



ØSTRE LANDSRET
DOM
afsagt den 30. september 2021

Sag BS-46746/2019-OLR
(10. afdeling)

Lamico ApS
(advokat Frank Henrik Børresen Jørgensen)

mod

Sangenic International Limited
(advokat Anders Valentin)

Sø- og Handelsretten har den 4. oktober 2019 afsagt dom i 1. instans (sag BS-287/2015-SHR).

Landsdommerne Malou Kragh Halling, Katja Høegh og Kåre Mønsted har deltaget i ankesagens afgørelse.

Påstande

Appellanten, Lamico ApS, har nedlagt følgende påstande:

- 1) Stadfæstelse over for Sangenic International Limiteds påstande 1 og 4.
- 2) Frifindelse over for Sangenic International Limiteds påstande 2, 3, 5 og 6.

Lamico ApS har desuden gentaget sine selvstændige påstande for Sø- og Handelsretten (der påstand 2 og 3) som følger:

- 3) Sangenics patent DK/EP 1409344 kendes ugyldigt.
- 4) Sangenics patent DK/EP 2019042 kendes ugyldigt.

Indstævnte, Sangenic International Limited, har for landsretten endeligt nedlagt følgende påstande:

- 1) Det forbydes Lamico ApS i Danmark at fremstille, udbyde, bringe i omsætning eller anvende produkterne "InkoBaby All-in-One refill" (som vist i bilag 7) samt at importere eller besidde produkterne med et sådant formål, så længe dansk patent nr. DK/EP 1409344 er i kraft.
- 2) Det forbydes Lamico ApS i Danmark at fremstille, udbyde, bringe i omsætning eller anvende produkterne "InkoBaby All-in-One refill" (som vist i bilag 7) samt at importere eller besidde produkterne med et sådant formål, så længe at dansk patent nr. DK/EP 2019042 er i kraft.
- 3) Det påbydes Lamico ApS at tilbagekalde samtlige "InkoBaby All-in-One refill" (som vist i bilag 7), fra handelen.
- 4) Det påbydes Lamico ApS – under tilsyn af en af Sangenic International Limited udpeget repræsentant – at destruere samtlige de "InkoBaby All-in-One refill" (som vist i bilag 7), der er i Lamico ApS' besiddelse, herunder også produkter, der er tilbagekaldt i medfør af påstand 3.
- 5) Lamico ApS skal til Sangenic International Limited betale 1.000.000 kr. med procesrente fra den 24. april 2015 af 250.000 kr. og med procesrente fra den 25. juni 2019 af 750.000 kr.
- 6) Sangenic International Limited skal tilkendes fulde sagsomkostninger.

Sagenic International Limited ("Sagenic") har endvidere påstået stadfæstelse over for Lamico ApS ("Lamico") påstande 3 og 4 om ugyldighed.

Ændringen af Sagenics påstande 1-4 skyldes, at Lamico ikke længere markedsfører produkterne "Vores refill pose til blespand" og "Tibelly refill pose til blespand".

Lamico har ikke bestridt rentepåstanden i påstand 5.

Supplerende sagsfremstilling

Den 8. august 2005 nedlagde Holme Patent A/S på vegne af Lamico den indsigelse mod Sagenics danske patent DK 175471 B1, som førte til, at patentet blev erklæret ugyldigt ved Ankenævnet for Patenter og Varemærkers kendelse af 15. oktober 2009.

Lamico har til støtte for, at stridspatenterne er baseret på kendt teknik, som har været anvendt og offentliggjort af Lamico forud for prioritetsdagen den 12. juni 2001, henvist til følgende liste i ankenævnets kendelse over materiale, som Lamico påberåbte sig i indsigelsessagen vedrørende DK 175471 B1-patentet:

" ...

- D9: Brugsanvisning til InkoBaby™ Refil
 D10: Brugsanvisning anbragt på emballagen til InkoBaby™ blespand
 D11a: Brev til Rosenholm Kommune af den 29. november 2000
 D11b: Erklæring G. W. Wood, Direktør i Bradley Carter
 D11c: Erklæring fra dagplejer Kirsten Walter Larsen
 D11d: Erklæring fra Kirsten Behrendorff fra Ønskebørn
 D11e: Erklæring fra Grossist Kurt Pedersen
 D11f: Erklæring fra Peter Behrendorff fra Layette
 D12: Fotografier af InkoBaby™ Refil og Kasette
 D12a: Erklæring fra Direktør Karl-Erik Wessmann fra Lamico ApS
 D13: Brev til Fimek af den 24. november 2000 i forbindelse med foliedispenser
 ...”

De oplyste bilag er ikke fremlagt, men Lamico har oplyst, at de anførte brugsanvisninger og fotografier svarer til dem, som er fremlagt i denne sag. Sangenic har gjort opmærksom på, at dette er udokumenteret.

Yderligere om patent DK/EP 1409344 T3 ("stridspatent 1")

Stridspatent 1 blev som anført i den ankede dom udstedt den 26. november 2008 og bekendtgjort i Danmark den 19. januar 2009.

Den 21. september 2009 indgav Lamico indsigelse til Den Europæiske Patentmyndighed. Opposition Division traf afgørelse den 9. november 2012 og opretholdt patentet i ændret form. Afgørelsen blev af Lamico indbragt for Boards of Appeal som den 8. december 2015 godkendte det endelige krav sæt og hjemviste til Opposition Division med henblik på tilpasning af beskrivelsen til de reducerede patentkrav. Opposition Division traf afgørelse herom den 16. februar 2017. Lamico appellerede afgørelsen om tilpasning til Boards of Appeal, som ved afgørelse af 9. juli 2018 opretholdt den tilpassede beskrivelse. Herefter blev patentet bekendtgjort af Den Europæiske Patentmyndighed i den ændrede form den 12. december 2018 og i Danmark den 14. januar 2019.

Yderligere om patent DK/EP 2019042 T3 ("stridspatent 2")

Af beskrivelsen i stridspatent 2 fremgår blandt andet:

“[0014) As a result it will be seen that the spool can be formed without an outer wall or base, reducing material and moulding costs. The floating annular cap is no longer required and the annular disc 32 can be of light-weight cheap material and is simply formed, or can be dispensed with altogether. Because the funnel is integrally formed there is no requirement for the user to fit a funnel nor any risk that the funnel might be lost. Shrink-

wrapping of the pack 30 retains the film in a high degree of compression as a result of which the dimensions of the cassette can be reduced or more film can be stored on a single spool. The provision of the thumbnail cut-outs 22 on the funnel portion 16 of the spool allow easy breaking of the shrink-wrap. Furthermore, as discussed below, the end portion of the tubular film 30 can be located in or accessible via the cut-out 22 allowing easy of access for the user to initially pull the tubing over the funnel and through the core. Yet further the funnel acts as a brake on tubular film passing over it removing the need for a complex annular cap for the pack.

- 0015) Referring now to Fig. 6 a method of loading film 48 onto the spool 10 to form a gathered pack 30 is shown. The spool is located on a platform (not shown) and may be centred by means of a mandrel (not shown) as appropriate. The platform may comprise a number of stations transferable in either a rotary or a linear action to subsequent processing stations. An outer guide tube 70 surrounds the spool 10 defining an outer radius for the pack of tubular film 30, the inner radius being defined, of course, by the core 12. The spool 10 is inverted such that the funnel portion 14 rests on the platform. The film is fed downwardly inside the guide tube 70 in any appropriate manner and forms the pleated pack 30 resting on the funnel portion 14. A vacuum is applied from the underside of the platform to tease a portion of the film through the thumbnail cut-outs 22 allowing it to be easily accessed in use."

Under prøvningen af Sangenics ansøgning vedrørende det senere stridspatent 2 skrev Den Europæiske Patentmyndighed den 22. december 2012 som følger til Sangenics repræsentant

" ...

2). *Claims 1 and 6*

The present application does not meet the requirements of Article 52 (1) EPC, because the subject-matter of independent claims 1 and 6 is not inventive within the meaning of Article 56 EPC.

2.1) Document D1, which -as well as document D3- can be considered to represent the closest piece of prior art, discloses a waste (s. description: column 1, line 14) storage device spool (s. [28]) (and a method of loading tubular film onto it) having a core portion (s. [28]) and pleated tubular film (s. [22]) loaded onto it from a film dispenser (s. Fig. 1).

The subject-matter of claim 1 therefore only differs from this prior art in that it comprises:

- a shrink-wrapping around the spool and film.

The problem to be solved can be regarded as to reduce material and moulding costs.

The solution, which consists in making the spool without an outer wall (s. [20] in Fig. 9, 10 and 15 of D1) and substituting it with a shrink-wrapping, is known in the packaging field as witnessed by document D2, which shows (s. Fig. 3) a 'shirred stick' [2] of pleated tubular film enclosed in a partially shrunk outer wrapper [1].

It would be obvious to the person skilled in the art to apply this feature with corresponding effect to the spool according to document D1, thereby arriving at the subject-matter of claims 1 and 6, without having performed any inventive step (Article 56 EPC).

A similar suggestion would be offered also by the disclosure of document D4 (s. Figure).

3). *Dependent claims*

With the only exception of dependent claim 3, the additional features of claims 2-5 and 7-8, as presently formulated, appear to relate to minor constructional features which, insofar as not directly disclosed in the prior art, appear to relate to obvious modifications thereof.

...

4). *Suggestion*

The combination of the additional features of claim 3 with those of claims 2 and 1 appears to be neither known, nor rendered obvious by the available prior art, since no suggestion is to be found in the available prior art regarding the use of cut-out portions of the tunnel which have the advantages of allowing an easy breaking of the shrink-wrap around the spool, allowing an easier localisation and accessibility for the user to initially pull the tubing over the tunnel and through and acting as a brake on tubular film passing over the tunnel, thereby removing the need for a complex annular cap for the pack.

It is therefore suggested that a new independent claim 1 be drafted to include the features of claim 2 and 3, bearing in mind that the features known in combination document D1 should be placed in the preamble of such a claim in accordance with Rule 43 (1) EPC.

..."

Sangenic omformulerede herefter kravene, og patentet blev på den baggrund udstedt den 14. marts 2012 og bekendtgjort i Danmark den 18. juni 2012 med den formulering af krav 1 og 4, som er gengivet i Sø- og Handelsrettens dom.

Supplerende syn og skøn

Der har efter anmodning fra Lamico været supplerende syn og skøn for landsretten angående patent nr. DK/EP 2019042 (stridspatent 2) med samme skønsmand, som for Sø- og Handelsretten, civilingeniør Peter Kim Jensen. Af supplerende skønserklæring modtaget i retten den 2. juli 2021 fremgår:

” ... Spørgsmål fra rekvirenten [Lamico]

Spørgsmål SS IØ

I den europæiske patentansøgning 08 018 125.8 publiceret under publikationsnummer EP2019042 A1 (Bilag AX) er i spalte 2 linie 34-35 angivet:

“One or more thumbnail cut-outs 22 are provided in the outer periphery of the annular flange 20”.

og videre i spalte 3 linie 36 er angivet:

“Furthermore, as discussed below, the end portion of the tubular film 30 can be located in or accessible via the cut-out 22 [...]”

På denne baggrund spørges skønsmanden om ansøger (nu patenthaver) ved udarbejdelse af ansøgningen har fravalgt at inkludere et enkelt indsnit (single cut out) i det oprindelige krav 3, der under sagsbehandlingen blev optaget som sidste del af godkendte patentkrav 1 i patent EP2019042 B1?

Svar på spørgsmål SS IØ

I krav 3 i europæisk patentansøgning nr. 08 018 125.8, publiceret som EP2019042 A1 fremgår det, at spolens (12) ende (16) indbefatter afskårede dele (cut-out portions). Det fremgår ikke, at nævnte spoleende kan indbefatte en enkelt afskåret del/et enkelt indsnit (single cut out).

Skønsmanden kan ikke på det foreliggende grundlag vurdere, om ansøger bevidst har fravalgt at inkludere en enkelt afskåret del/et enkelt indsnit (single cut out) i ansøgningens krav 3 og i det meddelte patents krav 1, men en spoleende med en enkelt afskåret del/enkelt indsnit (single cut out) falder ikke ind under ordlyden af krav 1 i patentet EP2019042 B1.

Spørgsmål SS IÅ

I skrivelse af 22. december 2008 fra den Europæiske Patentmyndighed (bilag Q) i den europæiske ansøgning 08 018 125.8 er under pkt. 4 angivet følgende tilkendegivelse:

The combination of the additional features of claim 3 with those of claims 2 and 1 appears to be neither known, nor rendered obvious by the available prior art, since no suggestion is to be found in the available prior art regarding the use of cut-out portions of the funnel [...]

I lyset af denne tilkendegivelse fra den Europæiske Patentmyndighed indleverede ansøgeren (nu panthaver) et ændret patentkrav hvor det oprindelige krav 3 er optaget i det senere godkendte krav 1's kendetegnede del. På denne baggrund spørges skønsmanden om der på dette tidspunkt med basis i angivelserne overfor (spørgsmål SS IØ) ville have været tilladeligt at inkludere definitionen "et enkelt indhak" (single cut out) i kravet og opfylde betingelser i EPC artikel 123 (2)?

Svar på Spørgsmål SS IÅ

Ifølge EPC artikel 123(2) må en europæisk patentansøgning eller et europæisk patent ikke ændres på en sådan måde, at den/det indeholder noget (engelsk: subject matter), som går ud over indholdet af ansøgningen som indleveret.

Angivelsen i EP2019042 A1 spalte 2 linje 34-35:

"One or more thumbnail cut-outs 22 are provided in the outer periphery of the annular flange 20".

indeholder i forhold til indholdet af ansøgningens krav 3 og dermed også patentets krav 1 en nærmere specificering af formen og placeringen af afskæringer/indsnit (cut-outs). Ovennævnte angivelse i spalte 2, linje 34-35, i ansøgningen er en del af ansøgningens afsnit [0010], hvor der henvises til Fig. 1. Det er i nævnte afsnit beskrevet:

"The funnel portion 14 includes an outwardly flared generally conical part 16, a cylindrical lip 18 depending from the funnel part 16 and concentric with the core 12 and an annular flange 20 extending around the lower end of the lip 18. "One or more thumbnail cut-outs 22 are provided in the outer periphery of the annular flange 20".

Det ene eller de flere afskæringer/indsnit (cut-outs) er beskrevet som placeret i en ydre periferi af en ringformet flange, der strækker sig omkring den nedre ende af en cylindrisk læbe 18 af en til spolen 10 hørende tragt del 14. Afskæringerne/indsnittene (cut-outs) er beskrevet som tommelfingerafskæringer/indsnit (cut-outs) 22.

Ovennævnte træk vedrørende spolen genfindes ikke i de oprindelige krav 1, 2 og 3 og derfor heller ikke i det meddelte patents krav 1, som er en sammenskrivning af ansøgningens krav 1, 2 og 3.

Ved inkludering af "et enkelt indhak" i krav 1 isoleres trækket "et enkelt indhak" fra den sammenhæng eller udførelsesform, i hvilken trækket er beskrevet i ansøgningen, og da det af ansøgning i sin helhed ikke klart og utvetydigt fremgår, at den i krav 1 definerede spole kan have "et enkelt indhak", kunne det have givet problemer at inkludere definitionen "et enkelt indhak" i krav 1, da en sådan ændring kunne blive anset for at gå ud over indholdet af ansøgningen som indleveret og derved ikke opfylde betingelserne i EPC artikel 123 (2).

Spørgsmål SS IAC

Er skønsmanden enig i, at det tekniske formål med trækket "afskårne dele" i EP 2019042 jf. bilag 2 (herefter Stridspatent 2), krav 1, forstået i lyset af patentbeskrivelsen [0014] og [0015], og angivet i søgningsrapporten af den 22. december 2008 jf. bilag Q i pkt. 4) er:

- at lette brydningen af krympeemballeringen, der omgiver spolen og rørfolien,
- at give brugeren lettere adgang til rørfolien ved med vakuum at suge en del af rørfolien ind i afskæringerne (22) efter påføring af rørfolien, og
- at virke som et stop for rørfolien, der passerer over tragten, og derved fjerne behovet for en rundtgående hætte?

Svar på spørgsmål SS IAC

Det forholder sig som anført i spørgsmålet, idet det dog skal bemærkes, at det af søgerapporten ikke fremgår, at den lettere adgang til rørfolien opnås ved med vakuum at suge en del af rørfolien ind i afskæringerne, og at det af søgerapporten ikke fremgår, at de "afskårne dele" virker som et stop, men at de virker som en bremse.

Spørgsmål SS IAE

Er skønsmanden enig i, at rørfolien i stridsgenstanden ikke er placeret i det indhak, hvor håndtaget skal monteres?

Svar på spørgsmål SS IAE

Rørfolien strækker sig i det mindste ikke i større udstrækning ind i indhakkets i stridsgenstandens ringformede flange, men vil være tilgængelig via indhakkets.

Spørgsmål SS IAG

Er skønsmanden enig i, at krympeemballeringen i stridsgenstanden strækker sig ind i indhakkets, der er beregnet til fastgørelse af håndtaget, og derfor følger konturerne af indhakkets?

Svar på spørgsmål SS IAG

Stridsgenstandens krympeemballage strækker sig ind i indhakkets, men følger ved indhakkets indre hjørner ikke i det væsentlige indhakkets kontur.

Spørgsmål SS IAM

I forbindelse med at lette adgangen til rørfolien, jf. patentbeskrivelsen [0015] og Søgningsrapporten af den 22. december 2008 (bilag Q) pkt. 4) skal rørfolien være suget ind i de afskårne dele.

Er skønsmanden enig i, at for at forbrugeren i Stridspatent 2 skal have nem adgang til rørfolien, og derved nemmere trække denne over tragten, skal afskæringerne være placeret i den ende af spolen, hvor bleerne påfyldes under brug?

Svar på spørgsmål SS IAM

Det er skønsmandens vurdering, at ved spolen ifølge stridspatent 2 er det for at få let adgang til folien og nemt at trække denne over tragten en fordel, at afskæringerne er placeret ved spoleenden omfattende tragten, dvs. den ende af spolen, hvor bleerne påfyldes under brug

Spørgsmål SS IAN

Er skønsmanden enig i, at i stridsgenstanden er indhakkert til placering af håndtaget, ikke placeret i den ende af spolen, hvor bleerne påfyldes under brug?

Svar på spørgsmål SS IAN

Ved stridsgenstanden er indhakkert tilvejebragt i flangen ved spolens nedre ende, som er beliggende modsat spolens øvre ende, som er den spoleende, hvor bleerne påfyldes under brug.

Spørgsmål SS IAO

Er skønsmanden enig i, at det vil give brugeren lettere adgang til rørfolien i Stridspatent 2 langs hele spolens rundtgående flange (20), såfremt der er flere afskæringer (22) fordelt langs flangen?

Svar på spørgsmål SS IAO

Det er skønsmandens vurdering, at brugerens adgang til rørfolien på spolen ifølge stridspatent 2 lettes, såfremt der langs hele spolens rundtgående flange er fordelt flere afskæringer, idet brugeren let kan lokalisere/finde en afskæring.

Spørgsmål SS IAP

Er skønsmanden enig i, at indhakkert beregnet til fastgørelse af håndtaget i stridsgenstanden ikke letter brugerens adgang til rørfolien?

Svar på spørgsmål SS IAP

Skønsmanden er ikke enig i, at indhakkert i stridsgenstandens flange ikke letter brugerens adgang til rørfolien, idet indhakkert gør det lettere at gribe om/få fat i rørfolien, end hvis flangen ikke havde et indhak, men som det fremgår af svarene på spørgsmål SSIJ og SSIAQ, er det skønsmandens vurdering, at ved anvendelse af stridsgenstanden føres rørfolien op over den grønne ring, op over den cylindriske dels åbne ende og ned gennem den cylindriske del. Rørfolien føres ikke hen over stridsgenstandens flange med indhakkert. Teoretisk set kunne rørfoliens ende, der er beliggende ved flangen med indhakkert, og rørfolien trækkes op

over den plisserede rørfolie, hen over den grønne ring, op over den cylindriske dels åbne ende og ned gennem den cylindriske del. Det er imidlertid skønsmandens vurdering, at ved anvendelse af stridsgenstanden gribes rørfoliens ende, der er beliggende ved den grønne ring, og rørfolien føres op over den grønne ring og ned i keredelen. Indhakket i flangen har således ingen indflydelse på, hvor let det er at gribe rørfolien, når den skal trækkes ned gennem spolens keredel.

Spørgsmål SS IAQ

Er skønsmanden enig i, at indhakket beregnet til fastgørelse af håndtaget i Stridsgenstanden ikke virker som et stop for rørfolien?

Svar på spørgsmål SS IAQ

Som det fremgår af svaret på spørgsmål SSIJ, er det skønsmandens vurdering, at ved anvendelsen af stridsgenstanden føres rørfolien op over den grønne ring, op over den cylindriske dels åbne ende og ned gennem den cylindriske del, Rørfolien føres under brugen ikke hen over stridsgenstandens flange med indhakket, og indhakket i stridsgenstandens flange kan derfor ikke virke som stop eller bremse.

Spørgsmål SS IAR

Er skønsmanden enig i, at formålet med trækket "tragten" i EP '042 (bilag 2), krav 1, forstået i lyset af patentbeskrivelsen [0006], [0010] og [0012] er at trække rørfolien hen over tragten, og derved tilvejebringe en større rørfolieoverflade, og derved reducere uønsket tilsmudsning?

Svar på spørgsmål SS IAR

Det fremgår af afsnit [0006] i DK/EP 2019042 T3 (bilag 2), at der fra GB 2292725 kendes en tragt med en nedre cylindrisk del og en øvre udad struttende del (eng. "outer outwardly flared portion"), og at rørfolie trækkes hen over tragten og ned gennem kernen til tilvejebringelse af en større filmoverflade og derved reducerer risikoen for uønsket tilsmudsning. I stridspatentet afsnit [0010] beskrives, at spolen ifølge opfindelsen har en tragtdel 14 med en udad struttende, i det væsentlige koniske del, og i afsnit [0012] beskrives, at filmen 48 fra spolen passerer hen over tragtdelen 14 og ned gennem kernen 12. Det beskrives ikke i de to nævnte afsnit, at formålet med at trække folien hen over tragtdelen eller den herved opnåede effekt er at tilvejebringe en større filmoverflade og derved reducere risikoen for uønsket tilsmudsning.

Spørgsmål SS IAS

Skønsmanden har tidligere i spm. SSII, og spm. SSIJ bekræftet, at Stridsgenstanden:

- ikke benyttes ved, at folien føres uden om produkternes nederste flange og gennem den koniske del, som fører fra produkternes nederste flange og op til produkternes keredel eller cylindriske del, på hvilken den plisserede rørfolie er monteret (svar på spm. SSII), og

- Det er skønsmandens vurdering, at den tiltænkte og anviste anvendelse af sagsøgtes produkter forudsætter, at den rørformede film/folie føres op over den grønne ring, op over den cylindriske dels åbne ende eller spolens kernetel og ned gennem den cylindriske del og ud gennem den trinformede koniske del og dermed modsat den under punkt 4 i skrivelsen af 22. december 2008 fra den europæiske patentmyndighed anviste anvendelse af den omhandlede tragt svar på spm. SSIJ).

Er skønsmanden i forlængelse heraf enig i, Stridsgenstanden ikke har en "tragt" i Stridspatent 2's forstand?

Svar på spørgsmål SS IAS

Skønsmanden bekræfter og fastholder de ovenfor citerede svar på spm SSII og spm SSIJ og dermed også, at stridsgenstanden ikke har en konisk del som folien fra spolen føres hen over og ned gennem kernen, og dermed ikke en tragt i den forstand som beskrevet i stridspatent 2 i afsnit [0010] og [0012].

11. Spørgsmål fra modpart 1 [Sangenic]

...

Spørgsmål SS 30

I tilknytning til spørgsmål SS IAC spørges skønsmanden

- om afsnittene 0015-0017 i Stridspatent 2 må anses som detaljeret beskrivelse, der angiver et eksempel på en konkret udførelse af spoleanordningen i krav 1 og af fremgangsmåden i krav 4?
- om afsnittene 0014 og 0018 i Stridspatent 2 giver grund til at anse krympeemballeringen som væsentlig for opfindelsen i Stridspatent 2?
- om afsnit 0014 i Stridspatent 2 i forbindelse med krympeemballering anfører, at afskærne dele letter brydning af krympeemballeringen?
- om afsnit 0014 angående en yderligere mulighed for at placere rørformet film ved udskæringen 22 anfører to forskellige muligheder, nærmere bestemt at filmen kan være placeret i udskæringen eller at filmen kan være tilgængelig via udskæringen?
- om en bruger vil være nødt til først at bryde krympeemballeringen for at få adgang til film ved udskæringen, når der anvendes den spoleanordning, som er beskrevet i afsnittene 0015-0017 i Stridspatent 2?

Svar på spørgsmål SS 30

- Det forholder sig som anført i spørgsmålet, dvs. afsnit 015-0017 i stridspatentet beskriver eksempler på en udførelse af spoleanordningen ifølge krav 1 og fremgangsmåden ifølge krav 4.

- b) I afsnit 0014, side 3, linje 19-21, er det beskrevet, at krympeemballeringen bibeholder filmen på spolen/fastholder filmen i en høj grad af sammenpresning, hvorved kassetts dimensioner kan reduceres og mere film kan opbevares på en enkelt spole.
I afsnit 0018, side 4, linje 10-13, er det beskrevet, at på grund af den forenkede konfiguration af spolen ifølge den foreliggende opfindelse forenkles påfyldningsprocessen. Især da udeladelsen af kassetts ydre væg muliggør krympeemballage, opnås væsentlig større sammenpresning af den rørformede film med deraf følgende volumenreduktion og forbedrede lageromkostninger.
Som følge af indholdet af ovennævnte afsnit må krympeemballeringen anses for at være et væsentligt træk ved spoleindretningen ifølge stridspatentet.
- c) Idet der henvises til afsnit 0014, side 3, linje 20-23, hvor det beskrives, at tilvejebringelse af tommelfingerafskæringer (cut-outs) 22 på spolens tragtdel 16 muliggør let brydning af krympeemballeringen, bekræftes det, at det forholder sig som angivet i spørgsmålet.
- d) I afsnit 0014, side 3, linje 22-24, er det beskrevet, at den rørformede films endedel kan være placeret i eller være tilgængelig via afskæringen (cut-out) 22. Det forholder sig således som angivet i spørgsmålet
- e) I afsnit 0015-0017 beskrives en fremgangsmåde til at påfylde rørformet folie på spolen, og det beskrives i afsnit 0017, side 4, linje 7-8, at den spole hvorpå, der er påfyldt folie, dernæst automatisk eller manuelt føres til en varmekrympnings-emballeringsstation eller anden emballeringsstation til tilvejebringelse af en påfyldt og emballeret spole af typen, der er vist i Fig.2. For at få adgang til filmen ved afskæringen vil det være nødvendigt for brugeren at bryde krympeemballeringen. Det forholder sig således som beskrevet i spørgsmålet.

Spørgsmål SS 31

... spørges skønsmanden, om rørfolien er så tilpas tynd, at krympeemballeringen vil være placeret nær hjørnerne i udskæringen, således at krympeemballeringen kan brydes på hjørnerne også i de tilfælde, hvor der måtte være et lag af rørfolie enten i udskæringen eller mellem krympeemballeringen og et hjørne i udskæringen?

Svar på spørgsmål SS 31

...

Skønsmandens vurdering er, at muligheden for let at bryde krympefolien på afskæringens hjørner afhænger af en række faktorer, såsom skarpheden af hjørnerne, plasttypen af den benyttede krympefolie, herunder sejheden, elasticiteten og styrken deraf, tykkelsen af krympefolien, og hvor hårdt krympefolien er krympet omkring spolen og den påfyldte rørfolie. Yderligere er det skønsmandens vurdering, at tilstedeværelsen af rørfolie i afskæringen ikke har væsentlig betydning for,

hvor let krympefolien kan brydes ved hjørnerne, men at tilstedeværelsen af lag af rørfolie på hjørnerne kan have betydning. Der var på ingen af de 3 modtagne eksemplarer af stridsgenstanden rørfolie på nogen af afskæringens ydre hjørner. Yderligere kan det oplyses, at det stort set var umuligt uden anvendelse af værktøj at bryde krympefolien på et ydre hjørne af indhakket på den modtagne stridsgenstand, hvor dette blev prøvet.

Spørgsmål SS 32

... spørges skønsmanden, om krav 1 i Stridspatent 2 er begrænset med et træk om, at afskårne dele har en størrelse svarende til en tommelfingernegl?

Svar på spørgsmål SS 32

...

Det er i krav 1 i stridspatent 2 ikke specificeret, at afskårne dele har en størrelse svarende til en tommelfingernegl, hvorfor krav 1 ikke er begrænset til, at afskårne dele har en størrelse svarende til en tommelfingernegl.

Spørgsmål SS 33

I tilknytning til spørgsmål SS IAR spørges skønsmanden, om den på spoleanordningen siddende tragt bidrager til forenklingen omtalt i afsnit 0018 i Stridspatent 2?

Svar på spørgsmål SS 33

Som det fremgår af svaret på spørgsmål SS30 b), beskrives i stridspatentets afsnit 0018 en forenkling af spolen opnået ved, at den ikke har nogen ydre væg og den deraf følgende forenkling af påfyldningen af rørfolie på spolen og muligheden for krympeemballering. Det beskrives ikke, at den på spolen siddende tragt bidrager til de i afsnit 0018 nævnte forenklinger

Spørgsmål SS 34

Kan skønsmanden bekræfte, at skrifterne D1 og D3 og D2 og D4 ..., alle er noteret på forsiden af Stridspatent 2 ved pkt. (56), og at de alle fire har været vurderet af den europæiske patentmyndighed i forbindelse med prøvningen af Stridspatent 2?

Svar på spørgsmål SS 34

...

Ifølge EPO's behandlingsskrivelse dateret 22. december 2008 (Bilag Q) er alle fire skrifter; D1: EP 0 404 484 A, D3: EP 0 699 584 A, D2: WO 99759416 A og D4: GB 1 506 428 A nævnt i nævnte behandlingsskrivelse og har derfor været vurderet i forbindelse med prøvningen af stridspa-

tent 2. Alle fire skrifter er anført under punkt (56) Fremdragne publikationer på patentets forside.”

Vederlag/erstatning

Lamico har yderligere fremlagt ikke-reviderede regnskaber for regnskabsårene 2018/2019 og 2019/2020. Af disse fremgår følgende om bruttofortjeneste, driftsresultat og årets resultat:

Regnskabsår	Bruttofortjeneste	Driftsresultat	Årets resultat
2018/2019	548.427	-47.165	-42.219
2019/2020	381.604	14.834	518

Af note 1 til regnskabet i 2018/2019 fremgår:

”Usikkerhed om fortsat drift

Der er væsentlig usikkerhed om virksomhedens fortsatte drift idet selskabet har et akkumuleret underskud på DKK 690.431. Det bedømmes, at selskabet kan fortsætte driften i det kommende år, da der er lavet betalingsaftaler med alle væsentlige kreditorer, ligesom ledelsen forventer en væsentlig bedre indtjening de kommende år og forventer at kunne reetablere selskabskapitalen herved. Årsregnskabet er derfor udarbejdet under forudsætning om virksomhedens fortsatte drift.”

Af note 1 til regnskabet i 2019/2020 fremgår:

”Usikkerhed om fortsat drift

Der er væsentlig usikkerhed om virksomhedens fortsatte drift, idet selskabet har et akkumuleret underskud på DKK 689.914. Det bedømmes, at selskabet kan fortsætte driften i det kommende år, da der er lavet betalingsaftaler med alle væsentlige kreditorer, ligesom ledelsen forventer en væsentlig bedre indtjening de kommende år og forventer at kunne reetablere selskabskapitalen herved. Årsregnskabet er derfor udarbejdet under forudsætning om virksomhedens fortsatte drift.”

Af de regnskaber Lamico tidligere har fremlagt for regnskabsårene 2012/2013 – 2017/2018 fremgår udover det, som Sø- og Handelsretten har gengivet herfra blandt andet, at Lamico i det pågældende år har haft følgende bruttofortjeneste:

Regnskabsår	Bruttofortjeneste
2012/2013	851.389
2013/2014	815.586
2014/2015	693.700
2015/2016	635.248
2016/2017	816.203
2017/2018	974.458

Af de fremlagte regnskaber fremgår, at Lamicos regnskabsår er fra 1. juli til 30. juni det følgende år.

I den beregning, Sangenic har fremlagt til støtte for sin vederlags- og erstatningspåstand (bilag 23), står der blandt andet:

" På basis af bilag AN ses følgende om salgsmængderne
Stk per faktura siden 2010

...

7329 stk på 24 fakturaer, i snit 305 stk per faktura

Dato	Fakturanr	Ca. antal fakturaer per måned	stk ved 305 per faktura
05-01-2011	9410		
11-01-2012	10893	123	37.515 stk per måned
13-02-2013	12189	100	30.500 stk per måned
02-02-2015	14175	83	25.315 stk per måned

Priser og mulige salgsmængder af INKO BABY refill (All-in-One)

Salgspriser

I april 2019 er på ordrenr 8230 købt refils. Der ses følgende stykpriser inkl. moms:

Weekend 6-pak til 220,00 kr giver en stykpris på 36,67 kr, og uden moms en stykpris på 29,33 kr.

Simpel One 6 stk til 220,00 kr giver en stykpris på 36,67 kr, og uden moms en stykpris på 29,33 kr.

All-in-One 3-pak til 155,00 kr giver en stykpris på 51,67 kr, og uden moms en stykpris på 43,33 kr.

Af bilag AN fremgår en faktura 12189 af 13. februar 2013 for leverance til Sverige med et samlet beløb på 21.434,00 dkr. Hovedindholdet i denne leverance er Weekend 624 stk og All-in-One 216 stk. Det er en rimelig antagelse, at der er samme forhold mellem priserne på All-in-One og Weekend som på forholdet, der fremgår af ordre nr. 8230, hvor All-in-One er 48% dyrere end Weekend. Hvis der ses bort fra de 7 stk. andre varer på faktura 12189, så findes følgende priser på refill: $624 X + 216 \cdot 1,48 X = 21434$ kr, dvs. stykpris $X = 21434/943$ kr = 22,73 kr. Weekend har her stykpris på ca. 22,73 kr og All-in-One har en stykpris på ca. 33,64 kr.

Af bilag AN fremgår endvidere en faktura 12407 af 15. maj 2013 for en leverance til Sverige faktureret med 39.480 dkr. Her er leveret 1080 stk. Weekend og 480 stk. All-in-One. Med samme forholdsregning som ovenfor fås $1080 X + 480 \cdot 1,48 X = 39.480$ kr, dvs. en stykpris $X = 39.480/1790$ kr = 22,06 kr. Weekend har her stykpris på 22,06 kr og All-in-One har en stykpris på 32,64 kr.

Det fremgår således, at ved indkøb i stor mængde er stykprisen for All-in-One omkring 33 kr, mens prisen for salg fra Lamicos hjemmeside er på 43,33 kr per styk.

Det kan med rimelighed antages, at Lamico har en fortjeneste på mindst 5 kr ved salgsprisen på 33 kr og på 15 kr ved salgsprisen på 43,33 kr.

Salgsmængder

Af bilag AN ses følgende om salgsmængder fra 2012 og fremad:

[tabel]

I 2012 er der på de fire fakturaer et samlet styksalg på 1092 stk. Weekend og 1404 stk. All-in-One, svarende til i gennemsnit 624 stk. per faktura.

I 2013 er der på de fire fakturaer et samlet styksalg på 1912 stk. Weekend og 1212 stk. All-in-One, svarende til i gennemsnit 781 stk. per faktura.

Fakturanumrene er fortløbende, og af bilag AN fremgår fakturaer fra januar og februar i årene 2011, 2012, 2013 og 2015. Dette giver grundlag for at bestemme det gennemsnitlige antal af fakturaer per måned, se tabellen nedenfor.

[tabel]

Hvis fakturaerne fremlagt i bilag AN lægges til grund som repræsentative i forhold til styktal per faktura, så fremgår der et samlet salg på $123 \times 624 = 76.752$ stk. per måned i 2012. Heraf kan halvdelen være All-in-One. For 2013 er der tilsvarende $100 \times 781 = 78.100$ stk. per måned. For 2015 er der tilsvarende $100 \times 781 = 66.400$ stk. per måned.

Der kan muligvis være en del fakturaer med lavere styktal end det fremgår af bilag AN, men det bemærkes dog, at fakturanr. 7116 fremlagt i bilag AN viser et stort styktal på 17.856 på en enkelt faktura.

Nogle fakturaer kan angå levering af spande eller Simple One refil, uden at der samtidig er solgt All-in-One.

For at kompensere for dette kan antallet af fakturaer og dermed det gennemsnitlige styksalg reduceres med eksempelvis 20%.

På denne baggrund kan salg af All-in-One ansættes til

År	Styk per måned	Reduceret med 20%	Halvdelen er All-in-One
2012	76752	61401	30700
2013	78100	62480	31240
2015	66400	53120	26560

Siden april 2013 (sagen anlagt i april 2015) kan der således anses at være solgt i størrelsesordenen 28000 stk All-in-One per måned. Dette salg

er fordelt med direkte salg fra InkoBaby.dk websiden og et salg til butikker. Hvis det antages, at 25% af salget er fra websiden med den ovennævnte højere stykpris på 43,33 kr og fortjeneste på 15 kr per styk og de resterende 75% af salget er til butikker med salgspris på 33 kr per styk og fortjeneste på 5 kr per styk, så opnås der en gennemsnitlige fortjeneste på 7,50 kr per styk.

Ved et salg af All-in-One på 28000 stk per måned er fortjenesten dermed 210.000 kr per måned.

Siden april 2013 (sagen er anlagt i april 2015) er i august 2019 forløbet 76 måneder, hvilket ved en fortjeneste på 210.000 kr per måned giver 15.960.000 kr.”

Forklaringer

Karl-Erik Wessmann og skønsmand Peter Kim Jensen har afgivet supplerende forklaring.

Karl-Erik Wessmann har forklaret, at det rettelig var i 2000, at Lamicos patentsøgning blev indleveret. Det hvide refill-produkt som ses til venstre på fotoet side 9 øverst i Sø- og Handelsrettens dom, er produceret og solgt i 2001 – og før Sangenics patent blev udtaget. Produktet er en spole, som maskinelt fik påført folien, hvorefter der blev påsat en ring, som ikke er en kompressionsring. Den gule refill, som ses på fotoet nedenunder, er en videreudvikling af den hvide refill og har en større diameter. Den gule refill blev udviklet, fordi både kunderne og han selv ønskede at begrænse brugen af plastic. Lamicos faktura af 9. september 2001 om ”INKO-BABY refil 24 stk.” angår et andet produkt end både den hvide refill længst til venstre på fotoet øverst i dommen side 9 og den gule refill på fotoet nedenunder, idet den har en ydervæg. Den i Lamicos faktura af 20. november 2002 nævnte ”INKO-BABY gul øko refil” er et produkt uden ydervæg og er det, som vises på det nederste foto side 9 i dommen. Det er nok rigtigt, at der ikke er nogen af de fakturaer, som Lamico har fremlagt, der er dateret tidligere end prioritetsdatoen for Sangenics patent. Han har ikke selv med virksomhedens regnskaber at gøre og kan derfor ikke forklare nærmere herom, men Lamico har haft en mindre omsætning af refill-produkter allerede før prioritetsdatoen. Lamico fremstillede fra omkring 2000-2001 sit øko refill-produkt med krympefolie og både med og uden ydervæg. Målet var at gøre det billigere for forbrugerne. Øko refill-produktet var billigere, da der ikke skulle betales for produktion af en ydervæg. Alle Lamicos refill-produkter er lavet på samme maskine og med samme metode siden 2001. De oprindelige produkter havde ikke håndtag med tilhørende indhak som stridsprodukterne. Den model blev først udviklet senere og var en følge af flere forbrugerønsker, om at undgå at skulle dreje refillen med hænderne, når forbrugeren lukkede af for posen med den brugte ble. Stridsgenstanden kan også anvendes med et håndtag fra Sangenics produkt. Det er teknikeren hos Preiteck Plast ApS, som har fremstillet den tegning, der fulgte med brevet i Preiteck Plast ApS’ telefax af 28. oktober

2004. Han, som ikke selv er tekniker, kan ikke udtale sig om, hvad der fremgår af tegningen, men han er sikker på, at det var på baggrund af den, at indhak og håndtag blev tilføjet produktet. Lamicos refills blev allerede før 2005 solgt landsdækkende, herunder blandt andet i Matas, BabySam, Salling, Ønskebørn, børnehaver og vuggestuer. Oprindeligt videresolgte de også produkter fra andre producenter, og Lamico har også på et tidspunkt produceret og solgt børnebleer. Sangenics refills blev i høj grad solgt samme steder. Han har ikke hørt fra Sangenic før 2005, men de efterfølgende henvendelser har fyldt rigtig meget hos ham og hans kone. Eftersom han ikke hørte yderligere fra Sangenic efter 2005, gik han ud fra, at Sangenic ikke havde indsigelser. De erklæringer, Lamico indleverede i indsigelsessagen, og som, jf. opstillingen heri, indgår i Ankenævnet for Patenter og Varemærkers kendelse, var fra kunder, som bekræftede, at Lamico gennem årene havde solgt refills. De brugsanvisninger og fotos af Lamicos produkter, som er fremlagt af Lamico i denne sag, blev også indleveret under indsigelsessagen. Når det på Lamicos hjemmeside ifølge skærbilledet heraf fra wayback-maskine i 2004 stod, at virksomheden startede sin produktion i 2002, skyldtes det alene, at det først var det år, at virksomheden fik computer. Efter hans opfattelse adskiller Lamicos produkt sig fra det, som Sangenic har patent på, ved at Lamicos folie trækkes op og hen over den grønne ring, mens folien på Sangenics produkt går indenom ringen og ned. Derudover er der et håndtag på Lamicos produkt, og bunden er bredere end på Sangenics produkt. Han kender ikke til, at andre virksomheder end Lamico og Sangenic selv laver refills, som passer til Sangenics bleskraldespande. Lamico hørte, efter at Sangenics advokat i 2005 truede med et fogedforbud, ikke fra Sangenic før i 2015. Det er rigtigt, at Lamico fra august 2005 startede den indsigelsessag mod Sangenics danske patent 175471 B1, som førte til ugyldighed, men det har været virksomhedens rådgivere, der har stået for den proces. Han kan ikke svare på, hvorfor Lamico gjorde indsigelse mod Sangenics nye europæiske patent (stridspatent 1) i 2009. Lamico har kun gjort det, som virksomheden er blevet rådet til af sine rådgivere. Bortset fra håndtag og indhak er Lamicos produkt i hele perioden blevet produceret i overensstemmelse med hans eget patent. Lamico betaler i den forbindelse ikke licens til ham. Lamico lejer sine lokaler hos en gårdmand. Han er enig i, at det fremgår af et foto fra 2004 indhentet via wayback-maskine, at der er en ydervæg på den på Lamicos hjemmeside afbildede gule refill.

Peter Kim Jensen har vedstået sin supplerende skønserklæring af 2. juli 2021 for landsretten og har supplerende forklaret:

Vedrørende stridspatent 1:

Ad svar på spørgsmål 5

Den kompressionsring, der nævnes i det britiske patent, GB 2232951, bliver ikke siddende på produktet efter kompressionen. Den grønne ring på Lamicos pro-

dukt er ikke en komprimeringsring men en låsering, som holder folien på plads.

Vedrørende stridspatent 2:

Ad svar på spørgsmål SS IA

Det, som fremgår af kravene i stridspatent 2, udgør patentet, og heri nævnes spolen og folien. Krav 4 afhænger af krav 1. Det er den specifikke udformning, som Sangenic har patent på, og ikke enhver emballering af spoler med folie.

Ad svar på spørgsmål SS ID

Ifølge sagsbehandlerens forslag i Den Europæiske Patentmyndigheds brev af 22. december 2008, skal indhakkene henholdsvis bidrage til at bryde folien, til at få nemmere fat i folien, samt til at bremse folien, når den trækkes igennem spolen.

Ad svar på spørgsmål SS IE

I patentkravene står der "afskårne dele"; altså i flertal.

Ad svar på spørgsmål SS IK

Det er rigtigt, at det ikke fremgår af produktet eller indlægssedlerne til Lamicos produkt, at indhakked tjener formål som beskrevet i Den Europæiske Patentmyndigheds brev af 22. december 2008.

Ad svar på spørgsmål SS IG

Folien skal i stridspatentet føres over den bredeste del af tragten. På stridsstanden føres folien ifølge de anvisninger, der fremgår af produktet, ikke over den bredeste del – hvor indhakked er – hvilket heller ikke kan lade sig gøre, selvom man forsøger. Man kan dog ikke sige, at folien føres modsat stridspatentet.

Ad svar på spørgsmål SS II

Forevist foto (side 8 i Sø- og Handelsrettens dom) bekræftede skønsmanden, at tegningen på produktet viser, at folien skal føres over den grønne del og ned i midten af kernen mod den brede del af produktet.

Ad svar på spørgsmål SS IØ

Skønsmanden kan fortsat ikke udtale sig om, hvorvidt patenthaver ved udformningen af ansøgningen om stridspatent 2 bevidst har fravalgt at angive et enkelt indhak, men beskyttelsen er ved kravets endelige udformning indskrænket til flere indhak.

Ad svar på spørgsmål SS IÅ

Havde patenthaver tilføjet "et indhak" i det ændrede patentkrav, kunne det måske have givet problemer, fordi kravet er koblet til en bestemt udførelsesform. Det kunne muligt blive betragtet som en utilladelig udvidelse i forhold til det ansøgte.

Ad svar på spørgsmål SS IAC

Det er korrekt, at de i spørgsmålet angivne tre punkter, udgør begrundelsen for stridspatentets indhak. Af beskrivelsen i stridspatent 2, pkt. [0015], linje 34, fremgår, at vakuum trækker folien ud i indhakk.

Ad svar på spørgsmål SS IAE

Stridsgenstandens indhak letter i princippet adgangen til folien, men ved anvendelse af stridsgenstanden føres rørfolien op over den grønne ring og den cylindriske dels åbne ende og ned gennem den cylindriske del, og dermed sådan at indhakk ikke har nogen indflydelse på, hvor let det er at gribe rørfolien, når den skal trækkes ned gennem spolens keredel.

Ad svar på spørgsmål SS IAM

Påfyldningen af folie på stridsgenstanden sker fra en anden side end anført i stridspatentet.

Ad svar på spørgsmål SS IAN

Indhakk i stridsgenstanden er placeret nederst modsat stridspatentet, hvor indhakkene er placeret øverst.

Ad svar på spørgsmål SS IAR

I forhold til tragten udviser stridspatentet de samme træk som fremgår af kendt teknik. Patenthaver har selv beskrevet, at der fra det engelske patent kendes en tragt med en konisk del.

Ad svar på spørgsmål SS IAS

Stridsgenstanden har ikke en konisk del/tragt, som beskrevet i stridspatent 2 i afsnit [0010] og [0012].

Ad svar på spørgsmål SS 31

Det er rigtigt, at det ikke var let at bryde folien ved hjælp af indhakk på de eksemplarer af stridsgenstanden, han fik udleveret.

Forevist fotos af stridsgenstanden fra skønsmændens oprindelige erklæring, bekræftede skønsmændene, at han har taget disse fotos med henblik på at beskrive stridsgenstanden. Han kan ikke huske, om han havde problemer med at åbne folien. I forbindelse med den supplerende skønserklæring for landsretten, fik han tilsendt tre eksemplarer af stridsgenstanden, som var næsten umulige at

åbne ved indhakked uden anvendelse af værktøj. Han husker ikke, hvorledes han fik dem åbnet, men han har nok brugt en kniv.

Forevist at advokat Valentin i retten brød folien på et eksemplar af stridsprodukterne, erklærede han sig enig i, at det er nemmere at bryde folien ved indhakked end der, hvor der ikke er indhak. Skønsmanden brød herefter selv folien på et eksemplar af stridsprodukterne.

Krav 4 i stridspatent 2 er et fremgangsmådekrav. Man kan ikke på den færdige kassette se, hvordan den er fremstillet. Han blev først selv bekendt med fremstillingsprocessen, da han så den hos Lamico.

Ad svar på spørgsmål SS 30 b)

Han kan bekræfte, at krympeemballering er et væsentligt træk ved spoleindretningen i henhold til stridspatentet.

Vedrørende svaret på spørgsmål SS 23 er han enig i, at det væsentlige og centrale i stridspatent 2 er, at der er fravær af en ydervæg. Der kan opnås samme grad af sammenpresning også uden en ydervæg. Ifølge ordlyden af kravene er der ikke mulighed for at nøjes med et enkelt indhak, men det vil være nærliggende for en fagmand ud fra patentets beskrivelse at nøjes med et enkelt indhak i stedet for flere. Et enkelt indhak ville også kunne opfylde alle de tre træk, som fremgår af beskrivelsen (bryde folien, lette adgangen til folien og bremse folien), men det er lettere at finde et indhak, hvis der er flere.

Det fremgår ikke af kravene, hvilken vej spolen skal vende, og der er ikke noget anvendelseskrav i patentet. Det forhold, at man trækker folien af spolen, er ikke omfattet af patentets beskyttelse.

Figur 1, pkt. 6 og 8, i Lamicos patent viser en ydervæg, som er fast forbundet med bunden. Af en forevist tidligere version af Lamicos produkt, fremgår det, at spole og ydervæg er to forskellige elementer. Han har ikke genlæst Lamicos patent, før han kom i retten i dag.

En spole har en cylindrisk central del, hvori der i den ene eller anden ende er en flange. De fleste spoler har to modstående faste vægge. En tragtform en konisk form. Den foreviste spole fra stridsgenstanden har en lille konisk del øverst ved flangen. I stridspatent 2, krav 1 og 4, nævnes en spole. Der er ikke nogen ydervæg på spolen. Uden ydervæg fungerer krympeemballeringen således, at den presses ind mod den centrale del af spolen.

Det er korrekt, at Boards of Appeal – efter at have godkendt kravsættet – hjemviste sagen med henblik på at få beskrivelsen tilpasset. Han har ikke tidligere i sit professionelle liv oplevet, at en tilpasning af beskrivelsen til det endeligt af

Boards of Appeal godkendte kravsæt, som i fortsættelse heraf er foretaget af Opposition Division, på ny er blevet appelleret til Boards of Appeal.

Ad svar på spørgsmål 10

Han fastholder, at stridsgenstanden er fremstillet efter angivelserne i krav 4 i stridspatent 2.

Vedrørende begge stridspatenter

Ad svar på spørgsmål SS 14

Han fastholder, at stridsgenstanden må anses for at være fremstillet efter angivelserne i fremgangsmådekravet i stridspatent 1.

Han er ikke bekendt med teknikken med krympeemballering på en spole. Han kan – forevist side 2 i afgørelsen fra Opposition Division af 22. december 2008 – bekræfte, at det her fremgår, at det er kendt teknik. Han fastholder fortsat sit svar på spørgsmål 10 og spørgsmål SS 14.

Han har ikke set ansøgningen WO99/59416 A, som er nævnt i EPO's "Communication" af 22. december 2008 som D2, og han kan ikke bedømme patentets nyhed uden at kende denne ansøgning.

En komprimeringsring fungerer ved, at man først fylder folien på, hvorefter den presses ned ved brug af ringen. I det foreliggende tilfælde sørger komprimeringsringen ikke for plissering af folien.

Anbringender

Parterne har i det væsentlige gentaget deres anbringender for Sø- og Handelsretten.

Lamico har yderligere anført følgende i sit påstandsdokument af 25. august 2021 (henvisninger til bilag, ekstrakt og materialesamling udeladt) og har procederet i overensstemmelse hermed:

"1. Passivitet

...

Billeder af Lamicos første refillter fra 2000/2001 er fremlagt. Disse blev lavet med nøjagtig samme fremgangsmåde, som Lamico kontinuerligt har anvendt, herunder til stridsproduktet i denne sag. ... er med til at dokumentere, at Lamico helt tilbage fra 2000 fremstillede, solgte og markedsførte sine refill produkter.

Det gøres således gældende, at Lamico har anvendt samme fremgangsmåde siden starten af 2000 og forhandlet en refill som har de

samme kendetegn som stridsproduktet – på nær et indhak. Stridsproduktet blev fremstillet i 2004. Det gøres gældende, at Sangenic har fortabt retten til at kræve forbud, fortabt retten til erstatning/vederlag og fortabt retten til håndhævelse af Stridspatent 1 og 2 overfor Lamico ved passivitet.

Således fremstillede Lamico, allerede inden indlevering af Sangenics europæiske patentansøgninger, sine refiller, hvorfor stridspatenterne også af denne grund er ugyldige. Der henvises endvidere til skærmpoint fra Wayback Machine fra 2004, hvor refills fremgår med en grøn "låsering".

Sagen anlagde denne sag i 2015, men Sangenic var allerede bekendt med Lamico og dennes produkter i 2003, hvilket Lamico vil afgive forklaring om. Sangenic rettede allerede i 2003 henvendelse til Lamico første gang med henblik på at stoppe Lamicos salg af sine refills. Disse produkter havde de samme kendetegn som stridsproduktet – med krympeemballage og folie – på nær at der ikke var noget indhak/afskåren del.

Sagen forfulgte ikke sagen yderligere i 2003.

I 2004 ændrede Lamico sine refills til stridsproduktet – der henvises til ... ang. ændringerne – men det har hele tiden været samme fremgangsmåde, der blev anvendt til fremstillingen siden 2000 – ligesom produktet hele tiden har været en refill med folie og krympefolie. [Der] er desuden fremlagt faktura for køb af den krympefolie (plastikfolien som omkranser refillen), som også har været anvendt hele tiden.

...

2.1 Ugyldighed af Sangenics stridspatenter 1 og 2

...

Sø- og Handelsretten konkluderede:

Retten er enig i, at der er et væsentligt overlap mellem de tekniske træk i Stridspatent 1 og det samlede indhold af kravene 10 og 12 i det ugyldiggjorte patent DK 175 471. Retten er imidlertid ikke enig i, at udslættelsen af DK 175 471 uden videre fører til, at Stridspatent 1 må anses for ugyldigt. Det fremgår af Ankenævnets kendelse af 15. oktober 2009, at spolen ifølge krav 1 i DK 175 471 savnede nyhed, men det kan ikke udledes af kendelsen, at Ankenævnet har taget stilling til fremgangsmåden ifølge patentets krav 10 og 12.

Sø- og Handelsretten bemærkede også, at der ikke var grundlag for at fastslå, at stridspatenterne manglede nyhed og opfindeshøjde. Dette er ikke en korrekt slutning. Der henvises til de fremlagte dokumenter og Ankenævnets kendelse.

....

Der henvises endvidere til listen af bilag fremlagt for Patentankenævnet, hvilket understreger, at Lamico begyndte at markedsføre sine re-fills før prioritetsdagen for Sangenics danske patent. Hvilket har nyhedsskadelig virkning i forhold til Sangenics patenter i denne sag helt overensstemmelse med Patentankenævnets kendelse.

...

4. Stridspatent 2

...

Sø- og Handelsretten når ganske korrekt frem til, at Lamicos produkter falder udenfor ordlyden af krav 1 i stridspatent 2 og således også udenfor beskyttelsesomfanget. Ordlyden af stridspatent 2 er ganske klar og denne krænker Lamico ikke.

Imidlertid når Sø- og Handelsretten frem til, at Lamicos produkter krænker Sangenics stridspatent 2 ud fra den såkaldte ækvivalenslære. Dette er efter Lamicos opfattelse en juridisk forkert konklusion og anvendelse af ækvivalenslæren.

...

Det gøres overordnet gældende, at denne fortolkning er forkert. Sangenic kan ikke påberåbe sig en udvidet beskyttelse ved brug af den såkaldte ækvivalenslære, idet Lamicos produkt ganske enkelt ikke er ækvivalent med stridspatent 2.

Det gøres gældende, at Sø- og Handelsrettens henvisning til syn- og skønsmandens svar på spørgsmål 10 som begrundelse for teknisk ækvivalens er misvisende og forkert:

...

Sø- og Handelsretten har netop selv indledningsvist i dommen bekræftet, at Lamicos produkt ikke har afskårne dele jf. ovenfor og dommens s. 67. Dette bekræftes tillige af syn- og skønsmanden senere i svar på spørgsmål SS IF.

...

Skønsmanden bekræftede desuden under afhjemlingen (dommen s. 46)

...

Det savner derfor mening at henvise til skønsmandens besvarelse af spørgsmål 10 som begrundelse for, at produktet skulle være teknisk ækvivalent med stridspatent 2. Der kan på ingen måde være tale om teknisk ækvivalens.

Note 223 til Patentlovens §39 foreskriver:

...

Ved fastlæggelse af patentbeskyttelsens omfang skal der tages stilling til, hvad der må anses for teknisk ligeartede med de tekniske træk i patentkravene. Patentkravene er klare, og der er ikke noget grundlag for at udstrække beskyttelsen som Sø- og Handelsretten har gjort i denne sag.

For at produktet skal være teknisk ækvivalent med patentet skal det endvidere udgøre samme funktion. Der er i denne sag ikke tale om samme funktion. Det er ikke bevist af Sangenic eller på noget tidspunkt fremført og godtgjort under sagen, at indhakked i Lamicos produkt letter brydningen af krympeemballeringen som anført af Sø- og Handelsretten.

Selv hvis det skulle være tilfældet, er Lamicos produkt ikke ækvivalent, da det ikke har "afskårne dele". Stridspatent 2 er godkendt med dette patentkrav og Sø- og Handelsretten kan ikke efter godkendelsen udvide patentkravene til at dette også omfatter "ét enkelt indhak" – "en enkelt del". Det er ikke en tilladelig udvidelse jf. princippet i Patentlovens § 19 stk. 2.

Sø- og Handelsretten henviser også til syn- og skønsmandens svar på spørgsmål SS 22:

...

Dette skal afvises. For det første er dette ikke teknisk ækvivalent. Sø- og Handelsretten overfortolker begrebet, når retten når frem til at det ene indhak på Lamicos produkt også kan bruges til at lette brydningen af krympeemballeringen. For det andet fremgår dette ikke af patentkravene – tværtimod – og for det tredje kan der være andre måder til at lette brydningen af krympeemballeringen.

Der er intet belæg for at statuere en patentkrænkelse på så løst et grundlag. Desuden gøres gældende, at stridspatent 2 savner såvel nyhed som opfindelseshøjde.

4.2. Folien føres ikke over den bredeste del af tragten som i Sangenics patent

Et andet forhold der bevirker, at Lamicos produkter ikke er teknisk ækvivalente er det faktum, at folien er påført ganske anderledes, hvilket Sø- og Handelsretten ikke berører i sin afgørelse.

Skønsmanden svarer på spørgsmål SS IG

...

Det er det fortolkningsbidrag man må anvende til at afgrænse Sangenics opfindelse.

Der skal tillige henvises til svar på spørgsmål SS IJ

...

Endelig skal henvises til svar på spørgsmål SS II

...

Derfor er konklusionen, at Lamicos produkt aldrig kan udgøre en krænkelse af stridspatent 2 – det udviser ikke de samme kendetegnede træk – ej heller ækvivalent. Skønsmanden nævner ordet "modsat" og "ikke", hvilket er så langt fra begrebet ækvivalens som det nogensinde kommer og derfor foreligger ingen krænkelse og Lamico skal frifindes.

Det skal tillige afvises, at der sker krympeemballering af folien. Krympeemballering kan ikke komprimere/sammenpresse folien på spolen i stridspatentet.

5. Syn og skøn for Østre Landsret

Der er nu blevet foretaget supplerende syn og skøn for Østre Landsret og det gøres med henvisning til skønsmandens svar overordnet gældende, at Lamico ikke krænker stridspatent 2 (DK/EP 2019042).

Sø- og Handelsretten nåede frem til, at Lamicos produkt (Inkobaby refill) var teknisk ækvivalent med Sangenics stridspatent 2 (DK/EP 2019042). Denne opfattelse skal efter skønsmandens seneste svar revideres og er ikke korrekt.

5.1 Afskåren del/dele

Sø- og Handelsretten nåede frem til på dommens s. 68-69 at:

...

Det er korrekt, at patentbeskrivelse nævner muligheden for en enkelt afskåren del, men skønsmanden bekræfter nu, at Sangenics beskyttelse ikke kan udstrækkes hertil.

I Sangenics europæiske patentansøgning 08 018 125.8 publiceret under publikationsnummer EP2019042 A1 er i spalte 2 linie 34-35 angivet:

...

Til trods for at patentbeskrivelsen nævner muligheden for "*One or more thumbnail cut-outs*" – en eller flere afskåren dele – må det nu stå ganske klart med skønsmandens svar, at disse træk ikke genfindes i Sangenics ansøgning og stridspatent 2.

Syn- og skønsmanden bekræfter i svar SS IØ ...

Det gøres hertil gældende, at Sangenic bevidst har fravalgt – eller i hvert fald disclaimet – et enkelt indhak/enkelt afskåren del i Stridspa-

tent 2, eftersom Sangenic netop ikke har valgt at medtage det i patentkravet.

Det fremstår derfor ganske klart, at Sangenic ikke har patent på en enkelt afskåret del/enkelt indsnit (som findes i Lamicos produkt) men derimod afskårne dele i flertal.

Dette er ganske relevant, idet Sangenic ikke kan udstrække beskyttelsen af sit patent til forhold, som ikke er omfattet af patentansøgningen.

Skønsmandens udbyder i sit svar på spørgsmål SS IÅ følgende:

...

Skønsmanden bekræfter i sit svar, at Sangenic ikke har patent på et enkelt indhak (som findes i Lamicos produkt) og tillige at en *"sådan ændring kunne blive anset for at gå ud over indholdet af ansøgningen som indleveret og derved ikke opfylde betingelserne i EPC artikel 123 (2)"*.

Det fremgår klart af EPC artikel 123 (2) ...

Til trods for at patentbeskrivelsen nævner muligheden for *"One or more thumbnail cut-outs"* – en eller flere afskårede dele – må det nu stå ganske klart med skønsmandens svar, at disse træk ikke genfindes i Sangenics stridspatent 2.

Det gøres således gældende, at Sangenic selv har afskåret sig fra at påberåbe sig beskyttelse til et enkelt indhak/afskårede del, da dette netop ville gå ud over indholdet i patentansøgningen (og stridspatent 2), som omfatter flere indhak/-afskårne dele. Allerede af den grund kan der heller ikke været teknisk ækvivalens, da man i så fald ville give Sangenic en beskyttelse, som de ikke har krav på i henhold til EPC artikel 123 (2).

Desuden er der det forhold, som nævnt af skønsmanden, at det kunne have givet problemer at inkludere definitionen *"et enkelt indhak/afskårne del"* i krav 1. Sangenic har heller ikke foretaget nyhedsundersøgelse af *"et enkelt indhak/afskårne del"*. Der er alene foretaget en nyhedsundersøgelse af afskårne dele/flere indhak jf.:

...

hvor det er angivet at den nye tekniske virkning alene er relateret til forekomsten af flere *"cut outs"* (afskårne dele). Det gøres hertil gældende, at et enkelt indhak synes fravalgt, da der ville være tale om kendt teknik.

Sø- og Handelsrettens udgangspunkt er således forkert i forhold til den vægt der blev lagt på, at patentbeskrivelsen nævner muligheden for en enkelt afskårede del, når Sangenic netop har fravalgt dette krav i patentansøgningen og stridspatent 2, hvor skønsmanden bekræfter at en enkelt afskårede del/indhak går ud over indholdet af patentet.

5.2 Virkning af de afskårne dele

Sø- og Handelsretten gik videre og konkluderede

...

Sø- og Handelsretten lægger vægt på at indhaket i Lamicos produkt har to ydre hjørner, som vil lette brydningen af krympeemballeringen jf. skønsmandens svar i spørgsmål SS 22.

Der henvises til billeder af Lamicos produkt. Krympeemballege/krympefolien er den plastik folie, som omkranser Lamicos produkt.

Det er Lamicos opfattelse, at skønsmanden ved sin besvarelse af spørgsmål SS 22 rent faktisk ikke havde prøvet om de to hjørner (afskåreren del/enkelt indhak) på Lamicos produkt ville lette brydningen af krympeemballeringen.

Skønsmanden har nu forsøgt og konkluderer i svar på SS 31 (E1010) – modsat Sø- og Handelsrettens afgørelse – at *”det stort set var umuligt uden anvendelse af værktøj at bryde krympefolien på et ydre hjørne af indhaket på den modtagne stridsgenstand, hvor dette blev prøvet”*.

Det gøres derfor gældende, at Sø- og Handelsrettens konklusion er forkert og Lamico skal frifindes, idet Lamicos enkelte indhak ikke letter brydningen af krympeemballagen.

5.3 Virkning af de afskårne dele fortsat

Skønsmanden bekræfter desuden i svar på SS IAC (E1006), at det tekniske formål med trækket "afskårne dele" i EP 2019042 (herefter Stridspatent 2), krav 1, forstået i lyset af patentbeskrivelsen [0014] og [0015], og angivet i søgningsrapporten af den 22. december 2008 jf. ... i pkt. 4) er:

1. at lette brydningen af krympeemballeringen, der omgiver spolen og rørfolien,
2. at give brugeren lettere adgang til rørfolien
3. at virke som et stop for rørfolien, der passerer over tragten, og derved fjerne behovet for en rundtgående hætte?

i forhold til pkt 1., er det allerede konstateret ovenfor, at Lamicos produkt – stridsgenstanden – ikke letter brydningen af krympeemballagen.

Det kan også konstateres i forhold til pkt. 2, at brugeren ikke får lettere adgang til rørfolien i Lamicos produkt. Der henvises til skønsmandens svar på SS IAM og SS IAN

...

Skønsmanden konkluderer således, at Lamicos produkt er omvendt/modsat stridspatent 2 og op når således ikke det tekniske formål i stridspatent 2.

Tilsvarende svar på spørgsmål SS IAO, idet ...

På Lamicos produkt er netop kun et indhak/afskåren del, hvorfor brugerens adgang til rørfolien ikke lettes som det er beskrevet i Sangenics stridspatent 2, hvilket igen bekræfter, at der ikke er tale om hverken en krænkelse eller teknisk ækvivalens.

Tilsvarende gælder forhold til pkt. 3. Skønsmanden fastslår i svar på SS IAP, at ...

Skønsmanden bekræfter desuden i SS IAS (E1009) at stridsgenstanden ikke har en konisk del som folien fra spolen føres hen over og ned gennem kernen, og dermed ikke en tragt i den forstand som beskrevet i stridspatent 2 i afsnit [0010] og [0012].

Lamicos afskåren del/indhak kan derfor ikke virke som stop for rørfolien, der passerer over tragten, og derved fjerner behovet for en rundtgående hætte som beskrevet i det tekniske formål i stridspatent 2, da Lamicos produkt/strids-genstanden fungerer omvendt, hvor folien føres op over den grønne ring og ned gennem kernedelen. Rørfolien føres ikke hen over stridsgenstandens flange med indhakked modsat Stridspatent 2 hvor rørfolien netop føres ned over indhakkene/af skårne dele.

Det gøres desuden gældende, at skønsmandens svar på spørgsmål 10 tilsidesættes af svaret på spørgsmål SS IAS, som blev stillet supplerende og efter svaret på spørgsmål 10. ...

Der henvises tillige til U.2007.2199H, U.2014.488H, BS-1446-2016-SHR, SH2014.T-0013-09 og U.2011.2974S, hvor der ikke blev statueret krænkelse/teknisk ækvivalens – tilsvarende i nærværende sag.

På baggrund af det supplerende syn og skøn for Østre Landsret gøres gældende, at stridsgenstanden ikke er teknisk ækvivalent og ej heller udgør en krænkelse af Sangenics stridspatent 2.

Det bemærkes i øvrigt for god ordens skyld, at Sangenic slet ikke anvender stridspatent 2 for sine egne produkter jf. billeder af Sangenics refills.

6. Omkostninger og erstatning

...

Det fremgår ..., at Lamicos fortjeneste og omsætning har været ganske beskeden de sidste mange år og Lamico har ikke kun solgt stridsproduktet, men tillige en lang række andre produkter, hvorfor Lamicos fortjeneste og omsætning ikke alene kan tilskrives stridsproduktet."

Under hovedforhandlingen har Lamico vedrørende påstandene om destruktion og tilbagekaldelse yderligere anført, at pålæg herom vil være uproportionalt, da Sangenics patentbeskyttelse udløber om 9 måneder, hvorefter Lamico frit vil

kunne sælge stridsprodukterne. Vedrørende sagsomkostninger har Lamico henvist til den af selskabet indleverede omkostningsopgørelse, hvoraf blandt andet fremgår, at der for landsretten er afholdt/forventes afholdt udgifter inkl. moms til advokat på 255.000 kr., og for Sø- og Handelsretten er afholdt udgifter inkl. moms til patentagent på 209.247,80 kr. og til advokat på 203.700 kr.

Sangenic har yderligere anført følgende i sit påstandsdokument af 25. august 2021 (henvisninger til bilag, ekstrakt og materialesamling udeladt) og har procederet i overensstemmelse hermed:

”Bevisbyrden for ugyldighed i forhold til '344-patentet påhviler selvsagt Lamico, og det er en særdeles tung bevisbyrde at løfte - navnlig henset til, at

...

- Sø- og Handelsretten har bekræftet '344-patentets gyldighed.

På baggrund af sagens beviser kan Lamico derfor ikke løfte sin bevisbyrde for påstået ugyldighed, og der gælder en stærk gyldighedsformodning i forhold til '344-patentet. Denne gyldighedsformodning er på ingen måde blevet svækket eller mindsket i kraft af syns- og skønsforretningen – tværtimod.

...

2.1.2 Særligt om '042-patentet

...

Denne gyldighedsformodning er bestyrket skønsmanden ... og udtrykkeligt bekræftet af Sø- og Handelsretten, som afviste samtlige Lamicos ugyldighedsindsigelser - også i forhold til '042-patentet.

...

3.3 Ad Lamicos anbringender fremsat på baggrund af den supplerende skønserklæring (ankereplikken)

Ad krænkelse af krav 1 i Stridspatent 2

Det bestrides overordnet, at begrebet ”afskårne dele” i '042-patentets krav 1 skal læses således, at der skal findes mindst to ”indhak” i den yderste periferi af tragten, ligesom det overordnet gøres gældende, at Sø- og Handelsrettens retsanvendelse ikke afspejler Højesterets praksis i bl.a. Guldager-dommen.

Det er Sangenic's standpunkt, at samtlige træk i krav 1 i '042-patentet genfindes i Stridsprodukterne.

Ad krænkelser af krav 4 i '042-patentet

Det er Sangenics opfattelse, at skønsmandens svar bekræfter, at der foreligger ordret patent-krænkelser (subsidiært krænkelser per ækvivalens), idet samtlige træk i krav 4 i '042-patentet genfindes i Stridsprodukterne.

Jeg bemærker i den forbindelse, ex tunc, at krav 4 er et selvstændigt fremgangsmådekrav, hvorimod krav 1 er et apparatkrav, og derfor kan krav 4 håndhæves uafhængigt af det selvstændige krav 1.

Ad det centrale og væsentlige ved opfindelsen ifølge '042-patentet

Det gøres overordnet gældende, at skønsmanden - med svaret på bl.a. spørgsmål SS 30 - nu har (gen)bekræftet, at '042-patentet i sin beskrivelse angiver, hvad der er det centrale og væsentlige ved opfindelsen ifølge i '042-patentet.

Ad '042-patentet angår spolens udformning og påføring af folie på spolen

Krav 1 og krav 4 i '042-patentet vedrører udformningen af spolen og påføring af folie på spolen samt krympeemballeringen. '042-patentet angår således udformning og fremstilling af spolen.

Det er for '042-patentet centralt, at spolen ikke har nogen ydervæg, og at der anvendes krympeemballering til komprimering af folien.

Lamicos argumentation angår aftagning af folien fra spolen, og overordnet set tager Lamico i ankereplikken ikke stilling til påføringen af folie og krympeemballering og heller ikke til udformningen af spolen, bortset fra om der er ét eller flere indhak i den yderste periferi af tagten.

Lamico fokuserer på uddrag fra eksemplerne i den specielle del af beskrivelsen i '042-patentet, og på den europæiske prøvers kommentar i den europæiske nyhedsundersøgelse dateret den 22. december 2008. Nyhedsundersøgelsen er myndighedens første skridt i prøvningen af en europæisk patentansøgning. Denne kommentar er et forslag fra myndigheden, og har derfor ikke karakter af et påkrav fra myndighedens side. Skønsmanden har om dette i svar SS 6, litra a) anført:

...

Der er ikke juridisk grundlag for at tillægge EPOs sagsbehandlers kommentar i den europæiske nyhedsundersøgelse særlig vægt ved udmålingen af et udstedt patents beskyttelsesomfang.

Ad Stridsprodukterne realiserer det centrale og væsentlige ved opfindelsen ifølge krav 1 i '042-patentet

Selv hvis Landsretten måtte nå frem til, at Lamicos produkter kun har én enkelt udskæring – hvad der bestrides – er det Sangenics stand-

punkt, at stridsprodukterne alligevel udnytter det centrale og væsentlige ved opfindelsen ifølge '042-patentet.

Skønsmanden har i svar SS 18 vurderet følgende:

...

Skønsmanden har i svar SS 24 vurderet følgende:

...

Skønsmanden bekræfter således, at stridsprodukterne ikke har nogen ydervæg, og at krympeemballeringen er påført spolen og komprimerer folien (filmen) på spolen. Stridsprodukterne udnytter således det centrale og væsentlige ved opfindelsen ifølge '042-patentet.

Navnlig med hensyn til krav 1 i '042-patentet bemærker jeg, at hvis "afskårne dele" i krav 1 læses som en angivelse af, at der er mindst to indhak i den yderste periferi af tragten, så har dette ingen indflydelse på, om Lamicos produkter udnytter det centrale og væsentlige ved opfindelsen ifølge '042-patentet.

Uanset antallet af indhak i den yderste periferi af tragten, så har stridsprodukterne ikke nogen ydervæg, og krympeemballeringen er påført spolen og komprimerer folien (filmen) på spolen. Det centrale og væsentlige ved opfindelsen ifølge '042-patentet udnyttes derfor i produkterne.

Hvorvidt der er et eller flere indhak i den yderste periferi af tragten har ingen indflydelse på, hvor stor en mængde folie, der kan påfyldes spolen, og heller ingen indflydelse på, hvor kraftigt folien kan komprimeres på spolen af krympeemballeringen. Indhak i den yderste periferi af tragten har alene en mulig betydning ved brydning af folien, og her er et enkelt indhak tilstrækkeligt.

I '042-patentet nævnes i beskrivelsens specielle del under omtalen af eksempler på udførelsesformer, at indhak (22) tillader let brydning af krympeemballeringen, jf. side 3 i linje 20-22. Sø- og Handelsretten har i sin begrundelse noteret sig, at den angivne tekniske virkning af de afskårne dele, nemlig at lette brydningen af krympeemballeringen, ikke afhænger af, om der er mindst to afskårne dele – den tekniske virkning kan på samme vis opnås med én enkelt afskåret del.

Det centrale og væsentlige ved spoleanordningen i krav 1 i '042-patentet genfindes i Lamicos produkter, og en mulig afvigelse mellem ordlyden af krav 1 i '042-patentet og Stridsprodukterne angår under alle omstændigheder et mindre væsentligt træk og ændrer ikke på det forhold, at det centrale og væsentlige ved opfindelsen ifølge '042-patentet realiseres i Stridsprodukterne.

Ad Lamicos ankereplik

I ankereplikken gør Lamico gældende, at Sangenic bevidst skulle have fravalgt – eller i hvert fald disclaimet – en enkelt afskåren del i '042-patentet. Lamico har imidlertid ikke løftet sin bevisbyrde for dette.

Sagenic valgte at opretholde den oprindelige beskrivelse af udførelsesformen, hvilket også blev accepteret af den europæiske prøver, således at denne oprindelige beskrivelse genfindes i det meddelte '042-patentet. Dette er bekræftet af skønsmanden i svar SS 20, litra a):

...

Når skønsmanden i svar SS IØ anfører, at han på det foreliggende grundlag ikke kan afgøre om ansøger bevidst har fravalgt at inkludere en enkelt afskåren del i ansøgningens krav 3 og i det meddelte patents krav 1, så er der tale om formuleringen af kravene - ikke om angivelsen af opfindelsen ifølge '042-patentet i sin helhed.

For så vidt angår EPK artikel 123(2) minder jeg om, at den - meget formelle - EPO praksis for ændring af patentkrav i almindelighed ikke tillader, at en detalje blot plukkes ud af en udførelsesform i den detaljerede beskrivelse og forvandles til træk i et patentkrav.

Hvis ansøger ønsker at begrænse et patentkrav til en bestemt udførelsesform, så skal der i patentkravet medtages tilstrækkeligt mange detaljer til, at kravets ordlyd kun angår den pågældende udførelsesform. For at et enkelt isoleret træk fra en udførelsesform kan indføres i et patentkrav, så må beskrivelsen indeholde en angivelse som bringer en fagmand til at forstå, at dette træk kan gælde for flere udførelsesformer end den beskrevne.

Skønsmanden anfører om dette i svar SS IÅ i sidste afsnit:

...

Skønsmanden vurderer blot, at det kunne have givet problemer at inkludere definitionen "et enkelt indhak" i krav 1, da en sådan ændring kunne være blevet anset for at gå ud over indholdet af ansøgningen som indleveret. Han udtaler sig ikke om beskyttelsesomfanget af '042-patentet som udstedt.

Det forhold, at Sangenic har opretholdt beskrivelsen af udførelsesformen med kun én udskæring i den ringformede flanges ydre periferi ("én eller flere") medfører, at denne angivelse i Stridspatent 2 er en relevant faktor ved udmålingen af beskyttelsesomfanget af Stridspatent 2. EPK artikel 123(2) angår ikke udmålingen af beskyttelsesomfang, det gør EPK artikel 69 med tilhørende protokol.

Lamico hævder (ankereplikken), at skønsmanden ved besvarelse af spørgsmål SS 22 rent faktisk ikke havde prøvet om de to hjørner på Lamicos produkt ville lette brydningen af krympeemballeringen. Dette forekommer usandsynligt.

Den oprindelige skønserklæring er vedlagt et appendiks 2 med skønsmandens beskrivelse af produkterne og et appendiks 2a med skønsmandens fotos af produkterne. I appendiks 2a viser fotos benævnt fig. 4 og fig. 4', at krympeemballeringen er brudt og aftaget fra spolen. Når skønsmanden i sin efterfølgende erklæring afgiver svar SS 22 har det derfor formodningen for sig, at skønsmanden faktisk har undersøgt, om de ydre hjørner vil lette brydningen af krympeemballeringen.

Det synes at være skønsmandens opfattelse i svar SS 22:

...

Der er her ingen forbehold i skønsmandens svar. I svar SS 31 i sidste led har skønsmanden suppleret:

...

Skønsmanden har således prøvet at bryde krympeemballagen på et ydre hjørne af indhakkets, og har anvendt værktøj til brydningen. Dette ændrer ikke på, at de ydre hjørner letter brydningen af krympefolien. Det er med andre ord lettere at bryde krympefolien ved et hjørne end ved periferien i afstand fra indhakkets med hjørnerne. Der stilles ikke krav om, at det skal kunne ske uden værktøj.

Lamico anfører (ankereplikkens) om virkningen af de afskårne dele tre forskellige forhold (se punkterne 1, 2 og 3).

For så vidt angår punkt 1, henviser jeg til det ovenfor anførte om, at hjørnet letter brydningen.

Med hensyn til punkt 2 (om at give brugeren lettere adgang til rørfolien) har skønsmanden i svar IAE svaret:

...

Endvidere har skønsmanden i indledningen af svar SS IAP anført:

...

Hvad angår Lamicos betragtninger om afgangningen af folien fra spolen, og hvordan brugeren kan føre folien gennem spolen, gør jeg opmærksom på, at det relevante for opfindelsen i '042-patentet er spolens udformning og påfyldningen af folie på spolen og komprimering af folien ved hjælp af krympeemballeringen, hvorimod det er irrelevant for opfindelsen ifølge '042-patentet, hvordan folien fjernes fra spolen i brugssituationen.

Skønsmanden svar SS IAS er møntet på brugssituationen. I den detaljerede del af beskrivelsen i '042-patentet, redegøres for (afsnit 0012) at folien af brugeren føres op over toppen af spolen og ned gennem midten, hvorved folien føres hen over spolens koniske del.

I brugssituationen anviser Lamico at spolen vender "omvendt" med den koniske del nedad. Det er baggrunden for skønsmandens svar SS IAS, hvor han udtrykkeligt anfører, at det ikke er en tragt som beskrevet i den detaljerede beskrivelse i '042-patentet i afsnit 0010 og 0012.

Skønsmanden har i svar 10 anført, at de to produkter således udviser trækkene i krav 1 i '042-patentet og dermed, at de også har en spole med en tragt som anført i krav 1.

3.3 Konklusion vedrørende krænkelse af '344-patentet og '042-patentet

Samlet set gør jeg gældende, at såvel '344-patentet som '042-patentet er krænkede, og jeg bemærker for god ordens skyld, at skønsmandens konklusioner i forhold til begge Stridspatenter underbygges og støttes af Peter Indahl Jensens oprindelige krænkelsesvurdering samt for så vidt angår '042-patentet af Sø- og Handelsrettens dom.

...

7. Påstået passivitet

...

7.1 Det retlige grundlag

Grundsætningen om passivitet er udviklet i retspraksis, og passivitet forudsætter grundlæggende, at rettighedshaver har udvist en adfærd, som har givet krænkeren den opfattelse, at rettighedshaver har opgivet at håndhæve rettigheden. Vurderingen af, om der er indtrådt passivitet, bygger på flere forhold, eksempelvis den tid, som er forløbet, krænkerens gode/onde tro, samt rettighedshavers mulighed for og anledning til at håndhæve rettigheden.

De generelle forhold, der indgår i passivitetsvurderingen, er generelt beskrevet af Bo von Eyben m.fl., i Lærebog i Obligationsret II, 4. udgave, 2014, s. 186:

...

Selvom tidsfaktoren således er ét relevant moment i passivitetsvurderingen, så beror passivitet på andet og mere end det isolerede forhold, at kravet ikke er blevet gjort gældende i en vis periode. Østre Landsret bør endvidere være opmærksom på, at passivitet ikke beregnes fra det tidspunkt, hvor rettighedshaver tidligst kunne have gjort kravet men gældende, men – som anført af von Eyben – fra det tidspunkt, hvor samtlige omstændigheder forelå, og som i særlig grad kunne og burde have givet anledning til at gøre kravet gældende.

Særligt for så vidt angår immaterialrettigheder har lovgiver anerkendt en selvstændig beskyttelsesværdig interesse, som i høj grad taler for, at der skal foreligge helt særlige omstændigheder for, at der kan statuere passivitet på dette område. Dette gælder navnlig i forhold til forbudsretten, som er af ideel karakter og beror på, at indehaveren af en imma-

terialrettighed har fået tildelt en (tidsbegrænset) konkurrencefri position. Denne retsorden begrundes traditionelt med en overordnet samfundsinteresse i øget innovation.

Fortabelse af forbudsretten, dvs. retten til at forbyde andre at anvende en immaterialret, indebærer reelt, at indehaverens – typisk meget væsentlige - investeringer i udviklingen af immaterialretten fortabes. Dette indebærer, at der skal mere til at fortabe en immaterialrettighed pga. passivitet, end der skal til eksempelvis at fortabe et økonomisk krav (fakturakrav). Dette er gentagne gange bekræftet i retspraksis.

...

Retspraksis tegner således et tydeligt billede af, at der skal foreligge væsentlige selvstændige forhold, der taler for passivitet, og at krænkerens gode/onde tro i den forbindelse tillægges høj vægt som selvstændigt forhold i passivitetsvurderingen.

7.2 Forløbet mellem parterne

Som det fremgår af den indankede dom påtalte Sangenic overfor Lamico krænkelserne af dansk patent nr. 175471 B1. Dette patent blev senere kendt ugyldigt.

Stridspatenterne er en del af samme familie som dansk patent nr. 175471 B1, og i skemaet nedenfor gengives tidslinjen for så vidt angår Stridspatenterne og dansk patent nr. 175471 B1:

...

Denne sag blev anlagt ved stævning af 24. april 2015, dvs. 6 år og 3 måneder efter '344-patentet blev valideret i Danmark i sin oprindelige form, og ca. 3 år 9 måneder før henholdsvis afslutningen af indsigelses-sagen og meddelelsen af '344-patentet i ændret (nuværende) form.

For så vidt angår '042-patentet er denne sag anlagt ca. 2 år og 10 måneder fra valideringen i Danmark.

7.3 '344-patentet

...

Sangenics gør overordnet gældende, at Sø- og Handelsretten i den indankede dom har inddraget – og vægtet – hensyn i vurderingen af passivitet på en måde, som ikke er i overensstemmelse med retspraksis eller de hensyn, der begrundet passivitet, herunder bl.a. ved

- (i) at inddrage håndhævelsen af det (ophævede) danske patent nr. 175471 B1,
- (ii) at lægge vægt på det tidligste tidspunkt, Sangenic kunne have rejst sagen, men ikke det tidspunkt Sangenic kunne og burde have anlagt sagen, og

- (iii) ved ikke at inddrage spørgsmålet om Lamicos gode/onde tro.

Ad i) Dansk patent nr. 175471 B1

Særligt for så vidt angår håndhævelsen af dansk patent nr. 175471 B1 bemærkes, at der ikke er grundlag for at konkludere, som Sø- og Handelsretten i den indankede dom, at (påstået) viden om krænkelse af et patent, har betydning for passivitetsvurderingen i relation til et andet patent i samme familie. Hvis håndhævelsen af dansk patent nr. 175471 B1 skal inddrages i passivitetsvurderingen i forhold til '344-patentet, betyder dette principielt, at et senere registreret patent i samme familie kan fortabes allerede på registreringstidspunktet på grund af passivitet.

Hertil kommer at dansk patent nr. 175471 B1 ubestrideligt beskytter en anden opfindelse end Stridspatenterne, som igen - hver især - beskytter andre og selvstændige opfindelser.

Selvom flere patenter tilhører samme familie, så er dette ikke ensbetydende med, at patenterne dækker over den samme teknologi. Det er ikke muligt, idet et tidligere eget patent i så fald vil være nyhedsskadeligt for det andet patent i patentfamilien. Dette er bekræftet af den europæiske patentmyndighed, som netop - til trods for dansk patent nr. 175471 B1 - opretholdt '344-patentet som gyldigt.

Sangenic henviser også til skønsmand Peter Kim Jensens forklaring for Sø- og Handelsretten:

...

Og selv hvis Østre Landsret måtte nå frem til, at Sangenic i 2005 kunne og burde have anlagt sag mod Lamico om krænkelse af dansk patent nr. 175471 B1, så medfører det ikke, at Sangenic allerede den 19. januar 2009 kunne og burde have anlagt sag mod Lamico om '344-patentet, som jo i sagens natur må nødvendigvis må beskytte en anden opfindelse.

Herudover bemærkes, at Lamico ikke har dokumenteret, at Sangenic i 2009 havde kendskab til om den - og i bekræftende fald hvilken - teknologi Lamico benyttede.

Ad ii) Hvornår kunne/burde Sangenic have anlagt sag(er)

Det er ikke i overensstemmelse med retspraksis, at Sø- og Handelsretten har lagt vægt på hvornår Sangenic "kunne have rejst sagen". Det afgørende er derimod det tidspunkt, hvor de omstændigheder forelå, som i særlig grad kunne og burde have givet anledning til at rejse sagen.

Dette understøttes af bl.a. af Højesterets afgørelse i U 2000.2469H (Dansk Grammy).

Sangenic kunne og burde først have anlagt sag om '344-patentet, når det var godtgjort, at det ville blive opretholdt (i endelig form), også fordi en eventuel retssag, mens en ugyldighedsindsigelse verserede, kunne medføre en udsættelse af retssagen. Jeg bemærker i den forbindelse, at Lamico i 2017 faktisk forsøgte at få sagen for Sø- og Handelsretten udsat med henvisning til, at indsigelsessagen for EPO fortsat verserede. Lamico fik ikke medhold, men kærede kendelsen til Østre Landsret for så at trække kæremålet, da EPO afsluttede sin sagsbehandling.

Hvis Sangenic havde forsøgt at håndhæve '344-patentet i 2009, ville det således have indebåret en væsentlig risiko for processpild og være forbundet med betydelig usikkerhed.

Samlet set har Sangenic ikke haft særligt grundlag for at anlægge retssag om '344-patentet på et tidligere tidspunkt.

Ad iii) Spørgsmålet om Lamicos gode/onde tro

Lamico har været i ond tro om Sangenics patentrettigheder, og dette skal indgå i passivitetsvurderingen med betydelig vægt. Jeg henviser til U.2000.2469H (Dansk Grammy)

Tilsvarende i U.2014.3658H (Jensens Fiskerestaurant) ...

Lamico har efter eget udsagt allerede siden starten af 2000 haft kendskab til Sangenic, Sangenics produkter og patentrettigheder, og ligeledes af denne årsag kan Lamico ikke støtte ret på påstået passivitet.

7.4 '042-patentet

For så vidt angår '042-patentet vurderede Sø- og Handelsretten, at det forhold, at Sangenic ventede 2 år og 10 måneder med at rejse sag mod Lamico ikke indebar, at der var indtrådt passivitet.

Sangenic er enig med Sø- og Handelsretten i denne vurdering, og der er i øvrigt slet ikke støtte i retspraksis for, at en passivitetsperiode på under 3 år (svarende til forældelse af økonomiske krav efter forældelsesloven), skulle kunne begrunde, at der indtræder passivitet."

Under hovedforhandlingen har Sangenic vedrørende krænkelse af stridspatent 2 yderligere henvist til skønsmandens supplerende forklaring for landsretten, og særligt til, at skønsmanden under besvarelse af spørgsmål om indhak uden besvær med en finger og uden brug af værktøj brød folien ved indhakket på et forevist eksemplar af stridsproduktet.

Vedrørende sagsomkostninger har Sangenic gjort opmærksom på, at Lamicos advokattimeforbrug ifølge den omkostningsopgørelse, som Lamico indleverede i Sø- og Handelsretten, var på samme niveau som Sangenics for Sø- og Handelsretten (200 timer). De efter sagens karakter meget lave advokatomkostninger, Lamico har oplyst at have, må følgelig være udtryk for, at advokaten har

givet meget betydelig rabat. Sangenic har i øvrigt henvist til den af selskabet indgivne omkostningsomgørelse, hvoraf blandt andet fremgår, at der for landsretten er afholdt/forventes afholdt udgifter inkl. moms til patentagent på 128.421,25 kr. og til advokat på 556.287,50 kr. og for Sø- og Handelsretten er afholdt udgifter inkl. moms til patentagent på 664.832,50 kr., til advokat på 1.067.418,25 kr. og til translør på 21.000 kr.

Retsgrundlaget

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder (retshåndhævelsesdirektivet) indeholder blandt andet følgende betragtning og bestemmelse:

“(24) Afhængigt af den enkelte sag, og hvis omstændighederne tilsiger det, bør de foranstaltninger, procedurer og retsmidler, der skal indføres, omfatte prohibitive foranstaltninger med henblik på at forebygge yderligere krænkelse af de intellektuelle ejendomsrettigheder. Der bør desuden, i givet fald for den krænkes parts regning, kunne iværksættes korrigerende foranstaltninger, som f.eks. tilbagekaldelse, endelig fjernelse fra handelen eller tilintetgørelse af de rettighedskrænkende varer, og hvis det er relevant, af de materialer og redskaber, der primært har været anvendt til at skabe eller fremstille varerne. Disse korrigerende foranstaltninger bør tage hensyn til tredjemands interesser, herunder navnlig forbrugere og privatpersoner, der har handlet i god tro.”

...

Artikel 10 *Korrigerende foranstaltninger*

1. Uden at det berører den erstatning, der skal udredes til rettighedshaveren som følge af krænkelsen, og uden nogen form for godtgørelse sikrer medlemsstaterne, at de kompetente retslige myndigheder på begæring af rekvirenten kan kræve, at der træffes passende foranstaltninger over for varer, som de har fastslået krænker en intellektuel ejendomsrettighed, og i påkommende tilfælde over for de materialer og redskaber, der primært har været anvendt til at skabe eller fremstille de pågældende varer. Disse foranstaltninger omfatter:

- a) tilbagekaldelse fra handelen
- b) endelig fjernelse fra handelen
- c) tilintetgørelse.

2. De retslige myndigheder beordrer disse foranstaltninger gennemført for rettighedskrænkerens regning, medmindre særlige grunde taler herimod.

3. Når en begæring om korrigerende foranstaltninger behandles, tages

der hensyn til, at der skal være et forholdsmæssigt forhold mellem krænkelens omfang og de beordrede retsmidler samt tredjemands interesser.”

De nævnte dele af direktivet er for så vidt angår patentretten gennemført ved patentlovens § 59, som udformet ved lov nr. 1430 af 21. december 2005 om ændring af patentloven, ophavsretsloven med flere love (Implementering af EF-direktiv 2004/48/EF om håndhævelsen af intellektuelle rettigheder), jf. herved de specielle bemærkninger til den foreslåede bestemmelse i patentlovens § 59 i lovforslaget hertil (lovforslag nr. 48 af 9. november 2005, bemærkninger til § 1, nr. 2). Patentlovens § 59 lyder herefter:

”§ 59 Med henblik på at forebygge yderligere patentindgreb kan retten efter påstand ved dom bl.a. bestemme, at et produkt, der udgør et patentindgreb, skal tilbagekaldes fra handelen, endeligt fjernes fra handelen, tilintetgøres, udleveres til den forurettede eller ændres på en nærmere angiven måde.

Stk. 2. Stk. 1 finder tilsvarende anvendelse på apparater, materialer, redskaber el.lign., der primært har været anvendt til ulovlig fremstilling af en patenteret opfindelse .

Stk. 3. Foranstaltningerne efter stk. 1 skal gennemføres uden godtgørelse til krænkeren og berører ikke en mulig erstatning til den forurettede. Foranstaltningerne skal gennemføres for krænkerens regning, medmindre særlige grunde taler herimod.

Stk. 4. Ved en dom om foranstaltninger efter stk. 1 skal retten tage hensyn til forholdet mellem krænkelens omfang, de beordrede foranstaltninger og tredjemands interesser.”

Landsrettens begrundelse og resultat

Gyldighed

Stridspatent 1 er udstedt af Den Europæiske Patentmyndighed den 26. november 2008 og er efter validering bekendtgjort i Danmark den 19. januar 2009. Under den efterfølgende indsigelsesprocedure er patentet opretholdt i ændret form. Stridspatent 2 er udstedt af Den Europæiske Patentmyndighed den 14. marts 2012 med en formulering af kravene, der tager højde for patentmyndighedens indsigelse under prøvningen om manglende nyhed, og er efter validering herefter bekendtgjort i Danmark den 18. juni 2012.

Der består som udgangspunkt en stærk formodning for, at stridspatenterne, som er udstedt af Den Europæiske Patentmyndighed og valideret her i landet af Patent- og Varemærkestyrelsen, er gyldige. Denne formodning er for stridspatent 1's vedkommende yderligere bestyrket ved opretholdelsen af patentet – i ændret form – under den efterfølgende indsigelsesprocedure.

At Sangenics danske patent DK 175471 B1, der ligesom stridspatenterne er baseret på PCT-ansøgningen, GB 2232951A, indleveret den 12. juni 2002 med prio-

ritetsdato den 12. juni 2001, er kendt ugyldigt ved Ankenævnet for Patenter og Varemærkers kendelse af 15. oktober 2009, ændrer ikke i selv på den nævnte formodning.

Som anført af Sø- og Handelsretten angik ankenævnets begrundelse for at erklære DK 175471 B1-patentet ugyldigt endvidere alene krav 1, men ikke de efterfølgende afledte krav, herunder fremgangsmåden i krav 10 og 12, der som anført af Sø- og Handelsretten væsentligt overlapper med krav 1 i stridspatent 1. Ankenævnets begrundelse angik heller ikke krav 4 i det ugyldiggjorte patent, der sammen med træk fra krav 1 i samme patent genfindes i krav 1 i stridspatent 2.

Det, som Lamico har anført om ugyldiggørelsen af DK 175471 B1-patentet, kan herefter ikke føre til, at stridspatenterne skal erklæres ugyldige.

Lamico har tillige gjort gældende, at Lamico selv har anvendt og offentliggjort den teknik, hvorpå stridspatenterne er baseret, forud for prioritetsdagen.

Lamicos patent, som har prioritetsdag den 7. september 2000, dvs. før stridspatenterne, angår efter sit indhold, herunder den i patentet viste figur 1 en refilludformning med en fast ydervæg/skål, som er forbundet med bunden, jf. også det af skønsmanden for landsretten forklarede. På nogle af de udaterede fotos, som Lamico har fremlagt, ses refills som er udformet med fast ydervæg. Karl-Erik Wessmann har forklaret, at Lamicos refill-produkter oprindeligt var udformet som vist på disse fotos. Andre udaterede fotos fremlagt af Lamico viser produkter, der synes at være udformet som stridsprodukterne, "InkoBaby All-in-One refill", "Vores refill pose til blespand" og "Tibelly refill pose til blespand", uden at dette dog med sikkerhed kan fastslås. Landsretten finder, at det ikke ved patentet, de pågældende fotos, Karl-Erik Wessmanns forklaring, de af Lamico fremlagte fakturaer og Lamicos henvisning til oplistningen i Ankenævnet for Patenter og Varemærkers kendelse af 15. oktober 2009 af erklæringer, brugsanvisninger mv., er godtgjort, at Lamico før prioritetsdagen for stridspatenterne den 12. juni 2001 har anvendt og offentliggjort den teknik, hvorpå stridspatenterne er baseret.

Herefter, og da det i øvrigt ikke af Lamico er godtgjort, at stridspatenterne er baseret på kendt teknik, eller at der er andre grunde til at anse stridspatenterne for ugyldige, stadfæster landsretten det ved den indankede dom bestemte om, at Sangenic frifindes for Lamicos påstande om ugyldighed af stridspatenterne (nu påstand 3 og 4).

Passivitet

Sangenic advokat meddelte ved telefax af 10. juni 2005 til Lamicos patentagent, at hvis han ikke modtog svar på to spørgsmål angående den krænkelse, Sange-

nic mente, at Lamico foretog af Sangenics patent DK 175471 B1, måtte Lamico forvente, at der ville blive anmodet om fagedforbud. Den 8. august 2005 indgav Lamico herefter den indsigelse, der senere førte til, at Ankenævnet for Patenter og Varemærker ved kendelse af 15. oktober 2009 erklærede DK 175471 B1-patentet ugyldigt.

Stridspatent 1 blev udstedt den 26. november 2008 og bekendtgjort i Danmark den 19. januar 2009. Den 21. september 2009 indgav Lamico indsigelse til Den Europæiske Patentmyndighed. Efter en længerevarende indsigelsesprocedure, hvorunder Opposition Division den 9. november 2012 havde opretholdt patentet i ændret form, og Lamico herefter havde indbragte denne afgørelse og senere også Opposition Divisions efterfølgende afgørelse om tilpasning af beskrivelsen for Boards of Appeal, blev patentet bekendtgjort af Den Europæiske Patentmyndighed i den ændrede form den 12. december 2018 og i Danmark den 14. januar 2019.

Som følge af den indsigelse, Lamico havde indgivet til Den Europæiske Patentmyndighed, måtte Sangenic, såfremt Sangenic anlagde retssag mod Lamico om krænkelse af stridspatent 1, forvente, at sagen i medfør af patentlovens § 53 a ville blive udsat, i hvert fald indtil Opposition Division havde truffet afgørelse. Lamicos indsigelse til Den Europæiske Patentmyndighed må endvidere antages at have været begrundet i, at Lamico forventede, at Sangenic ville påberåbe sig stridspatent 1 over for Lamico, såfremt patentet ikke blev kendt ugyldigt.

Under disse omstændigheder finder landsretten, at Sangenic ikke har udvist retsfortabende passivitet ved først at anlægge sag mod Lamico den 24. april 2015.

Uanset om Lamico og Lamicos rådgivere ikke har været opmærksomme på udstedelsen af stridspatent 2 – hvilket i lyset af Lamicos indsigelser mod Sangenics to andre patenter ikke synes sandsynligt – tiltræder landsretten af de grunde, som Sø- og Handelsretten har anført, at der ikke er forløbet et sådant tidsrum fra bekendtgørelsen af det i Danmark validerede patent den 18. juni 2012 til sagsanlægget den 24. april 2015, at Sangenic har fortabt retten til at påberåbe sig stridspatent 2 over for Lamico.

Krænkelser – stridspatent 1

Kravene i det reviderede stridspatent 1 lyder:

”1. Fremgangsmåde til påfyldning af rørformet film (48) på en affaldsopbevaringsindretningsspole (10) med en udvidet ende (16) og en filmpåfyldningsende, hvilken fremgangsmåde er kendetegnet ved, at den omfatter trinnene montering af spolen (10) med filmpåfyldningsenden anbragt mod en filmdispenser, og påfyldning af filmen (48) fra filmdispenseren på spolen i retning mod den udvidede ende (16), idet

den udvidede ende (16) er modsat filmpåfyldningsenden, og yderligere omfatter trinnene påfyldning af en komprimeringsring (32) mod den påfyldte film (30).

2. Fremgangsmåde ifølge krav 1, hvilken fremgangsmåde yderligere omfatter trinnet at krympeemballere den påfyldte (30) og spolen (10)''

Efter skønsmandens besvarelse af spørgsmål SS 14, jf. tillige skønsmandens svar på spørgsmål 5 og 7, jf. spørgsmål 3, og det af skønsmanden under afhjemlingen forklarede finder landsretten det bevist, at Lamicos produkt, "InkoBaby All-in-One refill", og de af Lamico tidligere markedsførte produkter, "Vores refill pose til blespand" og "Tibelly refill pose til blespand", er fremstillet ved brug af den i krav 1 i stridspatent 1 angivne fremgangsmåde. Det, som Lamico har anført om, at den grønne ring i Lamicos produkter ikke er en komprimeringsring, kan ikke føre til en ændret vurdering.

Fremstillingen af Lamicos produkter må herefter anses for at krænke Sangenics rettigheder i henhold til stridspatent 1, og landsretten tager derfor Sangenics påstand 1 om forbud til følge.

Krænkelse – stridspatent 2

Fremstilling i overensstemmelse med krav 4 i stridspatent 2, forudsætter, at der anvendes en spoleanordning til opbevaring af affald ifølge krav 1. Det afgørende er dermed, om Lamicos produkter krænker Sangenics rettigheder i henhold til krav 1 i stridspatentet.

Efter skønsmandens svar på spørgsmål SS 23 og SS 30, litra b, lægger landsretten til grund, at det i stridspatent 2 er væsentligt for, at krympeemballeringen kan komprimere den på spolens karnedel anbragte folie, at spolen ikke har nogen ydervæg, der omslutter kernen og den derpå anbragte plisserede rørformede folie, og at krympeemballering anses for at være et væsentligt træk ved spoleindretningen ifølge stridspatentet.

Henset til det, som fremgår om prøvningen af det ansøgte stridspatent 2 og den ændring af udformning af kravene, som Sangenic herefter foretog, finder landsretten, at det tillige må anses for et væsentligt træk i krav 1 i patentet, at "tragten indbefatter afskårne dele".

Af de grunde, som Sø- og Handelsretten har anført, tiltræder landsretten, at udtrykket "afskårne dele" i krav 1 i stridspatent 2 må fortolkes således, at der skal være mindst to indhak i den yderste periferi af tragten, og at Lamicos produkter, "InkoBaby All-in-One refill", "Vores refill pose til blespand" og "Tibelly refill pose til blespand", som alene har ét indhak, dermed ikke falder inden for ordlyden af krav 1.

Lamico har ikke godtgjort, at en ændret udformning af patentet, hvorefter også ét indhak var omfattet af ordlyden, ville indebære, at nyhedskravet i Den Europæiske Patentkonventions artikel 56 ikke ville være opfyldt, og heller ikke at Sangenic ud fra en antagelse herom bevidst har fravalgt en sådan formulering af krav 1, jf. herved også skønsmandens svar på spørgsmål SS IØ. Det, som Lamico har anført om, at en krænkelse som følge af teknisk ækvivalens er udelukket, allerede fordi en løsning med et indhak ikke ville opfylde nyhedskravet eller bevidst er fravalgt af Sangenic, kan derfor ikke lægges til grund.

Ved bedømmelsen af, om der foreligger en krænkelse som følge af teknisk ækvivalens, jf. herved patentlovens § 39, som fortolket i Højesterets domme gengivet i U.2009.1523 og U.2014.488, jf. tillige den europæiske patentkonvention artikel 69 og artikel 1 i protokol om fortolkning af artikel 69 i konventionen, må det vurderes, om stridsprodukterne – med et enkelt indhak – frembyder en løsning, der er ligeværdig med løsningen med flere indhak i patentet. I den forbindelse må Sangenics interesse i at opnå beskyttelse vejes op mod tredjemands behov for at have kendskab til det nærmere indhold af det registrerede patent. Ved bedømmelsen må indgå navnlig, om en fagmand – under brug af sin almindelige fagmandsviden på prioritetstidspunktet – ville anse stridsprodukterne for at have samme virkning og for at være opnået på en måde, som i det væsentlige svarer til den patenterede.

De "afskårne dele", der nævnes i krav 1 i stridspatent 2, må ifølge beskrivelsens pkt. 0014, jf. også skønsmandens svar på spørgsmål SS IAC, anses for at have til formål (i) at lette brydningen af krympeemballeringen, der omgiver spolen og rørfolien, (ii) at give brugeren lettere adgang til rørfolien, hvilket jf. pkt. 0014 nærmere tjener til at "allowing easy of access for the user to initially pull the tubing over the funnel and through the core" og (iii) at virke som en bremse for rørfolien, der passerer over tragten, og derved fjerne behovet for en rundtgående hætte. Formålene (ii) og (iii) må ses i sammenhæng med pkt. 0015 i beskrivelsen, hvor der med henvisning til figur 6 omtales "a method of loading film ... onto the spool ... to form a gathered pack ... [t]he spool ... is inverted such that the funnel portion ... rests on the platform. The film is fed downwardly inside the guide tube ... in any appropriate manner and forms the pleated pack ... resting on the funnel portion ... A vacuum is applied from the underside of the platform to tease a portion of the film through the thumbnail cut-outs ... allowing it to be easily accessed in use".

Skønsmanden kunne under afhjemlingen for landsretten uden synderligt besvær med fingrene bryde folien ved brug af hjørnet i indhakkets på et fremvist stridsprodukt. Henset hertil, og uanset skønsmandens svar på det supplerende spørgsmål SS 31, finder landsretten, at det i overensstemmelse med skønsmandens svar på spørgsmål 10 og SS 22 og hans forklaring for Sø- og Handelsretten må lægges til grund, at hjørnerne i indhakkets i Lamicos spoler – udover at mu-

liggøre påsætning af et håndtag – letter brydningen af krympeemballeringen. Indhakkets i stridsprodukterne tjener således det første af de ovennævnte formål med de ”afskårne dele” i stridspatent 2.

Ifølge skønsmandens svar på spørgsmål SS IAE og SS IAP giver indhakkets i stridsprodukterne i princippet brugeren lettere adgang til rørfolien. Men det fremgår videre af svaret på spørgsmål SS IAP at indhakkets, som stridsprodukterne i øvrigt er udformet, ingen indflydelse har på, hvor let det er at gribe rørfolien, når den skal trækkes ned gennem spolens kernetedel. Indhakkets i stridsprodukterne kan herefter ikke anses for reelt at tjene samme formål (ii) om at give lettere adgang til folien som indhakkene i den patenterede opfindelse. Efter skønsmandens svar på spørgsmål SS IAQ og det i øvrigt fremkomne er der heller ikke grundlag for at antage, at indhakkets i stridsprodukterne tjener det sidste formål (iii) om at virke som en bremse for folien, der passerer over tragten,

Herefter, og efter en samlet vurdering af det i øvrigt fremkomne, har Sangenic ikke godtgjort, at en fagmand ville anse løsningen i Lamicos produkter for at opfylde samme formål og være ligeværdig med de centrale dele af opfindelsen i krav 1 i stridspatentet, og dermed teknisk ækvivalent hermed.

Sangenics rettigheder i henhold til stridspatent 2 kan på ovennævnte baggrund ikke anses for krænket, og Lamico frifindes derfor for Sangenics påstand 2.

Tilbagetrækning og destruktion

Da der ikke ses at være hensyn som nævnt i patentlovens 59, stk. 3, 2. pkt., jf. stk. 4, der er til hinder herfor, og af de grunde som Sø- og Handelsretten har anført, tiltræder landsretten det ved dommen bestemte om tilbagekaldelse, dog at der som påstået af Sangenic alene skal ske tilbagekaldelse af det ”InkoBaby All-in-One refill”-produkt, Lamico aktuelt markedsfører.

Efter krænkelsens karakter, og da hensyn som nævnt i patentlovens 59, stk. 3, 2. pkt., jf. stk. 4, ikke taler herimod, tager landsretten ligeledes påstand 4 om tilintetgørelse til følge, jf. patentlovens § 59.

Vederlag og erstatning

Krænkelsen af Sangenics stridspatent 1 må tilregnes Lamico som uagtsom. Lamico skal derfor betale vederlag og erstatning for yderligere skade, som krænkelsen måtte have medført, jf. patentlovens § 58, stk. 1 og 2, til Sangenic.

Der kan kræves vederlag og erstatning tre år tilbage fra sagsanlægget dvs. fra den 24. april 2012.

Lamico har ikke efterkommet Sangenics opfordring om at fremlægge oplysninger om omsætning og salg af stridsprodukterne, "InkoBaby All-in-One refill", "Vores refill pose til blespand" og "Tibelly refill pose til blespand", men har alene fremlagt virksomhedens ikke-reviderede regnskaber for årene 2012/2013 - 2019/2020.

Landsretten finder, at det må tillægges processuel skadevirkning, jf. retsplejelovens § 344, at Lamico ikke har efterkommet Sangenics opfordring, navnlig således at den bruttofortjeneste, der fremgår af Lamicos regnskaber, altovervejende må antages at hidrøre fra stridsprodukterne, og således at forholdet mellem Lamicos bruttofortjeneste og omsætning antages at svare nogenlunde til, hvad Ludovic Galant har forklaret om forholdet mellem Sangenics salg og bruttofortjeneste i Danmark.

Det må heroverfor tages i betragtning, at Sangenic ikke er fremkommet med nærmere dokumentation for tab eller niveau for en vanlig licenssats.

Af Lamicos regnskaber fremgår, at Lamico gennem årene har haft en gennemsnitlig årlig bruttofortjeneste på lidt over 700.000 kr.

Herefter, og tillige henset til den beregning Sangenic har foretaget på grundlag af Lamicos uddrag af fakturaer, finder landsretten, at vederlag og erstatning passende kan fastsættes som påstået af Lamico til 1.000.000 kr.

Sagsomkostninger

Landsretten finder, at Sangenic efter sagens udfald må anses for i det væsentlige at have vundet sagen. Lamico skal derfor betale delvise sagsomkostninger til Sangenic jf. retsplejelovens § 313, stk. 1, med i alt 973.300 kr. Heraf er 900.000 kr. til dækning af udgifter til advokatbistand og udgift til patentagent ekskl. moms, 24.300 kr. er til dækning af retsafgift, 4.000 kr. er til dækning af en skønsmæssig del af den del af udgiften for Sø- og Handelsretten til translatør ekskl. moms, som kan antages at angå oversættelse af vidnet Ludovic Galants forklaring, mens 45.000 kr. er til delvis dækning af Sangenics udgift til syn og skøn ekskl. moms. Sidstnævnte beløb er fastsat efter et skøn over de respektive parter udgifter til syn og skøn, således at Sangenic endeligt bærer den del af skønsmkostningerne, som angår krænkelse af stridspatent 2. Ved fastsættelsen af sagsomkostningerne har landsretten lagt vægt på sagens karakter, omfang, herunder advokat- og patentagentarbejdets omfang vedrørende de spørgsmål, som parterne hver især har fået medhold i, og sagens forløb. Der er endvidere taget hensyn til at sikre, at en væsentlig og passende del af de rimelige udgifter, som den part, der har vundet sagen, har afholdt, bæres af den tabende part, jf. artikel 14 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder (2004/48), som fortolket af EU-

Domstolen i dom af 28. juli 2016 i sag C-57/15 (United Video Properties), jf. her- ved Højesterets dom gengivet i U.2021.958.

THI KENDES FOR RET:

Det i Sø- og Handelsrettens dom bestemte om, at Sangenic International Limited frifindes for de af Lamico ApS nedlagte påstande om ugyldighed stadfæ- stes.

Sø- og Handelsrettens dom ændres, således at det forbydes Lamico ApS i Dan- mark at fremstille, udbyde, bringe i omsætning eller anvende produkterne "In- koBaby All-in-One refill" (som vist i bilag 7) samt at importere eller besidde produkterne med et sådant formål, så længe dansk patent nr. DK/EP 1409344 er i kraft.

Lamico ApS frifindes for Sangenic International Limiteds påstand 2.

Det i dommen bestemte om, at det påbydes Lamico ApS at tilbagekalde samtlige "Vores refill pose til blespand" og "InkoBaby All-in-One refill" og "Tibelly refill pose til blespand" (svarende til bilag 7) fra handelen, stadfæstes, dog så- dan at påbuddet alene angår "InkoBaby All-in-One refill" (svarende til bilag 7).

Det påbydes Lamico ApS – under tilsyn af en af Sangenic International Limited udpeget repræsentant – at tilintetgøre samtlige de "InkoBaby All-in-One refill" (som vist i bilag 7), der er i Lamico ApS' besiddelse, herunder også produkter, der er tilbagekaldt som ovenfor påbudt.

Lamico ApS skal inden 14 dage til Sangenic International Limited betale 1.000.000 kr. med procesrente fra den 24. april 2015 af 250.000 kr. og med pro- cesrente fra den 25. juni 2019 af 750.000 kr.

I sagsomkostninger for begge retter skal Lamico ApS inden 14 dage betale 973.300 kr. til Sangenic International Limited. Beløbet forrentes efter rente- lovens § 8 a.