

Kopie
art. 792 GW
Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.

~~307~~ 808+809

Repertoriumnummer 2015 / 8001
Datum van uitspraak 09 juni 2015
Rolnummer 2015/AR/927

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

Niet aan te bieden aan de ontvanger

Hof van beroep Brussel

Arrest

17^e kamer,
burgerlijke zaken

Aangeboden op
Niet te registreren

1. **DE A.G. NOVARTIS**, die woonstkeuze doet bij zijn raadsman, Mr. RONSE Christophe – advocaat te 1000 BRUSSEL, Havenlaan 86C B 414,

2. **DE N.V. NOVARTIS PHARMA**, die woonstkeuze doet bij zijn raadsman Mr. RONSE Christophe - advocaat, 1000 BRUSSEL, Havenlaan 86C PB 414, ingeschreven met KBO-nummer 0459.093.476,

Beiden vertegenwoordigd door Mr. RONSE Christophe, advocaat te 1000 BRUSSEL, Havenlaan 86C B414

Verzoekende partijen in wraking,

van

SWALENS Natalie, rechter bij de Nederlandstalige rechtbank van koophandel te Brussel,

Andere partijen opgeroepen in toepassing van art. 838 al. 2 G.W.:

1. **DE N.V. APOTEX**, met maatschappelijke zetel te 1090 BRUSSEL, Burgemeester Etienne Demunterlaan 5, ingeschreven met KBO-nummer 0893.034.557,

2. **DE B.V.B.A. MYLAN**, met maatschappelijke zetel te 1560 HOEILAART, Terhulpesteenweg 6A, ingeschreven met KBO-nummer 0885.805.780,

Beiden vertegenwoordigd door Mr. ROOX Kristof en Meester DE KONINCK, advocaten te 1000 BRUSSEL, Joseph Stevensstraat 7

1. De rechtspleging :

1.1.

Op 7 januari 2015 legden de NOVARTIS AG (vennootschap naar Zwitsers recht) en de NV NOVARTIS PHARMA (hierna “verzoeksters”) op de griffie van de Nederlandstalige rechtbank van koophandel te Brussel een verzoekschrift tot wraking neer van mevrouw Natalie SWALENS, rechter in de Nederlandstalige rechtbank van koophandel te Brussel.

De akte van wraking bevat de middelen en is ondertekend door een advocaat die meer dan tien jaar bij de balie is ingeschreven.

De akte werd op 7 januari 2015 aan mevrouw Natalie SWALENS, overhandigd. Deze stelde op 8 januari 2015 de verklaring op, die is voorgeschreven bij artikel 836, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, waarbij zij weigert zich van de zaak te onthouden.

De Procureur generaal heeft conclusie genomen waarin hij vraagt om de vordering tot wraking ontvankelijk, doch niet gegrond te verklaren.

De akte van wraking, de verklaring van de rechter waarvan de wraking wordt gevorderd en de conclusie van de Procureur generaal, samen met de lijst van de op te roepen personen werden door de Procureur generaal ter griffie van het hof neergelegd op 11 mei 2015.

1.2.

Bij schrijven van 20 mei 2015 werden de door de Procureur generaal aangeduide personen en vennootschappen opgeroepen om gehoord te worden op de zitting van de 17^{de} kamer van het hof van 2 juni 2015, hun advocaten werden in kennis gesteld van de terechtzitting bij schrijven van dezelfde datum.

1.3.

Ter terechtzitting van het hof van 2 juni 2015 heeft de heer Alex VERHEGGE, ere-advocaat generaal, de schriftelijke conclusie van het Openbaar Ministerie toegelicht; verzoeksters werden gehoord in hun uitleg. Verzoeksters leggen een conclusie en een dossier neer. De andere partijen werden gehoord in hun opmerkingen. De BVBA MYLAN legt schriftelijke opmerkingen en een dossier neer.

Verzoeksters kregen de gelegenheid om te repliceren.

1.4.

Artikel 838, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat over de wraking binnen acht dagen in laatste aanleg uitspraak wordt gedaan door het bevoegde rechtscollege, op de conclusie van het openbaar ministerie, nadat de partijen behoorlijk zijn opgeroepen om hun opmerkingen te horen.

Uit het geheel van de in art. 833, 835, 836, 837, lid 1, en 838 Ger. W. bepaalde regeling en de daarbij voorgeschreven termijnen voor het voordragen van de wraking van een rechter volgt dat de termijn van acht dagen binnen dewelke uitspraak moet gedaan worden over de wraking, een aanvang neemt vanaf de datum van de terechtzitting waarop de zaak voor

behandeling is vastgesteld, nadat de partijen behoorlijk zijn opgeroepen ¹ en niet vanaf de datum van neerleggen ter griffie van de vordering tot wraking.

De wet bepaalt geen termijn binnen dewelke de vordering tot wraking voor behandeling door het hof moet worden vastgesteld.

2. De voorgaanden:

Met hun verzoekschrift vroegen NOVARTIS AG en NOVARTIS NV aan mevrouw de rechter Natalie SWALENS, voorzitter van de 10^{de} kamer van de Nederlandstalige Rechtbank van koophandel te Brussel, om zich, naar aanleiding van de zitting ter behandeling van de zaak ten gronde van 7 januari 2015, A.R. A/13/06945, te wraken en daartoe een berustende verklaring in de zin van artikel 836 Ger. W. af te leggen.

Voornoemde rechter wenste zich niet te onthouden van de zaak.

Als rechtsgrond tot wraking van rechter SWALENS, roepen verzoeksters – in hun akte tot wraking - artikel 828, 9° Ger. W. in, naar luid waarvan: "*iedere rechter kan worden gewraakt om de volgende redenen: [...] 9° indien de rechter raad gegeven, gepleit of geschreven heeft over het geschil; indien hij daarvan vroeger kennis heeft genomen als rechter of als scheidsrechter, behalve indien hij in dezelfde aanleg:*

1. *heeft medegewerkt aan een vonnis of een uitspraak alvorens recht te doen;*
2. *na uitspraak te hebben gedaan bij verstek, van de zaak kennis neemt op verzet;*
3. *na uitspraak te hebben gedaan op een voorziening, later van dezelfde zaak kennis neemt in verenigde kamers".*

Volgens verzoeksters sluit deze wrakingsgrond aan bij artikel 6, lid 1 E.V.R.M., dat bepaalt dat "*eenieder recht [heeft] op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld*".

In haar geschreven antwoord, gedateerd op 8 januari 2015, dat op 8 januari 2015 om 09.05 uur voor ontvangst werd ondertekend door de griffier, heeft rechter SWALENS de gronden tot wraking in voormeld verzoek, weerlegd als volgt:

"De bepalingen met betrekking tot de wraking moeten strikt gelezen worden, om te vermijden dat zij worden aangewend door partijen om hun rechter te kiezen. Artikel 828, 9°, 1 van het Gerechtelijk Wetboek waarop verzoekende partij haar verzoek

¹ Cass. 17 september 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1859, concl. DUINSLAEGER; <http://www.cass.be> op datum, arresten nummers P.02.0386.N, P.02.0602.N, P.02.0662.N, concl. DUINSLAEGER; *Pas.* 2002, I, 1658, concl. DUINSLAEGER.

steunt, is niet van toepassing. De beslissing in kort geding die ik heb gewezen tussen de partijen betreft noodzakelijkerwijze niet hetzelfde geschil als het bodemgeschil in de zin van die bepaling, nu die beschikking de toestand van de partijen slechts voorlopig regelt. De motivering van de beslissing in kort geding is bovendien gesteund op een slechts prima facie beoordeling. Ten onrechte houdt verzoekster voor dat de overwegingen die zij in haar verzoekschrift (onvolledig) citeert, niet prima facie gelden; zij maken deel uit van een onderdeel dat zelfs uitdrukkelijk als dusdanig getiteld is ("5.2. prima facie inbreuk"). Ten slotte bindt de beslissing in kortgeding ook op geen enkele wijze de rechter die kennis neemt van de vordering over de grond; dit geldt uiteraard ook indien die rechter dezelfde persoon is. Daarom meen ik dat ik niet kan berusten in het verzoek tot wraking. "

3. De ontvankelijkheid:

3.1.

Het verzoekschrift is ondertekend door een advocaat die meer dan tien jaar is ingeschreven op het tableau van de Balie te Brussel. Het verzoekschrift is dienvolgens formeel ontvankelijk.

3.2.

Het verzoek tot wraking is tijdig voorgedragen. Het verzoek tot wraking is ontvankelijk.

3.3.

Bij de ter terechtzitting van 2 juni 2015 neergelegde "*opmerkingen in toepassing van artikel 838 van het Gerechtelijk Wetboek*" - die in werkelijkheid conclusies zijn - breiden verzoeksters hun rechtsgrond uit. Zij vorderen de wraking niet enkel op grond van artikel 828, 9° Ger. W., maar zij voegen een nieuwe grond tot wraking toe, te weten artikel 828, 1° Ger. W. (wettige verdenking),

De akte van wraking moet worden gemotiveerd door één der wrakingsgronden welke op beperkte wijze opgesomd zijn in de wet².

De wrakingsrechter kan slechts uitspraak doen op grond van de middelen die in de wrakingsakte zijn vervat en aan de tegenspraak van de gewraakte rechter zijn voorgelegd zodat aanvullende wrakingsmiddelen die zijn aangevoerd in een conclusie die ter zitting of

² Cass., 7 november 1969, *Arr. Cass.*, 1970, 247; *Pas.*, 1970, I, 221; Cass., 20 augustus 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1186; *Pas.*, 1975, I, 1075.

met het oog daarop is neergelegd niet ontvankelijk zijn. (Artt. 835, 836 en 838, lid 2 Ger.W.)³

De wraking in de mate zij gesteund is op artikel 828, 1° Ger. W. is dienvolgens niet ontvankelijk.

4. De gegrondheid van de wraking op grond van artikel 828, 9° Ger. W.

4.1.

De vordering in kortgeding (maatregel alvorens recht te doen) en het bodemgeschil hebben een verschillend voorwerp (en de beide vorderingen worden minstens deels tussen andere partijen gevoerd).

De rechtspleging in kortgeding beoogde niet onomkeerbare maatregelen, teneinde de toestand der partijen voorlopig te regelen, die geen nadeel toebrengen aan de zaak zelf. De hieruit voortvloeiende uitspraak alvorens recht te doen, bindt de bodemrechter niet.

Bij dagvaardingen die op 6 en 13 december 2013 werden betekend, werd door NOVARTIS AG een procedure in kortgeding aanhangig gemaakt ten aanzien van MYLAN, alsook ten aanzien van de vennootschap naar Duits recht ACINO AG. In deze rechtspleging, wees rechter SWALENS, op 9 december 2014, een beschikking alvorens recht te doen, waarbij de vorderingen van NOVARTIS AG ontvankelijk doch ongegrond werden verklaard.

Op 13 september 2013 waren NOVARTIS AG en NOVARTIS NV reeds overgegaan tot dagvaarding ten gronde van APOTEX, voor de 10^{de} kamer van de Nederlandstalige Rechtbank van koophandel te Brussel, A.R. A/13/06945. MYLAN kwam vrijwillig tussen in deze procedure.

NOVARTIS AG en NOVARTIS NV uiten de vrees dat de bodemrechter, gelet op zijn samenstelling en in het bijzonder aangezien rechter SWALENS hiervan als voorzitter, deel uitmaakt, niet op afdoende onafhankelijke en onpartijdige wijze ten gronde zou kunnen oordelen omtrent hun vorderingen. Volgens verzoeksters tot wraking, zou rechter SWALENS zich een mening hebben gevormd over de grond van de zaak, bij de *prima facie* beoordeling in kortgeding en naar aanleiding daarvan, reeds ten gronde geoordeeld hebben omtrent de feiten die ten grondslag liggen van het geschil voor de bodemrechter, onder meer omtrent de inbreuken op -, alsook de geldigheid van het Europese octrooi EP 2 292 219 verleend aan NOVARTIS AG.

³ Cass. 21 april 2011, <http://www.cass.be> op datum, arrest nummer C.11.0054.F; JT 2011, 447; JLMB 2013, 1623; Pas. 2011, I, 1142.

8K

De beschikking in kortgeding zou volgens verzoeksters tot wraking, daarenboven overwegingen bevatten, die een *prima facie* beoordeling te buiten zouden gaan. Verzoeksters verwijzen in het bijzonder naar de randnummers 46, 50, 51 en 52 van deze beschikking, waarin de overwegingen volgens hen, manifest zouden indruisen tegen de inbreukvordering ten gronde.

Verzoeksters stellen dat een andersluidende beslissing in de bodemprocedure, minstens zou vereisen dat deze overwegingen door de bodemrechter terzijde zouden worden geschoven.

NOVARTIS AG vorderde in kortgeding, dringende en voorlopige maatregelen op te leggen aan MYLAN en aan ACINO, tot het voorkomen van inbreuken op het Europees octrooi nr. EP 2 292 219, in afwachting van een uitspraak in een bodemprocedure die NOVARTIS AG voor de rechtbank van koophandel zou inleiden.

In de rechtspleging ten gronde in de procedure voor de 10^{de} kamer van de Nederlandstalige Rechtbank van koophandel te Brussel, A.R. A/13/06945, die werd aanhangig gemaakt door NOVARTIS AG, daarin bijgetreden door NOVARTIS NV, vorderden zij in rechte om APOTEX te verbieden om geneesmiddelen te vervaardigen, te verkopen, te verspreiden, alsook om de terugroeping op te leggen van op voormeld Europees octrooi nr. EP 2 292 219, inbreuk makende geneesmiddelen. In dit bodemgeschied vorderen verzoeksters tevens het bekomen van een schadevergoeding voor dergelijke inbreuken en het verkrijgen van een inzicht nopens de verspreiding van de volgens hen inbreuk makende geneesmiddelen.

Voormelde rechtsvordering ten gronde is – in tegenstelling tot het kortgeding - niet gericht tegen MYLAN, noch tegen ACINO, doch enkel tegen APOTEX.

MYLAN kwam op 23 januari 2014, vrijwillig tussen in dit geding.

Nopens de gevorderde dringende en voorlopige maatregelen, stelt rechter SWALENS dat zij als kortgedingrechter, een "*prima facie*" beoordeling van de gegrondheid van de aanspraken van verzoeksters, heeft gemaakt, aldus de overwegingen in haar beschikking, zoals onder de randnummers:

- 53.: "*De kort gedingrechter besluit dat er in casu prima facie geen inbreuk wordt gepleegd op EP '219.*" (p. 26 van de beschikking), alsook

- 57.: "*ten overvloede: er bestaat prima facie een niet te verwaarlozen kans dat het octrooi EP '219 in de toekomst zal worden vernietigd ...*" (p. 27 van de beschikking).

De op het eerste zicht minder genuanceerde overwegingen zoals:

- 46.: "*naar het oordeel van de kortgeding – rechter maakt de specifieke samenstelling van beide lagen minstens één van de essentiële kenmerken uit van het octrooi zonder hetwelk er geen inbreuk kan zijn.*" (p. 22 van de beschikking), alsook

- 50.: *“Zoals hierboven aangetoond, sluiten de aangehaalde verschillen in hulpstoffen tussen het product van Mylan en EP ‘219 elke octrooi – inbreuk uit ...”* (p. 25 van de beschikking),

dienen te worden gelezen in het geheel van de overwegingen van de uitvoerig gemotiveerde beschikking in kortgeding.

Te dezen hebben “het geschil” dat aan de kortgedingrechter was voorgelegd en het geding ten gronde, (minstens deels) een ander voorwerp. Beide geschillen zijn overigens niet gevoerd tussen “dezelfde partijen”.

Er zijn te dezen geen aanwijzingen dat rechter SWALENS zich geen onafhankelijk en onpartijdig oordeel over de grond van de zaak meer zou kunnen vormen, na haar beoordeling over de al dan niet gegrondheid van de gevorderde voorlopige maatregelen die een ander voorwerp hebben en (deels) ten overstaan van andere partijen gevorderd werden.

Uitspraken door de kortgedingrechter over de grond van het geschil, worden geoorloofd geacht en binden de bodemrechter niet ⁴.

4.2.

Artikel 828, 9°. 1 Ger. W. bepaalt als uitzondering op de grond tot wraking dat het medewerken aan een vonnis of uitspraak alvorens recht te doen, niet kan aanzien worden als het *vroeger kennis hebben genomen van het geschil als rechter* zoals bepaald in artikel 828, 9° Ger. W.

Het hof maakt zich de motieven eigen van het Hof van Cassatie bij arrest van 28 februari 2003 ⁵ waarbij overwogen wordt:

“Overwegende dat uit het enkele feit dat een rechter een voorlopige maatregel heeft bevolen alvorens een geschilpunt te beslechten, niet volgt dat hij niet meer objectief onpartijdig is wanneer hij het geschilpunt definitief beslecht;

Dat aldus de rechter die in afwachting van de uitspraak over een echtscheiding ten laste van de echtgenoot die de echtscheiding reeds in zijn voordeel heeft verkregen, uitspraak doet over een provisionele uitkering in afwachting dat over de aangehouden echtscheidingsvordering is beslist, niet objectief partijdig is wanneer hij

⁴ Jean Laenens, Karen Broeckx, Dirk Scheers en Pierre Thiriar, Handboek voor gerechtelijk recht, Intersentia, Antwerpen – Oxford 2008, nr. 525, p. 272 en voetnoot (6.).

⁵ Cass. 28 februari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 530; *E.J.* 2004, 117, noot VAN ORSHOVEN, P; <http://www.cass.be> op datum, arrest nummer C.01.0221.N; *J.dr.jeun.* 2004, 38; *Pas.* 2003, I, 438; *RABG* 2004, 145, noot VAN LERSBERGHE, P; *Rev.trim.dr.fam.* 2004, 1155; *RW* 2003-04, 954.

nadien, bij de afwijzing van de vordering tot echtscheiding die was aangehouden, de definitieve uitkering na echtscheiding bepaalt;

Dat dit niet anders is wanneer die rechter bij de beslissing over de definitieve uitkering verwijst naar de motivering van de uitspraak over de provisionele uitkering;

Dat het middel dat ervan uitgaat dat die rechter niet objectief onpartijdig is, faalt naar recht.”

Dit betekent dat, in de hypothese dat de rechtsplegingen zowel ten gronde, als in kortgeding, betrekking zouden hebben op *hetzelfde* geschil (met zelfde voorwerp en tussen dezelfde partijen – *quod non* -), waarbij rechter SWALENS, er kennis van zou hebben genomen als rechter in dezelfde aanleg medewerkend aan een uitspraak alvorens recht te doen, dit zou vallen onder de uitzonderingen op de wrakingsgronden, voorzien door artikel 828, 9°, 1. van het Gerechtelijk Wetboek.

Hoe dan ook, uit geen enkel objectiveerbaar element blijkt te dezen, dat de rechter waarvan de wraking wordt gevorderd enig vooroordeel zou hebben geuit met betrekking tot de vordering die ten gronde aan de rechtbank van koophandel wordt voorgelegd⁶.

Er is dienvolgens geen enkel tastbaar element dat de beweerde vrees van verzoeksters ondersteunt. Verzoeksters brengen ook geen elementen bij, die een vermoeden zouden kunnen staven, dat de rechter waarvan de wraking wordt gevorderd, niet op objectieve en onafhankelijke wijze over het bodemgeschil zou kunnen oordelen.

De omstandigheid dat de rechter SWALENS omtrent de gegrondheid van de vordering in kortgeding een standpunt heeft ingenomen en daarbij steeds uitdrukkelijk heeft vermeld dat het om een *prima facie* beoordeling gaat impliceert niet – en verzoeksters tonen het tegendeel niet aan – dat de rechter haar mening zou hebben te kennen gegeven betreffende de vorderingen die het bodemgeschil (deels tussen andere partijen en met een ander voorwerp) uitmaken⁷.

Het verzoek tot wraking is dienvolgens niet gegrond.

⁶ vgl. Cass., 23 februari 2005, *Arr. Cass.* 2005, 453; <http://www.cass.be> op datum, arrest nr P.04.1685.F; *Pas.* 2005, I, 444 - Brussel 9 maart 2009, *R.W.* 2009-10, 1090.

⁷ Zie hieromtrent zeer expliciet het geciteerde arrest van het Hof van Cassatie van 23 februari 2005 (noot 5).

OM DEZE REDENEN
HET HOF,

Gelet op de wet van 15 juni 1935 betreffende het gebruik der talen in gerechtszaken,

Gehoord in openbare zitting van 2 juni 2015, de heer A. VERHEGGE, ere-advocaat generaal bij het hof van beroep te Brussel, die zijn schriftelijke conclusie toelicht;

- verklaart de vordering tot wraking, ingesteld door de NOVARTIS AG (vennootschap naar Zwitsers recht) en de NV NOVARTIS PHARMA onontvankelijk in de mate als gestoeld op artikel 828, 1° Ger. W. en ongegrond in de mate als gestoeld op artikel 828, 9° Ger. W.;
- Veroordeelt de NOVARTIS AG (vennootschap naar Zwitsers recht) en de NV NOVARTIS PHARMA tot de gerechtskosten tot op heden vereffend op nul EURO;

Aldus gewezen en uitgesproken in openbare burgerlijke terechtzitting van de 17^{de} kamer van het Hof van Beroep te Brussel, op **9 juni 2015**.

Waar aanwezig waren :

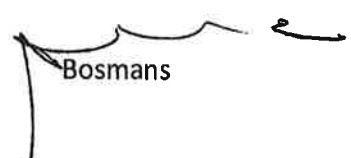
Mw. Bettens, Raadsheer dd. Voorzitter
M. Bosmans en Mw. Degreef, Raadsheren
Mw. Heymans, Griffier



Heymans



Degreef



Bosmans



Bettens