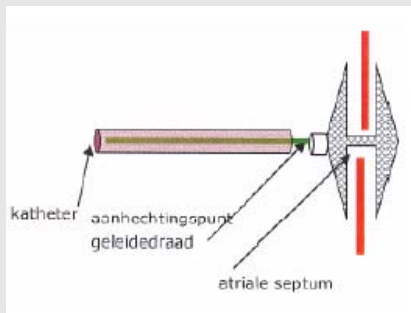


Rb Den Haag, 29 oktober 2008, Occlutech v AGA Medical

Bekrachtigd: [IEPT20101019, Hof Den Haag, AGA v Occlutech](#)



OCTROOIRECHT

Geen inbreuk

- [Géén sprake van twee klemmen ‘aangepast voor het klemmen van de draden bij de tegenover elkaar gelegen einden van de inrichting’](#)

De Figulla Occluders voldoen niet aan het kenmerk dat ‘clamps (15) are adapted to clamp the strands at the opposed ends of the device’. Nog daargelaten de vraag of de lussen in het product van Occlutech wel kunnen worden aangemerkt als ‘clamps’ in de zin van het octrooi, zoals AGA Medical betoogt en Occlutech betwist, geldt in ieder geval dat, als daarvan al zou worden uitgegaan, er géén sprake is van twee klemmen ‘aangepast voor het klemmen van de draden bij de tegenover elkaar gelegen einden van de inrichting’. Uit dit kenmerk volgt immers ondubbel zinnig dat er twee klemmen aanwezig dienen te zijn. Zowel het gebruik van de bewoordingen ‘clamps’ als ‘opposed ends’, beide in de meervoudsvorm, als de betekenis van de zinsnede ‘at the opposed ends of the device’, welke niet anders kan worden opgevat dan het aanwezig zijn van klemmen aan de tegenover elkaar gelegen uiteinden van de inrichting, derhalve noodzakelijkerwijs twee – het is immers niet mogelijk om met één klem de draden aan tegenover elkaar gelegen einden van de inrichting te klemmen, dwingen tot die conclusie.

- [Een functionele uitleg van de conclusie, die neerkomt op het weginterpreteren van het kenmerk dat er aan de uiteinden van de inrichting twee klemmen aanwezig dienen te zijn, terwijl dat kenmerk daarentegen door AGA Medical in de verleningsprocedure is toegevoegd in antwoord op](#)

[een nieuweheidsbezwaar van de examiner, komt in strijd met de rechtszekerheid voor derden.](#)

Het – ook bij wijze van equivalentie gevoerde – argument van AGA Medical dat de vakman het vereiste van de klemmen functioneel zou uitleggen, namelijk dat deze dienen voor het klemmen van de ‘ends of the strand’ en hij aldus zou begrijpen dat het aantal klemmen niet doorslaggevend is zolang de ‘dumbbell shape’ van EP 138 maar wordt verwezenlijkt, hetgeen volgens haar ook met één klem mogelijk is, wordt verworpen. Een zodanig functionele uitleg van de conclusie, die neerkomt op het weginterpreteren van het kenmerk dat er aan de uiteinden van de inrichting twee klemmen aanwezig dienen te zijn – AGA Medical leest de conclusie, evenals het Landgericht Düsseldorf in haar uitspraak van 31 juli 2007, kennelijk als ‘a clamp is adapted to clamp the strands at one end of the device’ – , terwijl dat kenmerk daarentegen door AGA Medical in de verleningsprocedure is toegevoegd in antwoord op een nieuweheidsbezwaar van de examiner, komt in strijd met de rechtszekerheid voor derden. Onjuist is, zoals AGA Medical heeft betoogd, dat het er bij de beschermingsomvang om gaat dat de ‘achter de conclusies liggende uitvindingsgedachte’ wordt bepaald, zodanig dat aan de octrooihouder een redelijke bescherming wordt geboden. Dit criterium is immers volgens de Hoge Raad, blijkt zijn [arrest van 7 september 2007 in de zaak Lely/Delaval](#), niet langer ‘uitgangspunt’, maar een ‘gezichtspunt’. Een uitleg van conclusie 1 als door AGA Medical voorgestaan zou betekenen dat niet het midden wordt gehouden tussen een letterlijke, niet context gebonden uitleg van de conclusie en de achter de woorden van de conclusie liggende uitvindingsgedachte, terwijl het aldus verkregen resultaat de rechtszekerheid voor derden onvoldoende tot haar recht laat komen, een omstandigheid die de rechter in zijn beoordeling van de beschermingsomvang van een octrooi eveneens dient te betrekken.

- [Octrooi beperkt tot ‘embolisatie-inrichtingen’](#)

Ten aanzien van kenmerk i) heeft Occlutech betoogd, althans zo begrijpt de rechtbank de stellingen van Occlutech dienaangaande, dat het octrooi, gelet op het feit dat daarin geen voorbeelden worden gegeven van of enige uitleg over andere inrichtingen dan de inrichting van figuur 5A, beperkt is tot ‘embolisatie-inrichtingen’. Nu haar producten geen embolisatie-inrichtingen zijn maar septum-afsluitende inrichtingen, wordt aan kenmerk i) niet voldaan, aldus Occlutech.

Hoewel ook Occlutech – terecht – heeft aangegeven dat de gebruikstoepassing niet een uitdrukkelijk kenmerk van conclusie 1 is, heeft zij naar het oordeel van de rechtbank niettemin het gelijk aan haar zijde waar zij stelt dat de toepassing van septum-afsluiters buiten het, zoals zij dat aanduidt, ‘bereik’ van het octrooi valt. Daartoe geldt het volgende.

Vindplaatsen:

Rb Den Haag, 29 oktober 2008

(G.R.B. van Peurseem, J.Th. van Walderveen en J.H.F. de Vries)

Vonnis van 29 oktober 2008
in de zaak met zaaknummer / rolnummer 299267 / HA
ZA 07-3614 van
de rechtspersoon naar vreemd recht OCCLUTECH
GmbH, gevestigd en kantoorhoudende te Jena, Duits-
land,
eiseres in conventie,
verweerster in reconventie,
advocaat: mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt
behandeld door: mrs. P. Burgers en M.A.R. Vermunt te
Amsterdam,
tegen
de rechtspersoon naar vreemd recht AGA MEDICAL
CORPORATION, statutair gevestigd en kantoorhou-
dende te Plymouth, Minnesota, Verenigde Staten van
Amerika,
gedaagde in conventie,
eiseres in reconventie,
advocaat: voorheen mr. B.J.A. van der Ven, thans: mr.
L.Ph.J. baron van Utenhove,
behandeld door: mrs. J.J. Allen en A.M.E. Verschuur te
Amsterdam.
Partijen worden hierna (ook in het dictum) aangeduid
als Occlutech enerzijds en AGA Medical anderzijds.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de beschikking van deze rechtbank van 10 oktober 2007 waarbij verlof is verleend aan Occlutech om AGA Medical volgens het regime voor een versnelde bodemprocedure in octrooizaken te dagvaarden;
- de dagvaarding van 16 oktober 2007;
- de akte houdende overlegging van producties zijdens Occlutech van 21 november 2007 met de producties 1 t/m 10;
- de conclusie van antwoord in conventie tevens conclusie van eis in reconventie tevens akte houdende incidentele vordering tot overlegging van bewijs ex artikel 843a Rv jo. 1019a Rv tevens akte houdende overlegging van producties zijdens AGA Medical van 16 januari 2008 met de producties 1 t/m 12;
- de conclusie van antwoord in reconventie tevens akte houdende eis vermeerdering tevens akte houdende overlegging van producties zijdens Occlutech van 9 april 2008 met de producties 11 t/m 13;
- de akte houdende uitlating vermeerdering van eis zijdens AGA Medical van 14 mei 2008;
- de akte houdende aanvullende producties zijdens Occlutech van 20 juni 2008 met de producties 14 t/m 17;
- de akte houdende overlegging van producties zijdens AGA Medical van 20 juni 2008 met de producties 13 t/m 14;
- de ter zitting door Occlutech overhandigde specificatie ex artikel 1019h Rv;
- de pleitnota van mrs. Burgers en Vermunt voor de zitting van 20 juni 2008 en de pleitnota van mrs. Allen en Verschuur voor deze zitting, in welke laatste zijn doorgehaald paragraaf 56, aangezien AGA Medical het daarin verwoorde argument ter zitting heeft laten vallen, en paragraaf 130 aangezien de daarin weergegeven afbeelding, gebruikt in de Spaanse procedure, in de Nederlandse procedure niet is overgelegd;

- tevens waren ter zitting aanwezig de Zweedse octrooigemachtigde en de Duitse advocaat van Occlutech, de heer Erik Krabbichler Dipl.-Ing. (TH), EUR.ING respectievelijk de heer Reinhardt Schuster. Mr. Burgers heeft desgevraagd medegedeeld dat Occlutech bereid is haar nietigheidsis alsnog voorwaardelijk te maken, in die zin dat de vordering tot vernietiging van het octrooi slechts wordt ingesteld voor het geval de rechtbank van oordeel zou zijn dat Occlutech inbreuk maakt op het octrooi van AGA Medical, waarvan akte is verleend. AGA Medical heeft de incidentele vordering bij monde van mr. Allen ter zitting ingetrokken.

1.2. Ten slotte is vonnis nader bepaald op heden.

2. De feiten

2.1. AGA Medical is houdster van **Europees octrooi O 808 138 B1 (hierna: het octrooi of EP 138)** dat betrekking heeft op een 'Method of forming medical devices; intravascular occlusion devices' (in de niet-besteden Nederlandse vertaling: 'werkwijze voor het vervaardigen van medische inrichtingen; intravasculaire occlusieinrichtingen'). Het octrooi is verleend op 5 oktober 2005 op een aanvraag daartoe van 10 juli 1995, onder inroeping van prioriteit van 8 juli 1994 op basis van Amerikaanse octrooiaanvraag US 272,335. Het octrooi heeft onder meer gelding in Nederland.

2.2. De conclusies van het octrooi zoals verleend luiden in de oorspronkelijke Engelse tekst als volgt.

1. *A collapsible medical device (60) comprising a metal fabric formed of braided metal strands, the device (60) having a collapsed configuration for delivery through a channel in a patient's, and has a generally dumbbell-shaped expanded configuration with two expanded diameter portions (64) separated by a reduced diameter portion (62) formed between opposed ends of the device, characterized in that clamps (15) are adapted to clamp the strands at the opposed ends of the device.*

2. *The medical device (60) of Claim 1, wherein at least one of the clamps (15) configured to be releasably attached to a delivery device.*

3. *The medical device (60) of Claim 2, wherein the at least one clamp (15) includes a threaded portion for threaded attachment to the delivery device.*

4. *The medical device (60) of any one of the preceding claims, wherein each of the expanded diameter portions (64) and the reduced diameter portion (62) are all integrally formed from a single piece of metal fabric.*

5. *The medical device (60) of any one of the preceding claims, further including a thrombogenic agent.*

6. *The medical device (60) of Claim 5, wherein the thrombogenic agent comprises a coating of a thrombogenic agent.*

7. *The medical device (60) of Claim 5, wherein the thrombogenic agent comprises a thrombogenic fabric.*

8. *The medical device (60) of Claim 7, wherein the thrombogenic agent comprises silk or wool.*

9. *The medical device (60) of any one of the preceding claims, wherein the reduced diameter portion (62) has an outer diameter which is no more than about one-third of an outer diameter of at least one of the expanded diameter portions (64).*

10. The medical device (60) of Claim 9, wherein the outer diameter of the reduced diameter portion (62) is no more than about one-quarter of the outer diameter of said at least one expanded diameter portion (64).

11. The medical device (60) of any one of the preceding claims, wherein the outer diameter of each of the enlarged diameter portions (64) is about the same.

12. The medical device (64) of any one of the preceding claims, wherein the length of the reduced diameter portion (62) comprises no more than about 50 percent of the overall length of the device (60).

13. The medical device (60) of Claim 12, wherein the length of the reduced diameter portion (62) comprises between about 20 percent and about 50 percent of the overall length of the device (60).

14. The medical device (60) of any one of the preceding claims, further comprising a third expanded diameter portion and a second reduced diameter portion, the second reduced diameter portion being disposed between the third expanded diameter portion and one of the other two expanded diameter portions.

15. The medical device of Claim 14, wherein each of the expanded diameter portions and reduced diameter portions are all integrally formed from a single piece of resilient metal fabric.

16. A method of forming a medical device according to any one of the preceding claims, the method comprising the steps of:

(a) providing a metal fabric formed of a plurality of braided strands, the strands being formed of a metal which can be heat treated to substantially set a desired shape;

(b) deforming the metal fabric to generally conform to an internal wall surface of a moulding element;

(c) heat treating the metal fabric in contact with the surface of the moulding element at an elevated temperature, the temperature and the duration of the heat treatment being sufficient to substantially set the shape of the fabric in its deformed state;

(d) removing the metal fabric from contact with the moulding element; and (e) clamping the opposite ends of the strands of the device with clamps.

2.3. In de officiële Nederlandse vertaling luiden de conclusies als volgt:

1. Een samenvouwbare medische inrichting (60) omvattende een metaalweefsel gevormd uit gevlochten metaaldraden, welke inrichting (60) een samengeklapte configuratie heeft voor aflevering door een kanaal in een patiënt, en een in hoofdzaak haltervormige uitgezette configuratie heeft met twee vergroete-diameterdelen (64) gescheiden door een verminderde-diameterdeel (62) gevormd tussen tegenover elkaar gelegen einden van de inrichting, met het kenmerk, dat klemmen (15) zijn aangepast voor het klemmen van de draden bij de tegenover elkaar gelegen einden van de inrichting.

2. De medische inrichting (60) volgens conclusie 1, waarbij ten minste één van de klemmen (15) zodanig is uitgevoerd dat deze losmaakbaar kan worden vastgezet aan een afgifteinrichting.

3. De medische inrichting (60) volgens conclusie 2, waarbij de ten minste ene klem (15) voorzien is van een geschroefd deel voor een schroevende bevestiging aan de afgifteinrichting.

4. De medische inrichting (60) volgens een der voorgaande conclusies, waarbij de vergroete-diameterdelen (64) en het verminderde-diameterdeel (62) alle integraal zijn gevormd uit een enkel stuk metaalweefsel.

5. De medische inrichting (60) volgens een der voorgaande conclusies, verder omvattende een trombogenisch middel.

6. De medische inrichting (60) volgens conclusie 5, waarbij het trombogenische middel een bekleding met een trombogenisch middel omvat.

7. De medische inrichting (60) volgens conclusie 5, waarbij het trombogenische middel een trombogenisch weefsel omvat.

8. De medische inrichting (60) volgens conclusie 7, waarbij het trombogenische middel zijde of wol omvat.

9. De medische inrichting (60) volgens een der voorgaande conclusies, waarbij het verminderde-diameterdeel (62) een buitendiameter heeft die niet meer bedraagt dan ongeveer een derde van een buitendiameter van ten minste één van de vergroete-diameterdelen (64).

10. De medische inrichting (60) volgens conclusie 9, waarbij de buitendiameter van het verminderde-diameterdeel (62) niet meer bedraagt dan ongeveer een vierde van de buitendiameter van genoemd ten minste ene vergroete-diameterdeel (64).

11. De medische inrichting (60) volgens een der voorgaande conclusies, waarbij de buitendiameters van al de vergroete-diameterdelen (64) ongeveer gelijk zijn.

12. De medische inrichting (60) volgens een der voorgaande conclusies, waarbij de lengte van het verminderde-diameterdeel (62) niet meer bedraagt dan ongeveer 50 procent van de totale lengte van de inrichting (60).

13. De medische inrichting (60) volgens conclusie 12, waarbij de lengte van het verminderde-diameterdeel (62) ligt tussen ongeveer 20 procent en ongeveer 50 procent van de totale lengte van de inrichting (60).

14. De medische inrichting (60) volgens een der voorgaande conclusies, verder voorzien van een derde vergroete-diameterdeel en een tweede verminderde-diameterdeel, waarbij het tweede verminderde-diameterdeel geplaatst is tussen het derde vergroete-diameterdeel en een van de andere twee vergroete-diameterdelen.

15. De medische inrichting volgens conclusie 14, waarbij elk van de vergroete-diameterdelen en verminderde-diameterdelen alle integraal zijn gevormd uit een enkel stuk elastisch metaalweefsel.

16. Een werkwijze voor het vormen van een medische inrichting volgens een van de voorgaande conclusies, waarbij de werkwijze de navolgende stappen bevat:

(a) voorzien in een metaalweefsel vervaardigd van een groot aantal gevlochten draden, waarbij de draden vervaardigd zijn van een metaal dat warmtebehandeld kan worden om in hoofdzaak in een gewenste vorm te kunnen worden gezet;

- (b) vervormen van het metaalweefsel tot dit zich in hoofdzaak heeft aangepast aan een inwendig wandoppervlak van een vormgevend element;
- (c) warmtebehandeling van het metaalweefsel in contact met het oppervlak van het vormgevende element op een verhoogde temperatuur, waarbij de temperatuur en de duur van de warmtebehandeling voldoende zijn voor het in hoofdzaak in zijn gedeformeerde toestand zetten van de vorm van het weefsel;
- (d) verwijderen van het metaalweefsel uit contact met het vormgevend element; en
- (e) klemmen van de tegenover elkaar gelegen einden van de draden van de inrichting met klemmen.

2.4. Conclusie 1 van EP 138 zoals verleend, opgesplitst in kenmerken, luidt als volgt:

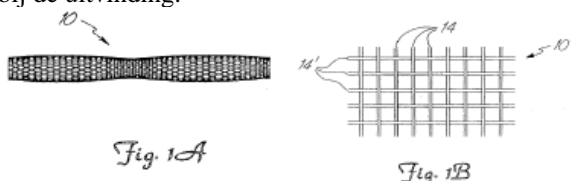
- (i) a collapsible medical device (60)
- (ii) comprising a metal fabric formed of braided metal strands,
- (iii) the device (60) having a collapsed configuration for delivery through a channel in a patient's,
- (iv) and has a generally dumbbell-shaped expanded configuration
- (v) with two expanded diameter portions (64)
- (vi) separated by a reduced diameter portion (62) formed between opposed ends of the device,
- (vii) characterized in that clamps (15) are adapted to clamp the strands at the opposed ends of the device.

En in de Nederlandse vertaling:

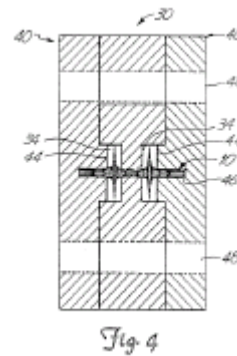
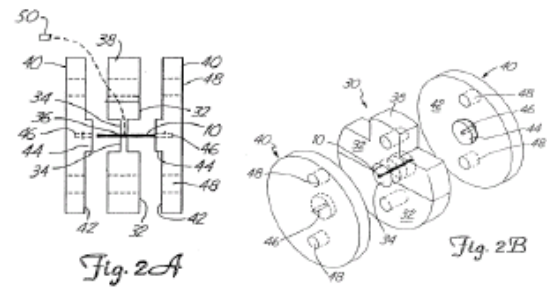
- (i) Een samenvouwbaar medische inrichting (60)
- (ii) omvattende een metaalweefsel gevormd uit gevlochten metaaldraden,
- (iii) welke inrichting (60) een samengeklapte configuratie heeft voor aflevering door een kanaal in een patiënt,
- (iv) en een in hoofdzaak haltervormige uitgezette configuratie heeft
- (v) met twee vergrote-diameterdelen (64)
- (vi) gescheiden door een verminderde-diameterdeel (62) gevormd tussen tegenover elkaar gelegen einden van de inrichting,
- (vii) met het kenmerk, dat klemmen (15) zijn aangepast voor het klemmen van de draden bij de tegenover elkaar gelegen einden van de inrichting.

2.5. Bij het octrooi horen onder meer de volgende figuren:

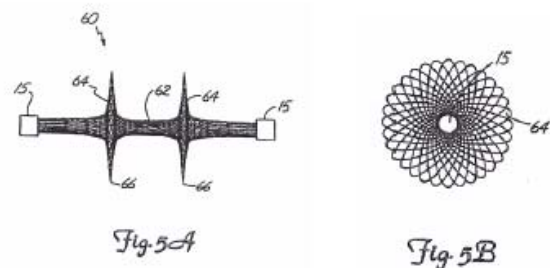
De figuren 1A en 1B tonen elk een metaalweefsel dat geschikt is als mogelijk uitgangsmateriaal voor gebruik bij de uitvinding.



Figuren 2A (zijaanzicht), 2B (perspectivisch aanzicht) en 4 (dwarsdoorsnede aanzicht) geven een geschikte mal weer.

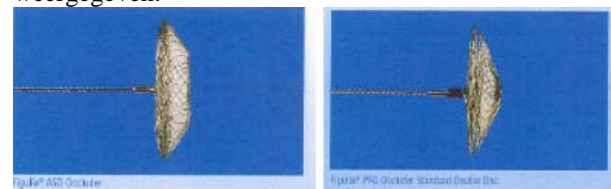


De figuren 5A en 5B zijn respectievelijk een zijaanzicht en een eindaanzicht van een inrichting volgens het octrooi.



2.6. Tegen de verlening van het octrooi is geen oppositie ingesteld.

2.7. Occlutech houdt zich bezig met de ontwikkeling, vervaardiging en verhandeling van occlusie-inrichtingen, waaronder inrichtingen onder de namen "Figulla PFO Occluder" en "Figulla ASD Occluder" (hierna ook aan te duiden als: de Figulla Occluders). Afbeeldingen van beide inrichtingen zijn hieronder weergegeven:



2.8. De Figulla Occluders worden toegepast bij atriale septum defecten. Een atriaal septum defect (ASD) is een bepaalde aangeboren hartafwijking waardoor bloed tussen de linker- en rechterhartkamer door het interatriale septum kan stromen met als gevolg dat bloed met een hoog zuurstofgehalte afkomstig uit de longen gemengd wordt met bloed met een laag zuurstofgehalte dat voor de longen bestemd is. Het septum deelt het hart in twee halthelften, en bevindt zich zowel tussen linker en rechter boezem (atrium) als tussen linker en

rechter kamer (ventrikel). Een afbeelding van een hart met een ASD is hieronder opgenomen:

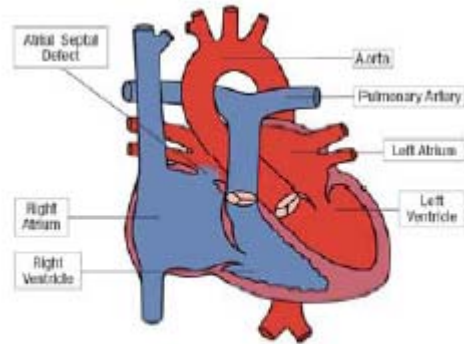


Figure 2
Heart with an Atrial Septal Defect

2.9. Patent Foramen Ovale (PFO) is een lichte vorm van een atriaal septumdefect dat overblijft als het foramen ovale, het kanaal tussen de hartkamers dat bestaat tijdens de foetale ontwikkelingsfase, na de geboorte niet volledig wordt gesloten. Een afbeelding van een hart met een PFO is hieronder opgenomen:

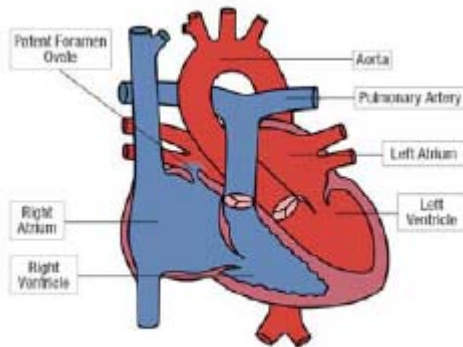
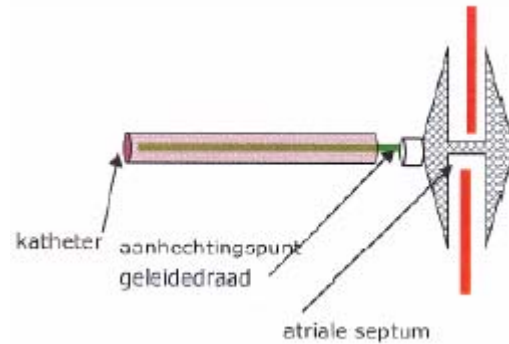


Figure 2
Heart With a Patent Foramen Ovale

2.10. ASD en PFO zijn – meer plastisch uitgedrukt – beide ‘gaten’ in het atriale septum. Deze ‘gaten’ worden gesloten met septumafsluiters zoals de Figulla Occluders. De Figulla Occluder omvat twee schijven met een bepaald type weefsel en met een tussenstuk. De afsluiters worden in samengevouwen vorm door een katheter geduwd door middel van een geleidedraad waaraan de afsluiter tijdelijk is verbonden. Zodra de punt van de katheter is aangekomen bij het ‘gat’ dat in het septum gesloten moet worden, wordt de afsluiter uitgevouwen door deze langzaam uit de katheter te duwen, waarbij eerst de eerste schijf wordt uitgevouwen aan de distale zijde van het atriale septum. Vervolgens wordt de katheter langzaam verder uit de katheter geduwd waarbij de tweede schijf uitgevouwen wordt aan de proximale zijde van het atriale septum. De schijven drukken tegen het atriale septum aan weerszijden van het ‘gat’ dat door het tussenstuk gevuld wordt. De onderstaande figuur maakt dit duidelijk:



2.11. De Figulla Occluders worden door Occlutech in Nederland op de markt worden gebracht, althans is zij voornemens daarmee op de Nederlandse markt te komen.

2.12. In de loop van 2006 heeft AGA Medical in Duitsland een inbreukprocedure aanhangig gemaakt tegen Occlutech op grond van het Duitse deel van EP 138. Het Landgericht Düsseldorf heeft Occlutech bij uitspraak van 31 juli 2007 verboden inbreuk te maken. Occlutech is van deze uitspraak in beroep gekomen bij het Oberlandesgericht Düsseldorf. De mondelinge behandeling staat gepland voor 20 november 2008. Ook heeft Occlutech een nietigheidsprocedure aanhangig gemaakt bij het Bundespatentgericht.

2.13. Daarnaast heeft Occlutech in een aantal landen niet-inbreuk/nietigheidsprocedures aanhangig gemaakt, te weten het Verenigd Koninkrijk, Italië, Zweden en Spanje.

3. Het geschil in conventie

3.1. Na vermeerdering van eis vordert Occlutech, bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

A. 1. te verklaren voor recht dat de Occlutech Figulla ASD en PFO occluders buiten de beschermingsomvang vallen van het Nederlandse deel van EP 0 808 138;

2. te verklaren voor recht dat septumafsluiters vervaardigd zonder gebruik van een nitinolhuls voorafgaande aan het lassen van de draden buiten de beschermingsomvang vallen van het Nederlandse deel van EP 0 808 138;

B. 1. te verklaren voor recht dat Occlutech geen inbreuk maakt op het Nederlandse deel van EP 0 808 138 met het op de markt brengen, (verder) verkopen, afleveren, of anderszins verhandelen in of voor haar bedrijf, of het voor een of ander aanbieden van de Figulla ASD en PFO occluders in Nederland, althans dat Occlutech niet onrechtmatig handelt bij de voorbereiding van dergelijke handelingen;

2. te verklaren voor recht dat Occlutech geen inbreuk maakt op het Nederlandse deel van EP 0 808 138 met het op de markt brengen, (verder) verkopen, afleveren, of anderszins verhandelen in of voor haar bedrijf, of het voor een of ander aanbieden van septumafsluiters vervaardigd zonder gebruik van een nitinolhuls voorafgaande aan het lassen van de draden, in Nederland, althans dat Occlutech niet onrechtmatig handelt bij de voorbereiding van dergelijke handelingen;

C. te vernietigen het Nederlandse deel van EP 0 808 138; en

D. AGA Medical te veroordelen in de kosten van de procedure, waaronder de gerechtskosten en andere kosten, zoals die ter zake van de inschakeling van octrooigemachtigden, ex artikel 1019h Rv.

3.2. Aan de gevorderde verklaringen voor recht legt Occlutech ten grondslag dat haar occlusie-inrichtingen, de “Figulla ASD Occluder” en de “Figulla PFO Occluder”, niet vallen onder de beschermingsomvang van EP 0 808 138 zodat zij daarop geen inbreuk maakt. Aan de gevorderde vernietiging van het Nederlandse deel van EP 0 808 138 heeft Occlutech ten grondslag gelegd dat het octrooi nietig is omdat het niet kan worden nagewerkt en uitvindingshoogte mist.

3.3. Hiertegen voert AGA Medical gemotiveerd verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

in reconventie

3.4. AGA Medical vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

1. te verklaren voor recht dat Occlutech inbreuk maakt op het Nederlandse deel van EP 0 808 138;

2. Occlutech te verbieden om met onmiddellijke ingang na betekening van dit vonnis inbreuk te maken op EP 0 808 138 in Nederland, meer in het bijzonder door:

a. in het octrooi onder bescherming gestelde inrichtingen, zoals de Figulla FPO Occluder en de Figulla ASD Occluder, te vervaardigen, te gebruiken, in het verkeer te brengen, te verkopen, af te leveren of anderszins te verhandelen, dan wel voor één of ander aan te bieden, in te voeren of in voorraad te hebben; en

b. de geoctrooieerde werkwijze in of voor haar bedrijf toe te passen of het voortbrengsel, dat rechtstreeks verkregen is door toepassing van die werkwijze, in of voor zijn bedrijf te gebruiken, in het verkeer te brengen of verder te verkopen, af te leveren of anderszins te verhandelen dan wel voor één of ander aan te bieden, in te voeren of in voorraad te hebben, één en ander op straffe van betaling aan AGA Medical van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van € 50.000,- per overtreding van dit verbod of, ter keuze van AGA Medical, € 10.000,- voor iedere inbreukmakende eenheid waarmee Occlutech het verbod zal hebben overtreden;

3. Occlutech te gebieden binnen 10 werkdagen na betekening van dit vonnis de afnemers van al dan niet reeds in Nederland geleverde inbreukmakende producten schriftelijk te verzoeken de inbreukmakende producten aan haar te retourneren, dan wel schriftelijk de betrokken order te annuleren, tegen terugbetaling van de koopprijs en vergoeding van de terugzendkosten, een en ander onder gelijktijdige toezending van een kopie van deze verzoeken aan de raadslieden van AGA Medical;

4. Occlutech te gebieden binnen 10 werkdagen na de betekening van dit vonnis de raadslieden van AGA Medical, ter controle op de nakoming van het gebod onder 3., een volledige lijst te verschaffen met de namen en adressen van de betrokken afnemers;

5. Occlutech te gebieden binnen 30 werkdagen na de betekening van dit vonnis aan AGA Medical rekening

en verantwoording af te leggen omtrent de winst die zij ten gevolge van de inbreuk op EP 0 808 138 heeft genoten, vergezeld van een gecertificeerde verklaring van een onafhankelijke registeraccountant die, onder overlegging van kopieën van relevante in- en verkoopfacturen en offertes, ertoe strekt dat hij aan de hand van de boeken van Occlutech heeft vastgesteld dat deze opgave juist is, welke verklaring in ieder geval de prijzen alsmede alle overige voor de berekening van de winst van belang zijnde informatie dient te bevatten;

6. Occlutech te veroordelen tot betaling aan AGA Medical van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van € 50.000 voor iedere keer dat één van de onderdelen van de onder 3., 4. en 5. bedoelde geboden niet is nagekomen, welke dwangsom evenzovele malen verschuldigd zal zijn als onderdelen van de genoemde geboden overtreden worden, en, cumulatief, voor iedere dag dat de niet-nakoming zal hebben voortgeduurd;

7. Occlutech te veroordelen tot, ter keuze van AGA Medical (i) vergoeding aan AGA Medical van de door deze ten gevolge van de inbreuk geleden en nog te lijden schade, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet of, ter keuze van AGA Medical (ii) tot het afdragen aan AGA Medical van de ten gevolge van de inbreuk gemaakte en nog te realiseren winst conform de gecertificeerde opgave als vermeld onder 5., vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van de dagvaarding tot en met de dag van de voldoening; en

8. Occlutech te veroordelen in de kosten van het geding conform artikel 1019h Rv.

3.5. Aan haar vorderingen legt AGA Medical ten grondslag dat Occlutech door de verhandeling van haar occlusie-inrichtingen inbreuk maakt op EP 0 808 138.

3.6. Occlutech voert gemotiveerd verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling in conventie

Inleiding

4.1. Tussen partijen is niet in geschil dat de producten van Occlutech voldoen aan in ieder geval de kenmerken ii), iii), iv), v) en vi) van conclusie 1 van het octrooi. Occlutech heeft evenwel aangevoerd dat haar producten geen inbreuk maken op de kenmerken i) en vii). De rechtbank overweegt te dien aanzien als volgt.

Twee klemmen (kenmerk vii)

4.2. De Figulla Occluders voldoen niet aan het kenmerk dat ‘clamps (15) are adapted to clamp the strands at the opposed ends of the device’. Nog daargelaten de vraag of de lussen in het product van Occlutech wel kunnen worden aangemerkt als ‘clamps’ in de zin van het octrooi, zoals AGA Medical betoogt en Occlutech betwist, geldt in ieder geval dat, als daarvan al zou worden uitgegaan, er géén sprake is van twee klemmen ‘aangepast voor het klemmen van de draden bij de tegenover elkaar gelegen einden van de inrichting’. Uit dit kenmerk volgt immers ondubbelzinnig dat er twee klemmen aanwezig dienen te zijn. Zowel het gebruik van de bewoordingen ‘clamps’ als ‘opposed ends’, beide in de meervoudsvorm, als de betekenis van de zinsnede ‘at the opposed ends of the device’, welke niet anders kan worden opgevat dan het aanwezig zijn van

klemmen aan de tegenover elkaar gelegen uiteinden van de inrichting, derhalve noodzakelijkerwijs twee – het is immers niet mogelijk om met één klem de draden aan tegenover elkaar gelegen einden van de inrichting te klemmen, dwingen tot die conclusie.

4.3. Deze uitleg van de conclusie vindt bovendien bevestiging in de beschrijving en de tekeningen. In kolom 5, regels 38 t/m 45 wordt hierover immers opgemerkt:

One method which has proven to be useful to prevent the braid from unravelling is to clamp the braid at two locations and cut the braid to leave a length of the braid having clamps (15 in Figure 2 [bedoeld is Figure 5A, Rb]) at either end, thereby effectively defining an empty space within a sealed length of fabric. These clamps 15 will hold the ends of the cut braid together and prevent the braid from unravelling [vet en onderstreping toegevoegd, Rb].

terwijl figuur 5A (zie r.o. 2.5.), de enige figuur waarin bij wijze van uitvoeringsvoorbeeld een inrichting volgens conclusie 1 is afgebeeld, ook twee klemmen (15) laat zien.

4.4. Occlutech heeft ook een beroep gedaan op het verleningsdossier om aan te tonen dat conclusie 1 twee klemmen vereist. Het betoog van AGA Medical dat daaraan niet wordt toegekomen omdat de conclusie – kort gezegd – duidelijk is, wordt gepasseerd nu blijkt HR 22 december 2006, LJN AZ1081 (Dijkstra/Saier) geldt dat een derde, hier Occlutech, zich ter staving van de door haar verdedigde uitleg van een octrooi altijd op het verleningsdossier kan beroepen.

4.5. Occlutech heeft in het kader van voornoemd beroep gewezen op een brief van de octrooigemachtigde van AGA Medical aan de examiner van 12 februari 2003. Die brief luidt voor zover hier relevant als volgt:

In response to the substantive examination report of 8 november 2002, we are filing herewith revised pages 2 and 3 of the description and a revised set of claims. We ask that these revised pages replace those currently on file.

The examiner will see that we have amended independent claim 1 of the present application to specify that the metal fabric is formed of 'braided' metal strands and to include the feature of previous dependent claim 2, namely that the strands at the opposed ends of the device are clamped using clamps [vet toegevoegd, Rb].

We submit that the claims of the present application as previously on file were patently distinguished over WO 94/12136 newly cited by the examiner. (...)

Nevertheless, to clarify this distinction over the prior art, we have included in claim 1 the feature of clamps provided at either end of the device to clamp the strands together. We submit that this clearly specifies the shape of the device, requiring that the outer ends do not flare outwardly but are constricted to give the required dumbbell shaped expanded configuration [vet toegevoegd, Rb].

(...)

Ook dit wijst op vorenbedoelde uitleg, in die zin dat in conclusie 1 twee klemmen worden vereist.

4.6. Het – ook bij wijze van equivalentie gevoerde – argument van AGA Medical dat de vakman het vereiste van de klemmen functioneel zou uitleggen, namelijk dat deze dienen voor het klemmen van de 'ends of the strand' en hij aldus zou begrijpen dat het aantal klemmen niet doorslaggevend is zolang de 'dumbbell shape' van EP 138 maar wordt verwezenlijkt, hetgeen volgens haar ook met één klem mogelijk is, wordt verworpen. Een zodanig functionele uitleg van de conclusie, die neerkomt op het weginterpretieren van het kenmerk dat er aan de uiteinden van de inrichting twee klemmen aanwezig dienen te zijn – AGA Medical leest de conclusie, evenals het Landgericht Düsseldorf in haar uitspraak van 31 juli 2007, kennelijk als 'a clamp is adapted to clamp the strands at one end of the device' – , terwijl dat kenmerk daarentegen door AGA Medical in de verleningsprocedure is toegevoegd in antwoord op een nieuwe bezwaar van de examiner, komt in strijd met de rechtszekerheid voor derden. Onjuist is, zoals AGA Medical heeft betoogd, dat het er bij de beschermingsomvang om gaat dat de 'achter de conclusies liggende uitvindingsgedachte' wordt bepaald, zodanig dat aan de octrooihouder een redelijke bescherming wordt geboden. Dit criterium is immers volgens de Hoge Raad, blijktens zijn arrest van 7 september 2007 in de zaak Lely/Delaval, niet langer 'uitgangspunt', maar een 'gezichtspunt'. Een uitleg van conclusie 1 als door AGA Medical voorgestaan zou betekenen dat niet het midden wordt gehouden tussen een letterlijke, niet-context gebonden uitleg van de conclusie en de achter de woorden van de conclusie liggende uitvindingsgedachte, terwijl het aldus verkregen resultaat de rechtszekerheid voor derden onvoldoende tot haar recht laat komen, een omstandigheid die de rechter in zijn beoordeling van de beschermingsomvang van een octrooi eveneens dient te betrekken.

4.7. AGA Medical heeft nog aangevoerd dat in de beschrijving van het octrooi, te weten in paragraaf [0027], ook een ander uitvoeringsvoorbeeld wordt genoemd, hetwelk het in figuur 1B weergegeven 'flat woven fabric' als uitgangsmateriaal neemt, dat, nadat het is 'inverted upon itself to form a recess or depression' en waarbij 'the fabric can be clamped about this recess to form an empty pocket before the fabric is cut', slechts vrije draaduiteinden aan één zijde van de inrichting heeft, zodat één klem ter voorkoming van het ontravellen kan volstaan. Ten aanzien daarvan zij herhaald dat dat voorbeeld niet valt te rijmen met conclusie 1 van het octrooi, dat in het gedeelte achter de woorden 'characterized in that' immers claimt 'that clamps are adapted to clamp the strands at the opposed ends of the device'. AGA Medical was blijktens het voorbeeld in paragraaf [0027] bekend met een alternatieve methode, maar heeft er om haar moverende redenen voor gekozen voor die variant geen bescherming te vragen in de conclusie van het octrooi. Bij het zoeken naar het midden van de in het protocol bij artikel 69 EOV genoemde uitersten, waarbij zowel een redelijke bescherming aan de aanvrager als een redelijke rechtszekerheid aan derden dient te worden aangeboden, doet dit gegeven de balans doorslaan ten gunste

van de rechtszekerheid. Het beroep op conclusie 16 dat AGA Medical nog gedaan heeft, maakt dit niet anders. Desgevraagd heeft AGA Medical ter zitting immers geen zinnvolle verklaring kunnen verstrekken voor het feit dat het begrip ‘opposed ends’ in conclusie 1 en 16 van het octrooi, dit terwijl conclusie 16 een werkwijze omvat voor het vervaardigen van een inrichting volgens conclusie 1, op een verschillende manier zou moeten worden uitgelegd. De door AGA Medical voorgestane uitleg van conclusie 16 dat daarin geclaimd wordt dat tegenovergestelde uiteinden van de draden (en dus niet: verschillende kanten van de inrichting) door klemmen bijeen worden gehouden, hetgeen volgens haar nadrukkelijk “de mogelijkheid” openlaat dat het slechts om één klem gaat, wordt dan ook verworpen.

4.8. De rechtbank laat dan nog daar dat AGA Medical de met het rapport van professor Rettenmayr (productie 12 en 17 Occlutech) onderbouwde stelling van Occlutech dat de vakman niet in staat is op basis van het in paragraaf [0027] genoemde voorbeeld, in samenhang beschouwd met hetgeen overigens in het octrooischrift wordt geopenbaard, zonder ‘undue burden’ een bruikbare inrichting te vervaardigen met slechts aan één zijde draaduiteinden, in het geheel onweersproken heeft gelaten.

4.9. Nu de Figulla Occluders van Occlutech in ieder geval geen twee ‘clamps’ omvatten, vallen zij buiten de beschermingsomvang van het octrooi. Zulks is zelfstandig dragend voor het oordeel dat van inbreuk geen sprake is.

Octrooi strekt zich niet uit tot septum-afsluiters (kenmerk i)

4.10. Ten overvloede wordt nog het volgende overwogen. Ten aanzien van kenmerk i) heeft Occlutech betoogd, althans zo begrijpt de rechtbank de stellingen van Occlutech dienaangaande, dat het octrooi, gelet op het feit dat daarin geen voorbeelden worden gegeven van of enige uitleg over andere inrichtingen dan de inrichting van figuur 5A, beperkt is tot ‘embolisatie-inrichtingen’. Nu haar producten geen embolisatie-inrichtingen zijn maar septum-afsluitende inrichtingen, wordt aan kenmerk i) niet voldaan, aldus Occlutech.

4.11. Hoewel ook Occlutech – terecht – heeft aangegeven dat de gebruikstoepassing niet een uitdrukkelijk kenmerk van conclusie 1 is, heeft zij naar het oordeel van de rechtbank niettemin het gelijk aan haar zijde waar zij stelt dat de toepassing van septum-afsluiters buiten het, zoals zij dat aanduidt, ‘bereik’ van het octrooi valt. Daartoe geldt het volgende.

4.12. Een ‘collapsible medical device’, zoals in conclusie 1 wordt geclaimd, is een zeer ruim begrip dat vrij veel denkbare inrichtingen omvat die geschikt zijn voor plaatsing in of op het menselijk lichaam, waaronder ook een septum-afsluiter. In de beschrijving van het octrooi worden de onder bescherming gestelde inrichtingen in paragraaf [0001], echter direct al aangeduid als intravasculaire inrichtingen:

The present invention generally relates to intravascular devices for treating certain medical conditions.

4.13. Vervolgens worden in paragraaf [0002] tot de stand van de techniek behorende inrichtingen besproken. De passage luidt als volgt:

A wide variety of intravascular devices are used in various medical procedures. Certain intravascular devices, such as catheters and guidewires, are generally used simply to deliver fluids or other medical devices to specific locations within a patient's body, such as a selective site within the vascular system. Other, frequently more complex, devices are used in treating specific conditions, such as devices used in removing vascular occlusions or for treating septal defects and the like [vet toegevoegd, Rb].

4.14. Dan gaat het octrooischrift in paragraaf [0003] in op het feit dat het in sommige gevallen noodzakelijk is een vat in het lichaam van een patiënt te occluderen, bijvoorbeeld wanneer de bloedtoevoer in een ader die naar een tumor of andere laesie leidt, moet worden gestopt. De passage in het octrooischrift luidt:

In certain circumstances, it may be necessary to occlude a patient's vessel, such as to stop blood flow through an artery to a tumour or other lesion. Presently, this is commonly accomplished simply by inserting, e.g. Ivalon particles, a trade name for vascular occlusion particles, and short sections of coil springs into a vessel at a desired location. These “embolisation agents” will eventually become lodged in the vessel, frequently floating downstream of the site at which they are released before blocking the vessel. In part due to the inability to precisely position the embolisation agents, this procedure is often limited in its utility.

Genoemd wordt verder nog dat afneembare ballon katheters ook zijn gebruikt om vaten te blokkeren, maar dat daaraan veiligheidsproblemen zijn verbonden (paragraaf [0005]). Mechanische embolisatie inrichtingen, filters en ‘traps’ zijn ook voorgesteld, zo wordt in paragraaf [0006] beschreven, maar ten aanzien van die inrichtingen wordt gezegd dat de fabricage ervan nogal duur en tijdrovend is.

4.15. In paragraaf [0007] wordt dan het doel van de uitvinding beschreven:

Accordingly, it would be advantageous to provide a reliable embolisation device which is both easy to deploy and can be accurately placed in a vessel.

om direct daarna, in paragraaf [0008] te vermelden dat *According to the present invention, a collapsible medical device comprises a metal fabric formed of braided metal strands, the device having a collapsed configuration for delivery through a channel in a patient's body and a generally dumbbell-shaped expanded configuration with two expanded diameter portions separated by a reduced diameter portion formed between the opposed ends of the device, and clamps for clamping the strands of the opposed ends of the device.*

4.16. Iets verderop in het octrooischrift wordt nog eens benadrukt dat de inrichtingen volgens de uitvinding bestemd zijn voor toepassing in lichaamskanalen van patiënten, zo beschrijft paragraaf [0013]:

The present invention provides a device and discloses a reproducible, relatively inexpensive method of forming

devices for use in channels in a patient's bodies, such as vascular channels, urinary tracts, biliary ducts and the like.

4.17. De vorenstaande passages uit de beschrijving van het octrooi kunnen redelijkerwijs bezwaarlijk anders worden begrepen door de gemiddelde vakman, dan dat de uitvinding is beperkt tot embolisatie-inrichtingen, althans toepassingen binnen het vatenstelsel of andere kanalen. Daarbij komt dat alle voorbeelden in de octrooiomschrijving betrekking hebben op embolisatie-inrichtingen in de zin van bloedvatafsluitende inrichtingen. Ook de functie van de haltervorm dwingt tot die conclusie. De 'clamps', zo is niet in geschil, waarborgen door het klemmen van de draaduiteinden de haltervorm van de geotrooierde inrichting. De functie van deze haltervorm in het gehele octrooi is het vastzetten van de occluder in het kanaal, zodat deze ook in een axiale richting gefixeerd blijft, en niets anders. Dit volgt bijvoorbeeld uit de volgende passage, opgenomen in paragraaf [0053] van het octrooischrift:

The dumbbell-shape of the present device is intended to limit the ability of the vascular occlusion device 60 to turn at an angle with respect to the axis of the blood vessel to ensure that it remains in substantially the same position in which the operator deploys it within the vessel.

4.18. Die functie is goed te zien indien figuur 5A in een denkbeeldig vat (de horizontale lijnen boven en onder) wordt geplaatst. Van de zijde van Occlutech is in dit verband de volgende schematische weergave in het geding gebracht:

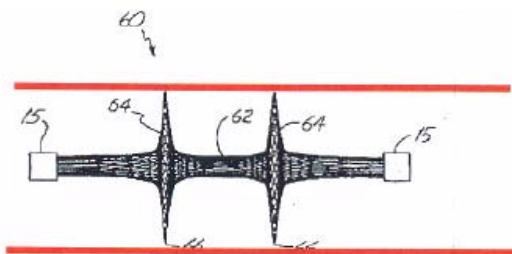


Fig. 5A

De haltervorm sluit het bloedvat af. De functie van de haltervorm brengt specifieke constructieve beperkingen met zich. Bij voorkeur is de diameter van de haltervorm iets groter dan de diameter van het lumen van het vat om de inrichting op een specifieke plaats te kunnen bevestigen. Bovendien dient de lengte van de inrichting bij voorkeur langer te zijn dan de diameter ervan (zie paragraaf [0055]):

In order to relatively strongly engage the lumen of the blood vessel, the maximum diameter of the expanded diameter portions 64 (which occurs along the middle ridge 66 in this embodiment) should be selected so that it is at least as great as the diameter of the lumen of the vessel in which it is to be deployed, and is optimally slightly greater than that diameter. The device 60 is desirably longer along its axis than the dimension of its greatest diameter.

4.19. Bij toepassing van de inrichting voor septum defecten moeten de 'vergroete diameterdelen' echter veel groter zijn dan het 'gat' in het septum, anders schieten die delen door het 'gat' in het septum heen of hechten zij zich niet goed. Verwezen wordt naar de in r.o. 2.10. opgenomen tekening van een septum-afsluiter, waar goed te zien is dat die diameter-delen veel groter zijn dan het te dichten septum.

4.20. Overigens valt niet goed in te zien hoe het septum zou moeten worden aangemerkt als een 'channel' in de zin van het octrooi. Desgevraagd heeft AGA Medical zich ter zitting op het standpunt gesteld dat het 'lumen' en 'channel' samenvallen. Het 'channel' is dan het septum-defect in de wand, terwijl het 'lumen' de volledige holte is. Dat verweer wordt verworpen. AGA Medical's visie volgend, geldt dat de vergroete diameterdelen in dat geval niet aan de binnenkant van het 'channel' zitten, maar aan de buitenkant: anders zou het 'gat' in het septum immers niet worden afgedicht. Opnieuw wordt ter zake verwezen naar de in r.o. 2.10. weergegeven figuur.

4.21. Nu de haltervorm in het octrooi hoofdzakelijk wordt beschreven in de context van een embolisatie-inrichting (althans voor toepassing in vaten of althans kanalen, vgl. bijv. paragraaf [0056]: 'Although these dimensions are suitable if the device 60 is to be used solely for occluding a vascular vessel, it is to be understood that these dimensions may be varied if the device is (...) intended to be used simply as a vascular filter (...) or where the device is deployed in a different channel in a patient's body'), moet het ervoor worden gehouden dat de uitvinder ten tijde van de aanvraag niet heeft voorzien dat je het idee van de haltervorm (in een voor die toepassing geschikte inrichting) ook zou kunnen gebruiken voor het dichten van een defect in het septum. In het gehele octrooischrift wordt de toepassing van de inrichting voor septum defecten immers niet genoemd. De beschrijving leert de vakman geen andere medische inrichtingen dan in het vorenoverwogene is beschreven of werkwijzen voor de vervaardiging ervan.

4.22. Het feit dat in paragraaf [0002] van de beschrijving wordt gesproken over 'septal defects', zoals AGA Medical nog heeft aangevoerd, leidt niet tot een andere conclusie. Anders dan AGA Medical heeft betoogd, leest de rechtbank in bedoelde paragraaf een tegenstelling tussen de daar genoemde 'gewone' 'intravascular devices, such as catheters and guidewires' én 'other, frequently more complex, devices are used in treating specific conditions, such as devices used in removing vascular occlusions or for treating septal defects and the like', in die zin dat de vakman juist van deze laatste categorie van meer ingewikkelde inrichtingen wordt weggeleid. Het zijn immers ook uitsluitend de eerste categorie inrichtingen ten aanzien waarvan in de volgende paragrafen de nadelen worden beschreven om vervolgens als doel te formuleren dat het voordelig is 'to provide a reliable embolisation device which is both easy to deploy and can be accurately placed in a vessel'.

4.23. Dit alles leidt ertoe dat onder de gegeven omstandigheden de toepassing van de inrichting als septumafsluiter niet onder de beschermingsomvang van EP 138 kan worden gebracht. Ook om die reden maakt Occlutech geen inbreuk.

Slotsom

4.24. De slotsom luidt dat de Figulla Occluders van Occlutech niet onder de beschermingsomvang vallen van conclusie 1 van EP 138.

Nu de ook door AGA Medical ingeroepen conclusies 2 t/m 4 en 9 t/m 13 afhankelijk zijn van conclusie 1, wordt ook op die conclusies geen inbreuk gemaakt.

Hetzelfde geldt voor onafhankelijke conclusie 16. AGA Medical heeft gesteld dat wanneer Occlutech een inrichting vervaardigt die voldoet aan conclusie 1 van het octrooi, zij noodzakelijkerwijs de stappen beschreven in werkwijzeconclusie 16 gebruikt aangezien het een werkwijze betreft voor het vervaardigen van een inrichting volgens conclusie 1. Omgekeerd geredeneerd betekent dit dat nu hiervoor reeds is komen vast te staan dat de Figulla Occluders niet onder de beschermingsomvang van conclusie 1 vallen, zij dat ook niet doen ten aanzien van conclusie 16.

4.25. Occlutech heeft gesteld dat zij overweegt Figulla Occluders in Nederland op de markt te brengen die worden vervaardigd zonder gebruik te maken van een nitinolhuls voorafgaande aan het lassen van de draden. Zij heeft haar eis in die zin vermeerderd dat zij thans ook een verklaring voor recht vordert dat dergelijke producten niet onder de beschermingsomvang van EP 138 vallen.

4.26. Ten aanzien daarvan wordt overwogen dat nu hiervoor reeds is geoordeeld dat de Figulla Occluders vervaardigd mét gebruikmaking van een nitinolhuls voorafgaande aan het lassen van de draden niet onder de beschermingsomvang van EP 138 vallen, occluders die zonder gebruikmaking van een nitinolhuls worden vervaardigd daar evenmin onder vallen. Het gebruik van bedoelde huls is immers in die zin niet relevant dat het niet afdoet aan het feit dat de Figulla Occluders geen twee ‘clamps’ hebben in de zin van het octrooi en om die reden niet onder de beschermingsomvang van EP 138 vallen.

4.27. Daarmee zijn de gevorderde verklaringen voor recht toewijsbaar als na te melden. Bij toewijzing van de sub B van het petitum gevorderde verklaringen voor recht heeft Occlutech in het licht van de toewijzing van de sub A van het petitum gevorderde verklaringen voor recht gevoegd bij de omstandigheid van de afwijzing van de vorderingen in reconventie, zoals hierna zal blijken, geen belang.

4.28. Nu Occlutech haar vordering tot vernietiging van het Nederlandse deel van EP 138 voorwaardelijk heeft gemaakt en de voorwaarde, te weten dat de rechtbank zou oordelen dat de Figulla Occluders inbreuk maken op het octrooi, niet is vervuld, kan daaraan in deze procedure worden voorbijgegaan.

4.29. Als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij zal AGA Medical worden veroordeeld in de aan de zijde van Occlutech in conventie gemaakte – en niet betwiste – redelijke en evenredige proceskosten ex ar-

tikel 1019h Rv. De kosten heeft Occlutech begroot op een bedrag van €100.178,00, vermeerderd met een bedrag van €2.163,35 aan verschotten, tezamen derhalve een bedrag van €102.341,35. Nu Occlutech geen splitsing heeft gemaakt in de in conventie en reconventie gemaakte kosten, wordt er van uitgegaan dat de kosten daaraan in gelijke mate zijn besteed. Aldus is in conventie een bedrag van €51.170,68 toewijsbaar.

4.30. De gevorderde uitvoerbaar bij voorraadverklaring is slechts toewijsbaar ten aanzien van de proceskostenveroordeling.

5. De beoordeling in reconventie

5.1. De vorderingen in reconventie worden, gelet op het feit dat in conventie is geoordeeld dat de Figulla Occluders van Occlutech niet onder de beschermingsomvang van EP 138 vallen, afgewezen.

5.2. AGA Medical zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de aan de zijde van Occlutech in conventie gemaakte – en niet betwiste – redelijke en evenredige proceskosten ex artikel 1019h Rv. Onder verwijzing naar hetgeen in r.o. 4.29. is overwogen, worden deze kosten begroot op € 51.170,68.

5.3. De gevorderde uitvoerbaar bij voorraadverklaring is toewijsbaar ten aanzien van de proceskostenveroordeling.

6. De beslissing

De rechtbank

in conventie

6.1. verklaart voor recht dat de Occlutech Figulla ASD en PFO occluders buiten de beschermingsomvang vallen van het Nederlands deel van EP 0 808 138;

6.2. verklaart voor recht dat de Occlutech Figulla ASD en PFO occluders vervaardigd zonder gebruik van een nitinolhuls voorafgaande aan het lassen van de draden buiten de beschermingsomvang vallen van het Nederlands deel van EP 0 808 138;

6.3. veroordeelt AGA Medical in de kosten van de procedure, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Occlutech begroot op €51.170,68 ;

6.4. verklaart dit vonnis ten aanzien van de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

6.5. wijst af het meer of anders gevorderde.

in reconventie

6.6. wijst de vorderingen af;

6.7. veroordeelt AGA Medical in de kosten van de procedure, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Occlutech begroot op €51.170,68 ;

6.8. verklaart dit vonnis ten aanzien van de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. G.R.B. van Peurseem, mr. J.Th. van Walderveen en mr. ir. J.H.F. de Vries en in het openbaar uitgesproken op 29 oktober 2008.