

# arrest

---

## GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.256.479/01

Zaaknummer rechtbank : C/09/514685 / HA ZA 16-835

### arrest van 20 april 2021

inzake

**mr. R.A.M.L. van Oeijen q.q.** in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Leadd B.V.,  
wonende te Eindhoven,  
appellant in het principaal hoger beroep,  
geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,  
hierna te noemen: de curator,  
advocaat: mr. A.M.E. Verschuur te Amsterdam,

tegen

**Bayer Pharma Aktiengesellschaft,**  
gevestigd te Berlijn, Duitsland,  
hierna: Bayer,  
geïntimeerde in het principaal hoger beroep,  
appellante in het incidenteel hoger beroep,  
advocaat: mr. G. Kuipers te Amsterdam.

#### 1. Het geding

1.1 Bij exploit van 16 januari 2019 is de curator in hoger beroep gekomen van het door de rechtbank te Den Haag gewezen vonnis van 17 oktober 2018. Bij memorie van grieven heeft de curator zeven grieven aangevoerd, een incident ex art. 843a Rv opgeworpen, de (grondslag van zijn) eis gewijzigd, zijn eis vermeerderd en gevorderd - samengevat - dat het hof bij arrest, zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, het bestreden vonnis zal vernietigen en de vorderingen van de curator jegens Bayer alsnog zal toewijzen, met veroordeling van Bayer in de kosten van het hoger beroep.

1.2 Bayer heeft bij memorie van antwoord de grieven bestreden. Op haar beurt heeft Bayer één incidentele grief tegen het vonnis van 17 oktober 2018 aangevoerd. Zij heeft gevorderd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en de curator niet-ontvankelijk zal verklaren in zijn vorderingen dan wel deze zal afwijzen, een en ander met veroordeling van de curator in de kosten van het (principaal en incidenteel) hoger beroep, daaronder begrepen de nakosten, met rente vanaf 14 dagen na dagtekening van (het hof begrijpt) het arrest.

1.3 Bij memorie van antwoord in incidenteel hoger beroep heeft de curator de incidentele grief bestreden en gevorderd dat het hof het incidenteel hoger beroep ongegrond zal verklaren, met veroordeling van Bayer in de kosten daarvan.

1.4 Partijen hebben ter (in verband met de maatregelen ter bestrijding van het coronavirus via Skype-verbinding plaatsgevonden) zitting van 29 september 2020 de zaak door hun advocaten laten toelichten. Partijen hebben geen bezwaar gemaakt tegen de zitting in deze vorm. Er is gepleit aan de hand van pleitnotities die tevoren aan het hof zijn toegestuurd.

## 2. De feiten

Het hof gaat op grond van hetgeen enerzijds is gesteld en anderzijds niet is betwist, in hoger beroep uit van het volgende.

2.1 Wetenschapper dr. Mathieu Noteborn (hierna: Noteborn), toentertijd werkzaam bij de Rijksuniversiteit Leiden, heeft op enig moment in proefopstellingen ontdekt dat een bepaald eiwit alleen in kankercellen geprogrammeerde celdood (apoptose) veroorzaakt en niet tevens in gezonde cellen. Dit eiwit heeft de naam Apoptin gekregen.

2.2 De octrooirechten op Apoptin zijn ondergebracht bij Leadd B.V. (hierna: Leadd). Dit bedrijf is in 1996 opgericht door de broers J.W. [REDACTED] en D. [REDACTED]. Het is een joint venture tussen de Rijksuniversiteit Leiden en Aesculaap Beheer B.V. (waarvan J.W. [REDACTED] en D. [REDACTED] indirect aandeelhouder zijn).

2.3 Bayer is onderdeel van een wereldwijd opererende groep ondernemingen onder andere op het gebied van farmacologische oncologie. Tot 1 juli 2011 droeg Bayer de statutaire naam Schering AG (als het om de periode voor 1 juli 2011 gaat, wordt Bayer hierna daarom ook aangeduid als: Schering).

2.4 Tussen 27 oktober en 4 december 1997 is tussen Leadd en Schering een Disclosure Agreement gesloten op grond waarvan Leadd haar Apoptin technologie openbaar heeft gemaakt aan Schering.

2.5 Op 27 november 1998 hebben Leadd en Schering een License, Research and Development Agreement (hierna: de LRDA) gesloten. In de overeenkomst zijn - onder meer - de volgende bepalingen opgenomen:

"(...)

### **WHEREAS**

(...)

(D) *SCHERING wishes to obtain a license from LEADD to develop the chicken anaemia virus gene and protein known as Apoptin and to develop, manufacture, market and sell products containing Apoptin within the field of human oncology worldwide.*

(E) *Furthermore, LEADD and SCHERING wish to enter into a research collaboration with a view to (i) establishing the mechanism of action of Apoptin, (ii) identifying new genes, proteins and antisense molecules which can form the basis of products*

for use in the field of oncology and (iii) identifying targets which may be used by SCHERING for the discovery of compounds for use in the field of oncology.

(F) LEADD and SCHERING agree that SCHERING shall receive licenses from LEADD to develop Apoptin and any new genes, proteins and antisense molecules and to manufacture, market and sell products containing such genes, proteins and antisense molecules in the field of oncology worldwide, and to use the targets to discover compounds for development, use, marketing and sale in the field of oncology, (...).

(...)

NOW, THEREFORE, the parties enter into the following Agreement:

### § 1 - Definitions

(...)

1.4 "Apoptin" means the chicken anaemia virus gene 3 and/or the protein VP3 thereof and/or fragments and/or derivatives of either the gene 3 or the protein VP3.

(...)

1.7 "Apoptin Product" means a pharmaceutical preparation in finished dosage form for administration to the ultimate consumer containing Apoptin or any gene or protein or antisense molecule discovered or identified as part of the Research and which is not a Target Product or a LEADD Target Product.

1.8 "Apoptin Technology" means Apoptin Know-How and Apoptin Patents.

(...)

1.10 "Development" means all activities by SCHERING and its Affiliates relating to and necessary for the obtaining of Marketing Approval of Products and all activities relating to developing the ability to manufacture the same. This includes activities in vector technology, preclinical testing, toxicology, formulation, bulk production, fill-finish, manufacturing process development, manufacturing and quality assurance technical support, clinical studies and regulatory affairs on the basis of the Apoptin Technology and the LEADD Technology and using, where necessary, SCHERING Technology, in the Field according to the Development Plan.

1.11 "Development Plan" means an outline development plan to be prepared by SCHERING after consultation with LEADD in accordance to the procedure described under Section 8 of this Agreement after the Effective Date, outlining the planned course of the Development.

1.12 "Development Results" means all Know-How and Patents discovered or invented by SCHERING (...) in connection with the conduct of the Development, not including the Target Compounds.

(...)

1.15 "Field" means the diagnosis, prevention or treatment of oncological diseases or conditions in humans.

(...)

1.21 "LEADD Target Product" means a Product which contains a compound with a molecular weight of less than 1500 daltons discovered, identified or synthesized by LEADD which interact with a Target.



---

1.26 *"New Product" means an Apoptin Product which differs from the first and subsequent Apoptin Products for which milestone payments were already due from SCHERING to LEADD in any of the following respects: i) identity of functional properties of such Apoptin Product; ii) gene contained in such Apoptin Product; iii) vector used for such Apoptin Product. (...).*

(...)

1.31 *"Product" means an Apoptin Product, a LEADD Target Product and/or a Target Product.*

1.32 *"Research" means the research activities undertaken pursuant to this Agreement as described in the Research Plan attached hereto associated with the identification of the mechanism of action of Apoptin, the discovery of signal transduction pathways leading to Apoptin and following Apoptin, the discovery or creation of new genes or proteins or antisense molecules and the identification of Targets, such Target identification only for the purposes of drug discovery in the Field.*

(...)

1.34 *"Research Results" means all Know How and Patents discovered or invented by either LEADD or SCHERING or by LEADD and SCHERING jointly in connection with the conduct of the Research according to the Research Plan and the Annual Research Plans during the Research Term. The Parties acknowledge that Know How and Patents resulting from the Research discovered during the 6 (six) months following the Research Term shall form part of the Research Results. The Research Results are included in the term "Apoptin Technology".*

(...)

1.36 *"Research Term" means the term of the Research collaboration under this Agreement, which will be, pursuant to Section 26.2 below, either a 48 (...) months term (...) a 72 (...) months term (...) or a shorter period if the Research collaboration shall be terminated earlier by either Party.*

1.37 *"SCHERING Technology" means such Know-How and Patents of SCHERING as may be useful from time to time in the Research and Development.*

(...)

1.39 *"Target" means molecules identified by research into the mechanism of action of Apoptin and/or by research into signal transduction pathways leading to Apoptin and following Apoptin which are used for the identification of Target Compounds.*

1.40 *"Target Compounds" means compounds with a molecular weight of less than 1500 daltons discovered, identified or synthesized by SCHERING which interact with Targets.*

1.41 *"Target Product" means a pharmaceutical preparation in finished dosage form for administration to the ultimate consumer containing a Target Compound. The term "Target Product" shall not include LEADD Target Product and/or Apoptin Product.*

(...)

---

**PART I**  
**OBJECTIVES AND PRINCIPLES OF RESEARCH COLLABORATION**  
**AND DEVELOPMENT**

***§ 2 Objectives And Principles Of Research Collaboration***

- 2.1 *LEADD and SCHERING wish to collaborate in carrying out the Research with the object of:*
- 2.1.1 *establishing the mechanism of action of Apoptin;*
  - 2.1.2 *discovering new genes, proteins and antisense molecules which can form the basis of Apoptin Products for use in the Field;*
  - 2.1.3 *identifying Targets.*
- 2.2 *The Parties intend to carry out the Research using the Apoptin Technology and such of the LEADD Technology as is from time to time necessary or desirable for the performance of the Research. SCHERING will also use SCHERING Technology, if and to the extent necessary for the performance of the Research. Work will be allocated to LEADD and SCHERING in accordance with the Research Plan and will be carried out by Research Teams at LEADD and SCHERING under the general supervision of a Steering Committee with equal LEADD and SCHERING representation. In addition to its work contribution, SCHERING will contribute the financial support described in Section 6.3 below.*
- 2.3 *The Parties expect that the Research will result in the discovery of the mechanism of action of Apoptin and the discovery of new genes, proteins and antisense molecules which can form the basis of Apoptin Products for use in the Field. LEADD grants to SCHERING the licenses described at Section 15 and LEADD will receive the payments described at Section 19 below. The Parties also expect that the Research will result in the identification of Targets for drug discovery and LEADD grants to SCHERING exclusive rights to use these Targets for research and Development and to develop and commercialize Target Products in the Field, as described under Section 16 below. Should Schering develop and commercialize any Target Products, LEADD will be entitled to receive the payments as described in Section 20 below. For the avoidance of doubt, the Parties acknowledge that LEADD will not be granted any rights to the SCHERING Technology used by SCHERING in the course of the Research. Should LEADD identify any Targets, SCHERING is granted an exclusive license under Section 16 to develop and commercialize LEADD Target Products. Should Schering develop and commercialize any LEADD Target Products, LEADD will be entitled to receive the payments as described in Section 19 below.*
- (...)

***§ 3 - Objectives And Principles Of Development***

- 3.1 *LEADD and SCHERING agree that the Development including the Development of Apoptin, of new genes, proteins and antisense molecules and of Targets will be the exclusive responsibility of SCHERING. SCHERING will use the SCHERING*



*Technology in the Development if and to the extent necessary. LEADD will give scientific advice to SCHERING and will facilitate the transfer of the Apoptin Technology and the LEADD Technology to SCHERING or the SCHERING Affiliates during the course of the Development, if and when necessary.*

(...)

## **PART II**

### **RESEARCH COLLABORATION**

(...)

6.3 *SCHERING will make payments to LEADD in support of the Research to be carried out by LEADD in the amount of DM 1,700,000.- (...) for each 12 months of the Research Term, such payments to be applied by LEADD to fulfill its obligations described under Section 6.2 above and under the Research Plan, the Annual Research Plans and under this Agreement.*

(...)

#### **§ 7 - Research Performance**

7.1 *Both LEADD and SCHERING undertake to diligently pursue the Research and to exert reasonable efforts to perform their Research obligations as laid down in the Research Plan and the Annual Research Plans.*

(...)

## **PART III**

### **DEVELOPMENT**

(...)

#### **§ 10 - Development performance**

10.1 *SCHERING undertakes to use all commercially reasonable efforts to diligently pursue the Development in accordance with the Development Plan. "Commercially reasonable efforts" means that SCHERING will devote the same degree of effort to Development of Products under this Agreement as to development of its own proprietary products, provided that SCHERING shall not be obliged to proceed with any part of the Development which in SCHERING's view is no longer commercially reasonable. Should SCHERING decide not to proceed with part of the Development this shall not constitute a breach of SCHERING's Development obligations, and the Development Plan will be amended accordingly.*

(...)

## **Part IV**

### **OWNERSHIP OF TECHNOLOGIES, PATENTS**

#### **§ 11 – Rights To Research Results and Development Results**

11.1 *All Research Results shall be owned by LEADD and be subject to the licenses and options to licenses for SCHERING as described under Sections 15, 16 and 17 below.*

- 11.2 *The Development Results shall be unconditionally owned by SCHERING unless otherwise determined under this Agreement pursuant to Sections 10.3, 10.4, 26.3 and 26.4.*

**§ 12 Rights to Technologies**

- 12.1 *The Apoptin Technology and the LEADD Technology shall be and remain the property of LEADD subject to licenses for SCHERING as described under Sections 15, 16 and 17 below.*
- 12.2 *The SCHERING Technology shall be and remain the property of SCHERING and LEADD shall obtain no licenses hereto. (...)*

**§13 Rights to Target Compounds**

*The Target Compounds which are identified through the use of Targets shall be unconditionally owned by SCHERING and do not form part of the Research Results of the Development Results. SCHERING's use of Target Compounds in Target Products are subject to milestone and royalty obligation as described under section 20 below.*

(...)

**PART VI**  
**PAYMENTS**

**§ 18 – Signing Fee**

- 18.1 *SCHERING shall, upon signature of this Agreement, pay to LEADD the sum of DM 1,000,000.- (...) less the amount already paid by SCHERING to LEADD under the Standstill Agreement. (...)*

(...)

**§ 19 – Apoptin Products and Leadd Target Products - Milestones and Royalties**

- 19.1 Milestones

*SCHERING shall make to LEADD the following payments upon achievement of the following milestones with respect to the first Apoptin Product and the first LEADD Target Product and each New Product to reach the milestone in question. For the avoidance of doubt, the Parties acknowledge that for each of: (i) the first Apoptin Product, (ii) each New Product and (iii) the first LEADD Target Product there will be paid milestones only once.*

19.1.1 *Start of Phase I clinical trial DM 1,000,000.-- (one million Deutsche Mark), or the equivalent in EURO;*

19.1.2 *Successful completion of Phase II clinical trial: DM 1,500,000.-- (one million five hundred thousand Deutsche Mark), or the equivalent in EURO. For the purpose of this Section 19.1.2, the term "successful" shall mean that the data generated in Phase II will be sufficient and satisfactory to the Steering Committee to start the next phase of clinical development;*

19.1.3 *Grant of Marketing Approval in the first Major Market Country: DM 2,000,000.-- (two million Deutsche Mark), or the equivalent in EURO.*

(...)

19.4 *Irregular Milestone Payments*

*If in Development of the first Apoptin Product or of the first LEADD Target Product the date foreseen in the Development Plan (established by SCHERING pursuant to Section 8.1 and this update of the Development Plan including precise dates for proposed milestone-achievement and being identified by SCHERING as benchmark for any irregular milestone payments under this Section 19.4) for the start of the Phase I clinical trial or the successful completion of the Phase II clinical trial or the grant of marketing approval is exceeded by 3 (three) years, SCHERING shall pay to LEADD the respective milestone payment stipulated for the achievement of the respective milestone upon the expiry of this 3 (three) year period, provided that the 3 (three) year delay shall not be triggering the irregular milestone payment if it is caused by an uphold or a termination of a Development of a Product due to scientific reasons (including, but not limited to results of preclinical, clinical or development of the manufacturing process not supporting continuation of the respective Product Development as planned). SCHERING shall then have fulfilled the respective milestone obligation in question. For the avoidance of doubt, the Parties hereby acknowledge that the irregular milestones will only be payable, if the provisions above apply, for at most two Product Developments in total, one being the Development of the First Apoptin Product and one being the Development of the first LEADD Target Product. In case of dispute, Section 34 shall apply.*

**§ 20- Target Products - Milestones And Royalties**

20.1 *Milestones*

*SCHERING shall make to LEADD the following milestone payments upon successful achievement of the following milestones with respect to the first Target Product to reach the milestone in question.*

20.1.1 *Start of Phase I clinical trial: DM 1,000,000.-- (one million Deutsche Mark), or the equivalent in EURO;*



20.1.2 *Successful completion of Phase II clinical trial: DM 1,500,000.-- (one million five hundred thousand Deutsche Mark), or the equivalent in EURO. For the purpose of this Section 20.1.2, the term "successful" shall mean that the data generated in Phase II will be sufficient and satisfactory to the Steering Committee to start the next phase of clinical development;*

20.1.3 *Grant of marketing approval in the first Major Market Country: DM 2,000,000.-- (two million Deutsche Mark), or the equivalent in EURO.*

20.2 Royalty

*SCHERING shall pay to LEADD in consideration for the licenses to the Apotin and LEADD Know-How described in Sections 15 and 16 above:*

20.2.1 *a royalty of two (2) % on Net Sales of Target Products when the Target (meaning the molecule and its biological function, indicating that it has shown relevancy for oncology) was not published in the public domain at the time of the first volunteer, dosing in the first Phase I clinical trial with the relevant Target Product.*

20.2.2 *a royalty of one (1)% on Net Sales of Target Products when the Target (meaning the molecule and its biological function, indicating that it has shown relevancy for oncology) was published in the public domain at the time of the first volunteer, dosing in the first Phase I clinical trial with the relevant Target Product.*

(...)

21.4 *SCHERING shall keep true and actual records in sufficient detail to permit the calculation of the Net Sales made and the royalties payable under this Agreement.*

(...)

**§ 24 – Confidential Information**

24.1 *Each Party will hold in strict confidence all Confidential Information received from the other Party (...) and not to use it for any purpose other than the purposes of this Agreement (...).*

(...)

24.3 *The obligations of the Parties under this Section 24 shall expire with regard to the Research Results after a period of 5 (five) years following the expiry of the Research Term. For all other confidential information this Section 24 shall survive the termination of this Agreement.*

**§ 26 -Term And Termination**

26.1 *This Agreement shall become effective on the Effective Date and shall remain in full force and effect, unless earlier terminated in full or in part pursuant to any provision of this Agreement, until the last milestone and royalty obligation under this Agreement has expired.*

26.2 Term of Research Collaboration

*The Research collaboration under this Agreement as described under Part II of this Agreement shall become effective on the Effective Date and shall be valid for an initial period of 4 (four) years from the Effective Date. After the expiry of 3 ½ (three and a half) years from the Effective Date, SCHERING shall notify LEADD if SCHERING wishes to continue the Research collaboration beyond the 4 (four) year period for an additional period of 2 (two) years.*

(...)

26.2.3 *Upon termination of the Research collaboration after the initial period of 4 (four) years or after the initial period of 4 (four) and additional 2 (two) years, all provisions of the Agreement except Sections 2, 4, 6 and 7 shall remain in force. For the avoidance of doubt, the Parties acknowledge that SCHERING shall retain all the licenses to the Research Results, the Apoptin Technology and the LEADD Technology, shall be entitled to perform Development and shall be obliged to pay milestones and royalties to LEADD. LEADD is not allowed to use or outlicense or develop the Research Results and the Apoptin Technology as far as SCHERING has exclusive licenses hereto.*

(...)

26.3 Unilateral Termination By SCHERING

*SCHERING shall have the right to terminate this Agreement at any time with 3 (three) months notice (...) From the date of expiry of the 3 (...) months period, the Agreement shall be terminated. All rights to the Apoptin Technology and the LEADD Technology shall then revert to LEADD and SCHERING's licenses hereto shall cease. SCHERING shall transfer to LEADD all its rights to the Development Results in the FIELD (...).*

26.4 Termination Upon Material Breach

*This Agreement may be terminated by either Party upon 60 (...) day notice to the other in the event that the other Party is in material breach of its obligations hereunder and fails to remedy such breach within 60 (...) days following the receipt of the notice sent by the other Party.*

*In the event of a material breach by LEADD, SCHERING is entitled to terminate the agreement in total or, at its choice, to terminate only the Research collaboration.*

*In the event of such termination by SCHERING of the Research collaboration only, all provisions of the Agreement not relating solely to the Research collaboration shall remain in force. (...).*

(...)

*In the event of such termination of the Agreement by SCHERING, all rights to the Apoptin Technology and the LEADD Technology granted to SCHERING under this*

---

*Agreement shall revert to LEADD and SCHERING's licenses hereto shall cease. For the avoidance of doubt, the Parties acknowledge that SCHERING retains all its rights to the Development Results. (...)*

(...)

26.8 Surviving Rights

*Sections 1, 17, 21.4, 24 shall survive termination of this Agreement by expiry pursuant to Section 26.1 or by termination by a Party pursuant to Sections 7.3, 10.3, 26.3, 26.4.*

(...)"

Het hof zal in het navolgende de in de LRDA bepaalde definities gebruiken met hoofdletters, zoals door partijen in de LRDA gebezigd.

2.6 In notulen van een vergadering van de Steering Committee (de gezamenlijke stuurgroep van het project met deelnemers van Leadd en Schering) van 10 maart 1999 is vermeld:

*"Realization of the full clinical potential of apoptin therapy will come from application in metastatic disease, requiring systemic delivery of the gene. The steering committee therefore recommends to put major emphasis on the evaluation of systemically applicable non-viral vector systems because only systemic cancer gene therapies are considered relevant for clinical development by the SBU Therapeutics"*

2.7 In 1999 heeft Schering een Development Plan opgesteld, dat in de Steering Committee vergadering van 10 maart 1999 is besproken. Daarin is vermeld:

***"Development Plan for Apoptin Gene Therapy in Human Cancer***

*The primary goal is to develop Apoptin for systemic gene therapy. The strategy for clinical development is expected to depend mainly on the efficacy and safety of the vector system.*

*The basic prerequisite for starting a clinical study is the demonstration of antitumoral activity in relevant tumor models. Based on the mode of action of Apoptin in cell culture, we expect that tumor shrinkage can be demonstrated in vivo in most of the major human tumor types.*

*The following outline summarizes the planned activities in characterizing the therapeutic potential of Apoptin in solid tumors. Initial preclinical studies will be conducted with the adenoviral vector AdMPLvp3.r2, which will allow rapid verification of the anti-tumor activity of Apoptin. Currently available adenoviral constructs are, however, unsuited to systemic application. We intend therefore to examine the suitability of several non-viral systems that should allow intravenous delivery of expression plasmids. One or more of these systems will be selected for detailed preclinical animal studies and subsequent clinical development."*



2.8 In 2000 heeft Schering *Efficacy criteria* opgesteld ter normering van de onderzoeksresultaten. Deze criteria zijn in de Steering Committee vergadering van 29 februari 2000 goedgekeurd.

2.9 In de Steering Committee vergadering van 22 januari 2003 heeft Schering een aangepast Development Plan gepresenteerd. Daarin is onder meer vermeld:

*"The goal is to develop Apoptin for systemic gene therapy. The strategy for clinical development is expected to depend mainly on the efficacy and safety of the vector system. The basic prerequisite for starting a clinical study is the demonstration of antitumoral activity in relevant tumor models. Demonstration of anti-tumoral activity of apoptin has been achieved in vivo in the HepG2 (Leadd) as well as in the MDA231 breast cancer (Berlex) model using adenovirus-mediated gene delivery. However, in order to achieve efficacy the adenovirus had to be injected intratumorally, a form of administration which is neither suitable nor attractive for therapy of advanced human malignancies.*

*The collaboration projects with XENEX, INEX and SynerGene addressing non-viral delivery systems have been terminated.*

#### ***Development Subplan for Apoptin Gene Therapy using retargeted adenovirus***

*The following outline summarizes the planned development activities for the identification and validation of a systemically available, retargeted adenovirus and its development for clinical evaluation. The activities can be split in two parts, i.e. 1. identification of a suitable, modified adenovirus, and 2. development for clinical trials."*

2.10 Op 15 juli 2003 is Leadd in staat van faillissement verklaard met benoeming van de curator als curator.

2.11 Op 10 december 2003 schreef de curator aan de toenmalige advocaat van Schering onder meer:

*"Op 26 juni 2003, op de zogenaamde Schering R&D Day 2003, wordt in Berlijn door Dr. Klass Bosslet, Head Corporate Research Business Area Oncology van uw cliënte, en daarmee lid van zowel de JART als de Steering Committee, een voordracht gehouden. Als bijlage treft u aan de belangrijkste slides, welke op die dag voor zijn presentatie werden gebruikt.*

*Dr. Bosslet, voornoemd, maakt aldaar bekend dat uw cliënte heeft besloten een product in clinical development te nemen dat zorgt voor een "simultaneous blockade of tumor and vessel growth" onder de werknaam ZK-CDK met als specifieke eigenschap "preferential*

*induction of tumor cell apoptosis" (zie slide 29 en 30). Bosslet maakt tevens bekend dat als onderdeel van ZK-CDK de stof ZK 304 709 ingezet zal worden die op een zeer efficiënte wijze blijkt de groei van prostaatkanker te onderdrukken (zie slide 33). Bosslet maakt ook bekend dat uw cliënte heeft besloten het product ZK-CDK in 2003 in een Phase I clinical trial te testen (zie slide 45).*

*Zoals uit het voorgaande blijkt heeft uw cliënte bevestigd dat ZK-CDK bevattende ZK 304 709 in een Phase I clinical trail heeft getest, dan wel test. Als gevolg daarvan dient uw cliënte op grond van de Overeenkomst een "milestone payment" te doen van DM 1.000.000,- (...).*

*U zult begrijpen dat namens de boedel dezerzijds alle rechten worden voorbehouden."*

Hierop heeft Schering bij brief van 16 december 2003 (onder meer) als volgt geantwoord:

*"(...) ZK 203 709*

*(...) We would like to emphasize that we strongly reject your claim because ZK 304 709 is NOT a Target Compound but was discovered and developed completely separate and independent from any of the joint research activities on Apoptin. (...)."*

2.12 In de notulen van de vergadering van de Steering Committee van 27 september 2004 is onder andere het volgende opgenomen:

### ***"3.1 Update of Appendix 1, LR&DA***

*In their letter to Mr van Oeijen dated March 1st, 2004, SAG has stated that it is no longer interested in pursuing the patent families no. V.O, VI.O, VII.O, X.O, XII.O, XIII.O, XVII.O, XIX.O, and XX.O. Furthermore, as outlined by T Brückner, SAG questions the patentability of patent families XV.O and XVI.O for the following reasons:*

*(...)*

*The Steering Committee agreed to update Appendix 1 of the License, Research and Development Agreement between Leadd and SAG to include only the patent families I.O, I.1, 11.0, III.O, IV.O, IX.O, XI.O and, possibly, XV.O and XVI.O.*

*As of September 28, 2004, other Leadd patents shall no longer be part of Appendix 1, LRDA, and may be further pursued at Leadd's discretion and cost. All invoices for such patent families will only be paid by Schering for actions before 28 September 2004, if the invoices are received by SAG by the end of October.*

### ***3.2 Any patent filing on Development results***

*SAG has not filed any patent application on Development Results.*

*(...)*

### ***3.4 Available budget for 2004 and 2005***

*(...)*



*The Steering Committee agreed that as of today all decisions relating to the prosecution of the Apoptin Patents (i.e. formal and substantive matters) SAG shall give direct instructions to Vereenigde as it deems appropriate with no need of a prior approval by R van Oeijen. Nevertheless, R van Oeijen will always be informed about each decision by copy. This shall also apply to the prosecution and continuation of international patent applications and granted European patents. SAG will instruct Vereenigde by providing a list of the states in which the corresponding patent right shall be filed/validated. R van Oeijen can extend the number selected states at his own cost. The patent bureau Vereenigde will send SAG proposals of the replies to the Office Actions.*

(...)

#### **Top 4: Development activities**

##### **4.1 Apoptin Gene Therapy Subplan**

*D. Mumberg presented an update of the Development activities regarding Apoptin gene therapy (see Attachment 2). It could be demonstrated that the plasma half-life of masked adeno viruses could be extended up to 30 minutes. Furthermore, the EGF-coated virus showed EGFR-dependent infection in vitro. As next steps, it has to be shown that the EGF-virus is also efficiently retargeted in vivo.*

##### **4.2 AAP-4 Development Subplan**

*D. Mumberg presented an update of the Development activities regarding AAP-4 (see Attachment 3). It could be shown that AAP-4 has an histone H4-specific histone methyltransferase activity. Unfortunately, AAP-4 only methylates nucleosomal substrates which are unsuitable for High Throughput Screening. These results have been independently confirmed by a publication from scientists from IMP/Boehringer Ingelheim. Identifying alternative assays for AP-4 and analyzing the potential toxicities associated with the blockade of AP-4 as suggested in the publication would require experimental studies that have been previously considered by Leadd to be part of Research. In order to avoid any legal arguments and because SAG is the only party that can generate value from AAP-4 for Leadd and it's creditors D Mumberg requested from Leadd "freedom to operate" with regard to performing all necessary experimental studies in order to advance the AAP-4 project.*

*D. ██████ requested that for that purpose SAG should pay a ("license") fee to Leadd and stated that Leadd's position on the distinction between Research and Development is supported by a statement from a legal advisor. D Mumberg replied that SAG's senior management will most likely not agree to that given the fact that SAG is undertaking the respective studies in the best interest of Leadd and otherwise would have to pay twice (once for performing the studies and once for the grant of rights which in Schering's opinion it has already under the existing License, Research and Development Agreement). Alternatively, if no solution can be found the project may have to be terminated at Schering for scientific reasons.*

*D. ██████ stated that he could envision to agree to Schering's proposal if it does not extend to other AAPs. D Mumberg stated that Schering is only interested in pursuing Apoptin and AAP-4 (and potentially AAP-1 as back-up if Apoptin should prove to be unsuitable for gene therapy based on its xenogeneic origin) but not other AAPs as evident from the return of the other patent families.*



---

*R van Oeijen will provide Schering with his position on how to resolve this issue before the end of October."*

2.13 De curator en Schering hebben op 30 mei 2005 een Amendment Agreement ondertekend (hierna: de Amendment Agreement). In de Amendment Agreement is - onder meer - opgenomen:

*"(...)*

*whereas:*

*Schering and Leadd B.V. entered into the License, Research and Development Agreement (hereinafter referred to as "LRDA") on November 27, 1998;*

*Appendix 1 to the LRDA is a list of Apoptin Patents. A definition of Apoptin Patents is given in the LRDA (Section 1);*

*amendments to the LRDA and/or its Appendices may only be made by written agreement signed by duly authorized representatives of Schering and Leadd B.V.;*

*during a Steering Committee Meeting, on September 27, 2004, both Schering and the Trustee agreed to amend Appendix 1, which amendment becomes effective as of September 28, 2004 (hereinafter referred to as the "Effective Date");*

*this Amendment Agreement is meant to confirm the amendment of Appendix I;*

*agree as follows:*

*The LRDA of November 27, 1998, will be amended as of the Effective Date by amending Appendix I.*

*The amended Appendix is attached to this Amendment Agreement and will replace the previous Appendix I as of the Effective Date and will be included by reference as if set forth fully herein.*

*In all other respects, the LRDA will remain unchanged.*

*"(...)"*

De aanpassing van Appendix I behelst een beperking van het aantal oorspronkelijk in Appendix I opgenomen Apoptin-gerelateerde octrooifamilies van LEADD.

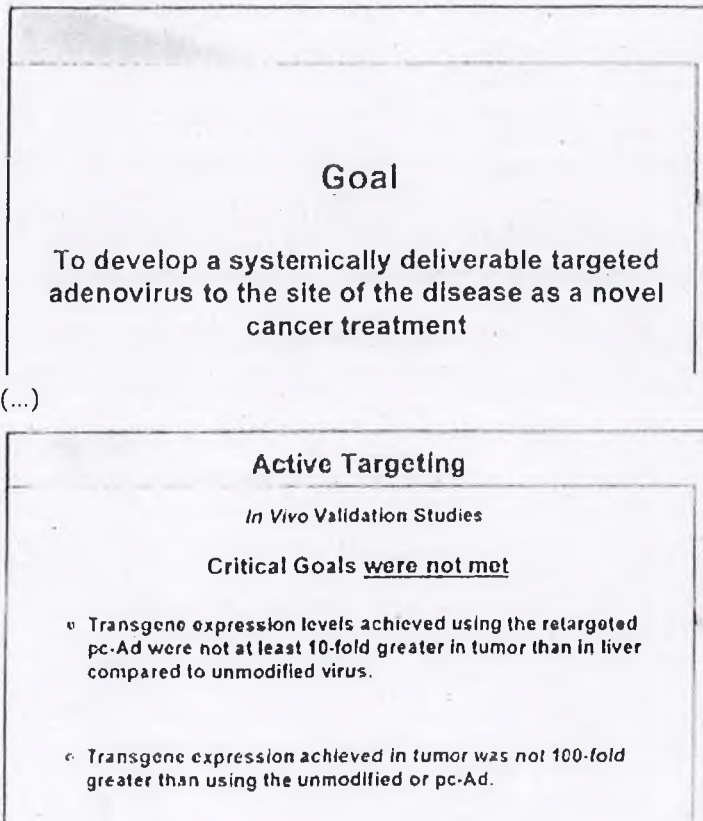
2.14 Schering heeft de curator op 15 juni 2005 een brief gestuurd waarin - onder meer - is opgenomen:

*"(...)*

*Finally, for your information, please find enclosed a scientific update on the cooperation with Hybrid Systems on the Development of a systemically deliverable targeted adenoviral vector for (Apoptin) cancer gene therapy.*

*"(...)"*

2.15 In de presentatie waar in de brief van 15 juni 2005 naar wordt verwezen, is - onder andere - opgenomen:



2.16 In een brief van 7 juli 2005 heeft (de raadsman van) Schering aan de curator het volgende meegedeeld:

*"As you know, in the past there has been a variety of discussions and disputes between our client and Leadd B.V. (...). In particular, Leadd B.V. continuously alleged to have claims for so called irregular milestone payment for AdMLPvp3-r2 or other constructs for local or regional Apoptin gene therapy, and to milestone payments for Schering's development compound ZK304709. (...) if our client consents to the assignment of the LRDA to J.W. Masman Beheer B.V., it expects discussions on the alleged milestone payments to continue (...). Our client can therefore not give an unconditional consent to the assignment of the LRDA. (...) The consent to the assignment (...) is conditional upon (...) you (...) waiving any rights (...) with regard to:*

*(...)*

- *Any milestone or royalty payments in respect of Schering's development candidate re ZK 304 709 which has been developed by Schering independently from the Apoptin Technology.*

*(...)."*

2.17 Bij brief van 13 september 2005 heeft de curator aan (de raadsman van) Schering het volgende meegedeeld:

---

*"First of all the LRDA does not contain a provision that gives your client the possibility to give its approval under a specific or more conditions.*

*Secondly, I have informed your client in an earlier stage that claims based on the LRDA were pledged to ABN-AMRO Bank N.V.. In my capacity of trustee in the bankruptcy of Leadd B.V. I can not agree with the condition that no milestone payment will be claimed, because of the pledge of this claim. (...)*

*In my opinion the stipulated conditions are unreasonable. I understand that your client is of the opinion that there is no obligation to pay any milestone or royalty. As I wrote to your colleague (...) on December 16, 2003, I'm of the opinion that at least one milestone payment should be paid. (...)*

*If your client refuses to give its approval to the assignment, the buyer, the undersigned as well as the pledgee will transfer rights based on the LRDA. (...)"*

2.18 Bij brief van 13 juli 2006 heeft J.W. Masman namens Masman Beheer aan Schering het volgende geschreven:

*"Re. License, research and development agreement Schering Leadd (...)*

*Following the letters of Mr. Van Oeijen, trustee of Leadd BV, I inform you about the transfer of rights of the License, research and development agreement (...) between Schering AG and Leadd BV (...).*

*The trustee asked you (...) for your consent with the transferal (contractoverneming).*

*Your lawyer answered (...) A full and unconditional consent to the assignment of the LR&D Agreement was considered unreasonable. Consent was given on the condition that the trustee and J.W. Masman Beheer BV waived any rights at present or potentially in the future with regard to milestones and royalties as mentioned in the letter of July 7, 2005.*

*The trustee (...) answered (...) that the conditions were unreasonable. We are of the same opinion. (...). The trustee answered by letter of October 26, 2005. (...) The trustee informs you in that letter that the transferal of the LR&D Agreement will take place shortly after the letter. I inform you that the transferal has taken place.*

*(...) The argument that we have a dispute about milestone payments is true. We are of the opinion that milestone payments are due.*

*(...)*

*Yours sincerely,*

*J.W. Masman Beheer B.V."*

2.19 Op 27 januari 2010 heeft Schering aan de curator en [REDACTED] Beheer een brief gestuurd waarin zij de Overeenkomst heeft opgezegd wegens - kort gezegd - wanprestatie van de zijde van de curator dan wel [REDACTED] Beheer.

2.20 Bij brief van 12 maart 2010 van Schering aan de curator en [REDACTED] Beheer heeft Schering de Overeenkomst tevens opgezegd (op basis van artikel 26.3 van de LRDA) tegen 12 juni 2010.

2.21 Bij brief van 1 april 2010, ondertekend door zowel de raadsman van [REDACTED] Beheer als de curator, is aan (de raadsman van) Bayer het volgende meegedeeld:



---

*"According to articles 19.1 and 20.1 of the License, Research and Development Agreement (...) my client is entitled to milestones in case of a start of Phase I clinical and a "succesfull completion of Phase II clinical trial". (...) Based on the information given by your employees in presentations and based on the information found on the internet, my client concludes that "the next phase of clinical development" has already been started by you. This means that my client is entitled to milestones for the amount of EUR 2.556458,73 [DM 5.000.000]. My client summons you to pay my client the amount of EUR 2.556458,73 ultimately April 16, 2010. When this amount has not been received by my client ultimately April 16, 2010 my client claims legal interest over this amount.*

*(,,) According to article 19.2 and 20.2 of the Agreement my client is entitled to royalties. My client reserves the right to claim these royalties. (...)*

*This letter is written with the consent of mr. Van Oeijen, receiver of Leadd BV."*

2.22 In een (niet overgelegde) brief van (de raadsman van) Bayer aan de curator van 16 april 2010 heeft deze de gemaakte aanspraak op milestones aangehaald.

2.23 In een aan Bayer gerichte brief van 12 oktober 2011 van de raadsman van ██████ Beheer, ondertekend door die raadsman en door de curator, staat onder meer het volgende:

*"In my letter of April 1, 2010, ██████ Beheer claimed milestones for the amount of EUR 2.556.458,73 based on articles 19.1 and 20.1 of the Agreement. Based on articles 19.2 and 20.2 of the Agreement Masman Beheer has reserved the right to claim royalties. (...)*

#### § 19 Apoptin Products and Leadd Target Products

*(...) At the onset of the work of the Joint Research Team in 1998, Ad-Apoptin, a prototype Apoptin Product, was available. Both Leadd and Schering elaborated this concept for several years and made considerable progress in the pre-clinical development. A first Development Plan (...) was agreed upon.*

*Therefore Masman Beheer and the receiver of Leadd conclude that Schering has continued the Development Plan in the period 1998 – 2010.*

*(...)*

#### § 20 Target Products

*In 2002 (...) Schering continued research associated with (...) the identification of targets. This led, among other things, to an additional Research Agreement (...) in 2004. This (...) allowed Schering/BSP to further investigate the mode of action of AAP4 as leading to more Targets.*

*Therefore Masman Beheer and the receiver of Leadd conclude that this (...) led to (...) Target Compounds.*

*Nor the [receiver of Leadd] nor Masman Beheer did receive any notification from Schering/BSP that it decided to amend these Development Plans (...) nor that Schering / BSP terminated all these development efforts. Therefore Masman Beheer and the receiver of Leadd conclude that this research and development work must have lead to the onset of several clinical research projects. (...)*

*Based on the above Masman Beheer / the receiver of Leadd claim the amount of (..) EUR 3.579.039,87 (...)*

*This letter is written with the consent of mr. Van Oeijen, receiver of Leadd BV."*

### 3. De beoordeling van het hoger beroep

#### *Procesverloop*

3.1 Tegen de achtergrond van de onder 2 vermelde feiten hebben de curator en ██████ Beheer, bij inleidende dagvaarding van 24 maart 2016, de onderhavige procedure aanhangig gemaakt bij de rechtbank te Den Haag en daarbij op grond van art. 843a dan wel 22 Rv afschrift en inzage in bescheiden gevorderd evenals de veroordeling van Bayer tot betaling van € 8.374.862,34, met (handels)rente en kosten.

3.2 Bayer heeft zich voor alle weren op het standpunt gesteld dat de Nederlandse rechter internationaal onbevoegd is. De rechtbank heeft zich bij tussenvonnis van 12 juli 2017 in het bevoegdheidsincident (alleen) onbevoegd verklaard kennis te nemen van de vorderingen van ██████ Beheer jegens Bayer en in de hoofdzaak en het exhibitie-incident een comparitie gelast. De rechtbank heeft vervolgens in het eindvonnis zowel in het exhibitie-incident als in de hoofdzaak de vorderingen van de curator afgewezen en de curator in de kosten veroordeeld.

3.3 Van dit laatste vonnis is de curator in hoger beroep gekomen bij dit hof, onder aanvoering van zeven grieven. Deze grieven leggen de toewijsbaarheid van de (in hoger beroep vermeerderde) vorderingen van de curator jegens Bayer aan het hof ter beoordeling voor.

3.4 Bayer heeft tegen het vonnis één incidentele grief aangevoerd. Ter gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep heeft Bayer, nadat de curator had bevestigd het standpunt in te nemen dat de vorderingen uit de LRDA nooit aan ██████ Beheer zijn overgedragen, het incidenteel hoger beroep ingetrokken. Het incidenteel hoger beroep behoeft daarmee geen bespreking meer.

#### *Internationale bevoegdheid en toepasselijk recht*

3.5 Tussen partijen is niet in geschil dat de LRDA een forumkeuzebeding bevat op grond waarvan de Nederlandse rechter bevoegd is. Nu Bayer, mede in het licht van haar onder 3.4 bedoelde standpunt, als zodanig niet heeft betwist dat de door de curator in 2005 voorgenomen overdracht van de LRDA aan ██████ Beheer – bij gebreke van de daarvoor vereiste medewerking van Bayer – niet (rechtsgeldig) heeft plaatsgevonden en daarnaast ook geen gronden zijn aangevoerd op grond waarvan de curator geen beroep op het forumkeuzebeding zou toekomen, gaat ook het hof ervan uit dat het (internationaal) bevoegd is van de vorderingen van de curator jegens Bayer kennis te nemen. De toepasselijkheid van Nederlands recht is tussen partijen niet in geschil, zoals ook de rechtbank (in hoger beroep onbestreden) heeft overwogen.

#### *Korte schets van de zaak*

3.6 Kort samengevat gaat het in deze zaak om het volgende. In de overeenkomst (LRDA) van 1998 is door Leadd aan Schering een licentie verleend ten behoeve van door Schering en Leadd te verrichten onderzoek naar de werking van het eiwit Apoptin waarvan door Leadd (dr. Noteborn) was ontdekt dat dit alleen in tumorcellen (en niet in gezonde cellen) celdood (apoptose) veroorzaakt. Het onderzoek richtte zich enerzijds op de opheldering van de structuur van het Apoptin eiwit zelf, anderzijds op de manier waarop dat



eiwit in cellen zijn werk doet en welke componenten in de cel daar bij betrokken zijn, dit laatste opdat geneesmiddelen kunnen worden getest die hierop aangrijpen. Het onderzoek naar de werking van Apoptin richtte zich daarbij mede op de 'signaal transductie route' (*pathway*), de reeks van signaalstoffen en receptoren betrokken bij de door Apoptin opgewekte apoptose. De verwachting was (zie ook considerans sub E, alsmede art. 2.1 en 2.3 LRDA) dat het onderzoek zou leiden tot enerzijds de ontdekking van nieuwe genen, eiwitten of antisense moleculen, welke, naast het Apoptin-eiwit zelf, de basis zouden vormen voor de ontwikkeling (*Development*) van *Apoptin Products*. Anderzijds verwachtte men van het onderzoek naar het werkingsmechanisme dat dat zou leiden tot de identificatie van 'doelwitten' (*Targets*), schakels die een rol spelen in het werkingsmechanisme van Apoptin. Met behulp van deze *Targets* zou vervolgens worden gezocht naar 'Target Compounds', samenstellingen die in staat zijn zich aan een Target te binden en de Target kunnen activeren of blokkeren, afhankelijk van de rol van de Target in de cel. Dit zou kunnen leiden tot de ontwikkeling (*Development*) van *Target Products* (welke géén Apoptin bevatten, maar werken op basis van een ontdekt of geïdentificeerd Target Compound). Gedurende het onderzoek is vastgesteld dat in tumorcellen – en niet in gezonde cellen – Apoptin wordt gefosforyleerd, wat betekent dat een fosfaatgroep op het eiwit Apoptin wordt geplaatst, waardoor het eiwit wordt geactiveerd of gedeactiveerd. Fosforylering geschiedt door een specifieke groep eiwitten, zogenoemde kinases. Het onderzoek richtte zich dan ook (onder meer) op het vinden – als 'target' – van de specifieke kinase(s) die verantwoordelijk zijn voor de fosforylering van Apoptin. Het uiteindelijke doel was het vinden van een kankermedicijn op basis van (het werkingsmechanisme van) Apoptin.

#### *De in de LRDA overeengekomen vergoedingen*

3.7 Op grond van de LRDA heeft Leadd recht op betaling van een *signing fee* (art. 18) bij aanvang van de overeenkomst, alsmede op betalingen (*milestone payments*), hetzij op grond van art. 19 bij de ontwikkeling van *Apoptin Products* (en van LEADD Target Products, maar die zijn in deze procedure niet aan de orde en blijven verder buiten beschouwing), hetzij op grond van art. 20 bij de ontwikkeling van *Target Products*. *Milestone payments* zijn verschuldigd indien belangrijke stappen (*milestones*) worden bereikt in de ontwikkeling van (voorzover in deze zaak van belang) een eerste (zogenoemd) Apoptin Product (art. 19.1) of een eerste Target Product (art. 20.1). Het gaat bij die milestones om: de start van fase 1, de succesvolle voltooiing van fase 2 in het klinisch onderzoek en uiteindelijk om de toelating tot een bepaalde markt (*grant of marketing approval in the first Major Market Country*). Verder heeft Leadd in geval van Apoptin Products recht op een zogenoemde '*irregular milestone payment*' in het geval een in het Development Plan voorzien tijdstip voor het bereiken van een milestone om andere dan wetenschappelijke redenen met meer dan drie jaar wordt overschreden (art. 19.4 LRDA). *Milestone payments* zijn op grond van art. 20.1 LRDA alleen verschuldigd voor het *eerste* Target Product, zodat geen cumulatieve milestonevergoedingen voor verschillende Target products voor eenzelfde milestone toewijsbaar zijn. Op deze uitleg, die niet in geschil is, heeft de curator ook zijn vorderingen gebaseerd (memorie van grieven, onder 310). Art. 20 kent geen '*irregular milestones*'. Voorts geeft de overeenkomst Leadd recht op *royalties* berekend over de inkomsten van op de markt gebrachte producten (*Apoptin Products* bij de toepassing van art. 19 LRDA en *Target Products* bij de toepassing van art. 20 LRDA). Ten slotte hield de overeenkomst in artikel 6.3 LRDA tevens in dat Schering het onderzoekstraject ook voor Leadd financierde.



---

*Vorderingen van de curator*

3.8 In deze procedure vordert de curator op grond van de LRDA nakoming van betalingsverplichtingen voor irregular milestones als bedoeld in art. 19.4 LRDA, milestones als bedoeld in art. 20.1 LRDA alsmede royalties als bedoeld in 20.2 LRDA. Subsidiair heeft de curator de desbetreffende bedragen gevorderd als schade op grond van onrechtmatige daad. Daarnaast vordert de curator – eveneens op grond van onrechtmatige daad – vergoeding van de (‘overige’) schade wegens het volgens de curator door het uitblijven van de betalingen veroorzaakte faillissement van Leadd, waardoor de waarde van de onderneming verloren is gegaan, een en ander met rente en kosten. De grieven leggen de toewijsbaarheid van deze (deels in hoger beroep gewijzigde) vorderingen aan het hof voor en lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Bayer heeft geen bezwaar gemaakt tegen de wijziging van (grondslag van) eis en deze is niet in strijd met de goede procesorde. Het hof zal daarom uitgaan van de gewijzigde (grondslag van) eis.

3.9 Alvorens op de toewijsbaarheid van de concrete milestone- en royaltyvorderingen zal worden ingegaan, zal het hof eerst enkele meer algemene geschilpunten behandelen.

*Verjaring*

3.10 Bayer heeft zich onder meer op verjaring beroepen. Uitgaand van het thans door de curator ingenomen standpunt dat de vorderingen nimmer aan ██████ Beheer zijn gecedeerd of ██████ Beheer anderszins (door middel van contractoverneming) vorderingsgerechtigd is geworden, is volgens Bayer geen sprake van een sluitende keten van stuitingsverklaringen en zijn de vorderingen verjaard. Daarnaast heeft Bayer (reeds in eerste aanleg) zich erop beroepen dat de stuitingsbrieven geen stuitende werking hebben gehad voorzover daarin de vorderingen niet (voldoende) zijn gespecificeerd.

3.11 Het hof overweegt als volgt. Zoals ook de rechtbank heeft overwogen, gaat het in dit geval om vorderingen tot nakoming van verbintenissen tot een geven of een doen, als bedoeld in art. 3:307 lid 1 BW. Deze vorderingen verjaren door verloop van vijf jaren na aanvang van de dag waarop de vordering opeisbaar is geworden. Volgens de LRDA zijn milestone-betalingen opeisbaar bij het bereiken van de desbetreffende milestone dan wel, voor irregular milestones, het overschrijden van een in het development plan genoemde termijn met drie jaar. De verjaring wordt gestuit door een schriftelijke aanmaning of schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt (3:317 lid 1 BW). Volgens vaste rechtspraak dient het vereiste van een schriftelijke mededeling te worden begrepen in het licht van de strekking van een stuitingshandeling van deze aard, welke neerkomt op een - voldoende duidelijke – waarschuwing aan de schuldenaar dat hij, ook na het verstrijken van de verjaringstermijn, rekening ermee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een dan mogelijkterwijs alsnog door de schuldeiser ingestelde vordering kan verweren (HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1494, met verdere verwijzingen). Voor de vraag hoe de schuldenaar de uitlatingen van de schuldeiser geacht moet worden op te vatten, is beslissend welke betekenis deze daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mocht toekennen (art. 3:33 jo. 35 BW).

3.12 Gelet op de strekking van art. 3:317 lid 1 BW – een voldoende duidelijke waarschuwing aan de schuldenaar dat deze in verband met een mogelijke claim bewijsmateriaal moet bewaren – kan in dit geval worden verlangd dat de curator in zijn

---

stuitingsverklaringen de feiten die hem bekend zijn, waarvan Bayer redelijkerwijs mocht aannemen dat die aanleiding zouden (kunnen) geven voor milestone-vorderingen, voldoende concreet zou noemen in de stuitingsverklaring.

3.13 Daarbij is van belang dat de curator voor de thans ingestelde vorderingen heeft gesteld dat hij het verschuldigd zijn van milestones voor de desbetreffende biochemische verbindingen via eigen onderzoek uit openbare bronnen heeft verkregen en Bayer (onweersproken) heeft aangevoerd dat het bij het bereiken van klinische fasen I, II en toelating tot de markt steeds om openbare informatie gaat. Mede gelet op het feit dat nauw contact bestond tussen de curator en ██████ Beheer, heeft de curator in dit verband niet (voldoende) gesteld dat en waarom desondanks voor hem de opeisbaarheid van bepaalde milestone-vorderingen ten tijde van de bereikte milestone niet (redelijkerwijs) kenbaar was. Daarmee heeft de curator ook niet voldoende (op concrete vorderingen toegespitst) toegelicht dat zich de in art. 3:321 lid f BW bedoelde verlengingsgrond voordoet, namelijk dat Bayer opzettelijk het bestaan van de desbetreffende schuld of de opeisbaarheid daarvan verborgen heeft gehouden. Hieruit volgt dat in deze procedure ervan moet worden uitgegaan dat de ingestelde vorderingen vijf jaar na hun opeisbaarheid (het bereiken van de desbetreffende milestone) verjaard zijn, behoudens voor zover de verjaring (voldoende gespecificeerd) is gestuit.

3.14 De correspondentie inzake de gepretendeerde vorderingen is als volgt gelopen. In zijn brief van 10 december 2003 maakt de curator aanspraak op een milestone-betaling van DM 1.000.000,- omdat Bayer 'ZK-CDK bevattende ZK 304 709 in een Phase I clinical trial heeft getest dan wel test'. De brief bevat als bijlage een aantal slides van een door Dr. Bosslet (Bayer) in juni 2003 gehouden voordracht, waarin telkens met pen de op ZK – CDK betrokken resultaten zijn gemarkeerd. Hierop heeft Schering in een brief van 16 december 2003 de aanspraak voor een milestone-payment voor ZK 304 709 nadrukkelijk betwist. In de brief van 13 september 2005 deelt de curator – in antwoord op de brief van Bayer van 7 juli 2005 – Bayer onder verwijzing naar de brief van december 2003 mee dat 'at least one milestone payment should be paid'. In een brief van 20 oktober 2005 van (de advocaat van) Schering wordt gesproken van 'alleged claims for milestone payments and Schering's Development Compound ZK-cdk' in verband waarmee 'legal proceedings seem to be unavoidable'. In de (niet door de curator ondertekende) brief van 13 juli 2006 van J.W. ██████ aan Bayer wordt ongespecificeerd gesproken van verschuldigde 'milestone payments'. De (door de curator mede ondertekende) brief van 1 april 2010 bevat een weergave van de milestone-regeling in de artikelen 19 en 20 zonder vermelding van concrete targets en target compounds waarop deze vorderingen zijn gebaseerd. In antwoord hierop wijst Bayer in haar (in de brief van 12 oktober 2011 aangehaalde) brief van 16 april 2010 erop dat de vorderingen niet zijn gespecificeerd. In de (door de curator ondertekende) brief van 12 oktober 2011 wordt toegelicht dat de vorderingen ex art. 19 LRDA zijn gebaseerd op het vermoeden dat het Development Plan is voortgezet in de periode 1998 – 2010 en de vorderingen ex art. 20 LRDA zijn gerelateerd aan het feit dat 'at least one Target Compound was clinically tested in patients years ago' (waarmee kennelijk ZK 304 709 is bedoeld) en het (in 2004 voortgezette) onderzoek naar AAP4, welk onderzoek volgens ██████ Beheer en de curator 'must have lead to the onset of several clinical research projects'. In de inleidende dagvaarding van 24 maart 2016 wordt vervolgens (voor zover nog relevant) aanspraak gemaakt op betaling van contractueel verschuldigde vergoedingen voor ZK 304 709, BAY 1000394 en, AAP4/MS-275 (Entinostat) en bij memorie van grieven (11 juni 2019) (aanvullend) nog voor BAY 1125976 en BAY 80 6946.



3.15 Bayer diende al deze brieven aldus te begrijpen dat daarin ondubbelzinnig het recht op nakoming van betalingsverplichtingen uit de LRDA werd voorbehouden. Voor zover het gaat om de tot en met 12 oktober 2011 gestuurde brieven diende Bayer redelijkerwijs te begrijpen dat het daarin ging om het recht op nakoming van milestone-betalingen ex art. 20 LRDA voor ZK 304 709. Schering heeft in haar brief van 7 juli 2005 zelf uitdrukkelijk de claim ten aanzien van ZK 304 709 genoemd, toen zij als voorwaarde voor toestemming voor overdracht van de rechten uit de overeenkomst de eis stelde dat de vordering voor ZK 304 709 zou worden prijsgegeven. Ook in haar brief van 16 december 2003 had Bayer de milestone claim ter zake van ZK 304 709 uitdrukkelijk genoemd en verworpen. Dat deze Target Compound expliciet onderdeel uitmaakte en bleef uitmaken van de discussie, moet Bayer voldoende duidelijk zijn geweest. De brief van 12 oktober 2011 vermeldt daarnaast voldoende duidelijk dat vergoeding wordt gevorderd voor irregular milestones ex art. 19.4 LRDA voor de in het Development Plan voorziene ontwikkeling met betrekking tot AAP4. Ten slotte hebben de inleidende dagvaarding en memorie van grieven stuitende werking voor de daarin telkens aanvullend vermelde Target Compounds en Products, voor zover de desbetreffende vorderingen op dat moment niet al waren verjaard.

3.16 Het hof verwerpt het standpunt van Bayer dat – ervan uitgaand dat de vorderingen steeds bij de curator hebben berust – de door ██████ Beheer gestuurde brieven van 2006, 2010 en 2011 de verjaring van vorderingen *van de curator* niet zouden hebben gestuit. Vast staat dat de curator na het faillissement van LEADD aan Bayer medewerking heeft gevraagd voor de overdracht van de LRDA aan ██████ Beheer, Bayer die medewerking heeft geweigerd en de curator en ██████ Beheer zich tegenover Bayer op het standpunt hebben gesteld dat die weigering onterecht was. Tegen de achtergrond van de daardoor ontstane onduidelijkheid over de vraag of de LRDA daadwerkelijk (rechtsgeldig) op ██████ Beheer was overgegaan, diende Bayer redelijkerwijs te begrijpen dat de (binnen vijf jaar na de brief van de curator van september 2005) geschreven en door de curator mede ondertekende brief van 1 april 2010 ook namens de curator was geschreven. Hoewel voor een sluitende stuitingsketen niet noodzakelijk, geldt dit ook voor de (enige) niet door de curator ondertekende brief van 13 juli 2006 (*“We are of the opinion that milestone payments are due”*) waarin namens de vorderingsgerechtigde (waarvan op dat moment niet duidelijk was of dit de curator of ██████ Beheer was) een (ondubbelzinnig) beroep op nakoming werd gedaan.

3.17 Het hof zal, voor zover nodig, met inachtneming van het voorgaande, bij de bespreking van de afzonderlijke vorderingen van de curator nader ingaan op de vraag in hoeverre de (eventuele) verjaring van de diverse concrete milestone-vorderingen tijdig is gestuit.

#### *Uitleg van de begrippen Target en Target Product*

3.18 Voor de beantwoording van de vraag of Leadd op grond van art. 20 LRDA recht heeft op milestone-vergoedingen is van belang wat onder de overeenkomst moet worden verstaan onder ‘Target’ en ‘Target Product’ dat een ‘Target Compound’ bevat. Volgens Bayer moet art. 1.39 LRDA aldus worden uitgelegd dat een molecuul (eiwit) als Target kwalificeert indien het, cumulatief: (i) door Schering, Leadd of gezamenlijk is ontdekt tijdens het onderzoek naar het werkingsmechanisme en/of de signaaltransductie pathways van Apoptin, (ii) tumorspecifieke eigenschappen gelijk aan Apoptin bezit, (iii) gebruikt wordt voor de identificatie van Target Compounds en (iv) door de SCM of Joint Research Team als zodanig (als Target) is aangeduid (memorie van antwoord, 189).



Volgens de curator is een Target ieder molecuul dat is geïdentificeerd door onderzoek ('research' in ruime zin, want in de definitie van Target met een kleine r geschreven) naar het werkings-mechanisme en/of de signaaltransductie pathways van Apoptin. Een Target Compound is vervolgens ieder molecuul dat een interactie heeft met een Target, aldus de curator.

3.19 Het hof stelt voorop dat het bij de uitleg van een overeenkomst aankomt op de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635 (Haviltex)). Ook na de contractsluiting gelegen omstandigheden kunnen een rol spelen, voor zover deze een aanwijzing vormen hoe een partij bij de contractsluiting de verklaringen en gedragingen van de ander heeft opgevat.

3.20 Naar het oordeel van het hof moeten de begrippen Target en Target Compound in relatie tot de overeengekomen vergoedingsstructuur van artikel 20 LRDA voor Target Products aldus worden begrepen dat als 'Target' ieder molecuul in aanmerking komt, dat is geïdentificeerd door het onderzoek naar het werkingsmechanisme en/of het *signal transduction pathway* naar en van Apoptin en dat wordt gebruikt voor de identificatie van Target Compounds. Target Compounds zijn daarbij iedere verbinding met een maximaal moleculair gewicht van 1500 dalton die zijn '*discovered, identified or synthesized by Schering*'. Het hof volgt Bayer daarbij niet in haar standpunt dat het bij een Target Compound niet zou kunnen gaan om een verbinding uit haar eigen 'compound library'. Ook die kunnen bij het Apoptin onderzoek immers worden geïdentificeerd. 'Geïdentificeerd' is ook niet beperkt tot nieuw ontdekt; '*discovered*' en '*identified*' staan immers nevensgeschikt in de definitie van *Target Compound*. Bij de beperkte lezing van Bayer zou Bayer (Schering) met behulp van de aan haar gelicentieerde Apoptin-technology Target Compounds uit haar library kunnen identificeren en daardoor Target Products kunnen ontwikkelen en exploiteren zonder enige licentievergoeding verschuldigd te worden. Feiten of omstandigheden op grond waarvan Schering dit laatste redelijkerwijs mocht verwachten zijn gesteld noch gebleken. In die benadering zou de betekenis van het vergoedingsmechanisme van art. 20 LRDA te zeer aan belang inboeten. Artikel 2.3 LRDA biedt ook geen steun aan die lezing van Bayer, nu die bepaling klaarblijkelijk – zoals de curator ook heeft betoogd – betrekking heeft op de allocatie van IE-rechten ten aanzien van de (geïdentificeerde) Target Compounds. Zowel deze bepaling als art. 13 LRDA vermelden uitdrukkelijk dat gebruik van Target Compounds/de ontwikkeling en exploitatie van Target Products door Schering is onderworpen aan de vergoedingsregeling van art. 20 LRDA.

3.21 De door Bayer bepleite beperking tot 'tumorspecificiteit' van de geïdentificeerde 'Targets' en Target Compounds valt in de overeenkomst niet te lezen en kan evenmin worden aanvaard. Naar het oordeel van hof moet niet alleen de signing fee, maar ook de milestone-vergoedingsstructuur als een vergoeding voor de ter beschikkingstelling van de aan Schering geopenbaarde Apoptin-technologie worden begrepen. Daarbij past dat iedere daardoor mogelijk gemaakte ontwikkeling van een Target Product op het (in art. 1.15 LRDA ook ruim geformuleerde) gebied ('Field') van de oncologie aanspraak geeft op milestone-betalingen. Dit vindt bovendien steun in het in de considerans en art. 2.1 van de LRDA ruim geformuleerde meerledige doel van de overeenkomst en in door de curator overgelegde publicaties (producties 5 en 7) waaruit blijkt dat partijen bij het aangaan van de samenwerking verschillende onderzoekslijnen op het oog hadden (zoals ook onderzoek naar het reactiveren van de gevoeligheid van cellen voor kankertherapie).

3.22 Niet beslissend is, ten slotte, of in het Steering Committee of anderszins binnen de kaders van het in de LRDA opgezette onderzoek (Research) en ontwikkelingstraject (Development) een met Apoptin reagerend molecuul al dan niet formeel als 'Target' is bestempeld. Ook een zodanige beperking valt in de overeenkomst niet te lezen en zou, zoals de curator ook heeft aangevoerd, misbruik door licentienemer Schering in de hand kunnen werken. Elk onderzoek en iedere ontwikkeling door Schering/Bayer dat/die mogelijk is gemaakt door de identificatie van Targets met behulp van Apoptin ongeacht of dat buiten de formele kaders van de LRDA (al dan niet uit het zicht van LEADD of de curator) heeft plaatsgevonden, kan derhalve tot (milestone)vergoedingen aanleiding geven.

*De (rechtsgevolgen van de) beëindiging van de LRDA in 2010*

3.23 Partijen zijn voorts verdeeld over de rechtsgevolgen van de opzeggingen in 2010 voor (milestone-)vorderingen die na deze datum zouden zijn ontstaan. Volgens de curator kan Bayer op verschillende gronden niet door deze opzegging aan haar betalingsverplichtingen van art. 19 en 20 LRDA ontkomen, ook als zij na deze datum zijn ontstaan. Daarentegen eindigen volgens Bayer met haar (eenzijdige) opzegging ook deze verplichtingen nu deze niet zijn opgenomen in de lijst met 'surviving rights' van art. 26.8 LRDA.

*Eenzijdige opzegging op grond van art. 26.3 LRDA*

3.24 Het hof oordeelt hierover, met inachtneming van het onder 3.18 en 3.19 overwogene, als volgt. Op grond van art. 26.3 LRDA heeft Schering het recht de LRDA eenzijdig op te zeggen met inachtneming van een opzegtermijn van 3 maanden. Vast staat dat Schering met een beroep op die bepaling de overeenkomst op 12 maart 2010 tegen 12 juni 2010 heeft opgezegd. De overeenkomst bevat in de artikelen 26.2.3 en 26.3 en 26.8 bepalingen waarin de gevolgen van de beëindiging zijn geregeld. Volgens art. 26.3 zullen bij eenzijdige beëindiging *'All rights to the Apoptin Technology and the LEADD Technology (...) revert to LEADD and SCHERING's licenses hereto shall cease. SCHERING shall transfer to LEADD all its rights to the Development Results in the FIELD'*. Deze regeling gaat er daarmee vanuit dat Schering/Bayer na opzegging niet langer een licentie heeft voor (en dus niet meer gerechtigd is tot) op Apoptin/Leadd know how gebaseerde onderzoeks-/ontwikkelingsactiviteiten, zij de desbetreffende activiteiten zal eindigen en alle bereikte onderzoeksresultaten en ontwikkelingsresultaten (Development Results) zal afgeven aan Leadd. Die regeling impliceert dat na de beëindiging geen Milestones meer zullen (kunnen) worden bereikt. Daarbij komt dat artikel 26.1 LRDA vermeldt dat de betalingsverplichtingen onder de overeenkomst doorlopen *tenzij* deze eerder is beëindigd op grond van een van de bepalingen uit de overeenkomst. Ook dit vormt een uitdrukking van het uitgangspunt dat er na beëindiging van de overeenkomst (overeenkomstig een in de overeenkomst zelf geregelde wijze) geen nieuwe betalingsverplichtingen meer ontstaan. Onder het kopje 'surviving rights' is vervolgens in art. 26.8 LRDA uitdrukkelijk opgenomen welke bepalingen ondanks een beëindiging voortduren ('overleven'). De betalingsverplichtingen van art. 19 en 20 zijn daarin niet genoemd. Dit strookt als gezegd met de bepaling in 26.3 dat na beëindiging op grond van die bepaling, alle licenties eindigen, de (onderzoeks- en ontwikkelings)resultaten aan licentiegever Leadd moeten worden geretourneerd zodat na opzegging ook geen, althans geen gelicentieerd, verder onderzoek door (voormalig licentienemer) Schering (Bayer) zal kunnen plaatsvinden. Op zichzelf stond en staat het Bayer vrij haar eigen onderzoek op dit terrein uit te voeren, echter niet door gebruik te maken van octrooien, technologie en know-how van Leadd (voorzover een en ander rechtens dan wel contractueel nog beschermd is)



nadat de licentie is beëindigd.

Het ingevolge art. 26.8 'overleven' van art. 21.4 LRDA heeft klaarblijkelijk betrekking op tijdens de duur van de overeenkomst ontstane, reeds aangevangen royalty verplichtingen (welke een contractuele duur kennen van 10 jaar) en die na opzegging kunnen doorlopen (zie ook rov. 3.46).

3.25 Opmerking verdient verder dat blijkens de definitie (in art. 1.12 LRDA) van Development Results (die na beëindiging door Bayer aan Leadd terug moeten worden gegeven), uitdrukkelijk zijn uitgezonderd de Target Compounds. Dat strookt ook met art. 13 LRDA waarin is bepaald dat Target Compounds steeds eigendom zullen zijn van Schering. Schering/Bayer bleef derhalve vrij om, ook na beëindiging van de overeenkomst, gebruik te maken van Target Compounds, ook die welke tijdens de duur van de LRDA waren ontdekt of geïdentificeerd. Een andere uitkomst zou niet stroken met het oordeel dat geïdentificeerde Target Compounds ook uit de eigen bibliotheek van Schering/Bayer afkomstig konden zijn. Niettemin geldt ook daarbij onverkort dat Bayer geen gebruik meer mag maken van octrooien, technologie en know-how van Leadd voorzover een en ander rechtens dan wel contractueel nog beschermd is (hierna kortheidshalve: 'beschermd Leadd technologie').

3.26 Voor zover na opzegging van de overeenkomst Schering (Bayer) desondanks wel met gebruikmaking van beschermd LEADD technologie verder zou zijn gegaan met het ontwikkelen van Target Products (en daarvoor de voor milestone-betalingen kritieke ontwikkelingsstadia zouden worden behaald), levert dat mogelijk een onrechtmatige daad op jegens Leadd wegens onrechtmatige inbreuk op de beschermd LEADD technologie. Een contractuele aanspraak voor deze niet in de overeenkomst voorziene mogelijkheid van voortgezet gebruik van de beschermd LEADD technologie door Schering (Bayer) is daarmee echter nog niet gegeven. De overeenkomst voorziet hierin niet (overigens duidt voor de Research Results art. 24.3 op het tegendeel). Voldoende (concrete) feiten of omstandigheden die een (aanvullende) uitleg van een leemte in de overeenkomst in de door de curator bepleite zin rechtvaardigen, zijn gesteld noch gebleken.

3.27 Bij gebrek aan voldoende aanknopingspunten kan de curator in het bijzonder ook niet worden gevolgd in diens stelling dat de verplichting om bij tussentijdse opzegging alle rechten en resultaten terug over te dragen aan Leadd als een *voorwaarde* voor opzegging moet worden beschouwd in die zin dat de opzegging bij niet-nakoming daarvan zonder rechtsgevolg blijft en de overeenkomst inclusief de artikelen 19 en 20 voortduurt. Bovendien is het hof ook niet duidelijk gemaakt wat Bayer volgens de curator in dit geval concreet terug had moeten geven, mede in het licht van de reeds vermelde omstandigheid dat Target Compounds niet door Bayer aan LEADD/curator hoeven te worden overgedragen. Bedacht moet worden dat het uitgangspunt is dat wanneer de licentie eindigt, "*the LEADD Technology shall then revert to LEADD*", aldus art. 26.3 LRDA. De technologie (know how) en de daaraan verbonden rechten, die voorheen deels exclusief aan Bayer gelicentieerd waren, keren daarom automatisch terug bij LEADD. Niet is duidelijk (gemaakt) welke overdracht daarvoor in dit geval nodig is. Ten overvloede merkt het hof nog op dat voor de Research Results uit het zojuist reeds gememoreerde art. 24.3 LRDA volgt dat geheimhoudingsverplichtingen ter zake daarvan reeds in 2007 waren geëindigd.

*Beëindiging op grond van een material breach (art. 26.4 LRDA)*

3.28 Tussen partijen is daarnaast in geschil of Bayer de overeenkomst voordien, op 27 januari 2010, reeds op grond van een wezenlijke tekortkoming ('material breach') aan de



zijde van Leadd/de curator (rechtsgeldig) heeft beëindigd. Nu Bayer zich evenwel niet erop heeft beroepen dat aan de beëindiging op grond van art. 26.4 LRDA voor het onderhavige geschil relevante andere rechtsgevolgen zijn verbonden dan aan haar latere (regelmatige) opzegging op grond van art. 26.3 LRDA (hetgeen zij ter gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep desgevraagd nog heeft bevestigd) behoeft (ook) om die reden de vraag of Bayer de overeenkomst ook op grond van een material breach mocht opzeggen geen verdere bespreking.

#### *Onrechtmatig handelen Bayer na opzegging van de overeenkomst*

3.29 Hiervoor is geoordeeld dat Leadd na de beëindiging van de overeenkomst door Schering niet op basis van art. 19 en 20 LRDA een (contractuele) aanspraak op betaling van nadien bereikte milestones heeft. Voor zover Bayer kan worden verweten na beëindiging van de overeenkomst en de daaronder verleende licenties te zijn voortgegaan met de ontwikkeling van op 'Apoptin Technology' gebaseerde 'Apoptin-' of 'Target Products' dient (bij gebreke van een daartoe voldoende gestelde contractuele basis; zie hiervoor), een eventuele schadevergoedingsverplichting te worden gebaseerd op onrechtmatig handelen. De curator heeft deze grondslag – onrechtmatige daad – echter nauwelijks uitgewerkt. Bij memorie van grieven (nrs. 247 sub iii en 313-314) is slechts zeer algemeen aangevoerd dat het in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid is de overeenkomst te beëindigen en vervolgens niet te betalen voor de gebruikte (voordien) gelicentieerde technologie. In dit geval is onduidelijk gebleven in hoeverre na de beëindiging van de LRDA de daaronder ontsloten technologie/know how nog door (geldende) octrooien is gedekt. De curator heeft ook geen (concrete) octrooiinbreuk aan zijn vorderingen ten grondslag gelegd. Voor zover het om niet-geoctrooieerde know how zou gaan – de curator licht dit alles niet toe – heeft de curator niet (voldoende) uitgewerkt en onderbouwd dat het handelen van Bayer na de opzegging jegens haar voormalig licentiegever Leadd – mede in het licht van de uitdrukkelijk overeengekomen beëindigingsregeling – onrechtmatig is. Ook voor zover Leadd aanvoert dat de opzegging zelf onrechtmatig zou zijn, of het beroep van Bayer op de in art. 26.3 LRDA overeengekomen opzeggingsmogelijkheid naar maatstaven van redelijkheid onaanvaardbaar zou zijn, omdat de opzegging met het uitsluitende oogmerk zou zijn geschied om onder de betalingsverplichtingen uit de LRDA uit te komen, heeft de curator daartoe onvoldoende gesteld. Mede tegen de achtergrond van een vóór de opzegging gerezen conflict over de (verantwoordelijkheid voor het) verlopen van een aantal octrooien, valt zonder nadere toelichting, die niet is gegeven, niet in te zien dat het Bayer niet vrijstond om gebruik te maken van de in art. 26.3 van de LRDA neergelegde opzeggingsmogelijkheid. De door de curator aangevoerde delictuele grondslag is, kortom, onvoldoende (feitelijk en juridisch) uitgewerkt, zodat het hof daaraan in de onderhavige procedure voorbijgaat.

#### *De vorderingen voor de verschillende milestone betalingen*

3.30 Ter gelegenheid van de comparitie in eerste aanleg heeft de curator verklaard geen aanspraak (meer) te maken op milestone-vergoedingen voor een Apoptin Product (art. 19 LRDA) en dit standpunt is – naar het hof begrijpt – in hoger beroep niet gewijzigd.

3.31 In hoger beroep liggen daarmee nog ter beoordeling voor: de vorderingen voor twee 'irregular milestones' voor genterapie, regular milestone-vergoedingen voor (in ieder geval) de Target Compounds ZK 304 709, BAY 1000394, MS 275, BAY-80-6946 en BAY 1125976 en (mogelijk) een AAP4 inhibitor, alsmede royalty-vergoedingen voor BAY 80-6946 (copanlisib/ALIQOPA) en MS-275 (Entinostat).

---

*Irregular milestones - Gene Therapy*

3.32 De curator vordert op grond van art. 19 lid 4 LRDA 'irregular milestones' voor de volgens hem zonder wetenschappelijke grond niet verder ontwikkelde gentherapie, waarvoor in 1999 en 2003 (SCM 10 maart 1999 en 22 januari 2003) Development Plans waren vastgesteld. Het ging daarbij om de ontwikkeling van een Apoptin product, te weten een systemische gentherapie voor Apoptin, waarvoor een vector (drager die genetisch materiaal in een cel brengt) werd gezocht. Volgens de curator is de ontwikkeling van de gentherapie om economische redenen afgebroken, hetgeen door H. Dinter, hoofd van het met de gentherapie (mede) belaste Berlex Biosciences, op 11 mei 2001 aan Noteborn zou zijn gemeld. De markt voor de gentherapie zou te klein zijn, waarmee de ontwikkeling niet rendabel zou zijn. Om die reden heeft D. [REDACTED] op 2 april 2002 een irregular milestone geclaimd, waarop werd geantwoord dat deze pas na ommekomst van de driejaarstermijn, medio 2004, opeisbaar zou zijn. Vervolgens werd op 22 januari 2003 een nieuw Development (sub)Plan voor de gentherapie gepresenteerd. Dr. Mumberg zou toen, aldus de verklaring van D. [REDACTED] (prod. 88) hebben opgemerkt dat local application 'cannot compete in a commercial way'. Dat onoverkomelijke technische problemen met de Apoptin Adeno Vector zouden bestaan wordt door de curator betwist. Aangenomen moet worden dat Schering het Gene Therapy Development Plan uit 2003 heeft voortgezet. Pas in 2010 kreeg LEADD bericht dat Schering de Overeenkomst en daarmee de Development wilde stoppen. Onwaarschijnlijk is daarom dat wetenschappelijke beletselen in de weg stonden aan het beginnen van een fase I klinische studie. Op basis van het Development Plan van 1999 is in 2004 (drie jaar na de voorziene datum van 2001) een fase I irregular milestone verschuldigd. Uitgaand van het Development Subplan van 2003 zou vanaf 1 maart 2013 een irregular milestone verschuldigd zijn, aldus de curator.

3.33 Bayer heeft de verschuldigheid van irregular milestones voor de hier bedoelde gentherapie als volgt betwist. In het Development Plan van 1999 waren geen data voor de verwachte ontwikkelingsactiviteiten opgenomen. Het Development Plan van 2003 vormde een update van het eerdere plan en bevatte wel zulke data, namelijk 1 juni 2010 voor fase I en 1 juni 2012 voor fase II. Al in het Development Plan van 1999 is aangegeven dat uitsluitend de klinische ontwikkeling van een systemische gentherapie (in plaats van een locale gentherapie) relevant is. In de SCM is in 2000 ingestemd met 'efficacy criteria' waaraan het gezochte 'systemic delivery system' zou moeten voldoen. Voor het vinden van een non virale vector werkte Schering samen met de bedrijven XENEX, INEX en SynerGene. Daarnaast zijn (adeno)virale vectoren AdMLP, AdClip en AdApt onderzocht en (in 2003) ongeschikt bevonden. Geen van de systemen voldeed aan de criteria, hetgeen op 20 maart 2003 aan LEADD is meegedeeld. In deze brief heeft Schering uiteengezet dat de in het Development Plan van 1999 voorziene ontwikkeling van AdmLPvp3r2 als adenovirale vector om een aantal specifieke wetenschappelijke redenen ongeschikt was bevonden en Schering verder nimmer heeft ingestemd met de ontwikkeling van lokale of regionale gentherapie. Vervolgens heeft Schering nog met het bedrijf Hybrid verder gezocht naar een adenovirale vector voor systemic delivery, zoals opgenomen in de op 22 januari 2003 gepresenteerde versie van het Development Plan. In de SCM van 27 september 2004 is hierover gerapporteerd. Nadat evenwel in 2005 bleek dat ook hiervoor kritieke doelstellingen niet werden gehaald, heeft Schering dit de curator bij brief van 15 juni 2005 (met bijlagen) meegedeeld en heeft zij het onderzoek – derhalve op wetenschappelijke gronden – gestaakt.

3.34 Het hof stelt voorop dat op grond van de LRDA irregular milestones alleen verschuldigd zijn indien een in een Development Plan opgenomen concrete datum ('precise



date') voor het bereiken van een milestone met meer dan 3 jaar wordt overschreden. In het plan van 1999 ontbreken zodanige data, zodat dat plan niet als basis kan dienen voor een vordering uit hoofde van art. 19 lid 4 LRDA. Los daarvan is deze (volgens de stellingen van de curator: in juni 2004 opeisbare) irregular milestone niet opgenomen in de voor de voltooiing van de verjaring gestuurde stuitingsbrieven, zodat een eventuele vordering ook om die reden geen bespreking meer behoeft. De vraag is vervolgens of het niet bereiken van de in het Development Plan van 2003 genoemde datum (1 juni 2010) leidt tot verschuldigdheid van een irregular milestone op 1 juni 2013. In het Development Plan van 2003 (evenals dat het geval was in het Development Plan van 1999) is alleen sprake van de ontwikkeling van systemische gentherapie en niet van lokale of regionale vormen. Op grond van art. 19.4 LRDA kunnen daarom alleen voor het (op niet-wetenschappelijke gronden) niet halen van data voor irregular milestones voor de ontwikkeling van een *systemische* gentherapie aanleiding geven voor irregular milestones. Dat de ontwikkeling van een systemische gentherapie op wetenschappelijke gronden is gestaakt, heeft Bayer uitvoerig uiteengezet (onder meer onder verwijzing naar de brief van Mumberg van 20 maart 2003) en is door de curator niet (voldoende gemotiveerd) betwist. Voor zover de curator zich bij zijn betwisting beroept op de (door Bayer betwiste) verklaring van ████████ dat Mumberg hem zou hebben verteld dat een '*local application (...) cannot compete in a commercial way*' doet dit reeds niet ter zake omdat het vastgestelde Development Plan van 2003 en de daarin genoemde data waren gericht op een systemische en niet lokale gentherapie. De beweerde (eveneens betwiste) opmerking van H. Dinter uit 2001 dat het Development Plan van 1999 om economische redenen zou zijn gestaakt, betreft het Development Plan waarin nog geen concrete data voor milestones waren voorzien en dat, zoals hiervoor is overwogen (nog) geen basis gaf voor milestone vergoedingen als bedoeld in art. 19.4 LRDA. Als onvoldoende gemotiveerd betwist, moet er dan ook van worden uitgegaan dat het onderzoek op wetenschappelijke gronden is gestaakt en geen irregular milestones zijn verschuldigd. **Grief I faalt.**

#### *Milestones voor Target Products (art. 20 LRDA)*

3.35 Daarnaast maakt de curator aanspraak op milestone-vergoedingen voor Target Products. Een Target Product is in de overeenkomst gedefinieerd als een '*pharmaceutical preparation in finished dosage form for administration to the ultimate consumer containing a Target Compound.*' Voor de uitleg van de begrippen Target en Target Compound verwijst het hof naar hetgeen daarover onder 3.18 tot en met 3.22 is overwogen.

#### *a) AAP4 en AAP4-inhibitor*

3.36 Vast staat dat in het kader van de Research AAP-4 (Apoptin Associated Protein) als (potentiële) Target naar voren is gekomen en daarvoor op 22 januari 2003 een Development Subplan is gepresenteerd met verwachtingen omtrent de data waarop klinische fasen I en II (1 juli 2010 resp. 1 juli 2012) zouden kunnen worden bereikt. In de laatste SCM van 27 september 2004 is hierover gerapporteerd (prod. 11a bij cva). Eveneens staat vast dat tijdens die laatste bijeenkomst door Schering aan de curator is gevraagd om 'freedom to operate' ten aanzien van de benodigde 'experimental studies with regard to performing all necessary experimental studies in order to advance the AAP-4project'. De notulen eindigen met de vaststelling dat de curator Schering zijn positie (over de gevraagde toestemming) voor eind oktober (2004) zal verschaffen. Volgens Bayer heeft de curator die toestemming vervolgens nimmer verleend, waarna de onderzoeks-/ontwikkelingsactiviteiten met betrekking tot AAP4 zijn geëindigd. De curator heeft aanvankelijk gesteld dat hij deze gevraagde toestemming na



de SCM zou hebben verleend, maar heeft ook in hoger beroep niet voldoende toegelicht of onderbouwd wanneer en tegenover wie deze toestemming is gegeven. Zonder nadere toelichting, die niet is gegeven, valt ook niet in te zien dat deze toestemming (impliciet) zou zijn verleend in de Amendment Agreement. Het moet er dan ook voor worden gehouden dat de gevraagde toestemming niet is verleend. In hoger beroep heeft de curator vervolgens, naar het hof begrijpt, tevens het standpunt ingenomen dat de (gevraagde) toestemming niet hoefde te worden gegeven, omdat Bayer onder de LRDA een brede licentie had op de Apoptin Technology, deze dus kon gebruiken en daarvan zelf ook uitging, althans dat niet aannemelijk is dat Bayer zich zou hebben laten weerhouden door het ontbreken van de gevraagde toestemming. Voor zover de curator daarbij verwijst naar punt 4.2 van de notulen van de SCM van 27 september 2004 kan daarin geen onderbouwing van haar stelling worden gevonden, nu daaruit nu juist blijkt dat Schering 'to avoid any legal arguments' uitdrukkelijk om toestemming heeft gevraagd en de curator die (toen) niet heeft gegeven. Dat Schering desondanks zou zijn doorgestaan met onderzoek en ontwikkeling van AAP4 is door Bayer betwist. De curator heeft voorts ook niet concreet gemaakt en onderbouwd dat bepaalde Target Compounds uit het AAP4 project naar voren zouden (moeten) zijn gekomen. De enkele stelling van de curator dat niet aannemelijk zou zijn dat Schering de ontwikkeling van het AAP4 project zou hebben gestaakt terwijl zij zelf zou vinden dat daarvoor geen reden is, is in dit verband niet voldoende en strookt ook niet met het feit dat Schering nu juist wel toestemming vroeg voor zij verder zou gaan en niet is komen vast te staan dat die toestemming is verkregen. Voor zover de curator zijn (milestone)vorderingen heeft gebaseerd op de Target AAP4 gaat het hof daaraan dan ook voorbij. **Grief V** faalt.

*b) PAK2*

3.37 De curator heeft ten aanzien van PAK2 niet aangevoerd dat met betrekking tot dit (beweerde) Target één of meer milestones zouden zijn bereikt voor een (op een Target Compound gebaseerde) Target Product. Daarmee is niet toegelicht dat PAK2 van belang is voor de toewijzing van de vorderingen van de curator.

Bovendien is ter gelegenheid van de comparitie in eerste aanleg aan de orde geweest dat uit onderzoek bleek dat PAK2 nu juist géén rol speelde bij de fosforylering. Ook bij memorie van antwoord (onder nr. 202) heeft Bayer dit standpunt (onderbouwd) herhaald. De curator heeft hierop in hoger beroep, ook ter gelegenheid van het pleidooi, niet voldoende gemotiveerd gereageerd. In het bijzonder heeft de curator niet (voldoende) toegelicht hoe zich zijn andersluidende stelling verhoudt tot slide 14 (welke in de memorie van grieven nr. 157 is afgebeeld en welke de samenvatting en conclusies bevat) van de presentatie van het Research Team (productie 11 van de Curator) op welke slide is vermeld: "antibody pulldown experiments revealed no reduction of Apoptin phosphorylation after PAK2 depletion" en zijn eigen stelling (memorie van grieven, 157 en 158) dat van de drie kinases die mogelijk apoptin-fosforylerende activiteit hebben (PAK2, CDK1 en CDK2) is vastgesteld dat CDK2 en CDK1 verantwoordelijk zijn voor de fosforylering van Apoptin. Dat uit de onder memorie van grieven, nr. 160 getoonde slide (desondanks) een andere conclusie zou kunnen worden getrokken, zoals de curator bij memorie van grieven onder 161 kennelijk betoogt, is gemotiveerd betwist en door de curator niet voldoende toegelicht. Het hof gaat dan ook als onvoldoende gemotiveerd betwist ervan uit dat PAK2 geen rol speelt bij het fosforyleren van Apoptin, daarmee geen Target is en geen basis voor enige Target Compound kan vormen. PAK2 kan in het kader van de ingestelde vorderingen dan ook verder buiten beschouwing blijven.

*c) ZK 304 709 (ZK/CDK)*

3.38 Hierbij gaat het om een vordering van de curator wegens het starten van Fase I op 5 maart 2003 voor de CDK2 remmende verbinding (inhibitor) ZK 304 709, omdat volgens de curator op die datum Fase I milestone is bereikt. Zoals volgt uit het onder 3.14 – 3.15 overwogene, faalt het verjaringsverweer van Bayer voor deze vordering van de curator. Tijdens de Research is onderzocht of CDK2 een rol speelt in de pathway en het werkingsmechanisme van Apoptin, welke vraag toen – ook volgens Bayer: onverwacht – bevestigend werd beantwoord. Dat CDK2 Apoptin fosforyleert was voordien (dus) niet bekend zodat het daarbij gaat om een (geïdentificeerde) Target. Het enkele feit (dat voordien reeds algemeen bekend was) dat CDK2 een kinase is die een rol speelt bij de apoptose van gezonde cellen, staat er niet aan in de weg dat het onderzoek het nieuwe en onverwachte resultaat opleverde dat CDK2 tevens een rol speelt in de fosforylering van Apoptin. Niet beslissend is of het SCM CDK2 formeel als Target heeft bestempeld. Het hof verwijst verder naar het onder 3.17 – 3.21 overwogene. Bayer heeft bovendien onvoldoende toegelicht dat de inzichten opgedaan bij het onderzoek naar de rol van CDK2 in de pathway van Apoptin geen enkele rol hebben gespeeld in het (voortgezette) ontwikkelproces van ZK304 709, terwijl ZK 304 709 wel vermeld wordt in slide 13 van de hiervoor reeds genoemde presentatie van het Research Team, welke slide getoond wordt in de memorie van grieven nr. 176. Als onvoldoende gemotiveerd betwist moet het er daarom voor worden gehouden dat ZK 304 709 een Target Compound is. Vast staat dat voor ZK 304 709 op 5 maart 2003 fase I onderzoek is bereikt, zodat Bayer op grond van art. 19.1 van de LRDA een milestone-vergoeding is verschuldigd voor het bereiken van deze milestone ter zake van een eerste Target Product.

3.39 De curator vordert vanaf deze datum primair wettelijke handelsrente als bedoeld in art. 6:119a BW over deze milestonebetaling. Zoals Bayer reeds in eerste aanleg (onweersproken) heeft aangevoerd, is deze in 2002 in werking getreden bepaling op de in 1998 gesloten LRDA niet van toepassing. Subsidiair vordert de curator de ‘gewone’ wettelijke rente art. 6:119 BW ‘vanaf de datum van verzuim’. In eerste aanleg heeft de curator wettelijke rente gevorderd vanaf 16 april 2010, onder verwijzing naar de (hiervoor onder 2.23 weergegeven) brief van 12 oktober 2011 waarin is verwezen naar de brief met ingebrekestelling van 1 april 2010 (hiervoor weergegeven onder 2.21). Voor zover de curator in hoger beroep rente vanaf een eerdere ingangsdatum, namelijk 5 maart 2003, vordert, heeft hij niet toegelicht op grond waarvan vóór 16 april 2010 verzuim is ingetreden en rente verschuldigd is. Het hof zal de wettelijke rente dan ook toewijzen vanaf 16 april 2010.

Het beroep op art. 3:308 BW, dat Bayer uitsluitend heeft gedaan voor het geval de rente vanaf de datum van het bereiken van de individuele milestone zou worden toegewezen, behoeft daarmee geen bespreking, nog daargelaten dat de betalingsverplichting wegens het (eenmalig) bereiken van een milestone niet onder de reikwijdte van deze bepaling valt.

*d) BAY 1000394 (voorheen ZK 6083100 en verder ook roniclib)*

3.40 De curator heeft met betrekking tot deze (gestelde) Target Compound milestone vergoedingen op grond van art. 20 LRDA gevorderd voor de start van een ‘phase I clinical trial’ op 25 augustus 2010. Bayer heeft de verschuldigdheid van milestone-vergoedingen voor BAY 1000394 gemotiveerd betwist.

3.39 Zoals hiervoor (onder 3.24 – 3.29) is overwogen, zijn de vorderingen voor



---

(beweerde) milestones die zijn bereikt na de beëindiging van de LRDA op grond van hetgeen daartoe in de onderhavige procedure is gesteld, niet toewijsbaar. Dat is niet anders voor de door de curator voor BAY 1000394 gevorderde milestones, die alle na de datum van beëindiging van de LRDA zijn gelegen. Daarnaast is de vordering niet toewijsbaar omdat Bayer uitsluitend voor het *eerste* Target Product een milestonevergoeding verschuldigd is, hetgeen reeds voor ZK 304 709 het geval is.

*e) MS-275 (ook wel BAY 86-5274, ZK 244894 of entinostat)*

3.40 De curator vordert voor de biochemische samenstelling MS-275 een milestone vergoeding wegens het in maart 2001 bereiken van fase I, het in juli 2006 afronden van fase II en het op 11 september 2013 verkrijgen van een marktvergunning.

3.41 Een fase I milestonevergoeding is niet toewijsbaar, althans behoeft geen bespreking, omdat Bayer naar hiervoor is geoordeeld, reeds voor ZK 304 709 de desbetreffende milestonevergoeding is verschuldigd. De twee eerstbedoelde milestone-vergoedingen zijn bovendien verjaard. Het hof verwijst allereerst naar hetgeen hierover onder 3.11 – 3.16 is overwogen. Het bereiken van die milestones mag bekend worden geacht (zie hiervoor 3.13). MS 275 werd bovendien uitdrukkelijk genoemd in aan de curator bekende slides van de voordracht van dr. Bosselet (prod. 15 bij inleidende dagvaarding) die als bijlage waren gevoegd bij de brief van 10 december 2003 van de curator, waarin de curator vervolgens echter uitsluitend aanspraak maakte op een milestonevergoeding voor ZK/CDK bevattende ZK 304 709'. Voor zover de vorderingen van de curator voor MS-275 zijn gebaseerd op het in 11 september 2013 verkrijgen van een marktvergunning, gaat het om een na de beëindiging van de overeenkomst bereikte milestone. Voor de vergoeding van na de beëindiging van de LRDA gelegen milestones is zoals hiervoor is overwogen een toereikende grondslag in de onderhavige procedure niet gesteld (zie hiervoor, onder 3.29). Dit laatste geldt ook voor de gevorderde royalties ter zake van de na de verkregen marktvergunning gerealiseerde verkoop van het medicijn Entinostat, dat op MS-275 is gebaseerd. Gelet op het voorgaande behoeft de vraag of p21 waft door MS-275 wordt geïnhibeerd en als Target kan worden aangemerkt geen verdere bespreking.

*f) BAY 1125976*

3.42 Volgens de curator is AKT een Target en BAY 1125976, dat een interactie heeft met AKT, een Target Compound. Bayer heeft het voorgaande (gemotiveerd) betwist en heeft aangevoerd dat geen verband bestaat tussen het Apoptin-onderzoek en het onderzoek naar BAY 1125976 .

3.43 De vorderingen voor BAY 1125976 zijn niet toewijsbaar. Een fase I milestonevergoeding is niet toewijsbaar, althans behoeft geen bespreking, omdat Bayer naar hiervoor is geoordeeld, reeds voor ZK 304 709 de desbetreffende milestonevergoeding is verschuldigd. Daarnaast is die eerste milestone volgens de curator bereikt in september 2013, derhalve ruim na de beëindiging van de LRDA. Voor toewijzing van milestonevergoedingen voor milestones die na de datum van beëindiging van de LRDA zijn bereikt, is een grondslag in de onderhavige procedure niet (voldoende) gesteld (zie hiervoor, onder 3.29).

*g) BAY 80-6946 (copanlisib)*

3.44 Volgens de curator reageert BAY 80-6946 met het als Target aan te merken P13K en

---

zijn milestonevergoedingen verschuldigd doordat op 19 november 2009 een fase I onderzoek is gestart, op 22 juni 2016 een fase II onderzoek is afgerond en op 14 september 2017 een marktvergunning is verkregen (memorie van grieven, nr. 220). Bayer heeft (gemotiveerd) betwist dat P13K een target en BAY 80 6946 een Target Compound is en dat dit kankermedicijn iets van doen zou hebben met Apoptin, de Apoptin Pathway en de LRDA (memorie van antwoord, 253).

3.45 De vorderingen voor BAY 80-6946 zijn niet toewijsbaar. Voor zover het gaat om het bereiken van fase I in 2009 zijn deze verjaard, nu de curator eerst bij memorie van grieven in hoger beroep (11 juni 2019) aanspraak maakt op betaling van desbetreffende milestonevergoeding. Het hof verwijst verder naar hetgeen hiervoor onder 3.10 – 3.15 is overwogen. Daarnaast is een fase-I milestonevergoeding niet toewijsbaar, gelet op het hiervoor gegeven oordeel dat de desbetreffende vergoeding al verschuldigd is voor ZK 304 709 en onder art. 20.1 slechts éénmaal voor de desbetreffende milestone behoeft te worden betaald (zie hiervoor, 3.7).

Voor de overige voor BAY 80-6946 gevorderde (milestone-)vergoedingen geldt dat deze milestones alle (ruim) na de datum van beëindiging van de LRDA zijn bereikt en een grondslag voor toewijzing in de onderhavige procedure niet (voldoende) is gesteld (zie hiervoor, onder 3.29). Dit laatste geldt ook voor de gevorderde royalties ter zake van de na de verkregen marktvergunning gerealiseerde verkoop van het medicijn copansilib/ALIQOPA, dat op BAY 80-6946 is gebaseerd.

#### *Royalties*

3.46 De curator vordert de betaling van royalty-vergoedingen voor het als Entinostat op de markt gebrachte medicijn dat MS-275 bevat en voor het op BAY 80-6946 gebaseerde medicijn copansilib/ALIQOPA. Volgens de curator is de marktvergunning voor deze medicijnen verleend op respectievelijk 11 september 2013 en 14 september 2017, derhalve (ruim) na de beëindiging van de LRDA. Zoals onder 3.29 is overwogen, is een grondslag voor toewijzing van eerst na de LRDA opeisbaar geworden vorderingen in de onderhavige procedure niet voldoende uitgewerkt en onderbouwd gesteld, zodat deze vorderingen niet toewijsbaar zijn. Het hof wijst er voorts nog op dat het hierbij niet gaat om ten tijde van de LRDA reeds aangevangen royalty-verplichtingen die de beëindiging (overeenkomstig art. 26.8 juncto art. 21.4 van de LRDA) hebben ‘overleefd’.

#### *Schadevergoeding*

3.47 Ten slotte vordert de curator vergoeding van de schade, nader op te maken bij staat, stellende dat het uitblijven van de volgens de curator door Schering verschuldigde betalingen het faillissement van Leadd heeft veroorzaakt waardoor de ontwikkelings- en exploitatiemogelijkheden van de onderneming teniet zijn gegaan.

Bayer heeft gemotiveerd betwist dat zij (verwijtbaar) het faillissement van Leadd zou hebben veroorzaakt. Bayer heeft aangevoerd dat de financiële problemen van Leadd langere tijd bestonden en de betalingen waarop de curator aanspraak maakt niet raken aan de periode waarin Leadd faillieerde. Voorts heeft zij gesteld dat wanbeleid van de directie van Leadd tot het faillissement heeft geleid, waarbij zij erop heeft gewezen dat de werknemers telkenmale niet betaald kregen ofschoon Schering daarvoor aan Leadd vaste bedragen had voldaan.

3.48 Vast staat dat het faillissement van Leadd op 15 juli 2003 is uitgesproken. Op die datum was zoals hiervoor is overwogen slechts één milestone-vergoeding verschuldigd, te



---

weten de op 5 maart 2003 bereikte eerste (fase I) milestone voor ZK 304 709. Mede in het licht van de gemotiveerde betwisting door Bayer, heeft de curator niet voldoende toegelicht en onderbouwd dat juist het niet (tijdig) voldoen van deze enkele milestone-betaling (€ 511.291,88) het faillissement van Leadd zou hebben veroorzaakt en het faillissement niet het gevolg is geweest van andere oorzaken.

#### In het incident

3.49 Gelet op de hiervoor gegeven oordelen: dat de tijdens de looptijd van de LRDA (beweerdelijk) bereikte milestones verjaard zijn behoudens de vordering voor ZK 304 709, dat naast de toewijzing van de vordering voor ZK 304 709 geen andere fase I milestone vorderingen toewijsbaar zijn en dat voor toewijzing van vorderingen voor pas na de opzegging van de LRDA bereikte milestones en royalties geen toereikende grondslag bestaat, mist de curator belang bij zijn inzagevordering. Het incidenteel gevorderde is bij gebrek aan een voldoende uitgewerkte onrechtmatige daadsgrondslag ook in dat kader niet toewijsbaar.

#### **Slotsom**

3.50 De slotsom is dat de vordering in het incident zal worden afgewezen en de vorderingen in de hoofdzaak gedeeltelijk zullen worden toegewezen. Bij de gevorderde uitvoerbaar bij voorraadverklaring van de veroordeling tot betaling van de door Bayer verschuldigde geldsom bestaat in beginsel belang, terwijl de curator, in reactie op het verweer van Bayer, heeft aangevoerd met de afwikkeling van het faillissement te zullen blijven wachten zodat er geen restituerisico is. Het hof zal de gevorderde uitvoerbaar bij voorraadverklaring dan ook toewijzen.

3.51 Grief II slaagt daarmee geheel, grief VII gedeeltelijk en de overige grieven falen. Het vonnis van 17 oktober 2018 in het incident zal worden bekrachtigd en het vonnis in de hoofdzaak zal worden vernietigd.

3.52 Nu partijen over en weer gedeeltelijk in het ongelijk zijn gesteld, ziet het hof zowel in eerste aanleg in de hoofdzaak, als in het hoger beroep aanleiding de proceskosten te compenseren, aldus dat iedere partij de eigen kosten dient te dragen. Dit geldt ook voor het incidenteel hoger beroep, dat (enkel) is ingetrokken omdat de curator op zijn beurt ter zitting heeft bevestigd het standpunt in te nemen dat de vorderingen uit de LDRA nooit aan [REDACTED] Beheer zijn overgedragen. Het voorgaande betekent dat – voor zover de curator op grond van het vonnis aan de in eerste aanleg gegeven proceskostenveroordeling in de hoofdzaak heeft voldaan – de desbetreffende vordering tot terugbetaling toewijsbaar is.

#### 4. Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis van 17 oktober 2018 voor zover gewezen in het incident, vernietigt het vonnis van 17 oktober 2018 voor zover in de hoofdzaak gewezen en doet in zoverre opnieuw recht:

verklaart voor recht dat Bayer op grond van art. 20.1 LRDA één milestone ten bedrage van EUR 511.291,88 (DM 1.000.0000) voor de start van Phase I clinical trial verschuldigd is, vermeerderd met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW over dit bedrag vanaf 16 april 2010 tot aan de dag van algehele voldoening;

veroordeelt Bayer tot betaling aan de curator van EUR 511.291,88 voor deze milestone, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 16 april 2010 tot aan de dag van algehele voldoening,

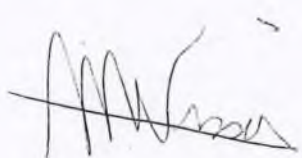
veroordeelt Bayer tot terugbetaling aan de curator van hetgeen door de curator op grond van het bestreden vonnis in de hoofdzaak is betaald, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling tot de dag van terugbetaling,

compenseert de proceskosten in eerste aanleg in de hoofdzaak en in het principaal en incidenteel hoger beroep aldus, dat iedere partij de eigen kosten draagt,

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad,

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. B.J. Lenselink, M.C.M. van Dijk en P. Kuipers en is ondertekend en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer mr. J.E.H.M. Pinckaers op 20 april 2021 in aanwezigheid van de griffier.



Voor grösse aan:  
Uitgegeven aan mr. A.M.E. Verschuur  
Advocaat van app./geint.  
De Griffier van het Gerechtshof  
te Den Haag