

# arrest

## GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector handel

Zaaknummer : 200.052.587/01

rolnummer rechtbank : 08-2157

arrest van de vijfde civiele kamer d.d. 29 maart 2011

inzake

1. de rechtspersoon naar vreemd recht **CHENGDU XINGGRAPHICS CO. LTD**,  
gevestigd te Chengdu, China,  
hierna te noemen: Xingraphics,
2. **A. TEN CATE OFFSETPRODUCTEN B.V.**,  
gevestigd te Uitgeest,  
hierna te noemen: Atece,  
eiseressen in het incident, geïntimeerden, incidenteel appellanten,  
hierna gezamenlijk te noemen: Xingraphics c.s.,  
advocaat: mr. E. Grabandt te 's-Gravenhage,

tegen

de rechtspersoon naar vreemd recht **AGFA GRAPHICS N.V.**,  
gevestigd te Mortsel, België,  
verweerster in het incident, appellante, incidenteel geïntimeerde,  
hierna te noemen: Agfa,  
advocaat: mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt te 's-Gravenhage.

### Het verloop van het geding

Bij exploit van 6 oktober 2009 is Agfa in hoger beroep gekomen van het vonnis van de rechtbank 's-Gravenhage van 22 juli 2009, gewezen tussen Agfa als eiseres in conventie/verweerster in reconventie en Xingraphics c.s. als gedaagden in conventie/eiseressen in reconventie. Agfa heeft een memorie van grieven genomen, waarna Xingraphics c.s. – samen met een memorie van antwoord tevens memorie van grieven in het incidenteel appel – een incidentele vordering 'tot afschrift bescheiden ex artikel 843a Rv., althans verzoek tot toepassing bevoegdheid ex artikel 22 Rv' hebben ingediend. Vervolgens heeft Agfa een 'memorie van antwoord in het incident tot afschrift bescheiden ex artikel 843a Rv althans 22 Rv' genomen.

Bij akte genomen ter zitting van 17 januari 2011 hebben Xingraphics c.s. hun eis in het incident vermeerderd. Op 17 januari 2011 hebben partijen hun standpunten in het incident doen bepleiten, Xingraphics c.s. door mr. R.E.P. de Ranitz, advocaat te Den Haag en mr. O.P. Swens, advocaat te Amsterdam, en Agfa door mr. R. Hermans en mr. D.F. de Lange, beiden advocaat te Amsterdam. De raadslieden hebben zich hierbij bediend van pleitnotities die zich bij de stukken bevinden. Ten slotte hebben partijen arrest in het incident gevraagd.

---

**De beoordeling van de incidentele vordering**

1. Het gaat in deze zaak, kort gezegd, om het volgende. Agfa is houdster van Europees Octrooi EP 0 823 327 (hierna: het octrooi), dat haar onder meer voor Nederland op 10 november 2004 is verleend voor een 'method for making positive photosensitive lithographic printing plate'. Xingraphics is fabrikant van lithografische drukplaten van het door haar aangeduide type FIT en FIT X-tra (verder: de FIT-platen). Zij brengt de FIT-platen in Nederland op de markt via Atece. Stellende dat Xingraphics c.s. indirecte inbreuk op het octrooi maken heeft Agfa in eerste aanleg in conventie gevorderd een daartoe strekkende verklaring voor recht, een verbod en schadevergoeding. In reconventie hebben Xingraphics c.s. onder meer nietigverklaring van het octrooi gevorderd. De rechtbank heeft zowel de vorderingen in conventie als de nietigheids- vordering in reconventie afgewezen. Hiervan is Agfa in principaal hoger beroep gekomen, en Xingraphics c.s. in incidenteel hoger beroep.
2. In het thans te beoordelen incident in de zojuist genoemde hoofdprocedure hebben Xingraphics c.s., na vermeerdering van eis bij akte, gevorderd primair een bevel aan Agfa om op basis van artikel 843a Rv aan hen te verstrekken, uiterlijk vier weken na betekening na het te dezen te wijzen vonnis (arrest, hof), gewaarmerkte afschriften van bepaalde bescheiden, zijnde:
  - i. de H-NMR-, C-NMR-, IR-analyses die Agfa heeft uitgevoerd met de FIT-platen;
  - ii. de in de periode 2007-2009 chemical and application tests die Agfa heeft uitgevoerd met de FIT-platen,subsidiair een bevel op basis van artikel 22 Rv om die analyses en tests bij akte in het geding te brengen, en meer subsidiair een bevel om op basis van artikel 85 Rv die stukken ter griffie te deponeren, zulks wat het primaire en mogelijkterwijs het meer subsidiair gevorderde betreft op straffe van verbeurte van een dwangsom, en met veroordeling van Agfa in proceskosten op de voet van artikel 1019h Rv.
3. Bij pleidooi (punt 12 van hun pleitnota) hebben Xingraphics c.s. aangegeven hun eis te willen vermeerderen in die zin dat zij thans ook de door Agfa op haar FIT-platen uitgevoerde UV/VIS-analyses wensen te ontvangen. Omdat blijkens de uitspraken van de Hoge Raad gepubliceerd in NJ 2002, 469 en NJ 1984, 718 een eisvermeerdering niet in een pleitnota of mondeling tijdens de pleidooien kan geschieden – daarvoor is een schriftelijke akte ter rolle, genomen op de pleitzitting vereist – wordt hieraan voorbijgegaan.
4. Aan hun vorderingen hebben Xingraphics c.s. het volgende ten grondslag gelegd. Bij de vraag of indirecte inbreuk wordt gemaakt twisten partijen over twee punten, namelijk of (a) de FIT-platen niet lichtgevoelig zijn voor UV-licht en (b) de oplosbaarheid hoofdzakelijk door een verandering anders dan door een chemische verandering modificeerbaar is. Ten bewijze van haar stelling dat de platen van Xingraphics aan deze deelkenmerken voldoen, beroept Agfa zich op vier onderzoeken die blijken uit de claim chart die is opgenomen in paragraaf 36 van de bodemdagvaarding. Het betreft de H-NMR-, C-NMR, IR- en UV/VIS analyses. Pas in de loop van de procedure in de eerste aanleg heeft Agfa de UV/VIS-analyses in het geding gebracht. Zij weigert de overige analyses over te leggen. Verder blijkt uit een 'Analysis Report' van analyses die Agfa in maart 2010 heeft uitgevoerd op de opvolger van de FIT-platen (de FIT 'melior') dat Agfa in de jaren 2007-2009

soortgelijke chemische analyses en application tests heeft uitgevoerd met de 'oude' FIT-platen. Ook deze analyses en tests zijn door Agfa niet in het geding gebracht. Het is voor een deugdelijke beoordeling van de (indirecte) inbreukvraag van essentieel belang dat Xingraphics c.s. en het hof volledig worden geïnformeerd over de resultaten van de onderzoeken die Agfa aan de FIT-platen heeft gedaan. De selectie die Agfa heeft gemaakt door slechts een deel daarvan in het geding te brengen – 'cherry picking' – is niet toelaatbaar. Om de juistheid en de betrouwbaarheid van de metingen en analyses die Agfa wel in het geding heeft gebracht, te kunnen beoordelen, dienen Xingraphics c.s. zelfstandig over de details van alle analyses van Agfa te beschikken. Xingraphics c.s. worden anders benadeeld in hun bewijspositie, een en ander aldus Xingraphics c.s.

5. Het hof zal eerst onderzoeken of de vorderingen van Xingraphics c.s. toewijsbaar zijn op basis van artikel 843a Rv. Daarvoor is blijkens lid 1 van dat artikel vereist dat Xingraphics c.s. een rechtmatig belang hebben bij de door hen gevorderde afschriften. Voor een bevel tot het verstrekken van afschriften is – ook al bestaat een rechtmatig belang – krachtens lid 4 geen plaats is indien redelijkerwijs kan worden aangenomen dat een behoorlijke rechtspleging ook zonder het verschaffen van de gevraagde gegevens is gewaarborgd.
6. Xingraphics c.s. stellen dat zij bij hun artikel 843a Rv-vordering het onder 4 al genoemde bewijsbelang hebben en dat hun belang daarbij tevens voortvloeit uit het beginsel van equality of arms en uit de plicht van artikel 21 Rv. Agfa heeft betwist dat aan de 'rechtmatig belang-eis' is voldaan, waarbij zij er op wijst dat Xingraphics c.s. volledig op de hoogte zijn van de samenstelling van hun eigen FIT-platen en dat zij bovendien zelf onderzoek naar die platen kunnen (laten) doen. Agfa merkt verder op dat zuiver (bedrijfs-)interne analyses/onderzoeken waarop zij zich in de procedure niet beroept, zoals de onderhavige, niet voor overlegging in aanmerking komen omdat anders in feite het in continentaal Europa onbekende systeem van 'discovery' zou worden geïntroduceerd, hetgeen – zo begrijpt de hof de strekking van dit betoog – niet de bedoeling van de Nederlandse wetgever kan zijn geweest.
7. Vaststaat dat de analyses en onderzoeken waarvan door Xingraphics c.s. afschrift wordt gevorderd, door Agfa niet volledig zijn overgelegd. Anders dan Xingraphics c.s. kennelijk willen betogen, kan in dit geding (althans op dit moment) niet worden aangenomen dat Agfa door niet de volledige analyses en onderzoeken over te leggen, de verplichting van artikel 21 Rv om de relevante feiten naar waarheid en met volledigheid te vermelden, heeft geschonden. De gedingstukken bevatten immers geen aanwijzingen dat de volledige analyses en onderzoeken een ander beeld te zien zouden geven dan uit de wel overgelegde analyses en onderzoeken naar voren komt. Agfa heeft betwist dat zij een selectie heeft gemaakt van de meest gunstige tests (pleitnota onder 35), terwijl Xingraphics c.s. zelf alleen maar de vraag hebben opgeworpen of de resultaten van de onderzoeken wellicht negatief zijn geweest voor Agfa (incidentele vordering onder 29). Zij hebben niet positief – voldoende onderbouwd - gesteld dat dit het geval is. Verder is in dit verband van belang de volgende passage uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 21 Rv.  
*"Artikel 21 (...) valt daarom niet te beschouwen als een uitvloeisel van het Anglo-Amerikaanse systeem, zoals de leden van de VVD-fractie vragen. Het daar bestaande "disclosure"-systeem, waar partijen over en weer verplicht kunnen worden elkaar op grote schaal inzage te verschaffen in allerlei*

*stukken, is van een geheel andere orde dan de hierboven beschreven en ingekaderde waarheidsplicht in een procedure tegenover de rechter.” (Parl. Gesch. Herz. Rv. p. 153(MvA I)*

Mede gelet hierop is het hof van oordeel dat de verplichting van artikel 21 Rv om de relevante feiten volledig te vermelden in beginsel niet een algemene verplichting behelst om alle (mogelijkerwijs) relevante feiten en bescheiden in het geding te brengen, maar met name is bedoeld om te voorkomen dat deze door een procespartij zo worden geselecteerd dat er sprake is van een onvolledigheid die in feite onwaarheid oplevert. Dat zo'n selectie heeft plaatsgevonden kan, zoals hiervoor is overwogen, niet worden aangenomen.

8. In aanmerking nemende enerzijds dat op grond van artikel 21 Rv (of, artikel 843a Rv zelf buiten beschouwing gelaten, enige andere wetsbepaling) Agfa niet verplicht is om de door haar niet-overgelegde analyses en onderzoeken van de FIT-platen in het geding te brengen en anderzijds dat Xingraphics c.s. zelf over die platen beschikken en deze zelf konden (laten) onderzoeken, waardoor van schending van het equality of arms-beginsel niet kan worden gesproken, hebben Xingraphics c.s. naar het oordeel van het hof bij hun vordering op basis van artikel 843a Rv niet een rechtmatig belang. Hierbij komt dat – naar het hof partijen bij pleidooi heeft voorgehouden – zo nodig te zijner tijd in de hoofdprocedure een deskundigenbericht naar de samenstelling van de FIT-platen kan worden gelast en dat in dit licht redelijkerwijs kan worden aangenomen dat een behoorlijke rechtspleging ook zonder het verschaffen van de gevraagde analyses en onderzoeken van die platen is gewaarborgd. De mogelijkheid dat, zoals Xingraphics c.s. ten pleidooie hebben gesteld maar door Agfa is betwist, er (wereldwijd) geen enkele onafhankelijke deskundige te vinden zou zijn, is zo weinig aannemelijk dat daaraan voorbij kan worden gegaan. De conclusie van dit een en ander is dat op basis van artikel 843a Rv de vorderingen van Xingraphics c.s. niet toewijsbaar zijn.
9. Het hiervoor overwogene brengt tevens met zich dat er geen gronden zijn om met toepassing van artikel 22 Rv – dat Xingraphics c.s. ook geen afdwingbare aanspraak verschaft – Agfa te bevelen de door Xingraphics c.s. bedoelde bescheiden over te leggen. Artikel 85 Rv kan Xingraphics c.s. niet baten reeds omdat zij ook aan dit artikel geen afdwingbare aanspraak op verkrijging van stukken kunnen ontlenen; indien stukken waarop een partij zich beroept, door deze in strijd met dat artikel niet worden overgelegd, dan heeft dat tot gevolg dat de rechter met die stukken geen rekening houdt. Artikel 120 lid 4 Rv heeft, anders dan Xingraphics c.s. menen, geen betrekking op stukken als bedoeld in artikel 85 Rv, maar op de gegevens die ingevolge artikel 111 lid 3 Rv in de dagvaarding moeten worden opgenomen.
10. De hiervoor gegeven beslissingen zouden niet anders hebben geluid indien, zoals door Xingraphics c.s. ten pleidooie is verlangd, de vorderingen op grond van artikel 85 Rv primair zouden zijn behandeld en die op basis van artikel 843a Rv en artikel 22 Rv subsidiair en meer subsidiair.
11. De vorderingen van Xingraphics c.s. zullen worden afgewezen, met veroordeling van hen in de kosten van het incident. Bij pleidooi heeft Agfa zij te kennen gegeven dat zij er van uitgaat dat de vaststelling van die kosten wordt aangehouden tot de beslissing in de hoofdzaak. Het hof zal Agfa hierin volgen. Nu in dit arrest derhalve geen te executeren beslissing wordt genomen, is toewijzing van de vordering van

Agfa tot uitvoerbaar bij voorraad-verklaring niet aan de orde.

**Beslissing**

Het hof:

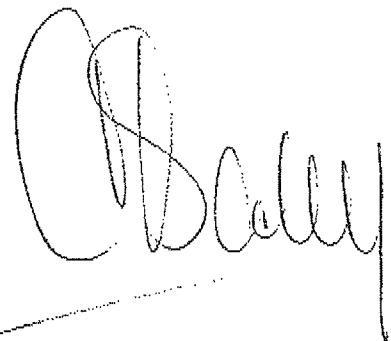
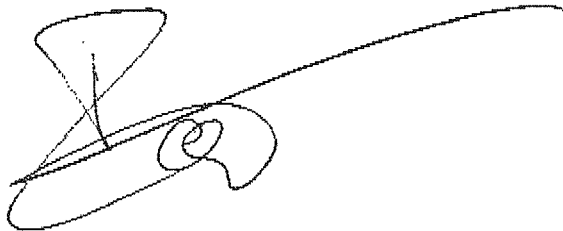
*in het incident*

- wijst af de vorderingen van Xingraphics c.s.;
- houdt de beslissing omtrent de proceskosten aan tot de uitspraak in de hoofdzaak;

*in de hoofdzaak*

- verwijst de zaak naar de rol van 17 mei 2011 voor memorie van antwoord in het incidenteel appel.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.D. Kiers-Becking, M.Y. Bonneur en S.J. Schaafsma, en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 29 maart 2011 in aanwezigheid van de griffier.



Voor grosse aan:

Uitgegeven aan mr. E. Grabandt  
advocaat, app. geint.

De griffier van het Gerechtshof  
te s-Gravenhage