rechten: praktische problemen in de grijze zone tussen verboden nabootsing en toegelaten kopie” in F. GOTZEN (ed.), *Marques et concurrence*, Brussel, Bruylant, 1998, 15; M. BUYDENS, “La sanction de la ‘piraterie de produits’ par le droit de la concurrence déloyale” *JT* 1993, 118 e.v.; G. LONDERS, “onrechtmatig imiteren, kopiëren en aanhaken” in J. STUYCK (ed.), *Handelspraktijken anno 1996*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 192 e.v.; D. MERTENS, “Het Hof van Cassatie over “parasitaire mededinging” en “aanhaking”, scherpstelling of genadeschot?” (noot onder Cass. 29 mei 2009), *RW* 2010-11, 1563; I. VEROUGSTRAETE, “Praktijken strijdig met de eerlijke gebruiken” in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De Nieuwe Wet Handelspraktijken*, Brussel, Kluwer, 1992, 140; A. HALLEMANS en V. WELLENS, “Hoe optreden tegen imitatie van prestaties die niet door intellectuele rechten zijn beschermd?” *RW* 2011-12, 1406; B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle - Tome 1 - Nature Juridique*, Brussel, Larcier, 2016, 211-395 (titre II – La propriété intellectuelle: principe ou exception) en 272 alwaar de auteur de vrijheid van kopie zelfs beschrijft als één van de basisbeginselen van de Belgische economische openbare orde.

<sup>5</sup> Zie A. TSOUTSANIS “Slaafse nabootsing: over snelle scooters, nijvere namaak en de klakkeloze kopie”, *BIE* 2007, 571 e.v.; Overigens als er geen *principieel* recht bestaat om na te bootsen, te kopiëren of onrechtmatig aan te haken, aan te leunen, te parasiteren, te profiteren, dan hoeft men ook zijn heil niet langer te zoeken in de figuur van ‘rechtsmisbruik’. Rechtsmisbruik kan immers enkel toegepast worden indien men uitgaat van de “vrijheid van kopie” waarbij het kopiëren onrechtmatig wordt wanneer het nadeel dat diegene die gekopieerd wordt lijdt in disproportie staat met het voordeel dat de kopieerder nastreeft. Zie G. LONDERS, “onrechtmatig imiteren, kopiëren en aanhaken” in J. STUYCK (ed.), *Handelspraktijken anno 1996*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 205; Brussel 7 december 2006, *TBH* 2007, 580, noot V. WELLENS.

<sup>6</sup> F. GOTZEN, “De norm van de eerlijke gebruiken en de intellectuele rechten” in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De Nieuwe Wet Handelspraktijken*, Brussel, Kluwer, 1992, 263; M. GOTZEN, *Vrijheid van beroep en bedrijf en onrechtmatige mededinging*, Brussel, Larcier, 1963, nr. 914.

8. Binnen het kader van de vrijheid van handel moet men dus niet alleen de regels inzake intellectuele rechten respecteren doch evenzeer de regels inzake eerlijke mededinging.

9. Een en ander betekent niet dat kopiëren in alle omstandigheden verboden is. In die zin kunnen alle marktdeelnemers uiteraard tekens die geen onderscheidend vermogen hebben of louter beschrijvend zijn, alsmede vormen die expliciet van merk- of modelbescherming uitgesloten zijn<sup>7</sup> ‘op zich’ gebruiken in het economisch verkeer. Zo zijn bepaalde verpakkingsvormen “standaard” en kunnen zij dus vrij door alle marktdeelnemers worden gebruikt. Hetzelfde geldt voor het gebruik van louter beschrijvende woorelementen. Het mag dus geenszins de bedoeling zijn om 3D-vormen en 2D-tekens die “op zich” wettelijk geen intellectuele eigendomsrechtelijke bescherming mogen genieten via de regels inzake oneerlijke marktpraktijken een nieuw “quasi-monopolie”<sup>8</sup> te verlenen via de bepalingen van het WER. Dit betekent evenwel niet dat derden door het gebruik van dergelijke tekens in combinatie met andere woord-, grafische-, kleur- of vormelementen, zich niet schuldig kunnen maken aan parasitaire mededinging en/of misleidende en verwarringstichtende handelspraktijken. De slaafse nabootsing van tekens, vormen en verpakkingen die wettelijk van intellectuele eigendomsbescherming zijn uitgesloten of gebruikelijk zijn geworden in de sector kan onrechtmatig zijn als er *begeleidende omstandigheden* aanwezig zijn waardoor ze als *parasitaire mededinging* kunnen worden gekwalificeerd<sup>9</sup> (zie hierna randnummers 18 e.v.).

---

<sup>7</sup> Kunnen geen merk zijn: tekens die *uitsluitend* bestaan uit (i) de vorm die, of een kenmerk dat, door de aard van de waren wordt bepaald, (ii) de vorm van de waren die, of een ander kenmerk van de waren dat, noodzakelijk is om een technische uitkomst te verkrijgen en (iii) de vorm die, of een ander kenmerk dat, een wezenlijke waarde aan de waren geeft (artikel 2.1.2 BVIE); Kunnen geen model zijn: de uiterlijke kenmerken van een voortbrengsel die (i) uitsluitend door de technische functie worden bepaald (ii) de uiterlijke kenmerken van een voortbrengsel die noodzakelijkerwijs in precies dezelfde vorm en afmetingen gereproduceerd moeten worden om het voortbrengsel waarin de tekening of het model verwerkt is of waarop het toegepast is, mechanisch met een ander voortbrengsel te kunnen verbinden of om het in, rond of tegen een ander voortbrengsel te kunnen plaatsen, zodat elk van beide voortbrengselen zijn functie kan vervullen (artikel 3.2 BVIE); J. MUYLDERMANS, “Bescherming van een vorm”, *Ing. Cons.* 2016, 320 e.v. met name 343-350; zie ook P. MAEYAERT, “De geldigheidsvereisten van een vormmerk” in *Liber Amicorum Aimé De Caluwé*, Brussel, Bruylant, 1995, 301-314 en meer specifiek 309 e.v. waar de auteur destijds heeft gepleit dat de bepalingen inzake oneerlijke handelspraktijken bij gebreke aan een vormmerk geen *aanvullende* bescherming kunnen bieden maar enkel een ‘eigen’ identiteitsbescherming, t.t.z. een bescherming tegen verwarring naar de oorsprong en herkomst van het product op grond van de regels inzake parasitaire mededinging (onder het toenmalig art. 93 en 94 WHPC) en verwarringstichtende reclame (onder het toenmalig art. 23 WHPC).

<sup>8</sup> Zie V. CASSIERS, “La protection du savoir-faire de l’entreprise”, in E. CORNU en J-F NEVEN (eds.), *Le patrimoine intellectuel de l’entreprise*, Brussel, Larcier, 2010, 107 e.v.; A. PUTTEMANS, o.c., *Jb. Hand.* 2007, 489; M. BUYDENS, o.c., *JT* 1993, 118 e.v.

<sup>9</sup> Zie P. MAEYAERT, “Houdt het vorm-monopolie van LEGO stand?”, *IRDI* 1997, 68.

b. Samenloop reflexwerking en aanvullende werking

10. Er is sprake van samenloop van rechtsbescherming<sup>10</sup> indien een teken dat werd ingeschreven als merk tegelijkertijd ook beschermd wordt op grond van andere IE-rechten (met name handelsnaamrechten, tekeningen en modellen of auteursrechten<sup>11</sup>) en/of de bepalingen inzake oneerlijke mededinging. Er bestaan talrijke voorbeelden in de rechtspraak waarbij de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel in zijn hoedanigheid van stakingsrechter de staking van een inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht en in bijkomende orde ook de staking van oneerlijke marktpraktijken beveelt<sup>12</sup>. Dit is ook logisch. Een inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht is *per definitie* een oneerlijke marktpraktijk in de zin van artikel VI. 104 WER en dus een onrechtmatige daad.<sup>13</sup>

11. Pas indien er geen intellectueel eigendomsrechtelijke bescherming voorhanden is komt de theorie van de (negatieve)<sup>14</sup> reflexwerking<sup>15</sup> om de hoek kijken. De aanhangers van de reflexwerking<sup>16</sup> stellen dat een teken dat aan de materieelrechtelijke voorwaarden voor

---

<sup>10</sup> Voor een duidelijke positionering van deze problematiek zie: R. VAN DEN BERGH, “Samenloop, reflexwerking en aanvullende werking van intellectuele eigendomsrechten en de algemene norm inzake eerlijke handelsgebruiken”, *RW* 1978-79, 1745-1767.

<sup>11</sup> Over de samenloop van het merkenrecht en het auteursrecht, zie V. VANOVERMEIRE, “Samenloop en uitputting. Zijn we al aan de grens?”, *IRDI* 2000, 80.

<sup>12</sup> Zie P. MAEYAERT en D. ARNAUT, “Handhaving van intellectuele rechten in het wetboek van economisch recht” in J. ROESENS en Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel (eds.), *Transacties en geschillenbeslechting in het Wetboek Economisch Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 187-250, met name p. 197 e.v.

<sup>13</sup> Brussel 24 november 2015, *IRDI* 2016, 14 (29); Zie ook Brussel 28 mei 2013, *IRDI* 2013, 212; *Ing. Cons.* 2013, 541.

<sup>14</sup> Het woord “negatief” werd door C.A. BOUKEMA, een halve eeuw geleden, als volgt uitgelegd: “een norm kan een bepaald gebied uitputtend regelen. Indien die norm niet van toepassing is op concrete rechtsfeiten zullen de rechtsgevolgen van andere normen *niet* kunnen intreden of slechts onder bepaalde *normatief* gekwalificeerde voorwaarden”; (C.A. BOUKEMA, *Civielrechtelijke samenloop in het bijzonder tussen artikel 1401 B.W. en andere wetsbepalingen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1966, p. 52 e.v.)

<sup>15</sup> Over de oorsprong van de term “reflexwerking” zie A. NUYTS, “La théorie de l’effet réflexe” in G. DE LEVAL en M. STORME (eds.), *Le droit judiciaire et processuel européen*, Brussel, die Keure, 73 e.v.; voor een recent grondig overzicht van rechtspraak en rechtsleer inzake reflexwerking: zie B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle - Tome 1 - Nature Juridique*, Brussel, Larcier, 2016, 211-395 (titre II – La propriété intellectuelle: principe ou exception) en in het bijzonder: 343-395 (section 2 – “Effet réflexe du droit des marques et risque de confusion); ook V. WELLENS, *Doorwerking van de intellectuele rechten in de Wet Handelspraktijken*, Brussel, Larcier, 2007, 6 e.v.; A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, Brussel, Bruylant, 2000, 398 e.v.

<sup>16</sup> Zie J. STUYCK, “Beginselen van Belgisch Privaatrecht XIII – Handels- en economisch recht. Deel 2: Mededingingsrecht: A. Handelspraktijken, Kluwer 2015, 123, nr. 99; F. GOTZEN, “De norm van de eerlijke gebruiken en de intellectuele rechten” in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De nieuwe wet Handelspraktijken*, Brussel, Kluwer, 1992, 264; A. PUTTEMANS, “Droits intellectuels et commerce déloyale p. 13 – Copie de rosaces ou de kayaks: halte à la derive!” (noot onder Luik 11 mei 2007), *Jb. Hand.* 2007, 489-501; A. BRAUN, *Précis des marques*, vierde uitg., Brussel, Larcier, 2004, 288-292, nr. 273-275 en 323, zie ook nr. 350, met verwijzing naar het *ça-va-seul* arrest van het Hof van Cassatie

merkbescherming voldoet, doch niet werd gedeponereerd, geen aanspraak kan maken op *eenzelfde* bescherming via de beginselen inzake eerlijke marktpraktijken<sup>17</sup>. De aanhangers van een restrictieve interpretatie van de leer van de reflexwerking laten wel ruimte voor een aanvullende bescherming via het WER indien er sprake is van begeleidende omstandigheden die de daad van aanhaken of nabootsen onrechtmatig maken. Het gaat hier dan in de meeste gevallen om begeleidende handelingen die misleidings- of verwarringsrisico met zich meebrengen<sup>18</sup>. In zijn doctoraatsthesis<sup>19</sup> gaf Michel FLAMÉE meer dan dertig jaar geleden reeds een mooi overzicht van de stand van de rechtsleer en rechtspraak inzake de negatieve reflexwerking van privaatieve rechten. Michel zelf leunde aan bij de voorstanders van een *restrictieve* interpretatie van de negatieve reflexwerking t.t.z. tenzij de wetgever bepaalde tekens of producten uitdrukkelijk van privaatieve bescherming uitsluit blijft bescherming via het gemeen recht mogelijk. Het is de bedoeling van deze bijdrage om thans, zoveel decennia later, na te gaan of zijn mening stand heeft gehouden. Hierbij stel ik mij voornamelijk de vraag of de theorie van de reflexwerking sowieso niet achterhaald is en of er, los van de bescherming tegen misleidings- of verwarringsrisico, ook een aanvullende bescherming bestaat tegen parasitaire mededinging.

12. Er is sprake van aanvullende bescherming via de beginselen inzake eerlijke marktpraktijken indien er bijvoorbeeld geen merkbescherming is voor specifieke tekens die in principe als merk kunnen dienen, doch niet werden gedeponereerd omdat ze geweigerd werden of zouden worden. Er is dus geen *samenloop* met merkbescherming. In het geval van look-alike producten gaat het vaak om een productverpakking die qua vormgeving, gebruik van woorden of lettertype, kleurencombinatie en grafische of figuratieve elementen onrechtmatig aanhaakt bij de verpakking die de (meestal succesvolle) concurrent eerder op de markt heeft gebracht. In dit geval zal deze laatste soms geen merkbescherming kunnen invoeren voor de individuele “op zich” - in merkenrechtelijke zin - niet onderscheidende grafische- en vormingselementen, maar zal de overname van de globale “look and feel” aanleiding geven tot aanvullende werking van het WER. Zo zullen de regels van het WER inzake oneerlijke ‘markt’praktijken toegepast kunnen worden op look-alikes die te koop worden aangeboden.

---

(Cass. 16 maart 1939, *Ing. Cons.* 1939, 44); E. DE GRUYSE, “Verpakking van producten: merk, reclame of beide?”, *Jb. Hand.* 2003, 134.

<sup>17</sup> Zie ook de conclusie van Advocaat-Generaal J.F. LECLERCQ in zaak A 2009/3 van het Benelux Gerechtshof, 23 december 2010.

<sup>18</sup> Zie o.a. A. PUTTEMANS, “Droits intellectuels et commerce déloyale – Copie de rosaces ou de kayaks: halte à la derive!” (noot onder Luik 11 mei 2007), *Jb. Hand.* 2007, 494.

<sup>19</sup> M. FLAMÉE, *Octrooibaarheid van Software: Rechtsvergelijkende Studie: België, Nederland, Frankrijk, de Bondsrepubliek Duistland, Groot-Brittannië, de Verenigde Staten van Noord-Amerika en het Europees Octrooiverdrag*, Brugge, die Keure, 1985, 446; zie ook M. FLAMÉE, “Aspects actuels de la protection juridique logiciel au regard du droit belge”, *Ing. Cons.* 1995, 313 e.v. en meer specifiek de uiteenzetting m.b.t. de algemene reflexwerking op p. 334 e.v.

13. Zij het nog vermeld dat wanneer verpakkingselementen een zekere originaliteit vertonen er samenloop kan zijn van de bescherming op grond van het WER en de Auteurswet. Alhoewel vormen van verpakkingen vaak niet zullen voldoen aan de originaliteitsvereiste is het perfect mogelijk dat een *combinatie* van gekende en banale woord- en figuratieve elementen of zelfs van louter functionele elementen een werk, in casu de “look and feel” van een product, toch origineel kunnen maken.<sup>20</sup>

14. Hierna zal worden aangetoond dat de Belgische hoven en rechtbanken steeds vaker oordelen dat de ‘lay out’ en ‘look and feel’ van verpakkingen van producten - ook in afwezigheid van enig intellectueel eigendomsrecht - bescherming kunnen genieten op grond van de bepalingen inzake oneerlijke mededinging en reclame.<sup>21</sup>

iii. Recente tendensen bevestigen de aanvullende werking van het WER

15. Indien er nog onduidelijkheid was inzake de aanvullende werking van het WER bij gebreke aan bescherming via het merkenrecht heeft het Hof van Justitie in elk geval duidelijke taal gesproken in het Lego-arrest<sup>22</sup> waarin bescherming van het legoblokje als vormmerk weliswaar geweigerd werd, maar waarin het Hof in niet mis te verstane bewoordingen het volgende stelde: *“In deze omstandigheden kan de positie van een onderneming die een technische oplossing heeft ontwikkeld, ten opzichte van concurrenten die slaafse nabootsingen van de vorm van de waar op de markt brengen waarbij juist dezelfde oplossing wordt gebruikt, niet worden beschermd door de toekenning van een monopolie aan die onderneming door merkinschrijving van het driedimensionale teken bestaande uit die vorm, maar kan deze situatie - in voorkomend geval - worden onderzocht tegen de achtergrond van de regels inzake oneerlijke mededinging. Een dergelijk onderzoek behoort evenwel niet tot het voorwerp van het onderhavige geding.”*

16. De nieuwe Merkenrichtlijn<sup>23</sup> stelt uitdrukkelijk in overweging 40 dat de lidstaten de toepassing van andere rechtsregels op merken zoals de regels inzake oneerlijke mededinging, burgerlijke aansprakelijkheid of bescherming van de consument niet mogen uitsluiten. De bepalingen van Richtlijn 2005/29/EG van 11 mei 2005 betreffende de oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten<sup>24</sup> (hierna ‘Richtlijn Oneerlijke

---

<sup>20</sup> Zie o.m. Vz. Kh. Gent 12 januari 2009, A&M 2010, 67-68; Brussel 7 december 2007, *Ing. Cons.* 2008, 38; Vz. Kh. Brussel 27 november 1991, *Jb. Hand.* 1991, 505, noot P. MAEYAERT “Parasitaire concurrentie versus auteursrecht” (inzake een look-alike jobgids).

<sup>21</sup> Zie A. HALLEMANS en V. WELLENS, “Hoe optreden tegen imitatie van prestaties die niet door intellectuele rechten zijn beschermd?”, *RW* 2011-12, 1406-1422.

<sup>22</sup> HvJ 14 september 2010, C-48/09, *Lego Juris/BHIM-Mega Brands*, ECLI:EU:C:2010:516.

<sup>23</sup> Richtlijn EU/2015/2436 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2015 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der Lidstaten, PB L 336, 1-26.

<sup>24</sup> Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van

Handelspraktijken’) en Richtlijn 2006/114/EG inzake misleidende en vergelijkende reclame<sup>25</sup> (hierna ‘de Reclamerichtlijn’) blijven dus onverminderd van toepassing.

17. Overweging 41 van de Merkenrichtlijn wijst er bovendien nog eens op dat de lidstaten gebonden zijn door de bepalingen van het Verdrag van Parijs van 20 maart 1883 tot bescherming van de industriële eigendom (hierna ‘Unieverdrag van Parijs’)<sup>26</sup>. De Merkenrichtlijn mag geen afbreuk doen aan de verplichtingen van de lidstaten die uit dat verdrag en de TRIPs-overeenkomst voortvloeien.<sup>27</sup> In het kader van deze bijdrage gaat het vooral om de artikelen 10*bis*, 2) en 3), 1° van het Unieverdrag van Parijs. Deze bepalingen hebben rechtstreekse werking en kunnen op grond van artikel 2 van de goedkeuringswet van 26 september 1974 ingeroepen worden indien zij voordeliger zijn dan de Belgische wetgeving<sup>28</sup>.

#### **iv. Parasitaire mededinging en misleidende of verwarringstichtende marktpraktijken en/of reclame**

18. Uit de rechtspraak blijkt dat men zich bij de commercialisatie van look-alikes vaak schuldig maakt aan parasitaire mededinging en/of verwarringstichtende reclame. Beide rechtsgronden worden hierna onderzocht. Het past evenwel om in de eerste plaats een reeds veelbesproken cassatiearrest in zijn juiste context te plaatsen.

---

Richtlijnen 84/450/EEG, 97/7/EG, 98/27/eg en 2002/65/EG en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 (Richtlijn oneerlijke handelspraktijken), *PB L*, 11 juni 2005, 149.

<sup>25</sup> Richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame, *PB L*, 27 december 2006, 376.

<sup>26</sup> Zie artikel 4.7 BVIE.

<sup>27</sup> Zie ook HvJ 22 november 2007, C-328/06, *Alfredo Nieto Nuño*, ECLI:EU:C:2007:704, r.o. 5.

<sup>28</sup> Wet van 26 september 1974, *BS* 29 januari 1975, 869; zie ook inzake artikel 8 van het Unieverdrag van Parijs: P. MAEYAERT, “De bescherming van de handelsnaam en de vennootschapsnaam in België”, Brussel, Larcier, 2006, 23.

a. Het Cassatiearrest van 29 mei 2009<sup>29</sup>

19. In dit arrest kwam de mogelijke toepassing van de regels inzake oneerlijke mededinging bij gebreke aan enige intellectueel eigendomsrecht aan bod. Het Hof oordeelde als volgt : “Een daad waarbij een verkoper het aanbod van een andere marktdeelnemer in verband met diensten of producten nabootst is in beginsel toegelaten, tenzij de verkoper hierdoor, hetzij, een door de wetgeving op de intellectuele eigendom beschermd recht miskent, hetzij dit aanbod doet onder begeleidende omstandigheden die indruisen tegen de eisen van de eerlijke handelsgebruiken. *De verkoper die, zonder zelf een creatieve inspanning te leveren, rechtstreeks voordeel haalt uit belangrijke inspanningen of investeringen gewijd aan een creatie met economische waarde van een andere verkoper, begaat nog geen daad strijdig met de eerlijke handelsgebruiken.* De rechter kan nochtans op grond van het behalen van een voordeel om een andere reden dan het louter nabootsen, oordelen dat dit handelen onrechtmatig is. Die andere redenen bestaan niet alleen uit de miskennis van intellectuele eigendomsrechten of verwarringstichtende reclame maar kunnen elke vorm van onrechtmatig gedrag zijn”<sup>30</sup>.

20. Op het eerste gezicht lijkt het Hof van Cassatie de toenmalige “Londers-leer”<sup>31</sup> (hierboven cursief gedrukt) in één pennetrek te hebben gewist. Volgens LONDERS dient parasitaire mededinging - samengevat - te voldoen aan vier voorwaarden: (i) diegene die gekopieerd wordt heeft belangrijke inspanningen of investeringen gedaan, (ii) de aanhaker haalt er een rechtstreeks voordeel uit, (iii) de gekopieerde creatie heeft een economische waarde en (iv) de aanhaker heeft zelf niet de minste creatieve inspanning geleverd.

21. Bij nader inzicht liet het Hof van Cassatie de deur toch wijd open voor een aanvullende werking van het WER. Inderdaad, uit het arrest blijkt dat het slaafs nabootsen ook in afwezigheid van enig geldig intellectueel eigendomsrecht onrechtmatig kan zijn. Het Hof stelt

---

<sup>29</sup> Cass. 29 mei 2009, *Pas.* 2009, 1374; *Arr. Cass.* 2009, 1496; *A&M* 2009, 534; D. MERTENS, “Het Hof van Cassatie over “parasitaire mededinging” en “aanhaking”, scherpestelling of genadeschot?” (noot onder Cass. 29 mei 2009), *RW* 2010-11, 1561; H. DE BAUW, “Bescherming tegen namaak van goederen die niet beschermd zijn door een intellectueel eigendomsrecht” (noot onder Cass. 29 mei 2009), *Jb. Hand.* 2009, 325; A. CLERENS, “Parasitaire mededinging: naar een theorie van misbruik van het recht op kopie” (noot onder Cass. 29 mei 2009), *RABG* 2011, 3; *NjW* 2010, 154, noot R. STEENNOT; G. STRAETMANS, “Over parasitaire concurrentie en namaak” (noot onder Cass. 29 mei 2009), *DAOR* 2011, 283.

<sup>30</sup> Zij het benadrukt dat de onderliggende feiten niet zonder belang zijn om het cassatiearrest in zijn juiste context te plaatsen. *In casu* ging het om een onderneming die zich, bij gebreke aan een geldig octrooi ter bescherming van een productiemethode voor polyurethaan sierprofielen, op grond van de algemene bepaling van artikel VI.104 WER (toen artikel 95 WPMC) verzette tegen het misbruik van vertrouwelijke bedrijfsinformatie door ex-werknemers alsmede tegen de parasitaire mededinging en onrechtmatige aanhaking die het gevolg was van het gebruik van de toegeëigende knowhow. Deze situatie verschilt uiteraard enigszins van de problematiek die in deze bijdrage aan bod komt, met name de bescherming tegen look-alikes.

<sup>31</sup> G. LONDERS, “Onrechtmatig imiteren, kopiëren en aanhaken”, in J. STUYCK (ed.), *Handelspraktijken anno 1996*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 204-205; voor voorbeelden van rechtspraak in de periode 1989-2008 waarin de LONDERS-leer werd toegepast; zie H. DE BAUW, o.c., 334.

immers dat *elke vorm van onrechtmatig gedrag* verboden is: *enerzijds* de slaafse nabootsing waarvan het bestaan van begeleidende omstandigheden leidt tot de kwalificatie van ‘onrechtmatige daad’ in de zin van artikel 1382 BW of ‘oneerlijke marktpraktijk’ in de zin van artikel VI.104 WER<sup>32</sup> en *anderzijds* de schending van de vigerende bepalingen van het WER die een omzetting vormen van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken en de Reclamerichtlijn. Hierna wordt aangegeven in welke mate men in de strijd tegen look-alikes beroep kan doen op de leer inzake parasitaire mededinging, dan wel op de bepalingen die misleidende en verwarringstichtende reclame verbieden.

b. parasitaire mededinging

(i) Wettelijke bepalingen

22. Bij het invoeren van parasitaire mededinging zal men vaak beroep doen op de ‘catch all’ bepalingen van artikel 10bis, 2) van het Unieverdrag van Parijs en artikel VI.104 WER. Artikel 10 bis, 2) van het Unieverdrag van Parijs luidt als volgt: *“Elke daad van mededinging, strijdig met de eerlijke gebruiken in nijverheid en handel, levert een daad van oneerlijke mededinging op”*. Artikel VI.104 WER bepaalt: *“Verboden is elke met de eerlijke marktpraktijken strijdige daad waardoor een onderneming de beroepsbelangen van één of meer andere ondernemingen schaadt of kan schaden”*<sup>33</sup>. Daarnaast bepaalt artikel VI.93 WER dat: *“een handelspraktijk oneerlijk is wanneer zij: a) in strijd is met de vereisten van professionele toewijding en b) het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is of, indien zij op een bepaalde groep consumenten gericht is, het economische gedrag van het gemiddelde lid van deze groep, met betrekking tot het onderliggende product wezenlijk verstoort of kan verstoren”*<sup>34</sup>.

(ii) Rechtspraak

23. Ondertussen is de Belgische rechtspraak inzake look-alike producten, die de trade dress van bekende producten overnemen, geëvolueerd in die zin dat ‘imagotransfer’, t.t.z. de uitbuiting van de goede reputatie en het positief imago van het oorspronkelijke product als omstandigheid wordt gekwalificeerd die leidt tot de kwalificatie van parasitaire mededinging.

24. Het Hof van Beroep te Brussel verwoordde dit op een treffende wijze als volgt: *“Geïntimeerde heeft een oorspronkelijke creatieve inspanning geleverd voor het bepalen en creëren van de look and feel van haar betrokken producten. Geïntimeerde heeft grote en voortdurende investeringen gedaan om een goodwill met betrekking tot de door haar gecreëerde look and feel op te bouwen. Appellante heeft, niettegenstaande onnoemlijk veel*

---

<sup>32</sup> In bepaalde gevallen kan ook beroep gedaan worden op artikel VI.95 WER dat oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten verbiedt (artikel 5(2) Richtlijn 2005/29).

<sup>33</sup> In een B2B context.

<sup>34</sup> In een B2C context; Omzetting van artikel 5.2, a) en b) van de Richtlijn oneerlijke marktpraktijken.

andere mogelijkheden, zonder (het bewijs te leveren van) enige creatieve inspanning of investering, de look and feel die door geïntimeerde voor de betrokken producten gecreëerd werd, waarin zij in aanzienlijke mate geïnvesteerd heeft en waarvoor zij een goodwill opgebouwd heeft, voor de verpakking van haar eigen producten geïmplementeerd. (...) Deze implementatie is gebeurd op een dergelijke wijze dat het aannemelijk is dat het betrokken publiek (de gemiddelde, zijnde de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende, consument van de betrokken waren) de waren van appellante en deze van geïntimeerde als identiek zal waarnemen.(...) Zoals geïntimeerde aanvoert, eigent appellante zich door dit gebruik het imago en de reputatie van geïntimeerde toe. Appellante leidt de faam en de goodwill met betrekking tot de producten van geïntimeerde, die door deze laatste opgebouwd werd, naar haar eigen producten af. Het door geïntimeerde gelaakte nabootsen door appellante, in de hiervoor omschreven omstandigheden, maakt een vorm van onrechtmatig gedrag uit”<sup>35</sup>. Relevante rechtspraak bevestigt dat er sprake is van ‘begeleidende omstandigheden’ wanneer het kopiëren, naast het kopiëren op zich, als doel heeft de faam en de goodwill van de producten van een onderneming, die commerciële en financiële waarden hebben, af te leiden naar producten van een andere onderneming<sup>36</sup>. Onrechtmatige aanhaking of parasitaire mededinging veronderstelt dus steeds een soort van bijzonder oogmerk in hoofde van de inbreukmaker die de bedoeling heeft zich het imago en de positieve eigenschappen van het merkproduct op een onrechtmatige wijze toe te eigenen en te transfereren naar zijn eigen product.

---

<sup>35</sup> Brussel 21 maart 2011, *BMM Bull.* 2011, 92; *IRDI* 2011, 342; A. HALLEMANS en V. WELLENS, “Hoe optreden tegen imitatie van prestaties die niet door intellectuele rechten zijn beschermd?”, *RW* 2011-12, 1406-1422.

<sup>36</sup> Kh. Antwerpen 3 maart 2015, *IRDI* 2015, 171; *IEFbe* 1240; Vz. Kh. Brussel 29 oktober 2014, *Ing. Cons.* 2014, 696; *IRDI* 2015, 59 (inzake slaafse nabootsing van de X-vorm van kauwstokjes voor honden); Kh. Brussel 22 oktober 2014, *BMM Bull.* 2015, 8-9 (inzake de overname van de look and feel van tapijtkaarten); Luik 17 juni 2014, *Ing. Cons.* 2014, 586 (inzake de overname van de look and feel van tarotkaarten); Brussel 21 oktober 2013, *IRDI* 2014, 411; *Ing. Cons.* 2013, 845 (inzake de overname van de look and feel van de aankleding van een bierblikje); T. VAN INNIS, “Sterk en zwak”, *IRDI* 2014, 426; T. DE HAAN, “Le bleu peut être une couleur très inhabituelle”, *Ing. Cons.* 2013, 885; A. CLEERENS, “Criteria voor bekendheid en inburgering van een biermerk: een vat vol tegenstellingen” (noot onder vonnis a quo Vz. Kh. Brussel 6 juli 2012), *Ing. Cons.* 2012, 172 e.v.; Vz. Kh. Brussel, 4 november 2011, *IRDI* 2012, p. 190 (inzake de overname van de look and feel van de oranje etiketten van de champagne “Veuve Clicquot”); Vz. Kh. Antwerpen, 13 september 2011, A/11/06070, onuitg. (met betrekking tot een evenement georganiseerd onder dezelfde benaming (national ppp day), hetzelfde tijdstip en dezelfde stad aangekondigd via een website met quasi dezelfde lay-out); Brussel 21 maart 2011, *BMM Bull.* 2011, 92; *IRDI* 2011, 342 (inzake de overname van de look and feel van de blauwe Rizla verpakking); Brussel 23 juni 2009, A.R./2007/671, onuitg. (inzake de overname van de look and feel van een fles ‘kinderchampagne’); Brussel 7 december 2006, *Ing. Cons.* 2007, 334 (m.b.t. de overname van promotiemateriaal inzake de organisatie van evenementen); Vz. Kh. Kortrijk, 23 december 2004, onuitg. (overname van de look and feel van een landbouwtractor); Contra: geen inbreuk op de eerlijke handelspraktijken: Brussel 27 januari 2015, *IRDI* 2015, 157-167 (geen imago-transfer gelet op het verschillende totaalbeeld van beide chocoladeverpakkingen); Brussel 19 april 2012, *IEFbe* 689 (geen onrechtmatig voordeel door commercialisatie van quasi-identieke rijdende reclamepanelen); Brussel 17 maart 2010, *Jb. Markt.* 2010, 369-370; Gent 2 november 2009, *A&M* 2013, 106 (imitatie van de lay-out van bestekzakjes: geen parasitaire mededinging).

25. In die zin blijven de vier hogergenoemde voorwaarden van LONDERS (zie randnummer 20) overeind, zij het dat hieraan een vijfde voorwaarde van “imagotransfer” wordt toegevoegd. De overdracht van een positief imago kan dan in de lijn van het Cassatiearrest gezien worden als “*het behalen van een voordeel om een andere reden dan het louter nabootsen*”. In de lijn van de redenering van het Hof van Justitie in het arrest *l’Oréal/Bellure* kan men dus stellen dat een derde zich schuldig maakt aan parasitaire mededinging of onrechtmatige aanhaking indien hij in het kielzog van het oorspronkelijke product probeert te varen om te profiteren van de aantrekkingskracht, de reputatie en het prestige van dit product, om zonder financiële vergoeding profijt te halen uit de commerciële inspanningen die werden geleverd om het imago van het product te creëren en te onderhouden.<sup>37</sup> Een recent cassatiearrest in Frankrijk bevestigt dat er sprake is van parasitaire mededinging indien een onderneming zich in het vaarwater van een concurrent begeeft met de bedoeling om te profiteren van de notoriëteit en de investeringen van een ander<sup>38</sup>. Met andere woorden het ‘kielzog varen’, de ‘free riding’ of het ‘meeliften’ zal verboden worden. Zij het nog benadrukt dat de overname van de ‘lay-out’ en ‘look and feel’ van productverpakkingen meestal betrekking heeft op verpakkingen die onder bekende merken worden gecommmercialiseerd, zodat er al snel sprake zal zijn van imagotransfer. Er zal dus sprake zijn van onrechtmatige aanhaking indien de nabootser op een onrechtmatige wijze aanhaakt en profiteert van de creatieve inspanningen en marktinvesteringen van een ander terwijl hij qua ‘look and feel’ even goed een andere weg kon inslaan zonder afbreuk te doen aan de deugdelijkheid of bruikbaarheid van het product of de verpakking.<sup>39</sup> Met andere woorden, de proportionaliteit tussen het genoten voordeel door de nabootser en het nadeel dat aan de concurrent berokkend wordt, is verstoord<sup>40</sup>.

26. Zo oordeelde het Hof van Beroep te Luik terecht dat het feit dat er geen intellectueel eigendomsrecht gevestigd is op het model van een kajak niet wegneemt dat de slaafse nabootser van het model zich schuldig maakt aan parasitaire mededinging door, met

---

<sup>37</sup> HvJ 18 juni 2009, C-487/07, *L’Oréal/Bellure*, ECLI:EU:C:2009:378, r.o. 41; P. MAEYAERT, “Houdt het vorm-monopolie van LEGO stand?”, *IRDI* 1997, 73.

<sup>38</sup> Cass. (Fr.) 17 maart 2015, n° 14-16, 728; Juris Data n°2015-006043: “*Doit être cassé l’arrêt qui rejette l’action en concurrence déloyale résultant de l’utilisation d’un nom de domaine reprenant une enseigne commerciale, sans avoir vérifié si l’entreprise n’avait pas cherché à se placer dans le sillage d’une entreprise concurrente pour profiter de la notoriété ou des investissements d’autrui*”.

<sup>39</sup> Deze bewoordingen worden voornamelijk in Nederland gebruikt: zie o.a. Hoge Raad 31 mei 1991, *Borsumij/Stenman* (raamuitzetters), ECLI:NL:HR:1991:ZC0261; *NJ* 1992, 391; *BIE* 1992, 50 en Hoge Raad 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6999. Men spreekt dan van “gekwalficeerde nabootsing”; Zie D.W.F. VERKADE, “Bescherming van het uiterlijk van producten”, Deventer, Kluwer, 1985, 192, “*De onrechtmatigheid van de gekwalficeerde nabootsing schuilt niet enkel in het loutere nabootsen, maar ook in het (hoogst) onevenredig profiteren, parasiteren en in wezen kannibaliseren van andermans inspanningen en investeringen met betrekking tot het ontwerp en de ontwikkeling van de vormgeving van het product.*”

<sup>40</sup> Luik 13 november 2014, *IRDI* 2015, 659-673; Luik 17 juni 2014, *Ing. Cons.* 2014, 586; Brussel 5 mei 2009, *IRDI* 2009, 266; Brussel 7 december 2006, *A&M* 2007, 247; Brussel 18 september 2003, *A&M* 2005, 121; *Ing. Cons.* 2003, 270; *JLMB* 2004, 1360.

uitzondering van detailwijzigingen, de vormgeving en het materiaal van de kajak slaafs na te bootsen.<sup>41</sup> Ook het Hof van Beroep te Bergen besliste dat de overname van een winkelinrichting, inclusief meubilair en decoratie, een daad van parasitaire mededinging uitmaakte.<sup>42</sup> Het Hof van Beroep te Antwerpen daarentegen was (ten onrechte) van oordeel dat een look-alike gamma bestaande uit quasi identieke verpakkingen van vitaminewater met gebruik van quasi identieke kleuren voor dezelfde smaken niet kon worden verboden worden bij gebrek aan merkenrechtelijke bescherming<sup>43</sup>.

27. De onrechtmatigheid van het aanhaken en dus de “imago-transfer” zal uiteraard nog duidelijker zijn indien de nabootser zich op een *stelselmatige* of *systematische* wijze plaatst in het vaarwater van de concurrent<sup>44</sup>.

28. Een argument dat soms tegen de aanvullende bescherming van het WER via de leer van parasitaire mededinging wordt ingeroepen bestaat erin dat er gevaar bestaat dat een rechterlijk stakingsbevel dat onbeperkt is in de tijd de facto een hogere bescherming dreigt toe te kennen dan de bescherming die men via een intellectuele eigendomsrechtelijke titel zou bekomen. Dit argument faalt evenwel omdat de markt een dynamisch gegeven is. Een product dat vandaag aantrekkelijk is, is dit misschien over enkele jaren niet meer. De bescherming tegen parasitaire mededinging dooft dan als het ware uit<sup>45</sup>.

c. Misleidende en verwarringstichtende marktpraktijken en reclame

(i) Wettelijke bepalingen

29. De vaststelling van parasitaire mededinging houdt niet noodzakelijk in dat er een risico is dat de consument misleid of verward wordt inzake de oorsprong van het product<sup>46</sup>. In het geval

---

<sup>41</sup> Luik 25 mei 2007, *Ing. Cons.* 2007, 635-651; Zie ook A. PUTTEMANS, “Droits intellectuels et commerce déloyale – Copie de rosaces ou de kayaks: halte à la dérive!”, *Jb. Hand.* 2007, 489-501.

<sup>42</sup> Bergen 29 oktober 2012, *Jb. Markt.* 2012, 434.

<sup>43</sup> Antwerpen, 23 december 2010, A.R./2010/905, onuitg.

<sup>44</sup> Zie A. HALLEMANS en V. WELLENS, o.c. *RW* 2011-12, 1420; F. VERHOESTRAETE en H. ABRAHAM, “Wanneer is slaafs nabootsen onrechtmatig naar Belgisch recht?” *BMM Bull.* 2015, 2-15; P. MAEYAERT, “Houdt het vorm-monopolie van LEGO stand?”, *IRDI* 1997, 71-72; zie ook Brussel 30 april 1953, *Ing. Cons.* 1953, 138 (m.b.t. systematische nabootsing van vaatwasartikelen); Cassatievoorziening verworpen: Cass. 4 november 1954, *Ing. Cons.* 1954, 249 en *JT* 1955, 33, noot T.H. SMOLDERS; P. DE VROEDE, “Kronkelgedachten bij het kopieerrecht van wettelijk niet beschermde creaties en/of prestaties” in *Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008; Brussel 17 maart 2010, *BMM Bull.* 2015, 15; Brussel 29 september 2006, *Jb. Markt.* 2006, 498; Vz. Kh. Hasselt 28 mei 1993, *Jb. Hand.* 1993, 68; Vz. Kh. Brussel 5 mei 1980, *Ing. Cons.* 1980, 256.

<sup>45</sup> Zie ook M. FLAMÉE, “Aspects actuels de la protection juridique du logiciel au regard du droit belge”, *Ing. Cons.* 1985, 340 en 342: “Le droit de la concurrence ne permet pas de mettre fin à l’imitation en tant que telle, mais permet cependant de faire cesser l’imitation qui s’accompagne ou est le fruit de faits accessoires illicites, contraires aux usages honnêtes en matière commerciale, du moins pendant une certaine période (interprétation restrictive de l’incidence réflexive générale des droits intellectuels)”.

van look-alikes zal dit vaak wel het geval zijn en kan de consument denken dat het om een variant gaat van het oorspronkelijke merkproduct.

30. Bij het inroepen van een misleidings- of verwarringsrisico in hoofde van de consument zal vaak in eerste instantie beroep worden gedaan op artikel 10bis, 3) van het Unieverdrag van Parijs dat *alle daden, welke ook, die verwarring zouden kunnen wekken door onverschillig welk middel ten opzichte van de inrichting, de waren of de werkzaamheid op het gebied van nijverheid of handel van een concurrent verbiedt.*

31. Gezien het uiterlijk van een verpakking van een product een verkoopbevorderend doel heeft zullen voorts de bepalingen inzake verwarringstichtende marktpraktijken en -reclame vervat in het WER onverminderd toepassing vinden, onafgezien van de omstandigheid dat de verpakking al dan niet als twee- of driedimensionaal merk werd ingeschreven of dat bepaalde grafische- of woordelementen van de verpakking al dan niet als merk werden ingeschreven. Dit blijkt overigens uit de definitie van een handelspraktijk die *“Iedere handeling, ommissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten”* omvat. Deze brede definitie in artikel 1.8, 23° WER<sup>47</sup> omvat dus elke handeling die bestaat uit het nabootsen van de uiterlijke vormgeving van een product en de grafische elementen van een etiket of verpakking gezien deze per definitie zo geconcipieerd zijn dat ze de verkoop van een product dienen te bevorderen. Gelet op de maximale harmonisatie van de regels inzake oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten kunnen de lidstaten deze definitie dus niet anders invullen en kunnen de rechters de bescherming die door de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken aan de consument wordt gegeven niet beperken. In overweging 6 van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken leest men overigens dat enkel wetten betreffende oneerlijke handelspraktijken die uitsluitend de economische belangen van concurrenten schaden of betrekking hebben op transacties tussen handelaren van de werkingsfeer worden uitgesloten.<sup>48</sup> Dit betekent dat wanneer een handelspraktijk zich zowel tot consumenten als ondernemingen richt, de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken van toepassing blijft. In een

---

<sup>46</sup> Luik 13 november 2014, *IRDI* 2015, 659; Brussel 5 mei 2009, *IRDI* 2009, 266; Brussel 26 maart 2009, *JLMB* 2009, 1048; Gent 14 februari 2005, *Jb. Hand.* 2005, 485; Brussel 22 december 2004, *Jb. Hand.* 2004, 495; Brussel 6 november 2003, *Jb. Hand.* 2003, 566; Cass. (Fr.) 4 februari 2014, n° 13-11.044, *JurisData* n° 2012-012866 (overname van de onderscheidende kenmerken van het parfumsflesje “Miss Dior”).

<sup>47</sup> Omzetting van artikel 2, d) van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

<sup>48</sup> Het is de lidstaten evenwel toegelaten om het toepassingsgebied van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken uit te breiden tot B2B handelspraktijken, hetgeen overigens reeds in bepaalde lidstaten is gebeurd: zie *Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, Commission staff working document* [com (2016) 320], 25 mei 2016, 10 e.v.

zuivere B2B-relatie moet tevens worden nagegaan in welke mate de bepalingen van de Richtlijn misleidende reclame kan worden toegepast<sup>49</sup>.

32. In de praktijk doet men vaak beroep op art VI.98, 1° WER<sup>50</sup> dat luidt als volgt: *“Wordt als misleidend beschouwd: een handelspraktijk die in haar feitelijke context al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen de gemiddelde consument ertoe brengt of ertoe kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen, en die het volgende behelst: 1° marketing van een product, onder andere door vergelijkende reclame, op zodanige wijze dat verwarring wordt geschapen met producten, handelsmerken, handelsnamen en andere onderscheidende kenmerken van een concurrent.”* Onder “onderscheidende kenmerken dient met het woord ‘onderscheidend’ niet te begrijpen in de merkenrechtelijke betekenis. Het gaat om kenmerken eigen aan een product die niet noodzakelijk “op zich” in aanmerking komen voor merkenrechtelijke bescherming maar die zich vaak in combinatie met vormgeving, kleur en grafische elementen onderscheiden van andere concurrerende producten<sup>51</sup>.

33. Gezien verpakking ook als reclame dient te worden gekwalificeerd zal ook art. VI, 105, 1° WER als rechtsgrond dienen<sup>52</sup>. Dit artikel verbiedt “reclame die - alle omstandigheden in acht genomen - op enigerlei wijze - de persoon tot wie hij zich richt kan misleiden omtrent de kenmerken van een product waaronder de commerciële oorsprong en die daardoor haar economisch geding kan beïnvloeden, of die om die redenen een onderneming schade toebrengt of kan toebrengen<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup> Zie P. MAEYAERT, “Vergelijken reclame in België, mede in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie”, *BIE* 2013, 294-308 en 322-332.

<sup>50</sup> Omzetting van artikel 6.2, a) van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken; zie ook V. WELLENS en T. KLAASEN, “La directive 2005/29/EG sur les pratiques commerciales déloyales et sa transposition en droit belge: vers une protection plus autonome des prestations intellectuelles sur la base du droit de la concurrence déloyale?” in A. CRUCQUENAIRE, en S. DUSOLLIER (eds.), *Le cumul des droits intellectuels*, Brussel, Larcier 2009, 205 e.v. die artikel 6.2, a) van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken terecht beschouwen als een hogere rechtsnorm dan art 2.19 BVIE.

<sup>51</sup> In mindere mate wordt er ook beroep gedaan op de volgende artikelen: 1. artikel VI.97, 2° WER “*Als misleidend wordt beschouwd een handelspraktijk die gepaard gaat met onjuiste informatie en derhalve op onwaarheden berust of, zelfs als de informatie feitelijk correct is, de gemiddelde consument op enigerlei wijze, inclusief door de algemene presentatie, bedriegt of kan bedriegen ten aanzien van een of meer van de volgende elementen, en de gemiddelde consument er zowel in het ene als in het andere geval toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen: (...) 2° de voornaamste kenmerken van het product, zoals (...) commerciële oorsprong (...)*” (cfr. artikel 6.1, b) Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken); 2. artikel 95 WER dat misleidende handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten verbiedt (cfr. artikel 5.1 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken); 3. artikel VI. 97, 3° WER (cfr. artikel 6.1, c) van Richtlijn 2005/29/EG) indien ten onrechte de indruk wordt gewekt dat er sprake is van sponsoring dan wel directe of indirecte steun (zie bijvoorbeeld Brussel 12 december 2012, *IRDI* 2013, 64), artikel 5.4 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

<sup>52</sup> Brussel 24 november 2015, *IRDI* 2016, 14 (29).

34. Tenslotte dient ook te worden verwezen naar artikel 100, 13° WER<sup>54</sup>, dat luidt als volgt: *“Worden onder alle omstandigheden als oneerlijk beschouwd, de volgende misleidende handelspraktijken: (...) 13° een product dat lijkt op een door een bepaalde fabrikant vervaardigd product op een zodanige wijze promoten dat bij de consument doelbewust de verkeerde indruk wordt gewekt dat het product inderdaad door die fabrikant is vervaardigd, terwijl zulks niet het geval is”*.

(ii) Rechtspraak

35. Het op de markt brengen van de look-alike producten maakt dus meestal een verwarringstichtende praktijk uit in de zin van artikel 10bis, lid 3, 1° UvP en van artikelen VI.98, 1° en VI.100, 13° WER. Deze artikelen verbieden elke vorm van “verwarring” die wordt gecreëerd met de goederen of diensten van een concurrent. Artikel VI.98, 1° vereist hierbij dat de verwarring tot gevolg heeft dat de consument een besluit neemt dat hij anders niet had genomen (met andere woorden, dat de verwarring invloed heeft op zijn economisch gedrag)<sup>55</sup>, terwijl artikel VI.100, 13° WER vereist dat bij de consument *doelbewust* een verkeerde indruk wordt gewekt.

36. Over het feit dat handelingen en/of gedragingen die een misleidings- of verwarringsrisico inhouden te beschouwen zijn als met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daden of oneerlijke marktpraktijken heeft nooit betwisting bestaan.<sup>56</sup>

37. Reclame is overigens misleidend van zodra deze het economisch gedrag van de consument “kan” beïnvloeden. Het is dus niet vereist dat reclame ook daadwerkelijk misleidt. Het potentieel gevaar daartoe volstaat<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> Omzetting van artikel 3.1, a) van de Reclamerichtlijn; Artikel VI.17, 4° WER bevat een gelijkaardige bepaling voor het geval er sprake is van verboden *vergelijkende* reclame (omzetting van artikel 3bis.1h) van de Merkenrichtlijn).

<sup>54</sup> Omzetting van punt 13 van de zwarte lijst in Bijlage I van Richtlijn 2005/29/EG.

<sup>55</sup> In artikel I.8, 28° WER wordt *“een besluit over een transactie”* gedefinieerd als *“elk door een consument genomen besluit over de vraag of, en zo ja, hoe en op welke voorwaarden hij een product koopt, geheel of gedeeltelijk betaalt, behoudt of van de hand doet, ongeacht of die consument wel of niet tot handelen overgaat”*; Ook uit p. 24-25 van de leidraad bij de toepassing van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken blijkt dat het begrip “besluit over een transactie” zeer ruim moet worden uitgelegd. De consument hoeft zelfs niet tot aankoop over te gaan of een order te plaatsen. Ook het besluit om geen aankoop te doen kan worden beschouwd als een besluit over een transactie.

<sup>56</sup> Zie P. DE VROEDE, *Handboek van het Belgisch Economisch Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 442-443 met heel wat rechtspraak uit de jaren '70; zie ook P. DE VROEDE, “Kronkelgedachten bij het kopieerrecht van wettelijk niet beschermde creaties en/of prestaties” in *Van alle markten: Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 357 e.v. met interessante rechtspraak uit de jaren '80 en '90.

<sup>57</sup> Zie ook K. DAELE, “Vergelijkende reclame in de automobielsector: een kritische analyse”, *TBH* 2003, 611; Vz. Kh. Kortrijk 5 november 2001, *Jb. Hand.* 2001, 783; Vz. Kh. Mechelen 12 juni 2000, *Jb. Hand.* 2001, 194; Brussel 13 april 1999, *Jb. Hand.* 1999, 131; Gent 21 september 1995, *Jb. Hand.*, 1995, 87.

38. Het misleidings- of verwarringsgevaar zelf kan uitgelegd worden naar analogie met het merkenrecht, in die zin dat het niet alleen slaat op situaties waar de consument van oordeel dat is de betrokken producten van dezelfde onderneming afkomstig zijn (directe verwarring), maar eventueel van ondernemingen die op de één of andere manier economisch met elkaar verbonden zouden zijn (indirecte verwarring)<sup>58</sup>.

39. Om het misleidings- of verwarringsgevaar te beoordelen is het bovendien van belang uit te gaan van de totaalindruk en de globale synthetische beoordeling die de betrokken producten zoals zij daadwerkelijk op de markt worden aangeboden bij de gemiddelde consument opwekken. De gelijkenissen zijn daarbij belangrijker dan de eventuele verschillen. Om die reden is elke analytische benadering (zij-aan-zij vergelijking) onjuist. Bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van (mogelijke) verwarring of misleiding dient dus uitgegaan te worden van het globale beeld en de totaalindruk die aan het relevante publiek wordt gegeven.<sup>59</sup> Hierbij dient benadrukt te worden dat in supermarkten waar massaconsumptiegoederen van verschillende merken naast elkaar op schappen zijn geplaatst de gemiddeld, omzichtige en oplettende consument minder oog heeft voor de woordelmente n dan voor de visuele elementen die vaak in het geheugen of het ‘onvolmaakt herinneringsbeeld’ zijn opgeslagen.<sup>60</sup> In het geval van massaconsumptiegoederen zal het aandachtsniveau van de consument ook vaak redelijk laag zijn zodat het verwarringsrisico bij een oppervlakkige visuele perceptie van een product toeneemt.

40. In die zin had het Hof van Beroep te Gent in de bekende ‘panty-zaak’ het bij het rechte eind om de commercialisatie van de concurrerende panty-verpakking in een gelijkaardig doosje met gebruik van dezelfde kleuren en het beschrijvend woord ‘budget’ erin verwerkt, te

---

<sup>58</sup> P. MAEYAERT, “Verwarringsgevaar in het merkenrecht – een analyse van de rechtspraak in oppositieprocedures”, *TBH* 2011, 359 e.v.

<sup>59</sup> Vz. Kh. Brussel 29 oktober 2014, *Ing. Cons.* 2014, 696; *IRDI* 2015, 59 (x-vorm van kauwstokjes voor honden); Kh. Brussel 26 februari 2014, *IEFbe* 857; *BMM Bull.* 2015, 10 (lay-out website en catalogus); vergelijk: Vz. Kh. Brussel 27 november 2002, *Ing. Cons.* 2002, 478 (geen verwarringsrisico tussen de verpakkingen en de yoghurtverpakkingen Activia en Actisun) en Luik 13 november 2014, *IRDI* 2015, 659, geen verwarringsrisico tussen twee modellen van een horloge; Brussel 21 oktober 2013, *IRDI* 2014, 424 (bierblikje); Brussel 27 juni 2013, *Ing. Cons.* 2013, 632 (lay-out en inhoud van reclame); Brussel 8 juni 2011, *IRDI* 2011, 363 (blikje energiedrank); Brussel 12 februari 2013, *IRDI* 2013, 226; Brussel, 1 maart 2011, *IRDI* 2012, 399 (slaafse nabootsing van jurken); Brussel 12 januari 2010, *IRDI* 2010, 309; Brussel 5 mei 2009, *IRDI* 2009, 266 (theeverpakking); Vz. Kh. Brussel 2 februari 2009, *IRDI* 2009, 297 (biberon); Vz. Kh. Brussel 28 mei 2008, *IRDI* 2011, 333 (blauwe verpakking sigarettenblaadjes Rizla); Antwerpen 1 juni 2006, *Jb. Hand.* 2006, 442, noot P. DE VROEDE; Brussel 12 oktober 2005, *Ing.-Cons.* 2005, 451; *TBH* 2006, 228 (verpakkingen “sirop de Liège”); Bergen 16 april 1991, *Jb. Hand.* 1991, 239; Brussel 27 januari 2005, *AR/2010/3340*, *BMM bull.* 2015, 8.

<sup>60</sup> Vergelijk Ger. 12 september 2007, T-363/04, *KOPE/BHIM* (inzake etiketten van olijfolie); Zie ook Brussel 1 maart 2011, *IRDI* 2012, 399 (met betrekking tot identieke communiejurkjes verhandeld onder verschillende merken/woordtekens).

verbieden louter op grond van de reclamebepalingen.<sup>61</sup> Het feit dat het product een ander merk heeft is overigens meestal niet doorslaggevend.<sup>62</sup>

### III. Naar een schrapping van artikel 2.19 BVIE

41. Het probleem dat zich vandaag stelt is dat de reflexwerking specifiek in het Benelux Merkenrecht is ingekapseld, met name in artikel 2.19 BVIE dat het vroegere artikel 12 A, lid 1 van de Eenvormige Beneluxwet inzake de warenmerken verving: niemand kan in rechte bescherming inroepen voor een teken dat als merk wordt beschouwd indien het niet als zodanig is gedeponereerd en ingeschreven.<sup>63</sup>

42. Dit werd ook nog eens bevestigd door het Benelux Gerechtshof in een arrest van 23 december 2010<sup>64</sup> dat, samengevat, stelde dat men ook niet via de omweg van artikel 10 bis 3, 1° van het Unieverdrag van Parijs<sup>65</sup> bescherming kan verlenen aan een teken dat als merk kan worden beschouwd doch niet als zodanig is ingeschreven. Het Hof voegde er wel aan toe dat er ruimte bleef voor aanvullende bescherming (via het WER) “indien het gebruik van het merk of een daarmee overeenstemmend teken onderdeel vormt van verwarringwekkende gedragingen.” Gelet op de bewoordingen van de prejudiciële vraag verwijzend naar verwarringstichtende gedragingen heeft het Benelux Gerechtshof zich niet uitgesproken over de mogelijkheid om ook de regels inzake parasitaire mededinging bij gebreke aan merkdepot in te roepen.

---

<sup>61</sup> Gent 20 januari 2003, *Jb. Hand.* 2003, 129, noot E. DE GRUYSE; Cassatieberoep werd afgewezen: zie V. WELLENS, “Bescherming van een verpakking via de wet op de handelspraktijken en buiten de Benelux Merkenwet om: Cassatie brengt geen duidelijkheid” (noot onder Cass. 4 februari 2005), *TBH* 2006, 218 (toepassing van de bepalingen inzake misleidende en verwaringsstichtende reclame op een look-alike verpakking voor panty’s); In dezelfde zin verbood het Hof van Beroep te Gent verpakkingen van kunstmeststoffen in gelijkaardige dozen met gebruik van dezelfde kleuren en het woord ‘Green’ (Gent 17 oktober 2005, *IRDI* 2006, 63).

<sup>62</sup> D. DESSART, *Les usages honnêtes*, Brussel, Larcier, 2007, 152; *contra* Antwerpen 9 april 2009, A.R./2008/242 (inzake de Maltesers en Kit Katverpakkingen voor chocoladeballetjes).

<sup>63</sup> Met uitzondering van de algemeen bekende merken in de zin van artikel 6bis van het Unieverdrag van Parijs.

<sup>64</sup> Benelux Gerechtshof 23 december 2010, zaak A 2009/3 (*Engels/Daewoo*) met kritische noot van A. HALLEMANS, “De reflexwerking van het Benelux merkenrecht t.a.v. het Unieverdrag van Parijs”, *IRDI* 2011, 221 e.v.; A. HALLEMANS, “De onwettigheid van het principe ‘geen bescherming zonder merkschrijving’ uit art 2.19 BVIE”, *BMM Bull.* 2015, 231; Antwerpen 23 december 2010, *ICIP* 2010, 816; *IRDI* 2011, 232 (inzake een look-alike gamma bestaande uit verpakkingen van vitaminewater); Antwerpen 9 april 2007, A.R./2008/242 (inzake de Maltesers en Kit Katverpakkingen voor chocoladeballetjes); Vz. Kh Hasselt 21 september 2001, *Jb. Hand.* 2001, 676 (inzake de vorm van een fles); zie ook P. STEINHAUSER, “Artikel 2.19, lid 1 BVIE en het belang van rechtszekerheid”, *BVIE* 2011, 104 en B. VANBRABANT, o.c., p. 377 e.v. die pleit voor het behoud van art 2.19 BVIE.

<sup>65</sup> Zij het vermeld dat de Belgische delegatie in 1925 bij de totstandkoming van dit artikel een voorbehoud had geformuleerd omdat de toenmalige Belgische wet van 1 april 1879 op de fabrieksmerken niet voorzag in een aanvullende bescherming bij gebreke aan merkdepot. Dergelijk voorbehoud heeft evenwel geen enkele juridische waarde: zie hieromtrent B. VANBRABANT, o.c., p. 373 e.v.

42. In die zin hebben verschillende Hoven en Rechtbanken in het verleden geweigerd, in afwezigheid van misleidings- of verwarringsrisico, de regels inzake parasitaire mededinging bij gebrek aan intellectueel eigendomsrechtelijke bescherming<sup>66</sup> als ‘opvangnet’ toe te passen. Vaak was de motivering gestoeld op artikel 2.19 BVIE die de toepassing van de regels inzake parasitaire mededinging uitsluit op niet gedeponeerde tekens die als merk kunnen dienen.

43. Gelet op de hogere norm van art 10bis, 2) van het Unieverdrag Parijs, de afwezigheid van hiërarchie in de verhouding intellectuele eigendomsrechten en oneerlijke marktpraktijken<sup>67</sup>, zoals bevestigd door het Hof van Justitie in het Lego-arrest, overweging 40 van de Merkenrichtlijn, en de recente Belgische rechtspraak die, in toepassing van het Cassatiearrest van 29 mei 2009, parasitaire mededinging verbiedt indien het onrechtmatig aanhaken gepaard gaat met imago-transfer, dient artikel 2.19 BVIE te worden geschrapt. Dit artikel vindt geen enkele steun in een hogere rechtsnorm en bestaat enkel in de Benelux. De theorie van de reflexwerking is dood of moet, zoals Michel FLAMÉE reeds 30 jaar geleden schreef, restrictief worden toegepast zodat ze enkel nog geldt voor vormen en tekens die, wanneer deze “op zich” worden gebruikt in het economisch verkeer, wettelijk uitgesloten zijn van intellectueel eigendomsrechtelijke bescherming.

44. De schrapping van artikel 2.19 BVIE zou overigens perfect in lijn liggen met artikel 2.20.1 BVIE, het basisartikel inzake de beschermingsomvang van het merk, dat ondubbelzinnig verwijst naar de mogelijke samenloop met de regels van het gemene recht.<sup>68</sup> Het valt niet in te zien waarom het gemene recht een aanvullende werking kan hebben in het geval van een ingeschreven merk, doch niet in het geval van een niet gedeponeerd teken.

45. Tenslotte, het feit dat er wel een aanvullende werking bestaat van het WER voor niet ingeschreven tekeningen en modellen is een ander overtuigend argument dat pleit voor de schrapping van art. 2.19 BVIE. Inderdaad, bij de inwerkingtreding op 1 december 2003 van de wijziging van de toenmalige Eenvormige Beneluxwet inzake Tekeningen en Modellen (BTMW), zoals vervat in artikel IV van het Protocol, werd artikel 14, lid 8 BTMW opgeheven. Dit artikel kende een verbod van samenloop van bescherming op grond van de tekeningen- en modellenwetgeving en de regels inzake eerlijke mededinging, ongeacht de vraag of de tekening of het model waren gedeponeerd. Sindsdien genieten niet ingeschreven tekeningen en

---

<sup>66</sup> Vz. Kh. Leuven 1 februari 2005, B.E.K. 04/63 (*Anna/Raven Exploitatie e.a.*), onuitg., geciteerd door V. WELLENS, o.c., *TBH* 2006, 222 [voetnoot 5]; Vz. Kh. Hasselt 21 september 2001, *Jb. Hand.* 2001, 676; Brussel 13 september 2001, *JT* 2001, 861 waarin de bescherming van het teken ‘Mouton’ voor ‘Rotschild’ wijnen werd geweigerd omdat het niet als merk was ingeschreven; Brussel 3 december 1998, *Jb. Hand.* 1998, 520 (inzake de (beweerde) slaafse nabootsing van de inrichting van een kapsalon); Vz. Kh. Brussel 23 april 1977, *Ing. Cons.* 1977, 249; Brussel 24 augustus 1995, *Jb. Hand.* 1995, 320 (inzake de slaafse nabootsing van de constructie-elementen van Meccano).

<sup>67</sup> Zie ook B. VANBRABANT, o.c., die erkent dat de drie richtlijnen (merken, oneerlijke handelspraktijken, reclame) parallel kunnen worden toegepast zonder dat er sprake is van een *lex specialis*.

<sup>68</sup> Artikel 2.20.1 (aanhef) BVIE luidt als volgt: “*Onverminderd de eventuele toepassing van het gemene recht betreffende de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, kan de merkhouder...*”.

modellen aanvullende bescherming via de regels inzake eerlijke handelspraktijken zoals vervat in het WER. Gezien er *geen* reflexwerking in het tekeningen- of modellenrecht bestaat, valt niet langer in te zien waarom de reflexwerking, zoals verwoord in artikel 2.19 BVIE, in het Benelux merkenrecht moet worden behouden.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> Zie inzake de problemen in verband met het overgangsrecht na de schrapping van artikel 14, lid 8 BTMW: BGH 13 juni 2012 en 15 februari 2013, zaak A/2011/4 *Mag/Edco* c.s.; zie ook V. WELLENS, *Doorwerking van de intellectuele rechten in de Wet Handelspraktijken*, Brussel, Larcier, 2007, 62 e.v.; A. VAN ZOEST, "Slaafse nabootsing uit de mode?", *BMM Bull.* 2010, 14 e.v.