

Hof Den Haag, 6 oktober 2009, Zilka v Rüegg

EP 0.974.035

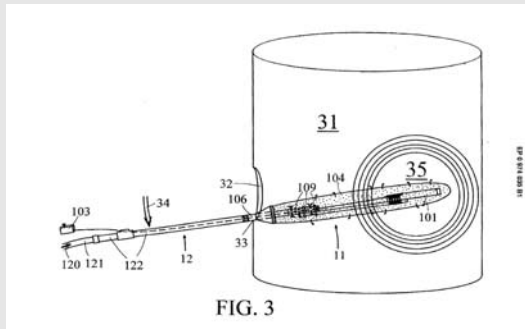
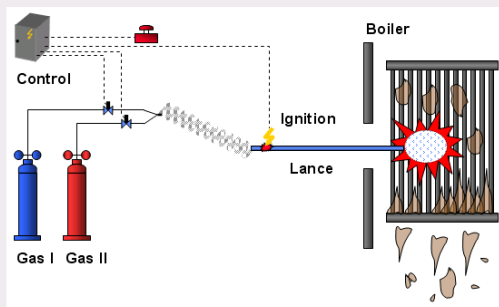


FIG. 3



BANG & CLEAN

Cleaning with dosed gas explosions



OCTROOIRECHT

Uitleg deelkenmerk "explosieveninrichting" in conclusie

- De bewoordingen van de conclusies I en II wijzen dus in de richting van het door Rüegg ingenomen standpunt dat met "explosieveninrichting" bedoeld is het (vaste) explosief (zelf) zonder lans.

De eerste vraag waarover partijen twisten is de vraag, wat de gemiddelde vakman met zijn algemene vakken-nis zal verstaan onder de term een "explosieven inrichting" in deelkenmerk b volgens Rüegg (overeenkomend met deel kenmerk B in de opdeling van Zilka). Zilka is van oordeel dat de term "explosieveninrichting" zeer ruim moet worden uitgelegd, zodanig dat daaronder ook valt een uitvoeringsvorm met een (opblaasbare) ballon die op het ene uiteinde van een holle lans is bevestigd, waarbij het andere uiteinde van de holle lans aansluitbaar is op toevoerleidingen van ethyleen en zuurstof (zie onder meer memorie van grieven, onder 11 en pleitnota in hoger beroep van Zilka, onder 2 en 14-15), omdat, zo begrijpt het hof, in de opgeblazen toestand van de ballon zowel in de ballon als in de holle lans het explosief, in de vorm van een explosief gasmengsel, aanwezig is; dus in deze uitvoeringsvorm

bestaat de "explosieveninrichting", kort gezegd, uit de (met gas gevulde) ballon en holle lans samen. [...]

De bewoordingen van de conclusies I en II wijzen dus in de richting van het door Rüegg ingenomen standpunt dat met "explosieveninrichting" bedoeld is het (vaste) explosief (zelf) zonder lans.

- De gemiddelde vakman zal ter toetsing van zijn vermoeden direct de beschrijving van de figuren in het octrooischrift raadplegen, omdat het gebruikelijk is om in dat gedeelte van de beschrijving de in de praktijk toegepaste uitvoeringsvorm(en) van de in de conclusies omschreven inrichting en werkwijze te bespreken, waarbij hij weet dat deze in het algemeen niet beperkend zijn bedoeld.

Geen letterlijke inbreuk

- Met de vaststelling dat het in het systeem en de werkwijze van Zilka gaat om vaste explosieven, onderscheiden het systeem en de werkwijze van Rüegg zich noodzakelijkerwijs van die van Zilka, omdat in het systeem van Rüegg (het einddeel van) de lans niet massief is uitgevoerd, maar hol en is aangesloten op gastoevoerleidingen. Van letterlijke inbreuk is dan ook geen sprake.

Geen equivalentie - insubstantial-differences

- Wezenlijk andere wijze waarop zelfde resultaat bereikt wordt (function-way-result-test)

In beide gevallen (in de 'function/way/result' -test) wordt hetzelfde resultaat van het ontslakken van de pijpen of wanden van een on-line warmtewisselaar bereikt, maar de hierboven beknopt weergegeven wijzen waarop Zilka en Rüegg dit resultaat bereiken zijn, naar het oordeel van het hof, wezenlijk anders.

- Ook kan dit verschil (in de 'insubstantial difference' -test) niet worden aangemerkt als een verschil dat de gemiddelde vakman zonder inventieve denkwerk als equivalent zal aanmerken, nu daarvoor aan Rüegg een eigen octrooi is verleend.

Vindplaatsen:

Hof Den Haag, 6 oktober 2009

(J.C. Fasseur-van Santen, C.J. Verduyn, R.A. Grootoink)

arrest

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector handel

Zaaknummer: 105.002.348/01

Rolnummer (oud): 04/1486

Rolnummer rechtbank: 03/1234

arrest van de vijfde civiele kamer d.d. 6 oktober 2009

inzake:

1. [...] ZILKA, wonende te [...], New York, Verenigde Staten,

2. [...] ZILKA, wonende te [...], New York, Verenigde Staten,

appellanten, tevens incidenteel geïntimeerden,

hierna ook te noemen Zilka (in het enkelvoud),

procesadvocaat: mr H.J.A. Knijff,
advocaten: mrs P. Burgers en F.W. Gerritzen, beiden te
Amsterdam,
tegen
de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar
Zwitsers recht KESSELREINIGUNG RÜEGG
GMDH, gevestigd te Wohlen, kanton Aargau, Zwitser-
land, geïntimeerde, tevens incidenteel appellante,
hierna ook te noemen Rüegg,
advocaat: mr F.I.S.A.L. van Velsen te Amsterdam.

Het geding

Het hof verwijst naar zijn in deze zaak gewezen
[tussenarrest van 27 september 2007](#). Ter voldoening
aan het arrest heeft Zilka een akte houdende uittalingen
tussenarrest (van 8 november 2007) genomen en Rüegg
een akte na tussenarrest (van 8 november 2007).
Vervolgens heeft Rüegg onder overlegging van een
productie nog een antwoordakte (van 22 november
2007) genomen. Ten slotte hebben partijen onder
overlegging van hun processtukken arrest gevraagd.

Verdere beoordeling van het hoger beroep

1. Overgenomen wordt hetgeen in [voonneld tussenarrest](#)
is overwogen, met dien verstande dat in
rechtsoverweging 2 (3e regel) "EP 1.067.349 BI" wordt
gelezen als: EP 0.974.035 BI.

2. Artikel 69(1) van het Europees Octrooiverdrag
(hierna: EOV) luidt in de Engelse taal, voor zover van
belang, als volgt:

*"The extent of the protection conferred by a European
patent (...) shall be determined by the claims.
Nevertheless, the description and drawings shall be
used to interpret the claims."*

Het Protocol inzake de uitleg van Artikel 69 - dat "*is
intended to provide guidance how Art. 69 should be
applied with respect to determining the scope
of protection of the granted European patent*" - luidt
thans als volgt:

"Art.1 General principles

*Art. 69 should not be interpreted as meaning that the
extent of the protection conferred by a European patent
is to be understood as that defined by the strict, literal
meaning of the wording used in the claims, the
description and drawings being employed only for the
purpose of resolving an ambiguity found in the claims.
Nor should it be taken to mean that the claims serve
only as a guideline and that the actual protection
conferred may extend to what, from a consideration of
the description and drawings by a person skilled in the
art, the patent proprietor has contemplated. On the
contrary, it is to be interpreted as defining a position
between these extremes which combines a fair
protection for the patent proprietor with a reasonable
degree of legal certainty for third parties."*

Artikel 69 EOV en het bijbehorende Protocol zijn naar
uit de toelichting blijkt inhoudelijk niet gewijzigd.

3. In zijn [arrest van 7 september 2007 inzake Lely
Enterprises AG/Delaval \(NJ 2007, 466 \(LJN
BA3522\)\)](#) heeft de Hoge Raad het volgende overwo-
gen.

*"In zijn arrest van [27 januari 1989, nr. 13394, NJ
1989, 506](#), heeft de Hoge Raad als uitgangspunt*

*geformuleerd dat de vóór de implementatie van het
EOV in de Nederlandse rechtspraak ontwikkelde
opvatting omtrent de uitleg van een octrooi - kort
gezegd: het komt aan (niet op de letterlijke
bewoordingen van het octrooischrift maar) op datgene
waarin naar het wezen van de zaak de geoctrooieerde
uitvinding bestaat - ook nadien tot uitgangspunt kan
worden genomen. In zijn arrest van [13 januari 1995,
nr. 15564, NJ 1995, 391](#), heeft de Hoge Raad
overwogen dat dit a/dus moet worden begrepen dat bij
de uitleg van de conclusies van het octrooischrift, mede
in het licht van beschrijving en tekeningen, onder ogen
dient te worden gezien wat voor de uitvinding waarvan
de bescherming wordt ingeroepen, wezenlijk is - anders
gezegd: wat achter de woorden van die conclusie
liggende uitvindingsgedachte is - teneinde een
uitsluitend op de letterlijke betekenis van de
bewoordingen gegronde en daarom voor een redelijke
bescherming van de octrooihouder wellicht te beperkte
(of onnodig ruime) uitleg te vermijden. Voorts, dat dit
gezichtspunt evenwel nog geen aanwijzingen geeft voor
de wijze waarop bij die uitleg het in het protocol
bedoelde midden tussen een redelijke bescherming van
de octrooihouder en een redelijke rechtszekerheid voor
derden kan worden gevonden. De tot uitleg van de
conclusies van het octrooischrift geroepen rechter zal
dan ook tevens moeten beoordelen of het resultaat van
zijn onderzoek de rechtszekerheid voor derden
voldoende tot haar recht laat komen. Dit laatste
gezichtspunt, aldus het arrest, zal een restrictieve, meer
bij de bewoordingen van de conclusies aansluitende
uitleg kunnen rechtvaardigen in die voege dat gebrek
aan duidelijkheid voor de gemiddelde vakman die de
grenzen van de door het octrooi geboden bescherming
wil vaststellen, in beginsel ten nadele van de
octrooihouder werkt. Voorts moet bij dit alles rekening
worden gehouden met de aard van het concrete geval,
waaronder ook de mate waarin de geoctrooieerde
uitvinding vernieuwing heeft gebracht. In het arrest van
1995 is aldus tot uitdrukking gebracht dat 'hetgeen
voor de uitvinding waarvan de bescherming wordt
ingeroepen, wezenlijk is', onderscheidenlijk 'de achter
de woorden van die conclusies liggende
uitvindingsgedachte' niet langer als uitgangspunt dient,
doch als gezichtspunt, tegenover de letterlijke tekst van
de conclusies (de 'uitersten' in de woorden van het
Protocol). De feitenrechter die zich gesteld ziet voor de
taak de beschermingsomvang van een octrooi vast te
stellen door uitleg van de octrooi-conclusies, dient
bovenstaande maatstaf (met inbegrip van hetgeen in
het arrest van 1995 overigens nog is overwogen) te
hanteren. Die uitleg is in de regel overigens zozeer
verweven met waarderingen van feitelijke aard, dat
deze in cassatie slechts in beperkte mate op juistheid
kan worden onderzocht (vgl. [HR 31 oktober 2003,
nr.C02/227, NJ 2006,600 inzake Sara Lee/Intergro
c.s., toevoeging hof](#)).*

4. Het hof heeft de zaak naar de rol verwezen opdat
beide partijen zich bij akte desgewenst kunnen uitlaten
over het genoemde arrest en hun stellingen/verweer, zo
nodig, kunnen aanpassen.

5. Zilka huldigt in haar akte (van 8 november 2007) het standpunt dat het wezen van de uitvinding (hof: hierna ook aan te duiden als: de uitvindingsgedachte) het ene 'uiterste' is in de zin van voormeld protocol en dat het andere 'uiterste' wordt gevormd door de woorden van de conclusie in samenhang met de beschrijving en de tekeningen van het octrooischrift. Volgens de stellingen van Zilka (zie akte onder 4) is het wezen van de uitvinding volgens conclusie 1 van EP 0.974.035 een systeem voor het explosief verwijderen van slak in een normaal werkende warmtewisselingsinrichting waarbij de explosieveninrichting in iedere gewenste positie kan worden gebracht en waarbij de explosieven op ieder gewenst moment tot ontploffing kunnen worden gebracht, hetgeen mogelijk wordt gemaakt doordat de explosieveninrichting voortdurend wordt gekoeld (cursivering hof, zie ook memorie van grieven, onder 36 en haar pleitnota in hoger beroep, onder 23). Wat het midden tussen de twee uitersten betreft stelt Zilka dat de kenmerken die gerelateerd zijn aan het wezen van de uitvinding alle in een aangevallen inrichting of werkwijze moeten voorkomen, wil er sprake zijn van inbreuk. Indien het in technisch opzicht (in verhouding tot de wezenlijke kenmerken) niet relevant is of een kenmerk aan- of afwezig is, kan inbreuk in beginsel ook worden aangenomen als een conclusie kenmerk geheel ontbreekt in de aangevallen werkwijze of inrichting. Rüegg heeft dit standpunt betwist. Naar het oordeel van het hof gaat het beroep op het ene uiterste (het "wezen") niet zo ver dat dit in beginsel leidt tot het weginterpretieren van kenmerken indien daarvoor geen duidelijke aanwijzingen in de beschrijving en de tekeningen van het octrooischrift aanwezig zijn. Hierop zal in rechtsoverweging 14 nader worden ingegaan.

6. Hetgeen Zilka voorts in haar akte onder 6-16 heeft gesteld met betrekking tot "de woorden van de conclusie in samenhang met de beschrijving en de tekeningen" wordt buiten beschouwing gelaten, omdat het daar gestelde het karakter heeft van een nadere memorie en verder gaat dan waartoe de rolverwijzing in het tussenarrest strekte.

7. Het hof zal thans eerst conclusie 1 in samenhang met de beschrijving en de tekeningen (het andere uiterste) behandelen.

8. Volgens Rüegg kan conclusie 1, in de (door partijen onbetwiste) Nederlandse vertaling, worden opgedeeld in de volgende kenmerken (zie memorie van antwoord, tevens voorwaardelijke incidentele memorie van grieven, onder 1.2 en de pagina, aangehecht aan de pleitnotities van Rüegg in hoger beroep):

- a. Een op explosieven gebaseerd systeem voor het ontslakken van een hete, in werking zijnde warmtewisselingsinrichting (31), voorzien van:
- b. een explosieveninrichting (101);
- c. een koelomhulling (104, 104') die de explosieveninrichting (101) omhult;
- d. een koelmiddel leverend middel (12, 106)
- e. dat een stroom van koelmiddel naar de koelomhulling (104, 104) levert zodat de explosieveninrichting (101) daardoor wordt omgeven en gekoeld door het koelmiddel;

f. explosievenpositioneermiddelen (12, 106, 112) die tenminste één persoon, die een eerste van twee uiteinden van de explosievenpositioneermiddelen (12, 106, 112) vasthoudt en beweegt, toestaan het gekoelde explosief (101) dat is bevestigd nabij een tweede van de twee uiteinden van de explosievenpositioneermiddelen (12, 106, 112) tot in en binnenin de hete, werkende warmtewisselingsinrichting (31) te bewegen tot in een juiste stand voor het ontslakken van de warmtewisselingsinrichting (31) door het ontsteken van de explosieveninrichting (101),

g. terwijl het koelmiddel zo in de omhulling (104, 104) wordt afgegeven en daardoor verhindert dat de warmte van de warmtewisselingsinrichting (31) de explosieveninrichting (101) doet ontsteken, en

h. terwijl (...) tenminste één persoon buiten de hete, werkende warmtewisselingsinrichting (31) blijft; en

i. ontstekingsmiddelen voor het naar wens ontsteken van de explosieveninrichting (101);

j. waarbij de koelomhulling (104, 104) semipermeabel is (105);

k. waardoor koelmiddel dat de omhulling (104, 104) binnentreedt via een koelmiddeltoegangsopening van de omhulling (104, 104) deze omhulling verlaat door de doorlaatopeningen (105) in de omhulling (104, 104), hetgeen resulteert in een gelijkmatige stroom van koelmiddel naar en uit de explosieveninrichting (101)

l. voorafgaande aan en tijdens het inbrengen hiervan in de warmtewisselingsinrichting (31) en

m. voorafgaande aan en wanneer de explosieveninrichting (101) zo wordt ontstoken.

Zilka hanteert een enigszins andere opdeling in kenmerken (zie inleidende dagvaarding, onder 10) dan Rüegg. Echter, de deel kenmerken A, B en C van de verdeling van Zilka komen geheel overeen met de deelkenmerken a, b en c van Rüegg, terwijl de overige deel kenmerken van Zilka wat minder gedetailleerd zijn geformuleerd dan die van Rüegg. Hierna zal de hierboven weergegeven opdeling van Rüegg worden gehanteerd.

9. De eerste vraag waarover partijen twisten is de vraag, wat de gemiddelde vakman met zijn algemene vakkennis zal verstaan onder de term een "explosieven inrichting" in deelkenmerk b volgens Rüegg (overeenkomend met deel kenmerk B in de opdeling van Zilka).

Zilka is van oordeel dat de term "explosieveninrichting" zeer ruim moet worden uitgelegd, zodanig dat daaronder ook valt een uitvoeringsvorm met een (opblaasbare) ballon die op het ene uiteinde van een holle lans is bevestigd, waarbij het andere uiteinde van de holle lans aansluitbaar is op toevoerleidingen van ethyleen en zuurstof (zie onder meer memorie van grieven, onder 11 en pleitnota in hoger beroep van Zilka, onder 2 en 14-15), omdat, zo begrijpt het hof, in de opgeblazen toestand van de ballon zowel in de ballon als in de holle lans het explosief, in de vorm van een explosief gasmengsel, aanwezig is; dus in deze uitvoeringsvorm bestaat de "explosieveninrichting", kort gezegd, uit de (met gas gevulde) ballon en holle lans samen. Rüegg is van mening dat met een "explosieveninrichting" slechts

bedoeld is een aan het uiteinde van een lans bevestigd "vast explosief" (zie onder meer pleitnotities in hoger beroep van Rüegg, onder 37, 46 en 52), naar het hof begrijpt, het vaste explosief zonder lans.

10. Nergens in de conclusies 1 en 11 is expliciet aangegeven wat onder een "explosieveninrichting" in de zin van het geotrooieerde systeem moet worden verstaan; in zoverre is de redactie van conclusie 1 onduidelijk. Toch geeft conclusie 1 de gemiddelde vakman wel enige richting voor de uitleg van deze onduidelijke term. In conclusie 1 van het octrooi is de "explosieveninrichting" aangeduid met het verwijscijfer (101). Ook is in conclusie 1 vermeld (zie deelkenmerk f) dat het systeem voorzien is van "explosievenpositioneermiddelen" (12, 106, 112) die ten minste een persoon, die een eerste van twee uiteinden van de explosievenpositioneermiddelen (12, 106, 112) vasthoudt en beweegt, toestaan het gekoelde explosief (101) dat is bevestigd nabij het tweede van de twee uiteinden van de explosievenpositioneermiddelen (12, 106, 112) tot in (..) te bewegen(...)" Eenzelfde passage is te lezen in conclusie 11. Opvallend is dat in dit deel kenmerk ook het (gekoelde) "explosief" met het verwijscijfer (101) wordt aangeduid. Kennelijk mag voor "explosieveninrichting" eenvoudig "explosief" worden gelezen. Ook Zilka is deze mening thans toegedaan (zie noot 3 op blz. 6 van haar akte van 8 november 2007). Indien nu de explosievenpositioneermiddelen bestaan uit een simpele lans, die door een operator aan het ene uiteinde wordt vastgehouden dan zal de vakman uit deze passage afleiden dat de lans geen deel uitmaakt van het, aan het andere uiteinde van de lans bevestigde explosief (of "explosieveninrichting") (101).

De bewoordingen van de conclusies I en II wijzen dus in de richting van het door Rüegg ingenomen standpunt dat met "explosieveninrichting" bedoeld is het (vaste) explosief (zelf) zonder lans.

11. De gemiddelde vakman zal ter toetsing van zijn vermoeden direct de beschrijving van de figuren in het octrooischrift raadplegen, omdat het gebruikelijk is om in dat gedeelte van de beschrijving de in de praktijk toegepaste uitvoeringsvorm(en) van de in de conclusies omschreven inrichting en werkwijze te bespreken, waarbij hij weet dat deze in het algemeen niet beperkend zijn bedoeld.

In alinea [0040] (zie ook blz. 15, 2e alinea in de Nederlandse vertaling) is te lezen hoe het geotrooieerde ontslaksysteem uit de afzonderlijke onderdelen wordt opgebouwd. Een staafvormig explosief ("explosieveninrichting") (101) (zie figuur 2 en kolom 7, regel 12) wordt voorzien van een ontsteker (102) (zie kolom 7, regels 17-18), waarna het samenstel van explosief (101) en ontsteker (102) aan het (massieve) einddeel (112) van de lans (12, 106, 112) wordt bevestigd. Hiermee is het de vakman duidelijk dat de gehele lans, dus ook het einddeel (112) daarvan, geen deel uitmaakt van het explosief (of de "explosieveninrichting") (101). Dit wordt nog eens bevestigd in alinea [0045] (zie ook de onderste alinea op blz. 17 van de Nederlandse vertaling), waaruit volgt dat al die

onderdelen, zijnde het explosief (101), de ontsteker (102), de ontstekingsdraad (119), het lansdeel (112), de bevestiging (113) en de envelop (104), die tijdens de explosie worden vernietigd, als afzonderlijke onderdelen worden beschouwd. Nu is in de figuurbeschrijving uitdrukkelijk vermeld dat het explosief (101) niet is beperkt tot een explosieve staaf (zie kolom 7, regels 11-12; blz. 10, regel 22-23 van de Nederlandse vertaling). Wegens het directe contact tussen het explosief en het koelwater in de envelop verdient het de voorkeur het explosief, zoals een explosief poeder of ander explosief materiaal, aan te brengen in een huis van kunststof of ander waterbestendig materiaal (kolom 7, regels 44-46; blz. 11, regel 20-22 van de Nederlandse vertaling). De gemiddelde vakman weet op grond van zijn algemene vakkennis (zie bijvoorbeeld het artikel "Use of explosives for boiler deslagging gains acceptance" in het tijdschrift "Power", maart 1996, blz. 50 rechterkolom) dat zulk ander explosief materiaal kan bestaan uit binaire explosieven en lineaire explosieven (detonatiekoorden) (zie het octrooischrift, alinea [0053]; blz. 20, 1e volledige alinea, waarin wordt verwezen naar de daarin eerder genoemde Amerikaanse octrooischriften), waarbij de binaire explosieven juist vóór gebruik worden samengesteld uit twee, op zichzelf niet explosieve gescheiden delen, bijvoorbeeld een vaste stof en een vloeistof. Ook weet de vakman dat twee gassen, bijvoorbeeld ethyleen en zuurstof, een explosief gasmengsel kunnen vormen. Naar het oordeel van het hof is het dan ook aannemelijk, dat de gemiddelde vakman het gebruik van een kunststofhuis (patroon of ballon) gevuld met een binair explosief, zoals een explosief gasmengsel, in het octrooischrift meeleeft: met andere woorden het op het (massieve) einddeel (112) bevestigde, vaste explosief (101) kan ook een (afgesloten) ballon gevuld met een explosief gasmengsel zijn. Voor de (zeer ruime) opvatting van Zilka, waarbij ook de lans gerekend wordt tot het explosief, zou de vakman ook nog moeten begrijpen dat het (massieve) einddeel (112) van de lans waarop de ballon dient te worden bevestigd, hol is uitgevoerd en/of voorzien is van toevoerleidingen voor de afzonderlijke gassen met aansluiting van de ballon op deze leidingen. Hiervoor is niet de geringste aanwijzing in het octrooischrift te vinden; integendeel, ook de gehele stand der techniek (kolom 1, regel 46- kolom 5, regel 30), die in de beschrijvingsinleiding van het octrooischrift ("Background of the Invention"), voorafgaand aan de beschrijving van de figuren, wordt besproken en waarop de geotrooieerde uitvinding, zo zal de vakman begrijpen, voortbouwt, betreft vaste explosieven (patronen met explosief materiaal) zonder dat een lans daarvan deel uitmaakt. Ten slotte is evenmin gebleken dat op het onderhavige vakgebied zulk een (ruime) variant tot de algemene vakkennis van de deskundige behoort.

12. Met de vaststelling dat het in het systeem en de werkwijze van Zilka gaat om vaste explosieven, onderscheiden het systeem en de werkwijze van Rüegg zich noodzakelijkerwijs van die van Zilka, omdat in het

systeem van Rüegg (het einddeel van) de lans niet massief is uitgevoerd, maar hol en is aangesloten op gastoevoerleidingen. Van letterlijke inbreuk is dan ook geen sprake.

13. Wat equivalentie betreft wordt het volgende overwogen. In het geotrooieerde systeem en de werkwijze van Zilka wordt, kort samengevat, buiten de te ontslakken inrichting, bij voorbeeld een warmtewisselaar, een vast explosief (dat een met explosief gas gevulde ballon kan zijn, zie hierboven onder 11) op het ene uiteinde (massief einddeel) van een lans bevestigd, waarbij een koelenvolp rond het explosief wordt aangebracht. Vervolgens manoeuvreert een operator, die de lans aan het andere einde vasthoudt, de lans zodanig via een mangat in de warmtewisselaar on-line, dat het einddeel met het daarop bevestigde explosief wordt gebracht nabij een te ontslakken onderdeel van de warmtewisselaar, waarna het explosief tot ontploffing wordt gebracht. Tijdens het gehele proces van manoeuvreren worden, tot de ontploffing, de lans en het explosief voortdurend gekoeld. In het systeem en de werkwijze van Rüegg wordt echter, kort gezegd, buiten de warmtewisselaar geen explosief op een lans bevestigd. Op het ene uiteinde van de holle lans wordt een lege ballon bevestigd, waarbij de holle lans wordt aangesloten op toevoerleidingen voor brandstof en zuurstof. Vervolgens manoeuvreert een operator, die het andere einde van de lans vasthoudt, het einddeel van de lans met lege ballon via het mangat op de juiste plaats, waarbij de lans en lege ballon worden gekoeld en waarna, zodra de juiste plaats is bereikt, de ballon via de lans wordt opgeblazen met een explosief gasmengsel en tot ontploffing gebracht. Vóór en tijdens het manoeuvreren van de lans en lege ballon is derhalve van het aanwezig zijn en voortdurend koelen van een explosief geen sprake. In beide gevallen (in de 'function/way/result' -test) wordt hetzelfde resultaat van het ontslakken van de pijpen of wanden van een on-line warmtewisselaar bereikt, maar de hierboven beknopt weergegeven wijzen waarop Zilka en Rüegg dit resultaat bereiken zijn, naar het oordeel van het hof, wezenlijk anders. Ook kan dit verschil (in de 'insubstantial difference' -test) niet worden aangemerkt als een verschil dat de gemiddelde vakman zonder inventieve denkwerk als equivalent zal aanmerken, nu daarvoor aan Rüegg een eigen octrooi is verleend (zie het tussenarrest onder 6). Derhalve is ook geen sprake van equivalente inbreuk.

14. De stellingen van Zilka betreffende "het wezen" (zie akte (van 8 november 2007), onder 4, 17 en 18) houden in feite in dat Zilka aan veel kenmerken van de conclusie geen betekenis hecht en deze weginterpreteert. Zo komt de koelenvolp, die in detail in de conclusies is omschreven en een essentieel aspect lijkt te zijn, in het geheel niet meer voor. Het lijkt erop dat Zilka met het formuleren van zulk een ruim "wezen" juist datgene doet wat artikel 69 EOV in verbinding met het Protocol uitdrukkelijk beoogt te verbieden:

"Art. 69 mag (...) evenmin worden uitgelegd in die zin, als zouden de conclusies alleen als richtlijn dienen en als zou de bescherming zich ook mogen uitstrekken tot datgene wat de octrooihouder, naar het oordeel van de deskundige die de beschrijving en de tekeningen bestudeert, heeft willen beschermen."

Zilka gaat in hoger beroep in haar akte van 8 november 2007 ervan uit dat met "explosief" en "explosieveninrichting" hetzelfde wordt bedoeld. Ook al zou worden aangenomen dat met een beroep op het wezen kenmerken mogen worden weggeïnterpreteerd als door Zilka is aangegeven, dan is niet voldaan aan het door Zilka geformuleerde "wezen" voor zover luidend: "(...) doordat het explosie/voortdurend wordt gekoeld." In het systeem van Rüegg is immers geen sprake van het voortdurend koelen van het explosief: wat voortdurend gekoeld wordt is de holle lans en de lege ballon zonder dat daarin een explosief mengsel aanwezig is.

15. Daar komt nog het volgende bij. Rüegg heeft als document D I het Amerikaanse octrooischrift 5.494.004 aangehaald (productie 1 van Rüegg) betreffende een "On-line pulsed detonation/deflagration soot blower"; dit specifieke document kan in tegenstelling tot bijvoorbeeld een handboek niet tot de algemene vakkennis van de deskundige op het onderhavige vakgebied worden gerekend, maar wel tot de stand van de techniek behoort. Uit DI is een inrichting en werkwijze bekend voor het on-line ontroeten van de binnenwanden van koolgestookte krachtcentrales en het ontslakken van de warmtewisselingspijpen van boilers (zie aldaar kolom I, regels 1-27, 66-67), waarbij de inrichting, kort gezegd, voorzien is van een, door een mangat beweegbare, met water gekoelde holle lans, waarvan het vrije uiteinde een "explosieveninrichting" omvat die is uitgevoerd als een, van een uitlaatopening voorziene meng- en detonatiekamer voor een explosief gasmengsel, welke kamer is aangesloten op door de lans lopende toevoerleidingen voor, bijvoorbeeld, zuurstof en propaan. Een buiten de warmtewisselaar blijvende operator manoeuvreert het vrije uiteinde van de lans tot in een juiste stand voor het ontslakken, waarbij de gehele lans inclusief detonatiekamer voortdurend wordt gekoeld. Vervolgens wordt het explosieve gasmengsel in de detonatiekamer van de "explosieveninrichting" ontstoken (zie DI onder meer kolom 3, regels 14-39; kolom 4, regels 33-41; kolom 4, regel 64; kolom 5, regel 8; kolom 5, regels 18-33 en kolom 6, regels 16-20, 38-48, 55-58 en de pleitaantekeningen van Rüegg in eerste instantie, onder 1.2.3). Weliswaar zijn er aanzienlijke constructieve verschillen tussen het systeem volgens D I en dat volgens Rüegg - zo is bijvoorbeeld de in D I toegepaste lans geen eenvoudige lans van lichte constructie zoals bij Rüegg, maar dit neemt niet weg dat een systeem en werkwijze voor het on-line ontslakken waarbij gebruik wordt gemaakt van een, op de juiste plaats te bereiden explosief gasmengsel in plaats van een vast explosief reeds tot de stand der techniek behoren. De gemiddelde vakman zal de uitvinding van Rüegg met gebruik van een ter plekke te vormen explosief gasmengsel dan ook

beschouwen als een verdere ontwikkeling van D 1, bijvoorbeeld door de keuze van op zichzelf ook reeds bekende middelen, zoals een simpele telescopische lens (zie "Power", blz. 51, linkerkolom, tweede alinea (productie 1 bij memorie van grieven)), welke ontwikkeling naast die van Zilka staat en niet daaraan ondergeschikt is, omdat deze niet gebruik maakt van enige verdienste van Zilka daar de geöctrooieerde uitvinding van Zilka slechts het gebruik van vaste explosieven op het oog heeft. Rüegg maakt dus evenmin inbreuk op het octrooi als het "wezen" van de geöctrooieerde uitvinding in beschouwing wordt genomen.

17. Uit het voorgaande volgt dat de (principale) grieven 1 en 3A falen en dat de (principale) grieven 2 en 3B niet kunnen leiden tot vernietiging van het vonnis. Het vonnis voor zover gewezen in conventie zal derhalve worden bekrachtigd.

18. De incidentele grieven (die betrekking hebben op de reconventionele vorderingen (zie het tussenarrest, onder 2) zijn aangevoerd onder de voorwaarde dat het hof een of meer van Zilka's grieven gegrond verklaart en dit leidt tot vernietiging van het vonnis. Het vorenstaande brengt mee dat de voorwaarde waaronder de incidentele grieven zijn ingesteld, niet is vervuld, zodat deze geen bespreking behoeven.

Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep, voor zover in conventie en reconventie gewezen; veroordeelt Zilka in de kosten van het principale beroep en begroot deze aan de zijde van Rüegg tot op deze uitspraak op € 2.682,- aan salaris advocaat en €288,- aan verschotten. Dit arrest is gewezen door mrs J.C. Fasseur-van Santen, C.J. Verduyn en R.A. Grootoink, en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 6 oktober 2009, in tegenwoordigheid van de griffier.
