

Vzgr Rb Den Haag, 2 december 2003, Melles cs v Alfa Intes cs



OCTROOIRECHT

Geen dreigende inbreuk tweede medische indicatie conclusies

- Op de gebruiksaanwijzing van Oftalblu staat deze bestemming niet vermeld. De enige door Melles c.s. hier tegenover gestelde feiten, namelijk dat Oftalblu ook geschikt is voor 'staining a retinal membrane in an eye' en dat oogartsen Oftalblu in de praktijk hiervoor ook zullen gebruiken, zijn niet van dien aard dat daaruit met voldoende zekerheid kan worden afgeleid dat Oftalblu toch door Alfa Intes met dit doel wordt vervaardigd.

De uitvindingen van Melles zijn neergelegd in zogenoemde tweede medische indicatieconclusies van het 'Swiss-type', dat wil zeggen conclusies met de vorm: gebruik van stof X voor de vervaardiging van een middel voor geneeskundige behandeling A. Zulke conclusies zijn werkwijze-conclusies aangezien zij neerkomen op conclusies met de vorm: werkwijze voor het vervaardigen van een middel voor geneeskundige behandeling A met het kenmerk dat stof X wordt gebruikt. De beschermingsomvang van octrooien als hier bedoeld is beperkt tot het gebruik van stof X voor de desbetreffende bestemming, namelijk voor geneeskundige behandeling A. Gebruik van stof X voor andere bestemmingen is dus vrij. Het is duidelijk dat Oftalblu door Alfa Intes uitsluitend in Italië wordt vervaardigd, zodat in ieder geval niet kan worden gezegd dat Alfa Intes c.s. in Nederland de door Melles geoctrooierde werkwijzen toepassen. De houder van een werkwijze-octrooi kan zich evenwel niet alleen verzetten tegen toepassing van de geoctrooierde werkwijze, maar ook tegen het gebruiken, verhandelen en dergelijke van voortbrengsels die een rechtstreeks gevolg zijn van toepassing van deze werkwijze. Alfa Intes betwist dat zij Oftalblu vervaardigt met het oog op 'staining a retinal membrane in an eye'. Op de gebruiksaanwijzing van Oftalblu staat deze bestemming niet vermeld. De enige door Melles c.s. hier tegenover gestelde feiten, namelijk dat Oftalblu ook geschikt is voor 'staining a retinal membrane in an eye' en dat oogartsen Oftalblu in de praktijk hiervoor ook zullen gebruiken, zijn niet van dien aard dat daaruit met voldoende zekerheid kan worden afgeleid dat Oftalblu toch door Alfa Intes met dit doel wordt vervaardigd. Een dreiging, dat Alfa Intes c.s. inbreuk maken op EO 284 is dan ook niet aanneme-

lijk geworden, zodat op basis van dit octrooi de vorderingen van Melles c.s. niet toewijsbaar zijn.

Nietigheid aannemelijk

- De voorzieningenrechter komt tot het voorlopig oordeel dat gelet op hetgeen is geopenbaard tijdens het Symposium en in Nom 1971 de maatregelen van conclusie 5 van EO 285 op voor de hand liggende wijze voortvloeiden uit de stand van de techniek en bijgevolg inventiviteit missen.

Vindplaatsen:

Vzgr Rb Den Haag, 2 december 2003

(M.Y. Bonneur)

myb/D

rolnummers: KG 03/325 en KG 03/822

datum vonnis: 2 december 2003

RECHTBANK 's-GRAVENHAGE

Sector Civiel Recht - Voorzieningenrechter

Vonnis in het kort geding in de zaak met rolnummer 03/325 van

1. [...] MELLES, wonende te Rotterdam,
2. D.O.R.C. DUTCH OPHTHALMIC RESEARCH CENTER (INTERNATIONAL) B.V., gevestigd te Rotterdam,

eisers in conventie/verweerders in reconventie,
procureur: mr P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt,
tegen

de vennootschap naar vreemd recht INDUSTRIA TERAPEUTICA SPLENDOREINTESOFFICINA OFTALMOTERAPICA ALFA INTES DI GELSOMINO MARIO, gevestigd te Casoria (Italië),
gedaagde in conventie, eiseres in reconventie,
procureur: mr A. Killan,

en in het kort geding met rolnummer 03/822 van:

1. [...] MELLES, wonende te Rotterdam,
2. D.O.R.C. DUTCH OPHTHALMIC RESEARCH CENTER (INTERNATIONAL) B.V., gevestigd te Rotterdam,

eiser,
procureur: mr P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt,
tegen:

de besloten vennootschap FIRST MEDICAL B.V.,
gevestigd te Leerdam,
gedaagde,
procureur: mr A. Killan.

Eisers (in conventie) in beide zaken zullen hierna worden aangeduid als 'Melles' en 'DORC' en gezamenlijk als 'Melles c.s.'. Gedaagden (in conventie) in beide zaken zullen hierna worden aangeduid als 'Alfa Intes' en 'First Medical' en gezamenlijk als 'Alfa Intes c.s.'. Melles c.s. hebben (voorzover thans nog relevant) Alfa Intes terzake van octrooi-inbreuken doen dagvaarden om te verschijnen ter terechtzitting in kort geding van 30 juni 2003. Alfa Intes heeft een eis in reconventie ingesteld. Ter zitting van 30 juni 2003 - waar namens Melles c.s. het woord is gevoerd door mrs P.A.M. Hendrick en [B.J. Berghuis van Woortman](#), advocaten te Amsterdam, en namens Alfa Intes door haar procureur - is (uitsluitend) gesproken over de mogelijkheid van

een minnelijke regeling. De zitting is in verband met schikkingsonderhandelingen onderbroken. Na bericht van partijen dat deze onderhandelingen niet tot resultaat hadden geleid is de voortzetting van de zitting bepaald op 10 november 2003. Intussen hadden Melles c.s. First Medical terzake van (vermeende) inbreuken op dezelfde octrooien gedagvaard om te verschijnen ter terechtzitting in kort geding van 10 november 2003. Ter zitting van 10 november 2003 zijn beide zaken gevoegd en vervolgens gezamenlijk behandeld. Melles c.s. hebben hun standpunten doen bepleiten door mr Hendrick voornoemd, Alfa Intes c.s. hebben hun standpunten toegelicht bij monde van hun procureur. De pleitnotities bevinden zich bij de stukken.

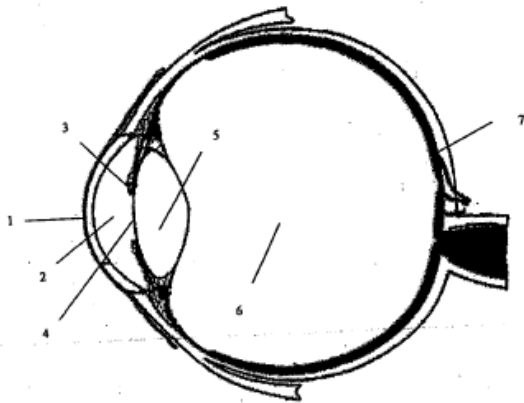
RECHTSOVERWEGINGEN

in beide zaken

in conventie en in reconventie

1. In dit kort geding kan van het volgende worden uitgegaan.

a. Het menselijk oog ziet er als volgt uit:



- 1: hoornvlies (cornea)
- 2: voorste kamer
- 3: regenboogvlies (iris)
- 4: voorste lenskapsel ('lens capsule')
- 5: lens
- 6: corpus vitreum (glasachtig lichaam)
- 7: retina (netvlies).

De pupil is de opening in het regenboogvlies (iris).

b. Melles is houder van [Europees octrooi 1 075 284 \(hierna: EO 284\)](#), dat hem op 12 februari 2003 is verleend voor 'the use of a vital dye for facilitating surgical procedures for vitreo-retinal surgery'. Melles is ook de uitvinder. EO 284 heeft gelding voor onder meer Nederland en Italië. Prioriteit is ingeroepen vanaf 8 mei 1998.

De conclusies 1, 7 en 8 van EO 284 luiden als volgt:

1. Use of at least one vital dye for the manufacture of a composition for staining a retinal membrane in an eye.
7. Use according to one of the preceding claims, wherein the dye is capable of staining tissue without diffusing through said tissue.
8. Use according to claim 7 wherein the dye is chosen from the group of trypan blue, trypan red, and brilliant crsyl blue.

c. Melles is tevens houder van [Europees octrooi 1 075 285 \(hierna: EO 285\)](#), dat hem op 12 maart 2003 is verleend voor 'the use of a vital dye for facilitating sur-

gical procedures for cataract extraction'. Melles is ook de uitvinder. EO 285 heeft gelding voor onder meer Nederland en Italië. Voor dit octrooi is eveneens prioriteit ingeroepen vanaf 8 mei 1998.

De conclusies 1 en 5 van EO 285 luiden als volgt:

1. Use of at least one dye, which dye is capable of staining tissue without diffusing through said tissue, for the manufacture of a staining composition for visualizing a lens capsule in an eye during performance of a capsulorhexis.
5. Use according to one of the preceding claims wherein the dye is chosen from the group of trypan blue, trypan red, and brilliant crsyl blue.

d. Tegen de verlening van EO 284 en EO 285 is door Alfa futes oppositie ingesteld bij het Europees Octrooibureau (EOB).

e. DORC brengt met toestemming van Melles de uitvindingen volgens EO 284 en EO 285 op de markt.

f. Alfa Intes brengt in ieder geval in Italië het product Oftalblu op de markt. Dit product bevat 'trypan blue' (trypaan blauw). Blijkens de bijsluiter bij Oftalblu wordt dit product aangeboden voor het aankleuren van het voorste lenskapsel ('lens capsule') bij het uitvoeren van een capsulorhexis in het kader van een staaroperatie.

g. First Medical betreft Oftalblu van Alfa futes. Naar aanleiding van een order d.d. 28 februari 2003 heeft First Medical Oftalblu geleverd aan Rockmed B.V., gevestigd te Oirschot.

2. Stellende dat Alfa Intes c.s. door de verhandeling van Oftalblu inbreuk (dreigen te) maken op EO 284 en EO 285 vorderen Melles c.s. in beide zaken, bij wege van voorlopige voorziening, - in de zaak met rolnummer 03/325: in conventie - een verbod aan Alfa futes c.s. om, direct dan wel indirect, inbreuk te maken op de Nederlandse delen van deze octrooien, met nevenvorderingen en een voorschot op schadevergoeding. Ter zitting van 10 november 2003 hebben Melles c.s. aangegeven dat zij uitsluitend (een dreiging van) inbreuk aanwezig achten op de hiervoor onder 1.b en 1.c. weergegeven conclusies van EO 284 en EO 285.

3. In de zaak met rolnummer 03/822 tegen First Medical vorderen Melles c.s. bovendien incidenteel dat de voorzieningenrechter ex artikel 22 en/of artikel 843a Rv First Medical (in een tussenvonnis) beveelt om over te leggen de facturen en pakbonnen van Alfa Intes aan First Medical die betrekking hebben op de levering van Oftalblu, althans overige documenten waaruit zou blijken wáár de inbreukmakende producten door Alfa Intes aan First Medical worden geleverd.

4. De vorderingen van Melles c.s. zijn gemotiveerd betwist. Een van de verweren van Alfa Intes c.s. houdt in dat EO 284 en EO 285 nietig zijn wegens niet-nieuwheid en/of gemis aan inventiviteit.

5. In de zaak met rolnummer 03/325 heeft Alfa Intes in reconventie gevorderd dat, indien de vorderingen van Melles c.s. worden afgewezen, Melles c.s., bij wege van voorlopige voorziening, worden veroordeeld om aan haar te betalen een voorlopige schadevergoeding ter grootte van € 10.000,-, zulks op grond van de stelling dat Melles c.s. jegens Alfa Intes onrechtmatig

hebben gehandeld door haar in Nederland te dagvaarden zonder bewijs dat Alfa Intes in Nederland enige octrooirechtelijk relevante handeling verricht en terwijl Melles c.s. altijd moeten hebben geweten dat EO 284 en EO 285 ernstig ter discussie zouden kunnen komen te staan. Melles c.s. hebben deze vordering gemotiveerd betwist.

6. Het spoedeisend belang bij de vorderingen over en weer is niet betwist en de voorzieningenrechter ziet geen termen om ambtshalve het spoedeisend belang bij een van de vorderingen afwezig te oordelen.

7. De uitvindingen van Melles zijn neergelegd in zogenoemde tweede medische indicatieconclusies van het 'Swiss-type', dat wil zeggen conclusies met de vorm: gebruik van stof X voor de vervaardiging van een middel voor geneeskundige behandeling A. Zulke conclusies zijn werkwijze-conclusies aangezien zij neerkomen op conclusies met de vorm: werkwijze voor het vervaardigen van een middel voor geneeskundige behandeling A met het kenmerk dat stof X wordt gebruikt. De beschermingsomvang van octrooien als hier bedoeld is beperkt tot het gebruik van stof X voor de desbetreffende bestemming, namelijk voor geneeskundige behandeling A. Gebruik van stof X voor andere bestemmingen is dus vrij.

8. Het is duidelijk dat Oftalblu door Alfa Intes uitsluitend in Italië wordt vervaardigd, zodat in ieder geval niet kan worden gezegd dat Alfa Intes c.s. in Nederland de door Melles geoctrooieerde werkwijzen toepassen. De houder van een werkwijze-octrooi kan zich evenwel niet alleen verzetten tegen toepassing van de geoctrooieerde werkwijze, maar ook tegen het gebruiken, verhandelen en dergelijke van voortbrengsels die een rechtstreeks gevolg zijn van toepassing van deze werkwijze.

9. Alfa Intes betwist dat zij Oftalblu vervaardigt met het oog op '*staining a retinal membrane in an eye*'. Op de gebruiksaanwijzing van Oftalblu staat deze bestemming niet vermeld. De enige door Melles c.s. hier tegenover gestelde feiten, namelijk dat Oftalblu ook geschikt is voor '*staining a retinal membrane in an eye*' en dat oogartsen Oftalblu in de praktijk hiervoor ook zullen gebruiken, zijn niet van dien aard dat daaruit met voldoende zekerheid kan worden afgeleid dat Oftalblu toch door Alfa Intes met dit doel wordt vervaardigd. Een dreiging, dat Alfa Intes c.s. inbreuk maken op EO 284 is dan ook niet aannemelijk geworden, zodat op basis van dit octrooi de vorderingen van Melles c.s. niet toewijsbaar zijn.

10. Niet in geschil is dat Alfa Intes in Italië Oftalblu wel vervaardigt '*for visualizing a lens capsule in an eye during performance of a capsulorhexis*'. Alfa Intes past in Italië de werkwijze van de conclusies 1 en 5 van EO 285 dus toe. Verhandeling van Oftalblu '*for visualizing a lens capsule in an eye during performance of a capsulorhexis*' valt, gelet op het in rov. 8 in fine overwogene, eveneens onder het uitsluitend recht van de houder van EO 285. Het in rov. 1.g overwogene brengt bijgevolg met zich dat First Medical in Nederland inbreuk dreigt te plegen op EO 285, tenminste wanneer dit octrooi geldig zou zijn. Hetzelfde geldt

voor Alfa Intes indien zij Oftalblu in Nederland zou afleveren of hiervoor zou aanbieden.

11. De voorzieningenrechter zal thans onderzoeken of er een gereede kans bestaat dat, in oppositie bij het EOB of in een bodemprocedure bij deze rechtbank, EO 285 volgens de conclusies 1 en 5 ongeldig zal worden geoordeeld.

12. De achtergrond van EO 285 is de volgende. Voor 1990 werd bij een cataract/staaroperatie het hele lenskapsel met de lens erin verwijderd (hierna zal worden gesproken over de 'oude' operatie). In 1990 is een nieuwe operatietechniek geïntroduceerd, waarbij een zogenoemde capsulorhexis wordt uitgevoerd. Een capsulorhexis houdt in dat een incisie wordt gemaakt in het voorste lenskapsel, waarna het kapsel met een dun pinnet voorzichtig wordt opgetild en in een cirkelvormige lijn wordt losgetrokken van de lensmassa. Vervolgens wordt de lenssubstantie verwijderd en wordt de implantaatlens in het achterblijvende lege lenskapsel geplaatst. Een probleem bij capsulorhexis is dat, bij vergevorderde staar, het lenskapsel ongeveer dezelfde kleur heeft als het onderliggende lensweefsel en daarvan dan moeilijk is te onderscheiden, met als gevolg dat de oogarts niet goed kan zien of er iets fout gaat bij het openen van het lenskapsel. De oplossing die EO 285 voor dit probleem biedt bestaat daarin dat het voorste lenskapsel wordt gevisualiseerd door aankleuring daarvan met een vitale kleurstof, meer in het bijzonder trypaan blauw, welke kleurstof niet diffundeert naar het onderliggende lensmateriaal, waardoor het lenskapsel een andere kleur krijgt dan het lensmateriaal.

13. In confesso is dat op een symposium 'on cataract' (hierna: het Symposium), dat op 18-22 april 1998 - en dus voor de prioriteitsdatum van EO 285 - te San Diego (Californië) is gehouden, het gebruik van 'gentican violet' en 'methylene bleu' voor '*for visualizing a lens capsule in an eye during performance of a capsulorhexis*' is geopenbaard en dat daarbij tevens is geopenbaard dat deze vitale kleurstoffen '(are) capable of staining tissue without diffusing through said tissue'. Conclusie 1 van EO 285 kan in dit licht bezwaarlijk als nieuw worden beschouwd, gelet ook op de regel dat een specifieke openbaring de nieuwigheid van een generieke claim wegneemt (Guidelines voor het EOB, Part C, Chapter IV, 7.4.).

14. In conclusie 5 van EO 285 wordt evenwel trypaan blauw voorgeschreven '*for visualizing a lens capsule in an eye during performance of a capsulorhexis*' en op de prioriteitsdatum van EO 285 was deze specifieke maatregel nog niet geopenbaard. Volgens Alfa Intes c.s. lag het evenwel voor de hand om trypaan blauw hiervoor te gebruiken nu toepassing van deze kleurstof in de oogheelkunde al lang bekend was. Melles c.s. merken echter op dat van trypaan blauw alleen maar bekend was dat het dode cellen aankleurde - waardoor het gebruikt kon worden om onderscheid te maken tussen dood en levend oogweefsel - en dat Melles de inventieve vondst heeft gedaan dat trypaan blauw het voorste lenskapsel, dat niet uit dode of beschadigde cellen bestaat, aankleurt en daarbij niet diffundeert naar het onderliggend lensmateriaal.

15. In reactie hierop hebben Alfa Intes c.s. gewezen op een publicatie van M.S. Norn in Acta Ophthalmologica uit 1971 getiteld '(v)ital staining of corneal endothelium in cataract extraction'.

16. In deze publicatie (hierna kortweg: Norn 1971) wordt het injecteren van trypaan blauw in de voorste oogkamer tijdens een 'oude' cataract operatie geopenbaard. Op pagina 730 hiervan staat vermeld: Lens: the capsule of the cataractous lens became coloured over the area corresponding to the pupil. The rest of the capsule remained unstained (.j. Histologic examination of a trypan-blue-stained cataractous lens showed that only the capsule became stained, not the ceUs. De voorzieningenrechter kan het moeilijk anders zien dan dat hier is geopenbaard dat het lenskapsel ('lens capsule') wordt aangekleurd door trypaan blauw. hl aanmerking genomen dat Melles ter zitting van 10 november 2003 desgevraagd heeft aangegeven dat het lenskapsel niet uit cellen bestaat is in deze passage voorshands tevens geopenbaard te achten dat trypaan blauw niet diffundeert naar onderliggend lensmateriaal ('the cells').

17. in de visie van Melles c.s. is Norn 1971 desondanks niet schadelijk voor de inventiviteit van de maatregel om trypaan blauw toe te passen 'for visualizing a lens capsule in an eye during performance of a capsulorhexis'. Ter onderbouwing van dit standpunt hebben zij een aantal argumenten aangevoerd die thans zullen worden besproken.

18. In de eerste plaats hebben Melles c.s. gewezen op het feit dat Nom 1971 alleen aangeeft dat 'over the area corresponding to the pupil' aankleuring van het lenskapsel plaatsvond. Zij hebben hierop de volgende argumentatie gebaseerd. Bij 'oude' cataract-operaties werd de lens met inbegrip van het kapsel bevroren met behulp van een zogenoemde 'cryopencil', waardoor de gehele lens kon worden weggenomen. Ter plaatse van de bevroering, die in het centrum van de lens wordt bewerkstelligd, sterft het zich daar bevindende weefsel af. Een vakman, die Nom 1971 leest, zou hieruit begrijpen dat alleen het lenskapsel dat is aangevoren - dat is het lenskapsel 'in the area corresponding to the pupil' - gekleurd raakte. Omdat de gemiddelde vakman weet dat trypaan blauw dood weefsel aankleurt, zal hij - zo begrijpt de voorzieningenrechter de strekking van deze argumentatie van Melles c.s. - in Nom 1971 niets bijzonders zien en hierdoor dus niet op de gedachte worden gebracht om trypaan blauw te gebruiken bij een capsulorhexis, nu hierbij geen sprake is van aangevoren, dood lenskapsel.

19. In dit verband is van belang dat, zoals al eerder is overwogen, het lenskapsel niet uit cellen bestaat en dat blijkens paragraaf 0003, eerste volzin, van de beschrijving van EO 285 dit kapsel door de lensepitheelcellen wordt gevormd, waaruit lijkt te volgen dat het zichzelf niet reproduceert. Gelet hierop komt het de voorzieningenrechter niet zonder meer aannemelijk voor dat de begrippen 'dood' en 'levend' op het lenskapsel van toepassing zijn, zodat ook niet aannemelijk is dat het bekende feit dat trypaan blauw alleen dode, en niet ook levende, cellen aankleurt, de gemiddelde vakman er op

de prioriteitsdatum van EO 285 van zou weerhouden om in Norn 1971 te lezen dat trypaan blauw kan worden gebruikt voor het aankleuren van het lenskapsel in het kader van capsulorhexis. Reeds hierom is voormelde argumentatie van Melles c.s. vooralsnog te weinig overtuigend te achten. Opgemerkt zij nog dat - afgaande op de in rov. 1.a. weergegeven, door Melles c.s. overgelegde tekening - het feit dat in Norn 1971 alleen het lenskapsel onder de pupil werd aangekleurd, wellicht eenvoudig daardoor is te verklaren dat het lenskapsel voor het overige door de iris werd bedekt.

20. Dat de in Nom 1971 beschreven proefnemingen waren bedoeld om te zien of trypaan blauw geschikt is als kleurstof om vast te stellen of endotheelcellen in het hoornvlies beschadigd raakten en dat hierbij trypaan blauw dus werd gebruikt vanwege haar bekende eigenschap om te kunnen onderscheiden tussen levende en dode cellen, neemt niet weg dat in Norn 1971 is geopenbaard dat trypaan blauw het lenskapsel aankleurt zonder te diffunderen naar onderliggend lensweefsel. Aan de doelstelling van het door Nom verrichte onderzoek kunnen Melles c.s., anders dan zij menen, dan ook geen argument ontleenen.

21. Het feit dat blijkens Nom 1971 niet alleen het lenskapsel, maar ook de iris, de voorste kamer en de sclera gekleurd raakten, waardoor volgens Melles c.s. de door EO 285 vereiste selectieve kleuring van (alleen) het lenskapsel niet werd verkregen, kan hen voorshands evenmin baten nu EO 285 klaarblijkelijk geen selectieve kleuring in die zin beoogt dat ook bijvoorbeeld de iris en de sclera niet zouden mogen worden gekleurd, maar alleen in die zin dat niet tevens het achter het lenskapsel gelegen lensmateriaal mag worden gekleurd.

22. Tenslotte hebben Melles c.s. de stellingen betrokken dat indien het op basis van Nom 1971 'zo evident (mocht) zijn dat trypaan blauw bij uitstek geschikt is om het voorste lenskapsel aan te kleuren om problemen bij capsulorhexis te voorkomen', de vraag dan rijst waarom anderen niet eerder op het idee zijn gekomen om trypaan blauw daarvoor te gebruiken. Melles c.s. wijzen er verder op dat ook de lange periode (27 jaar) tussen Nom 1971 en de prioriteitsdatum van EO 285 een indicatie voor de inventiviteit van conclusie 5 van dit octrooi vormt. De voorzieningenrechter merkt op dat, aangezien capsulorhexis pas sinds 1990 wordt toegepast, voorheen geen behoefte bestond aan een stof die wel het voorste lenskapsel, maar niet het onderliggende lensmateriaal kleurt en voorts dat uit de stukken genoegzaam naar voren komt dat trypaan blauw hiervoor niet de enige geschikte kleurstof is. Bij deze stand van zaken valt niet goed in te zien dat de in conclusie 5 van EO 285 geïntroduceerde werkwijze in een 'long feit want' voorziet of dat daarmee een bestaand vooroordeel is overwonnen. Er is bovendien geen reden om aan te nemen dat Nom 1971 een zeer gedateerd en door vaklieden genegeerd document is waaraan de gemiddelde vakman voorbij zou zijn gegaan, zoals Melles c.s. suggereren. Het tegendeel is veeleer af te leiden uit het feit dat Melles zelf in (noot 8 bij) een publicatie van zijn hand van januari 1999 in het blad 'Techniques' heeft verwezen naar een artikel van M.S. Norn in Acta Ophth-

halmologica uit 1980, waarin weer wordt verwezen naar Nom 1971.

23. De voorzieningenrechter komt tot het voorlopig oordeel dat gelet op hetgeen is geopenbaard tijdens het Symposium en in Nom 1971 de maatregelen van conclusie 5 van EO 285 op voor de hand liggende wijze voortvloeiden uit de stand van de techniek en bijgevolg inventiviteit missen.

24. Het onder 13 in fine en 23 overwogene noopt tot de slotsom dat er een gerede kans bestaat dat EO 285 volgens de conclusies 1 en 5 in oppositie bij het EOB wordt herroepen of in een bodemprocedure wordt vernietigd. Onder deze omstandigheden is voor een inbreukverbod op basis van dit octrooi geen plaats, en evenmin voor toewijzing van de nevenvorderingen en van de vordering tot een voorschot op schadevergoeding. 25. Melles c.s. hebben er gezien het hiervoor overwogene geen belang meer bij om met het oog op dit kort geding te weten waar Oftalblu nu precies door Alfa Intes aan First Medical wordt geleverd, zodat reeds hierom hun incidentele vorderingen in de zaak met rolnummer 03/822 niet toewijsbaar zijn. 26. De vorderingen van Melles c.s. in de procedure met rolnummer 03/325 in conventie en in de procedure met rolnummer 03/822 zullen worden afgewezen. Zij zullen, als de in het ongelijk gestelde partijen, worden verwezen in de kosten daarvan.

27. Aan de voorwaarde waaronder de vordering van Alfa Intes in reconventie in de zaak met rolnummer 03/325 is ingesteld is nu voldaan.

28. Ten aanzien van deze vordering wordt overwogen dat het aan Melles verleende EO 285 een vooronderzocht octrooi betreft, dat de verhandeling van Oftalblu inbreuk op dit octrooi zou opleveren indien het geldig zou zijn (zie rov. 10), en dat Melles c.s. gezien de navolgende passage uit de website van Alfa Intes: ALFA INTES directly and regularly exports to European countries (. ..), in ieder geval enige grond hadden om aan te nemen dat Alfa Intes Oftalblu ook in Nederland verhandelde of dreigde te gaan verhandelen. Dit alles in aanmerking genomen kan voorshands niet worden gezegd dat Melles c.s. onrechtmatig hebben gehandeld door Alfa Intes in Nederland in kort geding te dagvaarden ter zake van inbreuk op EO 285. De vordering van Alfa Intes in reconventie in de zaak met rolnummer 03/325 zal dan ook worden afgewezen, onder veroordeling van haar in de kosten van deze procedure.

BESLISSING

De voorzieningenrechter

in de zaak met rolnummer 03/325

in conventie

- WEIGERT de gevraagde voorzieningen;
- VEROORDEELT Melles c.s. in de kosten van de procedure, tot op heden aan de zijde van Alfa Intes begroot op € 896,-, waarvan € 193,- voor verschotten en € 703,- voor salaris van haar procureur;

in reconventie

- WEIGERT de gevraagde voorzieningen;
- VEROORDEELT Alfa Intes in de kosten van de procedure, tot op heden aan de zijde van Melles c.s. begroot op € 351,50,- voor salaris van hun procureur;

in de zaak met rolnummer 03/822 (in de hoofdzaak en in het incident)

- WEIGERT de gevraagde voorzieningen;
- VEROORDEELT Melles c.s. in de kosten van de procedure, tot op heden aan de zijde van First Medical begroot op € 896,- waarvan € 193,- voor verschotten en € 703,- voor salaris van haar procureur.

Dit vonnis is gewezen door M.Y. Bonneur en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 2 december 2003 in tegenwoordigheid van de griffier.
