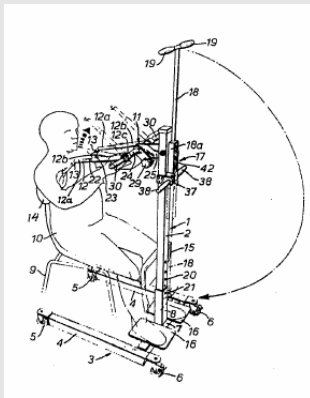


Hoge Raad, 12 november 2004, Impro v Liko**OCTROOIRECHT****Beschermingsomvang****Uitleg conform Ciba Geigy/Oté Optics**

Bij de beoordeling van de klachten die zijn gericht tegen dit oordeel wordt vooropgesteld dat bij de uitleg van de conclusies van een octrooischrift, mede in het licht van beschrijving en tekeningen, onder ogen dient te worden gezien wat volgens de gemiddelde vakman die daarvan kennis neemt, voor de uitvinding waarvan de bescherming wordt ingeroepen, wezenlijk is - anders gezegd: wat de achter de woorden van die conclusies liggende uitvindingsgedachte is - teneinde een uitsluitend op de letterlijke betekenis van de bewoordingen gegronde en daarom voor een redelijke bescherming van de octrooihouder wellicht te beperkte (of onnodig ruime) uitleg te vermijden. De tot uitleg van de conclusies van het octrooischrift geroepen rechter zal evenwel tevens moeten beoordelen of het resultaat van zijn onderzoek de rechtszekerheid voor derden voldoende tot haar recht laat komen. Dit laatste gezichtspunt zal een restrictieve, meer bij de bewoordingen van de conclusies aansluitende uitleg kunnen rechtvaardigen in dier voege dat gebrek aan duidelijkheid voor de gemiddelde vakman die de grenzen van de door het octrooi geboden bescherming wil vaststellen, in beginsel ten nadele van de octrooihouder werkt (vgl. [HR 13 januari 1995, nr. 15564, NJ 1995, 391](#)).

Verleningsdossier**Slechts wanneer na bestudering octrooi redelijk twijfel over uitleg conclusie bestaat, mag gebruik gemaakt worden van gegevens uit openbaar deel verleningsdossier**

Voor zover het middel in dit verband tevens wil betogen dat het hof ten voordele van Impro aanknopingspunten had dienen te ontleen aan het verleningsdossier, berust het op een onjuiste rechtsopvatting aangezien de rechter slechts wanneer hij oordeelt dat het voor de gemiddelde vakman ook na bestudering van de beschrijving en de tekeningen nog voor redelijke twijfel vatbaar blijft hoe de inhoud van de conclusies moet worden begrepen, gebruik mag maken van verhelderende gegevens uit het openbare deel van het verleningsdossier (vgl. het hiervoor in 3.6 aan-

gehaalde arrest). Nu het hof kennelijk van oordeel was dat zodanige twijfel voor de gemiddelde vakman na bestudering van de beschrijving en de tekeningen van het Impro-octrooi niet meer kon bestaan, had het hof geen aanleiding en had het bovendien niet de vrijheid daarnaast ook het verleningsdossier te raadplegen.

Geldigheid en beschermingsomvang**Datgene waarmee vinding zich onderscheidt van stand van techniek is niet daarom tevens een essentieel kenmerk van het octrooi**

Voor zover het middel betoogt dat het hier bedoelde oordeel van het hof onbegrijpelijk is in het licht van zijn overwegingen omtrent de geldigheid van het Impro-octrooi, miskent het dat het hier om twee van elkaar te onderscheiden vragen gaat en dat de omstandigheid dat dit octrooi naar het oordeel van het hof zich van de bekende stand van de techniek onderscheidt door de aanwezigheid van een draagband en een kniesteun, niet meebrengt dat de meerbedoelde parallellogramhefbeweging niet tot de essentiële kenmerken van het octrooi zou kunnen behoren.

Vindplaatsen: [AR5605](#); NJ 2004, 674

Hoge Raad, 12 november 2004

(R. Herrmann, O. de Savornin Lohman, A.M.J. van Buchem-Spapens, P.C. Kop en F.B. Bakels)
12 november 2004

Eerste Kamer

Nr. C03/162HR

JMH

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

de vennootschap naar vreemd recht IMPRO LIMITED, gevestigd te Gloucester, Verenigd Koninkrijk, EISERES tot cassatie, voorwaardelijk incidenteel verweerster,

advocaat: mr. W. Taekema,

t e g e n

de vennootschap naar vreemd recht LIKO AB, gevestigd te Alvik, Zweden,

VERWEERSTER in cassatie, voorwaardelijk incidenteel eiseres,

advocaat: mr. E. Grabandt.

1. De gedingen in feitelijke instanties

Eiseres tot cassatie - verder te noemen: Impro - heeft bij exploit van 20 augustus 1998 verweerster in cassatie - verder te noemen: Liko - op verkorte termijn en in versneld regime gedagvaard voor de rechtbank te 's-Gravenhage en, zakelijk weergegeven, gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, Liko, op straffe van een dwangsom te verbieden om op enigerlei wijze betrokken te zijn bij directe dan wel indirecte inbreuk op [Nederlandse octrooi 190.471](#) en voorts Liko te veroordelen tot vergoeding van de door Impro geleden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, en/of Liko te veroordelen tot afdracht

van de als gevolg van de inbreuk door haar behaalde winst. Voorts heeft Impro een aantal nevenvorderingen ingesteld, die in cassatie geen rol spelen. Ten slotte heeft Impro bij wege van voorlopige voorziening gevorderd Liko voor de duur van het geding in de bodemzaak te verbieden op enigerlei wijze betrokken te zijn bij directe dan wel indirecte inbreuk op dit octrooi, zulks eveneens op straffe van een dwangsom. Liko heeft de vorderingen bestreden en in reconventie nietigverklaring van het Nederlands octrooi 190.471 gevorderd. Impro heeft in reconventie de vordering bestreden. De rechtbank heeft bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis van 23 juni 1999 in conventie Liko verboden om op enigerlei wijze betrokken te zijn bij directe dan wel indirecte inbreuk op het Nederlands octrooi 190.471, zulks op straffe van een dwangsom, onder gedeeltelijke toewijzing van de gevorderde nevenvorderingen, alsmede Liko veroordeeld tot vergoeding van de door Impro en Arjo Limited geleden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet dan wel, ter keuze van Impro, tot winstafdracht, eveneens onder toewijzing van een aantal nevenvorderingen. De rechtbank heeft de voorlopige voorziening en de vordering in reconventie afgewezen. Tegen dit vonnis heeft Liko bij exploit van 8 en 22 september 1999 (ingeschreven onder nummers 99/1122 en 99/1123) hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage. Impro heeft incidenteel hoger beroep ingesteld. Het hof heeft beide zaken gevoegd behandeld. Bij arrest van 6 februari 2003 heeft het hof in beide zaken in het principaal beroep het vonnis waarvan beroep, voor zover in conventie geweest, vernietigd en, opnieuw rechtdoende, het door Impro gevorderde afgewezen. Voorts heeft het hof het vonnis waarvan beroep, voor zover in reconventie geweest, bekrachtigd en het incidenteel beroep verworpen. Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Impro bij exploit van 2 mei 2003 beroep in cassatie ingesteld. Liko heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende het incidenteel beroep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit. Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep. De zaak is voor partijen mondeling toegelicht door hun advocaten en voor Impro mede door mr. W.A. Hoyng en voor Liko mede door mr. Ch. Gielen, beiden advocaat te Amsterdam. De [conclusie van de Advocaat-Generaal D.W.F. Verkade](#) strekt tot verwerping van het principale beroep. De advocaat van Impro heeft bij brief van 22 juli 2004 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het principale beroep

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van het volgende.

(i) Impro is houdster van het [Nederlandse octrooi 190.471](#) voor een inrichting voor het oprichten van een patiënt vanuit een stoel of andere zetel naar een in hoofdzaak staande positie. De aanvraag is op 28 mei 1984 ingediend en openbaar gemaakt op 1 november 1993. Het octrooi is na oppositie (door United Care B.V.) verleend met dagtekening 20 november 1996.

(ii) De conclusie van het octrooi luidt:

"Inrichting voor het oprichten van een patiënt vanuit een stoel of andere zetel naar een in hoofdzaak staande positie, bestaande uit een van een op loopwielen verrijdbaar ondergestel opstaand steunframe met een om een horizontale as tussen een in hoofdzaak horizontale, met de zitpositie corresponderende stand en een met de staande positie corresponderende, schuin naar boven gerichte stand zwenkbare hefarm, welke hefarm een effectieve lengte heeft die in de orde van grootte van die van een menselijk bovenbeen ligt, middelen draagt voor het onder de oksels aangrijpen van de patiënt en voorzien is van zijdelings op afstand gelegen aangrijpingspunten voor een in een lus tussen die aangrijpingspunten verlopende draagband, terwijl onder de zwenkas van de hefarm een voetsteun op het ondergestel is aangebracht, met het kenmerk, dat zich tussen de zwenkas en de voetsteun een recht boven de voetsteun aangebrachte vaste kniesteun bevindt en dat de middelen voor het onder de oksels aangrijpen van de patiënt uitsluitend worden gevormd door de draagband."

(iii) Liko Nederland B.V. brengt in Nederland op de markt sta-opliften onder de naam Sabina, alsmede drie verschillende soorten draagbanden: de Liko stasling, de Domino Thorax stasling en de toiletsling. De Sabina is voorzien van een kniesteun.

(iv) Liko A.B. importeert de Sabina in Nederland en brengt deze in het verkeer.

3.2 In dit geding heeft Impro gevorderd, voor zover in cassatie nog van belang, dat Liko zal worden verboden op enigerlei wijze betrokken te zijn bij directe dan wel indirecte inbreuk op haar Nederlandse octrooi 190.471 en voorts om Liko te veroordelen tot schadevergoeding en/of winstafdracht. Impro heeft deze vorderingen erop gebaseerd dat Liko in of voor haar bedrijf in Nederland inrichtingen, vallende onder de beschermingsomvang van het Impro-octrooi, verkoopt, verhuurt, aflevert en/of anderszins verhandelt, voor een ander aanbiedt, en/of in voorraad heeft. Liko heeft de vorderingen gemotiveerd betwist, daartoe in conventie aanvoerend dat de door haar in het verkeer gebrachte Sabina-liften niet onder de beschermingsomvang van het aan Impro verleende octrooi vallen en daarop dus geen inbreuk maken. In reconventie heeft zij gevorderd dat het aan Impro verleende octrooi nietig zal worden verklaard, aangezien de voor octrooi-verlening vereiste nieuwigheid en inventiviteit ontbreken. Impro heeft deze reconventionele vordering gemotiveerd weersproken.

3.3 De rechtbank heeft de vorderingen in conventie toegewezen en de vordering in reconventie afgewezen. Tegen dit vonnis heeft Liko principaal beroep ingesteld en Impro incidenteel beroep.

Het hof heeft het bestreden vonnis, voor zover in conventie geweest, in het principale beroep vernietigd en de vorderingen van Impro alsnog afgewezen. Het hof bekrachtigde het bestreden vonnis, voor zover in reconventie geweest. Voorts verwierp het hof het incidentele beroep. Verkort weergegeven heeft het daartoe als volgt overwogen. Noch het Kleinwolterink-octrooi, noch de in het octrooi reeds besproken Gruyel-

le-aanvraag of de Abbink- en Landhuis-aanvraag, is nieuwheidsschadend voor het aan Impro verleende octrooi. Evenmin kan worden gezegd dat datgene waarvoor Impro octrooi heeft gekregen voor de hand lag, gegeven de stand der techniek zoals beschreven in de door Liko geciteerde literatuur. De combinatie van maatregelen die kenmerkend is voor het aan Impro verleende octrooi, kan niet dan na inventieve arbeid uit deze vindingen en de daarover gedane publicaties worden afgeleid. De grief van Liko tegen de door de rechtbank in reconventie gedane uitspraak treft dus geen doel (rov. 14-29).

Het bestreden vonnis, voor zover in conventie gewezen, dient echter te worden vernietigd omdat de Sabina-inrichting van Liko niet valt onder de beschermingsomvang van het Impro-octrooi. Het octrooi van Impro leert immers dat een inrichting voor het oprichten van een patiënt vanuit een stoel, welke inrichting is voorzien van een zwenkbare hefarm met een effectieve lengte in de orde van grootte van die van een menselijk bovenbeen, kan worden verbeterd door toepassing van een vaste kniesteun en een draagband als (enkel) middel voor het onder de oksels aangrijpen van de patiënt. De gemiddelde vakman die de conclusie van het octrooi leest, zal zich mogelijkerwijze afvragen hoe wezenlijk de afmetingen van de hefarm voor de geoctrooieerde inrichting zijn. Uit de beschrijving en de figuren van het octrooi volgt dat bij oprichten van een patiënt een parallellogram wordt gevormd, waarvan de hefarm en het dijbeen van de patiënt tegenovergestelde zijden vormen. Ook uit de figuren en de bijbehorende beschrijving blijkt dat bij "het heffen volgens de uitvinding" min of meer een parallellogramhefbeweging optreedt. De gemiddelde vakman zal daarom kunnen en mogen concluderen dat de in de conclusie van het octrooi vermelde passage "welke hefarm een effectieve lengte heeft die in de orde van grootte van die van een menselijk bovenbeen ligt", essentieel is voor een goede werking van de inrichting volgens het Impro-octrooi. Daarbij verdient aantekening dat de effectieve lengte tenminste de lengte van de hefarm is vanaf het scharnierpunt tot aan het uiteinde, waar de draagband voor het opheffen van de patiënt aangrijpt. Door Liko is evenwel onvoldoende gemotiveerd weersproken gesteld dat de Sabina een hefarm heeft met een lengte die 1,5 a 2 maal de lengte van het bovenbeen van een gemiddelde op te richten patiënt bedraagt, en dat bij het oprichten van de patiënt door de Sabina geen parallellogramhefbeweging optreedt. Van de Sabina, die met een dergelijke hefarm niet letterlijk voldoet aan de omschrijving in de conclusie van het Impro-octrooi, kan ook niet gezegd worden dat met haar (langere) hefarm in wezen hetzelfde resultaat dat door het octrooi wordt beoogd, op in wezen dezelfde wijze wordt bewerkstelligd. De Sabina-inrichting kan derhalve evenmin een equivalent van de inrichting volgens het Impro-octrooi worden genoemd (rov. 30-33).

3.4 Het door Impro ingestelde beroep, dat een zeer groot aantal klachten omvat, betoogt in de kern ten aanzien van de drie centrale vragen die rijzen bij de be-

oordeling van de door het Impro-octrooi geboden beschermingsomvang, het volgende:

(a) de Sabina valt letterlijk onder de conclusie van het Impro-octrooi;

(b) de Sabina komt in elk geval overeen met de achter het Impro-octrooi liggende uitvindingsgedachte, en

(c) de Sabina moet althans als een inbreukmakend equivalent van het Impro-octrooi worden beschouwd.

Het andersluidende oordeel van het hof ten aanzien van deze drie vragen wordt telkens met rechts- en motiveeringsklachten aangevallen.

Ad (a)

3.5 Het tussen partijen gevoerde debat over de vraag of de Sabina letterlijk valt onder de conclusie van het Impro-octrooi, heeft zich toegespitst op de vraag wat moet worden verstaan onder de passage uit de hiervoor in 3.1 onder (ii) aangehaalde conclusie van het Impro-octrooi, luidende dat de "hefarm een effectieve lengte heeft die in de orde van grootte van die van een menselijk bovenbeen ligt". Impro heeft betoogd dat de aanduiding "in de orde van grootte van" ruimte laat om rekening te houden met afwijkingen van de bij benadering aangegeven lengte van de hefarm die worden veroorzaakt door - kort gezegd - de technische uitwerking van de achter haar octrooi gelegen uitvindingsgedachte. Liko heeft evenwel gesteld dat onder het begrip effectieve lengte moet worden verstaan de lengte die werkelijk heft, en dat deze lengte bij de Sabina 1,5 a 2 keer groter is dan het menselijk bovenbeen.

Het hof heeft geoordeeld, kort gezegd, dat de gemiddelde vakman zal kunnen en mogen concluderen dat de in het octrooi vermelde afmetingen van de hefarm essentieel zijn voor de goede werking van de inrichting volgens dat octrooi en dat de Sabina, met haar langere hefarm, dus niet letterlijk voldoet aan de omschrijving in de conclusie van het Impro-octrooi.

3.6 Bij de beoordeling van de klachten die zijn gericht tegen dit oordeel wordt vooropgesteld dat bij de uitleg van de conclusies van een octrooischrift, mede in het licht van beschrijving en tekeningen, onder ogen dient te worden gezien wat volgens de gemiddelde vakman die daarvan kennis neemt, voor de uitvinding waarvan de bescherming wordt ingeroepen, wezenlijk is - anders gezegd: wat de achter de woorden van die conclusies liggende uitvindingsgedachte is - teneinde een uitsluitend op de letterlijke betekenis van de bewoordingen gegronde en daarom voor een redelijke bescherming van de octrooihouder wellicht te beperkte (of onnodig ruime) uitleg te vermijden. De tot uitleg van de conclusies van het octrooischrift geroepen rechter zal evenwel tevens moeten beoordelen of het resultaat van zijn onderzoek de rechtszekerheid voor derden voldoende tot haar recht laat komen. Dit laatste gezichtspunt zal een restrictieve, meer bij de bewoordingen van de conclusies aansluitende uitleg kunnen rechtvaardigen in dier voege dat gebrek aan duidelijkheid voor de gemiddelde vakman die de grenzen van de door het octrooi geboden bescherming wil vaststellen, in beginsel ten nadele van de octrooihouder werkt (vgl. [HR 13 januari 1995, nr. 15564, NJ 1995, 391](#)).

3.7 Hieruit volgt dat het middel, voor zover het erover klaagt dat het hof met zijn hiervoor in 3.5 weergegeven oordeel is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, faalt. Het hof heeft, door te oordelen zoals het in de rov. 31 en 32 van zijn arrest heeft gedaan, immers klaarblijkelijk de zojuist weergegeven maatstaven toegepast. Het heeft voorts, waar het overwoog dat de gemiddelde vakman die de conclusie van het octrooi leest, ook de beschrijving en de figuren van het octrooi zal raadplegen, terecht toepassing gegeven aan de regel dat de uitleg van de conclusies van een octrooischrift mede moet plaatsvinden in het licht van de van het octrooi gegeven beschrijving en de daarbij behorende tekeningen.

Voor zover het middel in dit verband tevens wil betogen dat het hof ten voordele van Impro aanknopingspunten had dienen te ontlenen aan het verleningsdossier, berust het op een onjuiste rechtsopvatting aangezien de rechter slechts wanneer hij oordeelt dat het voor de gemiddelde vakman ook na bestudering van de beschrijving en de tekeningen nog voor redelijke twijfel vatbaar blijft hoe de inhoud van de conclusies moet worden begrepen, gebruik mag maken van verhelderende gegevens uit het openbare deel van het verleningsdossier (vgl. het hiervoor in 3.6 aangehaalde arrest). Nu het hof kennelijk van oordeel was dat zodanige twijfel voor de gemiddelde vakman na bestudering van de beschrijving en de tekeningen van het Impro-octrooi niet meer kon bestaan, had het hof geen aanleiding en had het bovendien niet de vrijheid daarnaast ook het verleningsdossier te raadplegen.

3.8 Voor zover het middel wil betogen dat het hof zijn oordeel onbegrijpelijk of anderszins onvoldoende heeft gemotiveerd, kan het evenmin doel treffen. e door het hof gegeven uitleg dat met de effectieve lengte van de hefarm wordt bedoeld de lengte van die arm vanaf het scharnierpunt tot het uiteinde, behoefde geen verdere toelichting om begrijpelijk te zijn. Zijn kennelijke oordeel dat de effectieve lengte van de hefarm van de Sabina 1,5 a 2 maal de lengte van het bovenbeen van een gemiddelde op te richten patiënt bedraagt en dat die hefarm dus - anders dan de hefarm van volgens het Impro-octrooi gemaakte liften - niet "een effectieve lengte heeft die in de orde van grootte van die van een menselijk bovenbeen ligt", is evenmin onbegrijpelijk. Voor zover het middel aanvoert dat het oordeel van het hof mede onbegrijpelijk is omdat Impro gemotiveerd heeft gesteld dat bij de Sabina wel een parallellogramhefbeweging optreedt, stuit het af op de feitelijke en niet onbegrijpelijke vaststelling van het hof (in rov. 33) dat daarvan geen sprake is.

Ad (b)

3.9 Bij de beantwoording van de vraag of de Sabina overeenkomt met de achter het Impro- octrooi gelegen uitvindingsgedachte, heeft het hof centraal gesteld of de gemiddelde vakman, na bestudering van de conclusie van het Impro-octrooi, de daarin opgenomen passage dat de "hefarm een effectieve lengte heeft die in de orde van grootte van die van een menselijk bovenbeen ligt", essentieel zal achten voor het octrooi. Uit het

hiervoor in 3.6 aangehaalde arrest volgt dat het hof daarmee de juiste maatstaf heeft gehanteerd.

3.10 Bij de beantwoording van de vraag of in het onderhavige geval aan deze maatstaf is voldaan, heeft het hof gelet op de beschrijving van het octrooi in het octrooischrift en de daarbijbehorende figuren. Het heeft daaruit afgeleid dat het in het octrooischrift opgenomen element dat "de hoofdhefbeweging (...) min of meer een parallellogrambeweging [benadert]", een essentieel kenmerk van het Impro-octrooi is. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk. Het is evenmin onbegrijpelijk gemotiveerd, ook niet in het licht van het feit dat de parallellogramhefbeweging niet in de conclusie van het octrooi wordt genoemd. Daarvan uitgaande is evenmin onbegrijpelijk dat het hof tot het oordeel is gekomen dat de Sabina niet overeenkomt met de achter het Impro-octrooi gelegen uitvindingsgedachte.

3.11 Voor zover het middel beoogt dat het hier bedoelde oordeel van het hof onbegrijpelijk is in het licht van zijn overwegingen omtrent de geldigheid van het Impro-octrooi, miskent het dat het hier om twee van elkaar te onderscheiden vragen gaat en dat de omstandigheid dat dit octrooi naar het oordeel van het hof zich van de bekende stand van de techniek onderscheidt door de aanwezigheid van een draagband en een knie-steun, niet meebrengt dat de meerbedoelde parallellogramhefbeweging niet tot de essentiële kenmerken van het octrooi zou kunnen behoren.

Ad (c)

3.12 Het hof heeft zijn oordeel dat de Sabina niet als een inbreukmakend equivalent van het Impro-octrooi moet worden beschouwd, erop gebaseerd dat van de Sabina niet kan worden gezegd dat zij met haar (langere) hefarm in wezen hetzelfde resultaat als door het Impro-octrooi wordt beoogd, op in wezen dezelfde wijze bewerkstelligt. Dit in hoge mate met feitelijke waarderingen verweven oordeel is niet onbegrijpelijk of anderszins onvoldoende gemotiveerd in het licht van het in het bestreden arrest gegeven oordeel dat de Sabina een langere hefarm heeft dan het Impro-octrooi beschrijft en dat bij het oprichten van de patiënt door de Sabina geen parallellogramhefbeweging optreedt. De daartegen gerichte klachten kunnen daarom niet tot cassatie leiden.

Overige klachten

3.13 Ook de nog niet besproken onderdelen van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3.14 Nu de klachten in het door Impro ingestelde beroep falen, behoeft het voorwaardelijk door Liko ingestelde beroep geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het principale beroep;

veroordeelt Impro in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Liko begroot op €316,34 aan verschotten en €1.365,- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president R. Hermann als voorzitter en de raadsheren O. de Savornin Lohman, A.M.J. van Buchem-Spapens, P.C. Kop en F.B. Bakels, en in het openbaar uitgesproken door de vice-president P. Neleman op 12 november 2004.

Conclusie Advocaat-Generaal Verkade

1. Inleiding

1.1. Eiseres tot cassatie zal hierna worden aangeduid als Impro; verweersters in cassatie zullen gezamenlijk worden aangeduid als Liko.

In deze twee cassatieberoepen veroorloof ik mij om, vanwege de inhoudelijke identiteit van beide zaken - getuige de processtukken in feitelijke instanties, het vonnis, het bestreden arrest en de processtukken in cassatie - eensluidend te concluderen.

1.2. Aan Impro is in 1996 het Nederlandse octrooi 190.471 verleend voor een hefinrichting waarmee patiënten vanuit een zittende positie naar een in hoofdzaak staande positie kunnen worden opgericht (een zogenaamde sta-oplift).

1.3. In het principale cassatieberoep wordt 's hofs oordeel omtrent de beschermingsomvang van dit octrooi ter discussie gesteld.

In de kern gaat het om de uitleg van een in de conclusie van het Impro-octrooi genoemd element 'welke hefarm een effectieve lengte heeft die in de orde van grootte van die van een menselijk bovenbeen ligt' en met name om de vragen (i) of dit element ook bij de vermeende inbreukmakende Sabina-inrichting van Liko aanwezig is, (ii) of dit element weggeïnterpreteerd kan worden, resp. (iii) of de Sabina-inrichting als een equivalente uitvoering moet worden gezien. Het hof heeft deze vragen ontkennend beantwoord.

Naar blijken zal, meen ik dat de klachten niet tot cassatie kunnen leiden.

1.4. Het voorwaardelijk ingestelde incidentele cassatieberoep komt op tegen 's hofs oordeel dat er geen grond is om het Impro-octrooi nietig te verklaren, nu de uitvinding zowel nieuw als inventief moet worden beschouwd.

Dit incidentele cassatieberoep snijdt in onderdelen 1 en 4 enige interessante rechtskwesties aan. De klacht onder 1 wordt m.i. overigens tevergeefs voorgesteld, evenals onderdelen 2 en 3, maar onderdeel 4 acht ik wel gegrond. Bij verwerping van het principale beroep zal de Hoge Raad aan een en ander evenwel niet toekomen.

2. Feiten(1)

2.1. Impro is houdster van het Nederlandse octrooi 190.471 voor een inrichting voor het oprichten van een patiënt vanuit een stoel of andere zetel naar een in hoofdzaak staande positie. De aanvraag is op 28 mei 1984 ingediend(2) en openbaar gemaakt op 1 november 1993. Het octrooi is na oppositie (door United Care BV) verleend met dagtekening 20 november 1996.

2.2. De conclusie van het octrooi luidt:(3)

'Inrichting voor het oprichten van een patiënt vanuit een stoel of andere zetel naar een in hoofdzaak staande po-

sitie, bestaande uit een van een op loopwielen verrijdbaar ondergestel opstaand steunframe met een om een horizontale as tussen een in hoofdzaak horizontale, met de zitpositie corresponderende stand en een met de staande positie corresponderende, schuin naar boven gerichte stand zwenkbare hefarm, welke hefarm een effectieve lengte heeft die in de orde van grootte van die van een menselijk bovenbeen ligt, middelen draagt voor het onder de oksels aangrijpen van de patiënt en voorzien is van zijdelings op afstand gelegen aangrijpingspunten voor een in een lus tussen die aangrijpingspunten verlopende draagband, terwijl onder de zwenkas van de hefarm een voetsteun op het ondergestel is aangebracht, met het kenmerk, dat zich tussen de zwenkas en de voetsteun een recht boven de voetsteun aangebrachte vaste kniesteun bevindt en dat de middelen voor het onder de oksels aangrijpen van de patiënt uitsluitend worden gevormd door de draagband.'

2.3. Impro heeft aan Arjo Limited te Gloucester, Groot-Brittanni?, een exclusieve licentie verleend, die op 15 april 1994 in de registers van de Octrooiraad is ingeschreven.

2.4. Liko Nederland BV brengt in Nederland op de markt sta-opliften onder de naam Sabina, alsmede drie verschillende soorten draagbanden: de Liko stasling, de Domino Thorax stasling en de toiletstasling. De Sabina is voorzien van een kniesteun.

2.5. Liko AB importeert de Sabina in Nederland en brengt deze in het verkeer.

3. Procesverloop

3.1. Bij inleidende dagvaardingen van 20 augustus 1998 heeft Impro Liko op verkorte termijn en onder versneld regime gedagvaard voor de rechtbank te 's-Gravenhage.

Impro heeft, zakelijk weergegeven, onder meer gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, Liko, op straffe van een dwangsom, te verbieden om op enigerlei wijze betrokken te zijn bij directe dan wel indirecte inbreuk op Nederlands octrooi 190.471 en voorts Liko te veroordelen tot vergoeding van de door Impro geleden schade, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, en/of Liko te veroordelen tot afdracht van de als gevolg van de inbreuk door haar behaalde winst. De door Impro ingestelde nevenvorderingen zijn in cassatie niet meer aan de orde. Impro heeft ten slotte bij wege van voorlopige voorziening gevorderd Liko voor de duur van het geding in de bodemzaak te verbieden op enigerlei wijze betrokken te zijn bij directe dan wel indirecte inbreuk op dit octrooi, zulks eveneens op straffe van een dwangsom.

3.2. Impro heeft aan haar vordering ten grondslag gelegd dat Liko Nederland BV inbreuk maakt op haar octrooi door in of voor haar bedrijf in Nederland inrichtingen, vallende onder de beschermingsomvang van dat octrooi te verkopen, verhuren, af te leveren en/of anderszins te verhandelen en/of voor een ander aan te bieden, en/of in voorraad te hebben. Liko AB maakt, aldus Impro, inbreuk op het octrooi door in of voor haar bedrijf die inrichtingen in Nederland in het verkeer te brengen en daartoe in te voeren.

3.3. Liko heeft de vordering gemotiveerd betwist. Liko heeft zich daartoe vooreerst op het standpunt gesteld dat de Sabina-liften geen inbreuk maken op het octrooi van Impro, aangezien deze niet onder de beschermingsomvang van dat octrooi vallen.

Voorts heeft Liko betoogd dat het onderhavige octrooi niet had behoren te worden verleend, aangezien het octrooi de voor octrooiverlening vereiste nieuwheid en inventiviteit ontbeert.

3.4. Liko heeft in reconventie nietigverklaring van het Nederlandse octrooi 190.471 gevorderd.

3.5. Impro heeft deze reconventionele vordering gemotiveerd bestreden.

3.6. Bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis van 23 juni 1999 heeft de rechtbank in conventie Liko een verbod opgelegd om op enigerlei wijze betrokken te zijn bij directe dan wel indirecte inbreuk op Nederlands octrooi 190.471, zulks op straffe van een dwangsom, en onder gedeeltelijke toewijzing van de gevorderde nevenvorderingen. Tevens heeft de rechtbank Liko veroordeeld tot vergoeding van de door Impro en Arjo Limited geleden schade, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet dan wel, ter keuze van Impro, tot winstafdracht, eveneens onder toewijzing van een aantal nevenvorderingen.

De rechtbank heeft de voorlopige voorziening en de vordering in reconventie afgewezen.

3.7. Om tot haar oordeel omtrent de vordering in conventie te komen heeft de rechtbank vooreerst in r.ovv. 8 en 9 de achter de conclusie van het Impro-octrooi liggende uitvindingsgedachte geformuleerd.

Vervolgens heeft de rechtbank in rov. 14 geconcludeerd dat de Sabina-inrichting binnen de beschermingsomvang van dit octrooi valt en dat de Sabina derhalve hierop inbreuk maakt. Daarbij heeft de rechtbank de volgende door Liko aangevoerde verweren verworpen:

- de Sabina is niet voorzien van een draagband; de draagbanden (de Liko stasling, de Domino Thorax stasling en de toiletsling) worden separaat verkocht (zie rov. 10);

- de draagbanden grijpen niet uitsluitend onder de oksels van de patiënt aan (zie rov. 11);

- de hefarm van de Sabina heeft niet een effectieve lengte die in de orde van grootte van het menselijk bovenbeen ligt, doch is zo'n 50% langer, waardoor de hefarm en het dijbeen van de patiënt niet de zijden van een parallellogram vormen (zie rov. 12);

- tijdens het eerste gedeelte van de hefbeweging raken de knieën de kniesteun niet, waardoor het bedoelde effect met de Sabina niet wordt bereikt (zie rov. 13).

Ten slotte heeft de rechtbank de stellingen van Liko, aangevoerd ter onderbouwing van haar vordering in reconventie, dat de uitvinding niet nieuw, noch inventief is, verworpen (zie r.ovv. 15-17 resp. 18-25).

3.8. Gemakshalve geef ik r.ovv. 9 en 12 van het rechtbankvonnis hieronder weer:

'9. Het voorgaande in aanmerking genomen is de rechtbank van oordeel dat de achter de woorden van de conclusie liggende uitvindingsgedachte is dat door gebruik van een kniesteun tijdens het van onder de oksels

opheffen van de patiënt vanuit een zittende positie, een vast aangrijpingspunt bij de knieën ontstaat. Hierdoor hoeft het gewicht van de zich daaronder bevindende onderbenen niet meer te worden geheven en wordt bij het heffen van de rest van het lichaam hefboomwerking verkregen, met als gevolg dat de krachten op de oksels van de patiënt worden verminderd, terwijl de resterende krachten worden overgebracht door middel van een comfortabele en stabiel aanvoelende draagband onder de oksels.

[...]

12. Liko c.s. voeren voorts aan dat de hefarm van de Sabina niet een effectieve lengte heeft die in de orde van grootte van het menselijk bovenbeen ligt, maar aanmerkelijk langer is, te weten 50%. De hefarm van de sta-oplift en het dijbeen van de patiënt vormen derhalve niet de zijden van een parallellogram, aldus Liko c.s.

De rechtbank merkt op dat volgens de conclusie van het octrooi de 'effectieve lengte' van de hefarm 'in de orde van grootte' ligt van die van het menselijk bovenbeen.

Volgens de conclusie zwenkt die hefarm 'om een horizontale as tussen een in hoofdzaak horizontale, met de zitpositie corresponderende stand en een met de staande positie corresponderende, schuin naar boven gerichte stand'. Die horizontale zwenkas bevindt zich op het steunframe; recht onder de zwenkas bevindt zich de kniesteun, blijkens de tekening bevestigd aan het steunframe. Ervan uitgaande dat de vanuit een stoel te heffen persoon zich in een normale, rechtop zittende positie bevindt, kan hij alleen dan rechtop, zonder zich voor- of achterover te hoeven buigen, worden geheven, indien de lengte van de hefarm de lengte van zijn bovenbeen benadert. In dat geval wordt de in de beschrijving genoemde parallellogrambeweging gemaakt: de hefarm vormt de bovenste zijde van een parallellogram, waarvan de onderste zijde wordt gevormd door het dijbeen van de patiënt. Aldus wordt volgens de beschrijving (kennelijk) een gunstige gewichtsverdeling verkregen. De rechtbank is evenwel van oordeel dat in het licht van de hiervoor onder 9 omschreven, achter de conclusie liggende uitvindingsgedachte niet wezenlijk is dat de lengte van de hefarm de lengte van het menselijk bovenbeen benadert. Waar het om gaat is dat (door de kniesteun) een vast aangrijpingspunt bij de knieën van de patiënt wordt gevormd, waardoor bij het heffen hefboomwerking ontstaat. Die hefboomwerking ontstaat ook indien de hefarm (geleed en) geknikt is of indien het bevestigingspunt van de hefarm op het steunframe niet in hetzelfde verticale vlak ligt als de kniesteun, maar op een grotere afstand van het lichaam van de patiënt. Ook al is dit niet met zoveel worden in de conclusie en de beschrijving te lezen, aan de gemiddelde vakman zal dit zonder meer duidelijk zijn; daardoor wordt (een deel van) het beoogde effect - ontlasting van de draagband, hetgeen bijdraagt tot het comfort van de patiënt - bereikt.'

3.9. Bij exploitatie van 8 en 22 september 1999 zijn Liko AB, resp. Liko Nederland BV van dit vonnis in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof te 's-Gravenhage.

3.10. Impro heeft harerzijds incidenteel appel ingesteld.
3.11. Het hof heeft bij arrest van 6 februari 2003 in het principale beroep het bestreden vonnis, voorzover in conventie geweest, vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van Impro alsnog afgewezen en het vonnis, voorzover in reconventie geweest, bekrachtigd. Het gerechtshof heeft het incidentele beroep verworpen.

3.12. 's Hofs arrest heeft de volgende opbouw. Het hof geeft in r.ovv. 6-10 een (vrij uitvoerige) beschrijving van het Impro-octrooi, alsmede van het oordeel van de Afdeling van Beroep van de Octrooiraad (20 november 1996) waarom in casu sprake is van een uitvinding.

Het hof beoordeelt vervolgens in r.ovv. 11-29 de stellingen van Liko omtrent het gebrek aan nieuwheid (met name r.ovv. 14-21 en 24-27) en inventiviteit (met name r.ovv. 22 en 23). Het hof oordeelt dat het Impro-octrooi zowel aan het nieuwheids- als aan het inventiviteitsver-eiste voldoet en aldus terecht is verkregen.

Ten slotte beantwoordt het hof in r.ovv. 30-34 de vraag of de Sabina sta-oplift onder de beschermingsomvang van het octrooi van Impro valt ontkennend.

3.13. Ik geef hieronder de voor de beoordeling van de cassatieberoepen belangrijkste overwegingen van het hof weer:

'14. Ingevolge artikel 2 Rijksoctrooiwet (1910) worden voortbrengselen alleen dan niet als nieuw aangemerkt, wanneer zij reeds deel uitmaken van de stand van de techniek. De stand van de techniek wordt gevormd door al hetgeen v?r de dag van indiening van de aanvraag door een beschrijving of op enige andere wijze openbaar toegankelijk is geworden. Dit dient naar het oordeel van het hof aldus uitgelegd te worden dat, om te kunnen concluderen dat een uitvinding niet nieuw is het zo moet zijn, dat alle maatregelen die tezamen een uitvinding beschrijven, uit ??n (samenhangende) openbaarmaking blijken. Tot de stand van de techniek behoort tevens de inhoud van eerder ingediende octrooiaanvragen, die ter inzage zijn gelegd of openbaar gemaakt, als vermeld in het derde lid van artikel 2.

15. Door Liko c.s. wordt ??n publicatie genoemd, die zowel het aspect van de vaste kniesteun als het aspect van de onder de oksels aangrijpende draagband (bij een inrichting voor het oprichten van een patiënt vanuit een stoel of andere zetel naar een in hoofdzaak staande positie) zou beschrijven, te weten het Kleinwolterink-octrooi. Met betrekking tot het Kleinwolterink-octrooi heeft het hof in zijn arrest van 2 december 1999 (rolnr. 99/371 inzake United Care B.V./Impro Limited) vastgesteld:

- dat het betrekking heeft op een "Paraplegic stand having a lift mechanism";
- dat de in dit octrooi belichaamde uitvinding meer in het bijzonder betrekking heeft op "a stand which is equipped with a lift mechanism for raising the patient to a standing position" (...) en dat de inrichting "includes a lift mechanism that operates to raise the patient from a wheel chair to a standing position" [...];
- dat de inrichting voorzien is van een kniesteun [...];
- dat de inrichting voorzien is van een draagband waarover in conclusie 1 is te lezen: "sling means carried on

said lift arms and adapted to be drawn behind the back of the patient when the patient is in a sitting position and said lift arms are in the lowered position, said sling means being raised with said lift arms to raise the patient to an upright standing position on said platform in response to movement of the lift arms to the raised position" [...].

16. In genoemd arrest heeft het hof in aanmerking genomen dat de Afdeling van Beroep in de eerder aangehaalde eindbeschikking heeft overwogen dat tussen een draagband die onder het zitvlak van een patiënt wordt aangebracht en een draagband die onder de oksels aangrijpt, in constructief opzicht geen of niet voldoende verschil zit. Het hof heeft dit oordeel van de Afdeling van Beroep heroverwogen en kan zich thans daarmee niet verenigen. Naar het oordeel van het hof immers bestaat er wel degelijk een constructief verschil tussen een hefmechanisme met een draagband, die onder de oksels aangrijpt en een hefmechanisme met een onder het zitvlak aangrijpende draagband. Wil een hefmechanisme met draagband, die onder de oksels aangrijpt, goed kunnen heffen, dan zal bij aanvang van dat heffen de draagband zich ter hoogte van de oksels dienen te bevinden. Dat betekent, dat de hefarmen, waaraan de draagband is bevestigd zich eveneens tenminste ongeveer ter hoogte van de oksels dienen te bevinden. Hiervoor is een andere constructie vereist dan voor een hefmechanisme met 'zitband'. Zelfs al zou een hefmechanisme met onder het zitvlak aangrijpende draagband hefarmen ter hoogte van de oksels hebben, dan nog is er een voldoende constructief verschil, omdat in dat geval de draagband een beduidend grotere lengte zal dienen te hebben.

17. Het voorgaande betekent, dat het Kleinwolterink-octrooi, hoewel het een inrichting beschrijft die voorzien is van een kniesteun, die voorzover uit het octrooi kan worden afgeleid, vast is, niet nieuwheidschadend is, nu het niet een hefmechanisme met onder de oksels aangrijpende draagband beschrijft. Door Liko c.s. is aangevoerd, dat in het Kleinwolterink-octrooi de mogelijkheid is opengelaten dat de draagband onder de oksels aangrijpt, omdat in claim 1 van het octrooi sprake is van "sling means carried on said lift arms and adapted to be drawn behind the back of the patient when the patient is in a sitting position" en dat "behind the back" ook kan betekenen: achter de rug ter hoogte van de oksels. Het hof kan Liko c.s. hierin niet volgen. Toegegeven zij dat het "behind the back" in claim 1 niet geheel duidelijk is. Wanneer evenwel de tekeningen en de beschrijving ter toelichting worden geraadpleegd blijkt ondubbelzinnig, dat de "sling means" uitsluitend gebruikt worden voor en kennelijk bestemd zijn om bij het opheffen van een patiënt onder diens zitvlak aan te grijpen. Het hof leidt dit af uit figuur 1 en uit de beschrijving kolom 3, regels 50-56, waar onder meer te lezen valt: "In use of the device (...) Sling 102 (bedoeld is kennelijk 120 - hof) is drawn behind the back of the patient and is positioned beneath the buttocks of the patient in the wheel chair, (...)".

18. Het voorgaande betekent naar het oordeel van het hof ook, dat het Kleinwolterink-octrooi niet als de

meest nabije stand van de techniek is aan te merken, aangezien dat octrooi betrekking heeft op een hefinrichting, die is ontworpen en bedoeld voor het opheffen van een patiënt met een onder het zitvlak aangrijpende draagband, hetgeen in de constructie tot uitdrukking komt. De inrichting volgens het Impro-octrooi daarentegen is een inrichting voor het opheffen van een patiënt met een hefmechanisme, voorzien van een draagband, die onder de oksels aangrijpt. De meest nabije stand van de techniek dient daarom gezocht te worden onder publicaties, die door helpers te bedienen hefmechanismen beschrijven, die zodanig zijn geconstrueerd, dat zij een patiënt bij het oprichten naar een in hoofdzaak staande positie onder de oksels aangrijpen. Als zodanig komen naar het oordeel van het hof in aanmerking de in het octrooi reeds besproken Gruyelle-aanvraag of de (door de Afdeling van Beroep niet in de beoordeling betrokken) Abbink en Landhuis-aanvraag. [...]

22. Thans rest nog de vraag of datgene waarvoor Impro octrooi heeft gekregen, gegeven de in de door Liko c.s. geciteerde literatuur beschreven stand der techniek, voor de hand lag. Het hof beantwoordt deze vraag ontkennend. Door Liko c.s. is een veelheid aan geschriften genoemd. Geen van deze geschriften, voorzover tijdig, beschrijft een inrichting voor het oprichten van een patiënt vanuit een stoel of andere zetel naar een in hoofdzaak staande positie met een hefmechanisme voorzien van een onder de oksels aangrijpende draagband. Voorzover in die literatuur sprake is van een draagband of vergelijkbaar middel, die of dat bij het oprichten naar een in hoofdzaak staande positie, een functie vervult, gaat het om een draagband (Kleinwolterink), singel (Gruyelle) of zitje (Van Rhijn), die of dat aangrijpt op het zitvlak van de op te richten patiënt. Voorzover in die literatuur sprake is van een hefmechanisme voor het oprichten naar een in hoofdzaak staande positie, dat is ingericht om onder de oksels aan te grijpen, gaat het om hefarmen met okselsteunen (Gruyelle, Abbink en Landhuis, die beide betrekking hebben op een hulpapparaat, en Van Rhijn, betreffende een soort rolstoel) met de in het octrooi omschreven nadelen van dien (behoudens dat die nadelen bij Van Rhijn en Gruyelle wellicht iets kleiner zijn, omdat naast de okselsteunen ook het "zitje" helpt bij het heffen).

23. In geen van de geciteerde publicaties wordt ook maar de suggestie gedaan, dat de okselsteunen vervangen zouden kunnen worden door een onder de oksels aangrijpende draagband en dat die draagband alleen de "aangrijpingsmiddelen" zou kunnen vormen en dat daarenboven die onder de oksels aangrijpende draagband gecombineerd zou dienen te worden met de op zichzelf bekende vaste kniesteun. Naar het oordeel van het hof kan deze combinatie van maatregelen niet dan na inventieve arbeid uit de geciteerde publicaties worden afgeleid. Daaraan doet niet af, dat in het Bakker-octrooi reeds wordt beschreven, dat een patiënt door een draagband onder de oksels kan worden aangegrepen, omdat dat octrooi geen inrichting beschrijft voor het opheffen van een patiënt van een zittende naar een staande positie, doch integendeel een inrichting betreft

voor het in zittende positie omhoog heffen van een patiënt, waartoe nog een tweede draagband wordt toegepast welke onder de knieholten van de patiënt wordt doorgeleid. Met de Afdeling van Beroep is het hof van oordeel, dat de gemiddelde vakman aan dit octrooischrift geen aanwijzing zal ontlennen om een patiënt uitsluitend door middel van een draagband onder de oksels aan te grijpen, teneinde hem steunend tegen een vaste kniesteun van een zittende naar een staande positie te heffen.

[...]

29. Conclusie van het voorgaande dient te zijn, dat het vonnis in reconventie, waarbij de vordering tot nietigverklaring van het Impro-octrooi werd afgewezen, dient te worden bevestigd en dat de daartegen door Liko c.s. aangevoerde grief faalt.

30. De vraag, die vervolgens dient te worden beantwoord is, of de Sabina-inrichting van Liko c.s. valt onder de beschermingsomvang van het Impro-octrooi. Door Liko c.s. is niet bestreden dat de Sabina een inrichting is voor het oprichten van een patiënt vanuit een stoel of andere zetel naar een in hoofdzaak staande positie, bestaande uit een van een op loopwielen verrijdbaar ondergestel opstaand steunframe met een om een horizontale as tussen een in hoofdzaak horizontale, met de zitpositie corresponderende stand en een met de staande positie corresponderende schuin naar boven gerichte stand zwenkbare hefarm. Dat de Sabina aldus is geconstrueerd blijkt ook uit de bij het rapport R?kke [...] als Appendix 7 gevoegde brochure. Onbestreden is ook dat de Sabina middelen draagt voor het onder de oksels aangrijpen van de patiënt en voorzien is van zijdelings op afstand gelegen aangrijpingspunten voor een in een lus tussen die aangrijpingspunten verlopende draagband, terwijl onder de zwenkas van de hefarm een voetsteun op het ondergestel is aangebracht. Liko c.s. bestrijden wel, dat de Sabina een hefarm zou hebben, die een effectieve lengte heeft, die in de orde van grootte van die van een menselijk bovenbeen ligt en Liko c.s. verwijten de rechtbank, dat die heeft geoordeeld, dat het niet wezenlijk is dat de lengte van de hefarm de lengte van het menselijk bovenbeen benadert. Het hof acht dit verwijt gegrond op grond van het volgende.

31. Het octrooi van Impro leert dat een inrichting voor het oprichten van een patiënt vanuit een stoel, welke inrichting is voorzien van een zwenkbare hefarm met een effectieve lengt in de orde van grootte van die van een menselijk bovenbeen, kan worden verbeterd door toepassing van een vaste kniesteun en een draagband als (enkel) middel voor het onder de oksels aangrijpen van de patiënt. De gemiddelde vakman, die de conclusie van het octrooi leest, zal zich mogelijkerwijze afvragen hoe wezenlijk de afmetingen van de hefarm voor de geoctrooieerde inrichting zijn. Hij zal daartoe overeenkomstig het bepaalde in art. 30, lid 2, ROW, de beschrijving en de figuren van het octrooi raadplegen. In de beschrijvingsinleiding wordt hem uitgelegd hoe kniesteun en draagband bijdragen aan een beter oprichten van een patiënt. Blz. 1, regels 29-35 zeggen daarover: "Bij de inrichting volgens de uitvinding dra-

gen de kniesteun en het gebruik van een rond de rug en onder de armen van een patiënt langs geleide draagband bij tot een belangrijk stabielere ondersteuning van de patiënt in dwarsrichting, zowel bij het heffen als tijdens het transport in staande positie. Via de kniesteun wordt daarbij een belangrijk gedeelte van het lichaamsgewicht opgevangen. De patiënt voelt zich zekerder en veiliger. Daarbij vormt de hefarm de bovenste zijde van een parallellogram, waarvan de onderste zijde wordt gevormd door het dijbeen van de patiënt. Het heffen vindt derhalve plaats zonder dat een horizontale kracht de knie?n tracht te verplaatsen." Van belang is blijkens het octrooischrift dat er een parallellogram wordt gevormd, waarvan de hefarm en het dijbeen van de patiënt tegenovergestelde zijden vormen. Ook uit de figuren (in het bijzonder figuur 6) en de bijbehorende beschrijving blijkt dat bij "het heffen volgens de uitvinding" min of meer een parallellogramhefbeweging optreedt. (Vgl. het octrooi, blz. 2, regels 43-45: "De hoofdhefbeweging benadert min of meer een parallellogrambeweging, waarbij de beide onderste draaipunten daarvan worden verschaft door de knie- en heupgewrichten van de patiënt".)

32. Bij het begin van de hefbeweging zit de patiënt rechtop in zijn stoel met zijn knie?n tegen de kniesteun [...]. Om de voordelen van de geoctrooierde uitvinding te bereiken dient ervoor te worden gezorgd, dat het contact van de knie?n van de patiënt met de kniesteun tijdens het heffen behouden blijft, zodat de onderbenen verticaal blijven staan vanuit de voetsteun tot de kniesteun. Daardoor wordt een belangrijk deel van het gewicht (bestaande uit dat van de onderbenen en een deel van het heupgewricht) opgevangen. De gemiddelde vakman zal mede daaruit concluderen, dat voor een goede werking van de inrichting volgens het Impro-octrooi een parallellogramhefbeweging essentieel is. Om dat te bereiken dient de hefarm een bepaalde afmeting te hebben. Bladzijde 4, regels 36-38 van het octrooi: "Voor het verkrijgen van een dergelijke benaderde parallellogrambeweging wordt de lengte van de gevorkte hefarm LA, wanneer deze niet instelbaar is, ongeveer gelijk gemaakt aan de dijnlengte van een gemiddelde persoon." De vakman, dit alles geconstateerd hebbende, zal daarom naar het oordeel van het hof kunnen en mogen concluderen, dat het in de conclusie vermelde "welke hefarm een effectieve lengte heeft die in de orde van grootte van die van een menselijk bovenbeen ligt" essentieel is voor de inrichting volgens het octrooi. Door Liko [lees: Impro, A-G)] is bij pleidooi nog gewezen op het rapport van Ir. Boelsma (overgelegd door Impro als productie 3 bij eis in prima) waarin is gesteld, dat onder effectieve lengte van de hefarm verstaan zou dienen te worden de afstand waarover de hefarm voorbij de kniesteun uitsteekt. Met Liko acht het hof dit een onjuiste stelling. De effectieve lengte is naar het oordeel van het hof tenminste de lengte van de hefarm vanaf het scharnierpunt tot het uiteinde, waar de draagband voor het opheffen van de patiënt aangrijpt. De plaats van de kniesteun heeft daarmee weinig tot niets van doen.

33. Door Liko c.s. is onweersproken, dan wel onvoldoende gemotiveerd weersproken gesteld (en bij pleidooi aan de hand van de getoonde tekening G toegelicht), dat de Sabina een hefarm heeft met een lengte, die 1,5 ? 2 maal de lengte van het bovenbeen van een gemiddelde op te richten patiënt bedraagt, en dat bij de Sabina bij het oprichten van de patiënt geen parallellogramhefbeweging optreedt. Van de Sabina, die met een dergelijke hefarm al niet letterlijk voldoet aan de omschrijving in de conclusie van het Impro-octrooi, kan ook niet gezegd worden, dat met haar (langere) hefarm in wezen hetzelfde resultaat, dat door het octrooi wordt beoogd, op in wezen dezelfde wijze wordt bewerkstelligd. De Sabina-inrichting kan derhalve evenmin een equivalent van de inrichting volgens het Impro-octrooi worden genoemd.

34. Het voorgaande betekent, dat de Sabina niet valt binnen de beschermingsomvang van het octrooi van Impro en dat mitsdien door de verhandeling van die til-liften geen inbreuk wordt gemaakt op het octrooi van Impro. De tweede grief van Liko c.s. slaagt derhalve.'

3.14. Van dit arrest is Impro - tijdig(4) - in cassatieberoep gekomen. Liko heeft geconcludeerd tot verwerping van het principale beroep en heeft voorts voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Impro heeft geconcludeerd tot verwerping van het voorwaardelijk incidenteel beroep. Beide partijen hebben ter terechtzitting van de Hoge Raad mondeling doen bepleiten, inclusief re- en dupliek.

4. Enige inleidende opmerkingen

Uitleg

4.1. In deze procedure gaat het om de uitleg van een octrooi en daarmee om de vaststelling van de beschermingsomvang van dat octrooi.(5) Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad is deze uitleg van feitelijke aard en kan deze in cassatie niet op zijn juistheid worden gecontroleerd.(6)

4.2. Lange tijd(7) gold als vaste rechtspraak dat het hierbij niet aankomt op de letterlijke tekst van het octrooischrift maar op het wezen van de geoctrooierde uitvinding(8), een en ander vanuit de wens om de octrooihouder een redelijke bescherming te bieden.

Vervolgens werd evenwel bij Rijkswet van 12 januari 1977(9) de uitlegmaatstaf van art. 69 EOV, welke is uitgewerkt in het bijbehorende Protocol, ge?mplementeerd in art. 30 lid 2 ROW 1910. Als gevolg hiervan rees de vraag of in plaats van de zogenaamde 'leer van het wezen' een nieuwe maatstaf zijn intrede had gedaan, welke ook (althans: meer) recht deed aan een redelijke rechtszekerheid voor derden.

4.3. Art. 69 lid 1 EOV luidt als volgt:

'The extent of the protection conferred by a European patent or a European patent application shall be determined by the terms of the claims. Nevertheless, the description and drawings shall be used to interpret the claims.'

Dienovereenkomstig bepaalt art. 30 lid 2 ROW 1910:

'Het uitsluitend recht wordt bepaald door de inhoud van de conclusies van het octrooischrift, waarbij de be-

schrijving en de tekeningen dienen tot uitleg van die conclusies.'

Het bij art. 69 EOV behorende Protocol bepaalt:

'Artikel 69 mag niet worden uitgelegd in de zin als zou de beschermingsomvang van het Europees octrooi worden bepaald door de letterlijke tekst van de conclusies en als zouden de beschrijving en de tekeningen alleen maar mogen dienen om de onduidelijkheden welke in de conclusies zouden kunnen voorkomen op te heffen. Het mag evenmin worden uitgelegd in die zin, als zouden de conclusies alleen als richtlijn dienen en als zou de bescherming zich ook mogen uitstrekken tot datgene wat de octrooihouder, naar het oordeel van de deskundige die de beschrijving en de tekeningen bestudeert, heeft willen beschermen. De uitleg moet daarentegen tussen deze twee uitersten het midden houden, waarbij zowel een redelijke bescherming aan de aanvrager als een redelijke rechtszekerheid aan derden wordt geboden.'

4.4. Terwijl de Hoge Raad zich in het arrest Meyn/Stork(10) nog op het standpunt stelde dat de leer van het wezen nog steeds als uitgangspunt gold, heeft de Hoge Raad met het arrest Ciba-Geigy/Oté(11) het accent enigszins verlegd in verband met het gezichtspunt van de redelijke rechtszekerheid voor derden. De Hoge Raad overwoog in rov. 3.3.1:

'(...) De hiervoor bedoelde, in de Nederlandse rechtspraak ontwikkelde opvatting, toegepast met inachtneming van art. 30 lid 2 ROW, komt erop neer dat bij de uitleg van de conclusies van het octrooi-schrift, mede in het licht van beschrijving en tekeningen, ook nu onder ogen dient te worden gezien wat voor de uitvinding waarvan de bescherming wordt ingeroepen, wezenlijk is - anders gezegd: wat de achter de woorden van die conclusies liggende uitvindingsgedachte is - teneinde een uitsluitend op de letterlijke betekenis van de bewoordingen gegronde en daarom voor een redelijke bescherming van de octrooihouder wellicht te beperkte (of onnodig ruime) uitleg te vermijden. Dit gezichtspunt geeft evenwel nog geen aanwijzingen voor de wijze waarop die uitleg het in het protocol bedoelde midden tussen een redelijke bescherming van de octrooihouder en een redelijke rechtszekerheid voor derden kan worden gevonden. De tot uitleg van de conclusies van het octrooi-schrift geroepen rechter zal dan ook tevens moeten beoordelen of het resultaat van zijn onderzoek de rechtszekerheid voor derden voldoende tot haar recht laat komen. Dit laatste gezichtspunt zal een restrictieve, meer bij de bewoordingen van de conclusies aansluitende uitleg kunnen rechtvaardigen in die zin dat gebrek aan duidelijkheid voor de gemiddelde vakman die de grenzen van de door het octrooi geboden bescherming wil vaststellen, in beginsel ten nadele van de octrooihouder werkt. Bij dit alles moet echter rekening worden gehouden met de aard van het concrete geval, waaronder ook de mate waarin de geöctrooieerde uitvinding vernieuwing heeft gebracht. (...)

Hiermee heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat het bij het vaststellen van de beschermingsomvang van een octrooi niet alleen aankomt op het bepalen van de ach-

ter de bewoordingen van de conclusie liggende uitvindingsgedachte, doch dat daarnaast moet worden beoordeeld of de gemiddelde vakman het resultaat hiervan, na bestudering van de conclusie, beschrijving en tekeningen, ook zo zal begrijpen.

4.5. Ik wijs verder op het arrest Van Bentum/Kool (2002)(12) waarin de regels uit de arresten Meyn/Stork en Ciba-Geigy/Oté door de Hoge Raad als volgt zijn gesynthetiseerd:

'3.4. In zijn rov. 4 heeft het hof, in cassatie - terecht - onbestreden, bij wijze van algemeen uitgangspunt vooropgesteld dat de beschermingsomvang van een octrooi wordt bepaald door de inhoud van de conclusies van het octrooi-schrift, waarbij de beschrijving en de tekeningen tot uitleg van die conclusies dienen en wel zodanig dat zowel een billijke bescherming aan de octrooihouder als een redelijke rechtszekerheid aan derden wordt geboden.

In zijn arrest van 13 januari 1995, nr. 15564, NJ 1995, 391 heeft de Hoge Raad een, ten opzichte van het arrest van 27 januari 1989, nr. 13394, NJ 1989, 506, nadere beschouwing gewijd aan de door de rechter bij de uitleg van de conclusies van een octrooi-schrift te hanteren maatstaven. Naast het daar met name in rov. 3.3.1 en 3.4.1 overwogene is voor deze uitleg hier voorts van belang de in laatstgenoemd arrest aanvaarde regel dat de gemiddelde vakman slechts dan mag aannemen dat afstand is gedaan van een gedeelte van de bescherming waarop het octrooi naar het wezen van de uitvinding aanspraak geeft indien daartoe, gelet op de inhoud van het octrooi-schrift in het licht van eventuele andere bekende gegevens, zoals de ook voor hem kenbare gegevens uit het octrooi-verleningsdossier, goede grond bestaat.'(13)

4.6. Ook zeer onlangs heeft de Hoge Raad nog eens uitdrukkelijk aangegeven dat de redelijke bescherming van de octrooihouder en de redelijke rechtszekerheid voor derden de bij de uitleg van een octrooi te betrekken gezichtspunten vormen.(14)

Opsporen van de uitvindingsgedachte

4.7. Bij de (aan een eventuele afweging tegen het belang van de rechtszekerheid voor derden voorafgaande) vaststelling van wat 'voor de uitvinding waarvan de bescherming wordt ingeroepen, wezenlijk is - anders gezegd: wat de achter de woorden van die conclusies liggende uitvindingsgedachte is -'(15), kan de feitenrechter zich richten op de slotsom waartoe naar zijn oordeel de gemiddelde vakman, bij lezing van het octrooi, zal komen ten aanzien van een letterlijke, dan wel niet letterlijke betekenis van de bewoordingen van de conclusie. Zie HR 5 september 1997, nr. 16299 (Stamicarbon/Dow)(16), rov. 3.3.2 (mijn cursiveringen, A-G): 'Onderdeel 1 klaagt dat het Hof heeft nagelaten bij de uitleg van conclusie 1 van het octrooi-schrift van Stamicarbon onder ogen te zien wat voor de uitvinding waarvoor door Stamicarbon bescherming wordt ingeroepen, wezenlijk is, wat - anders gezegd - de achter de woorden van die conclusie liggende uitvindingsgedachte is.

Deze klacht mist feitelijke grondslag. Het Hof heeft in rov. 17 van zijn eindarrest, vooropstellend dat de con-

clusie van het octrooischrift spreekt van een uitwendig gekoelde buisreactor, onderzocht of de gemiddelde vakman na lezing van de beschrijving en tekening met behulp van zijn normale vakkennis tot de slotsom zal komen dat de woorden "uitwendig gekoeld" niet letterlijk moeten worden opgevat, doch de door Stamicarbon verdedigde ruime betekenis hebben. Daarbij is het Hof tot de conclusie gekomen dat voor dit laatste in de beschrijving en tekening duidelijke aanwijzingen ontbreken; daarentegen blijkt, aldus het Hof, uit de inleidende passages van het octrooischrift al dat aan deze uitwendige koeling door de octrooihoudster grote betekenis wordt gehecht, terwijl uit de daarop volgende passages waarin de vakman leest dat "de uitvinding voorziet in een werkwijze voor het bereiden van polymeren of copolymeren van etheen met behulp van het hogedrukproces, waarbij de conversie belangrijk hoger is dan bij de bekende werkwijzen", het de vakman duidelijk is dat een onlosmakelijk verband bestaat tussen juist deze wijze van (uitwendige) koeling en het beoogde doel van een ten opzichte van de stand der techniek belangrijk hogere conversie. Een en ander leidt het Hof tot de slotsom (a) dat de vakman tot de conclusie zal komen dat de reeds op zichzelf bekende uitwendige koeling van de buisreactor een wezenlijk aspect is van de geöctrooieerde werkwijze, omdat anders de belangrijk hogere conversies van ongeveer 25% en meer niet kunnen worden gehaald, en (b) dat andere wijzen van koeling dan de gebruikelijke externe koeling van de buisreactor door middel van een koelmantel niet onder de beschermingsomvang van het octrooi vallen. Uit het hiervoor weergegevene volgt dat het Hof, anders dan het onderdeel betoogt, heeft onderzocht wat voor de uitvinding van Stamicarbon wezenlijk is en wat de achter de woorden van de conclusie liggende uitvindingsgedachte is.

Ook is het Hof niet, zoals het onderdeel tevens aanvoert, voorbijgegaan aan hetgeen Stamicarbon dienaangaande heeft gesteld; het heeft haar desbetreffende stellingen verworpen.'

Rol verleningsdossier

4.8. Wat de rol van het verleningsdossier betreft, heeft de Hoge Raad in rov. 3.4.1 van het *Ciba-Geigy/Oté*-arrest enerzijds de opvatting verworpen dat gegevens uit (het openbare deel van) het verleningsdossier nooit ten gunste van de door de octrooihouder voorgestane uitleg zouden mogen worden gebruikt, maar anderzijds aangegeven dat bij zodanig gebruik wettelijke terughoudendheid geboden is:

'Wel noopt de eis van een redelijke rechtszekerheid voor derden tot terughoudendheid bij het ten voordele van de octrooihouder hanteren van aan het verleningsdossier ontleende argumenten. De rechter zal dan ook slechts wanneer hij oordeelt dat het voor de gemiddelde vakman ook na bestudering van de beschrijving en de tekeningen nog voor redelijke twijfel vatbaar blijft hoe de inhoud van de conclusies moet worden begrepen, gebruik mogen maken van verhelderende gegevens uit het openbare deel van het verleningsdossier. Daarbij dient ook in aanmerking te worden genomen dat onduidelijkheden die het gevolg zijn van een onzorgvuldige

formulering in het octrooischrift, in beginsel voor risico van de octrooihouder dienen te komen.'

De mate van inventiviteit als relevante factor

4.9. Ik haal de laatste zinsnede van de hiervoor geciteerde overweging 3.3.1 uit het arrest *Ciba-Geigy/Oté* nog eens aan, waarin de Hoge Raad oordeelt dat 'bij dit alles' rekening moet worden gehouden met de aard van het concrete geval, 'waaronder ook de mate waarin de geöctrooieerde uitvinding vernieuwing heeft gebracht'. In rov. 3.5.10 van het recente arrest *PTC/Dieseko*(17) verwees de Hoge Raad hiernaar, en oordeelde dat het hof een en ander tot uitdrukking had gebracht door te overwegen dat het hier geen pioniersuitvinding betreft, hetgeen, aldus de Hoge Raad, niet blijkt gaf van een onjuiste rechtsopvatting.

4.10. Hoyng zei het in 1990 zo: 'Voor al die rechten dient de wet van de communicerende vaten de beschermingsomvang te bepalen: hoe inventiever de uitvinding, onderscheidender het merk, nieuwer het model en origineler het werk, des te meer bescherming behoren de verkregen rechten te geven.'(18)

4.11. Ook Visser(19) heeft er onlangs de nadruk op gelegd dat bij de uitleg van een octrooi rekening moet worden gehouden met de mate van vernieuwing van de geöctrooieerde uitvinding, dus de afstand tussen die uitvinding en de bekende stand der techniek. Ook volgens Visser dient enerzijds aan grotere vernieuwingen een ruimere beschermingsomvang en anderzijds aan kleinere uitvindingen een geringere beschermingsomvang toe te komen.

Visser werkt dit intussen nog wat nader uit. Bij de beoordeling van de vraag of C inbreuk maakt op het octrooi van B moet volgens Visser de afstand die C houdt ten opzichte van B vergeleken worden met de afstand die B houdt ten opzichte van A (de stand der techniek). De beschermingsomvang van B tegenover C mag, aldus 'gemeten', niet groter zijn dan de afstand die B ten opzichte van A heeft genomen.

4.12. In de lagere rechtspraak is reeds verschillende malen geoordeeld dat, hoe minder inventief een uitvinding moet worden geacht, hoe meer reden er is bij de uitleg van het octrooi nauwer aan te sluiten bij de bewoordingen van de conclusie. Zo oordeelde de president van de rechtbank te 's-Gravenhage in 1990(20) dat, nu men moeilijk kan volhouden dat eiseres met haar octrooi een onontgonnen terrein van de techniek heeft opgelegd waardoor een precieze formulering van datgene waarvoor bescherming werd verlangd, werd bemoeilijkt, het niet past de beschermingsomvang van het octrooi al te ver uit te strekken buiten de woorden van de conclusie.

5. Bespreking van het principale cassatieberoep

5.0. In het principale cassatieberoep(21) wordt in ca. 20 dicht geprinte pagina's met een aanzienlijk aantal rechts- en motiveringsklachten opgekomen tegen 's hofs oordeel in r.ovv. 30-34 omtrent de vraag of de Sabina-inrichting van Liko onder de beschermingsomvang van het Impro-octrooi valt.

Bij de bespreking van dit beroep komt het mij dienstig(er) voor om uit te gaan van enige thema's, in plaats

van de klachten in de cassatieschriftuur in de daar vermelde volgorde te bespreken.

Dat doet er niet aan af dat een wegwijzer naar de paragrafen van deze conclusie waarin de onderscheiden middelonderdelen aan bod komen, dienstig geacht kan worden. Ik geef daarom de volgende verwijzingslijst (eventuele doorverwijzingen t.a.p.):

I.1[bevat slechts een inleiding]

I.25.145.28

I.35.145.19

I.45.145.28

I.55.28

I.6[bevat geen zelfstandige klacht]

II.15.20

II.25.9-5.105.20

II.35.145.20

II.45.145.20

II.55.145.20

II.65.20

II.75.75.21-5.25

II.85.26

III.15.25.135.28

III.2a5.7

III.2b5.7-5.85.11

III.35.12

III.45.29-5.32

5.1. Gemakshalve geef ik thans de conclusie van het octrooi nogmaals weer, nu met een cursivering:

'Inrichting voor het oprichten van een patiënt vanuit een stoel of andere zetel naar een in hoofdzaak staande positie, bestaande uit een van een op loopwielen verrijdbaar ondergestel opstaand steunframe met een om een horizontale as tussen een in hoofdzaak horizontale, met de zitpositie corresponderende stand en een met de staande positie corresponderende, schuin naar boven gerichte stand zwenkbare hefarm, welke hefarm een effectieve lengte heeft die in de orde van grootte van die van een menselijk bovenbeen ligt [mijn curs., A-G], middelen draagt voor het onder de oksels aangrijpen van de patiënt en voorzien is van zijdelings op afstand gelegen aangrijpingspunten voor een in een lus tussen die aangrijpingspunten verlopende draagband, terwijl onder de zwenkas van de hefarm een voetsteun op het onderstel is aangebracht, met het kenmerk, dat zich tussen de zwenkas en de voetsteun een recht boven de voetsteun aangebrachte vaste kniesteun bevindt en dat de middelen voor het onder de oksels aangrijpen van de patiënt uitsluitend worden gevormd door de draagband.'

5.2. Het hof heeft in r.ovv. 30-33 bij de beoordeling van de door het Impro-octrooi geboden beschermingsomvang, in het bijzonder een antwoord gegeven op de volgende vragen:

(i) voldoet de Sabina sta-oplift letterlijk aan de conclusie van het Impro-octrooi;

(ii) komt de Sabina-inrichting overeen met de achter het Impro-octrooi liggende uitvindingsgedachte, en

(iii) moet de Sabina-inrichting als inbreukmakende equivalentente maatregel worden beschouwd?

Reeds hierop stuit af onderdeel III.1, voor zover het het hof verwijt niet op vragen (i) en (iii) te zijn ingegaan.

Voor zover onderdeel III.1 e.v. erover klagen dat het hof niet 'op begrijpelijke wijze' op deze vragen is ingegaan, kom ik daar in latere paragrafen op terug.

5.3. De drie vragen hebben in feite alle drie betrekking op de uitleg van het onder 5.1 gecursiveerde element uit de conclusie van het Impro-octrooi: 'welke hefarm een effectieve lengte heeft die in de orde van grootte van die van een menselijk bovenbeen ligt'.

Effectieve lengte

5.4. Impro heeft in feitelijke instanties meermalen aangevoerd(22) dat de Sabina-inrichting letterlijk onder de bewoordingen van de conclusie van het Impro-octrooi valt, nu de Sabina het hiervoor genoemde kenmerk bevat (en ook de overige elementen uit de conclusie van het Impro-octrooi bij de Sabina-inrichting aanwezig zijn).

De beoordeling van dit betoog komt in feite neer op beantwoording van de vraag wat het hof onder 'effectieve lengte' heeft kunnen verstaan (en of deze bij de Sabina sta-oplift 'in de orde van grootte van het menselijk bovenbeen ligt').

5.5. In dat verband heeft Impro in de feitelijke instanties onder meer verwezen naar het rapport van haar octrooigemachtigde ir. Boelsma, ingediend in de oppositieprocedure.(23) Ik citeer:

'De effectieve lengte van de hefarm, in feite de afstand waarover deze voorbij de kniesteun uitsteekt [mijn curs., A-G], dient derhalve, overeenkomstig de in de openbaargemaakte conclusie aangegeven voorwaarde, "in de orde van grootte van die van een menselijk bovenbeen" te zijn. De in de aanduiding "in de orde van grootte" besloten speelruimte houdt daarbij uiteraard rekening met de omstandigheid, dat de hefarm in zijn uitgangsstand niet per se horizontaal behoeft te zijn, dat de zwenkas niet per se in het verticale vlak van de kniesteun behoeft te liggen en dat er bovendien nog enige "speellengte" in de draagband kan zitten.'

Liko heeft daarentegen betoogd dat onder het begrip effectieve lengte moet worden begrepen: de lengte die werkelijk heft. Zij heeft voorts aangevoerd dat deze lengte bij de Sabina aanmerkelijk langer (1,5 ? 2 maal langer) is dan het menselijk bovenbeen, zodat het betreffende element bij de Sabina sta-oplift niet aanwezig kan worden geacht.(24)

5.6. Het hof is vooreerst in rov. 32, aansluitend bij het verweer van Liko, tot het oordeel gekomen dat de effectieve lengte ten minste is de lengte van de hefarm vanaf het scharnierpunt tot het uiteinde, waar de draagband voor het opheffen van de patiënt aangrijpt. Het hof heeft vervolgens in rov. 33 geoordeeld dat de Sabina niet letterlijk voldoet aan de omschrijving in de conclusie van het Impro-octrooi.

In tegenstelling tot hetgeen de onderdelen II.2, II.7 en III.1-III.3 aanvoeren, getuigen deze oordelen niet van een onjuiste rechtsopvatting en zijn zij niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Ik zal de klachten hieronder nader bespreken.

5.7. Allereerst valt niet in te zien dat het hof bij de uitleg van het begrip 'effectieve lengte' van een onjuiste maatstaf is uitgegaan. Anders dan onderdeel III.2a betoogt, heeft het hof, niettegenstaande de daar

aangevallen rov. 32 van het bestreden arrest, blijkens rov. 31 en blijkens de in het onderdeel niet geciteerde, voorafgaande deelaspecten van rov. 32, zijn uitleg kennelijk aan de hand van de inhoud van de conclusie en (ter nadere uitlegging daarvan) aan de hand van de beschrijving en de tekeningen vastgesteld, hetgeen niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de bij de uitleg te hanteren maatstaf (zie nrs. 4.1-4.6).

Het hof heeft voorts onmiskenbaar en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat de gemiddelde vakman, na bestudering van deze conclusie, beschrijving en tekeningen, geen redelijke twijfel meer zou hebben omtrent de betekenis van dit begrip. Om die reden bestond er voor het hof geen aanleiding (sterker nog: geen mogelijkheid(25)) om ten voordele van Impro aanknopingspunten te ontleen aan het verleningsdossier. Voor zover onderdeel II.7 op pp. 13-14 (van de cassatiedagvaarding met rolnr. C03/161) en onderdeel III.2b erover klagen dat 's hofs uitleg in het licht van het verleningsdossier (met daarin het bovengenoemde rapport van de octrooigemachtigde) onjuist of onbegrijpelijk (gemotiveerd) is, kan het dan ook niet slagen. 5.8. Daarbij verdient nog opmerking dat de in onderdeel III.2b aangehaalde stellingen van Impro bij appelpleidooi nrs. 23-25 slechts benadrukken dat er sprake is van een 'effectieve lengte [...] die in de orde van grootte van die van een menselijk bovenbeen ligt', terwijl de stelling in nr. 25: 'Het is dus van belang dat de hefarm vanaf de kniesteun (mijn curs., A-G) een lengte heeft in de orde van grootte van het menselijk bovenbeen (zoals bijvoorbeeld te zien is in figuur 1)', naar 's hofs feitelijke en niet onbegrijpelijke oordeel onvoldoende steun vond in het octrooi.

's Hofs interpretatie blijft mijns inziens begrijpelijk nu het hof alleszins begrijpelijk kon oordelen dat met het gebruik van het woord 'effectieve' wordt aangegeven dat het gaat om de (lengte van de) hefarm voor zover deze enig effect sorteert, dus: voor zover deze heft. Daaraan doet - ten overvloede - niet af dat de aanwezigheid van de kniesteun als vertrekpunt weliswaar behulpzaam kan zijn bij de bepaling van de lengte van de hefarm overeenkomstig (de orde van grootte van) de lengte van het menselijk bovenbeen, maar, zoals het hof niet onbegrijpelijk geoordeeld heeft, niet essentieel is voor de bepaling van de effectieve lengte.

5.9. In onderdeel II.2 wordt aangevoerd (i) dat het hof met zijn uitleg de lengte van de hefarm heeft gedefinieerd conform 'LA' in figuur 6 uit het octrooischrift, welke lengte in de beschrijving van het octrooi wordt aangeduid als 'de lengte' van de gevorkte hefarm, (ii) dat het hof dan ook in de conclusie van het octrooischrift het vereiste heeft gelezen dat het scharnierpunt van de hefarm (ongeveer) recht boven de kniesteun is aangebracht en dat de straal van de boog die door de hefarm beschreven wordt gelijk is aan het menselijk dijbeen en dus dat het opheffen van de patiënt geschiedt conform de beweging getoond in figuur 6, en wordt erover geklaagd (iii) dat het hof derhalve geen betekenis heeft toegekend aan het woord 'effectieve'.

5.10. Deze klacht faalt reeds bij gebrek aan feitelijke grondslag nu het hof wel degelijk betekenis heeft toe-

gekend aan het woord 'effectieve'. Door het gebruik van dit woord wordt naar 's hofs kennelijke en niet onbegrijpelijke oordeel (in rov. 32) immers benadrukt dat, bij de vraag of de lengte van de hefarm in de orde van grootte van die van het menselijk bovenbeen ligt, gekeken moet worden naar de lengte van de hefarm vanaf het scharnierpunt tot het uiteinde, waar de draagband voor het opheffen van de patiënt aangrijpt, oftewel de lengte van de hefarm voor zover deze werkelijk heft.(26)

5.11. Voor zover onderdeel III.2b er nog over klaagt dat 's hofs uitleg onbegrijpelijk is in het licht van de door Impro in hoger beroep aangevoerde stellingen (waarvan in de cassatiedagvaarding met rolnr. C03/161 op pp. 15 en 16 een overzicht wordt gegeven en welke in feite neerkomen op een verwijzing naar het rapport van de octrooigemachtigde) faalt het, gelet op hetgeen ik in nr. 5.7, laatste alinea en nr. 5.8 heb overwogen.

5.12. Dat het hof vervolgens in rov. 33 heeft geoordeeld dat de Sabina-inrichting niet letterlijk onder de conclusie van het Impro-octrooi valt, is, reeds in het licht van 's hofs niet onbegrijpelijke oordeel dat door Liko onweersproken, dan wel onvoldoende weersproken is gesteld dat de Sabina sta-oplift een hefarm heeft met een lengte die 1,5 ? 2 maal de lengte van het bovenbeen van een gemiddelde op te richten patiënt bedraagt, evenmin onbegrijpelijk, noch onvoldoende gemotiveerd.

Het hof heeft hierbij geenszins uit het oog verloren dat de omschrijving in het octrooi luidt: 'een hefarm met een effectieve lengte die in de orde van grootte van het menselijk bovenbeen ligt'. Het hof heeft immers onmiskenbaar willen aangeven dat de effectieve lengte van de hefarm van de Sabina 1,5 ? 2 maal de lengte van het bovenbeen van een gemiddelde op te richten patiënt bedraagt. Men kan bezwaarlijk verdedigen respectievelijk oordelen dat dit nog in de orde van grootte van het menselijk bovenbeen ligt.

Hierop stuit onderdeel III.3 af, voor zover daarin wordt aangevoerd dat 's hofs oordeel in rov. 33, eerste volzin onjuist, althans onvoldoende begrijpelijk is, nu het hof niet op begrijpelijke wijze rekening heeft gehouden met de woorden 'effectieve' en 'in de orde van grootte'. Voor het overige kan onderdeel III.3 bij gebrek aan feitelijke grondslag niet slagen, nu anders dan het onderdeel betoogt, het eventuele optreden van een parallellogramhefbeweging bij de Sabina naar het onmiskenbare en niet onbegrijpelijke oordeel van het hof niet afdoet aan zijn oordeel dat de Sabina sta-oplift niet letterlijk voldoet aan de bewoordingen van de Impro-conclusie (zie eerste alinea hierboven).

5.13. Voor zover onderdeel III.1 er ten slotte in zijn algemeenheid over klaagt dat het hof niet op begrijpelijke wijze heeft onderzocht of de hefarm van de Sabina een effectieve lengte heeft die in de orde van grootte van het menselijke bovenbeen ligt en of de Sabina daarmee letterlijk valt onder d(i)e woorden van de Impro-conclusie, stuit het op de vorenstaande paragrafen af.

Is het bij Liko ontbrekende element wezenlijk voor de uitvinding?

5.14. Ter beantwoording van deze tweede vraag heeft het hof in r.ovv. 31 en 32 onderzocht of de gemiddelde vakman, na bestudering van de conclusie, de beschrijving en de tekeningen, het betreffende element uit het Impro-octrooi (namelijk: 'welke hefarm een effectieve lengte heeft die in de orde van grootte van die van een menselijk bovenbeen ligt') al dan niet als wezenlijk zal aanmerken. Het hof heeft hierbij de juiste maatstaf (zie nr. 4.1 e.v.) gehanteerd, zoals overigens ook blijkt uit rov. 4 van het bestreden arrest.

Voor zover onderdelen I.2 en I.3 van een andere maatstaf uitgaan, worden zij reeds om die reden tevergeefs voorgesteld. De omstandigheid dat het hof niet de woorden 'achter de conclusie liggende uitvindingsgedachte' heeft gebruikt, maakt 's hofs oordeel voorts, anders dan onderdelen I.3, I.4 en II.3-II.5 betogen, niet onjuist, noch onbegrijpelijk.(27) Vergelijk overigens ook hierna nr. 5.17.

5.15. Het hof heeft bij zijn oordeel omtrent de van de gemiddelde vakman ten deze te verwachten lezing, blijkens r.ovv. 31 en 32, met name gelet op:

- De beschrijvingsinleiding, p. 1, regels 29-35:

'Bij de inrichting volgens de uitvinding dragen de kniesteun en het gebruik van een rond de rug en onder de armen van een patiënt langs geleide draagband bij tot een belangrijk stabielere ondersteuning van de patiënt in dwarsrichting, zowel bij het heffen als tijdens het transport in staande positie. Via de kniesteun wordt daarbij een belangrijk gedeelte van het lichaamsgewicht opgevangen. De patiënt voelt zich zekerder en veiliger. Daarbij vormt de hefarm de bovenste zijde van een parallellogram, waarvan de onderste zijde wordt gevormd door het dijbeen van de patiënt (mijn curs., A-G). Het heffen vindt derhalve plaats zonder dat een horizontale kracht de knie?n tracht te verplaatsen.'

- Figuur 6

- De bij figuur 1 behorende beschrijving (octrooischrift, p. 2, regels 43-45):

'De hoofdhefbeweging benadert min of meer een parallellogrambeweging, waarbij de beide onderste draaipunten daarvan worden verschaft door de knie- en heupgewrichten van de patiënt.'

- De beschrijving, p. 4, regels 36-38:

'Voor het verkrijgen van een dergelijke benaderde parallellogramhefbeweging wordt de lengte van de gevorkte hefarm LA, wanneer deze niet instelbaar is, ongeveer gelijk gemaakt aan de dijnlengte van een gemiddelde persoon.'

5.16. Ook elders biedt het octrooischrift in dit opzicht ruime aanknopingspunten. Zie de verwijzing in de pleitnota in cassatie van mrs. Grabandt en Gielen, nr. 23. Ik citeer in dit verband voorts uit het octrooischrift:

- De beschrijving, p. 2, regels 38-43:

'De volle zwenkbeweging van de hefboom 18 brengt de gevorkte hefarm 11 omhoog over een hoek van 60?, gedurende welke beweging de patiënt 10 wordt opgericht steunend op de voetsteunen 16 en comfortabel gesteund in een iets naar achteren hellende en stevige stand door de rugband 14. In deze stand worden zwakke en ernstig gehandicapte patiënten gesteund met de knie?n steeds in aanraking met het kniekussen 15, maar

patiënten met voldoende spierkracht zullen onwillekeurig de knie?n rechten en dan worden gesteund met het lichaam in geheel rechte stand.'

- De beschrijving, p. 4, regels 33-36:

'Zoals figuur 6 toont, treedt een parallellogramhefbeweging op waarbij een groot deel van het lichaamsgewicht van de patiënt steeds wordt gesteund door de voeten. De vier draaipunten van het parallellogram worden resp. verschaft door het punt C, de bandbevestigingspunten AP, de knie?n en het heupgewricht van de patiënt P.'

5.17. De gemiddelde vakman zal, aldus het hof in rov. 32, aan de hand van de conclusie, beschrijving en tekeningen en met name aan de hand van de in nr. 5.15 weergegeven aanknopingspunten, tot de gevolgtrekking komen dat het in de conclusie vermelde element 'welke hefarm een effectieve lengte heeft die in de orde van grootte van die van een menselijk bovenbeen ligt' wezenlijk is voor de geoctrooieerde uitvinding.

's Hofs gedachtegang - oftewel zijn beschrijving van de uitvindingsgedachte - laat zich als volgt samenvatten. Even genoemde specifieke afmeting is noodzakelijk om een parallellogramhefbeweging te bereiken, welke beweging ervoor zorgt dat het contact van de knie?n van de patiënt met de kniesteun tijdens het heffen behouden blijft en de onderbenen verticaal blijven staan. Een en ander is noodzakelijk om te bewerkstelligen dat een belangrijk deel van het gewicht van de patiënt door de voetsteun wordt opgevangen en dientengevolge de draagband in evenredige mate wordt ontlast, hetgeen weer leidt tot een vermindering van de krachten op de oksels van de patiënt. Aldus worden uiteindelijk de met de geoctrooieerde uitvinding beoogde voordelen, namelijk een aangenamere en stabielere positie voor de patiënt, bereikt.

5.18. De geschetste gedachtegang impliceert dat de parallellogramhefbeweging essentieel is voor het bereiken van de met de geoctrooieerde uitvinding beoogde effecten, en dat deze beweging naar 's hofs feitelijke oordeel automatisch en uitsluitend wordt bewerkstelligd door de genoemde specifieke hefarmafmeting.

De parallellogramhefbeweging moet naar 's hofs oordeel derhalve als wezenlijk kenmerk van het Impro-octrooi beschouwd worden. Het is een afgeleide van het kenmerk: hefarm met een effectieve lengte in de orde van grootte van het menselijk bovenbeen.

5.19. De hiervoor (nrs. 5.15-5.18) gereleveerde gedachtegang van het hof acht ik, in haar onderdelen en in haar geheel, alleszins begrijpelijk. Dat deze specifieke parallellogramhefbeweging niet als zodanig in de conclusie wordt genoemd, doet daaraan niet af.

Daarom kan onderdeel I.3, ook voor zover het erover klaagt dat, indien het hof heeft geoordeeld dat de parallellogramhefbeweging tot het wezen van de geoctrooieerde uitvinding behoort, dit oordeel onjuist, althans onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd is, met name omdat de parallellogramhefbeweging niet in de conclusie wordt vermeld, niet tot cassatie leiden.

5.20. Met deze bij de woorden 'welke hefarm een effectieve lengte heeft die in de orde van grootte van die van een menselijk bovenbeen ligt' aansluitende uitleg heeft

het hof voorts m.i. niet een interpretatie gegeven, die beperkter is dan een uitleg naar de letter van de conclusie(28), zodat de onderdelen II.3-II.6, voor zover die d?rover klagen, niet kunnen slagen. Voor mijn bespreking (en verwerping) van de stelling in onderdeel II.3 in verbinding met onderdelen II.1 en II.2, dat volgens het hof het woord 'effectieve' geen betekenis zou hebben, verwijs ik naar nrs. 5.9-5.11.

Overigens is het niet in strijd met het recht te achten, indien een onderzoek naar hetgeen 'voor de uitvinding waarvan de bescherming wordt ingeroepen, wezenlijk is - anders gezegd: wat de achter de woorden van die conclusies liggende uitvindingsgedachte is - ...'

in een gegeven geval leidt tot een uitkomst die beperkter is dan de letter van de conclusie. Immers, in rov. 3.3.1 van het vaker aangehaalde arrest *Ciba-Geigy/Oté* van 1995, houdt de Hoge Raad ook daarmee expliciet rekening (mijn curs., A-G):

'... teneinde een uitsluitend op de letterlijke betekenis van de bewoordingen gegronde en daarom voor een redelijke bescherming van de octrooihouder wellicht te beperkte (of onnodig ruime) uitleg te vermijden.'(29)

5.21. In onderdeel II.7 wordt - subsidiair, ervan uitgaande dat het hof in r.ovv. 31 t/m 34 w?l op begrijpelijke wijze de uitvindingsgedachte achter de conclusie heeft vastgesteld - aan de hand van een groot aantal citaten een bijna even groot aantal gedetailleerde motiveringsklachten gericht tegen 's hofs oordeel, zoals hiervoor uiteengezet. Ook deze klachten kunnen mijns inziens niet tot cassatie leiden.

Zo miskennen de klachten op pp. 9-12 (van de cassatiedagvaarding met het rolnr. C03/161) dat het hof - feitelijk en niet onbegrijpelijk - heeft geoordeeld dat niet slechts de uitsluitend onder de oksels van de patiënt aangrijpende draagband en de vaste kniesteun, doch ook de hefarm met een effectieve lengte in de orde van grootte van die van het menselijk bovenbeen (waarmee de essentiële parallellogramhefbeweging wordt bereikt) tot het wezen van de geoctrooieerde uitvinding behoort, en dat dit element naar 's hofs oordeel bij de Sabina-inrichting ontbreekt.

Ik wijs er voorts op dat de in het onderdeel weergegeven overwegingen uit 's hofs arrest niet zien op de uitlegkwestie in verband met de beschermingsomvang van het octrooi, doch op de vraag naar de geldigheid van het octrooi. Overwegingen die resulteren in het oordeel dat het voorwerp van de octrooiaanvraag over de nieuwheids- en inventiviteitsdrempels komt, kunnen (positieve) invloed uitoefenen op de beschermingsomvang, voor zover daaruit tevens (positieve) oordelen kunnen worden afgeleid met betrekking tot de mate waarin de geoctrooieerde uitvinding vernieuwing heeft gebracht: vgl. nr. 4.9 e.v. supra. Van zodanige (positieve) oordelen is in de door Impro ingeroepen overwegingen evenwel geen sprake.

De in het middelonderdeel t.a.p. ingeroepen overwegingen van het hof staan er dan ook geenszins aan in de weg dat het hof, na een nader onderzoek, nu gericht op de uitleg van het octrooi met het oog op de beschermingsomvang, concludeert dat, naast de vaste

kniesteun en de draagband als enig middel om de patiënt onder de oksels aan te grijpen, ook de hefarm met een effectieve lengte in de orde van grootte van die van het menselijk bovenbeen (waarmee de essentiële parallellogramhefbeweging wordt bereikt), essentieel is om het met de uitvinding beoogde effect te bereiken.

Voor zover de hier bedoelde stellingen van Impro een beroep doen op (beweerde tegenstrijdigheid in verband met) r.ovv. 22-23 van het hof, wijs ik er overigens op dat ik in het voorwaardelijk incidenteel beroep de (verder strekkende) klachten van Liko tegen dezelfde r.ovv. 22-23 van het hof gegrond zal bevinden. Zie mijn bespreking van onderdeel 4 van het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep in nrs. 6.16-6.18.

5.22. Het hof was voorts, anders dan onderdeel II.7 op pp. 12-14 (van de cassatiedagvaarding met het rolnr. C03/161) betoogt, gelet op de grieven van Liko niet gebonden aan de daar bedoelde overwegingen van de rechtbank, terwijl het hof de daar bedoelde stellingen van Impro - in aanmerking genomen dat het niet gehouden was expliciet op alle stellingen van Impro in te gaan - klaarblijkelijk heeft verworpen (en niet heeft miskend). Niettemin zal ik over deze stellingen nog iets meer zeggen.

5.23. Anders dan onderdeel II.7 op p. 12 (van de cassatiedagvaarding met het rolnr. C03/161) nog betoogt, heeft het hof Impro's stelling dat in de Sabina alle voordelen en effecten van Impro's uitvinding worden verwezenlijkt niet miskend of genegeerd, maar verworpen. Dit blijkt uit rov. 33, waar het hof - feitelijk en, gelet op de voorafgaande overwegingen, niet onbegrijpelijk - oordeelt dat van de Sabina (ook) 'niet gezegd [kan] worden, dat met haar (langere) hefarm in wezen hetzelfde resultaat, dat door het octrooi wordt beoogd, op in wezen dezelfde wijze wordt bewerkstelligd.' Zie ook hierna nr. 5.27 e.v.

5.24. Ook het betoog in onderdeel II.7 op de overloop van pp. 12 en 13 (van de cassatiedagvaarding met het rolnr. C03/161) kan niet tot cassatie leiden. Anders dan het onderdeel t.a.p. wil, valt in het daar genoemde nr. 19 van de pleitnota in appel niet de stelling te lezen dat aan het - gestelde - succes van de uitvinding door de combinatie van inventieve maatregelen (vaste kniesteun en okseldraagband) gevolg voor de door Impro gewenste beschermingsomvang zou moeten worden verbonden.(30) Overigens zou het aan het commerciële succes van een uitvinding verbinden van gevolgen voor de beschermingsomvang m.i. getuigen van een onjuiste rechtsopvatting, nu dit aspect in het licht van art. 30 ROW, art. 69 EOv en het daarbij behorende Protocol (terecht) niet als een relevante factor wordt aangemerkt.

5.25. Voor de bespreking van het betoog in onderdeel II.7 op pp. 13-14 (van de cassatiedagvaarding met het rolnr. C03/161), verwijs ik naar nrs. 5.7-5.8 supra.

5.26. Ten slotte volgt uit de voorgaande paragrafen dat de vraag of Impro door het element 'welke hefarm een effectieve lengte heeft die in de orde van grootte van die van een menselijk bovenbeen ligt' in de conclusie op te nemen afstand heeft gedaan van een gedeelte van de beschermingsomvang waarop het octrooi naar het wezen van de uitvinding recht geeft, niet aan de orde is,

daar dit element naar 's hofs niet onbegrijpelijke oordeel nu juist tot het wezen der uitvinding behoort. Onderdeel II.8 stuit, bij gemis aan feitelijke grondslag, hierop af.

Equivalentie

5.27. Ten aanzien van Impro's equivalentiebetoog heeft het hof in rov. 33 geoordeeld dat niet gezegd kan worden dat de Sabina met haar (langere) hefarm in wezen hetzelfde resultaat, op in wezen dezelfde wijze bereikt en dat de Sabina-inrichting derhalve niet als equivalent van de inrichting volgens het Impro-octrooi kan worden gezien.

5.28. Dit oordeel kan, als verweven met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet op juistheid worden gecontroleerd (vgl. nr. 4.1). Het is voorts niet onbegrijpelijk, noch onvoldoende gemotiveerd, naar ik als volgt moge toelichten.

Naar 's hofs niet onbegrijpelijke oordeel zal er, nu de hefarm van de Sabina-inrichting niet een effectieve lengte heeft in de orde van grootte van het menselijk dijbeen (zie nrs. 5.7-5.10), geen parallellogrambeweging optreden, waardoor het effect van deze beweging (namelijk: een vermindering van de benodigde hefkraft) niet wordt bereikt. In de visie van het hof wordt met de Sabina sta-oplift derhalve niet een met de Impro-uitvinding beoogd effect (ontlasting van de draagband door vermindering van de benodigde hefkraft) bereikt, laat staan dat dit op dezelfde manier wordt bereikt doordat op dezelfde manier zou worden gegeven. Dat het hof hieruit afleidt dat de Sabina sta-oplift niet als equivalente maatregel kan worden gezien, is geenszins onbegrijpelijk.

Voor zover in onderdelen I.2, I.4 en III.1 wordt aangevoerd dat het hof niet (op begrijpelijke wijze) is ingegaan op de vraag of met de Sabina (een deel van) het met de Impro-uitvinding beoogde effect wordt verkregen en voor zover in onderdelen I.4 en I.5 wordt betoogd dat het hof niet voldoende inzichtelijk heeft gemaakt waarom het met de geoctrooierde uitvinding beoogde effect met de Sabina niet wordt bereikt, stuiten de onderdelen hierop af.

5.29. Ook tegen dit oordeel wordt ten slotte - in onderdeel III.4 - een groot aantal motiveringsklachten gericht, welke veelal min of meer een herhaling zijn van eerdere klachten.

Voor zover het onderdeel er op pp. 17-19 (van de cassatiedagvaarding met rolnr. C03/161) over klaagt dat dit oordeel onjuist of onbegrijpelijk is in het licht van r.ovv. 8-10, 22 en 23 van 's hofs arrest, ziet het over het hoofd dat in 's hofs feitelijke en niet onbegrijpelijke oordeel voor het bereiken van de met de uitvinding beoogde effecten, naast de vaste kniesteun en de okseldraagband, ook een hefarm met een effectieve lengte in de orde van grootte van die van het menselijk bovenbeen essentieel is; dat dit element bij de Sabina-inrichting ontbreekt, en dat de Sabina geen maatregel bevat die in wezen hetzelfde effect bereikt, laat staan dat dit op in wezen dezelfde wijze gebeurt. De in het middelonderdeel t.a.p. aangehaalde overwegingen die zien op de geldigheid van het octrooi, staan niet aan dit

op de uitlegkwestie gerichte oordeel van het hof in de weg (ik verwijs naar nr. 5.21).

5.30. Anders dan het onderdeel op pp. 19 en 20 (van de cassatiedagvaarding met rolnr. C03/161) aanvoert, was het hof niet gebonden aan de in de cassatieschriftuur geciteerde overwegingen van de rechtbank (vergelijk nr. 5.22). Met name was het hof niet gebonden aan r.ovv. 9 en 12 van het rechtbankvonnis omtrent het vaststellen van de beschermingsomvang, nu het hof in het licht van de grieven gehouden was een eigen onderzoek naar de beschermingsomvang van het Impro-octrooi instellen.

5.31. Waar het onderdeel op pp. 20 en 21 (nog steeds van de cassatiedagvaarding met rolnr. C03/161) enkele door Impro in hoger beroep aangevoerde stellingen aanhaalt, gaat het er wederom aan voorbij dat naar 's hofs feitelijke en niet onbegrijpelijke oordeel ook de hefarm met een effectieve lengte in de orde van grootte van die van het menselijk bovenbeen wezenlijk voor de geoctrooierde uitvinding is en dat met de Sabina het met deze maatregel beoogde effect in het geheel niet, laat staan op in wezen dezelfde wijze, wordt bereikt. Zie in verband met deze stellingen van Impro ook nrs. 5.7-5.8.

5.32. Op pp. 21-23 (van de cassatiedagvaarding met rolnr. C03/161) wordt er ten slotte over geklaagd dat, voor zover 's hofs beslissing moet worden gelezen in die zin dat het hof meent dat van een in wezen op dezelfde wijze bereiken van in wezen hetzelfde resultaat geen sprake is omdat in de Sabina geen parallellogramhefbeweging plaatsvindt (omdat de lengte van de hefarm in de Sabina niet ongeveer gelijk is aan de dij-lengte van een gemiddelde persoon), deze beslissing onjuist dan wel onbegrijpelijk is. Daartoe wordt een aantal argumenten aangevoerd.

De klacht op p. 21 miskent evenwel - opnieuw - dat naar 's hofs feitelijke en niet onbegrijpelijke oordeel ook de hefarm met een effectieve lengte in de orde van grootte van die van het menselijk bovenbeen wezenlijk is voor de geoctrooierde uitvinding.

Voorts is, anders dan het onderdeel op p. 22 bovenaan betoogt, 's hofs oordeel niet onbegrijpelijk in het licht van de daar aangehaalde stelling van Impro bij pleidooi ('dat de parallellogrambeweging in Liko's lift al even benaderd is als de parallellogram uit de beschrijving van het octrooi'). Blijkens rov. 33 heeft het hof dit, niet onbegrijpelijk, beoordeeld als een onvoldoende gemotiveerde weerspreking van hetgeen Liko ten deze ampel bij MvG had gesteld.(31)

De klachten op p. 22, tweede alinea en de overloop van pp. 22 en 23 gaan er (weer) aan voorbij dat het hof nu juist wel heeft kunnen concluderen dat het voor de geoctrooierde uitvinding essentieel is dat de effectieve lengte van de hefarm in de orde van grootte van het menselijk bovenbeen ligt en dat een parallellogramhefbeweging wordt bereikt (zie nrs. 5.15-5.18). Ten onrechte isoleert het eerste stuk van deze klacht de drie daar aangehaalde eerste volzinnen van rov. 32 uit het geheel van 's hofs redenering.

De klacht op p. 23, dat dit oordeel enkel (geheel) is gebaseerd op de 'in de beschrijving beschreven

uitvoeringsvoorbeelden', mist feitelijke grondslag: onmiskenbaar en met recht heeft het hof zich, (mede) blijkens rov. 4 en rov. 31, gebaseerd op de conclusie, waarbij de beschrijving en de tekeningen dienden tot uitleg van de conclusie.

Dat in de beschrijvingsinleiding op p. 1, regel 33 op geen enkele wijze wordt aangegeven dat voor het bereiken van datgene wat het octrooi beoogt van belang is dat een parallellogram wordt gevormd - hetgeen het hof overigens, in tegenstelling tot het onderdeel op p. 22, derde alinea stelt, niet heeft miskend - doet aan 's hofs oordeel niet af (zie ook nrs. 5.19-5.20).

5.33. Gelet op het vorenstaande meen ik dat het principale cassatieberoep verworpen dient te worden. Ik zal evenwel ook het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep bespreken.

6. Bespreking van het voorwaardelijk incidentele cassatiemiddel

6.1. Het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep richt zich met een aantal klachten tegen 's hofs oordeel, in r.ovv. 13-29 van het bestreden arrest, omtrent de vraag of het Impro-octrooi vanwege gebrek aan nieuwheid en/of inventiviteit nietig moet worden verklaard.

6.2. Onderdeel 1 komt op tegen rov. 14 waarin het hof heeft geoordeeld dat, om te kunnen concluderen dat een uitvinding niet nieuw is, het zo moet zijn dat alle maatregelen die tezamen een uitvinding beschrijven, uit ??n (samenhangende) openbaarmaking blijken.

Het onderdeel voert aan dat het hof hiermee heeft miskend dat ook dan van niet-nieuwheid sprake kan zijn, indien de maatregelen uit de conclusie uit een samenstel van openbaarmakingen blijken.

6.3. De gangbare opvatting in de Nederlandse literatuur is dat de voor het verkrijgen van een octrooi vereiste nieuwheid slechts ontbreekt in het geval dat de geoctrooierde uitvinding in zijn geheel reeds bekend is uit een eerdere (samenhangende) openbaarmaking.(32) De schriftelijke toelichting bij het onderdeel (p. 19, nrs. 59-60) wijst - voor zover ik weet terecht - erop dat een zodanige uitleg niet als juist door de Hoge Raad bevestigd is, en het onderdeel wil kennelijk een minder restrictieve uitleg van het nieuwheidsvereiste ingang doen vinden.

6.4. Met de steller van het middel wil ik in zoverre meegaan, dat het van een onjuiste rechtsopvatting zou getuigen indien het hof geoordeeld zou hebben dat alle maatregelen die tezamen een uitvinding beschrijven, in ??n en hetzelfde document te lezen zouden moeten zijn. Dat is (vanzelfsprekend) niet nodig: de niet-nieuwheid kan ook het gevolg zijn van de eerdere beschrijving van een deel van de uitvinding in document A, dat voor andere delen van de uitvinding verwijst naar documenten B en C (die op hun beurt weer kunnen doorverwijzen naar documenten D en E).

Eveneens zou het van een onjuiste rechtsopvatting getuigen, indien het hof geoordeeld zou hebben dat in de voorpublicatie A (en in de verwezen voorpublicaties B etc.) tevens elementen beschreven zouden moeten zijn die geacht kunnen worden te behoren tot de normale vakkennis van de gemiddelde vakman.(33) Het is (vanzelfsprekend) niet vereist dat het geoctrooierde

voortbrengsel voor iedere willekeurige persoon uit de betreffende openbaarmaking kenbaar is: het gaat erom of de gemiddelde vakman die de publicatie (en de eventueel verwezen voorpublicaties) met zijn vakkenis leest de gehele geoctrooierde uitvinding voor ogen krijgt.

6.5. Het onderdeel berust m.i. evenwel op een verkeerde lezing van het arrest, nu -door mij afgewezen - vereisten voor niet-nieuwheid als hiervoor onder 6.4 bedoeld, in rov. 14 van 's hofs arrest redelijkerwijs niet te lezen zijn. Met '??n (samenhangende) openbaarmaking' heeft het hof kennelijk het oog op ??n openbaarmaking die verwijzingen naar andere openbare documenten kan bevatten; en met het woord 'blijken' heeft het hof kennelijk het oog op 'blijken aan de gemiddelde vakman'.

6.6. Voor zover het onderdeel betoogt dat ook overigens (dus zonder verwijzingen) bekendheid zou moeten worden aangenomen indien een uitvinding kan blijken uit een samenstel van openbaarmakingen, heeft het kennelijk het oog op een verzameling van los van elkaar staande openbaarmakingen van onderdelen van de uitvinding. In die zin gelezen, gaat het onderdeel m.i. uit van een onjuiste rechtsopvatting. De vraag in hoeverre een uitvinding voor de gemiddelde vakman valt af te leiden uit losstaande publicaties, is een vraag die in het (Nederlandse en internationale) octrooirechtelijke systeem ter toets is bij de beoordeling van de voor octrooiverlening vereiste inventiviteit. Zie daarover hierna, nr. 6.17 e.v.

6.7. De onderdelen 2.a, 2.b en 2.c keren zich tegen overwegingen, waarin het hof enkele meer gedetailleerde argumenten van Liko ter ondersteuning van haar beroep op niet-nieuwheid heeft verworpen.

6.8. Onderdeel 2.a richt zich tegen rov. 16, waarin het hof heeft geoordeeld dat er wel degelijk een constructief verschil bestaat tussen een hefmechanisme met een draagband die onder het zitvlak aangrijpt en een hefmechanisme met een draagband die onder de oksels aangrijpt en dat, wil een hefmechanisme met draagband die onder de oksels aangrijpt, goed kunnen functioneren, de draagband zich bij aanvang van dat heffen ten minste ter hoogte van de oksels dient te bevinden.

Volgens het onderdeel is (althans zonder nadere motivering) onbegrijpelijk dat het hof hieraan de conclusie verbindt dat de hefarmen waaraan de draagband is bevestigd zich eveneens ter hoogte van de oksels dienen te bevinden.

6.9. Ik acht 's hofs oordeel niet onbegrijpelijk, noch onvoldoende gemotiveerd. Het hof heeft bij de beoordeling van de vraag waar de hefarmen (waaraan de draagband is bevestigd) zich moeten bevinden, wil de inrichting kunnen functioneren, logischerwijs gekeken naar de manier waarop de hefinrichting effect sorteert: dat wil zeggen naar de manier waarop de patiënt daadwerkelijk geheven wordt. Het hof heeft onmiskenbaar geoordeeld dat hiervan pas sprake is wanneer ten minste ter hoogte van de oksels wordt geheven, hetgeen allerminst onbegrijpelijk is. Dat het hof hieruit heeft afgeleid dat, wil de lift enig effect hebben, de hefarmen (althans het punt op de hefarmen waar de

draagband is bevestigd) zich ter hoogte van de oksels moeten bevinden, is dus evenmin onbegrijpelijk, noch onvoldoende gemotiveerd.

6.10. In onderdeel 2.b wordt betoogd dat onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd is 's hofs conclusie dat voor een hefmechanisme met een onder de oksels aangrijpende draagband een andere constructie is vereist dan voor een hefmechanisme met een onder het zitvlak aangrijpende draagband.

Behoudens hetgeen uit de laatste zin van rov. 16 volgt, geeft het hof voor deze conclusie geen enkele motivering, aldus het onderdeel. Daarnaast acht de klacht de beslissing onbegrijpelijk, althans ontoereikend gemotiveerd, in het licht van hetgeen zijdens Liko is aangevoerd. Zo heeft Liko, aldus het onderdeel, onder meer betoogd dat de gemiddelde vakman op basis van de conclusie van het Kleinwolterink-octrooi(34) tot de gevolgtrekking zou komen dat, nu de draagband achter de rug door wordt geleid bij een zittende patiënt, deze achter de rug komt te rusten en bij het omhoog trekken onder de oksel zou kunnen aangrijpen, om welke reden een draagband onder de oksels voor het heffen vanuit zittende naar staande positie zonder meer onder het bereik van de conclusie valt, en daarmee bekend is.(35) Voorts heeft Liko aangevoerd dat aan een en ander niet afdoet het feit dat in een uitvoeringsvorm, getoond in de figuren van het Kleinwolterink-octrooi, van een langs de rug geleide draagband aan het einde van de hefarmen onder de billen van de patiënt wordt gepositioneerd, nu de gemiddelde vakman zonder meer zal begrijpen dat het daar slechts om een uitvoeringsvorm gaat waarbij wezenlijk is de combinatie van hefarmen met daartussen een draagband in combinatie met de kniesteun waartegen de knie gedurende de gehele hefbeweging rust, weshalve de vakman op basis van die tekst zal begrijpen dat de draagband ook hoger op de rug kan worden aangebracht, of naar een hogere positie langs de rug omhoog kan schuiven zodat de band onder de oksels aangrijpt.(36)

6.11. Ook deze klacht faalt. 's Hofs oordeel is niet onbegrijpelijk, nu onmiskenbaar is dat er, bezien vanuit de beoordeling van de nieuwigheid, in de constructie van de twee inrichtingen (de inrichting volgens het Impro-octrooi en de inrichting volgens het Kleinwolterink-octrooi) een relevant verschil zit, namelijk ofwel in de positie van de hefarmen, ofwel in de lengte van de draagband.

Het hof is voorts in rov. 17 - voldoende - ingegaan op de in hoger beroep zijdens Liko aangevoerde stellingen. Het hof heeft evenwel, in weerwil en onder verwerping van deze stellingen, onmiskenbaar geoordeeld dat de draagband van het Kleinwolterink-octrooi in de visie van de gemiddelde vakman uitsluitend gebruikt wordt en bedoeld is om de patiënt onder diens zitvlak aan te grijpen en dat deze onder het zitvlak aangrijpende draagband, blijkens de conclusie, beschrijving en tekeningen, niet slechts een uitvoeringsvorm betreft, doch wezenlijk is voor de uitvinding van het Kleinwolterink-octrooi. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk en behoeft geen nadere motivering.

6.12. Onderdeel 2.c klaagt erover dat 's hofs oordeel in rov. 16 in fine onbegrijpelijk is, nu onvoldoende inzichtelijk is waarom verschillende lengten van de draagband tot de conclusie kunnen en moeten leiden dat er een (rechtens relevant) voldoende constructief verschil is tussen de inrichting volgens het Impro-octrooi en de inrichting volgens het Kleinwolterink-octrooi.

6.13. 's Hofs oordeel dat een inrichting - vanuit nieuwigheidsgezichtspunt - in constructief opzicht anders is indien de draagband een aanmerkelijk grotere lengte heeft, is niet onbegrijpelijk.(37) Voor het overige laat dit oordeel, verweven als het is met waarderungen van feitelijke aard, zich in cassatie niet toetsen. Ook onderdeel 2.c wordt derhalve tevergeefs voorgesteld.

6.14. Onderdeel 3 herhaalt de stelling van Liko dat de gemiddelde vakman op basis van conclusie 1 van het Kleinwolterink-octrooi tot de gevolgtrekking zal komen dat, nu de draagband achter de rug door wordt geleid bij een zittende patiënt, deze achter de rug komt te rusten en bij het omhoog trekken onder de oksels zou kunnen aangrijpen.

Het onderdeel voert aan dat, voor zover het hof in rov. 17 meent dat de conclusie van het Kleinwolterink-octrooi 'niet geheel duidelijk' is, zulks in het licht van de tekst daarvan niet begrijpelijk is. Ten onrechte is het hof, aldus het onderdeel, voorbijgegaan aan het betoog zijdens Liko dat aan haar stellingen omtrent de duidelijkheid van deze conclusie niet afdoen de in de figuren getoonde uitvoeringsvorm en de daarop betrekking hebbende beschrijving.

Volgens de klacht besteedt het hof ten onrechte evenmin aandacht aan Liko's stelling dat de gemiddelde vakman zonder meer zal begrijpen dat het in die figuren slechts om een uitvoeringsvorm gaat en dat de draagband ook hoger op de rug kan worden aangebracht of naar een hogere positie langs de rug omhoog kan schuiven zodat de band onder de oksels aangrijpt.

6.15. Ook deze klacht faalt, aangezien 's hofs oordeel niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, noch onbegrijpelijk is, noch onvoldoende gemotiveerd.

Met name is niet onbegrijpelijk 's hofs oordeel dat, hoewel de conclusie vanwege het zinsdeel 'behind the back' niet geheel duidelijk is, de tekeningen en de beschrijving ter toelichting daarvan, ondubbelzinnig doen blijken dat de "sling means" uitsluitend gebruikt worden en kennelijk bestemd zijn voor aangrijping onder het zitvlak. Daarin ligt besloten 's hofs verwerping van de stelling dat de gemiddelde vakman bedoelde tekeningen en beschrijving slechts zou opvatten als een uitvoeringsvorm. Ik verwijs voorts naar nr. 6.11 supra.

6.16. Onderdeel 4 klaagt er ten slotte over dat het hof in r.ovv. 22 en 23 heeft miskend dat het er bij de vraag of sprake is van inventiviteit om gaat of de gemiddelde vakman uit de combinatie van aangevoerde documenten zal afleiden dat datgene waarvoor Impro octrooi heeft gekregen, gegeven de stand van de techniek, voor de hand lag en dat niet volstaat de aangedragen geschriften (slechts) afzonderlijk te bezien, hetgeen het hof heeft gedaan.

6.17. Deze klacht komt mij gegrond voor.

Bij de beoordeling van het beroep op (niet-)inventiviteit in de zin van art. 2A Rijksoctrooiwet (art. 6 ROW 1995) is het wettelijk criterium of datgene waarvoor octrooi wordt gevraagd, gegeven de stand van de techniek, al dan niet voor de hand lag.

Terwijl - zoals in nr. 6.3 ter sprake kwam - bij toetsing aan het nieuweheidsvereiste nieuwheid slechts ontbreekt in het geval dat de geoctrooieerde uitvinding in zijn geheel reeds bekend is uit een eerdere (samenhangende) openbaarmaking(38), kan die voorwaarde juist niet gesteld worden bij de inventiviteitstoetsing.

Terecht merken Van Nieuwenhoven Helbach, Huydecoper en Van Nispen in dit verband onder meer op dat bij een andere opvatting er 'geen ruimte overblijft voor toetsing aan een zelfstandig vereiste van niet-voor-de-hand-liggendheid'.(39)

6.18. Kennisneming van de r.ovv. 22 en 23 van het bestreden arrest laat m.i. geen andere conclusie toe dan dat het hof de daar bedoelde geschriften niet in combinatie heeft gezien, doch op basis van een afzonderlijke (zij het in enkele gevallen: naar onderwerp samengenomen groepsgewijze) beoordeling telkens heeft geoordeeld dat hetgeen uit die afzonderlijke publicaties te leren is niet aan de inventiviteit van het onderwerp van Impro's octrooi in de weg staat.

In het licht van de hiervoor in nr. 6.17 aangegeven maatstaf geeft dit oordeel van het hof m.i. blijk van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel is dit oordeel ontoereikend gemotiveerd. Van een onjuiste rechtsopvatting is sprake indien het hof heeft geoordeeld dat het kon volstaan met beoordeling van de voor-de-hand-liggendheid op basis van de geïsoleerde (zij het in enkele gevallen: groepsgewijs naar onderwerp samengenomen) beoordeling van de door Liko voorgedragen anticipaties. Mocht het hof wel van de juiste maatstaf zijn uitgegaan, dan heeft het, doordat een nadere motivering ontbreekt, onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang ten aanzien van de vraag waarom ook het geheel van de door Liko voorgehouden anticipaties tot het oordeel zou moeten leiden dat in dat geheel geen (afdoende) bezwaren ter ondersteuning van het beroep op niet-inventiviteit in de zin van art. 2A Rijksoctrooiwet aanwezig zouden zijn.

6.19. Gelet op het bovenstaande ben ik van mening dat, indien bij gegrondbevinding van het principale beroep het incidentele beroep aan de orde komt, ook (onderdeel 4 van) het incidentele beroep gegrond verklaard dient te worden.

7. Conclusie

Mijn conclusie strekt tot verwerping van het principale beroep.

Noten bij Conclusie A.-G.

1 Ontleend aan r.ovv. 1.1-1.6 van het vonnis van de rechtbank, waarnaar het hof in rov. 1 van het bestreden arrest verwijst.

2 Het octrooi is dus inmiddels vervallen, A-G.

3 De bij het octrooischrift behorende figuren 1 en 6 zijn afgebeeld op pp. 2 en 3 van het vonnis van de rechtbank.

4 Beide cassatiedagvaardingen dateren van 2 mei 2003.

5 Naar het hof in rov. 3 heeft overwogen, betreft het hier een octrooi dat is verleend op een aanvraag die is ingediend v?r 1 april 1995, zodat ingevolge art. 102 lid 1 Rijksoctrooiwet 1995 uitsluitend het bij en krachtens de Rijksoctrooiwet (1910) bepaalde van toepassing is.

6 Zie Van Nieuwenhoven Helbach/Huydecoper/Van Nispen, Industri?le eigendom, deel 1, 2002 (hierna: vNH/H/vN 2002), nr. III.5.2.16, p. 219 en (recent) bijv. HR 2 november 2001, C00/031, NJ 2001, 686, BIE 2003, nr. 30, p. 209 m.nt. JdH (BT/KPN), rov. 3.2.3.

7 Vanaf HR 20 juni 1930, NJ 1930, p. 1217 m.nt. PS (Philips/Tasseron).

8 Letterlijk: 'dat waarin naar het wezen der zaak de geoctrooieerde uitvinding bestaat.'

9 Stb. 160.

10 HR 27 januari 1989, nr. 13394, NJ 1989, 506 m.nt. LWH, BIE 1989, nr. 65, p. 202.

11 HR 13 januari 1995, nr. 15564, NJ 1995, 391 m.nt. DWFV, BIE 1995, nr. 85, p. 333, IER 1995, nr. 17, p. 76.

12 HR 29 maart 2002, C00/201, NJ 2002, 530 m.nt. ChG, BIE 2003, nr. 14, p. 99 m.nt. JdH.

13 Zie over de rol van het verleningsdossier nader hierna, nr. 4.8.

14 HR 12 maart 2004, C02/224, JOL 2004, 134 (PTC/Dieseko), r.ovv. 3.3 en 3.5.10.

15 Vgl. de eerder geciteerde rov. 3.3.1 uit Ciba-Geigy/Oté.

16 NJ 1999, 410 m.nt. DWFV, BIE 1998, nr. 85, p. 407 m.nt. Ste. Vgl. ook vNH/H/vN 2002, nr. III.5.2.13, p. 216 alsmede nr. III.5.2.16, p. 219.

17 HR 12 maart 2004, C02/224, JOL 2004, 134.

18 W.A. Hoyng, Bescherming(somvang) anno 1989, oratie KUB 1990, p. 21. Zie ook Hoyng, Brighter days ahead?, in: Allied and in Friendship, Schaper-bundel, 2002, pp. 92 en 93. Vgl. verder bijv. Losbl. Intellectuele Eigendom (Ebbink), ROW 1995, art. 53 lid 2, nrs. 6.3 en 10; Huydecoper, Beschermingsomvang van octrooien, NJB 1989, p. 367; Huydecoper, Pieroen revisited, BIE 1992, p. 35; mijn noot onder 12 bij HR 13 januari 1995, nr. 15564, NJ 1995, 391 (Ciba-Geigy/Oté); Wien, Uitvindersland in Europees verband, De Hoge Raad over de moderne beschermingsomvang van octrooien, NJB 1995, p. 1039; Bertrams, Equivalentie in het octrooirecht, diss. 1998, pp. 264-266 en Gielen in zijn noot onder 1 bij HR 29 maart 2002, C00/201, NJ 2002, 530 (Van Bentum/Kool).

19 D.J.G. Visser, Het ABC van iedere IE inbreuk, Het belang van de rest van de markt, oratie Leiden, Den Haag 2004, Boom. Zie met name pp. 25-29.

20 Pres. Rb. 's-Gravenhage 20 februari 1990, BIE 1992, nr. 2, p. 6 (Straatveegborstel). Vgl. ook bijv. Hof 's-Gravenhage 21 maart 1991, BIE 1992, nr. 62, p. 210 (Gekoppelde betonnen funderingspaal), Pres. Rb. 's-Gravenhage 27 september 1994, BIE 1995, nr. 94, p. 369 (Ultrasone behandelapparatuur met koppen), Pres.

Rb. 's-Gravenhage 4 september 1995, BIE 1996, nr. 110, p. 402 (Verticale draineerkanalen-machine) (toevallig ook met betrekking tot een parallellogram) en Hof 's-Gravenhage 4 december 1997, BIE 1999, nr. 36, p. 120 (Plantinfo).

21 Tenzij ik (toch) iets over het hoofd gezien zou hebben, zijn de inleiding en de klachten in beide cassatieschriften identiek. De opmaak van de cassatiedagvaardingen is echter niet identiek. Indien ik naar pagina's verwijst (hetgeen bij gebrek aan adequate nummering soms nodig is), verwijst ik naar de pagina's in de dagvaarding in de zaak tegen Liko Nederland BV, rolnr. C03/161.

22 Zie bijv. pleitnotities in hoger beroep (mr. Van den Broek), pp. 8 en 9, onder 26-28.

23 Aldus deel uitmakend van het verleningsdossier. Zie CvE, productie 3 (Antwoord Bezwaarschrift van 20 mei 1994), p. 3.

24 Zie pleitnotities in hoger beroep (mrs. Gielen en Burgers), p. 13, onder 36 en p. 17, onder 48.

25 Vgl. supra nr. 4.8, en het citaat aldaar uit rov. 3.4.1 van het Ciba-Geigy/Oté-arrest: 'De rechter zal dan ook slechts wanneer hij oordeelt dat het voor de gemiddelde vakman ook na bestudering van de beschrijving en de tekeningen nog voor redelijke twijfel vatbaar blijft hoe de inhoud van de conclusies moet worden begrepen, gebruik mogen maken van verhelderende gegevens uit het openbare deel van het verleningsdossier.'

26 In het navolgende zal nog aan de orde komen of, zoals het onderdeel betoogt, het hof de parallellogramhefbeweging tot het wezen der geotrooieerde uitvinding rekent en of dit oordeel onbegrijpelijk dan wel onvoldoende gemotiveerd is (zie nr. 5.14 e.v.).

27 Vgl. de hierboven in nr. 4.7 geciteerde rov. 3.3.2 uit HR 5 september 1997, nr. 16299, NJ 1999, 410 (Stamicarbon/Dow).

28 Gemakshalve geef ik die hier nog eens weer: 'Inrichting voor het oprichten van een patiënt vanuit een stoel of andere zetel naar een in hoofdzaak staande positie, bestaande uit een van een op loopwielen vrijrijdbaar ondergestel opstaand steunframe met een om een horizontale as tussen een in hoofdzaak horizontale, met de zitpositie corresponderende stand en een met de staande positie corresponderende, schuin naar boven gerichte stand zwenkbare hefarm, welke hefarm een effectieve lengte heeft die in de orde van grootte van die van een menselijk bovenbeen ligt, middelen draagt voor het onder de oksels aangrijpen van de patiënt en voorzien is van zijdelings op afstand gelegen aangrijpingspunten voor een in een lus tussen die aangrijpingspunten verlopende draagband, terwijl onder de zwenkas van de hefarm een voetsteun op het ondergestel is aangebracht, met het kenmerk, dat zich tussen de zwenkas en de voetsteun een recht boven de voetsteun aangebrachte vaste kniesteun bevindt en dat de middelen voor het onder de oksels aangrijpen van de patiënt uitsluitend worden gevormd door de draagband.'

29 NB: deze deeloverweging gaat vooraf aan de deeloverweging die betrekking heeft op een correctie op een eventuele ruimere dan letterlijke uitleg in verband

met het rechtszekerheidsgezichtspunt. (De overweging is uitvoeriger aangehaald in nr. 4.4 supra.)

30 De opmerking in de pleitnota in appel nr. 19 staat ook niet in het hoofdstuk 'inbreuk' maar in het hoofdstuk 'uitvinding'. (Zie over de vraag of en in hoeverre een commercieel succes in aanmerking genomen kan worden voor de vraag of aan de inventiviteitstoets is voldaan: vNH/H/vN 2002, nr. III.3.4.12 sub c, p. 96, met reserves.)

31 Vgl. memorie van grieven, p. 25, nr. 88: 'De hefbeweging van de Sabina is in de eerste 45 graden bijna geheel verticaal, wat betekent dat de patiënt voor dat deel van de beweging naar achteren hangt. Pas na de eerste 45 graden van de hefbeweging, wanneer de patiënt al bijna staat, vormt de kniesteun een vast aangrijpingspunt. De patiënt verkeert dan al bijna in een verticale positie, waardoor van de door de Rechtbank veronderstelde hefboomwerking al geen sprake meer kan zijn. Een parallellogrambeweging, zelfs een "benaderde" parallellogrambeweging, wordt daarom niet tot stand gebracht.' Zie ook pleitnotities in hoger beroep van mrs. Gielen en Burgers, pp. 14-15, onder 40 en p. 16, onder 45-46.

32 Zie bijv. vNH/H/vN (2002), nr. II.3.5, pp. 77 en 78; T&C IE (1998), aant. 3 op art. 4 ROW 1995 (Den Hartog); Wichers Hoeth c.s., Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht, 8e druk 2000, nr. 13, p. 17 (Hermans).

33 Vgl. ook de noot van J.H. Spoor bij Hof 's-Gravenhage 28 augustus 2003 (ventilatie-inrichting), BIE 2004, nr. 40, p. 248.

34 Zie prod. 5 bij MvG.

35 Zie MvG, onder 54.

36 Zie MvG, onder 55.

37 Hier dringt zich een vergelijking op met de in het principaal beroep aan de orde zijnde (door het hof ook ontkennend beantwoorde) vraag naar de gelijkheid van een lengte 'in de orde van grootte van een menselijk bovenbeen' en een 1,5 ? 2 maal zo lange lengte.

38 Waarbij, als in nr. 6.4 aangegeven, naar mijn mening ook documenten waarnaar verwezen is aan de nieuwigheid kunnen afdoen.

39 vNH/H/vN 2002, nr. III.3.4.3 (Wettelijke basis; verhouding tot nieuwigheid), pp. 90 en 91, met verwijzingen; vgl. ook nrs. III.3.4.10-14, pp. 94-99, met vermelding van vuistregels en casuïstiek uit de lagere jurisprudentie. Vgl. ook Wichers Hoeth c.s., Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht, 8e druk 2000, nr. 13, p. 17 in fine (Hermans).