

arrest IN NAAM VAN DE KONING

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.169.970/01

Zaaknummer rechtbank : C/09/433129/ HA ZA 12/1458

arrest van 7 juni 2016

inzake

ABLYNX N.V.,
gevestigd te Ghent-Zwijnaarde, België,
appellante,
hierna te noemen: Ablynx,
advocaat: mr. W.E. Pors te 's-Gravenhage,

tegen

- 1. UNILEVER NEDERLAND B.V.**,
gevestigd te Rotterdam,
- 2. UNILEVER NEDERLAND HOLDINGS B.V.**,
gevestigd te Rotterdam,
- 3. UNILEVER N.V.**,
gevestigd te Rotterdam,
- 4. UNILEVER RESEARCH AND DEVELOPMENT VLAARDINGEN B.V.**
gevestigd te Vlaardingen,
- 5. BAC IP B.V.**
gevestigd te Naarden,
geïntimeerden,
geïntimeerden sub 1 t/m 4 hierna gezamenlijk te noemen: Unilever, geïntimeerde sub 5
hierna te noemen: BAC en alle geïntimeerden gezamenlijk hierna te noemen: Unilever c.s.,
advocaat: mr. D. Knottenbelt te Rotterdam.

1. Het geding

Bij exploit van 24 februari 2015 is Ablynx in hoger beroep gekomen van twee door de rechtbank Den Haag tussen partijen gewezen vonnissen van 4 december 2013 en 31 december 2014. Bij memorie van grieven met producties heeft Ablynx tien grieven aangevoerd. Bij memorie van antwoord heeft Unilever c.s. de grieven bestreden. Vervolgens hebben partijen op 25 februari 2016 de zaak doen bepleiten, Ablynx door haar advocaat voornoemd, bijgestaan door mr. R. Soetens, advocaat te 's-Gravenhage, en mr. B. Vandermeulen, advocaat in België, en Unilever c.s. door mrs. R.E. Ebbink en mr. R. Hermans, advocaten te Amsterdam, aan beide zijden aan de hand van overgelegde pleitnotities. Ten slotte hebben partijen arrest gevraagd.

2. De feiten

De door de rechtbank in de vonnissen van 4 december 2013 en 31 december 2014 vastgestelde feiten zijn niet in geschil. Ook het hof zal daarvan uitgaan. Het gaat in deze zaak om het volgende:

2.1 Ablynx is een beursgenoteerd biofarmaceutisch bedrijf met meer dan 250 werknemers dat in België gevestigd is en dat actief is in het onderzoek naar en de ontwikkeling van zogenaamde nanobodies, een nieuwe klasse van eiwitten met therapeutische werking die zijn afgeleid van de variabele domeinen van zogenaamde “zware-keten antilichamen” die voorkomen in kameelachtigen (zoals kamelen en lama's).

2.2 Nanobodies kunnen worden gebruikt voor de behandeling van ernstige en/of levensbedreigende menselijke ziekten, zoals ontstekingsziekten, hematologie, kanker en ademhalingsziekten. Zo hebben Ablynx en haar farmaceutische partners momenteel zes nanobodies in klinische ontwikkeling (in Fase I of Fase II klinische studies), onder meer tegen reuma, osteoporose, luchtweginfecties en kanker.

2.3 De “zware-keten antilichamen” en de variabele domeinen ervan (de zogenaamde “VHH fragmenten” of kortweg “VHH's”) zijn begin jaren '90 ontwikkeld door de onderzoekers Prof. R. Hamers en Dr. C. Casterman, die in die tijd werkzaam waren aan de Vrije Universiteit Brussel (hierna: “VUB”), die octrooibeschermt heeft aangevraagd en verkregen, onder meer in Europa en de Verenigde Staten. De octrooifamilie voor de zware-keten antilichamen uit kameelachtigen, voor de VHH fragmenten hiervan, en voor de hiervan afgeleide nanobodies wordt aangeduid als de Hamers octrooifamilie (hierna: “Hamers-octrooien”). De Hamers-octrooien omvatten op het moment van dagvaarden in eerste aanleg meer dan 100 octrooiaanvragen en verleende octrooien wereldwijd, waaronder 10 verleende octrooien in de Verenigde Staten, 4 hangende octrooiaanvragen in de Verenigde Staten en 5 verleende octrooien in Europa.

2.4 Onder meer behoort tot de Hamers-octrooien het Europese octrooi EP 1 087 013 (verder: EP 013). De geldingsduur van dit octrooi is op 18 augustus 2013 verstreken. EP 013 claimt een werkwijze voor het genereren van zware-ketenantilichamen of van hun VHH-fragmenten, nucleotide sequenties, vectoren, en DNA-bibliotheken. Paragraaf 1, laatste zin, van de beschrijving van EP 013 luidt: “Such immunoglobulins can be used for several purposes, especially for diagnosis or therapeutical purposes including protection against pathological agents or regulation of the expression or activity of proteins.”

2.5 Unilever is een Nederlands-Engelse multinational die zich bezig houdt met het produceren en verhandelen van consumentenartikelen zoals voedingsmiddelen, producten voor persoonlijke verzorging en schoonmaakartikelen. BAC is een onderneming die zich toelegt op het exploiteren van rechten van intellectuele eigendom.

2.6 VUB heeft op 16 april 1997 een licentie verleend aan Unilever Nederland B.V., die op 2 juni 2005 aan BAC is overgedragen. BAC heeft onder de zogenaamde ‘Variation and Novation Agreement’ een niet-exclusieve wereldwijde licentie van de VUB verkregen voor de exploitatie van de Hamers-octrooien, met het recht tot het verlenen van sub-licenties, beperkt tot de volgende producten en sectoren:

- (i) verpakte voedingsproducten;
- (ii) was- en reinigingsmiddelen;

- (iii) niet-medisch georiënteerde cosmetische producten;
- (iv) de proceshulpstoffen, meer bepaald de katalytische en scheidingsproceshulpstoffen, voor toepassing in voornoemde gebieden (i), (ii) en (iii);

(de "Gereserveerde Sector")

en niet exclusief, wereldwijd, met het recht om sub-licenties te verlenen, voor:

- OTC diagnostica voor niet medisch georiënteerde cosmetische producten en voor toepassingen van antilichamen in veevoeder evenals voor proceshulpstoffen, meer bepaald de katalytische en scheidingsproceshulpstoffen, voor toepassing in beide hiervoor genoemde gebieden,

(het "Additionele Gebied").

Unilever Nederland B.V. verkreeg daarbij van BAC een niet-exclusieve wereldwijde sub-licentie voor de exploitatie van de Hamers-octrooien voor de Gereserveerde Sector, met het recht verdere sub-licenties te verlenen. Op deze overeenkomst is Belgisch recht van toepassing. De in 1997 aan Unilever Nederland B.V. verleende licentie bevatte in artikel 3 een gelijkkluidende bepaling (met dien verstande dat de licentie voor de Gereserveerde Sector tot 1 januari 2001 exclusief was), waarbij evenzeer Belgisch recht van toepassing is verklaard.

2.7 De VUB heeft aan het Vlaams Interuniversitair Instituut voor Biotechnologie (hierna: "VIB") in september 1998 een exclusieve wereldwijde onbeperkte licentie op de Hamers-octrooien voor alle toepassingsterreinen, met uitzondering van de Gereserveerde Sector, verleend.

2.8 Ablynx heeft volgens een overeenkomst van 14 november 2001, herbevestigd in een overeenkomst van 19 november 2011, een exclusieve wereldwijde sub-licentie onder de Hamers-octrooien van het VIB verkregen:

"to use camel antibodies to develop, make, have made, have made by third parties, use, import, export, buy, offer for sale and to sell products and processes for the prediction, diagnosis, follow-up, prevention and treatment of diseases in animals and human beings".

en de licentie:

"will also comprise proteomic applications, affinity purification applications and process applications in the abovementioned areas. It will also comprise the development, production and sale of products and services for research purposes relating to the above-mentioned areas, it being understood that the Sub-licensee will not recommend or promote these products or services for research that does not relate to the above-mentioned areas",

terwijl de licentie

"does not include the diagnostics which are freely available in the trade for non-medically oriented cosmetics, nor for the application of camel antibodies in animal feeds".

2.9. Geïntimeerde sub 2, Unilever Nederland Holdings B.V., heeft op 22 december 2010 aan een onderneming genaamd VHSquared Ltd., gevestigd te Birmingham, Verenigd Koninkrijk (hierna: "VHSquared"), een sub-licentie verleend voor de Gereserveerde Sector.

2.10. Door of in opdracht van Unilever c.s. is een onderzoek gedaan in Bangladesh (in 2007-2008) en India (in 2011-2012) naar het gebruik van ARP1 (een VHH gericht tegen het rotavirus) bij kinderen. De resultaten van het onderzoek zijn neergelegd in een manuscript

van een artikel van Sarker c.s. (*Anti-Rotavirus Protein Reduces Stool Output in Infants with Diarrhea: a Randomized Placebo Controlled Trial*, Gastroenterology (2013), doi: 10.1053/j.gastro.2013.06.053 (Accepted Manuscript)).

3. Het geschil in eerste aanleg en in hoger beroep

3.1 In eerste aanleg heeft Ablynx een incidentele vordering ingesteld op basis van artikel 843a lid 2 Rv jo. 1019a Rv, kort samengevat tot afgifte door Unilever aan Ablynx van de onderzoeksdocumenten met betrekking tot de in Bangladesh en India uitgevoerde onderzoeken in het kader van het rotavirusproject, zo nodig met maatregelen ter bescherming van de vertrouwelijkheid, zulks op straffe van een dwangsom en met veroordeling van Unilever in de kosten op de grondslag van art. 1019h Rv.

3.2 In de hoofdzaak heeft Ablynx elf verklaringen voor recht gevorderd, die er samengevat weergegeven op neerkomen dat:

- Unilever in Nederland en andere landen waar de Hamers-octrooien van kracht zijn (voor zover de geldigheid daarvan niet is bestreden of is komen vast te staan) inbreuk maakt op EP 013, indien Unilever de door VHsquared volgens de technologie van de Hamers-octrooien ontwikkelde VHH Producten verhandelt;
- Unilever en BAC onrechtmatig handelen door VHsquared er toe aan te zetten VHH Producten te ontwikkelen, vervaardigen en verhandelen die onder de beschermingsomvang van de Hamers-octrooien vallen, alsmede door VHsquared er toe aan te zetten om technologie te gebruiken die onder EP 013 valt en/of activiteiten te ontplooiën in een gebied dat buiten de sub-licentierechten van Unilever onder de Hamers octrooien valt, en door VHsquared hier ook in te ondersteunen door de hiervoor vereiste know how en methodologieën en/of infrastructuur ter beschikking te stellen;
- de VHH producten (tegen rotavirus) zoals VHsquared en/of Unilever die ontwikkelen en vervaardigen vallen onder de werking van Richtlijn 2001/83, zoals gewijzigd bij Richtlijn 2004/27 en vallen niet onder de licentie van Unilever voor de Hamers-octrooien; alles met veroordeling van Unilever c.s. in de redelijke en evenredige proceskosten op de grondslag van art. 1019h Rv.

3.3 Ablynx heeft daartoe – kort gezegd – aangevoerd dat zij gerechtigd is namens VUB op te treden en dat VHsquared buiten het bereik van de Gereserveerde Sector onderzoek doet, hetgeen octrooi-inbreuk oplevert, dat Unilever c.s. VHsquared daartoe onrechtmatig aanzet, onder meer door aan VHsquared de resultaten van het onderzoek in Bangladesh en India ter beschikking te stellen, en dat dreiging bestaat van octrooi-inbreuk door Unilever zelf door verhandeling van de door VHsquared ontwikkelde producten.

3.4 De rechtbank heeft de vorderingen van Ablynx afgewezen. De rechtbank was van oordeel dat onder de aan Unilever verleende licentie ook verpakte voedingsproducten vallen die een therapeutische toepassing hebben en/of beschermen tegen pathogenen (ziekteverwekkers van biologische oorsprong, zoals virussen en bacteriën).

3.5 Met haar grieven komt Ablynx op tegen (onder meer) dit oordeel van de rechtbank en zij vordert vernietiging van de bestreden vonnissen en alsnog toewijzing van het door haar gevorderde – met dien verstande dat nu de Hamers-octrooien niet langer van kracht zijn, deze vorderingen zo gelezen dienen te worden dat het gaat om inbreuk c.q. onrechtmatig handelen tijdens de looptijd van de Hamers-octrooien – met veroordeling van Unilever c.s. in

de proceskosten conform 1019h Rv. Ter zitting heeft Ablynx verduidelijkt dat haar vorderingen er primair op zien vastgesteld te krijgen wat de reikwijdte van de licentie van Unilever is. Zij heeft verder ter zitting haar verklaring voor recht, ertoe strekkend dat Unilever inbreuk maakt op EP 013 (onder 1 van het petitum), in het licht van haar stellingen in de memorie van grieven verduidelijkt in die zin dat deze alleen ziet op het ontwikkelen, produceren en verhandelen van antilichamen die een therapeutische of profylactische werking hebben ten aanzien van specifieke pathogenen. Deze verklaring voor recht onder 1 van het petitum komt dan als volgt te luiden: “te verklaren voor recht dat Unilever in Nederland inbreuk maakt op EP 013 indien Unilever door VHSquared volgens de technologie van de Hamers-octrooien ontwikkelde VHH Product in of voor haar bedrijf vervaardigt, gebruikt of in het verkeer brengt of verder verkoopt, verhuurt, aflevert of anderszins verhandelt, dan wel voor een en ander aanbiedt, invoert of in voorraad heeft of derden tot dergelijke daden aanspoort, voor zover dit VHH Product een therapeutische of profylactische werking heeft ten aanzien van specifieke pathogenen”. Unilever c.s. heeft daartegen geen bezwaar gemaakt.

4. Beoordeling

4.1 De grieven van Ablynx strekken ertoe dat het hof het geschil in volle omvang beoordeelt en lenen zich voor gezamenlijke behandeling. In essentie betreft het geschil de vraag wat de reikwijdte is van de door VUB aan Unilever verstrekte licentie.

4.2 Unilever c.s. stelt zich op het standpunt dat het haar onder de licentie vrijstond zogenaamde *functional foods* te ontwikkelen en te verhandelen en dat zij het recht heeft (voor dat doel) onderzoeksprojecten uit te voeren. Onder *functional foods* verstaat Unilever c.s. ‘voedingsmiddelen die de gezondheid bevorderen of het risico op ziekte beperken’ (par. 44 CvA), dus ook die met een profylactisch of therapeutisch effect (par. 29 CvA). Unilever c.s. wijst erop dat de licentie geen beperkingen bevat ten aanzien van een bepaald type voedingsproducten (anders dan dat het moet gaan om *verpakte* voedingsproducten), dat ten aanzien van de cosmetische producten wél een beperking is opgenomen tot ‘niet-medisch georiënteerde’ producten en dat de Hamers-octrooien geen enkele niet-profylactische / niet-therapeutische toepassing van antilichamen openbaar zouden maken die geschikt zou zijn voor verpakte voedingsproducten.

4.3 Ablynx stelt zich op het standpunt dat het gelet op de – eerst in hoger beroep overgelegde – totstandkomingsgeschiedenis van de overeenkomst duidelijk was voor alle betrokken partijen dat de licentie zich niet uitstreckte tot producten met een profylactische of therapeutische of diagnostische werking, althans – naar ter zitting verduidelijkt – indien en voor zover deze werking gericht is op specifieke pathogenen. Ablynx bestrijdt niet dat het Unilever is toegestaan onder de licentie *functional foods* te ontwikkelen en te verhandelen, zolang deze geen profylactisch of therapeutisch effect hebben ten aanzien van specifieke pathogenen. Wat Unilever volgens Ablynx echter wil is het ontwikkelen en verhandelen van producten die bedoeld zijn om infecties met het rotavirus te voorkomen en te behandelen (par. 24 pleitnota Ablynx in hoger beroep).

4.4 Het hof stelt voorop dat, naar de rechtbank terecht heeft overwogen en waartegen geen grieven zijn gericht, naar Nederlands recht geldt dat de vraag hoe in een schriftelijke overeenkomst de verhouding van partijen is geregeld en of deze overeenkomst een leemte laat die moet worden aangevuld, niet kan worden beantwoord op grond van alleen maar een

zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van die overeenkomst. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.

4.5 Tevens is geen grief gericht tegen de overwegingen van de rechtbank dat partijen het erover eens zijn dat de uitleg van een contractuele verbintenis naar Belgisch recht niet relevant anders is dan naar Nederlands recht, en dat naar Belgisch recht wel geldt dat indien na toepassing van voormelde uitleg volgens het zogenaamde Haviltex-criterium nog altijd onduidelijkheid bestaat, volgens artikel 1162 van het Belgische Burgerlijke Wetboek het beding ten nadele wordt uitgelegd van degene die de licentie heeft bedongen (in casu Unilever). In artikel 1156 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek is bepaald dat in de overeenkomst moet worden nagegaan welke de gemeenschappelijke bedoeling van de contracterende partijen is geweest, veeleer dan zich aan de letterlijke zin van de woorden te houden.

4.6 De totstandkomingsgeschiedenis van de licentie-overeenkomst kan inzicht geven in hetgeen partijen over en weer van elkaar mochten verwachten. Bij brief van 19 maart 1993 (prod. 27 Ablynx), bij de aanvang van de onderhandelingen en kort na het tekenen van de geheimhoudingsovereenkomst, heeft Unilever aan VUB laten weten:

“Derhalve is Unilever geïnteresseerd in het verkrijgen van een “sole or exclusive license” van uw octrooi voor toepassing van antilichamen van Camelidae in *niet-farmaceutische* producten of in processen.” [cursivering in het origineel].

Daarop volgde een telefoongesprek en de brief van Unilever van 2 april 1993 (prod. 28 Ablynx), die als volgt aanvangt:

“Ik verwijs naar Prof Verrips’ brief van 19 maart 1993, en naar het telefoongesprek van 29 maart 1993 dat mijn collega Drs van der Tooren met u mocht hebben. Het voorstel dat Prof Verrips u heeft gedaan is naar ik begrijp in grote lijnen voor u acceptabel. Aangezien wij, zoals reeds aangegeven door Prof Verrips, enige tijd nodig hebben om de diverse werkzaamheden uit te voeren en de potentie van uw uitvinding vast te stellen, zouden wij graag uw toezegging willen hebben, dat u gedurende deze periode uw vinding niet aan anderen zult aanbieden. Uit het gesprek met Drs van der Tooren begrijpen wij, dat u hiertoe bereid bent, voor zover het niet een van de volgende toepassingen betreft: farmaceutische c.q. profylactische, fijnchemie, planten, i.h.b. regulatie van plantengenen d.m.v. anti-sense constructen. Graag hoorden wij van u of dit een juiste weergave is van de gebieden die u voorlopig heeft uitgesloten”.

In haar brief van Unilever van 26 april 1993 (prod. 29 Ablynx) laat zij weten dat Unilever: “slechts belangstelling [heeft] voor die Ig afgeleide moleculen, die van belang zijn voor toepassing in Unilever’s producten range, te weten voedingsmiddelen, persoonlijke verzorgingsmiddelen, schoonmaakmiddelen en bepaalde diagnostica”.

In haar brief van 14 juni 1993 (prod. 31 Ablynx) verwijst Unilever naar “het produceren en toepassen van kameel-antilichaamfragmenten in de consumentenartikelen die Unilever maakt”.

Daarna volgden langdurige onderhandelingen die, waar het de voedingsmiddelen betreft, vooral zagen op de toevoegingen ‘verpakte’ en ‘voor thuisconsumptie en catering’, waarbij laatstgenoemde toevoeging is vervallen omdat dit volgens Unilever niets zou toevoegen en met de term ‘verpakte’ het gebied voldoende was bepaald (brief van Unilever d.d. 11 januari

1995, prod. 47 Ablynx). Verder is lang onderhandeld over de wens van Unilever een licentie te verkrijgen voor 'producten voor de veeteelt'. De onderhandelingen over de licentie dreigen daarop te stranden. Bij brief van 6 mei 1996 (prod. 50 Ablynx) schrijft de advocaat van VUB aan Unilever:

"Het huidige standpunt van Unilever is voor cliënten een totaal nieuw gegeven waarmee tot dusver geen rekening werd gehouden bij de planning omtrent de industriële valorisatie van de kameelantilichamenttechnologie. Een belangrijk uitgangspunt hierbij vormt inderdaad de exclusiviteit in het domein van de diagnostische en therapeutische toepassingen voor humaan en dierlijk gebruik."

In antwoord daarop laat Unilever bij brief van 8 mei 1996 (prod. 51 Ablynx) weten:

"Wanneer u voorts spreekt van de exclusiviteit in het domein van de diagnostische en therapeutische toepassingen voor humaan en dierlijk gebruik, wil ik u er volledigheidshalve nog op wijzen, dat wij in dat domein slechts een niet-exclusieve licentie wensen voor OTC-diagnostica voor cosmetische toepassing, en voor toepassing van kameelantilichamen in producten voor de veeteelt, en niet meer dan dat."

4.7 Blijkens deze correspondentie, in het bijzonder de brieven van 6 en 8 mei 1996, was het duidelijk dat binnen het domein van de diagnostische en therapeutische toepassingen voor humaan en dierlijk gebruik de licentie van Unilever zich in elk geval niet verder uitstrekte tot iets anders dan OTC-diagnostica voor cosmetische toepassing en toepassing van kameelantilichamen in producten voor de veeteelt (uiteindelijk beperkt tot *veevoeder*). In dat licht kan op grond van het enkele (niet bestreden) feit dat partijen ermee bekend waren dat voedingsproducten een therapeutische werking kunnen hebben, niet worden aangenomen dat de licentie zich, bij gebreke van een uitdrukkelijke uitsluiting daarvan, geacht moet worden tevens uit te strekken tot dergelijke producten. Partijen gingen er bij het aangaan van de overeenkomst blijkens deze correspondentie immers beide vanuit – en hebben dat ook zo tegen elkaar uitgesproken – dat de licentie zich daartoe nu juist niet zou uitstrekken. Gegeven dat uitgangspunt hebben partijen voor de categorie voedingsmiddelen – anders dan bij de productcategorie cosmetica (die is beperkt tot niet-medisch georiënteerde producten), waar de licentie zich wel deels uitstrekte tot het in beginsel door VUB voor zichzelf voorbehouden domein van de therapeutische en diagnostische toepassingen – kennelijk geen aanleiding gezien die beperking expliciet in de overeenkomst op te nemen. Gelet op de inhoud van de correspondentie kan over het bestaan van die beperking bij Unilever redelijkerwijs geen verkeerde indruk hebben bestaan en Unilever heeft ook niet voldoende gemotiveerd aangevoerd op grond waarvan die indruk, in weerwil van de hiervoor genoemde correspondentie, dan zou zijn ontstaan.

4.8 Uit de tussen partijen gevoerde correspondentie, in het bijzonder de brieven van Unilever van 19 maart en 2 april 1993 volgt voorts dat het voor partijen van het begin af aan duidelijk is geweest dat Unilever een licentie wenste die – afgezien van de zojuist beschreven uitzonderingen voor cosmetica en veeteelt – beperkt was tot *niet-farmaceutische* producten, door haar zelf zo met nadruk medegedeeld. Naar algemeen taalgebruik wordt onder 'farmaceutisch' verstaan: 'betrekking hebbend op geneesmiddelen'. Dit is door Unilever c.s. bevestigd in par. 13 pleitnota hoger beroep, waar zij vermeldt dat 'geneesmiddelen' in de correspondentie ook wel 'pharmaceutica' of 'farmaceutische producten' worden genoemd. Onder 'niet-farmaceutische producten' in de brief van Unilever van 19 maart 1993 is dan ook te verstaan: 'niet-geneesmiddelen'. Unilever c.s. heeft ook erkend dat haar licentie zich niet uitstrekte tot de ontwikkeling en verhandeling van 'geneesmiddelen' (zie ook pleitnota in appel par. 13). Unilever c.s. begrijpt daaronder echter

slechts “pillen, spuiten en poeders” c.q. “al datgene wat een arts voorschrijft”. Daarmee gaat Unilever c.s. uit van een te beperkte uitleg van het begrip geneesmiddel en daarmee dus van een te ruime licentie. Ook producten in andere vorm dan pillen, spuiten of poeders en/of die zonder recept verkrijgbaar zijn – bijvoorbeeld bij een drogist of supermarkt – kunnen immers een therapeutische, profylactische en/of diagnostische werking hebben en dus een geneesmiddel zijn. Voor de door Unilever c.s. voorgestane beperkte uitleg van het begrip geneesmiddel c.q. farmaceutisch product is in de correspondentie tussen partijen geen aanknopingspunt te vinden en Unilever c.s. heeft ook niet voldoende onderbouwd waarop een dergelijke beperking gebaseerd zou zijn.

4.9 Anderzijds zou het hanteren van het begrip geneesmiddel als scheidslijn van hetgeen wel en niet onder de licentie van Unilever valt leiden tot een te beperkte licentie, indien daaronder zou worden verstaan ieder product waarop Richtlijn 2001/83 (zoals gewijzigd bij Richtlijn 2004/27) van toepassing is, zoals Ablynx heeft betoogd. Ablynx heeft immers ook erkend dat het Unilever onder de licentie vrijstond *functional foods* te ontwikkelen zolang die geen profylactische of therapeutische werking hebben ten aanzien van specifieke pathogenen, terwijl geenszins kan worden uitgesloten dat dergelijke *functional foods* onder de toepassing van genoemde richtlijn vallen. De derde grief van Ablynx, dat de rechtbank zou hebben miskend op welke wijze voor dit geschil relevant is of producten van Unilever vergunningplichtig zijn onder de geneesmiddelenwetgeving, alsmede de zesde grief, gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat Ablynx geen belang heeft bij haar onder r.o. 3.2 laatste gedachtestreepje bedoelde verklaringen voor recht, kunnen daarom niet slagen.

4.10 Het begrip (verpakt) voedingsmiddel is eveneens ongeschikt om te dienen als scheidslijn, nu de kwalificatie als voedingsmiddel, naar Unilever c.s. lijkt te miskennen, niet uitsluit dat zo'n product ook moet worden aangemerkt als een geneesmiddel, terwijl – naar Unilever erkent – geneesmiddelen nu juist zijn uitgesloten van de licentie. Daarnaast heeft Unilever gesteld dat haar licentie zich niet uitstreckte tot “pillen, spuiten of poeders (producten die men bij de apotheek betreft)”. De plaats waar de producten worden aangeboden kan echter evenmin als geschikte scheidslijn gelden. Immers, ook in supermarkten worden geneesmiddelen aangeboden, terwijl in apotheken ook voedingsmiddelen (waaronder ook *functional foods*) kunnen worden verkocht die niet als geneesmiddel zijn aan te merken.

4.11 Naar het oordeel van het hof doet de door Ablynx ter zitting geformuleerde scheidslijn – inhoudende dat het Unilever c.s. in elk geval niet vrijstaat producten met therapeutische of profylactische werking *ten aanzien van specifieke pathogenen*, van welke aard die producten ook zijn – recht aan hetgeen partijen ten tijde van het aangaan van de overeenkomst voor ogen stond en redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Unilever heeft dat onvoldoende gemotiveerd bestreden. Die scheidslijn doet in het bijzonder recht aan de – door Ablynx erkende – redelijke verwachting die Unilever mocht hebben dat zij onder de licentie *functional foods* mocht ontwikkelen en verhandelen, die een ‘algemene’ gezondheid bevorderende werking hebben, in die zin dat daarmee beoogd wordt het intrinsieke functioneren van het lichaam te bevorderen. Daaronder zijn te begrijpen voedingsmiddelen ter verhoging van de weerstand, ter verlaging van het cholesterolniveau en/of de bloeddruk, het optimaliseren van het functioneren van de darmen en van organen als de lever en nieren. Alleen *in zoverre* kunnen (verpakte) voedingsmiddelen die onder de licentie vallen (vielen) derhalve therapeutische of profylactische werking hebben – namelijk voor zover deze niet is gericht op het genezen of voorkomen van een door specifieke pathogenen veroorzaakte aandoening. Dergelijke voedingsproducten behoorden ook al tot

het productenassortiment van Unilever ten tijde van het aangaan van de overeenkomst en zij had aan Ablynx duidelijk gemaakt in haar voornoemde brieven van 26 april en 14 juni 1993 dat zij de geöctrooieerde technologie wenste te gebruiken voor toepassing in haar “producten range”. Daarmee wordt derhalve recht gedaan aan de wens van Unilever c.s. de gelicentieerde technologie op een zinvolle wijze te kunnen toepassen. Anderzijds doet deze scheidslijn ook recht aan de verwachting van VUB dat *niet* onder de licentie waren te begrijpen producten – of deze nu wel of niet ook als voedingsmiddelen zijn aan te merken – ter genezing (therapeutische werking) of preventie (profylactische werking) van aandoeningen die worden veroorzaakt door pathogenen (ziekteverwekkers van biologische oorsprong, waarvan virussen, bacteriën en schimmels de meest voorkomende zijn).

4.12 Unilever c.s. heeft hier tegenin gebracht dat dit nergens in de overeenkomst staat. Het hof merkt op dat voor de verduidelijking van Ablynx – dat de grens van de licentie ligt bij producten met werking ten aanzien van specifieke pathogenen – een grondslag te vinden is in de in r.o. 2.4 weergegeven passage uit de beschrijving van EP 013, een van de octrooien waarop de licentie is gegeven. Daarnaast miskent Unilever c.s. dat de overeenkomst onvoldoende duidelijk is aangaande de reikwijdte ervan en in die zin een leemte laat die moet worden aangevuld. Er is derhalve geen sprake van ‘herformulering’ of ‘wijziging’ van de overeenkomst, zoals zij stelt, doch van een redelijke uitleg daarvan, in aanmerking genomen hetgeen in r.o. 4.4 hiervoor is overwogen. Unilever c.s. heeft voorts naar voren gebracht dat beide partijen professionele partijen zijn en (uiteindelijk) juridische bijstand hadden, zodat bij de uitleg van de overeenkomst groot gewicht toekomt aan de taalkundige betekenis van de gekozen bewoordingen. Echter, ook indien bij de uitleg van een overeenkomst groot gewicht toekomt aan de taalkundige betekenis van de gekozen bewoordingen, kunnen de overige omstandigheden van het geval meebrengen dat een andere (dan de taalkundige) betekenis aan de bepalingen van de overeenkomst moet worden gehecht. Beslissend blijft immers de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101 inzake Lundiform / Mexx). Het hof acht van belang dat VUB eerst in een relatief laat stadium van de onderhandelingen (vanaf eind 1995) juridische bijstand heeft genoten. De onderhandelingen aangaande voedingsmiddelen waren toen reeds afgesloten en de formulering van de afbakening van de licentie stond in dat opzicht al vast. Voorts erkennen beide partijen dat de licentie zich niet uitstrekte tot ‘geneesmiddelen’. Hetgeen partijen verdeeld houdt is wat in dit verband onder ‘geneesmiddel’ moet worden verstaan. Aangezien deze door beide partijen erkende beperking niet in de licentie-overeenkomst zelf is opgenomen, kunnen de letterlijke bewoordingen van de overeenkomst zelf over de inhoud en betekenis van dat begrip – en daarmee over de reikwijdte van de licentie – geen duidelijkheid verschaffen. Het hof ziet in deze omstandigheden van dit geval aanleiding niet uitsluitend acht te slaan op de (betekenis van de) letterlijke bewoordingen van de overeenkomst, doch ook acht te slaan op de totstandkomingsgeschiedenis van de licentie-overeenkomst, teneinde te achterhalen welke zin partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen van de licentie-overeenkomst mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Deze benadering is ook in overeenstemming met het op de licentie-overeenkomst toepasselijke Belgisch recht, dat bepaalt dat primair gekeken moet worden naar de gemeenschappelijke partijbedoeling (zie r.o. 4.5 hiervoor).

4.13 Het voorgaande betekent dat grief I van Ablynx doel treft en dat het vonnis niet in stand kan blijven. Anders dan Unilever stelt, kan de eerste grief van Ablynx, gelezen in samenhang met de toelichting daarop en hetgeen overigens in de memorie van grieven naar voren is gebracht, waarbij zij zich duidelijk en gemotiveerd op het standpunt stelt dat de licentie van Unilever zich niet uitstrekt tot producten met therapeutische, diagnostische of profylactische werking, niet anders worden begrepen dan dat zij daarmee – mede – tegen het andersluidende oordeel van de rechtbank hierover (in r.o. 4.4 en 4.5 van het bestreden vonnis) opkomt. Bij haar tweede grief, dat de rechtbank zo nodig artikel 1162 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek had moeten toepassen, heeft Ablynx bij die stand van zaken geen belang meer.

4.14 De door Ablynx ter zitting verduidelijkte verklaring voor recht als vermeld aan het slot van r.o. 3.5 is toewijsbaar zoals in het dictum verwoord. Het onderdeel ‘of derden tot dergelijke daden aanspoort’ uit de verklaring voor recht is niet toewijsbaar omdat dit geen aan de octrooihouder voorbehouden handeling betreft. Het in de verklaring voor recht met hoofdletters geschreven woord ‘VHH Product’ is door Ablynx niet gedefinieerd, doch het hof neemt aan en stelt vast dat daaronder dient te worden verstaan: producten die met toepassing van de in de Hamers-octrooien onder bescherming gestelde technologie zijn ontwikkeld en/of vervaardigd.

4.15 Het standpunt van Unilever c.s. dat Ablynx niet ontvankelijk is in haar vorderingen en geen belang zou hebben daarbij wordt verworpen. Ablynx heeft toegelicht dat haar belang bij de gevorderde verklaring voor recht daarin is gelegen dat zij, daardoor ondersteund, de octrooihouder kan verzoeken jegens Unilever handhavend op te treden door een vordering in te stellen tot het opleggen van een moratorium bij de introductie van een niet onder de licentie vallend product dat gedurende de looptijd van de Hamers-octrooien is ontwikkeld. Het opleggen van een moratorium is te beschouwen als een vorm van schadevergoeding anders dan in geld, terwijl voorts niet is bestreden dat de mogelijkheid van schade wegens inbreuk op de Hamers-octrooien aannemelijk is. Het hof is van oordeel dat Ablynx daarmee voldoende belang heeft bij de door haar gevorderde verklaring voor recht (vgl. Hoge Raad 27 maart 2015 ECLI:NL:HR:2015:760). De onder 1 gevorderde verklaring voor recht stuit daarom niet af op het feit dat EP 013 inmiddels is verlopen en in zoverre is grief V door Ablynx terecht voorgesteld. De omstandigheid dat Ablynx zelf geen houdster is van de Hamers-octrooien, maar slechts licentienemer, staat aan toewijzing van de gevorderde verklaring voor recht evenmin in de weg, nu haar belang daarbij gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, is gelijk te stellen aan een belang bij schadevergoeding, terzake waarvan Ablynx als licentienemer op grond van artikel 70 lid 5 Rijksoctrooiwet en de mede met de octrooihouder gesloten licentie-overeenkomst (artikel 6 van de Confirmatory Exclusive Patent Licence Agreement van 19 november 2011) een (zelfstandig) vorderingsrecht toekomt. Daarmee is eveneens gegeven dat het niet-ontvankelijkheidsverweer van Unilever c.s. tevergeefs is opgeworpen.

4.16 De overige verklaringen voor recht, die Ablynx niet overeenkomstig de onder 1 van het petitum gevorderde verklaring voor recht heeft verduidelijkt, zullen worden afgewezen, ofwel omdat zij zo ruim en algemeen zijn geformuleerd, dat daaronder ook handelingen kunnen vallen binnen de reikwijdte van de verstrekte licentie en waartegen Ablynx (en/of de octrooihouder) zich dus niet op grond van de Hamers-octrooien had kunnen verzetten (verklaringen sub 2-4 en 11) ofwel daarvoor voldoende substantiëring en bewijs ontbreekt (van de uitlokkingshandelingen van Unilever en BAC, van binnen EP 013 en buiten de licentie vallend handelen van VHSquared en van het aan VHSquared ter beschikking stellen

van know how en methodologieën; verklaringen 5-8), ofwel omdat het al afstuit op hetgeen hiervoor in r.o. 4.9 is overwogen (verklaringen sub 9 en 10 van het petitum). Gelet op hetgeen onder 4.15 hiervoor is overwogen valt voorts niet in te zien welk belang Ablynx bij die verklaringen voor recht zou hebben naast de verklaring voor recht die zal worden toegewezen.

4.17 Ablynx heeft onbestreden gesteld dat de nanobodies, benodigd voor het in Bangladesh en India uitgevoerde onderzoek, tijdens de looptijd van de Hamers-octrooien door Unilever in Vlaardingen zijn ontwikkeld en ten behoeve van dat onderzoek geproduceerd met toepassing van de in EP 013 onder bescherming gestelde techniek, terwijl voorts dat onderzoek was gericht op het produceren van voedingsmiddelen ter voorkoming of genezing van een door een pathogeen veroorzaakte aandoening. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen is Unilever daarmee buiten de reikwijdte van de aan haar verstrekte licentie getreden. Dat een dergelijk voedingsmiddel (nog) niet op de markt is, doet daar niet aan af. Voor zover grief IV van Ablynx, waarmee zij opkomt tegen het oordeel van de rechtbank dat het in r.o. 2.10 genoemde onderzoek binnen de aan Unilever verleende licentie valt en daarom geen octrooi-inbreuk heeft opgeleverd, ook ziet op de voorbereidende handelingen van Unilever ten behoeve van dat onderzoek in Nederland, treft die grief dus doel.

4.18 De door Ablynx ingestelde incidentele vordering tot afgifte van de onderzoeksdocumenten met betrekking tot de in Bangladesh en India uitgevoerde onderzoeken in het kader van het rotavirusproject – waarin zij op dezelfde gronden als hiervoor in 4.15 overwogen kan worden ontvangen – zal worden afgewezen. Niet bestreden is dat de onderzoeken hebben plaatsgevonden in landen waarin VUB geen octrooirechten had of heeft, zodat met het uitvoeren van die onderzoeken niet onrechtmatig jegens VUB en/of Ablynx is gehandeld. In zoverre is Grief IV ten onrechte voorgesteld. Ablynx heeft niet gesteld en het hof ziet ook niet in op welke wijze de onderzoeksresultaten van belang zouden kunnen zijn voor de (beoordeling van de) (mogelijke) vordering van VUB jegens Unilever in verband met het in Vlaardingen produceren van de bedoelde nanobodies, nu niet betwist is dat dit is gebeurd en ook niet betwist is dat deze nanobodies bedoeld zijn ter bestrijding van pathogenen. Aldus ontbreekt het door 843a Rv vereiste voldoende (rechtmatig) belang. Grief VII is derhalve tevergeefs opgeworpen.

Slotsom en proceskosten

4.19 Grief X van Ablynx richt zich tegen afwijzing van haar vorderingen en heeft geen zelfstandige betekenis. De slotsom van al het voorgaande is dat de grieven van Ablynx deels slagen, hetgeen ertoe leidt dat de bestreden vonnissen niet in stand kunnen blijven. De vordering van Ablynx in de hoofdzaak onder 1 zal worden toegewezen zoals hierna beslist. De overige vorderingen en de vordering in het incident zullen worden afgewezen.

4.20 Nu beide partijen deels in het gelijk en in het ongelijk zijn gesteld, ziet het hof aanleiding de proceskosten in beide instanties te compenseren, in die zin dat iedere partij zijn eigen kosten draagt. Daarmee treft Grief IX, waarmee Ablynx opkomt tegen het oordeel van de rechtbank dat zij in de proceskosten is veroordeeld ten dele doel. Voorts ontvalt daarmee het belang van Ablynx bij haar grief VIII omtrent de beslissing van de rechtbank Unilever c.s. toe te laten tot het indienen van een nadere specificatie van haar proceskosten.

5. Beslissing

Het hof:

- vernietigt de vonnissen waarvan beroep;
- verklaart voor recht dat Unilever in Nederland inbreuk maakt op EP 013 indien Unilever door VHSquared volgens de technologie van de Hamers-octrooien ontwikkeld VHH Product in of voor haar bedrijf vervaardigt, gebruikt of in het verkeer brengt of verder verkoopt, verhuurt, aflevert of anderszins verhandelt, dan wel voor een en ander aanbiedt, invoert of in voorraad heeft, voor zover dit VHH Product een therapeutische of profylactische werking heeft ten aanzien van specifieke pathogenen;
- bepaalt dat ieder van partijen zijn eigen kosten draagt, zowel in eerste als in tweede instantie;
- wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.Y. Bonneur, R. Kalden en C.J.J.C. van Nispen en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 7 juni 2016 in aanwezigheid van de griffier.



Voor grosse aan:
Uitgegeven aan mr. *W.E. Pors*
Advocaat van: app./geint.
De Griffier van het Gerechtshof
te Den Haag