

Rb Den Haag, 21 juni 2007, Prodict v Smulders

www.prodict.nl

**OCTROOIRECHT - PROCESRECHT****IPR – territoriale reikwijdte – artikel 74 Row****Row uitsluitend van toepassing op continentaal plat voor zover "het onderzoek naar de aanwezigheid van natuurlijke rijkdommen of het winnen daarvan" betreft**

Volgens Smulders c.s. en Van Oord c.s. moet het begrip "natuurlijke rijkdommen" – ook al beperkt gedefinieerd in art. 1 ROW 1995 – uit de uitzondering van (thans) art. 74 ROW 1995 volgens de wetsgeschiedenis beperkt worden uitgelegd en kan dit uitsluitend "het onderzoek naar de aanwezigheid van natuurlijke rijkdommen of het winnen daarvan" betreffen, waarbij zij verwijzen naar de parlementaire geschiedenis op de voorloper van art. 44B ROW 1910, te weten art. 44bis van die wet. Hoewel naar voorlopig oordeel de tweede uitleg voorshands, gelet op de wetstekst en de uit de octrooiwettelijke wetsgeschiedenis blijkende bedoeling van de uitzondering van art. 74 ROW 1995, juist voorkomt (...).

Inbreuk onvoldoende aannemelijk**Onvoldoende aannemelijk is geworden dat Smulders c.s. en Van Oord c.s. kabelbescherming in de zin van de hoofdconclusie van het octrooi toepassen of dreigen te gaan toepassen (bijvoorbeeld op termijn van 2 – 3 jaar, zoals Alberts aanvoert, als er freespanshade zal zijn ontstaan) – ook niet bij wege van equivalentie****Ontvankelijkheid****Octrooilicentienemer niet-ontvankelijk****Geen grensoverschrijdend verbod****Voorts moet ieder grensoverschrijdend octrooi-inbreukverbod al worden afgewezen bij gebreke van substantiëring van validering buiten Nederland, die zijdens Smulders c.s. en Van Oord c.s. wordt betwist.****GEMEENSCHAPSMODELRECHT****Uiterlijk volledig technisch bepaald****dat het uiterlijk van de bij het Q7 project gehanteerde telescopische J-tubes vrijwel geheel technisch wordt bepaald.**

Nog daargelaten dat maar uiterst summier is aangegeven op welke modelrechten – die zouden moeten blijken uit figuren 31 en 32 van het octrooi – Prodict precies het oog heeft, wordt voorshands geoordeeld dat het uiterlijk van de bij het Q7 project gehanteerde telescopische J-tubes (I-tubes worden, zo is onbestreden zijdens Smulders c.s. en Van Oord c.s. aangegeven, überhaupt niet gebruikt daar) vrijwel geheel technisch wordt bepaald.

ONEERLIJKE CONCURRENTIE**Geen oneerlijke concurrentie****Wanprestatie onvoldoende aannemelijk en bijkomende omstandigheden ter zake van profiteren van mogelijke wanprestatie niet gebleken**

Derhalve is voorshands al onaannemelijk dat Smulders Groep in haar contractuele relatie met Ahmtec toerekenbaar tekort is geschoten. Voor onrechtmatig handelen van (alle) gedaagden in conventie is bovendien naar vaste rechtspraak enkel profiteren van wanprestatie niet voldoende (en ook niet zulks "gedogen", zoals Prodict c.s. Van Oord c.s. aanrekenen blijkens de dagvaarding in deze procedure, hetgeen verder niet nader steekhoudend is toegelicht). Dat er – zo al sprake zou zijn van wanprestatie zijdens Smulders Groep – daarbij gesproken moet worden van additionele omstandigheden die dit onrechtmatig maken, is al helemaal onvoldoende gebleken.

PROCESRECHT**Proceskosten****Proceskosten van €199.000 gematigd tot €62.000 – voor MKB moet procederen tegen kapitaalkrachtige ondernemingen niet economisch onmogelijk worden**

Daarbij wordt ten slotte evenwel verdisconteerd dat redenen van billijkheid zich in het onderhavige geval verzetten tegen onverkorte toewijzing van deze bedragen, zodat deze op grond van deze in art. 14 van de Richtlijn bedoelde billijkheid zullen worden gematigd. Naar voorlopige opvatting moet immers worden voorkomen dat het voor het MKB vanwege kostenveroordelingen op de voet van de Handhavingsrichtlijn economisch onmogelijk wordt om te procederen tegen kapitaalkrachtiger segmenten uit het bedrijfsleven, zoals Prodict c.s. hebben aangevoerd. Dat kan niet de bedoeling zijn van het regime van de Handhavingsrichtlijn. Die situatie dreigt hier uitdrukkelijk, nu Prodict zich als startende onderneming geconfronteerd ziet met de gebundelde kracht van de gevestigde namen Smulders en Van Oord, zoals zij stelt en aannemelijk is en zijdens Smulders c.s. en Van Oord c.s. op zichzelf ook niet inhoudelijk is betwist. De onevenwichtigheid in de wederzijds opgevoerde advocaaten gemachtigdenkosten wijst daar ook op, daar zit grosso modo een factor 6,7 verschil tussen, nu de Handhavingsrichtlijnconforme (maar gelet op hun verliezende positie in conventie niet te honoreren) aanspraak van Prodict c.s. zelf ongeveer €30.000,- bedraagt. Het feit dat Prodict c.s. de procedure hebben

doorgezet, nadat zij zijdens gedaagden in conventie zijn gewezen op de omstandigheid dat zij het octrooi niet zouden toepassen is daarbij weliswaar een factor die ten nadele van Prodect c.s. meeweegt, maar niet zodanig dat bedoelde billijkheidscorrectie geheel achterwege behoort te blijven.

Vindplaatsen: BIE 2007, nr. 149, p. 712

Vzgr Rb Den Haag, 21 juni 2007

(G.R.B. van Peurseem)

(...).

zaaknummer / rolnummer: 285153 / KG ZA 07-385

Vonnis in kort geding van 21 juni 2007

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid PRODECT B.V.,
gevestigd te Schoonebeek,
2. Berend Fennechienes ALBERTS,
wonende te Nieuw-Amsterdam,
eisers in conventie,
verweerders in reconventie,
procureur mr. W. Heemskerck,
advocaat mr. A.E. Heezius te Amsterdam,
tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid SMULDERS GROEP B.V.,
gevestigd te Helmond,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid SMULDERS PROJECTS B.V.,
gevestigd te Helmond,

3. [...] SMULDERS,
wonende te Nuenen,
gedaagden in conventie sub 1. t/m 3.,
eisers in reconventie sub 1. t/m 3.,
procureur: mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt,
advocaat: (thans) mr. S.R. Hagen,

4. de naamloze vennootschap
VAN OORD N.V.,
gevestigd te Rotterdam,

5. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid VAN OORD DREDGING AND MARINE CONTRACTORS B.V.,
gevestigd te Rotterdam,

6. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid VAN OORD OFFSHORE B.V.,
gevestigd te Gorinchem,
gedaagden in conventie sub 4. t/m 6.,
eisers in reconventie sub 4. t/m 6.,
procureur mr. C.J.J.C. van Nispen,
advocaat tevens S.C. Dack, barrister.

Partijen zullen hierna Prodect c.s. en Smulders c.s. en Van Oord c.s. genoemd worden, partijen afzonderlijk tevens respectievelijk Prodect, Alberts, Smulders Groep, Smulders Projects, de heer Smulders, Van Oord N.V., Van Oord DMC en Van Oord Offshore.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaardingen van 12 april 2007;

- de conclusie van eis in reconventie zijdens Smulders c.s. en een vrijwel identieke conclusie van eis in reconventie zijdens Van Oord c.s.;

- de akte houdende vermeerdering van eis in conventie;
- de mondelinge behandeling op 5 juni 2007 en de bij gelegenheid daarvan door partijen ingebrachte producties, zijdens Prodect c.s. t/m prod. 28 met een aangevuld kostenoverzicht, zijdens Smulders c.s. t/m prod. 7 met een aangevuld kostenoverzicht en zijdens Van Oord c.s. t/m prod. 12; met tevoren van Prodect c.s. verkregen toestemming heeft de heer Dack ter zitting nog een foto ingebracht, met het voorstel die achter prod. 23 zijdens Prodect in te voegen, hetgeen is geschied;

- de pleitnota's van mr. Heezius en octrooigemachtigde Mink voor de zitting van 5 juni 2007;

- de pleitnota van mr. Hagen voor die zitting;

- de pleitnota van mr. Van Nispen en de heer Dack voor die zitting.

1.2. Het octrooirechtelijke deel van het geschil in conventie is ter zitting uitdrukkelijk beperkt tot de daarvoor in de dagvaarding aangevoerde grondslagen, te weten indirecte inbreuk op conclusie 24 en dreigende directe inbreuk op conclusie 24. De niet tevoren aangekondigde en eerst ter zitting opgebrachte uitbreiding van deze grondslag met directe inbreuk (letterlijk, danwel bij wege van equivalentie) op conclusie 1 en 24 en dreiging van inbreuk op conclusie 1, is op grond van de eisen van goede procesorde door de voorzieningenrechter niet toegestaan.

1.3. Vonnis is bepaald op heden.

2. De feiten

2.1. Alberts is houder van [Europees octrooi EP 1 616 377 B1](#) (hierna: EP 377 of het octrooi) met als titel: *Protector für Kabel und Rohrleitungen*, in de (onbestreden) Nederlandse vertaling: *Bescherming voor kabels en leidingen*, hem verleend op 28 februari 2007 op een aanvraag van 5 april 2004 met ingeroepen prioriteit vanaf 4 april 2003. De PCTaanvraag waar dit octrooi uit is voortgevloeid is op 14 oktober 2004 ter inzage gelegd. Het octrooi is in ieder geval gevalideerd voor Nederland. Tegen het octrooi is inmiddels op 21 mei 2007 oppositie ingesteld door Van Oord DMC. Conclusies 1 en 24 luiden in de oorspronkelijke Duitse tekst aldus:

1. Schützvorrichtung für Kabel und Rohrleitungen, insbesondere für Seekabel, mit einer Mehrzahl von Rohrhälften (2), von denen jeweils zwei zusammengefügte Rohrhälften (2) ein Rohrelement (4) bilden und in Reihe miteinander verbundene Rohrelemente (4) ein Rohr zur Aufnahme eines Kabels oder einer Rohrleitung (6) bilden, wobei die Rohrelemente (4) jeweils an einem ersten Ende einen kugelförmigen Abschnitt (8) und an einem zweiten, dem ersten Ende gegenüberliegenden Ende einen trichterförmigen Abschnitt (10) aufweisen, der im Inneren des kugelförmigen Abschnitts (8) eines benachbarten Rohrelements (4) aufgenommen und festgehalten ist, dadurch gekennzeichnet, dass die ein Rohrelement (4) bildenden Rohrhälften (2) durch miteinander in Eingriff stehende Bereiche (14, 16) des kugelförmigen Abschnitts (8)

verbunden sind, wobei das Rohrelement (4) außen frei von scharfen Kanten und hervorstehenden Ecken oder Kanten ist.

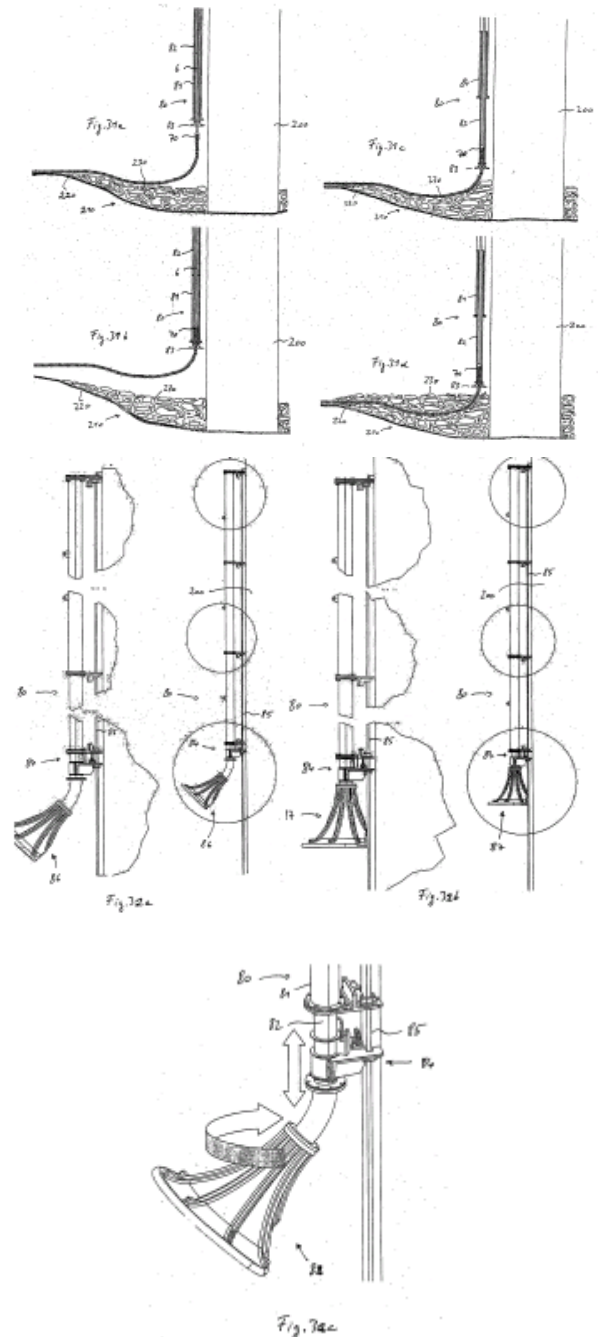
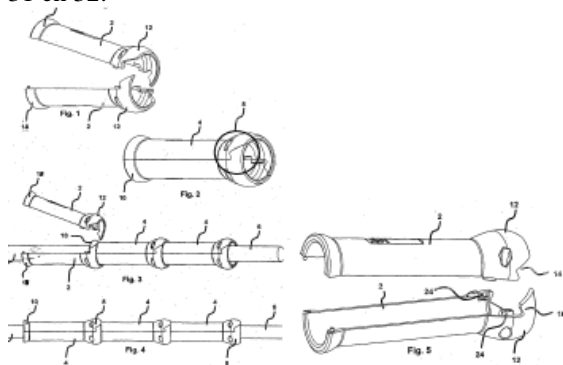
24. Schutzvorrichtung nach einem der vorstehenden Ansprüche, gekennzeichnet durch eine Aufnehmeröhre (80) zur Aufnahme des Endes des aus einer Anzahl von Rohrelementen (4) gebildeten Rohrs, wobei die Aufnehmeröhre (80) eine äußere Röhre (81) und eine innere, in der äußeren Röhre verschiebbare Röhre (82) aufweist.

In de Nederlandse vertaling:

1. Beschermingsinrichting voor kabels en leidingen, in het bijzonder voor zee kabels, met een aantal pijphelften (2), waarvan telkens twee samengevoegde pijphelften (2) een pipelement (4) vormen en in serie met elkaar verbonden pipelementen (4) een pijp voor opname van een kabel of een leiding (6) vormen, waarbij de pipelementen (4) telkens aan een eerste einde een bolvormig segment (8) en aan een tweede, tegenover het eerste einde liggende einde een trechtervormig segment (10) hebben, dat in het inwendige van het bolvormige segment (8) van een naburig pipelement (4) is opgenomen en vastgehouden, met het kenmerk, dat de pijphelften (2) die het pipelement (4) vormen door in elkaar aangrijpende gebieden (14, 16) van het bolvormige segment (8) zijn verbonden, waarbij het pipelement (4) van buiten vrij van scherpe kanten en uitstekende hoeken of kanten is.

24. Beschermingsinrichting volgens één der voorgaande conclusies, gekenmerkt door een opnamebuis (80) voor opname van het einde van de uit een aantal pipelementen (4) gevormde pijp, waarbij de opnamebuis (80) een buitenste buis (81) en een binnenste, in de buitenste buis verschuifbare buis (82) heeft.

Bij het octrooi behoren onder meer de volgende (verkleind weergegeven) figuren 1 t/m 5 en 31 en 32:



2.2. De betreffende techniek wordt toegepast als kabelbescherming van elektriciteitskabels en andere leidingen voor offshore projecten, zoals windmolenparken op volle zee. Dergelijke windmolenparken worden pas sinds betrekkelijk korte tijd op volle zee aangelegd. Het eerste Nederlandse windmolenpark op zee is dit voorjaar geopend bij Egmond. Wereldwijd zijn er thans 16 van dergelijke windmolenparken. Het windmolenpark Q7 in aanleg ligt geheel offshore in blok Q7 van het Nederlands Continentaal Plat op 23 km uit de kust in water met een diepte van 20 – 25 meter. Het project beslaat een totale investering van € 383.000.000,-. Het bestrijkt de aanleg van 60 windmolens die elk 2 MW energie leveren en een infrastructuur van kabels om het opgewekte vermogen te bundelen en landwaarts af te voeren. De windmolens staan ongeveer

550 meter van elkaar en het totale oppervlak van het Q7 project bedraagt 14 km².

2.3. Kabels en leidingen die over of in de zeebodem worden geleid hebben te lijden van de omstandigheden aldaar. Teneinde beschadigingen te voorkomen kan bedoelde (of andere) kabelbescherming worden toegepast. Ter plaatse van de torens moeten de zeekabels en leidingen van of vanuit de bodem omhoog worden geleid. Dit kan gedaan worden door die kabels en leidingen door zogenoemde "J- of I-tubes" te leiden, die gefixeerd worden aan de sokkel of het platform of in de bodem worden bevestigd.

2.4. Eén van de daarbij optredende verschijnselen wordt in het veld aangeduid met het begrip "scouring", het ontstaan van zogenoemde "schuurkomgaten". Rondom een fundering of sokkel trekt de (zandige) zeebodem na verloop van tijd weg, zodat er als het ware een kuil rondom die fundering of sokkel ontstaat. Zonder maatregelen levert dat spanningsproblemen op de kabels en leidingen op ter hoogte van zo'n scouring gat, omdat de kabels/ leidingen dan gaan "zweven". In door partijen gehanteerd jargon heet dat "freespan". In bovenbedoelde figuur 31 uit het octrooi is freespan schematisch aangeduid in figuren 31a en 31b (links boven elkaar). Afhankelijke conclusie 24 verschaft als maatregel tegen scouring een wat partijen noemen "movable J-tube", of "movable I-tube" (afhankelijk van de vorm van de uitmonding), een opnamebuis bestaande uit een binnenste in een buitenste buis verschuifbare buis – een telescopische buis als het ware, zodat de hoogte van het einde van de pijp ten opzichte van de zeebodem kan worden gevarieerd, om te bevorderen dat het einde van de opnamebuis zoveel mogelijk op de zeebodem ligt om kabelspanning veroorzaakt door scouring te verhelpen.

2.5. Alberts is als directeur in dienst geweest bij het Duitse Ahmtec GmbH, alwaar hij eind 2005 is vertrokken en zich onder meer bezighield met ontwikkeling van de thans aan de orde zijnde techniek. Onderdeel van de tussen hem en Ahmtec bereikte overeenstemming omtrent de termen van deze beëindiging is dat – uiteindelijk eerst in januari 2007 – aan Alberts de rechten op de octrooiaanvraag die tot EP 377 heeft geleid toekwamen. Prodict is (informele) licentienemster onder het octrooi en brengt een kabelbeschermingssysteem op de markt onder de aanduiding ProPipe. Het is een in 2006 door Alberts opgericht bedrijf gespecialiseerd in bescherming van kabels en pijpleidingen, testmaterialen en machines ten behoeve van funderingswerkzaamheden. 2.6. Uit zijn tijd bij Ahmtec stammen contacten van Alberts met Smulders Groep. Na in februari 2004 al geheimhouding te zijn overeengekomen is in april 2004 tussen Ahmtec GmbH en Smulders Groep een exclusieve samenwerkingsovereenkomst gesloten. Beoogd werd te komen tot gezamenlijke ontwikkeling van nieuw zeekabelbeschermingsmateriaal. In deze overeenkomst wordt dit "new Equipment" uitsluitend in de considerans sub 3 omschreven. In het vervolg van de overeenkomst is alleen sprake van "Equipment", waarmee klaarlijkkelijk

hetzelfde is bedoeld. De considerans sub 1 en 3 luidt als volgt:

1. AHMTEC designs, markets and sells various products related to the protection of submarine cables. In line with the above products, AHMTEC has designed a tube entrance system capable of positioning and securing submarine cables entering an I- or J-tube structure.

3. The Parties have agreed to work together exclusively with respect to the integration and further development of a joint product, thereby combining products and applications of both Parties. Said new Equipment shall be jointly manufactured, marketed and sold. Inhoudelijk is in deze overeenkomst onder de headings "Duties" en "Roles" het volgende overeengekomen:

DUTIES

Each of the parties shall at all times

i. Keep confidential all matters referred to in this agreement.

ii. Keep confidential the names of targeted Clients, the location of any projects on which the Equipment is to be used and any other matter whatsoever relating to the manufacture, marketing and sales of the Equipment.

iii. Liaise with each other on all matters regarding this agreement.

ROLES

1. AMHTEC and SMULDERS will jointly take the final decisions on the strategy to be followed with regard to marketing and sales of the Equipment, whereas both parties will be active in sales and promotion.

2. AMHTEC and SMULDERS will retain the contact role with Clients and shall represent the best interest of the Parties in that role.

3. Neither Party shall disclose to any third party the arrangements with regard to their respective responsibilities with regard to the Equipment unless mutual agreed upon.

4. The Parties will not disclose to any Third Parties the commercial pricing and costing of the Equipment and any enquiries with regard to the Equipment will be disclosed to the other Party and jointly actioned.

5. The prices for the manufactured equipment will be agreed on an annual basis and revised by agreement annually to reflect market forces, manufacturing costs, marketing costs and exchange rate fluctuations.

De samenwerkingsovereenkomst heeft niet tot opdrachten geleid. Partijen strijden over de vraag of deze overeenkomst nog van kracht is.

2.7. Hoofdaannemers van het windmolenpark Q7 zijn Van Oord DMC en het Deense Vestas. Van Oord DMC bouwt de funderingen van het windpark en de aanleg van de elektrische infrastructuur. Vestas levert en installeert de torens en de windturbines. Smulders Projects is één van de onderaannemers. Van Oord Offshore legt de kabels aan.

2.8. Op verzoek van Van Oord Offshore heeft Prodict in juli 2006 schriftelijk offerte gedaan voor de aanleg van kabelbeschermingsinrichtingen voor het Q7 project. Deze offerte is zijdens Van Oord Offshore niet aanvaard.

2.9. In Q7 wordt volgens Smulders c.s. en Van Oord c.s. gebruik gemaakt van gewapende ABB-kabels van

een nieuw type met een binnenste stalen bewapening en een buitenste kunststofbewapening die goed genoeg zijn om zonder separate kabelbescherming (in de vorm van (gesegmenteerde) kokers) te worden toegepast. Deze kabels worden niet over de zeebodem geleid, maar daarin begraven. Deze ABB kabels zien er als volgt uit:



Bij de aanleg van windmolenpark Q7 wordt gebruik gemaakt van movable J-tubes. Naar zeggen van Smulders c.s. en Van Oord c.s. worden die J-tubes evenwel geheel in de zeebodem begraven.

2.10. Tijdens besprekingen op 31 januari 2007 en 2 maart 2007 tussen Prodect en Alberts enerzijds en Smulders Groep en Smulders Projects anderzijds is tevergeefs getracht een conflict te voorkomen. Bij brief van 5 april 2007 is Van Oord N.V. door mr. Heezius namens Prodect en Alberts gesommeerd ter zake van octrooi-inbreuk, auteursrechtinbreuk op ontwerptekeningen, inbreuk op niet-ingeschreven Gemeenschapsmodellen en onrechtmatig handelen. Aan deze sommatie is niet voldaan. Afschrift van deze brief is gezonden aan de directies van Smulders Groep, Econcern B.V., Energy Investments Holding B.V. en ENECO Energie (aandeelhouders), alsmede de directie van Offshore Windpark Q7 B.V., de projectorganisatie. Naar aanleiding daarvan heeft Offshore Windpark Q7 B.V. Van Oord N.V. aansprakelijk gesteld bij brief van 17 april 2007. Zijdens zowel Smulders c.s. als Van Oord c.s. is na sommatie direct aan Prodect c.s. meegedeeld dat bij Q7 geen kabelbescherming in de zin van het octrooi werd toegepast.

2.11. Onder de kop "Vertraging dreigt voor windpark Q7; rechtszaak over schending octrooi" is betreffende het onderhavige kort geding in het Financieel Dagblad van 11 mei 2007 een artikel verschenen. In dat artikel staan onder meer de volgende aan mr. Heezius toegedichte uitingen: "Als Prodect in het gelijk wordt gesteld, kan dat volgens Heezius betekenen dat het project 'maanden wordt vertraagd'. Het bedrijf probeert via de rechter een sterke plek aan de onderhandelingstafel te krijgen. 'Het doel van de zaak is een verbod. Dan is het aan partijen om tot een oplossing te komen. Maar de octrooihouder heeft er belang bij zijn eigen producten en diensten te verkopen.'" Nadat in het artikel wordt aangegeven dat de directie van de projectorganisatie van Q7 zich geen zorgen maakt, omdat contractueel Van Oord verantwoordelijk is voor het ontwerp en de directie zich geen zorgen maakt over vertraging, omdat de kabels al zijn gelegd, vermeldt het artikel het volgende: "Dat wil volgens advocaat Heezius niet zeggen dat er geen vertraging kan optreden. 'Bijvoorbeeld als de installaties verwijderd moeten worden.'" Naar aanleiding van dit artikel zijn Alberts en Prodect zijdens

Van Oord c.s. op 11 mei 2007 gesommeerd te bevestigen dat zij geen verdere soortgelijke mededelingen zouden doen omtrent beweerde inbreuk als gedaan blijken het artikel in het FD, aan welke sommatie door Alberts en Prodect niet is voldaan.

3. Het geschil

3.1. Prodect c.s. vorderen in conventie - samengevat en na vermeerdering van eis - een grensoverschrijdend verbod tot directe en indirecte octrooi-inbreuk, alsmede een verbod tot betrokkenheid daarbij, een inbreukverbod op niet-geregistreerde Gemeenschapsmodellen "weergegeven in de figuren 31 a t/m d en 32 a t/m c van EP '377", een gebod aan Smulders c.s. tot het staken van het (doen) plegen van wanprestatie onder de samenwerkingsovereenkomst uit 2004 tussen Smulders Groep en Ahmtec en een verbod voor de heer Smulders "onrechtmatige uitlatingen te doen, zoals maar niet beperkt tot het uiten van dreigementen dat Prodect door hem vernietigd zal worden", alles op straffe van dwangsommen, alsmede een aantal met dwangsommen versterkte nevenvorderingen tot accountantsgecertificeerde opgave van aantallen in windmolenpark Q7 geplaatste en volgens plan te plaatsen "movable tubes", en van aantallen kabelbeschermingsinrichtingen waarvoor offertes zijn aangevraagd, kosten rechtens, waarbij in deze vóór inwerkingtreding van de implementatiewet van de Handhavingsrichtlijn aangevangen procedure aanspraak wordt gemaakt op een Handhavingsrichtlijnconforme volledige proceskostenveroordeling.

3.2. Smulders c.s. en Van Oord c.s. vorderen in reconventie een aantal rectificaties alsmede een verbod tot het doen van verdere mededelingen dat Smulders c.s. en Van Oord c.s. octrooi-inbreuk zouden plegen of suggesties te doen dat de bouw van windpark Q7 vertraging op zou kunnen lopen, versterkt met dwangsommen, kosten rechtens.

3.3. Partijen voeren over en weer in conventie en in reconventie verweer. Beiderzijds wordt aanspraak gemaakt op een Handhavingsrichtlijnconforme proceskostenveroordeling. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, bij de beoordeling nader ingegaan.

4. De beoordeling Procedureel

4.1. Prodect is voor wat betreft het octrooirechtelijk deel van het geschil niet ontvankelijk in haar vorderingen, omdat zij geen octrooihoudster, maar licentienemster onder het octrooi is. Voorts moet ieder grensoverschrijdend octrooi-inbreukverbod al worden afgewezen bij gebreke van substantiëring van validering buiten Nederland, die zijdens Smulders c.s. en Van Oord c.s. wordt betwist. Alberts is juist weer niet ontvankelijk voor zover het de vorderingen in conventie gestoeld op Gemeenschapsmodellen betreft. Naar de eigen stellingen van Prodect c.s. brengt niet Alberts, maar Prodect het ProPipe systeem op de markt.

4.2. Behalve voor wat betreft de vermeerdering van eis in conventie, zijn Prodect c.s. voorts niet ontvankelijk in hun vorderingen jegens de heer Smulders in persoon. Datzelfde geldt voor de vorderingen in conventie op octrooirechtelijke of Gemeenschapsmodelrechtelijke

grondslag gericht tegen niet bij de uitvoering van Q7 betrokken partijen, te weten Smulders Groep, de heer Smulders en Van Oord N.V. Naar voorlopig oordeel is zijdens Prodict c.s. bepaald onvoldoende gesteld – zeker gelet op het ter zake gevoerde verweer door Smulders c.s. en Van Oord c.s. – om te dezen te kunnen komen tot "vereenzelviging" of "doorbreking van rechtspersoonlijkheid".

Octrooi

4.3. Partijen strijden allereerst over de vraag of de Rijks-octrooiwet 1995 wel kan worden ingeroepen door Alberts, nu Q7 wordt uitgevoerd buiten de 12 mijlszone uit de Nederlandse kust, te weten op ruim 23 km buitengaats.

4.4. Volgens Alberts is daarvan sprake, omdat Q7 gelegen is in de Exclusieve Economische Zone die zich tot 200 mijl uit de kust uitstrekt en hij beroept zich ter zake op de uitzondering "winning van natuurlijke rijkdommen" bedoeld in art. 74 ROW 1995 (vgl. voor het begrip "natuurlijke rijkdommen" tevens art. 1 ROW 1995). Voor deze uitleg zoekt Alberts steun bij art. 97 lid 8 van het (niet in werking getreden) Gemeenschapsoctrooiwet (GOV), aan welk verdrag volgens Alberts de Rijks-octrooiwet 1995 door de wetgever is beoogd te worden aangepast. Art. 97 lid 8 GOV bepaalt – kort gezegd – dat het octrooi-territoir wordt uitgebreid tot het continentale plat. Art. 44B ROW 1910 – dat gelijk is aan het huidige art. 74 ROW 1995 – is in 1987 aangepast teneinde te sporen met het Gemeenschapsoctrooiwet. Hoewel de tekst toen nog beperkt was tot "natuurlijke rijkdommen" zijn de soevereine rechten volgens Alberts na 1987 uitgebreid als gevolg van implementatie van het Derde Zeerechtverdrag van de Verenigde Naties (UNCLOS III). Art. 56 van UNCLOS III bepaalt immers dat de kuststaat in de EEZ soevereine rechten heeft "with regard to other activities for the economic exploitation and exploration of the zone, such as the production of energy from the water, currents and winds". Een overeenkomstige bepaling staat in art. 3 van de Rijkswet Instelling Exclusieve Economische Zone 1999, die op 28 april 2000 in werking is getreden, aldus Alberts.

4.5. Volgens Smulders c.s. en Van Oord c.s. moet het begrip "natuurlijke rijkdommen" – ook al beperkt gedefinieerd in art. 1 ROW 1995 – uit de uitzondering van (thans) art. 74 ROW 1995 volgens de wetsgeschiedenis beperkt worden uitgelegd en kan dit uitsluitend "het onderzoek naar de aanwezigheid van natuurlijke rijkdommen of het winnen daarvan" betreffen, waarbij zij verwijzen naar de parlementaire geschiedenis op de voorloper van art. 44B ROW 1910, te weten art. 44bis van die wet.

4.6. Hoewel naar voorlopig oordeel de tweede uitleg voorshands, gelet op de wetstekst en de uit de octrooiwettelijke wetsgeschiedenis blijken de bedoeling van de uitzondering van art. 74 ROW 1995, juist voorkomt, hoeft deze kwestie in dit kort geding niet nader te worden onderzocht en beslist. Zelfs als de eerste uitleg juist zou zijn en de huidige octrooiwet zou gelden in de EEZ en dus in beginsel op het Q7 project van toepassing zou zijn, dan is, zo volgt uit het hierna

overwogene, naar voorlopig oordeel geen sprake van indirecte of (dreigende) directe inbreuk op conclusie 24 van EP 377.

4.7. Dat laatste brengt tevens met zich dat in dit kort geding thans niet hoeft te worden ingegaan op de door Smulders c.s. en Van Oord c.s. gestelde nietigheid van het octrooi en de zijdens Van Oord DMC inmiddels ingestelde oppositie daartegen. Bij de verdere beoordeling in dit kort geding wordt dan ook veronderstelt uitgaan van de geldigheid van EP 377 en eveneens veronderstelt uitgaan van toepasselijkheid van de Rijks-octrooiwet 1995.

4.8. Voorop wordt gesteld dat conclusie 24 geen onafhankelijke, maar een (voor zover thans van belang: van conclusie 1) afhankelijke conclusie betreft, zodat essentieel is dat kabelbescherming in de zin van deze hoofdconclusie wordt toegepast.

4.9. Onvoldoende aannemelijk is geworden dat Smulders c.s. en Van Oord c.s. kabelbescherming in de zin van de hoofdconclusie van het octrooi toepassen of dreigen te gaan toepassen (bijvoorbeeld op termijn van 2 – 3 jaar, zoals Alberts aanvoert, als er freespanshade zal zijn ontstaan) – ook niet bij wege van equivalentie. De achter de bewoordingen van deze hoofdconclusie liggende uitvindingsgedachte betreft naar voorlopig oordeel in ieder geval toepassing van aan te brengen externe kabelbescherming in de vorm van een soort gesegmenteerde koker, hoes of huls als bedoeld in conclusie 1, waarbij de kabel met beschermingsmiddelen vervolgens los op de zeebodem blijft liggen. Gelet op de tekeningen en gelezen in het licht van de beschrijving kan deze hoofdconclusie naar voorlopig oordeel niet anders worden begrepen. Blijkens het vragen van eerder bedoelde offerte van Prodict aan Van Oord Offshore heeft men aanvankelijk wel overwogen om kabelbescherming in de zin van het octrooi (of van het concurrerende Uraduct) toe te gaan passen bij het windmolenpark van Q7, maar daartoe is na verdere studie blijkbaar juist niet besloten op economische gronden. Zijdens Smulders c.s. en Van Oord c.s. is naar voorlopig oordeel voldoende onderbouwd aangegeven dat men een andere methode toepast. Er wordt een van een dubbele interne wapening voorziene ABB-kabel gebruikt die verder niet in een kabelbeschermende koker wordt geschoven en op de zeebodem blijft liggen, maar direct in de zeebodem wordt begraven door een "trencher". Ook het uiteinde van de kabel die in de J-tubes wordt geschoven blijft in het Q7 project onder de zeebodem en derhalve bedekt, waarbij men tevens de uit de stand van de techniek bekende anti-scouringmethode van het storten van stenen toepast. In feite brengt Alberts daar slechts tegen in dat één en ander niet precies genoeg is gesubstantieerd met bijvoorbeeld tekeningen en dat hij niet kan geloven dat dit zo wordt toegepast, zonder dat kabelslijtage optreedt. Dat is evenwel naar voorlopig oordeel niet concludent, zodat dit verweer wordt gepasseerd. Ook wordt het betoog gepasseerd dat kabelbescherming door middel van toepassing van een "intern" gepantserde kabel en toepassing van begravings- en steenstorttechnieken octrooirechtelijk equivalent zou

zijn aan de externe kabelbescherming volgens EP 377. Function en result mogen dan, in een uiterst welwillende interpretatie, mogelijk vergelijkbaar zijn, de manier waarop dat wordt bereikt is naar voorlopig oordeel wezenlijk anders. De vakman heeft mogen begrijpen dat EP 377 juist niet ziet op andere kabelbescherming dan door middel van extern aangebrachte bekokering. Dit volgt al direct uit de beschrijvingsinleiding, waarin juist de bekende methode van begraven van zee kabels in de bodem wordt gesteld tegenover in sommige gevallen voor doeltreffende bescherming noodzakelijke externe kabelbescherming – bijvoorbeeld in de zin van het octrooi – die volgens deze beschrijving nodig is bij rotskusten, koraalriffen en bijzonder vrij liggende kusten. Ook Prodect c.s. stellen bij pleidooi (vgl. pleitnota mr. Heezius nr. 55 in fine): "Het octrooi ziet derhalve op het bieden van (kabel)bescherming daar waar dat door begraving in de zeebodem niet mogelijk is".

4.10. Aldus resteert enkele toepassing van telescopische J-tubes door Smulders c.s. en Van Oord c.s., derhalve met uitschuifbare binnenbuizen – en dan ook nog eens op een andere wijze dan bedoeld in afhankelijke conclusie 24, aangezien bij het Q7 project de zogenoemde "bellmouth" van de J-tubes in de zeebodem wordt begraven, hetgeen in conclusie 24 juist niet het geval is, terwijl de "bellmouth" uit conclusie 24 uitdrukkelijk ziet op opname van de externe kokerpijp bedoeld in conclusie 1, die evenwel niet wordt toegepast. In feite komt deze andere methode neer op het niet laten ontstaan van schuurkomgaten. Bij pleidooi erkent Alberts ook dat zo'n methode bestaat en wezenlijk anders is dan die volgens EP 377 (pleitnota mr. Heezius nr. 74). Alberts betwist dat deze methode wordt toegepast in het Q7 project, omdat deze te duur en te arbeidsintensief zou zijn, maar dat wordt als onvoldoende concludent onderbouwd verworpen.

4.11. Nu conclusie 24 een (voor zover thans van belang: van conclusie 1) afhankelijke conclusie is, is octrooirechtelijk onjuist de redenering dat aan de laatste passage uit de beschrijving in die zin zelfstandige betekenis zou kunnen worden toegedicht, dat het voorhanden moeten zijn van externe kabelbescherming in de zin van conclusie 1 zou kunnen worden weggeïnterpreteerd, zoals Alberts blijktbaar voorstaat. Deze passage uit de beschrijving luidt in de Nederlandse vertaling aldus: "De hierboven beschreven additionele elementen, zoals (...) de opnamebuis (daarmee is de telescopische J-tube bedoeld, VZR.) worden bij voorkeur bij de beschermingsinrichting volgens de uitvinding ingezet. Het is echter altijd mogelijk, om deze additionele elementen ook afzonderlijk en bij andere beschermingsinrichtingen en in verbinding met pijpelementen van andere soort toe te passen". Alberts heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat het enkele hanteren van telescopische J-tubes, maar het verder niet toepassen van externe kabelbescherming in de zin van het octrooi, voldoende dreigende inbreuk op conclusie 24 met zich brengt in dit geval, hetgeen voorshands evenmin anderszins valt in te zien. Zijn stelling dat vrijwel altijd kabelbeschadiging optreedt, heeft hij naar voorlopig oordeel niet hard gemaakt voor de in het Q7

project gehanteerde nieuwe gepantserde ABB kabels. De zijnerzijds overgelegde prod. 24, die kabelschade wil aantonen, ziet, zo is ter zitting desgevraagd bevestigd, niet op het nieuwe type ABB kabels dat bij het Q7 project wordt gebruikt.

4.12. In weerwil van de stellingen van Alberts betreffen de J-tubes geen wezenlijk bestanddeel van de uitvinding, omdat deze geen elementen vormen, waardoor de leer van het octrooi zich onderscheidt van de stand van de techniek. Telescopische J-tubes waren naar voorlopig oordeel al lang voorafgaand aan de prioriteitsdatum bekend voor offshore toepassingen, zoals door Smulders c.s. en Van Oord c.s. onderbouwd is gesteld en door Alberts onvoldoende steekhoudend is weersproken. Evenzeer is, voorshands oordelend, sprake van openbaar voorgebruik van deze J-tubes bij het Scoby Sands project. Zodoende is evenmin sprake van indirecte inbreuk op conclusie 24. Daarbij wordt dan nog daargelaten dat voor indirecte inbreuk voldoende aannemelijk moet zijn dat het octrooi wordt toegepast (in Nederland), hetgeen blijktens het vorenoverwogene niet het geval is.

4.13. De octrooirechtelijke gronden zijn mitsdien niet genoegzaam voor de vorderingen in conventie.

Gemeenschapsmodellen

4.14. Prodect kan zich naar voorlopig oordeel niet beroepen op bescherming uit hoofde van niet-ingeschreven Gemeenschapsmodellen. **Nog daargelaten dat maar uiterst summier is aangegeven op welke modelrechten – die zouden moeten blijken uit figuren 31 en 32 van het octrooi – Prodect precies het oog heeft, wordt voorshands geoordeeld dat het uiterlijk van de bij het Q7 project gehanteerde telescopische J-tubes (I-tubes worden, zo is onbestreden zijdens Smulders c.s. en Van Oord c.s. aangegeven, überhaupt niet gebruikt daar) vrijwel geheel technisch wordt bepaald.** Voor zover dit al anders zou zijn, zijn deze niet nieuw te achten en bezitten deze geen eigen karakter. Zoals door Prodect c.s. zelf wordt aangegeven, is de materie van afhankelijke conclusie 24 eerst in de fase van de PCT-aanvraag in het octrooi gekomen. Deze aanvraag is op 14 oktober 2004 openbaar gemaakt. Scoby Sands' aanleg – door derden – is van eerdere datum – en het transport van de movable J-tubes daarvoor die door het publiek in de haven konden worden bekeken al helemaal.

4.15. Ook op Gemeenschapsmodelrechtelijke gronden zijn derhalve de vorderingen in conventie niet toewijsbaar.

Onrechtmatig handelen

4.16. De door Prodect c.s. gestelde contractsovername door Alberts en/of Prodect van Ahmtec van de samenwerkingsovereenkomst tussen Smulders Groep en Ahmtec is voorshands onvoldoende aannemelijk geworden, mede gelet op de betwisting daarvan zijdens Smulders c.s. en Van Oord c.s.. Anders dan Prodect c.s. stellen kan medewerking door Smulders Groep aan deze beweerdelijke contractsovername voorshands niet worden afgeleid uit het besprekingsverslag opgesteld zijdens Smulders Groep van de bespreking van 16 februari 2007 tussen Smulders Groep en Prodect. Prodect

c.s. stellen dat deze medewerking volgt uit de zinsnede "Parties should think what to do with the agreements between Smulders and Prodect," maar dat wordt voorshands onvoldoende geacht, onder meer omdat de akte tot overdracht van de positie van Ahmtec in de samenwerkingsovereenkomst met Smulders Groep niet een overdracht aan Prodect beoogt, maar juist aan Alberts, die in die akte uitdrukkelijk alleen voor zichzelf optreedt. Aan het bepaalde in artt. 6:159 jo. 3:37 BW is te dezen naar voorlopig oordeel dan ook niet voldaan. Van wanprestatie door Smulders Groep kan derhalve naar voorlopig oordeel geen sprake zijn (en al helemaal niet van Smulders Projects en de heer Smulders, zoals Prodect c.s. ook nog aanvoeren, maar met wie geen contract is gesloten).

4.17. Voorts is in dit kort geding naar voorlopig oordeel onvoldoende komen vast te staan wat precies de inhoud is (geweest) van bedoelde samenwerkingsovereenkomst. Met name is voorshands onvoldoende aannemelijk geworden dat de (new) Equipment uit die overeenkomst (ook) ziet op (uitsluitend) movable J-tubes (die al bekend waren) als antiscouring maatregel. Zo door partijen al enige inhoud is gegeven aan deze overeenkomst (hetgeen Prodect c.s. stellen, maar Smulders c.s. en Van Oord c.s. betwisten) – waarvan bepaald weinig is gebleken; ook Prodect c.s. geven aan dat na medio 2004 geen gezamenlijke initiatieven zijn ondernomen – heeft het er alle schijn van dat deze zag op externe kabelbeschermingssystemen, eventueel in combinatie met anti-scouring maatregelen door het bij die bescherming hanteren van telescopische J-tubes. Zodoende is tevens niet aannemelijk dat Smulders Groep gehouden was de opdracht voor het Q7 project te melden aan Ahmtec, zoals Prodect c.s. stellen – gesteld al dat kan worden aangenomen dat die overeenkomst nog van kracht is, zoals Prodect c.s. stellen, maar Smulders c.s. en Van Oord c.s. bestrijden.

4.18. Derhalve is voorshands al onaannemelijk dat Smulders Groep in haar contractuele relatie met Ahmtec toerekenbaar tekort is geschoten. Voor onrechtmatig handelen van (alle) gedaagden in conventie is bovendien naar vaste rechtspraak enkel profiteren van wanprestatie niet voldoende (en ook niet zulks "gedogen", zoals Prodect c.s. Van Oord c.s. aanrekenen blijkens de dagvaarding in deze procedure, hetgeen verder niet nader steekhoudend is toegelicht). Dat er – zo al sprake zou zijn van wanprestatie zijdens Smulders Groep – daarbij gesproken moet worden van additionele omstandigheden die dit onrechtmatig maken, is al helemaal onvoldoende gebleken.

4.19. Ten slotte is door Prodect c.s. onvoldoende gesubstantieerd dat de heer Smulders klanten van Prodect zou hebben gedreigd dat hij "Prodect zal vernietigen". Mede gelet op de betwisting daarvan zijdens Smulders c.s. en Van Oord c.s., blijft dit bij gebreke van voldoende onderbouwing niet meer dan een blote stelling. De vermeerdering van eis in conventie die ziet op een verbod tot het doen van dergelijke uitingen kan dan ook niet worden toegewezen.

4.20. Mitsdien is ook de onrechtmatige daadsgrondslag ongenoegzaam om de vorderingen in conventie te kunnen toewijzen.

4.21. Op het vorenoverwogene stranden alle vorderingen in conventie.

Proceskostenveroordeling in conventie

4.22. Smulders c.s. en Van Oord c.s. kunnen aanspraak maken op den Handhavingsrichtlijnconforme proceskostenveroordeling, voor zover dit geschil valt onder werking van bedoelde richtlijn. Prodect c.s. hebben de hoogte van de te dien aanzien naar voren gebrachte aanspraken van gedaagden betwist. Deze aanspraken bedragen ruim € 79.000,- zijdens Smulders c.s., met inbegrip van de kosten van de zijdens Smulders c.s. ingeschakelde octrooigemachtigde van ruim € 26.000,- en ruim € 118.000,- zijdens Van Oord c.s., eveneens met inbegrip van de kosten van de ingeschakelde afzonderlijke octrooigemachtigde ad ruim € 10.000,-, in totaal bijna € 199.000,- uitmakend. Daaromtrent wordt als volgt overwogen.

4.23. Op zichzelf is voorshands redelijk te achten dat Smulders c.s. enerzijds en Van Oord c.s. anderzijds zich ieder van bijstand door afzonderlijke advocaten en octrooigemachtigden hebben voorzien. Zulks alleen al in verband met de hoofdaannemings-/onderaannemingsverhoudingen en de daaruit in potentie voortvloeiende onderlinge aansprakelijkheids- en vrijwaringsproblematiek. Blijkens eigen uitingen van Prodect c.s. waren zij al eind 2006 ervan op de hoogte dat bij het Q7 project geen kabelbescherming in de zin van het octrooi zou worden toegepast. Direct na ontvangst van de producties door gedaagden in conventie is aan Prodect c.s. door hen uiteengezet dat en waarom het octrooi niet wordt toegepast in het Q7 project en waarom er geen sprake is van inbreuk, waarbij is gewezen op openbaar voorgebruik bij het Scroby Sands project.

Desalniettemin is de zaak vervolgens doorgezet door Prodect c.s. Zijdens Prodect c.s. zijn bovendien kopieën van sommaties verzonden aan derden-betrokkenen (hierna: de projecteigenaren) en is geen terughoudendheid betracht met uitingen in de media, zodat Smulders c.s. en Van Oord c.s. genooddaakt waren zich van ter zake kundige bijstand te voorzien.

4.24. Aan de zijde van Smulders c.s. is kennelijk door omstandigheden een advocaatwissel (binnen hetzelfde kantoor) noodzakelijk geweest. Uit de verschaft specificaties is onvoldoende gebleken dat de daarvoor bestede "dubbele tijd" is afgetrokken, hetgeen wel in de rede had gelegen. Dat rechtvaardigt een eerste correctie.

4.25. Smulders c.s. hebben zich bovendien bij het octrooirechtelijke verweer geheel aangesloten bij het ter zake gevoerde verweer van Van Oord c.s. en dit overgenomen. Blijkens de verhandeling ter zitting is een verdeling overeengekomen waarbij Van Oord c.s. het octrooirechtelijke verweer hoofdzakelijk hebben gevoerd en Smulders c.s. hoofdzakelijk zijn ingegaan op de Gemeenschapsmodelrechtelijke en onrechtmatige daadsaspecten van de zaak. De verscheidene verweren zijn vervolgens over en weer overgenomen door ge-

daagden in conventie. Voorshands moet worden geoordeeld dat ontegenzeggelijk meer tijd is gemoeid geweest met de octrooirechtelijke verweren in deze zaak.

4.26. Bij die stand van zaken valt zonder nadere deugdelijke uiteenzetting – die ontbreekt – niet in te zien dat aan de zijde van Smulders c.s. advocaatkosten ter hoogte van twee derde van die kosten aan de zijde van Van Oord c.s. zouden zijn gemaakt, die blijkbaar het leeuwendeel van het octrooirechtelijke verweer voor hun rekening hebben genomen. Met het Gemeenschapsmodelrechtelijke verweer kan in de onderhavige zaak in redelijkheid niet meer aan kosten zijn gespendeerd dan naar voorlopige schatting € 10.000,-. Met verdisconting van een redelijke coördinatie- en "octrooiverweermeelestijd" kunnen de kosten van Smulders c.s. voor zover deze de € 17.500,- overschrijden in beginsel al niet voor Handhavingsrichtlijnconforme toewijzing in aanmerking komen. Het onrechtmatige daadsaspect van het verweer van gedaagden in conventie komt daar evenmin voor in aanmerking, terwijl uit de overgelegde specificaties niet blijkt dat daarmee rekening is gehouden, zodat ook op grond hiervan correctie dient plaats te vinden. Daar kan vervolgens in beginsel wel weer bij worden meegenomen de kosten (afgerond € 26.000,-) van de ingeschakelde octrooigemachtigde zijdens Smulders c.s., die een non-inbreukrapport heeft opgesteld dat is ingebracht.

4.27. Zijdens Van Oord c.s. is naar voorlopig oordeel geen rechtens te honoreren verantwoording afgelegd voor de gelijktijdige inschakeling van advocatenbijstand in de vorm van (uitsluitend) twee advocaten van compagnonsniveau in deze octrooirechtelijk nu ook weer niet bijster complexe zaak, terwijl niet blijkt van enige matiging in de opgevoerde verantwoording. Er is ter zake alleen aangevoerd dat in de pers bedreigd werd met stillegging of vertraging van het Q7 project en dat een verbod tot stillegging van het project zou kunnen leiden, zodat zijdens Van Oord c.s. instructie was gegeven alles uit de kast te halen om een verbod te voorkomen, gelet op de daarmee gemoeide (financiële) belangen. Op zichzelf is dat naar voorlopig oordeel evenwel onvoldoende om bedoelde inzet redelijk en evenredig te noemen in de zin van de Handhavingsrichtlijn, zodat hier een belangrijke correctie dient te worden toegepast van naar schatting alleen al één derde van de verantwoorde uren. Evenmin valt uit de overgelegde specificaties te halen welke delen daarvan wel en niet zien op de onder de werking van de Handhavingsrichtlijn vallende materie, zoals dat met betrekking tot de reconventionele vorderingen bijvoorbeeld niet het geval is. Vanwege vorenbedoelde werkverdeling is weliswaar aannemelijk dat het merendeel van de kostenverantwoording zijdens Van Oord c.s. ziet op het octrooirechtelijke verweer, maar niettemin is ook hier een correctie op haar plaats, voorshands geschat op één vijfde van de verantwoorde advocaatkosten. Ook zijn blijkens de verantwoording aan de zijde van Van Oord c.s. onder meer de integrale kosten gemoeid met het instellen van oppositie in München meegenomen, het-

geen eveneens moet stranden op meerbedoelde redelijkheidstoets. De verantwoorde kosten van de octrooigemachtigde kunnen dan ook in beginsel slechts voor de helft (afgerond € 5.000,-) als redelijk en evenredig in de zin van de Richtlijn worden geacht.

4.28. Zodoende zou resteren een vergoeding van € 43.500,- aan kosten gemaakt zijdens Smulders c.s. en van € 49.000,- aan kosten zijdens Van Oord c.s. die in beginsel nog als redelijk en evenredig in de zin van de Handhavingsrichtlijn zouden zijn aan te merken.

4.29. Daarbij wordt ten slotte evenwel verdisconteerd dat redenen van billijkheid zich in het onderhavige geval verzetten tegen onverkorte toewijzing van deze bedragen, zodat deze op grond van deze in art. 14 van de Richtlijn bedoelde billijkheid zullen worden gematigd. Naar voorlopige opvatting moet immers worden voorkomen dat het voor het MKB vanwege kostenveroordelingen op de voet van de Handhavingsrichtlijn economisch onmogelijk wordt om te procederen tegen kapitaalcrachtiger segmenten uit het bedrijfsleven, zoals Prodict c.s. hebben aangevoerd. Dat kan niet de bedoeling zijn van het regime van de Handhavingsrichtlijn. Die situatie dreigt hier uitdrukkelijk, nu Prodict zich als startende onderneming geconfronteerd ziet met de gebundelde kracht van de gevestigde namen Smulders en Van Oord, zoals zij stelt en aannemelijk is en zijdens Smulders c.s. en Van Oord c.s. op zichzelf ook niet inhoudelijk is betwist. De onevenwichtigheid in de wederzijds opgevoerde advocaat- en gemachtigdenkosten wijst daar ook op, daar zit grosso modo een factor 6,7 verschil tussen, nu de Handhavingsrichtlijnconforme (maar gelet op hun verliezende positie in conventie niet te honoreren) aanspraak van Prodict c.s. zelf ongeveer € 30.000,- bedraagt. Het feit dat Prodict c.s. de procedure hebben doorgezet, nadat zij zijdens gedaagden in conventie zijn geweest op de omstandigheid dat zij het octrooi niet zouden toepassen is daarbij weliswaar een factor die ten nadele van Prodict c.s. meeweegt, maar niet zodanig dat bedoelde billijkheidscorrectie geheel achterwege behoort te blijven.

4.30. Op grond van het vorenoverwogene komt een proceskostenveroordeling ten gunste van alle gedaagden in conventie van € 62.000,- voor toewijzing in aanmerking. Deze veroordeling wordt uitvoerbaar bij voorraad verklaard, zoals Smulders c.s. en Van Oord c.s. beiden bij gelegenheid van het instellen van hun eis in reconventie hebben gevorderd, hetgeen de voorzieningenrechter voor zover nodig verstaat als mede betrekking hebbend op een Handhavingsrichtlijnconforme proceskostenveroordeling in conventie voor het geval eisers in conventie in het ongelijk worden gesteld.

Rectificaties c.a.

4.31. Prodict c.s. hebben er voor gekozen niet alleen de rechtstreeks bij de uitvoering van het Q7 project betrokken aannemer en onderaannemers te sommen ter zake van octrooi- inbreuk, auteursrechtinbreuk (N.B. een grondslag die in de procedure verder niet is doorgezet), inbreuk op niet-ingeschreven Gemeenschapsmodellen en beweerdelijk onrechtmatig handelen, maar van hun sommaties ook kopieën te zen-

den aan de projecteigenaren. 4.32. Aangezien deze sommaties voorshands onjuist en mitsdien onterecht moeten worden geoordeeld en Prodect c.s. deze sommaties niet hebben herroepen en/of genuanceerd toen hun zijdens Smulders c.s. en Van Oord c.s. werd aangegeven dat en waarom bij het Q7 project geen kabelbescherming in de zin van het octrooi werd toegepast, moet naar voorlopig oordeel in ieder geval bedoeld inkopiëren van de sommaties aan de projecteigenaren onrechtmatig worden geoordeeld in de omstandigheden van dit geval, waarbij mede acht wordt geslagen op de wijze waarop kennelijk zijdens Prodect c.s. is meegewerkt aan bedoelde publicatie in het FD. Het bevel tot het verzenden van de gevorderde rectificatiebrieven aan de projecteigenaren komt als passende redresmaatregel voor toewijzing in kort geding in aanmerking – een en ander als nader in het dictum verwoord, waaronder de daarin opgenomen matigingsclausule met betrekking tot de op te leggen dwangsommen.

4.33. Dat ligt anders met de gevorderde rectificatieadvertentie in het Financieel Dagblad. Dat wordt voorshands een onnodig vergaande maatregel geacht, zodat die zal worden afgewezen. Weliswaar is blijkens het artikel in het FD van 11 mei 2007 aannemelijk dat door Prodect c.s. minstgenomen vergaand is meegewerkt aan dit artikel toen de zaak al onder de rechter was en zijn de aan de raadvrouw van Prodect c.s. in dit artikel toegedichte (en door haar niet als onjuiste citaten aangemerkte) uitingen in potentie schadelijk te achten voor met name de projecteigenaren. Dat wil nog niet zeggen dat naast een passend geachte rechtstreekse rectificatiebrief aan dezen een zo vergaande maatregel als een rectificerende advertentie voor toewijzing in aanmerking komt. Smulders c.s. en Van Oord c.s. hebben hun (spoedeisend) belang daarbij naar voorlopig oordeel onvoldoende toegelicht. Onweersproken is de stelling van Prodect c.s. gebleven dat zijdens hen aan Van Oord c.s. is toegezegd dat aan geen andere derden mededelingen zijn of worden gedaan.

4.34. Eveneens wordt afgewezen het in reconventie gevorderde verbod tot het doen van verdere uitingen door Prodect c.s. ter zake van inbreuk op intellectuele eigendomsrechten en onrechtmatig handelen van eisers in reconventie. Voorshands is onvoldoende gebleken dat Prodect c.s. ook na de onderhavige uitspraak door zullen gaan met het doen van dergelijke uitingen.

4.35. Nu partijen in reconventie beiderzijds deels in het gelijk en ongelijk worden gesteld, zullen de proceskosten in reconventie worden gecompenseerd als in het dictum verwoord.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

in conventie

5.1. wijst de vorderingen af;

5.2. veroordeelt Prodect c.s. in de proceskosten, aan de zijde van Smulders c.s. en Van Oord c.s. tot op heden begroot op €251,- aan verschotten en op €62.000,- aan salaris procureur;

5.3. verklaart dit vonnis voor zover in conventie gewezen voor wat betreft de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

in reconventie

5.4. beveelt Prodect en Alberts aan de directies van:

- Econcern B.V.;
- Energy Investments Holding B.V.;
- ENECO Energie
- Offshore Windpark Q7

binnen 48 uur na betekening van dit vonnis bij aange tekende brief een mededeling te doen van de volgende inhoud, zonder enige verandering of bij- of toevoeging en opgemaakt naar goed drukkersgebruik:

Mijne Heren,

Inzake: Windpark Q7

Op 5 april jl. zonden wij U afschrift van onze brief van die datum aan Van Oord N.V. waarin wij erop wezen dat haar onderaannemer Smulders Groep B.V. zich aan inbreuk op het octrooi met nummer EP 1 616 377 en op niet-geregistreerde modelrechten van Prodect en Alberts en onrechtmatig handelen schuldig maakte. Hierbij berichten wij U dat de Voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage bij vonnis in kort geding van 21 juni 2007 al onze vorderingen tegen Smulders en Van Oord heeft afgewezen en ons heeft gelast U daarvan in kennis te stellen.

Hoogachtend,

Prodect B.V. B.F. Alberts

5.5. bepaalt dat Prodect en Alberts, voor het geval zij met het sub 5.4. bepaalde in gebreke blijven, zij elk een dwangsom verbeuren van €10.000,- voor elke dag dat zij hiermee in gebreke blijven, een gedeelte van een dag voor een hele gerekend;

5.6. verklaart dit vonnis voor zover in reconventie gewezen tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.7. bepaalt dat voornoemde dwangsommen vatbaar zullen zijn voor matiging door de rechter, voor zover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, in aanmerking genomen de mate waarin aan het vonnis is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid van de overtreding;

5.8. compenseert de proceskosten in reconventie des, dat elke partij haar eigen kosten heeft te dragen;

5.9. wijst af het meer of anders gevorderde.