

vonnis

RECHTBANK 's-GRAVENHAGE

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 382458 / KG ZA 10-1556

Vonnis in kort geding van 2 maart 2011

in de zaak van

de rechtspersoon naar vreemd recht

Canusa Systems Ltd.,

gevestigd te Crawley, Verenigd Koninkrijk,

eiseres,

advocaat mr. W.A.J. Hoorneman te Utrecht,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Frans Nooren Afdichtingssystemen B.V.,

gevestigd te Stadskanaal,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Stopaq B.V.,

gevestigd te Stadskanaal,

gedaagden,

advocaat mr. P. Burgers te Amsterdam

Partijen zullen hierna Canusa en Stopaq genoemd worden, gedaagden afzonderlijk tevens Frans Nooren en Stopaq BV.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 16 december 2010 met producties 1 t/m 12;

- de (schriftelijke) conclusie van antwoord in kort geding;

- de nadere producties 13 t/m 21 zijdens Canusa ;

- de afwijzing van het bezwaar zijdens Stopaq tegen toelating van bedoelde nadere producties van Canusa bij e-mailbericht van de voorzieningenrechter van 19 januari 2011;

- het e-mailbericht van 3 februari 2011 namens beide partijen aan de voorzieningenrechter dat partijen overeenstemming hebben bereikt over de hoogte van de over en weer te vorderen proceskostenveroordeling bedoeld in art. 1019h Rv ter hoogte van €55.000,-;

- de mondelinge behandeling van 9 februari 2011 en de bij gelegenheid daarvan overgelegde pleitnota's van respectievelijk mrs. Hoorneman en Burgers voornoemd.

1.2. Vonnis is bepaald op heden.

2. Uitgangspunten

2.1. In kort geding kan van het navolgende worden uitgegaan

2.2. Canusa is onderdeel van het op mondiale schaal opererende ShawCor en levert onder meer producten en systemen voor bescherming van pijpleidingen tegen corrosie op land en op zee.

2.3. Frans Nooren ontwikkelt en produceert onder meer afdichtingssystemen en – materialen, die Stopaq BV levert.

2.4. Frans Nooren is houdster van twee octrooien op het gebied van corrosiebescherming van in het bijzonder pijpleidingssystemen:

- Europees octrooi 0 751 198 (hierna: EP 198) voor: *Use of a fluid, non-setting preparation for protecting underground objects against corrosion and method for sealing manhole covers*, in de niet bestreden Nederlandse vertaling: Toepassing van een vloeibaar, niet-hardend preparaat voor het beschermen van ondergrondse voorwerpen tegen corrosie en werkwijze voor het afdichten van mangatdeksels. Het octrooi is op 15 september 2004 verleend op een aanvraag van 28 juni 1996 en roept prioriteit in op grond van NL 1000712, gedateerd 30 juni 1995;

- Europees octrooi 1 644 433 (hierna: EP 433) voor: *Composition for the protection of a shaped article against corrosion*, in de niet bestreden Nederlandse vertaling: Samenstelling voor de bescherming van een gevormd voorwerp tegen corrosie. Het octrooi is op 15 augustus 2007 verleend op een aanvraag van 14 juli 2004 en roept prioriteit in op grond van EP 0 3077 214, gedateerd 14 juli 2003.

2.5. Stopaq BV is exclusief licentiehouder van deze twee octrooien voor Nederland, waar beide octrooien gelding hebben.

2.6. In 2006 hebben partijen kortstondig gepoogd samen te werken, maar deze samenwerking is niet van de grond gekomen.

2.7. Op grond van de Duitse delen van EP 198 en EP 433 is Stopaq in Duitsland inbreukprocedures begonnen bij het Landgericht Mannheim op grond van een testaankoop van Canusa's Wrapid Bond product door Stopaq in Duitsland.

2.8. Canusa is van plan de Nederlandse markt op te gaan met twee nieuwe producten die volgens haar vrijlopen van de in 2.4 bedoelde octrooien. Zij stelt dat deze qua samenstelling verschillen van de producten die voorwerp zijn van de Duitse inbreukprocedures. De nieuwe producten duidt Canusa aan met RB-11 en RB-22.

2.9. Bij sommatiebrief van 5 november 2010 heeft Canusa Stopaq onder meer als volgt bericht:

In Duitsland zijn cliënten tezamen met ShawCor Ltd. te Canada betrokken in een procedure aangespannen door Stopaq (...) in verband met een beweerde inbreuk op uw octrooi EP (...)198 en EP (...)433. In de Duitse procedure betwisten cliënte en ShawCor Ltd. inbreuk

te maken op voormeld octrooi, waarbij ondermeer tussen partijen in geschil is om welk specifiek product het nu eigenlijk gaat.

Bij brief van 15 oktober 2010 heeft mijn Duitse collega Gerd Schoenen melding gemaakt dat cliënte de intentie heeft om haar product "Canusa RB-11" en "Canusa RB-22" op de markt te gaan brengen, waarbij aan u de specificatie van deze producten is kenbaar gemaakt. U werd verzocht om vóór 22 oktober 2010 schriftelijk te bevestigen dat deze producten geen inbreuk zouden maken op het Duitse deel van de betreffende octrooien.

Op 22 oktober jl. heeft u middels uw Duitse advocaat laten weten geen aanleiding te zien op om (bedoeld is: om op, vzr.) dit verzoek in te gaan, omdat een direct belang daartoe naar uw mening zou ontbreken, Één van de redenen was dat, samengevat, de producten onvoldoende geconcretiseerd waren.

Thans treft u als bijlage bij deze brief een tweetal monsters aan van het product "RB-11" en "RB-22", zijnde de producten die mijn cliënte op korte termijn ondermeer in Duitsland en Nederland op de markt zal gaan brengen.

Gezien de houding die u in Duitsland met het aanhangig maken van een procedure heeft aangenomen, valt zondermeer te verwachten (op zijn minst niet uit te sluiten) dat u ook ten aanzien van deze producten zult menen dat die inbreuk maken op het Nederlandse deel van EP (...)198, dan wel EP (...)433.

(...)

Cliënte heeft recht en belang te weten in hoeverre u als octrooihouder het oordeel van cliënte deelt, zodat zij kan voorkomen dat haar klanten en/of relaties, dan wel zijzelf in of buiten rechte aangesproken zal worden op octrooi-inbreuk.

Teneinde u volledig en ondubbelzinnig in staat te stellen deze inbreuk-beoordeling te maken, zend ik u bij deze brief niet alleen de monsters van de desbetreffende producten toe, maar ook monsters van de afzonderlijke relevante componenten van deze producten (die van belang zijn voor uw beoordeling), tezamen met "material safety data sheets" en rapportages van de Universiteit van Toronto, zodat u een technische analyse kunt uitvoeren.

Daarnaast zend ik u een tweetal opinies van de Europese octrooigemachtigde, dr Michael Huhn, met betrekking tot (...) RB-11 (...) en RB-22 (...). Op blz. 2 en 3 van ieder van de opinies treft u een samenstelling in onderdelen van deze producten aan. (...) Bij twijfel kunt u deze samenstelling aan de hand van de toegevoegde monsters verifiëren.

Als niet-inbreuk argumentatie wordt in deze brief – zakelijk weergegeven – het volgende gesteld: RB-11 valt niet onder EP 198, omdat dat geen polyisobuteen, maar polybuteen bevat met een veel lagere viscositeitswaarde. RB-11 valt niet onder EP 433, omdat geen polyisobuteen wordt gebruikt en omdat dit alleen als antioxidant Agerite bevat (en geen antioxidant samenstelling bestaande uit een primaire en secundaire antioxidant), niet zijnde een sterisch gehinderde fenolverbinding. RB-22 valt niet onder EP 198, omdat dit een significant hogere viscositeit heeft dan geclaimd in EP 198 en niet onder EP 433, omdat andermaal geen sprake is van een sterisch gehinderde fenolantioxidant en alleen van Agerite en geen samenstelling als hiervoor aangegeven.

De brief vervolgt dan onder meer als volgt:

Zoals gesteld heeft cliënte recht en spoedeisend belang om expliciet van u te vernemen of u de producten RB-11, dan wel RB-22, inbreukmakend acht op één van de conclusies van voormelde octrooien, alsmede of u bereid bent schriftelijk te bevestigen dat u ten aanzien van deze producten van cliënte geen mondelinge of schriftelijke uitlatingen zult doen aan derden met de strekking dat deze producten inbreuk maken op uw octrooien.

Door middel van deze brief en de bijlagen (...) alsook de monsters (...) bent u zondermeer in staat u een oordeel hieromtrent te vormen. Mocht u nog bepaalde informatie of verdere monsters missen om deze beoordeling te complementeren, dan verzoek ik u dit terstond mede te delen.

De brief eindigt met een sommatie uiterlijk 15 november 2010 schriftelijk te bevestigen a) dat Stopaq RB-11 en RB-22 niet inbreukmakend acht op EP 198 en EP 433 en b) dat Stopaq ten aanzien van RB-11 en RB-22 geen uitlatingen aan derden zal doen met suggestie dat deze producten inbreuk maken op voornoemde Nederlandse delen van de octrooien.

2.10. In reactie hierop is zijdens Stopaq bij brief van 15 november 2010 onder meer als volgt bericht:

Stopaq noted to me that the size of the samples of product RB-11 and RB-22 that you have provided with your letter is insufficient to run tests to verify the correctness of your allegations. Therefore I hereby kindly request you to provide more sample (i.e. at least 3 rolls of RB-11 and 3 rolls of RB-22, each 100 mm wide and 10 meters long).

Moreover, in order to facilitate Stopaq's analyses of the products, we kindly request you to provide us with a detailed description of the components of the product, i.e. the properties, amounts, and/or trade names of the seven materials designated in Dr. Huhn's report as copolymers, rubber, hydrocarbon, and polymer, as also a detailed description of the process for making the product.

(...)

Given the above, Stopaq needs, upon receipt of the samples and the information requested above, at least six weeks for testing and review to formulate a substantive response to your letter.

2.11. Daar is zijdens Canusa op geantwoord bij brief van 18 november 2010, waarin onder meer dit staat:

I have discussed your requests with my client and we concluded that, in accordance with objective standards, your client should be able to make an assessment whether or not the products RB-11 and RB-22 infringe its patents.

The amount of samples is by far enough to analyse these products in a laboratory and this can be done at short notice.

My client has not only sent samples in substantial amounts to your clients, but also samples of the products Indopol (polybutene), Agerite and Oppanol B (polyisobutene) as integrating ingredients of the products RB-11 and RB-22. These ingredients embody the relevant features of the patent claims needed to determine whether or not these products are infringing. These ingredients are well known products and openly available on the market. The characteristics of these products can be derived quite easily from product documentation from the manufacturers and suppliers of these products. In order to simplify the assessment process for your client, we decided to provide your client also with the before mentioned samples of these ingredients.

(...)

We asked our client to let us know if they agree with your opinion or not. Our letter and our questions are strictly directed to the products RB-11 and RB-22 as described in my letter and the supporting documents with my letter and equal to the samples delivered to you. We believe that we identified these products enough to prevent any doubt about the authenticity of the products our client intends to market at short notice.

Based on the above given facts and arguments we don't see any justified reasons or necessity to comply with your demands for more samples and additional product information.

My client has an urgent interest to find certainty about the legitimacy of marketing its products RB-11 and RB-22 in the Netherlands with regard to the patents of your client.

Therefore, we will give your clients a delay of one week (...) to comply with the requests stated in my letter of November 5, 2010.

Bij gebreke van een tijdige positieve reactie, worden rechtsmaatregelen aangezegd en verhinderdata gevraagd ten slotte.

2.12. Vervolgens is zijdens Stopaq bij brief van 3 december 2010 aldus stelling genomen:

As a preliminary remark, as pointed out in my last letter, our clients have never explicitly stated that RB-11 or RB-22 infringe the Nooren patents. (...)

(...) Contrary to the statement in your last letter, it is not sufficient to merely disclose one single polymer compound per product and not disclosing any information on the remaining compounds. I note also the samples and lab analyses that you have presented relate only to these single polymers that form part of the composition in each product.

In this respect, I would like to refer to the wording of the patent claims which mention a polymer composition "*comprising...*" a certain polymer. It is thus not sufficient to merely disclose one component of the many components your client is apparently using – each might be of relevance.

Moreover, our client is not in the position to confirm or deny non-infringement based on information regarding single components alone. It may well be that your client uses a

mixture of various compounds as an equivalent means to make use of the teaching of the patent. Your client had, for example, stated in written communications to customers that the Wrapid Bond product is based on "CF-8", an "*adhesive formulation*" that was

"developed as a replacement for polyisobutylene that was previously predominantly used. It should be noted that polyisobutylene is the base polymer for Stopaq's CZ H tape product."

It therefore appears that your client – in addition to or instead of using the polymer types specified in the patent – may infringe the patent based on the doctrine of equivalence. Non-infringement can thus only be assessed if your client – in accordance with the scope of disclosure as required by good faith – specifies the nature and amount of all compounds in its product.

Furthermore (...) lab analysis of a complex polymer is neither simple nor fast and by no means inexpensive.

If your client indeed has an "*urgent*" desire to clarify infringement of the patents of our client, it would be in his best interest and also required by good faith to provide the details as specified above on an urgent basis. The fact that in your last letter you request, absent a timely infringement position on RB-11 and RB-22 from our clients, my availability for a court hearing in the very near future (suggesting preliminary proceedings), seems at odds with your client's desire to pursue a quick and defensive declaration of non-infringement. Indeed, a court declaration of non-infringement cannot be obtained in summary proceedings, and merits proceedings will take at least a year to conclusion (of the first instance; appeal possible). Absent any position of our clients on RB-11 and RB-22, let alone a position communicated to third parties, your client has no standing whatsoever to pursue measures in preliminary proceedings.

Therefore, we repeat our – as explained above: reasonable request for sufficient information as specified in this letter, and a sufficient amount of sample (...), so that tests can be done properly and provide you with our clients' position on RB-11 and RB-22.

2.13. Daarop heeft Canusa bij brief van eveneens 3 december 2010 onder meer als volgt gereageerd:

(...)Contrary to your assertion, however, my client has not merely disclosed one single polymer of both compositions, but all ingredients contained in the compositions, and has disclosed the exact content of some ingredients and the content ranges of the remaining ingredients.

We believe that this constitutes sufficient information to assess if the compositions are within the scope of the claims (...) in the literal sense and under the doctrine of equivalents. (...)

My client is however prepared to provide further information on the compositions.

Vervolgens wordt een opsomming verschaft van verder organisch chemische ingrediënten en antioxidanten met ranges van gewichtspercentages daarvan. De brief eindigt met de

stelling dat dit voldoende moet zijn om tot een inbreukoordeel te komen en dat een laatste uitstel aan Stopaq wordt verschaft tot 7 december 2010, teneinde een procedure te voorkomen.

2.14. Stopaq heeft bij brief van 7 december 2010 gepersisteerd, onder meer als volgt:

The additional limited information on the RB-11 and RB-22 products provided has not added to the understanding of these products. Our clients remain of the opinion that a proper assessment of non-infringement cannot be made with the current information and the current amount of sample.

We remark (...) that what your client asks from our clients is by no means a quick and easy assessment. It (...) would constitute an irrevocable waiver of any and all potential rights of enforcement my clients my have on the (...) Nooren patents in respect of RB-11 and RB-22 for (...) the Netherlands. Such far-reaching consequences can only be considered based on full and unrestricted information. Alternatively (...) your clients will have to enter into merits proceedings of which the outcome is uncertain and may only become final after litigation before the Supreme Court, which could take anywhere between five to seven years. This is to make clear that providing full information has clear benefits for your client.

At this time we would like to repeat that our clients have neither in The Netherlands, nor anywhere else, taken any position as to whether RB-11 and RB-22 are within the claims of the Nooren patents. We emphasize neither this letter, nor any previous messages from us to you, is intended as a position or to be construed as a position regarding infringement.

Additionally, it is unclear to us what relief your client would seek in preliminary proceedings and on what basis this should be considered urgent. (...)

2.15. In december 2010 heeft Stopaq in de Verenigde Staten (Southern District of Texas, Houston Division) een verzoek gedaan conform U.S.C. 1782 *discovery in aid of foreign litigation*. Dat was aanvankelijk gericht op de lopende procedures in Duitsland. Nadat Canusa met een procedure in Nederland dreigde, is dat uitgebreid tot informatie over de producten die in deze dreigende Nederlandse procedure een rol zouden kunnen spelen.

3. Het geschil

3.1. Canusa vordert – samengevat – een bevel aan Stopaq om te gehengen en te gedogen dat Canusa in Nederland haar voorgenomen nieuwe producten vervaardigt en exploiteert, alsmede een zogenoemd "wapperverbod" met betrekking tot deze nieuwe producten, beide op straffe van verbeurte van dwangsommen en kosten rechtens op de voet van art. 1019h Rv.

3.2. Stopaq voert verweer.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan bij de beoordeling.

4. De beoordeling

4.1. De gevraagde voorzieningen zullen worden afgewezen. Daartoe is het navolgende redengevend.

4.2. Voorop wordt gesteld dat de gevraagde voorzieningen naar voorlopig oordeel neerkomen op een negatief declaratoir in kort geding. Dat de eerste vordering is gedaan in de vorm van een bevel tot gehengen en gedogen (zoals is verduidelijkt tijdens de mondelinge behandeling: in afwachting van een definitieve uitspraak in de bodemzaak (die overigens desgevraagd nog niet aanhangig bleek te zijn gemaakt door Canusa) en uitsluitend voor zover het de producten betreft waaromtrent Canusa samenstellingsgegevens aan Stopaq heeft verschaft), maakt dat naar voorlopig oordeel niet anders. Canusa heeft voorshands overigens gelijk met haar betoog dat de kwalificatie van Stopaq dat dit een "anti-suit injunction" zou betreffen, te ver gaat, omdat de voorziening een gehengen en gedogen vorm hangende een bodemoordeel betreft en uitsluitend wordt gevraagd met betrekking tot de thans door Canusa voorgenomen producten in de samenstelling zoals die beweerdelijk volgens Canusa zou zijn geopenbaard. Canusa heeft Stopaq gesommeerd om binnen een door haar gestelde termijn op basis van door haar verschaft (in de visie van Stopaq: te beperkt) materiaal te verklaren dat dat materiaal niet onder de beschermingsomvang valt van twee octrooien. Dat heeft Stopaq niet binnen de haar door Canusa gestelde termijn en op grond van de hoeveelheid haar door Canusa verschaft materiaal kunnen doen en zij heeft Canusa aangegeven wat haar redenen daarvoor zijn. Door vervolgens zonder een bodemprocedure te beginnen een bevel tot gehengen en gedogen in kort geding uit te lokken, poogt Canusa materieel een negatief declaratoir in kort geding te verkrijgen en dat is naar de heersende opvatting niet mogelijk.

4.3. Daarbij wordt evenzeer vooropgesteld dat Stopaq Canusa en haar afnemers *in Nederland* op geen enkele wijze heeft aangesproken, gewaarschuwd of anderszins heeft bejegend met betrekking tot de litigieuze producten, zoals Stopaq onbestreden heeft aangegeven. Zij heeft Canusa ook niet gewezen op haar in deze zaak centraal staande octrooien met betrekking tot de Nederlandse markt. Het enige dat zij in feite niet wenst te doen, is de door Canusa verlangde verklaring van niet-inbreuk verschaffen binnen de door Canusa gestelde randvoorwaarden. Stopaq heeft naar voorlopig oordeel terecht aangegeven dat zij daartoe in de omstandigheden van dit geval geen rechtsplicht heeft en zij mitsdien niet onrechtmatig jegens Canusa handelt of dreigt dat te gaan doen. Een belangenafweging maakt dat de gehengen en gedogen voorziening alleen al daarom moet worden afgewezen, zoals Stopaq terecht aanvoert. Daartoe wordt nader als volgt overwogen.

4.4. Stopaq heeft gelijk met haar verweer dat Canusa bij dagvaarding niet heeft gesteld dat Stopaq onrechtmatig jegens haar zou handelen of dat dreigt te doen. Zij heeft bij dagvaarding slechts het volgende aangevoerd:

35. Canusa ziet zich dan ook thans (*sc. nu Stopaq niet aan Canusa's sommatie heeft voldaan, vzr.*) genoodzaakt om in kort geding te vorderen zoals hierna geformuleerd. Canusa en Stopaq zijn voor dit soort producten directe concurrenten. De thans aanhangige procedure in Duitsland maakt duidelijk dat Stopaq niet terugdeinst haar octrooien te handhaven jegens Canusa, zelfs indien Canusa aangeeft dat het product RB-2, onderwerp van de Duitse procedure, door haar niet is en niet zal worden verhandeld.

36. Hierdoor bestaat de reële mogelijkheid dat boven de markt blijft hangen dat het "product RB" van Canusa of meer algemeen "vergelijkbare producten van Canusa" inbreuk zouden maken op de octrooien. Alle "RB producten" van Canusa worden in de markt gezet onder de naam "WrapidBond". Dit kan Stopaq een efficiënt middel opleveren van *informele* rechtshandhaving van haar octrooien waartegen Canusa zich wenst te wapenen.

4.5. Stellende dat Stopaq alle mogelijkheid zou zijn geboden om zich een voorlopig oordeel omtrent inbreuk (ook in het equivalentiebereik) te vormen, is Stopaq volgens Canusa gehouden om zich desnoods geclausuleerd uit te laten hieromtrent. Zoals een rechthebbende recht en belang bij een voorlopig inbreukverbod kan hebben, zo kan een beweerd inbreukmaker belang hebben bij het "spiegelbeeld" daarvan, dat wil zeggen een voorlopig bevel aan de octrooihouder om een bepaald product te gehengen en te gedogen, alsmede bij een wapperverbod, aldus Canusa.

4.6. Voorshands wordt dat verworpen. Canusa erkent op zichzelf de stelling van Stopaq dat in het algemeen geen rechtsregel Stopaq verplicht om jegens een ander rechtssubject als Canusa juridisch stelling te nemen ten aanzien van wat dan ook. Canusa betoogt evenwel dat de positie van Stopaq van kleur verschiet in het licht van de door Canusa aangevoerde omstandigheden. Die bestaan uit a) bestaan hebbende samenwerking tussen partijen (hoe kortstondig en onvruchtbaar uiteindelijk dan ook), b) "ruis" die door Stopaq in de markt gecreëerd zou worden en c) niet meewerken aan een door Canusa verzochte verklaring, zodat zij niet de markt op kan zonder vrees door Stopaq te worden betrokken in procedures die de Nederlandse markt betreffen.

4.7. Hoewel de voorafgaande samenwerking tussen partijen – concurrenten op het aan de orde zijnde gebied – op zichzelf een inkleuring kan verschaffen die tot grotere maatschappelijke zorgvuldigheid jegens elkaar verplicht, wordt voorshands geoordeeld dat Stopaq's opstelling niet met de maatschappelijke betamelijke botst.

4.8. De "ruis" die Stopaq volgens Canusa in de markt zou veroorzaken heeft Canusa op geen enkele wijze steekhoudend onderbouwd. Hetgeen zij daartoe op grond van niet overgelegde stukken eerst bij pleidooi heeft aangevoerd en uit niet overgelegde beweerdelijke bronnen heeft geciteerd, wordt door Stopaq betwist. Alleen al vanwege het niet overleggen van de onderliggende stukken en gegeven deze betwisting, moet daaraan in dit kort geding worden voorbijgegaan.

4.9. Overigens valt niet in te zien hoe de procedures in Duitsland zelf de opstelling van Stopaq (dreigend) onrechtmatig zouden kunnen inkleuren, zoals Canusa zonder voldoende substantiëring stelt. De blote stelling van Canusa dat de ruchtbaarheid die Stopaq aan de Duitse inbreukprocedures zou geven tot gevolg zou hebben dat bij potentiële afnemers van Canusa onzekerheid zou bestaan of deze producten wel "legaal" zouden zijn, waardoor potentiële kopers terughoudend zouden worden en de betreffende producten "nauwelijks meer verkoopbaar" zouden zijn, zoals zij bij pleidooi stelt, moet worden gepasseerd. Het zij herhaald dat Stopaq jegens Canusa *in Nederland* en voor wat betreft *de Nederlandse delen* van de twee octrooien geen enkele actie heeft ondernomen, terwijl evenmin aannemelijk is geworden dat zij dat dreigt te doen. Hetzelfde geldt voor de *afnemers in Nederland* van Canusa. Het enkele entameren van buitenlandse procedures met betrekking tot andere producten op basis van de onderwerpelijke (buitenlandse delen van de) octrooien is voor

bedoelde dreiging bepaald ontoereikend. Canusa heeft hier ten enenmale te weinig (verifieerbaar) voor aangedragen in dit kort geding.

4.10. Dat Stopaq ten slotte niet binnen de gestelde termijn – die volgens Stopaq te kort is om voldoende toereikend onderzoek te kunnen doen – en op basis van het aan haar door Canusa verschaft materiaal – dat volgens Stopaq te weinig is om afdoende te kunnen onderzoeken – stelt te kunnen voldoen aan de sommatie van Canusa zou dan het enige resterende zijn dat zou moeten maken dat Stopaq in dit geval onrechtmatig handelt jegens Canusa. In het midden kan blijven of tijd en materiaal te kort zouden schieten als door Stopaq aangegeven, omdat het tegenovergestelde in dit stadium evenmin voldoende aannemelijk is gemaakt door Canusa, mede gelet op het onderbouwde betoog van Stopaq dat dat niet zo is, terwijl voor verdere bewijslevering op dit punt in dit kort geding geen ruimte is. De in november 2010 door Stopaq aangegeven 6 weken die zij voor toereikend onderzoek nodig zou hebben, zijn inmiddels verstreken (een periode waarin ook de decemberfeestdagen vallen). En indien juist is dat Canusa op het punt zou staan de markt te betreden, is niet inzichtelijk (gemaakt) waarom de door Stopaq verzochte hoeveelheden voor onderzoek bezwaarlijk zouden zijn voor Canusa om te verschaffen, zoals Stopaq terecht aangeeft.

4.11. Nu de gevraagde voorziening in de vorm van een bevel tot gehengen en gedogen gelet op de in het vorenoverwogene besloten liggende belangenafweging al strandt, kan de materiële vraag die partijen verdeeld houdt, te weten of de door Canusa voorgenomen producten onder de beschermingsomvang van Stopaq's octrooien vallen, voorshands blijven rusten.

4.12. Aan de voorwaarden voor toewijzing van een "wapperverbod" is naar voorlopig oordeel evenmin voldaan. Er is *in Nederland* voorshands geoordeeld geen sprake van handhaving van de octrooien door Stopaq jegens Canusa, laat staan van handhaving tegen beter (behoren te) weten in, als neergelegd in vaste rechtspraak op dit punt. Tijdens de mondelinge behandeling (vgl. pleitnota mr. Hoorneman onder 40) is aangevoerd dat indien Stopaq kennis heeft of kan hebben dat de nieuwe producten van Canusa geen inbreuk maken en zij desondanks "boven de markt laat hangen" (in Duitsland; anders valt dit niet te begrijpen) dat Canusa inbreuk maakt op de hier aan de orde zijnde octrooien, "het in het leven roepen van die ruchtbaarheid een onrechtmatige daad (kan) opleveren of een dreigende onrechtmatige daad die een voorlopige spoed voorziening kan rechtvaardigen". Hiervoor is in 4.9 al overwogen dat van een dergelijke wat Canusa noemt "informele rechtshandhaving" middels een "dreiging veroorzaakt door Stopaq die boven de markt hangt" voorshands geen sprake wordt geacht. Ook het gevraagde "wapperverbod" zal mitsdien worden afgewezen.

4.13. Als in het ongelijk gestelde partij zal Canusa worden veroordeeld in de proceskosten. Gelet op de daaromtrent door partijen bereikte overeenstemming, die zij de voorzieningenrechter hebben meegedeeld, zal mitsdien Canusa worden veroordeeld tot een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde proceskostenveroordeling van €55.000,-.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

- 5.1. weigert de gevraagde voorzieningen;
- 5.2. veroordeelt Canusa in de kosten van deze procedure, tot aan deze uitspraak aan de kant van Stopaq begroot op €55.000,-;
- 5.3. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. G.R.B. van Peurseem en in het openbaar uitgesproken op 2 maart 2011.