

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGHE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 19/03825
Zitting 26 juni 2020

CONCLUSIE

G.R.B. van Peursem

In de zaak
Asetek A/S
(hierna: "Asetek")
eiseres tot cassatie
adv. mr. A.M. van Aerde

Tegen

Cooler Master Europe B.V.
(hierna: "Cooler Master")
verweerster in cassatie
adv. mr. H.J. Pot

Asetek is houdster van Europees octrooi EP 771 voor een vloeistofkoelsysteem voor computerprocessors. Zij heeft dit octrooi op 8 november 2004 aangevraagd met een beroep op prioriteit van de Amerikaanse octrooiaanvraag US 924 van 7 november 2003.

Asetek vordert Cooler Master te verbieden inbreuk te maken op het Nederlandse deel van EP 771. Cooler Master vordert in reconventie vernietiging van dit octrooi. De rechtbank honoreert het betoog van Cooler Master dat Asetek geen prioriteit kan ontlenen aan US 924 en dat EP 771 niet nieuw is ten opzichte van het op 7 april 2004 gepubliceerde gebruiksmodel "Lin".

In hoger beroep betoogt Cooler Master voor het eerst dat ook het koelsysteem Silent Stream alle kenmerken van EP 771 bevat. De Silent Stream behoorde volgens haar op de prioriteitsdatum al tot de stand van de techniek, omdat deze op de computerbeurs Computex van september 2003 is getoond. Zij verwijst naar twee foto's. Asetek voert als enige verweer dat de Silent Stream, anders dan het geclaimde koelsysteem, gebruik maakt van een extern vloeistofreservoir. Cooler Master stelt daar tegenover dat de slangen van de Silent Stream in een opstelling op de Computex alleen de radiator en de koeler verbinden en dat de Silent Stream in die opstelling niet is aangesloten op een extern reservoir. Het hof acht het verweer van Asetek onvoldoende onderbouwd en bekrachtigt op deze grond het vonnis.

Hiertegen wordt in cassatie volgens mij terecht opgekomen. Het hof heeft niet vastgesteld dat Cooler Master haar lezing van een feitelijke onderbouwing heeft voorzien. Asetek heeft wel toegelicht waarom zij meent dat de Silent Stream een extern reservoir nodig heeft. In dat licht gaat het volgens mij te ver om haar verweer als onvoldoende onderbouwd terzijde te schuiven.

1. Feiten en procesverloop¹

1.1 Asetek is houdster van Europees octrooi EP 1 923 771 BI (hierna EP 771 of "het octrooi") voor een "*Cooling system for a computer system*". Op 8 november 2004 heeft zij, met een beroep op prioriteit van de Amerikaanse octrooiaanvraag US 517924 P van 7 november 2003 (hierna: het prioriteitsdocument of US 924), een (internationale) aanvraag daartoe ingediend. EP 771 is op 20 mei 2015 verleend. De termijn voor het instellen van oppositie is verstreken zonder dat oppositie is ingesteld.

1.2 De conclusies van EP 771 luiden (in de onbestreden Nederlandse vertaling) als volgt (de nummers verwijzen naar onderdelen van diverse afbeeldingen in de aanvraag):

"1. Koelsysteem voor een computersysteem, waarbij genoemd computersysteem omvat
- ten minste één eenheid zoals een centrale verwerkingseenheid (CPU) (1) die thermische energie genereert en waarbij genoemd koelsysteem is bedoeld voor het koelen van de ten minste ene verwerkingseenheid (1) en waarbij het koelsysteem omvat

¹ De feiten zijn ontleend aan rov. 2.2-2.8 van het bestreden arrest: Hof Den Haag 14 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1118 en de weergave van het procesverloop is gebaseerd op rov. 1.1-1.2, 3.1-3.3, 4.1-4.3 en 5.1-5.2 (tenzij anders is vermeld).

- een vloeistofreservoirbehuizing (14) omvattende een inlaatbuisverbinding (15) en een uitlaatbuisverbinding (16) die beide[n] zijn bevestigd aan de reservoirbehuizing (14),
 - een warmteradiator (11) die verbonden is door middel van verbindingsbuizen (24, 25) met de inlaatbuisverbinding (15) en de uitlaatbuisverbinding (16) van de reservoirbehuizing (14)
 - een vloeistofreservoir dat is verschaft in de reservoirbehuizing (14), waarbij genoemd vloeistofreservoir een hoeveelheid koelvloeistof heeft, waarbij genoemde koelvloeistof is bestemd voor het accumuleren en overbrengen van thermische energie die is gedissipeerd door de verwerkingseenheid (1) aan de koelvloeistof, waarbij het reservoir verder is voorzien van kanalen (26) voor het bewerkstelligen van een zeker stroompad voor de koelvloeistof,
 - een pomp (21) die is verschaft in genoemde reservoirbehuizing (14) als onderdeel van een integraal element, waarbij genoemde pomp (21) een impeller² (33) omvat die in een afzonderlijke uitsparing van de kanalen (26) is gepositioneerd, waarbij de uitsparing een grootte heeft die overeenkomt met de diameter van de impeller van de pomp, en een uitsparing[s]inlaat (34) en een uitsparing[s]uitlaat (32) welke is verbonden met de uitlaatbuisverbinding (16),
 - een warmtewisselaar omvattende een warmtewisselingsinterface (4) voor het verschaffen van thermisch contact tussen de verwerkingseenheid (1) en de koelvloeistof voor het dissiperen van warmte van de verwerkingseenheid (1) naar de koelvloeistof, waarbij de warmtewisselingsinterface (4) een warmtewisselingsvlak omvat dat een gedeelte vormt van de vloeistofreservoirbehuizing (14) welke gekeerd is naar de verwerkingseenheid (1), waarbij de kanalen (26) zijn gekeerd naar een binnenvlak van de warmtewisselingsinterface om de koelvloeistof te forceren om langs het warmtewisselingsvlak te passeren, waarbij genoemd integraal element de warmtewisselingsinterface (4), de reservoirbehuizing (14) en de pomp (21) omvat, waarbij
 - genoemde pomp (21) is bestemd voor het pompen van de koelvloeistof van de warmteradiator (11) in de reservoirbehuizing (14) door de buisinlaatverbinding (15), door de kanalen (26), in de pomp door de uitsparingsinlaat (34) en van de pomp (21) door de uitsparingsuitlaat (32), door de kanalen en de buisuitlaatverbinding (16) naar de warmteradiator (11),
 - genoemde warmteradiator (11) is bestemd voor het uitstralen van thermische energie van de koelvloeistof, gedissipeerd naar de koelvloeistof, naar een omgeving van de warmteradiator (11).
2. Koelsysteem volgens conclusie 1, waarbij het reservoir verder een niet-gladde binnenwand heeft.”

De behuizing die (in ieder geval) de warmtewisselingsinterface en de pomp omvat, wordt (in navolging van het hof) kortheidshalve ook wel aangeduid als “de koeler”.

- 1.3 Cooler Master ontwikkelt en verkoopt koelsystemen voor computersystemen.
- 1.4 Op 22-26 september 2003 – vóór de ingeroepen prioriteitsdatum van EP 771 – heeft in Taipei, Taiwan, de computervakbeurs Computex 2003 plaatsgevonden. De onderneming Global WIN heeft op die beurs haar koelsysteem voor computersystemen “Silent Stream” tentoongesteld en aan het publiek gedemonstreerd. De volgende twee foto’s zijn op die beurs genomen:

Foto 1:

² De Nederlandse vertaling van het Engelse woord *impeller* is (in deze context) “schoepenwiel”.

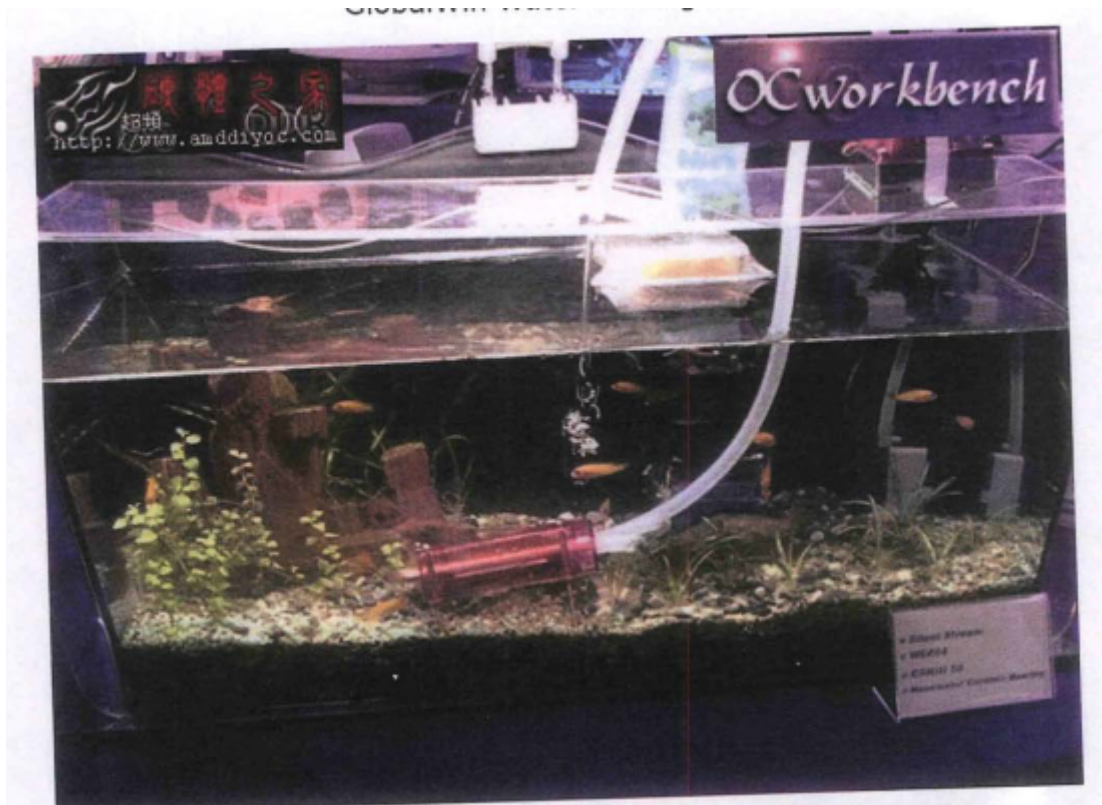
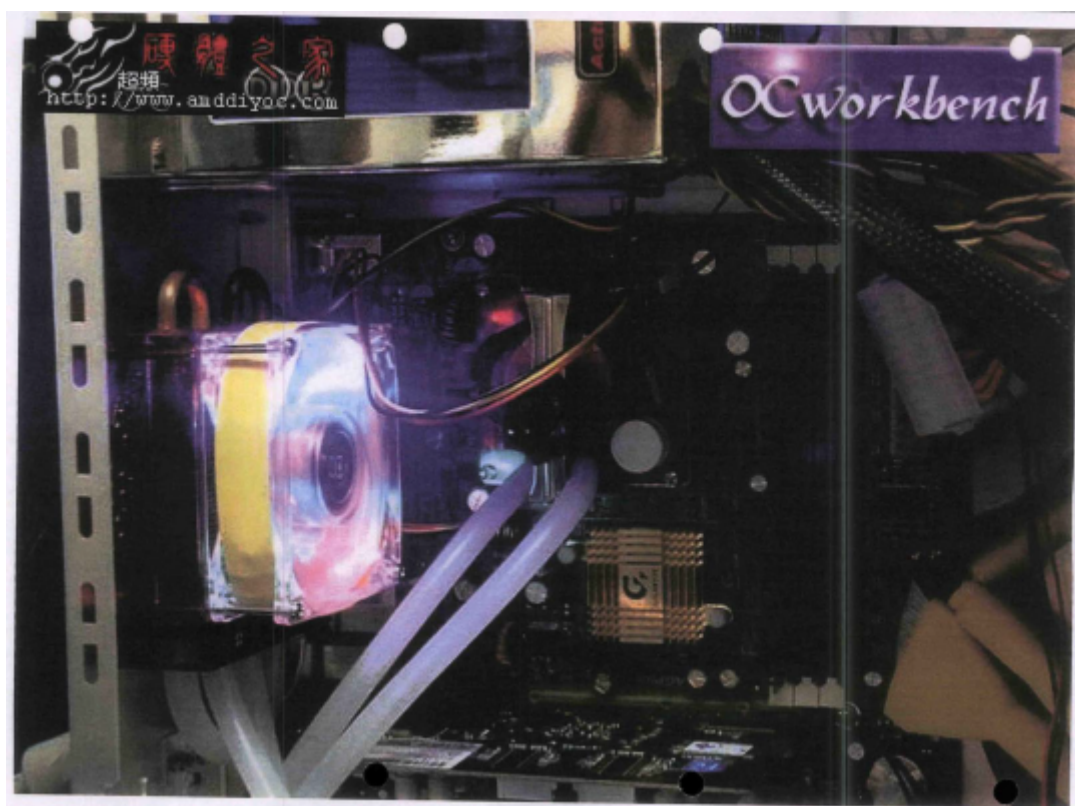


Foto 2:



- 1.5 Cooler Master heeft op enig later moment – via eBay – (onderdelen van) een Silent Stream aangekocht, die blijkens de daarop geplakte sticker op of voor 19 januari 2004 is geproduceerd. De verpakking van het aangekochte product is te zien op de volgende foto:

Foto 3:



- 1.6 Op 21 november 2003 en 28 januari 2004 op internet gepubliceerde productreviews laten – op het oog – hetzelfde product respectievelijk dezelfde verpakking zien. De productpagina van de Silent Stream op de website van Global WIN liet op 22 juni 2004 een goeddeels gelijkende foto van de Silent Stream zien (alleen het omhoogstekende buisje op het rechterelement was op die foto geheel wit gekleurd en de precieze configuratie ervan was op die foto niet goed zichtbaar).
- 1.7 Op 7 april 2004 is het Chinese gebruiksmodel met nummer CN 2610125Y (hierna: “Lin”) gepubliceerd met de aanduiding – in de door Cooler Master overgelegde vertaling – “*Water pumping motor device with chamber*”³.
- 1.8 Op 8 april 2016 heeft Asetek Cooler Master in rechte betrokken. In eerste aanleg heeft Asetek een octrooi-inbreukverbod tegen Cooler Master gevorderd met schadevergoeding en/of winstafracht met nevenvorderingen, kosten rechtens volgens art. 1019h Rv.

³ Rov. 2.13 van het hierna te noemen vonnis van 20 september 2017.

- 1.9 Cooler Master heeft zich tegen deze vorderingen verweerd met onder meer de stelling dat het octrooi nietig is, en in reconventie ook nietigverklaring van het octrooi gevorderd met kostenveroordeling volgens art. 1019h Rv in conventie en reconventie.
- 1.10 Cooler Master heeft in dat kader onder meer aangevoerd dat het octrooi geen prioriteit kan ontlenen aan het prioriteitsdocument, zodat Lin, gepubliceerd na de datum van het prioriteitsdocument maar vóór de aanvraagdatum van het octrooi, tot de stand van de techniek behoort. Conclusie 1 van het octrooi is niet nieuw ten opzichte van Lin dan wel niet inventief. Conclusie 2 is, naar Cooler Master aanvoert, niet-nawerkbaar en niet inventief ten opzichte van onder meer Lin⁴.
- 1.11 De rechtbank heeft bij vonnis van 20 september 2017⁵ de vorderingen van Asetek afgewezen en die van Cooler Master toegewezen. Het octrooi kan volgens de rechtbank geen prioriteit ontlenen aan US 924, kort gezegd omdat het prioriteitsdocument deelkenmerk 5.1.2 (plaatsing *impeller*) niet openbaart, zodat geen sprake is van dezelfde uitvinding als bedoeld in art. 87 EOv (rov. 4.9-4.15). Conclusie 1 van EP 771 is naar het oordeel van de rechtbank niet nieuw ten opzichte van het vóór de aanvraagdatum gepubliceerde gebruiksmodel Lin (rov. 4.16-4.28). Conclusie 2 is door de rechtbank niet inventief geacht (rov. 4.29-4.33).
- 1.12 Asetek is in hoger beroep gekomen. Zij heeft vier grieven geformuleerd en heeft onder meer een opinie overgelegd van haar octrooigemachtigde die concludeert dat EP 771 nieuw is ten opzichte van Lin⁶. Asetek vordert vernietiging van het bestreden vonnis en alsnog toewijzing van haar vorderingen en afwijzing van die van Cooler Master, kosten rechtens in beide instanties volgens art. 1019h Rv.
- 1.13 Cooler Master heeft de grieven bestreden. Zij vordert bekrachtiging van het vonnis, ook kosten rechtens volgens art. 1019h Rv. Cooler Master heeft bij memorie van antwoord voor het eerst gesteld dat de Silent Stream (volgens haar een uitvoering van de Lin publicatie⁷) op de ingeroepen prioriteitsdatum tot de stand van de techniek behoorde, omdat die op de Computex 2003 is getoond en alle kenmerken van conclusie 1 van EP 771 bevat. Onder meer daarom is conclusie 1 van EP 771 volgens haar niet nieuw. Conclusie 2 van EP 771 is nietig nu deze niets inventiefs zou toevoegen.
- 1.14 Op 18 maart 2019 hebben partijen de zaak doen bepleiten. Bij dit pleidooi heeft Asetek de stelling van Cooler Master over de Silent Stream betwist. Zij heeft – naar de vaststelling van het hof in rov. 5.2: als enige verweer – aangevoerd dat de Silent Stream geen vloeistofreservoir openbaart dat is verschaft in een reservoirbehuizing die deel uitmaakt van een integraal element dat pomp, warmtewisselingsinterface en reservoirbehuizing omvat. Asetek betoogt, zo overweegt het hof in rov. 5.4, dat de Silent Stream was aangesloten op een additioneel extern vloeistofreservoir. Aldus voldoet de Silent Stream volgens Asetek niet

⁴ Rov. 3.5 van het hierna te noemen vonnis van 20 september 2017.

⁵ ECLI:NL:RBDHA:2017:10843, BIE 2017/16.

⁶ Prod. 31 bij mvg.

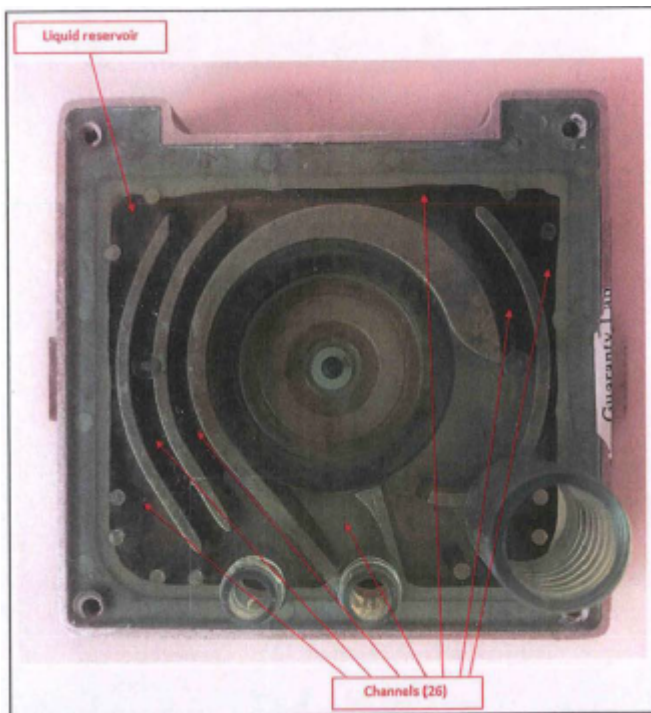
⁷ Mva 61.

aan conclusie 1 van EP 771 aangezien het geclaimde koelsysteem niet uit meer dan twee onderdelen mag bestaan.

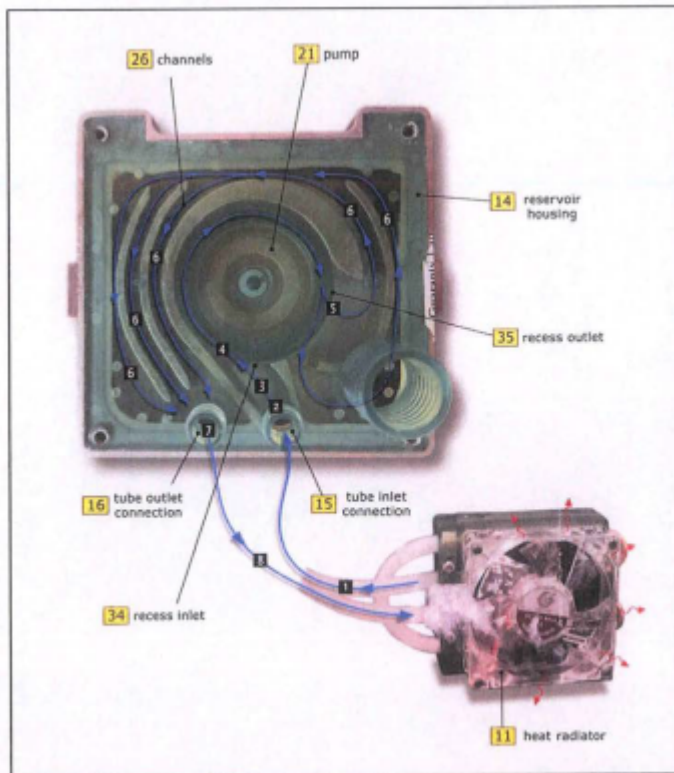
1.15 Bij arrest van 14 mei 2019 heeft het hof Den Haag het bestreden vonnis bekrachtigd en Asetek veroordeeld in de proceskosten op de voet van art. 1019h Rv, die zijn begroot op het (tussen partijen overeengekomen) bedrag van € 65.000,-.

1.16 Het hof heeft deze beslissing als volgt gemotiveerd:

“5.3. Tussen partijen is niet in geschil dat de Silent Stream bestaat uit ten minste enerzijds een warmteradiator en anderzijds een behuizing die een warmtewisselingsinterface en een pomp bevat. Het hof zal de laatstgenoemde behuizing hierna kortheidshalve ook aanduiden als de koeler. Cooler Master heeft aangevoerd dat het inwendige van de koeler van de Silent Stream zoals getoond op Computex 2003 gelijk is aan het inwendige van de koeler van de Silent Stream die Cooler Master op eBay heeft gekocht (zie 2.7) [rov. 2.7 komt overeen met punt 1.5 van deze conclusie, A-G]. Bij memorie van antwoord heeft Cooler Master aan de hand van de volgende foto van het eBay-exemplaar laten zien dat de koeler van de Silent Stream een vloeistofreservoir bevat dat is verschaft in een reservoirbehuizing en dat die koeler dus kan worden aangemerkt als een integraal element dat een warmtewisselingsinterface, een pomp en een reservoirbehuizing omvat. Uit die foto blijkt volgens Cooler Master ook dat het bedoelde vloeistofreservoir is voorzien van kanalen voor het bewerkstelligen van een zeker stroompad voor de koelvloeistof.



Daarnaast heeft Cooler Master met de volgende foto laten zien dat de stroomvolgorde in de Silent Stream overeenkomt met de stroomvolgorde van conclusie 1 van het octrooi.



Asetek heeft deze stellingen niet, althans onvoldoende weersproken. Ter zitting heeft Asetek uitdrukkelijk verklaard dat zij bereid is om met Cooler Master aan te nemen dat het inwendige van de op Computex 2003 getoonde Silent Stream gelijk zal zijn aan het door Cooler Master aangekochte exemplaar. Asetek heeft ook niet bestreden dat de koeler in dat laatstgenoemde exemplaar een vloeistofreservoir met kanalen bevat en dat de stroomvolgorde is zoals Cooler Master die heeft gepresenteerd.

5.4. Het standpunt van Asetek is dat de Silent Stream is aangesloten op een additioneel extern vloeistofreservoir. Bij de Silent Stream die is getoond op Computex 2003 is dat volgens Asetek een aquarium. Asetek meent dat de Silent Stream met het toevoegen van dat externe vloeistofreservoir niet voldoet aan conclusie 1 omdat het geclaimde koelsysteem uit niet meer dan twee onderdelen mag bestaan: de radiator en het integraal element dat de warmtewisselingsinterface, pomp en reservoirbehuizing bevat. In het midden kan blijven of die uitleg van conclusie 1 juist is (Cooler Master heeft die uitleg gemotiveerd bestreden). Om de volgende redenen moet namelijk als vaststaand worden aangenomen dat de Silent Stream op Computex 2003 ook is getoond zonder aansluiting op een aquarium.

5.5. Volgens Cooler Master tonen de hiervoor onder 2.6 afgebeelde foto's 1 en 2 verschillende opstellingen van de Silent Stream, waarbij de Silent Stream alleen in de op foto 1 getoonde opstelling gebruikmaakt van een aquarium [rov. 2.6 komt overeen met punt 1.4 van deze conclusie, A-G]. In de op foto 2 getoonde opstelling lopen de slangen uit de warmteradiator en uit de koeler uit beeld, maar volgens Cooler Master zitten daar (buiten beeld) lussen (het zijn beide slangen die de radiator en de koeler met elkaar verbinden), geen aquarium. In de op foto 1 getoonde opstelling fungeert het aquarium wel als (additioneel) koelwaterreservoir, maar volgens Cooler Master is duidelijk dat die opstelling een stunt is en zal de gemiddelde vakman ook uit die opstelling zonder meer begrijpen dat de Silent Stream zonder aquarium zal worden geleverd.

5.6. Dit standpunt heeft Asetek naar het oordeel van het hof niet voldoende gemotiveerd weersproken. Asetek stelt zich op het standpunt dat de slangen van foto 2 (ook) naar het aquarium van foto 1 lopen. De foto's 1 en 2 bieden daarvoor echter geen aanwijzingen en Asetek heeft ook niet toegelicht waarom verbinding van de in foto 2 getoonde Silent Stream met het aquarium aannemelijk zou zijn. Daar komt bij dat Asetek niet heeft bestreden dat de gemiddelde vakman zal inzien dat een opstelling met aquarium een stunt is en dat de Silent Stream zonder aquarium zal

worden geleverd. Integendeel, Asetek heeft zelf ook opgemerkt dat voorstelbaar is dat de fabrikant de Silent Stream slechts bij wijze van stunt heeft aangesloten op het aquarium.

5.7. Dat blijktens het door Cooler Master overgelegde materiaal de Silent Stream werd geleverd in combinatie met een *fill inlet* (vulbuis) die op de koeler kon worden aangesloten, kan niet leiden tot een ander resultaat. Daargelaten of conclusie 1 toevoeging van een vulbuis uitsluit, is gesteld noch gebleken dat de Silent Stream op Computex 2003 was voorzien van een vulbuis. Integendeel, Cooler Master heeft onweersproken aangevoerd dat op foto 2 is te zien dat een afsluitdop in plaats van een vulbuis is aangebracht op de koeler. Deze uitvoering bevat dus in elk geval buiten de koeler en de radiator niet nog een element dat eventueel als extern koelvloeistofreservoir zou kunnen worden aangemerkt. Het koelvloeistofreservoir is in deze uitvoering geheel geïntegreerd in de koeler. De Silent Stream zoals die op Computex 2003 is gepresenteerd, blijktens foto 2, is aldus reeds per de ingeroepen prioriteitsdatum nieuwheidsschadelijk voor conclusie 1 van het octrooi. Of EP 771 aanspraak zou kunnen maken op de ingeroepen prioriteit kan daarom in het midden blijven.

5.8. Het hof verwerpt het bezwaar van Asetek dat het bij pleidooi in hoger beroep namens Cooler Master ingenomen standpunt dat de twee foto's van Computex 2003 niet één en dezelfde opstelling betreffen, nieuw is, en daarom in strijd met de tweeconclusieregel. In haar memorie van antwoord had Cooler Master niet betoogd of gesuggereerd dat dat anders was, en de foto's geven die suggestie ook niet zelf. Bedoeld standpunt van Cooler Master moet daarom worden gezien als uitwerking van haar reeds bij memorie van antwoord aangevoerde grondslag/verweer dat de Silent Stream zoals gepresenteerd op Computex 2003 nieuwheidsschadelijk is voor het octrooi, en als reactie op de eerst bij pleidooi in hoger beroep door Asetek geponeerde stelling dat de foto's één en dezelfde opstelling laten zien.

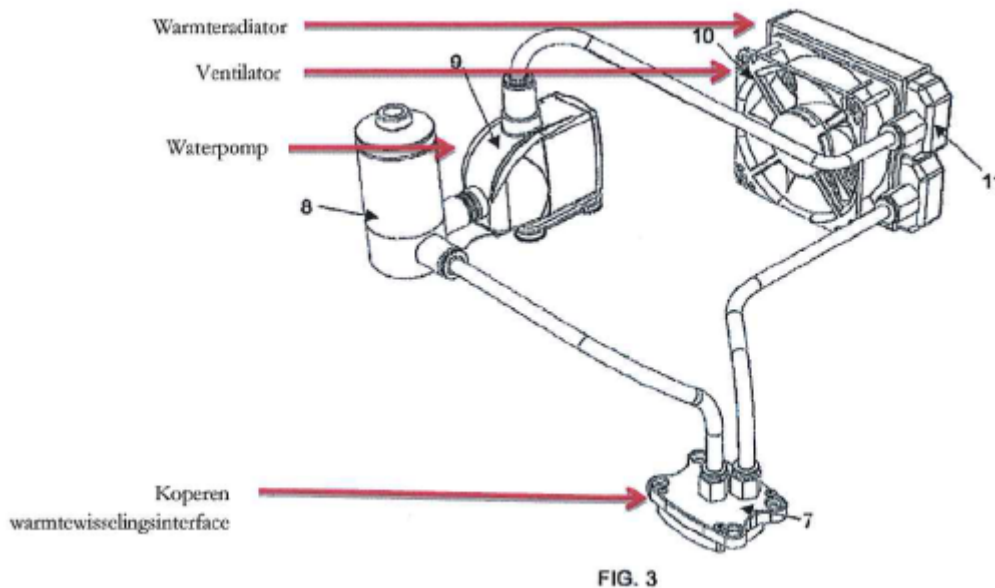
5.9. Tegen het oordeel van de rechtbank dat de in conclusie 2 geclaimde materie niet- inventief is, heeft Asetek uitsluitend aangevoerd dat conclusie 2 afhankelijk is van conclusie 1 en dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat conclusie 1 ongeldig is. Dat betoog kan niet slagen omdat, zoals hiervoor is overwogen, het eindoordeel van de rechtbank over conclusie 1 juist is."

- 1.17 Asetek heeft tijdig cassatieberoep ingesteld. Cooler Master heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Partijen hebben hun standpunt schriftelijk laten toelichten. Daarop heeft Asetek nog gerepliceerd.

2. Technische achtergrond

- 2.1 Over de technische achtergrond van het octrooi en de verleningsprocedure heeft de rechtbank in rov. 4.2-4.7 van haar vonnis onbestreden het volgende vastgesteld.
- 2.2 De "*Central Processing Unit*" (hierna: CPU) is een chip die kan worden gezien als het brein van een computer. Bij gebruik van de CPU komt relatief veel warmte vrij. Door de steeds hogere prestatiesnelheid van computers, ontstaat ook steeds meer warmteontwikkeling. Om te voorkomen dat de CPU te warm wordt, zijn koeltechnieken zoals waterkoelsystemen ontwikkeld.
- 2.3. Waterkoelsystemen omvatten een aantal (functionele) componenten, te weten een warmtewisselaar waaraan de warmte van de CPU in eerste instantie wordt overgedragen (via de warmtewisselingsinterface die direct in contact staat met de CPU), een vloeistofreservoir (met reservoirbehuizing) voor (extra) koelvloeistof, een pomp die de koelvloeistof rondpompt, een en ander te combineren met een warmteradiator bestemd om extra warmte uit te stralen en een buizenstelsel dat een en ander verbindt.

- 2.4. In 2003 introduceerde Asetek haar eerste waterkoelsysteem voor CPU's. Eenzelfde systeem is (als stand van de techniek) afgebeeld in figuur 3 van EP 771, hieronder nogmaals weergegeven, waarbij de verschillende componenten (door Asetek) zijn benoemd. De warmtewisselaar ("*heat exchanger*") (7) wordt direct op de CPU (in onderstaande figuur niet zichtbaar) geplaatst. Daar wordt de vrijgekomen warmte door het water opgenomen en door de waterbuizen via de pomp (9) afgevoerd naar de warmteradiator ("*heat radiator*") (11) die samen met de ventilator ("*air fan*") (10) het water koelt, waarna het weer terugstroomt naar de *heat exchanger*. Het reservoir ("*liquid reservoir*") correspondeert met nummer 8. Vervolgens herhaalt de cyclus zich.



- 2.5. Bij het ontwikkelen van waterkoelers voor CPU's en gegeven de trend van het steeds kleiner worden van computers, is de uitdaging onder meer de verschillende (voor waterkoelsystemen relatief grote aantallen) onderdelen zo efficiënt mogelijk in de computerbehuizing op te nemen zodat zo min mogelijk ruimte in beslag wordt genomen terwijl tegelijk het ontstaan van lekkage wordt voorkomen.
- 2.6. EP 771 ziet eveneens op een waterkoelsysteem voor (CPU's van) computers. In het in conclusie 1 onder bescherming gestelde koelsysteem zijn de warmtewisselaar, het vloeistofreservoir en de pomp geïntegreerd in één element:

"(...) said integrate element comprising the heat exchanging interface (4), the reservoir housing (14) and the pump (21).(...)"

Dit geïntegreerde element wordt geclaimd in combinatie met een *heat radiator*.

- 2.7 Tijdens de (zoals ook Asetek heeft erkend) moeizame verleningsprocedure, waarvan de Europese fase aanving op 21 januari 2008 en waarin twee *hearings* hebben plaatsgevonden (de eerste op 1 juli 2014, de tweede op 24 maart 2015), is de aanvraag – die 31 conclusies telde – beperkt tot twee conclusies in het octrooi zoals dat uiteindelijk op 20 mei 2015 is verleend. Dat is gebeurd op aandringen van de Examining Division, ter afbakening van de

stand van techniek die tijdens het nieuwheidsonderzoek⁸ en door het (na de eerste *hearing*) indienen van *third party observations*⁹ naar boven was gekomen. Verder is in dat verband aan de conclusies uiteindelijk nog (deel)kenmerk 5.1.2 toegevoegd, te weten dat de “*impeller*” is gepositioneerd in “*a separte recess of the channels*”.

3. Bespreking van het cassatieberoep

- 3.1 Het cassatiemiddel, dat bestaat uit vier onderdelen, komt op tegen het oordeel in rov. 5.4-5.8 dat (conclusie 1 van) EP 771 niet voldoet aan het nieuwheidsvereiste.

Bevoegdheid

- 3.2 Voorafgaand aan de bespreking van deze onderdelen zie ik de bevoegdheid van de Nederlandse rechter onder ogen. De rechtbank is in rov. 4.1 van haar vonnis tot het oordeel gekomen dat de Nederlandse rechter bevoegd is om van dit geschil kennis te nemen (v.z.v. hier van belang: in conventie o.g.v art. 4 EEX-II Vo¹⁰, omdat Cooler Master in Nederland gevestigd is en voor de reconventionele vordering tot vernietiging en v.z.v in het verweer in conventie een beroep wordt gedaan op nietigheid van het Nederlandse deel van EP 771, o.g.v. art. 27(4) EEX-II Vo). In appel en in cassatie is dit oordeel niet bestreden. Op grond van art. 27 EEX-II Vo dient, ook in cassatie en (zo nodig) ambtshalve, toepassing te worden gegeven aan de exclusieve bevoegdheidsregels van art. 24 van die Verordening¹¹. Art. 24 lid 4 EEX-II Vo houdt onder meer in dat voor de geldigheid van octrooien bij uitsluiting bevoegd zijn de gerechten van de lidstaat op het grondgebied waarvan de registratie is verzocht of heeft plaatsgehad. Voor wat betreft de geldigheid van het octrooi gaat het om in onze zaak om het Nederlandse gedeelte van EP 771, zodat de Nederlandse rechter inderdaad bevoegd is.

Nieuwheidsvereiste en openbaar voorgebruik

- 3.3 Om in aanmerking te komen voor een Europees octrooi moet een uitvinding nieuw zijn, op uitvindingswerkzaamheid berusten en industrieel toepasbaar zijn (art. 52 lid 1 EOV en art. 2 lid 1 ROW). In onze cassatiezaak gaat het uitsluitend om het nieuwheidsvereiste en dan specifiek om de vraag of de openbaarmaking van de Silent Stream op de Computex 2003 nieuwheidsschadelijk is voor EP 771.
- 3.4 Een uitvinding wordt als nieuw beschouwd indien zij geen deel uitmaakt van de stand van de techniek (art. 54 lid 1 EOV en art. 4 lid 1 ROW). De stand van de techniek bestaat uit (1)

⁸ US 6.019.165 (Batchelder), prod. 8 van Asetek.

⁹ US 6.408.937 B1 (Roy), prod. 9 van Asetek.

¹⁰ Verordening EU nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (de herschikte EEX-Vo).

¹¹ HvJ EG 15 november 1983, ECLI:EU:C:1983:326, NJ 1984/695 m.nt. L. Wichers Hoeth en J.C. Schultsz, BIE 1985/24 (*mr. Duijnste q.q./Goderbauer*), punten 11-15, HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2361, NJ 2019/99, JOR 2019/73 m.nt. C.G. van der Plas, JIN 2019/26 m.nt. M. Teekens (*Supreme c.s./SHAPE*), rov. 4.1.1, Van der Voort Maarschalk in: Van der Wiel (red.), Cassatie (BPP nr. 20) 2019/52 en Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen, Cassatie, 2015/274.

al hetgeen vóór de relevante datum openbaar toegankelijk is gemaakt door een schriftelijke of mondelinge beschrijving, door toepassing of op enige andere wijze en (2) de inhoud van vóór de relevante datum ingediende octrooiaanvragen die op of na die datum zijn gepubliceerd respectievelijk ingeschreven (art. 54 leden 2 en 3 EOv en art. 4 leden 2 en 3 ROW). De relevante datum is de dag van de indiening van de aanvraag (art. 54 lid 2 EOv en art. 4 lid 2 ROW) dan wel de prioriteitsdatum van een eerdere aanvraag voor dezelfde uitvinding (art. 87 EOv en art. 9 ROW)¹². Is de uitvinding vóór de octrooiaanvraag openbaar gemaakt door toepassing (gebruik, verkoop, demonstratie) dan wordt wel gesproken over “openbaar voorgebruik”¹³.

- 3.5 Aan het nieuweheidsvereiste is niet voldaan als alle kenmerken van de uitvinding expliciet of impliciet op een directe en ondubbelzinnige wijze al zijn geopenbaard (in de woorden van het EOB “*derivable directly and unambiguously*”)¹⁴. Alle kenmerken moeten dan in

¹² Een eventuele prioriteitsdatum berust op de regel dat degene die een octrooiaanvraag indient bij een Staat die partij is bij het Unieverdrag van Parijs of de Wereldhandelsorganisatie binnen 12 maanden in andere Unieverdrag van Parijs- of TRIPs-landen voor dezelfde uitvinding een octrooi kan aanvragen met dezelfde aanvraagdatum als die van de eerste aanvraag. Zie: D.F. de Lange in: Geerts & Verschuur, Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht 2018/40 (hierna geciteerd als: De Lange in: Kort begrip, 2018), Huydecoper/Van der Kooij/Van Nispen/Cohen Jehoram, Industriële eigendom 1 2016/3.3.5.1-3.3.5.8 en Visser e.a., Visser's Annotated European Patent Convention, 2019, art. 87 (1), nrs. 1-8.

¹³ De Lange in: Kort begrip, 2018/49, Huydecoper/Van der Kooij/Van Nispen/Cohen Jehoram, Industriële eigendom 1 2016/3.3.3.6-3.3.3.8, Hof Den Haag 5 maart 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2225 (*Unilin/Innovations 4 Flooring*), rov. 4.3-4.23, Hof Den Haag 29 augustus 2017, IEF 17066 (*Taste of Nature/Cresco*), rov. 4.1-4.8, Hof Den Haag 17 januari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:148, BIE 2017/3 (*Remu/Knoop c.s.*), rov. 4.2-4.5, Hof 's-Gravenhage, 31 juli 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX4367, BIE 2012/10 (*John Bean/Afoheat*), rov. 6-17, Hof 's-Gravenhage 2 juni 1994, ECLI:NL:GHSGR:1994:AM2177, BIE 1996/32 (*ventilatioerooster*), rov. 12-15, Rb Den Haag 19 juni 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6407 (eindvonnis *HE Licenties/VG Colours*), rov. 4.7-4.17, Rb Den Haag 21 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1977, IER 2019/4 m.nt. F.W.E. Eijsvogels (tussenvonnis *HE Licenties/ VG Colours*), rov. 4.39-4.41, Rb Den Haag 27 juli 2016, IEF 16155 (*Van Weezenbeek/ Ventraco*), rov. 4.11-4.14, Rb 's-Gravenhage 11 juli 2001, ECLI:NL:RBSGR:2001:AM2842, BIE 2002/7 (*aspiratie instrument*), rov. 8-11 en Rb 's-Gravenhage 14 februari 2001, ECLI:NL:RBSGR:2001:AM2865, BIE 2001/61 (*slaapdek*), rov. 3.3-3.4.

¹⁴ Zie de Guidelines for Examination in the European Patent Office (nov 2019), te raadplegen op: https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/e/g_vi_2.htm, dus Part G – Patentability, Chapter VI – Novelty onder 2. Implicit features or well-known equivalents (hierna te citeren als: *Guidelines G-VI* gevolgd door het paragraafnummer), Case law of the Boards of Appeal of the European Patent Office 2019, nr. I.C.4.1 en I.C.4.3 (hierna: “Case law 2019”, ook te raadplegen via: <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/case-law.html>), T 1237/15, ECLI:EP:BA:2018:T123715.20180914 (*Dow Global/Sika*), rov. 2.9, T 1988/07, ECLI:EP:BA:2010:T198807.20101008 (*Ecolab*), rov. 3.3, T 0218/00, ECLI:EP:BA:2001:T021800.20010321 (*L'Oreal/Geka-Brush*), rov. 2.1.1, T 0410/99, ECLI:EP:BA:2003:T041099.20030120 (*Metso/Kvaerner*), rov. 3.2.1, T 0411/98, ECLI:EP:BA:2000:T041198.20000111 (*Kimberly Clark/Mölnlycke*), rov. 4.1, T 0095/97, ECLI:EP:BA:1999:T009597.19990318 (*Aircraft Braking Systems/Dunlop*), rov.3.3, T 1029/96, ECLI:EP:BA:2001:T102996.20010821 (*BasF/Fina*), rov. 2.1, T 0988/95, ECLI:EP:BA:1997:T098895.19970211 (*Isover/Rockwool*), rov. 2.1.3, T 0511/92, ECLI:EP:BA:1993:T051192.19930527 (*Degussa/ZL-Microdent*), rov. 2.2, Hof Den Haag 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:4157 (kort geding *Sandoz/AstraZeneca*), rov. 4.1, Hof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1771 (*Doebros/Rijkswaterstaat*), rov. 4.6 Rb Den Haag 18 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8777, BIE 2018/12 (*Nikon/ASML*), rov. 4.18, Rb Den Haag 4 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4, BIE 2017/2 (*Rasco c.s./Aebi Schmidt*), rov. 4.2-4.8, Rb Den Haag 22 juni 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BS8761, BIE 2011/9 (*Danisco/Novozymes*), rov. 4.16, Rb Den Haag 7 juli 2010, IEF 8969 (*ALK-Abello/Stallergenes*), rov. 4.8, Visser e.a., Visser's Annotated European Patent Convention, 2019, art. 54 (1), nr. 4 en art. 54 (2), nr. 3.6.2, De Lange in: Kort begrip, 2018/47 en Huydecoper/Van der Kooij/Van Nispen/Cohen Jehoram, Industriële eigendom 1 2016/3.3.3.5.

beginsel¹⁵ blijken uit één publicatie of andere openbaarmaking¹⁶. Verder moet de openbaarmaking toegankelijk zijn voor het publiek¹⁷. Maatgevend is wat de openbaarmaking de gemiddelde vakman, gebruikmakend van zijn algemene vakkennis op dat moment, leert¹⁸. Gaat het om een impliciet kenmerk, dan moet voor de vakman onmiddellijk duidelijk zijn dat dit kenmerk onderdeel van de openbaarmaking is¹⁹. Bovendien is van een openbaarmaking alleen sprake als de vakman in staat wordt gesteld om het voortbrengsel of de werkwijze zonder *undue burden* na te werken²⁰.

- ¹⁵ De regel dat sprake moet zijn van één publicatie geldt niet als de openbaarmaking wordt geacht een andere openbaarmaking te incorporeren (*incorporated by reference*) en ook niet als verschillende openbaarmakingen één geheel vormen. Zie: Visser e.a., Visser's Annotated European Patent Convention, 2019, art. 54 (1), nr. 3, Case Law 2019, nr. I.C.4.2, Guidelines G-IV 8, De Lange in: Kort begrip, 2018/47 en ook T 1988/07, ECLI:EP:BA:2010:T198807.20101008 (*Ecolab*), rov. 3.3, T 0422/92, ECLI:EP:BA:1995:T042292.19950221 (*Niro/Babcock*), rov. 2.3.1, T 0305/87, ECLI:EP:BA:1989:T030587.19890901, rov. 5.3 (*Cisaille*), T 0153/85, ECLI:EP:BA:1986:T015385.19861211 (*Amoco Corporation*), rov. 4.2 en Hof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1771 (*Doebros/Rijkswaterstaat*), rov. 4.6.
- ¹⁶ T 1988/07, ECLI:EP:BA:2010:T198807.20101008 (*Ecolab*), rov. 3.3, T 0305/87, ECLI:EP:BA:1989:T030587.19890901, rov. 5.3 (*Cisaille*), T 0153/85, ECLI:EP:BA:1986:T015385.19861211 (*Amoco Corporation*), rov. 4.2, Rb Den Haag 18 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8777, BIE 2018/12 (*Nikon/ASML*), rov. 4.18, Rb Den Haag 22 juni 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BS8761, BIE 2011/9 (*Danisco/Novozymes*), rov. 4.16, Rb Den Haag 7 juli 2010, IEF 8969 (*ALK-Abello/Stallergenes*), rov. 4.8 en Rb. 's-Gravenhage 24 juni 1987, ECLI:NL:RBSGR:1987:AM2127, BIE 1995/69 (*poreus product van minerale wol*), rov. 5.4, Huydecoper/Van der Kooij/Van Nispen/Cohen Jehoram, Industriële eigendom 1 2016/3.3.3.5, Guidelines G-VI 1, Case Law 2019, nr. I.C.4.2, Visser e.a., Visser's Annotated European Patent Convention, 2019, art. 54 (1), nr. 2 en De Lange in: Kort begrip, 2018/47. De Lange wijst erop dat in het geval de uitvinding al viel te destilleren uit een combinatie van diverse openbaarmakingen wel een probleem kan ontstaan met het vereiste van inventiviteit.
- ¹⁷ Visser e.a., Visser's Annotated European Patent Convention, 2019, art. 54 (2), nrs. 2.1 en 2.3, Guidelines G-IV 1, Case law 2019, I.C.3.1 en I.C.3.3-I.C.3.3.4, De Lange in: Kort begrip, 2018/47, T 0239/16, ECLI:EP:BA:2017:T023916.20170913 (*Novartis/Generics*), rov. 4, T 1168/09, ECLI:EP:BA:2010:T116809.20101015 (*St. Georgen/HKR Climtec*), rov. 4.2.1-4.2.3, T 0834/09, ECLI:EP:BA:2012:T083409.20120202 (*Hydro-Québec/Valence*), rov. 1-8, T 1309/07, ECLI:EP:BA:2009:T130907.20090623, (*Kolbenschmidt/Mahle*), rov. 3.2.1-3.2.4, T 1829/06, ECLI:EP:BA:2009:T182906.20091110 (*Kaneka/Schott Solar*), rov. 3.1-3.3, T 1510/06, ECLI:EP:BA:2008:T151006.20080925 (*Hitachi/Siemens*), rov. 3.3.1-3.3.4 en 4.2.1-4.3.2, T 1081/01, ECLI:EP:BA:2004:T108101.20040927 (*Acetals/New Japan Chemical*), rov. 5-6, T 0165/96, ECLI:EP:BA:2000:T016596.20000530 (*Délavage/Cayla*) rov. 1.1.1.3, G 0001/92, ECLI:EP:BA:1992:G000192.19921218, rov. 1.1-1.4, T 0444/88, ECLI:EP:BA:1990:T044488.19900509 (*Japan Styrene/BASF*), rov. 3.1 en Rb. 's-Gravenhage 16 mei 1989, ECLI:NL:RBSGR:1989:AM1749, BIE 1993/44 (*Discomatic*), rov. 5.7.
- ¹⁸ T 0410/99, ECLI:EP:BA:2003:T041099.20030120 (*Metso/Kvaerner*), rov. 3.2.1, T 0447/92, ECLI:EP:BA:1993:T044792.19930707 (*Mitsubishi Denki/Merlin Gerin*), rov. 3.4, T 0677/91, ECLI:EP:BA:1992:T067791.19921103 (*Finnigan/Bruker-Franzen*), rov. 1.1-1.2, T 0288/90, ECLI:EP:BA:1992:T028890.19921201 (*Stamcarbon/Bayer en BASF*), rov. 4.3, T 0026/85, ECLI:EP:BA:1988:T002685.19880920 (*thickness of magnetic layers*), rov. 8, T 0206/83, ECLI:EP:BA:1986:T020683.19860326 (*Herbicides*), rov. 2 en 5, Guidelines G-VI 4, Case Law 2019, nr. I.C.4.1, Visser e.a., Visser's Annotated European Patent Convention, 2019, art. 54 (2), nr. 4.1, De Lange in: Kort begrip, 2018/47 en Huydecoper/Van der Kooij/Van Nispen/Cohen Jehoram, Industriële eigendom 1 2016/3.3.3.7.
- ¹⁹ Visser e.a., Visser's Annotated European Patent Convention, 2019, art. 54 (2), nr. 4.2, Guidelines G-VI 2 en 6 en Case Law 2019, nr. I.C.4.3 met verwijzing naar onder meer T 2170/13, ECLI:EP:BA:2018:T217013.20180206 (*FEI/Carl Zeiss*), rov. 3.18-3.19, T 0051/10 ECLI:EP:BA:2015:T005110.20150324 (*Schott/Platz Consulting*), rov. 2.4, T 0701/09, ECLI:EP:BA:2011:T070109.20110803 (*Henkel/Reckitt Benckiser*), rov. 1.2 en T 0095/97, ECLI:EP:BA:1999:T009597.19990318 (*Aircraft Braking Systems/Dunlop*), rov. 3.3.
- ²⁰ T 1833/14, ECLI:EP:BA:2017:T183314.20171207 (*Borealis/Ineos*), rov. 1.3-1.4, T 1457/09, ECLI:EP:BA:2014:T145709.20140117 (*Ganymed/Dainippon Sumitomo*), rov. 36, T 1437/07, ECLI:EP:BA:2009:T143707.20091026 (*Allergan/Solstice Neurosciences*), rov. 25-26, T 0952/92, ECLI:EP:BA:1994:T095292.19940817 (*Packard/Fisons*), rov. 2.2, G 0001/92, ECLI:EP:BA:1992:G000192.19921218, rov. 1.4, Rb Den Haag 27 juli 2016, IEF 16155 (*Van Weezenbeek/Ventraco*), rov. 4.14, Case Law 2019, nr. I.C.4.11, Guidelines G-IV 7.2.1, Visser e.a., Visser's

- 3.6 De stelplicht en de bewijslast ten aanzien van een eerdere openbaarmaking rusten op de partij die zich hierop beroept en op deze grond betoogt dat het octrooi nietig is (art. 150 Rv). Aan bewijslevering wordt alleen toegekomen als de stellingname voldoende gemotiveerd is weersproken (art. 149 Rv). Of een betwisting voldoende is gemotiveerd, hangt onder meer af van de kwaliteit van de stelling die wordt bestreden: tegenover een gedetailleerde stelling zal niet met een blote betwisting kunnen worden volstaan²¹. In dit stadium kan niet worden verlangd dat stellingen aannemelijk worden gemaakt²². Pas in het geval van bewijslevering wordt beoordeeld of de te bewijzen feiten met een redelijke mate van zekerheid zijn komen vast te staan²³. Bij de weging van het bewijs geldt het beginsel van vrije bewijswaardering (art. 152 lid 2 Rv).
- 3.7 De Nederlandse rechter is niet gebonden aan de bewijsregels van de Boards of Appeal van het EOB, maar mag deze wel in zijn oordeel betrekken. Bij het EOB worden twee standaarden gehanteerd voor het bewijs van een eerdere openbaarmaking. Gaat het om openbaar voorgebruik door de opposant zelf, of heeft alleen de opposant toegang tot het bewijsmateriaal, dan geldt de strenge maatstaf van bewijs “*beyond reasonable doubt*” (“*up to the hilt*”). In andere gevallen wordt doorgaans de bij het EOB gangbare “*balance of probabilities*”-maatstaf toegepast²⁴.

Bespreking van de klachten

.....

Annotated European Patent Convention, 2019, art. 54 (2), nr. 3.6.2, De Lange in: Kort begrip, 2018/47 en Huydecoper/Van der Kooij/Van Nispen/Cohen Jehoram, Industriële eigendom 1 2016/3.3.3.7.

- ²¹ Conclusie A-G Hartlief 8 mei 2020, ECLI:NL:PHR:2020:453, punt 3.7, HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, NJ 2017/372 m.nt. J. Spier, Gst. 2017/187 m.nt. T. Barkhuysen en P.M.J.J. Swagemakers, JB 2017/149 m.nt. L.J.M. Timmermans, JIN 2017/203 m.nt. L.J.M. Timmermans, JAR 2017/171 m.nt. B. Barentsen, JOR 2017/263 m.nt. S.A.L. van de Sande en D. van Tilborg (*J./Staat der Nederlanden*), rov. 3.4.5-3.4.6, conclusie A-G De Bock voor HR 24 februari 2017, ECLI:NL:PHR:2016:1236, RvdW 2017/308, punt 3.10, HR 28 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO6106, NJ 2012/603 m.nt. H.J. Snijders, JBPr 2011/31 m.nt. H.L.G. Wieten (*Dexia/Overduin*), Asser Procesrecht/W.D.H. Asser, Bewijs, 2017/288, J. Ekemans, In eerste aanleg (BPP nr. 16), 2015/16 en 19 en H.W.B. thoe Schwarzenberg, Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak, 2013, p. 34-35.
- ²² HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0865, NJ 2004/520, JBPr 2005/16 m.nt. J. Dammigh (*M/Saenwonen*), Asser/W.D.H. Asser, Bewijs, 2017/219 en J. Ekemans, In eerste aanleg (BPP nr. 16), 2015/18. Zie ook: HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP9860, NJ 2011/189, JBPr 2011/43 m.nt. H.L.G. Wieten en HR 6 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0901, NJ 2002/385 m.nt. H.J. Snijders, AA20020268 m.nt. T. Hartlief (*VNP/Havrij*).
- ²³ HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182, NJ 2018/394 m.nt. E. Verhulp, JAR 2018/72 m.nt. M.W. Koole, TRA 2018/49 m.nt. C.J. Frikkee, Ondernemingsrecht 2018/50 m.nt. J.M. van Slooten (*Decor Handelsmaatschappij*), rov. 3.4.3 en Asser Procesrecht/W.D.H. Asser, Bewijs, 2017/264. Vergelijk ook: HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1353, RvdW 2017/866.
- ²⁴ T 2451/13, ECLI:EP:BA:2016:T245113.20160114 (*Nutricia/Nestec*), rov. 3.2.2-3.2.6, T 0002/09, ECLI:EP:BA:2012:T000209.20120312 (*Philips/DSM*), rov. 3.2, T 1464/05, ECLI:EP:BA:2009:T146405.20090514 (*Prysmian/Alcatel*), rov. 4.3, T 0055/01, ECLI:EP:BA:2003:T005501.20030211 (*Sony/Intressengemeinschaft Rundfunkschutzrechte*), rov. 4.1, T 0012/00, ECLI:EP:BA:2002:T001200.20021107 (*Pirelli/Alcatel*), rov. 2.2.4-2.2.6, T 0254/98, ECLI:EP:BA:2000:T025498.20000926 (*Minganti/Hessap*), rov. 2.7, T 0097/94, ECLI:EP:BA:1997:T009794.19970715 (*Ceca/Bayer*), rov. 5.1, T 0472/92, ECLI:EP:BA:1996:T047292.19961120 (*Sekisui/Owens*), rov. 3.1, Case law 2019, I.C.3.5.2b, De Lange in: Kort begrip, 2018/50, Huydecoper/Van der Kooij/Van Nispen/Cohen Jehoram, Industriële eigendom 1 2016/3.4.12.4, Hof Den Haag 17 januari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:148, BIE 2017/3 (*Remu/Knoop c.s.*), rov. 4.2-4.3, Hof 's-Gravenhage, 31 juli 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX4367, BIE 2012/10 (*John Bean/Afoheat*), rov. 6 en Rb Den Haag 19 juni 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6407 (*HE Licenties/VG Colours*), rov. 4.7.

- 3.8 Het eerste onderdeel (randnummer 1.1) betoogt dat het hof heeft miskend dat een openbaarmaking uit de stand van de techniek alleen nieuwheidsschadelijk is indien voor de gemiddelde vakman alle conclusiekenmerken direct en ondubbelzinnig uit de openbaarmaking blijken. Dit onderdeel wordt uitgewerkt in randnummers 1.1.1-1.1.3.
- 3.9 In *randnummer 1.1.1* wordt bepleit dat toepassing van de juiste maatstaf meebrengt dat de Silent Stream slechts dan nieuwheidsschadelijk is indien daardoor alle kenmerken van conclusie 1 van EP 771 direct en ondubbelzinnig openbaar gemaakt worden. Ook het conclusiekenmerk dat het koelsysteem slechts bestaat uit een radiator en een reservoirbehuizing met daarin, als integraal element, een vloeistofreservoir zou ondubbelzinnig moeten blijken uit de Silent Stream zoals deze op foto 1 of 2 staat. Vast staat, zo vervolgt *randnummer 1.1.2*, dat op foto (1 en) 2 de Silent Stream slechts gedeeltelijk is afgebeeld. Asetek heeft hieromtrent aangevoerd dat de slangen die op foto 2 uit beeld lopen, dezelfde slangen zijn als die op foto 1 in beeld komen en naar het aquarium lopen²⁵. Cooler Master heeft tijdens het pleidooi in hoger beroep verdedigd dat tussen de slangen die op foto 2 uit beeld lopen – buiten beeld – lussen zitten: het zouden beide slangen zijn die de radiator en de koeler met elkaar verbinden²⁶. Dit betekent in ieder geval dat uit foto 2 niet direct en ondubbelzinnig blijkt dat de daarop getoonde opstelling niet is aangesloten op een extern koelvloeistofreservoir. Uit foto 2 is immers niet (direct en ondubbelzinnig) kenbaar of de slangen die uit beeld lopen, met elkaar zijn verbonden door lussen (standpunt Cooler Master) dan wel zijn aangesloten op het aquarium (standpunt Asetek), aangezien dit niet is afgebeeld op foto 2. Het hof had daarom bij toepassing van de juiste maatstaf niet tot het oordeel mogen komen dat de Silent Stream, zoals getoond op de computerbeurs, blijkens foto 2 nieuwheidsschadelijk is voor het octrooi. In *randnummer 1.1.3* wordt geklaagd dat het oordeel van het hof onbegrijpelijk is als het hof deze maatstaf niet heeft miskend. Het hof heeft dan niet gemotiveerd hoe blijkens foto 2 direct en ondubbelzinnig kenbaar zou zijn dat de daar afgebeelde opstelling niet is aangesloten op een extern koelvloeistofreservoir.
- 3.10 Dit lijkt mij niet op te kunnen gaan. Het hof heeft in rov. 5.2 vastgesteld dat Asetek als enig verweer heeft gevoerd dat de Silent Stream geen vloeistofreservoir openbaart dat is verschaft in een reservoirbehuizing die deel uitmaakt van integraal element dat pomp, warmtewisselingsinterface en reservoirbehuizing omvat. Volgens het hof is het standpunt van Asetek dat de Silent Stream is aangesloten op een additioneel extern vloeistofreservoir, waarmee het niet voldoet aan conclusie 1 van EP 771 aangezien het geclaimde koelsysteem niet uit meer dan twee onderdelen mag bestaan (rov. 5.4). Die vaststellingen over het verweer van Asetek zijn in cassatie onbestreden, zodat van de juistheid daarvan kan worden uitgegaan. Het hof heeft zich dan ook terecht tot dit geschilpunt beperkt; het hof behoefde niet in breder verband te onderzoeken of de Silent Stream alle kenmerken van conclusie 1 van EP 771 direct en ondubbelzinnig openbaart. Om diezelfde reden behoefde het hof ook niet te toetsen of is voldaan aan het (in de s.t. van Asetek onder 2.4 en hiervoor in 3.5 genoemde) criterium dat de openbaarmaking de vakman in staat moet stellen om het voortbrengsel na te werken.

²⁵ Rov. 5.6 en p-v pleidooi 18 maart 2019, p. 2, toelichting Asetek, onder 2.

²⁶ Rov. 5.5 en p-v pleidooi 18 maart 2019, p. 2-3, toelichting Cooler Master, onder 3.

- 3.11 Om tot het oordeel te kunnen komen dat de Silent Stream op de Computex niet was aangesloten op een extern vloeistofreservoir, is niet zonder meer nodig dat dit direct en ondubbelzinnig zichtbaar is op de overgelegde foto's. Op grond van de normale regels van stelplicht en bewijslast kan dit oordeel ook worden bereikt als (i) de stelling dat de Silent Stream op de Computex niet was aangesloten op een extern vloeistof-reservoir in het licht van de foto's onvoldoende gemotiveerd is weersproken (art. 149 Rv) of (ii) op basis van de foto's voldoende aannemelijk is dat de Silent Stream op de Computex niet was aangesloten op een extern vloeistofreservoir (vgl. art. 152 Rv).
- 3.12 In onze zaak heeft het hof toepassing gegeven aan art. 149 Rv en geoordeeld dat Asetek het standpunt van Cooler Master niet voldoende gemotiveerd heeft weersproken. Bij die stand van zaken behoeft niet direct en ondubbelzinnig uit de foto's te blijken dat de Silent Stream op de Computex niet op een extern vloeistofreservoir is aangesloten. Het eerste onderdeel treft dus geen doel.
- 3.13 Het tweede onderdeel (randnummer 1.2) komt op tegen de overweging in rov. 5.6 dat Asetek het standpunt van Cooler Master niet voldoende gemotiveerd weersproken heeft. Volgens het onderdeel heeft het hof daarbij kennelijk het oog op twee stellingen van Cooler Master die het hof in rov. 5.5 heeft genoemd: (a) de slangen die op foto 2 uit beeld lopen, zouden buiten beeld met elkaar zijn verbonden door lussen en (b) de opstelling met het aquarium op foto 1 is een stunt en de gemiddelde vakman zou begrijpen dat de Silent Stream zonder aquarium wordt geleverd. Het onderdeel bevat drie subonderdelen (randnummers 1.2.1-1.2.3) die ik gezamenlijk zal bespreken.
- 3.14 Het *eerste subonderdeel* (randnummer 1.2.1) acht onbegrijpelijk dat het hof overweegt dat Asetek stelling (a) met betrekking tot foto 2 niet voldoende gemotiveerd heeft weersproken. Het subonderdeel wijst erop dat Asetek die stelling heeft weersproken met het verweer dat de slangen die op foto 2 uit beeld lopen, naar het aquarium van foto 1 lopen. In het licht van het partijdebat moet dit verweer volgens Asetek om de navolgende redenen als voldoende gemotiveerd worden beschouwd:
- a. Cooler Master heeft zich pas bij mva op het standpunt gesteld dat de Silent Stream zoals getoond op de computerbeurs nieuwheidsschadelijk zou zijn voor EP 771²⁷. Cooler Master heeft aldaar niet het standpunt betrokken dat op de computerbeurs twee opstellingen van de Silent Stream zijn getoond. De stellingen van Cooler Master doen eerder vermoeden dat het om één opstelling gaat. Asetek wijst op mva 71-72: *“Op één foto in het verslag is een bordje te zien met een aantal producten van Global WIN. Dit bordje vermeldt “Silent Stream”. (...) Op een volgende foto is de Silent Stream zelf te zien, ingebouwd in een computerkast”*²⁸.

²⁷ Mva 68-91.

²⁸ Onderstreping toegevoegd. Volgens Asetek suggereert die passage dat het gaat om één opstelling. In zoverre is naar de mening van Asetek ook de passage in rov. 5.8 dat Cooler Master in haar mva niet heeft gesuggereerd dat de twee foto's van Computex 2003 één en dezelfde opstelling betreffen, onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd.

- b. Het pleidooi in hoger beroep was Aseteks eerste gelegenheid voor een reactie op de mva. Asetek heeft bij dit pleidooi het volgende aangevoerd. De Silent Stream is op de computerbeurs aangesloten op een vloeistofreservoir in de vorm van een visaquarium²⁹. Het aquarium mag dan een stunt zijn, duidelijk is dat er een extern reservoir nodig is³⁰. Dit strookt met latere versies van de Silent Stream, die ook een niet-geïntegreerd extern reservoir hebben³¹. De Silent Stream heeft dit externe reservoir nodig om te accommoderen voor de expansie van verwarmde koelvloeistof en om koelvloeistof bij te vullen na verdamping daarvan³².
- c. Pas tijdens het pleidooi in hoger beroep heeft Cooler Master gesteld dat de slangen die onderaan de foto uitlopen, buiten beeld in elkaar over zouden gaan³³. Volgens Asetek bevat het dossier niets dat deze stelling bevestigt en biedt foto 2 geen uitkomst nu de slangen immers buiten beeld in elkaar zouden overgaan. Aangezien deze stelling pas bij pleidooi is betrokken, kon van Asetek niet worden verlangd dat zij deze stelling meer of anders zou weerspreken dan door te herhalen dat de slangen die op foto 2 uit beeld lopen, naar het aquarium van foto 1 lopen (hetgeen ook logisch zou zijn gezien foto's 1 en 2 zelf en in het licht van het betoog van Asetek dat de Silent Stream een extern reservoir nodig heeft)³⁴.
- d. Cooler Masters stelling dat de slangen die onderaan de foto uitlopen, buiten beeld in elkaar over gaan, betreft een blote, niet-onderbouwde stelling die nergens in het dossier wordt bevestigd. Het hof kon daarom niet verlangen dat Asetek deze stelling meer of anders zou weerspreken dan zij heeft gedaan, aldus de klacht.

3.15 Het *tweede subonderdeel* (randnummer 1.2.2) acht de overweging dat Asetek stelling (b) over foto 1 onvoldoende heeft weersproken en dat de gemiddelde vakman zal inzien dat de opstelling met aquarium een stunt is en dat de Silent Stream zonder aquarium wordt geleverd, als dragende grond voor de beslissing van het hof eveneens onbegrijpelijk. Zoals Asetek heeft gesteld, laat dit onverlet dat de Silent Stream, zoals getoond op de computerbeurs, een extern reservoir nodig heeft³⁵. Dat dit externe reservoir normaliter geen aquarium zal zijn, is inderdaad niet in geschil, maar doet er volgens Asetek niet aan af dat een ander extern reservoir voor de Silent Stream wel noodzakelijk is. Asetek wijst er hierbij op dat de Silent Stream, naar in cassatie vast staat, werd geleverd in combinatie met een *fill inlet* (reservoirbuis)³⁶.

3.16 Het *derde subonderdeel* (randnummer 1.2.3) is gericht tegen de passage in rov. 5.6 dat foto's 1 en 2 geen aanwijzing bieden voor het standpunt van Asetek dat de slangen die op foto 2 uit beeld lopen, vervolgens naar het aquarium van foto 1 lopen en dat Asetek ook niet heeft

²⁹ Pltn hb Asetek 25-26.

³⁰ Pltn hb Asetek 27.

³¹ Pltn hb Asetek 29-43 en 47.

³² Pltn hb Asetek 39-43.

³³ P-V pleidooi 18 maart 2019, p. 2-3, toelichting Cooler Master, onder 3.

³⁴ Pltn hb Asetek 27, 29-43 en 47.

³⁵ Pltn hb Asetek 27.

³⁶ Rov. 5.7 van het bestreden arrest: "Dat blijktens het door Cooler Master overgelegde materiaal de Silent Stream werd geleverd in combinatie met een *fill inlet* (reservoirbuis) die op de koeler kon worden aangesloten, kan niet leiden tot een ander resultaat."

toegelicht waarom deze verbinding met het aquarium aannemelijk is. Het subonderdeel bestaat uit drie klachten. In de eerste plaats wordt aangevoerd dat het hof hiermee de in onderdeel 1.1 genoemde maatstaf en de bewijslastverdeling heeft miskend. Het is volgens Asetek niet aan haar om dergelijke aanwijzingen aan te dragen, maar aan Cooler Master om een openbaarmaking uit de stand van de techniek van vóór de prioriteitsdatum te produceren waaruit alle kenmerken van conclusie 1 van EP 771 direct en ondubbelzinnig blijken. In de tweede plaats acht Asetek onbegrijpelijk dat er naar het oordeel van het hof geen aanwijzingen zijn voor haar standpunt dat de slangen op foto 2 naar het aquarium op foto 1 lopen. Foto's 1 en 2 zouden die aanwijzingen wel bieden. Op foto 2 zijn namelijk twee slangen zichtbaar die uit beeld lopen, terwijl (a) op foto 1 twee slangen zichtbaar zijn die in beeld komen en het aquarium in lopen en (b) voor de Silent Stream volgens Asetek een extern reservoir noodzakelijk is³⁷. Het zou dan voor de hand liggen dat het op foto's 1 en 2 om dezelfde slangen gaat. Volgens de derde klacht is het oordeel van het hof onbegrijpelijk in het licht van het betoog dat en waarom voor de Silent Stream een extern reservoir noodzakelijk is³⁸ en dat het reservoir op foto 2 is afgedopt omdat een ander extern reservoir dan de vulbuis, zijnde het aquarium, is gebruikt³⁹.

- 3.17 Bij de bespreking van deze subonderdelen is het volgende uitgangspunt. Cooler Master heeft voor het eerst bij memorie van antwoord een beroep gedaan op (de nieuwheidsschadelijkheid van) de Silent Stream. Daartoe verwijst zij naar de twee foto's. Bij antwoord in appel is, zo overweegt het hof (rov. 5.8), niet gesuggereerd dat het op beide foto's om één en dezelfde opstelling zou gaan. Anders dan subonderdeel 1.2.1 onder (a), lees ik een dergelijke suggestie ook niet in mva 71-72. Wel is juist dat het pleidooi voor Asetek de eerste gelegenheid was om op de stellingen over de Silent Stream te reageren⁴⁰.
- 3.18 De stelplicht met betrekking tot de nieuwheidsschadelijkheid van de Silent Stream rust op Cooler Master. Naar het oordeel van het hof heeft Cooler Master voldaan aan haar stelplicht voor wat betreft haar standpunt dat de Silent Stream in de op foto 2 getoonde opstelling geen gebruik maakt van een extern vloeistofreservoir (rov. 5.5). Het hof heeft daarna beoordeeld of Asetek haar betwisting van dit standpunt voldoende heeft gemotiveerd. De passage in rov. 5.6 dat er geen aanwijzingen zijn voor de lezing van Asetek dat de slangen op foto 2 naar het aquarium op foto 1 lopen, dient ter motivering van het oordeel dat Asetek het standpunt van Cooler Master onvoldoende heeft weersproken. In die context rust de stelplicht niet op Cooler Master. Is een stelling onvoldoende bestreden, dan wordt aan bewijs(lastverdeling) niet toegekomen. De eerste klacht van subonderdeel 1.2.3 ziet daaraan voorbij. Het beroep van Asetek in haar s.t. onder 2.2 en 3.6-3.7 op toepasselijkheid van de stringente bewijsmaatstaf van het EOB "*beyond doubt*" stuit hier eveneens op af⁴¹.

³⁷ Pltn hb Asetek 27, 29-43 en 47.

³⁸ Pltn hb Asetek 27, 29-43 en 47.

³⁹ P-V pleidooi 18 maart 2019, p. 2, toelichting Asetek, onder 2.

⁴⁰ Asetek heeft na de mva alleen een akte overlegging aanvullende producties voor het pleidooi ingediend. Zo'n akte kwalificeert niet als een volwaardige mogelijkheid om te reageren.

⁴¹ Dat betoog kan ook om andere redenen niet slagen. De Nederlandse rechter is niet per se gebonden aan de bewijsregels van het EOB (vgl. hiervoor in 3.7), alhoewel het wel wenselijk voorkomt om zo veel mogelijk overeenkomstig dezelfde materiële en formele regels te oordelen over de geldigheid van Europese octrooien. Verder past het EOB de strenge bewijsmaatstaf toe wanneer uitsluitend de opposant toegang heeft tot het

- 3.19 De kernvraag, die het tweede onderdeel aan de orde stelt, is nu of het hof op grond van het partijdebat mocht aannemen dat de Silent Stream, zoals geopenbaard op de Computex, geen gebruik maakte van een extern reservoir, omdat dit door Cooler Master is gesteld en door Asetek onvoldoende is weersproken. Het gaat hier om een feitelijk oordeel dat alleen op begrijpelijkheid kan worden getoetst⁴². Het oordeel kan deze begrijpelijkheidstoets, zoals ik hierna zal toelichten, volgens mij niet doorstaan.
- 3.20 Foto 1 en de later geleverde versie van de Silent Stream (waaronder het eBay-exemplaar) bieden volgens mij in ieder geval geen steun voor de lezing dat de Silent Stream op de Computex niet was aangesloten op een extern reservoir. Niet in geschil is dat er op foto 1 een extern reservoir zichtbaar is in de vorm van het aquarium. Ook al is dat aquarium een stunt, uit deze foto kan dus niet worden afgeleid dat de Silent Stream geen gebruik maakte van een extern reservoir, zoals subonderdelen 1.2.1 (b) en 1.2.2 terecht betogen. Over de later geleverde versie heeft Asetek aangevoerd dat hier sprake is van een extern reservoir in de vorm van de meegeleverde vulbuis (zie subonderdelen 1.2.1 (b), 1.2.2 en 1.2.3, derde klacht). Het hof heeft dit verweer alleen verworpen omdat niet is gebleken dat de Silent Stream op de Computex was voorzien van een vulbuis en op foto 2 is te zien dat een afsluitdop in plaats van een vulbuis is geplaatst (rov. 5.7). Volgens het hof was de op de Computex getoonde Silent Stream blijkens foto 2 nieuwigheidsschadelijk. Per saldo komt het dus aan op foto 2 en de vraag of de slangen in die opstelling buiten beeld zijn aangesloten op een extern reservoir.
- 3.21 Het hof heeft niet vastgesteld dat Cooler Master een feitelijke onderbouwing heeft gegeven voor haar lezing dat de slangen in de opstelling van foto 2 buiten beeld zijn voorzien van lussen, dat die slangen alleen de radiator en de koeler verbinden en dat de Silent Stream op de Computex dus geen gebruik maakte van een extern reservoir. De foto en de stellingen van Cooler Master bieden voor die lezing geen feitelijke basis, zoals Asetek in subonderdeel 1.2.1 onder (c) en (d) ook naar voren heeft gebracht. Het is wel algemeen gangbaar om stellingen over openbaar voorgebruik te voorzien van verklaringen van getuigen of deskundigen. Het hof had de stelling van Cooler Master over openbaar voorgebruik al op deze gronden mogen verworpen.
- 3.22 De betwisting van het standpunt van Cooler Master door Asetek is voorzien van een onderbouwing bestaande uit een toelichting waarom zij meent dat de Silent Stream een extern reservoir nodig heeft. Asetek heeft betoogd dat bij de Silent Stream een extern vloeistofreservoir noodzakelijk is om te accommoderen voor de expansie van verwarmde koelvloeistof en om koelvloeistof bij te vullen na verdamping daarvan (zie subonderdelen 1.2.1 onder (b) en 1.2.3 (derde klacht)). Voor wat betreft de overweging dat Asetek niet heeft toegelicht waarom verbinding van de in foto 2 getoonde Silent Stream met het aquarium aannemelijk zou zijn, geldt het volgende. Het debat over de slangen die op foto 2 buiten beeld lopen, is pas bij pleidooi in appel tot ontwikkeling gekomen. Cooler Master heeft

.....
bewijsmateriaal en doet Asetek geen beroep op stellingen in feitelijke instanties waaruit volgt dat dit geval zich hier voordoet.

⁴² Van der Voort Maarschalk in: Van der Wiel (red.), Cassatie (BPP nr. 20) 2019/68-69, Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen, Cassatie 2015/283, HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1557, RvdW 2014/898, JBPr 2014/39 m.nt. G.C.C. Lewin en HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC6841, RvdW 2008/521.

ongemotiveerd gesteld dat de slangen in de opstelling van foto 2 buiten beeld zijn voorzien van lussen en alleen de radiator en de koeler met elkaar verbinden. Aan de betwisting kunnen dan geen hoge eisen worden gesteld en de betwisting behoeft zeker niet aannemelijk te worden gemaakt (zie hiervoor 3.6). De subonderdelen 1.2.1 onder (c) en (d) en 1.2.3 (tweede en derde klacht) betogen tegen die achtergrond naar ik meen terecht dat niet valt in te zien waarom Asetek haar standpunt dat de slangen die op foto 2 uit beeld lopen in het aquarium op foto 1 uitkomen zou moeten voorzien van een onderbouw die meeromvattend is dan haar duiding van de foto's en haar stelling over de noodzaak van een extern reservoir.

- 3.23 Bij deze stand van zaken vind ik het een brug te ver dat de betwisting van Asetek als onvoldoende onderbouwd terzijde is geschoven. Dat oordeel acht ik zodoende cassatietechnisch onbegrijpelijk. De daarop gerichte klachten van subonderdeel 1.2.1 (onder b, c en d), subonderdeel 1.2.2 en subonderdeel 1.2.3 (tweede en derde klacht) zijn dus wat mij betreft gegrond.
- 3.24 Dit betekent dat het tweede onderdeel grotendeels doel treft.
- 3.25 Het derde onderdeel (randnummer 1.3) komt op tegen hetgeen het hof in rov. 5.7 heeft overwogen met betrekking tot de omstandigheid dat de Silent Stream werd geleverd in combinatie met een vulbuis. Het onderdeel bevat drie klachten.
- 3.26 De eerste klacht is gericht tegen de overweging dat gesteld noch gebleken is dat de Silent Stream op Computex 2003 was voorzien van een vulbuis. Het onderdeel betoogt dat dit, als dragende grond voor de beslissing, onbegrijpelijk is, nu Asetek gemotiveerd heeft betoogd dat de Silent Stream op de Computex was aangesloten op het aquarium van foto 1⁴³. De tweede klacht ziet op de overweging dat Cooler Master onweersproken heeft aangevoerd dat op foto 2 is te zien dat een afsluitdop in plaats van een vulbuis is aangebracht op de koeler. Asetek voert aan dat zij dit inderdaad niet heeft weersproken omdat dit afdoppen strookt met het gebruik van een ander reservoir dan de vulbuis, te weten het aquarium van foto 1⁴⁴. De derde klacht betreft de gevolgtrekking van het hof dat *“deze uitvoering [op foto 2, A-G] dus in elk geval buiten de koeler en de radiator niet nog een element [bevat] dat eventueel als extern koelvloeistofreservoir zou kunnen worden aangemerkt. Het koelvloeistofreservoir is in deze uitvoering geheel geïntegreerd in de koeler.”* Deze gevolgtrekking getuigt volgens Asetek van een onjuiste rechtsopvatting op de gronden die zijn genoemd in onderdeel 1.1-1.1.3. Verder zou deze gevolgtrekking onbegrijpelijk zijn in het licht van de stellingen van Asetek. De omstandigheid dat op foto 2 te zien is dat een afsluitdop in plaats van een vulbuis is aangebracht op de koeler, laat immers onverlet dat die opstelling een element kan bevatten dat als extern koelvloeistofreservoir zou kunnen worden aangemerkt. Naar Asetek gemotiveerd heeft gesteld⁴⁵, bevat die opstelling nog een element

⁴³ Pltn hb Asetek 27, 29-43 en 47.

⁴⁴ P-V pleidooi 18 maart 2019, p. 2, toelichting Asetek, onder 2: “Op deze foto is inderdaad te zien dat het reservoir is afdopd, maar dat is logisch als er een ander extern reservoir wordt gebruikt.”

⁴⁵ Verwezen wordt naar onderdeel 1.2.1 onder (b) en (c) en pltn hb Asetek 27, 29-43 en 47.

dat als extern koelvloeistofreservoir kan worden aangemerkt, te weten het aquarium van foto 1.

- 3.27 Dit onderdeel lijkt mij ook grotendeels gegrond. Het onderdeel betoogt volgens mij terecht dat onbegrijpelijk is waarom de afsluitdop op foto 2 de conclusie rechtvaardigt dat het vloeistofreservoir in die opstelling volledig is geïntegreerd in de koeler. Dat is wel een feitelijk oordeel, maar het hof mocht het standpunt van Asetek dat de Silent Stream, zoals die is te zien op foto 2, via de buiten beeld lopende slangen is aangesloten op een extern reservoir (het aquarium), in mijn ogen niet als onvoldoende onderbouwd terzijde schuiven (zie hiervoor 3.19-3.23). Deze stelling brengt, indien juist, mee dat de Silent Stream op foto 2 ondanks de plaatsing van de afsluitdop toch (via de slangen) op een extern reservoir is aangesloten. Het onderdeel slaagt dan in zoverre in het kielzog van onderdeel 2. Het onderdeel faalt voor zover wordt voortgebouwd op onderdeel 1 (hiervoor 3.10-3.12).
- 3.28 Het vierde onderdeel (randnummer 1.4) is een voortbouwende klacht. Volgens dit onderdeel raakt gegrondbevinding van één of meer klachten ook alle overwegingen, oordelen en beslissingen die voortbouwen op of onlosmakelijk samenhangen met de met succes bestreden oordelen, waaronder die in rov. 5.4, 5.8-5.10 en het dictum. Nu onderdelen 2 en 3 grotendeels gegrond zijn, slaagt bijgevolg ook het vierde onderdeel.
- 3.29 De onderdelen 2, 3 en 4 treffen volgens mij dus (grotendeels) doel. Het bestreden arrest kan daarom niet in stand blijven en er dient vernietiging en verwijzing te volgen.

Proceskosten in cassatie

- 3.30 Over de toewijsbaarheid en de hoogte van de proceskosten in IE-zaken moet ambtshalve worden beslist⁴⁶. Als partijen overeenstemming hebben bereikt, dan worden de proceskosten in het algemeen conform deze afspraak vastgesteld⁴⁷. Dit geldt ook in octrooizaken⁴⁸. Asetek en Cooler Master hebben ieder op de voet van art. 1019h Rv vergoeding van de proceskosten in cassatie gevorderd. Zij hebben overeenstemming bereikt over de omvang van de hiervoor op de voet van art. 1019h Rv toe te schatten kosten. Deze afspraak houdt in (1) dat de proceskosten aan de kant van Asetek tot en met de schriftelijke toelichting worden begroot op € 24.000 (2) dat de proceskosten aan de kant van Cooler Master tot en met de schriftelijke toelichting worden begroot op € 15.000 en (3) dat de kosten van replek,

⁴⁶ HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3477, NJ 2016/16 m. red. aant. (*LMR Advocaten/LR Advocaten*).

⁴⁷ C.J.S. Vrendenburg, *Proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken*, diss., 2018, nr. 121 met verwijzing naar onder meer HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1532, NJ 2013/502 m.nt. P.B. Hugenholtz, IER 2013/50 m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Stokke/Fikszo*), HR 29 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK1599, RvdW 2010/223, IEF 8564 (*Gavita/Helle c.s.*), HR 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ9431, NJ 2009/583, BIE 2010/14 m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (*Euro-Tyre/Eurotyre*) en HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153, NJ 2008/556 m.nt. E.J. Dommering, IER 2008/58 m.nt. J.M.B. Seignette, AA20080819 m.nt. P.B. Hugenholtz (*Endstra/Uitgeverij Nieuw Amsterdam*). Vgl. in dit verband tevens punt 4 en voetnoot 5 van de (op octrooizaken niet toepasselijke) Indicatie-tarieven in IE-zaken Hoge Raad versie 2017, te vinden op <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/indicatie-tarieven-in-ie-zaken-HR-2017.pdf> en B.T.M. van der Wiel (red.), *Cassatie (BPP nr. 20)* 2019/360.

⁴⁸ HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1833, RvdW 2019/1213, IEF 18844, LS&R 1759 (*Coloplast/Medical4You*) en HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1733, NJ 2013/464, IER 2014/11 m.nt. F.W.E. Eijsvogels, JIN 2013/181 m.nt. M.R. Rijks (*Boston Scientific/OrbusNeich c.s.*).

dupliek en de borgersbrief (voor zover ingediend) telkens worden begroot op € 4.000 (s.t. Asetek 5 en s.t. Cooler Master 3). Volgens mij kan dienovereenkomstig worden beslist.

4. Conclusie

Ik concludeer tot vernietiging en verwijzing.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

Ondertekening Conclusie P.G.

Handtekeningen

Peursem, mr. drs. G.R.B. van

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'G.R.B. van', is written over a horizontal line. The signature is stylized and cursive.