

Hof van Cassatie van België

Arrest

Nr. C.12.0450.F

EUROGENERICS nv,

Mr. Paul Alain Foriers, advocaat bij het Hof van Cassatie,

tegen

1. **H.LUNDBECK A/S**, vennootschap naar Deens recht,

2. **LUNDBECK nv,**

Mr Michèle Grégoire, advocaat bij het Hof van Cassatie.

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest van het hof van beroep te Brussel van 27 juni 2012.

De eerste voorzitter heeft de zaak bij beschikking van 3 juni 2013 naar de derde kamer verwezen.

Advocaat-generaal Jean Marie Génicot heeft op 5 juni 2013 een schriftelijke conclusie op de griffie neergelegd.

Raadsheer Martine Regout heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Henri Vanderlinden heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiseres voert volgend middel aan:

Geschonden wettelijke bepalingen

- de artikelen 24,26 en 584, tweede lid, *Gerechtigd Wetboek*;
- artikel 51, §1, van de wet van 28 maart 1984 op de uitvindingsoctrooien;
- de artikelen 5 en 15, inzonderheid §2, van de verordening (EG) nr. 469/2009 van het Europees parlement en de Raad van 6 mei 2009 betreffende het aanvullende beschermingscertificaat voor geneesmiddelen (gecodificeerde versie) en, voor zoveel als nodig, de artikelen 5 en 15, inzonderheid §2, van de verordening (EG) nr. 1768/92 van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de invoering van een aanvullend beschermingscertificaat voor geneesmiddelen;
- de artikelen 1349, 1350, 3°, en 1352 *Burgerlijk Wetboek*.

Aangevochten beslissingen

Het bestreden arrest heeft vastgesteld:

“1. Lundbeck (hier de verweersters) is een farmaceutisch bedrijf. Zij is houder van het Europees octrooi EP 0 347 066(verder 'EP 066') voor escitalopram, het actief bestanddeel van een antidepressivum dat in België onder de naam Sipralexa wordt verkocht. Dat octrooi verstrijkt op 1 juni 2009.

Op 3 juni 2003 verkrijgt Lundbeck een aanvullend beschermingscertificaat dat onder het nummer 2002/039 is geregistreerd (verder "ABC 039") dat op 1 juni 2014 verstrijkt.

2. Bij vonnis van 3 oktober 2011, inzake de vennootschappen Ratiopharm GmbH, Ratiopharm Belgium en Tiefenbacher GmbH tegen H. Lundbeck A/S, en in aanwezigheid van de vennootschap Teva Pharma Belgium, spreekt de rechtbank van koophandel te Brussel de nietigheid uit van het ABC 039 en verklaart het vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

Lundbeck stelt hoger beroep in tegen het vonnis bij verzoekschrift dat op 9 november 2011 op de griffie van het hof van beroep is neergelegd. Het arrest van het hof van 14 februari 2012 vernietigt dat vonnis in zoverre het de voorlopige tenuitvoerlegging heeft bevolen en stelt de zaak uit voor de beslissing ten gronde. Op 18 april 2012 is Eurogenerics (thans eiseres) vrijwillig in de zaak tussengekomen”.

Het bestreden arrest vernietigt de beschikking van de eerste rechter en, opnieuw wijzende, verklaart de vordering van de verweersters ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond.

Gelet op het dringend karakter doet het arrest uitspraak ten voorlopige titel tot een definitieve beslissing is genomen over de rechtsvordering tot nietigverklaring van het ABC 039 van de verweester, en:

- verbiedt de eiseres het ABC 039 rechtstreeks of onrechtstreeks, via derde tussenpersonen, daden van namaking te stellen, als verboden in de zin van artikel 27 op de uitvindingsoctrooien van 28 maart 1984 en inzonderheid generische producten op basis van escitalopram te vervaardigen, aan te bieden, in het verkeer te brengen, te gebruiken, dan wel daartoe in te voeren of in voorraad te hebben en zulks op straffe van een dwangsom van 10.000 euro per doos Escitalopram EG die zou worden vervaardigd, in het verkeer gebracht, gebruikt dan wel daartoe ingevoerd of te dien einde in voorraad gehouden, tien dagen na de betekening van het arrest;

- verbiedt de eiseres enige publiciteit of promotie te maken, inclusief zonder daartoe beperkt te zijn, via mondelinge mededelingen aan artsen, apothekers en grossisten, voor generische producten op basis van escitalopram op straffe van een dwangsom van 10.000€ per publiciteit of promotie, of per publiciteitsdrager, vanaf de dag na de betekening van het arrest;

- verbiedt de eiseres stalen van Escitalopram aan artsen te verdelen op straffe van een dwangsom van 10.000 euro per staal, vanaf de dag na de betekening van het arrest.

Het bestreden arrest wijst de vordering van de verweersters voor het overige af en laat de kosten van beide instanties ten laste van de eiseres.

Het bestreden arrest steunt zijn beslissing op de motieven die het aangeeft onder IV "Bespreking" en inzonderheid op de volgende overwegingen:

"12. De rechter in kortgeding die vaststelt dat de zaak dringend is en beslist dat de eiser in kortgeding kans loopt op onmiddellijke schade als een bepaalde bewarende maatregel niet wordt bevolen, hoeft niet nauwkeuriger of omstandiger te antwoorden op de verweermiddelen naar materieel recht van de persoon jegens wie de maatregel wordt gevorderd (...).

Daaruit volgt dat de rechter in die omstandigheden enkel hoeft na te gaan of het bestaan van een recht voldoende waarschijnlijk is om een bewarende maatregel te bevelen, op voorwaarde dat hij geen rechtsregelen toepast die onredelijk zijn of onredelijk weigert rechtsregelen in zijn redenering te betrekken (...).

13. Aangezien het ABC 039 precies het product escitalopram dekt, miskent elk product dat dit product bevat prima facie de uitsluitende rechten van Lundbeck die op dat ABC zijn gegrond.

Er wordt niet betwist dat het product dat Eurogenerics op de markt brengt escitalopram bevat. Zij voert overigens aan dat zij daartoe het recht heeft op grond van het gezag van

gewijsde dat het vonnis van 3 oktober 2011, dat het ABC 039 heeft nietig verklaard, volgens haar heeft.

Tegen dat vonnis is hoger beroep ingesteld en het uitvoerbaar karakter ervan is uitdrukkelijk tenietgedaan door het arrest van het hof van beroep te Brussel van 14 februari 2012, met de volgende motivering:

“De uitwerking erga omnes van een beslissing tot nietigheid (van een octrooi) heeft tot gevolg dat de waarborg, als bepaald bij artikel 1398, §2, Gerechtelijk Wetboek, tegen een voorlopige tenuitvoerlegging die uiteindelijk onterecht blijkt, geen doeltreffende bescherming kan bieden. Wanneer een octrooi/ABC (ex tunc) is tenietgedaan kan het niet meer worden hersteld.

De uitdrukkelijke en uitzonderlijke schorsende werking van het cassatieberoep tegen de nietigverklaring in hoger beroep van een octrooi/ABC, spoort niet met het toestaan van de voorlopige tenuitvoerlegging voor de nietigverklaring van een octrooi/ABC in eerste aanleg.

Het toestaan van de voorlopige tenuitvoerlegging van een beslissing tot nietigverklaring van een octrooi/ABC in eerste aanleg, ontnemt elke betekenis aan de uitdrukkelijke schorsende werking van het cassatieberoep tegen een nietigverklaring uitgesproken in hoger beroep, zoals dat door de wetgever is bepaald en is bijgevolg in strijd met artikel 51 WUO, dat niet enkel geldt voor de octrooien maar ook voor de ABC's.

Het hof van beroep beslist dat de voorlopige tenuitvoerlegging van de nietigverklaring van het ABC 2002C/039 van de appellante strijdig is met de wet en dat de eerste rechter het litigieuze vonnis ten onrechte uitvoerbaar heeft verklaard bij voorraad, niettegenstaande elk rechtsmiddel, en de voorlopige tenuitvoerlegging ervan met betrekking tot de nietigverklaring van dat ABC heeft toegestaan.

Het bewuste vonnis moet bijgevolg nietig worden verklaard'.

In het arrest van 5 januari 2012 (C.11.0101.N) had het Hof van Cassatie reeds voor recht verklaard dat :

'Krachtens artikel 106 Europees Octrooiverdrag heeft het beroep dat tegen de beslissing van de oppositiekamer wordt ingesteld een schorsende werking.

Ingevolge deze bepaling sorteert de beslissing van de oppositiekamer, waartegen hoger beroep is ingesteld, geen gevolgen op de ogenschijnlijke rechten van de octrooihouder, zolang geen eindbeslissing in de oppositieprocedure is tussengekomen.

De appelrechters oordelen dat:

- er moet worden aangenomen dat het Belgische luik van een Europees octrooi prima facie geldig is en het nemen van voorlopige maatregelen ter bescherming van dit octrooi kan rechtvaardigen, zelfs indien dit ernstig wordt betwist, zolang het niet nietig werd verklaard door een beslissing die in kracht van gewijsde is getreden;

- de uitspraak van de *Oppositieafdeling van het Europese Octrooibureau van 17 maart 2010*, waarbij het octrooi werd herroepen, nadat het dit octrooi eerst had gehandhaafd mits enkele wijzingen bij beslissing van 27 maart 2007, hieraan niet in de weg staat;
- de verweerster immers beroep heeft aangetekend tegen deze beslissing en dit beroep krachtens artikel 106 Europees Octrooiverdrag schorsende werking heeft;
- deze schorsende werking enkel kan worden begrepen in de zin dat de beslissing tot herroeping geen juridische gevolgen heeft en het octrooi zijn uitwerking geheel behoudt, hetgeen impliceert dat de verweerster het recht heeft en behoudt om zich als octrooihouder te blijven beroepen op de exclusieve rechten die eruit voortvloeien.

Door aldus te oordelen verantwoordden zij hun beslissing naar recht'.

Wat geldt voor het verzet geldt tevens voor de nietigheid.

Uit die twee arresten volgt dat de eiseres ten onrechte aanvoert dat de verweersters geen ogenschijnlijke rechten kunnen doen gelden wegens de nietigverklaring van het ABC 039 door de rechtbank van koophandel te Brussel.

Het vonnis van 3 oktober 2011 (waartegen hoger beroep is ingesteld en dat niet uitvoerbaar is) heeft, wegens de bijzondere regels inzake octrooien, geen enkele uitwerking ten aanzien van het ABC 039 dat zijn volle uitwerking behoudt, zodat, zoals het Hof van Cassatie verduidelijkt, de eiseressen het recht behouden de uitsluitende rechten aan te voeren die daaruit voortvloeien. Zij hebben dus prima facie het recht zich te verzetten tegen het vervaardigen, aanbieden, in het verkeer brengen of invoeren van het product waarop het octrooi is genomen.

14. De eiseres voert vergeefs aan de aanwijzingen van namaak moeten beperkt worden tot het gedeelte van het octrooi dat het vervaardigingsproces betreft, waarvan zij beweert dat zij het niet namaakt. Zij steunt daarbij op de beslissing van het hof van beroep te Den Haag van 24 januari 2012.

Om dezelfde redenen als voormeld dient, met betrekking tot de ogenschijnlijke rechten, geen acht te worden geslagen op die beslissing, aangezien tegen die beslissing cassatieberoep is ingesteld.

15. De eiseres voert ten slotte aan dat haar product een zout bevat met een additief zuur, namelijk het escitalopramoxalate, waarvoor een bijkomende stap nodig is in vergelijking met de methode 6.

Die bewering wordt niet aangetoond en is bovendien niet pertinent aangezien de eiseres niet betwist dat het product dat zij aanbiedt escitalopram bevat wat behoort tot de samenstelling waarop het octrooi aanspraak maakt.

16. De ogenschijnlijke rechten zijn dus aangetoond".

Het bestreden arrest beslist aldus in hoofdzaak dat het vonnis van 30 oktober 2011 waartegen hoger beroep is ingesteld en dat niet uitvoerbaar is, bijgevolg geen enkele juridische weerslag heeft op het ABC 039, niettegenstaande het de opheffing ervan beveelt.

Grievan

2. *Overeenkomstig artikel 584 Gerechtelijk Wetboek kan de rechter in kortgeding maatregelen bevelen die nodig zijn tot vrijwaring van de rechten als er ogenschijnlijke rechten bestaan die een dergelijke beslissing verantwoorden.*

De rechter in kortgeding overschrijdt evenwel zijn bevoegdheid wanneer hij bij het onderzoek van de ogenschijnlijke rechten van de partijen op rechtsregels steunt die de voorlopige maatregelen die hij beveelt, niet redelijk kunnen verantwoorden.

3. *Het gezag van gewijsde is het onweerlegbaar vermoeden van waarheid dat de wet aan de beslissing van de rechter hecht. Het ontslaat de persoon die er baat bij heeft van ieder bewijs (artikelen 1349, 1350, 3°, en 1352 Burgerlijk Wetboek).*

4. *Elke eindbeslissing heeft vanaf haar uitspraak gezag van gewijsde (artikel 24 van het Gerechtelijk Wetboek) en dat gezag blijft bestaan zolang die beslissing niet ongedaan is gemaakt (artikel 26 Gerechtelijk Wetboek).*

5. *Overigens volgt uit de bewoordingen van de artikelen 51, §1, eerste lid, van de wet van 28 maart 1984 op de uitvindingsoctrooien – dat van toepassing is op de aanvullende beschermingscertificaten krachtens de artikelen 5 en 15, §2, van de in het middel aangewezen verordeningen nr. 469/2009 en 1768/92 – dat "wanneer een octrooi geheel of gedeeltelijk nietig verklaard wordt door een vonnis of een arrest of door een scheidsrechtelijke uitspraak, de beslissing tot nietigverklaring tegenover eenieder gezag van gewijsde heeft, onder voorbehoud van derdenverzet".*

5. *Daaruit volgt dat het vonnis van de rechtbank van koophandel te Brussel van 3 oktober 2011 dat het ABC 039 teniet doet "erga omnes" gezag van gewijsde had (artikel 51, §1, eerste lid, van de wet van 28 maart 1984 en de artikelen 5 en 15, §2, van de in het middel aangewezen verordeningen nrs. 469/2009 en 1768/92) vanaf zijn uitspraak (artikel 24 Gerechtelijk Wetboek) en dat dit gezag van gewijsde blijft bestaan tot het vonnis in hoger beroep wordt gewijzigd (artikel 26 Gerechtelijk Wetboek) zodat het ten aanzien en ten voordele van allen vaststaat dat het ABC 039 geen uitwerking heeft (artikelen 1349, 1350, 3°, en 1352 Burgerlijk Wetboek).*

Het bestreden arrest dat overweegt dat de beslissing die het ABC 039 teniet doet geen enkele uitwerking heeft op de ogenschijnlijke rechten van de verweersters uit dat aanvullende beschermingscertificaat, miskent bijgevolg duidelijk het absolute gezag van gewijsde van het vonnis van de rechtbank van koophandel te Brussel van 3 oktober 2011 (schending van de artikelen 24 en 26 Gerechtelijk Wetboek, 51, §1, van de wet van 28 maart 1984 op de uitvindingsoctrooien en van de artikelen 5 en 15, §2, van de in het middel aangewezen verordeningen nrs. 469/2009 en 1768/92) en de draagwijdte van het wetmatig vermoeden van het gezag van gewijsde (schending van de artikelen 1349, 1350, 3°, en 1352 Burgerlijk Wetboek).

Het bestreden arrest heeft dus, bij de voorlopige beoordeling van de rechten van de partijen, gesteund op een rechtsregel die zijn beslissing niet redelijk kon verantwoorden en

schenkt bijgevolg artikel 584, tweede lid, Gerechtelijk Wetboek en de andere in het middel aangewezen bepalingen.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Overeenkomstig artikel 584 Gerechtelijk Wetboek kan de rechter in kortgeding maatregelen bevelen die nodig zijn tot vrijwaring van de rechten als er ogenschijnlijke rechten bestaan die een dergelijke beslissing verantwoorden. Hij overschrijdt evenwel zijn bevoegdheid wanneer hij bij het onderzoek van de ogenschijnlijke rechten van de partijen op rechtsregels steunt die de voorlopige maatregelen die hij beveelt, niet redelijkerwijs kunnen ondersteunen.

Naar luid van artikel 24 Gerechtelijk Wetboek heeft iedere eindbeslissing gezag van gewijsde vanaf de uitspraak en naar luid van artikel 26 van hetzelfde wetboek blijft het gezag van het rechterlijk gewijsde bestaan zolang de beslissing niet ongedaan is gemaakt.

Zolang de beslissing evenwel geen kracht van gewijsde heeft, dat wil zeggen zolang zij vatbaar blijft voor verzet of hoger beroep, blijft haar gezag van gewijsde voorwaardelijk. De mogelijkheid dat een rechtsmiddel wordt aangenomen, maakt de beslissing niet ongedaan maar stelt haar afhankelijk van een daaruit volgende mogelijke hervorming.

Naar luid van artikel 51, § 1, eerste lid, van de wet van 28 maart 1984 op de uitvindingsoctrooien, heeft, wanneer een octrooi geheel of gedeeltelijk nietig verklaard wordt door een vonnis of een arrest of door een scheidsrechtelijke uitspraak, de beslissing tot nietigverklaring tegenover eenieder gezag van gewijsde, onder voorbehoud van derdenverzet.

Luidens het tweede lid van die bepaling worden de beslissingen tot nietigverklaring pas in het Register van de uitvindingsoctrooien van de Dienst voor de intellectuele eigendom ingeschreven wanneer zij kracht van gewijsde hebben.

Krachtens artikel 1397 Gerechtelijk Wetboek, schorst, behoudens de uitzonderingen die de wet bepaalt, het hoger beroep tegen eindvonnissen daarvan de tenuitvoerlegging.

Naar luid van artikel 51, § 2, van de wet van 28 maart 1984 heeft de voorziening in cassatie, ingeval van nietigverklaring van de octrooien, schorsende werking. Uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 28 maart 1984 blijkt dat de wetgever die bepaling heeft opgenomen gelet op de ernst van de beslissing tot nietigverklaring, vermits de rechtbank een nietig verklaard octrooi niet kan herstellen.

Daaruit volgt dat de rechter in kortgeding, aangewezen om de handelingen van namaak voorlopig te verbieden, om het bestaan van de ogenschijnlijke rechten van de eiseres vast te stellen, redelijkerwijs rekening kan houden met het Europees octrooi, waarvan zij houdster is, zelfs als een beslissing van de rechtbank van koophandel dat octrooi nietig heeft verklaard, zolang geen definitieve uitspraak is gedaan over het hoger beroep tegen die beslissing van nietigverklaring.

Het middel dat van het tegendeel uitgaat, faalt naar recht.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres in de kosten.

Aldus geoordeeld door het Hof van Cassatie, derde kamer, te Brussel, door afdelingsvoorzitter Albert Fettweis, de raadsheren Martine Regout, Alain Simon, Mireille Delange en Sabine Geubel, en in openbare terechtzitting van 24 juni 2013 uitgesproken door afdelingsvoorzitter Albert Fettweis, in aanwezigheid van advocaat-generaal Henri Vanderlinden, met bijstand van griffier Lutgarde Body.

Vertaling opgemaakt onder toezicht van raadsheer Alain Smetryns en overgeschreven met assistentie van griffier Johan Pafenols.

De griffier,

De raadsheer,