

Intellectuele rechten kroniek 2010



[Joris Deene]
Advocaat (Everest
advocaten)

In het auteursrecht werd het bestemmingsrecht als een succesvol wapen door kunstenaars gebruikt om de kunst- en expressievrijheid van derden met betrekking tot hun kunstwerken te beknotten. We onthouden ook dat zaakvoerders hun rechten op ontwikkelde software niet automatisch overdragen aan hun vennootschap. In het merkenrecht blijft het Europees Hof van Justitie in de Google Adword zaken spelen met de functies van een merk. In het octrooirecht blijkt een EU octrooi binnen hand bereik te zijn.

I. Auteursrecht	
A. Originaliteit	1-4
B. Toepasselijke regelgeving	5
C. Auteurschap	6-7
D. Morele rechten	8-9
E. Vermogensrechten – bestemmingsrecht	10
F. Uitzonderingen en vergoedingsstelsels	
1. Parodie	11
2. Thuiskopie vergoeding	12
G. Auteurscontracten	13
H. Naburig recht van muziekproducenten	14-15
I. Naburig recht van uitvoerende kunstenaars	16
II. Tekeningen- en modellenrecht	17-20
III. Merkenrecht	
A. Voorwerp van merkbescherming	
1. Onderscheidend vermogen	21-25
2. Inburgering	26
B. Rechten van de merkhouders	
1. Gebruik in het economisch verkeer	27
2. Situatie van dubbele identiteit (art. 2.20.1.a BVIE, art. 5.1.a MRL, art. 9.1.a GMV)	28-29
3. Verwarringsgevaar (art. 2.20.1.b BVIE, art. 5.1.b MRL, art. 9.1.b GMV)	30-32
4. Schade aan bekend merk (art. 2.20.1.c BVIE, art. 5.2 MRL, art. 9.1.c GMV)	33-34
5. Ander gebruik (art. 2.20.1.d BVIE, art. 5.5 MRL)	35
C. Depot te kwade trouw	36-37
D. Vervallenverklaring wegens niet-gebruik	38
E. Vrijhoudingsbehoefte	39
IV. Octrooien	
A. Europese ontwikkelingen	40
B. Biotechnologie	41-42
C. Aanvullende beschermingscertificaten (ABC)	43
V. Procedure en herstelmaatregelen	
A. Kort geding en <i>prima facie</i> geldigheid	44
B. Beslag	45-46
C. Bevoegdheid stakingsrechter	47
D. Schadevergoeding	48-50
E. Kwade trouw	51

I. Auteursrecht

A. Originaliteit

1. Alhoewel het originaliteitsbegrip de voorbije twee jaar door het Hof van Justitie werd geharmoniseerd als zijnde 'een eigen intellectuele schepping van de auteur'¹, is deze definitie – behalve dan in de rechtspraak van het hof van beroep te Gent² – nog niet echt doorgesijpeld naar de Belgische rechtscolleges. Opnieuw werd een resem aan creaties aan de originaliteitstoets onderworpen.

2. Als voldoende origineel werden beschouwd:
- De lay-out van een reisbrochure³
 - De plannen van een architect en de op de volgens deze plannen gerealiseerde woning⁴
 - De tekening 'Flying Condom'⁵

- Een wapenschild dat ontworpen werd voor het dancefestival Tomorrowland⁶



3. Werden dan weer niet als origineel beschouwd:
- De lay-out van een nieuwsbrief⁷
 - De verpakking van batterijen⁸
 - Een set van 6 zakdoeken⁹
 - De woordengroep/slogan 'Modular. Waterproof. Futureproof'¹⁰
 - Washandjes in de vorm van menselijke en dierlijke figuren¹¹

1 HvJ (3^ok) 22 december 2010, nr. C-393/09, www.curia.eu; HvJ 16 juli 2009, nr. C-5/08, www.curia.eu.
2 Gent (1^ok) 29 juni 2006, A.R. 2006/366, onuitg.
3 Brussel (9^ok) 20 mei 2010, 2007/AR/828, onuitg.
4 Gent (7^obis) 17 mei 2010, 2008/AR/1015, www.juridat.be.
5 Brussel (9^ok) 3 maart 2010, 2007/AR/565, www.juridat.be.

[juridat.be](http://www.juridat.be)
6 Antwerpen (1^obis) 31 mei 2010, 2009/AR/1820, onuitg.
7 Brussel (9^ok) 3 juni 2010, 2007/AR/979, onuitg.
8 Vz.Kh. Antwerpen 11 maart 2010, A/09/11126, www.darts-ip.com.
9 Gent (7^ok) 17 mei 2010, 2009/AR/577,

onuitg. (Wel werd een inbreuk op art. 94/3 Handelspraktijkenwet – slaafse kopie – vastgesteld).
10 Gent (7^ok) 25 januari 2010, 2008/AR/779, onuitg.
11 Vz.Kh. Antwerpen 21 januari 2010, A/09/08678, www.darts-ip.com.

- Ontwerpen, schetsen en plannen van een architect¹²
- De tent 'Duvel Droomschip', aangezien het onderliggende idee/concept van een zeilstructuur gebruikt als regen- dan wel zonnescherm, niet kan worden gemonopoliseerd¹³.



4. Vaak is het zowel voor een auteursrechthebbende als voor een inbreukpleger koffiedik kijken of een creatie door een rechtscollege al dan niet als origineel zal worden beschouwd. Wat voor de ene magistraat misschien origineel is, is dit voor de andere weer niet. Een zaak over wandtapijten met uitzichten van historische steden illustreert deze onzekerheid. Zo oordeelde de 1^{ste} kamer van het hof van beroep te Gent (weliswaar zetelend als beslagrechter en dus na een *prima facie* onderzoek) in 2006 dat de wandtapijten origineel waren¹⁴. Ondanks het feit dat stadsgezichten 'gemeengoed' zijn en dat de afbeelding van deze producten wellicht werd overgenomen uit de oude Vlaamse wandtapijtkunst, geniet de combinatie van de tekeningen, die gans eigen elementen hebben, met de motieven in de afbeelding volgens het hof van een auteursrechtelijke bescherming. Vier jaar later oordeelde de 7^{de} kamer van het hof van beroep te Gent daarentegen in de procedure ten gronde dat deze wandtapijten absoluut niet origineel zijn, aangezien themagezichten van steden eeuwenoud zijn¹⁵. Gelet op de subjectieve interpretatie van wat origineel is of niet, zijn dergelijke tegenstrijdige uitspraken op zich niet opmerkelijk te noemen. Anderzijds is het voor de rechtsonderhorige wel zeer bevreedend dat twee verschillende kamers van een zelfde rechtscollege tot een volledig andere beoordeling zijn gekomen.



B. Toepasselijke regelgeving

5. Dient de grafische gebruikersinterface van een softwareprogramma – zeg maar hetgeen op het scherm wordt vertoond – te worden beschermd door het gemeen auteursrecht (de Auteurswet – Europese Auteursrechtlijn nr. 2001/29), dan wel door de specifieke auteursrechtelijke regelgeving voor software (Softwarewet – Europese Software-richtlijn nr. 91/250). Volgens het Hof van Justitie moet deze grafische interface duidelijk onderscheiden worden van het computerprogramma zelf. De gebruikersinterface is immers geen uitdrukking van het computerprogramma (enkel de broncode is dit), zodat het gemeen auteursrecht op deze interface van toepassing is¹⁶.

C. Auteurschap

6. Worden de rechten op computerprogrammatuur, die door een zaakvoerder van een vennootschap zijn ontwikkeld, automatisch overgedragen aan de vennootschap of blijven die bij hem berusten? Over deze vraag diende het Hof van Cassatie zich vorig

De auteur geeft een overzicht, een juridische kroniek, van de voornaamste gebeurtenissen van 2010 in het domein van de intellectuele rechten. Hij behandelt het auteursrecht en de naburige rechten, het tekeningen- en modellenrecht, het merkenrecht, het octrooirecht en het kwekersrecht. Hij situeert de materie binnen de wetgeving en rechtspraak.

'abstract'

L'auteur donne un aperçu, une chronique juridique, des événements les plus importants de 2010 dans le domaine des droits intellectuels. Il examine le droit d'auteur et les droits voisins, le droit des dessins et modèles, le droit des marques, le droit des brevets d'invention et la protection des obtentions végétales. Il indique la place de cette matière dans la législation et la jurisprudence.

Joris DEENE, "Intellectuele rechten kroniek 2010", *NJW* 2011, 442-449.

jaar te buigen. Op grond van artikel 6, lid 1 en 3 §3, lid 1 Auteurswet blijven werknemers houder van de auteursrechten op de werken die zij tijdens hun dienstverband hebben gecreëerd, tenzij uitdrukkelijk in hun arbeidsovereenkomst in de overdracht van rechten is voorzien ten voordele van de werkgever. Artikel 3 Softwarewet wijkt hier echter van af en voorziet in een vermoeden van automatische overdracht van rechten aan de werkgever op computerprogramma's die door zijn werknemers zijn ontwikkeld. Het hof van beroep te Gent had geoordeeld dat deze afwijkende bepaling ook van toepassing was op de statutaire zaakvoerder van een vennootschap¹⁷. Het Hof van Cassatie was het hier niet mee eens en verbrak het arrest. Een statutair zaakvoerder is niet door een arbeidsovereenkomst verbonden met zijn vennootschap en valt dus onder de toepassing van art. 3 §3, lid 1 Auteurswet en niet art. 3 Softwarewet¹⁸. De auteursrechten blijven dus bij de zaakvoerder berusten.

7. De arbeidsrechtbank te Luik paste overigens artikel 3 Softwarewet eveneens niet toe op een werknemer die bewijst dat hij aangeworven was als verantwoordelijke hydrograaf, en niet als informaticus, en waarbij de werkgever niet kon bewijzen dat het computerprogramma geconcipieerd werd volgens zijn onderrichtingen¹⁹.

D. Morele rechten

8. Een schending van het recht op naamsvermelding is moeilijk te verzoenen met een vastgestelde schending op het integriteitsrecht. Zo stelde een tekenaar vast dat haar tekeningen door een derde werden bewerkt en verspreid. Deze bewerking werd als een schending van haar integriteitsrecht door het hof van beroep te Brussel weerhouden. Een schending van het recht op naamsvermelding werd daarentegen afgewezen, nu een auteur moeilijk dit recht kan opwerpen tegen een adaptie die diens integriteitsrecht schendt. De schending van de integriteit sluit immers uit dat een auteur wil geassocieerd worden met de adaptatie, laat staan zijn naam er onder vermeld zien²⁰.

9. De auteur van het beeldhouwwerk 'Sambre et Meuse' dat aangekocht was door de stad Namen en

- 12 Antwerpen (1^ok) 25 oktober 2010, 2008/AR/1136, onuitg.
- 13 Antwerpen (1^obis) 7 juni 2010, 2009/AR/807+966, onuitg.
- 14 Gent (1^ok) 29 juni 2006, A.R. 2006/366, onuitg. Ook in de procedure ten gronde werd door de eerste rechter de originaliteit vastgesteld (Rb.Gent (1^ok) 26 maart 2008, 05/4187/A, onuitg.)
- 15 Gent (7^ok) 25 oktober 2010, 2008/AR/1559, onuitg.
- 16 HvJ (3^ok) 22 december 2010, nr. C-393/09, www.curia.eu.
- 17 Gent (7^ok) 22 december 2008, 2007/AR/1222, www.juridat.com.
- 18 Cass. 3 juni 2010, www.cass.be; *RDTI* 2011, 83, noot J. TRIAILLE en R. ROBERT; *RW* 2010-11, 49; *Soc. Kron.* 2011, 10; *TBH* 2010, 798, noot; *TGR-TWVVR* 2011, 49.
- 19 Arbr. Luik 2 september 2010, *JTT* 2011, 109.
- 20 Brussel (9^ok) 3 maart 2010, *IRDI* 2010, 394; *JLMB* 2010, 1564.

Vaak is het zowel voor een auteursrechthebbende als voor een inbreukpleger koffiedik kijken of een creatie door een rechtscollege al dan niet als origineel zal worden beschouwd.

decennialang voor het casino stond, voerde een procedure tegen de stad Namen. Een zware brand in het casino en de nodige renovatiewerken hadden er voor gezorgd dat het beeld beschadigd werd en door de stad Namen werd verplaatst naar de tuin van een particuliere woning. De auteur vond dat de bestemming van het kunstwerk niet meer gerespecteerd werd. Het was immers speciaal ontworpen om voor het casino te staan. Het hof van beroep te Luik volgde het standpunt van de kunstenaar en oordeelde bovendien dat deze verplaatsing eveneens een inbreuk uitmaakt op zijn integriteitsrecht, daar dit recht niet enkel wijzigingen aan het kunstwerk zelf viseert maar ook wijzigingen aan de context en omgeving. De Stad Namen had dan ook volgens het hof de toestemming van de auteur moeten vragen om het beeldhouwwerk naar een andere locatie te mogen verplaatsen²¹.

E. Vermogensrechten – bestemmingsrecht

10. Een zaak in dezelfde zin, die de kunstwereld het voorbij jaar in rep en roer heeft gezet, is ongetwijfeld die van *De Jonggehuwden*. Tijdens Brugge 2002 had kunstenaar Jan Verhaeghe rond het kunstwerk *De jonggehuwden* (van Canestraro-Depuydt) op de Burg een signalisatielint aangebracht en een bord met de tekst 'KIJKVERBOD'. Hij had hetzelfde gedaan met 21 andere beelden in de stad. Het was een onderdeel van de installatie *Terra Radicalis* van VZW De Slang. Hiermee wenste de kunstenaar de positie van deze kunstwerken ter discussie te stellen. Canestraro en Depuydt konden dit echter maar weinig smaken en eisten een schadevergoeding wegens schending van hun morele rechten. Het hof van beroep te Gent wees hun vordering in 2006 als ongegrond af²². Door het aanbrengen van het bordje en het lint werd de integriteit van het beeld immers op geen enkel punt geschonden. De geest van het werk werd hierdoor volgens het hof niet gewijzigd maar enkel kritisch en op een eigenzinnige wijze in vraag gesteld.

Tegen deze beslissing werd evenwel een voorziening in cassatie ingesteld en het Gentse arrest werd verbroken door het Hof van Cassatie in 2008. Volgens het Hof van Cassatie had het hof van beroep de afwezigheid van een schending op het integriteitsrecht op een verkeerde wijze gemotiveerd²³.

Na verwijzing, velde het hof van beroep te Antwerpen vervolgens op 29 maart 2010 een arrest waarin het de vordering van Canestraro en Depuydt wél toeweest. Verassend genoeg baseerde het hof van beroep te Antwerpen zich helemaal niet op een schending van de morele auteursrechten, maar wel op een schending van het 'bestemmingsrecht'. Het bestemmingsrecht kent geen expliciete wettelijke basis en is een doctrinale constructie dat aan een auteur het recht toekent om controle uit te oefenen op het verder verhandelen en gebruik van zijn werk en op de eerbiediging van de door hem opgelegde eenzijdige voorwaarden die betrekking kunnen hebben op de omstandigheden van het gebruik etc. Volgens het hof van beroep te Antwerpen was het beeldhouwwerk *De Jonggehuwden* enkel bestemd

om tentoon te worden gesteld in de open ruimte van de Brugse binnenstad en niet om gebruikt te worden in het raam van een ander, zij het conceptueel kunstwerk. Een beroep op de expressievrijheid (art. 10 EVRM) werd van de hand gewezen, aangezien kritiek op een beeldhouwwerk steeds mogelijk blijft, zolang geen inbreuk wordt gepleegd op de auteursrechten van de auteur. Verhaeghe werd vervolgens veroordeeld tot een schadevergoeding van 12.500 euro²⁴.

Een dergelijke uitspraak werd in de artistieke wereld terecht met veel verbazing onthaald²⁵. Dit arrest muilkorft inderdaad op een gevaarlijke wijze de kunst- en expressievrijheid.



F. Uitzonderingen en vergoedingsstelsels

1. Parodie

11. De radiopresentator van de RTBF die op een humoristische wijze het gedicht *Mon coeur* van Maurice Carême gebruikte in een sketch over pornografie, misbruik van kinderen en pedofiliezaken in België, kan zich volgens het hof van beroep te Brussel op de uitzondering van de parodie beroepen (art. 22 §1, 6° Auteurswet) dat mede de vrijheid van meningsuiting gestalte geeft. De sketch is een eigen nieuw werk en benadert dit gedicht op een kritische wijze. Het feit dat het gedicht volledig werd geproduceerd wordt gerechtvaardigd door het feit dat deze reproductie gebeurde in het kader van een radiuitzending en anderzijds door het feit dat het een vrij kort gedicht betreft. Er dienden dan ook voldoende elementen te worden overgenomen om de luisteraar duidelijk te maken waar het over ging. Deze humoristische voordracht van het gedicht zorgde niet voor verwarring tussen de humoristische sketch van de radiopresentator en het gedicht van Maurice Carême²⁶.

2. Thuiskopie vergoeding

12. Het Hof van Justitie velde vorig jaar een arrest in het kader van de 'billijke compensatie' die aan rechthebbenden verschuldigd is wegens de auteursrechtelijke uitzondering voor het kopiëren van privé-gebruik. Dit is in België de vergoeding die door Auvibel wordt geïnd als compensatie voor de uitzondering van de audiovisuele thuiskopie van art. 22 §1, 5° en 46, eerste lid, 4° Auteurswet. In een Spaanse zaak oordeelde het Hof van Justitie dat er een verband moet bestaan tussen de toepassing van de heffing op lege dragers en reproductie-apparatuur, en het gebruik van deze dragers en apparatuur voor privé-gebruik. Bijgevolg is een ongedifferentieerde toepassing van de heffing voor het kopiëren voor privé-gebruik, met name op dragers en apparatuur die niet ter beschikking van privé-gebruikers worden gesteld en duidelijk bestemd zijn voor andere doelen dan voor het kopiëren voor privé-gebruik, niet toegestaan²⁷. Dit arrest heeft ook implicaties voor het bestaande Belgische systeem. Op vandaag dient deze vergoeding ook te worden betaald voor dragers die niet bestemd zijn voor privé-gebruik (denk maar aan een onderneming die USB-sticks of harde schijven aankoopt). Een aanpassing van de Belgische regelgeving dringt zich dan ook op.

21 Luik (14°k) 1 april 2010, *JLMB* 2010, 1570.

22 Gent 15 juni 2006, A.R. 2004/AR/2661, onuitg.

23 Cass. (1°k) 8 mei 2008, AR C.06.0598.N, www.cass.be; *JCIP* 2008, afl. 4, 605, noot P. CAMPOLINI en B. MICHAUX; *AM* 2009, afl. 1, 102, noot F. GOTZEN.

24 Antwerpen (1°k) 29 maart 2010, *AM* 2010, 489, noot P. CAMPOLINI en B. MICHAUX.

25 W. ELIAS, 'Verboden te kijken (of hoe progressieve censuur en conservatieve [?] eigenlijk hetzelfde zijn, ook al zijn ze anders)', *AM* 2010, 411-413.

26 Brussel (9°k) 29 juli 2010, *AM* 2010, 547.

27 HvJ 21 oktober 2010, nr. C-467/08 www.curia.eu; *IRDI* 2010, 377, noot P. CALLENS.

28 <http://wiki.creativecommons.org/Belgium>

G. Auteurscontracten

13. Vorig jaar werd voor het eerst door een Belgisch rechtscollege de rechtsgeldigheid van *creative commons* (CC) licenties erkend²⁸. Dergelijke licenties hebben als doel om het legaal gebruik van auteurswerken (voornamelijk verspreid via het internet) te vergemakkelijken. CC-licenties zijn een combinatie van standaardlicenties die kunnen worden gebruikt om op een eenvoudige wijze de voorwaarden te communiceren waaronder de auteur het gebruik van een werk toelaat. De rechtbank van koophandel te Nijvel oordeelde dat deze CC-licenties kunnen ingeroepen worden tegen inbreukmakend gebruik. Een muzieknummer van de folkgroep Lichôdmapwa was via het internet ter beschikbaar gesteld onder een BY-NC-ND CC-licentie. BY staat voor naamsvermelding, NC voor niet-commercieel gebruik en ND voor geen afgeleide werken maken. De folkgroep stelde vast dat de organisatoren van het festival de Théâtre de Spa een deel van het nummer gebruikten in een radiospot en dus de drie licentievoorwaarden met de voeten hadden getreden. De rechtbank stelde de inbreuken op deze licentievoorwaarden vast en kende de groep een schadevergoeding toe²⁹.

H. Naburig recht van muziekproducenten

14. Onder de naburige rechten valt onder meer het recht van de producent van fonogrammen (art. 39 Auteurswet). De wet geeft echter geen definitie van dit begrip. Volgens het hof van beroep te Antwerpen dient hiervoor te worden verwezen naar de definitie van de Conventie van Rome van 26 oktober 1961: “*de natuurlijke of rechtspersoon die de klanken van een uitvoering of andere klanken voor het eerst vastlegt*” waarbij algemeen wordt aanvaard dat degene die de financiering en de verantwoordelijkheid voor de eerste vastlegging van de geluiden op zich neemt als producent geldt. Het is dus de persoon die de financiële lasten van de oorspronkelijke opnamen draagt die deze hoedanigheid van “producent” heeft³⁰.

15. In een vermeende inbreukzaak, oordeelde het hof van beroep te Brussel dat de opname door een derde van eenzelfde werk, zelfs op een (bijna) identieke manier als de oorspronkelijke opname, geen schending inhoudt van het naburig recht van de producent van de oorspronkelijke opname, indien de nieuwe opname geen fragmenten bevat van de oorspronkelijke moedertape van deze eerste opname³¹.

I. Naburig recht van uitvoerende kunstenaars

16. De persoon die geluidsbanden inleest kan enkel worden aanzien als een ‘aanvullende kunstenaar’, en kan dus op grond van art. 35 §1 lid 5 Auteurswet niet beschouwd worden als een uitvoerende kunstenaar en geen naburige rechten putten uit deze presentaties³².

II. Tekeningen- en modellenrecht

17. In het modelrecht beperkte de belangrijke rechtspraak zich tot de klassieke beoordeling of de ingeroepen modellen wel over vereiste nieuwheid en individueel karakter beschikten.

18. Zo werd geoordeeld dat de buitenlichtarmatuur NONA BAR nieuw is en een eigen karakter heeft.

De armatuur GARDENER neemt bijna alle onderscheidende kenmerken van het model NONA BAR over³³.



NONA BAR



GARDENER

19. Ook een presentatiesysteem voor rugzakken in winkels is nieuw en heeft een eigen karakter. Op datum van depot waren er in de belangrijkste kring van nijverheid en handel in de Benelux geen voortbrengsels met hetzelfde uiterlijk kenbaar gemaakt, en de ontwerper heeft eigen keuzes kunnen maken. Het uiterlijk wordt bovendien niet door een technische functie bepaald: er zijn zowel voor het wandmodel als voor de alleenstaande display talloze variaties mogelijk. Het technisch effect kan met betrekking tot de displays op verschillende manier worden bereikt³⁴.



20. Het model voor een spuitbus en dat van het mondstuk zijn daarentegen niet nieuw en ontberen een eigen karakter. Bovendien zijn de kenmerken van de spuitmond uitsluitend door de technische functie bepaald³⁵.



III. Merkenrecht

A. Voorwerp van merkbescherming

1. Onderscheidend vermogen

21. Een van de vaste constanten in de merkenrechtpraak is de vraag of het ingeroepen merkteken wel over het vereiste onderscheidend vermogen beschikt en/of het niet beschrijvend is. Het Hof van Cassatie houdt dienaangaande overigens de wacht of het hof van beroep te Brussel – bij beroepsprocedures tegen weigeringsbeslissingen van het Benelux Bureau inzake de Intellectuele Eigendom – wel op een gemotiveerde wijze het onderscheidend vermogen van een merk heeft vastgesteld³⁶.

22. Van de volgende woordmerken werd het onderscheidend vermogen aanvaard:

- SNOWFALL voor verlichtingsproducten³⁷
- HIPROTEC voor beveiligingsmateriaal³⁸.
- SMARTJET voor medische apparatuur³⁹

- 29 Rb.Nijvel (11k) 26 oktober 2010, 09/1684/A, onuitg.
- 30 Antwerpen (5^ok) 6 mei 2010, 2008/AR/2739, onuitg.
- 31 Brussel (9^ok) 29 januari 2010, AM 2010, 257.
- 32 Brussel (8^ok) 30 maart 2010, 2008/AR/1403, onuitg.
- 33 Vz.Kh. Brussel 2 juni 2010, A/10/00688, www.dats-ip.com.
- 34 Antwerpen (1^ok) 15 maart 2010, 2008/AR/3053, www.darts-ip.com.
- 35 Vz.Kh. Brussel 17 november 2010, A/10/06198, www.darts-ip.com.
- 36 Cass. (1^ok) 21 oktober 2010, C.08.0451.F, www.cass.be (nee); Cass. (1^ok) 21 oktober 2010, C.09.0294.F www.curia.eu (ja)
- 37 Vz.Kh. Brussel 14 juli 2010, A/09/11361, www.darts-ip.com.
- 38 Brussel (18^ok) 14 september 2010, 2009/AR/2697, www.darts-ip.com.
- 39 Brussel (18^ok) 18 maart 2010, 2009/AR/1107, www.darts-ip.com.

Een schending van het recht op naamsvermelding is moeilijk te verzoenen met een vastgestelde schending op het integriteitsrecht.

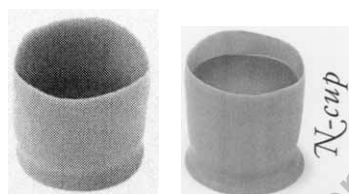
23. De volgende woordmerken werden dan weer als beschrijvend gekwalificeerd:

- MOBIFUN voor mobiele telefoniediensten⁴⁰
- MONTE CARLO RESORT voor tal van diensten⁴¹.
- CRYOFARMA voor diergeneeskundige producten en toestellen⁴².

24. Wat beeldmerken betreft, werd het onderscheidend vermogen aanvaard voor het Love Diamond beeld, geregistreerd voor diamanten en edelstenen⁴³.



25. Tot slot werd ook het onderscheidend vermogen van een vormmerk, zijnde een chocoladecup aanvaard⁴⁴.



40 Brussel (9^ok) 30 juni 2010, 2007/AR/1228, www.darts-ip.com.

41 Brussel (18^ok) 11 maart 2010, 2009/AR/771, www.darts-ip.com.

42 Brussel (18^ok) 26 januari 2010, 2008/AR/2126, www.darts-ip.com.

43 Antwerpen (1^ok) 25 januari 2010, IRDI 2010, 326; RABG 2011, 50.

44 Antwerpen (1^ok) 17 mei 2010, 2009/AR/1993, www.darts-ip.com.

45 Cass. (1^ok) 24 juni 2010, AR C.09.0425.N, www.cass.be.

46 Brussel (8^ok) 15 november 2010, 2008/AR/1378, www.darts-ip.com.

47 Kh. Brussel 17 maart 2010, RABG 2011, 60, noot K. ROOX en A. DE BOECK.

48 Brussel (8^ok) 8 juni 2010, 2008/AR/2942, www.darts-ip.com.

49 Vz.Kh. Brussel 24 juni 2010, IRDI 2010, 443.

50 HvJ (Grote Kamer) 23 maart 2010, nr. C-236/08, nr. C-237/08 en nr. C-238/08, www.curia.eu; RDTI 2010, 139, noot. A. CRUCQUENAIRE; HvJ 25 maart 2010, nr. C-278/08, www.curia.eu.

2. Inburgering

26. Alhoewel een merk op datum van registratie, niet over het vereiste onderscheidend vermogen beschikte, kan het dit nadien door intensief gebruik wel krijgen (art. 2.28.2 BVIE, art. 3.3 MRL, art. 7.3 GMV). Alle factoren komen hiervoor in aanmerking waaruit kan blijken dat het merk geschikt is geworden om de betrokken waren als afkomstig van een bepaalde onderneming te identificeren en dus om deze waren van die van andere ondernemingen te onderscheiden. Volgens het Hof van Cassatie⁴⁵, gevolgd door het hof van beroep te Brussel⁴⁶, kan onder meer met de volgende factoren rekening gehouden worden: (i) De intensiteit waarmee het merk gebruikt wordt, (ii) de geografische spreiding van het gebruik van het merk, (iii) de duur van het gebruik van het merk, (iv) de omvang van de investeringen die de onderneming gedaan heeft voor de promotie van het merk, (v) het marktaandeel van het merk, (vi) het percentage van de betrokken kringen dat op basis van het merk de waren of diensten identificeert als afkomstig van een bepaalde onderneming en (vii) de verklaringen van kamer van koophandel en industrie of van andere beroepsverenigingen.

B. Rechten van de merkhouder

1. Gebruik in het economisch verkeer

27. Een voorafgaandelijke voorwaarde om van een merkinbreuk te spreken, is de vereiste dat het merk

in het economisch verkeer wordt gebruikt. Het verwijderen van merken (debranding), *in casu* het verwijderen van het merk Mitsubishi op aangekochte Mitsubishi vorkheftrucks, kan volgens de rechtbank van koophandel te Brussel niet als een gebruik in het economisch verkeer worden beschouwd, en houdt dus geen inbreuk in⁴⁷.

2. Situatie van dubbele identiteit (art. 2.20.1.a BVIE, art. 5.1.a MRL, art. 9.1.a GMV)

28. Een inbreuk werd weerhouden tussen Delvaux en Delvaux presents, voor het organiseren van evenementen⁴⁸.

Het gebruik van een Swarovski spandoek, Swarovski catalogi en prijslijsten en het verrichten van diensten in de detailhandel van juwelen onder het Swarovski merk is eveneens een inbreuk⁴⁹.

29. Zoniet de belangrijkste merkenrechtspraak van 2010 werd geveld door het Hof van Justitie in de zogenaamde Google Adword zaken⁵⁰. Iedereen die regelmatig met de internetzoekmachine van Google werkt, zal al kennisgemaakt hebben met de advertentiedienst AdWords. Zo verschijnt in het zoekresultaat vaak een advertentie in het veld 'gesponsorde links', in het rechtergedeelte van het beeldscherm of in een roze kader bovenaan het scherm. Iedereen kan – uiteraard tegen betaling – aan Google het verzoek richten om een advertentie aan een of meerdere zoektermen te koppelen. Eens geactiveerd zal een advertentielink met bijhorende reclameboodschap verschijnen als een van deze trefwoorden in een zoekopdracht ingegeven wordt.

Een aantal merkhouders stelden echter vast dat concurrerende ondernemingen hun merk als Adwords bij Google aankochten. Aan het Hof van Justitie werd dan ook de vraag gesteld of dit een merkinbreuk oplevert in hoofde van de adverteerder. Wanneer een adverteerder andermans merk gebruikt als AdWords-trefwoord om internetgebruikers een alternatief te bieden voor de waren of diensten van die merkhouder, is er volgens het Hof van Justitie een gebruik van dat merk door de adverteerder voor zijn eigen waren of diensten. Op zich is dat volgens het Hof nog niet voldoende om tot een merkinbreuk te besluiten. In de lijn van zijn meer recente rechtspraak preciseert het Hof dat bijkomend onderzocht moet worden of er sprake is van een gebruik door de adverteerder dat afbreuk kan doen aan de 'functies' van het merk. Het kan gaan om de 'herkomstfunctie' van het merk, maar ook om de communicatie-, investerings- en 'reclamefunctie'.

Het Hof onderzocht dan ook of bij merkgebruik in AdWords sprake is van een aantasting van de 'herkomstfunctie'. Er is volgens het Hof sprake van een merkinbreuk wanneer de reclame die aan een AdWord gekoppeld is, het voor de gemiddelde internetgebruiker onmogelijk of moeilijk maakt om te weten van welke onderneming de waren of diensten waarop de advertentie betrekking heeft, afkomstig zijn. Er mag dus met andere woorden geen verwarring worden gesticht en niet worden misleid. De adverteerder mag niet de indruk wekken dat er een economische band bestaat met de merkhouder. Vervolgens wordt het merkgebruik in AdWords door het Hof getoetst aan de 'reclamefunctie' van het merk. Merkhouders kunnen hun merken immers ook gebruiken voor reclamedoeleinden of voor hun handelsstrategie. Aangezien de website van de merkhouder zelf meestal bovenaan verschijnt bij de 'natuurlijke' resultaten van een zoekopdracht, doen de gesponsorde links volgens het Hof niet af aan de reclamefunctie van het merk.

Bij AdWords speelt de reclamefunctie dus blijkbaar geen zelfstandige rol, en is er alleen sprake van een merkinbreuk in geval de herkomstfunctie aangetast wordt, dus in het geval van verwarring of misleiding. Dat is een analyse die door de feitenrechter moet worden gemaakt.

In ieder geval kan uit dit arrest afgeleid worden dat het toegestaan is om andermans merk als AdWord te gebruiken om aan te duiden dan men bijvoorbeeld tweedehands merkartikelen of met de merkhouder concurrerende artikelen verkoopt, zolang de advertentie die er aan gekoppeld is niet potentieel verwarrend of misleidend is. In die zin kan dit arrest ook van belang zijn voor het gebruik van merken op tweedehands verkoopsites zoals eBay.

3. Verwarringsgevaar (art. 2.20.1.b BVIE, art. 5.1.b MRL, art. 9.1.b GMV)

30. Verwarringsgevaar werd aanvaard in de navolgende gevallen:

- HOPUS (voor bier) en HOPPAS (voor tapas)⁵¹.



- en /Univers de comfort (beiden voor meubelen en lederwaren)⁵²



- en (voor betaaldiensten)⁵³.

31. Geen verwarringsgevaar werd aanvaard in de navolgende gevallen:



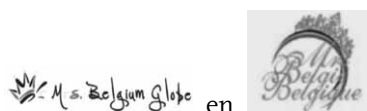
- en (voor bieren)⁵⁴.



- en (voor kranten)⁵⁵.



- en (voor matrassen)⁵⁶.



- en (voor missverkiezingen)⁵⁷

- Het gebruik van de vennootschapsnaam ALPHA-MAX maakt volgens het hof van beroep te Antwerpen geen inbreuk uit op het merk

ALPHA IN, aangezien het gebruik van een vennootschapsnaam door het publiek niet wordt opgevat als teken waarmee de aangeboden waren en de daaraan gekoppelde onderhoudsdiensten opgevat worden als afkomstig van de onderneming ALPHA-MAX⁵⁸.

32. De rechtspraak van het Hof van Justitie waar bij de beoordeling van een merkinbreuk wordt gekeken naar het feit of de wezenlijke functies (herkomst-, kwaliteitsgarantie-, communicatie-, investerings- en reclamefunctie) van het merk zijn aangetast, vond vorig jaar haar doorgang in de rechtspraak van het hof van beroep te Gent.

Zo werd geoordeeld dat er geen verwarringsgevaar kon weerhouden worden tussen de merken 'Lumus' en 'Limis beyond light' voor verlichting, omdat geen schending werd aangetoond van de wezenlijke functie van het merk⁵⁹.



Ook tussen PARK RESIDENTIES en PARK RESIDENTIES, beiden voor vastgoedprojecten, werd geen inbreuk weerhouden. Alhoewel er voldoende gelijkenissen zijn, is volgens het hof van beroep te Gent de herkomstfunctie van het merk niet geschonden, en is er dus geen verwarringsgevaar. De consument zal beide onderneming immers niet met elkaar associëren⁶⁰.

4. Schade aan bekend merk (art. 2.20.1.c BVIE, art. 5.2 MRL, art. 9.1.C GMV)

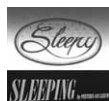
33. Volgende inbreuken werden vastgesteld:

- Het merk 'Miss België' is een bekend merk. Het gebruik van 'Mrs België' voor een schoonheidswedstrijd maakt hier dan ook een inbreuk op⁶¹.

- Het gebruik van de domeinnaam www.hotwheels.be maakt een inbreuk uit op het bekend merk HOT-WHEELS van Mattel⁶².

- De inschrijving van het merk 'MONTE-CARLO SPA' voor cosmetica & wellness, maakt een inbreuk uit op het bekend merk 'SPA'⁶³

- Sleepy voor bedartikelen is een bekend merk. Het gebruik van 'sleeping by Peeters-van leeuw' maakt hier een inbreuk op⁶⁴.



34. De merken TURBO FRIT, TURBO FRYER en TURBO voor friteuses zijn dan weer geen bekende merken, bij gebreke aan het voorleggen van enig marktonderzoek⁶⁵.

5. Ander gebruik (art. 2.20.1.d BVIE, art. 5.5 MRL)

35. Het gebruik van de vennootschapsnaam 'GUAPA EVENTS' door een bedrijf dat actief is in de horeca- & ontspanningswereld, maakt een inbreuk uit op de merknaam 'GUAVA' voor het organiseren van evenementen⁶⁶.

51 Vz.Kh. Gent 17 december 2010, A/10/02772, www.darts-ip.com.

52 Bergen (16°k) 9 september 2010, 2009/805, www.darts-ip.com.

53 Brussel (8°k) 11 mei 2010, 2008/AR/1578, www.darts-ip.com.

54 Brussel (8°k) 12 januari 2001, TBM 2010, 137, noot P. WYTINCK en H. BUREZ; IRDI 2010, 305.

55 Brussel (9°k) 1 april 2010, ICIP 2010, 113.

56 Vz.Kh. Brussel 23 juli 2010, A/10/01124, www.darts-ip.com.

57 Vz.Kh. Gent 12 mei 2010, *Juristenkrant* 2010, afl. 211, 1 (weergave Y. Vandendriessche).

58 Antwerpen (5°k) 8 oktober 2010, 2010/AR/2149, www.darts-ip.com.

59 Gent (7°k) 15 november 2010, 2010/AR/184, www.darts-ip.com.

60 Gent (7°k) 22 februari 2010, 2009/AR/1696, www.darts-ip.com.

61 Vz.Kh. Gent 5 november 2010, A/10/01646, www.darts-ip.com.

62 Vz.Kh. Gent 18 juni 2010, A/09/04841, www.darts-ip.com.

63 Luik 8 maart 2010, ICIP 2010, 59; JLMB 2011, 758.

64 Kh. Brussel 23 april 2010, IRDI 2010, 435.

65 Vz.Kh. Brussel 15 september 2009, A/10/0069, www.darts-ip.com.

66 Vz.Kh. Antwerpen 11 maart 2010, A/09/11122, www.darts-ip.com.

Kritiek op een beeldhouwwerk blijft steeds mogelijk, zolang geen inbreuk wordt gepleegd op de auteursrechten van de auteur.

C. Depot te kwade trouw

36. Het hof van beroep te Gent besteedde uitvoering de aandacht aan de invulling van het begrip te kwader trouw. Het hof wijst er op dat de opsomming van art. 2.4f BVIE niet limitatief is. Dit impliceert echter niet dat er geen enkele voorwaarde meer zou gelden opdat een depot met succes zou aangevochten worden. Niet elk depot met weten van voorgebruik leidt volgens het hof immers automatisch tot kwalificatie van 'depot te kwader trouw'. Het 'depot te kwader trouw' moet volgens het hof begrepen en toegepast worden binnen het kader en de context van het merkenrecht. Kwade trouw is een algemeen rechtsbegrip dat in de verschillende landen en rechtssystemen in de Benelux en in Europa uiteenlopend geregeld is en uiteenlopende betekenissen heeft. Het begrip kwade trouw in de Merkenrichtlijn en de Gemeenschapsmerkenverordening moet een zelfstandige merkenrechtelijke betekenis en uitleg krijgen. Er kan derhalve niet zonder meer uitgegaan worden van het Belgische civielrechtelijke begrip van kwade trouw.

Bij de beoordeling van de voorliggende zaak heeft het hof van beroep te Gent om te bepalen of er al dan niet kwade trouw is, het weten van eerder merkgebruik en uiteraard het al dan niet bewezen zijn ervan als maatstaf genomen. Deze maatstaf heeft voor het hof twee componenten: [i] het weten, de voorkennis van de deposant, en [ii] het voorgebruik door de voorgebruiker. De kwade trouw vormt een uitzondering op het registerstelsel, op het basisbeginsel dat een merk geregistreerd moet worden om bescherming te krijgen en op het basisbeginsel dat wie eerst registreert, de bescherming verkrijgt. Voorkennis is subjectief. Het gaat om het innerlijke, subjectieve bewustzijn van de deposant. De subjectieve gesteldheid van iemand is meestal maar kenbaar door een meerdere of mindere mate van veruitwendiging ervan. Bekendheid, meer bepaald bekendheid bij een aanmerkelijk deel van het publiek waarvoor de waren of diensten bestemd zijn, is een middel aan de hand waarvan indirect de subjectieve gesteldheid van de deposant kan aangetoond worden (het Hof hanteert deze standaard, die in overeenstemming is met §16-2, tweede zin van het TRIPS-Verdrag). Een dergelijke bekendheid kan naar het oordeel van het hof in principe aan de hand van verkoopcijfers en catalogi bewezen worden. Het hof van beroep hanteert niet het criterium 'behoren te weten', in de mate dat met deze uitdrukking een (hier niet toepasselijke) geobjectiveerde zorgvuldighedsnorm bedoeld wordt. De registratie van een merk is rechtscheppend en 'wie eerst komt eerst maalt'. Het is derhalve niet vereist dat de deposant voorafgaand aan het depot een eventueel gebruik of een eventuele registratie laat onderzoeken. Wel hanteert het Hof als criterium: 'het kan niet dat de deposant geen weet had van het eerder merkgebruik; het is rechtens niet aannemelijk dat de deposant hier geen weet van had' en 'in de gegeven omstandigheden moet de deposant geweten hebben van het voorgebruik'⁶⁷.

37. Het hof van beroep te Brussel oordeelde dat het eerder gebruik te goeder trouw van een handelsnaam, vennootschapsnaam of oorsprongsbenaming, naar analogie met de voorbeelden in de wet,

ook in de weg kan staan van een depot van een identiek of gelijkend teken als merk, wanneer de wettelijke bescherming die aan deze onderscheidende tekens wordt toegekend, toelaat om zich te verzetten tegen hun gebruik als merk. De analogie verplicht volgens het hof er toe om slechts tot kwade trouw te concluderen indien de deposant kan worden verweten dat hij wist of behoorde te weten van het eerder gebruik van een dergelijk teken⁶⁸.

D. Vervallenverklaring wegens niet-gebruik

38. Het recht op een merk wordt vervallen verklaard voor zover, gedurende een ononderbroken tijdvak van vijf jaren en zonder geldige reden, geen normaal gebruik van het merk is gemaakt door de merkhouder of door een derde die daartoe de toestemming heeft (art. 2.26.2.a BVIE). Het hof van beroep te Brussel verklaarde een merk vervallen gelet op de geringe omvang van het merkgebruik waardoor dit gebruik nauwelijks kon worden gepercipieerd en bijgevolg niet op normale wijze de herkenningfunctie van het merk bij het doelpubliek bewerkstelligen. Er moet minstens een normale commerciële politiek aangetoond worden die het verwerven of behouden van een afzetmarkt voor de betrokken producten onder het merk beoogt⁶⁹.

E. Vrijhoudingsbehoefte

39. De Duitse rechtsfiguur van de 'Freihaltebedürfnis' infiltrerde vorig jaar ook in de Belgische rechtspraak. De voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel oordeelde dat art. 2.23.1 BVIE een uitdrukking is van de vrijhoudingsbehoefte. De aangevochten tekens TURBO FRIT, TURBO FRYER en TURBO zijn puur beschrijvende aanduidingen die verband houden met de kenmerken van de door de vermeende inbreukpleger verhandelde waren zijnde friteuses. Hierop kunnen dan ook geen merkenrechten worden geclaimd⁷⁰.

IV. Octrooien

A. Europese ontwikkelingen

40. Het invoeren van een EU-octrooi (niet te verwarren met het bestaande Europees octrooi, dat een bundel van nationale octrooien is) lijkt een stap dichterbij te zijn gekomen. Bij gebreke aan unanimititeit tussen alle lidstaten, besloten twaalf lidstaten (waaronder België) op basis van een *inhalanced cooperation procedure* onder elkaar tot de installatie van een dergelijk octrooi te komen⁷¹. Ook over de oprichting van een *European Patent Court* (volgens de voorstellen een octrooikamer bij het Hof van Justitie) worden nog gesprekken gevoerd⁷².

B. Biotechnologie

41. Op het domein van de biotechnologie verdient het arrest van het Hof van Justitie in de *Monsanto/Cefetra* zaak enige aandacht. In deze zaak oordeelde het Hof dat octrooihouder Monsanto zich niet kan verzetten tegen de verhandeling binnen de Europese Unie van sojameel waarin een door een Europees octrooi beschermde DNA-sequentie aanwezig is. Een Europees octrooi kan immers enkel bescherming verlenen wanneer het geoctrooieerde product de functie uitoefent waarvoor het is geoctrooieerd. Deze functie was aanwezig in de sojaplant, maar niet in het litigieuze sojameel⁷³.

42. Het Europees Octrooibureau oordeelde dat een werkwijze voor de productie van planten die de stap-

67 Gent (7^ek) 7 juni 2010, 2009/AR/745, www.darts-ip.com.

68 Brussel (9^ek) 4 maart 2010, ICIP 2010, 81.

69 Brussel (18^ek) 12 oktober 2010, www.darts-ip.com.

70 Vz.Kh. Brussel 15 september 2009, A/10/0069, www.darts-ip.com.

71 <http://www.europarl.europa.eu/en/pressroom/content/20110215IPR13680/html/EU-patent-Parliament-gives-go-ahead-for-enhanced-cooperation>

72 <http://euobserver.com/9/31809>

73 HvJ (Grote Kamer) 6 juli 2010, nr. C-428/08, www.curia.eu.

pen omvat van het kruisen van het gehele genoom van planten en het vervolgens selecteren van de verkregen planten niet octrooieerbaar is. Het kweekproces (en dus niet het resultaat) van planten en dieren is immers een puur biologisch proces⁷⁴.

C. Aanvullende beschermingscertificaten (ABC)

43. Binnen een uitzonderlijk korte tijdsperiode werd door de Brusselse rechtscollleges uitspraak gedaan over de bescherming van gecombineerde producten door een ABC. Een ABC verlengt de octrooirechtelijke beschermingstermijn voor geneesmiddelen, maar enkel voor het geneesmiddel zelf dat het voorwerp van een marktvergunning uitmaakt. In deze zaak had een geneesmiddelfabrikant twee ABC's voor twee verschillende geneesmiddelen gekregen, doch wenste op grond hiervan ook bescherming te krijgen voor een combinatieproduct van de twee. Aangezien het om twee verschillende octrooien en twee afzonderlijke marktvergunningen gaat, kan een combinatieproduct niet onder de bescherming van deze twee afzonderlijke octrooien vallen⁷⁵.

V. Procedure en herstelmaatregelen

A. Kort geding en prima facie geldigheid

44. Het hof van beroep te Brussel bevestigde vorig jaar het Belgische principe van de *prima facie* geldigheid van (Europese) octrooien in kortgeding- en beslagprocedures. Alhoewel tal van aanwijzingen voorhanden waren dat een geneesmiddeloctrooi niet geldig zou zijn, besloot bijvoorbeeld het hof van beroep te Brussel toch nog tot de *prima facie* geldigheid van het octrooi. Zo had de Oppositieafdeling van het Europees octrooibureau het octrooi herroepen; had de octrooihouder tijdens deze oppositieprocedure zelf wijzigingen voorgesteld aan zijn octrooi; was het Nederlandse en Engelse luik van het Europees octrooi reeds nietig verklaard etc. Het hof wees op de schorsende werking van een herroepingsbeslissing van de Oppositieafdeling en achtte de andere aanwijzingen als niet relevant. De vermeende nietigheid kon volgens het hof in het kader van een oppervlakkig *prima facie* onderzoek dat eigen is aan een kort geding procedure, dan ook niet grondiger bekeken worden⁷⁶.

B. Beslag

45. Volgens het Hof van Cassatie mag van een partij die een beschrijvend beslag inzake namaak vordert, niet worden gevraagd dat zij de namaak, voortzetting en omvang daarvan bewijst. Daartoe dient juist een beschrijving. Een nieuwe beschrijving vragen met dat doel kan niet beschouwd worden als een poging om een bewijs te bekomen van gebrek aan uitvoering van het eerste vonnis⁷⁷.

46. Overeenkomstig (oud) artikel 1484 Ger.W. mag de beslaglegger of zijn vertegenwoordiger (advocaat) aanwezig zijn bij de beslagverrichtingen indien deze daartoe bijzonder door de beslagrechter gemachtigd zijn. Wanneer in een beschikking tot beschrijvend beslag machtiging wordt verleend aan een persoon om aanwezig te zijn, doch deze persoon niet identificeerbaar is, dan betekent dit volgens het Hof van Cassatie niet dat daarom de vaststellingen onregelmatig zouden zijn en niet mogen

worden gebruikt in het kader van een procedure ten gronde⁷⁸.

C. Bevoegdheid stakingsrechter

47. Het instellen van een stakingsprocedure op basis van art. 87 §1 Auteurswet wegens auteursrechtelijke inbreuken (die terzelfdertijd ook een contractuele inbreuk uitmaken) tegen een contractant zal niet iedere advocaat aandurven. Het samenloopverbod zou immers eraan in de weg kunnen staan dat een extracontractuele weg wordt bewandeld wanneer de inbreuk tevens een contractuele wanprestatie uitmaakt. Het Hof van Cassatie verduidelijkte echter dat dit niet noodzakelijk een probleem dient te zijn. Een vordering tot staking kan worden ingesteld tegen degene die een contractuele fout begaat, indien die tekortkoming op zich bestaat in een inbreuk op het auteursrecht of op de naburige rechten⁷⁹. De stakingsrechter kan zich in dat geval evident wel niet uitspreken over contractuele tekortkomingen die geen auteursrechtelijke inbreuk uitmaken.

D. Schadevergoeding

48. Ondanks het feit dat het Hof van Cassatie in 2009 duidelijk gesteld heeft dat de schade in het kader van een inbreuk op een intellectueel recht moet gekaderd worden in de leer van art. 1382 BW dat enkel in een schadevergoeding voorziet voor de schade (en niets meer dan de schade)⁸⁰, blijken de meeste rechtscollleges zich hier weinig van aan te trekken.

49. Zo blijft het hof van beroep te Gent⁸¹ – gevolgd door het hof van beroep te Antwerpen⁸² – zijn vaststaande rechtspraak volgen bij inbreuken op software om de coëfficiënt X2 te hanteren. Het dubbel van de oorspronkelijk niet betaalde licentievergoeding is volgens deze rechtscollleges gerechtvaardigd gelet op de schade die een softwareproducent lijdt door het gebruik van inbreukmakende kopieën.

50. De rechtbank van koophandel te Antwerpen daarentegen wijst er op dat wanneer een inbreukpleger (op octrooirechten) te kwader trouw is, de octrooihouder recht heeft naast een schadevergoeding voor gederfde winst, op de afdracht van de winst, doch deze afdracht van de winst kan enkel worden bevolen 'bij wijze van herstel van de geleden schade, die moet worden aangetoond in overeenstemming met art. 1382 BW' en mag niet worden gecumuleerd met de schadevergoeding die de geleden winst moet herstellen⁸³.

E. Kwade trouw

51. Wanneer een inbreukpleger ter kwade trouw is, dan kan hij op grond van art. 86bis 3 Auteurswet eveneens veroordeeld worden tot de verbeurdverklaring van de inbreukmakende goederen. Bij de beoordeling van de kwade trouw dient volgens het Hof van Cassatie rekening te worden gehouden met alle relevante omstandigheden van het geval. Zo een omstandigheid kan ook de houding zijn die de houder van het recht heeft ingenomen nadat hij kennis kreeg van de inbreuk op zijn recht waardoor bij de inbreukmaker twijfel kon ontstaan over de precieze omvang van de betrokken rechten⁸⁴.

74 Europees Octrooibureau (Grote Kamer van Beroep) 9 december 2010, nr. G 0001/08, www.darts-ip.com.

75 Brussel (8^ok) 23 februari 2010, *IRDI* 2010, 264, noot L. WEYNANTS; Vz.Kh. Brussel 12 februari 2010, *IRDI* 2010, 261.

76 Brussel (8^ok) 26 oktober 2010, *RABG* 2011, 32, noot S. VAN DEN BRANDE. Zie in dezelfde zin ook Vz.Kh. Antwerpen 16 november 2010, *IRDI* 2010, 483.

77 Cass. (3^ok) 8 maart 2010, AR C.08.0549.F, www.cass.be; *AM* 2010, 252; *ICIP* 2010, 14; *IRDI* 2010, 139, noot L. WEYNANTS; *TBH* 2010, 792.

78 Cass. 5 november 2010, C.09.0398.N, www.cass.be.

79 Cass. (1^ok) 7 oktober 2010, AR C.09.0391.F, www.cass.be; *JLMB* 2011, 736.

80 Cass. 13 mei 2009, www.cass.be; *AM* 2009, 384.

81 Gent (7^obis) 6 december 2010, 2008/AR/1905, onuitg.; Gent (7^ok) 12 april 2010, 2009/AR/2407, onuitg.

82 Antwerpen (1^ok) 14 juni 2010, 2009/AR/2114, onuitg.

83 Kh. Antwerpen (7^ok) 2 juli 2010, A/09/08112, www.darts-ip.com.

84 Cass. (1^ok) 25 februari 2010, AR C.09.0217.N, www.cass.be; *TBH* 2010, 787.