

IE-Forum.be

Rechtbank Antwerpen 11 juni 2010, IEFbe 2016 Ajinomoto tegen Helm)

Hof van beroep Antwerpen 15 mei 2012, IEFbe 2016 (Helm tegen Ajinomoto)

Hof van beroep Antwerpen 14 september 2015, IEFbe 2016 (Helm tegen Ajinomoto)

Hof van beroep Antwerpen 18 april 2016, IEFbe 2016 (Helm tegen Ajinomoto)

A/08/06919
zevende kamer
11 Dec 2019

Folio 355

Rep. 13966

Vonnis nr. 46

Aangeboden op

Niet te registreren

UITGIFTE

Mr.

eisende partij/verwerende partij

Nr.

R.U.

Blz.

€

dd.

De e.a. Inspecteur

verz. :

VONNIS gewezen en uitgesproken in het gerechtshuis te Antwerpen op elf juni tweeduizendtien in de openbare terechtzitting van de zevende kamer van de rechtbank van koophandel van het arrondissement Antwerpen, waar zitting hadden :

S. Granata	Rechter, Voorzitter van de kamer
G. De Block	Rechter in Handelszaken
D. Minnebo	Rechter in Handelszaken
G. Verelst	Griffier

in de zaak

A/08/06919

AJINOMOTO CO. INC., met zetel te 104-8315 Tokyo, 15-1 Kyobashi, 1-chrome, Cuo-ku, woonst kiezende op het kantoor van haar raadslieden.

eisende partij : vertegenwoordigd door Mr. K. Roox en Mr. J.D. Lindemans, beiden advocaat, kantoor houdende te 1000 Brussel, Koningstraat 71.

TEGEN :

1. HELM AG, met zetel te 200097 Hamburg, Nordkanalstrasse 28.

2. NV HELM BENELUX, met zetel te 1930 Brussel, Belgicastraat 1 B11.

3. GLOBAL BIO-CHEM TECHNOLOGY (HK) LTD., met zetel te Cayman Islands, Century Yard, Cricket Square Hutchins Drive, George Town, PO 2681 GT.

4. BIO-CHEM TECHNOLOGY (HK) LTD., met zetel te Hong Kong, Unit 1104, Admiralty Centre, Tower 1, 18 Harcourt Road.

5. CHANGCHUN DACHENG BIO-CHEM ENGINEERING DEVELOPMENT CO. LTD., met zetel te China, Jilin Province, Changchun City, Economic Technology Development Zone, Corn processing Zone, Xihuangcheng Road 886.

6. CHANGCHUN DAHE BIO TECHNOLOGY DEVELOPMENT CO. LTD., met zetel te China, Jilin Province, Changchun City, Economic Technology Development Zone, Corn processing Zone, Xihuangcheng Road 28.

7. BV GLOBE FINE CHEMICALS HOLLAND, met zetel te 3071 AA Rotterdam, Nederland, Laan op Zuid 196-198.

8. BVBA OOSTVOGELS LOGISTICS, met zetel te 2321 Hoogstraten, Luxemburgstraat 3.

9. BV OOSTVOGELS GROEP, met zetel te 4836 LG Breda, Nederland, Hazeldonk 6252-6254.

10. BV OOSTVOGELS LOGISTICS, met zetel te 4836 LG Breda, Nederland, Hazeldonk 6252-6254.

11. BV OOSTVOGELS TRANSPORTEN, met zetel te 4836 LG Breda, Nederland, Hazeldonk 6252-6254.

12. BV OOSTVOGELS DOUANE-EXPEDITEURS, met zetel te 4836 LG Breda, Nederland, Hazeldonk 6252-6254.

13. BV OOSTVOGELS DISTRIBUTIE, met zetel te 4836 LG Breda, Nederland, Hazeldonk 6252-6254.

verwerende partijen sub 1 tot 13 : vertegenwoordigd door Mr. L. Weynants en Mr. C. Brion, beiden advocaat, kantoor houdende te 1170 Brussel, Terhulpesteenweg 177/6.

14. BV LANDSDOWNE CHEMICALS EUROPE, met zetel te 2909 LL Capelle aan den IJssel, Nederland, Rivium Oostlaan 45 A

verwerende partij : vertegenwoordigd door Mr. K. Fawzi loco Mr. M. Lauwers en Mr. E. Van Camp, allen advocaat, kantoor houdende te 2018 Antwerpen, Molenstraat 52-54

15. BV CHEMTRACO, met zetel te 4903 SE Oosterhout, Nederland, Hoeverstein 3.

verwerende partij : niet verschenen.

16. BV PROVIMI, met zetel te 3072 AN Rotterdam, Nederland, Veerlaan 17-23.

verwerende partij : niet verschenen.

17. SHANDONG SHOUGUANG JUNENG GOLDEN CORN CO. LTD., met zetel te Shandong, Shouguang, 180 Xinxing East Street 180.

verwerende partij : vertegenwoordigd door Mr. A. Geleyckens loco Mr. A. Coox en Mr. P. Engels, allen advocaat kantoor houdende te 2018 Antwerpen, Brusselstraat 59

I. PROCEDUREVOORGAANDEN

De rechtbank past de artikelen 2, 34, 36, 37 en 41 van de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, gewijzigd bij wet van 10 oktober 1967 houdende het gerechtelijk wetboek, toe.

Op 11 februari 2009 dagvaardt de vennootschap naar vreemd recht AJINOMOTO Co. Inc. de volgende partijen (* geeft de vennootschappen naar vreemd recht aan):

- Eerste verweerster: *HELM AG
- Tweede verweerster: HELM BENELUX NV
- Derde verweerster: *GLOBAL BIO-CHEM TECHNOLOGY GROUP Co. Ltd.
- Vierde verweerster: *BIO-CHEM TECHNOLOGY (HK) Ltd.
- Vijfde verweerster: *CHANGCHUN DACHENG BIO-CHEM ENGINEERING DEVELOPMENT Co. Ltd.
- Zesde verweerster: *CHANGCHUN DACHENG BIO TECHNOLOGY DEVELOPMENT Co. Ltd.
- Zevende verweerster: *GLOBE FINE CHEMICALS B.V.
- Achtste verweerster: BVBA OOSTVOGELS LOGISTICS
- Negende verweerster: *OOSTVOGELS GROUP BV
- Tiende verweerster: *OOSTVOGELS LOGISTICS BV
- Elfde verweerster: *OOSTVOGELS TRANSPORTEN BV
- Twaalfde verweerster: *OOSTVOGELS DOUANE-EXPEDITEURS BV
- Dertiende verweerster: *OOSTVOGELS DISTRIBUTIE BV
- Veertiende verweerster: *LANDSDOWNE CHEMICALS EUROPE NB
- Vijftiende verweerster: *CHEMTRACO BV
- Zestiende verweerster: *PROVIMI BV
- Zeventiende verweerster: *SHANDONG SHOUGUANG JUNENG GOLDEN CORN Co. Ltd.

De stukken van rechtspleging worden opgenomen in het dossier van rechtspleging.

De rechtsdagen werden bepaald conform artikel 747 §1 Ger. Wb. waarna een beschikking conform artikel 748 §2 Ger. Wb. (op 19 maart 2010) werd gewezen met behoud van de rechtsdagen.

Voorafgaandelijk de pleitdatum leggen pleitende partijen (d.i. de vennootschap naar vreemd recht AJINOMOTO Co. Inc. en eerste tot dertiende verweersters) hun respectievelijke stukkenbundels neer.

Op de eerste rechtsdag stelt de raadsman van SHANDONG SHOUGUANG JUNENG GOLDEN CORN Co. Ltd. (zeventiende verweerster) dat zijn cliënte zich gedraagt naar de wijsheid van de rechtbank. Er worden door deze partij geen conclusies neergelegd.

Op de zitting van 11 mei 2010 (3^e rechtsdag) worden akkoordconclusies neergelegd tussen

- AJINOMOTO Co. Inc. en CHEMTRACO BV inhoudende een afstand van rechtsvordering vanwege AJINOMOTO Co. Inc.
- AJINOMOTO Co. Inc. en PROVIMI BV inhoudende een afstand van geding vanwege AJINOMOTO Co. Inc.

De zaak wordt gepleit op 7 mei, 11 mei en 14 mei 2010 waarna ze in beraad wordt genomen.

II. VOORAFGAANDELIJK (wering uit de debatten van op één na alle conclusies van eerste tot dertiende verweerster)

- Alhoewel het niet getuigt van een loyale proceshouding om (i) in een syntheseconclusie in vergelijking met de eerste conclusie 15 stukken toe te voegen (waarvan er 14 reeds bekend waren voorafgaandelijk de uiterlijke datum van neerlegging van de eerste conclusie) en (ii) de argumentatie uit te breiden van 40 pagina's (eerste conclusie), naar 139 (eerste conclusie), naar 179 pagina's (laatste conclusies) wordt deze houding niet van een dergelijke aard geacht dat een dusdanige sanctie kan worden opgelegd inhoudende wering uit de debatten van de conclusies volgend op de eerste.

Immers, niet alleen is een dergelijke sanctie om proceseconomische redenen niet te verantwoorden (cfr. toepassing van artikel 756bis Ger. Wb. hetgeen nog steeds de mogelijkheid biedt om mondeling nieuwe en/of uitgebreide argumenten weer te geven zelfs indien deze conclusie(s) zouden worden geweerd), doch eveneens bewijst AJINOMOTO onvoldoende naar recht in haar belangen geschaad te zijn.

III. DE FEITEN

III.A. De achterliggende technologie, AJINOMOTO en EP'710

- L-lysine is een aminozuur, essentieel voor het dieet van zoogdieren. Aminozuren zijn onontbeerlijk als bouwstenen voor het aanmaken van eiwitten. De L-lysine die centraal staat in deze zaak wordt gebruikt als voedingssupplement voor vee en wordt voornamelijk verkocht aan diervoedermengbedrijven. Dit laatste omdat de meeste plantaardige eiwitten voor veevoeder (terug te vinden in tarwe en andere graansoorten) onvoldoende zijn.

L-lysine wordt industrieel geproduceerd door gebruik te maken van micro-organismen, zoals bacteriën, in fermentatieprocessen. In een dergelijk proces worden grondstoffen (zoals glucosestroop) in een fermentatietank verzameld waarin bacteriën de grondstoffen omzetten in lysine door middel van het volgen van een biosynthetische (of biochemische) route ("pathway").

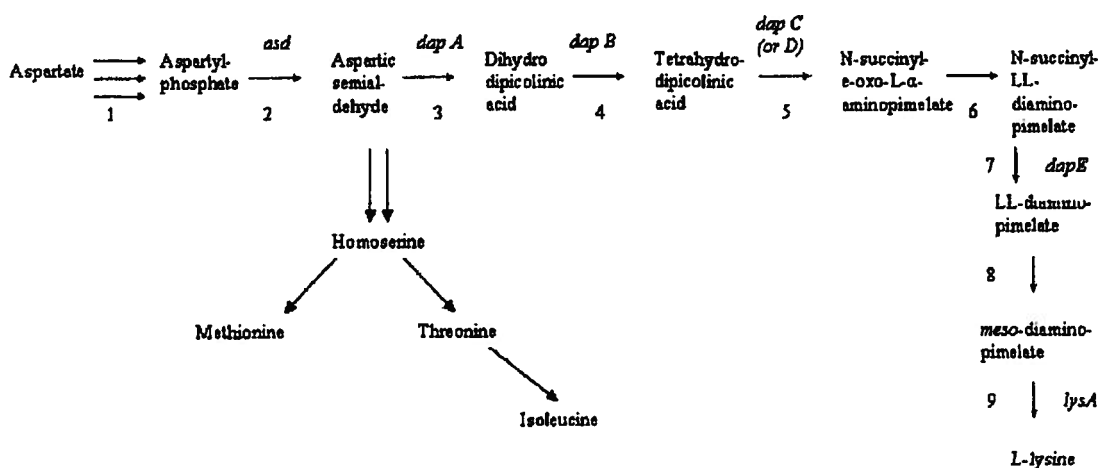
De bacterie die voor de productie van L-lysine het meest wordt gebruikt is een bacterie van de soort ('genus') Coryne (-bacterium). Coryne betreft een stabiel, veilig, niet-toxisch en gram-positief micro-organisme.

Bacteriën die tot het genus van Coryne-bacterium behoren, waren populair voor de industriële productie van lysine omdat mutanten van de bacteriën werden verkregen die een verminderde "feedback inhibitie" of "terugkoppelingsremming" voor lysine hadden. Dergelijke inhibitie ontstaat wanneer het eindproduct van de biosynthetische route (d.i. lysine) de activiteiten van een enzym afremt. De feedback inhibitie remt de activiteit van de volledige route af en voorkomt de opbouw van het eindproduct. Bacteriën met feedback inhibitie zijn minder geschikt voor industriële productie. Ondanks een verminderde feedback inhibitie zijn er echter nog steeds nadelen verbonden aan het gebruik van stammen van het genus Coryne in het kader van industriële productie van L-lysine (o.a. lagere groeisnelheid en beperkte lysineproductie).

- Begin jaren negentig wordt door de vennootschap naar vreemd recht Ajinomoto Inc. Co. (hierna aangeduid als "AJINOMOTO") overgestapt van de Coryne-bacterie naar de Escherichia-coli-bacterie ("E.coli") voor de productie van L-lysine.

Bacteriën van het genus Escherichia-bacterie (meer specifiek van het species E.Coli) groeien bij hogere temperaturen en sneller, doch de lysine-productie wordt bij deze bacteriën aangetast door feedback inhibitie.

- Bij gebruik van de E.coli bacterie wordt de biosynthetische route als volgt (verkort) weergegeven:



De eerste stap in de biosynthese, die begint met de omzetting van aspartaat in aspartyfosfaat, wordt door drie enzymen gekataliseerd. Een van deze enzymen (aspartokinase III "AKIII"), wordt door de

aanwezigheid van het eindproduct lysine geremd (d.i. de feedback inhibitie). In E.coli wordt het gen dat codeert voor het enzym aspartokinase III lysC genoemd.

Het enzym dat stap 3 katalyseert, dihydrodipicolinaatsynthase (ook aangeduid door DDPS), wordt eveneens door feedback inhibitie gereguleerd. In E.coli wordt het DDPS-gen dapA genoemd.

Lysine remt de activiteit van het DDPS en het AKIII enzym af.

- Opdat bacteriën van het genus Escherichia (met name van het type E.coli) kunnen worden aangewend in een industrieel productieproces dient te worden ingegrepen in de biosynthetische route.

Door een natuurlijke bacteriële stam genetisch te modificeren, konden de reguleringsmechanismen aangepast worden zodat de productie van L-lysine wordt geoptimaliseerd. De bacterie wordt aangezet tot overproductie zodat er L-lysine wordt opgehoopt buiten de cel die vervolgens kan worden gewonnen.

AJINOMOTO houdt diverse Europese octrooien betreffende de productie van L-lysine, meer bepaald de Europese octrooien met nummers EP 0 733 710 (hierna aangeduid als "EP'710"), EP 0 733 712 (hierna aangeduid als "EP'712") en EP 0 796 912 (hierna aangeduid als "EP'912").

AJINOMOTO stelt dat niet alle door haar ontwikkelde modificaties aan de wild type E.coli stam werden geoctrooieerd. De niet-geoctrooieerde modificaties worden beschouwd als "*confidentiële know-how*".

AJINOMOTO stelt dat de combinatie van de geoctrooieerde modificaties (aan het wild type E.coli) en de *confidentiële know-how* resulteren in de *proprietary* "Ajinomoto E. coli stam", die in vergelijking met de in de natuur voorkomende variant een uitermate efficiënte L-lysine-producent is.

- In België werd enkel EP '710 gevalideerd en opgenomen in het Belgisch octrooiregister (aangeduid als "*Een werkwijze voor het produceren van L-lysine door fermentatie*"). EP'710 werd op 28 november 1994 ingediend met inroeping van prioriteit van 8 december 1993 van het Japans octrooi JP 308 397 93. De verlening werd gepubliceerd op 26 januari 2005. De vertaling werd op 22 maart 2005 neergelegd bij de Belgische Dienst voor de Industriële Eigendom.

EP'710 heeft concreet betrekking op de productie van L-lysine d.m.v. E.coli die gemuteerd werd (in het gen coderend voor DDPS en in het gen coderend voor AKIII) om een hogere productie van

lysine te bekomen door het zelfregulerend mechanisme van de bacterie uit te schakelen, in conclusies wordt dit als volgt concreet weergegeven (conclusies 1, 2, 11 en 12):

- “1. *DNA coderend voor een dihydrodipicolinaatsynthase [verkort: DDPS] afkomstig uit een bacterie behorende tot het genus Escherichia met een mutatie gekozen uit de groep bestaande uit een mutatie ter vervanging van een 81^e alaninerest door een valinerest, een mutatie ter vervanging van een 118^e histidinerest door een tyrosinerest, en een mutatie ter vervanging van een 81^e alinerest door de valinerest en ter vervanging van de 118^e histidinerest door de tyrosinerest, zoals getekend vanaf de N-terminus in een aminozuurfrequentie van dihydrodipicolinaatsynthase zoals gedefinieerd in SEQ ID nr. 3 van de sequence listing”.*
2. *Bacterie behorend tot het genus Escherichia die is getransformeerd door in zijn cellen een DNA volgens conclusie 1 in te brengen, en die aspartokinase herbergt waarvan de remming door L-lysine via terugkoppeling ongevoelig is gemaakt.*
11. *Bacterie behorend tot het genus Escherichia die het DNA volgens conclusie 1 bevat.*
12. *Werkwijze voor het produceren van L-Lysine, omvattende het kweken van een bacterie behorend tot het genus Escherichia volgens één van de conclusies 2 tot 11 in een geschikt medium.*

- In de geoptimaliseerde werkwijze wordt voor elk van de snelheidsbepalende stappen in de synthese van L-lysine een manier gevonden om de reactiesnelheid te verhogen. Deze manieren en de volgorde, waarin zij snelheidsbepalend zijn en dus moeten worden toegepast, zijn opgenomen in de conclusies van EP '710.

De eerste snelheidsbepalende stap is de reactie die wordt gekatalyseerd door DDPS het onderwerp van de onafhankelijke conclusies van EP '710. Omdat dit de eerste snelheidsbepalende stap is, levert een verbetering in de reactiesnelheid de grootste bijdrage aan een hogere lysine opbrengst. AJINOMOTO stelt dat zij een mutant gevonden heeft van het gen dat codeert voor DDPS, het *dapA* gen, dat ongevoelig is gemaakt voor feedback inhibitie door lysine. Dit geschiedt door ofwel 81^{ste} alanine aminozuurrest te vervangen door valine aminozuurrest ofwel de 118^e histidine aminozuurrest te vervangen door een tyrosine aminozuurrest ofwel een combinatie van beiden.

Conclusie 1 van EP '710 is gericht op het gemuteerde *dapA* gen. Conclusie 2 is gericht op een bacterie waarin dit gemuteerde *dapA* gen aanwezig is. Deze bacterie betreft een *Escherichia* bacterie, hetgen het genus (de soort) is waarvan *E. coli* een species (een type) is. Conclusie 12 is gericht op een werkwijze voor het produceren van lysine onder gebruikmaking van de bacterie van conclusie 2, en conclusie 13 is gericht op het eiwit waarvoor het gemuteerde *dapA* gen codeert, te weten het DDPS enzym dat resistent is voor feedback inhibitie door lysine.

Het bovenstaande betreft de kern van de inbreukvordering ingesteld door AJINOMOTO. De volgende stappen worden voor de volledigheid weergegeven (alsmede in het licht van de later te beoordelen nietigheidsvordering).

De tweede snelheidsbepalende stap, de reactie gekatalyseerd door AKIII, vormt het onderwerp van de afhankelijke conclusies 3 en 4. Net als DDPS, is AKIII gevoelig voor feedback inhibitie door lysine en conclusies 3 en 4 zijn gericht op een *Escherichia* bacterie waarin het gen dat codeert voor AKIII is gemuteerd zodanig dat het een AKIII enzym tot expressie brengt dat ongevoelig is voor feedback

Inhibitie door lysine.

De derde snelheidsbepalende stap, de reactie die wordt gekatalyseerd door DDPR, vormt het onderwerp van de afhankelijke conclusies 5 en 6. Deze conclusies zijn gericht op een Escherichia bacterie waarin het kopiegetal van het gen dat codeert voor DDPR, of de hoeveelheid door dat gen tot expressie gebracht enzym, is verhoogd.

De vierde snelheidsbepalende stap, de reactie die wordt gekatalyseerd door DDH, vormt het onderwerp van afhankelijke conclusies 7 en 8. Deze conclusies zijn gericht op een Escherichia bacterie waarin het kopiegetal van het gen dat codeert voor DDH, of de hoeveelheid door dat gen tot expressie gebracht enzym, is verhoogd.

De alternatieve vierde snelheidsbepalende stap, de reactie die wordt gekatalyseerd door de enzymen waarvoor dapD en dapE coderen, is het onderwerp van afhankelijke conclusies 9 en 10. Deze conclusies zijn gericht op een Escherichia bacterie waarin de kopiegetallen van deze genen, of de hoeveelheden door deze genen tot expressie gebracht enzym, zijn verhoogd.

III.B. GBT en andere verweersters

- De vennootschap naar vreemd recht Global Bio-Chem Technology Group Co. Ltd. (derde verweerster) produceert en verkoopt een ruim assortiment aan producten, waaronder aminozuren. Zij is de moedervernootschap van de zogenaamde GBT-groep. De vennootschap naar vreemd recht Bio-Chem Technology (HK) (vierde verweerster) is betrokken bij de marketing en verkoop van de producten van de GBT-groep. De vennootschappen naar vreemd recht Changchun Dacheng Bio-Chem Engineering Development Co. Ltd. (vijfde verweerster) en Changchun Dahe Bio Technology Development Co. Ltd. (zesde verweerster) zijn de producenten van lysine. Tenzij uitdrukkelijk anders gesteld worden derde tot en met zesde verweerster hierna aangeduid als "GBT").
- Sinds het begin van haar werkzaamheden maakt GBT voor de productie van L-lysine gebruik van de Coryne-bacterie en sinds 2005 van de E.coli-bacterie. Zij stelt echter dat er diverse vormen van E.coli bestaan ("old" E.coli en "new" E.coli) en dat zij heden enkel deze gebruikt aangeduid als "new" E.coli.

Als oorsprong van het gebruik van E.coli door GBT geeft zij het volgende feitelijk kader weer:

"De oorspronkelijke E.coli stam werd in 2003 op vraag van de Changchun Dacheng Agricultural Development Ltd. Co. (hierna aangeduid als "Dacheng Agriculture") ontwikkeld door een Chinees universiteitslaboratorium, m.n. "China People's Liberation Army Military Supply University" ("CPLAMSU"). Dacheng Agriculture en CPLAMSU sloten desbetreffend op 28 december 1999 een overeenkomst (...). CPLAMSU heeft Dacheng Agriculture geen informatie verschaft m.b.t. de wijze waarop de bacteriële stam zou worden ontwikkeld, de (bron van de) gebruikte nucleïnezuren, noch andere aanverwante details verstrekt. Meer nog, expliciet werd bepaald dat Dacheng Agriculture zich daar niet mee zou bemoeien (...). Overeenkomstig artikel IV.4. van de overeenkomst (...) heeft CPLAMSU zich er toe

verbonden om bij de ontwikkeling van de bacteriële stam geen inbreuk te plegen op de intellectuele rechten van derden. (...).

...
De bacterie werd op 28 maart 2003 aan Dacheng Agriculture geleverd (...). Niet lang erna, rond mei 2003, werd het aan Changchun Dacheng Bio-Chem Engineering Development Co. Ltd. gegeven voor testen. Deze toonden aan dat de bacterie niet zonder meer onmiddellijk commercieel bruikbare resultaten opleverde zonder enig verder onderzoek en ontwikkeling (...) zodat zij -...- Dacheng Agriculture niet kon redden. Dacheng Agriculture ging in ontbinding en de bacterie, ..., werd bij Changchun Dacheng Bio-Chem Engineering Development Co. Ltd. achtergelaten.

GBT ontwikkelde deze stam verder om bacteriële kolonies, fermentatie-omstandigheden en kweekmedia te creëren die tot een optimale lysine productie zouden leiden (...). De wetenschappers van GBT maakten hierbij geen gebruik van genetische manipulatie, met andere woorden: zij deden verdere ontwikkelingen op het bestaande product, zonder zelf enige genetische manipulatie te verrichten die inbreuk op bestaande IP rechten zou kunnen plegen."

- De vennootschap naar vreemd recht HELM AG (hierna aangeduid als "HELM AG") (eerste verweerster) en de NV HELM BENELUX (hierna aangeduid als "HELM NV") (tweede verweerster) (hierna gezamenlijk aangeduid als "HELM") maken deel uit van een internationale groep actief op het vlak van nationale en regionale distributie. HELM AG verdeelt vooral industriële chemicaliën en farmaceutische grondstoffen. HELM NV neemt de activiteiten van HELM AG in de Benelux waar.

Sinds 2005 verdeelt HELM producten van GBT.

- De BVBA Logistics Oostvogels (achtste verweerster) (hierna aangeduid als "OOSTVOGELS BVBA") is een logistieke onderneming die, volgens AJINOMOTO, louter handelt in opdracht van de vennootschap naar vreemd recht Oostvogels BV. Beiden zijn gevestigd in het Logistic Center Meer-Hazeldonck, een bedrijfsterrein dat op de Belgisch-Nederlandse grens ligt. Verder werden eveneens gedagvaard de vennootschap naar vreemd Oostvogels Logistics BV, de vennootschap naar vreemd Oostvogels Transport BV, de vennootschap naar vreemd Oostvogels Douane Expeditie BV en de vennootschap naar vreemd Oostvogels Distributie BV. Hierna gezamenlijk aangeduid als "OOSTVOGELS".

- Verder werden eveneens volgende partijen gedagvaard als vermeende handelaars op de Belgische markt in (additieven voor) veevoeder (waaronder L-lysine):

- De vennootschap naar vreemd recht Landsdowe Chemicals Europe BV (hierna aangeduid als "LANDSDOWE)(veertiende verweerster)
- De vennootschap naar vreemd recht Globe Fine Chemicals (hierna aangeduid als "GFC") (zevende verweerster).
- De vennootschap naar vreemd recht Chemtraco BV (hierna aangeduid als "CHEMTRACO") (vijftiende verweerster)

- De vennootschap naar vreemd recht Provimi BV (hierna aangeduid als "**PROVIMI**") (zestiende verweerster)

Tenzij hierna anders en specifiek aangeduid worden eerste tot dertiende verweersters samen (i.e. de partijen GBT, HELM, GFC en OOSTVOGELS) aangeduid als "**GBT+**".

- De vennootschap naar vreemd recht Shangdong Shougang Juneng Golden Corn Co. Ltd. (hierna aangeduid als "**GOLDEN CORN**") (zeventiende verweerster) werd gedagvaard aangezien in het kader van de beslag inzake namaak procedure (infra) 84 ton lysine werd in beslag genomen. Deze lysine is volgens HELM AG haar eigendom.

III.C Belgische Procedurele Achtergrond

- Op 20 maart 2008 werd een beschikking "*Beslag inzake Namaak*" gewezen (B/08/00240) waarbij AJINOMOTO zowel beschrijvende als bewarende maatregelen werden toegestaan tegen HELM BENELUX NV. De maatregelen kaderden in een vermeende inbreuk op EP'710.
- Op 25 maart 2008 vatte AJINOMOTO het beslag inzake namaak aan te Meer. AJINOMOTO stelde vast dat de opslagplaats werd uitgebaat door OOSTVOGELS BVBA en dat deze voor het merendeel gevuld was met lysine. OOSTVOGELS BVBA verklaarde dat de aanwezige lysine geen eigendom was van HELM BENELUX doch wel van HELM AG. Op 25 maart 2008 werd een beschikking (B/08/00250) gewezen waarbij de maatregel als weergegeven in de beschikking dd. 20 maart 2008 als volgt werd uitgebreid:
"Verbieden OOSTVOGELS BVBA en HELM AG zich te ontdoen van de lysine op basis van E.coli [de Namaak] die bij de uitvoering van het beslag inzake namaak in de opslagruimte van OOSTVOGELS BVBA te Meer werd aangetroffen, evenals van de bij de productie en/of distributie daarvan gebruikte materialen, werktuigen en documenten, onder verbeurte van een dwangsom van ..."
- Bij beschikking dd. 30 september 2008 (na derdenverzet dd. 25 april 2008) werd geoordeeld dat de beschrijvende maatregel rechtmatig was en gehandhaafd bleef. Eveneens de bewarende maatregel werd gehandhaafd doch op voorwaarde dat AJINOMOTO overging tot storting, binnen vooropgesteld termijn van een bijkomende borgsom ten bedrage van € 725.000.
- In haar arrest dd. 11 mei 2009 (na beroep dd. 21 november 2008) bevestigde het Hof van Beroep te Antwerpen de eerste beslissing.

III.D. Het Deskundig Verslag

- Het deskundigenverslag werd ter griffie neergelegd op 14 augustus 2008. De heer deskundige kwam tot volgend besluit:

"Van deze L-Lysine producten wordt op basis van de bij het beschrijvend beslag verkregen documenten door de deskundigen aangenomen, dat de afkomst enerzijds Globalbiochem (CN) en anderzijds Golden Corn (CN) is.

117. Bovendien werd een DNA sequentie analyse uitgevoerd op acht verschillende L-Lysine stalen uit de voorraad van HELM AG (DE), door het onafhankelijke laboratorium BaseClear BV (bijlage 7). Hierbij werd duidelijk dat een Escherichia coli fermentatieproces werd gebruikt voor de aanmaak van het L-Lysine afkomstig uit stalen 2 tot 5 en 1n tot 3n. Belangrijk hierbij is te noteren dat stalen 2, 4, 5, 1n en 3n afkomstig zijn van L-Lysine geproduceerd door Globalbiochem (GBT), terwijl stalen 3 en 2n afkomstig zijn van een andere Chinese producent, namelijk Golden Corn. De resultaten waren echter identiek voor de verschillende stalen, dus zowel voor de stalen afkomstig van GBT als voor de stalen afkomstig van Golden Corn.

118. De experimenten van Baseclear BV geannexeerd aan dit rapport (bijlage 7) tonen bovendien duidelijk aan dat de, voor de productie van monsters 2-5 en 1n-3n gebruikte, E. coli stam effectief ook een mutant dapA bevat, coderend voor een mutant DDPS eiwit, waarin de histidine aminozuurrest op positie 118 is vervangen door een tyrosine aminozuurrest, geteld vanaf de N-terminus in de aminozuursequentie van het dihydrodipicolinate synthase; alsook een mutant lysC gen bevat, coderend voor een mutant Aspartokinase III eiwit, waarin de glycine aminozuurrest op positie 323 is vervangen door een asparaginezuur aminozuurrest en waarbij de methionine aminozuurrest op positie 318 is vervangen door een isoleucine aminozuurrest, geteld vanaf de N-terminus in de aminozuursequentie van het aspartokinase III.

119. De bij Oostvogels Logistics BVBA te Meer aangetroffen L-Lysine werd bijgevolg met vrij grote zekerheid aangemaakt door middel van een fermentatie proces gebruik makend van de hiervoor gedefinieerde mutante bacteriestam gekweekt in een toepasselijk medium."

III.E. Buitenlandse Procedurele Achtergrond

- Tussen diverse partijen in onderhavige procedure zijn verschillende procedures hangende waarvan onderhavige een verlengde lijkt van deze te Nederland [cfr. Rb. 's-Gravenhage 22 augustus 2007 waarin, naast een beoordeling omtrent de geldigheid van EP '710, een octrooirechtelijke inbreuk werd weerhouden in hoofde van HELM BENELUX NV en GLOBAL BIO-CHEM TECHNOLOGY GROUP COMPANY Ltd.] Tegen vermeld vonnis werd hoger beroep aangetekend door zowel HELM BENELUX NV en GLOBAL BIO-CHEM TECHNOLOGY GROUP COMPANY Ltd. alsmede AJINOMOTO.

In de Verenigde Staten werd geen inbreuk weerhouden op Section 337 van de Tariff Act van 1930 door de International Trade Commission [hierna aangeduid als "ITC"] m.b.t. de VS octrooien

5,827,698 and 6,040,160 (beslissing dd. 31 juli 2008). De beslissing werd ingegeven door de beoordeling dat twee conclusies van de octrooien (met als octrooihouder de Amerikaanse vennootschap van de AJINOMOTO-groep (AJINOMOTO HEARTLAND LLC) ongeldig waren gezien het gebrek om de "best mode of practicing the invention" te openbaren. Verder werd door AJINOMOTO (Heartland LLC) in de VS eveneens een dagvaarding uitgebracht tegen GBT voor de Federal Court of Delaware. Deze procedure werd geschorst tot het einde van de ITC-procedure.

Op de datum van pleidooien werd gesteld dat het het hof van beroep de eerste beslissing heeft bevestigd en het parallel octrooi van EP'710 in de VS werd vernietigd.

In Polen heeft GBT op 5 februari 2008 een nietigheidsprocedure ingesteld tegen drie nationale (AJINOMOTO) octrooien. AJINOMOTO van haar kant heeft een eenzijdig voorlopig inbreukverbod verkregen op 14 april 2008 tegen GBT en haar Poolse verdeler ADIFEED. Op 29 april 2008 werd tegen deze beslissing hoger beroep ingesteld door ADIFEED.

In Duitsland heeft GBT op 2 mei 2008 een nietigheidsvordering ingesteld tegen o.a. EP'710 voor het *Bundespatentgericht*. Op 4 december 2009 was het geldigheidsoordeel beschikbaar waarin de geldigheid van het Duitse luik van EP'710 werd weerhouden. Op 1 oktober 2008 werd de inbreukvordering aanhangig gemaakt door AJINOMOTO voor het gerecht van Düsseldorf. Bij vonnis dd. 3 november 2009 werd geoordeeld dat GBT op elk van de drie in Duitsland geldige octrooien (inbegrepen het Duitse luik van EP'710) inbreuk pleegde. Tegen dit vonnis werd door GBT beroep aangetekend op 23 december 2009.

Op 28 juli 2008 heeft AJINOMOTO in China (rechtbank Beijing) op basis van haar Chinees octrooi 94194962.1 (overeenstemmend met EP'710) en 94194707.6 (overeenstemmend met EP'712) een inbreukvordering ingesteld tegen GBT. Uitspraak in deze zaak zou hangende zijn.

Verder heeft de Chinese Reexamination Board de tegenhanger van EP'710 op 4 september 2009 nietig verklaard wegens onvoldoende openbaarmaking.

IV. VORDERINGEN

De eisen van AJINOMOTO strekken in hoofdzaak tot het volgende:

Octrooi-inbreuk

- De letterlijke inbreuk op EP'710 vast te stellen van de door GBT geproduceerde en door alle verweersters gecommmercialiseerde L-Lysine, waaronder de hieronder weergegeven varianten

alsmede in enige andere variant:

- L-Lysine HCL (98%) zakken 25kg (GBT)
- L-Lysine-sulphate (65%) zakken 25kg (GBT)
- L-Lysine HCL (98%) big bags 850 kg
- L-Lysine-sulphate (65%) big bags 600 kg

en alsdusdanig de octrooi-inbreuk door vermelde partijen.

- de letterlijke inbreuk op EP'710 vast te stellen van de door GOLDEN CORN en door HELM AG gecommmercialiseerde L-Lysine, waaronder de variante "L-Lysine monohydrochloride (98%) zakken 25kg (GOLDEN CORN)" alsmede in enige andere variant en alsdusdanig de octrooi-inbreuk door vermelde partijen.

Bij pleidooien dd. 14 mei 2010 werden bovenstaande vorderingen beperkt tot een letterlijke inbreuk op conclusies 1, 11 en 12 van EP'710.

Onrechtmatige daden

- Het misbruik van confidentiële know-how vast te stellen van de door GBT geproduceerde en door alle verweersters gecommmercialiseerde L-Lysine, waaronder de hierboven weergegeven varianten alsmede in enige andere variant, waardoor een onrechtmatige handeling ontstaat in strijd met artikel 94/3 WHPC en artikel 1382 BW t.o.v. AJINOMOTO
- Het misbruik van confidentiële know-how vast te stellen van de door GOLDEN CORN en door HELM AG gecommmercialiseerde L-Lysine, waaronder de hierboven weergegeven varianten alsmede in enige andere variant, waardoor een onrechtmatige handeling ontstaat in strijd met artikel 94/3 WHPC en artikel 1382 BW t.o.v. AJINOMOTO
- De inbreuk op artikel 1382 BW/artikel 94/3 WHPC juncto artikel 3 EG Vo. 1831/2003/EG, alsook de artikelen 3, 7 en 8§3 KB 8 februari 1999 vast te stellen van de bij OOSTVOGELS BVBA in beslag genomen L-lysine-sulfaat (geproduceerd door GBT) op basis van E.coli en gecommmercialiseerd in de EU door HELM AG waaronder de varianten:
 - L-Lysine-sulphate (65%) zakken 25kg (GBT)
 - L-Lysine-sulphate (65%) big bags 600 kg

Gevorderde maatregelen

- De staking van de vermelde octrooi-inbreuken en/of het misbruik van de confidentiële know-how van AJINIMOTO, onder verbeurte van een dwangsom van € 2.500.000 per kg. inbreukmakende L-Lysine die wordt gecommmercialiseerd door verweersters en van € 100.000 per dag dat de octrooi-inbreuk en/of het misbruik van de confidentiële know-how van AJINIMOTO op enige wijze blijft verderduren, dit alles te berekenen vanaf de datum van betekening van het tussen te komen vonnis.
- Als dusdanig de staking te bevelen om direct dan wel indirect een inbreuk te plegen op EP'710 en/of de confidentiële know-how van AJINIMOTO door o.a. De inbreukmakende L-Lysine te produceren, te laten produceren, te koop aan te bieden, te verkopen, in voorraad te hebben, te exporteren, te importeren evenals enig ander gebruik onder verbeurte van een dwangsom van € 100.000 per dag dat de octrooi-inbreuk en/of het misbruik van de confidentiële know-how van AJINIMOTO op enige wijze blijft verderduren, dit alles te berekenen vanaf de datum van betekening van het tussen te komen vonnis.
- De staking (en het gestaakt houden) van het aanmaken, uitgeven, drukken en verspreiden van informatie en andere gegevens die een afbeelding en/of een beschrijving inhouden (van enig product op basis) van inbreukmakende L-Lysine, ongeacht het gebruikte medium en met inbegrip van folders, brochures, websites, enz. onder verbeurte van een dwangsom van € 100.000 per dag per vastgestelde inbreuk vanaf de datum van betekening van het tussen te komen vonnis.
- De staking van het te koop aanbieden, het verkopen, het in voorraad hebben, het importeren en exporteren binnen de EU evenals enig ander gebruik van L-lysine-sulfaat, geproduceerd op basis van E.coli in strijd met artikel 3 EG Vo. 1831/2003/EG, alsook de artikelen 3, 7 en 8§3 KB 8 februari 1999 onder verbeurte van een dwangsom van € 2.500 per kilogram inbreukmakende L-Lysine die

wordt gecommmercialiseerd door verweersters, dit alles te berekenen vanaf de datum van betekening van het tussen te komen vonnis.

- Verweersters, solidair en in solidum minstens de ene bij gebreke aan de andere te veroordelen tot betaling aan AJINOMOTO van een provisionele schadevergoeding van € 1.000.000 wegens inbreuk op EP'710 te vermeerderen met de gerechtelijke intresten.
- Verweersters, solidair en in solidum minstens de ene bij gebreke aan de andere te veroordelen tot betaling aan AJINOMOTO van een provisionele schadevergoeding van € 1.000.000 wegens misbruik van confidentiële know-how te vermeerderen met de gerechtelijke intresten.
- GBT en HELM AG, solidair en in solidum minstens de ene bij gebreke aan de andere te veroordelen tot betaling aan AJINOMOTO van een provisionele schadevergoeding van € 1.000.000 wegens het commercialiseren in de EU en in België van L-Lysine-sulfaat geproduceerd op basis van E.coli te vermeerderen met de gerechtelijke intresten.
- De aanstelling van een gerechtsdeskundige teneinde alle nuttige informatie te verzamelen om de schade geleden door AJINOMOTO vast te stellen ingevolge de betrokken octrooi-inbreuk, het vermelde misbruik van confidentiële know-how en de schending van de hiervoor aangehaalde productvoorschriften; daartoe o.a. Na te gaan hoeveel de inbreukmakende L-Lysine er geproduceerd en gecommmercialiseerd werd en op basis van alle relevante documenten, waaronder aan- en verkoopfacturen, het totaal aantal verkopen tot de datum van het tussen te komen vonnis vast te stellen.
- De mededeling door verweersters van al hetgeen hen bekend is omtrent de herkomst en de distributiekanaalen van de inbreukmakende L-Lysine aan de deskundige (met kopie aan AJINOMOTO) evenals het verstrekken van alle daarop betrekking hebbende gegevens.
- De vernietiging van alle in het kader van het beslag inzake namaak dd. 25 maart 2008 in de opslagplaats van OOSTVOGELS LOGISTICS BVBA in beslag genomen L-Lysine, in het bijzijn van een gerechtsdeurwaarder die daarvan een behoorlijk PV van vaststelling zal opstellen en dit alles op kosten van verweersters.
- (ondergeschikt) overeenkomstig artikel 12 Wet van 11 juli 1969 betreffende de bestrijdingsmiddelen en de grondstoffen, minstens de vernietiging te bevelen van alle in het kader van het beslag inzake namaak dd. 25 maart 2008 in de opslagplaats van OOSTVOGELS LOGISTICS BVBA in beslag genomen L-Lysine-sulfaat, in het bijzijn van een gerechtsdeurwaarder die daarvan een behoorlijk PV van vaststelling zal opstellen en dit alles op kosten van verweersters.
- De aanplakking (gedurende 60 dagen te rekenen vanaf drie werkdagen na de betekening van het tussen te komen vonnis) van een samenvatting van het vonnis zowel buiten als binnen de inrichtingen van verweersters en afgebeeld op de openingspagina's van alle website uitgebaat door verweersters.
- De publicatie van het integrale vonnis in twee internationale dagbladen, twee nationale dagbladen en twee gespecialiseerde tijdschriften voor de veevoederindustrie, dit alles naar keuze van AJINOMOTO en op kosten van verweersters.

Overige vorderingen

- De uitvoerbaarheid bij voorraad van het tussen te komen vonnis (niettegenstaande enig verhaal en met uitsluiting van de mogelijkheid tot kantonnement, borg of enige andere geboden garantie van betaling).
- *De betaling door verweersters van de kosten van het geding inhoudende "alle door AJINOMOTO gedragen kosten en erelonen van juridische en technische raadslieden", minstens de rechtsplegingsvergoeding en de overige gerechtskosten (waaronder de dagvaardingskosten en de kosten van de door de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen in het kader van beslag inzake namaak aangestelde deskundigen).*

- GBT+ verweert zich met volgende stellingen:

- De nietigheid van de dagvaarding wordt geargumenteed, minstens de erin opgenomen m.b.t. eisen op grond van misbruik van confidentiële know-how en schending van reglementering m.b.t. de toevoegingsmiddelen voor diervoeder wordt de ontoelaatbaarheid voorop gesteld (conform artikel 701 Ger. Wb.-).
- De internationale onbevoegdheid om kennis te nemen van de ingestelde eisen.
- Hierna wordt de ongegrondheid van de vordering vooropgesteld (met ondergeschikt de beperking van de opgelegde maatregelen (hetzij tot een bepaald product, hetzij tot bepaalde verweersters, hetzij de dwangsommen, hetzij de provisioneel vooropgestelde schadevergoedingen, hetzij tot de publicatiemaatregelen,)

- GBT+ stelt tegeneisen in die strekken tot:

- De nietigverklaring van het Belgische gedeelte van EP'710 overeenkomstig artikel 49 BOW en artikel 138 EO.V.
- De inschrijving van de beslissing tot nietigverklaring in het Belgische octrooiregister.
- Voor recht te zeggen dat de beschikkingen dd. 20 en 25 maart 2008 (zoals bevestigd door de beslissing op derdenverzet dd. 30 september 2008 en door het arrest van het Hof van Beroep dd. 11 mei 2009) vanaf betekening van het tussen te komen vonnis ophouden uitwerking te hebben en bijgevolg de vrijgave te bevelen van de inbeslaggenomen goederen.
- De betaling van een schadevergoeding door AJINIMOTO
 - van een bedrag van € 3.790.095 aan de vennootschap naar vreemd recht GBT
 - van een bedrag van € 25.000 aan HELM AG
 - van een bedrag van € 10.000 aan HELM BENELUX
 - van een bedrag van € 10.000 aan de vennootschap naar vreemd recht GLOBE FINE CHEMICALS HOLLAND BV
- De publicatie van het tussen te komen vonnis in twee gespecialiseerde tijdschriften en dit op kosten van AJINIOMOTO.
- De betaling door AJINOMOTO van de kosten van procedure als volg begroot:

kosten en erelonen raadslieden:	€ 60.000,00
octrooigemachtigden:	€ 147.459,25
- De uitvoerbaarheid bij voorraad van het tussen te komen vonnis (niettegenstaande hoger beroep en zonder recht op kantonement).

- LANSDOWNE verweert zich door de onbevoegdheid van de rechtbank te argumenteren. Verder vordert LANSDOWNE een veroordeling van AJINIOMOTO van de kosten van het geding begroot op € 25.000.

V. INTERNATIONALE BEVOEGDHEID

- HELM NV en OOSTVOGELS BVBA (tweede en achtste verweerster) zijn Belgische ingezetenen zodat de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel te Antwerpen (België) wordt ontleend aan artikel 2 Vo. Nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna aangeduid als de "Brussels I-Vo."). Of al dan niet een inbreuk werd gepleegd op het Belgische grondgebied (conform de BOW, de WHPC, het BW, ...) betreft een vraag omtrent de

gegrondheid van de desbetreffende vordering (die beoordeeld wordt in het licht van de toepassingsvoorwaarden van de desbetreffende regelgeving).

T.a.v. de overige Europese verweersters weerhoudt de rechtbank haar bevoegdheid na toepassing van artikel 6.1. Brussel I-Vo. AJINOMOTO toont voldoende naar recht aan dat de gemeenschappelijke feitelijke achtergrond van de vermeende inbreuken de vermeende verhandeling in België (bvb. vermeende inbreuk op het Belgische luik van EP'710) betreft van een vermeend inbreukmakende lysine waarbij vermeend alle overige Europese verweersters betrokken zijn (als producent, verkoper, aankoper, vermenger, ...).

De rechtsvraag omtrent de aansprakelijkheid van de vermeende inbreuken hangt samen met deze waarvoor de rechtbank zich reeds bevoegd verklaarde t.a.v. de overige verweersters (cfr. infra en supra) en een eventuele splitsing van het geschil over verscheidene nationale rechtbanken (indien deze zich dan al bevoegd zouden verklaren omtrent vermeend in België begane onrechtmatige handelingen en/of de geldigheid van en/of de inbreuk op het Belgische luik van EP'710 na Gat/luK (HvJ 13 juli 2006, zaak C-593/03, BIE, nr. 72, p. 373) en Roche/Primus (HvJ 13 juli 2006, zaak C-593/03, BIE, nr. 72, p. 373)) zou kunnen leiden tot tegenstrijdige uitspraken.

Verder wordt de bevoegdheid van de Belgische rechtbank weerhouden na toepassing van artikel 5.3 Brussel I-Vo. t.a.v. de overige Europese (niet-Belgische) verweersters. De rechtbank weerhoudt dat de plaats waar het vermeend schadebrengend feit zich heeft voorgedaan dan wel zich kan voordoen (cfr. beoordeling infra) België betreft en dit mede in het licht dat de hoofdvordering deze betreft op grond van een vermeende inbreuk op het Belgische luik van EP'710 en de overige vorderingen mede op grond van een vermeende inbreuk op Belgische warenreglementering. De overige vorderingen (d.i. niet deze op het Belgische luik van EP'710 en de Belgische warenreglementering) worden hiermee als samenhangend beschouwd.

T.a.v. de overige (d.i. niet-Belgische en niet-Europese) verweersters ontleent de rechtbank van koophandel te Antwerpen haar bevoegdheid zowel (*algemeen*) uit de toepassing van artikel 5 §1, 1 WbIPR als (*specifiek*) uit artikel 86, 1 WbIPR met betrekking tot de vordering op grond van octrooi-inbreuk (cfr. vordering op grond van het Belgisch luik van EP'710).

Verder kan op een vergelijkbare wijze als hierboven worden verwezen naar de samenhangende vorderingen met deze m.b.t. de vermeende octrooi-inbreuk (waarbij de bevoegdheid werd ontleend aan artikel 86 §1 WbIPR) alsmede met deze vorderingen t.a.v. Europese verweersters waaromtrent de rechtbank zich reeds bevoegd verklaarde (cfr. art. 9 WbIPR).

Tenslotte en in het verlengde van het bovenstaande wordt de bevoegdheid van de Belgische rechtbank van koophandel weerhouden op grond artikel 11 WbIPR aangezien geoordeeld wordt dat de onderscheiden (overige) vorderingen tegen de onderscheiden niet-Europese verweersters dergelijke nauwe banden heeft met enerzijds de vorderingen waarvoor zij wel bevoegd is als de rechtspersonen waaromtrent ze wel haar bevoegdheid heeft aangenomen dat het onredelijk zou zijn om de vordering in het buitenland in te stellen.

- De Belgische rechtbank van koophandel acht zich bevoegd kennis te nemen van de ingestelde eisen.

VI. ARTIKEL 701 GER. WB : nietige dagvaarding / ontoelaatbaarheid eisen

- GBT+ argumenteert de nietigheid van de gedinginleidende akte wegens gebrek aan samenhang (cfr. toepassing artikel 701 Ger. Wb.) tussen de drie (soorten) vorderingen ingesteld bij dagvaarding:

- Vordering op grond van een vermeende octrooirechtelijke inbreuk
- Vorderingen op grond van een vermeende inbreuk op confidentiële know-how
- Vorderingen op grond van vermeende inbreuk op de WHPC juncto op de EG Vo. 1831/2003 en KB dd. 8 februari 1999

Artikel 701 Ger. Wb. stelt dat verscheidene vorderingen tussen twee of meer partijen, indien samenhangend, bij dezelfde akte kunnen worden ingesteld.

- Samenhang veronderstelt een objectief verband tussen de vorderingen, die doet vrezen dat het gebrek aan samenvoeging van het geheel van de litigieuze vorderingen zou kunnen leiden tot gedeeltelijke en uiteenlopende oplossingen. Er is dan ook sprake van samenhang, wanneer vorderingen onderling zo nauw verbonden zijn dat het wenselijk is ze samen te behandelen en te berechten, teneinde onverenigbare oplossingen bij een afzonderlijke berechting te vermijden. Daarnaast dient de problematiek van samenhang geïnterpreteerd te worden in het licht van (maatschappelijke) proces-economische overwegingen zoals de optimalisatie van de schaarse rechtsmiddelen en tijd (geïnvesteed in studie en beoordeling van de diverse probleemstellingen) alsmede in het licht van (partijgerichte) proces-economische overwegingen zoals de goede rechtsbedeling voor elk van de partijen.

De door AJINOMOTO ingeleide vorderingen dienen als samenhangend beschouwd te worden. De ingestelde vorderingen vinden allen hun oorsprong in het vermeend op de Belgische markt zetten van een vermeend inbreukmakend L-lysine (of L-lysine-sulfaat). Het gegeven dat het vermeend vermarkten van deze lysine de toepassing vergt van verschillende regels (o.a. octrooirecht, regelgeving omtrent handelspraktijken en warenreglementering) doet aan de weerhouden samenhang niets af.

- Volledigheidshalve wordt aangegeven dat gezien de ingeroepen nietigheidssanctie geen betrekking heeft op de verzuimen of onregelmatigheden die limitatief in artikel 862 § 1 Ger. Wb. worden weergegeven, deze dient onderworpen te worden aan de volgende toetsen [cfr. LAENENS, J., BROECKX, K. en SCHEERS, D., "Handboek Gerechtelijk Recht", Antwerpen, INTERSENTIA, 2004, nr. 229]:

- legaliteit [artikel 860 Ger. Wb.]
- legitimiteit [artikel 861 en 864 Ger. Wb.]
- normdoel [artikel 867 Ger. Wb.]
- proportionaliteit

Naast de legaliteit [cfr. ingeroepen art. 701 Ger. Wb.] slaagt GBT+ niet in haar bewijslast m.b.t. het toetsen van de nietigheidssanctie aan bovenvermelde drempels. Concreet, doch niet uitputtend, kan hieromtrent worden aangegeven dat GBT+ niet voldoende naar recht bewijst dat zij belangenschade leidt [als onderdeel van de legitimiteitstoets].

- De ondergeschikte argumentatie omtrent de ontoelaatbaarheid van een of meerdere vorderingen (waarbij GBT+ vooropstelt dat de tweede en/of derde vordering dienen ontoelaatbaar te worden verklaard) op grond van het vermeend gebrek aan samenhang wordt evenmin aanvaard.

In eerste instantie kan worden verwezen naar de beoordeelde samenhang tussen de drie vorderingen.

Verder wordt deze sanctie van ontoelaatbaarheid noch direct noch indirect weergegeven in artikel 701 Ger. Wb. De enige sanctie zou erin bestaan om de vorderingen te splitsen en in afzonderlijke procedures die allen voor deze kamer van de rechtbank zouden gebracht dienen te worden ter beoordeling. Reeds door te verwijzen naar het gemeenschappelijke kader van de ingestelde vorderingen (waarop de beoordeling omtrent de weerhouden samenhang mede werd geënt) alsmede de proceseconomie, dient de ondergeschikte vordering te worden ongegrond verklaard.

- De dagvaarding, alsmede de ingestelde vorderingen, worden toelaatbaar beschouwd.

VII. BEOORDELING

VII.A. Inleidend: De bewijslast

- AJINOMOTO kan zich niet beroepen op de toepassing op artikel 52 §1, 2 BOW opdat een vermoeden van inbreuk zou ontstaan in hoofde van GBT+. Immers artikel 52 §1, 2 BOW (als

uitzonderingsregel op de algemene principes van bewijslastverdeling) dient restrictief te worden ingevuld. Opdat het vermoeden doorgang kan vinden, dient AJINOMOTO aan te tonen dat de door haar geöctrooieerde werkwijze tot vervaardiging (specifiek van deze als weergegeven in conclusies 1, 11 en 12) de enige gekende is om het voortbrengsel te bereiken. Uit conclusies, pleidooien en stand van de techniek blijkt dat het eindproduct (in de specificaties als weergegeven in het toegekende octrooi) op alternatieve wijzen kan worden vervaardigd. L-lysine (onder conclusies 1, 11 en 12 van EP'710) betreft geen nieuw product t.o.v. de L-lysine die bekend was vóór de prioriteitsdatum.

Anderzijds dient eveneens rekening te worden gehouden met *enerzijds* de processuele positie van partijen [eiser versus verweerder] en *anderzijds* de loyaliteit die partijen elkaar verschuldigd zijn in het kader van bewijsvoering. Thans wordt in dit kader aangenomen dat de bewijslast niet enkel mag afhangen van de toevallige processuele positie als eiser of als verweerder. De bewijslast wordt geconditioneerd door de *fair play* die procespartijen elkaar verschuldigd zijn en de plicht de ze hebben aan de bewijsvoering mee te werken. De eisen van redelijkheid en billijkheid laten het de rechtbank toe om aan de ene of andere partij het bewijs te laten voorleggen omtrent een bepaald feitelijk gegeven indien het voor deze partij het minst bezwaarlijk is.

De juridische waarde van het louter stellen dat een feit onvoldoende bewezen is (om een ingenomen stelling te ontkrachten of, minstens, in vraag te stellen), dient beoordeeld te worden in het licht van de bewijsgeschiktheid partijen, specifiek in het licht van de beoordeling of het te leveren bewijs dan wel tegenbewijs redelijkerwijze minder bezwaarlijk is dan het leveren van het respectievelijke tegenbewijs/bewijs, doch zonder het principe van proportionaliteit in de bewijslevering uit het oog te verliezen.

Alvorens over te gaan tot de inbreukvordering en nietigheidsvordering worden twee feitelijke gegevens in het licht van de aangebrachte elementen beoordeeld:

1) Verhandeling in België

a) Algemeen

- Artikel 27§ 1 BOW laat een octrooihouder toe iedere derde die daartoe zijn toestemming niet heeft gekregen te verbieden om:

"a) een voortbrengsel waarop het octrooi betrekking heeft, te vervaardigen, aan te bieden, in het verkeer te brengen, te gebruiken, dan wel het daartoe in te voeren of in voorraad te hebben."

b) een werkwijze waarop het octrooi betrekking heeft, toe te passen of, indien de derde

weet, dan wel het gezien de omstandigheden duidelijk is dat toepassing van de werkwijze verboden is zonder toestemming van de octrooihouder, voor toepassing op Belgisch grondgebied aan te passen;

c) een voortbrengsel dat rechtstreeks volgens de werkwijze waarop het octrooiën betrekking heeft is verkregen, aan te bieden, in het verkeer te brengen, te gebruiken, dan wel daartoe in voorraad te hebben"

b) GBT+

- De verkoop, minstens de dreigende verkoop in België door GBT+, wordt weerhouden op grond van volgende overwegingen:

- De website van HELM BENELUX NV bood de mogelijkheid tot aankoop van L-lysine, minstens ontstond de indruk dat L-lysine kon besteld worden via de website, en dit door volgende vermelding: *"Ja, ik wil L-lysine bestellen of meer informatie ontvangen"*
Het feit dat de indruk ontstond dat lysine kon besteld worden (d.i. een aanbieding), wordt als voldoende geoordeeld om te ressorteren onder de toepassingsvoorwaarden van artikel 27.§1.a. BOW).
- Gezien de bewijsgeschiktheid van GBT+, en meer specifiek HELM, komt het haar toe om te bewijzen dat de L-lysine waaromtrent informatie kon ontvangen worden en eventueel kon besteld worden niet van GBT+ zou afkomstig zijn (en dit in de periode net voor of na de datum van de schermafdrucken). GBT+ bewijst in die zin niet dat HELM / HELM BENELUX L-lysine van derden zou aanbieden op dat moment. In de periode dat de website consulteerbaar was voor derden werd door HELM enkel L-lysine aangeboden geproduceerd door GBT.
- Er bestaat geen betwisting dat GBT sinds 2005 de E.coli bacterie gebruikt voor de productie van lysine. De stelling van GBT dat zij sinds de procedure in Nederland een "nieuw product" (verstaan wordt L-lysine op basis van "new" E.coli) aanmaakt waaromtrent geen octrooi problemen zouden bestaan, wordt onvoldoende naar recht bewezen door GBT. Het enige bewijs hieromtrent betreft het interview in *Feed Info* (dd. 26 november 2007) waarin wordt aangegeven dat dit "nieuwe product" in Nederland zal worden verkocht en dat de rest van Europa zal worden beleverd met "hetzelfde type lysine" (hetzelfde verwijst naar de lysine die het voorwerp was van de gegronde inbreukvordering in Nederland). Gezien de bewijsgeschiktheid van GBT na het innemen van een dergelijke stelling, komt het haar toe het bewijs te leveren omtrent de geproduceerde lysine op basis van de "old" (oude) E.coli en de "new" (nieuwe) E.coli.
- Het feit dat de website zou dateren van 2003 (en de samenwerking met HELM pas dateert van 2005), doet niets af aan het gegeven dat op het moment van vaststelling de L-lysine die werd aangeboden deze betrof geproduceerd door GBT.
- De onmogelijkheid om effectief (via een interface) tot aankoop over te gaan doet niets af aan bovenstaande beoordeling. De afgedrukt screenshots houden een voldoende bewijs van aanbod in die de mogelijkheid geven om, eventueel na bijkomende communicatie (zoals blijkbaar gebruikelijk in deze sector), een bestelling te plaatsen die werd geïnitieerd door een bezoek aan de website.

De eventuele hoegrootheid van dit aanbod dient beoordeeld te worden in het licht van de gevorderde maatregelen.

c) GOLDEN CORN

- AJINOMOTO bewijst onvoldoende naar recht dat GOLDEN CORN een voortbrengsel waarop het octrooi betrekking heeft op de Belgische markt vervaardigt, aanbiedt, in het verkeer brengt of

gebruikt, of minstens dat het een dergelijk voorwerp in voorraad heeft dat betrekking heeft op één van vermelde handelingen. In haar argumentatie verwijst AJINOMOTO naar het deskundig verslag waarin wordt aangegeven dat de resultaten van de stalen afkomstig van GBT als deze afkomstig van GOLDEN CORN identiek zijn. Doch dit houdt geen bewijs in van commercialisatie op de Belgische markt.

d) LANSDOWNE

- AJINOMOTO bewijst onvoldoende naar recht dat LANSDOWNE een voortbrengsel waarop het octrooi betrekking heeft op de Belgische markt vervaardigt, aanbiedt, in het verkeer brengt of gebruikt, of minstens dat het een dergelijk voorwerp in voorraad heeft dat betrekking heeft op één van vermelde handelingen.

Het beoordelen van de vermeende omruiling van L-lysine na het weigeren van LANSDOWNE van de oorspronkelijk aangeboden L-lysine (na tussenkomst van de aangehaalde Nederlandse uitspraak) is niet noodzakelijk aangezien AJINOMOTO in gebreke blijft aan te tonen dat de aangetroffen L-lysine hetzij door LANSDOWNE hetzij door de vennootschap naar vreemd recht BONIMEX BV (op wiens naam de L-lysine werd opgeslagen bij OOSTVOGELS) op de Belgische markt gecommmercialiseerd werd of zou kunnen worden.

Het vermeend gegeven dat desbetreffende L-lysine deze betreft die na de Nederlandse uitspraak werd doorgevoerd naar België, houdt geen bewijs in van daden die strijdig zou zijn met artikel 27 §1 BOW.

2) De uitgevoerde experimenten

- In het licht van de beoordeling omtrent de juridische draagwijdte van de uitgevoerde experimenten worden volgende elementen in herinnering gebracht:
 - GBT produceert sinds 2005 L-lysine via een fermentatietechniek gebaseerd op E.coli.
 - GBT bewijst onvoldoende naar recht dat zij voor, tijdens dan wel na de procedure in Nederland dan wel het weerhouden aanbod in België, overstapte op een nieuwe productietechniek waarbij gebruik zou zijn gemaakt van een "new" (nieuwe) E.coli.
 - Dit heeft als gevolg dat de rechtbank kan rekening houden met de resultaten van elk van de geteste GBT L-lysine geproduceerd sinds 2005 (of deze nu aangekocht werd in Nederland dan wel België). Bij gebreke aan tegenbewijs en op basis van de eigen stelling van GBT+ betreft het immers dezelfde L-lysine die in België wordt aangeboden.
- Het vermeend inbreukmakend karakter van de L-lysine (geproduceerd door GBT) wordt door drie testlabo's weerhouden: TNO, Baseclear en MEDIGENOMICS. Het verweer van GBT spitst zich niet

zoeker toe op de resultaten van de uitgevoerde experimenten (of interpretatie daarvan) doch eerder op de omstandigheden van de uitvoering van de experimenten.

Het TNO rapport omvat twee experimenten waarvan het eerste in twee sub-experimenten uiteenvalt.

Experiment 1:

Experiment 1A: In dit experiment worden door TNO primers (cysG9115S en cysG9230AS) gebruikt die de aanwezigheid van E.coli kunnen aantonen. Het argument van GBT dat deze primers niet specifiek zijn gericht op E.coli, maar ook het DNA van andere bacteriën vermeerderen (bvb. deze van de Shigella stam) wordt niet weerhouden aangezien GBT niet betwist dat zij L-lysine sinds 2005 produceert met de E.coli bacterie.

Experiment 1B: Voor dit experiment werden wel primers (yhfZ1060S en yhfZ1160AS) gebruikt die specifiek zijn voor E.coli. Het verweer inhoudende contaminatie wordt niet weerhouden op grond van het gegeven (i) dat DNA zoals gedefinieerd in het octrooi niet in de natuur voorkomt (en alsdusdanig ook niet in de laboratoria van TNO) (ii) dat GBT onvoldoende naar recht aantoonde dat het genetisch gemanipuleerd E.coli stam in de natuur zou kunnen overleven en (iii) dat de blanco-stalen van TNO geen E.coli DNA aangeven.

Experiment 2: Voor dit experiment werden geen primers (dA-f1 en dA-r1) gebruikt die specifiek gericht zijn op E.coli. Om de redenen aangegeven onder de bespreking van experiment 1A weerhoudt de rechtbank niet de argumentatie dat deze test ook de aanwezigheid van Shigella zou aantonen.

In het kader van dit tweede experiment wordt door GBT+ gesteld dat zelfs indien het gevonden DNA afkomstig zou zijn van de E.coli bacterie dit nog niet bewijst dat het desbetreffende DNA ook werd gebruikt in een E.coli bacterie. De onderliggende stelling is dat het gebruikt zou kunnen zijn voor het modificeren van andere bacteriën om daarmee lysine te maken (zoals bv. Coryne). Deze stelling is wederom niet in overeenstemming te brengen met de stelling die GBT aanhoudt dat zij de E.coli bacterie gebruikt voor de industriële aanmaak van L-lysine.

Volledigheidshalve wordt aangegeven dat TNO niet diende na te gaan of er naast de aangetroffen E.coli bacteriën ook DNA materiaal aanwezig was van de Coryne-bacterie en dit in het licht van de eigen verklaringen van GBT dat zij voor de productie van de L-lysine gebruikt maakt(e) van de E.coli bacterie.

Met betrekking tot de primers gebruikt door TNO toont AJINOMOTO voldoende naar recht dat deze verkregen werden van een onafhankelijk labo (ISOGEN LIFESCIENCE BV) (cfr. orderformulier en synthesesrapporten). De stelling van GBT+ inhoudende dat de aangegeven primers zouden in

contact zijn gekomen met het DNA waarmee zij zouden moeten binden, wordt onvoldoende naar recht bewezen.

- De bovenstaande TNO-experimenten werden herhaald door het labo **Baseclear**. Dezelfde experimenten en sub-experimenten werden uitgevoerd. Om de redenen hierboven weergegeven worden de resultaten van het labo Baseclear eveneens aanvaard. Volledigheidshalve wordt aangegeven dat bij Baseclear in de blanco stalen wel sporen van E.coli werden aangetroffen doch deze sporen betreffen het gewoon E.coli en niet het DNA specifieke E.coli bacterie gebruikt bij de productie van L-lysine mits toepassing van EP'710. Dit laatste werd wel aangetroffen in de in beslag genomen GBT-lysine.
- Volledigheidshalve wordt aangegeven dat de resultaten van het onderzoekslabo **MEDIGENOMIX** bovenstaande beoordeling bevestigen. Bij het uitvoeren van de testen werden alle mogelijke maatregelen genomen om mogelijke contaminatie te voorkomen. Zo werd de AJINOMOTO-stam afzonderlijk en geïsoleerd bewaard tot de eerste PCR werd uitgevoerd en werden de tests uitgevoerd in labo's die nooit gebruikt werden voor onderzoek dat verband hield met DNA van stammen gebruikt voor de productie van aminozuren. Het gegeven dat het geteste GBT-lysine zou afkomstig zijn uit Nederland doet niet ter zake aangezien, zoals reeds herhaaldelijk aangegeven, GBT onvoldoende naar recht aantoonde dat zij voor België (of enige nader land dan Nederland) een verschillende productiewijze op basis van "new" (nieuw) E.coli zou gebruiken.

VII.B. Geldigheidsverweer (en tegeneis)

1) Onvoldoende nawerkbaarheid (art. 49 §1, 2 BOW)

- De argumentatie omtrent de vermeende onvoldoende nawerkbaarheid vindt haar grond in het gegeven dat EP'710 DNA-sequenties opeist van "*het geslacht Escherichia, terwijl in het Octrooi slechts gegevens van één soort Escherichia of E.coli wordt verschaft*" gekoppeld aan het gegeven dat het geslacht Escherichia vele verschillende soorten omvat (waaronder E.adecarboxylata, E.albertii, E.amindaolica, E.blattae, ...) die van elkaar kunnen gescheiden worden op basis van diverse biochemische testen.
- De rechtbank weerhoudt vermelde nietigheidsgrond niet op grond van volgende overwegingen:
 - Een uitvinding dient als voldoende geopenbaard te worden beschouwd als ten minste een wijze waarop de geclaimde uitvinding kan worden uitgevoerd, wordt aangegeven (cfr. T. 292/85, OJ 1989, 275 waarin gesteld werd dat het niet-beschikbaar zijn van sommige specifieke varianten niet van noodzakelijk belang was zolang er voldoende varianten gekend waren die hetzelfde effect resorteerden BALLESTER RODES, A. e.o. (ed)., "*Case Law of the Boards of Appeal of the EPO*",

Munchen, 2006, p. 178).

- GBT geeft noch voldoende naar recht aan dat EP'710 niet nawerkbaar zou zijn voor de andere (dan E.coli) soorten van het geslacht Escherichia, minstens voor een niet-voldoende aantal varianten zouden bestaan die niet hetzelfde effect zouden ressorteren noch wordt hieromtrent voldoende elementen voorgebracht dat dit zou blijken uit de algemene kennis van de vakman. Het gegeven dat de soorten zich duidelijk van elkaar onderscheiden (door enkel te wijzen op een verschillend lysinemetabolisme van een species binnen het geslacht Escherichia met het species E.coli) houdt een onvoldoende bewijs in rechte in dat de resultaten van het doorvoeren van de werkwijze zouden verschillen voor een onvoldoende aantal van deze soorten.
- AJINOMOTO toont voldoende naar recht aan dat de gemiddelde vakman-EP'710, aan de hand van het species E.coli, op een eenvoudige wijze en zonder onnodige lasten kan toepassen op andere species van het geslacht Escherichia. Hieromtrent verwijst AJINOMOTO naar de homogeniteit van de specii binnen het geslacht Escherichia.

2) Toegevoegde materie (art. 49 §1, 3 BOW)

- GBT stelt dat aan conclusies 3 en 7 van EP'710 materie zou zijn toegevoegd t.o.v. de oorspronkelijke aanvraag zodat de het voorwerp van het octrooi verder reikt dan de inhoud van de aanvraag zoals ingediend.

De vraag die dient beoordeeld te worden betreft of in geval van een wijziging na het indienen van de octrooi-aanvraag, de wijziging de aanvragen geen voordeel verschaft door materie toe te voegen die niet vervat was in de oorspronkelijk aanvraag (cfr. PATTERSON, G., "The Law and Practice of the European Patent Convention", Londen, Sweet & Maxwell, 2001, 8-12). Deze beoordeling dient te gebeuren in het licht van de rechtszekerheid voor derden aangezien deze vertrouwen op de octrooiaanvraag zoals ingediend.

Concreet past GBT+ de desbetreffende nietigheidsgrond toe op volgende onderdelen van EP'710:

- conclusie 3 en 7 bevatten ontoelaatbare toegevoegde materie.
- De beschrijvingen van de oorspronkelijke octrooiaanvraag vermeldt niet de precieze bepaling van de mutaties in het dapA gen.

- De rechtbank weerhoudt de desbetreffende argumentatie niet op grond van volgende overwegingen:

- Conclusie 3 heeft betrekking op een bacterie waarin het gemuteerde dapA gen (cfr. Conclusie 1) en een gedesensibiliseerd AKIII (ongevoelig voor de feedback inhibitie) aanwezig zijn. Volgens GBT+ zou conclusie 3 niet aangeven hoe AKIII werd ongevoelig gemaakt voor de feedback inhibitie (en dit in het licht van conclusie 6 van de oorspronkelijke aanvraag die aangaf dat dit door mutatie dient te gebeuren). Er wordt geoordeeld dat de oorspronkelijke aanvraag wel een basis voor de bewoordingen van conclusie 3 vormt. Concreet wordt verwezen naar de algemene vermelding van een gedesensibiliseerd AK III (cfr. p. 6 r. 8-11 en p. 8 r. 2-5) doch eveneens naar de expliciete vermelding van de mogelijkheid om een niet-gemuteerd wildtype AKIII te gebruiken dat al ongevoelig

is voor feedback inhibitie (cfr. p. 33 r. 2-7). Dit laatste houdt in dat het E.coli betreft dat niet gemuteerd is (maar waarbij de feedback inhibitie op een andere wijze werd uitgeschakeld).

- Conclusie 7 zou niet aangegeven dat het diaminopimelaatdehydrogenase gen van Corynoforme bacteriën afkomstig moet zijn (waarbij GBT+ verwijzen naar de oorspronkelijke conclusie 10 die was beperkt tot de aanwezigheid van DDH van het Coryne-bacterium). AJINOMOTO maakt voldoende aannemelijk dat de beschrijving in de oorspronkelijke aanvraag op p. 10 r. 6-24 en p. 34 r. 14-25 een discussie bevat van de uitvoeringsvorm van de uitvinding en waar een opsomming wordt gegeven van mogelijke alternatieve bacteriën waaruit het gen afkomstig kan zijn. Op basis hiervan is het voor de vakman duidelijk dat de aangegeven uitvoeringsvorm niet beperkt is tot het gebruik van DDH.
- Als derde element wordt door GBT+ gesteld dat de gevonden mutanten aan een sequentiebepaling werden onderworpen waarvan het resultaat was dat de mutaties op posities 487 en 597 plaatsvonden terwijl in EP'710 sprake is van posities 81 en 118. AJINOMOTO toont voldoende naar recht aan dat dit materiële vergissingen betrof en dit op volgende wijze:

Het is duidelijk uit SEQ ID NO:3 blijkt dat de alanine op positie 81 overeenkomt met het codon GCT. Dit wil zeggen dat er een G op positie 512, een C op positie 513 en een T op positie 514 in de DNA sequentie aanwezig is. De C in het codon voor de alanine op positie 81 zit dus niet op positie 487, maar op positie 513. Het is op eenzelfde wijze duidelijk dat de histidine op positie 118 overeenkomt met het codon CAT, dat wil zeggen dat er een C op positie 623, een A op positie 624 en een T op positie 625 aanwezig is in de DNA sequentie. De C in dit codon zit dus op positie 623 en niet op positie 597 in de DNA sequentie. Er is simpelweg sprake van een vergissing waardoor de weergegeven posities voor de DNA sequentie in Voorbeeld 1 26 plaatsen zijn opgeschoven.

Deze fout werd bevestigd door het EOB als "obvious" ("duidelijk"). De rechtbank weerhoudt de stelling dat de vakman geconfronteerd met de octrooiaanvraag, deze vergissing zou herkennen en beseffen wat de correcte posities zijn. AJINOMOTO bewijst voldoende naar recht dat de rechtszekerheid dan ook verzekerd is voor derden. In dit licht blijft GBT+ in gebreke aan te tonen bij de argumentatie van desbetreffende nietigheidsgrond (specifiek m.b.t. het weergeven van de mutaties op posities 487 en 597 in de oorspronkelijke aanvraag terwijl in EP'710 sprake is van posities 81 en 118) in welke mate deze wijziging een voordeel zou verschaffen aan AJINOMOTO die niet vervat was in de oorspronkelijk aanvraag.

3) Uitvinderswerkzaamheid (art 6 BOW)

- Een uitvinding getuigt van uitvinderswerkzaamheid wanneer zij voor een deskundige niet op een voor de hand liggende wijze voortvloeit uit de stand van de techniek, wanneer ze m.a.w. een onvoorzien effect heeft.

a) Vakman (deskundige)

De vakman (deskundige) wordt aangeduid als een biochemicus of wetenschapper die onderzoek verricht binnen de gangbare biotechnologie, die kennis heeft van fermentatieprocessen, waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen de wetenschapper actief in aan academische en deze in een commerciële omgeving. Het onderscheid tussen deze omgevingen zou tot een artificiële opdeling leiden tussen zuiver academische vakkennis en toegepaste (commerciële) vakkennis, een onderscheid dat in de stand van de techniek niet kan worden gemaakt. De aangehaalde vakman beschikt als dusdanig over gespecialiseerde kennis op het gebied van biochemie, micro- en moleculaire biologie.

b) Stand van de techniek

De stand van de techniek wordt gedefinieerd aan de hand van al hetgeen voor de datum van de prioriteitsdatum (aanvraagdatum) van de octrooi-aanvraag openbaar toegankelijk werd gemaakt. De aangereikte stand van de techniek is volgens GBT+ de volgende:

- HERMANN, M. e.a., *European Journal of Biochemistry*, 1972, (30), p. 100-106 (hierna aangeduid als "HERMANN")
- HUMPHREYS, Molec. Gen. Genet. 1979, vol. 145, pp. 101-108 (hierna aangeduid als "HUMPHREYS")
- FR A 2 511 032 (hierna aangeduid als "FR'032")
- DAUCE-LE REVEREND B., e.a. *European Journal of Applied Microbiology and Biotechnology*, 1982, (15), p. 227-231 (hierna aangeduid als "DAUCE-LE REVEREND")
- TOSAKA, O. en TAKINAMI, K. "Lysine" in *Progress in industrial microbiology* – *Biotechnology in amino acid production*, Tokio, Kodansha, 1986 (hierna aangeduid als "TOSAKA")
- COHEN, "Escherichia coli and Salmonella, Cellular and Molecular Biology 1987, hfdst. 2B, "Biosynthesis of Threonine, Lysine and Methionine", p. 429-444 (hierna aangeduid als "COHEN")
- GLICK & WHITNEY, overzichtsartikel, *Journal of Industrial Microbiology*, I, (1987) 277-282 (hierna aangeduid als "GLICK")
- GLICK & WHITNEY, (overzichtsartikel) in *Journal of Industrial Microbiology*, I (1987) 277-282 (hierna aangeduid als "GLICK").
- OLD & PRIMROSE, "Principles of Gene Manipulation", 4th ed. 1989 (hierna aangeduid als "OLD")
- SIKORSKI, R.S. en BOEKE, J.D., "Methods in Enzymology", 1991, Vol. 194, Hfdst. "Making Mutants" "In Vitro Mutagenesis and Plasmid Shuffling: From Cloned Gene tot Mutant Yeast" pp. 302-318) (hierna aangeduid als "SIKORSKI")
- OH e.o. "Improved L-lysine production by the amplification of the *Corynebacterium glutamicum* *dapA* gene encoding dihydrodipicolinate syntetase in *E.coli*" in *Biotechnology letters* (1991), vol. 13, nr. 10, p. 727-732 (hierna aangeduid als "OH")
- WO 91/19190
- BITTEL, D.C., e.a., "Biosynthesis and Molecular Regulation of Amino Acids in Plants", 1992, American Society of Plant Physiologists, pp. 322-323. (hierna aangeduid als "BITTEL")
- EP 0510319A2 (hierna aangeduid als "EP'319")

c) Probleem-Oplossing Test

- De beoordeling omtrent uitvinderswerkzaamheid gebeurt doorgaans aan de hand van de zogenaamde "probleem-oplossing"-tests. Deze tests houdt drie stappen in:

[i] Meest nabije stand van de techniek

- Als meest nabije stand van de techniek worden volgende stukken aangehaald:
 - FR'032 beschrijft een E.coli stam die gemodificeerd is door het gen dat codeert voor DDPS te amplificeren. Er werd kunstmatig DNA in de vorm van plasmide in de bacterie gebracht (waarop zich o.a. ook het dapA-gen bevindt).
 - In OH wordt een E.coli bacterie besproken die wordt voorzien van een dapA-gen afkomstig van een andere bacterie nl. Coryne.
- Het is mogelijk om twee documenten aan te halen als meest nabije stand van de techniek indien de weergegeven inhoudten elkaar niet tegenspreken.

Verkeerdelijk stelt GBT+ dat de stand van de techniek "*geen onveranderd begrip is*" zodat het mogelijk is dat een deskundige in eerste instantie een publicatie A aandraagt om deze later (na het herzien van zijn mening) vervangt door publicatie B. Met betrekking tot de beoordeling omtrent de uitvinderswerkzaamheid is echter het bepalen van het objectief geïdentificeerd technisch probleem noodzakelijk om een vertrekpunt [datum] te bepalen van de stand van de techniek. De invulling van de stand van de techniek dient in het licht van deze datum beschouwd te worden (en niet de stand van de techniek bepaalt door een deskundige "*die de uitvinding later interpreteert*"). Dergelijke "*latere*" interpretatie, zonder dat het probleem wordt geherformuleerd, wijst op een benadering van het technisch probleem met zogenaamde "*hindsight*" (i.e. *ex post* analyse).

[ii] Objectief technisch probleem en oplossing

- Het technisch probleem waaraan een oplossing diende geboden te worden, betrof het vinden van een verbeterend industrieel productieproces voor L-lysine waarbij gebruik wordt gemaakt van bacteriën van het genus Escherichia zonder dat de productie wordt aangetast door de zogenaamde feedback inhibitie. Anders gezegd het probleem dat dient te worden opgelost betreft "*het vinden van DDPS en AKIII die haar origine kent in bacteriën van het genus Escherichia met voldoende gedesensibiliseerde feedback inhibitie voor L-lysine en dit in het licht van het vinden van een verbeterde L-lysine fermentatie-productiewijze*" (cfr. vrije vertaling Regel 10 e.v. p. 3 EP'710).

Om het gestelde probleem op te lossen gaat EP'710 uit van drie inventieve stappen die door de vakman zouden gezet dienen te worden om te komen tot de uitvinding (tenminste deze als weergegeven in conclusies 1, 11 en 12 van EP'710):

- Ten eerste dienen de Pseudomonas bacteriën te worden vervangen door deze van het

Escherichia geslacht.

- Ten tweede dient de heersende leer opzij geschoven te worden dat bij de selectie d.m.v. AEC bij E.coli niet tot een gedesensibiliseerd DDPS leidt.
- Tenslotte dient de mutagenese van het dapA gen buiten de cel (op een plasmide) uitgevoerd te worden.

- Concreet wordt het probleem opgelost door DDPS (dat betrokken is bij de productie van L-lysine in de vermelde E.coli bacterie) ongevoelig te maken voor feedback inhibitie door het eindproduct L-lysine. Dit geschiedt door ofwel de 81^e alanine aminozuurrest te vervangen door een valine aminozuurrest ofwel de 118^e histide aminozuurrest door een tyrosine aminozuurrest ofwel een combinatie van beide (cfr. conclusie 1). Aangevuld met de reeds gekende mutatie van het gen dat codeert met AK III leidt die aanpassing volgens EP'710 tot een significant hogere L-lysine productie.

(iii) **Lag de oplossing voor het probleem voor de hand gezien de vakkennis die de vakman bezat op grond van de stand van de techniek in zijn geheel en de meest nabije stand van de techniek in het bijzonder?**

- Op de prioriteitsdatum was de vakman bekend met volgende elementen:
- Verschillende bacteriën werden gebruikt voor de productie van lysine.
 - Bacteriën produceren in de natuur een beperkte hoeveelheid aan lysine.
 - De productie wordt geremd door de feedback inhibitie.
 - Bepaalde bacteriën zijn gevoeliger dan andere aan deze feedback inhibitie.
 - Technieken om het mechanisme van feedback inhibitie in de war te brengen bestonden op de prioriteitsdatum van EP'710 uit: hetzij over-expressie van het gen dat voor het feedback gevoelige enzym codeert hetzij het voorzien van een enzym dat niet gevoelig is voor de feedback inhibitie. Deze laatste optie (voorzien van een enzym met dezelfde werking dat niet gevoelig is voor feedback-inhibitie) kan worden verkregen (i) door het gen (dat codeert voor het betreffende enzym van een andere soort bacterie waarvan met weet dat in die soort de feedback-inhibitie niet plaatsvindt) in de doelbacterie te plaatsen ofwel (ii) door het enzym van de bacterie op een zodanige wijze te muteren dat het enzym minder of niet meer gevoelig is voor feedback inhibitie.
 - Mutatie kan worden doorgevoerd (i) hetzij binnen de cel (mutagenese binnen de cel) (ii) hetzij buiten de cel (mutagenese buiten de cel). Deze laatste techniek behelst de zogenaamde recombinante DNA technologie. GBT+ brengt voldoende publicaties aan om te bewijzen dat dat mutagenese buiten de cel via recombinant DNA techniek een standaardtechniek betrof op de prioriteitsdatum van EP'710.
 - Van stof AEC (S-(-2-aminoethyl)-cysteïne) was bekend dat deze dezelfde feedback inhibitie kan stimuleren als lysine, waardoor een bacterie in aanwezigheid van AEC slechts moeilijk lysine kan produceren en niet zal overleven. Het AEC remt de DDPS en alsdusdanig de aanmaak van lysine, waardoor de bacterie de nodige eiwitten niet langer kan produceren. Door middel van het gebruik van AEC ontstaat een vorm van "selectiedruk" doordat enkel deze bacteriën, waarin door inbreng van het gemuteerde gen het feedback mechanisme is omzeild, geen last zullen hebben van AEC (omdat die bacteriën voor die inhibitie door lysine of lysine-analogen zoals AEC ongevoelig zijn) en dus wel lysine blijven produceren en overleven. De selectie bestaat er dus in een bacterie te creëren die in staat is zelf een hoeveelheid lysine te produceren zodat deze de AEC-aantasting kan overleven.

- EP'710, minstens conclusies 1, 11 en 12, voldoet aan de voorwaarde van uitvinderswerkzaamheid

en dit op grond van volgende overwegingen:

- Het feit dat mutagenese-buiten de cel bekend was, bewijst niet dat de selectiemethode als weergegeven in EP'710 voor de hand liggend zou geweest zijn. Immers onderdeel van de selectiemethode van EP'710 is niet zozeer dat wordt gezocht naar AEC resistente bacteriën maar juist naar bacteriën die voor die stof het gevoeligste zijn. GBT toont onvoldoende naar recht aan dat de gehanteerde methode (waarbij het DDPS-gen op een plasmide geplaatst wordt en buiten de bacterie blootgesteld wordt aan een mutagens waar na de toevoeging van de plasmiden aan de bacterie wordt gezocht naar AEC resistente bacteriën) bekend zou zijn of voor de hand zou liggen.
- FR'032 verwijst naar de gevoeligheid van AKIII voor feedback inhibitie en bespreekt enkel de mogelijkheid om een gemuteerd gen voor AKIII (een gemuteerd lysC) op het ingebrachte plasmide op te nemen, dat codeert voor een AKIII enzym dat is gedesensibiliseerd voor L-lysine feedback inhibitie. In FR'032 wordt niet ingegaan op de feedback inhibitie van DDPS waarvan ten tijde van de prioriteitsdatum gekend was dat het enzym gevoelig was voor feedback inhibitie van L-lysine. FR'032 leert de vakman dat door het verhogen van de hoeveelheid DDPS in de biosynthetische route leidt tot een verhoogde aanmaak van L-Lysine. FR'032 leert dat het verminderen van de activiteit van DDPS door lysine kan worden omzeild door de hoeveelheid DDPS-enzym te verhogen zonder het desensibiliseren. Het in over-expressie brengen van het dapA gen dat codeert voor DDPS resulteert zodoende (in FR'032) tot een verhoogde lysine-aanmaak. Deze stelling vindt bevestiging in het artikel van DAUCE-LE REVEREND waarin hetzelfde probleem wordt beschreven als weergegeven in FR'032 en de oplossing van FR'032 wordt beschreven die is gelegen in het verhogen van DDPS en niet in het tegengaan van de feedback inhibitie. Noch de combinatie FR'032 / HERMANN noch HERMANN op zich houden voldoende bewijs in van een gebrek aan uitvindingswerkzaamheid gezien HERMANN niets concreet zegt over de E.coli bacterie en uitsluitend betrekking heeft op bacteriesoorten van het genus Pseudomonas. Het verband tussen de bacterie van het genus Pseudomonas en E.coli dat de vakman volgens GBT zal leggen tussen FR'032 en HERMANN wordt onvoldoende naar recht bewezen op grond van de niet-uitgewerkte vermelding van E.coli bij HERMANN. Het verband dat de vakman zou leggen tussen FR'032 en HERMANN gaat verder uit van de veronderstelling dat deze voor de oplossing van het probleem zou op zoek gaan naar mutanten van DDPS in E.coli die niet gevoelig zijn voor feedback inhibitie. De stelling van GBT vertrekt echter van een veronderstelling die niet wordt gedragen door de stand van de techniek. De stand van de techniek leidt weg van HERMANN (cfr. PATTE (uitvinder van FR'032), DAUCE-LE REVEREND en BITTEL).
- In OH wordt een E.coli bacterie besproken die wordt voorzien van een dapA gen doch afkomstig van een andere bacterie (Coryne). OH stuurt de vakman in de richting van Coryne, beter gezegd de vakman wordt aangemoedigd om de hoeveelheid exogeen Coryne dapA gen te verhogen. De vakman wordt aangemoedigd om met exogeen materiaal te werken. GBT toont onvoldoende naar recht aan dat bij de vakman de overtuiging bestond (rekening houdend met de stand van de techniek) dat er voldoende kans op slagen is om de in E.coli vervatte dapA gen mutanten die coderen voor een DDPS dat ongevoelig is voor L-lysine daadwerkelijk te voorzien.
- Het feit dat vaklieden zich vóór de aanvraag- of prioriteitsdatum van het EP'710 al enige tijd inspanningen leverden om gedesensibiliseerd DDPS met behulp van selectie door AEC te verkrijgen, doch hierin niet slaagden, is (alleszins in combinatie met bovenvermelde beoordelingen) een bijkomende aanwijzing van uitvindingswerkzaamheid, minstens dat de geotrooieerde oplossing niet voor de hand liggend was.

AJINOMOTO toont voldoende naar recht aan dat EP'710 verder reikt dan de logische ontwikkeling van de stand van de techniek. Of anders gezegd GBT toont onvoldoende naar recht aan aan de hand van de algemene vakkennis en de aangehaalde nabije stand van de techniek dat de 3 stappen die AJINOMOTO gezet heeft (inhoudende haar uitvinding) afzonderlijk dan wel in combinatie voor de hand liggend zouden geweest zijn op de prioriteitsdatum.

4) Besluit

- Gezien het bovenstaande worden de tegenvorderingen ingesteld door GMT+ m.b.t. de nietigheid van EP'710 afgewezen als ongegrond.

VII.C. Inbreukvordering

- Om bovenvermelde redenen worden de (octrooi-)inbreukvorderingen t.a.v. LANSLOWNE en GOLDEN CORN ongegrond geacht.
- Met betrekking tot de octrooi-inbreuk voert GMT+ geen inhoudelijk verweer. Het verweer heeft betrekking op de reeds beoordeelde argumenten omtrent het gebrek aan bewijs van verhandeling/aanbieding in België, contaminatie van de stalen bij het uitvoeren van de experimenten door TNO en Baseclear en de (tegeneis) nietigheid van het octrooi.
- De resultaten van de aangehaalde experimenten geven aan dat het in de GMT-lysine aangetroffen DNA afkomstig is van de Escherichia-bacterie (meer specifiek E.coli) na toepassing van EP'710 (conclusies 1, 11 en 12). De experimenten bewijzen voldoende naar recht dat de voor de productie gebruikte E. coli stam effectief ook een mutant *dapA* bevat, coderend voor een mutant DDPS eiwit, waarin de histidine aminozuurrest op positie 118 is vervangen door een tyrosine aminozuurrest, geteld vanaf de N-terminus in de aminozuursequentie van het dihydrodipicolinate synthase; alsook een mutant *lysC* gen bevat, coderend voor een mutant Aspartokinase III eiwit, waarin de glycine aminozuurrest op positie 323 is vervangen door een asparaginezuur aminozuurrest en waarbij de methionine aminozuurrest op positie 318 is vervangen door een isoleucine aminozuurrest, geteld vanaf de N-terminus in de aminozuursequentie van het aspartokinase III.
- Volledigheidshalve wordt aangegeven dat het voor de inbreuk niet van belang is dat er DNA in de L-lysine aanwezig is dat codeert voor DDPS dat niet gedesensibiliseerd is. Er is immers in voldoende mate DNA aangetroffen dat voldoet aan de DNA sequentie voor gedesensibiliseerd DDPS met de mutatie als hierboven weerhouden en als beschreven in conclusie 1 van EP'710. Dit wordt trouwens op geen enkel ogenblik ontkend door GMT.
- Gezien bovenstaande beoordeling wordt geoordeeld dat de door GMT geproduceerde L-lysine een inbreuk inhoudt op conclusies 1, 11 en 12 van het Belgische luik van EP'710.

VII.D. Inbreuk op confidentiële know-how

- De stelling van AJINOMOTO is dat L-lysine werd aangetroffen op de Belgische markt, minstens dat deze te koop werd aangeboden, waarvan de door GBT gebruikte bacteriële stam identiek is aan de stam die door AJINOMOTO ontwikkeld werd. Niet alleen de geotrooieerde DNA zouden identiek zijn, doch eveneens de niet-geotrooieerde. Dit houdt volgens AJINOMOTO in de aanbieders van deze L-lysine op "*één of andere manier*" toegang hebben verkregen tot deze stam.

De rechtsgrond waarop AJINOMOTO zich kan beroepen betreft deze van artikel 1382 BW waarvan artikel 94/3 WHPC een specifieke uitwerking betreft.

- AJINOMOTO stelt dat de geheimgehouden technische informatie betrekking heeft op modificaties die het mogelijk maken om na toepassing van EP'710 van E.coli de efficiëntst mogelijke lysineproducent te maken. Het voorwerp van de vordering betreft volgens AJINOMOTO "*het geheel van technische kennis die nodig is om deze manipulaties te begrijpen en uit te voeren*".
- De bescherming die wordt geboden (via de toepassing van artikel 1382 BW en artikel 94/3 WHPC) heeft betrekking op de confidentiële informatie op zich (cfr. "*het geheel van technische kennis*"). De bescherming heeft geen betrekking op de gebruikte E.coli stam waaruit zou blijken dat (eventueel) de geheimgehouden modificaties werden toegepast, zeker indien niet door "*reverse engineering*" kan worden vastgesteld welke modificaties het betreft (beter waaruit het geheel van technische informatie zou blijken).

Gezien de vermeend geheimgehouden (en niet meegedeelde) technische kennis nog steeds niet openbaar is gemaakt, kan geen inbreuk op het gebruik van deze confidentiële informatie worden weerhouden.

Enkel een vermeende diefstal van een concreet goed (i.e. de gemodificeerde E.coli-stam) in (eventueel) Japan kan het voorwerp van een beoordeling uitmaken en dit in het licht van de noodzakelijke toepassingsvoorwaarde van het fout-element (cfr. artikel 1382 BW en artikel 94/3 WHPC). Deze (strafrechtelijk te kwalificeren) fout (diefstal), die vermoedelijk heeft plaatsgevonden in Japan, wordt onvoldoende naar recht bewezen door AJINOMOTO.

- De vorderingen die hun grond vinden in een inbreuk op het inbreukmakend gebruik van confidentiële informatie t.a.v. GBT op grond van artikel 1382 BW en artikel 94/3 WHPC worden ongegrond verklaard.
- Volledigheidshalve en bijkomend t.o.v. bovenstaande beoordeling wordt m.b.t. de vordering t.a.v.

LANSDOWNE aangegeven dat deze laatste geen uitstaans heeft met het productieproces en dat AJINOMOTO in gebreke blijft aan te geven in welke mate LANSDOWNE enige vermeende onrechtmatige handeling zou hebben begaan. De inbreuk op het gebruik van confidentiële informatie dient een actieve daad als voorwerp te hebben en niet louter het "profiteren" van de vermeend inbreukmakende handelingen van GBT.

De vordering van AJINOMOTO ten laste van LANSDOWNE op grond van een inbreuk op het inbreukmakende gebruik van confidentiële informatie wordt afgewezen als ongegrond.

VII.E. Schending van reglementering m.b.t. het gebruik van toevoegingsmiddelen

- De resultaten van het beslag inzake namaak geven aan dat 5 soorten L-lysineproducten werden aangetroffen waarvan twee L-lysine-sulfaat betreffen, meer bepaald:
 - L-lysine-sulfaat (65%) zakken 25kg (GBT)
 - L-lysine-sulfaat (65%) big bags 600kg (wie?)
- De invoer in de EU en in België van L-lysine-sulfaat geproduceerd op basis van E.coli houdt een inbreuk in op artikel 3 van het KB 8 februari 1999 betreffende de handel en het gebruik van producten die bestemd zijn voor het voederen van dieren (hierna aangeduid als "KB van 8 februari 1999"). Desbetreffend artikel stelt dat voor producten die bestemd zijn voor het voederen van dieren alleen voor gebruik in de Gemeenschap uit derde landen mogen worden ingevoerd en/of in het verkeer mogen gebracht worden en/of worden gebruikt, deze die beantwoorden aan de voorschriften opgenomen in de bijlage. Artikel 7 van KB van 8 februari 1999 geeft aan dat stikstofhoudende producten die niet in Deel B, Hfdst. II van de bijlage zijn opgenomen niet mogen in de handel worden gebracht. In artikel 8,§3 het KB van 8 februari 1999 wordt expliciet aangegeven dat het verboden is een voor diertlijke voeding bestemde stof te verhandelen of te gebruiken die een toevoegingsmiddel bevat dat niet werd toegelaten overeenkomstig EG Vo. 1831/2003/EG betreffende toevoegingsmiddelen voor diervoeding (hierna aangeduid als "Vo. 1831/2003").

Artikel 3 Vo. 1831/2003 verwijst naar categorie 3, groep c van het repertorium 3.2.5. (waarin enkel als toegelaten voedingsmiddel wordt aangegeven L-lysine-sulfaat geproduceerd via gisting met de *Corynebacterium glutamicum*)
- het verweer van GBT+ wordt niet weerhouden aangezien:
 - Artikel 2, 2° KB van 8 februari 1999 niet kan gelezen worden als zou het verbod geen betrekking hebben op goederen in transit (indien dit al zou worden weerhouden), aangezien het desbetreffende artikel net een uitzondering (op de transit-uitzondering) voorziet voor vermeende inbreuken op artikel 3 van het KB. Abstractie maken van deze uitzondering voor artikel 3, toont GBT+ onvoldoende naar recht aan dat de voorwaarden van artikel 2, 2° KB

van 8 februari 1999 zouden aanwezig zijn (bvb. bord met de vermelding "uitvoer").

- Uit het deskundig verslag blijkt voldoende naar recht dat er wel degelijk L-Lysine-sulfaat geproduceerd op basis van E.coli werd aangetroffen afkomstig van GBT.

- De inbreuk op de artikel 3, 7 en 8§3 KB van 8 februari 1999 juncto artikel 3 Vo. 1831/2003 wordt weerhouden en de vorderingen op grond van deze inbreuk (als fout beschouwd in de zin van artikel 1382 BW) en hierna verder uitgewerkt worden gegrond verklaard.

VII.F. De gevorderde maatregelen

1) Staking

- De vordering tot het staken en gestaakt houden van elke octrooi-inbreuk (het vervaardigen, het aanbieden, in verkeer brengen, te gebruiken dan wel daartoe in te voeren of in voorraad hebben alsmede elke andere begeleidende handeling) wordt gegrond verklaard beperkt tot L-lysine waarvan de DNA samenstelling aangeeft dat de productiewijze binnen de beschermingsomvang van het Belgische luik van EP'710 ressorteert, meer specifiek conclusies 1, 11 en 12 en beperkt tot de Belgische markt.

Op grond van de weerhouden inbreuk op de artikelen 3, 7 en 8§3 KB van 8 februari 1999 juncto artikel 3 Vo. 1831/2003 juncto artikel 94/3 WHPC wordt de vordering tot staking en het gestaakt houden van het te koop aanbieden, het verkopen, het in voorraad hebben, het importeren en exporteren evenals elk ander gebruik binnen de Belgische grenzen van L-lysine-sulfaat geproduceerd op basis van E.coli gegrond verklaard.

- Bovenvermelde stakingsbevelen worden uitgesproken onder verbeurte van een dwangsom van € 1.000 per kg (onafhankelijk van de verpakingsvariant), waarbij elke vorm van inbreuk slechts aanleiding kan geven tot één dwangsom onafhankelijk het specifieke stakingsbevel waaraan geen gehoor werd gegeven. Er wordt een maximumdwangsom opgelegd die bepaald wordt op een bedrag van € 10.000.000.

2) Schadevergoeding (aanstelling van een deskundige)

- Het gegeven dat België de "*draaischijf was voor inbreukmakende handelingen op een titanische schaal*" doet niet af aan het principe dat de rechtbank op grond van de weerhouden inbreuken enkel een schadevergoeding vermag toe te kennen die terug te brengen is tot de schade die AJINOMOTO bewijst te hebben geleden op het Belgische grondgebied.

De schade in hoofde van AJINOMOTO dient bepaald te worden aan de hand van de principes van de quasi-delictuele aansprakelijkheid. Als basisprincipe dient het principe gehuldigd te worden van de integrale schadevergoeding ("*restitutio in integrum*"). Het principe van equivalentie tussen schade en herstel werd in België meermalen bevestigd en hieromtrent kan eveneens worden verwezen naar de Handhavingsrichtlijn als naar de Belgische wet van 9 mei 2007 tot omzetting van deze richtlijn. Hierin werd het principe van equivalentie tussen schade en vergoeding behouden. De Belgische rechter wordt een ruime bevoegdheid toegemeten om de geleden schade te begroten, doch wel binnen de perken van de weergegeven geldende principes op het vlak van quasi-delictuele aansprakelijkheid. Indien de schade op geen andere wijze kan worden vastgesteld, kan de rechter een forfaitaire schadevergoeding toekennen "*in redelijkheid en billijkheid*".

Traditioneel dient de schade begroot te worden op grond van het geleden verlies en de gederfde winst.

De toepassingsdrempel van artikel 27 §1 BOW werd beoordeeld in het licht van het aanbod van inbreukmakende L-lysine op de Belgische markt. Met betrekking tot de totale verkoop op de Belgische markt beschikt de rechtbank over onvoldoende gegevens om hetzij een concrete schadevergoeding te becijferen hetzij om een schadevergoeding *ex aequo te bono* voorop te stellen. Het enige concrete gegeven betreft de verkoop van 2 zakken GBT-L-lysine in 2007 op de Belgische markt aan ORFFA BELGIUM FEED NV, doch dit wordt te beperkt geacht om een concrete begroting te maken van de geleden schade.

Volledigheidshalve wordt aangegeven dat AJINOMOTO voldoende naar recht aangeeft dat de desbetreffende aankoop aan ORFFA BELGIUM FEED NV (via de NV VITAMEX) wel degelijk GBT-L-lysine betrof (hieromtrent wordt verwezen naar de vermeldingen op de zakken en de overeenstemmende batchnummers).

Gezien de beperkte informatie waarover de rechtbank heden beschikt wordt de vordering tot bepaling van een schadevergoeding naar de rol verzonden voor verdere behandeling alsmede in het verlengde hiervan de vordering tot hoofdelijke aansprakelijkheid omtrent de betaling van een eventuele schadevergoeding.

De rechtbank acht het aangewezen om de tussenvordering tot aanstelling van een deskundige die op basis van alle relevante documenten (echter beperkt tot de Belgische markt) (o.a. aan- en verkoopfacturen, vervoersdocumenten, offertes, ...) het totaal van verkopen van L-lysine door GBT+ op de Belgische markt vanaf januari 2005 tot uitspraak van onderhavig vonnis, ingesteld door AJINOMOTO, gegrond te verklaren. De deskundige dient bij het vervullen van zijn opdracht zorg te

dragen dat enkel deze gegevens die betrekking hebben op de Belgische markt worden weergegeven in het verslag.

In casu is de rechtbank van oordeel dat het, gelet op de thans voorgelegde stukken, aangewezen voorkomt dat eerste tot dertiende verweersters instaan voor de provisionering van de deskundige.

3) Vernietiging

- De vordering tot vernietiging van alle L-lysine-sulfaat die zich in België bevindt wordt gegrond verklaard gezien de weerhouden inbreuk op de artikelen 3, 7 en 8§3 KB van 8 februari 1999 juncto artikel 3 Vo. 1831/2003 juncto artikel 94/3 WHPC (cfr. Artikel 40 van KB van 8 februari 1999 juncto artikel 12, 1 va, de wet van 11 juli 1969 betreffende de bestrijdingsmiddelen en de grondstoffen.

Voor de vernietiging op grond van de weerhouden inbreuk op artikel 27 §1 BOW (beperkt tot niet L-lysine-sulfaat) is geen bewijs van kwade trouw vereist doch wel een proportionaliteit tussen de ernst van de inbreuk en de gevorderde vernietiging (cfr. artikel 53 §2 BOW). Gezien de rechtbank over onvoldoende informatie beschikt aangaande de hoegroothed van de inbreuk (cfr. supra schadevergoeding), kan de rechtbank met de gegeven omstandigheden niet overgaan tot een beoordeling omtrent de proportionaliteit van de maatregel.

- De rechtbank acht het dan ook opportuun om omtrent vermelde vordering het deskundigenrapport af te wachten en verder partijen standpunt te laten innemen omtrent de mogelijkheid voor de Belgisch rechter om het bevel te geven tot het vernietigen van goederen (bestemd voor het buitenland doch opgeslagen in België) waarvan in een gezag van gewijsde gegane buitenlandse beslissing het inbreukmakend karakter werd weerhouden.

4) Publicatie

- AJINOMOTO vordert de publicatie van het tussen te komen vonnis. Het doel van het opleggen van een publicatiemaatregel is de doeltreffendheid van de stakingsmaatregel te verzekeren. Deze publicatie moet vreemd zijn aan elk idee van sanctie.

De vordering tot machtiging om op kosten verwerende partijen over te gaan tot publicatie van het tussen te komen vonnis dient in overeenstemming geacht te zijn met de eis van proportionaliteit.

Gezien de rechtbank in huidige stand van de procedure over onvoldoende elementen beschikt om de ernst van de inbreuk (cfr. beoordeling omtrent schadevergoeding en vernietiging), wacht de

rechtbank het aangewezen het deskundigenrapport af.

5) Uitvoerbaarheid bij voorraad

De uitvoerbaarheid bij voorraad van de reeds genomen beslissingen vormt een uitzondering op het principe van de schorsende werking van de gewone rechtsmiddelen en kan enkel worden bevolen indien specifieke omstandigheden dit verantwoorden. Bij gebrek aan het risico van het instellen van hoger beroep om zuiver dilatoire redenen, aan een staat van behoefte of aan het risico van organisatie van insolventie, dient de uitvoerbaarheid bij voorraad niet te worden uitgesproken. Geen van vermelde elementen wordt voldoende naar recht bewezen door AJINOMOTO.

Er is geen nadeel verbonden aan AJINOMOTO die een uitvoerbaarheid bij voorraad en een uitsluitel van kantonnement kunnen rechtvaardigen.

De vordering tot uitvoerbaarheid bij voorraad, met uitsluitel van het vermogen tot kantonnement, wordt ongegrond verklaard.

6) Kosten van het geding

Gezien de aanstelling van een deskundige ter advisering van de rechtbank bij de beoordeling omtrent de effectief geleden schade door AJINOMOTO op de Belgische markt en de mogelijke kosten die hiermee gepaard gaan, wordt de vordering tot betaling van de kosten van het geding naar de rol verzonden ter verdere beoordeling.

Ondanks het feit dat de rechtbank reeds oordeelde tot de ongegrondheid van de vorderingen lastens LANSLOWNE en GOLDEN CORN, worden de vorderingen tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding t.a.v. deze verweersters naar de rol verwezen totdat een eindbeoordeling is tussengekomen t.a.v. de overige verweersters en dit om de rechtbank toe te laten een globale beoordeling te maken omtrent de wederzijdse gevorderde rechtsplegingsvergoedingen in het licht van de eventueel (deels) gegrond en (deels) ongegrond verklaarde vorderingen (cfr. beperking van de rechtsplegingsvergoeding artikel 1022,5 Ger. Wb.).

VIII. UITSPRAAK

De rechtbank, op tegenspraak.

Neemt akte van de afstand van vordering vanwege de vennootschap naar vreemd recht AJINOMOTO Co.

Inc. t.a.v. de vennootschap naar vreemd recht CHEMTRACO BV.

Neemt akte van de afstand van geding vanwege de vennootschap naar vreemd recht AJINOMOTO Co. Inc. t.a.v. de vennootschap naar vreemd recht PROVIMI BV.

Verklaart de ingestelde eisen t.a.v. de overige verweersters toelaatbaar

Verklaart de vorderingen ingesteld t.a.v. de vennootschap naar vreemd recht LANSDOWNE CHEMICALS EUROPE BV ongegrond.

Verklaart de vorderingen ingesteld t.a.v. de vennootschap naar vreemd recht SHANGDONG SHOUGANG JUNENG GOLDEN CORN Co. Ltd. ongegrond.

1.

Weerhoudt de letterlijke inbreuk op conclusies 1, 11 en 12 van het Belgische luik van EP'710 van de door eerste tot dertiende verweersters gecommmercialiseerde L-lysine, waaronder de hieronder weergegeven varianten:

- L-lysine HCL (98%) zakken 25kg (GBT)
- L-lysine-sulphate (65%) zakken 25kg (GBT)
- L-lysine HCL (98%) big bags 850 kg
- L-lysine-sulphate (65%) big bags 600 kg

en alsdusdanig de octrooi-inbreuk door vermelde partijen.

Beveelt de staking en het gestaakt houden van bovenvermelde inbreuk, specifiek beperkt tot L-lysine waarvan de DNA samenstelling aangeeft dat de productiewijze binnen de beschermingsomvang van conclusies 1, 11 en 12 van het Belgische luik van EP'710 ressorteert.

2.

Weerhoudt de inbreuk op artikel 94/3 WHPC juncto artikel 3 EG Vo. 1831/2003/EG, alsook de artikelen 3, 7 en 8§3 KB 8 februari 1999 van de bij OOSTVOGELS BVBA in beslag genomen L-lysine-sulfaat (geproduceerd door GBT) op basis van E.coli en gecommmercialiseerd in de EU door HELM AG waaronder de varianten:

- L-lysine-sulphate (65%) zakken 25kg (GBT)
- L-lysine-sulphate (65%) big bags 600 kg

Beveelt de staking van het te koop aanbieden, het verkopen, het in voorraad hebben, het importeren en exporteren binnen de EU evenals enig ander gebruik van L-lysine-sulfaat, geproduceerd op basis van E.coli in strijd met artikel 3 EG Vo. 1831/2003/EG, alsook de artikelen 3, 7 en 8§3 KB 8 februari 1999

Beveelt de vernietiging van overeenkomstig artikel 12 Wet van 11 juli 1969 betreffende de bestrijdingsmiddelen en de grondstoffen, van alle in het kader van het beslag inzake namaak dd. 25 maart 2008 in de opslagplaats van OOSTVOGELS LOGISTICS BVBA in beslag genomen L-lysine-sulfaat, in het bijzijn van een gerechtsdeurwaarder die daarvan een behoorlijk PV van vaststelling zal opstellen en dit alles op kosten van eerste tot dertiende verweersters.

3.

Legt bovenvermelde stakingsbevelen op onder onder verbeurte van een dwangsom van € 1.000 per kilogram inbreukmakende L-lysine dat een inbreuk inhoudt op het staken en gestaakt houden van de octrooi-

kilogram inbreukmakende L-lysine dat een inbreuk inhoudt op het staken en gestaakt houden van de octrooi-inbreuk op het Belgische grondgebied en/of L-lysine-sulfaat dat wordt te koop aangeboden, verkocht, in voorraad gehouden, geïmporteerd en/of geëxporteerd binnen de EU vanaf het Belgische grondgebied, dit alles te berekenen vanaf de datum van betekening van het tussen te komen vonnis en met een maximum van € 10.000.000. Elke inbreuk kan slechts aanleiding geven tot één dwangsom onafhankelijk ahet specifieke stakingsbevel waaraan geen gevolg werd gegeven. Er wordt een maximumbedrag van € 10.000.000 vooropgesteld.

4.

Beveelt bij toepassing van artikel 19, tweede alinea van het Ger.W., een deskundigenonderzoek.

Benoemt tot deskundige : Luc TOELEN, met bureel te 2060 Antwerpen, Duboisstraat 39 bus 5, tel. 03/449.57.51, met als opdracht :

alle nuttige informatie bij eerste tot dertiende verweerster te verzamelen om de schade geleden door de vennootschap naar vreemd recht AJINOMOTO Co. Inc. vast te stellen ingevolge de weerhouden octrooi-inbreuk (conclusies 1, 11 en 12 van het Belgische luik van EP710) en de schending van de hiervoor aangehaalde productvoorschriften; daartoe o.a. na te gaan hoeveel de inbreukmakende L-lysine er geproduceerd en gecommmercialiseerd bestemd voor het Belgische grondgebied en L-lysine-sulfaat (waarbij niet enkel het gebruik op het Belgische grondgebied dient te worden nagegaan doch eveneens de loutere vermenging op het Belgische grondgebied en eventuele verdere verkoop in derde landen) op basis van alle relevante documenten, waaronder aan- en verkoopfacturen, vervoersdocumenten. De relevante periode wordt bepaald tussen 1 maart 2005 en de datum van onderhavig tussenvonnis.

- Beveelt aan eerste tot dertiende verweerster in het licht van bovenvermeld onderzoek aan de deskundige opgave te doen van de met de inbreukmakende L-lysine producten in België gerealiseerde omzetten en netto-winsten en onder voorlegging van kopieën van relevante in- en verkoopfacturen, alsmede opgave te doen van alle offertes uitgebracht in België met betrekking tot inbreukmakende L-lysine producten onder voorlegging van kopieën van deze offertes, in ieder geval met vermelding van adressen en prijs, alsmede opgave te doen van alle overige voor de berekening van winst en/of schadevergoeding van belang zijnde informatie waarover de deskundige wenst te beschikken.

- ter oplossing van het geschil, alle vereiste vaststellingen te doen, een technisch advies te geven en te antwoorden op alle nuttige vragen van partijen, zich gedragend naar de bepalingen van artikel 962 en volgende van het Ger.W., zoals gewijzigd bij wet van 15.05.2007 tot wijziging van het Ger.W. betreffende het deskundigenonderzoek

- te pogen partijen te verzoenen en in geval van verzoening te handelen overeenkomstig artikel 977 Ger.W."

- een verslag op te stellen van de vergaderingen die hij organiseert en over te maken aan de rechter, partijen en raadslieden.

- na afloop van zijn werkzaamheden zijn bevindingen met voorlopig advies over te maken aan de rechter, partijen en raadslieden en daarbij een redelijke termijn te bepalen waarin partijen hun opmerkingen moeten maken.

- het eindverslag neer te leggen binnen de zes maanden te rekenen vanaf de kennisgeving van dit vonnis aan de deskundige en voorzien van alle vermeldingen en eedformule bepaald in art. 978 Ger.W.

- indien voormelde termijn niet haalbaar is, tijdig een verzoek tot verlenging in te dienen.

- ter oplossing van het geschil, alle vereiste vaststellingen te doen, een technisch advies te geven en te antwoorden op alle nuttige vragen van partijen, zich gedragend naar de bepalingen van art. 962 Ger.W. en volgende, zoals gewijzigd bij wet van 15.05.2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het

deskundigenonderzoek.

Zegt dat het deskundigenonderzoek wordt uitgevoerd onder toezicht van de rechter van de zevende kamer van deze rechtbank.

Veroordeelt eerste tot dertiende verweersters om binnen de vijftien dagen na kennisgeving van huidig vonnis, een voorschot van € 5.000 te consigneren bij de kredietinstelling die partijen gezamenlijk hebben gekozen.

Bepaalt het deel van de geconsigneerde gelden dat wordt vrijgegeven ten einde de kosten van de deskundige te dekken op € 2.500.

5.

Verzendt de vorderingen tot betaling van een schadevergoeding (zowel op grond van de octrooi-inbreuk alsmede de inbreuk op de weergegeven reglementering), hoofdelijkheid, publicatie, vernietiging (met uitzondering van deze die betrekking heeft op L-Lysine-sulfaat geproduceerd op basis van E.coli) alsmede de kosten van het geding (en dit t.a.v. alle betrokken partijen) naar de rol voor verdere instaatstelling.

Verwerpt al het andere (en niet hernomen vorderingen) en meergevorderde als ongegrond.

Neemt akte van de tegenvorderingen ingesteld door eerste tot dertiende verweersters.

Verklaart de eisen toelaatbaar doch de erin weergegeven vorderingen ongegrond.

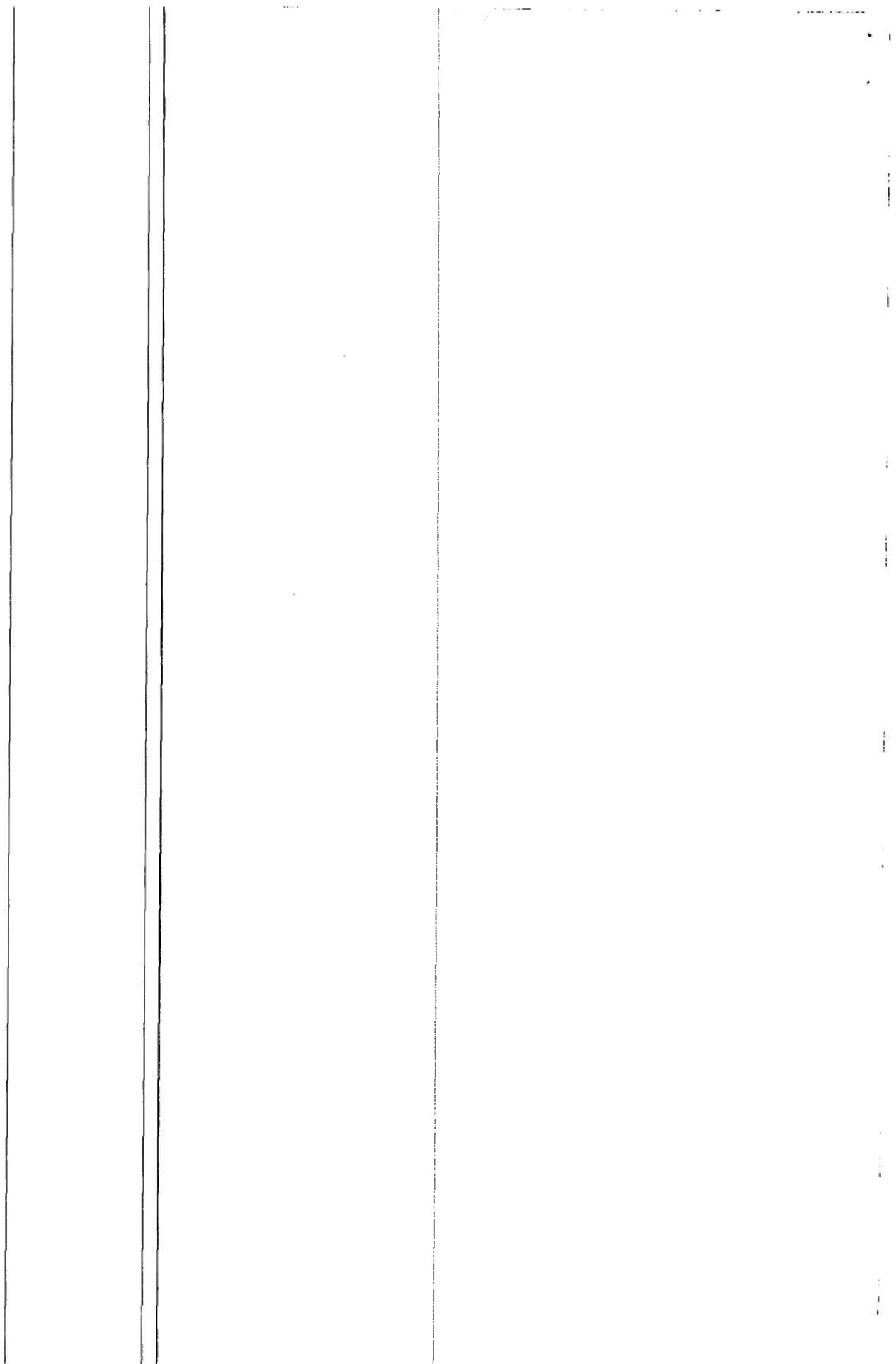
getekend :

G. Verelst

D. Minnebo

S. Granata

G. De Block



Arrestnummer 2012/2032
Repertoriumnummer 2012/4908
Datum van uitspraak 15 mei 2012
Rolnummer 2010/AR/2481

Niet aan te bieden aan de ontvanger

Uitgifte

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

Rechtsmiddelen

--

Hof van beroep Antwerpen

Kopie - art. 972 § 2 Ger. W.
Vrij van expeditierecht
art. 280 2° Wetb. reg.

1^e kamer
burgerlijke zaken

Arrest

Tussenarrest
- Deskundigen: aanstelling

2010/AR/2481

1. de vennootschap naar Duits recht **HELM AG**, met vennootschapszetel gevestigd in Duitsland, te 20097 Hamburg, Nordkanalstrasse 28;
2. de vennootschap naar Belgisch recht **NV HELM BENELUX**, met vennootschapszetel gevestigd te 1930 Zaventem, Belgicastraat 1 en ingeschreven in de kruispuntbank der ondernemingen onder nr. 0417.709.912;
3. de vennootschap naar buitenlands recht **GLOBAL BIO-CHEM TECHNOLOGY GROUP CO. LTD.**, met vennootschapszetel gevestigd op de Kaaimaneilanden, Century Yard, Cricket Square Hutchins Drive, George town, PO Box 2681 GT;
4. de vennootschap naar buitenlands recht **BIO-CHEM TECHNOLOGY (HK) LTD.**, met vennootschapszetel gevestigd in Hong Kong, Unit 1104, Admiralty Centre, Tower 1, 18 Harcourt Road;
5. de vennootschap naar buitenlands recht **CHANGCHUN DACHENG BIO-CHEM ENGINEERING DEVELOPMENT CO. LTD.**, met vennootschapszetel gevestigd in de volksrepubliek China, Jilin Province, Changchun City, Economic Technology Development Zone, Corn processing Zone, Xihuangcheng Road 886;
6. de vennootschap naar buitenlands recht **CHANGCHUN DAHE BIO TECHNOLOGY DEVELOPMENT CO. LTD.**, met vennootschapszetel gevestigd in de volksrepubliek China, Xihuangcheng Road 28, Corn processing Zone, Economic Technology Development Zone, Changchun City, Jilin Province;
7. de vennootschap naar Nederlands recht **GLOBE FINE CHEMICALS HOLLAND BV**, met vennootschapszetel gevestigd in Nederland, te 3071 AA Rotterdam, Laan op Zuid 196-198;
8. de vennootschap naar Belgisch recht **BVBA OOSTVOGELS LOGISTICS**, met vennootschapszetel gevestigd te 2321 Hoogstraten (Meer), Luxemburgstraat 3 en ingeschreven in de kruispuntbank der ondernemingen onder nr. 0450.857.582;
9. de vennootschap naar Nederlands recht **OOSTVOGELS GROEP BV**, met vennootschapszetel gevestigd in Nederland, te 4836 LG Breda, Hazeldonk 6252-6254;

10. de vennootschap naar Nederlands recht **OOSTVOGELS LOGISTICS BV**, met vennootschapszetel gevestigd in Nederland, te 4836 LG Breda, Hazeldonk 6252-6254;
11. de vennootschap naar Nederlands recht **OOSTVOGELS TRANSPORTEN BV**, met vennootschapszetel gevestigd in Nederland, te 4836 LG Breda, Hazeldonk 6252-6254;
12. de vennootschap naar Nederlands recht **OOSTVOGELS DOUANE-EXPEDITEURS BV**, met vennootschapszetel gevestigd in Nederland, te 4836 LG Breda, Hazeldonk 6252-6254;
13. de vennootschap naar Nederlands recht **OOSTVOGELS DISTRIBUTIE BV**, met vennootschapszetel gevestigd in Nederland, te 4836 LG Breda, Hazeldonk 6252-6254;

appellanten,

alle ter terechtzitting van 13 en 14 februari 2012 vertegenwoordigd door mrs. Tanguy De Haan & Florence Verhoestraete, beiden advocaat te 1000 Brussel, Terhulpesteenweg 120 (ref.: 75007360 M 4253080 / 2) en door mr. Anne Marie Verschuur, advocaat in Nederland, te 1077 XV Amsterdam, Strawinskylaan 1999;

tegen het vonnis van de 7^e kamer van de rechtbank van koophandel te Antwerpen van 11 juni 2010, aldaar gekend onder nr. A.R. A/08/06919;

tegen:

de vennootschap naar Japans recht **AJINOMOTO CO. INC.**, met vennootschapszetel gevestigd in Japan, te 104-8315 Tokio, 15-1 Kyobashi, 1-chome, Cuo-ku, doch keuze van woonst doende op het kantoor van haar raadslieden, mrs. Kristof Roox & Jan-Diederik Lindemans, hierna vermeld;

geïntimeerde,

ter terechtzitting van 13 en 14 februari 2012 vertegenwoordigd door mrs. Kristof Roox & Jan-Diederik Lindemans, beiden advocaat te 1000 Brussel, Jozef Stevensstraat 7 (ref.: JDI/gvh/ 103773.01);

* * * * *

1. De feiten

De feiten die ten grondslag liggen aan de vorderingen van de partijen kunnen als volgt worden samengevat:

- De geïntimeerde, de vennootschap naar vreemd recht Ajinomoto Co., Inc. (hierna Ajinomoto genoemd), is houder van diverse Europese octrooien betreffende de productie van L-lysine, waaronder het octrooi EP 0 733 710 (hierna genoemd EP'710), waarvan het Belgische luik het voorwerp uitmaakt van huidige procedure. EP'710 werd op 28 november 1994 ingediend met inroeping van prioriteit van 8 december 1993 van het Japanse octrooi JP 30 839 793. De verlening werd gepubliceerd op 26 januari 2005. De vertaling werd op 22 maart 2005 neergelegd bij de Belgische Dienst voor de Industriële Eigendom.
- EP'710 heeft concreet betrekking op de productie van L-lysine door middel van een Escherichia coli-bacterie (hierna "E.coli" genoemd) die gemuteerd werd (in het gen coderend voor DDPS en in het gen coderend voor AKIII) om een hogere productie van lysine te bekomen door het zelfregulerend mechanisme van de bacterie uit te schakelen.
- Daarnaast zou de geïntimeerde modificaties aan het wild type E-coli-stam ontwikkeld hebben die ze niet octrooieerde en die ze beschouwt als "*confidentiële know-how*".
- Volgens de geïntimeerde resulteren de combinatie van de geoctrooieerde modificaties (aan het wild type E.coli) en de confidentiële know-how in een eigen genetisch gemodificeerde E.coli-stam, die, in vergelijking met de in de natuur voorkomende variant, een uitermate efficiënte L-lysine-producent is.
- De eerste appellante, de vennootschap naar vreemd recht HELM AG (hierna aangeduid als "HELM AG"), en tweede appellante de nv HELM BENELUX (hierna aangeduid als "HELM nv"), (hierna gezamenlijk aangeduid als "HELM") maken deel uit van een internationale groep actief op het vlak van nationale en regionale distributie. HELM AG verdeelt vooral industriële chemicaliën en farmaceutische grondstoffen. HELM nv neemt activiteiten van HELM AG in de Benelux waar. Sinds 2005 verkoopt HELM AG ook lysine van "GBT" (zie hierna).
- De derde appellante, de vennootschap naar vreemd recht Global Bio-Chem Technology Group Co. Ltd. (hierna "Global" genoemd) produceert en verkoopt een ruim assortiment aan producten, waaronder aminozuren. Sedert het voorjaar van 2005 produceert zij eveneens lysine met behulp van een gemuteerde stam van de E.coli-bacterie, waar ze dit voorheen deed met de Coryne-bacterie zoals gebruikelijk was in de sector.
De derde appellante is de moedervenootschap van de zogenaamde GBT-groep.
- De vierde appellante, de vennootschap naar vreemd recht Bio-Chem Technology (HK) Ltd. is betrokken bij de marketing en verkoop van de

producten van de GBT-groep. De vennootschappen naar vreemd recht Changchun Dacheng Bio-Chem Engineering Development Co. Ltd., de vijfde appellante, en Changchun Dahe Bio Technology Development Co. Ltd., de zesde appellante, zijn producenten van lysine.

De derde tot de zesde appellante worden hierna aangeduid als "GBT".

- De vennootschap naar vreemd recht Globe Fine Chemicals Holland bv (hierna aangeduid als "GFC"), de zevende appellante, is een klant van HELM AG.
- De bvba Oostvogels Logistics, de vennootschap naar vreemd recht bv Oostvogels Groep, de vennootschap naar vreemd recht Oostvogels Logistics bv, de vennootschap naar vreemd recht Oostvogels Transporten bv, de vennootschap naar vreemd recht Oostvogels Douane-Expediteurs bv en de vennootschap naar vreemd recht Oostvogels Distributie bv, de achtste tot de dertiende appellante leggen zich toe op transport en logistiek. Zij worden hierna gezamenlijk aangeduid als "OOSTVOGELS".

De eerste tot de dertiende appellante worden samen aangeduid als "GBT+".

- De geïntimeerde liet op 25 maart 2008, op grond van een vermoeden van inbreuk op productconclusie 1 en 11 en werkwijzeconclusie 12 van EP'710, bij Oostvogels te Meer 4.565 ton lysine van GBT en van een andere producent, Golden Corn, in beslag nemen ingevolge een beschikking uitgesproken op eenzijdig verzoekschrift, later bevestigd op derdenverzet en in hoger beroep.

- Productconclusie 1 luidt als volgt:

"1. DNA coderend voor een dihydrodipicolinaatsynthase [verkort: DDPS] afkomstig uit een bacterie behorende tot het genus Escherichia met een mutatie gekozen uit de groep bestaande uit een mutatie ter vervanging van een 81^e alaninerest door een valinerest, een mutatie ter vervanging van een 118^e histidinerest door een tyrosinerest, en een mutatie ter vervanging van een 81^e alinerest door de valinerest en ter vervanging van de 118^e histidinerest door de tyrosinerest, zoals getekend vanaf de N-terminus in een aminozuurfrequentie van dihydrodipicolinaatsynthase zoals gedefinieerd in SEQ ID nr. 3 van de sequence listing.

- Productconclusie 11 luidt als volgt:

"11. Bacterie behorend tot het genus Escherichia die het DNA volgens conclusie 1 bevat."

- Werkwijzeconclusie 12 luidt als volgt:

"12. Werkwijze voor het produceren van L-Lysine omvattende het kweken van een bacterie behorend tot het genus Escherichia volgens

een van de conclusies 2 tot 11 in een geschikt medium."

2. De voorafgaande rechtspleging

2.1. Bij exploitatie van 11 februari 2009 dagvaardt de geïntimeerde de appellanten en de vennootschap naar vreemd recht Lansdowne Chemicals Europe bv, de vennootschap naar vreemd recht Chemtraco bv, de vennootschap naar vreemd recht Provimi bv en de vennootschap naar vreemd recht Shangdong Shougang Juneng Golden Corn Co. Ltd. Deze laatste vier zijn geen partij meer in hoger beroep.

2.2. Het bestreden vonnis van de rechtbank van koophandel te Antwerpen van 11 juni 2010:

- neemt akte van de afstand van vordering vanwege de geïntimeerde ten aanzien van de vennootschap naar vreemd recht Chemtraco bv;
- neemt akte van de afstand van geding vanwege geïntimeerde ten aanzien van de vennootschap naar vreemd recht Provimi bv;
- verklaart de vordering van de geïntimeerde toelaatbaar;
- verklaart de vordering van de geïntimeerde tegen de vennootschap naar vreemd recht Lansdowne Chemicals Europe bv en de vennootschap naar vreemd recht Shangdong Shougang Juneng Golden Corn Co. Ltd. ongegrond;
- verklaart de vordering van de geïntimeerde tegen de appellanten gegrond als volgt:

"1.

Weerhoudt de letterlijke inbreuk op conclusies 1, 11 en 12 van het Belgische luik van EP'710 van de door eerste tot dertiende verweersters (thans de appellanten) gecommmercialiseerde L-lysine, waaronder de hieronder (...) en alsdusdanig de octrooi-inbreuk door vermelde partijen.

Beveelt de staking en het gestaakt houden van bovenvermelde inbreuk, specifiek beperkt tot L-lysine waarvan de DNA samenstelling aangeeft dat de productiewijze binnen de beschermingsomvang van conclusies 1, 11 en 12 van het Belgische luik van EP'710 ressorteert.

2.

Weerhoudt de inbreuk op artikel 94/3 WHPC juncto artikel 3 EG Vo. 1831/2003/EG, alsook de artikelen 3, 7 en 8§3 KB 8 februari 1999 van de bij OOSTVOGELS BVBA in beslag genomen L-lysine-sulfaat (geproduceerd door GBT) op basis van E.coli en gecommmercialiseerd in de EU door HELM AG, waaronder de varianten:

L-lysine-sulphate (65%) zakken 25kg (GBT)

L-lysine-sulphate (65%) big bags 600 kg

Beveelt de staking van het te koop aanbieden, het verkopen, het in voorraad hebben, het importeren en exporteren binnen de EU evenals enig ander gebruik van L-lysine-sulfaat, geproduceerd op basis van E.coli in strijd met artikel 3 EG Vo. 1831/2003/EG, alsook de artikelen

3, 7 en 853 KB 8 februari 1999

Beveelt de vernietiging van overeenkomstig artikel 12 Wet 11 juli 1969 betreffende de bestrijdingsmiddelen en de grondstoffen, van alle in het kader van het beslag inzake namaak dd. 25 maart 2008 in de opslagplaats van OOSTVOGELS LOGISTICS BVBA in beslag genomen L-lysine-sulfaat, in het bijzijn van een gerechtsdeurwaarder die daarvan een behoorlijk PV van vaststelling zal opstellen en dit alles op kosten van eerste tot dertiende verweersters.

3.

Legt bovenvermelde stakingsbevelen op onder onder verbeurte van een dwangsom van € 1.000 per kilogram inbreukmakende L-lysine dat een inbreuk inhoudt op het staken en gestaakt houden van de octrooi- kilogram inbreukmakende L-lysine dat een inbreuk inhoudt op het staken en gestaakt houden van de octrooi-inbreuk op het Belgische grondgebied en/of L.lysine-sulfaat dat wordt te koop aangeboden, verkocht, in voorraad gehouden, geïmporteerd en/of geëxporteerd binnen de EU vanaf het Belgische grondgebied, dit alles te berekenen vanaf de datum van betekening van het tussen te komen vonnis en met een maximum van € 10.000.000. Elke inbreuk kan slechts aanleiding geven tot één dwangsom onafhankelijk ahet specifieke stakingsbevel waaraan geen gevolg werd gegeven. Er wordt een maximumbedrag van € 10.000.000 vooropgesteld.

4.

Beveelt bij toepassing van artikel 19, tweede alinea van het Ger.W., een deskundigenonderzoek.

Benoemt tot deskundige (...)

Veroordeelt eerste tot dertiende verweersters om binnen de vijftien dagen na kennisgeving van huidig vonnis, een voorschot van € 5.000 te consigneren bij de kredietinstelling die partijen gezamenlijk hebben gekozen.

Bepaalt het deel van de geconsigneerde gelden dat wordt vrijgegeven ten einde de kosten van de deskundige te dekken op € 2.500.

5.

Verzendt de vorderingen tot betaling van schadevergoeding (zowel op grond van de octrooi-inbreuk alsmede de inbreuk op de weergegeven reglementering), hoofdelijkheid, publicatie, vernietiging (met uitzondering van deze die betrekking heeft op L-Lysine-sulfaat geproduceerd op basis van E.coli) alsmede de kosten van het geding (en dit t.a.v. alle betrokken partijen) naar de rol voor verdere instaatstelling.

Verwerpt al het andere (en niet hernomen vorderingen) en meergevorderde als ongegrond.

Neemt akte van de tegenvorderingen ingesteld door eerste tot dertiende verweersters.

Verklaart de eisen toelaatbaar doch de erin weergegeven vorderingen ongegrond”.

2.3. De appellanten tekenen tegen dit vonnis hoger beroep aan bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het hof op 30 juli 2010.

De geïntimeerde tekent tegen dit vonnis incidenteel beroep aan bij conclusies neergelegd ter griffie van het hof op 10 december 2010.

3. De standpunten in hoger beroep

3.1. De appellanten vorderen in hun op 30 november 2011 ter griffie neergelegde conclusies:

- het hoofdberoep ontvankelijk en gegrond te verklaren;
- het bestreden vonnis teniet te doen, behalve waarbij de tegenvorderingen ontvankelijk werden verklaard en de hoofdvordering van Ajinomoto wegens gebruik van know-how ongegrond werd verklaard, en opnieuw rechtsprekend;
- de oorspronkelijke tegenvorderingen ingesteld door de appellanten ontvankelijk en gegrond te verklaren en bijgevolg:
 - het Belgisch gedeelte van het Europees octrooi EP 0 733 710 integraal nietig te verklaren overeenkomstig artikel 49 van de wet van 28 maart 1984 op de uitvindingsoctrooien (BOW), en artikel 138 van het Europees Octrooiverdrag;
 - ondergeschikt, conclusies 3 en 7 van het Belgisch gedeelte van het Europees octrooi EP 0 733 710 nietig te verklaren, overeenkomstig de artikelen 49 BOW en 138 van het Europees Octrooiverdrag;
 - te bevelen dat de beslissing tot nietigverklaring zal worden ingeschreven in het Belgisch octrooiregister in toepassing van artikel 74 BOW;
 - als gevolg van de integrale nietigverklaring van het Belgisch gedeelte van het Europees octrooi EP 0 733 710, voor recht te zeggen dat de beschikkingen van 20 en 25 maart 2008, zoals bevestigd op derdenverzet, ophouden uitwerking te hebben en bijgevolg de vrijgave van de in beslag genomen goederen te bevelen;
 - te bevelen dat Ajinomoto wordt opgelegd om de volgende provisionele bedragen ten titel van schadevergoeding te betalen:

1. aan Global Bio-Chem Technology Group Co. Ltd.	
een bedrag van	3.936.911,30 EUR
2. aan Helm AG een bedrag van	25.000,00 EUR
3. aan Helm Benelux nv een bedrag van	10.000,00 EUR
4. aan Globe Fine Chemicals Holland BV een bedrag van	10.000,00 EUR

- de vrijgave te bevelen van de bij de Deposito- en Consignatiekas te Antwerpen betaalde borgsom van 750.000,00 EUR en de intres-ten die zij heeft opgebracht uitsluitend ten gunste van de appellan-ten;
- de publicatie te bevelen van het tussen te komen arrest in twee gespecialiseerde tijdschriften naar keuze van de appellanten, op kosten van Ajinomoto;
- de oorspronkelijke vorderingen ingesteld door Ajinomoto als onge- grond af te wijzen;
- **ondergeschikt** en alvorens een oordeel te vellen over de octrooi- rechtelijke vordering van Ajinomoto, de volgende vragen te verwijzen naar het Hof van Justitie van de Europese Unie:

"1. Moet artikel 9 van Richtlijn 98/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998 betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen, aldus worden uitgelegd dat het geen octrooirechtelijke bescherming verleent in omstandigheden als aan de orde in het hoofdgeding, waarbij:

- a. sprake is van een octrooi met zowel voortbrengselconclusies gericht op DNA (het gemuteerde *dapA* gen) als een werkwijze- conclusie;*
- b. de werkwijzeconclusie betrekking heeft op het gebruik van een gemuteerd *dapA*-gen dat moet worden aangemerkt als geneti- sche informatie in de zin van vorenbedoeld artikel 9, voor het vervaardigen van de stof lysine;*
- c. lysine op zich niet in aanmerking komt voor octrooirechtelijke bescherming door middel van een op die stof gerichte voort- brengselconclusie;*
- d. de beweerde inbreuk betrekking heeft op het binnen het terri- toriaal beschermingsgebied van het betrokken octrooi op de markt brengen van lysine die buiten dat gebied beweerdelijk is verkregen door middel van de geoctrooieerde werkwijze;*
- e. maar die lysine, op het moment van het op de markt brengen ervan, geen sporen meer bevat van het *dapA*-gen in een vorm waarin het de functie uitoefent waarvoor het is geoctrooieerd ?*

2. Moet artikel 9 van Richtlijn 98/44 aldus worden uitgelegd dat het de bescherming die het verleent uitputtend harmoniseert, zodat het eraan in d weg staat dat nationale wetgeving bescherming ver- leent aan een voortbrengsel dat beweerdelijk rechtstreeks is ver- kregen door een geoctrooieerde werkwijze met betrekking tot ge- netische informatie, ongeacht of de in het voortbrengsel aanwezige genetische informatie haar geoctrooieerde functie uitoefent ?"

- **meer ondergeschikt**, indien het hof het bestreden vonnis zou be- vestigen in zoverre het de hoofdvorderingen m.b.t. octrooi-inbreuk en schending van de reglementering m.b.t. de toevoegingsmiddelen voor diervoeding gegrond verklaarde, de opgelegde maatregel als volgt te beperken:

- het bevel tot staking van de beweerdde octrooi-inbreuk te beperken tot L-lysine waarvan de DNA-samenstelling aangeeft dat de productiewijze binnen de beschermingsomvang van de betrokken conclusie(s) van het Belgisch luik van EP'710 ressorteert én tot de Belgische markt;
 - de opgelegde dwangsommen te herleiden naar dwangsommen van in totaal (voor alle beweerdde inbreuken samengenomen) 1,10 EUR per kilo, met een maximum van 200.000,00 EUR;
 - de opdracht van de deskundige te beperken tot de schade door Ajinomoto geleden door producten geproduceerd volgens een werkwijze die binnen de beschermingsomvang van EP'710 valt en waarvoor aangetoond wordt dat deze in België gecommmercialiseerd worden;
 - voor recht te zeggen dat enkel Ajinomoto het voorschot van de kosten van de deskundige dient te betalen;
- het incidenteel beroep van Ajinomoto in al zijn onderdelen als ongegrond af te wijzen;
 - in elk geval, Ajinomoto te veroordelen tot de kosten van beide aanleggen, waaronder 66.000,00 EUR in eerste aanleg, 186,00 EUR rolrechten in hoger beroep en 66.000,00 EUR in graad van beroep;
 - Ajinomoto eveneens te veroordelen tot het betalen van de kosten en erelonen van de octrooigemachtigden van de appellanten, begroot op 153.815,93 EUR, nader te bepalen in de loop van de procedure.

3.2. De geïntimeerde vordert in haar op 31 januari 2012 ter griffie neergelegde conclusies:

- het hoger beroep van de appellanten ontvankelijk doch ongegrond te verklaren;
- het incidenteel beroep van Ajinomoto ontvankelijk en gegrond te verklaren;
- het vonnis a quo te bevestigen, behalve voor wat betreft de volgende punten:

"De geheime know-how:

Het oordeel van de eerste rechter teniet te doen op dit punt en, opnieuw recht sprekend, te oordelen dat de door GBT geproduceerde en door alle GBT+ gecommmercialiseerde L-Lysine, waaronder de varianten "L-Lysine HCL (98%) zakken 25 kg (GBT)", "L-Lysine-sulphate (65%) zakken 25 kg (GBT)", "L-Lysine HCL (98%) big bags 850 kg" en "L-Lysine-sulphate (65%) big bags 600 kg", evenals in enige andere variant, een misbruik van geheime know-how van Ajinomoto inhoudt.

Vervolgens te oordelen dat GBT+ aldus onrechtmatig en in strijd met artikel 94/3 WHPC en artikel 1382 B.W. hebben gehandeld jegens Ajinomoto.

De schending van de geldende productievoorschriften:

Het oordeel van de eerste rechter te bevestigen, met die precisering dat het door GBT geproduceerde lysinesulfaat ook inbreukmakend is onder het KB van 28 juli 2011.

De gevorderde maatregelen:

1. de door de eerste rechter opgelegde dwangsommen over te nemen, doch zonder hier enig plafond aan te koppelen en deze tevens op te leggen voor het geval GBT+ zouden weigeren mee te werken met de aan te stellen deskundige;
2. In afwachting van een definitieve begroting door de aan te stellen gerechtsdeskundige, GBT+, solidair en in solidum minstens de ene bij gebreke aan de andere, te veroordelen tot betaling aan Ajinomoto van een provisionele schadevergoeding wegens inbreuk op EP '710, wegens misbruik van confidentiële know-how en wegens het commercialiseren in de EU en in België van L-Lysine-sulfaat geproduceerd op basis van E.coli, telkens 1.000.000,00 EUR (of een totaal van 3.000.000,00 EUR), te vermeerderen met de gerechtelijke intresten, dit alles onder uitdrukkelijk voorbehoud van vermeerdering en verdere precisering in de loop van het geding;
3. Bevelen dat, in afwachting van een definitieve begroting van de schade van Ajinomoto, gedurende een periode van 60 dagen te rekenen vanaf drie werkdagen na de betekening van het tussen te komen arrest, een samenvatting van dit arrest wordt aangeplakt zowel buiten als binnen de inrichtingen van GBT+ en ook wordt afgebeeld op de openingspagina van alle websites uitgebaat door GBT+. Verder de publicatie van het integrale vonnis te bevelen in twee internationale dagbladen, twee nationale dagbladen en twee gespecialiseerde tijdschriften voor de veevoederindustrie, dit alles naar keuze van Ajinomoto en op kosten van GBT+;
4. Te preciseren dat de vernietiging van de in beslag genomen L-Lysine moet worden bevolen op kosten van GBT+;
5. Uitdrukkelijk te beslissen dat de Deposito- en Consignatiekas de door Ajinomoto betaalde borgsom van 750.000,00 EUR en de intresten die zij heeft opgebracht op eerste verzoek van Ajinomoto moet vrijgeven;
6. Ondergeschikt, voor het geval Uw Hof zou twijfelen of en hoe artikel 1022 Ger.W. te verzoenen valt met artikel 14 Handhavingsrichtlijn, kan Uw Hof de volgende vraag voorleggen aan het Europees Hof van Justitie:

"Is het systeem van de rechtsplegingsvergoeding uit artikel 1022 Ger. W. principieel in overeenstemming met artikel 14 van Richtlijn 2004/48/EG, nu dit systeem onverkort van toepassing is op geschillen over de handhaving van intellectuele eigendomsrechten en voorziet in een forfaitaire vergoeding die niet steeds toelaat rekening te houden met en een vergoeding kan bieden voor de werkelijk gemaakte advocatenkosten, zelfs al zijn deze laatste "redelijk en evenredig" in de zin van artikel 14?"

3.3. De geïntimeerde vordert in haar op 8 februari 2012 ter zitting neergelegde conclusies: de syntheseconclusies van de appellanten neergelegd ter griffie van het hof op 30 november 2011 uit de debatten te weren.

3.4. Ter terechtzitting van 14 februari 2012 verklaart de geïntimeerde dat:

- zij afstand doet van haar vordering tot wering uit de debatten van de syntheseconclusies van de appellanten neergelegd ter griffie van het hof op 30 november 2011;
- het hof zijn beoordeling wat de inbreuk op het octrooi EP'710 betreft kan beperken tot de werkwijzeconclusie 12.

4. Beoordeling

4.1. De tijdigheid, de regelmatigheid en de toelaatbaarheid van het hoger beroep

Het hof heeft kennis genomen van de door de wet vereiste processtukken, in behoorlijke vorm overgelegd, waaronder het bestreden vonnis, waarvan geen akte van betekening wordt voorgelegd, en stelt vast dat:

- door de appellanten tegen dat vonnis tijdig, regelmatig naar vorm en op ontvankelijke wijze hoger beroep werd aangetekend bij hun op 30 juli 2010 ter griffie van het hof neergelegd verzoekschrift tot hoger beroep;
- door de geïntimeerde tegen dat vonnis tijdig, regelmatig naar vorm en op ontvankelijke wijze incidenteel beroep werd aangetekend bij haar op 10 december 2010 ter griffie van het hof neergelegde conclusies.

4.2. De grond van de betwisting

4.2.1. De geldigheid van het octrooi EP'710

4.2.1.1. De appellanten voeren aan dat het octrooi EP'710 nietig is. De uitvinding zou niet berusten op uitvindingswerkzaamheid (nietigheid op grond van artikel 49 §1.1 B.O.W.). Bovendien zou het onderwerp van EP'710 niet gedekt worden door de inhoud van de octrooiaanvraag (nietigheid op grond van artikel 49 §1.3 B.O.W.).

4.2.1.2. De omstandigheid dat het Europees octrooi aan de geïntimeerde verleend werd na een onderzoek belet niet dat de appellanten de ongeldigheid van het octrooi voor de Belgische rechter aankaarten. De Belgische rechter is, aangaande de geldigheid van het octrooi, evenmin gebonden door beslissingen uitgesproken door buitenlandse rechtbanken. Hij beslist op grond van het nationale recht.

4.2.1.3. Volgens artikel 6 B.O.W. wordt een uitvinding als een resultaat van uitvinderswerkzaamheid aangemerkt indien zij voor een deskundige niet op een voor de hand liggende wijze voortvloeit uit de stand van de techniek. Met andere woorden mag, rekening houdend met de meest nabije stand van de techniek, het voor een deskundige niet vanzelfsprekend zijn geweest om tot een resultaat te komen dat door de conclusie van het octrooi wordt gedekt.

Artikel 5 §2 B.O.W. bepaalt dat de stand van de techniek wordt gevormd door al hetgeen vóór de datum van indiening van de octrooiaanvraag openbaar toegankelijk is gemaakt door een schriftelijke of mondelinge beschrijving, door toepassing of op enige andere wijze. Volgens artikel 5 §3 B.O.W. kan als behorend tot de stand van de techniek tevens worden aangemerkt de inhoud van Belgische octrooiaanvragen en van Europese of internationale octrooiaanvragen, waarbij België wordt aangewezen, zoals die zijn ingediend, waarvan de datum van indiening gelegen is vóór de in §2 genoemde datum en die eerst op of na die datum zijn gepubliceerd.

Er is geen enkele wettelijke grondslag om de appellanten het verbod op te leggen meerdere documenten voor te leggen om de stand van de techniek te bewijzen of om de appellanten te verbieden zich hangende de procedure te beroepen op andere documenten om de stand van de techniek aan te tonen.

4.2.1.4. De B.O.W. definieert het begrip "*deskundige*" uit artikel 6 B.O.W. niet. Het dient dan ook in zijn gangbare taalkundige betekenis te worden gebruikt. Van Dale (uitgave 2009) omschrijft de deskundige als iemand die door beroep of studie in het bijzonder bevoegd is tot het beoordelen van een zaak. Er is geen grond om de "*deskundige*" uit artikel 6 te beperken tot de deskundige "*in een academische omgeving*", dan wel tot de deskundige in een "*commerciële/industriële omgeving*".

De partijen zijn het erover eens dat de "*deskundige*" uit artikel 6 in voorliggend geval een vakman uit de biotechnologie is.

4.2.1.5. De appellanten zijn van oordeel dat ze aan de hand van verwijzingen naar wetenschappelijke werken niet alleen de stand van de techniek aantonen, maar ook aantonen dat het voorwerp van het octrooi EP'710 van de geïntimeerde op een voor de hand liggende wijze voortvloeit uit deze stand van de techniek.

De appellanten worden daarin tegengesproken door de geïntimeerde. Zij betwist dat FR A 2 511 032 (één van de twee belangrijkste door de

appellanten aangehaalde voorbekendheden om de stand van de techniek te bewijzen) de meest nabije stand van de techniek uitmaakt. Wat Oh (de andere door de appellanten aangehaalde belangrijkste voorbekendheid) betreft, stelt ze dat deze publicatie de vakman eerder ontmoedigt dan aanmoedigt om de door haar gekozen weg in te slaan. De publicatie van Oh zou dan ook haar standpunt dat de uitvinding gelet op de stand van de techniek niet voor de hand liggend is, bevestigen. Ook de overige wetenschappelijke werken waarop de appellanten zich beroepen om in combinatie met de eerder aangehaalde voorbekendheden de actuele stand van de techniek, dan wel het voor de hand liggend karakter van de uitvinding aan te tonen, zouden daarin volgens de geïntimeerde falen.

4.2.1.6. Het hof oordeelt dat er, gelet op de tegenstrijdige standpunten van de partijen afgeleid uit dezelfde documenten, aanleiding toe bestaat een deskundige de opdracht te geven de nodige feitelijke elementen te verzamelen om het hof in staat te stellen de stand van de techniek en het voor de hand liggend karakter van de uitvinding te beoordelen.

De opdracht van de deskundige wordt hierna omschreven.

4.2.1.7. Artikel 49 §3 B.O.W. bepaalt dat een octrooi wordt nietig verklaard door de rechtbank:

“indien het onderwerp van het octrooi niet gedekt wordt door de inhoud van de octrooiaanvraag zoals die is ingediend, of door de inhoud van de oorspronkelijke aanvraag zoals die is ingediend indien het octrooi is verleend op een afgesplitste aanvraag”.

4.2.1.8. De appellanten stellen dat het onderwerp van E'710 niet volledig gedekt wordt door de inhoud van de door de geïntimeerde ingediende octrooiaanvraag.

Eerst en vooral voeren ze aan dat conclusie 6 van de oorspronkelijke octrooiaanvraag zou aangeven dat het AKIII-enzym door mutatie moet worden ongevoelig gemaakt, terwijl de corresponderende conclusie 3 van de uiteindelijk verleende versie van EP'710 niet zou aangeven hoe het AKIII-enzym ongevoelig wordt gemaakt voor remming door lysine via terugkoppeling en dus de mogelijkheid openlaat om een andere methode te gebruiken om het AKIII-enzym ongevoelig te maken.

De geïntimeerde voert hiertegen aan dat de beschrijving van de oorspronkelijke octrooiaanvraag op haar pagina's 6 en 8 de basis zou vormen voor conclusie 3. De octrooiaanvraag zoals ingediend zou tot gevolg hebben dat ook AKIII dat niet door mutatie verkregen is, tot de uitvinding behoort.

De appellanten betwisten dit. De beschrijving op de pagina's 6 en 8 van de oorspronkelijke octrooiaanvraag zou volgens hen geen voorbeeld bevatten van een wild type aspartokinase dat van nature ongevoelig is voor het zelfregulerend remmingsmechanisme. Ook zou de aanvraag niet als zodanig beschrijven dat het om een wild type aspartokinase van E.coli moet gaan, terwijl de uiteindelijk verleende versie zou eisen dat het wild

type aspartokinase van E.coli afkomstig moet zijn.

Vervolgens stellen de appellanten dat conclusie 10 van de oorspronkelijke octrooiaanvraag zou beperkt geweest zijn tot de aanwezigheid van het diaminopimelaatdehydrogenase-gen ("DDH-gen") van Coryneforme bacteriën, terwijl de corresponderende conclusie 7 van de verleende versie van EP'710 niet aangeeft dat het DDH-gen van Coryneforme bacteriën afkomstig moet zijn en dus de mogelijkheid openlaat om een DDH-gen van andere bacteriën te gebruiken. Door de beperking tot Coryneforme bacteriën weg te laten in de verleende conclusies zou er een ontoelaatbare (en onwettige) uitbreiding van materie plaatsgevonden hebben.

De geïntimeerde voert hiertegen aan dat de beschrijving in de oorspronkelijke octrooiaanvraag (pagina 10, r. 6-24 en pagina 34, r. 14-25) een uitgebreide discussie bevat van deze uitvoeringsvorm van de uitvinding. Deze discussie zou het voor de vakman direct duidelijk maken dat die uitvoeringsvorm niet is beperkt tot het gebruik van DDH van Corynebacterium en dat ook DDH van andere bacteriën kan gebruikt worden.

Tot slot laten de appellanten gelden dat door een aanpassing van de oorspronkelijke octrooiaanvraag door het EOB op ongeoorloofde wijze materie werd toegevoegd.

De oorspronkelijke octrooiaanvraag bepaalde de mutaties in het dapA-gen op posities 487 en 597 van de nucleotidesequentie van het voor DDPS coderende dapA-gen. Deze sequentie werd experimenteel bepaald (pagina 52, r. 26 – pagina 53, r. 5). Hieruit werden afwijkende aminozuren op posities 81 en 118 beschreven.

Echter komen deze aminozuurposities niet overeen met genoemde nucleotideposities. Op basis van de experimenteel vastgestelde nucleotideposities zouden de daardoor in het DDPS-enzym gevormde mutaties op aminozuurniveau moeten liggen in posities 72 en 109. Het EOB verleende het octrooi met vermelding van de correcte posities.

Volgens de geïntimeerde gaat het hier over de correctie van een evidente vergissing: de vakman die geconfronteerd wordt met de oorspronkelijke octrooiaanvraag zou onmiddellijk en ondubbelzinnig zien dat het om een vergissing gaat en zou de correctie ook direct en ondubbelzinnig erkennen. De appellanten bestrijden dit.

Ook wat het voorgaande betreft oordeelt het hof dat gespecialiseerd advies vereist is overeenkomstig de opdracht zoals hierna bepaald.

4.2.2. De know-how

4.2.2.1. De geïntimeerde voert aan dat de appellanten zich schuldig zouden maken aan onrechtmatig gebruik van haar geheime know-how.

Zij stelt dat zij diverse modificaties aan het wild type E.coli ontwikkelde die niet allemaal in EP'710 onthuld werden maar die zouden bijdragen tot een verbeterde lysine-productie. Kennis van de relevante octrooien zou niet volstaan om haar E.coli-stam op een identieke wijze te reproduceren. Volgens de geïntimeerde blijkt uit de rapporten van TNO en Medi-

genomix dat de onderzochte lysine van GBT een identieke gensequentie heeft als haar bacteriële stam. Dit zou enkel het gevolg kunnen zijn van het gebruik van haar stam door de appellanten voor de productie van de betreffende lysine.

Volgens de geïntimeerde zou de *"ontvreemding van de confidentiële know-how, de vervaardiging van producten op basis van deze know-how en de verhandeling van die producten"* onrechtmatig gebruik van haar geheime know-how uitmaken.

4.2.2.2. De appellanten voeren daartegen aan dat:

- de geïntimeerde ten onrechte het voorwerp van de bescherming van know-how tracht uit te breiden naar producten vervaardigd door middel van gebruik van de vermeende know-how;
- zij geen gebruik maken van de vermeende geheime informatie van de geïntimeerde in België;
- de geïntimeerde niet aantoont dat de vermeende know-how door GBT zou zijn gestolen, noch dat zij wetenschap van enige onrechtmatige verkrijging zou hebben gehad, laat staan aangewend om haar lysine te produceren;
- het bewijs niet voorligt dat de door GBT gebruikte bacteriële stam en deze van de geïntimeerde identiek zijn.

4.2.2.3. Het hof stelt vast dat de partijen het er, en dit terecht, over eens zijn dat:

- know-how in België niet wordt beschermd als intellectueel recht;
- bescherming aan know-how enkel wordt geboden via de toepassing van artikel 1382 B.W. en artikel 95 van de wet betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, WMPC genaamd, voorheen de wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, wegens oneerlijke mededinging;
- deze regels moeten worden geïnterpreteerd in het licht van artikel 39.2 van het TRIPPS-verdrag.

4.2.2.4. Artikel 39 van het TRIPPS-verdrag luidt als volgt:

"Natuurlijke en rechtspersonen hebben de mogelijkheid te beletten dat informatie waarover zij rechtmatig beschikken zonder hun toestemming wordt openbaar gemaakt aan, verworven door of gebruikt door anderen op een wijze die strijdig is met de eerlijke handelsgebruiken, zolang deze informatie:

(a) geheim is in de zin dat zij, globaal dan wel in de juiste samenstelling en ordening van de bestanddelen, niet algemeen bekend is bij of gemakkelijk toegankelijk voor personen binnen de kringen die zich gewoonlijk

bezighouden met de desbetreffende informatie;

(b) handelswaarde bezit omdat zij geheim is; en

(c) is onderworpen aan, gezien de omstandigheden, redelijke maatregelen door de persoon die rechtmatig over de informatie beschikt, om deze geheim te houden"

Het TRIPPS-verdrag bepaalt verder dat onder "een wijze die strijdig is met eerlijke handelsgebruiken" moet worden verstaan: "ten minste gedragingen zoals contractbreuk, misbruik van vertrouwen en aansporing tot overtreding [...] en verwerving van niet openbaar gemaakte informatie door derden die wisten of ernstig nalatig waren doordat zij niet wisten, dat van zulke praktijken gebruik werd gemaakt bij de verwerving".

4.2.2.5. Net zoals de eerste rechter oordeelt het hof dat de bescherming van de know-how zich niet uitstrekt tot het product tot stand gebracht door middel van de know-how. Hiervoor is geen rechtsgrond voorhanden. Artikel 26 lid 2 van de Octrooiwet dat bepaalt dat indien een octrooi is verleend aan een werkwijze, de aan dit octrooi verbonden rechten zich ook uitstrekken tot de voortbrengselen, kan niet naar analogie worden toegepast op know-how.

4.2.2.6. Krachtens artikel 870 Ger. W. rust op de geïntimeerde de bewijslast van de beweerde inbreuk op haar know-how door de appellanten.

Zij dient bijgevolg haar bewering dat GBT gebruik maakte van haar beschermde know-how, terwijl ze wist of behoorde te weten dat deze op onrechtmatige wijze werd verworven, te bewijzen.

4.2.2.7. De geïntimeerde omschrijft de know-how waarvan zij bescherming verlangt als "het geheel van technische kennis die nodig is om deze manipulaties (manipulaties om van E.coli de meest efficiënte lysineproducent te maken) te begrijpen en uit te voeren", alsook de "Ajinomoto stam op zichzelf". Het gebruik van de "Ajinomoto stam" zou het bewijs leveren van het gebruik van haar geheime know-how.

Samen met de appellanten moet het hof vaststellen dat de geïntimeerde faalt het bewijs te leveren dat GBT de "Ajinomoto stam" en bijgevolg (in de gedachtegang van de geïntimeerde) de geheime know-how van de geïntimeerde gebruikt. De door de geïntimeerde te dien einde overgelegde rapporten kunnen niet als bewijs worden aanvaard. Het zijn eenzijdig op verzoek van de geïntimeerde opgestelde rapporten waarvan de resultaten op gefundeerde wijze worden tegengesproken door de appellanten. Objectief bewijs dat GBT de "Ajinomoto stam" gebruikt ligt niet voor.

Het hof besluit dat er geen grond is om de appellanten bij toepassing van artikel 1382 B.W., dan wel artikel 95 WMPC, te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding aan de geïntimeerde.

4.2.3. De schending van verordening 1831/2003/EG en het KB van 8 februari 1999

4.2.3.1. De geïntimeerde verwijt de appellanten tot slot een inbreuk op de Verordening (EG) nr. 1831/2003 betreffende toevoegingsmiddelen voor diervoeding en op het Koninklijk Besluit van 8 februari 1999 betreffende de handel en het gebruik van producten die bestemd zijn voor het voederen van dieren, dit wegens het gebruiken of in de handel brengen van lysine-sulfaat geproduceerd op basis van de *E.coli*-bacterie.

Meer in het bijzonder beroept de geïntimeerde zich op artikel 3, §1, a, van de Verordening (EG) nr. 1831/2003 dat bepaalt dat niemand een toevoegingsmiddel in de handel mag brengen, gebruiken of verwerken, tenzij daarvoor een voorafgaandelijke vergunning werd verleend en op artikel 3, 7 en 8 §3, van het Koninklijk Besluit van 8 februari 1999 dat bepaalt dat het verboden is een voor dierlijke voeding bestemde stof te verhandelen of te gebruiken die een toevoegingsmiddel bevat dat niet werd toegelaten overeenkomstig Verordening 1831/2003.

4.2.3.2. Het hof stelt vast dat in 2005 (en ook nu nog – waarover hierna meer) enkel L-lysine-sulfaat geproduceerd via gisting met het *Corynebacterium glutamicum* werd toegelaten door Verordening 1831/2003 en dat dit niet het geval was voor L-lysine-sulfaat geproduceerd op basis van de *E.coli*-bacterie.

4.2.3.3. De appellanten merken op dat het Koninklijk Besluit van 8 februari 1999 sinds 1 september 2011 door artikel 7 van het Koninklijk Besluit van 28 juni 2011 betreffende het in de handel brengen en het gebruik van diervoeders (*B.S.*, 22 augustus 2011) opgeheven werd. Dit neemt evenwel niet weg dat de bepalingen van het Koninklijk Besluit moesten worden nageleefd tot op het ogenblik van de opheffing ervan.

Bovendien bepaalt tegenwoordig het Koninklijk Besluit van 28 juni 2011 betreffende het in de handel brengen en het gebruik van diervoeders in haar artikel 4 §1 dat de minister, in toepassing van artikel 10, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1831/2003, bepaalt welke toevoegingsmiddelen mogen worden in de handel gebracht, alsmede hun gebruiksvoorwaarden. In het Ministerieel Besluit van 28 juni 2011 tot wijziging van het Ministerieel Besluit van 12 februari 1999 betreffende de handel en het gebruik van producten die bestemd zijn voor het voederen van dieren, is L-lysine-sulfaat geproduceerd op basis van *E.coli*-bacteriën niet opgenomen in de lijst van toegelaten producten.

Uit het voorgaande volgt dat in 2005 het in de handel brengen, verwerken of gebruiken van L-lysine-sulfaat geproduceerd met behulp van de *E.coli*-bacterie onwettelijk was en dat het in de handel brengen, verwerken of gebruiken van dergelijk L-lysine-sulfaat tot op heden nog steeds niet toegelaten is.

4.2.3.4. Onterecht voeren de appellanten aan dat het Koninklijk Besluit van 8 februari 1999 desalniettemin niet van toepassing zou zijn aangezien artikel 2, 2° van dit Koninklijk Besluit een uitzondering zou voorzien

voor goederen in transit.

De tekst van deze uitzondering luidt als volgt:

"De bepalingen van dit besluit zijn van toepassing op de producten die bestemd zijn voor het voederen van dieren, met uitzondering van:

1° (...)

2° de producten in doorvoer of bestemd voor uitvoer, behalve voor wat de bepalingen van artikel 3 en van artikel 34, 2^e lid, betreft, voor zover de zendingen vergezeld zijn van bewijsstukken of, indien de producten zich in fabrieken, bereidingsplaatsen, magazijnen, opslagplaatsen of pakhuizen bevinden, bij de producten een duidelijk zichtbaar bordje is geplaatst met de vermelding "Uitvoer" en de eigenaar of de houder ervan door middel van afdoende documenten ten laatste op het tijdstip der levering het bewijs van deze bestemming kan leveren."

Op de appellanten, die zich beroepen op de uitzondering van artikel 2, 2^o van voormeld Koninklijk Besluit, berust het bewijs dat aan de toepassingsvoorwaarden ervan is voldaan. Dit houdt in de eerste plaats het bewijs in dat het in beslag genomen L-lysine-sulfaat in doorvoer was of bestemd voor uitvoer.

Het hof kan niet anders dan vaststellen dat een dergelijk bewijs niet voorligt. De appellanten brengen geen enkel bewijskrachtig document dienaangaande bij. De verklaringen van betrokken en andere partijen waarnaar de appellanten verwijzen hebben geen bewijswaarde. Ze worden tegengesproken door de vaststellingen van de deskundigen in het kader van het deskundigenonderzoek na het beslag inzake namaak, die, op grond van de stukken, met name de overhandigde stocklijsten, vrachtbrieven en afroepbrieven besluiten dat de lysine in stock werd gehouden *"bij en door Oostvogels Logistics bvba tot er een afroep kwam van de cliënt"* (dit is HELM AG wat het lysine-sulfaat betreft), waarna de goederen werden afgevoerd naar het buitenland (o.a. Duitsland en Spanje wat HELM AG betreft).

Verder stelt het hof vast dat evenmin bewezen is dat in het magazijn bij het in beslag genomen L-lysine-sulfaat een duidelijk zichtbaar bordje was geplaatst met de vermelding *"Uitvoer"*.

Het hof besluit dat het Koninklijk Besluit van 8 februari 1999 wel degelijk van toepassing is.

4.2.3.5. De appellanten betwisten ook onterecht dat niet bewezen is dat het L-lysine-sulfaat werd geproduceerd op basis van E.coli. Dit bewijs wordt geleverd door het deskundigenverslag opgesteld in uitvoering van de beschikking van de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Antwerpen van 20 maart 2008. De experimenten uitgevoerd in het kader van het deskundigenonderzoek toonden aan dat de monsters van het geteste L-lysine-sulfaat (staal 2 en 4) afkomstig waren van een fermentatieproces met E.coli-bacterie. De appellanten brengen geen objectieve gegevens bij die doen twifelen aan de juistheid van de experimenten en aan de besluiten van de deskundigen in dat verband. Dat er slechts enkele sta-

len van de betrokken lysine werden getest en niet werd gezocht naar andere bacteriën is in dit verband niet relevant. Bewezen is dat het betrokken L-lysine-sulfaat geproduceerd werd op basis van E.coli.

4.2.3.6. Uit het voorgaande volgt dat een inbreuk op de Verordening (EG) nr. 1831/2003 en op het Koninklijk Besluit van 8 februari 1999 bewezen is. Deze inbreuk maakt een fout uit in de zin van artikel 1382 B.W. Deze fout geeft aanleiding tot schadeloosstelling van de geïntimeerde voor zover zij bewijst dat er tussen de beweerdelijk door haar geleden schade en de fout een oorzakelijk verband bestaat.

De geïntimeerde omschrijft deze schade als volgt:

“Ingevolge dit negeren van de betrokken productvoorschriften loop Ajinomoto schade op. Immers, de gemuteerde E. coli-stam van Ajinomoto gebruikt door GBT is een veel efficiëntere L-Lysine-sulfaat producent dan de Coryne-bacterie voorgeschreven door de EU en Belgische regels. GBT is aldus in staat om L-Lysine-sulfaat bestemd voor de EU en België te produceren met minder grondstoffen en bijgevolg veel goedkoper dan Ajinomoto. Dit laat GBT toe om lagere verkoopprijzen te hanteren, zelfs lager dan deze van Ajinomoto, en desalniettemin meer winst te maken dan Ajinomoto. In andere woorden, door deze regels aan haar laars te lappen, vervalst GBT de mededinging waarvan Ajinomoto het slachtoffer is.”

De door de geïntimeerde aangevoerde schade betreft bijgevolg het door haar geleden verlies ingevolge de verboden invoer.

De geïntimeerde begroot haar schade op 1.000.000,00 EUR provisioneel en vraagt de aanstelling van een deskundige.

4.2.3.7. De appellanten voeren aan dat de geïntimeerde geen schade bewijst die in oorzakelijk verband staat met de inbreuk. Het in beslag genomen lysine-sulfaat zou slechts bestemd zijn voor uit- en doorvoer naar het buitenland. De rechten van de geïntimeerde zouden niet zijn aangetast.

4.2.3.8. Het hof stelt vast dat de geïntimeerde niet betwist dat het in beslag genomen lysine-sulfaat beperkt houdbaar was en verviel in 2009. Het betrokken lysine-sulfaat heeft de markt bijgevolg niet bereikt en zal de markt niet meer bereiken. De geïntimeerde kan dan ook geen verlies hebben geleden door de inbreuk.

Andere specifieke schade ten gevolge van voormelde inbreuk wordt niet bewezen.

Er is geen reden om een deskundige aan te stellen.

4.2.3.9. De eerste rechter heeft terecht bevolen dat aan de betwiste handeling een einde moet worden gesteld onder verbeurte van een dwangsom. Deze maatregel dient als prikkel om de inbreukmaker ertoe aan te zetten zich naar het bevel te schikken.

Het hof ziet geen reden om de opgelegde dwangsom te beperken en

evenmin om het opgelegde maximum te verlagen zoals gevorderd door appellanten, dan wel het opgelegde maximum te verhogen zoals gevorderd door de geïntimeerde. Gelet op de tussengekomen wijziging van regelgeving wordt het beschikkend gedeelte van het bestreden vonnis aangepast zoals hierna bepaald. Het bevel dient evenwel beperkt tot diegene die de inbreuk heeft gepleegd waarover hierna meer.

4.2.3.10. Ook terecht heeft de eerste rechter de vernietiging van het betrokken lysine-sulfaat bevolen. Artikel 12, lid 1 van de wet van 11 juli 1969 betreffende de bestrijdingsmiddelen en de grondstoffen, waarnaar artikel 40 van het Koninklijk Besluit van 8 februari 1999 verwijst, verplicht de rechtbank hiertoe. Ook de vernietiging kan enkel worden uitgesproken ten laste van de inbreukpleger.

4.2.3.11. De vernietiging dient in toepassing van voormeld artikel te gebeuren ten koste van de veroordeelde. De veroordeelde is diegene die de inbreuk heeft gepleegd, te weten diegene die zich schuldig maakte aan het *"in de handel brengen, gebruiken of verwerken"*. Het feit dat alle appellanten voordeel zouden halen uit het betrokken L-lysine-sulfaat volstaat niet om de kosten van de vernietiging te hunnen laste uit te spreken, zoals door de geïntimeerde gevorderd.

Hoofdstuk 1, artikel 1, 21^o van het Koninklijk Besluit van 8 februari 1999 definieert het *"in het verkeer brengen of het verkeer"* als volgt: *"het in het bezit hebben van producten die bestemd zijn voor het voederen van dieren, met het oog op de verkoop, met inbegrip van het aanbieden, of enige andere vorm van al dan niet gratis overdracht aan derden, alsmede de verkoop en andere vormen van overdracht zelf."*

Het deskundigenverslag levert, op grond van de door de deskundigen onderzochte stukken, het bewijs dat het betrokken L-lysine-sulfaat eigendom is van Helm AG, dat ze in stock werd gehouden bij Oostvogels Logistics bvba op verzoek van Oostvogels Logistics BV en dit met het oog op de verkoop ervan. Helm AG, Oostvogels Logistics bvba en Oostvogels Logistics BV worden dan ook geacht het lysine-sulfaat in het bezit te hebben gehad met het oog op de verkoop ervan. Zij hebben zich bijgevolg schuldig gemaakt aan het in de handel brengen ervan. Zij dienen de kosten van de vernietiging te dragen. Wat de overige appellanten betreft ligt geen bewijs van een inbreuk voor.

4.2.3.12. Het hof gaat niet in op de vordering van de geïntimeerde tot bekendmaking van huidig arrest wegens voorgaande inbreuk. Een publicatiemaatregel strekt ertoe geleden schade te herstellen. Zoals hiervoor geoordeeld is schade niet bewezen.

5. Beslissing

Het hof beslist bij arrest op tegenspraak.

De rechtspleging verliep in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de taal in gerechtszaken.

Het hof verklaart het hoger beroep en het incidenteel beroep ontvankelijk en gegrond als volgt:

Alvorens te oordelen over de grond van de tegenvordering van de appellanten tot nietigverklaring van octrooi EP'710:

Stelt aan als college van deskundigen:

- **dr. Annie VAN BROEKHOVEN**, professor in de biotechnologie, Q-Biologicals, Technologiepark 4 te 9052 Zwijnaarde (gsm: 0475/96 60 70 en e-mail: annie.vanbroekhoven@q-biologicals.be);
- **Dirk CARREZ**, managing director van Clever Consult, Beekstraat 21 te 1861 Meise (tel.: 02/270 55 34, gsm: 0473/73 65 28 en e-mail: d.carrez@hotmail.com);
- **Koen VANHALST**, Europees octrooigemachtigde, CVBA De Clercq & Partners, Edgard Gevaertdreef 10a (tel.: 09/280 23 40, fax: 09/280 23 45 en e-mail: koen.vanhalst@dcp-ip.com).

Gelast deze deskundigen:

- 1) in het algemeen de feitelijke elementen te verzamelen die het hof moeten toelaten te oordelen of het Europees octrooi van de geïntimeerde EP'710 van uitvinderswerkzaamheid getuigt.
- 2) inzonderheid:
 - 2.1) een technisch advies te verschaffen over de stand van de techniek op de prioriteitsdatum van EP'710 (8 december 1993) in de productie van lysine via een fermentatiewerkwijze waarbij een microbenstam die uit zijn natuurlijke omgeving is afgezonderd of een kunstmatige mutante stam die uit een dergelijke microbenstam is verkregen wordt gebruikt teneinde de productiviteit te vermeerderen;
 - 2.2) een technisch advies te verschaffen over de vraag welke stappen de vakman diende te ondernemen om tot de geoctrooieerde vinding te komen en in welke mate de vakman op de prioriteitsdatum een reden had om in die richting stappen te ondernemen;
- 3) in het algemeen de feitelijke elementen te verzamelen die het hof moeten toelaten te oordelen of er tegenover de oorspronkelijke octrooiaanvraag van de geïntimeerde materie werd toegevoegd;
- 4) inzonderheid opgave te doen van de gelijkenissen/verschillen tussen de oorspronkelijke octrooiconclusies en de corresponderende conclusies van het uiteindelijk verleend octrooi en de gelijkenissen/verschillen tussen de beschrijving van de oorspronkelijke octrooiaanvraag en de conclusies van het uiteindelijk verleend octrooi in zoverre deze betrekking hebben op hetgeen onder 4.2.1.8. wordt uiteengezet;
- 5) verder alle nuttige informatie te verstrekken betreffende de techni-

sche aspecten die voor het hof relevant zijn om de geldigheid van het door de geïntimeerde ingeroepen Europees octrooi te kunnen beoordelen;

dit alles met inachtneming van de bepalingen van de artikelen 962 tot 991bis Ger. W., hetgeen onder meer inhoudt dat:

- alle verrichtingen tegensprekelijk dienen te gebeuren en alle partijen dienen opgeroepen te worden om daaraan deel te nemen, tenzij de partijen hem hiervan uitdrukkelijk zouden vrijstellen, gelet op het uiterst technische karakter van sommige verrichtingen;
- een eventuele verzoening tussen de partijen schriftelijk wordt vastgelegd en samen met de staat van kosten en erelonen ter griffie van dit hof wordt neergelegd;
- een voorverslag, omvattende alle elementen van de besluitvorming én een ontwerp van besluiten, zal dienen opgemaakt te worden, dat aan alle partijen in voorlezing dient verstuurd te worden, met redelijke termijn voor het formuleren van opmerkingen;
- indien na ontvangst van de opmerkingen, nieuwe verrichtingen onontbeerlijk zijn, het college van deskundigen daarom verzoekt conform artikel 973 §2 Ger. W.;
- het eindverslag elke tijdige opmerking van de partijen, geformuleerd na de toezending van het voorverslag, dient te beantwoorden.

Zegt verder dat dit arrest door de griffier bij dit hof binnen de vijf dagen bij gerechtsbrief ter kennis zal worden gebracht aan de deskundigen en per gewone brief aan de partijen en hun raadslieden.

Zegt dat de deskundigen over een termijn van acht dagen na de kennisgeving van dit arrest zullen beschikken om desgewenst de opdracht met behoorlijk omklede redenen te weigeren.

Zegt dat verder als volgt dient te worden gehandeld, dit vanaf punt 2. na voorafgaand contact met de voormelde deskundigen:

1. het college van deskundigen zal, na de kennisgeving overeenkomstig het tweede lid van artikel 972 §1 Ger. W. of, in voorkomend geval, na kennisgeving van de consignatie van het voorschot overeenkomstig artikel 987 Ger. W., binnen de vijftien dagen zelf de plaats, de dag, en het uur bepalen waarop hij zijn werkzaamheden zal aanvangen en zal dit per aangetekende brief meedelen aan de partijen en per gewone brief aan hun raadslieden, tenzij hij door de partijen wordt vrijgesteld van de verplichting om per aangetekende post te corresponderen;
2. het college van deskundigen zal het detail van zijn ereloon en kosten meedelen bij de aanvaarding van zijn opdracht;

3. het bedrag van het voorschot dat door de appellanten binnen de maand te rekenen vanaf heden ter griffie dient te worden geconsigneerd op het rekeningnummer IBAN BE46 6792 0091 0036 – BIC PCHQBEBB met referentie van het rolnummer van de zaak en de naam van de partij voor wie de provisie wordt betaald, of bij een kredietinstelling die de partijen gezamenlijk hebben gekozen, wordt bepaald op 10.000 EUR (exclusief btw);
4. er wordt bevolen dat de partij die de gelden geconsigneerd heeft, hiervan onmiddellijk een bewijs van betaling aan het college van deskundigen dient te bezorgen;
5. het redelijk deel van voormeld voorschot dat kan worden vrijgegeven aan het college van deskundigen, wordt bepaald op 5.000 EUR (exclusief btw), ambtshalve door de griffier bij dit hof over te maken aan de deskundige indien het voorschot geconsigneerd is ter griffie van dit hof;
6. aan de instelling waar de gelden geconsigneerd zijn, wordt bevolen een bedrag van 5.000 EUR (exclusief btw), vrij te geven aan het college van deskundigen ter dekking van zijn kosten;
7. deze vrijgave wordt bevolen binnen de vijftien dagen na de consignatie;
8. het college van deskundigen wordt bevolen een afzonderlijke en ondertekende staat van kosten en ereloon neer te leggen, waarin afzonderlijk wordt vermeld:
 - uurloon
 - verplaatsingskosten
 - verblijfskosten
 - algemene kosten
 - bedragen die aan derden zijn betaald
 - verrekening van de vrijgegeven bedragen
9. de termijn voor het neerleggen van het eindverslag wordt bepaald op **zes maanden** te rekenen vanaf de datum waarop het college van deskundigen zijn werkzaamheden zal hebben aangevat, onverminderd artikel 974 §2 Ger. W. (*"de deskundige kan zich daartoe vóór het verstrijken van die termijn tot de rechter wenden met opgave van de redenen waarom de termijn zou moeten worden verlengd"*).

Zegt dat het het college van deskundigen toekomt het hof in kennis te stellen van het verloop van het onderzoek zoals bepaald is in artikel 972bis Ger. W.

Zegt dat het het college van deskundigen verboden is een rechtstreekse betaling van een partij in het geding te aanvaarden (artikel 509quater S.W.: *"Met gevangenisstraf van acht dagen tot drie maanden en met geldboete van tweehonderd euro tot vijftienhonderd euro of met een van die straffen alleen wordt gestraft de deskundige die, wetende dat een*

rechtstreekse betaling niet toegelaten is, deze toch aanvaardt van een partij in het geding”).

Het hof bevestigt het bestreden vonnis in zoverre het de vordering van de geïntimeerde wegens een beweerde inbreuk op haar know-how ongegrond verklaart.

Het hof hervormt het bestreden vonnis in zoverre het een inbreuk van de tweede tot de zevende appellante, de negende, de elfde tot de dertiende appellante op artikel 94/3 van de Wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument juncto artikel 3 EG Vo 1831/2003/EG, alsook de artikelen 3, 7 en 8 §3 van het Koninklijk Besluit van 8 februari 1999 van het in beslag genomen L-lysine-sulfaat op basis van E.coli vaststelt, hen een bevel tot staking en een bevel tot vernietiging van het betrokken L-lysine-sulfaat op hun kosten oplegt.

Het hof verklaart de vordering van de geïntimeerde tegen hen dienaangaande gericht ongegrond.

Het hof bevestigt het bestreden vonnis in zoverre het de inbreuk van de eerste, de achtste en de tiende appellante op artikel 94/3 van de wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument juncto artikel 3 EG Vo 1831/2003/EG, alsook de artikelen 3, 7 en 8 §3 van het Koninklijk Besluit van 8 februari 1999 van het in beslag genomen L-lysine-sulfaat op basis van E.coli vaststelt.

Het hof bevestigt het bevel tot staking ten laste van de eerste, de zevende en de tiende appellante van het te koop aanbieden, het verkopen, het in voorraad hebben, het importeren en exporteren binnen de EU evenals enig ander gebruik van L-lysine-sulfaat, geproduceerd op basis van E.coli in strijd met artikel 3 EG Vo 1831/2003/EG, alsook met het artikel 4 van het Koninklijk Besluit van 28 juni 2011 betreffende het in de handel brengen en het gebruik van diervoeders.

Het hof bevestigt ten aanzien van de eerste, de zevende en de tiende appellante het bevel tot de vernietiging overeenkomstig artikel 12 van de wet van 11 juli 1969 betreffende de bestrijdingsmiddelen en de grondstoffen, van alle in het kader van het beslag inzake namaak van 25 maart 2008 in de opslagplaats van Oostvogels Logistics bvba in beslag genomen L-lysine-sulfaat, in het bijzijn van een gerechtsdeurwaarder die daarvan een behoorlijk proces-verbaal van vaststelling zal opstellen en dit alles op hun kosten onder verbeurte van een dwangsom van 1.000 EUR per kg inbreukmakende L-lysine-sulfaat dat wordt te koop aangeboden, verkocht, in voorraad gehouden, geïmporteerd en/of geëxporteerd binnen de EU vanaf het Belgisch grondgebied, dit alles te berekenen vanaf de datum van betekening van het tussen te komen vonnis en met een maximum van 10.000.000 EUR.

Het hof verzendt de zaak voor het overige naar de bijzondere rol.

Het hof houdt de beslissing over de kosten aan.

Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van **VIJFTIEN MEI
TWEEDUIZEND TWAALF** door:

M. BAX

voorzitter

M. BLEYENBERGH

raadsheer

R. LYEN

raadsheer

G. VELTMANS

griffier



G. VELTMANS



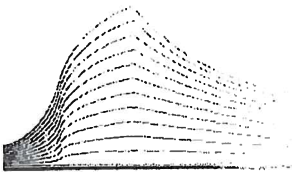
R. LYEN



M. BLEYENBERGH



M. BAX



026955

Repertoriumnummer 2015/ 7691
Datum van uitspraak 14 september 2015
Rolnummer 2010/AR/2481

Uitgifte

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

Niet aan te bieden aan de
ontvanger

Tussenarrest
- Heropening debatten
- Intellectuele eigendom

Hof van beroep Antwerpen

Arrest

eerste kamer
burgerlijke zaken

Aangeboden op
Niet te registreren

COVER 01-00000271256-0001-0020-01-01-1



026956

2010/AR/2481

1. de vennootschap naar Duits recht **HELM AG**, met vennootschapszetel gevestigd in Duitsland, te 20097 Hamburg, Nordkanalstrasse 28;
2. **NV HELM BENELUX**, met vennootschapszetel gevestigd te 1930 Zaventem, Belgicastraat 1 en ingeschreven in de kruispuntbank der ondernemingen onder nr. 0417.709.912;
3. de vennootschap naar buitenlands recht **GLOBAL BIO-CHEM TECHNOLOGY GROUP CO. LTD.**, met vennootschapszetel gevestigd op de Kaaimaneilanden, Century Yard, Cricket Square Hutchins Drive, George town, PO Box 2681 GT;
4. de vennootschap naar buitenlands recht **BIO-CHEM TECHNOLOGY (HK) LTD.**, met vennootschapszetel gevestigd in Hong Kong, Unit 1104, Admiralty Centre, Tower 1, 18 Harcourt Road;
5. de vennootschap naar buitenlands recht **CHANGCHUN DACHENG BIO-CHEM ENGINEERING DEVELOPMENT CO. LTD.**, met vennootschapszetel gevestigd in de volksrepubliek China, Jilin Province, Changchun City, Economic Technology Development Zone, Corn processing Zone, Xihuangcheng Road 886;
6. de vennootschap naar buitenlands recht **CHANGCHUN DAHE BIO TECHNOLOGY DEVELOPMENT CO. LTD.**, met vennootschapszetel gevestigd in de volksrepubliek China, Xihuangcheng Road 28, Corn processing Zone, Economic Technology Development Zone, Changchun City, Jilin Province;
7. de vennootschap naar Nederlands recht **GLOBE FINE CHEMICALS HOLLAND BV**, met vennootschapszetel gevestigd in Nederland, te 3071 AA Rotterdam, Laan op Zuid 196-198;
8. **BVBA OOSTVOGELS LOGISTICS**, met vennootschapszetel gevestigd te 2321 Hoogstraten (Meer), Luxemburgstraat 3 en ingeschreven in de kruispuntbank der ondernemingen onder nr. 0450.857.582;
9. de vennootschap naar Nederlands recht **OOSTVOGELS GROEP BV**, met vennootschapszetel gevestigd in Nederland, te 4836 LG Breda, Hazeldonk 6252-6254;
10. de vennootschap naar Nederlands recht **OOSTVOGELS LOGISTICS BV**, met vennootschapszetel gevestigd in Nederland, te 4836 LG Breda, Hazeldonk 6252-6254;
11. de vennootschap naar Nederlands recht **OOSTVOGELS TRANSPORTEN BV**, met vennootschapszetel gevestigd in Nederland, te 4836 LG Breda, Hazeldonk 6252-6254;
12. de vennootschap naar Nederlands recht **OOSTVOGELS DOUANE-EXPEDITEURS BV**, met vennootschapszetel gevestigd in Nederland, te 4836 LG Breda, Hazeldonk 6252-6254;
13. de vennootschap naar Nederlands recht **OOSTVOGELS DISTRIBUTIE BV**, met vennootschapszetel gevestigd in Nederland, te 4836 LG Breda, Hazeldonk 6252-6254;



appellanten,

120957

alle vertegenwoordigd door mrs. Tanguy De Haan & Florence Verhoestraete, beiden advocaat te 1000 Brussel, Terhulpsessesteenweg 120 (ref.: 75007360 M 4253080 / 2);

tegen het vonnis van de zevende kamer van de rechtbank van koophandel te Antwerpen van 11 juni 2010, aldaar gekend onder nr. A.R. A/08/06919;

tegen:

de vennootschap naar Japans recht **AJINOMOTO CO. INC.**, met vennootschapszetel gevestigd in Japan, te 104-8315 Tokio, 15-1 Kyobashi, 1-chome, Cuo-ku, doch keuze van woonst doende op het kantoor van haar raadslieden, mrs. Kristof Roox & Jan-Diederik Lindemans, hierna vermeld;

geïntimeerde,

vertegenwoordigd door mrs. Kristof Roox & Jan-Diederik Lindemans, beiden advocaat te 1000 Brussel, Jozef Stevensstraat 7 (ref.: JDI/gvh/ 103773.01);

* * * * *

1. De feiten en voorgaande rechtpleging

Voor de uiteenzetting van de feiten en de voorafgaande rechtspeding verwijst het hof naar het tussenarrest van 15 mei 2012.

2. Het tussenarrest en het deskundigenonderzoek

2.1. In het tussenarrest van 15 mei 2012 stelt het hof een college van deskundigen aan, dat ze gelast:

“1) in het algemeen de feitelijke elementen te verzamelen die het hof moeten toelaten te oordelen of het Europees octrooi van de geïntimeerde EP’710 van uitvinderswerkzaamheid getuigt.

2) *inzonderheid:*

2.1) een technisch advies te verschaffen over de stand van de techniek op de prioriteits-

┌ PAGE 01-00000271256-0003-0020-01-01-4 ─



026958

datum van EP'710 (8 december 1993) in de productie van lysine via een fermentatiewerkwijze waarbij een microbenstam die uit zijn natuurlijke omgeving is afgezonderd of een kunstmatige mutante stam die uit een dergelijke microbenstam is verkregen wordt gebruikt teneinde de productiviteit te vermeerderen;

- 2.2) een technisch advies te verschaffen over de vraag welke stappen de vakman diende te ondernemen om tot de geöctrooieerde vinding te komen en in welke mate de vakman op de prioriteitsdatum een reden had om in die richting stappen te ondernemen;*
- 3) in het algemeen de feitelijke elementen te verzamelen die het hof moeten toelaten te oordelen of er tegenover de oorspronkelijke octrooiaanvraag van de geïntimeerde materie werd toegevoegd;*
- 4) inzonderheid opgave te doen van de gelijkenissen/verschillen tussen de oorspronkelijke octrooiconclusies en de corresponderende conclusies van het uiteindelijk verleend octrooi en de gelijkenissen/verschillen tussen de beschrijving van de oorspronkelijke octrooiaanvraag en de conclusies van het uiteindelijk verleend octrooi in zoverre deze betrekking hebben op hetgeen onder 4.2.1.8. wordt uiteengezet;*
- 5) verder alle nuttige informatie te verstrekken betreffende de technische aspecten die voor het hof relevant zijn om de geldigheid van het door de geïntimeerde ingeroepen Europees octrooi te kunnen beoordelen;*

(...)"

2.2. Het college van deskundigen legt zijn verslag neer ter griffie van het hof op 29 maart 2013.

3. De standpunten na het deskundigenonderzoek

3.1. De appellanten vorderen in hun op 15 januari 2015 ter griffie neergelegde conclusies:

- het hoofdberoep gegrond te verklaren;
- rechtsprekend over de nietigheid van het inmiddels vervallen Europees octrooi EP 0 733 710 (EP'710):
 - * voor recht te zeggen dat Ajinomoto sinds 28 november 2014 geen enkel recht meer uit het vervallen EP'710 kan laten gelden;

PAGE 01-00000271256-0004-0020-01-01-4



020059

- * de oorspronkelijke tegenvorderingen ingesteld door de appellanten gegrond te verklaren en bijgevolg:
 - het Belgisch gedeelte van het Europees octrooi EP'710 integraal nietig te verklaren;
 - ondergeschikt, conclusies 3 en 7, of minstens conclusie 7 van het Belgische gedeelte van het Europees octrooi EP'710 nietig te verklaren,
 - te bevelen dat de beslissing tot nietigverklaring zal worden ingeschreven in het Belgisch octrooiregister in toepassing van artikel XI.59 van het Wetboek van economisch recht;
- ondergeschikt, rechtsprekend over de vordering wegens beweerde inbreuk op het Belgische luik van EP'710:
 - * aan de partijen afstand te verlenen van rechtsvordering door Ajinomoto inzake de beweerde inbreuk op productconclusie 1 en 11 van EP'710;
 - * bijgevolg het bestreden vonnis teniet te doen, in de mate dat de appellanten door de eerste rechter wegens inbreuk op de productconclusies van dit octrooi veroordeeld werden en hen een stakingsbevel werd opgelegd;
 - * de vordering wegens inbreuk op de werkwijzeconclusie 12 van EP'710 als ongegrond af te wijzen;
 - * bijgevolg het bestreden vonnis teniet te doen, in de mate dat de appellanten door de eerste rechter wegens inbreuk op de werkwijzeconclusie 12 van dit octrooi veroordeeld werden en hen een stakingsbevel werd opgelegd;
 - * de opgelegde dwangsommen teniet te doen;
 - * ondergeschikt en alvorens een oordeel te vellen over de octrooirechtelijke vordering van Ajinomoto, de volgende prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie:
 - "1. Moet artikel 9 van Richtlijn 98/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998 betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen, aldus worden uitgelegd dat het geen octrooirechtelijke bescherming verleent in omstandigheden als aan de orde in het hoofdgeding, waarbij:
 - a. sprake is van een octrooi bestaande voornamelijk uit productconclusies op DNA [het gemuteerde *dapA*-gen] (waarvan de inbreuk niet meer ingeroepen wordt), doch ook een werkwijzeconclusie;*

PAGE 01-00000271256-0005-0020-01-01-4



026970

- b. de werkwijzeconclusie betrekking heeft op het gebruik van een gemuteerd dapA-gen dat moet worden aangemerkt als genetische informatie in de zin van artikel 9 van Richtlijn 98/44/EG, voor het vervaardigen van de stof lysine;*
- c. lysine op zich niet in aanmerking komt voor octrooirechtelijke bescherming door middel van een op die stof gerichte (en niet meer ingeroepen) productconclusie;*
- d. de beweerde inbreuk betrekking heeft op het in België in voorraad houden van lysine die buiten België beweerdelijk is verkregen door middel van de geoctrooieerde werkwijze;*
- e. maar die lysine, op het moment van het aantreffen ervan in België, geen sporen meer bevat van het dapA-gen in een vorm waarin het de functie uitoefent waarvoor het is geoctrooieerd ?*
2. *Moet artikel 9 van Richtlijn 98/44/EG aldus worden uitgelegd dat het de bescherming die het verleent uitputtend harmoniseert, zodat het eraan in de weg staat dat nationale wetgeving bescherming verleent aan een voortbrengsel dat beweerdelijk rechtstreeks is verkregen door een geoctrooieerde werkwijze met betrekking tot genetische informatie, ongeacht of de in het voortbrengsel aanwezige genetische informatie haar geoctrooieerde functie uitoefent ?”;*
- * meer ondergeschikt, de vordering van Ajinomoto tot betaling van een schadevergoeding ongegrond te verklaren;
 - * in nog meer ondergeschikte orde, de aanstelling van de deskundige door de eerste rechter te bevestigen en de zaak naar de eerste rechter te verwijzen, doch met de volgende aanpassingen van de opdracht van de deskundige:
 - *er kan slechts informatie vergaard worden bij de appellanten waarvan het hof geoordeeld zou hebben dat ze positief en effectief in België inbreuk hebben gepleegd op EP’710;*
 - *de opdracht van de deskundige dient beperkt te worden tot de betrokken L-lysine waarvan de effectieve verhandeling door de appellanten in België blijkt; en*
 - *voor recht te zeggen dat enkel Ajinomoto het voorschot van de kosten van de deskundige ter griffie dient te consigneren;*
 - * voor recht te zeggen dat er geen hoofdelijkheid bestaat in hoofde van de appellanten;
 - * de gevorderde publicatiemaatregel ongegrond te verklaren;
 - rechtsprekend over de overige vorderingen van de appellanten:
 - * Ajinomoto te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding aan de volgende appellanten:
 1. aan Helm AG: 25.000,00 EUR
 2. aan Helm Benelux NV: 10.000,00 EUR

PAGE 01-00000271256-0006-0020-01-01-4



026961

3.	aan Global Bio-Chem Technology Group Co. Ltd.:	3.642.132,30 EUR
4.	aan Bio-Chem Technology (HK) Ltd.:	1.000,00 EUR
5.	aan Changchun Dacheng Bio-Chem Engineering Development Co. Ltd.:	1.000,00 EUR
6.	aan Changchun Dahe Bio Technology Development Co. Ltd.:	1.000,00 EUR
7.	aan Globe Fine Chemicals Holland BV:	10.000,00 EUR
8.	aan Oostvogels Logistics BVBA:	952.863,00 EUR
9.	aan Oostvogels Groep BV:	1.000,00 EUR
10.	aan Oostvogels Logistics BV:	1.000,00 EUR
11.	aan Oostvogels Transporten BV:	1.000,00 EUR
12.	aan Oostvogels Douane-Expeditie BV:	1.000,00 EUR
13.	aan Oostvogels Distributie BV:	1.000,00 EUR

- de nieuwe vordering van de derde en achtste appellante toelaatbaar en gegrond te verklaren;
- * Ajinomoto te veroordelen om aan hen 14.343,84 EUR te betalen, meer een bedrag van 298,83 EUR per dag dat het beslag wordt gehandhaafd voor het onrechtmatig handhaven van beslagmaatregelen na het verstrijken van EP'710, alsook van een *ex aequo et bono*-schadevergoeding van 25.000,00 EUR aan elk van deze appellanten;
- * de vrijgave te bevelen van de bij de deposito- en consignatiekas te Antwerpen betaalde borgsom van 750.000,00 EUR en de intresten die zij heeft opgebracht uitsluitend ten gunste van de appellanten;
- * in de hypothese dat de beslagmaatregelen op de betrokken L-lysine nog niet zouden zijn ingetrokken op de datum van het tussen te komen arrest, Ajinomoto te veroordelen tot vernietiging, op haar kosten, van alle in het kader van het beslag inzake namaak d.d. 25 maart 2008 in de opslagplaats van de BVBA Oostvogels Logistics in beslag genomen L-lysine, in het bijzijn van een gerechtsdeurwaarder die daarvan een behoorlijk proces-verbaal van vaststelling zal opstellen, en dit alles onder verbeurte van een dwangsom van 1.000,00 EUR per kg in beslag genomen L-lysine die niet binnen een termijn van vijftien dagen na de betekening van het tussen te komen arrest vernietigd werd;
- Ajinomoto te veroordelen tot de kosten van beide aanleggen, waaronder 66.000,00 EUR rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg, 186,00 EUR rolrechten in hoger beroep en 66.000,00 EUR rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep;
- Ajinomoto eveneens te veroordelen tot het betalen van de kosten en erelonen van de octrooigemachtigden van de appellanten, begroot op 235.509,65 EUR, nader te bepalen in de loop van de procedure.



026962

3.2. De geïntimeerde vordert in haar op 2 april 2015 ter griffie neergelegde conclusies:

- het hoger beroep van de appellanten toelaatbaar maar ongegrond te verklaren;
- het incidenteel beroep van Ajinomoto toelaatbaar en gegrond te verklaren;
- ter aanvulling van het tussenarrest van 15 mei 2012, het vonnis *a quo* te bevestigen (ondergeschikt te oordelen dat de appellanten onrechtmatig hebben gehandeld jegens Ajinomoto door doelbewust en actief een octrooi-inbreuk te faciliteren), behalve voor wat de volgende punten betreft:

“1. In afwachting van een definitieve begroting door de aan te stellen gerechtsdeskundige, GBT+ (bedoeld wordt: de appellanten), solidair en in solidum minstens de ene bij gebreke aan de andere, te veroordelen tot betaling aan Ajinomoto van een provisionele schadevergoeding wegens inbreuk op EP'710, van 1.000.000,00 EUR, te vermeerderen met de gerechtelijke intresten, dit alles onder uitdrukkelijk voorbehoud van vermeerdering en verdere precisering in de loop van het geding;

2. Te bevelen dat, in afwachting van een definitieve begroting van de schade van Ajinomoto gedurende een periode van 60 dagen te rekenen vanaf drie werkdagen na de betekening van het tussen te komen arrest, een samenvatting van dit arrest wordt aangeplakt zowel buiten als binnen de inrichtingen van GBT+ en ook wordt afgebeeld op de openingspagina van alle websites uitgebaat door GBT+. Verder de publicatie van het integrale vonnis (bedoeld wordt: arrest) te bevelen in twee internationale dagbladen, twee nationale dagbladen en twee gespecialiseerde tijdschriften voor de veevoederindustrie, dit alles naar keuze van Ajinomoto en op kosten van GBT+;

3. Te preciseren dat de vernietiging van de in beslag genomen L-lysine moet worden bevolen op kosten van GBT+;

4. Uitdrukkelijk te beslissen dat de Deposito- en Consignatiekas de door Ajinomoto betaalde borgsom van 750.000,00 EUR en de intresten die zij heeft opgebracht op eerste verzoek van Ajinomoto moet vrijgeven;

5. In elk geval GBT+ te veroordelen tot alle kosten van het geding, inclusief de kosten van haar technische en juridische raadslieden verschuldigd op grond van artikel 14 van de Handhavingsrichtlijn. Deze kosten provisioneel te begroten op 500.000 EUR in afwachting van het verslag van de deskundige over de totale omvang van de inbreuk op Ajinomoto's rechten en de schade die zij hierdoor lijdt;

PAGE 01-00000271256-0008-0020-01-01-4



026963

Ondergeschikt, voor het geval dat Uw Hof zou twijfelen of en hoe artikel 1022 Ger.W. te verzoenen valt met artikel 14 Handhavingsrichtlijn, kan Uw Hof de volgende vraag voorleggen aan het Europees Hof van Justitie:

“Is het systeem van de rechtsplegingsvergoeding uit artikel 1022 Ger.W. principieel in overeenstemming met artikel 14 van Richtlijn 2004/48/EG, nu dit systeem onverkort van toepassing is op geschillen over de handhaving van intellectuele eigendomsrechten en voorziet in een forfaitaire vergoeding die niet steeds toelaat rekening te houden met en een vergoeding kan bieden voor de werkelijk gemaakte advocatenkosten, zelfs al zijn deze laatste “redelijk en evenredig” in de zin van artikel 14 ?””.

4. Beoordeling na deskundigenonderzoek

4.1. De geldigheid van het octrooi EP’710

4.1.1. De appellanten handhaven na deskundigenonderzoek hun standpunt dat het octrooi EP’710 nietig is.

De uitvinding zou niet berusten op uitvinderswerkzaamheid (nietigheid op grond van het toen van toepassing zijnde artikel 49 §1.1 B.O.W.). Bovendien zou het onderwerp van EP’710 niet gedekt worden door de inhoud van de octrooiaanvraag (nietigheid op grond van artikel 49 §1.3 B.O.W.).

4.1.2. Het hof stelt vast het college van deskundigen na onderzoek tot de volgende besluiten komt:

- Dauce – Le Reverend kan gezien worden als dichtstbijzijnde stand der techniek;
- het objectief op te lossen technisch probleem kan worden gedefinieerd als het verkrijgen van een alternatieve Escherichia-stam met verhoogde lysine-productie;
- de stappen die door de vakman moesten worden ondernomen voor het oplossen van het objectief technisch probleem kunnen niet gevonden worden in de combinatie van Dauce – le Reverend met de algemene stand van de techniek;
- de specifieke stappen die door de vakman moesten genomen worden voor het oplossen van het objectief technisch probleem zijn niet voor de hand liggend in het licht van de geciteerde stand van de techniek.

Het hof oordeelt dat uit die besluiten volgt dat de uitvinding van de geïntimeerde berust op uitvinderswerkzaamheid. De appellanten brengen geen objectieve gegevens bij die afbreuk doen aan de besluiten van het college, noch aan de motivering die eraan ten grondslag ligt. Het hof treedt de gemotiveerde besluiten van het college dan ook bij.

PAGE 01-00000271256-0009-0020-01-01-4



026964

4.1.3. Wat de toegevoegde materie betreft komt het college van deskundigen over conclusie 3 tot het volgende besluit:

- conclusie 3 van het octrooi EP'710 bevat geen informatie die niet direct en onmiskenbaar kan afgeleid worden uit de oorspronkelijke octrooiaanvraag.

Het hof oordeelt dat uit dit besluit volgt dat conclusie 3 van EP'710 geen toegevoegde materie bevat.

De appellanten brengen geen objectieve gegevens bij die afbreuk doen aan het oordeelkundige besluit van het college, noch aan de motivering die eraan ten grondslag ligt. Het hof treedt dit besluit dan ook bij.

4.1.4. Verder stelt het college aangaande conclusie 7 tegenover conclusie 10 van de oorspronkelijke octrooiaanvraag het volgende:

"(...)

8.3.2.3 *Conclusie 10 van de ingediende octrooiaanvraag vs conclusie 7 van EP'710*

Conclusie 10 van de oorspronkelijke octrooiaanvraag luidt:

10. Een bacterium behorende tot het genus *Escherichia* zoals gedefinieerd in conclusie 8, waarin een diaminopimelate dehydrogenase gen afkomstig uit een Coryneforme bacterie werd binnengebracht.

Conclusie 7 van octrooi EP'710 luidt:

7. Een bacterium behorende tot het genus *Escherichia* zoals gedefinieerd in conclusie 5, waarin de activiteit van diaminopimelate dehydrogenase per cel verhoogd is door verhoging van het aantal kopijen van het gen in een cel, of verhoging in de expressiehoeveelheid per gen door gebruik van een promotor met een hoge expressie efficiëntie.

Conclusie 7 van het octrooi EP'710 vindt basis in oorspronkelijke conclusie 10 en in de ingediende tekst van de octrooiaanvraag bv. op p. 10, l. 4-6.

Door bovenstaande aanpassing aan de conclusies wordt in conclusie 7 van het octrooi EP'710 niet meer gespecificeerd dat het diaminopimelate dehydrogenase (DDH) gen afkomstig is van een Coryneforme bacterie. Dit betekent dat in conclusie 7 van EP'710 het DDH gen kan afkomstig zijn van andere bacteriën en bij uitbreiding van om het even welk organisme.

*Het was bekend dat een groot verschil in de lysine biosynthese tussen *E. coli* en Coryneforme bacteriën gelegen is in de aanwezigheid van meso-diaminopimelate-D-dehydrogenase in co-*



026965

reyneform bacteria, het welke afwezig is in E. coli (...). Verder waren er op de prioriteitsdatum van EP'710 verscheidene DDH genen gekend en/of beschikbaar zoals kan afgeleid worden uit de hieronder vermelde documenten. Als alternatieve benaming voor het diaminopimelate dehydrogenase worden ook de termen meso-diaminopimelate dehydrogenase en meso- α,ϵ -diaminopimelate dehydrogenase gebruikt.

- Misono et al., 1979, *J. Bacteriol.*, 137(1), 22-27: "meso- α,ϵ - diaminopimelate D-dehydrogenase: distribution and the reaction product"

Dit wetenschappelijk artikel beschrijft dat een hoge activiteit van meso- α,ϵ -diaminopimelate dehydrogenase gevonden werd in extracten van de bacteriën Bacillus sphaericus, Brevibacterium species, Corynebacterium glutamicum and Proteus vulgaris (abstract en Tabel 1, p. 23).

- White, 1983, *J. Gen. Microbiol.*, 129, 739-749: "The essential role of diaminopimelate dehydrogenase in the biosynthesis of lysine by Bacillus sphaericus"

Dit wetenschappelijk artikel beschrijft de pathway van de lysine biosynthese in de bacterie B. sphaericus en de essentiële rol voor diaminopimelate dehydrogenase hierin.

- Wenko et al., 1985, *Plant Mol. Biol.*, 4, 197-204: Isolation and characterization of a gene encoding meso-Diaminopimelate Dehydrogenase from Glycine max"

Dit wetenschappelijk artikel beschrijft de klonering van een 6.6 kb fragment van het soja-plant DNA, dat via complementatie het succinyl-diaminopimelate aminotransferase defect in E. coli stam DP50 corrigeert, in plasmide pBR328 en de transformatie van E. coli stam RR1 met dit plasmide (p. 199, Results, tweede paragraaf).

- Misono et al., 1986, *Agric. Biol. Chem.*, 50(11), 2729-2734: "Characterization of meso-diaminopimelate dehydrogenase from Corynebacterium glutamicum and its distribution in bacteria"

Dit wetenschappelijk artikel beschrijft de zuivering van meso-diaminopimelate dehydrogenase van de bacterie Corynebacterium glutamicum en verwijst naar de drie bovenstaande artikels.

Ondanks het feit dat DDH genen van verschillende bacteriën zoals Bacillus species gekend waren en dat zelfs het DDH gen van bijvoorbeeld sojaboon gekend was, wordt er in de oorspronkelijke octrooiaanvraag steeds verwezen naar het DDH gen afkomstig van Coryneforme bacteriën zoals Brevibacterium lactofermentum (bv. oorspronkelijke octrooiaanvraag, p. 4, derde paragraaf). De term "Coryneforme bacterie" wordt in de oorspronkelijke octrooiaanvraag gedefinieerd als zijnde wild type stammen die glutaminezuur produceren, en mutante stammen daarvan die andere aminozuren produceren, en die behoren tot het genus Coryne-



028966

bacterium of het genus Brevibacterium. In de oorspronkelijke octrooiaanvraag is er verder geen enkele verwijzing naar een DDH gen dat niet afkomstig is van een Coryneforme bacterie. In tegendeel, de term DDH wordt steeds vernoemd in combinatie met de oorsprong ervan namelijk afkomstig uit Coryneforme bacteriën (zie onder andere in de oorspronkelijke octrooiaanvraag, p. 9, l. 57-58, p. 10, l. 26, p. 10, l. 38, p. 11, l. 6, p. 24, l. 3, p. 24, l. 8-9. De oorspronkelijke octrooiaanvraag is dus gelimiteerd tot het gebruik van DDH genen afkomstig van Coryneforme bacteriën, terwijl conclusie 7 van het toegekende octrooi EP'710 niet langer meer gelimiteerd is tot het gebruik van DDH genen afkomstig van Coryneforme bacteriën.

In voorbeeld 6 van de oorspronkelijke octrooiaanvraag van EP'710 wordt een analyse beschreven van de snelheidsbepalende stappen van de L-lysine biosynthese en een verbetering in L-lysine productiviteit van L-lysine-producerende bacteriën behorende tot het genus Escherichia. Het gebruikte DDH werd verkregen door amplificatie via PCR van een DDH gen van chromosomaal DNA van Brevibacterium lactofermentum met primers gemaakt op basis van een gekende nucleotide sequentie van een DDH gen van Corynebacterium glutamicum. In tegenstelling tot de argumentatie van Ajinomoto in hun brief d.d. 11.02.2013, namelijk dat de vakman zou begrijpen dat de essentie van het experiment niet ligt in het gebruik een gen afkomstig van een Coryneforme bacterie, maar ligt in het gebruik van het DDH gen zelf, ongeacht zijn oorsprong, is het college van deskundigen van oordeel dat de vakman dit niet uit de oorspronkelijke octrooiaanvraag zou afgeleid hebben, aangezien hierin steeds verwezen wordt naar het DDH gen afkomstig van Coryneforme bacteriën.

Samengevat is het verschil tussen conclusie 10 van de oorspronkelijke octrooiaanvraag en conclusie 7 van het octrooi EP'710, dat conclusie 7 bescherming biedt voor het gebruik van alle DDH genen ongeacht hun afkomst, terwijl enkel het gebruik van DDH genen afkomstig van Coryneforme bacteriën uit de oorspronkelijke octrooiaanvraag kon afgeleid worden.

De beschrijving van het toegekend octrooi EP'710 werd ook aangepast en beschrijft bv. op p. 10, l. 24-27 dat de productiviteit van L-lysine verder kan verbeterd worden door het verhogen van een diaminopimelate dehydrogenase gen, bijvoorbeeld door introductie van dit gen afkomstig van een Coryneforme bacterie in de bacterie behorende tot het genus Escherichia warin het dihydrodipicolinate reductase gen verhoogd is". Het toevoegen van het woord "bijvoorbeeld" maakt dat de bewoording die erop volgt niet beperkend is. Naar het oordeel van het college van deskundigen bevat de beschrijving van het octrooi EP'710 hierdoor informatie die niet uit de oorspronkelijke octrooiaanvraag afgeleid kon worden."

4.1.5. De geïntimeerde bestrijdt de vaststellingen van het college van deskundigen onder verwijzing naar het arrest van het gerechtshof 's Gravenhage van 29 maart 2011 dat hierover uitspraak deed voor het Nederlandse grondgebied.

4.1.6. Noch het college, noch dit hof, zijn gebonden door het arrest van het gerechtshof 's Gravenhage van 29 maart 2011 waarin het gerechtshof het standpunt van de geïntimeerde volgt dat de beschrijving van de oorspronkelijke aanvraag op bladzijde 10, regels 6-24 en



026967

op bladzijde 34, regels 14-25 een uitgebreide beschrijving gaf van mogelijke alternatieve bacteriën waaruit het DDH-gen afkomstig kon zijn.

Het hof oordeelt dat dit standpunt van de geïntimeerde op overtuigende en gemotiveerde wijze wordt weerlegd door het door dit hof aangestelde college van deskundigen. Het college laat er geen twijfel over bestaan dat enkel het gebruik van DDH-genen afkomstig van Coryneforme bacteriën uit de oorspronkelijke octrooiaanvraag kon worden afgeleid.

Het college is dan ook van oordeel dat door de weglating in conclusie 7 van *“afkomstig uit een Coryneforme bacterie”*, die conclusie informatie bevat die niet direct en niet onmiskenbaar uit de oorspronkelijke octrooiaanvraag afgeleid kon worden.

De geïntimeerde brengt geen objectieve gegevens bij die afbreuk doen aan de vaststellingen van het college van deskundigen die leiden tot het besluit dat conclusie 7 ongeoorloofde toegevoegde materie bevat. Het onderwerp van EP'710 wordt bijgevolg niet volledig gedekt door de octrooiaanvraag.

4.1.7. Artikel 49 §2 en §3 B.O.W. (thans XI.57 WER) luidt als volgt:

“§2. Indien de nietigheidsgrounden het octrooi slechts gedeeltelijk aantasten, wordt het octrooi beperkt door een dienovereenkomstige wijziging van de conclusies en, in voorkomend geval van de beschrijving en de tekeningen, en gedeeltelijk nietig verklaard. Deze wijziging wordt in het register ingeschreven.

§3. Het octrooi kan niet zodanig via een nietigverklaring worden gewijzigd dat het voorwerp verder reikt dan de inhoud van de octrooiaanvraag zoals zij werd ingediend.

Het octrooi kan niet zodanig via een nietigverklaring worden gewijzigd dat de beschermingsomvang wordt uitgebreid ten opzichte van de laatste van kracht zijnde versie van het octrooi.”

4.1.8. Het hof oordeelt dat de aan het octrooi toegevoegde materie het octrooi slechts gedeeltelijk aantast.

Er is geen grond om gevolg te geven aan de vordering van de appellanten om octrooi EP'710 nietig te verklaren.

De vordering van de appellanten tot nietigverklaring is slechts gegrond wat conclusie 7 van octrooi EP'710 betreft.

4.2. De inbreuk op werkwijzeconclusie 12 van octrooi EP'710

4.2.1. De appellanten voeren aan dat er van een inbreuk op het octrooi EP'710 door de in beslag genomen producten geen sprake is, omdat het geoctrooieerde genetische of DNA-

PAGE 01-00000271256-0013-0020-01-01-4



020908

materiaal in de in beslag genomen lysine niet de functie vervult waarvoor het is geïntrooieerd. Ze steunen daarvoor op de uitspraak van het HvJEU van 6 juli 2010, nr. C-428/08 (Monsanto/Cefetra).

4.2.2. In voormeld arrest oordeelt het HvJEU dat de octrooibeschermering die artikel 9 van Richtlijn 98/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998 betreffende de rechtsbeschermering van biotechnologische uitvindingen (PB L 213, blz. 13, hierna: de Biotechnologierichtlijn) aan genetisch materiaal verleent, zich uitstrekt tot de materie waarin het genetisch materiaal de functie uitoefent waarvoor het is geïntrooieerd en dat derhalve geen beschermering aan artikel 9 van de richtlijn kan worden ontleend voor materie waarin het DNA- of genmateriaal aanwezig is zonder die functie uit te oefenen.

4.2.3. Het ingeroepen arrest geeft een uitleg van artikel 9 van de Biotechnologierichtlijn, dat luidt als volgt:

“De beschermering die wordt geboden door een octrooi voor een voortbrengsel dat uit genetische informatie bestaat of dat zulke informatie bevat, strekt zich, behoudens artikel 5, lid 1, uit tot ieder materiaal waarin dit voortbrengsel wordt verwerkt en waarin de genetische informatie wordt opgenomen en haar functie uitoefent.”

Artikel 2, lid 1 van de Biotechnologierichtlijn onder (a) definieert *“biologisch materiaal”* als *“materiaal dat genetische informatie bevat en zichzelf kan repliceren of in een biologisch systeem kan worden gerepliceerd.”*

Deze bepalingen, geïmplementeerd in artikel 1 B.O.W. en artikel 27ter B.O.W. (thans XI.31 WER), hebben bijgevolg betrekking op octrooien op voortbrengsels die tot de categorie *“biologisch materiaal”* behoren.

De in beslag genomen lysine is evenwel te beschouwen als voortbrengsel dat rechtstreeks is verkregen met de door octrooi EP'710 beschermde werkwijzeconclusie 12 en kan bijgevolg niet als *“biologisch materiaal”* of als *“een voortbrengsel dat uit genetische informatie bestaat of dat zulke informatie bevat”* in de zin van artikel 9 van de Biotechnologierichtlijn worden aangemerkt.

4.2.4. De geïntimeerde beroept zich wat de in beslag genomen lysine betreft niet op de beschermering van artikel 27ter B.O.W., maar op artikel 27 B.O.W., (thans artikel XI.29 WER) dat luidt als volgt:

“§ 1. Het octrooi geeft de octrooihouder het recht iedere derde die niet zijn toestemming hiertoe heeft verkregen te verbieden:

- a) (...);*
- b) (...);*



026969

c) *een voortbrengsel dat rechtstreeks volgens de werkwijze waarop het octrooi betrekking heeft is verkregen, aan te bieden, in het verkeer te brengen, te gebruiken, dan wel daartoe in te voeren of in voorraad te hebben.*”

Er is dan ook geen reden om aan het HvJEU de door de appellanten geformuleerde prejudiciële vragen te stellen in verband met artikel 9 van de richtlijn 98/44/EG dat, zoals gezegd, hier niet van toepassing is.

4.2.5. Aangezien de geïntimeerde zich beroept op de bescherming van de werkwijzeconclusie 12 van EP'710, rust op haar de bewijslast dat aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 27, §1 c) B.O.W. is voldaan, met andere woorden ze dient te bewijzen dat de in beslag genomen lysine rechtstreeks is verkregen volgens de werkwijzeconclusie 12 van EP'710 en dat deze door de appellanten werd aangeboden, in het verkeer gebracht, gebruikt, dan wel daartoe werd ingevoerd of in voorraad werd gehouden.

4.2.6. Anders dan de geïntimeerde meent is het hof niet gebonden door het gezag van gewijsde van het arrest van dit hof van 11 mei 2009, waarin *“prima facie”* werd geoordeeld dat de geïntimeerde aan haar bewijslast in dit verband voldoet. Het betreft immers een uitspraak op derdenverzet tegen een beschikking houdende toelating tot het leggen van beslag inzake namaak die geen nadeel kan toebrengen aan de grond van de zaak zelf.

4.2.7. Als bewijs van het inbreukmakend karakter van de lysine verwijst de geïntimeerde naar het *“verslag van het beschrijvend beslag in het kader van de beschikkingen van de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Antwerpen met nulera 8/08/00240 en B/08/00250, uitgeschreven op respectievelijk 20-3-2008 en 25-03-2008”*.

4.2.8. Het hof leest in dit verslag dat in het kader van het beslag inzake namaak acht monsters van de bij de BVBA Oostvogels Logistics in beslag genomen lysine, eigendom van de eerste appellante, werden geanalyseerd door een onafhankelijk onderzoekslaboratorium genaamd BaseClear BV. Dit onderzoekslaboratorium werd door de aangestelde gerechtsdeskundigen aangeduid op aanraden van de raadslieden van de appellanten. De monsters werden door de gerechtsdeskundigen anoniem aan het onderzoekslaboratorium geleverd.

In het verslag van het beschrijvend beslag stellen de aangestelde gerechtsdeskundigen dat uit de resultaten van dit onderzoek blijkt dat met zekerheid kan worden gesteld dat de monsters genummerd 2, 3, 4, 5 en 1n, 2n en 3n afkomstig zijn van een fermentatieproces in *Escherichia coli*-bacteriën, dat de gebruikte *E. coli*-bacteriën duidelijk mutante organismen zijn, dat de e-colli-stam een mutant *dapA* bevat coderend voor een DDPS eiwit, waarin de histidine aminozuurrest op positie 118 is vervangen door een trypsine aminozuurrest, geteld vanaf de N-terminus in de aminozuursequentie van het dihydrodipicolinate synthase, alsook een mutant *lysC*-gen, coderend voor een mutant aspartokinase III eiwit waarin de glycine aminozuurrest op positie 323 is vervangen door een asparaginezuur aminozuurrest en waarbij de



aminozuurrest op positie 318 is vervangen door een isoleucine aminozuurrest, geteld vanaf de N-terminus in de aminozuursequentie van het aspartokinase III.

Het hof leidt uit de vaststellingen van de gerechtsdeskundigen af dat de onderzochte monsters rechtstreeks werden verkregen door werkwijzeconclusie 12 van octrooi EP'710.

4.2.9. Het hof stelt vast dat de appellanten geen objectieve gegevens bijbrengen die rechtvaardigen te twijfelen aan de juistheid van de duidelijke en ondubbelzinnige vaststellingen en van het besluit van de gerechtsdeskundigen op grond van het onderzoek van BaseClear BV en de resultaten ervan.

Het hof besluit dat door dit onderzoek en de besluiten van de gerechtsdeskundigen daarop gebaseerd het bewijs is geleverd dat de bij de BVBA Oostvogels in beslag genomen lysine is aangemaakt op grond van werkwijzeconclusie 12 van octrooi EP'710. Uit het gegeven dat al de onderzochte monsters blijken de vaststellingen van de gerechtsdeskundigen in dezelfde verpakking van Globalbiochem, dan wel van Golden Corn zaten, met telkens dezelfde merknaam en dezelfde productcodes als de lysine die niet getest werd, leidt het hof met zekerheid af dat al de in beslag genomen lysine van de eerste appellante volgens het door werkwijzeconclusie 12 van octrooi EP'710 beschermde procédé werd gemaakt.

4.2.10. Opdat er sprake zou zijn van een inbreuk dient de geïntimeerde daarnaast te bewijzen dat de lysine door de appellanten werd aangeboden, in het verkeer gebracht, gebruikt, dan wel daartoe werd ingevoerd of in voorraad werd gehouden.

4.2.11. Wat de NV Helm Benelux, de tweede appellante, betreft, oordeelt het hof dat de uitprint van haar website in mei 2008 het bewijs levert dat ze in België lysine aanbood. Op deze website wordt aan de bezoeker immers de vraag gesteld of hij lysine wil bestellen, dan wel of hij over lysine meer informatie wenst te bekomen. Dit is een aanbod in de zin van artikel 27 B.O.W. dat niet vereist dat in het aanbod alle essentiële elementen met het oog op de totstandkoming van een overeenkomst moeten aanwezig zijn.

4.2.12. Dat het aanbod op de website van de NV Helm Benelux door de derde, de vierde, de vijfde of de zesde appellante volgens het procédé van de geïntimeerde geproduceerde lysine betreft, blijkt evenwel uit niets.

Integendeel, door de gerechtsdeskundigen kon in de opslagplaats van de BVBA Oostvogels geen bewijs gevonden worden van de aanwezigheid van lysine, eigendom van de NV Helm Benelux. Evenmin konden de gerechtsdeskundigen bij de NV Helm Benelux bewijs vinden van het feit dat ze recent nog rechtstreeks lysine van de derde, de vierde, de vijfde of de zesde appellante zou hebben aangekocht. Ook in de lijst van de stockbewegingen van de NV Helm Benelux bij de BVBA Oostvogels Logistics, waar blijken de gegevens van de gerechtsdeskundigen de door de NV Helm Benelux gecommmercialiseerde goederen werden gestoc-



12697
keerd, werd door de gerechtsdeskundigen voor de jaren 2006 tot 2008 geen lysine afkomstig van de derde, de vierde, de vijfde of de zesde appellante gevonden.

4.2.13. Wat de vennootschap naar Duits recht, Helm AG, de eerste appellante, betreft, oordeelt het hof dat niet bewezen is dat ze in België op 21 maart 2005 inbreukmakende lysine verkocht aan de NV Vitamex. Uit niets blijkt dat op de datum van die aankoop de derde tot de zesde appellante reeds lysine produceerden op basis van het geöctrooieerde procédé. Al evenmin is aangetoond dat dit het geval was op datum van de invoer van die lysine in België die plaatsvond in oktober 2005.

4.2.14. De stukken waarnaar de geïntimeerde verwijst in verband met de aankoop in 2007 van GBT-lysine (dit is lysine geproduceerd door de derde tot de zesde appellante volgens het beschermde procédé) door de NV Orffa Belgium Feed (die werd geleverd bij de raadsman van de geïntimeerde in Nederland), leveren evenmin het bewijs dat die lysine werd aangekocht op grond van een aanbod van de appellanten in België of dat het lysine betreft die door hen in België in het verkeer werd gebracht.

Aan de verklaring in dat verband van de raadsman van de geïntimeerde, mr. Kleemans, van 15 september 2008, waarin hij stelt voor de geïntimeerde verantwoordelijk te zijn voor het coördineren van andere inbreukprocedures "die op dit moment plaats vinden in Duitsland, België en Polen", hecht het hof geen bewijswaarde. Als raadsman kan men niet optreden als getuige in de eigen zaak.

Ook de verklaring van de BV Orffa International Holding, opgesteld "voor zover als nodig en na de waarachtigheid te hebben geverifieerd met Orffa (bedoeld wordt de NV Orffa Belgium Feed)" schuift het hof terzijde. De NV Orffa Belgium Feed is agent van de geïntimeerde. Het hof beschouwt de verklaring van de BV Orffa International Holding, die tot stand kwam na het inwinnen van informatie bij haar dochtervennootschap, de agent van de geïntimeerde, als een welwillendheidsverklaring zonder enige bewijswaarde.

4.2.15. Tot slot legt de geïntimeerde een verklaring voor van de NV Trouw International waaruit zou moeten blijken dat de in beslag genomen goederen wel degelijk bestemd waren voor gebruik in België. Het hof stelt vast dat, waar deze vennootschap aanvankelijk, op 5 juni 2008, op vraag van de appellanten verklaarde dat de in beslag genomen goederen niet bestemd waren voor België, maar daar enkel werden gestockeerd, zij op 3 september 2008, nadat ze een dading sloot met de geïntimeerde, in afwijking van de verklaring van 5 juni 2008, op vraag van de geïntimeerde verklaart dat de goederen onder meer bestemd waren om te gebruiken bij het fabriceren van premixen in Belgische fabrieken.

Aan de verklaringen van de NV Trouw International kan het hof in die omstandigheden geen geloofwaardigheid hechten.



026972

4.2.16. Het bewijs van de aankoop in België door de NV Orffa Belgium Feed bij de eerste of de andere appellante kan geleverd worden op grond van een objectief stuk, te weten een in de boekhouding ingeschreven aankoopfactuur. Het hof kan alleen maar vaststellen dat dit bewijs, ondanks de goede verstandhouding tussen de geïntimeerde en de NV Orffa Belgium Feed, tot op heden in het bundel van de geïntimeerde ontbreekt.

4.2.17. Dat de appellanten lysine geproduceerd volgens werkwijzeconclusie 12 van octrooi EP'710 aanboden, of in het verkeer brachten of gebruikten in België is, anders dan de geïntimeerde meent, niet bewezen door het deskundigenverslag. Van afroepbrieven voor het leveren van lysine op het Belgisch grondgebied is in dit verslag geen sprake.

4.2.18. Bijgevolg staat alleen vast dat lysine geproduceerd volgens werkwijzeconclusie 12 van octrooi EP'710 werd opgeslagen bij de BVBA Oostvogels. Aangezien de geïntimeerde faalt te bewijzen dat de opslag bij de BVBA Oostvogels gebeurde met het oog op het aanbieden, het in het verkeer brengen of het gebruiken ervan in België, houdt deze opslag geen inbreuk in op de werkwijzeconclusie 12 van octrooi EP'710.

4.2.19. Het hof besluit dat de geïntimeerde faalt te bewijzen dat de appellanten in België een inbreuk pleegden op werkwijzeconclusie 12 van octrooi EP'710.

4.3. De inbreuk op de productconclusie 1 en 11 van octrooi EP'710

4.3.1. Ter terechtzitting van 14 februari 2012 verklaarde de raadsman van de geïntimeerde dat het hof zijn beoordeling mocht beperken tot de werkwijzeconclusie 12.

Volgens de appellanten houdt die verklaring een afstand van rechtsvordering in met betrekking tot de door de geïntimeerde aangevoerde inbreuk op de productconclusie 1 en 11 die de eerste rechter voor bewezen hield.

De geïntimeerde voert hiertegen aan dat haar verklaring niet kan beschouwd worden als een afstand van rechtsvordering.

4.3.2. Afstand van een rechtsvordering kan uitdrukkelijk of stilzwijgend gebeuren. Krachtens het algemeen rechtsbeginsel dat de afstand van recht door een partij strikt moet worden geïnterpreteerd en niet wordt vermoed kan dergelijke afstand slechts worden afgeleid uit feiten die voor geen andere uitlegging vatbaar zijn.

4.3.3. In haar verklaring ter terechtzitting van 14 februari 2012 deed de geïntimeerde niet uitdrukkelijk afstand van haar rechtsvordering met betrekking tot de door de appellanten beweerd gepleegde inbreuk op de productconclusie 1 en 11 van hun octrooi EP'710.

Uit die verklaring kan een dergelijke afstand ook niet worden afgeleid.

PAGE 01-00000271256-0018-0020-01-01-4



126978

De verklaring sluit immers niet uit dat de geïntimeerde de beoordeling van haar rechtsvordering met betrekking tot de door de appellanten beweerd gepleegde inbreuk op de productconclusie 1 en 11 van haar octrooi EP'710 enkel wenste uit te stellen tot een latere datum.

4.3.4. Noch de geïntimeerde, noch de appellanten, nemen in hun conclusies standpunt in over de vordering van de geïntimeerde aangaande de door de appellanten beweerd gepleegde inbreuk op de productconclusie 1 en 11 van haar octrooi EP'710.

Alvorens verder te oordelen nodigt het hof de partijen uit dit te doen.

5. Beslissing

Het hof beslist bij arrest op tegenspraak.

De rechtspleging verliep in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de taal in gerechtszaken.

Het hof:

- herneemt de zaak wegens de gewijzigde samenstelling van de zetel;
- werkt het tussenarrest van 15 mei 2012 verder uit;
- alvorens verder recht te doen, heropent de debatten teneinde de partijen toe te laten verder standpunt in te nemen over de vordering van de geïntimeerde aangaande de door de appellanten beweerd gepleegde inbreuk op de productconclusie 1 en 11 van octrooi EP'710;
- verzoekt de partijen om hun schriftelijke opmerkingen dienaangaande onderling te wisselen én ter griffie neer te leggen binnen de hiernavolgende termijnen:
 - o **de geïntimeerde**: uiterlijk op **2 november 2015**
 - o **de appellanten**: uiterlijk op **2 december 2015**
- zegt voor recht dat de partijen over dat onderwerp zullen worden gehoord op de zitting van **11 JANUARI 2016 om 15.20 uur** (voorziene pleitduur: 40 minuten);
- zegt dat partijen gehouden zijn hun conclusie ter griffie te doen toekomen uiterlijk op voormelde vervaldagen telkens om 16.00 uur en aan de tegenpartij of aan haar advocaat te zenden;

PAGE 01-00000271256-0019-0020-01-01-4



126074

- zegt dat partijen zich zullen gedragen overeenkomstig de artikelen 748bis en 756 Ger. W.;
- houdt de beslissing over de kosten aan.

Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van **VEERTIEN SEPTEMBER TWEE-DUIZEND VIJFTIEN** door:

M. BLEYENBERGH

raadsheer, dd. voorzitter

B. CATTOIR

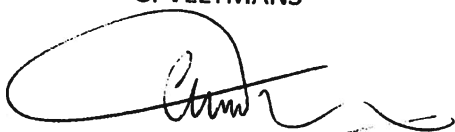
raadsheer

R. LYEN

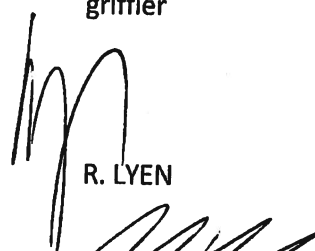
raadsheer

G. VELTMANS

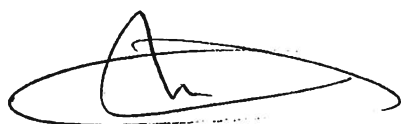
griffier



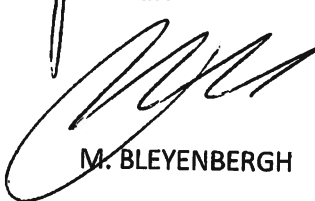
G. VELTMANS



R. LYEN



B. CATTOIR



M. BLEYENBERGH





010810

Repertoriumnummer 2016/3677
Datum van uitspraak 18 april 2016
Rolnummer 2010/AR/2481

Uitgifte

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

Niet aan te bieden aan de
ontvanger

Tussenarrest
- Aanstelling deskundige
- Intellectuele eigendom

Hof van beroep Antwerpen

Arrest

eerste kamer
burgerlijke zaken

Aangeboden op
Niet te registreren

COVER 01-00000426010-0001-0014-01-01-1



2010/AR/2481

1. de vennootschap naar Duits recht **HELM AG**, met vennootschapszetel gevestigd in Duitsland, te 20097 Hamburg, Nordkanalstrasse 28;
2. **NV HELM BENELUX**, met vennootschapszetel gevestigd te 1930 Zaventem, Belgicastraat 1 en ingeschreven in de kruispuntbank der ondernemingen onder nr. 0417.709.912;
3. de vennootschap naar buitenlands recht **GLOBAL BIO-CHEM TECHNOLOGY GROUP CO. LTD.**, met vennootschapszetel gevestigd op de Kaaimaneilanden, Century Yard, Cricket Square Hutchins Drive, George town, PO Box 2681 GT;
4. de vennootschap naar buitenlands recht **BIO-CHEM TECHNOLOGY (HK) LTD.**, met vennootschapszetel gevestigd in Hong Kong, Unit 1104, Admiralty Centre, Tower 1, 18 Harcourt Road;
5. de vennootschap naar buitenlands recht **CHANGCHUN DACHENG BIO-CHEM ENGINEERING DEVELOPMENT CO. LTD.**, met vennootschapszetel gevestigd in de volksrepubliek China, Jilin Province, Changchun City, Economic Technology Development Zone, Corn processing Zone, Xihuangcheng Road 886;
6. de vennootschap naar buitenlands recht **CHANGCHUN DAHE BIO TECHNOLOGY DEVELOPMENT CO. LTD.**, met vennootschapszetel gevestigd in de volksrepubliek China, Xihuangcheng Road 28, Corn processing Zone, Economic Technology Development Zone, Changchun City, Jilin Province;
7. de vennootschap naar Nederlands recht **GLOBE FINE CHEMICALS HOLLAND BV**, met vennootschapszetel gevestigd in Nederland, te 3071 AA Rotterdam, Laan op Zuid 196-198;
8. **BVBA OOSTVOGELS LOGISTICS**, met vennootschapszetel gevestigd te 2321 Hoogstraten (Meer), Luxemburgstraat 3 en ingeschreven in de kruispuntbank der ondernemingen onder nr. 0450.857.582;
9. de vennootschap naar Nederlands recht **OOSTVOGELS GROEP BV**, met vennootschapszetel gevestigd in Nederland, te 4836 LG Breda, Hazeldonk 6252-6254;
10. de vennootschap naar Nederlands recht **OOSTVOGELS LOGISTICS BV**, met vennootschapszetel gevestigd in Nederland, te 4836 LG Breda, Hazeldonk 6252-6254;
11. de vennootschap naar Nederlands recht **OOSTVOGELS TRANSPORTEN BV**, met vennootschapszetel gevestigd in Nederland, te 4836 LG Breda, Hazeldonk 6252-6254;
12. de vennootschap naar Nederlands recht **OOSTVOGELS DOUANE-EXPEDITEURS BV**, met vennootschapszetel gevestigd in Nederland, te 4836 LG Breda, Hazeldonk 6252-6254;
13. de vennootschap naar Nederlands recht **OOSTVOGELS DISTRIBUTIE BV**, met vennootschapszetel gevestigd in Nederland, te 4836 LG Breda, Hazeldonk 6252-6254;

PAGE 01-00000426010-0002-0016-01-01-4



appellanten,

alle vertegenwoordigd door mrs. Tanguy De Haan & Florence Verhoestraete, beiden advocaat te 1000 Brussel, Terhulpesteenweg 120 (ref.: 75007360 M 4253080 / 2);

tegen het vonnis van de zevende kamer van de rechtbank van koophandel te Antwerpen van 11 juni 2010, aldaar gekend onder nr. A.R. A/08/06919;

tegen:

de vennootschap naar Japans recht **AJINOMOTO CO. INC.**, met vennootschapszetel gevestigd in Japan, te 104-8315 Tokio, 15-1 Kyobashi, 1-chome, Cuo-ku, doch keuze van woonst doende op het kantoor van haar raadslieden, mrs. Kristof Roox & Jan-Diederik Lindemans, hierna vermeld;

geïntimeerde,

vertegenwoordigd door mrs. Kristof Roox & Jan-Diederik Lindemans, beiden advocaat te 1000 Brussel, Jozef Stevensstraat 7 (ref.: JDI/gvh/ 103773.01);

1. De feiten en voorgaande rechtspleging

Voor de uiteenzetting van de feiten en de voorafgaande rechtspleging verwijst het hof naar de tussenarresten van 15 mei 2012 en van 14 september 2015.

2. De vorderingen na het tussenarrest van 14 september 2015

2.1. De appellanten vorderen in hun op 21 december 2015 ter griffie neergelegde conclusies:

- de nieuwe vorderingen van de geïntimeerde bij conclusie van 9 november 2015 ingesteld, niet toelaatbaar te verklaren;
- de nieuwe stukken 41bis en 42bis uit de debatten te weren;
- het hoger beroep als volgt gegrond te verklaren:
- rechtsprekend over de nietigheid van het inmiddels vervallen Europees octrooi EP

┌ PAGE 01-00000426010-0003-0016-01-01-4 ─┐



733710 ("EP'710"):

- de oorspronkelijke tegenvordering ingesteld door de appellanten gegrond te verklaren en bijgevolg:
 - conclusie 7 van het Belgische gedeelte van het Europees octrooi EP 733710 integraal nietig te verklaren;
 - te bevelen dat de griffier de beslissing tot nietigverklaring zal overmaken aan de Dienst voor de Intellectuele Eigendom bij de Federale Overheidsdienst Economie om in het Belgische octrooiregister te worden ingeschreven bij toepassing van de artikelen XI.59 en XI.343 van het Wetboek van Economisch Recht;
- ondergeschikt, rechtsprekend over de vordering wegens beweerde inbreuk op het Belgische luik van EP'710:
 - de vordering wegens inbreuk op productconclusies 1 en 11 en op werkwijzeconclusie 12 van EP'710 ongegrond te verklaren;
 - bijgevolg het bestreden vonnis teniet te doen in de mate dat de appellanten door de eerste rechter wegens inbreuk op de conclusies 1, 11 en 12 van dit octrooi veroordeeld werden;
 - het bestreden vonnis teniet te doen in de zoverre hen een stakingsbevel werd opgelegd;
 - de opgelegde dwangsommen teniet te doen;
 - voor recht te zeggen dat de geïntimeerde sinds 28 november 2014 geen enkel recht meer kan doen gelden uit het vervallen EP'710;
 - ondergeschikt en alvorens een oordeel te vellen over de octrooirechtelijke vordering van de geïntimeerde, de zaak te schorsen en de volgende vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie:
 - "1. Moet artikel 9 van Richtlijn 98/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998 betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen, aldus worden uitgelegd dat het geen octrooirechtelijke bescherming verleent in omstandigheden als aan de orde in het hoofdgeding, waarbij:
 - a. sprake is van een octrooi bestaande voornamelijk uit productconclusies op DNA [het gemuteerde *dapA* gen], doch ook een werkwijzeconclusie;
 - b. de werkwijzeconclusie betrekking heeft op het gebruik van een gemuteerd *dapA*-gen dat moet worden aangemerkt als genetische informatie in de zin van

PAGE 01-00000426010-0004-0016-01-01-4



artikel 9 van Richtlijn 98/44/EG, voor het vervaardigen van de stof lysine;

- c. lysine op zich niet in aanmerking komt voor octrooirechtelijke bescherming door middel van een op die stof gerichte voortbrengselconclusie;
 - d. de beweerde inbreuk betrekking heeft op het in België in voorraad houden van lysine die buiten België beweerdelijk is verkregen door middel van de geöctrooieerde werkwijze;
 - e. maar die lysine, op het moment van het aantreffen ervan in België, geen sporen meer bevat van het *dapA*-gen in een vorm waarin het de functie uitoefent waarvoor het is geöctrooieerd?
2. Moet artikel 9 van Richtlijn 98/44/EG aldus worden uitgelegd dat het de bescherming die het verleent uitputtend harmoniseert, zodat het eraan in d weg staat dat nationale wetgeving bescherming verleent aan een voortbrengsel dat beweerdelijk rechtstreeks is verkregen door een geöctrooieerde werkwijze met betrekking tot genetische informatie, ongeacht of de in het voortbrengsel aanwezige genetische informatie haar geöctrooieerde functie uitoefent?";

- meer ondergeschikt, de vordering van de geïntimeerde tot betaling van een schadevergoeding ongegrond te verklaren en in die mate het bestreden vonnis teniet te doen;
- in nog meer ondergeschikte orde, de aanstelling van de deskundige door de eerste rechter te bevestigen en de zaak naar de eerste rechter te verwijzen, doch met de volgende aanpassingen van de opdracht van de deskundige:
 - er kan slechts informatie vergaard worden bij de appellante(n) waarvan het Hof geoordeeld zou hebben dat zij positief en effectief in België inbreuk hebben gepleegd op EP 710;
 - de opdracht van de deskundige dient beperkt te worden tot de betrokken L-lysine waarvan de effectieve verhandeling door de appellante(n) in België blijkt; en
 - voor recht te zeggen dat enkel Ajinomoto het voorschot van de kosten van de deskundige ter griffie dient te consigneren";
- rechtsprekend over de overige vorderingen van de geïntimeerde:
 - ze ongegrond te verklaren;
 - voor recht te zeggen dat er geen hoofdelijkheid bestaat in hoofde van de appellanten;
 - de gevorderde publicatie- en aanplakkingsmaatregel ongegrond te verklaren;
- rechtsprekend over de overige vorderingen van de appellanten:
 - ze ontvankelijk en gegrond te verklaren, en bijgevolg:

┌ PAGE 01-00000426010-0005-0016-01-01-4 ─┐



- de geïntimeerde te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding aan de volgende appellanten:

1. aan Helm AG:	25.000,00 EUR
2. aan Helm Benelux NV:	10.000,00 EUR
3. aan Global Bio-Chem Technology Group Co. Ltd.:	3.642.132,30 EUR
4. aan Bio-Chem Technology (HK) Ltd.:	1.000,00 EUR
5. aan Changchun Dacheng Bio-Chem Engineering Development Co. Ltd.:	1.000,00 EUR
6. aan Changchun Dahe Bio Technology Development Co. Ltd.:	1.000,00 EUR
7. aan Globe Fine Chemicals Holland BV:	10.000,00 EUR
8. aan Oostvogels Logistics BVBA:	952.863,00 EUR
9. aan Oostvogels Groep BV:	1.000,00 EUR
10. aan Oostvogels Logistics BV:	1.000,00 EUR
11. aan Oostvogels Transporten BV:	1.000,00 EUR
12. aan Oostvogels Douane-Expeditie BV:	1.000,00 EUR
13. aan Oostvogels Distributie BV:	1.000,00 EUR

- de geïntimeerde te veroordelen om aan de derde en de achtste appellante 125.510,00 EUR te betalen op 28 januari 2016, meer een bedrag van 8.965,00 EUR per daaropvolgende maand dat het beslag wordt gehandhaafd;
 - de geïntimeerde te veroordelen om aan de derde en de achtste appellante ieder een schadevergoeding te betalen *ex aequo et bono* geraamd op 25.000,00 EUR voor het onrechtmatig handhaven van beslagmaatregelen na het verstrijken van EP'710;
 - de onmiddellijke vrijgave te bevelen van de bij de Deposito- en Consignatiekas te Antwerpen betaalde borgsom van 750.000,00 EUR en de intresten die zij heeft opgebracht uitsluitend ten gunste van de appellanten;
 - de geïntimeerde te veroordelen tot integrale vernietiging, op haar kosten, van alle in het kader van het beslag inzake namaak van 25 maart 2008 in de opslagplaats van Oostvogels Logistics BVBA in beslag genomen L-lysine, in het bijzijn van een gerechtsdeurwaarder die daarvan een behoorlijk proces-verbaal van vaststelling zal opstellen, en dit alles onder verbeurte van een dwangsom van 1.000,00 EUR per kg in beslag genomen L-lysine die niet binnen een termijn van vijftien dagen na de betekening van het tussen te komen arrest vernietigd werd;
- rechtsprekend over de kosten:
- de geïntimeerde te veroordelen tot de kosten van beide aanleggen, alsook de kosten van het deskundigencollege aangesteld bij arrest van 15 mei 2012;



- wat de bepaling van de rechtsplegingsvergoeding en de advocatenkosten betreft, de zaak naar de bijzondere rol te verzenden; ondergeschikt de geïntimeerde eveneens te veroordelen tot het betalen van de rechtsplegingsvergoeding van 66.000,00 EUR per aanleg en 186,00 EUR rolrecht hoger beroep;
- de geïntimeerde te veroordelen tot het betalen van de kosten en erelonen van de octrooigemachtigden van de appellanten, begroot op 235.509,65 EUR.

2.2. De geïntimeerde vordert in haar op 13 november 2015 ter griffie neergelegde conclusies:

1. in hoofddorde wat conclusies 12 betreft:

- vast te stellen dat het bewijs van een inbreuk in de zin van artikel 27 BOW werd geleverd;
- ondergeschikt, te oordelen dat GMT+ (anderen dan GMT zelf) onrechtmatig hebben gehandeld jegens de geïntimeerde door doelbewust en actief een octrooi-inbreuk door derden te faciliteren en bijgevolg de in eerdere conclusies gevorderde maatregelen op te leggen gezien hun hoedanigheid van tussenpersoon dan wel op grond van artikel 1382 BW;

2. in hoofddorde wat conclusies 1 en 11 betreft:

- vast te stellen dat het verzoekschrift tot hoger beroep van de appellanten geen betrekking heeft op conclusies 1 en 11 van EP'710 en zich bijgevolg onbevoegd te verklaren om enige uitspraak te doen wat deze conclusies betreft;
- ondergeschikt, het hoger beroep van GMT+ toelaatbaar, maar ongegrond te verklaren wat conclusies 1 en 11 betreft;
- het incidenteel beroep van de geïntimeerde toelaatbaar en gegrond te verklaren;
- ter aanvulling van het tussenarrest van 15 mei 2012, te oordelen dat GMT+ (anderen dan GMT zelf) onrechtmatig hebben gehandeld jegens de geïntimeerde door doelbewust en actief een octrooi-inbreuk door derden te faciliteren en onderstaande maatregelen te bevelen in hun hoedanigheid van tussenpersoon dan wel op grond van artikel 1382 BW;
- minstens vast te stellen dat de inbreuk op conclusies 1 en 11 in het buitenland niet kan worden betwist, en bijgevolg te oordelen dat GMT+ (anderen dan GMT) onrechtmatig hebben gehandeld jegens de geïntimeerde door van op het Belgische grondgebied doelbewust en actief een octrooi-inbreuk in het buitenland te faciliteren en bijgevolg

PAGE 01-00000426010-0007-0016-01-01-4



te beslissen als volgt:

1. in afwachting van een definitieve begroting door de aan te stellen gerechtsdeskundige, GBT+, solidair en *in solidum*, minstens de ene bij gebreke van de andere, te veroordelen tot betaling aan de geïntimeerde van een provisionele schadevergoeding wegens inbreuk op EP'710, van 1.000.000,00 EUR, te vermeerderen met de gerechtelijke intrest, dit alles onder uitdrukkelijk voorbehoud van vermeerdering en verdere precisering in de loop van het geding;
 2. te bevelen dat, in afwachting van een definitieve begroting van de schade van de geïntimeerde, gedurende een periode van 60 dagen te rekenen vanaf drie werkdagen na de betekening van het tussen te komen arrest, een samenvatting van dit arrest wordt aangeplakt zowel buiten als binnen de inrichtingen van GBT+ en ook wordt afgebeeld op de openingspagina van alle websites uitgebaat door GBT+. Verder de publicatie van het integrale vonnis (bedoeld wordt: arrest) te bevelen in twee internationale dagbladen, twee nationale dagbladen en twee gespecialiseerde tijdschriften voor de veevoederindustrie, dit alles naar keuze van de geïntimeerde en op kosten van GBT+;
 3. te preciseren dat de vernietiging van de in beslag genomen L-lysine moet worden bevolen op kosten van GBT+;
 4. uitdrukkelijk te beslissen dat de Deposito- en Consignatiekas de door de geïntimeerde betaalde borgsom van 750.000,00 EUR en de intresten die zij heeft opgebracht op eerste verzoek van de geïntimeerde moet vrijgeven;
 5. in elk geval GBT+ te veroordelen tot de gedingkosten, inclusief de kosten van haar technische en juridische raadslieden verschuldigd op grond van artikel 14 van de Handhavingsrichtlijn. Deze kosten provisioneel te begroten op 500.000,00 EUR in afwachting van het verslag van de deskundige over de totale omvang van de inbreuk op de rechten van de geïntimeerde en de schade die zij hierdoor lijdt;
3. uiterst ondergeschikt, de prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen teneinde te laten verduidelijken of onder de Handhavingsrichtlijn een octrooihouder kan optreden tegen een tussenpersoon die handelingen stelt in een land die enkel gericht zijn op export zonder dat er in het betrokken land een octrooi-inbreuk plaatsvindt;
 4. in ieder geval, een nieuwe conclusieronde te bevelen of enige vordering tot schadevergoeding wegens afwijzing van de vorderingen van de geïntimeerde.

PAGE 01-00000426010-0008-0016-01-01-4



3. Beoordeling na de tussenarresten van 15 mei 2012 en 14 september 2015

Voorafgaand:

Op de punten waarover door dit hof bij zijn tussenarrest van 14 september 2015 reeds een eindbeslissing werd genomen, is de rechtsmacht van dit hof uitgeput. Voor zover door de partijen nog over die punten wordt geconcludeerd, worden hun conclusies buiten beschouwing gelaten.

Terecht laten de appellanten gelden dat in geval van heropening van de debatten de partijen enkel nog kunnen concluderen over het onderwerp dat in de beslissing tot heropening van de debatten is bepaald (zie ook: Cass. 31 januari 2002, C.990332.N; Cass. 29 juni 1995, Arr. Cass. 1995, 693).

Met wat door de geïntimeerde, maar ook door de appellanten, wordt uiteengezet in hun conclusies neergelegd na het tussenarrest van 14 september 2015, wordt hierna dan ook slechts rekening gehouden voor zover die argumentatie valt binnen het onderwerp van de heropening, te weten het standpunt van de partijen *“over de vordering van de geïntimeerden aangaande de door de appellanten beweerd gepleegde inbreuk op de productconclusie 1 en 11 van octrooi EP’710”*.

Het voorgaande sluit niet uit dat het hof nog beslist over de geschilpunten die door de partijen werden behandeld in hun syntheseconclusies neergelegd ter griffie van dit hof door de appellanten op 15 januari 2015 en door de geïntimeerde op 2 april 2015 en waarover door dit hof nog niet werd geoordeeld in het tussenarrest van 14 september 2015.

3.1. Voorwerp van de heropening van de debatten: de inbreuk op productconclusies 1 en 11 van EP’710

3.1.1. Het hof oordeelt dat de geïntimeerde onterecht aanvoert dat het niet zou zijn gevat om te oordelen over de conclusies 1 en 11.

In het verzoekschrift tot hoger beroep van de appellanten vorderen de appellanten immers het volgende:

- Het bestreden vonnis teniet te doen, behalve waarbij de tegenvorderingen ontvankelijk werden verklaard en de hoofdvordering van Ajinomoto wegens gebruik van know how ongegrond werd verklaard, en opnieuw rechtsprekend;*
- De oorspronkelijke tegenvorderingen ingesteld door Appellanten ontvankelijk en gegrond te verklaren (...).*

3.1.2. Conclusies 1 en 11 slaan op een levend micro-organisme en zijn genetische informatie, zijnde de mutaties in het dapA-gen (al dan niet in combinatie met mutaties in het lysC-gen)



dat codeert voor het DDPS-enzym.

Het hof oordeelt dat van een inbreuk op de productconclusies 1 en 11 van het octrooi EP'710 door de ten laste van de appellanten in beslag genomen producten geen sprake kan zijn. Het geëtrooide genetische of DNA-materiaal in de in beslag genomen lysine vervult immers niet de functie waarvoor het is geëtrooid (HvJEU, 6 juli 2010, nr. C-428/08 (Monsanto/ Cefetra)).

3.2. De vordering van de geëtimeerde "(ondergeschikt te oordelen dat GBT+ onrechtmatig hebben gehandeld jegens Ajinomoto door doelbewust en actief een octrooi-inbreuk door derden te faciliteren)"

De geëtimeerde stelt deze vordering in het beschikkend gedeelte van haar syntheseconclusies neergelegd ter griffie van het hof op 2 april 2015. Zij licht haar vordering in deze conclusies niet toe, laat staan dat ze haar bewering van een onrechtmatig handelen in hoofde van de appellanten bewijst.

3.3. De tegenvordering van de appellanten tot schadeloosstelling

De appellanten vorderen van de geëtimeerde schadeloosstelling bij toepassing van artikel 1369bis/3 §2 Ger. W. dat luidt als volgt:

"§2. Wanneer de maatregelen van beschrijving of van beslag zijn herroepen of wanneer zij vervallen wegens enig handelen of nalaten van de verzoeker, of wanneer later wordt vastgesteld dat er geen inbreuk of dreiging van inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht was, kan de rechtbank op verzoek van de verweerder de verzoeker veroordelen tot betaling van een passende schadeloosstelling voor alle ingevolge deze maatregelen veroorzaakte schade."

Het hof stelt vast dat het beslag inzake namaak bij beschikking van de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Antwerpen van 20 maart 2008 werd toegestaan ten laste van de eerste appellante en bij beschikking van de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Antwerpen van 25 maart 2008 werd toegestaan ten laste van de tweede en de achtste appellante. Het staat vast dat die appellanten geen inbreuk pleegden op EP'710. Aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 1369bis/3 §2 Ger. W. is bijgevolg wat hen betreft, voldaan. De eerste, de tweede en de achtste appellante kunnen tegenover de geëtimeerde aanspraak maken op schadeloosstelling, voor zover ze het bestaan van enige schade door het beslag inzake namaak op de lysine bewijzen.

Anders dan de geëtimeerde meent, vereist de wet niet dat de voormelde appellanten bewijzen dat de geëtimeerde bij het leggen en/of het handhaven van het beslag inzake namaak een fout in de zin van artikel 1382 BW beging.

PAGE 01-00000426030-0010-0036-01-01-4



De geïntimeerde betwist het bestaan en de omvang van de door de eerste, de tweede en de achtste appellante beweerd geleden schade door het onrechtmatig beslag.

Het staat vast dat 2.934 ton van de in beslag genomen lysine op datum van het beslag inzake namaak, eigendom was van de eerste appellante. Zij levert hiervan het bewijs door haar stuk VIII. p. Zij kocht deze lysine van de derde appellante. De lysine zou bestemd geweest zijn voor klanten in Duitsland en Spanje. Door het beslag zouden haar klanten niet tijdig beleverd geweest zijn. Dit zou haar reputatie en commercieel imago geschaad hebben waarvoor ze een schadevergoeding van 25.000,00 EUR vordert.

Het hof kan alleen maar vaststellen dat de eerste appellante wel beweert maar niet bewijst. Uit niets blijkt dat de ten laste van de eerste appellante in beslag genomen lysine op datum van het beslag verkocht zou zijn geweest. De door de eerste appellante gevorderde schade wordt bijgevolg niet bewezen.

De tweede appellante maakt aanspraak op een vergoeding van 10.000,00 EUR. Ze motiveert haar vordering als volgt:

"Helm Benelux werd volstrekt onterecht bij de procedure betrokken nu van bij Ajinomoto's eerste bezoek duidelijk werd dat er géén goederen van Helm Benelux in België werden aangetroffen en ze daarom om een nieuwe beschikking verzocht t.o.v. Helm AG. Desondanks werd deze vennootschap mee gedagvaard en dienden haar bedrijfsleiders tijd en inspanningen te leveren voor nazicht van de stukken van hun raadslieden en bewijsvoering via verklaringen van hun webmasters, onafhankelijke bedrijfsdeskundigen e.d."

Blijkens de eigen verklaringen van de tweede appellante zijn de inspanningen van haar bedrijfsleiders het gevolg van de dagvaarding ten gronde en dus niet van het beslag inzake namaak. Specifieke schade ten gevolge van het beslag inzake namaak wordt niet aangevoerd, laat staan bewezen door de tweede appellante. De vordering van de tweede appellante gesteund op artikel 1369bis/3 §2 Ger. W. is bijgevolg ongegrond.

De in beslag genomen lysine bevond zich bij de achtste appellante. Ze stelt dat haar schade door het beslag inzake namaak onder meer bestaat uit de kostprijs voor het huren van extra opslagruimte nu een deel van haar opslagruimte in beslag werd genomen door de lysine, de kostprijs voor het opslaan van de lysine en de door haar gemaakte kosten verbonden aan de plaatsbezoeken van de deskundige J. Brants en de deurwaarder. Als bewijs van haar schade verwijst ze naar stuk VIII. I.

Het hof stelt vast dat stuk VIII. I een eenzijdig door de achtste appellante opgesteld stuk is dat als dusdanig geen bewijswaarde heeft.

Het staat evenwel vast dat door de beschikking van de voorzitter van de rechtbank van koophandel van 28 maart 2008 de in beslag genomen lysine in het magazijn van de achtste

PAGE 01-00000426010-0011-0016-01-01-4



appellante werd en nog steeds wordt geïmmobiliseerd.

Het hof oordeelt dat er in de gegeven omstandigheden aanleiding toe bestaat, alvorens verder ten gronde te oordelen over de vordering van de achtste appellante, het advies in te winnen van een deskundige met de hierna vermelde opdracht.

In afwachting van de instaatstelling van de zaak na de neerlegging van het definitief deskundigenverslag houdt het hof de beslissing over de vordering tot vrijgave van de waarborg aan.

Vermits er geen beslag inzake namaak werd gelegd ten laste van de overige appellanten is hun vordering tot het bekomen van schadevergoeding op grond van artikel 1369bis/3 §2 Ger. W. ongegrond. Het feit dat de derde appellante inmiddels de in beslag genomen lysine aankocht en de derde tot de zesde appellante de verbintenis op zich namen de overige appellanten te vrijwaren, kan daaraan niets veranderen.

3.4. De tegenvordering van de appellanten tot vernietiging van de lysine op kosten van de geïntimeerde binnen een termijn van vijftien dagen na de betekening van het tussen te komen arrest

Op deze vordering zal door het hof worden ingegaan nadat het deskundigenonderzoek heeft plaatsgevonden.

4. Beslissing

Het hof beslist bij arrest op tegenspraak.

De rechtspleging verliep in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de taal in gerechtszaken.

Het hof:

- werkt de tussenarresten van 15 mei 2012 en 14 september 2015 verder uit;
- doet verder recht als volgt:
- hervormt het bestreden vonnis en doet opnieuw recht als volgt:
- verklaart de resterende vorderingen van de geïntimeerde, met uitzondering van de vordering tot vrijgave van de waarborg die wordt aangehouden, ongegrond;
- verklaart de tegenvordering van de appellanten tot nietigverklaring van EP710 ongegrond, behalve wat conclusie 7 betreft;

┌ PAGE 01-00000426010-0012-0016-01-01-4 ┐



- verklaart conclusie 7 van EP'710 nietig;
- beveelt de griffier de beslissing tot nietigverklaring bij toepassing van artikel XI.59 en XI.343 van het Wetboek van Economisch Recht over te maken aan de Dienst voor de Intellectuele Eigendom bij de Federale Overheidsdienst Economie om in het Belgische octrooiregister te worden ingeschreven;
- verklaart de tegenvordering van de eerste tot de zevende en de negende tot de dertiende appellante tot het betalen van schadevergoeding, ongegrond;
- alvorens verder recht te doen over de vordering van de achtste appellante tot het betalen van schadevergoeding, beveelt een deskundigenonderzoek;
- stelt aan als deskundige: **Alain CLUDTS, accountant**, kantoor houdende te 1780 Wemmel, Steenweg op Merchtem 54 (tel.: 02/460 68 91 en e-mail: alain.cludts@cludts.com);
- gelast deze deskundige met de opdracht de partijen te aanhoren, kennis te nemen van hun bundels, alle nodige of nuttige inlichtingen in te winnen, zelfs bij derden, om in een gemotiveerd en onder eed bevestigd verslag, neer te leggen ter griffie van dit hof:

"advies te verschaffen over de schade die de zesde appellante lijdt ingevolge de immobilisatie in haar magazijnen van de in beslag genomen lysine sedert de in beslagname tot op het ogenblik van de opheffing van het beslag";

dit alles met inachtneming van de bepalingen van de artikelen 962 tot 991bis Ger. W., hetgeen onder meer inhoudt dat:

- alle verrichtingen tegensprekelijk dienen te gebeuren en alle partijen dienen opgeroepen te worden om daaraan deel te nemen, tenzij de partijen hem hiervan uitdrukkelijk zouden vrijstellen, gelet op het uiterst technisch karakter van sommige verrichtingen;
- een eventuele verzoening tussen partijen schriftelijk wordt vastgelegd en samen met de staat van kosten en erelonen ter griffie van dit hof wordt neergelegd;
- een voorverslag, omvattende alle elementen van de besluitvorming én een ontwerp van besluiten, zal dienen opgemaakt te worden, dat aan alle partijen in voorlezing dient verstuurd te worden, met redelijke termijn voor het formuleren van opmerkingen;
- indien na ontvangst van de opmerkingen, nieuwe verrichtingen onontbeerlijk zijn, de deskundige daarom verzoekt conform artikel 973 §2 Ger. W.;

PAGE 01-00000426010-0013-0016-01-01-4



- het eindverslag elke tijdige opmerking van de partijen, geformuleerd na de toezending van het voorverslag, dient te beantwoorden;
 - zegt verder dat dit arrest door de griffier bij dit hof binnen de vijf dagen bij gerechtsbrief ter kennis zal worden gebracht aan de deskundige en per gewone brief aan de partijen en hun raadslieden;
 - zegt dat de deskundige over een termijn van acht dagen na de kennisgeving van dit arrest zal beschikken om desgewenst de opdracht met behoorlijk omklede redenen te weigeren;
 - zegt dat verder als volgt dient te worden gehandeld, dit vanaf punt 2. na voorafgaand contact met de voormelde deskundige
1. de deskundige zal, na de kennisgeving overeenkomstig artikel 972 §1, 2^e lid Ger. W. of, in voorkomend geval, na kennisgeving van de consignatie van het voorschot overeenkomstig artikel 987 Ger. W., binnen de vijftien dagen zelf de plaats, de dag, en het uur bepalen waarop hij zijn werkzaamheden zal aanvangen en zal dit per aangetekende brief meedelen aan de partijen en per gewone brief aan hun raadslieden, tenzij hij door de partijen wordt vrijgesteld van de verplichting om per aangetekende post te corresponderen;
 2. de mogelijkheid om beroep te doen op technische raadgevers is voorzien;
 3. wordt de algemene kostprijs van het deskundigenonderzoek geraamd op 2.000,00 EUR;
 4. wordt het bedrag van het voorschot dat door de appellanten binnen de maand te rekenen vanaf heden ter griffie dient te worden geconsigneerd op het rekeningnummer IBAN BE46 6792 0091 0036 – BIC PCHQ BE BB met referentie van het rolnummer van de zaak en de naam van de partij voor wie de provisie wordt betaald, of bij een kredietinstelling die de partijen gezamenlijk hebben gekozen, bepaald op 1.000,00 EUR;
 5. wordt bevolen dat de partij die de gelden geconsigneerd heeft, hiervan onmiddellijk een bewijs van betaling aan de deskundige dient te bezorgen;
 6. wordt het redelijk deel van voormeld voorschot dat kan worden vrijgegeven aan de deskundige, bepaald op 500,00 EUR, ambtshalve door de griffier bij dit hof over te maken aan de deskundige indien het voorschot geconsigneerd is ter griffie van dit hof.



7. aan de instelling waar de gelden geconsigneerd zijn, wordt bevolen een bedrag van 500,00 EUR, vrij te geven aan de deskundige ter dekking van de kosten van de deskundige;
 8. deze vrijgave wordt bevolen binnen de vijftien dagen na consignatie;
 9. de deskundige wordt bevolen een afzonderlijke en ondertekende staat van kosten en ereloon neer te leggen, waarin afzonderlijk wordt vermeld:
 - uurloon
 - verplaatsingskosten
 - verblijfskosten
 - algemene kosten
 - bedragen die aan derden zijn betaald
 - verrekening van de vrijgegeven bedragen
 10. de termijn voor het neerleggen van het eindverslag wordt bepaald op zes maanden vanaf de datum waarop de deskundige zijn werkzaamheden zal hebben aangevat, onverminderd artikel 974 §2 Ger. W. (*“de deskundige kan zich daartoe vóór het verstrijken van die termijn tot de rechter wenden met opgave van de redenen waarom de termijn zou moeten worden verlengd”*);
- zegt dat het de deskundige toekomt het hof in kennis te stellen van het verloop van het onderzoek zoals bepaald is in artikel 972bis Ger. W.;
 - zegt dat het de deskundige verboden is een rechtstreekse betaling van een partij in het geding te aanvaarden (artikel 509quater Sw.: *“Met gevangenisstraf van acht dagen tot drie maanden en met geldboete van tweehonderd euro tot vijftienhonderd euro of met een van die straffen alleen wordt gestraft de deskundige die, wetende dat een rechtstreekse betaling niet toegelaten is, deze toch aanvaardt van een partij in het geding”*);
 - houdt de beslissing over de tegenvordering van de appellanten tot vernietiging van de lysine op kosten van de geïntimeerde aan;
 - houdt de beslissing over de vordering van de geïntimeerde en de tegenvordering van de appellanten tot vrijgave van de waarborg aan;
 - verzendt de zaak met het oog op haar verdere afhandeling naar de bijzondere rol;
 - houdt de beslissing over de proceskosten aan.
-

PAGE 01-00000426010-0015-0016-01-01-4

