

SPOED

BEROEPSCHRIFT

ex artikel 358 jo 1019e Rv

Aan het Gerechtshof te 's-Gravenhage

Geeft eerbiedig te kennen:

Verzoeksters:

1. De rechtspersoon naar buitenlands recht **THE WELLCOME FOUNDATION LIMITED**, gevestigd te Greenford, Middlesex, Verenigd Koninkrijk;
2. De rechtspersoon naar buitenlands recht **GLAXO GROUP LIMITED**, gevestigd te Greenford, Middlesex, Verenigd Koninkrijk;

te dezer zake domicilie kiezende te (1077 XZ) Amsterdam aan het adres Strawinskylaan 10 ten kantore van Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, van welk kantoor de advocaten mr. R.M. Kleemans, mr. ir. T.M. Blomme en A.A.A.C.M. van Oorschot deze zaak behandelen¹, alsmede te (2514 GC) 's-Gravenhage aan het adres Noordeinde 33, ten kantore van mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, die te dezer zake tot procesadvocaat wordt gesteld en als zodanig voor verzoeksters zal optreden,

komen middels dit beroepschrift in beroep van de afwijzende beschikking van de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage van 24 juli 2009, met rekestnummer KG RK 09/1943, van hun verzoek tot het geven van een ex parte bevel in de zin van art. 1019e Rv, op hieronder nader uiteen te zetten gronden.

Vooraf: ex parte

De verzoekschriftprocedure op grond van art. 1019e Rv is door de wetgever uitdrukkelijk bedoeld als een ex parte procedure waarin de gerequesteerde niet zal worden gehoord.

Art. 1019e Rv laat de voorzieningenrechter geen discretionaire bevoegdheid. De wet bepaalt dat een voorlopige voorziening kan worden gegeven “zonder de verweerder op te roepen”. De

¹ rutger.kleemans@freshfields.com (tel: 020-4857642), theo.blomme@freshfields.com (tel: 020-4857705)
arvid.vanoorschot@freshfields.com (tel: 020-4857640).

rechter kan niet beslissen om te wederpartij op het ex parte verzoekschrift tóch te horen. Indien de rechter van mening is dat de wederpartij toch gehoord moet worden, dient de rechter te oordelen dat de zaak niet voor een ex parte beslissing in aanmerking komt, en dient het verzoek te worden afgewezen – zonder dat de wederpartij wordt gehoord.²

Vergelijk in dit verband de formulering van art. 1019b lid 3 Rv (bewijsbeschermende maatregelen) waarin de rechter uiteindelijk wél discretie toekomt waar het betreft het horen van de wederpartij: *“Deze maatregelen worden genomen zo nodig zonder dat de wederpartij gehoord wordt”*.

Ook in verzoeken tot het leggen van conservatoir beslag – waarin de gerequesteerde doorgaans niet wordt gehoord – heeft de rechter ruimte om alsnog belanghebbenden op te roepen hetgeen volgt uit art. 700 lid 2 Rv uit de zin: *“De Voorzieningenrechter beslist na summier onderzoek.”* Zie Burgerlijke Rechtsvordering, Van Mierlo, art. 700 Rv aant. 5: *“De voorzieningenrechter is dus in het algemeen niet verplicht de schuldenaar vóór de verloffverlening ten verhore te laten oproepen - behalve in het geval van art. 720 waarin een dergelijke verplichting wél bestaat -, maar is daartoe steeds bevoegd; voor die oproeping zorgt dan alsdan de griffier op basis van art. 271 e.v. Rv.”*

In art. 1019e Rv wordt aan de rechter een dergelijke bevoegdheid niet gegeven. Daarom kan het Gerechtshof (als voorzieningenrechter) naar aanleiding van een ex art. 1019e Rv ingediend hoger beroep niet ex art. 361 lid 1 Rv belanghebbenden, zoals gerequesteerde, oproepen. Indien het Gerechtshof dat aangewezen zou achten, dient zij het hoger beroep af te wijzen, bijvoorbeeld nadat verzoeksters nader in de gelegenheid zijn geweest het hoger beroep toe te lichten.

In de MvT bij art. 1019e Rv is uitdrukkelijk stilgestaan bij de mogelijkheid in hoger beroep te komen van een beschikking houdende een afwijzing van een ex parte verzoek³: *“Het gewone kort geding met dagvaarding blijft daarnaast bestaan en wanneer het verzoekschrift wordt afgewezen, kan de verzoeker alsnog een kortgedingdagvaarding indienen (of hoger beroep instellen tegen de afwijzing van het verzoekschrift)”*. In de MvT wordt niet geopperd dat in strijd met de Handhavingsrichtlijn de appelprocedure opeens haar ex parte karakter zou

² Eveneens art 9 lid 4 Richtlijn 2004/48/EG (Handhavingsrichtlijn): De lidstaten dragen er zorg voor dat de in de leden 1 en 2 bedoelde maatregelen in passende gevallen kunnen worden genomen zonder dat de wederpartij is gehoord (...).

³ TK, 2005-2006, 30 392, nr. 3, p. 23.

verliezen en van kleur zou verschieten. Derhalve verzoeken verzoeksters uw Hof om datzelfde ex parte karakter ook in hoger beroep te eerbiedigen en gerequesteerde niet op te roepen ex art. 361 Rv en in de gelegenheid te stellen om schriftelijk of anderszins verweer te voeren.

In het geval dat uw Hof desondanks van oordeel zou zijn dat in hoger beroep niet langer kan worden vastgehouden aan het ex parte karakter van het verzoek, dan zou het het hoger beroep dienen af te wijzen zonder gerequesteerde te horen en/of te berichten.

Vooraf: spoedeisendheid van de verzochte beschikking in hoger beroep

Zoals hieronder uiteengezet is tussen verzoeksters en gerequesteerde inmiddels onder voorbehoud een datum voor kort geding vastgesteld op 25 augustus 2009. De verwachting is derhalve gerechtvaardigd dat in het geschil tussen verzoeksters en gerequesteerde niet eerder dan medio september 2009, op zijn vroegst, een uitspraak op tegenspraak voorhanden is.

Voor de periode die gelegen is voordat er een vonnis in kort geding beschikbaar is, hebben verzoeksters een zeer spoedeisend belang bij een tijdelijke voorziening in de zin van art. 1019e Rv. Om die reden wijzigen verzoeksters hun verzoek in hoger beroep in de zin dat niet langer een voorziening wordt gevorderd voor de resterende duur van het ABC, maar nog slechts voor de periode totdat vonnis in kort geding is geweest. Op die wijze wordt immers het meeste recht gedaan aan de belangen van zowel rechthebbende als gerequesteerde.

Deze wijziging van het verzoek heeft tot gevolg dat verzoeksters slechts een belang bij het ingestelde hoger beroep hebben indien het Gerechtshof op zeer korte termijn op dat hoger beroep zal beslissen, en tenminste vóórdat een vonnis zal zijn geweest in het kort geding tussen verzoeksters als eiseressen en gerequesteerde als gedaagde.

Inleiding

1. Verzoekster sub 1 The Wellcome Foundation Limited en verzoekster sub 2 Glaxo Group Limited (hierna gezamenlijk aangeduid als: “**GSK**”) zijn onderdeel van de Glaxo SmithKline Groep.
2. Op 21 juli 2009 heeft GSK de voorzieningenrechter van de rechtbank ’s-Gravenhage verzocht om op grond van art. 1019 Rv aan gerequesteerde Pharmachemie B.V. te bevelen de inbreuk op haar aanvullend beschermingscertificaat 960001 (“**het ABC**”) in Nederland te staken en gestaakt te houden tot 20 december 2009, de datum van expiratie van dat ABC (**Bijlage 1**).
3. Op verzoek van de voorzieningenrechter heeft de advocaat van GSK een nadere mondelinge toelichting verschaft. Tijdens dat telefonisch onderhoud heeft de voorzieningenrechter aangegeven het verzoek waarschijnlijk te zullen afwijzen en gevraagd of onder die omstandigheid verzoeksters hun verzoekschrift wensten in te trekken.
4. Bij email van 23 juli 2009 heeft de advocaat van GSK om een beschikking op het verzoekschrift gevraagd en de mondelinge toelichting schriftelijk herhaald (**Bijlage 2**).
5. Bij mondelinge beschikking van vrijdag 24 juli 2009 heeft de voorzieningenrechter het verzoek van GSK afgewezen (**Bijlage 3**). De beschikking en de motivering daarvan is op maandag 27 juli 2009, aan de procesadvocaat van GSK verstrekt.
6. De reden voor afwijzing van het verzoek is gelegen in de omstandigheid dat de voorzieningenrechter van mening is dat GSK gerequesteerde had moeten sommeren de inbreuk te staken, alvorens een verzoek tot een ex parte bevel ex art. 1019e Rv te doen (r.o. 2.3 van de beschikking waarvan beroep). De voorzieningenrechter is van mening dat GSK gerequesteerde “*de gelegenheid [heeft] ontnomen om de gestelde inbreuk vrijwillig te staken, dan wel om toe te lichten waarom in de visie van Pharmachemie geen sprake is van inbreuk*”.

7. GSK kan zich niet verenigen met de weigering van het verzochte bevel ex art. 1019e Rv en wenst daartegen grieven aan te voeren. Voor wat betreft de feiten van de zaak verwijst GSK naar het ingediende verzoekschrift en de bij dat verzoekschrift horende producties.
8. Na de weigering van het ex parte inbreukverbod heeft GSK de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage tevens verzocht om op korte termijn een datum voor een kort geding te bepalen. Op 28 juli 2009 heeft GSK een kortgedingdagvaarding aan Pharmachemie uitgebracht. Het kort geding zal onder voorbehoud plaatsvinden op 25 augustus 2009. Dat betekent dat een beslissing in kort geding op zijn vroegst medio september 2009 voorhanden zal zijn.
9. Voor de periode die gelegen is voordat er een vonnis in kort geding beschikbaar is, heeft GSK een zeer spoedeisend belang bij een tijdelijke voorziening in de zin van art. 1019e Rv, zoals hieronder zal worden uiteengezet. Dat betekent tevens dat verzoeksters hun verzoek in hoger beroep wijzigen in de zin dat niet langer een voorziening wordt gevorderd voor de resterende duur van het ABC, maar nog slechts voor de periode totdat vonnis in kort geding is geweest. Een zeer tijdelijke voorziening derhalve.

Grief

10. Ten onrechte heeft de voorzieningenrechter in r.o. 2.2 van de beschikking waarvan beroep overwogen dat een ex parte bevel in de zin van art. 1019e Rv alleen voor toepassing (lees: toewijzing) in aanmerking kan komen als aangenomen kan worden dat andere, minder ingrijpende maatregelen – waaronder kennelijk het specifiek genoemde middel van een sommatiebrief (r.o. 2.3) – geen doel zullen treffen.

Toelichting op de grief

11. De voorzieningenrechter heeft er in zijn beschikking geen blijk van gegeven dat hij het inbreukmakende feit, het ingeroepen recht of de onherstelbare schade aan twijfel onderhevig achtte. Uitsluitend op grond van de omstandigheid dat een ex parte verbod een zeer ingrijpende maatregel is, meende hij dat wederhoor gepast en vereist was.

12. Voor een door de voorzieningenrechter dusdanig beperkte toepassingsgrond van het ex parte bevel in de zin van art. 1019e Rv is geen grondslag te vinden, noch in de wet, noch in de parlementaire geschiedenis.

13. Art. 1019e lid 1 Rv luidt als volgt:

“In spoedeisende zaken, met name indien uitstel onherstelbare schade voor de houder van recht van intellectuele eigendom zou veroorzaken, is de voorzieningenrechter bevoegd een onmiddellijke voorziening bij voorraad te geven op een bij verzoekschrift gedaan verzoek om tegen de vermeende inbreukmaker een bevel uit te vaardigen teneinde een dreigende inbreuk op het recht van intellectuele eigendom van houder te voorkomen, zonder de vermeende inbreukmaker op te roepen.”

14. Art. 1019e Rv spreekt van een *dreigende* inbreuk op het recht van intellectuele eigendom. Het is onduidelijk of de voorzieningenrechter zich wellicht hierdoor heeft laten leiden in diens afwijzende beschikking en heeft geoordeeld dat nu sprake is van reeds bestaande inbreuk, een ex parte verbod niet het geëigende middel is en de wederpartij moet worden gehoord. Zo dat het geval is geweest – hetgeen overigens niet uit de beschikking blijkt – geldt dat die redenering onjuist is omdat de Handhavingsrichtlijn – ter implementatie waarvan art 1019e strekt – géén onderscheid maakt tussen dreigende en bestaande inbreuk.

15. Zie eveneens Burgerlijke Rechtsvordering, Numann, art 1019e Rv, Aantekening 1, strekking: *“Art. 9 lid 1 onder a IE-Handhavingsrichtlijn opent de mogelijkheid van een ex parte-voorziening voor het geval van dreigende inbreuk, maar ook voor het (tijdelijk) doen staken van een in gang zijnde inbreuk, indien het nationale recht in die mogelijkheid voorziet. Hoewel dit laatste stellig voor het Nederlandse recht geldt, voorziet art. 1019e Rv daarin niet. Dat is een in de wetsgeschiedenis niet toegelichte beperking, die in strijd met de Richtlijn lijkt. De praktijk wijst uit dat de rechtspraak stilzwijgend deze lacune opvult en ook bij reeds bestaande (voortdurende) inbreuk voorzieningen ex parte mogelijk acht.”*

16. Het enige in de wet genoemde criterium voor een dergelijk ex parte bevel is of uitstel van een uit te vaardigen voorziening (het ex parte bevel om zich van inbreuk op een

recht van intellectuele eigendom te onthouden) – bijvoorbeeld door de vermeende inbreukmaker op te roepen of hem in de gelegenheid te stellen zich in een normaal kortgeding te verweren – onherstelbare schade voor de rechthebbende zou veroorzaken.

17. Aan dat criterium is in deze zaak voldaan, zoals hieronder wordt uiteengezet.
18. De ten onrechte door de voorzieningenrechter zo zwaarwegend beoordeelde omstandigheid dat niet voorafgaand aan het verzoekschrift is gesommeerd, vindt niet alleen geen steun in de wet of jurisprudentie, maar staat ook volkomen haaks op art. 6 EVRM: het waarborgen van effectieve toegang tot het recht. De Handhavingsrichtlijn voegt daaraan toe: effectieve toegang tot de rechter voor rechthebbenden.
19. Een professionele marktpartij als Pharmachemie lanceert geen generiek geneesmiddel voor de expiratie van een octrooirecht/ABC van een derde zonder over de gevolgen van die daad te hebben nagedacht. Het risico op een verbod, zij het ex parte, wordt willens en wetens aanvaard en het past niet om daaraan de eis te stellen dat een inbreukmaker eerst dient te worden verzocht om zijn inbreukmakende handelingen te staken en/of duidelijk te maken waarom hij geen inbreuk zou maken.
20. In dat verband dient benadrukt te worden dat de inbreuk 100% vaststaat en dat enkel de geldigheid van het ABC ter discussie gesteld zou kunnen worden. Over de inbreuk (het betreft een stofoctrooi) kan geen discussie ontstaan. Daarbij dient tevens vastgesteld te worden dat het aan dat ABC onderliggende octrooi nooit is aangevallen, dat het innovatieve product van verzoeksters dat onder dat octrooi en het ABC valt – Zelitrex – meer dan 10 jaar exclusief en met veel succes op de Nederlandse markt is verhandeld zonder dat er ooit een generiek geneesmiddel is gelanceerd en dat het ABC over slechts vijf maanden expireert. Indien Pharmachemie serieuze twijfels zou hebben over de geldigheid van het ABC en om die reden zou menen dat zij geen inbreuk zou maken op dat ABC, dan had in ieder geval van haar verwacht mogen worden dat zij een nietigheidsprocedure zou zijn begonnen, en in ieder geval dat zij die twijfels gemotiveerd aan verzoeksters kenbaar had gemaakt alvorens de markt te betreden.
21. Voorts is het oordeel dat sommatie zou moeten voorafgaan aan een ex parte verzoekschrift tot het geven van een bevel in de zin van art. 1019e Rv niet in lijn met de

jurisprudentie van de Haagse voorzieningenrechter zelf. Verwezen wordt naar de volgende zaken waarin geen (kenbare) sommatie plaatsvond en het gevraagde bevel toch werd toegewezen:

- Vrz. Rechtbank 's-Gravenhage, 4 juni 2009, KG RK 09-1420, *AD Nieuwsmedia B.V./GS Media B.V.*;
- Vrz. Rechtbank 's-Gravenhage, 9 april 2009, KG RK 09-993, *Novartis AG/Marcel Kaptijn*;
- Vrz. Rechtbank 's-Gravenhage, 17 maart 2009, *Industria de diseño textil S.A./Artiq Mobile B.V.*;
- Vrz. Rechtbank 's-Gravenhage, 8 december 2008, KG RK 08-2154, *Go Fast Sports & Beverage Company*;
- Vrz. Rechtbank 's-Gravenhage, 2 december 2008, KG RK 08/2128, *Exide Technologies*;
- Vrz. Rechtbank 's-Gravenhage, 25 november 2008, KG RK 08/2021, *Eredivisie/www.davinciserver.nl*;
- Vrz. Rechtbank 's-Gravenhage, 7 november 2008, *Hachette Filipacchi Media Netherlands B.V./Mediamaatjes B.V.*;
- Vrz. Rechtbank 's-Gravenhage, 20 oktober 2008, KG RK 08/1745, *Motoport Europe Holding B.V./IGM Trading B.V.*;
- Vrz. Rechtbank 's-Gravenhage, 16 oktober 2008, KG RK 08/1703, *Teddy S.P.A.*;
- Vrz. Rechtbank 's-Gravenhage, 14 oktober 2008, KG RK 08/1702, *Trenité & Arp Design B.V./Trendhopper Holding B.V.*;
- Vrz. Rechtbank 's-Gravenhage, 18 september 2008, KG RK 08/1546, *G-Star Raw Denim Kft. c.s/A&S Internetdiensten*;
- Vrz. Rechtbank 's-Gravenhage, 1 augustus 2008, KG RK 08/1292, *Cleybergh/Van Roon B.V.*;
- Vrz. Rechtbank 's-Gravenhage, 17 juni 2008, KG RK 08/1053 & KG RK 08/1037, *Sørensen/Human Office B.V resp. Bukan Office B.V.*;
- Vrz. Rechtbank 's-Gravenhage, 12 juni 2008, KG RK 08/1012, *L'Automobile Club De L'Óuest ACO/State of Art B.V.*;
- Vrz. Rechtbank 's-Gravenhage, 23 mei 2008, KG RK 08/893, *Container Centralen c.s./L. Schalkoort Beheer B.V. c.s.*;

- Vrz. Rechtbank 's-Gravenhage, 9 april 2008, KG RK 08/0591, *Van Valderen Eurotrade B.V./Gamma Nederland B.V.*;
 - Vrz. Rechtbank 's-Gravenhage 1 april 2008, KG RK 08/0517, *Meijn Food Processing Technology B.V./Tieleman Food Equipment B.V. c.s.*;
 - Vrz. Rechtbank 's-Gravenhage, 18 maart 2008, KG-RK 2008 / 467, *Ford Motor Company/Service Best Automateriaal B.V.*;
 - Vrz. Rechtbank 's-Gravenhage, 11 maart 2008, KG RK 08/0428 & 0429, *MFB Diffusion/Asian Gear B.V.*;
 - Vrz. Rechtbank 's-Gravenhage, 28 februari 2008, KG-RK 2008 / 355, *Chiquita Brands International Inc. c.s./Gadgetaria*;
 - Vrz. Rechtbank 's-Gravenhage, 22 februari 2008, KG RK 08/0313, *Perfetti Van Melle S.p.A./Mulder & Schneider*.
22. Zie over de incompatibiliteit van de sommatie en een ex parte verbod ook D.J.G Visser, *Het Amsterdamse ex-parte verbod met wederhoor* (Boek9.nl. 26 november 2008, B9 7321):
- “Wat mij betreft is het van tweeën één. Of de zaak is zo onmiskenbaar inbreuk en zo spoedeisend dat je meteen een ex parte verbod vraagt, en niet eerst een sommatie-brief stuurt en in onderhandeling gaat met de advocaat van de wederpartij, óf je stuurt wel eerst een sommatie-brief en vraagt de advocaat die zich vervolgens meldt netjes om de verhinderdata en begint een kort geding.”*
23. In het onderhavige geval is de inbreuk manifest en leidt deze inbreuk tot onherstelbare schade, juist als een inter partes kort geding moet worden afgewacht, zoals hierna uiteengezet zal worden (en zoals al aan de voorzieningenrechter aangegeven in de nadere toelichting).
24. Overigens wordt erop gewezen dat een mogelijke sommatiebrief naar alle waarschijnlijkheid zelfs een tegengesteld en ongewenst gevolg zou hebben gehad. Met een sommatiebrief wordt de wederpartij, waarvan mag worden aangenomen dat zij, als generieke onderneming met een zeer ruime ervaring in het voeren van octrooigeschillen willens en wetens octrooiinbreuk maakt en derhalve de daaraan verbonden risico's

aanvaardt, immers ervan op de hoogte gebracht dat de rechthebbende rechterlijke stappen overweegt en dat een mogelijk einde van de inbreukmakende activiteiten nadert.

25. Juist die wetenschap geeft een bewuste inbreukmaker de mogelijkheid en de prikkel om de schade aan de rechthebbende te vergroten, bijvoorbeeld door inbreukmakende producten elders onder te brengen en die producten grootschalig en met hogere kortingen te verkopen.
26. Ter illustratie zij verwezen naar een procedure tussen verzoekster sub 2 en gerequesteerde uit 2007 inzake het geneesmiddel Ondansetron (Rb 's-Gravenhage 4 juli 2007, zaak/rolnummer: 271008 / HA ZA 06-2677) waarin gerequesteerde in de G-Standaard verwijst naar het octrooi van Glaxo Group Limited en een leveringsvoorbehoud maakt (in die zaak expireerde het octrooi overigens in dezelfde maand als waarin de G-Standaard werd gepubliceerd, terwijl in deze zaak het ABC nog ongeveer een half jaar geldig is). Pharmachemie weet hoe het spel gespeeld wordt.

Uitstel van de gevraagde voorziening leidt tot onherstelbare schade

27. Volgens vaste jurisprudentie is in geval van het door een generieke geneesmiddelen-fabrikant betreden van de Nederlandse markt met een generieke versie van een geneesmiddel dat door een octrooi of ABC beschermd is, de spoedeisendheid voor een bij voorlopige voorziening gevorderd verbod om inbreuk te maken c.q. bevel om de inbreuk te staken, gegeven.
28. Het ex parte regime van art. 1019e Rv is door de wetgever uitdrukkelijk bedoeld om in zeer spoedeisende gevallen een beschikking te geven zonder de gerequesteerde te horen, namelijk in die gevallen waar het risico op onherstelbare schade aanwezig is waardoor een inter partes kortgeding in redelijkheid niet kan worden afgewacht. Met andere woorden, in gevallen waarin uitstel van een inbreukverbod onherstelbare schade voor de rechthebbende zou veroorzaken.
29. Het lijkt geen twijfel dat het niet doen horen van de gerequesteerde in beginsel een inbreuk op diens rechten oplevert. Om die reden dient de concrete belangenafweging in

het voordeel uit te vallen van de rechthebbende, wil het verzochte bevel ex art. 1019e Rv toegewezen kunnen worden.

30. Naar de stellige mening van GSK is dat in casu het geval.
31. Deze zaak betreft een (vooronderzocht) octrooirecht en het daarop gebaseerde ABC. Die rechten geven de rechthebbende een exclusief verbodsrecht dat gekenmerkt wordt door een beperkte beschermingsduur. Een dergelijk recht dient direct en effectief te kunnen worden gehandhaafd. Een voorafgaande verplichting tot sommeren, zoals door de voorzieningenrechter in de beschikking waarvan beroep wordt vereist, verhoudt zich hier niet mee.
32. Het gaat voorts om een octrooi dat zijn volledige beschermingsduur heeft uitgezeten zonder ooit een geldigheidsaanval te moeten doorstaan. Uiteraard is Pharmachemie op de hoogte van de rechten van GSK en van de omstandigheid dat die rechten nooit serieus onder vuur hebben gelegen.
33. De reden voor de markttoetreding van Pharmachemie is dan ook een puur strategische; het is algemeen bekend dat de eerste generieke aanbieder op een markt vrijwel meteen een groot aandeel van die markt naar zich toetrekt en dat niet meer verandert, ook niet wanneer andere generieken diezelfde markt betreden. In dit verband wordt tevens opgemerkt dat andere generieke aanbieders van valaciclovir zoals Ranbaxy, Mylan en Actavis inmiddels ook een marktvergunning hebben gekregen, maar nog niet – zoals Pharmachemie – op de Nederlandse markt zijn gekomen. Kennelijk omdat zij de expiratie van GSK's ABC afwachten.
34. De aanwezigheid van het generieke geneesmiddel valaciclovir op de Nederlandse markt leidt ontegenzeggelijk tot schade bij GSK en uitstel van een inbreukverbod – zelfs voor de tijd die een beslissing in een normaal kortgeding zou vergen – maakt die schade onherstelbaar. Dat zal hieronder worden toegelicht.
35. Dat door de handelswijze van gerequesteerde schade wordt toegebracht aan GSK is evident. Generieken zijn in staat om hun producten voor een veel lagere prijs te verkopen dan die van het innovatieve product, aangezien zij niet het hele proces hoeven

te doorlopen van het zoeken naar en vinden van een werkzaam bestanddeel tot het ontwikkelen tot een commercieel geneesmiddel, waaronder dure en uitgebreide clinical trials, en zij voorts niet de enorme onderzoekskosten hoeven terug te verdienen die verbonden zijn aan de ontwikkeling van een innovatief geneesmiddel. Om die reden kunnen generieken veel lagere prijzen hanteren. In casu ligt de prijs van Pharmachemies generieke geneesmiddel 20% lager dan GSK's geneesmiddel Zelitrex.

36. Bij generieke markttoetreding zal GSK gedwongen zijn om haar prijzen te verlagen, aangezien zij anders een groot gedeelte van haar marktaandeel meteen zou verliezen. En zelfs als GSK haar prijzen zou verlagen, zou dat nog steeds gebeuren. Daarnaast geldt dat op het moment dat een generiek haar product in de markt zet, het zeer waarschijnlijk is dat andere generieken korte tijd later diezelfde markt zullen betreden. Zoals hierboven reeds aangegeven hebben drie andere generieke producenten ook een marktvergunning gekregen. De recente inbreukmakende handelingen van Pharmachemie zullen er waarschijnlijk toe leiden dat die andere generieken hun eigen generieke geneesmiddel ook in de G-standaard zullen doen opnemen teneinde voor de expiratie van het ABC te markt op te gaan, net als Pharmachemie. Aangezien de G-standaard maandelijks uitkomt zijn die andere generieken in de gelegenheid om hun respectievelijke producten in de zeer nabije toekomst te lanceren.
37. Maar GSK leidt niet alleen veel schade als gevolg van de inbreukmakende handelingen van gerequesteerde, die schade is tevens onherstelbaar indien de verzochte voorlopige voorziening zou worden uitgesteld (het criterium voor een ex parte bevel op grond van art. 1019e Rv).
38. Indien GSK een beslissing in kort geding zou moeten afwachten, welke beslissing redelijkerwijs op zijn vroegst medio september 2009 te verwachten valt, is het immers zeker dat alle groothandels en apotheken in de tussentijd zoveel voorraad van het generieke geneesmiddel hebben ingeslagen, dat zij voor de resterende duur die Pharmachemie in het geval van een verbod in kort geding van de markt zou zijn, voldoende inbreukmakende producten op voorraad hebben om die periode nog uitsluitend het generieke geneesmiddel te verkopen. GSK zou dan haar ABC jegens al die individuele groothandels en apotheken moeten handhaven, waarbij de kans ook nog eens groot is dat groothandels en apothekers in een dergelijk geval niet meer GSK's product Zelitrex zullen inkopen maar concurrerende medicijnen. Bovendien zijn de

groothandels en apotheken ook de klanten van GSK aan wie zij al haar (overige) producten in Nederland verhandelt en moet verhandelen. Zij kan het zich niet permitteren deze klanten van haar afkerig te maken.

39. Concurrente medicijnen zullen door groothandels en apotheken worden afgenomen omdat Zelitrex een zogenaamd clustermedicijn is. Dat betekent dat er ook andere, concurrerende medicijnen beschikbaar zijn voor dezelfde therapeutische behandeling. Zoals gezegd heeft GSK nog circa vijf maanden bescherming voor haar geneesmiddel Zelitrex. De prijs van het generieke geneesmiddel van Pharmachemie ligt ongeveer 20% onder de prijs van Zelitrex, een substantieel verschil. Indien de markt voor valaciclovir (distributeurs, artsen, apothekers en patiënten) nog meer dan een maand (de minimale termijn die een kortgedingbeslissing redelijkerwijs zal vergen) de gelegenheid heeft gehad om het goedkopere generieke geneesmiddel voor te schrijven c.q. te kopen in plaats van het duurdere Zelitrex, is de verwachting gerechtvaardigd dat GSK niet in staat zal zijn om, zelfs als daarna het generieke product van de markt wordt gehaald, voor de na dat vonnis in kort geding nog resterende beschermingsduur van 3 tot 4 maanden haar prijs te handhaven aangezien de markt de hogere prijs van Zelitrex niet zal accepteren en eerder zal overgaan op concurrerende medicijnen.
40. Naast de evidente prijserosie is de schade in dit specifieke geval derhalve onherstelbaar indien een inter partes procedure wordt afgewacht omdat in dat geval de markt snel verzadigd zal zijn met het generieke product van gerequestreerde en van de andere generieke producenten met een marktvergunning. Daardoor zijn verzoeksters feitelijk niet in staat hun geoctrooieerde product in Nederland te verhandelen.
41. Aldus wordt het monopolie – aan GSK verleend voor haar bijdrage aan de stand van de techniek hetgeen door Pharmachemie (noch enige andere generieke onderneming) nimmer is betwist – in de laatste 5 à 6 maanden van zijn bestaan effectief en op onrechtmatige wijze ongedaan gemaakt.

Verzoek om een ex parte behandeling van het hoger beroep

42. Art. 1019e Rv is in de Nederlandse wet geïmplementeerd om een verzoeker, die een dermate spoedeisend belang heeft dat uitstel van de gevraagde voorziening zou leiden tot onherstelbare schade, in de gelegenheid te stellen om de inbreuk op diens intellectueel eigendomsrecht te doen staken zonder de inbreukmaker verweer te laten voeren.
43. De ratio van deze wettelijke regeling is helder. De spoedeisendheid van de gevraagde voorziening laat niet toe dat de inbreukmaker verweer voert waardoor het redelijkerwijs langer duurt – in Nederland doorgaans niet korter dan anderhalve maand – voordat de inbreuk door een rechterlijk bevel/verbod wordt voorkomen.
44. Indien dat hoger beroep van kleur zou verschieten in de zin dat de verzoekschriftprocedure van een ex parte in een inter partes behandeling zou veranderen, zou dat in strijd zijn met de ratio van art. 1019e Rv, namelijk het spoedeisende karakter van de gevraagde voorziening.
45. Om die reden verzoeken verzoeksters uw Hof om dit beroepschrift ex parte te behandelen, dat wil zeggen zonder gerequesteerde op te roepen ex art. 361 Rv en in de gelegenheid te stellen om schriftelijk of anderszins verweer te voeren.
46. Ook verzoeken verzoeksters uw Hof om binnen de vroegst haalbare termijn op dit beroepschrift te beslissen.

REDENEN WAAROM:

Verzoeksters zich tot het Gerechtshof 's-Gravenhage wenden met het verzoek:

- (A) De beschikking van de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage van 24 juli 2009, met rekestnummer KG RK 09/1943, te vernietigen, en alsnog:
- (B) Gerequesteerde te bevelen om onmiddellijk na betekening van de – op grond van dit verzoek – te wijzen beschikking iedere inbreuk op ABC 960001 in Nederland te staken en gestaakt te houden totdat de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage in kort geding een beslissing heeft genomen ten aanzien van de vorderingen van verzoeksters om onder meer een inbreukverbod op te leggen tot het moment van expiratie van het ABC;
- (C) Gerequesteerde te veroordelen tot het betalen aan verzoeksters van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van EUR 20.000,- voor iedere dag of deel daarvan, of – naar keuze van verzoeksters – per inbreukmakend product, waarmee gerequesteerde bovenstaand bevel geheel of gedeeltelijk overtreedt;
- (D) De termijn waarbinnen de eis in de hoofdzaak moet zijn ingesteld als bedoeld in art. 1019i Rv te bepalen op zes (6) maanden na het in deze zaak te geven bevel, dan wel een door het Hof in goede justitie te bepalen termijn;
- (E) De beschikking uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

's-Gravenhage, 31 juli 2009

Procesadvocaat

- Bijlage 1: Verzoekschrift van 21 juli 2009 plus producties 1 t/m 14;
- Bijlage 2: Email van de advocaat van GSK aan de voorzieningenrechter van 23 juli 2009;
- Bijlage 3: Beschikking van de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage van 24 juli 2009.