Hof van beroep te Antwerpen

21 maart 2022

Voorzitter: P. Bullynck

Advocaten: David Gailliaert

Peter Snauwaert

Stijn Debaene

1. Handelsnaam – merk – stakingsvordering – bevel tot staking – meerdere bevelen – dwangsom – verbeuring – interpretatie

2. Gerechtelijk recht – beslagrechter – dwangsom – intellectuele rechten

1. Opdat dwangsommen verbeurd kunnen worden, is vereist dat de titel waarmee de dwangsommen werden opgelegd als dwangsomtitel duidelijk en ondubbelzinnig is. De dwangsom is enkel verbeurd wanneer de gewraakte handeling klaarblijkelijk een inbreuk op de opgelegde verplichting oplevert. Als maatstaf van deze toetsing moet het doel en de strekking van de veroordeling als richtsnoer worden genomen, met dien verstande dat de veroordeling geacht wordt niet verder te strekken dan tot het bereiken van het daarmee beoogde doel.

Voor de beoordeling van de vraag of dwangsommen verbeurd zijn op grond van een titel die het gebruik van een bepaald teken verbiedt, is het irrelevant of het teken dat de veroordeelde partij gebruikte en dat volgens de houder van de dwangsomtitel een inbreuk uitmaakt op een stakingsbevel in die titel, vanuit merkenrechtelijk oogpunt al dan niet zou moeten worden geïdentificeerd met het verboden teken.

De loutere omstandigheid dat een teken waarvan het gebruik bij een dwangsomtitel werd verboden, aanwezig is in broncodes van een Javascript-programma van een dienstverlener van de veroordeelde partij en waarvan niet wordt bewezen dat ze enige functie zouden vervullen ten aanzien van de internetgebruiker, dat ‘het relevante publiek’ uitmaakt vanuit wiens ogen verwarringsgevaar moet worden beoordeeld, en die niet behoren tot de data die op gewone wijze voor een internetgebruiker publiek toegankelijk is, valt niet te beschouwen als een gebruik van dat teken in de zin van de dwangsomtitel, rekening houdend met het doel en de strekking ervan.

2. De beslagrechter die de rechtmatigheid en regelmatigheid beoordeelt van een betekend betalingsbevel waarin de houder van een dwangsomtitel dwangsommen invordert gesteund op één stakingsbevel uit die titel, is niet gevat om zich uit te spreken over de vraag of de ingeroepen gedraging al dan niet een inbreuk zou uitmaken op een ander stakingsbevel dat vervat is in dezelfde titel.

Antwerpen 21 maart 2022, *NjW* 2024, afl. 494, ...

**Flow Tech Industries BVBA,** […]

**appellant,**

[…]

**1.** **Telenet Group NV,** […]

**2. Telenet BV,** […]

**geïntimeerden,**

[…]

ANTECEDENTEN

1.

Midden maart 2017 lanceerde de bv Telenet een product Flow Tech, waarvan appellante van oordeel was dat dit een inbreuk vormde op haar handelsnaam of de productnaam 'Flow Tech'.

Appellante ging op 17 april 2017 over tot dagvaarding van de nv Telenet Group (toen nog bvba Telenet Group) voor de Voorzitter van de rechtbank van koophandel te Antwerpen, afdeling Antwerpen en vorderde, onder verbeurte van een dwangsom, de onmiddellijke staking door de nv Telenet Group van het gebruik van de naar haar oordeel verwarringstichtende en met de eerlijke handelsgebruiken strijdige handelsnaam / productnaam "Flow Tech" alsook de verwijdering van iedere verwijzing naar "Flow Tech" en iedere publiciteit voor het product "Flow Tech". Tevens vorderde appellante een publicatiegebod.

Bij vonnis van 14 juni 2017 werd deze vordering van appellante ongegrond verklaard omdat naar het oordeel van de Voorzitter van de rechtbank van koophandel niet was aangetoond dat de nv Telenet Group gebruik maakte van het teken "Flow Tech".

2.

Bij exploot, betekend op 22 juni 2017, ging appellante over tot dagvaarding van de bv Telenet waarbij zij dezelfde vordering stelde.

Bij vonnis van 18 oktober 2017 werd deze vordering gegrond verklaard. De Voorzitter van de rechtbank van koophandel oordeelde dat het gebruik van het teken "Flow Tech" door de BVBA Telenet inging tegen de eerlijke marktpraktijken, en beval haar het gebruik van dit teken te staken onder verbeurte van een dwangsom van 10.000,00 per dag en per inbreuk, te verbeuren één maand na betekening van het vonnis.

Appellante stelde hoger beroep in tegen het vonnis van 14 juni 2017 en de bv Telenet stelde op haar beurt hoger beroep in tegen het vonnis van 18 oktober 2017.

Het hof van beroep te Antwerpen (kamer B1) voegde bij arrest van 27 maart 2018 beide zaken samen, bevestigde het bestreden vonnis van 18 oktober 2017 (behalve wat de kosten betrof), hervormde het bestreden vonnis van 14 juni 2017 en verklaarde de vordering van huidige appellante tegen Telenet Group als volgt gegrond:

"- *Stelt vast dat het gebruik van het teken "Flow Tech" door de BVBA Telenet Group ingaat tegen de eerlijke marktpraktijken, en beveelt haar het gebruik van dit teken te staken onder verbeurte van een dwangsom van 10.000,00 EUR per dag en per inbreuk, te verbeuren één maand na de betekening van dit arrest;*

- *beveelt de BVBA Telenet en de bvba Telenet Group bijkomend over te gaan tot de onmiddellijke stopzetting en staking van het gebruik van enig met het teken "Flow Tech" overeenstemmend teken zoals "Flow Technology", dit onder verbeurte van een dwangsom van 10.000,00 EUR per vastgestelde inbreuk, te verbeuren één maand na de betekening van onderhavig arrest."*

[…]

4.

Appellante heeft meerdere keren aanspraak gemaakt op verbeurde dwangsommen lastens geïntimeerden omdat zij van oordeel was dat zij een inbreuk pleegden op de dwangsomveroordelingen uitgesproken bij vonnis van 18 oktober 2017 en arrest van 27 maart 2018. Deze aanspraken werden door Telenet betwist en maakten/maken het voorwerp uit van andere geschillen.

5.

Huidig geschil betreft een verzet dat door geïntimeerden op 27 januari 2020 werd aangetekend tegen een bevel tot betaling van 3 januari 2020 waarbij door appellante – in uitvoering van het vonnis van 18 oktober 2017 en het arrest van 27 maart 2018 – dwangsommen ingevorderd werden voor een bedrag van 1.520.000,- EUR en 960.000,- EUR, meer de kosten van uitvoering.

De dwangsommen betreffen beweerde inbreuken wegens het gebruik van het teken "Flow Tech" via een korte url telenet.be/flowtech […] en in de broncodes van de website www.telenet.be […].

[…]

6.

Bij de bestreden beschikking verklaarde de beslagrechter het verzet geïntimeerden ontvankelijk en in die mate gegrond dat voor recht gezegd werd dat geïntimeerden geen dwangsommen verschuldigd waren aan appellante wat de beweerde inbreuken op het teken "Flow Tech" in de (bron)code(s) van de webpagina's van www.telenet.be betrof.

De beslagrechter oordeelde (samengevat) dat het bestreden bevel van 3 januari 2020 door rechtmatig en regelmatig betekend was ten belope van een totaal van 10.000,- EUR meer de kosten van betekening wegens overtreding van het tweede stalingsbevel, uitgesproken bij arrest van 27 maart 2018 ingevolge het gebruik door Telenet en Telenet Group nv van de korte url telenet.be/flowtech. Het meer- of andersgevorderde werd als ongegrond afgewezen […].

[…]

BEOORDELING

[…]

11.

Krachtens art. 1385 bis Ger.W. kan de rechter, op vordering van één van de partijen, de wederpartij veroordelen tot betaling van een geldsom, dwangsom genaamd, voor het geval dat aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan, onverminderd het recht op schadevergoeding indien daartoe gronden zijn.

Opdat dwangsommen verbeurd kunnen worden is vooreerst vereist dat de titel waarmee de dwangsommen werden opgelegd, als dwangsomtitel duidelijk en ondubbelzinnig is. De veroordeelde partij moet zeer precies weten welke gedraging tot verbeuring van de dwangsom aanleiding kan geven.

[…]

De beslagrechter die, in geval van geschillen over de tenuitvoerlegging van een beslissing waarbij een dwangsom wordt opgelegd, moet uitmaken of de voorwaarden voor de opeisbaarheid ervan vervuld zijn, is niet bevoegd om de inhoud ervan te wijzigen of te beslissen dat de dwangsom niet verschuldigd is op grond dat de hoofdveroordeling niet verantwoord was […].

De dwangsom is met andere woorden enkel verbeurd wanneer de gewraakte handeling klaarblijkelijk – dit wil zeggen zonder redelijke discussie – een inbreuk op de opgelegde verplichting oplevert. Is een redelijke discussie mogelijk, dan is de dwangsom niet verbeurd.

Als maatstaf van deze toetsing van de ter uitvoering van de dwangsomtitel verrichte handelingen moet het doel en strekking van de veroordeling als richtsnoer genomen worden, met dien verstande dat de veroordeling geacht wordt niet verder te strekken dan tot het bereiken van het daarmee beoogde doel […].

Krachtens art. 793 Ger.W. kan de beslagrechter een onduidelijke of dubbelzinnige beslissing uitleggen, zonder evenwel de daarin bevestigde rechten uit te breiden, te beperken of te wijzigen.

12.

Het hof als beslagrechter in hoger beroep dient in elke zaak waarmee het gevat is *in concreto* te beoordelen of de ingevorderde dwangsommen die het voorwerp uitmaken van het kwestieuze bestreden bevel, al dan niet verbeurd zijn.

[…]

14.

Bij het bestreden bevel, betekend bij exploot van 3 januari 2020, werden dwangsommen ingevorderd wegens de volgende beweerde inbreuken:

a) Staking van het gebruik van het teken "Flow Tech" *a rato* van 10.000,- EUR per dag per inbreuk voor de periode vanaf 5 juli 2019 tot en met 3 december 2019 (zijnde 152 dagen x 10.000,- EUR = 1.520.000,- EUR)

Deze inbreuk betreft het beweerd gebruik van het teken "Flow Tech" via een korte url telenet.be/flowtech en dit volgens proces-verbaal van vaststelling van 3 december 2019 door gerechtsdeurwaarder Philippe Matthys te Brugge (vaststelling nr 1)

b) Staking van het gebruik van het teken "Flow Tech" *a rato* van 10.000,- EUR per dag per inbreuk voor de periode voor de periode vanaf 30 augustus 2019 tot en met 3 december 2019 (zijnde 96 dagen x 10.000,- EUR= 960.000,- EUR).

Deze inbreuk betreft de aanwezigheid van het teken Flow Tech in de broncode van een aantal webpagina's van de website www.telenet.be en dit volgens procesverbaal van vaststelling van 3 december 2019 door gerechtsdeurwaarder Philippe Matthys te Brugge (vaststelling nr 2)

Appellante die aanvoert dat dwangsommen verbeurd zijn, draagt de bewijslast aan te tonen dat in de betrokken periodes er sprake was van inbreuken die dwangsommen deden verbeuren. Zij steunt zich hiervoor op het proces-verbaal van vaststelling van 3 december 2019 door gerechtsdeurwaarder Philippe Matthys te Brugge.

15.

Uit dit proces-verbaal van vaststelling blijkt dat het intikken van de korte url telenet.be/flowtech in de internetbrowser door de gerechtsdeurwaarder verwijst naar een url https://www2.telenet.be/nl/netwerk-en-kwaliteit/overzicht/wîfi-bij-je-thuis/ waarmee een webpagina van telenet "wifi bij je thuis" wordt geopend. Dezelfde webpagina wordt geopend wanneer de gerechtsdeurwaarder telenet.be/flow intikt.

Appellante is van oordeel dat het gegeven dat de korte url telenet.be/flowtech "actief en online" stond, te beschouwen is als een gebruik van het teken "Flow Tech" wat een inbreuk uitmaakt op de dwangsomtitel met als gevolg dat de bij het bestreden bevel gevorderde dwangsommen verbeurd zijn.

16.

Geïntimeerden wijzen terecht op het onderscheid dat in het arrest van 27 maart 2018 gemaakt werd tussen enerzijds het bevel tot het staken van het gebruik van het teken "Flow Tech" dat gesanctioneerd werd met een dwangsom van 10.000,- EUR per dag en per inbreuk en anderzijds het bevel tot het staken van het gebruik van "enig met het teken 'Flow Tech' overeenstemmend teken, zoals 'Flow Technologie' dat gesanctioneerd werd door een dwangsom van 10.000,- EUR per vastgestelde inbreuk.

Bij het bestreden bevel van 3 januari 2020 werd het beweerd gebruik van de korte url telenet.be/flowtech in strijd geacht met het eerstgenoemde bevel tot staking. De dwangsommen werden immers in het bestreden bevel per dag en per inbreuk berekend.

Geïntimeerden argumenteren terecht dat het eerstgenoemde bevel tot staking slechts het gebruik van het teken "Flow Tech" viseert. Voor zover er sprake zou zijn van een gebruik van de korte url telenet.be/flowtech, is dit gebruik hoe dan ook niet te identificeren met het teken "Flow Tech".

Anders dan door appellante aangevoerd, is het voor de beoordeling van de vraag of al dan niet dwangsommen verbeurd zijn, irrelevant of vanuit merkenrechtelijk oogpunt het teken "flowtech" al dan niet zou moeten geïdentificeerd worden met het teken "Flow Tech". Als beslagrechter in hoger beroep, dient het hof immers enkel na te gaan of de gewraakte handeling al dan niet als een inbreuk op de dwangsomtitel kan beschouwd worden.

Het hof stelt vast dat in de dwangsomtitel inderdaad een onderscheid werd gemaakt tussen het verbod op het gebruik van het teken "Flow Tech" en het gebruik van "enig met het teken 'Flow Tech' overeenstemmend teken" (waaronder desgevallend het teken "flowtech" zou kunnen vallen) die elk afzonderlijk door een verschillende dwangsom worden gesanctioneerd.

Het komt het hof niet toe om na te gaan of het eventueel gebruik van het teken "flowtech" al dan niet als een inbreuk op het 'tweede' bevel tot staking (nl. het staken van het gebruik van enig met het teken "Flow Tech" overeenstemmend teken) zou moeten beschouwd worden, nu in het bestreden bevel de dwangsommen wegens beweerd gebruik van de korte url berekend en ingevorderd werden als een inbreuk op het eerste bevel tot staking (nl. staking van het gebruik van het teken "Flow Tech").

De dwangsomrechter had kennis van de korte url telenet.be/flowtech en heeft de dwangsom *a rato* van 10.000 EUR per dag en per inbreuk enkel gekoppeld aan de nietnaleving van het bevel tot staking van het gebruik van het teken "Flow Tech". In tegenstelling tot het tweede bevel tot staking, dat niet limitatief omschreven werd (zie: *"enig met het teken 'Flow Tech' overeenstemmend teken, zoals Flow Technologie"),* werd het eerste bevel tot staking wel limitatief omschreven en werd enkel het gebruik van het teken "Flow Tech" gesanctioneerd door een dwangsom *a rato* van 10.000,- EUR per dag en per inbreuk.

17.

Los van de vraag of al dan niet het teken "flowtech" geïdentificeerd zou kunnen worden met het teken "Flow Tech", merkt het hof ten overvloede op dat hoe dan ook niet bewezen wordt dat de korte url telenet.be/flowtech gebruikt werd in de litigieuze periode door geïntimeerden.

Geïntimeerden voeren aan dat destijds, in de periode voorafgaand aan het vonnis van 18 oktober 2017 deze korte url link telenet.be/flowtech gebruikt werd voor publiciteitsdoeleinden. Deze link verwees in die periode naar een webpagina waarop in die periode de Flow Tech dienst werd beschreven.

Zij argumenteren dat deze link vervangen werd door twee andere korte url's (nl. www.telenet.be/slimstewifi of naar telenet.be/flow die beiden verwijzen naar het openen van een webpagina "Welkom bij het slimste wifi-systeem ooit!", wat ook bevestigd wordt door de vaststellingen van de gerechtsdeurwaarder Matthys die in zijn pv van vaststelling beschrijft dat na het intikken van deze korte url, voornoemde webpagina (Welkom bij het slimste wifi-systeem ooit!) geopend wordt.

Door appellante wordt niet betwist dat in de betrokken periode van juli tot december 2019 waarvoor dwangsommen ingevorderd worden, op de webpagina "Welkom bij het slimste wifi-systeem ooit!" die geopend wordt via de korte url link telenet.be/flowtech, op zich geen enkel gebruik werd gemaakt van het teken "Flow Tech". Uit niets blijkt dat op enige andere webpagina nog zou zijn verwezen naar deze korte url link telenet.be/flowtech.

De inbreuk situeert zich volgens appellante in het "actief en online staan" van de korte url (telenet.be/flowtech), waarin gebruik gemaakt wordt van "flowtech".

Door geïntimeerden wordt uiteengezet dat korte url link niet meer gebruikt wordt maar deze op haar interne servers is blijven staan waar deze een nutteloos bestaan leidt, nu deze korte url vervangen werd door twee andere korte urls (telenet.be/flow en www.telenet.be/slimstewifi) die naar dezelfde webpagina leiden ("Welkom bij het slimste wifi-systeem ooit!").

18.

Het gegeven dat deze url link nog op 27 mei 2020 in het internet archive opgeslagen google resultaat teruggevonden kon worden in een op de website van de Vlaamse Federatie van Beleggers gepubliceerd artikel van september 2017 waarin reclame van Telenet werd gepubliceerd die melding maakte van de korte url www.telenet.be/f!owtech, dit nadat als zoekopdracht *"naadloos internet ookla site:be"* ingegeven werd, maakt op zich geen bewijs uit van een gebruik door geïntimeerden van die korte url in de betrokken periode van juli-december 2019 waarvoor dwangsommen ingevorderd worden.

Vooreerst betrof dit een publicatie door een derde en niet door geïntimeerden. Bovendien, gelet op de aard van de zoektermen die gebruikt moesten worden om dit op het internet gepubliceerd artikel van september 2017 te kunnen terugvinden en openen, blijkt dat de voorafgaande wetenschap dat in deze reclame de naam 'Ookla' voorkwam noodzakelijk was en kan de aldus teruggevonden publicatie door een derde in 2017 op het internet niet als een gebruik van de korte url telenet.be/flowtech door geïntimeerden beschouwd worden. De zoekopdracht verwees niet naar "flowtech" en werd bovendien in die zin geformuleerd dat er sprake was van voorafgaande wetenschap dat als zoekresultaat dit artikel kon gevonden worden.

De loutere aanwezigheid van de korte url link telenet.be/flowtech die zich nog op de interne server van geïntimeerden bevond en waarvan niet bewezen wordt dat deze nog door geïntimeerden in de kwestieuze periode van juli-december 2019 gebruikt zou zijn geweest, is niet te beschouwen als een inbreuk op het staken van het gebruik van het teken Flow Tech zoals bevolen in de dwangsomtitel, rekening houdend met het doel en de strekking ervan.

19.

De tweede inbreuk waarvoor appellante dwangsommen invordert betreft de vermeldingen van "flowtech" en "flow-tech" die volgens appellante tussen 30 augustus 2019 en 3 december 2019 voorkwamen in de broncode van een javascript programma op een Telenet webpagina.

Het hof verwijst vooreerst naar wat onder randnummer 16 uiteengezet werd. Ook hier stemt het in de broncodes vermelde teken niet overeen met het teken "Flow Tech" waarvan het gebruik in de dwangsomtitel gesanctioneerd werd met een dwangsom van 10.000,- EUR per dag en per inbreuk.

20.

Los van de vraag of al dan niet het teken "flowtech" of "flow-tech" zou kunnen geïdentificeerd worden met het teken "Flow Tech", wordt hoe dan ook niet bewezen dat de loutere aanwezigheid van het teken "flowtech" of "flow-tech" in de kwestieuze broncodes zoals aangehaald in het proces-verbaal van vaststelling van 3 december 2019 door gerechtsdeurwaarder Matthys, te beschouwen zou zijn als een inbreuk op de dwangsomtitel waarbij de staking van het gebruik van het teken "Flow Tech" werd bevolen onder verbeurte van een dwangsom van 10.000,- EUR per dag en per inbreuk.

Dergelijke broncodes maken deel uit van een javascript programma, zijn niet zichtbaar voor een internetgebruiker bij het raadplegen van een webpagina (waarop ook niet verwezen wordt naar het teken "Flow Tech") en kunnen slechts op een zeer omslachtige manier en mits een doorgedreven IT kennis geraadpleegd worden. Als zodanig zijn deze broncodes te beschouwen als onzichtbaar voor een doorsnee internetgebruiker.

Uit het proces-verbaal van vaststelling van 3 december 2019 van gerechtsdeurwaarder Matthys, hiertoe door appellante gelast, wordt beschreven welke omslachtige stappen de gerechtsdeurwaarder heeft moeten doorlopen teneinde kennis te krijgen van het teken "flowtech" in deze broncodes.

Zo blijkt uit het proces-verbaal van vaststelling dat de gerechtsdeurwaarder eerst de combinatie van de toetsen control-shift-i heeft moeten indrukken om dan vervolgens in het scherm van "developer tools" via de zoekfunctie in de onderliggende mappen de term "flowtech"' in te tikken, waarna een bestand "utag.121.js" in de lijst met website bestanden werd geselecteerd. In die lijst werd via de functie control-F de inhoud van deze file doorzocht om nadien vast te stellen dat de zoekterm 'flowtech' voorkwam in de bestanden die opgelijst werden.

21.

Geïntimeerden lichten toe dat de kwestieuze broncodes het van een dienstenleverancier Tealium afkomstige javascript programma betreft dat louter dient om de interacties van internetgebruikers met een aantal webpagina's van de Telenet website te meten en daarover intern te rapporteren binnen de organisatie van geïntimeerden. Geïntimeerden wijzen erop dat, anders dan een "java" programma (javacode ".java") het kwestieuze javascript programma (extensie ".js") *in casu* geen inhoud van webpagina's genereert en deze geen enkele functie ten aanzien van de internetgebruiker vervult. Appellante bewijst het tegendeel niet.

Appellante argumenteert maar bewijst niet dat deze broncodes zouden bedoeld zijn om de rangschikking van de kwestieuze Telenet webpagina's in zoekmachines zoals google te beïnvloeden en deze een onderdeel zouden uitmaken van de reclamestrategie van geïntimeerden. Geïntimeerden betwisten dit standpunt en argumenteren op uitvoerige en gedocumenteerde wijze dat het kwestieuze javascript programma geen invloed heeft op de zoekresultaten. Appellante bewijst het tegendeel niet.

Het argument van appellante dat er sprake zou zijn van een "gebruik" van het teken "Flow Tech" omdat door de aanwezigheid van het teken "flowtech" in de broncode van een javascript programma enkele webpagina's van Telenet in zoekopdrachten uitgevoerd via zoekmotoren zoals google hoger gerangschikt zouden staan, wordt door appellante niet te genoegen van recht aannemelijk gemaakt en wordt door geïntimeerden op gedocumenteerde wijze weerlegd.

22.

Het hof herhaalt dat dwangsommen enkel verbeurd zijn indien de gewraakte handeling zonder redelijke discussie een inbreuk uitmaakt op de dwangsomtitel, rekening houdend met het doel en de strekking ervan.

*In casu* werd in de dwangsomtitel aangaande het bevel tot staken van het gebruik van het teken "Flow Tech" onder meer gewezen op het verwarringsgevaar bij het relevante publiek van ondernemingen, waarbij het hof wees op het feit dat door het gebruik van het teken Flow Tech de indruk gewekt wordt dat er een band bestaat tussen Telenet en Flow Tech Industries.

De loutere aanwezigheid van het "flowtech" teken in broncodes van een javascript programma van een dienstverlener van geïntimeerden waarvan niet bewezen wordt dat deze enige functie zou vervullen ten aanzien van de internetgebruiker ("het relevante publiek") en die niet tot de op gewone wijze tot de voor een internetgebruiker publiek toegankelijke data behoren, is niet te beschouwen als een gebruik van het teken "Flow Tech" in de zin van de dwangsomtitel, rekening houdend met het doel en de strekking ervan.

[…]

24.

In de mate de bij het bestreden bevel ingevorderde dwangsommen louter gesteund werden op het bevel tot staking van het gebruik van het teken "Flow Tech", waarvan de inbreuk gesanctioneerd werd met een dwangsom van 10.000-,- EUR per dag en per inbreuk, is het hof niet gevat met het onderzoek of de ingeroepen inbreuken die naar het oordeel van appellante dwangsommen doen verbeuren, al dan niet een inbreuk zouden uitmaken op het bijkomende bevel tot staking, in het dwangsomtitel vervat, waarbij de staking opgelegd werd van het gebruik van enig met het teken "Flow Tech" overeenstemmende teken, zoals "Flow Technologie", waarvoor een afzonderlijke dwangsom van 10.000,- EUR per vastgestelde inbreuk werd opgelegd.

Het incidenteel beroep van geïntimeerden is desbetreffend gegrond en de bestreden beschikking, waarbij de eerste rechter de inbreuk op dit afzonderlijk stakingsbevel gegrond achtte, wordt in die zin hervormd.

[…]

**BESLISSING**

Het hof beslist bij arrest op tegenspraak.

Het principaal hoger beroep wordt toelaatbaar doch ongegrond verklaard.

Het incidenteel beroep wordt toelaatbaar en in de hierna volgende mate gegrond verklaard:

De bestreden beschikking wordt enkel hervormd in de mate de eerste rechter voor recht gezegd heeft dat het bij exploten van 3 januari 2020 betekende bevel tot betaling wat betreft de inbreuk op het teken "Flow Tech" door overtreding van het tweede stakingsbevel uitgesproken bij arrest van 27 maart 2018 ingevolge het gebruik door Telenet bv en Telenet Group nv van de korte URL telenet.be/flowtech rechtmatig en regelmatig betekend werd ten belope van een totaal van 10.000,- EUR meer de kosten van betekening en in de mate uitspraak gedaan werd over de kosten.

Opnieuw rechtdoend, binnen de perken van het incidenteel beroep zegt het hof voor recht dat het bevel van 3 januari 2020 in zijn geheel onrechtmatig verklaard wordt.

[…]

**Interpretatie van dubbel bevel tot staking van inbreuk handelsnaam/merk**

Wanneer de vennootschap Flow Tech Industries (FTI) vaststelt dat Telenet reclame voert voor een eigen product ‘Flow Tech’, verkrijgt ze in oktober 2017 bij de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Antwerpen en in maart 2018 bij het hof van beroep te Antwerpen een dubbel stakingsbevel voor het verdere gebruik van die handelsnaam.

Na te hebben vastgesteld dat het gebruik van het teken ‘Flow Tech’ ingaat tegen de eerlijke marktpraktijken, beveelt het hof Telenet ten eerste om “het gebruik van dit teken te staken”. Ten tweede beveelt het de staking van “het gebruik van enig met het teken ‘Flow Tech’ overeenstemmend teken zoals ‘Flow Technology’”. Het eerste stakingsbevel wordt uitgesproken onder verbeurte van een dwangsom van 10.000,- euro per dag en per inbreuk, het tweede onder verbeurte van een dwangsom van 10.000,- euro “per vastgestelde inbreuk”. FTI gaat over tot de tijdige betekening van dat dubbele stakingsbevel. Telenet tekent nog cassatieberoep aan maar vangt bot: het Hof van Cassatie overweegt in zijn arrest van 29 maart 2019 dat het bevel voldoende duidelijk omschreven is en voldoende nauwkeurig is bepaald (AR C.18.0323, §10-11): het hof van beroep te Antwerpen beveelt, aldus het cassatie-arrest, “op duidelijke wijze de staking van een verboden praktijk, namelijk het gebruik van elk met de handelsnaam van de verweerster overeenstemmend teken, om herhaling te voorkomen”.

In december 2019 laat FTI een proces-verbaal opstellen. Daarin stelt een gerechtsdeurwaarder ten eerste vast dat het intikken van de URL ‘telenet.be/flowtech’ de internetgebruiker doorleidt naar een webpagina ‘Wifi bij je thuis’. Ten tweede stelt hij vast dat de termen ‘flowtech’ en ‘flow-tech’ ook in de metadata van een webpagina van Telenet voorkomen, en met name in de Javascript-broncode. Overtuigd dat deze omstandigheden ingaan tegen het eerste stakingsbevel, betekent de vennootschap kort na Nieuwjaar 2020 een bevel tot betaling van dwangsommen aan 10.000,- euro per dag per inbreuk, gezamenlijk begroot op ca. 2,5 miljoen euro. Telenet tekent verzet aan bij de beslagrechter te Antwerpen (afd. Antwerpen), die oordeelt dat het bevel slechts rechtmatig en regelmatig was betekend ten belope van 10.000,- euro. Het weergegeven arrest betreft de beoordeling in graad van beroep.

Het hof van beroep te Antwerpen (afd. Antwerpen) overweegt eerst en vooral dat de dwangsom enkel verbeurd is wanneer er geen redelijke discussie mogelijk is over het bestaan van een inbreuk. Het brengt zijn rol als beslagrechter in beroep in herinnering: *in concreto* oordelen of de ingevorderde dwangsommen al dan niet verbeurd zijn, met het doel en de strekking van de veroordeling als richtsnoer en de mogelijkheid om dubbelzinnige beslissingen uit te leggen zonder de daarin bevestigde rechten uit te breiden, te beperken of te wijzingen (zie het arrest, §11-12).

Uit het voorgaande leidt het hof enkele gevolgen af voor de zaak. Ten eerste gewaagde het betalingsbevel enkel van inbreuken op het eerste stakingsbevel: het gebruik van ‘dit teken’ – lees: een teken identiek aan de handelsnaam ‘Flow Tech’. Aan Telenet werd daarentegen geen inbreuk verweten op het tweede bevel, tot staking van het gebruik van elk daarmee ‘overeenstemmend’ teken (§16). Bijgevolg had de beslagrechter in eerste aanleg hoe dan ook niet mogen oordelen dat het bevel tot betaling rechtmatig was betekend wat betreft de inbreuk op dat tweede stakingsbevel.

Ten tweede brengt de taakomschrijving van het hof mee dat het enkel kan nagaan of de gewraakte handelingen inbreuken uitmaken op de dwangsomtitel, zoals die daarin werden geformuleerd. Daaruit volgt zijns inziens dat het het bevel tot betaling alleen als rechtmatig kan aanmerken voor zover uit het proces-verbaal zou blijken dat Telenet letterlijk de woorden ‘Flow Tech’ zou hebben gebruikt. Zowel in de URL als in de Javascript-broncode stond evenwel ‘flowtech’ en ‘flow-tech’ te lezen, wat volgens het hof “hoe dan ook” niet identiek is aan ‘Flow Tech’ (§16-17). Het hof doelt hier allicht op de afwezigheid van hoofdletters en een spatie. Het hof verklaart het betalingsbevel van januari 2020 dan ook in zijn geheel onrechtmatig.

Een interessant aspect is dat het hof van beroep te Antwerpen het in deze zaak uitdrukkelijk irrelevant achtte of ‘Flow Tech’ en ‘flowtech’ of ‘flow-tech’ als identiek vallen te beschouwen “vanuit merkenrechtelijk oogpunt” (§16). Aangezien de zaak ten gronde leek te gaan om handelsnaambescherming (Unieverdrag van Parijs) en niet om merkenrechtelijke bescherming (Benelux-verdrag en Uniemerkverordening), moet die passage allicht worden gelezen in de zin dat het niet relevant is of Telenet gebruik maakt van een naam die identiek is aan de beschermde handelsnaam van Flow Tech.

Die nuance daargelaten, lijkt deze strenge visie toch wat te wringen met het uitgangspunt dat het doel en de strekking van de veroordeling voor de beslagrechter als richtsnoer moeten gelden. Door in de dwangsomtitel de opsplitsing te maken tussen het gebruik van een identiek teken (of identieke handelsnaam) en het gebruik van een overeenstemmend teken (of overeenstemmende handelsnaam) en daaraan respectievelijk een hogere en lagere dwangsom te verbinden, lijkt het hof te Antwerpen in de dwangsomtitel immers net te hebben willen aansluiten bij het merkenrechtelijke (en handelsnaamrechtelijke) onderscheid tussen letterlijke inbreuken (zgn. ‘sub a)-inbreuken’) en inbreuken waarbij er overeenstemming en dus verwarringsgevaar moet worden bewezen. Het hof had in de weergegeven zaak dan onder verwijzing naar EU-rechtspraak over websites kunnen vaststellen dat ‘Flow Tech’ en ‘flowtech’ “in zijn geheel beschouwd” slechts verschillen vertonen “die dermate onbeduidend zijn dat zij aan de aandacht van de gemiddelde consument kunnen ontsnappen” (zie HvJ 8 juli 2010, C-558/08, Portakabin, §47-48, j° HvJ 20 maart 2003, C-291/00, LTJ Diffusion, §54 en HvJ 25 maart 2010, C-278/08, BergSpechte, §25), zodat er alsnog sprake is van een identiek teken en dus potentieel van een inbreuk op het eerste stakingsbevel (zie evenwel de nuances onder).

In zijn oordeel over de incorporatie van het woord ‘flowtech’ in de Javascript-broncode van een Telenet-webpagina leest het in het weergegeven arrest verder dat die codes “onzichtbaar” zijn “voor een doorsnee internetgebruiker”. Om de broncode te bekijken en te doorzoeken, zijn immers extra technische stappen nodig (§21). Het hof geeft vervolgens aan dat er bij dit alles in eerste instantie rekening valt te houden met “het verwarringsgevaar bij het relevante publiek”, dat zijns inziens bestaat uit de internetgebruikers, en met de indruk die mogelijk wordt gewekt tussen Telenet en Flow Tech (§22). Telenet geeft aan dat het betrokken element in de broncode technisch geen invloed kan hebben op zoekmachineresultaten en dus geen onderdeel uitmaakt van haar reclamestrategie. Daar FTI het tegendeel niet bewijst, oordeelt het hof dat de loutere aanwezigheid van het teken ‘flowtech’ in de broncode van een website niet volstaat om te besluiten tot een inbreuk op het eerste stakingsbevel.

Hoewel de voorgaande analyse navolging verdient (zie ook hieronder), valt moeilijk te ontkennen dat ze rechtstreeks is ontleend aan het merkenrecht (zie o.m. HvJ 23 maart 2010, C-236/08, Google/Vuitton; HvJ 25 maart 2010; HvJ 22 september 2011, C-323/09, Interflora) en handelsnaamrecht (zie o.m. Gent 19 mei 2014, *ICIP* 2014, 468; Bergen 16 november 2015, *Jb.Markt.* 2015, 561). Dat is bijzonder opmerkelijk, nu het hof elders (§16) net zelf aangeeft dat het geen acht zou mogen slaan op die rechtsdomeinen. Om het criterium van gelijkheid van twee tekens/namen te beoordelen, mag de beslagrechter dus kennelijk niet naar het intellectuele eigendomsrecht terugbladeren, maar om de criteria ‘gebruik’ en ‘verwarringsgevaar’ te beoordelen wel?

Bij wijze van *obiter dicta* gaat het hof van beroep te Antwerpen tot slot nog in op het bewijs van het continue gebruik van de URL ‘telenet.be/flowtech’ door Telenet. Aangezien de woorden ‘Flow Tech’ in de zichtbare tekst (body) van de webpagina’s van Telenet niet (langer) voorkomt, focust het hof terecht op de vraag of ‘het actief en online staan’ van die URL volstaat opdat er sprake kan zijn van een inbreuk op het stakingsbevel. Het overweegt hierover ten eerste dat de URL luidens de verklaringen van Telenet “niet meer gebruikt wordt” en dat die “op haar interne servers is blijven staan waar deze een nutteloos bestaan leidt” (§17). Dat argument doet verbazen: hoe kan een voor iedereen openbaar toegankelijke link op een ‘interne’ server staan? Staan alle webpagina’s uiteindelijk niet op servers die ‘intern’ toebehoren aan iemand? Ten tweede overweegt het hof dat FTI het voortdurende gebruik van deze URL door Telenet onvoldoende aantoont, ook al legt die laatste bewijs voor dat de link op een in september 2017 gearchiveerde internetpagina van een derde te vinden is (§18). Ook dit argument is opmerkelijk. Gezien de snelheid waarmee webinhoud wordt aangepast, valt er immers moeilijk in te zien hoe houders van intellectuele rechten anders nog in staat zouden kunnen zijn om het bestaan van een voortdurende inbreuk aan te tonen.

Tegen de achtergrond van dit alles komt het voor dat het hof had kunnen volstaan met de vraag of het niet-verwijderen van de URL en de creatie van een doorverwijspagina al dan niet een ‘gebruik’ van een teken uitmaakt. Op dezelfde manier had het ook de toevoeging van ‘flowtech’ aan een quasi-onvindbaar onderdeel van de broncode van een webpagina kunnen benaderen vanuit het criterium van een ‘gebruik’. Mogelijk had het hof van beroep te Antwerpen dan uit de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake merken en vergelijkende reclame (analogie)argumenten kunnen putten om te oordelen of er in elk van de situaties sprake was van een actief en al dan niet van toestemming uitgezonderd ‘gebruik’ van een teken/naam (in het economisch verkeer) dat werkelijk afbreuk doet aan één van de functies van het betrokken recht (zie o.m. HvJ 23 maart 2010; HvJ 25 maart 2010; HvJ 26 maart 2010, C-91/09, Eis.de; HvJ 22 september 2011; HvJ 11 juli 2013, C-657/11, BEST, §42-60), en het betalingsbevel ook op die grond kunnen afwijzen.

Simon Geiregat