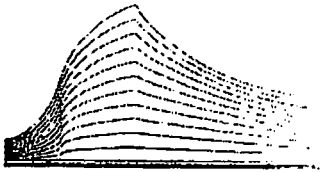


618

Hof van beroep Brussel 21 februari 2017, vanaf p. 15: rechtbank van koophandel 5 juli 2016 en vanaf p. 27: vzr. rechtbank van koophandel Brussel 12 april 2016, IEFbe 2308 (Guerbet tegen Bayer).

www.IE-forum.be



Uitgifte

Repertoriumnummer 2017/1639	Uitgereikt aan	Uitgereikt aan	Uitgereikt aan
Datum van uitspraak 21 februari 2017	op € BUR	op € BUR	op € BUR
Rolnummer 2016/KR/18			

Niet aan te bieden aan de ontvanger

Eindarrest

Octrool
Kort geding

Hof van beroep Brussel Arrest

Guerbet SA
Guerbet NV
t/
Bayer NV

8^e kamer,
burgerlijke zaken

Aangeboden op 27 FEV. 2017
Niet te registreren D'HOOGHE K.

COVER 01-00000789283-0001-0013-01-01-1



1. **GUERBET S.A.**, vennootschap naar Frans recht, met maatschappelijke zetel te FRANKRIJK, 93420 Villepinte, Rue Des Vanesses 15,

2. **GUERBET N.V.**, met maatschappelijke zetel te 1200 SINT-LAMBRECHTS-WOLUWE, Gemeenschappenlaan 110,

appellanten,

vertegenwoordigd door Mr. Liesbeth WEYNANTS, advocaat te 1040 BRUSSEL, Nerviërslaan 9-31;

tegen

BAYER N.V., met maatschappelijke zetel te 1831 DIEGEM, Jan Emiel Mommaertslaan 14,

geïntimeerde,

vertegenwoordigd door Mr. Christophe RONSE en Mr. Kristof NEEFS, advocaten te 1000 BRUSSEL, Havenlaan 86C B414.

Het hoger beroep is gericht tegen een beschikking die op 12 april 2016 werd uitgesproken door de Voorzitter van de Nederlandstalige rechtbank van koophandel te Brussel, zetelend in kort geding.

Er wordt geen akte van betekening van deze beschikking voorgelegd.

Het verzoekschrift tot hoger beroep werd tijdig voor appellanten neergelegd ter griffie van het hof op 22 april 2016. Het is regelmatig naar de vorm.

I. De bestreden beslissing

1. Bij de bestreden beschikking van 12 april 2016 heeft de eerste rechter zich bevoegd verklaard, de vordering van appellanten ontvankelijk doch ongegrond verklaard en hen veroordeeld in de kosten van het geding.

┌ PAGE 01-00000789283-0002-0013-01-01-4 ┐



II. De vorderingen van de partijen voor het hof

2. Appellanten verzoeken het hof om :

Het incidenteel beroep van Bayer ongegrond te verklaren;

Het hoger beroep van Guerbet ontvankelijk en gegrond te verklaren, de Eerste Beslissing te hervormen behalve in de mate waarin zij de vorderingen d.d. 12 april 2016 ontvankelijk verklaarde en bijgevolg:

- *Bayer NV te verbieden om rechtstreeks of onrechtstreeks, dan wel door middel van derden, inbreuk te plegen op EP 2242515 B9 van Guerbet door handelingen te stellen zoals verboden door artikel XI.29 WER, in het bijzonder het vervaardigen, aanbieden, in de handel brengen, gebruiken, invoeren of in voorraad houden voor dergelijke doeleinden van DOTAGRAPH[®], onder verbeurte van een dwangsom van EUR 10.000,00 per DOTAGRAPH[®] verpakking die zou worden vervaardigd, aangeboden, op de markt gebracht, gebruikt, ingevoerd of in voorraad wordt gehouden voor deze doeleinden;*
- *Bayer NV iedere handeling van reclame of promotie voor DOTAGRAPH[®] te verbieden, waaronder doch niet beperkt tot de mondelinge mededelingen aan het medisch corps (onder meer in ziekenhuizen, bij onafhankelijke radiologen e.d.), apothekers en groothandelaars, onder verbeurte van een dwangsom van EUR 10.000,00 per daad of drager van reclame of promotie, waarbij het Guerbet wordt toegestaan elke schending van dit verbod op alle mogelijke manieren aan te tonen, met inbegrip van een eenvoudige verklaring van de betrokken personen;*
- *Bayer NV te verbieden om monsters van DOTAGRAPH[®] te overhandigen aan het medisch corps onder verbeurte van een dwangsom van EUR 10.000,00 per DOTAGRAPH[®] monster;*
- *Bayer NV te verplichten door middel van een omzendbrief het FAGG, het BCFI, het RIZIV, de ziekenhuizen en groothandelaars te informeren dat DOTAGRAPH[®] onbeschikbaar is voor verkoop, minstens tot een Belgische beslissing ten gronde die in kracht van gewijze gegaan is, EP'515 nietig verklaart of verklaart dat DOTAGRAPH[®] niet inbreukmakend is alsook een kopie van deze standaard brieven aan Guerbet te overhandigen, dit alles binnen een termijn van twee dagen na betekening van het*



tussen te komen arrest en onder verbeurte van een dwangsom van EUR 100.000,00 per dag waarop dit bevel niet nagekomen wordt;

- *Bayer NV te verplichten DOTAGRAPH[®] dat zich nog bij groothandelaars, bij apotheken, in opslagruimtes of andere zou bevinden, terug te roepen of te laten terugroepen bij alle houders ervan, binnen de vijf dagen na betekening van het tussen te komen bevel en onder verbeurte van een dwangsom van EUR 10.000,00 per verpakking die nog in voorraad is onder deze houders of EUR 100.000,00 per dag dat zij nalaat dit bevel op te volgen;*
- *Bayer NV te verplichten zich te richten tot de Algemene Pharmaceutische Bond (APB) en het Belgisch Centrum voor Farmacotherapeutische Informatie (BCFI), het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsproducten (FAGG) en RIZIV om te melden in de databanken dat haar product DOTAGRAPH[®] onbeschikbaar is en dit minstens tot een Belgische beslissing ten gronde die in kracht van gewijze gegaan is, EP'515 nietig verklaart of verklaart dat DOTAGRAPH[®] niet inbreukmakend is, en een kopie van dit schrijven aan Guerbet te overhandigen, dit alles binnen een termijn van twee dagen na de kennisgeving van het tussen te komen arrest en onder verbeurte van een dwangsom van EUR 100.000,00 per dag waarop dit bevel niet nagekomen wordt;*
- *te zeggen voor recht dat de bovengenoemde maatregelen automatisch zullen te komen vervallen wanneer in kracht van gewijzde gegane en uitvoerbare Belgische beslissing ten gronde zou besluiten dat er geen inbreuk in hoofde van Bayer NV bestaat op de rechten van Guerbet op basis van het octrooi EP 2242515 B9 of dat dit octrooi nietig is;*
- *Bayer NV te veroordelen tot de kosten van het geding, zowel in eerste aanleg als in beroep, inclusief de dagvaardingskosten en de rechtsplegingsvergoeding, begroot op EUR 12.000 per aanleg.*

3. Geïntimeerde verzoekt het hof om :

In hoofdorde:

Het hoger beroep van Guerbet SA en Guerbet NV ongegrond te verklaren, en bijgevolg:

PAGE 01-00000789283-0004-0013-01-01-4



De beschikking a quo te bevestigen, behalve in de mate dat de vordering ingesteld door Guerbet NV toelaatbaar werd geacht;

De vordering van Guerbet NV ontoelaatbaar te verklaren wegens een gebrek aan hoedanigheid;

Guerbet en Guerbet NV te veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding van 12.000 EUR per aanleg.

In ondergeschikte orde:

De opgelegde voorlopige maatregelen te beperken tot een vonnis ten gronde over de inbreuk en/of de geldigheid van het octrooi werd geveld; niettegenstaande enig rechtsmiddel dat nog kan worden aangewend tegen dergelijk vonnis;

De gevorderde dwangsommen te herleiden en een maximum op te leggen;

De door Guerbet gevorderde publicatiemaatregelen af te wijzen als ongegrond;

De door Guerbet gevorderde terugroeping af te wijzen als ongegrond;

III. Situering van het geschil en procedurevoorgaanden

4. Geïntimeerde, Bayer NV, hierna 'Bayer', maakt deel uit van de wereldwijde Bayer groep. Zij is onder meer actief op het vlak van de contrastmiddelen voor medische beeldvorming.

Eerste appellante, de Franse vennootschap Guerbet, hierna 'Guerbet', voert aan één van de marktleiders te zijn in de sector van de contrastmiddelen voor medische beeldvorming.

Tweede appellante, Guerbet NV, is de Belgische dochter van Guerbet.

Bayer en Guerbet zijn concurrenten op de markt van de contrastvloeistoffen.

Contrastvloeistoffen zijn producten die worden geïnjecteerd in de aderen of toegediend via de spijsvertering om met een bepaalde beeldvormende techniek duidelijkere beelden te krijgen van organen en eventuele afwijkingen te identificeren.



5. Guerbet commercialiseert Dotarem. Het actief bestanddeel van Dotarem is gadoteerzuur. Dit product behoorde oorspronkelijk tot het gamma van de Duitse moederverenootschap van eiseres Bayer Pharma AG – toen nog Schering AG genaamd – maar werd voor bepaalde landen (waaronder België) in licentie gegeven aan Guerbet. De eerste Belgische vergunning voor het in de handel brengen ('VHB') voor Dotarem werd verleend in 1989.

6. Guerbet is titularis van het Europees octrooi N° EP 2 242 515 B9 (hierna 'EP 515') met betrekking tot een *Bereidingswijze voor een farmaceutische formulering van contrastmiddelen* (vrije vertaling van : *Process for preparing a pharmaceutical formulation of contrast agents*).

De verlening van EP 515 werd gepubliceerd op 2 april 2014. Op 1 oktober 2014 werd een gecorrigeerde versie van EP 515 gepubliceerd in het Publicatieblad van het Europees Octrooibureau (hierna 'EOB'). In deze gecorrigeerde versie werden volgens het octrooischrift de Beschrijving van het octrooi en de conclusies 9 en 10 aangepast.

Bij de Dienst voor Intellectuele Eigendom werd op 2 juli 2014 een Duitse vertaling van EP 515 neergelegd.

7. De geldigheid van EP 515 wordt door diverse ondernemingen betwist.

Op 23 december 2014 werd een oppositieprocedure tegen EP 515 ingeleid voor het EOB door Sanochemia Pharmazeutica AG. Dit gebeurde op 30 december 2014 eveneens door European Oppositions Ltd en op 5 januari 2015 eveneens door Actavis Group PTC ehf.

In de oppositieprocedure deed Guerbet onherroepelijk afstand van de octrooiconclusie 1 door als hoofdverzoek ('*main request*') aan de Oppositieafdeling te vragen om het octrooi te handhaven in beperkte vorm. Conclusie 1 van het octrooi zoals verleend werd door Guerbet niet gehandhaafd.

De Oppositieafdeling van het EOB waarbij deze procedure aanhangig is, heeft de partijen opgeroepen op een hoorzitting op 11 en 12 juli 2016.

De Oppositieafdeling was in toepassing van artikel 113(2) EOV en de Onderzoeksrichtlijnen van het EOB (*Guidelines for Examination in the European Patent Office, D.VI.2.1*) verplicht



om de door de octrooihouder beperkte tekst als uitgangspunt van de oppositieprocedure te gebruiken, zodat noodzakelijkerwijs enkel de beperkte versie van het octrooi nog een kans maakte om de oppositie te overleven.

De Oppositieafdeling van het EOB besliste om conclusie 1 nog verder te beperken. Een aldus beperkte versie van EP 515 werd in stand gehouden.

Guerbet heeft beroep aangetekend tegen de beslissing van de Oppositieafdeling. Sanochemia Pharmazeutica AG heeft dat eveneens gedaan. In elk geval kan Guerbet haar vrijwillige beperkingen niet meer wegnemen in een beroepsprocedure voor de Technische Beroepskamers.

8. Het Franse octrooi FR 0851055 van Guerbet, dat aan de basis ligt van EP 515, is het voorwerp van een procedure tot nietigverklaring ingesteld door Bayer Pharma AG bij de bevoegde Franse rechtbank ('Tribunal de Grande Instance') in Parijs. Een beslissing wordt eind 2017 verwacht.

Ook Bayer meent dat EP 515 ongeldig is en behoudt zich in dit verband alle rechten voor.

9. Bayer commercialiseert een uitgebreid gamma aan contrastvloelstoffen. Eén daarvan is Dotagraph, zijnde een oplossing voor injectie met de samenstelling 'Gadoterate Meglumine 0,5mmol/ml' (dit wil zeggen gadoteerzuur als megluminezout). Dotagraph is geregistreerd als een generieke versie van Dotarem. De fabrikant van Dotagraph is Sanochemia Pharmazeutika AG.

Op 2 juli 2015 verkreeg Bayer een aantal Belgische vergunningen voor het in België in de handel brengen van Dotagraph, als generiek van Dotarem. Op 21 januari 2016 werd de beslissing tot terugbetaling van Dotagraph gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.

10. Guerbet meent dat Bayer door het aanbieden en de verhandeling van Dotagraph in België, inbreuk zou maken op EP 515.

Door Guerbet werd op 11 maart 2016 een eenzijdig verzoekschrift neergelegd bij de Voorzitter van de Nederlandstalige rechtbank van koophandel te Brussel, dat ertoe strekte



om, gelet op EP 515, gemachtigd te worden om bij Bayer tot beschrijvende en bewarende maatregelen te laten overgaan in de zin van artikel 1369bis/1, §§ 1-3 en §§ 4-5 Ger. W.

Wat de beschrijvende maatregelen betreft, vorderde Guerbet onder meer dat de aan te stellen deskundige bepaalde onderdelen van het aanvraagdossier van Dotagraph zou onderzoeken en beschrijven alsook elk ander element op basis waarvan de werkwijze voor het vervaardigen van Dotagraph zou kunnen vastgesteld worden, *in de mate dat* deze methode overeenkomt met de stappen van de werkwijze opgeëist in EP 515 en in het bijzonder de aanpassingsstap die zou garanderen dat de concentratie aan vrij chelaat in overeenstemming is met de specificaties.

Op 15 maart 2016 besliste de Voorzitter van de Nederlandstalige rechtbank van koophandel te Brussel om de gevorderde beschrijvende maatregelen (deels) toe te kennen, doch wees zij de gevorderde bewarende maatregelen in hun geheel af. De Voorzitter oordeelde in dit verband onder meer:

Verzoekster vordert ook beslagmaatregelen. Overeenkomstig art. 1369bis/1 §5 dient de voorzitter te onderzoeken:

(...)

- Of de inbreuk op het betrokken intellectueel recht niet redelijkerwijze kan betwist worden;*

(...)

Verzoekster roept een verslag in van Dr. Caravan, die stelt dat er onoverkomelijke moeilijkheden zijn om op industriële schaal een andere werkwijze dan de in EP 515 beschreven werkwijze te gebruiken. Dit eenzijdig opgesteld verslag overtuigt de voorzitter niet. De beschrijvende maatregelen zullen meer duidelijkheid brengen. Enige beslagmaatregel is thans nog niet aan de orde.

Guerbet heeft geen beroep aangetekend tegen deze beslissing.

11. In het licht van het octrooigeschil met Guerbet meldde Bayer voorzichtigheidshalve op 6 april 2016 de tijdelijke onbeschikbaarheid van Dotagraph aan het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsproducten ('FAGG') in de zin van artikel 72bis, § 1bis van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994 betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen ('ZIV-wet').



Het FAGG nam deze onbeschikbaarheid op in de betrokken databank met ingang van 1 maart 2016 en meldde dit op 26 april 2016 aan de raadsman van Guerbet. De raadsman van Bayer bevestigde op dezelfde dag de tijdelijke onbeschikbaarheid van het product aan de raadsman van Guerbet. Daarbij werd uitdrukkelijk gemeld dat Bayer zich in dat verband alle rechten voorbehoudt.

12. Bayer tekende op 15 april 2016 derdenverzet aan tegen de beschikking van 15 maart 2016, in de mate dat deze beschrijvende maatregelen toekende. Op 5 juli 2016 trok de Voorzitter haar beschikking in omdat er volgens haar geen aanwijzingen van octrooi-inbreuk voorliggen.

Guerbet tekende hoger beroep aan tegen deze beschikking.

13. Op 23 maart 2016 lieten appellanten een dagvaarding in kort geding betekenen aan Bayer om te verschijnen voor de eerste rechter. Zij verzochten de eerste rechter om Bayer te verbieden inbreuk te plegen op EP 515 door het vervaardigen, aanbieden, in de handel brengen, gebruiken, invoeren of in voorraad houden van het product Dotagraph voor deze doeleinden, op straffe van een dwangsom.

Appellanten vorderden tevens het verbod op promotie/reclame voor Dotagraph en de overhandiging van Dotagraph-stalen ten aanzien van het medisch korps op straffe van dwangsommen.

Daarnaast vroegen zij de terugroeping uit de markt en het bevel om de onbeschikbaarheid van Dotagraph te melden aan derden.

Bayer verzocht de eerste rechter op haar beurt om de vorderingen van appellanten af te wijzen als onontvankelijk, minstens ongegrond, en om hen te veroordelen in de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding begroot op 1.320 euro.

14. Op 12 april 2016 werd de bestreden beschikking uitgesproken.



IV. Beoordeling

De onontvankelijkheid van de vordering van Guerbet NV

15. Hoedanigheid in de zin van artikel 17 Ger.W. wordt omschreven als de bevoegdheid van de procespartij om een vorderingsrecht uit te oefenen.

Artikel XI. 60, § 2 WER beperkt de hoedanigheid om een vordering inzake namaak in te stellen tot de octrooihouder, de vruchtgebruiker, de exclusieve licentiehouder en in subsidiaire orde de gedwongen licentiehouder van het betrokken octrooi.

Deze beperking geldt ook voor het vorderen van voorlopige maatregelen met betrekking tot een octrooi op grond van artikel 1369ter, § 1 Ger. W.

Bayer voert terecht aan dat tweede appellante, Guerbet NV, geen enkele titel heeft op basis waarvan zij rechten op EP 515 kan doen gelden.

Guerbet NV kan geen rechten uitoefenen die aan een andere persoon toebehoren.

De vordering van Guerbet NV is onontvankelijk wegens gebrek aan hoedanigheid in de zin van artikel 17 Ger.W.

De vordering van Guerbet

16. Krachtens artikel 584, alinea 2 Ger.W. kan de voorzitter van de rechtbank van koophandel bij voorraad uitspraak doen in gevallen die hij spoedeisend acht, in aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de rechtbank behoren.

Er is sprake van een spoedeisend geval wanneer een onmiddellijke beslissing wenselijk is om schade van een bepaalde omvang, dan wel ernstige ongemakken te voorkomen.

De taak van de rechter in kort geding bestaat erin om een billijke wachttoestand te handhaven tijdens de periode van het ontstaan van het geschil, tot de oplossing daarvan.

Urgentie moet niet alleen aanwezig zijn op het ogenblik van de dagvaarding, maar ook op het ogenblik van de uitspraak van de voorzitter in kort geding, en in geval er hoger beroep wordt ingesteld, eveneens op het ogenblik van de uitspraak van de appèlrechter.



600

De rechter beoordeelt de hoogdringendheid op het ogenblik van zijn uitspraak. Hij kan bijgevolg vaststellen dat de zaak op het ogenblik van zijn uitspraak niet, of niet meer hoogdringend is en de vordering om die reden ongegrond verklaren (Cass. 11 mei 1998, Arr. Cass. 1998, nr. 231).

De houding van de partijen kan in overweging genomen worden in het kader van de beoordeling van de urgentie.

De eiser kan zich niet meer op urgentie beroepen, wanneer hij zelf te lang gewacht heeft of de toestand van spoed zelf in het leven heeft geroepen. De rechter in kort geding vermag te oordelen dat een geval niet spoedeisend is, indien de al dan niet rechtmatige daden van de eiser zelf de schade of de ongemakken veroorzaken (Cass. 17 maart 1995, Arr. Cass. 1995, 320).

Zo zal een vordering in kort geding als ongegrond worden afgewezen wanneer de eiser te lang gedraald heeft om de tegenpartij te dagvaarden, tenzij hij een gegronde reden heeft om deze vertraging te verantwoorden.

17. Bayer laat gelden dat eerste appellante, Guerbet, nooit is overgegaan tot het dagvaarden van Bayer voor de rechtbank in een procedure ten gronde.

Het hof stelt vast dat dit door Guerbet niet wordt tegengesproken.

Hoewel Guerbet in de procedure van beslag inzake namaak, die een aanvang nam op 11 maart 2016 met de neerlegging van een verzoekschrift ex artikel 1369bis § 1 e.v. Ger.W., en in de onderhavige kort geding procedure, aanhangig gemaakt bij dagvaarding van 23 maart 2016, onder meer aanvoert dat een inbreuk op het octrooi dat zij inroept niet redelijkerwijze kan worden betwist, heeft zij het, minstens tot 24 oktober 2016, datum waarop deze zaak gepleit en in beraad genomen werd, niet nuttig geacht een procedure ten gronde aanhangig te maken tegen Bayer.

Het hof oordeelt op grond van de voormelde vaststelling dat Guerbet zich thans (en ook reeds op het ogenblik waarop deze zaak in beraad genomen werd, te weten 24 oktober 2016) niet meer op urgentie kan (of kon) beroepen. Zij heeft immers, alle omstandigheden van de zaak in acht genomen, te lang gewacht om een procedure tegen Bayer aanhangig te maken bij de rechter ten gronde.



Ten onrechte meent Guerbet haar stilzitten wat het inleiden van een procedure ten gronde betreft, te kunnen rechtvaardigen door te verwijzen naar de melding vanwege Bayer van de onbeschikbaarheid van haar product en naar het gegeven dat Guerbet niet beschikt over de beschrijving zoals gevorderd bij haar verzoekschrift beslag inzake namaak en aanvankelijk toegestaan door de Voorzitter van de Nederlandstalige rechtbank van koophandel te Brussel (beschrijvende maatregelen) (cfr. het feitenrelaas).

Deze argumenten sporen namelijk niet met hetgeen Guerbet voor het overige aanvoert in dit kort geding.

Guerbet voert immers aan dat er urgentie is omdat Bayer de onbeschikbaarheid die zij heeft gemeld, op elk moment kan intrekken (randnummer 22 van de conclusie van Guerbet van 19 september 2016). Hoe dan ook, indien Guerbet dit daadwerkelijk vreesde, had zij ook in een procedure zoals in kort geding kunnen optreden tegen deze (beweerde) dreigende inbreuk.

Guerbet voert aan dat er een voldoende schijn van rechten bestaat om een voorlopig inbreukverbod in kort geding te krijgen. Meer zelfs, volgens Guerbet is het, gelet op de prijzen en terugbetalingsmodaliteiten 'onmogelijk' dat Bayer en/of haar toeleverancier een andere en dus duurdere werkwijze gebruikt dan die van EP 515 (randnummer 50 van haar conclusie van 19 september 2016). Indien dit inderdaad het geval is, dan kan het niet beschikken over een deskundig verslag door de intrekking van het oorspronkelijk toegestane beslag inzake namaak, voor appellanten geen gegronde reden zijn om geen initiatief ten gronde te nemen.

18. Het hof oordeelt dat bij gebrek aan urgentie op 24 oktober 2016 en a fortiori op de datum waar het hof uitspraak doet, de vordering van Guerbet ongegrond is.

19. Er is in casu geen gegronde redenen om af te wijken van het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding.

20. Alle overige door de partijen ingeroepen feitelijke elementen, argumenten en middelen zijn niet ter zake dienend en wegen in ieder geval niet op tegen hetgeen hiervoor door het hof werd overwogen.



620

OM DEZE REDENEN :
HET HOF, recht doende na tegenspraak,

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

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond;

Verklaart het incidenteel beroep ontvankelijk en gegrond;

Doet de bestreden beschikking teniet in de mate waarin ze de vordering van Guerbet NV ontvankelijk verklaarde;

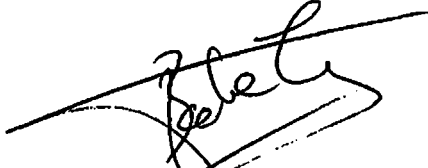
Opnieuw recht doende aangaande de ontvankelijkheid van de vordering van Guerbet NV : verklaart deze onontvankelijk;

Bevestigt voor het overige het bestreden vonnis, weze het op andere gronden;
Legt de kosten van de beroepsprocedure ten laste van appellanten;

Stelt de kosten vast op 420 euro (verzoekschrift hoger beroep) aan de zijde van appellanten en op 1.440 euro (rechtsplegingsvergoeding) aan de zijde van geïntimeerde.

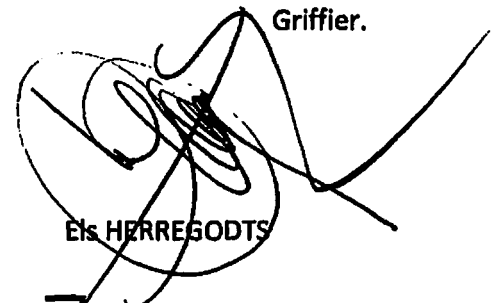
Aldus gevonnist en uitgesproken ter openbare terechtzitting van de burgerlijke achtste kamer van het hof van beroep te Brussel, op 21 februari 2017, waar aanwezig waren en zitting hielden:

Els HERREGODTS,
Kaatje BATSELIER,



Kaatje BATSELIER

Raadsheer,
Griffier.



Els HERREGODTS



Eensluitend verklaarde kopie

Afgeleverd aan: Aan de Minister van ECONOMISCHE ZAKEN,

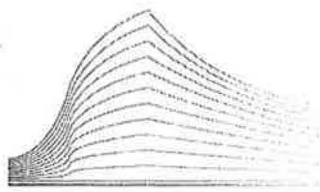
art. Bericht

Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.


Brussel, 08-03-2017




B. VANDERGUCHT
Griffier



NIET ONDERTEKEND AFSCHEFF - art.
792 G.W. - Wijze van uitspraak
art. 220, 2° - Welke registratiekosten

Repertoriumnummer 2016 / 
Datum van uitspraak 05-07-2016
Rolnummer C/16/00021
<input type="checkbox"/> Niet aan te bieden aan de ontvanger

Uitgifte

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

Nederlandstalige Rechtbank van Koophandel Brussel

Beschikking Voorzitter

Aangeboden op
Niet te registreren

Derdenverzet

IN DE ZAAK VAN:

Bayer NV, met zetel te 1831 Diegem, Jan Emiel Mommaertslaan 14 en KBO-nummer 0400.948.213;

Eiseres op derdenverzet;

Vertegenwoordigd door Christophe Ronse, Kristof Neefs en Xanne Holvoet, advocaten te 1000 Brussel, Havenlaan 86C, bus 414;

TEGEN:

Guerbet SA, vennootschap naar Frans recht met maatschappelijke zetel te FR-93420 Villepinte (Frankrijk), Rue des Vannesses 15, geregistreerd in het vennootschapsregister van Bobigny (Frankrijk) onder het nummer 308 491 521, die in het kader van deze procedure keuze van woonplaats doet bij haar raadsman;

Verweerster op derdenverzet;

Vertegenwoordigd door Liesbeth Weynants, advocaat te 1040 Brussel, Nerviërslaan 9-31, 4^e verdieping;

I. DE PROCEDURE :

Het proceduredossier bevat volgende stukken :

- de dagvaarding in derdenverzet, betekend op 15 april 2016;
- de conclusie voor eisende partij;
- de conclusie en syntheseconclusie voor verwerende partij;
- de stukken van partijen.

De zaak werd gepleit op de openbare terechtzitting van de kamer van het kort geding op 14 juni 2016.

De zaak werd in beraad genomen voor uitspraak ten laatste op 13 juli 2016.

De wet van 15 juni 1935 inzake het gebruik der talen in gerechtszaken werd nageleefd.

II. DE VORDERING

De vordering van eisende partij op derdenverzet, zoals gespecificeerd in de conclusie, strekt ertoe:

“De vordering van Bayer NV toelaatbaar en gegrond te verklaren, en bijgevolg:

In hoofdorde:

De beschikking van 15 maart 2016 (met rolnummer EV/16/00037) te vernietigen behalve in de mate dat de door Guerbet gevorderde bewarende maatregelen werden afgewezen;

De opheffing te bevelen van het beschrijvend beslag inzake namaak;

Deskundige Theunis te bevelen om alle tijdens het beslag inzake namaak verzamelde documentatie en andere informatiedragers terug te bezorgen aan Bayer en om alle kopieën die hij heeft gemaakt te vernietigen;

In ondergeschikt orde,

De beschikking van 15 maart 2016 (met rolnummer EV/16/00037) als volgt aan te vullen en/of te wijzigen:

- > De deskundige te bevelen om zijn verslag te beperken tot de elementen die relevant zijn voor beweerde inbreuken begaan op het Belgisch grondgebied;*
- > De deskundige te bevelen om zijn verslag te beperken tot elementen die relevant zijn voor de beweerde inbreuk op de octrooiconclusies van EP 2 242 515 zoals Guerbet deze verdedigt in de oppositieprocedure voor het Europees Octrooibureau;*
- > Te bevelen dat de deskundige de werkwijze voor de vervaardiging van Dotagraph® slechts zal beschrijven in diens verslag in de mate dat deze*

overeenstemt met de werkwijze geclaimd in de voormelde octrooiconclusies en derhalve geen informatie zal opnemen in zijn verslag of de bijlagen ervan omtrent enige kenmerken van de beschreven producten of processen die hiermee niet overeenstemmen;

- > De deskundige te verbieden om in zijn verslag of in de bijlagen ervan enig deel van het Gemeenschappelijk Technisch Document van Dotagraph® op te nemen;*
- > De deskundige te verbieden om informatie over te maken aan een sapiteur en, in de mate dat dit reeds gebeurd zou zijn, de deskundige te verbieden om enige elementen hierover op te nemen in zijn verslag;*
- > Te verklaren dat Bayer niet verplicht is om zogenaamde FTO-rapporten over te maken aan de deskundige;*
- > De deskundige te verbieden om zijn verslag mee te delen aan Guerbet en haar vertegenwoordigers;*
- > Te bevelen dat het deskundigenverslag enkel onder een gesloten omslag ter griffie mag worden neergelegd en dat Guerbet en haar raadslieden er pas kennis van kunnen nemen nadat er een finale beslissing is tussengenenomen in de oppositieprocedure tegen EP 2 242 515 bij het Europees Octrooibureau en in de Franse nietigheidsprocedure tegen FR0851055;*
- > Guerbet te verbieden dat enige persoon die betrokken is of in de komende 5 jaar zal betrokken zijn bij het aanvragen, wijzigen, handhaven en verdedigen van octrooien, uitgezonderd EP 2 242 515, met betrekking tot gadoteerzuur in de ruimste zin, met inbegrip van vormen van gadoteerzuur en werkwijzes voor de productie van gadoteerzuur en producten die gadoteerzuur als actief bestanddeel bevatten, kennis kan nemen van het deskundigenverslag, op straffe van een dwangsom van 1.000.000 EUR per persoon die kennis neemt van het verslag in strijd met dit verbod;*
- > Guerbet te verbieden dat enige persoon die betrokken is bij de oppositieprocedure tegen EP 2 242 515 en/of bij de Franse nietigheidsprocedure tegen FR0851055 kennis kan nemen van het*

deskundigenverslag op straffe van een dwangsom van 1.000.000 EUR per persoon die kennis neemt van het verslag in strijd met dit verbod;

- > Guerbet te bevelen om, bij schriftelijk verzoek daartoe van Bayer, mee te delen welke personen kennis hebben genomen van het deskundigenverslag, op straffe van een dwangsom van 1.000 EUR per dag vertraging na het verstrijken van 2 werkdagen na het verzoek daartoe van Bayer;*

In elk geval:

Guerbet te veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding geschat op 1320 EUR."

Verweerster in derdenverzet besluit als volgt :

"Het derdenverzet in zijn geheel af te wijzen en bijgevolg de beschikking uitgesproken op 15 maart 2016 te bevestigen;

Bayer te bevelen om de deskundige alle informatie te bezorgen, met inbegrip van, zonder echter daartoe beperkt te zijn, de freedom-to-operate ("FTO") rapporten (in het Nederlands "vrijheid om te handelen") die hij heeft opgevraagd binnen de termijn die de deskundige daartoe oplegt, op straffe van een dwangsom van 10.000 EUR per dag en per rapport dat niet wordt overgemaakt.

Bayer te veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding vastgesteld op een bedrag van 12.000 euro."

III. DE FEITEN

Partijen zijn beiden producenten van geneesmiddelen en zijn dus elkaars concurrenten.

Huidige zaak betreft een contrastvloeistof gebruikt voor de diagnostische beeldvorming door middel van magnetic resonance imaging ("MRI").

Guerbet, verweerster op derdenverzet, commercialiseert een contrastmiddel op

basis van een complex van chelaat met gadolonium (of gadoteerzuur), onder het merk DOTAREM.

Bayer, eiseres op derdenverzet, commercialiseert DOTAGRAPH, wat een generieke versie is van DOTAREM.

Guerbet vorderde een beslag inzake namaak, zich beroepend op haar Europees octrooi EP2242515B9 (EP'515), wat geresulteerd heeft tot een beschikking van 15 maart 2016 van de Voorzitter van deze rechtbank. In deze beschikking werden beschrijvende maatregelen toegestaan, en werden de gevorderde beslagmaatregelen geweigerd. Deze beschikking maakt het voorwerp uit van huidig derdenverzet. De beschikking werd op 18 maart 2016 betekend aan Bayer. De aangestelde deskundige, dhr. Patrick Theunis, ving aan met zijn opdracht. Intussen werden in onderling akkoord van partijen de werkzaamheden van de deskundige opgeschort in afwachting van de beschikking in het kader van huidig derdenverzet.

Het EP'515 maakt het voorwerp uit van een oppositieprocedure, ingeleid door Sanochemia Pharmazeutica AG op 23 december 2014, door European Oppositions Ltd op 30 december 2014 en door Actavis Group PTC op 5 januari 2015. De finale mondelinge zitting hierover vindt plaats op 11 en 12 juli 2016 in Nederland. Volgens Guerbet zal ter zitting de beslissing mondeling meegedeeld worden.

Bayer zet uiteen dat EP 515 zich beroept o.a. op de prioriteitsdatum van het Franse octrooi FR0851055. Daar de beschermingsomvang van dit octrooi echter veel ruimer is dan die van EP 515 heeft Bayer in Frankrijk een nietigheidsprocedure ingesteld tegen dit octrooi.

Op 23 maart 2016 werd door Guerbet een kort geding procedure ingeleid, op basis van een beweerde ogenschijnlijke inbreuk op EP 515 door Bayer. De gevorderde maatregelen werden door de Voorzitter van deze rechtbank afgewezen. Guerbet heeft beroep aangetekend tegen deze beslissing.

IV. BESPREKING

Bayer vreest dat één van de doelstellingen van Guerbet bij de procedure van beslag inzake namaak is geheime informatie te verzamelen over de producten van de Bayer groep om zo haar octrooiportefeuille strategisch te manoeuvreren.

IV.1. IN HOOFDORDE :

1) De absolute nietigheid van het verzoekschrift en van de beschikking op grond van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken:

Bayer meent dat het eenzijdig verzoekschrift en de beschikking van 15 maart 2016 moet voldoen aan de vereisten van de Taalwet Gerechtszaken.

Meer bepaald verwijst Bayer naar het randnummer 35 van het motiverend gedeelte van het verzoekschrift, het beschikkend gedeelte van het verzoekschrift en het beschikkend gedeelte van de beschikking.

Op deze 3 plaatsen gaat het over dezelfde woorden die in het Engels werden weergegeven.

Omdat het telkens om hetzelfde gaat, wordt hier enkel weergegeven wat in het beschikkend gedeelte van de beschikking is vermeld :

*“Stelt aan als deskundige **Patrick Theunis**, Langbosweg 19, 2550 Kontich (03/294.38.83; patrick@patrickspatents.eu).*

Teneinde :

- *over te gaan tot een beschrijving om de rechter ten gronde toe te laten om het bestaan, de oorsprong, de bestemming en de omvang van een mogelijke inbreuk op octrooi EP 2 242 515 B9 vast te stellen, en om daartoe:*
 - *met name – zonder zich noodzakelijkerwijze daartoe te beperken – de volgende stukken van het VHB-aanvraagdossier van DOTAGRAPH® te verkrijgen, onderzoeken en beschrijven:*
 - *module 3 deel P (drug product) van het Common Technical Document en in het bijzonder de delen 3.2.P.3.3 (description of*

Manufacturing Process and Process Controls) en 3.2.P.2 (pharmaceutical development) en 3.2.P.3.4 (controls of Critical Steps and Intermediates);

- *module 3 deel S (drug substance) van het Common Technical Document en in het bijzonder de delen 3.2.S.2.2, 3.2.S.2.4, 3.2.S.2.6;*
- *de Active substance master file;*

en, meer algemeen, elk ander voorwerp, element of document op basis waarvan de werkwijze(n) voor het vervaardigen van het geneesmiddel DOTAGRAPH[®] vastgesteld kunnen worden;”

Overeenkomstig art. 2 van de wet van 15 juni 1935 moet de hele rechtspleging in het Nederlands worden gevoerd.

Overeenkomstig art. 40 van deze wet wordt een inbreuk op deze regel gesanctioneerd met nietigheid.

In de passages waarnaar Bayer verwijst, wordt door Guerbet en door de voorzitter een onderzoek en beschrijving gevorderd/bevolen van bepaalde stukken uit het VHB-aanvraagdossier van DOTAGRAPH. Er wordt in deze passages aangeduid welke modules of delen van het aanvraagdossier moeten worden onderzocht en beschreven. Het te onderzoeken document/dossier bestaat alléén in het Engels. Zowel de oorspronkelijke verzoekster als de voorzitter hebben geen enkele uitleg of beschrijving gegeven in het Engels maar hebben zich ertoe beperkt te verwijzen naar de te onderzoeken en te beschrijven onderdelen van een Engelstalig document.

Het gaat dus louter om een verwijzing naar onderdelen van een document dat niet in het Nederlands bestaat : er wordt geen enkele inhoudelijke betekenis aan gegeven. Indien dit in een andere taal dan het Engels zou zijn gebeurd, gaat de verwijzing verloren.

Vermits de Engelse woorden niet worden weergegeven omwille van hun inhoud, maar enkel omwille van de verwijzing naar een welbepaald gedeelte in een welbepaald Engels document en om elke vergissing omtrent te onderzoeken/beschrijven gedeelte uit te sluiten, dient de “zakelijke inhoud”, die

in dit kader volstrekt zonder belang is, dan ook niet te worden vertaald.
Er werd geen inbreuk gepleegd op de hogergenoemde wet van 15 juni 1935.
Noch het eenzijdig verzoekschrift, noch de beschikking zijn aangetast door nietigheid.

2) Aanwijzingen van inbreuk :

Bayer meent dat er op het ogenblik van de neerlegging van het eenzijdig verzoekschrift geen objectieve aanwijzing was van inbreuk in haren hoofde, zodat de oorspronkelijke vordering, niet gegrond is in toepassing van art. 1369bis/1, §3,2) Ger.W..

Guerbet meent dat er wel degelijk aanwijzingen waren, en dat eenvoudige aanwijzingen volstaan.

Het in geding zijnde octrooi is een werkwijzeoctrooi.

De vereiste van "aanwijzingen" van inbreuk in de zin van artikel 1369bis/1, §3 Ger.W. houdt in dat de verzoeker gegevens moet aanreiken die aannemelijk maken dat een inbreuk zou kunnen worden gepleegd op het intellectueel eigendomsrecht. De aangedragen feiten moeten van die aard zijn dat zij, bij een prima facie beoordeling, op zich of met elkaar in verband gebracht, een vermoeden doen rijzen van een inbreuk of een dreiging van inbreuk. Dit is bij voorbeeld niet het geval indien (i) het ingeroepen intellectueel eigendomsrecht een werkwijze octrooi betreft, (ii) de mogelijkheid om een inbreuk op dit octrooi vast te stellen enkel kan gebeuren door in het besloten productieproces van de beweerde inbreukmaker te gaan kijken, (iii) de beweerde inbreukmaker oppositie tegen het octrooi heeft ingesteld bij het Europees Octrooibureau en (iv) de partijen rechtstreekse concurrenten van elkaar zijn (zie ook Cass. 26 november 2009, AR C.08.0206.N, IRDI 2010, 135).

Guerbet roept als aanwijzing in :

1. Dat het onmogelijk is een andere werkwijze te gebruiken tegen een redelijke kostprijs : Guerbet legt in dat verband een rapport neer van 7 maart 2016 van Dr. Peter Caravan.

Dit rapport (stuk 10 van Guerbet) zegt echter geenszins dat het onmogelijk is een andere werkwijze te gebruiken tegen een redelijke kostprijs : dit

rapport zegt enkel dat een andere werkwijze duurder zou zijn dan de werkwijze van Guerbet.

2. Dat het product van Bayer op het ogenblik van het neerleggen van het verzoekschrift beschikbaar was voor de markt en dat Bayer deelneemt aan openbare aanbestedingen : zoals Bayer terecht stelt, is dit enkel relevant indien Guerbet enige objectieve en concrete aanwijzing zou aanreiken dat Dotagraph een rechtstreeks verkregen voortbrengsel is van de werkwijze volgens EP 515.
3. Dat Bayer een nietigheidsprocedure heeft ingeleid in Frankrijk tegen het nationaal Franse octrooi met nummer FR0851055 : hieruit leidt Guerbet af dat Bayer gebruikt wenst te maken van het voorwerp van genoemd octrooi, zijnde de beschermde werkwijze van Guerbet. Bayer roept in dat het Frans octrooi ruimer is dan EP 515. Bayer stelt dat zij in het kader van de nietigheidsprocedure haar octrooi beperkt, in de zin dat de conclusies van het Franse octrooi zullen overeenstemmen met het beperkter EP '515.

Wij stellen vast dat in elk geval een aanwijzing van inbreuk niet kan worden afgeleid uit het louter feit dat de beslagene een concurrent is en een oppositieprocedure heeft ingeleid (Cfr. Cass. 26 november 2009, AR C.08.0206.N, l.c.).

4. Dat Sanochemia, producent van Dotagraph voor Bayer, een oppositie heeft ingesteld tegen EP'515 : Guerbet leidt hieruit af dat EP'515 haar belemmert in haar activiteiten :
Hier kan echter hetzelfde worden gesteld als mbt de nietigheidprocedure ingesteld door Bayer in Frankrijk : een aanwijzing van inbreuk kan niet worden afgeleid uit het louter feit dat de beslagene een concurrent is en een oppositieprocedure heeft ingeleid.

Guerbet merkt in de procedure in derdenverzet ook op dat na de toekenning van de beschrijvende maatregelen Bayer haar product van de markt heeft gehaald en het als "onbeschikbaar" heeft gemeld.

Wij stellen vast dat dit in elk geval geen element was waar op het ogenblik van het neerleggen van het eenzijdig verzoekschrift rekening kon mee worden gehouden, zodat dit voor de beoordeling van het derdenverzet zonder belang is.

Als besluit kan worden gesteld dat op het ogenblik van het neerleggen van het eenzijdig verzoekschrift door Guerbet er geen objectieve aanwijzing van inbreuk op het EP'515 in hoofde van Bayer werden aangereikt die een beschrijvend beslag inzake namaak konden rechtvaardigen.

OM DEZE REDENEN,

Gaby Van den Bossche, voorzitter van de Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel, zetelend in het gerechtsgebouw te 1000 Brussel, Waterloolaan 70, inzake kort geding, Zaal E, bijgestaan door Linda Walravens, griffier,

Rechtsprekende op tegenspraak,

Verklaart het derdenverzet ontvankelijk en gegrond :

Vernietigt de beschikking van 15 maart 2016 inzake EV/16/00037;

Opnieuw rechtdoende :

Verklaart de vordering op eenzijdig verzoekschrift ontvankelijk doch ongegrond.

Beveelt de opheffing van het beschrijvend beslag inzake namaak.

Beveelt deskundige Theunis om alle tijdens het beslag inzake namaak verzamelde documentatie en andere informatiedragers terug te bezorgen aan Bayer en om alle kopieën die hij heeft gemaakt te vernietigen.

Veroordeelt verweester op derdenverzet tot de kosten zowel van het oorspronkelijk geding als van het derdenverzet, begroot in hoofde van eiseres op derdenverzet op 1320 € rechtsplegingsvergoeding, alsmede tot de kosten van het deskundigenonderzoek.

Aldus uitgesproken ter openbare en buitengewone terechtzitting van de kamer, zetelend in kort geding, zaal E, van de Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel, op **05-07-2016**

De Griffier,

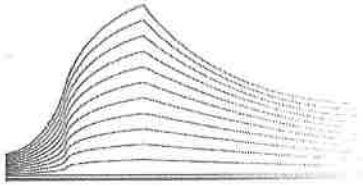


L. WALRAVENS

De Voorzitter,



G. VAN DEN BOSSCHE



copie M. de Haese

2924

Repertoriumnummer 2016 /
Datum van uitspraak
Rolnummer C/16/00016
<input type="checkbox"/> Niet aan te bieden aan de ontvanger

Uitgifte

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

Nederlandstalige Rechtbank van Koophandel Brussel

Beschikking Voorzitter

Aangeboden op
Niet te registreren

Kort geding

IN DE ZAAK VAN:

- 1) De vennootschap naar Frans recht **GUERBET**, met maatschappelijke zetel te 93420 Villepinte, Rue Des Vanesses 15, Frankrijk, geregistreerd in het vennootschapsregister van Bobigny onder het nummer 308 491 521;
- 2) De naamloze vennootschap **GUERBET NV**, vennootschap naar Belgisch recht met maatschappelijke zetel te 1200 Brussel (Sint-Lambrechts-Woluwe), Gemeenschappenlaan 110, geregistreerd bij de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0403.054.893;

Eisende partijen,

vertegenwoordigd door Liesbeth Weynants , advocaat, met kantoor te HOYNG ROKH MONEGIER LLP, 1040 Brussel, Nerviërslaan 9-31, 4^e verdieping;

TEGEN:

BAYER NV, met maatschappelijke zetel te 1831 Diegem, Jan Emiel Mommaertslaan 14, ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0400.948.213;

Verweerster,

Vertegenwoordigd door Meester Christophe RONSE, advocaat, met kantoor te 1000 Brussel, Havenlaan 86C, bus 414;

DE PROCEDURE :

Het proceduredossier bevat volgende stukken :

- de dagvaarding in kort geding, betekend op 23 maart 2016;
- de conclusie voor verwerende partij;
- de stukken van partijen.

De zaak werd gepleit op de openbare terechtzitting van de kamer van het kort geding op 29 maart 2016.

De zaak werd in beraad genomen voor uitspraak ten laatste op 12 april 2016.

De wet van 15 juni 1935 inzake het gebruik der talen in gerechtszaken werd nageleefd.

DE VORDERING

De vordering van eisende partij, zoals geformuleerd in de dagvaarding, luidt als volgt:

“De vorderingen van Guerbet ontvankelijk en gegrond te verklaren;

En bijgevolg:

- *Bayer NV te verbieden om rechtstreeks of onrechtstreeks, dan wel door middel van derden, inbreuk te plegen op EP 2242515 B9 van Eiseres door handelingen te stellen zoals verboden door artikel XI.29 WER, in het bijzonder het vervaardigen, aanbieden, in de handel brengen, gebruiken, invoeren of in voorraad houden voor dergelijke doeleinden van het product DOTAGRAPH[®], onder verbeurte van een dwangsom van EUR 10.000,00 per DOTAGRAPH[®] verpakking die zou worden vervaardigd, aangeboden, op de markt gebracht, gebruikt, ingevoerd of in voorraad wordt gehouden voor deze doeleinden;*
- *Bayer NV iedere handeling van reclame of promotie voor het product DOTAGRAPH[®] te verbieden, waaronder doch niet beperkt tot de mondelinge mededelingen aan het medisch corps (onder meer in ziekenhuizen, bij onafhankelijke radiologen e.d.), apothekers en groothandelaars, onder verbeurte van een dwangsom van EUR 10.000,00 per daad of drager van reclame of promotie, waarbij het Guerbet wordt toegestaan elke schending van dit verbod op alle mogelijke manieren aan te tonen, met inbegrip van een eenvoudige verklaring van de betrokken personen;*

- *Bayer NV te verbieden om monsters van DOTAGRAPH[®] te overhandigen aan het medisch corps onder verbeurte van een dwangsom van EUR 10.000,00 per DOTAGRAPH[®] monster;*
- *Bayer NV te verplichten door middel van een omzendbrief het FAGG, het BCFI, het RIZIV, de ziekenhuizen en groothandelaars te informeren dat DOTAGRAPH[®] tijdelijk onbeschikbaar is voor verkoop, alsook een kopie van deze standaard brieven aan Guerbet te overhandigen, dit alles binnen een termijn van twee dagen na betekening van de tussen te komen beslissing en onder verbeurte van een dwangsom van EUR 100.000,00 per dag waarop dit bevel niet nagekomen wordt;*
- *Bayer NV te verplichten haar product DOTAGRAPH[®] terug te roepen of te laten terugroepen bij alle houders ervan, binnen de vijf dagen na betekening van het tussen te komen bevel en onder verbeurte van een dwangsom van EUR 10.000,00 per verpakking die nog in voorraad is onder deze houders of EUR 100.000,00 per dag dat zij nalaat dit bevel op te volgen;*
- *Bayer NV te verplichten zich te richten tot de Algemene Pharmaceutische Bond (APB) en het Belgisch Centrum voor Farmacotherapeutische Informatie (BCFI), het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsproducten (FAGG) en RIZIV om te melden in de databanken dat haar product DOTAGRAPH[®] onbeschikbaar is, en een kopie van dit schrijven aan Guerbet te overhandigen, dit alles binnen een termijn van twee dagen na de kennisgeving van de tussen te komen beslissing en onder verbeurte van een dwangsom van EUR 100.000,00 per dag waarop dit bevel niet nagekomen wordt;*
- *Te zeggen voor recht dat de bovengenoemde maatregelen automatisch zullen te komen vervallen wanneer een definitieve en uitvoerbare beslissing ten gronde zou besluiten dat er geen inbreuk in hoofde van Bayer NV bestaat op de rechten van Guerbet op basis van het octrooi EP 2242515 B9;*
- *Bayer NV te veroordelen tot de kosten van het geding, inclusief de dagvaardingskosten en de rechtsplegingsvergoeding.”*

Verweerster besluit tot:

De vordering van eisende partij af te wijzen als onontvankelijk minstens ongegrond , en eisende partijen te horen veroordelen tot de kosten van het geding.

DE FEITEN

1.

Verweerster maakt deel uit van de farmaceutische groep van bedrijven, met de naam "BAYER".

Eerste eiseres is de moedervenootschap van de wereldwijde farmaceutische groep van bedrijven, met de naam "GUERBET". Tweede eiseres is een dochteronderneming van eerste eiseres, die het product "Dotarem" verdeelt.

Beide farmaceutische groepen ontwikkelen en commercialiseren contrastmiddelen voor medische beeldvorming.

Eisende partijen commercialiseren een contrastmiddel op basis van een complex van chelaat met gadolonium (of gadoteerzuur), gebruikt voor diagnostische beeldvorming door middel van "magnetic resonance imaging" ("MRI"), onder het merk "DOTAREM".

Eerste eiseres is met betrekking hiertoe titularis van het Europees octrooi n° EP 2 242 515 B9 (EP'515). Verweerster betwist de geldigheid van dit octrooi.

Op 23 december 2014 werd een oppositieprocedure tegen EP '515 ingeleid voor het Europees Octrooibureau door SANOCHEMIA PHARMAZEUTICA AG, producent van Dotagraph, op 30 december 2014 door EUROPEAN OPPOSITIONS LTD en op 5 januari 2015 door ACTAVIS GROUP PTC EHF. De Oppositieafdeling van het EOB waarbij deze procedure aanhangig is, heeft de partijen opgeroepen op een hoorzitting op 11 en 12 juli 2016.

GUERBET's Franse octrooi FR 0851055, dat aan de basis ligt van EP '515, is tevens het voorwerp van een procedure tot nietigverklaring ingesteld door BAYER PHARMA AG, de Duitse zustervenootschap van BAYER NV, bij de "Tribunal de Grande Instance" te Parijs. Een beslissing wordt eind 2017 verwacht.

Op 2 juli 2015 verkreeg BAYER een aantal Belgische vergunningen voor het in de handel brengen van Dotagraph®, als generiek van Dotarem®.

Op 21 januari 2016 werd de beslissing tot terugbetaling van Dotagraph® gepubliceerd in het Belgisch staatsblad.

Eiseressen menen dat verweerster een inbreuk pleegt op haar octrooi EP'515, en vordert in kort geding maatregelen om verweerster te verbieden het generiek product Dotagraph in de handel te brengen in België.

2.

Eerste eiseres heeft op 11 maart 2016 een eenzijdig verzoekschrift neergelegd waarbij zij een beschrijvend beslag inzake namaak bij verweerster vorderde op basis van haar octrooi EP'515.

De vordering van eiseres op eenzijdig verzoekschrift werd gedeeltelijk gegrond verklaard bij beschikking van 15 maart 2016 : beschrijvende maatregelen werden toegestaan terwijl beslagmaatregelen werden afgewezen.

Tot op heden werd er geen derdenverzet aangetekend door verweerster. Eisende partij tekende tot op heden geen beroep aan tegen de gedeeltelijk afwijzende beschikking.

De aangeduide deskundige, dhr. Patrick Theunis, ging op 18 maart 2016 over tot de uitvoering van zijn opdracht. Het deskundig verslag wordt verwacht tegen 13 mei 2016.

BESPREKING

1) Met betrekking tot de ontvankelijkheid :

Verweerster meent dat de vordering van tweede eiseres niet ontvankelijk is omdat deze vennootschap geen licentie bezit die in het Belgisch octrooiregister zou zijn geregistreerd, zodat deze geen tegenstelbare rechten kan doen gelden op grond van EP'515.

Wij stellen vast dat tweede eiseres het product "Dotarem" verdeelt. In de mate dat de huidige procedure tot doel heeft een concurrent te verhinderen dat een concurrerend product op de markt wordt gebracht, heeft tweede eiseres wel degelijk belang bij de vordering.

De vordering is ontvankelijk.

2) De gegrondheid van de vordering :

Eisende partij meent dat dringende en voorlopige maatregelen worden opgelegd omdat zij bij een gebrek aan adequate maatregelen een onrechtmatig en onrechtvaardig verlies aan marktaandeel zou lijden voor haar product Doterem.

Daarnaast zal de toelating van het betwiste Bayer-product tot het terugbetalingssysteem en diens daadwerkelijke beschikbaarheid op de markt, een snelle inwerkingtreding van het referentie prijzen systeem (de zogenaamde "cluster" bewerkstelligen. Overeenkomstig artikel 35 § 1 van de wet van 14 juli 1994 betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen zou de vergoedingsbasis voor haar product worden verminderd met 51,52 %, of haar product zal niet langer worden vergoed indien DOTAGRAPH op 1 mei 2016, dag waarop het RIZIV de ontwerprijsten voor de cluster opstelt, beschikbaar zijn en nog steeds beschikbaar zijn op 20 juni 2016 (20 dagen voor de inwerkingtreding van de cluster op 1 juli 2016). Eisende partijen menen dat zij aanzienlijke en onherstelbare schade zouden lijden.

Verweerster meent dat de vordering van eisende partijen ongegrond en prematuur is.

Zij stelt dat eerste eisende partij niet bewijst dat er prima facie ogenschijnlijk een inbreuk wordt gepleegd op haar octrooirechten. Dit bewijs is nodig om voorlopige maatregelen, zoals door eisende partijen gevorderd, te kunnen verkrijgen.

Zij verwijst onder meer naar wat reeds werd beslist in de beschikking van 15 maart 2016 genomen op eenzijdig verzoekschrift.

Beoordeling :

In de hogervermelde beschikking van 15 maart 2016 werd geoordeeld :

- Dat het octrooi ogenschijnlijk geldig is : het is geregistreerd, maar niet onbetwist. Er zijn nog geen nietigheidsbeslissingen uitgesproken;
- Dat er voldoende aanwijzingen zijn dat een inbreuk zou zijn gemaakt op het intellectueel eigendomsrecht van eisende partij door BAYER.

Wegens het vervullen van deze twee voorwaarden werd de vordering m.b.t. de beschrijvende maatregel gegrond verklaard.

Er werd ook geoordeeld :

- Dat de GUERBET tot op dat ogenblik niet aantoonde dat haar intellectuele eigendomsrechten niet redelijkerwijze kunnen worden betwist.

Er wordt gesteld : *“Verzoekster roept een verslag in van Dr. Caravan, die stelt dat er onoverkomelijke moeilijkheden zijn om op industriële schaal een andere werkwijze dan de in EP’515 beschreven werkwijze te gebruiken.*

Dit eenzijdig opgesteld verslag overtuigt de voorzitter niet. De beschrijvende maatregelen zullen meer duidelijkheid brengen. Enige beslagmaatregel is thans nog niet aan de orde.”

Op grond hiervan werden de gevorderde beslagmaatregelen afgewezen.

In tegenstelling tot wat verweerster stelt, is art. 584, 5° Ger.W. hier niet van toepassing : de vordering van eisende partijen strekt er immers niet toe om ten bewarende titel beslag te laten leggen op de roerende en onroerende goederen van de vermeende inbreukmaker op een intellectueel eigendomsrecht, omdat schadevergoedingen in het gevaar zouden worden gebracht.

Bij beschikking van 15 maart 2016 werden beslagmaatregelen niet toegestaan : eisende partij heeft prima facie geldige intellectuele eigendomsrechten, maar toont niet voldoende aan dat haar intellectuele eigendomsrechten niet redelijkerwijze kunnen worden betwist.

Wij stellen vast dat er heden ter zake niet méér bewijsstukken voorliggen dan in de procedure op eenzijdig verzoekschrift, en dat wij in het kader van huidige procedure geen groter belang kunnen hechten aan de verklaring van Dr. Caravan dan in de procedure op eenzijdig verzoekschrift.

We moeten de belangen van beide partijen onderzoeken. Dat eisende partij schade lijdt wanneer wederrechtelijk een inbreuk makend product in de handel wordt gebracht en zij op 1 juli 2016 een sterk verminderde vergoeding zou krijgen voor haar eigen product door opname in een “cluster”, is niet betwistbaar. Nochtans, wanneer verweerster op rechtmatige wijze haar product in de handel brengt, en zij zou ten onrechte gedwongen worden om haar product terug te trekken, lijdt zij eveneens een aanzienlijke schade.

Het is bijgevolg belangrijk te weten of er al dan niet een ernstige betwisting van het intellectueel eigendomsrecht van eisende partij mogelijk is.

Tot op heden zijn er verschillende procedures ingeleid waarin het octrooi EP’515 wordt betwist, echter zonder dat al een nietigverklaring werd uitgesproken.

Precies om meer duidelijkheid te scheppen werd een deskundige aangeduid om beschrijvende maatregelen uit te voeren.

Tot op heden is er onvoldoende schijn van recht in hoofde van eisers en dus geen reden om de zeer ver gaande voorlopige maatregelen op te leggen die worden gevorderd en die tot doel hebben het in de handel brengen van DOTAGRAPH te verbieden.

Mocht uit het deskundig verslag – dat verwacht wordt voor 13 mei 2016 - blijken dat de voorwaarden voor beslagmaatregelen wél zijn vervuld, kunnen deze nog steeds worden gevorderd in het kader van de procedure van art. 1369bis/1 § 4 Ger. W., of kan een nieuwe procedure in kort geding worden ingesteld.

OM DEZE REDENEN,

Gaby Van den Bossche, voorzitter van de Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel, zetelend in het gerechtsgebouw te 1000 Brussel, Waterloolaan 70, inzake kort geding, Zaal E, bijgestaan door Hilde Van Der Poorten, griffier,

Rechtsprekende op tegenspraak,

Verklaart zich bevoegd,

Verklaart de vordering van eisende partijen ontvankelijk doch ongegrond.

Veroordeelt eisende partijen tot de kosten van het geding, enkel nuttig begroot in hoofde van verweerster op de rechtsplegingsvergoeding ad 1320,00 EUR.

Aldus uitgesproken ter openbare terechtzitting van de kamer, zetelend in kort geding, zaal E, van de Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel, op

12 -04- 2016

De Griffier,



H. VAN DER POORTEN

De Voorzitter,



G. VAN DEN BOSSCHE