Beskyttelses-omfanget i dansk patentret

Bjørn Ryberg

Gjellerup

Beskyttelsesomfanget i dansk patentret
© 2002 Bjørn Ryberg og
G.E.C Gads Forlag. Aktieselskabet af 1994, København

Alle rettigheder foreholdes.
Ingen del af denne bog må gengives, lagres i et søgesystem eller transmitteres i nogen form eller med nogen midler grafisk, elektronisk, mekanisk, fotografisk, indspillet på plade eller bånd, overført til databanker eller på anden måde, uden forlagets skriftlige tilladelse.
Enhver kopiering fra denne bog må kun ske efter reglerne i lov om ophavsret af 14. juni 1995 med senere ændringer.
Det er tilladt at citere med kildeangivelse i anmeldelser.

Omslag ved Jens Hage
Sat med Times
Trykt hos Narayana Press, Gylling
Printed in Denmark 2002

ISBN 87-13-04845-7

1. udgave, 1. oplag 2002

Gads Forlag
Klosterstræde 9
1157 København K
Tlf.: 33 15 05 58
Fax: 33 11 08 00
www.gjellerup.com
e-mail: sekr@gads-forlag.dk

Dedikation

Denne bog er tilegnet mindet om advokat Jens Poulsen (1941-1986) grundlægger af og administrerende seniorpartner i advokatfirmaet Poulsen, Westergaard, Cadovius & Stokholm.

Bjørn Ryberg

Beskyttelsesomfanget i dansk patentret

Gjellerup

Forord

Denne bog er i hovedsagen ført à jour til og med den 31. december 2001. Der er således ikke taget højde for yngre domme, litteratur med videre. For så vidt angår den omtale af litteraturens bemærkninger til de analyserede domme, som forefindes i bilag A, er den relevante dato dog den 31. december 2000.

I forbindelse med analyserne af de forskellige spørgsmål, som er relevante for beskyttelsesomfangets udmåling, er der en del redegørelser for enkelte domme. Stikordsregisteret indeholder ikke henvisninger til disse redegørelser, idet det skønnes at ville have oversvømmet stikordsregisteret i en sådan grad, at det ville gøre mere skade end gavn.

Tak til de personer, som med råd, kommentarer eller på anden måde har bidraget til bogens realisering – ingen nævnt ingen glemt.

Tak til Dansk Forening for Industriens Patent- og Varemærkespecialister (DIP), Patent- og Varemærkestyrelsen og Patentagentforeningen for støtte til udgivelsen.

Holte, august 2002
Bjørn Ryberg

Indholdsoversigt

Forkortelser

Kapitel 1 Problemstillingerne, metoden, fremstillingen og terminologien

Kapitel 2 Afgrænsningen af det (retlige), der henhører under dommernes kompetence, over for det (faktuelle), der henhører under syns- og skønsmændenes kompetence

Kapitel 3 Patentsystemets reale begrundelse og de forhold, der under hensyn hertil bør tillægges betydning ved beskyttelsens udmåling

Kapitel 4 Beskrivelsesmodellen/den juridiske konstruktion

Kapitel 5 Forholdet i hidtil gældende dansk ret mellem reglerne om den forud kendte tekniks betydning for beskyttelsesomfanget og reglerne om patenters ugyldighed som følge af manglende nyhed og/eller opfindelseshøjde

Kapitel 6 Patentkravenes fortolkning i hidtil gældende danskret

Kapitel 7 Andre kriterier af betydning for fastlæggelsen af patenters beskyttelsesomfang i hidtil gældende dansk ret

Kapitel 8 Afvejningen i hidtil gældende dansk ret

Kapitel 9 Fremover gældende dansk ret; EPK-tiltrædelsensbetydning for fortolkningen af patentlovens § 39

Kapitel 10 Den bevismæssige betydning af erklæringer fra den danske patentmyndighed

Bilag A Kronologisk gennemgang og analyse af dansk retspraksis

Litteratur med videre

Indholdsfortegnelse

Forkortelser 25

Kapitel 1 Problemstillingerne, metoden, fremstillingen og terminologien 27

1. Problemstillingerne, metoden og fremstillingen . . . 27
   - 1.1. Indledning 27
   - 1.2. Afgrænsningen af dommernes kompetence over for syns- og skønsmændenes – jus x faktum . 30
   - 1.3. Patentsystemets samfundsmæssige begrundelse og dens betydning for beskyttelsesomfangets udmåling… 31
   - 1.4 Den anvendte beskrivelsesmodel 32
   - 1.5 EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen. 33
   - 1.6 Forholdet mellem a) patentlovens § 39 og b) EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen . . 37
   - 1.7 Hidtil gældende dansk ret og fremover gældende dansk ret… 41
   - 1.8 Den bevismæssige betydning af udtalelser fra den danske patentmyndighed 48
   - 1.9 Planerne om en overnational europæisk patentdomstol 48
   - 1.10 Det foreliggende forslag til ændring af EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen 50
   - 1.11 De enkelte domsanalyser – bilag A 51
2. Terminologien 53

Kapitel 2 Afgrænsningen af det (retlige), der henhører under dommernes kompetence, over for det (faktuelle), der henhører under syns- skønsmændenes kompetence 57

1. Indledning 57

2. Jus-faktum sondringens betydning for kompetencefordelingen 58
2.1 Sondringen og det her i kapitlet anvendte begrebsapparat 58
2.2 Sondringens 1. kriterium – jus'ens generelle karakter 61
2.3 Sondringens 2. kriterium – jus'ens materielle karakter 67
2.4 Konklusioner 72
3. Retsplejelovens § 341 om bevisførelse uden betydning for sagernes afgørelse 74
4. Kompetencefordelingen i relation til konkrete typer spørgsmål 82

Kapitel 3 Patentsystemets reale begrundelse og de forhold, der under hensyn hertil bør tillægges betydning ved beskyttelsens udmåling 87

1. Indledning 87
2. Forskellige opfattelser af patentsystemets reale begrundelse i nordisk teori 88
3. Den reale begrundelse bag den danske patentlov . . 91
4. De forhold der ifølge den reale begrundelse bag den danske patentlov bør tillægges betydning ved beskyttelsesomfanget 96

Kapitel 4 Beskrivelsesmodellen/den juridiske konstruktion . . . 101

1. Indledning 101
1.1 Afvejningsmodellen 101
1.2 Om kriterierne for valg af beskrivelses model 103
1.3 Foreligger der en herskende lære i dansk patentretlig litteratur? 104
1.4 Hvilke krav kan udledes af retskilderne. 105
1.5 Konklusioner 116
2. De gængse beskrivelsesmodeller 107
2.1 Genstandsmodellerne 107

2.2 Patentkravslæren 108
2.3 Ækvivalenslæren 109
2.4 Opfindelseshøjdeanalogilæren 113
2.5 Prototypeteorien 115
2.6 Læren om patentlovens § 39 som udtryk for retligt princip 118
3. Evaluering 120

Kapitel 5 Forholdet i hidtil gældende dansk ret mellem reglerne om den forud kendte tekniks betydning for beskyttelsesomfanget og reglerne om patenters ugyldighed som følge af manglende nyhed og/eller opfindelseshøjde 121

1. Problemstillingen og teorien 121
2. Retspraksis 126
3. Konklusioner 127

Kapitel 6 Patentkravenes fortolkning i hidtil gældende dansk ret 135

1. Indledning 135
2. Teorien og forarbejderne til patentloven og Den Europæiske Patentkonvention 135
2.1 De overordnede principper for fortolkningen 135
2.2 Uklarheder, fejl, forglemmelser og inadekvat afftelse 137
2.2.1 Uklarheder 137
2.2.2 Fejl, forglemmelser og inadækvat affattelse af patentet 138
2.3 Patentbeskrivelsen og sprogbrugen i andre patentkrav 139
2.4 Ansøgningssagens akter og udtalelser fremsat af patenthaveren uden sammenhæng med ansøgningssagen 140
2.5 Den forud kendte teknik 141
3. Retspraksis 141
4. Konklusioner 150

Kapitel 7 Andre kriterier af betydning for fastlæggelsen af patenters beskyttelsesomfang i hidtil gældende dansk ret 161

1. Indledning 161
2. Den patenterede opfindelses særegne egenskaber . 162
   - 2.1. Begrebet »opfindelsens særegne egenskaber« 162
   - 2.3. Retspraksis 168
   - 2.4. Konklusioner 183
     - 2.4.1 Betydningen af en patenteret opfindelses særegne egenskaber 183
     - 2.4.2 Det særegne ved en patenteret opfindelse 190
     - 2.4.3 De for de særegne egenskaber relevante beviser 191
     - 2.4.4 Sammenfatning 196
3. Opfindelsens tekniske og/eller (samfunds)økonomiske værdi – pioneropfindelser og småopfindelser 198
   - 3.1 Teorien 198
   - 3.2 Retspraksis 199
   - 3.3 Konklusioner 205
4. Patentsystemets betydning for den patenterede opfindelses realisering – patentsystemets incitaments-effekt 207
   - 4.1 De reale hensyn og teorien 207
   - 4.2 Retspraksis 208
   - 4.3 Konklusioner 209
5. Patenthaverens mulighed for at vælge hemmelig-holdelse som alternativ beskyttelsesstrategi 209
   - 5.1 De reale hensyn og teorien 209
   - 5.2 Retspraksis 210
   - 5.3 Konklusioner 210
6. Stofkrav 211
   - 6.1 Patentlovens § 8, stk. 2, om stofpatenter 211
   - 6.2 Teorien 213
     - 6.2.1 Mogens Koktvedgaard 213
     - 6.2.2 Gunnar Lind 214
     - 6.2.3 Berndt Godenhielm 215
     - 6.2.4 Bengt Domeij 215
   - 6.3 Retspraksis 217

6.4 Konklusioner 217
6.4.1 Patenter med såvel stofkrav som anvendelseskrav 218
6.4.2 Patenter med stofkrav og uden anvendelseskrav 220
7. Kemiske fremgangsmåder, herunder analogifremgangsmåde 221
7.1 Det nu ophævede forbud mod patentering af lægemidler og den dertil knyttede adgang til udstedelse af analogifremgangsmådepatenter . 221
7.2 Teorien 224
7.2.1 Om analogifremgangsmåder 224
7.2.1. A. Teorien om en særlig snæver beskyttelse af analogifremgangsmåder 224
7.2.1. B. Teorien om samme beskyttelse af analogifremgangsmåder som af andre opfindelsestyper 226
7.2.1. C. Teorien om en særlig bred beskyttelse af analogifremgangsmåder 226
7.2.2 Andre fremgangsmåder til fremstilling af kemiske forbindelser 228
7.3 Retspraksis 230
7.4 Konklusioner 242
8. Patentkrav på anvendelse af et kendt stof til fremstilling af et lægemiddel til brug for stoffets 2. og efterfølgende medicinske indikationer (2.MI-krav). . 243
8.1 Forbudet mod patentering af fremgangsmåder tilterapeutisk behandling, som anvendes på mennesker med videre 243
8.2 Teorien 247
8.3 Retspraksis 248
8.4 Konklusioner 248
9. Patenthaverens subjektive forhold i forbindelse med patentansøgningens udarbejdelse og behandling – bevidste begrænsninger og inadækvate formuleringer 249
9.1 Teorien 249
9.2 Retspraksis 250
9.3 Konklusioner 251
10. Uklarheder i patentkrav og/eller patentbeskrivelse . 252

10.1 Teorien og forarbejderne til patentloven 252
10.2 Retspraksis 252
10.3 Konklusioner 256
11. Åbenbare muligheder for bredere patentkravsformuleringer 257
11.1 Teorien 258
11.2 Retspraksis 258
11.3 Konklusioner 260
12. Det håndhævede patents klassificering 261
12.1 Teorien 261
12.2 Retspraksis 261
12.3 Konklusioner 261
13. Ansøgningssagens forløb – sagsakterne fra ansøgningssagen 262
13.1 Motiverne til 1967-patentloven og teorien . . . 262
13.2 Retspraksis 263
13.3 Konklusioner 267
13.3.1 Ændring af patentkravene under ansøgningens behandling 267
13.3.2 Hvad der skal anses for at udgøre en opfindelses særegne egenskaber 268
14. Når den påståede krænkers tekniske løsning ifølge patenthaverens tilkendegivelser i patentet eller ansøgningssagens akter må anses for uhensigtsmæssig . . 269
14.1 Teorien 269
14.2 Retspraksis 269
14.3 Konklusioner 271
15. Udtalelser om beskyttelsesomfanget fremsat af patenthaveren i andre sammenhænge end i forbindelse med ansøgningssagen eller i patentet 271
15.1 Teorien 271
15.2 Retspraksis 272
15.3 Konklusioner 273
16. Patenthaverens egen udnyttelse af den patenterede opfindelse 274
16.1 Teorien 274
16.2 Retspraksis 274
16.3 Konklusioner 275

17. Den omtvistede genstands påvirkning af patenthaverens omsætning 276
18. Forskelligheder med hensyn til dimensioner, materiale, udseende og lignende 277
18.1 Teorien 277
18.2 Retspraksis 278
18.3 Konklusioner 279
19. Den omtvistede genstands kvaliteter såsom opfindelseshøjde i forhold til den i patentet beskrevne genstand 279
19.1 Teorien 279
19.1.1 Teorien i almindelighed 279
19.1.2 Bengt Domeijs synspunkter 281
19.2 Retspraksis 291
19.3 Konklusioner 296
20. Den efter prioritetsdagen indtrufne tekniske udvikling 299
20.1 Teorien 299
20.2 Retspraksis 300
20.3 Konklusioner 302
21. Den påståede krænkers subjektive forhold 304
21.1 Teorien 304
21.2 Retspraksis 305
21.3 Konklusioner 307
22. Den forud kendte teknik 307

Kapitel 8 Afvejningen i hidtil gældende dansk ret 309

1. Indledning 309
2. Den overordnede afvejningsparameter 309
3. Afskæringsregler – kriterier der afskærer (yderligere) afvejning 311
3.1 Den fra stofkrav flydende beskyttelse 311
3.2 Den efterfølgende tekniske udvikling 312
3.3 Patenthaverens tilkendegivelser i forbindelse med sager om ugyldighed eller administrativ omprøvning 312

4. Betydningen af den ved fortolkning fastlagte forståelse af patentkravene, herunder hvorvidt patentkravene definerer beskyttelsens undergrænse 313
4.1 Hovedreglen om, at en omtvistet genstand, der har de i et patentkrav beskrevne træk ved en patenteret opfindelse, er omfattet af den fra patentkravet flydende beskyttelse 313
4.2 Undtagelser fra hovedreglen om den fra et patentkrav flydende beskyttelse – hvorvidt patentkravene definerer beskyttelsens undergrænse 313
4.2.1 De relevante problemstillinger 313
4.2.2 Retspraksis 315
4.2.2. A. Retspraksis vedrørende betydningen af den omtvistede genstands kvaliteter såsom opfindelseshøjde i forhold til den patenterede opfindelse 315
4.2.2. B. Retspraksis vedrørende utilsigtede sideeffekter som limiterende for det ordrette beskyttelsesomfang 315
4.2.2. C. Retspraksis vedrørende udførelseseksempler som limiterende for det ordrette beskyttelsesomfang 317
4.2.3 Konklusioner 319
5. Betydningen af den patenterede opfindelses særegne egenskaber 321
6. Diverse kriterier med høj prioritet, uden specielt høj eller lav prioritet, med lav prioritet og helt uden betydning 322
6.1 Indledning og de anvendte prioritetskategorier 323
6.2 Kriterier med høj prioritet 323
6.2.1 Tekniske forskelle og ligheder 323
6.2.2 Patenthaverens negative udtalelser om den påståede krænkers teknologi 323
6.2.3 Opfindelsens værdi 323
6.2.4 Den påståede krænkers subjektive forhold 323
6.2.5 Analogifremgangsmådekrav 323
6.2.6 2.MI-krav 324

6.3 Kriterier uden specielt høj eller lav priortet . . 324
6.3.1 Tilføjelse af yderligere træk til patentkravene under ansøgningens behandling . . . 324
6.3.2 Udtalelser fremsat af patenthaveren uden sammenhæng med ansøgningssagens behandling 324
6.3.3 Patentkrav som ved et bevidst valg fra patenthaverens side har fået en snæver formulering 325
6.3.4 Betydelige fordele ved den omtvistede genstand 325
6.3.5 Almindelige fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler – i modsætning til analogi fremgangsmåder 325
6.4 Kriterier med lav prioritet 326
6.4.1 Forskelle med hensyn til dimensioner, materialer, udseende og lignende 326
6.4.2 Patenthaverens større eller mindre kommercielle succes med opfindelsen 326
6.4.3 Uklarheder i patentet 326
6.4.4 Beskedne fordele ved den omtvistede genstand 327
6.4.5 Patentkrav som på grund af uagtsomhed fra patenthaverens side har fået en snæver formulering 327
6.4.6 Udviklingsomkostningernes omfang . . 327
6.4.7 Mulighed for hemmeligholdelse som alternativ beskyttelsesstrategi 327
6.5 Kriterier helt uden betydning 328
6.5.1 Den påståede krænkers påvirkning af patenthaverens omsætning 328
6.5.2 Åbenbare, men uudnyttede muligheder for en bredere formulering af patentkravene . 328
6.5.3 Patentets klassificering 328
6.5.4 Når den omtvistede genstand er genstand for et til den påståede krænker udstedt patent 328
6.5.5 Anden forud kendt teknik end den i patentbeskrivelsen omtalte 329

7. Overbestemmelseslæren 329
7.1 Teorien 329
7.2 Retspraksis 331
7.3 Konklusioner 333
8. Delbeskyttelse – hvorvidt en omtvistet genstand kan være omfattet af et patent, selv om den savner et eller flere træk ved den i patentkravene beskrevne opfindelse 334
9. Samlet eller sekventiel vurdering af forskellene mellem en omtvistet genstand og en i et patentkrav beskrevet opfindelse 335
10. Beslutningsprocessens struktur ved afgørelsen af, om en omtvistet genstand er omfattet af et patent . 336
11. Beskyttelsens bredde – bred/snæver beskyttelse . . 340
11.1 Teorien 340
11.2 Retspraksis 342
11.3 Konklusioner 345
11.3.1 Stramningen i 1939 346
11.3.2 Stramningen fra og med sidste halvdel af 1960'erne 347
11.3.3 Langtidsvirkningen af den i 1983 skete ophævelse af forbudet mod patentering af lægemidler 350
11.3.4 Forholdet mellem retspraksis og de i litteraturen forekommende opfattelser 351
12. Den relative betydning af patentkrav og patentbeskrivelse 353
13. Den forud kendte teknik 353
14. Sammenfatning 354

Kapitel 9 Fremover gældende dansk ret – EPK-tiltrædelsens betydning for fortolkningen af patentlovens § 39 361

1. Indledning 361
2. Den overordnede afvejningsparameter 362
2.1 En passende beskyttelse for patenthavere 362
2.2 Hensynet til trediemands retssikkerhed 363

3. Uklarheder 364
4. Patentkravenes fortolkning 365
5. Opfindelsens særegne egenskaber 366
6. Hvorvidt patentkravene bør definere beskyttelsens undergrænse 370
7. De relevante kriterier og deres vægtning i øvrigt . . 372
7.1 Tekniske forskelle og ligheder 372
7.2 Patentsystemets innovationsincitament 372
7.3 Patentsystemets teknologispredningseffekt . . 374
7.4 Opfindelsens værdi 375
7.5 Patenthaverens subjektive forhold i forbindelse med patentansøgningens udarbejdelse og behandling 377
7.6 Den påståede krænkers subjektive forhold . . . 380
7.7 Analogifremgangsmådekrav og 2.MI-krav . . . 381
8. Beskyttelsens bredde 384
9. Den relative betydning af patentkrav og patentbeskrivelse 388
10. Den i patentbeskrivelsen omtalte forud kendte teknik 388
11. Sammenfatning 389
12. Fremover gældende dansk rets regler beskrevet i en opskriftslignende oversigtsform 395
12.1 Indledning 395
12.2 Trin 1 – Fortolkning af patentkravene 396
12.3 Trin 2 og 3 – Ordret krænkelse og diverse afskæringsregler om udelukkelse af analog krænkelse 398
12.4 Trin 4 – Rimelighedsafvejning af sagens konkrete omstændigheder 400

Kapitel 10 Den bevissmæssige betydning af udtalelser fra den danske patentmyndighed 405

1. Indledning 405
2. Retspraksis 405
3. Konklusioner 410

Bilag A Kronologisk gennemgang og anayse af dansk retspraksis 413

1. Indledning 413
2. Retspraksis – kronologisk 414
   - 2.1 UfR 1899 s. 892 K&P – Kedelfyrdommen . . 414
   - 2.2 UfR 1902 s. 758 K&P – Kompressionskøle- . 416
     anlægsdommen 417
   - 2.3 UfR 1907 s. 146 H – Vindueslukkerdommen . 419
   - 2.4 UfR 1907 s. 503 L – Radrensemaskinedom I . 422
   - 2.5 UfR 1911 s. 791 H – Radrensemaskinedom II 426
   - 2.6 UfR 1912 s. 525 H – Petroleumsmotor-dommen 429
   - 2.7 UfR 1912 s. 556 H – Roeskæremaskine-dommen 430
   - 2.8 UfR 1914 s. 371 H – Radrensemaskine-dom III 432
   - 2.9 UfR 1914 s. 862 K&P – Motorcykelstel-dommen 435
   - 2.10 UfR 1915 s. 453 LHS – Aluminiumssvejse-middeldommen 436
   - 2.11 UfR 1915 s. 551 H – Radrensemaskine-dom IV 440
   - 2.12 UfR 1917 s. 663 H og UfR 1918 s. 190 H – Roeoptagerdommene 444
   - 2.13 UfR 1920 s. 245 H – Lufttørrings-dommen 448
   - 2.14 UfR 1925 s. 467 Ø – Solbrilledommen 455
   - 2.15 UfR 1925 s. 586 H – Kærneæltervalse-dommen 457
   - 2.16 UfR 1927 s. 285 H – Fodtøjslimdommen . . . 463
     - 2.16.1 Dommen 463
     - 2.16.2 Kommentarer fra den jurdiske litteratur 466
   - 2.17 UfR 1929 s. 80 H – Sættemaskinedommen . . 467
   - 2.18 UfR 1931 s. 264 H – Varmekedeldommen … 471
     - 2.18.1 Dommen 472
     - 2.18.2 Kommentarer fra den jurdiske litteratur. 474
   - 2.19 UfR 1933 s. 527 V – Radrenserskær-dommen 475

2.20 UfR 1934 s. 248 H – Rumudtørringsdommen 479
2.20.1 Dommen 480
2.20.2 Kommentarer fra den juridiske litteratur 482
2.21 UfR 1936 s. 251 Ø – Udhængsskabsdommen 484
2.22 UfR 1936 s. 284 H – Gasmålerrammedommen 486
2.23 UfR 1936 s. 306 H – Varmestrømkredsdommen 492
2.24 UfR 1936 s. 314 H – Rustbeskyttelsesbåddommen 495
2.24.1 Dommen 495
2.24.2 Kommentarer fra den juridiske litteratur 498
2.25 UfR 1936 s. 536 H – Vandafhærdningsdommen 498
2.26 UfR 1936 s. 1074 H – Katteøjedommen 501
2.27 UfR 1936 s. 1132 V – Byggesætdommen . . . 503
2.28 UfR 1937 s. 745 H – Kølepladedom I. 505
2.29 UfR 1937 s. 1058 H – Varmemålerdommen . 509
2.30 UfR 1938 s. 756 H – Stofbanedommen 515
2.30.1 Dommen 515
2.30.2 Kommentarer fra den juridiske littertur 519
2.31 UfR 1939 s. 73 H – Gitterstrømkredsdommen 520
2.31.1 Dommen 520
2.31.2 Kommentarer fra den juridiske litteratur 523
2.32 UfR 1939 s. 769 H – Soveottomandommen . 524
2.33 UfR 1940 s. 337 H – Kølepladedom II. 528
2.33.1 Dommen 528
2.33.2 Kommentarer fra den juridiske litteratur 531
2.34 UfR 1941 s. 484 H – Insulindommen 531
2.34.1 Dommen 531
2.34.2 Kommentarer fra den juridiske litteratur 542
2.34.3 Højesterets voteringsprotokol 547
2.35 VLT 1942 s. 249 – Klatretovsdommen 550

2.36 UfR 1943 s. 93 H – Køletromle-dommen 552
2.37 VLT 1943 s. 351 – Rundsavsdommen 556
2.38 UfR 1946 s. 814 H – Flergitterrørsdommen . 561
2.39 UfR 1949 s. 53 H – Borsvingsdommen 566
2.39.1 Dommen 567
2.39.2 Kommentarer fra den juridiske litteratur 569
2.40 VLT 1949 s. 305 – Legetøjsautomobildom-men 570
2.41 UfR 1950 s. 877 H – Retledningsapparat-dommen 573
2.42 UfR 1958 s. 832 H – Ildstedsdommen 577
2.43 UfR 1959 s. 436 H – Omskifterdommen 581
2.44 UfR 1959 s. 485 H – Tærskeværksdom I 587
2.45 UfR 1961 s. 731 H – Markørdommen 591
2.46 UfR 1962 s. 66 H – Persiennedom I. 598
2.46.1 Dommen 599
2.46.2 Kommentarer fra den juridiske litteratur 600
2.47 UfR 1962 s. 393 Ø – Murbøsningsdommen . 601
2.48 UfR 1963 s. 182 H – Kaffemølledommen . . . 605
2.49 UfR 1964 s. 498 H – Phenylbutazondommen . 611
2.49.1 Dommen 611
2.49.2 Kommentarer fra den juridiske litteratur 622
2.49.3 Højesterets voteringsprotokol 626
2.50 UfR 1964 s. 524 H – Kærneælterdommen . . . 628
2.51 UfR 1964 s. 628 H – Tærskeværksdom II . . . 633
2.51.1 Dommen 633
2.51.2 Kommentarer fra den juridiske litteratur 638
2.52 UfR 1965 s. 468 H – Persiennedom II. 639
2.53 SHT 1966 s. 68 – Ispindedommen 644
2.54 UfR 1966 s. 537 H – Affjedringsdommen . . . 647
2.55 UfR 1969 s. 249 Ø – Kaffeposedommen 651
2.56 UfR 1976 s. 495 H – Kødhakkemaskine-dommen 653
2.57 UfR 1979 s. 376 H – Hyndedommen 659

2.58 UfR 1979 s. 553 H – Clopoxiddommen 662
2.58.1 Dommen 662
2.58.2 Kommentarer fra den juridiske litteratur 667
2.58.3 Højesterets voteringssprotokol 667
2.59 UfR 1980 s. 271 Ø – Elektrolyseanlægsdommen 669
2.59.1 Dommen 669
2.59.2 Kommentarer fra den juridiske litteratur 675
2.60 UfR 1989 s. 548 H – Køge Bugt Strandparkdommen 678
2.61 UfR 1992 s. 704 H – Slibeskivedommen 683
2.62 UfR 1993 s. 859 H – Ranitidindommen 688
2.62.1 Dommen 688
2.62.2 Kommentarer fra den juridiske litteratur 697

Litteratur med videre 701

1. Betænkninger, grønbøger og lignende (kronologisk) 701
2. Bøger og artikler 701

Stikordsregister 729

Forkortelser

1888 Kommissionens betænkning	Kommissions-Betænkning af september 1890 angående Forslag til Lov om Patenter
1894-patentloven	Lov nr. 69 af 13. april 1894
1894-patentbekendtgørelsen	Bekendtgørelse nr. 118 af 9. juni 1894
1899-rpl-betænkningen	Udkast til Lov om den borgerlige Retspleje udarbejdet af den ved allerhøjeste Reskript af 11te Maj 1892 nedsatte Proceskommission, København 1899
1962-betænkningen	Præliminær betænkning angående nordisk patentlovgivning, afgivet af samarbejdende danske, finske, norske og svenske komitéer i 1962
1964-betænkningen	Betænkning angående nordisk patentlovgivning, afgivet af samarbejdende danske, finske, norske og svenske komitéer i 1964
1967-lovforslaget	Forslag af 9. november 1967 til en ny patentlov
1967-patentloven	Lov nr. 479 af 20. december 1967 om en ny patentlov
1978-lovforslaget	Forslag af 2. december 1977 til lov om ændring af patentloven
1978-ændringsloven	Lov nr. 264 af 8. juni 1978 om ændring af patentloven
2.MI-krav	Patentkrav rettet mod den 2. eller en efterfølgende medicinsk indikation af en forud kendt kemisk forbindelse, hvor patentkravet er formuleret på formlen »anvendelse af stoffet eller stofblandingen X til brug for fremstilling af lægemidlet Y til anvendelse til helbredelse af sygdommen Z« eller på formlen »fremgangs-måde til fremstilling af et lægemiddel til brug for den terapeutiske anvendelse Z kendetegnet ved, at stoffet X anvendes.«

EP Gennemførelsesforskrifterne	Gennemførelsesforskrifterne til konventionen om meddelelse af europæiske patenter
EPO	European Patent Office
EPO Guidelines	Guiddlines for Examination in the European Patent Office
EPK	Den Europæiske Patentkonvention
Fortolkningsprotokollen	Protokol om fortolkningen af EPK art. 69
GRUR	Gewerblicher Rechtschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtschutz und Urheberrecht / Internationaler Teil
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
Patentbekendtgørelsen	Afhængigt af sammenhængen enten blot den til enhver tid værende danske patentbekendtgørelse eller mere specifikt den på det relevante tidspunkt gældende patentbekendtgørelse
Patentloven	Afhængigt af sammenhængen enten blot den til enhver tid værende danske patentlov eller mere specifikt den på det relevante tidspunkt gældende patentlov
SvJt	Svensk Juristtidning
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
Voldgiftsloven	Lov nr. 281 af 24. maj 1972 om voldgift.

Kapitel 1

Problemstillingerne, metoden, fremstillingen og terminologien

1. Problemstillingerne, metoden og fremstillingen

1.1. *Indledning*

For tiden går den teknologiske udvikling hurtigere end på noget andet tidspunkt i menneskehedens historie, og relativt avanceret teknologi spreder sig til sektorer, hvor der hidtil kun har været begrænset tradition for anvendelse af højteknologi. Den accelererede teknologiske udvikling afspejles blandt andet i det stigende antal af danske patentansøgninger fra danske virksomheder, som i 1997, 1998 og 1999 var henholdsvis 1.329, 1568 og 1674, hvilket indebærer en stigning på 26 % alene i løbet af de 3 år.[1]

Med denne udvikling bliver det mere og mere væsentligt at kunne vurdere, hvilken beskyttelse et patent giver patentets indehaver. Dette gælder ikke alene for de virksomheder, der har fået opfindelser beskyttet ved udstedelse af patent. Andre virksomheder, der vil undgå at krænke et patent, har en mindst lige så vital interesse i at kunne vurdere patentets beskyttelsesomfang. Der er således et betydeligt behov for at kunne vurdere, hvad der må anses for at ligge henholdsvis inden for og uden for et patent.

Der er ikke megen vejledning at hente i patentlovens § 39, som omhandler beskyttelsesomfangets fastlæggelse, og som har følgende ordlyd:

> »Patentbeskyttelsens omfang bestemmes af patentkravene. Til forståelse af patentkravene kan vejledning hentes fra beskrivelsen.«

Patentlovens § 8, stk. 3, giver et beskedent men negativt supplement til den stærkt begrænsede vejledning i § 39, idet det fremgår af § 8, stk. 3, at sammendraget i et patent alene skal tjene som teknisk information og ikke må

1. Patent- og Varemærkestyrelsens 1999-beretning s. 7.

tillægges betydning i andre henseender. Dette indebærer nemlig, at sammendraget er uden betydning for beskyttelsesomfanget.[2]

Spørgsmålet om patenters beskyttelsesomfang er kun i beskedent omfang behandlet i dansk juridisk litteratur, og de vejledende sætninger, der er opstillet i litteraturen, er reelt set kun af begrænset værdi. Ifølge Mogens Koktvedgaard kan den egentlige vejledning således kun baseres på den patentretlige tradition således som den er kommet til udtryk i de konkrete retssager.[3] I overensstemmelse hermed er hovedsigtet med denne bog at tilvejebringe en detaljeret analyse af dansk retspraksis og med udgangspunkt heri at give en mere præcis fremstilling af de danske regler om patenters beskyttelsesomfang.

Patentmyndighederne, herunder ikke mindst EPO, træffer daglig et betydeligt antal afgørelser i forbindelse med deres behandling af de verserende patentansøgninger, og der foreligger således en meget betydelig mængde praksis fra blandt andet EPO's hånd. I den juridiske litteratur er der imidlertid ikke tradition for i nævneværdigt omfang at inddrage [administrativ praksis] hos EPO' og de nationale patentmyndigheder i analysen af reglerne om beskyttelsesomfanget.[4]

Denne tradition må anses for velbegrundet, allerede fordi de patentudstedende myndigheder som bekendt ikke træffer afgørelse i sager om krænkelse af udstedte patenter, hvor der konkret tages stilling til, om en omtvistet genstand kan anses for omfattet af et givent patent, jf. i øvrigt det følgende, som i EPO Guidelines E XII 2.2 er anført i relation til EPO's afgivelse af tekniske erklæringer om europæiske patenter til nationale domstole (mine kursiveringer):[5]

---

2. I EPK finder man en tilsvarende men endnu mere tydelig bestemmelse i art. 85: »The abstract shall merely serve for use as technical information; it may not be taken into account for any other purpose, in particular not for the purpose of interpreting the scope of the protection sought«.
3. Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret, 5. udgave (1999) s. 236.
4. For så vidt angår Danmark fremgår det imlicit af Mogens Koktvedgaard og Lise Østerborg, Patentloven med Kommentarer 2. udg. (1979) s. 280, hvor det er anført, at rimelig indsigt i problemstillingen kun vindes ved gennemgangen af en række konkrete *retssager* [i modsætning til administrative afgørelser]. For så vidt angår England fremgår det mere eksplicit hos Allan W. White, C.I.P.A. Guide to the Patents Acts 5. udgave (2001), hvor følgende er anført: »However, the EPO does not appear to consider the precise extent of protection provided by the claims. Indeed, at one time, a Board of Appeal stated that determination of the extent protection is not a matter for it …«. Se også Li Westerlund, Biotech Patents (2001) s. 201, hvor følgende er anført: »… the EPO does not and, because of differences between countries, cannot take the scope of protection into account when granting patents …«
5. For så vidt angår danske retssager kan der også henvises til, at der i dansk praksis endog er en tendens til, at erklæringer fra den danske patentmyndighed bliver tillagt meget begrænset betydning i sager om patenters beskyttelsesomfang, jf. Kapitel 10.

»Generally speaking, the Examining Division should attempt to give a »technical opinion« upon on *any question which is similar to those normally dealt with in European substantive examination work*, even when the question has a legal, as well as a technical aspect. On the other hand, the Examining Division should decline to make any specific statement on whether a patent is valid or on *whether it is infringed*. It should also not give any opinion on *the extent of protection (Art. 69 and the accompanying Protocol).*«

Af de anførte årsager er det denne bogs udgangspunkt, at de patentudstedende myndigheders administrative praksis er uden interesse for analysen af reglerne om de udstedte patenters beskyttelsesomfang. Som det fremgår af kapitel 6 antages det dog, at EPO's administrative praksis med hensyn til *formulering* af patentkrav i almindelighed bør have (bevismæssig) betydning for patentkravenes *fortolkning*, i det omfang der er tale om praksis, som er gjort almindeligt tilgængelig, herunder ikke mindst via publiceringen af EPO Guidelines.

EPO Guidelines indeholder en stor mængde relativt detaljerede oplysninger om EPO's praksis. Selv om den administrative praksis hos patentmyndighederne som udgangspunkt ikke er af direkte interesse for reglerne om beskyttelsesomfangets udmåling, er den af betydning i en række andre sammenhænge. Da Patent- og Varemærkestyrelsens praksis i meget vid udstrækning er harmoniseret med EPO's praksis, er det lagt til grund, at Patent- og Varemærkestyrelsens praksis er i overensstemmelse med EPO's i EPO Guidelines beskrevne praksis, medmindre der er konkret grund til at antage, at det forholder sig anderledes.[6]

Reglerne om den nærmere afgrænsning af enerettens indhold og om undtagelserne fra patentbeskyttelsen, jf. navnlig patentlovens § 3, § 3 a, § 3 b og § 5, falder uden for denne fremstillings rammer, selv om de er af betydning for afgrænsningen af de handlinger, over for hvilke et patent kan håndhæves.[7] I praksis giver reglerne om enerettens indhold og undtagelserne i øvrigt relativ sjældent anledning til tvivl.

Ifølge brugsmodellovens § 27 skal en brugsmodelregistrerings beskyt-

---

6. I Patent- og Varemærkestyrelsens vejledning P 4.-3-2 version maj 2000 fra »Patenthåndbogen« er det udtrykkeligt anført, at styrelsens praksis i meget vid udstrækning er harmoniseret med EPO's praksis. Se også Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret 5. udg. (1999) s. 166 med yderligere henvisninger, hvor det er anført, at EPO's praksis nødvendigvis må være normgivende for Patent- og Varemærkestyrelsens praksis vedrørende patentudstedelsen.
7. § 3 a og § 3 b om patenter på biologisk materiale blev indføjet som følge af den ændringslov, Folketinget vedtog den 26. maj 2000 – lov nr. 66 om ændring af patentloven med videre.

telsesomfang fastlægges på en måde, som minder en hel del om den måde, hvorpå patenters beskyttelsesomfang skal fastlægges. Spørgsmålet om brugsmodelregistreringers beskyttelsesomfang falder på trods heraf helt uden for denne bogs rammer. Det skyldes navnlig, at der ikke foreligger nogen offentliggjort retspraksis om det beskyttelsesomfang, som man får ved en brugsmodelregistrering.

1.2. *Afgrænsningen af dommernes kompetence over for syns- og skønsmændenes – jus x faktum*

Ifølge den herskende lære henhører spørgsmål om en sags faktum under syns- og skønsmændene, mens spørgsmål om sagens jus henhører under dommerne.[8] Syn og skøn spiller en betydelig rolle i patentsager, og udfaldet af et syn og skøn er oftest af væsentlig betydning for sagernes afgørelse.[9] Allerede derfor er der stor interesse knyttet til spørgsmålet om, hvad det tilkommer syns- og skønsmænd at tage stilling til i sager vedrørende patenters beskyttelsesomfang. I flere sager ser man, *at* syns- og skønsmænd i en eller anden form har udtalt sig om, hvorvidt en omtvistet genstand efter deres vurdering må anses for at være omfattet af et patent, og *at* retten i sin domsbegrundelse har henvist til sådanne udtalelser.[10] Endvidere støder man i litteraturen på det synspunkt, at afgørelsen

---

8. Erik Hørlyck, Syn og skøn 2. udg. (1992) s. 85, Bernhard Gomard, Civilprocessen 4. udg. (1996) s. 474, Carl Tjur og Claus Høeg Madsen »Syn og skøn« i Proceduren 2. udg. (1980) s. 162 f, P Bentzen-Møller i Juristen 1974 s. 438, Erik Lassen i U 1968 B s. 205 og 214 og Troels G. Jørgensen i Juristen 1943 s. 9.
9. Henrik Zahle, Om det juridiske bevis (1976) s. 535, Mogens Plesner, NIR 1971 s. 121, Erik Hørlyck, Syn og skøn 2. udg. (1992) s. 19 og Poul Jacobsen i UfR 1936 B s. 16 (»Ved behandlingen af patentsager for domstolene bliver som regel syn og skøn det afgørende moment i sagen. Som oftest afgør skønsmændene faktisk hele sagen.«). Som eksempel på, at en påstand om ugyldighed på grund af manglende nyhed ikke blev taget til følge, allerede fordi der ikke var foretaget syn og skøn om de fremlagte modhold, der var af en teknisk karakter, som retten ikke havde den fornødne sagkundskab til at bedømme se Glødelampedommen (UfR 1915 s. 79 H). Som sjældne eksempler på sager, hvor der blev statueret patentkrænkelse uden, at der forelå nogen syns- og skønserklæring, se Murbøsningsdommen (UfR 1962 s. 393 Ø) og Byggesætdommen (UfR 1936 s. 1132 V), hvor der imidlertid forelå en erklæring fra Patentkommissionen, som havde udtalt, at der var tale om krænkelse.
10. Se som eksempler på sådanne udtalelser Kedelfyrdommen (UfR 1899 s. 892) (anså ikke patentet for krænket), Snitpolerjerndommen (UfR 1912 s. 877 H) (»betyder et indgreb«), Lampefatningdommen (UfR 1929 s. 1038 H) (»et klart indgreb«) og Varmestrømkredsdommen (UfR 1936 s. 306 H) (et snævrere beskyttelsesomfang end det af patenthaveren hævdede). Se endvidere Affjedringsdommen (UfR 1966 s. 537 H), hvor det s. 539 er →

af, om der foreligger patentkrænkelse, må bero på en »sagkyndig vurdering«.[11]

Hertil kommer, at grænsedragningen mellem jus og faktum antages at være særlig vanskelig i patentsager.[12] De nævnte forhold giver inden for dette retsområde en særlig anledning til at overveje, hvilke spørgsmål det må tilkomme syns- og skønsmændene at tage stilling til.

Ved hjælp af de kriterier, der ifølge den generelle jus-faktum sondring skal være afgørende for, hvad der i almindelighed er jus og faktum, forsøges det i *kapitel 2* at præcisere, *a)* hvad der specifikt i relation til patenters beskyttelsesomfang skal anses for faktuelle spørgsmål, som det tilkommer syns- og skønsmændene at tage stilling til, og *b)* hvad der i modsætning hertil skal anses for at udgøre de juridiske spørgsmål, det tilkommer dommerne at tage stilling til.

Som det fremgår af analyserne i kapitel 2, fører forsøget til en konklusion om, *at* jus-faktum sondringen ikke kan anses for operationel i den forstand, at man med udgangspunkt i begreberne jus og faktum kan afgøre, om et spørgsmål henhører under dommerne eller syns- og skønsmændene, og *at* det i stedet må være grænserne for dommernes og syns- og skønsmændenes forskellige faglige ekspertiser, der er bestemmende for kompetencefordelingen.

1.3. *Patentsystemets samfundsmæssige begrundelse og dens betydning for beskyttelsesomfangets udmåling*

Forholdets natur er almindeligt anerkendt som værende af betydning i den retsdogmatiske argumentation, hvad enten *a)* man som de fleste, herunder Alf Ross, anser forholdets natur for at være en selvstændig retskilde, *b)* man som Preben Stuer Lauridsen betragter forholdets natur som en måde, hvorpå de øvrige retskilder kan fortolkes, eller *c)* man som Morten Wegener i hvert enkelt tilfælde vil lade valget mellem de 2 synsvinkler komme

---

anført, at syns- og skønsmænd blev udmeldt til at udtale sig om patentets beskyttelsesomfang. Henvisning til sådanne udtalelser i domsbegrundelsen finder man blandt andet i Varmestrømskredsdommen (UfR 1936 s. 306 H). I Byggesætdommen (UfR 1936 s. 1132 V) var der ikke tale om syn og skøn, men der forelå en udtalelse fra Patentkommissionen, ifølge hvilken der forelå krænkelse, og retten kom med udtrykkelig henvisning til Patentkommissionens erklæring frem til, at der var tale om krænkelse.

11. Mogens Koktvedgaard og Lise Østerborg, »Patentloven« 2. udgave (1979) s. 214 og 279 og Mogens Koktvedgaard, Lærebog i immaterialret 5. udg. (1999) s. 230.
12. Hardy Andreasen, Juristen 1942 s. 279.

an på den konkrete anvendelse af forholdets natur.[13] De bag patentsystemet liggende reale hensyn kan med andre ord være af betydning for reglerne om patenters beskyttelsesomfang.

I *kapitel 3* redegøres der for de reale hensyn, der må antages at ligge bag indførelsen og opretholdelsen af det danske patentsystem, hvorefter det overvejes, hvilke forhold disse reale hensyn taler for at tillægge hvilken betydning ved fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang. Senere (i kapitlerne 5-8) undersøges det, i hvilket omfang de pågældende forhold rent faktisk er blevet tillagt betydning i hidtil gældende dansk ret, og endnu senere (i kapitel 9) tages det op til overvejelse, om der fremover er grund til at tillægge de relevante forhold større eller mindre betydning end det er sket i hidtil gældende dansk ret.

1.4. *Den anvendte beskrivelsesmodel*

En juridisk fremstillings beskrivelse af reglerne på et retsområde må nødvendigvis basere sig på en beskrivelsesmodel/juridisk konstruktion (herefter kaldet »beskrivelsesmodel«), som kan bruges til at analysere og beskrive retsområdets forskellige regler og deres indbyrdes sammenhænge. Reglerne om udmåling af patenters beskyttelsesomfang er karakteriseret ved en række forskellige teorier – patentkravslæren, ækvivalenslæren med flere – og dertil hørende mere eller mindre veludviklede beskrivelsesmodeller. Denne fremstilling anvender ikke nogen af retsområdets gængse beskrivelsesmodeller. I stedet er valget faldet på den af Bent Christensen i Hjemmelsspørgsmål udviklede model til beskrivelse af en skønsmæssig regels retsfaktum (herefter kaldet »afvejningsmodellen«). Selv om afvejningsmodellen er udviklet inden for forvaltningsretten, må den nemlig anses for bedre egnet end de gængse beskrivelsesmodeller.

Ifølge Bent Christensens model kan man anskue en skønsmæssig retsregels retsfaktum som i hovedsagen bestående af 3 ting, nemlig for det 1. en overordnet afvejningsparameter, for det 2. en identifikation af de relevante kriterier, som skal/kan indgå i den skønsmæssige afvejning, og for det 3. en beskrivelse af de parametre, som er afgørende for den indbyrdes

---

13. Alf Ross, Ret og retfærdighed (1971) s. 118 f, Preben Stuer Lauridsen, Retslæren (1977) s. 374 og Morten Wegener, Juridisk metode 3. udg. (2000) s. 131 f. Når man vælger at se forholdets natur som en retskilde, defineres forholdets natur ofte (negativt) som den retskilde, der kan føre til et ønsket resultat, når der ikke fra nogen af de øvrige retskilder kan udledes en regel, der giver det fornødne grundlag for det pågældende resultat, jf. Alf Ross, Ret og retfærdighed (1971) s. 118 f. Når man vælger helt eller delvist at se forholdets natur som en form for fortolkning af andre retskilder, indebærer det ikke nogen indskrænkning af området for anvendelsen af forholdets natur, jf. Preben Stuer Lauridsen, Retslæren (1977) s. 369 ff.

afvejning af disse kriterier.[14] I *kapitel 4* redegøres der mere detaljeret for afvejningsmodellen og valget heraf. I den forbindelse argumenteres der for, at afvejningsmodellen må anses for bedre egnet til analyse og beskrivelse af retsområdet end de gængse beskrivelsesmodeller.

1.5. *EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen*

Med henblik på at opnå en harmonisering af de forskellige nationale regler om fastlæggelse af patenters beskyttelsesomfang, for så vidt angår europæiske patenter, der er registreret i de enkelte lande, er der i EPK art. 69 en til patentlovens § 39 svarende bestemmelse om det beskyttelsesomfang, som skal følge af et udstedt europæisk patent. Den tilsigtede harmonisering er imidlertid langt fra slået igennem i fuldt omfang, og selv på nordisk plan kan det ikke lægges til grund, at praksis er ensartet, selv om der i mange år har været et intenst nordisk samarbejde inden for patentretten. På trods af de europæiske og nordiske harmoniseringsbestræbelser foreligger der således langt fra nogen ensartet praksis.[15]

De lande, der har tiltrådt EPK, skal tildele de af EPO udstedte europæiske patenter, som registreres i medlemslandene, et beskyttelsesomfang svarende til det, der fremgår af EPK art. 69. Det vil i den danske oversættelses formulering sige, at beskyttelsesomfanget skal fastlægges på følgende måde:

---

14. Bent Christensen, Forvaltningsret – hjemmelsspørgsmål (1980) s. 120 ff. og Bent Christensen, Forvaltningsret – Opgaver Hjemmel Organisation 2. udg. (1997) s. 157 ff.
15. Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret, 5. udgave (1999) s. 232: »De hidtidige erfaringer synes at vise, at der fortsat er betydelige forskelle, når det gælder fastlæggelsen af patentbeskyttelsens omfang.« Joseph Straus har i overensstemmelse hermed i NIR 1999 s. 473 f givet udtryk for skepsis med hensyn til tilstrækkeligheden af EPK art. 69. Berndt Godenhielm var også af den opfattelse, at den tilsigtede harmonisering langt fra er indtrådt, jf. Patentskyddets Omfattning (1994) s. 172: »Olika länder har haft olika traditioner för hur patentkraven skal tolkas och det förefaller som om man gett EPC-reglarne en tolkning som närе överensstemmer med vad som varit brukligt i det egna landet.« Se også til dels i samme retning Romuald Singer, The European Patent Convention (1995) s. 254.

    Godenhielms antagelse har god næring i de danske lovmotiver i forbindelse med ændringen af patentloven i 1989 i forbindelse med Danmarks ratifikation af Den Europæiske Patentkonvention, jf. bemærkningerne til patentlovens § 89 i lovforslaget. Der er følgende nemlig anført: »Artikel 69 giver regler for omfanget af den beskyttelse, som følger af det europæiske patent. I dansk patentlovgivning findes den tilsvarende regel i patentlovens § 39. Som denne regel skal forstås i henhold til patentlovens forarbejder, og således som reglen anvendes i praksis, må det antages, at der er overensstemmelse mellem Den Europæiske Patentkonvention og patentlovens fastlæggelse af patentbeskyttelsens omfang.«

    Lise Dybdahl har i Europæisk Patent (1999) s. 265 f påpeget, at en reel harmonisering af reglerne kræver en form for overnational europæisk patentdomstol. Se også Jens Schovsbo, Immaterialretsaftaler (2001) s. 313.

> »Beskyttelsesomfanget for et europæisk patent eller en europæisk patentansøgning bestemmes af indholdet af patentkravene. Beskrivelsen og tegningerne kan dog anvendes til fortolkning af patentkravene.«

Sammenligner man EPK art. 69 og patentlovens § 39 vil man se, at bestemmelserne er forskellige derved, *at* der i den danske § 39 ikke som i art. 69 er anvendt udtrykket »indholdet af patentkravene« men blot »patentkravene«, og *at* vejledning fra beskrivelsen i § 39 kan tjene »til forståelse af patentkravene« i stedet for som i art. 69 at kunne anvendes »til fortolkning af patentkravene«.[16] Det har været genstand for overvejelser, om sådanne formuleringsmæssige forskelle afspejler indholdsmæssige forskelle.[17] Det har blandt andet været fremført, at valget af de nordiske formuleringer i 1964-betænkningen skulle afspejle en restriktiv opfattelse af patenters beskyttelsesomfang.[18] De lidt forskellige formuleringer af § 39 og EPK art. 69 syntes imidlertid ikke i sig selv at kunne give grundlag for at antage, at der nødvendigvis skal være realitetsforskelle mellem indholdet af de til bestemmelserne svarende regler.

EPK forefindes i 3 officielle versioner, nemlig engelsk, tysk og fransk. Disse 3 versioner skal i medfør af EPK art. 177 anses for lige autentiske og dermed lige afgørende for konventionens fortolkning. EPK art. 69 har i de engelske, tyske og franske versioner følgende ordlyd:

> »Extent of Protection
> The extent of the protection conferred by a European patent or a European patent application shall be determined by the terms of the claims. Nevertheless, the description and drawings shall be used to interpret the claims.«

> »Schutzbereich
> Der Schutzbereich des europäischen Patents und der europäischen Patentanmeldung wird durch den Inhalt der Patentansprüche bestimmt. Die Beschreibung und di Zeichnungen sind jedoch zur Auslegung der Patentansprüche heranzuziehen.«

---

16. Patentlovens § 39 og Den Europæiske Patentkonventions art. 69 har det til fælles, at de begge er inspireret af Strasbourg-konventionens art. 8, stk. 3. Den Europæiske Patentkonventions art. 69 har en formulering som fuldstændig svarer til formuleringen af Strasbourgkonventionens art, 8, stk. 3, mens de nordiske lande, herunder Danmark, valgte en lidt afvigende formulering.
17. Se for eksempel Gunnar Lind i NIR 1980 s. 29 f og Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 167.
18. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 167.

»Etendue de la protection
L'éntendue de la protection conférée par le brevet européen ou par la demande de brevet européen est déterminée par la teneur des revendications. Toutefois, la description et les dessins servent à interpréter les revendications.«

Ordlyden af EPK art. 69 i de 3 officielle sprog syntes ikke at kunne lede til nogen anden konklusion end den, der ovenfor er anført vedrørende de formuleringsmæssige forskelle mellem patentlovens § 39 og den danske version af EPK art. 69.

Til EPK art. 69 er der knyttet en protokol, der har til formål at sige noget mere præcist om den rette fortolkning af EPK art. 69. Fortolkningsprotokollen udgør i medfør af EPK art. 164 en integreret del af konventionen, og den er således bindende for de kontraherende stater på samme måde som art. 69. Fortolkningsprotokollen har i dansk oversættelse følgende ordlyd:[19]

»Artikel 69 må ikke fortolkes således, at det europæiske patents beskyttelsesomfang bestemmes ved den snævre, bogstavelige betydning af patentkravenes ordlyd, idet beskrivelsen og tegningerne alene tjener til at fjerne eventuelle flertydigheder i kravene. Artikel 69 må heller ikke fortolkes således, at patentkravene kun tjener som retningslinie, og at beskyttelsen i virkeligheden omfatter det, som en fagmand på grundlag af en gennemgang af beskrivelsen og tegningerne mener, at patenthaveren har ønsket at få beskyttet. Artiklen skal derimod gives en fortolkning, som ligger mellem disse yderpunkter, og som forener en passende beskyttelse for patenthaveren med en rimelig sikkerhed for tredjemand.« [20]

Fortolkningsprotokollen har i de officielle engelske, tyske og franske versioner, der er afgørende for EPK's fortolkning, følgende ordlyd:

---

19. Det var hensigten med art. 69 og den dertil knyttede fortolkningsprotokol at finde et kompromis mellem på den ene side de relativt liberale tyske regler og de relativt strikse engelske regler. Hverken dagældende tyske rets eller engelske retsregler svarer dog til Fortolkningsprotokollens beskrivelse af de ekstreme løsninger, som ifølge protokollen bør undgås. Ret beset har de i protokollen beskrevne ekstremer således nærmest karakter af en karikatur af de faktiske forhold. Se Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immateraielret 5. udg. (1999)
s. 231, Romuald Singer, The European Patent Convention (1995) s. 253 f og Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 166 f og 172 f.
19. Oversættelsen til dansk stammer fra bilagene til lovforslag nr. 54 af 9. marts 1977 om ændring af patentloven.
20. Romuald Singer, The European Patent Convention s. 253 og Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning s. 167.

»Article 69 should not be interpreted in the sense that the extent of the protection conferred by a European patent is to be understood as that defined by the strict, literal meaning og the wording used in the claims, the description and drawings being employed only for the purpose of resolving an ambiguity found in the claims. Neither should it be interpreted in the sense that the claims serve only as a guideline and that the actual protection conferred may extend to what, from a consideration of the description and drawings by a person skilled in the art, the patentee has contemplated. On the contraty, it is to be interpreted as defining a position between these extremes which combines a fair protection for the patentee with a reasonable degree of certainty for third parties.«

»Artikel 69 ist nicht in der Weise auszulegen, dass unter dem Schutzbereich des europäischen Patents der Schutzbereich zu verstehen ist, der sich aus dem genauen Wortlaut der Patentansprüche ergibt, und dass die Beschreibung sowie die Zeichnungen nur zur Behebung etwaiger Unklarheiten in den Patentansprüchen anzuwenden sind. Ebensowenig ist Artikel 69 dahingehend auszulegen, dasss di Patentansprüche lediglich als Richtlinie dienen und der Scutzbereich sich auch auf das erstreckt, was sich dem Fachmann nach Prüfung der Beschreibung und der Zeichnungen als Schutzbegehren des Patentinhabers darstellt. Die Auslegung soll vielmehr zwischen diesen extremen Auffassungen liegen und einen angemessenen Schutz für den Patentinhaber mit ausreichender Rechssicherheit für Dritte verbinden.«

»L'article 69 ne doit pas être interprété comme signifiant que l'étendue de la protection conférée par le brevet européen est déterminée au sens étroit et littéral du texte des revendications et que la description et les dessins servent uniquement à dissiper les ambiguïtés que pourraient recéler les revendications. Il ne doit pas davantage être interprété comme signifiant que les revendications servent uniquement de ligne directrice et que la protection s'étend éxgalement à ce que, de l'avis d'un homme du métier ayant examiné la description et les dessins, le titulaire du brevet a entendu protéger. L'article 69 doit, par contre, être interprété comme définissant entre ces extrêmes une position qui assure à la fois une protection équitable au demandeur et un degré raisonnable de certitude aux tiers.«

Som det fremgår, er der – heldigvis – en så høj grad af overensstemmelse mellem de 3 officielle sprogversioner af Fortolkningsprotokollen og den danske oversættelse, at de 3 officielle versioner ikke i sig selv kan antages at føre til resultater, der må afvige fra det, som man kan udlede af den danske oversættelse.

Selv om det i princippet kun er de engelske, tyske og franske sprogversioner, der i henhold til EPK art. 177 er officielle og dermed afgørende for fortolkningen af EPK, må det som følge af det anførte om EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen anses for fuldt ud forsvarligt at tage udgangs-

punkt i de danske oversættelser af art. 69 og protokollen. Her i bogen tages der derfor udgangspunkt i de danske oversættelser.

1.6. *Forholdet mellem a) patentlovens § 39 og b) EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen*

I England har man i patentloven fået en bestemmelse, som stort set svarer til EPK art. 69. Derudover har man gennem en udtrykkelig henvisning inkorporeret Fortolkningsprotokollen. Den almindelige tendens er dog, *at* man – som i Danmark – nøjes med en bestemmelse, som mere eller mindre svarer til art. 69, og *at* Fortolkningsprotokollen således ikke udtrykkeligt inkorporeres i den nationale lovgivning.[21] I bemærkningerne til lovforslaget vedrørende Danmarks ratifikation af EPK blev det forudsat, at patentlovens § 39 fortolket i overensstemmelse med 1967-patentlovens forarbejder og hidtidig retspraksis er i fuld overensstemmelse med EPK art. 69 og dermed med Fortolkningsprotokollen. Følgelig blev det anset for unødvendigt med en udtrykkelig inkorporering af art. 69 og Fortolkningsprotokollen.[22] Forudsætningen om fuld overensstemmelse er imidlertid ikke korrekt.

Under forhandlingerne om Den Europæiske Patentkonvention var fortolkningsprotokollen i 1973 genstand for drøftelser på en diplomatisk konference i München. Det blev fra svensk side foreslået at tilføje følgende til protokollen:

> »It must be guaranteed that a patentee shall not derive advantage by making the claims ambiguous«.

Formuleringen svarer til nogle af de bemærkninger, som man kan finde i 1964-betænkningen, det danske lovforslag fra 1967 og tilsvarende svenske lovmotiver. Under den diplomatiske konference støttede de øvrige nordiske lande det svenske forslag, som imidlertid blev nedstemt med stemmerne 10:4.[23] Man kan med andre ord konkludere, at der er en konflikt mellem på den ene side forarbejderne til den danske patentlovs § 39 og på den anden side forarbejderne til EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen. Denne konflikt mellem forarbejderne til de 2 regelsæt må anses for egnet til at så tvivl om rigtigheden af de danske forarbejders forudsæt-

---

22. Se bemærkninger til § 89 i forslaget til lov om Danmarks ratifikation af Den Europæiske Patentkonvention (lovforslag nr. 8 fra folketingsåret 1988-89).
23. Romuald Singer, The European Patent Convention, s. 260. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning s. 168 ff.

ning om, at hidtil gældende dansk ret er i fuld overensstemmelse med EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen. Hertil kommer, at der også mere generelt kan være grund til at forholde sig skeptisk over for lovforarbejdernes bemærkning om, at EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen ikke fordrer nogen ændringer af hidtil gældende dansk ret. Der syntes nemlig at være en tendens til, at man i forbindelse med lovforberedende arbejde med rund hånd og til tider på et ret løst grundlag strør om sig med sådanne beroligende bemærkninger, som er egnede til at gøre et lovforslag mindre kontroversielt.[24]

Når den i lovforarbejderne udtrykte forudsætning om fuld overensstemmelse mellem på den ene side patentlovens § 39, 1967-patentlovens forarbejder og hidtidig dansk praksis og på den anden side EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen, kan være af tvivlsom rigtighed, er der grund til at overveje, hvorvidt patentlovens § 39 primært bør fortolkes *a)* i overensstemmelse med forarbejderne til 1967-patentloven og retspraksis fra før 1990, hvor Danmark tiltrådte EPK, eller *b)* i overensstemmelse med EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen.

Det forhold, at Danmark i forbindelse med tiltrædelsen af EPK har påtaget sig en traktatmæssig forpligtelse til at følge art. 69 og Fortolkningsprotokollen, indebærer ikke nødvendigvis, at en regel svarende til forpligtelsens indhold automatisk transformeres til en del af dansk ret. I sager, der finder deres afgørelse ved danske domstole gælder national dansk ret og kun national dansk ret, uanset om den er i strid med Danmarks traktatmæssige forpligtelser.[25]

Tidligere blev det antaget, at der til gennemførelse af art. 69 og Fortolkningsprotokollen i dansk ret kræves en dansk retsskabende akt i form af vedtagelse af en ny lov, en lovændring eller lignede, medmindre dansk ret allerede er i overensstemmelse de traktatmæssige forpligtelser. Det blev dog antaget, at der muligvis kan opstilles den fortolkningsregel, at dansk ret, *hvor der kan være tvivl om indholdet af dansk ret*, må forstås på en måde, som bringer den bedst i overensstemmelse med Danmarks traktatmæssige forpligtelser. Omvendt blev det antaget, at der ikke gælder en formodning om, at nationale danske regler *i almindelighed* må fortolkes i overensstemmelse med Danmarks traktatmæssige forpligtelser.[26]

---

24. Se også Mogens Koktvedgaard i NIR 1967 s. 71 og 75, hvor det er anført, *at* forarbejdernes bemærkning om, at § 39 svarer til praksis fra før 1967-patentloven, næppe er ganske vellykket eller velovervejet, og *at* bemærkningen næppe bør tillægges afgørende betydning.
25. Alf Ross, Lærebog i folkeret 6. udg. (1984) s. 72, Claus Gulmann m.fl., Folkeret 1. udg. (1989) s. 87 f, Ole Spiermann, Moderne folkeret – efter det 20. århundrede (1999) s. 492.
26. Alf Ross, Lærebog i folkeret 6. udg. (1984) s. 80.

I nyere tid syntes der dog at være en tendens til at tillægge Danmarks folkeretlige forpligtelser øget betydning for indholdet af dansk ret, jf. for eksempel Torben Jensens artikel »Om domstolenes retsskabende, retsudfyldende og responderende virksomhed« i UfR 1990 B s.446 f, hvor det er anført, *at* nationale danske retsregler *i almindelighed* så vidt muligt skal fortolkes på den måde, der bedst bringer dem i overensstemmelse med de folkeretlige krav, og *at* domstolene i øvrigt må anses for berettigede til at antage, at det er lovgivningsmagtens hensigt, at nationale regler ikke må stride mod internationale forpligtelser.[27]

Det fremgår udtrykkeligt af de omtalte forarbejder til ratifikationslovforslaget, at det ikke har været hensigten at skabe en situation, hvor de nationale danske regler strider mod Danmarks folkeretlige forpligtelser i medfør af EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen. Endvidere må en fortolkning af § 39 i overensstemmelse med EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen vurderes at ligge inden for de muligheder, der følger af § 39's formulering. Under hensyn hertil og under hensyn til udviklingen i retning af at lægge mere vægt på Danmarks folkeretlige forpligtelser, forekommer det ubetænkeligt at konkludere, at § 39 bør fortolkes i overensstemmelse med EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen.[28]

Danmarks folkeretlige forpligtelser i medfør af EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen gælder principielt set kun europæiske patenter, der i medfør af patentlovens § 77 er registreret i Danmark. Det må imidlertid have formodningen mod sig, at § 39 skal fortolkes på én måde i relation til de i Danmark registrerede patenter udstedt af Den Europæiske Patentmyndighed og på en anden måde i relation til patenter udstedt af den danske patentmyndighed.[29] Det forekommer derfor rimeligt at konkludere, at § 39 helt generelt bør fortolkes i overensstemmelse med EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen. For så vidt angår nationale danske patenter med prioritetsdag

---

27. Se også for eksempel Claus Gulmann m.fl., Folkeret 1. udg. (1989) s. 91 ff og 94. Ole Spiermann, Moderne folkeret – efter det 20. århundrede (1999) s. 496 f, 504 og 505 f og Niels Madsen, »Domstolenes anvendelse af folkeret og EF-ret« i Højesteret 1661-1986 (1986) s. 33 ff.
28. Berndt Godenhielm har i relation til spørgsmålet om forholdet mellem de nordiske landes forarbejder og Fortolkningsprotokollen også gjort sig til talsmand for den opfattelse, at fortolkningsprotokollen må tillægges større betydning end forarbejderne til de nordiske patentlove, jf. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning s. 171. Han har begrundet resultatet med, at formålet med art. 69 og fortolkningsprotokollen er en harmonisering af retstilstanden. I hvert fald efter dansk ret vil formålet med EPK art. 69 ikke i sig selv være tilstrækkelig begrundelse.
29. I EPK-landene er det udtryk for en generel tendens, at der ikke sondres mellem europæiske patenter og nationalt udstedte patenter, når det kommer til beskyttelsesomfangets udmåling, jf. Are Stenvik, Pateners Beskyttelsesomfang (2001) s. 280.

før Danmarks tiltrædelse af EPK, kan der dog argumenteres for, at deres beskyttelsesomfang skal udmåles efter de hidtil gældende danske regler.[30]

Internationalt hersker der langt fra enighed om, hvordan EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen skal fortolkes, jf. det derom anførte ovenfor. Vurderingen af, hvilke krav art. 69 og Fortolkningsprotokollen stiller til de nationale regler om fastlæggelsen af patenters beskyttelsesomfang, kan derfor ikke tage udgangspunkt i en opfattelse, hvorom der internationalt set hersker en rimelig grad af enighed.[31] I mangel heraf må man derfor her i landet – ligesom man gør i andre lande – fortolke art. 69 og Fortolkningsprotokollen under anvendelse af den normalt anvendte nationale juridiske metode, hvorefter man kan overveje, i hvilket omfang den derved fremkomne fortolkning bør give anledning til justeringer i forhold til hidtil gældende dansk ret.[32]

Når det i forarbejderne til patentloven er anført, at hverken fremkomsten af patentlovens § 39 i 1968 eller Danmarks tiltrædelse af EPK i 1990 skulle indebære nogen ændringer i forhold til hidtidig praksis, må udgangspunktet fra en dansk synsvinkel være, at hidtil gældende dansk ret antages at være i overensstemmelse med art. 69 og Fortolkningsprotokol-

---

30. Det er nemlig et udbredt ikrafttrædelsesprincip ved materielle ændringer af patentloven, at ændringerne finder anvendelse på patentansøgninger og patenter med prioritetsdag *efter* lovens normale ikrafttrædelsesdag, jf. for eksempel 1967-patentlovens kap. XI. Hvis lovgiver havde været sig bevidst, at EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen kræver ændringer i de danske regler om patenters beskyttelsesomfang, er det derfor sandsynligt, at lovgiver ville have holdt ældre patentansøgninger og patenter fri af ændringerne.

31. Se i samme retning Are Stenvik, Patentrett (1999) s. 329, hvor følgende er anført: »I mangel av europeisk eller internasjonal rettslikhet kan fremmed praksis bare tilleggees begrenset rettskildemessig vekt.« I overensstemmelse hermed har Mogens Plesner konkluderet, at
der i dansk højesteretspraksis ikke bliver tillagt udenlandsk domspraksis synderlig vægt i patentretlige sager, jf. Ånd og rett, Festskrift til Birger Stuevold Lasssen (1997) s. 823.

    Det bør dog nævnes, at Stenvik i sin afhandling, Patenters Beskyttelsesomfang, fra 2001 syntes at have skiftet holdning til den retskildemæssige vægt af fremmed praksis, idet han der har gjort sig til talsmand for, at udgangspunktet for analysen af norsk ret nødvendigvis søges i international/fremmed ret, hvilket til dels begrundes i retsområdes »international karakter«. Se herom navnlig Are Stenvik, Patenters Beskyttelsesomfang (2001) s. 217, 218 ff, 228 og 671.

32. For så vidt angår norsk ret vedrørende patenters beskyttelsesomfang, har Are Stenvik i Patentrett til dels i mangel af relevante norske domme valgt at tage udgangspunkt i Tysk ret. Som begrundelse herfor er anført, at ækvivalenslæren efter hans opfattelse er mere udviklet i tysk ret, og at han i øvrigt anser patentsystemet i Tyskland for at være det mest indflydelsesrige i Europa, jf. Are Stenvik, Patentrett (1999) s. 329. Se dog omtalen af Stenviks Patenters Beskyttelsesomfang i den forudgående note. Som det fremgår, er det her i kapitlet lagt til grund, at der for så vidt angår dansk ret, ikke er grund til at kaste sig i armene på noget fremmed retssystem.

len.[33] I det omfang der *relativ klart* er grund til at antage, at art. 69 og Fortolkningsprotokollen kræver ændringer i forhold til hidtil gældende dansk ret, kan forarbejdernes forudsætning om den uændrede videreførelse af hidtil gældende dansk ret dog ikke opretholdes, og fortolkningen af patentlovens § 39 bør derfor justeres tilsvarende. Forarbejdernes forudsætning bør dog nok i rimelig grad respekteres, således at den konkrete udformning af de påkrævede ændringer sker på en måde, der i vidt omfang er loyal over for hidtil gældende dansk ret. Det regelsæt, der fremkommer som følge af de nødvendige ændringer, kaldes i det følgende »fremover gældende dansk ret«.

Den skitserede strategi for fortolkning af den danske patentlovs § 39 i lyset af EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen afspejler den kursændring i forhold til hidtil gældende dansk ret, som man når frem til, *hvis* man har et relativt afslappet forhold til forarbejdernes udtalelse om, at hidtidig praksis skal videreføres, og *hvis* man ved fortolkningen af patentlovens § 39 lægger noget mere vægt på EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen. Derved kommer man frem til nogle regler, som udgør en justeret version af den nationale tradition inden for retsområdet. Om de metodemæssige valg, som denne tilgangsvinkel giver anledning til se nærmere i afsnit 1.7 nedenfor.

De på denne måde udviklede regler for fremover gældende dansk ret kan ifølge sagens natur ikke være udtryk for en fuldstændig harmoniseret løsning, selv om der er tale om et væsentligt skridt i den rigtige retning. Internationalt set er dette imidlertid langt fra noget særsyn, idet de fleste EPK-lande som tidligere omtalt blot har videreført deres hidtidige regler i mere eller mindre uændret form. Den her i bogen som »fremover gældende dansk ret« foreslåede justering af dansk ret er således udtryk for en mere vidtgående harmonisering end den man finder i (flertallet af) de øvrige EPK-lande.

1.7. *Hidtil gældende dansk ret og fremover gældende dansk ret*

Da udviklingen af reglerne i fremover gældende dansk ret som omtalt ovenfor må tage udgangspunkt i hidtil gældende dansk ret, er det nødvendigt først at analysere hidtil gældende dansk ret. Derefter kan analyseresultaterne sammenholdes med de krav der må antages at følge af fortolkningen af patentlovens § 39 i lyset EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen.

---

33. Se Folketingstidende A 1967/68 sp. 1520 og bemærkningerne til § 89 i forslaget til lov om Danmarks ratifikation af Den Europæiske Patentkonvention (lovforslag nr. 8 fra folketingsåret 1988-89).

Indholdet af hidtil gældende dansk ret er emnet for kapitlerne 6, 7 og 8. Formålet med analyserne af hidtil gældende dansk ret er primært at tilvejebringe det nødvendige grundlag for den i kapitel 9 følgende analyse og beskrivelse af fremover gældende dansk ret.

I forbindelse med analysen af hidtil gældende dansk ret, er det relevant at overveje, *hvornår* noget må anses for at afspejle hidtil gældende dansk ret, og hvornår det må anses for at udgøre en del af fremover gældende dansk ret.

Danmark tiltrådte EPK den 1. januar 1990. Denne dato må derfor som udgangspunkt ligge til grund for afgrænsningen af hidtil gældende dansk ret over for fremover gældende dansk ret. Imidlertid syntes den ved tiltrædelsen af EPK aktualiserede betydning af art. 69 og Fortolkningsprotokollen ikke at have spillet nogen rolle for dansk ret efter 1990 – hverken i litteraturen eller retspraksis.

For så vidt angår de ganske få relevante domme, der er afsagt efter tiltrædelsen af EPK, syntes ingen af parterne at have påberåbt sig Fortolkningsprotokollen, hvilket kan være en af årsagerne til, at dommerne øjensynlig ikke har fundet anledning til at overveje protokollens betydning for beskyttelsesomfanget.[34]

Da man således hverken i nyere retspraksis eller litteratur har antydet et kursskifte i forhold til tiden før tiltrædelsen af EPK, forekommer det mest korrekt alligevel ikke at vælge tiltrædelsesdagen som den dag, hvor hidtil gældende dansk ret blev bragt til ophør. Det forudsættes derfor i forbindelse med behandlingen af hidtil gældende dansk ret, at det praktiske retsliv hidtil har været temmelig upåvirket af tiltrædelsen, således at selv den (ret begrænsede) retspraksis og litteraturen, som stammer fra tiden efter EPK-tiltrædelsen, stadig kan siges at afspejle hidtil gældende dansk ret. Den anvendte skæringsdag for hidtil gældende dansk ret er følgelig den 1. januar 2002, idet der her i bogen ikke er taget højde for domme, litteratur og andet materiale fra tiden efter den 31. december 2001.

Selv om der med patentlovens § 39 som noget nyt kom en udtrykkelig bestemmelse om patenters beskyttelsesomfang ind i den danske patentlov i 1967, kan den nødvendige analyse af retspraksis ikke begrænses til sager afgjort efter *1967-patentlovens ikrafttræden*. Det fremgår nemlig af motiverne, at man forudsatte, at § 39 ikke skulle føre til nogen ændringer

34. Danmark tiltrådte Den Europæiske Patentkonvention den 1. januar 1990. De eneste domme fra trykt retspraksis, der er afsagt efter tiltrædelsen, er Slibeskivedommen (UfR 1992 s. 704 H) og Ranitidindommen (UfR 1993 s. 859 H). I ingen af disse 2 sager påberåbte nogen af parterne sig Fortolkningsprotokollen.

i forhold til hidtidig retspraksis.[35] Med andre ord må analysen omfatte de relevante domme helt tilbage fra 1894, hvor Danmark fik sin første egentlige patentlov i moderne forstand.

Som det fremgår, var der indtil 1967 ikke nogen bestemmelse, som udtrykkeligt udtalte sig om, hvorledes beskyttelsesomfanget i et udstedt patent skulle fastlægges. I patentloven og patentbekendtgørelsen var der dog en række bestemmelser, som på forskellig vis stillede krav om, *at* en patentansøgning skulle indeholde patentkrav, og *at* de skulle angive det, som ansøgeren ønskede beskyttet ved patentet. Patentkravene blev anset for at være en del af beskrivelsen, og de ved udstedelsen godkendte patentkrav var på samme måde som nu en integreret del af det udstedte patent.[36]

Introduktionen af § 39 i 1967-patentloven var således ikke udtryk for nogen dramatisk udvikling i den danske patentlovgivning, jf. i øvrigt det allerede anførte om, at man i forarbejderne til § 39 forudsatte en uændret videreførsel af retspraksis. Som udgangspunkt er der derfor på trods af tidligere tiders mangel på en udtrykkelig bestemmelse om beskyttelsesomfanget ikke nogen grund til at håndtere analysen af de ældre domme anderledes end analysen af nyere domme.

Ifølge Mogens Koktvedgaard kan den egentlige vejledning kun baseres på den *nationale* og *internationale patentretlige tradition* således som den er kommet til udtryk i de konkrete retssager.[37] Selv om den egentlige vejledning ifølge Koktvedgaard til dels må søges i den internationale patentretlige tradition, som denne er kommet til udtryk i retspraksis, vil *udenlandsk retspraksis* ikke blive inddraget i behandlingen af hidtil gældende dansk ret. Det skyldes 2 forhold.

For det *1.* har retspraksis som tidligere omtalt ikke en så homogen karakter i de forskellige lande, at det er muligt at identificere og beskrive en doktrin som et i rimelig grad adækvat udtryk for en bestemt patentretlig tradition.[38] Der forefindes ganske enkelt ikke nogen international patentretlig tradition på området. Dette forhold er et af patentrettens store problemer, som i europæisk sammenhæng søges afhjulpet ved indførelse af en overnational patentdomstol, jf. afsnit 1.9 nedenfor.

---

35. Folketingstidende A 1967/68 sp. 1520 f.
36. 1894-patentlovens § 12, 1984-patentbekendtgørelsen § 4, stk. 1, 1915-patentbekendtgørelsen § 4, stk. 1, 12 og 1936-patentbekendtgørelsen § 4, stk. 1.
37. Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret, 5. udgave (1999) s. 236.
38. Se det ovenfor i afsnit 1.5 anførte om, at end ikke den med EPK art. 69 tilsigtede harmonisering har ført til en ensartet praksis i de lande, der har tilsluttet sig EPK, med dertil hørende noter.

For det *2.* er der ikke er grundlag for at antage, at Højesteret i synderlig grad lader sig påvirke af udenlandske retsafgørelser og litteratur.[39]

Som nærmere omtalt ovenfor i afsnit 1.5 har de med det nordiske patentlovssamarbejde, EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen tilsigtede harmoniseringer langt fra haft den ønskede effekt. Med andre ord kan end ikke de tilstræbte nordiske og europæiske harmoniseringer føre til en fravigelse af det ovenfor omtalte metodiske udgangspunkt, ifølge hvilket der desværre må ses bort fra udenlandske domme ved behandlingen af hidtil gældende dansk ret. Analysen af hidtil gældende dansk ret må derfor som udgangspunkt – og på trods af den tilsigtede harmonisering – baseres på en analyse, som end ikke inddrager domme fra de andre nordiske lande eller fra de øvrige lande, der har tiltrådt EPK.

For så vidt angår *litteraturen* er det ikke på samme måde som ved retspraksis muligt at se bort fra det, der kommer fra udlandet. Af historiske årsager, herunder på grund af de nordiske landes omfattende samarbejde inden for patentretten, må de danske forfatteres patentretlige arbejder anses for at udgøre en integreret og uadskillelig del af en særlig nordisk niche inden for den patentretlige verdenslitteratur. Det ville som følge heraf være unaturligt at behandle den danske patentretlige litteratur som noget, der kan anskues relativt isoleret fra den øvrige nordiske litteratur på området. Følgelig er der taget udgangspunkt i den nordiske litteratur, i det omfang teorien omtales eller i øvrigt gøres til genstand for behandling her i bogen.

Det seneste skud på stammen i den nordiske speciallitteratur om beskyttelsesomfanget, Are Stenviks »Patenters Beskyttelsesomfang«, afviger i sit metodiske udgangspunkt så meget fra trenden i den øvrige nordiske patentretlige litteratur, at den dårligt kan siges at høre til i den særlige nordiske niche inden for den patentretlige verdenslitteratur. Som følge heraf henvises der kun til Stenviks afhandling, i det omfang der er tale om noget, som ikke er påvirket af Stenviks særegne metodiske udgangspunkt.[40]

---

39. Mogens Plesner s. 823 i »Noget om udenlandske retsafgørelsers indflydelse på danske domsafgørelser i patent- og varemærkesager« fra Ånd og rett, Festskrift til Birger Stuevold Lassen (1997), herunder navnlig Plesners omtale af Ranitidindommen (UfR 1993 s. 859 H). I overensstemmelse hermed har Mogens Plesner i Juristen 1989 s. 120 anført, at krænkelsesvurderingen kræver indlevning i, hvad der er *dansk* patentretlig tradition.
40. Ifølge Stenviks afhandling Patenters Beskyttelsesomfang fra 2001 må udgangspunktet for analysen af norsk ret nødvendigvis søges i international/fremmed ret. Det skyldes 2 forhold, nemlig *a)* at der er tale om et retsområde af »international karakter«, og *b)* at den tilgængelige vejledning i norsk praksis og andre norske retskilder er særdeles beskeden. Den fremmede ret, Stenvik har valgt at tage udgangspunkt i, er tysk, engelsk,

I forbindelse med omtalen og behandlingen af litteraturen er almindeligt anerkendte standardværker, doktordisputatser, relativt indgående fremstillinger, dansk litteratur og nyere litteratur givet prioritet frem for litteratur af mere perifer betydning, værker af forfattere fra de øvrige nordiske lande, ældre litteratur og fremstillinger, der kun i mindre grad er fokuseret på det for denne bog centrale spørgsmål om beskyttelsesomfanget.

Den valgte prioritering fører til en høj grad af fokus på de senere års litteratur. Det skyldes i vidt omfang, *at* der i de seneste 10 år har været en meget betydelig tilvækst i Nordens immaterialretlige litteratur, herunder ikke mindst den patentretlige litteratur vedrørende beskyttelsesomfanget, og *at* dette spørgsmål i de forudgående 100 år kun i relativt beskedent omfang har været genstand for behandling i litteraturen.

»Lärobok i Immaterialrätt« af Mogens Koktvedgaard og Marianne Levin er naturligvis et vigtigt værk i den svenske litteratur. De der fremførte synspunkter er imidlertid meget lig med synspunkterne i Mogens Koktvedgaards danske »Lærebog i Immaterialret«. Derfor er det fundet unødvendigt at henvise til begge værker. Her i bogen henvises der som følge deraf kun til den danske »Lærebog i Immaterialret«.

I det omfang der i relation til et spørgsmål ikke kan udledes noget relevant af dansk retspraksis, antages hidtil gældende dansk ret at være i overensstemmelse med den i forarbejderne tilkendegivne opfattelse og/eller den i litteraturen fremherskende opfattelse.

Fortolkningsprotokollens krav til ændringer af hidtil gældende dansk ret kan navnlig udledes af den i protokollen foreskrevne fokus på visse reale hensyn. Ifølge sagens natur må kapitel 9 om fremover gældende dansk ret i meget vidt omfang tage udgangspunkt i disse reale hensyn. Til dels

---

amerikansk og fransk ret. Nordisk praksis og litteratur spiller i overensstemmelse hermed en relativt tilbagetrukken rolle i Stenviks afhandling. For så vidt angår udgangspunktet i tysk og engelsk ret, kan der med styrke argumenteres for, at den »korrekte« fortolknings af EPK art. 69 må søges i en syntese af tysk og engelsk ret og formuleringen af EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen. Heri ligger imidlertid ikke, at man nødvendigvis kan have en berettiget forventning om, at de nationale domstole i harmoniseringens hellige navn vil give køb på den nationale patentretlige tradition, jf. det derom anførte andetsteds her i kapitel 1's afsnit 1.7. Endvidere forekommer det umiddelbart mindre velbegrundet at inddrage navnlig amerikansk ret, idet USA som bekendt ikke er et EPK-land. Stenviks afhandling indeholder naturligvis en argumentation for den valgte metode. Hans konklusioner kan, som det fremgår, diskuteres. Hvad der næppe lader sig diskutere er imidlertid, at han konklusioner forekommer ganske overraskende, når de ses i lyset af hans bog Patentrett fra 1999, hvor han side 329 har konkluderet, at »I mangel av europeisk eller internasjonal rettslikhet kan fremmed praksis bare tillegges begrenset rettskildemessig vekt.« Se herom navnlig Are Stenvik, Patenters Beskyttelsesomfang (2001) s. 217, 218 ff, 228 og 671 og Are Stenvik, Patentrett (1999) s. 329.

for at opretholde en rimelig grænseflade mellem *a)* kapitlerne 5-8 om hidtil gældende dansk ret og *b)* kapitel 9 om fremover gældende dansk ret tillægges de pågældende reale hensyn en tilsvarende beskeden vægt ved vurderingen af rettens standpunkt i hidtil gældende dansk ret. Heraf følger det, at kapitlerne 5-8 i meget vidt omfang undlader med udgangspunkt i reale hensyn at forholde sig kritisk til den behandlede retspraksis og den omtalte litteratur. De reale argumenter mod den hidtil herskende retstilstand forefindes således helt overvejende i kapitel 9.

I litteraturen er det en udbredt antagelse, at den forud for patentets prioritetsdato kendte teknik må være af betydning for et patents beskyttelsesomfang. Da den forud for prioritetsdagen kendte teknik også kan føre til, at et patent må anses for ugyldigt, kan det give anledning til at overveje, hvorledes reglerne om fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang forholder sig til reglerne om ugyldighed. Hovedspørgsmålet er, under hvilke omstændigheder den forud kendte teknik kan være af betydning for beskyttelsesomfanget, og under hvilke (andre) omstændigheder den kan medføre hel eller delvis ugyldighed. Dette spørgsmål behandles i *kapitel 5*.

Patentkravenes indhold spiller normalt en særlig rolle i forbindelse med udmålingen af et patents beskyttelsesomfang. Endvidere udgør spørgsmålet om den rette fortolkning af patentkravene i praksis ofte en selvstændig problemstilling. Det har derfor været hensigtsmæssigt at udskille spørgsmålet om hidtil gældende dansk ret vedrørende fastlæggelsen af patentkravenes indhold gennem fortolkning til behandling i et separat kapitel.

I *kapitel 6* behandles selve spørgsmålet om patentkravenes fortolkning i hidtil gældende dansk ret. I relation til Bent Christensens »afvejningsmodel«, der som omtalt ovenfor er valgt som beskrivelsesmodel, kan fortolkningsresultatet anskues som et kriterium, der kan indgå i den skønsmæssige afvejning, hvorved beskyttelsesomfanget ifølge denne bog skal fastlægges. Spørgsmålet om den betydning, patentkravenes indhold har for beskyttelsesomfanget i hidtil gældende dansk ret, behandles derfor først i *kapitel 8*.

I *kapitel 7* behandles spørgsmålet om, hvilke andre kriterier – end patentkravenes indhold – der i hidtil gældende dansk ret har betydning for udmålingen af et patents beskyttelsesomfang.

I *kapitel 8* behandles den overordnede afvejningsparameter og den indbyrdes afvejning af de forskellige relevante kriterier i hidtil gældende dansk ret, herunder de i kapitel 7 analyserede kriterier.

I *kapitel 9* behandles fremover gældende dansk ret, det vil sige det regelsæt, der fremkommer, når man på den ovenfor beskrevne måde justerer

hidtil gældende dansk ret med henblik på at opfylde Danmarks folkeretlige forpligtelse til at udmåle beskyttelsesomfanget i overensstemmelse med EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen.

Som tidligere omtalt må de danske lovforarbejders forudsætning om, at hidtil gældende dansk ret allerede måtte antages at være i overensstemmelse med EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen, tillægges den betydning, at der kun bør gennemføres ændringer i forhold til hidtil gældende dansk ret, når ændringerne er *relativ klart* indiceret. For dette resultat taler i øvrigt også, at man i mange andre EPK-lande (også) har fortsat den nationale praksis forholdsvis uændret. Dette gør det nemlig vanskeligt at opbygge en overbevisende argumentation for, at Danmark for at leve op til sine folkeretlige forpligtelser helt må forkaste sin nationale patentretlige tradition til fordel for en nationalitetsuafhængig og dermed 100 % »korrekt« fortolkning af EPK art. 69.

EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen er ment som et kompromis mellem tysk ret og engelsk ret. Det forekommer derfor nærliggende at indtage det standpunkt, at den »korrekte« fortolkning af EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen må være et regelsæt, *som* er udtryk for en slags mellemproportional mellem tysk og engelsk ret, i det omfang der er forskel mellem de 2 retssystemer, og *som* svarer til løsningen i tysk og engelsk ret, i det omfang der er sammenfald mellem reglerne i de 2 lande, idet der dog under alle omstændigheder skal tages tilbørligt hensyn til den formulering, man har valgt at give EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen.[41] Man kan derfor opstille en ganske fornuftig argumentation for, *at* fremover gældende dansk ret må fastlægges som en slags syntese af tysk ret, engelsk ret og formuleringen af EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen, *at* fremover gældende dansk ret følgelig bør beskrives uafhængigt af hidtil gældende dansk ret, og *at* den her i bogen valgte tilgangsvinkel til analysen af fremover gældende dansk ret følgelig er udtryk for et unødigt konservativt valg. Det må være op til retspraksis at vise, hvorvidt fremstillingen af fremover gældende dansk ret i kapitel 9 afspejler *a)* mangel på intellektuelt vovemod, *b)* eller en rimelig afbalancering af de foreliggende retskilder. Det her i bogen fulgte forsigtighedsprincip har i hvert fald den fordel fremfor en for vidtgående inddragel-

41. Om EPK art. 69's karakter af et kompromis se for eksempel Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret, 5. udg. (1999) s. 231 og Are Stenvik, Patenters beskyttelsesomfang s. 228, 270 og 275. På trods heraf har Are Stenvik i Patenters Beskyttelsesomfang valgt at tage udgangspunkt i ikke alene tysk og engelsk ret men også i amerikansk og fransk ret, jf. Are Stenvik, Patenters Beskyttelsesomfang (2001), herunder navnlig s. 217, 218 ff og 228.

se af tysk og engelsk ret, at man relativt let kan sammenholde de i kapitel 9 dragne konklusioner med tysk og engelsk ret og på grundlag heraf drage nye konklusioner, hvorimod det formentlig vil være vanskeligere at »spole tilbage« fra en analyse, som er baseret på en for vidtgående inddragelse af tysk og engelsk ret.

1.8. *Den bevismæssige betydning af udtalelser fra den danske patentmyndighed*

I retssager, hvor der er tvist om et patents beskyttelsesomfang, forekommer det ofte, at der som bevis for eller mod et påberåbt beskyttelsesomfang fremlægges udtalelser fra den danske patentmyndighed – oprindeligt Patentkommissionen, senere Patentdirektoratet og nu Patent- og Varemærkestyrelsen. Den bevismæssige betydning af disse for patentsager specielle beviser analyseres i *kapitel 10*.

1.9. *Planerne om en overnational europæisk patentdomstol*

Såvel i EPK-regi[42] som i EU-regi[43] er der konkrete planer om at indføre overnationale patentdomstole (herefter under ét kaldet »den europæiske patentdomstol«), som skal have (ene)kompetence til at dømme i sager vedrørende henholdsvis europæiske patenter og EF-patenter.

I Kommissionens forslag til en rådsforordning om et EF-patent er det forudsat, *at* der skal oprettes en ny særlig domstol kaldet EF-retten for Intellektuel Ejendomsret, *at* EU skal tiltræde EPK og derved blive en slags nyt EPK-»land«, og *at* EF-patenter skal være regionale udgaver af de europæiske patenter, der udstedes af EPO. Dette vil indebære, at EU's folkeretlige forpligtelser i medfør af EPK vil have samme karakter som de nuværende EPK-landes folkeretlige forpligtelser i henhold til EPK. Heraf

---

42. For så vidt angår *planerne i EPK-regi* se *a)* »The Structure Paper of the Working Party on Litigation« med forslag til en valgfri protokol om behandlingen af retssager vedrørende europæiske patenter, herunder navnlig forslagets punkt B.II, og *b)* art. 149a i den »Act Revising the Convention on the Grant of European Patents«, der den 29. november 2000 blev vedtaget på en diplomatisk konference i München om revidering af EPK. Den i denne sammenhæng relevante del af den nye art. 149a – hvis skæbne naturligvis beror på, om de på den diplomatiske konference vedtagne ændringer nogensinde kommer til at træde i kraft – lyder som følger: »Nothing in this convention shall be construed as limiting the rights of some or all of the Contracting States to conclude special agreements on any matters concerning European patent applications or European patents which under this Convention are subject to and governed by national law, such as, in particular: a) an agreement establishing a European patent court common to the Contracting States party to it …«. Forslaget til den nye art. 149a i EPK stammer fra arbejdsgruppens strukturpapir, og sigtet med den nye bestemmelse er helt klart at bane vej for den planlagte protokol om behandlingen af retssager vedrørende europæiske patenter.

følger blandt andet en forpligtelse til at udmåle et af EPO udstedt patents beskyttelsesomfang i overensstemmelse med EPK art. 69 og den dertil hørende Fortolkningsprotokol.[44]

Formålet med en europæisk patentdomstol er blandt andet, at domstolen gennem sin praksis skal udvikle en fælles-europæisk fortolkning af EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen, således at den med EPK art. 69 tilsigtede harmonisering kan blive reel. Man ønsker med andre ord blandt andet at løse det problem, det udgør, at medlemslandene i meget vidt omfang har videreført deres hidtil gældende nationale regler om beskyttelsesomfanget i mere eller mindre uændret form. Det er langt fra uinteressant, hvorledes den europæiske patentdomstol vil vælge at fortolke EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen, hvis en eller flere af planerne bliver til en realitet.

For den overnationale europæiske patentdomstol vil spørgsmålet om den rette fortolkning af EPK art. 69 stille sig noget anderledes end for medlemslandenes nationale domstole. Den europæiske patentdomstol vil nemlig ikke have nogen egen national patentretlig tradition, der kan danne udgangspunkt for og dermed påvirke dens syn på fortolkningen af EPK art. 69. Endvidere vil der ikke være nogen hæmmende nationale lovforarbejder, der som for eksempel de danske siger, at EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen ikke giver anledning til ændringer i hidtil gældende national ret.

---

43. For så vidt angår *planerne i EU-regi* se Kommissionens forslag til en rådsforordning om et EF-patent (document 500PC0412). De i denne sammenhæng relevante dele af forslaget findes i kapitel 4, herunder navnlig art. 30, ifølge hvilken den endnu ikke eksisterende domstol »EF-retten for Intellektuel Ejendomsret« skal have eksklusiv kompetence i alle sager om krænkelse og/eller gyldighed af EF-patenter.

44. Kommissionens forslag indeholder ikke nogen bestemmelse, som svarer til EPK art. 69 eller den danske patentlovs § 39, hvilket umiddelbart kan forekomme noget besynderligt.

    I forslagets punkt 2.4.2 er følgende anført om EF-patentets virkninger (min kursivering):

    »By contrast [to the EPK provisions about conditions of patentability etc.] *the effects of the Community patent*, once granted, *will be governed by the provisions of this regulation*. This applies, for instance, to the limitations of the effects of the Community patent.

    As regards the use of a patented invention without the patent proprietor's authorization, the proposed Regulation would incorporate the best practice in force in the Member Staes: the granting of compulsory licences would thus be possible. Although the Regulation makes no such specific provision, Member States would remain free to take any action necessary for the protection of their essential security interests, in accordance with Article 73 of the TRIPS Agreement.«

    Selv om det citerede handler om patentets virkninger, er der umiddelbart intet, der tyder på, at man dermed har haft beskyttelsesomfanget i tankerne. Havde det været tilfældet, ville det i øvrigt nok alligevel være for vidtgående at konkludere, at det er hensigten, at EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen ikke skal respekteres i fuldt omfang af EF-retten for Intellektuel Ejendomsret, blot fordi der står, at EF-patentets virkninger – såsom indskrænkninger i eneretten som følge af tvangslicenser – skal reguleres af forordningen.

Det er selvsagt ganske interessant, hvilken praksis den europæiske patentdomstol må antages at ville følge, hvis den nogensinde bliver en realitet. Uanset hvilken praksis den vælger at følge, vil den nemlig blive normgivende for de nationale domstole på en helt anden måde end EPK art. 69, som på trods af den dertil hørende fortolkningsprotokol ikke har tilvejebragt nogen synderlig harmoniseringseffekt i praksis. Det er i overensstemmelse hermed den almindelige opfattelse, at en overnational europæisk patentdomstol er en nødvendig forudsætning for en egentlig harmonisering af reglerne om beskyttelsens udmåling. Da emnet for denne bog er begrænset til de aktuelle danske regler om patenters beskyttelseomfang, ligger en behandling af den kommende praksis ved en eventuel fremtidig europæisk patentdomstol på trods af dens store potentielle betydning noget uden for denne fremstillings rammer.

1.10. *Det foreliggende forslag til ændring af EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen*

Under den diplomatiske konference om revidering af EPK, som i november 2000 blev afholdt i München, vedtog man en »Act Revising the Convention on the Grant of European Patents« (herefter kaldet »ændringskonventionen«). De foreslåede ændringer træder i kraft 2 år efter, at mindst 15 stater har ratificeret ændringskonventionen. Hvis alle de resterende medlemslande når at ratificere i løbet af de første 1¾ år, skal ændringerne dog træde i kraft allerede 3 måneder efter det sidste lands ratifikation.

I ændringskonventionen har man ændret EPK art. 69, således at ordene »the terms of« bliver slettet i den engelske version, hvorefter den 1. sætning i art. 69, stk. 1, vil have følgende ordlyd: »The extent of the protection conferred by a European patent or a European patent application shall be determined by […] the claims.« Ændringskonventionen indebærer en tilsvarende ændring af de tyske og franske versioner af art. 69. Baggrunden for ændringen er i hovedsagen, *at* ordene »terms«, »inhalt« og »teneur« ikke har helt samme betydning på de 3 sprog, hvilket principielt er uheldigt, og *at* der derudover er tale om noget, som dybest set er overflødigt.[45] Heraf følger, at der blot er tale om en redaktionel ændring uden reelle indholdsmæssige konsekvenser. Allerede derfor må det antages, at ændringen ikke vil have nogen materiel betydning, når den formentlig træder i kraft i løbet af nogle år.

---

45. Om formålet se »Basic proposal for the revision of the European Patent Convention« by EPO's Administrative Council.

Ifølge ændringskonventionen skal der til Fortolkningsprotokollen tilføjes følgende nye stk. 2:

> »For the purpose of determining the extent of protection conferred by a European patent, due account shall be taken of any element which is equivalent to an element specified in the claims.«

Der er tale om et kompromis. Det ændringsforslag, der lå til grund for drøftelserne på den diplomatiske konference, havde til hensigt at afklare 2 spørgsmål.[46] I den resulterende kompromis har man imidlertid præsteret at styre helt uden om disse 2 kontroversielle spørgsmål, hvorfor det må henstå som ret uklart, hvad der skal anses for intentionen med det nye stk. 2 – bortset fra det politisk attråværdige i at kunne blive enige om en kompromisløsning. Der er ingen grund til at antage, at en dommer i noget medlemsland vil hævde, at han ikke allerede tager *tilbørligt* hensyn til *alle* elementer ved en omtvistet genstand. Det må nemlig efter omstændighederne anses for fuldt ud tilbørligt ikke at tillægge et konkret element ved en omtvistet genstand nogen betydning overhovedet. Allerede derfor kan det ikke antages, at den foreslåede ændring af Fortolkningsprotokollen vil få nogen materiel betydning, når ændringskonventionen formentlig træder i kraft om nogle år.[47]

Som det fremgår, giver ændringskonventionen ikke anledning til yderligere problemstillinger, det kan være relevant at komme ind på, selv om der i konventionen foreslås ændring af såvel EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen.

1.11. *De enkelte domsanalyser – bilag A*

Denne fremstillings råmateriale er ifølge sagens natur i meget vidt omfang domme, der er publiceret i de gængse domssamlinger. Som en slags mellemprodukt er der undervejs i arbejdet med denne bog lavet en kronologisk gennemgang og analyse af de relevante domme. Hele denne kronologiske gennemgang og analyse finder man i *bilag A*.

Årsagen til, at den kronologiske gennemgang og analyse er medtaget som et bilag, er primært, at det må antages, at den ikke vil være uden selvstændig interesse for dem, der ønsker at sætte sig meget grundigt ind i retsområdet, eller som blot ønsker at studere enkelte domme nærmere.

---

46 Om formålet med det oprindelige ændringsforslag se »Basic proposal for the revision of the European Patent Convention« by EPO's Administrative Council.

47. I overensstemmelse hermed har Are Stenvik side 291 i Patenters Beskyttelsesomfang fra 2001 anført, at den foreslåede ændring af protokollen er »nok så intetsigende«.

Gennemgangen af dommene indeholder et ekstrakt af de relevante oplysninger om bevisførelsen, parternes argumentation og dommernes begrundelse(r). Domsgennemgangene er ensartet opbygget, idet det øger tilgængeligheden og sammenligneligheden. I det omfang de involverede patenter indeholder relevante tegninger, er de gengivet, selv om tegningerne ikke er optrykt i de domssamlinger, hvorfra dommene stammer. Det er ubetænkeligt, allerede fordi det må kunne lægges til grund, at dommerne har været i besiddelse af patenterne og dermed tegningerne i forbindelse med sagernes afgørelse.

Efter gennemgangen og analysen af hver dom, er der redegjort for de væsentligste kommentarer, som dommen har givet anledning til i litteraturen.[48] Disse kommentarer fra litteraturen er kommenteret, i det omfang det er fundet relevant.

I forbindelse med gennemgangen og analysen af enkelte af højesteretsdommene er der også redegjort for indholdet af Højesterets voteringsprotokoller. Det drejer sig om Insulindommen (UfR 1941 s. 484 H), Phenylbutazondommen (UfR 1964 s. 498 H) og Clopoxiddommen (UfR 1979 s. 553). Årsagen til, at den almindelige domsgennemgang i nogle tilfælde er blevet suppleret med en gennemgang af Højesterets voteringsprotokol, er, at voteringsprotokollerne viser, at der bag domsbegrundelserne kan gemme sig andet og mere end det, som eksplicit er kommet til udtryk i begrundelserne. De 3 nævnte domme er udvalgt, *fordi* de sammen med Ranitidindommen (UfR 1993 s. 859 H), hvis voteringsprotokol endnu ikke er tilgængelig for den juridiske forskning, udgør dansk højesteretsretspraksis vedrørende farmaceutiske patenters beskyttelsesomfang, og fordi *kemiske* patenter og navnlig farmaceutiske patenter må anses for at udgøre et af patentrettens vigtigste områder.[49]

Bilaget har primært karakter af et nyttigt arbejdsredskab, og det prætenderer således ikke at være udtryk for et produkt af en særlig videnskabelig karakter, selv om der ligger et meget betydeligt og til tider ganske vanskeligt arbejde bag.

---

48. For så vidt angår bilag A's omtale af litteraturens kommentarer til dommene, er bogen kun ført a jour til og med 31. december 2000, jf forordet.
49. Om patentsystemets betydning for den kemiske og den farmaceutiske industri se for eksempel Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret 5. udg. (1999) s. 196 og Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 1.

2. Terminologien

Sprogbrugen i den patentretlige litteratur er i nogen grad uklar og/eller inkonsekvent.[50] Der er derfor grund til at præcisere indholdet af en række her i bogen hyppigt anvendte termer.

En »*opfindelse*« er en teknisk ide, uanset om den har nyhed og/eller opfindelseshøjde, og uanset om den vedrører noget, der i øvrigt kan udelukke den fra patentering. En »*patenterbar opfindelse*« er en teknisk ide, der kan føre til udstedelse af et patent. En »*patenteret opfindelse*« er en patenterbar opfindelse, som er blevet gjort til genstand for et udstedt patent. Ingen af disse 3 begreber har qua denne begrebsfastlæggelse nogen betydning for beskyttelsesomfangets fastlæggelse.

I store dele af den nordiske litteratur anvendes »*(for)tolkning*« både om fortolkning af patentkravene og om fastlæggelse af beskyttelsesomfanget i almindelighed, herunder om bestemmelsen af den beskyttelse, der går ud over patentkravene, jf. i øvrigt udtrykket »ækvivalenstolkning«.[51] Når ordene fortolkning og tolkning anvendes her i bogen, drejer det sig om fortolkning i traditionel forstand, det vil sige om tydning af et sprogligt udtryks meningsindhold – for eksempel fortolkning af et patentkrav.

Udtryk såsom »*den i et patentkrav beskrevne opfindelse / maskine / genstand*« skal forstås som den opfindelse, der efter en fortolkning af patentkravet, må anses for *beskrevet* i patentkravet. Ved fortolkningen kan der efter omstændighederne tages hensyn til andet end patentkravets ordlyd, herunder det der fremgår af patentbeskrivelsen. Udtrykket »den i et patentkrav beskrevne opfindelse« er på ingen måde synonymt med et patents beskyttelsesomfang, og den fra et patentkrav flydende beskyttelse kan således meget vel omfatte andet end den opfindelse, der er beskrevet i patentkravet.

---

50. For så vidt angår det noget usikre indhold af den for ækvivalenslæren helt centrale ækvivalensterminologi kan der henvises til NIR 1981 s. 194, hvor Mogens Koktvedgaard har givet udtryk for, *at* ækvivalensterminologien er en terminologi, som ingen helt rigtigt forstår, *at* ækvivalenslæren derfor er egnet til at få det hele til at flyde lidt, hvorved de reelle diskussioner undgås, og *at* ækvivalenslæren i det hele tager er en kimære – et sagnuhyre – som bringer mere uro og usikkerhed ind i systemet end en reel beskrivelse af de relevante løsninger. Endvidere kan der henvises til Mogens Plesner i NIR 1981 s. 196, hvor Plesner har tiltrådt Koktvedgaards synspunkter.
51. Se for eksempel 1964-betænkningen s. 185, f, E. Mølgaard i Juristen 1968 s. 530, Arne R. Kolster i NIR 1976 s. 348, Gunnar Lind i NIR 1980 s. 32 og Torsten Nørgaard i NIR 1984 s. 12 og 16. Om terminologiproblemet se Are Stenvik, Patentrett (1999) s. 300.

Et patentkravs beskrivelse af en opfindelse består af en række karakteristika ved den beskrevne opfindelse. Hvert af disse karakteristika udgør et af den beskrevne opfindelses »*træk*«.

Selv om udtryk såsom »*den patenterede opfindelse*«, »*den patenterede genstand*«, »*det patenterede apparat*« og lignende anvendes i relation til et bestemt patent, har det ikke et meget præcist meningsindhold. Der skal ikke lægges andet eller mere i udtrykket end, at der foreligger en opfindelse, og at opfindelsen er genstand for det pågældende patent. Udtrykket »den patenterede opfindelse« skal navnlig ikke opfattes som synonymt med »patentets beskyttelsesomfang«.

Den del af et patents beskyttelsesomfang, der falder inden for patentkravene, det vil sige den del, hvor en krænkende genstand, svarer til den i patentkravene beskrevne opfindelse, udgør »*et patents ordrette beskyttelse*«. En dertil svarende krænkelse er »*en ordret krænkelse*«.

Den del af et patents beskyttelsesomfang, der falder uden for patentkravene, det vil sige den del, hvor den krænkende genstand, *ikke* svarer til den i et patentkrav beskrevne opfindelse, udgør »*et patents analoge beskyttelse*«. En dertil svarende krænkelse er »*en analog krænkelse*«. Den »ordrette beskyttelse« og den »analoge beskyttelse« udgør tilsammen »*patentets beskyttelsesomfang*«.

»*Patenthaveren*« anvendes ikke kun om den, der har ejendomsretten til et patent. Udtrykket bruges om enhver, der forsøger at håndhæve et patent eller lignende, uanset om vedkommende for eksempel gør det som licenstager. Patenthaverens modpart i en retssag, som vedrører et patents beskyttelsesomfang, kaldes »*den påståede krænker*«, uanset om patenthaveren konkret har nedlagt en påstand om krænkelse. I den forbindelse bemærkes det, at et patents beskyttelsesomfang for eksempel kan være omtvistet i en sag, som alene drejer sig om patentets gyldighed. Tilsvarende anvendes udtryk så som »*den omtvistede [genstand] / fremgangsmåde / maskine*« som betegnelse for den fremgangsmåde etc., hvormed den påståede krænker ifølge patenthaveren krænker det håndhævede patent i en krænkelsessag.

Når en omtvistet genstand er »*omfattet af et patentkrav*«, betyder det, at den omtvistede genstand har samtlige de i patentkravet beskrevne træk ved den patenterede opfindelse. Det indebærer ikke nødvendigvis, at den omtvistede genstand er omfattet af den fra patentkravet flydende beskyttelse. I øvrigt kan den fra et patentkrav flydende beskyttelse omfatte andet og mere end omtvistede genstand, der er »omfattet af patentkravet«.

Når en omtvistet genstand er »*omfattet af et patent*« betyder det, at den omtvistede genstand falder ind under patentets beskyttelsesomfang.

For så vidt angår begreberne »*hidtil gældende dansk ret*«, »*hidtil gældende danske regler*«, »*fremover gældende dansk ret*« og lignende, henvises der til det derom anførte ovenfor i afsnit 1.6 og 1.7.

For så vidt angår begreberne »*en sags forudgående hændelser*«, »*retsregler*«, »*retsfaktum*«, »*retsfaktorer*« og »*retsfølge*«, henvises der til det derom anførte i kapitel 2's afsnit 2.1.

Kapitel 2

Afgrænsningen af det (retlige), der henhører under dommernes kompetence, over for det (faktuelle), der henhører under syns- og skønsmændenes kompetence[1]

1. Indledning

I dette kapitel undersøges det, hvad der i relation til fastlæggelsen af patenters beskyttelsesomfang skal anses for faktuelle spørgsmål, som det tilkommer syns- og skønsmændene at tage stilling til, og hvad der i modsætning hertil skal anses for at udgøre de juridiske spørgsmål, det tilkommer dommerne at tage stilling til.

Kompetencefordelingen mellem dommerne og syns- og skønsmændene kommer navnlig til udtryk i det i litteraturen almindeligt anerkendte forbud mod juridiske spørgsmål under syn og skøn.[2] Derfor tager undersøgelsen udgangspunkt i en analyse af det forbud.

I afsnit 2 undersøges det, om de kriterier, der ifølge den generelle jus-faktum sondring skal være afgørende for, hvad der i almindelighed er jus og faktum, kan præcisere, hvad der specifikt i relation til patenters beskyttelsesomfang må anses for at vedrøre faktum henholdsvis jus og dermed skal anses for at falde inden for og uden for syns- og skønsmændenes og dommernes kompetenceområder.

I afsnit 3 undersøges det, hvorvidt det i retsplejelovens § 341 indeholdte forbud mod bevisførelse, der er uden betydning for en sags afgørelse, kan bidrage til problemstillingens afklaring.

I afsnit 4 behandles kompetencefordelingsspørgsmålet i relation til en række konkrete typer spørgsmål.

---

1. Tankerne her i kapitlet er i vidt omfang tidligere luftet i Bjørn Ryberg, »Admiterbarheden af syns- og skønsspørgsmål med særlig henblik på sager om patentkrænkelse« i Julebog 1999, Juridisk Institut HHK.
2. Erik Hørlyck, Syn og skøn 2. udg. (1992) s. 85, Bernhard Gomard, Civilprocessen 5. udg. (2000) s. 554, Lars Lindencrone m.fl., Dansk Retspleje 2. udg. (2000) s. 244 ff, Carl Tjur og Claus Høeg Madsen »Syn og skøn« i Proceduren 2. udg. (1980) s. 162 f, P Bentzen-Møller i Juristen 1974 s. 438, Erik Lassen i U 1968 B s. 205 og 214 Troels G. Jørgensen i Juristen 1943 s. 9.

Selv om fokus her i kapitlet er på visse patentretlige kompetencespørgsmål, har nogle af konklusionerne og de undervejs udviklede delkonklusioner betydning for en række problemstillinger, der må karakteriseres som af mere fundamental betydning for juraen, og hvis betydning derfor rækker langt ud over patentretten, jf. afsnit 2.4 nedenfor.

2. Jus-faktum sondringens betydning for kompetencefordelingen

2.1. *Sondringen og det her i kapitlet anvendte begrebsapparat*

Ifølge forbudet mod juridiske syns- og skønsspørgsmål er skillelinien mellem jus og faktum afgørende for kompetencefordelingen mellem dommere og syns- og skønsmænd. Selv om sondringen kan anskues som værende af grundlæggende betydning for juraen, er den omstridt.[3]

---

3. Sondringen har navnlig være debateret i den straffeprocessuelle litteratur i forbindelse med reglerne om anke til Højesteret, som aldrig kan omfatte underinstansernes bevisbedømmelse (faktum), men som efter omstændighederne kan omfatte underinstansernes anvendelse af jus. Mest kritisk over for sondringen er formentlig Stephan Hurwitz, jf. Straffeproces 1. udg.(1940) s. 561 ff, hvor sondringen i relation til reglerne om anke af straffesager til Højesteret karakteriseres som »retsteoretisk uholdbar«, »praktisk uigennemførlig« og »irrationel«, jf. i samme retning 3. og forkortede udg. (1959) s. 388 ff. En modpol til denne opfattelse finder man hos Hans Gammeltoft-Hansen, Strafferetspleje III (1996) s. 133 ff, hvor han ligeledes i relation til reglerne om anke af straffesager til Højesteret karakteriserer sondringen som begrebsmæssigt klar, og hvor den af andre forfattere fremførte kritik forklares som udspringende af rent psykologiske forold. I den straffeprocessuelle litteratur er sondringen blandt andet også omtalt af Victor Hansen, Retsplejen ved Højesteret (1959) s. 147 ff, H. Olafsson i Juristen 1961 s. 169 ff, Jørgen Verner i U 1968 B s. 249 ff, Per Lindegaard i »Højesterets prøvelsesret i straffesager« fra Højesteret 1661-986 (1986) s. 65 ff, Eva Smith, Straffeproces 3. udg. (1994) s. 89 f og Lars Lindencrone m.fl., Dansk Retspleje 2. udg. (2000) s. 542 ff.

   I de almindelige civilprocessuelle fremstillinger er der om sondringens kvaliteter eller mangel på samme stort set blot anført, at der ikke er tale om en klar og skarp sondring, jf., Bernhard Gomard, Civilproces 5. udg. (2000) s. 430 og Lars Lindencrone m.fl., Dansk Retspleje 2. udg. (2000) s. 218 og 231. I den del af den civilprocessuelle litteratur, der specifikt drejer sig om forbudet mod jus-spørgsmål er det visse steder anført, at sondringen jus x faktum ikke er helt klar, jf. Carl Tjur og Claus Høeg Madsen »Syn og Skøn« fra Proceduren 2. udg. (1980) s. 163 og Erik Hørlyck, Syn og skøn 2. udg. (1992) s. 86. Nogen egentlig kritik af sondringen er det imidlertid ikke blevet til, og man må derfor konstatere, at den civilprocessuelle litteratur er ret upåvirket af den heftige kritik, som sondringen har været genstand for i visse straffeprocessuelle værker. Det bør dog nævnes, at P. Spleth – som en undtagelse fra dette generelle indtryk – i Retsplejeloven gennem 50 år (1969) s. 74 har anført at sondringen jus x faktum i borgerlige sager i mange tilfælde ikke lader sig drage.

   I betragtning af, at der er tale om en sondring, der kan anskues som værende af grundlæggende betydning for den juridiske videnskab, forekommer det i øvrigt besynderligt, at sondringen øjensynlig ikke har påkaldt sig synderlig interesse inden for dansk retslære.

Debatten har primært været ført inden for straffeprocessen. Da debatten endvidere med udgangspunkt i konkrete eksempler hentet fra strafferetten i vidt omfang har været fokuseret på det mere eller mindre problematiske ved de straffeprocessuelle regler om anke til Højesteret, er der i debatindlæggene ikke gjort meget ud af at grave i det principielle spørgsmål om de for sondringen afgørende kriterier, der må være bestemmende for, hvornår noget må anses for at være jus henholdsvis faktum. Når man ved hjælp af de til grund for sondringen liggende kriterier skal forsøge at finde ud af, hvilke typer syns- og skønsspørgmål, der må anses for admiterbare, er der følgelig ikke megen vejledning at hente i den foreliggende litteratur.

For at forebygge tvivl med hensyn til den her i kapitlet anvendte sprogbrug er der i det følgende en kort redegørelse for dele af det anvendte begrebsapparat.

En sag udspringer altid af en række *forudgående hændelser*. Dommerens afgørelse af en sag må – afhængigt af sagens processuelle forudsætninger – være baseret på en antagelse om disse forudgående hændelser.

Gennem *bevisførelsen* giver parterne dommeren mulighed for at danne sig en opfattelse af *sagens forudgående hændelser*. Denne opfattelse af sagens forudgående hændelser danner dommeren sig ved en vurdering af de førte beviser – *bevisvurderingen*. Dommerens opfattelse af sagens forudgående hændelser adskiller sig fra de forudgående hændelser derved, *a)* at det førstnævnte blot er en antagelse, som vedrører det sidstnævnte, *b)* at sagens forudgående hændelser altid er unikke, mens det ikke nødvendigvis er tilfældet med hensyn til dommerens opfattelse af sagens forudgående hændelser, *c)* at dommerens opfattelse af sagens forudgående hændelser ifølge sagens natur må være udtryk for en (mere eller mindre rammende) generalisering i forhold til sagens unikke forudgående hændelser, og *d)* at dommerens opfattelse af sagens forudgående hændelser kan omfatte antagelser ikke alene om de forudgående hændelser men også om diverse (sagkyndige) vurderinger af de forudgående hændelsers karakter. Som eksempel på sådan en (sagkyndig) vurdering kan nævnes en vurdering af, om den af en sælger forlangte pris kan anses for rimelig, jf. købelovens § 5. Sondringen mellem en antagelse om sagens forudgående hændelser og en antagelse om en (sagkyndig) vurdering deraf er ikke skarp, og der er således tale om en flydende overgang.

Retten skal ved afgørelsen af en sag sørge for, at sagen bliver afgjort på samme måde som andre sager med tilsvarende beviser og processuelle forudsætninger. Den således krævede regelmæssighed i retsanvendelsen, herunder i bevisvurderingen, kan beskrives ved hjælp af *retsregler*.

En retsregel består af et *retsfaktum*, der betegner et hypotetisk sagsforhold, og en *retsfølge*, hvor retsfaktum og retsfølge er knyttet sådan sammen, at det er meningen, at en dommer, der i en sag anser retsfaktum for at foreligge, bør tillægge dette den i retsfølgen angivne betydning for sagens afgørelse. Retsfaktum udgør således retsfølgens betingelser, mens retsfølgen udgør retsfaktums konsekvenser. Et retsfaktum kan bestå af flere delbetingelser, der alle skal være opfyldt for, at retsfaktum kan anses for at foreligge. Sådanne delbetingelser kaldes *retsfaktorer*.

Den danske proces- og bevisretlige litteratur er som tidligere antydet desværre ikke særlig præcis, når det kommer til jus-faktum sondringens nærmere indhold. Det er dog muligt at sammenstykke et billede af sondringen, som er så tilpas klart, at det kan danne udgangspunkt for en meningsfuld behandling af den her drøftede problemstilling.

Sondringen jus-faktum kan beskrives som værende baseret på en opfattelse af, *at* man forud for sagens afgørelse har nogle gældende materielle retsregler, som udgør jus, og som af natur er af generel karakter, *at* disse retsreglers generelt formulerede retsfakta definerer de bevistemaer, som den konkrete bevisførelse retter sig mod i den forstand, at det er bevisførelsens formål at godtgøre, om retsfaktum foreligger, *at* de således førte konkrete beviser vedrører sagens faktum, *at* faktum håndteres af de processuelle retsregler, herunder navnlig af bevisreglerne, *at* jus ikke kræver bevis, og *at* jus anvendes ved subsumption af et konkret faktum under en generel materiel retsregel.[4] [5]

De 2 bærende elementer i sondringen syntes at være *a)* jus'ens generel-

---

4. Se Henrik Zahle, Om det juridiske bevis (1976) s. 15 ff, Henrik Zahle, Bevisret. Oversigt (1994) s. 19 ff, Hans Gammeltoft-Hansen, Strafferetspleje III (1996) s. 133 ff, Bernhard Gomard, Civilprocessen 5. udg. (2000) s. 429 f og 454 f, Eva Smith, Straffeproces 3. udg. (1994) s. 87 ff, Jørgen Verner i U 1968 B s. 251, Stephan Hurwitz, Tvistemål 1. udg. (1941) s. 135, Stephan Hurwitz, Den Danske Strafferetspleje 1. udg. (1940) 557 ff og H. Munch-Petersen, Den Danske Retspleje 2. udg. (1923) bind I s. 188 f.

5. Det forhold, at faktum ifølge dansk proces- og bevisretlig teori erkendes gennem bevisførelsen, kunne give anledning til at overveje, om jus på mere rammende vis kan karakteriseres som normer, der følger af de til enhver tid værende retskilder, herunder naturligvis retspraksis. Sådan et kriterium syntes imidlertid ikke at være foreslået i den proces- og bevisretlige teori, og det ville i øvrigt heller ikke være egnet til at udsondre de temaer, som det ikke tilkommer syns- og skønsmænd at udtale sig om. For eksempel er der ingen tvivl om, at der fra retskilder i form af love og anordninger kan udledes mange og ganske komplicerede retsregler om indretningen af el-installationer, og at spørgsmål, der drejer sig om sådanne tekniske forskrifter, herunder for eksempel om lovligheden af el-installationerne på et kraftværk, utvivlsomt bør være admiterbare spørgsmål, selv om besvarelsen forudsætter a) en identifikation af de relevante bestemmelser, b) en fortolkning af bestemmelserne og c) anvendelse af bestemmelserne på sagens forudgående hændelser (i eksemplet en vurdering af, om kraftværkets el-installationer er lovligt udført og vedligeholdt).

le karakter x faktums konkrete karakter og *b)* jus'ens karakter af materielle retsregler x faktums tilknytning til en sags bevismæssige aspekter.[6] [7] Disse 2 kriterier for sondringen mellem jus og faktum vil derfor i det følgende blive gjort til genstand for en nærmere undersøgelse med det formål – om muligt – at præcisere kriterierne i en sådan grad, at de bliver operationelle i forhold til den her stillede opgave med at identificere de typer spørgsmål, der ifølge forbudet mod juridiske syns- og skønsspørgsmål skal anses for ikke at være admiterbare.

Nedenfor i afsnit 2.2 undersøges det, hvilken vejledning der er at hente i karakteristikken af jus som værende af generel karakter. Det interessante spørgsmål er naturligvis, hvor generelt noget skal være for, at det udgør jus. Nedenfor under afsnit 2.3 undersøges det derefter, hvilken vejledning der kan hentes i karakteristikken af jus som havende karakter af materielle retsregler i modsætning til bevisregler såsom bevisvurderingsregler, formodningsregler og bevisbyrderegler.

Den her valgte angrebsvinkel, der tager udgangspunkt i en undersøgelse af, hvad der ligger i jus-faktum sondringens definitioner af jus og faktum, er formentlig udtryk for det, der af nogle betegnes som analytisk metode.[8]

2.2. *Sondringens 1. kriterium – jus'ens generelle karakter*

Det følger af færdselslovens § 118, stk. 1, nr. 1, jf. § 4, at det kan føre til idømmelse af en bøde, hvis man i et lyskryds kører over for rødt lys. Her må det forhold, at en bestemt person ved en bestemt lejlighed har kørt over for rødt lys, anses for at udgøre faktum, mens jus må anses for at være det forhold, at den type handlinger kan føre til idømmelse af bøde.

---

6. Se navnlig Henrik Zahle, Om det juridiske bevis (1976) s. 15 ff, hvor navnlig jus'ens generelle karakter er betonet (s. 25), og Hans Gammeltoft-Hansen, Strafferetspleje III (1996) s. 134, hvor det er anført, at jus x faktum sondringen er klar, og at denne begrebsmæssige klarhed beror på, at der i enhver konkret sag kan skelnes mellem, hvad der er bevisbedømmelse, og hvad der er fortolkning. Hos Henrik Zahle, Bevisret (1994) s. 22 kan man dog muligvis finde en vis opblødning i opfattelsen af de materielle retsregler som værende af generel karakter. Zahle har således anført følgende (min kursivering): »Også når det gælder opdelingen mellem det generelle og det konkrete, er beskrivelsen forenklet: Regler er vel (pr definition) generelle, mens afgørelser eller konstateringer vedrørende individuelle retsforhold er (pr definition) konkrete, men dog stadig retlige.«
7. Side 656 i Patenters Beskyttelsesomfang fra 2001 undgår Are Stenvik bevidst »den omfattende filosofiske debatten omkring begrepene rettslig og faktisk«. I stedet vælger han ud fra en hensigtsmæssighedsbetragtning en definition, ifølge hvilken det retlige følger retskildelærens principper, mens andre vurderinger må anses for at være faktiske. Om den tilgangsvinkel til sondringen jus-faktum se nedenfor i afsnit 3.
8. Begreberne analytisk jura og analytisk metode kan på juraens nuværende udviklingsstade næppe anses for at afspejle en krystalklar terminologi. Se Mads Bryde Andersen, Edb og ansvar (1988) s. 36 ff.

I relation til spørgsmålet om bøde for at køre over for rødt lys er forholdet mellem sagens forudgående hændelser og den relevante retsregels retsfaktum så ukompliceret, at jus-faktum sondringens generalitetskriterium ikke umiddelbart giver anledning til de store problemer.[9]

Det forhold, at sondringen i *nogle* tilfælde – såsom forbudet mod at køre over for rødt – umiddelbart kan forekomme operationel, er ikke tilstrækkeligt til at legitimere sondringen. Den prætenderer nemlig at være af principiel og universel karakter, og en vurdering af dens kvaliteter eller mangel på samme kan ikke indskrænkes til en delmængde af de tilfælde, hvor den ifølge sit eget indhold skal være relevant. Hvis man ønsker at forsvare sondringen ud fra de tilfælde, hvor den forekommer at være operationel, må man først begrænse sondringen til den pågældende type tilfælde. Sådan en begrænsning er der imidlertid – af gode grund – ingen der har foreslået.

Når det drejer sig om retsregler, der giver anledning til formulering af mere præcise specialregler, endnu mere præcise specialregler til sådanne specialregler etc., er det ud fra jus-faktum sondringens generalitetskriterium vanskeligt at pege på en veldefineret og operationel grænse mellem jus og faktum.[10]

Disse vanskeligheder ved at pege på en veldefineret grænse mellem jus og faktum kan belyses med et andet eksempel taget fra færdselsloven, nemlig færdselslovens § 126 om betinget frakendelse af kørekort. Ifølge færdselslovens § 126 skal der ske betinget frakendelse af kørekortet blandt andet hvis man »under tilsidesættelse af væsentlige hensyn til færdselssikkerheden« med et motordrevet køretøj har voldt skade på person eller ting eller fremkaldt fare for sådan skade. Retsfaktum i § 126 omfatter retsfaktoren »under tilsidesættelse af væsentlige hensyn til færdselssikkerheden«, og det dertil svarende faktum må derfor beskrives som spørgsmålet om, hvorvidt en bestemt person ved en bestemt lejlighed har tilsidesat væsentlige hensyn til færdselssikkerheden. Jus kan tilsvarende beskrives som det forhold, at tilsidesættelse af væsentlige hensyn til færd-

9. I Strafferettens almindelige del, I ansvarslæren 3. udg. (1993) s. 154 har Knud Waaben i overensstemmelse hermed betegnet deliktet at køre over for rødt lys som en meget typebestemt overtrædelse, hvor en vurdering af tilregnelsesformen uagtsomhed ikke kræver en konkret bedømmelse med udgangspunkt i områdets og situationens krav.
10. Om sådanne specialregler se for eksempel Henrik Zahle, Om det juridiske bevis (1976) s. 42, hvor udtrykket »undernormer« anvendes, og Mads Bryde Andersen, Edb og ansvar (1988) s. 28 f, hvor der med inspiration fra forvaltningsretten tales om regler for anvendelse af regler, og hvor det utvivlsomt med rette er pointeret, at det forhold, at en retsregel kan »rumme talrige andre regler« ikke altid syntes erkendt i den juridiske litteratur.

selssikkerheden under de angivne omstændigheder skal føre til betinget frakendelse af kørekortet.

Ifølge praksis anses der som udgangspunkt at foreligge »tilsidesættelse af væsentlige hensyn til færdselssikkerheden«, hvis man kører ind i et lyskryds for rødt lys. Det kan give anledning til at opstille en mere præcis specialregel, hvor retsfaktum er det forhold, at en person er kørt ind i et lyskryds for rødt lys, og hvor retsfølgen uforandret er, at der skal ske betinget frakendelse af kørekortet. I relation til denne mere præcise retsregel må man omdefinere faktum og jus, således at faktum og jus nu må udgøre henholdsvis det forhold, at en bestemt person ved en bestemt lejlighed er kørt ind i et lyskryds for rødt lys, og det forhold, at der som udgangspunkt skal ske betinget frakendelse af kørekortet, når man for rødt lys kører ind i et lyskryds.

Selv om man kører ind i et lyskryds for rødt lys, kan man imidlertid efter omstændighederne slippe for betinget frakendelse af kørekortet, idet der ved afgørelsen af, om der foreligger »tilsidesættelse af væsentlige hensyn til færdselssikkerheden« lægges vægt på, *om* krydset havde en kompliceret karakter, og *om* tiltalte kørte langsomt og ikke var kendt på stedet.[11] Dette kan give anledning til at formulere en endnu mere præcis retsregel, ifølge hvilken der skal ske betinget frakendelse af kørekortet, dersom man for rødt lys kører ind i et lyskryds, og der ikke foreligger særligt undskyldende omstændigheder, såsom *at* krydset havde en kompliceret karakter, *at* hastigheden var lav, og *at* vedkommende ikke var kendt på stedet. I relation til denne endnu mere præcise retsregel må man naturligvis også omdefinere faktum og jus.

Man kan fortsætte med at opstille præciserende retsregler. For eksempel kan man præcisere, hvad der ligger i en lav hastighed, et kompliceret kryds og manglende kendskab til det pågældende kryds, og svarende til denne fortsatte opstilling af præciserende retsregler kan man løbende omdefinere faktum og jus.

Man kan hævde, *a)* at der rent logisk eller definitionsmæssigt må være en grænse for, hvor meget anvendelsesområdet for færdselslovens § 126 kan præciseres, og hvor konkrete retsregler, der kan opstilles, og *b)* at man i hvert fald må støde ind i sådan en grænse, når man kommer til de helt konkrete afgørelser. At hævde sådan et standpunkt vil imidlertid være udtryk for en misforståelse.

---

11. Gorm Toftegaard Nielsen og Uno Valbak, Farlig kørsel og frakendelse – retspraksis efter færdselslovens § 126 (1992) s. 69.

Enhver afgørelse, hvor der tages stilling til, om færdselslovens § 126 kan anvendes, er udtryk for en stillingtagen til § 126's anvendelsesområde, det vil sige til afgrænsningen af § 126's retsfaktum. Det gælder, uanset om konklusionen er, at retsfaktum foreligger, eller at retsfaktum ikke foreligger. Når en relativt abstrakt retsregel anvendes i en konkret afgørelse, indebærer det således en konklusion om, *at* dommerens opfattelse af den pågældende sags forudgående hændelser må anses for at falde ind under retsfaktum i den relativt abstrakte retsregel, og *at* de pågældende omstændigheder derfor skal have den retsfølge, der er angivet i den relativt abstrakt formulerede retsregel.

Ret beset kan en afgørelse med andre ord anskues som udtryk for en form for (konkret) specialregel, i hvilken den konkrete sags mere eller mindre abstrakt beskrevne forudgående hændelser udgør et nyt og mere præcist afgrænset retsfaktum.[12] Dersom der på trods af afgørelsens konkrete karakter senere opstår en tilsvarende sag, må den specialregel, som afgørelsen af den første sag er udtryk for, derfor kunne finde anvendelse ved den nye sags afgørelse. Af større praktisk betydning er det imidlertid, at konkrete afgørelser kan anskues som specialregler, hvorfra man efter omstændighederne kan slutte analogt eller »så meget desto mere«, for så vidt angår den mere almene regels mulige anvendelse på andre forudgående hændelser.[13]

Fra en i forhold til den almindelige erstatningsregel speciel regel om ansvar for kast af en bestemt granitbrosten gennem en bestemt butiksrude kan der for eksempel med stor sikkerhed sluttes analogt til en retsregel om ansvar for kast af større sten i almindelighed gennem butikssruder i almindelighed, ligesom der ret ubesværet kan sluttes så meget desto mere, for så vidt angår kast af molotowcocktails gennem butiksruder. Værdien af sådanne konkrete specialregler set i forhold til mere abstrakte retsregler kan navnlig være, at en slutning fra konkrete specialregler – analogt eller så meget desto mere – kan være forbundet med en langt større sikkerhed

---

12. Hvis der er tale om en specialregel inden for en mere generel retsregels anvendelsesområde som defineret i dens retsfaktum, kan specialreglen have karakter af enten a) en undtagelse eller b) en præcisering af, at den generelle retsregel rent faktisk finder anvendelse i de tilfælde, der er defineret i specialreglens retsfaktum (positivt bekræftende specialregler). Specialreglens retsfølge er naturligvis afgørende for, om specialreglen har den ene eller den anden karakter.
13. Dommerens antagelser om den konkrete sags forudgående hændelser kan naturligvis være af en sådan karakter, at det ikke har nogen praktisk interesse at operere med en specialregel af det pågældende indhold. Det ændrer imidlertid ikke noget som helst ved det forhold, at man principielt kan anskue dommerens antagelser om den konkrete sags forudgående hændelser som et retsfaktum i en retsregel (med et ret snævert anvendelsesområde).

end en slutning fra en mere abstrakt formuleret retsregel.[14] Det valgte eksempel vedrørende stenkastning kan ikke give anledning til stor tvivl hvis der skal ske en bedømmelse efter den almindelige erstatningsregel.[15] Det er imidlertid uden betydning for den principielle rigtighed af det anførte. I det tidligere omtalte eksempel vedrørende betinget frakendelse af kørekortet, er der for eksempel ingen tvivl om, at en ældre konkret afgørelse efter omstændighederne kan give mere præcis vejledning end en sammenholdning af en sags forudgående hændelser med udtrykket »tilsidesættelse af væsentlige hensyn til færdselssikkerheden«.[16]

Det følger af det anførte, *at* der ikke er nogen principiel grænse for, hvor specifikke og konkrete retsregler man kan opstille i forbindelse med beskrivelsen af et retsområde, og *at* man på grundlag af retspraksis endog kan opstille specialregler, der er fuldt ud lige så konkrete som de afgjorte sager. Med andre ord er retsregler ikke ifølge deres natur af generel karakter. Det forholder sig blot således, at det af forskellige årsager efter omstændighederne kan være praktisk at operere med relativt abstrakte retsregler, hvilket afspejler sig dels i lovgivningen og dels i de retsdogmatiske fremstillinger. Det forhold, at jus – med udgangspunkt i en misforståelse – hævdes at være af generel katakter, kan med andre ord ikke umiddelbart bidrage til besvarelsen af spørgsmålet om, hvilke typer spørgsmål det tilkommer henholdsvis dommerne og syns- og skønsmændene at tage stilling til.

Man kan naturligvis overveje, om man kan redde sondringen ved at tage udgangspunkt i en slags »normal« generalitet for retsregler. Hvis man

---

14. Det anførte er udtryk for en vis nuancering og præcisering i forhold til et simpelt udsagn om, at retspraksis naturligvis må betragtes som en retskilde. Denne nuancering og præcisering har blandt andet betydning, fordi den kan bruges til på begrundet vis at påvise, at domme med meget konkrete begrundelser og efter omstændighederne endog domme med intetsigende begrundelser kan være praktisk relevante for dommere og de aktuelle og potentielle brugere af domstolssystemet (aktuelle og potentielle parter i retssager og deres advokater). Denne betragtning står i nogen grad i et modsætningsforhold til den i retslære- og retskilde-litteraturen traditionelt hævdede opfattelse af retspraksis, idet man der primært er fokuseret på udledning af generelt formulerede retsregler fra retsafgørelser med dertil svarende generelt formulerede begrundelser, jf. nærmere herom Bjørn Ryberg i »Hvor intetsigende er domme med intetsigende begrundelser?« fra Juridisk Institut, Julebog 1998 s. 133 ff.

15. Stenkastningseksemplet er inspireret af Mads Bryde Andersen, Edb og ansvar (1988) s. 230 f, hvor ansvar for kast af sten mod et vindue indgår i en omtale af regler om objektivt ansvar set i forhold til den subjektive culpa-norm.

16. Den vægt, der lægges på konkrete retsafgørelser, hænger i vidt omfang sammen med den juridiske tradition. I England lægges der for eksempel i langt højere grad vægt på de konkrete afgørelser, jf. for eksempel det af Justice Jacob i NIR 1999 s. 477 anførte: »Like many English lawyers, I believe that no discussion of a legal principle can have real substance without reference to concrete examples.«

ønsker at gøre det, må man overveje, hvad der i de retsdogmatiske fremstillinger er eller bør være afgørende for det detaljeringsniveau, hvorpå rettilstanden på et område bør beskrives. Afgørelsen må bero på en række forhold.[17]

De fysiske rammer for den retsdogmatiske fremstilling og formålet med omtalen af den pågældende retsregel vil naturligvis være af betydning for valget af detaljeringsniveau. Hvis der inden for en retsregels anvendelsesområde løbende er et meget betydeligt antal sager af forskellige typer, taler det for, at det kan være hensigtsmæssigt at operere med et større antal specialregler. Hvis der typisk er tale om sager, som har en begrænset økonomisk værdi, og som derfor relativt dårligt kan bære de store omkostninger, der kan være forbundet med en meget individuel sagsbehandling, kan det også tale for et større antal relativt klare specialregler.[18] Omvendt forholder det sig, hvis retsområdet er karakteriseret ved ganske få og økonomisk meget store sager, som uden problemer kan bære selv meget store omkostninger ved sagernes behandling.[19] Det er således i vidt omfang pragmatiske hensyn, der må være afgørende for valget af detaljeringsniveau. I øvrigt er der i litteraturen normalt ikke tale om valg af ét bestemt detaljeringsniveau, idet der i en retsdogmatisk fremstilling ofte vil være både en abstrakt fremstilling af retsområdets hovedprincipper og en række konkrete eksempler, der kan anskues som mere konkrete specialregler, jf. det derom anførte ovenfor.

Det kan betvivles, om man i det hele taget på meningsfuld måde kan tale om et »normalt« detaljeringsniveua. Når det er den almindelige opfattelse,

---

17. Henrik Zahle, Om det juridiske bevis (1976) s. 37 ff, skal vist nok forstås således, at man bør være tilbageholdende med at opstille faste specialregler, når der i lovgivningen er valgt udtryk, som lægger op til en skønsmæssig vurdering som for eksempel en moralsk vurdering.
18. Retsreglerne om fordeling af det indbyrdes erstatningsansvar ved sammenstød mellem motorkøretøjer såsom biler er velegnet til at illustrere det anførte. Ifølge færdselslovens § 103, stk. 2, skal ansvaret for den ved sammenstød mellem motordrevne køretøjer opståede tingsskade placeres under hensyn til de foreliggende omstændigheder. Der er løbende et meget betydeligt antal sager, og der er behov for retsregler, som er så simple, at sagerne uden væsentlige problemer kan færdigbehandles af sagsbehandlere i de involverede parters forsikringsselskaber. Disse forhold taler klart imod en meget individuel vurdering af de involverede parters relative fejl og forsømmelighed i hver enkelt sag. I overensstemmelse hermed er der udviklet et yderst deltajeret sæt specialregler, som hver især dækker meget specifikke sammenstødstyper. Se herom Karnov 1998 note 440 til færdselslovens § 103, stk. 2, hvor det for eksempel er anført, at der ved sammenstød mellem 2 bakkende motorkøretøjer sker en ligedeling af ansvaret for den ved sammenstødet opståede tingsskade, uanset situationen i sammenstødsøjeblikket.
19. Som eksempel på en stor sag af singulær karakter se UfR 1998 s. 281 H om Danske Malermestres udtræden af Byggeriets Arbejdsgivere.

at retsregler ifølge deres natur er af generel karakter, må det formentlig tilskrives, at retsregler med et relativt abstrakt indhold i forskellige sammenhænge er hensigtsmæssige i en sådan grad, at det har givet anledning til den fejlslutning, at det (meget) abstrakte indhold er naturgivet og ikke blot udtryk for et pragmatisk valg i forbindelse med den retsdogmatiske fremstilling af retsreglerne. Under alle omstændigheder syntes de i vidt omfang pragmatiske kriterier, der som ovenfor anført må være afgørende for valg af detaljeringsniveauet i en »normal« retsdogmatisk fremstilling ikke at være egnede til at afgrænse de faktuelle spørgsmål, som det ifølge den herskende lære tilkommer syns- og skønsmænd at tage stilling til.

2.3. *Sondringens 2. kriterium – jus'ens materielle karakter*

Det forhold, at en regelmæssighed i retsanvendelsen i princippet kan beskrives ved hjælp af retsregler på et vilkårligt generalitetsniveau, siger intet om, hvornår den pågældende regelmæssighed bør anses for at være af materiel henholdsvis bevismæssig beskaffenhed, og hvornår retsreglerne derfor må have materiel henholdsvis bevisretlig karakter.

Selv om jus-faktum sondringens generalitetskriterium, ifølge hvilken retsregler per definition skulle forestille at være af generel karakter, må siges at afspejle en myte, giver det derfor stadig god mening at undersøge, hvilken vejledning, der eventuelt kan hentes i sondringens karakteristik af jus som havende karakter af materielle retsregler i modsætning til bevisregler såsom bevisvurderingsregler, formodningsregler og bevisbyrderegler.

For at kunne bruge karakteristikken af jus som værende af materiel karakter til identifikation af de ifølge den herskende lære ikke admiterbare syns- og skønsspørgsmål vedrørende en sags jus må man finde et operationelt kriterium for fastlæggelsen af skillelinien mellem på den ene side materielle retsregler og på den anden side de dertil hørende bevisregler såsom bevisvurderingsregler, formodningsregler og bevisbyrderegler. Realiteten er imidlertid, at grænsen mellem materielle retsregler og bevisregler i vidt omfang er arbitrær. I det følgende påvises det således, *at* retsregler ikke i sig selv er materielle eller bevisretlige, og *at* det i vidt omfang også beror på hensigtsmæssighedsbetragtninger, når man ved fremstillingen af et retsområde skal vælge, hvor man i en retsdogmatisk fremstilling vil lægge sin grænse mellem de materielle og de bevisretlige regler.

Samme regelindhold kan udtrykkes på mange måder, herunder kan man efter omstændighederne frit vælge mellem at beskrive en retstilstand som *a)* en hovedregel med en dertil hørende undtagelse, *b)* en retsregel med en dertil hørende formodningsregel, *c)* en retsregel med en dertil hørende bevisbyrderegel, *d)* 2 selvstændige retsregler, hvor den ene på grund

af sit snævrere anvendelsesområde anses for en specialregel (lex specialis), eller *e)* en materiel retsregel og en dertil knyttet beviskravsregel. Det anførte dokumenteres bedst med et par eksempler.[20]

Det 1. eksempel tager udgangspunkt i definitionen af et forbrugerkøb i købelovens § 4a. Definitionen kan beskrives på følgende i formen vidt forskellige men indholdsmæssigt identiske måder:[21]

a) Som en hovedregel med en dertil hørende undtagelse
Når sælgeren er en erhvervsdrivende, der handler som et led i sit erhverv, foreligger der et forbrugerkøb. Det gælder dog ikke, hvis det købte var bestemt til anvendelse i eller for en erhvervsvirksomhed.

b) Som en retsregel med dertil hørende formodningsregel
Et forbrugerkøb er et køb af en genstand hos en erhvervsdrivende sælger, der handler som et led i sit erhverv, hvor genstanden ikke er bestemt til anvendelse i eller for en erhvervsvirksomhed. Der er en formodning for, at salgsgenstanden ikke er bestemt til anvendelse i eller for en erhvervsvirksomhed.

---

20. I bevisbyrde-eksemplerne skal udtrykket »bevisbyrde« forstås således, at det er en positiv betingelse for retsreglens anvendelse, at den part, der har bevisbyrden, godtgør, at den pågældende retsfaktor foreligger. Det vil sige, at det er en forudsætning for retsreglens anvendelse, at vedkommende part fører et bevis, der bedømt efter de relevante bevisvurderingsregler lever op til beviskravne på det pågældende retsområde.

    Denne sprogbrug ses ofte i retsdogmatiske fremstillinger, jf. for eksempel Jacob Nørager-Nielsen og Søren Theilgaard, Købeloven med kommentarer, 2. udg. (1993) s. 78. Navnlig i den procesretlige og bevisretlige litteratur er der imidlertid ikke enighed om begrebsfastlæggelsen, jf. for eksempel omtalen heraf i W.E. von Eyben, Bevis (1986) s. 21 ff.

    Anvendelsen af begrebet »bevisbyrde« er i princippet uheldig derved, at den kunne give anledning til den misforståelse, at beviser ført af andre parter end den part, der har bevisbyrden, ikke vil kunne føre til, at de pågældende beviskrav kan anses for opfyldt, således at bevisbyrden er løftet, uden at det skyldes den part, der har bevisbyrden. I den forbindelse er det væsentligt at erindre, at en part efter omstændighederne har pligt til at fremlægge beviser, som kan skade partens egen sag, jf. for eksempel Henrik Zahle, Om det juridiske bevis (1976) s. 630 ff. Risikoen for den nævnte misforståelse syntes dog ikke at være så uheldig, at man allerede af den grund helt bør undgå bevisbyrdebegrebet.

21. Isoleret set udgør definitionen af forbrugerkøb og andre »legaldefinitioner« ifølge Morten Wegener, Juridisk metode 3. udg. (2000) s. 35 f, ikke »regler«. Der er imidlertid grund til at anfægte synspunktet, *idet* definitionen af forbrugerkøb klart har et retsfaktum, der kan være genstand for bevisførelse, *idet* en antagelse om, at retsfaktum foreligger, fører til en præjudicielt vigtig retsfølge i form af en konklusion om, at der foreligger et forbrugerkøb, og *idet* der ikke kan være nogen tvivl om, at legaldefinitioner skal anvendes af domstolene på samme måde som andre retsregler, der på tilsvarende vis er karakteriseret ved et retsfaktum og en retsfølge.

c) Som en retsregel med en dertil hørende bevisbyrderegel
Et forbrugerkøb er et køb af en genstand, hvor sælgeren er en erhvervsdrivende, der handler som et led i sit erhverv, og hvor salgsgenstanden ikke er bestemt til anvendelse i eller for en erhvervsvirksomhed. Sælgeren har bevisbyrden for, at salgsgenstanden ikke er bestemt til anvendelse i eller for en erhvervsvirksomhed.

d) Som 2 selvstændige retsregler – lex specialis
Bliver et køb foretaget hos en erhvervsdrivende sælger, der handler som et led i sit erhverv, foreligger der et forbrugerkøb.
Bliver et køb foretaget hos en erhvervsdrivende sælger, der handler som et led i sit erhverv, og er salgsgenstanden bestemt til anvendelse i eller for en erhvervsvirksomhed, foreligger der ikke forbrugerkøb.

Det 2. eksempel tager udgangspunkt i den almindelige erstatningsregel og ansvaret for at kaste sten gennem vinduesruder.[22] Ansvarsreglerne kan på tilsvarende vis beskrives på følgende i formen vidt forskellige men indholdsmæssigt identiske måder:

a) Som en hovedregel med en dertil hørende undtagelse
Hvis en skadevolder har kastet en sten gennem en rude, er skadevolderen ansvarlig for det derved lidte tab. Det gælder dog ikke, hvis skadevolderen ikke handlede culpøst.

b) Som en retsregel med en dertil hørende formodningsregel
Forårsager man ved culpøs adfærd et tab, er man forpligtet til at erstatte det derved lidte tab. Hvis en skadevolder har kastet en sten gennem en rude, er der en formodning for culpa.

c) Som en retsregel med en dertil hørende bevisbyrderegel
Forårsager man ved culpøs adfærd et tab, er man forpligtet til at erstatte det derved lidte tab. Hvis en skadevolder har kastet en sten gennem en rude, har skadevolderen bevisbyrden for, at der ikke foreligger culpa.

---

22. Stenkastningseksemplet er inspireret af Mads Bryde Andersen, Edb og ansvar (1988) s. 230 f, hvor ansvar for kast af sten mod et vindue indgår i en omtale af regler om objektivt ansvar set i forhold til den subjektive culpa-norm.

d) Som 2 selvstændige retsregler – lex specialis
Hvis en skadevolder har kastet en sten gennem en rude, er skadevolderen ansvarlig for det derved lidte tab.[23]
Hvis en skadevolder har kastet en sten gennem en rude, og skadevolderen ikke har handlet culpøst, er skadevolderen ikke ansvarlig for det derved lidte tab.

e) Som en materiel retsregel og en dertil knyttet beviskravsregel
Forårsager man ved culpøs adfærd et tab, er man forpligtet til at erstatte det derved lidte tab. Hvis det må antages, at en skadevolder har kastet en sten gennem en rude, skal culpa anses for at foreligge.

Pointen er, *at* der ikke er noget, som i sig selv er hovedregler, undtagelser, formodningsregler, bevisbyrderegler, beviskravsregler og materielle specialregler, *at* der blot er tale om forskellige måder, hvorpå man kan anskue og beskrive en og samme retstilstand og *at* der ikke er nogen principiel forskel mellem de forskellige beskrivelsessmåder.[24]

Hvilken beskrivelsesmåde, man vil vælge, når man vil beskrive en given retstilstand, må afhænge dels af de retskilder, hvorfra man øser, og dels af hensigtsmæssighedsbetragtninger, det vil sige, hvad der må anses for praktisk relevant for dommerne og de aktuelle og potentielle brugere af domstolssystemet (aktuelle og potentielle parter i retssager og deres advokater). Eksemplet med definition af forbrugerkøb i købelovens § 4a viser således, at en beskrivelse som 2 selvstændige retsregler i visse tilfælde kan virke ret anstrengt. Endvidere kan det forhold, at ordet »bevisbyrde« er anvendt i købelovens § 4a, tale for at anvende bevisbyrdemodellen, når man skal beskrive den fra § 4a flydende regel om, at et køb hos en erhvervsdrivende som udgangspunkt skal anses for et forbrugerkøb.[25] Et moment, som bør veje tungt i forbindelse med valget af beskri-

---

23. Vedrørende opstillingen af sådanne (objektive) specialregler om ansvar se Stig Jørgensen i Juristen 1961, hvor følgende er anført: »Retsstridigheds- og culpabegrebet er … løsrevet
fra det primitive fare/nytteræsonnement og bonus paterfamilias standarden og har fundet sin plads i den almindelige objektive retskildelære … Man opererer med »typetilfælde«, der afgøres ud fra deres egne forudsætninger i stedet for med slutninger fra enkelte almindelig principper eller »reale hensyn«. Se i samme retning Henrik Zahle, Om det juridiske bevis (1976) s. 42 om »ikke selvstændige underregler« i forhold til »culpanormen«.
24. Det er dette forhold, der – erkendt eller ej – er baggrunden for, at Jørgen Trolle i UfR 1964 B s. 138 har skrevet: »I det hele løber vel objektivt ansvar, ansvar med omvendt bevisbyrde og sædvanligt culpaansvar noget over i hinanden.«
25. Se som et eksempel herpå Jacob Nørager Nielsen og Søren Theilgaard, Købeloven med kommentarer, 2. udg. (1993) s. 78.

velsesmåde, er karakteren af den bevisførelse, som man typisk støder på i de konkrete sager – de typisk anvendte bevismidler og de dertil knyttede bevistemaer.

Der siges normalt at være den forskel mellem på den ene side bevisregler, og på den anden side materielle retsregler, at bevisregler er karakteriseret ved, at der i princippet altid kan føres modbevis, mens det ikke er tilfældet ved materielle retsregler. Som det fremgår ovenfor, er forskellen mellem bevisregler og materielle retsregler imidlertid i højere grad af praktisk end af principiel karakter. For eksempel har man altid mulighed for at forsyne en materiel retsregel med en eller flere materielle undtagelser, der efter omstændighederne kan tilføre en rent materiel beskrivelse af retstilstanden den fornødne fleksibilitet. Man kan imidlertid ikke løbe fra, at behovet for fleksibilitet er en af de faktorer, der kan have betydning for en forfatters valg af grænseflade mellem de materielle retsregler og de dertil knyttede bevisregler. Der vil dog fortsat være tale om et valg, som er dikteret af hensigtsmæssighedsbetragtninger.[26]

Man må konstatere, at de materielle retsregler og de bevisretlige regler inden for et retsområde er knyttet sammen i den materielle regulering af retsområdet i en sådan grad, at det i realiteten ikke har nogen som helst indholdsmæssig betydning, hvilke dele af retstilstanden der beskrives ved hjælp af materielle retsregler henholdsvis bevisregler. Der er tale om et i vidt omfang arbitrært formuleringsvalg, som bør være inspireret af rent pragmatiske hensyn. Allerede fordi der således ikke kan påvises nogen »naturlig« grænse mellem materielle retsregler og bevisregler, må man konstatere, at faktum x jus sondringens karakteristik af jus som havende karakter af materielle retsregler i modsætning til bevisregler heller ikke bidrager med noget, der er egnet til at adskille admiterbare syns- og skønsspørgsmål fra ikke-admiterbare og dermed at afgrænse dommernes kompetence over for syns- og skønsmændenes.

---

26. I artiklen »Et retspolitisk program for dommerskabt ret« fra Højesteret 1661-1986 (1986) har Bernhard Gomard omtalt de overvejelser, der i forbindelse med (løbende) ændring af retspraksis kan motivere, at ændringerne sker gennem ændring af beviskravene i stedet for gennem ændring af de materielle regler. Den problemstilling har imidlertid en noget anden karakter end de her behandlede spørgsmål. Her i bogen er fokus ikke på en dynamisk udvikling. Det drejer sig her om valget mellem flere måder, hvorpå en allerede givet retstilstand kan fremstilles. Når en højesteretsdom er formuleret som værende baseret på en bevisregel, vil det forhold imidlertid være af væsentlig betydning for teoriens valg af fremstillingsform, allerede fordi teoriens valg af fremstillingsform må ske under hensyn til de foreliggende retskilder.

2.4. *Konklusioner*

Undersøgelsen af de 2 til grund for sondringen jus-faktum liggende kriterier fører til den konklusion, *at* det 1. kriterium bygger på den fejlopfattelse, at materielle retsregler per definintion må have en (relativt) generel karakter, og *at* det 2. kriterium bygger på den fejlopfattelse, at der må være en eller anden form for »naturlig« grænse mellem materielle retsregler og bevisregler. Sondringen jus-faktum må derfor anses for reelt at være indholdsløs, *idet* de til grund for sondringen liggende kriterier er baseret på fejlagtige forudsætninger, og *idet* ingen af kriterierne giver en reel og dermed operationel vejledning med hensyn til fastlæggelsen af grænsen mellem jus og faktum.[27] Forbudet mod juridiske spørgsmål må følgelig på tilsvarende vis være indholdsløst, for så vidt angår beskrivelsen af forbudets retsfaktum.[28] [29]

---

27. I den straffeprocessuelle litteratur ser man, at flere forfattere på tilsvarende vis har erkendt, at der ikke er megen reel vejledning at hente i sondringen jus-faktum, og at det afgørende derfor må være de relevante reale hensyn, jf. Stephan Hurwitz, Straffeproces 1. udg.(1940) s. 565 ff, Jørgen Verner i U 1968 B s. 251 f, Per Lindegaard i »Højesterets prøvelsesret i straffesager« fra Højesteret 1661-986 (1986) s. 76.

    Når man erkender, at der alt efter karakteren af retsområdets reale hensyn må lægges vidt forskelligt indhold i de retsregler, hvor retsfaktum ifølge retsreglens formulering er baseret på sondringen jus x faktum, er det let at se, at der mod anvendelsen af sondringen til afgrænsning af en retsregels retsfaktum kan rettes de samme indvendinger, som man kan rette mod anvendelsen af begrebet »retlig interesse«, der anvendes i ret forskelligartede sammenhænge såvel inden for procesretten som uden for. Herom kan der henvises til Bernhard Gomard, Civilprocessen 5. udg. (2000) s. 356 f, hvor følgende er anført: »Det reale indhold af grundbetingelsen [retlig interesse] i alle disse regler er imidlertid forskelligt, og brugen af en fællesbetegnelse kan derfor tilsløre de virkelige forhold og friste til at undlade at søge den enkelte regels indhold præciseret.« En kritisk holdning til Bernhard Gomards opfattelse finder man hos Henrik Tamm i U 1966 B s. 35. Om begrebet retlig interesse se også Stephan Hurwitz' afhandling: »Om Begrebet »Retlig Interesse« i Procesretten« (1941).

28. I overensstemmelse med den her dragne konklusion har Spleth i Retsplejeloven gennem 50 år (1969) s. 74 anført følgende om sondringen jus faktum uden for strafferetten: »I borgerlige sager er det helt klart, at sondringen i mange tilfælde ikke lader sig drage. Teoretisk kan domstolens opgave deles op i en undersøgelse af, hvilke kendsgerninger der er bevist, og en afgørelse af, om disse kendsgerninger konstituerer et bestemt retligt fænomen, men i praksis løber disse processer i nogen grad sammen.« Det bør dog bemærkes, at Spleth syntes at være den eneste forfatter, der i den danske civilprocessuelle og bevisretlige litteratur har givet udtryk for direkte kritik af jus x faktum sondringen.

29. Synspunkterne i dette kapitel har tidligere været fremført i min artikel »Admitterbarheden af syns- og skønsspørgsmål med særlig henblik på sager om patentkrænkelse« i Julebog 1999 fra Juridisk Institut på Handelshøjskolen i København. Under henvisning til den artikel er det i Dansk Retspleje 2. udg. (2000) af Lars Lindencrone m.fl. anført, at mine synspunkter går ud på, at man næppe så sikkert som hidtil antaget bør afskære juridisk relaterede spørgsmål, men at det dog nok bør fastholdes, at sondringen mellem jus og faktum skal respekteres, herunder også af syns- og skønsmænd. For så vidt angår indholdet af mine synspunkter, har det i Dansk Retspleje anførte ramt noget ved siden af pointen, der jo er, at man ikke kan give en meningsfuld og operationel beskrivelse af et retsfaktum ved hjælp af begreberne jus og faktum. Jeg har med andre ord ikke gjort mig til

Disse konklusioner støttes i øvrigt af det forhold, at der ikke er harmoni mellem det hævdede forbud og de resultater, som den i forbudet udtrykte retsregel skulle forestille at kunne forklare.

Det fremgår af litteraturen, at man i praksis accepterer syns- og skønsspørgsmål om, hvorvidt en ydelse kan anses for mangelfuld. For at bringe udsagnet om, at juridiske spørgsmål ikke er admiterbare, i overensstemmelse med denne praksis, må man i litteraturen hævde, at sådanne spørgsmål om, hvorvidt en ydelse er mangelfuld, må anses for at være af ikke-juridisk karakter.

Den karakterisering af mangelsproblematikken er imidlertid udtryk for veritabel vold mod det danske sprog. Mangelsproblematikken er en central problemstilling inden for den klassiske obligationsret. Den konklusion, at der skulle være tale om en ikke-juridisk problemstilling, må derfor være udtryk for, at problemstillingen ikke i det fornødne omfang er blevet gjort til genstand for kritiske overvejelser. En afgørelse af et mangelsspørgsmål forudsætter således blandt andet en fortolkning af den aftale, i henhold til hvilken ydelsen er præsteret, hvilket normalt må anses for en opgave af juridisk karakter. At der skulle være tale om en problemstilling af ikke-juridisk karakter syntes i hver fald at måtte kræve en nærmere forklaring, og sådan en forklaring syntes ikke at foreligge. Resultatet kan under ingen omstændigheder forklares med en henvisning til den problematiske jus-faktum sondring.

Som det fremgår kan man ikke ved hjælp af de kriterier, der ifølge den generelle jus-faktum sondring skal være afgørende for, hvad der i almindelighed er jus og faktum, præcisere, *a)* hvad der specifikt i relation til patenters beskyttelsesomfang skal anses for faktuelle spørgsmål, som det tilkommer syns- og skønsmændene at tage stilling til, og *b)* hvad der i modsætning hertil skal anses for at udgøre de juridiske spørgsmål, det tilkommer dommerne at tage stilling til.

Som nævnt ovenfor i afsnit 2.1. har en række af konklusionerne og de undervejs trufne delkonklusioner i øvrigt principiel betydning for en række mere fundamentale problemer, hvis betydning langt fra er begrænset til patentretten. Det drejer sig om følgende:

---

talsmand for, at juridiske spørgsmål bør accepteres i højere grad en hidtil antaget, men derimod for, at opdelingen af en retssags spørgsmål i juridiske og faktuelle er meningsløs med den gængse fastlæggelse af begreberne jus og faktum. Det er påkrævet med en mere adækvat beskrivelse af retsfaktum. Ved afgrænsningen af dommernes kompetence over for syns- og skønsmændene forekommer det langt mere relevant at tage udgangspunkt i de relevante reale hensyn i stedet for at basere sig på de stærkt problematiske begreber jus og faktum.

a) Der er ikke nogen grænse for, hvor specifikke retsregler, man kan opstille i forbindelse med beskrivelsen af et retsområde, og at retsregler derfor ikke af natur er af generel karakter.

b) Det er blot af rent praktiske årsager normalt mest hensigtsmæssigt ved beskrivelsen af et retsområde at operere med relativt generelle beskrivelser af den inden for et området herskende regelmæssighed i retsanvendelsen.

c) Det er derfor ikke muligt i almindelighed at sige noget meningsfuldt om, hvor generelt eller konkret noget skal være for at kunne udgøre henholdsvis jus og faktum.

d) Der er ikke noget, som i sig selv er hovedregler, undtagelser, formodningsregler, bevisbyrderegler, beviskravsregler og materielle specialregler, *idet* der blot er tale om forskellige måder, hvorpå man kan anskue og beskrive en og samme retstilstand og *idet* der ikke er nogen principiel forskel mellem de forskellige beskrivelsessmåder.

e) Sondringen jus-faktum er i det hele taget ikke er operationel i den forstand, at der ikke af *selve begreberne* jus og faktum kan *udledes* nogen bestemt om fastlæggelse af et relevant retsfaktum inden for et givent retsområde.

Når disse konklusioner fremhæves her, er det ikke, fordi de er af afgørende betydning for den resterende del af afhandlingen. Det er primært, fordi der er tale om så væsentlige spørgsmål, at det ville være synd blot at lade dem føre en hensygnende tilværelse som en integreret del af den almindelige argumentationskæde.

3. Retsplejelovens § 341 om bevisførelse uden betydning for sagernes afgørelse

Når sondringen jus-faktum ikke giver nogen reel vejledning, må den relevante retsregel om begrænsning af syns- og skønsspørgsmåls admiterbarhed i stedet søges i de reale hensyn, der må antages at ligge til grund for afvisningen af de spørgsmål, der på grund af deres genstand skal anses for ikke-admiterbare.

Ifølge retsplejelovens § 341 må der ikke føres beviser uden betydning for sagen. Dette kan naturligvis være relevant for, hvilke syns- og skønsspørgsmål, der skal anses for admiterbare. Hvis besvarelsen af et spørgsmål ikke kan antages at bibringe noget af betydning, må princippet i § 341 kunne føre til spørgsmålets afskæring.

I det omfang der er tale om vurderingskrævende spørgsmål, hvor en syns- og skønsmand ikke besidder en højere ekspertise end de pågældende dommere, er der ingen grund til at forelægge spørgsmålene for en syns- og skønsmand, og § 341 kan derfor føre til, at sådanne spørgsmål må anses for ikke admiterbare.

Når dommere, for så vidt angår en lang række spørgsmål vedrørende retskilder, retsregler og deres anvendelse, må formodes at have en højere grad af ekspertise end syns- og skønsmænd, er der ingen grund til at lade syns- og skønsmænd besvare sådanne spørgsmål. Det har imidlertid i princippet intet at gøre med sondringen jus-faktum, hvorfra der som påvist ovenfor ikke kan udledes noget.[30] Det skyldes, at besvarelsen af spørgsmålene ikke kan antages at bibringe noget af betydning, jf. retsplejelovens § 341.[31]

Heraf følger det imidlertid ikke, at alle spørgsmål vedrørende retskilder, retsregler og deres anvendelse kan anses for ikke admiterbare. Man må sondre. Der er nogle retskilder og retsregler, som dommere normalt har god forstand på, og der er andre, som de normalt har mindre god forstand på. Som eksempel på det sidste kan nævnes de tekniske forskrifter for indretning af el-installationer, som findes i diverse love og anordninger. Selv om sådanne forskrifter har karakter af retsregler, der udspringer af almindeligt anerkendte retskilder, vil der ikke være nogen fornuftig grund til at afskære spørgsmål vedrørende sådanne tekniske forskrifters betydning for lovligheden af de elektriske installationer i et kraftværk. Det samme gør sig gældende ved andre specielle retsregler, som en normal dommer på trods af sin juridiske uddannelse og kariere ikke har de rigtige faglige forudsætninger for at tilegne sig og bringe i anvendelse – natur-

---

30. Side 656 i Patenters Beskyttelsesomfang fra 2001 undgår Are Stenvik bevidst »den omfattende filosofiske debatten omkring begrepene rettslig og faktisk«. I stedet vælger han ud fra en hensigtsmæssighedsbetragtning en definition, ifølge hvilken det retlige følger retskildelærens principper, mens andre vurderinger må anses for at være faktiske. Med andre ord er der ikke overensstemmelse mellem hans konklusion og de her forfægtede synspunkter.
31. Der findes en helt tilsvarende regel i retsplejelovens § 781, der om syn og skøn i straffesager siger (min kursivering): »Kræves der til en besigtigelse eller i øvrigt til en undersøgelse eller bedømmelse af et faktisk forhold … indsigt, som ikke kan forudsættes hos retten, kan denne tilkalde syns- eller skønsmænd overensstemmende med kap. 19.«

ligvis forudsat at de pågældende syns- og skønsmænd sidder inde med den relevante ekspertise.

En retsregel, ifølge hvilken man kan afskære syns- og skønsspørgsmål, hvis besvarelse kræver en vurdering, som dommere er fuldt ud kompetente til selv at foretage, har i øvrigt støtte i fast praksis ved Østre Landsret, jf. *a)* U 1971 s. 861 Ø og U 1980 s. 466 Ø, hvor syn og skøn vedrørende spørgsmål, som lå inden for rettens egen ekspertise blev afvist,[32] og *b)* U 1999 s. 1.294 Ø, hvor syn og skøn vedrørende en række spørgsmål blev admiteret, fordi der var tale om forhold, som lå uden for rettens egen ekspertise[33].

Ser man på de afgørelser, der i litteraturen påberåbes til støtte for forbudet mod juridiske syns- og skønsspørgsmål, er en del af afgørelserne ikke udtrykkeligt begrundet med, at de afviste spørgsmål er af juridisk karakter. Begrundelserne i disse afgørelser er af ret konkret karakter og giver ikke umiddelbart nogen klar indikation af, hvilke betragtninger, der har motiveret afgørelserne. Afgørelserne lader sig imidlertid på fuldt ud harmonisk vis forklare med, at der har været tale om spørgsmål, som dommerne selv måtte anses for at være kompetente til at tage stilling til.[34]

Blandt de afgørelser, som i litteraturen ses påberåbt til støtte for forbudet mod juridiske syns- og skønsspørgsmål, er der 2, hvor der som begrundelse for afvisningen af nogle spørgsmål udtrykkeligt er henvist til spørgsmålenes juridiske karakter – U 1985 s. 216 H og U 1986 s. 950 SH. Der var tale om spørgsmål til en række brancheorganisationer og Forbrugerrådet. Det forhold, at der således ikke var tale om spørgsmål til syns- og skønsmænd, må imidlertid være uden betydning, idet der må antages at gælde samme begrænsninger for spørgsmål til brancheorganisationer og Forbrugerrådet. Disse 2 afgørelser lader sig imidlertid også forklare med, at spørgsmålene drejede sig om forhold, som måtte antages at ligge inden for dommernes egen ekspertise.[35] De 2 afgørelser er således utvivlsomt rigtige, men der er god grund til at kritisere begrundelserne, idet de giver

---

32. U 1980 s. 466 Ø (spørgsmål der ikke krævede særlig sagkundskab udover den boligrettens læge dommere måtte antages at have) og U 1971 s. 861 Ø (spørgsmål, der krævede udøvelse af et skøn som boligretten selv kunne udøve med tilstrækkelig sikkerhed).
33. U 1999 s. 1.294 Ø (spørgsmål, hvis besvarelse krævede en byggesagkyndig ekspertise, som boligrettens dommere ikke selv sad inde med).
34. Se for eksempel U 1984 s. 265 V (spørgsmål om hvorvidt en agent for et rejsebureau skulle anses for fuldmægtig, kommissionær eller handelsagent) og U 1971 s. 71 H (spørgsmål der forudsatte en stillingtagen til afgørelser truffet af administrative og judicielle instanser).
35. I U 1985 s. 216 H drejede spørgsmålene sig om, hvorvidt man havde foretaget de fornødne sikringsakter i et finansieringsarrangement. I U 1986 s. 950 SH drejede spørgsmålene sig om forholdet mellem stormagasiners rentefrie kreditgivning og markedsføringslovens § 1.

en inadækvat beskrivelse af betingelserne for syns- og skønsspørgsmåls admitterbarhed.

Fra nyere praksis kan nævnes UfR 1998 s. 1171 V. I den kendelse afskar Vestre Landsret en række spørgsmål til Advokatrådet om omfanget af en bestemt advokats pligter som skødeberigtigende eneadvokat i en bestemt ejerlejlighedshandel. Kendelsen giver anledning til de samme bemærkninger som de 2 just omtalte kendelser.

Den patentretlige sag om Køge Bugt Strandpark (UfR 1989 s. 548 H) er et på flere måder interessant eksempel, hvor Højesteret har givet udtryk for en opfattelse, der syntes at give en ret klar støtte for de her fremsatte synspunkter om, at det afgørende må være, om besvarelsen af et syns- og skønsspørgsmål falder inden for rettens egen ekspertise.

I Køge Bugt Strandpark-sagen havde sagsøgeren påstået det kommunale fællesskab I/S Køge Bugt Strandpark dømt for krænkelse af sagsøgerens patent på en fremgangsmåde til fremrykning af kystlinier. Sagsøgte gjorde blandt andet gældende, at der ikke var tale om patentkrænkelse, fordi det påberåbte patent var ugyldigt, idet det efter den påståede krænkers opfattelse manglede såvel nyhed som opfindelseshøjde.

To af de til skønsmændene stillede spørgsmål drejede sig om hvorvidt den patenterede fremgangsmåde kunne »betragtes som en naturlig anvendelse af kendt teknik«. En besvarelse af de 2 spørgsmål ville i realiteten indebære en stillingtagen til, om den patenterede fremgangsmåde manglede opfindelseshøjde og dermed til, om patentet var ugyldigt i medfør af patentlovens § 52, stk. 1, nr. 1, jf. § 2, stk. 1, ifølge hvilken en opfindelse skal adskille sig væsentligt fra, hvad der var kendt før patentansøgningens indleveringsdag.

Der findes eksempler på, at syns- og skønsmænd har besvaret sådanne spørgsmål, som reelt set har fordret en vurdering af opfindelseshøjden. Den overvejende holdning i litteraturen har imidlertid været, at spørgsmålet om opfindelseshøjde er et juridisk spørgsmål, som det er op til domstolene at tage stilling til, hvorfor syns- og skønsmænd bør afholde sig fra at besvare sådanne spørgsmål.[36] [37]

I Køge Bugt Strandpark-sagen undlod syns- og skønsmændene i over-

---

36. Poul Jacobsen i NIR 1938 s. 6 og UfR 1943 B s. 142 ff, Erik Lassen i UfR 1968 B s. 216 f, Mogens Plesner i NIR 1971 s. 116 ff, P. O. Langballe i NIR 1977 s. 155 f. I overensstemmelse hermed udtalte syns- og skønsmændene i UfR 1966 s. 543, at det lå uden for deres kompetence at udtale sig om, hvorvidt det pågældende patent ville være blevet udstedt, hvis de under retssagen fremdragne modhold havde været kendt under patentansøgningens behandling.

37. Før 1967-patentloven var manglende opfindelseshøjde ifølge den dagældende § 24 og § 1,

ensstemmelse med den i teorien herskende lære at besvare de 2 spørgsmål og gav som begrundelse herfor udtryk for, at det syntedes at ligge uden for deres kompetence at besvare spørgsmål af den pågældende karakter.

I Højesterets dom statuerede et flertal på 4 ud af de 5 voterende højesteretsdommere, at patentet var ugyldigt, fordi »den patenterede fremgangsmåde ikke havde en sådan nyhedsværdi eller opfindelseshøjde, at der var grundlag for at udstede patentet«.

Syns- og skønsmænd i patentretssager bliver ofte udpeget blandt medlemmerne af De Danske Patentagenters forening. Det havde endvidere i mange år været den fremherskende opfattelse hos foreningens medlemmer, at de som syns- og skønsmænd måtte afholde sig fra at besvare spørgsmål, hvor svaret må baseres på en rent subjektiv vurdering, herunder spørgsmål, som i realiteten går ud på, om en opfindelse har opfindelseshøjde uanset hvilken konkret formulering spørgsmålet har.

---

stk. 3, ikke en ugyldighedsgrund, der kunne gøres gældende over for et udstedt patent – kun manglende nyhed kunne føre til ugyldighed, jf. 1964-betænkningen s. 313 og Folketingstidende 1967/68 A sp. 1527. Se dog TfR 1962 s. 160, hvor Poul Spleth og Jørgen Trolle i Deres kommentar til Persiennedom I (UfR 1962 s 66 H) antog, at Højesteret nu anså sig for kompetent til at efterprøve opfindelseshøjden, men at Højesteret ville stille strenge krav til beviset for manglende opfindelseshøjde. I den kommenterede dom blev patentet opretholdt på trods af, at den påståede krænkers ugyldighedspåstand havde klar støtte i syns- og skønsmændenes udtalelser.

Ældre praksis vedrørende admitterbarheden af spørgsmål om et patents opfindelseshøjde må antages at have været påvirket af den særegne ordning vedrørende ugyldighedsgrundene. Den kan derfor ikke umiddelbart tillægges betydning længere. I UfR 1968 B s. 217 har Erik Lassen dog givet udtryk for, at ændringen af patentlovens ugyldighedsbestemmelse ikke skulle have nogen betydning for spørgsmålet om admitterbarheden af syns- og skønsspørgsmål. Fra ældre retspraksis kan nævnes Højesterets kendelse af 13. november 1934 omtalt i NIR 1935 s. 108 -9 (afvisning af spørgsmål vedrørende opfindelseshøjden), jf. Poul Jacobsen i UfR 1943 B s. 141 og – i modsat retning – UfR 1941 s. 545 H (protest mod spørgsmål, om der i et dansk patent hvis gyldighed var omtvistet, var noget nyt og opfinderisk i forhold til et angivet amerikansk patent, ikke taget til følge). I Varmestrømkredsdommen UfR 1936 s. 306 H er det (s. 309) omtalt, at 2 spørgsmål under sagens forberedelse var blevet anset for ikke admiterbare. Det drejer sig om følgende spørgsmål: »Kan det i betragtning af den ringe størrelse af kapaciteten mellem varmelegeme og katode i normale termionrør med indirekte opvarmet katode antages, at de som følge af uregelmæssigheder i varmespændingen over denne kapacitet flydende strømme kan være af en sådan størrelsesorden, at de kan forårsage mærkbare forstyrrelser?« og »Skønnes den af patenthaverne i deres skrivelse af … til Patentkommissionen fremsatte påstand, at sagkyndige hidtil har ment, at det vilde være overflødigt at filtrere varmestrømmen, at være rigtig, når henses til den kendsgerning, at det først for ca. 2 år siden blev almindeligt at forsyne jævnstrømsfødede apparater med indirekte opvarmede rør?« Det fremgår ikke af dommen, hvorfor de 2 spørgsmål blev anset for ikke at være admitterbare. Det fremgår imidlertid af en udskrift af den pågældende kendelse, at begrundelsen for at afskære spørgsmålene var, at de havde til formål at godtgøre, at det håndhævede patent savnede opfindelseshøjde (kendelse af 13. oktober 1933, afsagt af Østre Landsrets 4. afd. i sag nr. 77/1933).

I dommens begrundelse bemærkede Højesteret udtrykkeligt, at syns- og skønsmændene ikke havde taget stilling til spørgsmålet om opfindelseshøjde.[38] Denne bemærkning foranledigede De Danske Patentagenters Forening til at rette henvendelse til Højesteret med henblik på at få afklaret retstillingen vedrørende syns- og skønsmænds kompetenceområde i patentsager, herunder navnlig med henblik på at få forklaret, om der var nogen særlig årsag til bemærkningen angående den manglende besvarelse af spørgsmålene vedrørende opfindelseshøjden.

Præsidenten for Højesteret besvarede efter aftale med de dommere, der deltog i sagens pådømmelse, foreningens henvendelse.

I besvarelsen udtaltes det, at bemærkningen i præmisserne ikke indebar nogen kritik af syns- og skønsmændene.

Endvidere fremgår det af besvarelsen, *at* de i sagen deltagende dommere kunne tilræde, at syns- og skønsmænd ikke bør besvare spørgsmål, hvor svaret må baseres på en rent subjektiv vurdering, *at* dommerne imidlertid mente, at en vurdering af, om en opfindelse har opfindelseshøjde, ikke er

---

38. Den noget uheldige situation, at der efter Højesterets mening manglede svar på 2 relevante spørgsmål, kunne være afhjulpet, hvis syns- og skønsmændene havde været til stede under domsforhandlingen i Højesteret. Se herom Henrik Tamm i UfR 1966 B s. 36 f, hvor Tamm vedrørende muligheden for bevisførelse umiddelbart for Højesteret anførte følgende: »Af særlig betydning for Højesteret er de tilfælde, hvor sagkyndige har afgivet forklaring under domsforhandlingen, se HRD i U 1963 s. 782, hvor skønsmændene besvarede spørgsmål, og HRD i U 1965 s. 680, hvor der i en kompliceret sag om ansvar for et sygehus afgaves forklaringer af en repræsentant for Retslægerådet og af en specialist. Selv om det … vil kunne være uheldigt for parterne, at bevismaterialet i sagen ikke er fastlagt, inden parterne lægger deres procedure for Højesteret til rette, må det i mange sager med tekniske problemer anses for ønskeligt, om skønsmændene kan være til stede under domsforhandlingen i Højesteret og ved at besvare spørgsmål også fra dommerne bibringe disse en klarere forståelse af de tekniske problemer.« Se i samme retning P. Spleth, »De nye princippers gennemførelse i civilprocessen« fra Retsplejeloven gennem 50 år (1969) s. 76, hvor følgende er anført: »Efter min opfattelse tyder de hidtil indvundne erfaringer på, at der kan opnås noget værdifuldt ved at føre skønsmænd og andre sagkyndige direkte for Højesteret, ikke for at afgive deres besvarelse her, hvilket kunne give anledning til at stille nye spørgsmål og dermed til udsættelse, … men for at forklare besvarelserne og de tekniske problemer for retten, hvilket de må formodes at kunne gøre bedre end de respektive advokater. Vanskeligheder for retten ved at vurdere rækkevidden af skønsmændenes udtryk kan derved ofte ryddes af vejen. Som et tilfælde, hvor en mundtlig forklaring om lægelige spørgsmål viste sig at være af værdi, kan nævnes U.f.R. 1965 s. 680.« I denne sammenhæng er det værd at bemærke, at den af Henrik Tamm nævnte dom UfR 1963 s. 782 H, hvor der skete afhjelmning af syns- og skønsmændene umiddelbart for Højesteret, stammer fra immaterialrettens område, idet sagen drejede sig om krænkelse af ophavsret til en stol.

en rent subjektiv vurdering, og *at* de anså en vurdering af opfindelseshøjden for naturligt at falde inden for en syns- og skønsmands hverv.[39]

Som begrundelse for, at vurderingen af opfindelseshøjde ikke er en rent subjektiv vurdering, henviste præsidenten til, at det fremgår af Mogens Koktvedgaard og Lise Østerborg, »Patentloven«, 2. udgave, s. 94 ff, at lovens forarbejder forudsætter, at kravet om opfindelseshøjde af domstolene bør afgøres på grundlag af en konkret sagkyndig vurdering med udgangspunkt i, hvad en gennemsnitsfagmand vil anse for nærliggende.

Højesteretspræsidentens brev til Patentagentforeningen giver grund til at antage, *at* man i Højesteret ikke kan tiltræde den almindelige antagelse i litteraturen, ifølge hvilken spørgsmål om opfindelseshøjde ikke er admitterbare, fordi de drejer sig om jus, og *at* besvarelsen af sådanne spørgsmål tværtimod i Højesteret anses for en naturlig opgave for syns- og skønsmænd, idet besvarelsen som udgangspunkt må forudsætte en sagkundskab, der ligger uden for en dommers normale ekspertise.[40] Det forekommer endvidere rimeligt at tage brevet fra Højesteret som udtryk for, at det heller ikke i almindelighed bør være afgørende for et syns- og skønsspørgsmåls admitterbarhed, om det kan siges at have en juridisk karakter,

---

39. I brevet pointerede Højesterets præsident i øvrigt – mere alment –, at det forhold, at den endelige afgørelse af et spørgsmål er overladt til domstolene ikke i sig selv udelukker, at syns- og skønsmænd kan give udtryk for deres mening om spørgsmålet, hvis de bliver spurgt.

40. Man kunne heroverfor indvende, at flertallet af dommerne valgte selv at vurdere opfindelseshøjden i stedet for at basere deres bevisvurdering vedrørende spørgsmålet a) på en formodning om, at et udstedt patent må anses for gyldigt, eller b) på det synspunkt, at syns- og skønsmændenes manglende besvarelse af spørgsmålet om opfindelseshøjde måtte klandres den påståede krænker, der skulle bruge svaret til at anfægte gyldigheden, og at dommerne derfor må have været af den opfattelse, at de selv besad den ekspertise, der skulle til for at tage stilling til spørgsmål om opfindelseshøjde.

    Dommen havde imidlertid nogle ganske specielle processuelle forudsætninger, som gør, at denne indvending, der umiddelbart kan forekomme plausibel, alligevel ikke er relevant. Det fremgår således af præsidentens brev, at parternes advokater på forespørgsel fra retten gav udtryk for, at de var enige med syns- og skønsmændene i, at det måtte ligge uden for deres kompetence at tage stilling til spørgsmålet om opfindelseshøjde, og at det måtte være op til retten at tage stilling til det spørgsmål. Denne af parterne i fællig fremsatte særlige proceserklæring er rigelig forklaring på, hvorfor flertallet af dommerne i overensstemmelse med parternes udtalte forventninger valgte selv at vurdere opfindelseshøjden. Det forhold, at dommerne selv gik ind og vurderede opfindelseshøjden, er således ikke nødvendigvis udtryk for, at dommerne anså sig selv for specielt kompetente, for så vidt angår vurdering af spørgsmål om opfindelseshøjde.

men at det afgørende derimod må være, i hvilket omfang spørgsmålets besvarelse kræver en ekspertise, som helt eller delvist ligger uden for en dommers normale ekspertise.

Det følger af det anførte, *at* den af litteraturen hævdede opfattelse, ifølge hvilken juridiske syns- og skønsspørgsmål ikke er admitterbare, er forfejlet i sit begrebsmæssige udgangspunkt (jus-faktum sondringen), *at* litteraturens formulering af forbudet mod juridiske spørgsmål som retsregel betragtet er uanvendelig, idet den ikke giver nogen reel vejledning med hensyn til, hvilke typer spørgsmål der skal anses for omfattet af forbudet, *at* forbudet mod juridiske spørgsmål endog er mere vildledende end vejledende, og *at* forbudet mod juridiske spørgsmål helt ignorerer og dermed tilslører de reale hensyn, der på mere harmonisk vis kan forklare de relevante domstolsafgørelser.

Hvis man i overensstemmelse med princippet i retsplejelovens § 341 og retspraksis i stedet for det problematiske forbud mod juridiske spørgsmål opstiller en retsregel, ifølge hvilken det ikke tilkommer syns- og skønsmænd at tage stilling til spørgsmål, som fuldt ud ligger inden for rettens ekspertise, får man et langt mere harmonisk, operationelt og velbegrundet grundlag for at tage stilling til, om syns- og skønsspørgsmål skal anses for admitterbare eller ej.

En regel af tilsvarende karakter vil formentlig også være velegnet til at danne grundlag for håndteringen af spørgsmålet om juridiske responsas admitterbarhed, selv om sådan en regel næppe kan siges at have støtte i hidtidig retspraksis.[41]

I det følgende vil det blive lagt til grund, at det hævdede forbud mod juridiske spørgsmål kan anses for tilbagevist som udtryk for en uholdbar misforståelse, og at man i stedet må vurdere, om der er tale om spørgsmål, hvis besvarelse ligger inden for rettens egen ekspertise.

Det forhold, at flertallet af dommerne øjensynligt tilsidesatte syns- og skønsmændenes vurdering af, at der forelå den fornødne nyhed, syntes derimod ikke at kunne forklares hverken i sagens særlige processuelle forudsætninger eller i andre af sagens omstændigheder. At det fremstår som gådefuldt, hvorfor flertallet tilsidesatte syns- og skønsmændenes vurdering af nyhedsspørgsmålet, er imidlertid ikke afgørende for den her drøftede problemstilling.

41. Om juridiske responsas admiterbarhed se UfR 1998 s. 276 H, UfR 1996 s. 1293 H, UfR 1996 s. 821 V, UfR 1991 s. 471 V, Lennart Lynge Andersen og Bernhard Gomard i UfR 1997 B s. 231, Erik Andersen i Juristen 1977 s. 149, E. Polack i Juristen 1977 s. 148, Eigil Lego Andersen i Juristen 1977 s. 146, Poul Rønnov i Juristen 1977 s. 47 og Eigil Lego Andersen i Juristen 1976 s. 468.

4. Kompetencefordelingen i relation til konkrete typer spørgsmål

I det omfang modparten ikke protesterer mod et spørgsmål, griber retten normalt ikke ind mod, at spørgsmålet stilles og besvares. Det forhold, at der i en sag er stillet og besvaret spørgsmål af en bestemt type, kan derfor ikke i sig selv tages som udtryk for, at spørgsmål af den pågældende type i almindelighed er admitterbare. Forekomsten af sådanne spørgsmål og svar kan således ikke afspejle andet end det forhold, at der ikke er taget stilling til admitterbarheden. I trykt praksis er der som følge heraf kun ganske få afgørelser, der kan tages som udtryk for en egentlig stillingtagen til admitterbarheden af spørgsmål vedrørende patenter, herunder vedrørende beskyttelsesomfanget.[42] [43]

I UfR 1972 s. 621 H afsagde Højesteret en kendelse, ifølge hvilken 2 spørgsmål efter deres indhold ikke kunne anses for admitterbare. Som kendelsen er gengivet i ugeskriftet, er den ret intetsigende, idet der ikke er anført noget som helst om spørgsmålenes indhold endsige om begrundelsen for spørgsmålenes afvisning. Ikke engang en udskrift af den indankede kendelse fra Vestre Landsret kan kaste lys over de ikke admitterbare spørgsmåls egentlige karakter, idet den på det punkt er lige så tavs som højesteretskendelsen.

I UfR 1973 s. 145, hvor et patents gyldighed var omstridt, havde patenthaveren under henvisning til en af ham selv udarbejdet redegørelse for den af sagen omhandlede teknik stillet 2 spørgsmål, hvor det 1. spørgsmål gik på, om redegørelsen klart redegjorde for betydningen af de i patentets krav angivne kendetegn og for disse kendetegns samvirken til opnåelse af det tilstræbte resultat, og hvor det 2. spørgsmål drejede sig om hvilke punkter i redegørelsen, der eventuelt kunne anses for ufyldestgørende eller mangelfulde. Højesteret fastslog, at spørgsmålene var så generelt formulerede, at deres besvarelse faldt uden for det, som syns- og skønsmænd bør pålægges at tage stilling til.

---

42. Se i note 34 ovenfor omtalen af 3 kendelser om spørgsmål angående patenters gyldighed, som på grund af mellemliggende ændringer i reglerne om ugyldighed imidlertid ikke længere kan anses for relevante.
43. I UfR 1968 B s. 214 ff nævner Erik Lassen en lang række afgørelser, som han syntes at have opfattet på den måde, at de afspejler en stillingtagen til de i afgørelserne rent faktisk besvarede syns- og skønsspørgsmåls admitterbarhed. Der er imidlertid ikke grundlag for sådan en opfattelse, idet der i hovedsagen er tale om afgørelser, hvor syns- og skønsspørgsmålenes admitterbarhed ikke var omtvistet, og hvor der følgelig ikke skulle tages stilling til admitterbarheden.

Der kan desværre hverken fra UfR 1972 s. 621 H eller U 1973 s. 145 H udledes noget om kompetencefordelingen mellem dommerne og syns- og skønsmændene. Når der ikke er megen vejledning at hente i retspraksis i patentsager, kan man overveje at slutte analogt fra andre områder, hvor der er taget stilling til syns- og skønsspørgsmåls admitterbarhed.

I NIR 1971 s. 117 har Mogens Plesner som en »illustrerende parallel« til de patentretlige admitterbarhedsproblemer nævnt, at ifølge fast praksis i sager om ophævelse af køb på grund af mangler, er spørgsmål om, hvorvidt der foreligger mangler, admitterbare, mens spørgsmål om manglernes væsentlighed ikke kan anses for admitterbare.

Hvis man skulle drage en parallel fra de af Mogens Plesners nævnte typer spørgsmål om mangler og væsentlige mangler, kunne man hævde, *dels* at spørgsmål om nyhed og om ordret krænkelse, hvor den omtvistede genstand anses at være direkte omfattet af patentkravene, bør anses for at være admitterbare på samme måde som spørgsmål om, hvorvidt der foreligger mangler, og *dels* at spørgsmål om *a)* opfindelseshøjde, *b)* analog krænkelse eller *c)* væsentligheden af en omtvistet genstands afvigelse fra den i patentkravene beskrevne opfindelse, bør anses for ikke at være admitterbare på samme måde som spørgsmål om, hvorvidt en mangel skal anses for at være væsentlig.

Man bør imidlertid være forsigtig med analogier, når de ikke er baseret på en mere substantiel argumentation end for eksempel den iagttagelse, at samme sproglige udtryk såsom det kvantitativt kvalificerende udtryk »væsentligt« er anvendt både *a)* i den type spørgsmål, fra hvis admitterbarhed eller mangel på samme der sluttes analogt, og *b)* i den type spørgsmål, hvortil der sluttes analogt. Navnlig når spørgsmålene drejer sig om vidt forskellige problemstillinger i fjerntliggende retsområder, kan der ikke være en formodning for, at der er grundlag for at slutte analogt fra den ene type spørgsmål til den anden, selv om der kan påvises rent sproglige ligheder.

Det forhold, at Højesteret i forbindelse med Køge Bugt Strandparkdommen U 1989 s. 548 H har givet udtryk for, at det må være en naturlig del af en syns- og skønsmands hverv at vurdere opfindelseshøjde, viser da også, at det er uholdbart med en analogi fra de ikke admitterbare spørgsmål om manglers væsentlighed og til spørgsmål om, hvorvidt en opfindelse adskiller sig væsentligt fra kendt teknologi. En holdbar analogi må forudsætte ikke blot en sproglig parallelitet eller lignende, men at der er tale om reelt beslægtede vurderingstemaer, som forholder sig på samme måde til det, der må antages at ligge inden for en normal dommers ekspertise.

Den begrundelse, som Højesteret i forbindelse med Køge Bugt Strand-

park-dommen gav for, at spørgsmål om opfindelseshøjde kan anses for admitterbare, var, at vurderingen af, om en opfindelse adskiller sig væsentligt fra den kendte teknik, må bero på et sagkyndigt skøn, jf. det derom anførte hos Mogens Koktvedgaard og Lise Østerborg, Patentloven 2. udg. s. 94 ff. Bladrer man videre i samme værk støder man s. 279 f på følgende om krænkelsesspørgsmålet (originale kursiveringer – min understregning):

> »Dette [at afgøre, om der foreligger patentkrænkelse] forudsætter en konkret fastlæggelse af patentets beskyttelsesområde samt en konstatering af de omhandlede genstandes eller fremgangsmåders nærmere beskaffenhed. Herefter skal man ved en *sammenlignende proces* afgøre, om krænkelse foreligger. Denne fastlæggelse, konstatering og vurdering kan kun ske ved et *sagkyndigt skøn*. Det er derfor normalt en nødvendighed, at retten udmelder *særligt sagkyndige* i henhold til Retsplejelovens kap. 19 (syn og skøn).« [44]

Dette kunne ret klart tale for en analogi fra admitterbarheden af spørgsmål om opfindelseshøjde til en tilsvarende admitterbarhed af spørgsmål direkte om rækkevidden af et patents beskyttelsesomfang eller om, hvorvidt der foreligger krænkelse. Hvis sådan en analogi er holdbar, vil det indebære, at dommernes indsats i sager om patentkrænkelse, stort set vil kunne indskrænke sig til en begrænset efterprøvelse af syns- og skønserklæringerne, herunder efter omstændighederne en efterprøvelse af, hvorvidt syns- og skønsmændene ved deres vurdering af krænkelsesspørgsmålet har lagt forkerte kriterier til grund for deres vurdering.[45]

En sådan analogi må imidlertid afvises. En omtvistet genstands rent tekniske lighed med en i et patentkrav defineret genstand er kun et af de momenter, der skal indgå i den rimelighedsafvejning, som ifølge EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen er afgørende for fastlæggelsen af et patents

---

44. I Lærebog i immaterialret 5. udg. (1999) s. 230 er det følgende – mere komprimeret – anført om udmålingen af et patents beskyttelsesomfang: »Denne udmålingsproces er et juridisk/teknisk anliggende, der til syvende og sidst altid vil bero på et sagkyndigt skøn.« Det syntes ikke at være udtryk for nogen afstandstagen til det, der mere udførligt er anført i patentlovskommentaren.
45. Som eksempel på en patentretlig højesteretsdom, hvor et syn og skøn blev tilsidesat, fordi syns- og skønsmændene ved deres vurdering ikke havde lagt (tilstrækkelig) vægt på et bestemt af sagens aspekter, se persiennedom I (UfR 1962 s. 66 H). Ifølge P. Spleths og J. Trolles kommentar i TfR 1962 s. 158, blev syns- og skønsmændenes vurdering tilsidesat, fordi der ved vurderingen af opfindelseshøjde i tilfælde, hvor en forud kendt teknik er blevet overført til et andet teknisk anvendelsesområde, skal tages hensyn til, om der er gået mange år, uden at andre har fået den ide at overføre den forud kendte teknik til det nye tekniske anvendelsesområde.

beskyttelsesomfang, herunder også for fortolkningen af den danske patentlovs § 39. Det fremgår således udtrykkeligt af Fortolkningsprotokollen, at hensynet til den påståede krænkers retssikkerhed skal indgå som et væsentligt moment i afvejningen. Hertil kommer, at der også skal tages hensyn til andre momenter af ikke-teknisk karakter, jf. det derom anførte i kapitlerne 6-9.

Selv om det må medgives, at tekniske aspekter naturligvis må spille en væsentlig rolle ved fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang, er det således langt fra alle de relevante aspekter, der har en sådan karakter, at teknisk kyndige syns- og skønsmænd præsumptivt må antages at have en ekspertise, der overstiger endsige matcher ekspertisen hos de dommere, der skal træffe den endelige afgørelse.[46] Det gør sig naturligvis i særlig grad gældende, når det kommer til det vigtige hensyn til den påståede krænkers retssikkerhed. Selv om det i den kommenterede patentlov er anført, at beskyttelsesomfangets fastlæggelse ligesom en vurdering af opfindelseshøjde må bero på en sagkyndig vurdering, er der med andre ord alligevel ikke det fornødne grundlag for en holdbar analogi fra admitterbarheden af spørgsmål om opfindelseshøjde til spørgsmål om et patents beskyttelsesomfang eller lignende.[47] I overensstemmelse hermed fremgår det af Højesterets voteringsprotokol i Phenylbutazondommen (UfR 1964 s. 498 H), at mindst 4 ud af de i alt 9 voterende dommere var af den opfattelse, at spørgsmål om, hvorvidt en omtvistet genstand er omfattet af et patent, falder uden for det, som syns- og skønsmænd bør tage stilling til.

Spørgsmål om, hvorvidt en omtvistet genstand kan anses for ækvivalent med, teknisk ækvivalent med eller patentretligt ækvivalent med den i et patentkrav beskrevne genstand, kan opfattes som spørgsmål, der direkte går på, hvorvidt der foreligger krænkelse, idet det ikke er usædvanligt at se ækvivalensterminologien anvendt til karakterisering af de tilfælde, hvor der foreligger krænkelse. Dette kunne tale for at afskære sådanne spørgsmål. I øvrigt giver den herskende tvivl med hensyn til ækvivalensterminologiens reelle indhold anledning til en del usikkerhed for så vidt angår forståelsen af spørgsmål og svar, hvor ækvivalensterminologien an-

---

46. Som eksempel på en sag, hvor dommerne tilsidesatte syns- og skønsmændenes vurdering af et patents beskyttelsesomfang se Gasmålerrammedommen (UfR 1936 s. 306 H), hvor der ikke er nogen indikation af, at tilsidesættelsen skulle skyldes andet end dommernes konkret afvigende vurdering.
47. At det ikke tilkommer syns- og skønsmænd at tage stilling til, hvorvidt en omtvistet genstand er omfattet af et patent antages af flere forfattere, jf. for eksempel Troels G. Jørgensen i Juristen 1943 s. 11 f og Mogens Plesner i NIR 1971 s. 117.

vendes. Det forhold, at der er tale om uklare spørgsmål kunne derfor i sig selv tale for ikke at acceptere spørgsmål af den type.[48]

Spørgsmål angående, hvad der vil være et rimeligt beskyttelsesomfang, hvorvidt det ville være rimeligt at tildele et patent et relativt bredt eller snævert beskyttelsesomfang, hvorvidt hensynet til en påstået krænkers retssikkerhed taler for det ene eller det andet resultat, og lignende spørgsmål må anses for ikke admitterbare af de grunde, der ifølge det ovenfor anførte gør, at spørgsmål om beskyttelsesomfanget, der jo skal fastlægges ved en rimelighedsafvejning, må anses for ikke admitterbare.

Spørgsmål om, hvorvidt en omtvistet genstand i væsentlig grad adskiller sig fra en i et patentkrav defineret genstand, og spørgsmål om, hvorvidt en i et patentkrav defineret opfindelse kan anses for en pioneropfindelse, må når de stilles til syns- og skønsmænd med teknisk sagkundskab implicit opfattes som vedrørende en i teknisk henseende væsentlig adskillelse og en ud fra en teknisk synsvinkel banebrydende opfindelse. Spørgsmålene ville naturligvis opnå en højere grad af præcision ved udtrykkeligt at angive, at den ønskede vurdering skulle være af rent teknisk karakter, men selv uden sådan en præcisering må spørgsmålene som udgangspunkt kunne anses for admitterbare, idet de fordrer en vurdering, som ligger uden for en dommers normale ekspertise. Mod pioneropfindelses-spørgsmålet kunne man eventuelt indvende, at det lider af en uacceptabelt høj grad af uklarhed med hensyn til, hvad der skal til for, at noget kan anses for en pioneropfindelse. Denne mangel kunne afhjælpes ved at anmode syns- og skønsmændene om at indplacere den i det pågældende patentkrav på en for eksempel 10-delt skala gående fra et teknisk fremskridt, der kun lige akkurat har opfindelseshøjde, til tekniske fremskridt af banebrydende karakter og med blivende betydning for den fortsatte teknologiske udvikling.

Spørgsmål om, hvorvidt en kompetent patentagent under bestemte forudsætninger burde have givet et patentkrav et andet og bredere indhold af en nærmere bestemt karakter, kræver en sagkundskab, som klart ligger uden for en dommers normale ekspertise, og sådanne spørgsmål må derfor anses for admitterbare.

---

48. Om ækvivalenslæren se den mere indgående omtale i kapitel 10. For en kritik af ækvivalensterminologien se i øvrigt Mogens Koktvedgaard, Lærebog i immaterialret 5. udg. s. 234 ff, og – mere indgående – Mogens Koktvedgaard og Lise Østerborg, Patentloven, 2. udg. s. 280, hvor det er anført, at vejledende principper for det sagkyndige skøn såsom ækvivalenslæren ofte er uden egentligt indhold, og at ækvivalenslæren, formentlig blot er »en omskrivning« af det resultat, man når frem til. Se som eksempel herpå Are Stenvik, Patentrett (1999) s. 327.

Kapitel 3

Patentsystemets reale begrundelse og de forhold, der under hensyn hertil bør tillægges betydning ved beskyttelsens udmåling

1. Indledning

Der er forskellige opfattelser af, hvad der må anses for den reale begrundelse bag etableringen og opretholdelsen af et patentsystem. Den reale begrundelse bag patentsystemet har ifølge sagens natur betydning for patentretten.[1] Det gælder ikke mindst reglerne for beskyttelsesomfangets fastlæggelse. Hvis den reale begrundelse skal søges i en eller anden form for samfundsnyttig virkning, kan man for eksempel med betydelig styrke hævde, at beskyttelsesomfanget bør fastlægges på en sådan måde, at den tilsigtede samfundsnyttige effekt optimeres.

Hvis den reale begrundelse derimod skal søges i andre forhold for eksempel i princippet om respekt for den menneskelige personlighed, så vil det i højere grad kunne være andre hensyn, der skal tages i betragtning ved analysen af spørgsmålet om patenters beskyttelsesomfang.

Det har været hævdet, at det må give anledning til en særlig bred beskyttelse, hvis den personlige anerkendelse og belønning af opfinderen eller lignende skal anses for patentsystemets begrundelse.[2] Rigtigheden af det synspunkt forekommer ikke indlysende, og man kan uden at løbe ind i logiske problemer argumentere for det modsatte standpunkt, nemlig at der ikke er grund til nogen særlig bred beskyttelse, hvis patentsystemets begrundelse blot skal søges i et ønske om at vise opfindere tilbørlig respekt eller lignende.[3]

---

1. I overensstemmelse hermed er det s. 17 i »Patentloven« 2. udg. af Mogens Koktvedgaard og Lise Østerborg anført, at de begrundelser, der i tidens løb er givet for patentretten, har betydning for forståelsen af det gældende patentsystem. Mere generelt har Thomas Riis i TfR 2000 s. 487 anført, at hvis en lov eller et retsområde har et økonomisk formål eller dog vedrører forhold af økonomisk karakter, vil retsøkonomi kunne bidrage til afklaring af juridiske problemser inden for det pågældende retsområde.
2. Se for eksempel omtalen af Kivimäki hos Berndt Godenhielm, Patentskyddets omfattning (1994) s. 231.
3. Hvis den reale begrundelse alene skulle være et ønske om at udtrykke samfundets respekt for opfindere og/eller samfundets påskønnelse af opfinderens personlige kreativitet og

Her i kapitlet præsenteres først en række forskellige opfattelser af patentsystemets reale begrundelse (afsnit 2), hvorefter der tages stilling til, hvilken real begrundelse, der bør lægges til grund ved analysen af spørgsmålet om patenters beskyttelsesomfang i dansk ret (afsnit 3).[4] Til sidst overvejes det, hvilke forhold der på grund af patentsystemets gældende begrundelse i dansk ret bør have betydning for udmålingen af et patents beskyttelsesomfang (afsnit 4).

2. Forskellige opfattelser af patentsystemets reale begrundelse i nordisk teori

De i nordisk teori forekommende opfattelser af patentsystemets reale begrundelse kan opdeles i 4 kategorier. For det *1.* de opfattelser, der ser patentsystemet som innovationsfremmende og derfor samfundsøkonomisk gavnligt.[5] For det *2.* de opfattelser, der i patentsystemet ser en naturlig belønning til opfinderen for dennes personlige kreativitet og skabende præstation eller lignende.[6] For det *3.* de opfattelser, i henhold til hvilke den re-

---

skabende præstation, ville etableringen og opretholdelsen af patentsystemet være at skyde langt over målet. Man kunne i givet fald nøjes med en ordning, i henhold til hvilken opfinderen under henvisning til, at han havde gjort en opfindelse kunne søge om tildeling af en særlig form for fortjenstmedalje eller lignende. Sådan en medalje kunne tildeles i forskellige grader alt efter karakteren af den udviste kreativitet og den skabende indsats. For nogle er æren det fagreste træ i skoven, men andre ville utvivlsomt opleve en sådan ordning som fornærmende, jf. P. A. Heibergs kendte ord: Ordener hænger man på idioter, / stjerner og bånd man kun adelen giver, … / dog, har man hjerne, / kan man jo gerne, / undvære orden og stjerne.

4. S. 17 i Mogens Koktvedgaard og Lise Østerborg, Patentloven 2. udg. (1979) er følgende anført: »En tilbundsgående drøftelse af patentrettens almene »begrundelse« forudsætter … en almindelig debat om samfundsforholdene, fordelingen af livsgoderne og udjævningen af de interessemodsætninger, der altid synes at være til stede mellem forskellige persongrupper.« Som det fremgår af det følgende, er det min opfattelse, at man meningsfuldt kan behandle spørgsmålet på et mere moderat ambitionsniveau.
5. Som eksponent for denne kategori af opfattelser se for eksempel Berndt Godenhielm, Patentskyddets omfattning (1994) s. 10 og s. 231.
6. Som eksponent for denne kategori af opfattelser se for eksempel Frederik Vinding Kruuse, Ejendomsretten 1. udg. (1929-33) s. 99 f og 443 f, hvor det er anført, at opfinderen af en væsentlig ny og selvstændig opfindelse kan få den åndelige ejendomsret, det vil sige patentretten, til opfindelsen, fordi han har skabt opfindelsen, idet opfinderen derved opnår en belønning for sit arbejde og sit talent. Der kan også henvises til Ragnar Knoph, Åndsretten (1936) s. 3 f, hvor det om immaterielle rettigheder generelt er anført, at alle åndsrettigheder har et fælles retsgrundlag, nemlig dels princippet om respekt for den menneskelige personlighed og dels den naturlige retsbetragtning, at nyttigt arbejde bør have sin løn, og at den som har sået bør høste frugterne af sit arbejde.

ale begrundelse for patentsystemet må søges i en eller anden kombination af 2 de førstnævnte opfattelser.[7] [8] For det *4.* den opfattelse, som Bengt Domeij har givet udtryk for i sin disputats, Läkemedelspatent fra 1998.

Domeijs opfattelse er udtryk for en i skandinavisk retslitteratur ny synsvinkel på patentsystemets begrundelse. Derfor har jeg fundet anledning til kort at redegøre for og kommentere hans synspunkter. For så vidt angår mere detaljerede oplysninger om de traditionelle varianter af synet på patentsystemets begrundelse, henvises der til den litteratur, der er nævnt i noterne ovenfor.

Ifølge Läkemedelspatent bør patentsystemet beskrives og studeres ud fra samfundets interesse, idet teknologiudviklingen har stor betydning for samfundsøkonomien.[9] Umiddelbart syntes Domeijs hovedsynspunkt at være i god overensstemmelse med den opfattelse, at patentsystemet har til formål at være innovationsfremmende. Domeij er imidlertid kritisk over for den (også blandt økonomer) meget udbredte opfattelse, som går ud på, *at* patentsystemet har til formål at stimulere forskning og udvikling, og *at* det i den forbindelse gælder om at finde den rette balance mellem på den ene side et stærkt forsknings- og udviklingsincitament til den innovative virksomhed og på den anden side de negative virkninger, som den ved et patent etablerede eneret har på andre virksomheders mulighed for at drive forretning.

Som nærmere begrundelse af sin kritik har Domeij anført, at dette traditionelle syn på patentsystemet har haft en negativ virkning på den patentretlige forskning, idet analysen har vist sig at være gold ud fra en praktisk patentretlig synsvinkel, fordi afvejningen af de forskellige forhold med henblik på at finde den rette balance befinder sig på et alt for højt abstrak-

---

7. Som eksponent for denne kategori af opfattelser se for eksempel Berndt Godenhielm, Patentskyddets omfång (1950) s. 10 ff og s. 156. Sammenholder man dette værk med Patentskyddets omfattning fra 1994 ser man, at Godenhielm har vraget sin tidligere »dualistiske« opfattelse, ifølge hvilken patentsystemets begrundelse skal findes i en blanding af samfundsmæssig nyttevædi og hensynet til opfinderens person, og i stedet har indtaget den holdning, at den samfundsmæssige nytteværdi må være afgørende.
8. Den her foretagne inddeling tager ikke højde for alle de nuancer, der findes i de forskellige former for begrundelse af patentsystemet, men detaljeringsgraden forekommer tilstrækkelig for det her forfulgte formål. De forskellige former for begrundelser, der i tidens løb er givet for patentsystemet, findes med forskellige kategoriseringer omtalt hos H. Schrøder, »Patentvæsenets betydning for den industrielle udvikling« s. 183 ff i Dansk patentvæsen gennem halvtreds år (1944), E.S. van de Graaf, Patent Law and Modern Biotechnology (1997) s. 47 ff, Berndt Godenhielm, Patentskyddets omfång (1950) s. 10 ff, Berndt Godenhielm, Patentskyddets omfattning (1994) s. 6 ff og Mogens Koktvedgaard og Lise Østerborg, »Patentloven« 2. udg. (1979) s. 17 ff.
9. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 25.

tionsniveau. Som konsekvens heraf har Domeij i Läkemedelspatent erklæret det som et mål med sin afhandling at analysere patentretten under anvendelse en form for økonomisk analyse, som ikke er baseret på den traditionelle opfattelse.[10]

Som det mest betydningsfulde formål med patentsystemet fremhæver Domeij det ønskelige i at øge værdien af den samlede produktion eller med andre ord at forøge bruttonationalproduktet.[11] Det er dette grundsynspunkt, der er udgangspunktet for størstedelen af hans retsøkonomiske analyser af patentsystemet i Läkemedelspatent.

Til støtte for synspunktet om maksimering af bruttonationalproduktet som det afgørende har Domeij anført, at der efter hans opfattelse råder relativt stor politisk enighed om, at vækst er et efterstræbelsesværdigt mål, i hvert fald når det gælder industripolitik. Selv om man antager, at der foreligger sådan politisk enighed, forekommer det imidlertid ikke at være et bæredygtigt argument for den konklusion, at netop vækst i bruttonationalproduktet, skal være det aspekt af samfundsøkonomien, som er formålet med patentsystemet.[12] Det forhold, at der formentlig også er relativ stor politisk enighed om det efterstræbelsesværdige i *at* værne om miljøet, *at* bekæmpe sult, sygdom og nød og *at* reducere jordens overbefolkningsproblem kan således heller ikke anses for at udgøre et bæredygtigt argument for, at et eller flere af disse mål skal anses for at udgøre patentsystemets eneste eller mest betydningsfulde begrundelse, uagtet at forskning og udvikling kan være en vigtig brik i forfølgelsen af de enkelte mål.

Domeijs erklærede mål om at anvende retsøkonomiske metoder indebærer ikke i sig selv, at han må vende sig mod den traditionelle opfattelse af patentsystemet, som han har taget afstand fra. Tværtimod er den traditionelle opfattelse af patentsystemet som innovationsfremmende i god overensstemmelse med mainstream opfattelserne inden for retsøkonomien.[13]

Ved at gøre formålet med patentsystemet til et spørgsmål om BNP-kvantitet syntes Domeij i øvrigt at have underspillet det kvalitative aspekt ved forskning og udvikling, hvilket man uden væsentlige overdrivelser kan hævde er et interessant aspekt ved de patenterbare opfindelser. Hertil kommer, at Domeij i sine overvejelser syntes at have forvekslet sin egen opfattelse af, hvad der bør være patentsystemets formål, med det, der rent

---

10. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 34.
11. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 22.
12. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 22.
13. Thomas Riis, Samfundsøkonomen 2000 s. 27 ff, Agnete Raaschou-Nielsen og Nicolai Juul Foss, Indledning til rets- og kontraktsøkonomi (1997) s. 56 ff.

faktisk må anses for det eksisterende patentsystems formål – for eksempel det af lovgivningsmagten definerede eller forudsatte formål. Som det fremgår nedenfor i afsnit 3 svarer Domeijs opfattelse i hvert ikke til det, der kan udledes af de relevante danske retskilder.

3. Den reale begrundelse bag den danske patentlov

Den reale begrundelse bag patentsystemet blev berørt nogle gange i forarbejderne til 1894-patentloven. Emnet syntes ikke at have påkaldt sig synderlig interesse i forbindelse med efterfølgende ændringer af den danske patentlov. Dette er for så vidt ret naturligt, idet det kun var i forbindelse med vedtagelsen af 1894-patentloven, at det var aktuelt at tage stilling til, om Danmark skulle have et egentligt patentsystem i moderne forstand.[14]

Det første forslag til en moderne dansk patentlov blev fremsat af regeringen den 6. oktober 1874. I bemærkningerne til lovforslaget finder man følgende, som direkte eller indirekte berører spørgsmålet om patentsystemets reale begrundelse (min kursivering):

> »Hvorledes den beskyttelse, der ordentligvis indrømmes for industrielle opfindelser, rettelig skal begrundes, kan næppe siges at være bragt til fuldstændig klarhed, idet de ikke få forfattere, der have gjort dette emne til gjenstand for videnskabelig behandling, nogle gå ud fra, at opfinderen har et ligefrem krav overfor det offentlige på den samme retsbeskyttelse for sin opfindelse som den, Staten iøvrigt yder ham mod krænkelse af hans ejendomsret, medens andre nærmest betragte patentbeskyttelsen som en præmie, der af praktiske hensyn, nemlig for at befordre og opmuntre til fremskridt på industriens område, af Staten indrømmes opfinderen, og atter andre – *hvad der vel turde have mest for sig* – udlede den ret til beskyttelse, som også de indrømmer opfinderen, af *et slags kontraktmæssig overenskomst mellem ham og det offentlige, i kraft af hvilken han stiller sin opfindelse til det almenes afbenyttelse og rådighed, mod at der som vederlag indrømmes ham adgang til indenfor et begrænset tidsrum at sikre sig udelukkende ret til at gjøre sig sin opfindelse frugtbringende*. Men om end meningerne således i den heromhandlede henseende

14. S. 17 i »Patentloven«, 2. udg. (1979) af Mogens Koktvedgaard og Lise Østerborg er det i overensstemmelse hermed anført, at patentretten i vore dage foreligger som veletableret bestanddel af det juridiske univers og derfor ikke kræver nogen egentlig »begrundelse«. Dette synspunkt forekommer umiddelbart at være beslægtet med den opfattelse, der går ud på, at det ville være uansvarligt at indføre et patentsystem, hvis der ikke allerede var et patentsystem, men at det omvendt ville være uansvarligt at afskaffe det patentsystem, som vi nu efterhånden har haft i meget lang tid, jf. E. S. van de Graaf, Patent Law and Modern Biotechnology (1997) s. 51 med henvisninger.

> kunne være forskellige, hersker der dog i det væsentlige *enighed om, at hensyn såvel til den enkeltes som til det offentliges interesser gjøre det ønskeligt og rigtigt, at der indrømmes en vis beskyttelse* for industrielle opfindelser, og denne anskuelse er også i praksis fulstændigt kommen til gyldighed, idet patentinstituttet er anerkjendt i de fleste civiliserede stater.«[15]

> »Under de således foreliggende omstændigheder har man, da en hensigtsmæssig patentlovgivning utvivlsomt må erkendes at være et gode, som er *af betydning ikke blot for den enkelte opfinder, men for industrien i det hele*, troet, at der kunne være god føje til også her i landet at søge en lovbunden ordning af dette forhold tilvejebragt …«[16]

Regeringens lovforslag fra 1874 førte ikke til vedtagelse af en ny patentlov, hvorfor der i 1888 blev nedsat en kommission, som fik til opgave at udarbejde en betænkning med et forslag til en dansk patentlov. I 1888-kommissionens betænkning finder man følgende bemærkninger, som direkte eller indirekte berører spørgsmålet om patentsystemets reale begrundelse (min kursivering):

> »Vel er der endnu næppe i den videnskabelige drøftelse tilvejebragt fuld enighed om, hvorledes beskyttelsen for industrielle opfindelser teoretisk skal begrundes. De forskellige anskuelser, som i så henseende have gjort sig gældende, findes nærmere angivne i motiverne til det tidligere regeringsforslag [citeret ovenfor], og man skal her kun bemærke, at den opfattelse navnlig synes at vinde råderum, at patentbeskyttelsen er det vederlag, som samfundet yder opfinderen imod, at *han skal gøre offentligheden fuldt bekendt med sin opfindelse, således at denne kan komme enhver til gode, når opfinderens tidsbegrænsede eneret er ophørt*. Den usikkerhed, der har hersket om dette punkt, har imidlertid ikke forhindret, at erkendelsen af *patentbeskyttelsens praktiske nødvendighed* overalt har trængt sig sejrrig frem, således at nu al tvivl i så henseende, som det ses af udviklingen i de forskellige landes lovgivninger, må siges at være bragt til tavshed. … Under disse omstændigheder vil der formentlig ikke kunne være tale om andet end at opretholde den i Danmark allerede i lang tid bestående patentbeskyttelse, og opgaven må således blive at ordne og udvikle denne beskyttelse i tilslutning til de hovedprincipper, som andet steds [i andre lande] er anerkendte.«[17] [18]

---

15. Rigsdagstidende 1874/75 A sp. 1229.
16. Rigsdagstidende 1874/75 A sp. 1232.
17. 1888-kommissionens betænkning, jf. Rigsdagstidende 1890/91 A sp. 1723.
18. Omtalen af den i Danmark allerede i lang tid bestående patentbeskyttelse refererer til den før 1894 bestående retstilstand, hvor der imidlertid ikke var tale om en patentlov i moderne forstand. Før 1894-patentloven indeholdt et kongeligt rescript af 10. april 1761 de vigtigste bestemmelser om eneret på industrielle opfindelser. Meddelelsen af sådanne enerettigheder var overladt til administrationens skøn, *idet* der ikke var fastlagt regler, som under bestemte betingelser gav opfinderen et krav på at få bevilget en eneret, og *idet*

> »I alle nye patentlove er der sat som *en betingelse for meddelelsen af patentbeskyttelse, at der sikres samfundet fuld adgang til at gøre sig bekendt med opfindelsen*, ikke alene for at tredjemand på ethvert tidspunkt nøje skal kunne forvisse sig om, hvad opfindelsen går ud på, og derved undgå at gøre indgreb i patentretten, men også *for, at det nye, som er kommet frem ved opfindelsen og selv støtter sig på andres forudgående arbejde, hurtigst muligt kan gå over i almenhedens eje, således at det straks kan danne udgangspunktet for andres yderligere undersøgelser og opfindelser og senere, når opfinderens eneret er ophørt, kan blive til benyttelse for enhver*. I disse øjemed have lovgivningerne foreskrevet offentliggørelse af beskrivelse og tegning såvelsom af samtlige de omstændigheder, der er afgørende for patentrettens stiftelse og ophør, samt derhos førelsen af et patentregister, som tilligemed patentansøgningernes bilag er til eftersyn for enhver. Den samme vej er fulgt i nærværende forslag.[19]

I de følgende par år blev der i Folketinget og Landstinget fremsat en række forslag til en ny patentlov, og i den forbindelse fremkom følgende yderligere bemærkninger, som direkte eller indirekte berører spørgsmålet om patentsystemets reale begrundelse (min kursivering):

> »Patentets udstedelse er *kun et udtryk for Statens anerkendelse af en opfinderen tilkommende naturlig ret*; den ham ved patentet indrømmede tidsbegrænsede beskyttelse er *nærest et vederlag for hans beredvillighed til at delagtiggøre offentligheden i opfindelsen*.«[20]

> »Dels turde det være vanskeligt at retfærdiggøre, at stille opfinderen på dette område [krigsmateriel] mindre gunstigt end opfindere i almindelighed, dels turde det være et stort spørgsmål, *om det er formålstjenstligt på [d]en måde at lamme iveren og interessen for at gøre opfindelser* af den pågældende art.«[21]

Selv om 1888-kommissionen udtrykkeligt og helt bevidst undlod at tage stilling til spørgsmålet om patentsystemets reale begrundelse, vil det ikke være nogen overdrivelse at påstå, at patentsystemets innovationsfremmende funktion – gennem etablering af yderligere incitament og opfordring til

---

der hverken var fastlagt regler for omfanget eller virkningen af den bevilgede eneret. Retstilstanden før 1894-patentloven er nærmere omtalt i regeringsforslaget fra 1874, jf. Rigsdagstidende 1874/75 A sp. 1229 f, i 1888-kommissionens betænkning, jf. Rigsdagstidende 1890/91 A sp. 1721 f og hos Leo A. Damm, Opfinderrettens Genstand (1937) s. 33 ff.

19. 1888-kommissionens betænkning, jf. Rigsdagstidende 1890/91 A sp. 1756 f.
20. Rigsdagstidende 1891/92 B sp. 425.
21. Rigsdagstidende 1891/92 B sp. 1909.

teknologidissemination – og dermed de samfundsøkonomiske interesser havde en fremtrædende plads i forarbejderne til 1894-patentloven. I forarbejderne forekommer der dog også udtalelser, som viser, at hensynet til den enkelte opfinder som person har haft en vis betydning for patentlovens tilblivelse i 1894. På grundlag af forarbejderne må man derfor konkludere, at den reale begrundelse bag 1894-patentloven var en blanding af ønsket om samfundsgavnlig innovationsfremme og teknologispredning og mere følelsesladede hensyn til den enkelte opfinders person og lignende.

De mere end 100 år gamle forarbejder til 1894-patentloven bør næppe i sig selv være afgørende for, hvad der nu om dage skal anses for den reale begrundelse for at opretholde patentsystemet. Dersom forholdene i væsentlig grad har udviklet sig i en retning, der med styrke taler for en justering i forhold til 1894-patentlovens reale begrundelse, må sådan en justeret begrundelse accepteres som den reale begrundelse for patentsystemets opretholdelse i dagens Danmark.[22]

Ser man på de holdninger, der i nyere tid er kommet til udtryk hos lovgivningsmagten i forbindelse med ændringer af patentretten og indførelse af nye immaterielle rettighedsformer, som er nært beslægtede med patentloven, er der ingen tvivl om, *at* de mere følelsesladede hensyn til opfinderens person er blevet stærkt nedtonet, og *at* der nu helt overvejende fokuseres på industriens behov og på den for samfundet gavnlige effekt.[23] På den baggrund forekommer det ubetænkeligt at lægge til grund, at patentsystemets reale begrundelse siden 1894 har været udsat for en forskydning, således at

---

22. Det er almindeligt anerkendt, at ændringer i de samfundsmæssige forhold i takt med samfundsudviklingen kan medføre forandringer i de faktiske forudsætninger for en given praksis med deraf følgende behov for forandringer eller justeringer i forhold til tidligere praksis, jf. Morten Wegener, Juridisk metode, 2. udg. (1994) s. 114 og Alf Ross, Om Ret og Retfærdighed (1971) s. 101.

23. I bemærkningerne til lovforslaget af 20. november 1991 til lov om brugsmodeller er det anført, at ifølge en undersøgelse var det et ønske fra industrien, at der i Danmark blev indført en lov om brugsmodelbeskyttelse, og at man ved udarbejdelsen af lovforslaget dels havde søgt at tilgodese mindre virksomheders og iværksætteres behov og dels havde taget hensyn til andre dele af industrien.

    I Rådets forordning 1768/92 af 18. juni 1992 om indførelse af supplerende beskyttelsescertifikater for lægemidler er det i de indledende betragtninger som begrundelse for indførelsen af de supplerende beskyttelsescertifikater for lægemidler anført, at den farmaceutiske forskning på afgørende vis bidrager til den fortsatte forbedring af folkesundheden, at den effektive beskyttelsesperiode for lægemidler regnet fra markedsføringstilladelsen var blevet utilstrækkelig set i forhold til de nødvendige investeringer i lægemiddelforskningen, og at der var behov for lovgivning, som sikrer en tilstrækkelig beskyttelse til fremme af lægemiddelforskningen.

    I Europa-Parlamentets og Rådets forordning 1610/96 af 23. juli 1996 om indførelse af supplerende beskyttelsescertifikater for plantebeskyttelsesmidler er det i de indledende betragtninger som begrundelse for indførelsen af de supplerende beskyttelsescertifikater for

den i dag alene må søges i den for industrien og dermed for samfundet som helhed gavnlige effekt i form af hurtigere teknologisk udvikling.[24]

---

plantebeskyttelsesmidler anført, at forskningen i plantebeskyttelsesmidler bidrager til den fortsatte forbedring af planteavlen og til en stadig forbedring af produktionen og tilvejebringelsen levnedsmidler i rigelige mængder, af god kvalitet og til overkommelige priser, at den effektive beskyttelsesperiode for plantebeskyttelsesmidler regnet fra markedsføringstilladelsen var blevet utilstrækkelig set i forhold til de nødvendige investeringer i forskningen i plantebeskyttelsesmidler, at supplerende beskyttelsescertifikater for plantebeskyttelsesmidler kan betragtes som en positiv foranstaltning til fordel for miljøbeskyttelsen, og at der var behov for lovgivning, som sikrer en tilstrækkelig beskyttelse til fremme af forskningen i plantebeskyttelsesmidler.

I Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/44 af 6. juli 1998 om retlig beskyttelse af bioteknologiske opfindelser er det i de indledende betragtninger som begrundelse for at harmonisere medlemsstaternes regler om retlig beskyttelse af bio-teknologiske opfindelser anført, at det primære grundlag for retlig beskyttelse af bio-teknologiske opfindelser må være den nationale patentret, at retlig beskyttelse af bio-teknologiske opfindelser klart må anses for at være af afgørende betydning for udviklingen af Fællesskabets industri, at investeringerne i forskning og udvikling inden for genteknologi er betydelige, og muligheden for at tjene de investerede beløb ind igen kan kun sikres ved en passende retlig beskyttelse, at en effektiv og harmoniseret beskyttelse i alle medlemsstater er nødvendig for at værne om og fremme investeringer inden for bio-teknologi, at udvikling af bio-teknologi rummer et betydeligt potentiale for miljøet, herunder for udvikling af mindre forurenende og mere økonomiske jorddyrkningsmetoder, at patentsystemet bør tilskynde til forskning inden for sådanne områder, at patentsystemet ligeledes bør tilskynde til bio-teknologisk forskning af betydning for udviklingslandene, herunder i relation til kampen mod udbredte epidemier, folkesygdomme og sult, og at formålet med et patent er at belønne opfinderen med en eksklusiv men tidsbegrænset rettighed for opfinderens kreative indsats og derved opmuntre til opfindelsesaktiviteter. Selv om det i direktivets præambel også er anført, at patentsystemets formål er at belønne opfinderen, er det ikke udtryk for den opfattelse, at patentsystemets begrundelse skal søges i hensynet til den enkelte opfinders person. Det fremgår således udtrykkeligt at formålet med at belønne opfinderen er for »derved at opmuntre til opfindelsesaktiviteter«, hvilket må forstås i overensstemmelse med det i øvrigt i direktivet anførte om, at motivere til investering i forskning og udvikling inden for bioteknologi i almindelighed og inden for særligt fremhævede områder i særdeleshed.

Vender man sig mod de internationale konventioner, som Danmark har tiltrådt, finder man følgende i præamblen til PCT-konventionen: »De kontraherende stater har i ønsket om at yde bidrag til videnskabens og teknikkens udvikling, … i ønsket om at lette og fremskynde offentlighedens adgang til tekniske oplysninger indeholdt i dokumenter, der beskriver nye opfindelser, i ønsket om at støtte og fremskynde den økonomiske udvikling i udviklingslandene ved … og ved at lette adgangen til den moderne tekniks stadigt voksende mængde … afsluttet nærværende traktat.«

24. Den teknologiske udvikling er en meget vigtig drivkraft bag økonomisk vækst, jf. for eksempel s. 4 i »Grønbog om EF-patentet og det europæiske patentsystem«, hvor følgende er anført: »Innovation er af afgørende betydning for en moderne økonomis succes«. Det forhold, at den teknologiske udvikling kan anskues som en kilde til økonomisk vækst indebærer imidlertid ikke, at efterstræbelsen af det størst mulige bruttonationalprodukt som hævdet af Bengt Domeij må anses for den reale begrundelse bag patentsystemet. Der er mange forskellige kilder til økonomisk vækst, men det er kun den kilde, der har karakter af teknologisk udvikling, som er relevant for patentsystemets begrundelse.

4. De forhold der under hensyn til den reale begrundelse bag den danske patentlov bør tillægges betydning ved beskyttelsesomfangets fastlæggelse

Når man lægger til grund, at patentsystemets begrundelse skal søges i et samfundsøkonomisk moitiveret ønske om at fremme den teknologiske udvikling, forekommer det rimeligt at tilstræbe en fastlæggelse af patenternes beskyttelsesomfang, som må antages at være egnet til at optimere den positive effekt for den teknologiske udvikling uden derved at fremprovokere andre samfundsøkonomiske virkninger med en negativ effekt, der overstiger den positive effekt, som den øgede teknologiske udvikling må antages at generere. I det omfang man skal tillægge patentsystemets begrundelse betydning ved fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang, må man med andre ord prøve at foretage en afbalancering af på den ene side det pågældende patents positive indvirkning på den teknologiske udvikling og de samfundsøkonomiske følger deraf og på den anden side de negative virkninger af det ved patentet skabte monopol.[25] Hermed er det langt fra sagt, at sådan en afbalancering må være (ene)afgørende for fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang.

Patentsystemet antages at kunne fremme den teknologiske udvikling på 2 måder. For det 1. ved at give et incitament til innovative virksomheders forskning og udvikling – herefter kaldet »*Innovationsincitamentseffekten*«. For det 2. ved at fremme spredningen af den teknologiske indsigt til andre virksomheder og forskningsmiljøer – herefter kaldet »*Teknologispredningseffekten*«.

Innovationsincitamentseffekten

Tanken om, at patentsystemet kan tilvejebringe et incitament til investering i forskning og udvikling forudsætter, at der som følge af patentsystemet bliver gjort opfindelser, som ellers ikke ville være blevet opfundet, eller som først ville være blevet opfundet (væsentligt) senere.

Når en virksomhed skal retfærdiggøre en investering, må den som udgangspunkt kunne sandsynliggøre, at investeringen ikke alene vil tjene sig selv hjem, men at den også vil generere en profit. Når der er tale om

25. Det er denne form for afbalancering, der kritiseres hos Bengt Domeij Läkemedelspatent (1998) s. 34 f. Det må desuagtet anses for en udbredt opfattelse, at sådan en afbalancering er relevant, jf. for eksempel Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret 5. udg. (1999) s. 229 f og Clopoxiddommen (UfR 1979 s. 553 H), hvor en af dommerne ifølge Højesterets voteringsprotokol udtrykkeligt gav udtryk for, at det må anses for meningen, at et patent skal give patenthaveren en reel beskyttelse uden at virke (uforholdsmæssigt) tyngende på konkurrenterne.

investeringer i forskning og udvikling, som resulterer i nye produkter, der sendes på markedet, er der en væsentlig risiko for, at konkurrenter i løbet af relativ kort tid vil lade sig inspirere af de nye produkter og begynde at markedsføre konkurrerende produkter baseret på samme teknologi.[26] Den fremgangsmåde kan give konkurrenterne en konkurrencemæssig fordel, idet de på den måde kan nyde godt af den nye teknologi uden at have taget del i forsknings- og udviklingsomkostningerne. I værste fald kan denne konkurrencemæssige fordel indebære, at de konkurrerende virksomheder ved hjælp af lavere priser, som afspejler deres lavere udviklingsomkostninger, kan udkonkurrere den innovative virksomhed, der oprindeligt har udviklet det nye produkt. Risici af denne karakter kan påvirke en virksomheds investeringer i forskning og udvikling negativt.

Det forhold, at den fra et patent flydende eneret kan afskærme patenthaveren fra andre virksomheders konkurrence, således at patenthaveren får bedre mulighed for at høste de økonomiske frugter af opfindelsen, forudsættes at styrke incitamentet til virksomhedernes investering i forskning og udvikling med en fremskyndelse af den teknologiske udvikling som det tilstræbte resultat.[27]

I Forskningsministeriets undersøgelse »Teknologisk udvikling i Danmarks største virksomheder« fra 1994 finder man følgende statistik over omfanget af de undersøgte virksomheders patenteringsaktivitet:[28]

	Andel af virksomhedernes produktinnovationer der inden for de sidste 3 år blev søgt patenteret					
Branche	0-19 %	20-39 %	40-59 %	60-79 %	80-100 %	
Fødevarer	56 %	11 %	11 %	0 %	22 %	100 %
Kemi	43 %	29 %	0 %	14 %	14 %	100 %
Maskiner	50 %	50 %	0 %	0 %	0 %	100 %
elektronik	90 %	0 %	10 %	0 %	0 %	100 %
telekom	80 %	0 %	0 %	20 %	0 %	100 %
øvrige	50 %	0 %	50 %	0 %	0 %	100 %
i alt	64 %	13 %	10 %	5 %	8 %	100 %

26. Markedsføringslovens § 1, som forbyder handlinger i strid med god markedsføringsskik, finder ikke anvendelse på udnyttelse af andres tekniske ideer, som på lovlig vis er gjort alment tilgængelige, jf. UfR 1990 s. 161 H (Rygsækdommen).
27. Det anførte korresponderer ret nøje med de almindelige antagelser inden for retsøkonomien, jf. Agnete Raaschou-Nielsen og Nicolai Juul Foss, Indledning til rets- og kontraktsøkonomi (1997) s. 56 ff.
28. Forskningsministeriet, Teknologisk udvikling i Danmarks største virksomheder (1994) tabel 2.5.

De i skemaet angivne %-tal er udtryk for, hvor mange af de undersøgte virksomheder inden for hver af de forskellige brancher, der har søgt patent på den andel af deres produktinnovationer, der er angivet øverst i hver kollonne. For eksempel kan man af skemaet se, at 90 % af de undersøgte virksomheder inden for elektronikindustrien havde forsøgt at patentere 0-19 % af deres produktinnovationer inden for de sidste 3 år. Tallene viser, at det kun er en lille del af industriens produktinnovationer, der i det hele taget søges patentbeskyttet.

Tallene indicerer ret klart, at patentsystemet ikke er en væsentlig forudsætning for en kvantitativt meget stor del af industriens produktinnovation. Årsagen hertil må i vidt omfang søges i, at der er andre måder, hvorpå en virksomhed kan sikre sig et rimeligt afkast af sine investeringer i forskning og udvikling. For mange virksomheder opleves risikoen for konkurrerende virksomheders teknologi-kopiering således ikke som noget stort problem, idet deres primære strategi i den teknologiske konkurrence med konkurrerende virksomheder er baseret på såkaldte lead time fordele. På tilsvarende vis er en del virksomheder af den opfattelse, at hemmeligholdelse i vidt omfang giver dem en rimelig beskyttelse af deres forskningsog udviklingsresultater. Det fremgår således af Forskningsministeriet undersøgelse, *at* »lead time advantages« er den mest populære beskyttelsesstrategi i Danmarks største virksomheder, og *at* hemmeligholdelse er den næst mest populære beskyttelsesstrategi.[29]

Desværre siger Forskningsministeriets undersøgelse intet om, *a)* hvor stor en del af de rent faktisk patenterede opfindelser, der ville være blevet realiseret, selv om der ikke havde været mulighed for at søge patent, og *b)* hvilke typer produktinnovationer, der ikke ville være blevet til noget uden et patentsystem. Undersøgelsen giver dog ikke grundlag for at antage, at patentsystemet i væsentlig grad har befordret udviklingen af samtlige de opfindelser, der rent faktisk bliver patenteret. Det må lægges til grund, at en del af de mange opfindelser, som bliver gjort, uanset om der er et patentsystem, rent faktisk bliver patenteret, allerede fordi patentsystemet ifølge sagens natur også kan give fordele, når der er tale om sådanne opfindelser. Hvor stor en del af de rent faktisk patenterede opfindelser, der er tale om, er det vanskeligt at sige noget præcist om, men der er næppe tale om en uvæsentlig del.

Hvis man antager, at en patenteret opfindelse ville være blevet reali-

---

29. Forskningsministeriet »Teknologisk udvikling i Danmarks største virksomheder« (1994) figur 2.1. Se også E.S van de Graaf, Patent Law and Modern Biotechnology (1997) s. 52-53 om lead time fordele med videre.

seret uden væsentlig forsinkelse, selv hvis der ikke havde været noget patentsystem, må det tale for at tillægge patentet et relativt snævert beskyttelsesomfang. Omvendt må det forholde sig, hvis patentsystemet må antages at være en forudsætning for realiseringen af en patenteret opfindelse, eller hvis patentsystemet må antages i væsentlig grad at have fremmet en opfindelses realisering rent tidsmæssigt.

Som udgangspunkt må behovet for beskyttelse af en opfindelse afhænge af, hvor omfattende investeringer, der er nødvendige for at udvikle opfindelsen. Det følger heraf, *at* der bør gives en opfindelse en relativt bred beskyttelse, når udviklingsomkostningerne er substantielle, og *at* der omvendt bør gives en opfindelse en relativt snæver beskyttelse, når udviklingsomkostningerne må antages at være af mere begrænset omfang.

Teknologispredningseffekten

Tanken om, at patentsystemet kan fremme spredningen af teknologisk indsigt forudsætter, at de i patentskrifterne tilgængelige oplysninger om de patenterede opfindelser fører til, at den teknologi, der er genstand for patentering, bliver spredt mere effektivt end uden et patentsystem. Det kan ske på 2 måder.

For det 1. indebærer patentering af en opfindelse en detaljeret og effektiv offentliggørelse af den pågældende teknologi, hvorved resultaterne bliver tilgængelige for andre virksomheder og forskningsmiljøer med en deraf følgende mulighed for en generel højnelse af deres teknologiske indsigt og stade. Dette kan i sig selv medvirke til at fremme den teknologiske udvikling dels ved at give grundlag for videreudvikling af de patenterede opfindelser og dels ved at give inspiration til andre uafhængige opfindelser. [30]

For det 2. indebærer patentbeskyttelsens tidsbegrænsning, at andre virksomheder frit kan udnytte opfindelsen efter patentets udløb, hvilket i kombination med patentsystemets krav om detaljeret og effektiv offentliggørelse af opfindelsen betyder, at patentsystemet kan medvirke til at sprede udnyttelsen af selve den teknologi, som i patentets løbetid ikke må udnyttes af andre uden patenthaverens samtykke.

Patentsystemets befordring af teknologispredningen vil ifølge sagens

30. I relation til spørgsmålet om andres videreudvikling af en patenteret opfindelse er det i øvrigt af væsentlig betydning, at eneretten i henhold til et patent ikke omfatter retten til at hindre andre i at arbejde med videreudvikling af den patenterede opfindelse, jf. patentlovens § 3, stk. 3, nr. 3, og at indehaveren af et patent på en videreudvikling af en patenteret opfindelse efter omstændighederne kan erhverve tvangslicens til udnyttelse af den først patenterede opfindelse, jf. patentlovens § 46.

natur være størst i de tilfælde, hvor oplysninger om den pågældende teknologi slet ikke ville være blevet offentligt tilgængelig, hvis det ikke havde været for patentsystemet. Det vil sig, at Teknologispredningseffekten må være stærkest i de tilfælde, hvor patenthaveren har mulighed for at vælge hemmeligholdelse som en alternativ beskyttelsesstrategi. Det forhold, at patentsystemets reale begrundelse må søges i et ønske om at fremme den teknologiske udvikling, og at dette blandt andet skal ske gennem Teknologispredningseffekten, taler med andre ord for at der bør tildeles et patent et relativt bredt beskyttelsesomfang, når der er tale en opfindelse, som patenthaveren kan udnytte uden derved at gøre opfindelsen tilgængelig for almenheden, idet patenthaveren i sådanne tilfælde har mulighed for at hemmeligholde opfindelsen i stedet for at patentere den.

Det anførte indebærer, at der bør tildeles en relativt bred beskyttelse ved visse former for fremgangsmådeopfindelser. Det kan for eksempel være relevant ved en ny fremgangsmåde til fremstilling af et produkt, hvor det færdige produkt, som bringes i omsætning, ikke i sig selv afslører, hvordan det er fremstillet. Tilsvarende kan der være grund til at tildele en relativ bred beskyttelse, når der er tale om opfindelsen af et nyt produkt, hvis det ikke umiddelbart fremgår af selve produktet, hvorledes det er indrettet, og det vil være forbundet med betydelige vanskeligheder at foretage reverse engineering på produktet.

Kapitel 4

Beskrivelsesmodellen/den juridiske konstruktion

1. Indledning

En juridisk fremstillings beskrivelse af reglerne på et retsområde må nødvendigvis basere sig på en beskrivelsesmodel/juridisk konstruktion (herefter kaldet »beskrivelsesmodel«), som kan bruges til at analysere og beskrive retsområdets forskellige regler og deres indbyrdes sammenhænge. Reglerne om udmåling af patenters beskyttelsesomfang er karakteriseret ved en række forskellige teorier – patentkravslæren, ækvivalenslæren med flere – og dertil hørende mere eller mindre veludviklede beskrivelsesmodeller. Denne fremstilling anvender ikke nogen af retsområdets gængse beskrivelsesmodeller. I stedet er valget faldet på den af Bent Christensen i Hjemmelsspørgsmål udviklede model til beskrivelse af en skønsmæssig regels retsfaktum (herefter kaldet »afvejningsmodellen«). Selv om afvejningsmodellen er udviklet inden for forvaltningsretten, må den nemlig anses for bedre egnet end de gængse beskrivelsesmodeller.

Her i kapitlet redegøres der for valget af afvejningsmodellen, og i den forbindelse argumenteres der for, at afvejningsmodellen må anses for bedre egnet til analyse og beskrivelse af retsområdet end de gængse beskrivelsesmodeller.

1.1. *Afvejningsmodellen*

Den her anvendte beskrivelsesmodel, afvejningsmodellen, er af Bent Christensen konstrueret til brug for beskrivelse af regler for skønsmæssige afgørelser. Den opererer blandt andet med[1]

---

1. Bent Christensen, Forvaltningsret – hjemmelsspørgsmål (1980) s. 120 ff og Bent Christensen, Forvaltningsret – Opgaver Hjemmel Organisation 2. udg. (1997) s. 157 ff.

   Her i bogen er kun omtalt 2 typer afvejningsregler, selv om Bent Christensen har identificeret 4 hovedtyper af afvejningsregler. De 2 typer afvejningsregler, som ikke er omtalt her, er a) hovedregler, ifølge hvilke den pågældende retsfølge som hovedregel skal indtræde, når visse omstændigheder foreligger, men hvor særlige omstændigheder kan føre til et andet resultat, og b) betingelsesregler, ifølge hvilke afvejningen begrænses, idet →

a) en overordnet afvejningsparameter, som skal styre den skønsmæssige afgørelse (i hvert fald indtil der udvikles mere specifikke regler for valget af de relevante kriterier og selve skønnets udøvelse),
b) en række forhold, der identificeres som værende af betydning for afvejningen (»kriterier«) og
c) en række regler for afvejningens foretagelse (»afvejningsregler«), herunder
   i) regler om, hvilke kriterier, der gør yderligere overvejelser overflødige, idet kriterierne i sig selv og uafhængigt af andre kriterier må anses for udslagsgivende (»afskæringsregler«) og
   ii) regler om, hvilken prioritet – høj, lav etc. – de øvrige relevante kriterier bør tillægges ved afvejningen (»prioriteringsregler«).

De konkrete regler for valget af relevante kriterier og den skønsmæssige afvejnings foretagelse er udtryk for en mere specifik udmøntning af den overordnede afvejningsparameter.

Ved beskrivelsen af et retsområde har hverken *a)* valget af den overordnede afvejningsparameter, *b)* identifikationen af de forskellige relevante kriterier eller *c)* formuleringen af afvejningsreglerne i princippet noget som helst at gøre med selve modellen. Alle 3 dele afhænger helt og holdent af de retskilder, som er af betydning for det retsområde, der beskrives. Beskrivelsesmodellen kan således i princippet være lige anvendelig til beskrivelse af *a)* regler om skønsmæssige afgørelser af forældremyndighedsspørgsmål, *b)* regler for skønsmæssige dispensationer fra miljølovgivningen og *c)* regler om udmålingen af patenters beskyttelsesomfang.

Hvis man ved *forkert anvendelse af retskilderne* kommer frem til forkerte konklusioner med hensyn til *a)* den overordnede afvejningsparame-

---

forekomsten af visse omstændigheder er en betingelse for, at en skønsmæssig afvejning bliver relevant. Den manglende omtale skyldes, at de ikke spiller nogen rolle i denne fremstilling. Bent Christensens typologi er i øvrigt ikke ment som udtømmende, idet man ifølge Christensen udmærket kan forestille sig, at det efter omstændighederne vil være muligt at identificere andre relevante typer.

I forbindelse med sin behandling af afvejningen behandler Bent Christensen i Forvaltningsret – hjemmelsspørgsmål (1980) og i Forvaltningsret – Opgaver Hjemmel Organisation 2. udg. (1997) det for forvaltningsretten interessante spørgsmål om, hvilke af de i relation til et retsområde lovlige kriterier, der bør inddrages i forvaltningsmyndighedens afvejning i en konkret sag. I retssager vedrørende patenters beskyttelsesomfang har spørgsmålet om den afgørende myndigheds (rettens) valg af de relevante kriterier en noget anden karakter, idet der er tale om en problemstilling, som er reguleret af civilprocessens regler om grundlaget for dispositive sagers behandling og afgørelse. Som følge heraf er der i her i bogen set bort fra det aspekt af Bent Christensens beskrivelsesmodel.

ter, *b)* de relevante kriterier og/eller *c)* afvejningsreglerne, er det naturligvis kritisabelt, men det indebærer ikke nødvendigvis, at der er noget galt med afvejningsmodellen som beskrivelsesmodel. Kritikken bør rettes mod den forkerte anvendelse af retskilderne.

Hvis man *ved korrekt og samvittighedsfuld anvendelse af retskilderne* kommer frem til korrekte konklusioner med hensyn til *a)* den overordnede afvejningsparameter, *b)* de relevante kriterier og/eller *c)* afvejningsreglerne, men de korrekt udledte konklusioner ikke giver en for praktikerne tilfredsstillende grad af præcis vejledning, indebærer det heller ikke nødvendigvis, at der er noget galt med afvejningsmodellen som beskrivelsesmodel. I det omfang det utilfredsstillende resultat kan henføres til retskilderne, må en eventuel kritik rettes mod de personer, myndigheder og/eller institutioner, der er ansvarlig for de relevante retskilder. Den samvittighedsfulde forfatter bør ikke klandres for resultatet. Hvis man – helt korrekt – kommer frem til, at det følger af hidtidig dansk retspraksis, at spørgsmålet, om hvorvidt der foreligger krænkelse afhænger af, om der kan siges at være »væsentlig lighed« mellem den omtvistede genstand og den »patenterede opfindelse«, kan man for eksempel med rette anføre, at der ikke er megen konkret vejledning at hente i »væsentlig lighed«.[2] Imidlertid giver dette hverken grund til kritik af forfatterens metode eller argumentation eller den af ham anvendte beskrivelsesmodel.

1.2. *Om kriterierne for valg af beskrivelsesmodel*

Valget af beskrivelsesmodel inden for et retsområde – eller med et andet udtryk: valget af juridisk konstruktion – drejer sig om, hvilken overordnet beskrivelsesramme der er bedst til beskrivelse af det pågældende områdes retsregler. Det afgørende for valget mellem 2 alternative beskrivelsesmodeller er, om der er gode og rationelle grunde af fremstillingsteknisk karakter for at vælge den ene konstruktion med dertil hørende begreber og terminologi frem for den anden.[3] Det afgørende må med andre ord være hensigtsmæssighedsbetragtninger, hvorved der skal lægges vægt på egnetheden til harmonisk at beskrive de relevante træk ved/aspekter af det på-

---

2. Se kapitel 9 afsnit 2 om væsentlig lighed mellem den omtvistende genstand og den patenterede genstand/opfindelse som overordnet afvejningsparameter i hidtil gældende dansk ret.
3. Alf Ross, s. 475 i artiklen »Tû-Tû« i Festskrift til Henry Ussing, Erik Hedfelt i artiklen »Om upphovsmannarättens föremål« TfR 1952 s. 161 og Henry Ussing i anmeldelsen »O.K. Magnussen: Naboretlige Studier« Juristen s. 260. Ifølge Are Stenvik, Patentrett (1999) s. 328 er valget af terminologi ikke alene er et spørgsmål om hensigtsmæssighed men også om »smak«.

gældende retsområde. Dette kriterium må finde anvendelse, uanset om det drejer sig om justering af en eksisterende konstruktion med dertil hørende begrebsapparat, eller om forslag om en helt ny beskrivelsesmodel som alternativ til en allerede indarbejdet.

Ved vurderingen af, hvad der må anses for hensigtsmæssigt, skal der selvsagt tages hensyn til de relevante retskilder.

Når der foreligger en beskrivelsesmodel som allerede er indarbejdet i litteraturen, kommer man endvidere ikke uden om, at det indarbejdede har en betydelig inerti, som gør, at radikale brud med det indarbejdede må forudsætte en påvisning af *substantielle* fordele ved det foreslåede alternativ[4]

Foreligger der derimod en situation med flere konkurrerende konstruktioner, hvoraf ingen har formået at tilkæmpe sig en position som udtryk for en i litteraturen herskende lære, kan der ikke på samme måde være en meget stærk formodning for, at en bestemt af de konkurrerende konstruktioner må foretrækkes frem for de andre. I givet fald må valget af en bestemt beskrivelsesmodel fremfor de foreliggende alternativer kunne forsvares ved at påvise, at den valgte beskrivelsesmodel lever op til et mindre restriktivt krav om, *at* den skal opfylde de basale krav, der kan udledes af retskilderne, og *at* den derudover skal indebære visse (ikke nødvendigvis substantielle) fordele sammenlignet med de alternativer, der også kan siges at leve op til retskildernes basale krav.

1.3. *Foreligger der en herskende lære i dansk patentretlig litteratur?*
Ækvivalenslæren må – i forskellige varianter – nok siges at være den mest udbredte beskrivelsesmodel i nordisk litteratur. På dette punkt afviger dansk litteratur imidlertid en del fra litteraturen i de øvrige nordiske lande. Ækvivalenslæren kan nemlig ikke siges at have nogen fremtrædende plads i den danske litteratur. Dette forhold kommer blandt andet til udtryk derved, at flertallet af Danmarks ledende patentretlige teoretikere i nyere tid,

---

4. Se Alf Ross, Om Ret og Retfærdighed (1953) s. 245, hvor følgende er anført i relation til opdelingen af retsdogmatikken i forskellige kategorier og discipliner: »I overvejelser vedrørende systematisk hensigtsmæssighed er selve den givne tradition et tungtvejende argument. Lige så lidt som man på bar bund kan skabe et nyt begrebssystem, men alene tilpasse omtyde og forfine de overleverede begreber, lige så lidt kan man på bar bund skabe en ny retssystematik. Det ville være ørkesløst at forsøge herpå.« Den af Ross udtrykte opfattelse dækker utvivlsomt over en rigtig kerne men forekommer i sin yderste konsekvens at være lidt vel konservativ.
5. Mogens Koktvedgaard og Lise Østerborg, Patentloven med Kommentarer (1979) s. 280, Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret 5. udg. (1999) s 234, Lise Dybdahl, Europæisk Patent (1999) s. 264 ff, Mogens Plesner i NIR 1981 s. 196, Mogens Koktvedgaard i NIR 1981 s. 194 og Jens Schovsbo, Immaterialretsaftaler (2001) s. 345 ff.

ikke kan siges at slutte op om ækvivalenslæren.[5] I overensstemmelse hermed har 3 højesteretsdommere – uimodsagt – i Højesterets voteringsprotokol fra Phenylbutazondommen (UfR 1964 s. 498 H) givet udtryk for, at ækvivalenslæren ikke er synderlig udviklet i den danske litteratur. Der er heller ingen af de andre gængse beskrivelsesmodeller, der kan siges at dominere litteraturen. Heraf følger det, at der for så vidt angår dansk patentretlig litteratur, ikke kan siges at være nogen herskende lære.

Heri ligger ikke, at der foreligger en slags »juridisk tomrum«, som det står enhver frit at tage i besiddelse med hvad som helst. Som tidligere omtalt må valget af beskrivelsesmodel blandt andet være underlagt et antal krav, som kan siges at følge af retskilderne kombineret med almindelige hensigtsmæssighedsbetragtninger, og ved introduktionen af en helt ny beskrivelsesmodel bør man kunne sandsynliggøre at den indebærer visse (ikke nødvendigvis substantielle) fordele i forhold til de gængse beskrivelsesmodeller.

1.4. *Hvilke krav kan udledes af retskilderne?*

Kigger man på retskilderne, er der ikke meget at hente i *lovforarbejderne*. Da de samarbejdende nordiske patentkommissioner skrev 1964-betænkningen, var de fuldt ud opmærksomme på konstruktionsspørgsmålet, men de afstod udtrykkeligt fra at udtale sig til fordel for nogen bestemt konstruktion. Det fremgår dog af bemærkningerne, *at* beskyttelsen på den ene side ikke skal være begrænset til en ordret fortolkning af patentkravene, og *at* den på den anden side heller ikke skal være så vidtgående, at den udstrækkes til noget, der slet ikke kan udledes af patentkravene.[6]

Ordlyden af *patentlovens § 39 og EPK art. 69* peger i retning af en juridisk konstruktion, som i meget vidt omfang bør tage udgangspunkt i patentkravene.

Fortolkningsprotokollen, som indeholder en mere indgående beskrivel-

---

6. Side 186 i 1964-betænkningen er følgende således anført (min kursivering): »Det har rådet atskillig uklarhet omkring spørgsmålet om patenters tolkning. Det har vært fremsatt forskjellige teorier, og det har vært vanlig å tale om på den ene side en strengere og på den annen side en mildere linje i oppfatningen av i hvilken grad man er bundet av patentkravet ved tolkningen, og hvor streng denne tolkning bør være. Uten å ta standpunkt for den ene eller annen av disse retninger, vil komitéene fremholde betydningen av at man ved tolkningen stadig har for øye at selve gjenstanden for denne er patentkravet, og at beskrivelsen med eventuelle tegninger, i likhet med øvrige dokumenter i saken, bare er hjelpemidler for tolkningen. Da det er patentkravets oppgave å skape klarhet i hva som forlanges beskyttet ved patentet, bør det ikke komme på tale å la beskyttelsen omfatte noe som overhodet ikke kan utledes av dette krav. Dermed har man selvsagt ikke villet antyde at patentkravet skal gjøres til gjenstand for noen form av bokstavtolkning. Hvor streng tolkningen i det enkelte tilfælde bør være, må overlates til praksis å avgjøre.«

se af retsfaktum, peger imidlertid i retning af, *at* retsområdet bør beskrives med udgangspunkt i en skønsmæssig afvejning af forskellige krydsende hensyn, og *at* beskyttelsen ikke er begrænset til det, der fremgår af patentkravenes ordlyd.

Retspraksis viser, *at* patentkravene ofte har en særegen rolle i forbindelse med bestemmelsen af et patents beskyttelsesomfang, og *at* beskyttelsen ikke er begrænset til det, der fremgår af patentkravenes ordlyd. Retspraksis viser imidlertid også, at det navnlig, for så vidt angår en omtvistet genstand, der ikke er direkte omfattet af et patentkrav, må bero på en skønsmæssig afvejning, om den omtvistede genstand skal anses for omfattet af patentet. Specifikt i relation til ækvivalenslæren er det værd at bemærke, at ækvivalensterminologien ikke anvendes i danske domsbegrundelser. Hertil kommer, *at* hele 3 højesteretsdommere i Højesterets voteringsprotokol fra Phenylbutazondommen (UfR 1964 s. 498 H) er citeret for at have givet udtryk for, at ækvivalenslæren hverken i retspraksis eller litteraturen er synderlig udviklet i Danmark, og *at* der ifølge voteringsprotokollen ikke var nogen af Højesterets dommere, der havde fundet anledning til at ytre sig i modsat retning.

1.5. *Konklusioner*

Sammenfattende kan man sige, *at* ingen af de gængse beskrivelsesmodeller med rette kan siges at være herskende i dansk patentretlig litteratur, *at* valget af en ny beskrivelsesmodel derfor kan retfærdiggøres ved blot at sandsynliggøre *at* den nye beskrivelsesmodel indebærer visse (ikke nødvendigvis substantielle) fordele, og *at* den derudover lever op til nogle basale krav, der følger af retskilderne, *at* ækvivalenslæren ikke har støtte i dansk retspraksis, og *at* der af retskilderne, kan udledes et *fundamentalt krav* om, at den valgte beskrivelsesmodel skal være egnet til at beskrive en retstilstand, *hvor* patentkravene har en særegen rolle, *hvor* beskyttelsen ikke er begrænset til det, der følger af patentkravenes ordlyd, og *hvor* beskyttelsesomfanget i øvrigt afhænger af en skønsmæssig afvejning med udgangspunkt i de i Fortolkningsprotokollen foreskrevne krydsende hensyn.

Det burde fremgå af det ovenfor i afsnit 1.1 anførte om afvejningsmodellen, at der er tale om en beskrivelsesmodel, som i princippet kan leve op til de fundamentale krav, der kan udledes af retskilderne.

Nedenfor i afsnit 2 gennemgås de hidtil anvendte og gængse beskrivelsesmodeller med henblik på at konstatere, om de lever op til det fundamentale egnethedskrav, der følger af retskilderne. Nedenfor i afsnit 3 sammenholdes afvejningsmodellen og ækvivalenslæren, som er den eneste af de gængse beskrivelsesmodeller, der kan siges at leve op til de basale krav,

der følger af retskilderne, og det konkluderes – ikke uventet –, at afvejningsmodellen må anses for at være den bedst egnede beskrivelsesmodel.

2. De gængse beskrivelsesmodeller

De beskrivelsesmodeller, man støder på i litteraturen, lader sig nogenlunde uproblematisk inddele i følgende til dels overlappende kategorier: *a)* genstandsmodellerne, *b)* patentkravslæren, *c)* ækvivalenslæren, *d)* opfindelseshøjdeanalogilæren *e)* prototypeteorien, og *f)* læren om patentlovens § 39 som udtryk for et retligt princip.[7]

Typologien har alene til formål at identificere og rendyrke de mest karakteristiske træk ved de gængse beskrivelsesmodeller. Den bør ikke opfattes som en udtømmende redegørelse for de beskrivelsesmodeller, man kan støde på i litteraturen. Blandt andet ses det ganske ofte, at en forfatter i sin fremstilling kombinerer 2 eller flere af de her beskrevne beskrivelsesmodeller.

2.1. *Genstandsmodellerne*

Genstandsmodellerne er karakteriseret ved, at de tager udgangspunkt i et bestemt mere eller mindre veldefineret aspekt ved patentet/opfindelsen.

Åndsretten af Ragnar Knoph er et fremtrædende eksempel på en fremstilling, som er baseret på en genstandsmodel. Ifølge Åndsretten må spørgsmålet om et patents beskyttelsesomfang afhænge af en erkendelse af »patentrettens gjenstand«, idet det er den retten og rådigheden er knyttet til.[8]

Et andet prominent eksempel er Berndt Godenhielms oprindelige opfattelse, der kom til udtryk i hans disputats, Patentskyddets Omfång fra 1950. Ifølge den må det afgørende for krænkelsesvurderingen være, om den omtvistede genstand udnytter »opfindelsestanken«, det vil sige »den tekniske ide«, der kan udledes ved fortolkning af patentkravene.[9] Senere i sit forfatterskab forlod Godenhielm sin oprindelige opfattelse og kon-

7. De beskrivelsesmodeller, som Mogens Koktvedgaard i Immaterialretspositioner har betegnet som »idé-teorier«, det vil sige »den subjektive idelære« og »den objektive idélære«, hører i hvert fald som udgangspunkt hjemme i den kategori, der her kaldes »genstandsmodellerne«.
8. Ragnar Knoph, Åndsretten s. 271.
9. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfång (1950) s. 147 f og 171 f.

verterede til en variant af ækvivalenslæren, jf. det herom anførte nedenfor.

En helt generel indvending mod genstandsmodellerne er, at de i princippet lægger op til en høj grad af begrebsjurisprudens, hvor den primære opgave går ud på at finde ud af, hvad der mere præcist kan siges at udgøre »rettens genstand«, »den tekniske ide«, »opfindelsestanken« eller lignende. I nordisk litteratur ses denne ikke ubetydelige risiko klarest aktualiseret i Berndt Godenhielms disputats fra 1950, Patentskyddets Omfång.

Værre er det dog, at man kan kritisere genstandsmodellerne for ikke at leve op til de fundamentale krav der følger af retskilderne. Genstandsmodellerne lægger nemlig ifølge deres natur ikke op til, *at* patentkravene skal have en særegen rolle, og *at* beskyttelsesomfanget derudover må bero på en skønsmæssig afvejning.

2.2. *Patentkravslæren*

Patentkravslæren er her anvendt som samlebetegnelse for de opfattelser, hvor grundsynspunktet er, at et patent alene omfatter de omtvistede genstande, der falder inden for patentkravene således som de i overensstemmelse med patentlovens § 39 og EPK art. 69 må fortolkes i lyset af beskrivelsen.[10]

Det vigtigste eksempel i nyere nordisk litteratur på en opfattelse, der ligger tæt op af den rene patentkravslære er formentlig den svenske patentlovskommentar fra 1980. Ifølge den bør beskrivelsens rolle i forbindelse med fastlæggelsen af beskyttelsesomfanget være begrænset til »att åstedkomma erforderlig precisering av de uttryckssätt som används i patentkraven«. Der er ikke tale om et skoleeksempel på patentkravslæren, idet det holdes åbent som en mulighed, at beskyttelsen kan omfatte noget ud over det, der fremgår af patentkravene. Imidlertid fastholdes »patentkravets dominerande roll«, og Bendt Godenhielms og Mogens Koktvedgaards opfattelser af beskrivelsens relativt store betydning betegnes som alt for vidtgående under hensyn til blandt andet de fælles forarbejder til de nordiske patentlove.[11] I den nordiske patentlitteratur er der ikke mange forfattere, der har formuleret sig på en måde, som utvivlsomt må opfattes

---

10. Udtrykket »patentkravslæren« anvendes således i denne bog som betegnelse for noget mere end i Mogens Koktvedgaards Lærebog i Immaterialret, hvor det så vidt ses er et yderligere karakteristikum ved patentkravslæren, at patentkravene skal undergives en relativt »stram ordfortolkning«, jf. Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret 5. udg. (1999) s. 232.
11. Måns Jacobsson et al, Patentlagstiftningen (1980) s. 255, 259 og 263 f. I sin anmeldelse i NIR 1982 s. 55 har Claës Uggla fuldt ud tiltrådt synspunkterne i den svenske patentlovskommentar.

som udtryk for en umodificeret version af den rene patentkravslære, men der er dog enkelte eksempler.[12]

Patentkravslæren har den store fordel, at den meget klart markerer, at patentkravene skal have en særegen rolle ved beskyttelsesomfangets fastlæggelse. Imidlertid er patentkravslæren i sin rene form uegnet til beskrivelse af retstilstanden, idet den principielt fornægter forekomsten af en beskyttelse, der går ud over patentkravenes indhold.[13]

2.3. *Ækvivalenslæren*

I de fleste nordiske fremstillinger af nyere dato benyttes der en eller anden form for ækvivalensterminologi. Kernen i ækvivalensterminologien er, *at* patenthaveren i hvert fald som udgangspunkt har beskyttelse for det, der er omfattet af patentkravene, og *at* patenthaveren derudover har beskyttelse for såkaldt ækvivalent udnyttelse af opfindelsen.[14]

Ifølge enkelte af de forfattere, der anvender ækvivalensterminologien, siger »ækvivalens« ikke noget om de betingelser, der skal være opfyldt for, at man kan statuere krænkelse. *Are Stenvik* definerer således ækvivalens som en betegnelse, man bruger på en situation, hvor forudsætningerne for at konstatere krænkelse er opfyldt – en slags betegnelse for konklusionen/resultatet i modsætning til en betegnelse for de retsstiftende kendsgerninger.[15]

De fleste af de nordiske forfattere, der anvender ækvivalensterminologien, bruger i modsætning hertil ækvivalens som betegnelse for det retsfaktum, der skal foreligge for, at man kan statuere analog krænkelse. Blandt disse forfattere er der i øvrigt divergerende opfattelser af, hvad der skal anses for at udgøre ækvivalens.

---

12. Et markant eksempel er Keijo Heinonen s. 198 i Vennebog til Mogens Koktvedgaard: »Patentskyddets omfång defineras endast och enbart genom det som anges i patentkraven.« Det af Lennart Sjöö anførte i NIR 1983 s. 561 ff er formentlig udtryk for et tilsvarende standpunkt.
13. For en mere principiel kritik af patentkravslæren se Mogens Koktvedgaard, Immaterialretspositioner (1965) s. 149 ff og Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret, 5. udg. (1999) s. 230 ff.
14. Se dog Sigrid Asbjørn Smitt i NIR 1998 s. 41 ff, *hvor* hun sondrer mellem direkte krænkelse og tilfælde af ækvivalens, og *hvor* direkte krænkelse ikke er begrænset til det, der er omfattet af patentkravene, idet der i hendes terminologi også er tale om »direkte krænkelse«, hvis de essentielle elementer ved en opfindelse genfindes hos en omtvistet genstand.
15. Are Stenvik, Patentrett (1999) s. 327. I Lærebog i Immaterialret 5. udg. (1999) s. 235 betegner Mogens Koktvedgaard, der ikke selv anvender ækvivalensterminologien, i overensstemmelse hermed ækvivalenslæren som »blot en bekvem terminologisk rekvisit«, jf. i samme retning Mogens Koktvedgaard og Lise Østerborg, Patentloven, 2. udg. (1979) s. 280, hvor det er anført, at ækvivalenslæren formentlig blot er en omskrivning af det resultat, man når frem til. tilsvarende synspunkter finder man hos Jens Schovsbo, Immaterialretsaftaler (2001) s. 349 f.

I Patentskyddets Omfattning fra 1994, hvor *Berndt Godenhielm* for længst var konverteret fra genstandslæren til ækvivalenslæren, har Godenhielm defineret ækvivalens som *funktionel ligeværdighed*.[16]

I den af *Olle Westlander* anvendte terminologi skal som minimum følgende *kumulative betingelser* være opfyldt for, at ækvivalens kan anses for at foreligge: *a)* opfindelsestanken skal være udnyttet, *b)* der skal være tale om samme problem, *c)* dette problem skal være løst på tilsvarende vis, og *d)* den valgte løsning skal føre til samme funktionelle resultat.[17]Den primære norm for bedømmelsen af ækvivalens i forhold til et patentkrav skal ifølge *Bengt Domeij* være, om trækkene ved den omtvistede genstand og trækkene i patentkravet ud fra en fagmands synsvinkel kan anses for *funktionelt ombyttelige*. Som begrundelse herfor er det anført, at det er svært at definere en anden generelt anvendelig norm for kvalitativ vurdering af forskellene mellem 2 tekniske løsninger, som konkurrerer på samme marked.[18] Ifølge Domeij er der en vidtgående parallelitet mellem på den ene side bedømmelsen af en opfindelses nyhed og opfindelseshøjde og på den anden side bedømmelsen af en opfindelses beskyttelsesomfang. Principperne for nyhedsbedømmelsen skal således finde tilsvarende anvendelse ved bedømmelsen af, om en omtvistet genstand er direkte omfattet af et patentkrav, mens principperne for bedømmelse af opfindelseshøjde skal have ligheder med ækvivalensbedømmelsen.[19] *Mikael Nyberg* har i hovedsagen tilsluttet sig Domeijs grundsynspunkter.[20]

Ifølge *Sigrid Asbjørn Smitt* foreligger der teknisk ækvivalens, hvis en omtvistet genstand på *i det væsentlige samme måde giver i det væsentlige samme resultat* som den patenterede opfindelse, og eventuelle forskelle mellem den patenterede opfindelse og den omtvistede genstand må anses for *nærliggende variationer* af opfindelsen.[21]

I norsk ret afhænger spørgsmålet om ækvivalens eller ej ifølge *Are Stenvik* af *en skønsmæssig helhedsvurdering*, hvor et antal momenter kan få betydning, uden at nogen af dem i sig selv er afgørende for resultatet.[22]

I nogle fremstillinger opereres der ikke alene med begrebet »ækviva-

16. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 285.
17. Olle Westlander, Patent (1995) s. 284 f.
18. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 487.
19. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 487.
20. Mikael Nyberg, Patenträttsliga bedömningsgrunder (2000) s. 303 ff.
21. NIR 1998 s. 47 f.
22. Are Stenvik, Patentrett (1999) s. 333. Så vidt ses stemmer Stenviks opfattelse ganske godt overens med de tanker, der ligger til grund for denne fremstilling, hvis man ser bort fra Stenviks tilbøjelighed til at anvende ækvivalensterminologien.

lens« men også med begreberne *»teknisk ækvivalens«* og/eller *»patentretlig ækvivalens«*, hvor teknisk ækvivalens relaterer sig til en ren teknisk sammenligning, mens patentretlig ækvivalens vedrører andre aspekter ved en sag. Der er endvidere nogen variation i synspunkterne om, i hvilket omfang teknisk ækvivalens og patentretlig ækvivalens skal anses for nødvendige og/eller tilstrækkelige forudsætninger for at statuere krænkelse.[23]

Ifølge nogle varianter af ækvivalensterminologien, er der i princippet ingen forskel på ækvivalensbedømmelsens karakter i *a)* tilfælde, hvor forskellen mellem en omtvistet genstand og et patentkrav beror på, at et i patentkravet angivet træk er blevet *substitueret* med noget andet i den omtvistede genstand, og *b)* tilfælde, hvor det pågældende træk i patentkravet helt *savnes* i den omtvistede genstand (delbeskyttelse). I andre varianter af ækvivalensterminologien anvendes udtrykket ækvivalens udelukkende om tilfælde, hvor et i et patentkrav angivet træk ved opfindelsen er blevet substitueret med noget andet i den omtvistede genstand. I disse varianter af ækvivalensterminologien har man en særlig lære, *overbestemmelseslæren*, som anvendes til håndtering af de tilfælde, hvor det i patentkravet angivne træk helt savnes hos den omtvistede genstand.[24]

En beskrivelse af retstilstanden under anvendelse af ækvivalensterminologien kan leve op til det tidligere formulerede krav om, at en model til beskrivelse af reglerne om patenters beskyttelsesomfang skal være egnet til at beskrive en retstilstand, hvor patentkravene har en særegen rolle, og hvor beskyttelsen i øvrigt må afhænge af en skønsmæssig afvejning. I ækvivalenslæren er udgangspunktet nemlig patentkravene, og det ligger inden for mulighedernes grænser, at lade det afhænge af en skønsmæssig afvejning, om ækvivalens kan siges at foreligge i en konkret sag.

En meget væsentlig ulempe ved ækvivalensterminologien er imidlertid, at den ikke har et fast indhold, jf. de ovenfor omtalte variationer i terminologien og begrebsapparatet. Are Stenvik har til forsvar for ækvivalensterminologien anført, at der ikke er nogen fare for vildledning, hvis man bare er opmærksom på, hvad begrebet ækvivalens betegner. Det er naturligvis korrekt, men det er meget vanskeligt at kommer uden om, at det er en ulempe, at forskellige forfattere anvender samme termer i forskellige

---

23. Se for eksempel Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfång (1950) s. 203 og 229 og Henry Appelby Hassager »Patentbeskrivelsen som litteratur og som dokument« i Dansk Patentvæsen Gennem Halvtreds År (1944) s. 164 ff.
24. Se herom Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 319 ff, Olle Westlander, Patent (1995) s. 22, 283 og 285, Are Stenvik, Patentrett (1999) s. 328 og 335 ff.

betydninger. Hertil kommer, at man ofte har indtryk af, at endog sprogbrugen hos en og samme forfatter i ét og i samme værk ikke er konsekvent.[25]

Et argument, der ofte fremføres til støtte for ækvivalensterminologien er, at den er særdeles udbredt. I nordisk teori kommer dette synspunkt nok stærkest til udtryk hos Bendt Godenhielm i Patentskyddets Omfattning. Der har han til støtte for ækvivalensmodellens anvendelse anført, at termen »ækvivalens« er så rodfæstet i europæisk patentret, at man hverken i den juridiske doktrin eller i retspraksis kan undgå den. Endvidere har han blandt andet anført, at »ækvivalenstolkning« utvetydigt bliver anvendt i dansk retspraksis, jf. Insulindommen (UfR 1941 s. 484 H) og Clopoxiddommen (UfR 1979 s. 553 H).[26]

Med hensyn til ækvivalensterminologiens rodfæstning i europæisk patentret, kan der være grund til at forholde sig skeptisk, allerede fordi EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen er tænkt som et kompromis mellem tysk og engelsk ret, og der som bekendt ikke hersker nogen tvivl om, at ækvivalenslæren ikke kan anses for accepteret i England.[27]

For så vidt angår påberåbelsen af dansk retspraksis, er der ikke megen substans i Godenhielms argumentation. Selv om der såvel i Insulindommen som i Clopoxiddommen var tale om analog krænkelse, giver ingen af dommene i sig selv nogen som helst grund til at foretrække ækvivalensterminologien frem for andre juridiske konstruktioner. Hertil kommer, at det som omtalt ovenfor må anses for en udbredt opfattelse blandt Højesterets dommere, at ækvivalenslæren ikke er slået igennem i dansk teori og retspraksis. I overensstemmelse hermed har Godenhielm i Om Ekvivalens och Annat Gott fra 1990 sågar selv anført, at man i dansk retspraksis ikke

---

25. I NIR 1981 s. 194 har Mogens Koktvedgaard i overensstemmelse hermed anført, *at* ækvivalensterminologien er en terminologi, som ingen helt rigtigt forstår, *at* ækvivalenslæren derfor er egnet til at få det hele til at flyde lidt, hvorved de reelle diskussioner undgås, og *at* ækvivalenslæren i det hele tager er en kimære – et sagnuhyre – som bringer mere uro og usikkerhed ind i systemet end en reel beskrivelse af de relevante løsninger. Mogens Plesner har i NIR 1981 s. 196 tiltrådt Koktvedgaards synspunkter om, at ækvivalenslæren ikke er af noget reelt indhold. I Immaterialretsaftaler (2001) s. 347 konstaterer Jens Schovsbo, at ækvivalensterminologien dækker over store forskelligheder af både historisk, principiel og praktisk art.
26. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 287 og 305. For så vidt angår betydningen af ækvivalensterminologiens udbredelse, finder man hos Are Stenvik i Patentrett (1999) s. 328 en tilsvarende men noget mere afdæmpet argumentation for hans valg af terminologi. Se også Niklas Bruun i NIR 1990 s. 178, hvor han har gjort sig til talsmand for, at ækvivalenslæren som juridisk doktrin bør skrottes, og hvor han desuagtet har anført, at man i fremtiden næppe kommer til at klare sig helt uden ræsonnementer af ækvivalenstypen allerede af den enkle årsag, at ækvivalenslæren udgør en central bestanddel af den internationale patentretlige tradition.
27. Om engelsk rets forhold til ækvivalenslæren se Jacobs artikel »Scope of patents in the UK – is there a doctrine of equivalents?« i NIR 1999, navnlig s. 483 og 491 f.

anvender ækvivalensterminologien.[28] Med andre ord udgør i hvert fald dansk ret et eksempel på, at man – på trods af Godenhielms påstand om det modsatte – såvel i retspraksis som i den juridiske doktrin uden problemer kan undgå termen »ækvivalens«.

Man behøver i øvrigt end ikke at gå uden for Finlands grænser for at finde seriøse modstandere af ækvivalenslæren. Niklas Bruun har for eksempel i NIR 1990 s. 177 f anført, *at* ækvivalenslæren indebærer en risiko for begrebsjurisprudens og mystificering af reglerne, og *at* ækvivalenslæren som juridisk doktrin bør skrottes.

Selv hvis man som Godenhielm antager, at der er tale om en i europæisk patentret rodfæstet terminologi, bør det i øvrigt ikke i sig selv være afgørende for valget af den juridiske konstruktion. Hvis der kan påvises væsentlige ulemper ved ækvivalensterminologien, og der er mulighed for at anvende en anden juridisk konstruktion, som har væsentlige fordele frem for ækvivalensterminologien, så bør den alternative konstruktion under alle omstændigheder foretrækkes – ellers ville udviklingen stivne i forbenet konservatisme. I sit indlæg under det 18. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse har Godenhielm da også anerkendt, at man meget vel kan komme til samme resultater uden anvendelse af ækvivalensterminologien.[29]

2.4. *Opfindelseshøjdeanalogilæren*

Udtrykket opfindelseshøjdeanalogilæren anvendes her som betegnelse for en lære, hvor det afgørende for, om en omtvistet genstand kan anses for omfattet af et patent, er om den omtvistede genstand kan anses for at have opfindelseshøjde i forhold til den patenterede opfindelse. Ifølge opfindelseshøjdeanalogilæren kan man således slutte analogt fra reglerne om opfindelseshøjde, når der skal tages stilling til et konkret krænkelsesspørgsmål. Litteraturens eneste eksponent for en rendyrket version af denne lære syntes at være Frederik Vinding Kruse.

Hovedproblemet inden for immaterialretten var efter Vinding Kruses opfattelse: »Hvilke værker skal retsordenen beskytte, hvilke mindstekrav – navnlig i forhold til det åndelige fælleseje – skal retsordenen stille for at beskytte en persons frembringelse som hans åndelige ejendom?«[30]

---

28. Berndt Godenhielm, Om Ekvivalens och Annat Gott (1990) s. 47.
29. Berndt Godenhielm i NIR 1983 s. 554.
30. Frederik Vinding Kruse, Ejendomsretten 1. udg. (1929-33) s. 439 og 3. udg. (1951) s. 453. Ordet »værk«, der inden for immaterialretten normalt opfattes i betydningen »ophavsretligt beskyttet værk«, anvendte Vinding Kruse som overbegreb for opfindelser, varemærker, litterære værker etc.

Vinding Kruse løste dette problem ved at formulere et for alle immaterialrettigheder fælles krav til opnåelse af beskyttelse, idet han anførte, at »værkets selvstændighed eller individualitet på hele den åndelige ejendomsrets område opstilles som grundbetingelsen for denne rets anerkendelse«.[31]

Dette førte ham til den antagelse, at »på den åndelige ejendomsrets område er frembringelsen af et nyt og selvstændigt værk det alt beherskende moment; det giver på én gang frembringeren ejendomsretten til det nye værk og frier ham samtidig fra ethvert ansvar for hans mulige benyttelse af ældre arbejder, da denne benyttelse derved er fastslået som uvæsentlig i forhold til det nye, han har skabt.«[32] Vinding Kruse var med andre ord af den opfattelse, at hvis man havde frembragt et »værk«, der opfyldte Vinding Kruses krav for opnåelse af immaterialretlig beskyttelse – nyhed og selvstændighed – så kunne en udnyttelse af det således frembragte værk ikke udgøre en krænkelse af andres immaterielle rettigheder.[33]

I sager om krænkelse af en gyldig »åndelig ejendomsret« skulle den omtvistede genstands eventuelle nyhed og selvstændighed bedømmes i forhold til rettighedshaverens »værk«. Nyhed og selvstændighed skulle være et spørgsmål om forholdet til tidligere skabte værker, hvorimod genstandens æstetiske eller psykologiske art skulle være uden betydning. Specifikt i relation til patentretten er det anført, at kravene var beskedne, idet der ikke nødvendigvis skulle være tale om betydelige eller fremragende opfindelser. Om en omtvistet genstand skulle anses for at udgøre et nyt og selvstændigt værk, skulle bero på et konkret skøn i form af en afvejning af en række forskellige momenter, herunder navnlig, *om* den omtvistede genstand havde et andet formål eller en anden karakter, *om* det »stof«, som den omtvistede genstand havde taget fra rettighedshaverens »værk«, var større eller mindre i omfang, *om* det »stof«, som den omtvistede genstand havde taget fra rettighedshaverens »værk«, udgjorde en større eller mindre del af det omtvistede »værk«, og *om* den benyttede del

---

31. Frederik Vinding Kruse, Ejendomsretten 1. udg. (1929-33) s. 443 og 3. udg. (1951) s. 457.
32. Frederik Vinding Kruse, Ejendomsretten 1. udg. (1929-33) s. 443 og 3. udg. (1951) s. 457.
33. Frederik Vinding Kruse, Ejendomsretten 1. udg. (1929-33) s. 444, 450 ff og 476 f samt 3. udg. (1951) s. 457 og 463 ff Synspunktet hænger eventuelt sammen med Vinding Kruses opfattelse af, hvad der skulle anses for at være en »åndelig ejendomsret«. I hans sprogbrug var der kun tale om en »åndelig ejendomsret«, når der forelå en kombination af a) en ret til at udnytte den åndelige ejendomsret for eksempel ved udgivelse af en bog og b) en eneret i form af en ret til at forbyde andre at udnytte den åndelige ejendomsret, jf. 1. udg. s. 476 f. Vinding Kruses fremstilling af disse spørgsmål virker i øvrigt langt fra 100 % konsistent, jf. 1. udg. s. 458 og 476 f og 3. udg. s. 470 f.

af rettighedshaverens »værk« havde undergået forandringer, tilføjelser og lignende. Hvorvidt den omtvistede genstand kunne antages at have skadet rettighedshaverens for eksempel patenthaverens omsætning skulle derimod være et moment uden relevans for afvejningen. Afvejningens karakter skulle afhænge af den omtvistede genstands og det beskyttede karakter. Som eksempler har Vinding Kruse nævnt forskellige typer ophavsretligt beskyttede værker og dertil relaterede krænkelsesspørgsmål men desværre intet om opfindelser eller patenter.[34]

Udgangspunktet for Vinding Kruses behandling af immaterialretten var ophavsretten. De resultater, som Vinding Kruse kom frem til i relation til ophavsretten, overførte han på grundlag af en række ret overfladiske overvejelser til andre dele af »den åndelige ejendomsret«, herunder patentretten. Det er forklaringen på den bemærkelsesværdige mangel på specifikt patentretlige ræsonnementer i Vinding Kruses fremstilling af reglerne om patenters beskyttelsesomfang.

I størstedelen af sidste århundrede var der ikke synderlig opbakning bag Vinding Kruses teorier i den patentretlige litteratur. I de seneste år har hans tanker imidlertid oplevet en slags renæssance, idet Bengt Domeij og (navnlig) Mikael Nyberg som omtalt ovenfor i afsnit 2.3 har taget opfindelseshøjdeanalogien op som et væsentligt træk ved reglerne om patenters beskyttelsesomfang, selv om de begge har valgt at benytte sig af ækvivalenskonstruktionen.

Opfindelseshøjdeanalogilæren er problematisk, allerede fordi den slet ikke giver noget bud på patentkravenes betydning for beskyttelsen. Endvidere giver læren et meget ensporet og helt unuanceret svar på spørgsmålet om, hvad der kan anses for omfattet af et patent. I realiteten behandler læren således kun en enkelt af de relevante problemstillinger, og det er vanskeligt at se, hvorledes man inden for den givne beskrivelsesramme kan udvide læren til at omfatte andre problemstillinger, uden at det rent fremstillingsmæssigt vil komme til at virke urimeligt anstrengt. Opfindelseshøjdeanalogilæren kan med andre ord ikke siges at leve op til de i denne sammenhæng relevante krav.

2.5. *Prototypeteorien*

Prototypeteoriens førende teoretiker i nordisk litteratur er utvivlsomt Mogens Koktvedgaard.

Ifølge Koktvedgaard må man i forbindelse med behandlingen af

34. Frederik Vinding Kruse, Ejendomsretten 1. udg. (1929-33) s. 443, 450 ff, 454 og 476 f samt 3. udg. (1951) s. 456, 463 ff, 466 og 487.

spørgsmålet om patenters beskyttelsesomfang holde fast ved de reale udgangspunkter i virkelighedens verden, idet det efter hans opfattelse er de fysiske realiteter, der udgør patentrettens emneverden. Udgangspunktet for Koktvedgaards fremstilling er på trods heraf et »tankeeksperiment«. Tankeeksperimentet går ud på, at hvis patentsystemet havde været indrettet sådan, at man kunne få eneret på udnyttelse af en opfindelse, hvis man blot deponerede en prototype af opfindelsen hos patentmyndigheden, så kunne man afgøre sager om patentkrænkelse ved en direkte sammenligning mellem den deponerede genstand og den omtvistede genstand. Sammenligningen skulle bestå i at opfatte (»strukturere«) de tekniske fænomener som funktionelle helheder og derpå søge at fastslå, om man stod overfor »det samme«. Beskyttelsen skulle i givet fald omfatte sådanne fænomener, som blev oplevet som ligeartede med det deponerede fænomen.[35]

Med udgangspunkt i det omtalte tankeeksperiment har Koktvedgaard argumenteret for, *at* patentbeskrivelsen rent principielt bør opfattes som en beskrivelse af et faktisk forekommende teknisk fænomen, og *at* beskrivelsen skal »erstatte« den deponering af de faktiske fænomener, der efter hans opfattelse udgør patentrettens egentlige emneverden. Heraf følger det efter Koktvedgaards opfattelse, *at* patentbeskrivelsen må have en central placering i patentretten, og *at* det afgørende for krænkelsesspørgsmålet i princippet bør være en sammenligning mellem den i patentbeskrivelsen beskrevne prototype og den omstridte genstand.[36]

Ledetråden for sammenligningen skal være, at beskyttelsen bør være fornuftig og effektiv uden dog at indebære en for vidtgående begrænsning af konkurrenternes bevægelsesfrihed. Det fører Koktvedgaard til den konklusion, *at* beskyttelsesomfanget må fastlægges ved en helhedsbedømmelse af patentdokumentet (beskrivelse, tegning og krav), og *at* krænkelsesspørgsmål må afgøres på basis af et sagkyndigt skøn.[37]

Patentkravene spiller ingen selvstændig rolle i Koktvedgaards prototypeteori. Det hænger utvivlsomt sammen med hans stærkt skeptiske holdning til patentkravenes meningsfuldhed. Ifølge Koktvedgaard er patentrettens egentlige emneverden som omtalt ovenfor visse fysiske fænomener,

---

35. Mogens Koktvedgaard, Immaterialretspositioner s. 144 ff, Mogens Koktvedgaard, NIR 1967 s. 71 f og Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret, 5. udg. (1999) s. 228 f.
36. Mogens Koktvedgaard, Immaterialretspositioner (1965) s. 148 ff. og Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret, 5. udg. (1999) s. 229 og 230.
37. Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret, 5. udg. (1999) s. 229 og 233 f. Niklas Bruun har også gjort sig til talsmand for en helhedsbedømmelse, men hans argumentation har en noget anden karakter, jf. NIR 1990 s. 177 f.

og han opfatter patentbeskrivelsen som en slags abstraktion fra disse fysiske fænomener, mens patentkravene opfattes som en abstraktion fra patentbeskrivelsen, det vil sige en abstraktion i 2. potens fra det, som ifølge Koktvedgaard er patentrettens egentlige emneverden. Derved fjerner man sig efter Koktvedgaards opfattelse efterhånden så stærkt fra de eksperimentelle realiteter, at ordene i et patentkrav kan blive meningsløse.[38]

Navnlig når man tager retspraksis i betragtning, er der ikke noget kontroversielt ved Koktvedgaards synspunkt, om at beskrivelsen må have væsentlig betydning for beskyttelsesomfanget.[39]

Et særtræk ved prototypeteorien er den meget begrænsede opmærksomhed teorien levner patentkravene. Det er vanskeligt at forene med det ovenfor i afsnit 1 opstillede krav om, at en model til beskrivelse af reglerne om patenters beskyttelsesomfang skal være egnet til at beskrive en retstilstand, hvor patentkravene har en særegen rolle.[40]

Koktvedgaards argumentation vedrørende patentkravenes mere eller mindre udtalte meningsløshed har i øvrigt ikke en så betydelig bæreevne, at den kan legitimere en afvigelse fra kravet om beskrivelsesmodellens egnethed til at håndtere en retstilstand, hvor patentkravene har en særegen rolle. Dette skyldes blandt andet, at Koktvedgaards implicitte forudsætning med hensyn til den måde, hvorpå patentansøgninger bliver til, ikke svarer til det, der foregår i virkelighedens verden, jf. det herom i det følgende anførte.

Det er et krav, at patentkravene har basis i patentbeskrivelsen.[41] Det er derfor vigtigt, at man ved udarbejdelsen af en patentansøgning sørger for, at der er den fornødne korrespondance mellem patentkrav og patentbeskrivelse.

Ved patentansøgningens udarbejdelse, sikres den nødvendige korrespondance ikke ved at begrænse patentkravene til det, der er basis for i en allerede udarbejdet beskrivelse af opfindelsen. Ved ansøgningens udarbejdelse er fokus på at få de bedst mulige patentkrav godkendt i det udstedte patent. Når der er skabt et rimeligt overblik over forholdet til den kendte teknik, udarbejdes der derfor først et så vidt muligt optimalt sæt patentkrav.

---

38. Mogens Koktvedgaard, Immaterialretspositioner s. 144 f og 151 og Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret, 5. udg. (1999) s. 231.
39. Se for eksempel kapitel 6 afsnit 2.3 og kapitel 7 afsnit 2.3.3.
40. I NIR 1981 s. 194 har Koktvedgaard anført, at det er klart, at enhver drøftelse af beskyttelsesomfanget må tage sit udgangspunkt i patentkravet eller patentkravene. Denne tilkendegivelse syntes imidlertid ikke at være kompatibel med det, der er anført i hovedværkerne i Koktvedgaards patentretlige forfatterskab.
41. Patentbekendtgørelsens § 17, stk. 1, nr. 4, EP Konventionens art. 84 og EPO Guidelines C.II.4.9 og C.III.6.1.

De således formulerede patentkrav nødvendiggør en beskrivelse, som giver den krævede basis for patentkravene, og patentkravene er følgelig i meget vidt omfang determinerende for indholdet af patentbeskrivelsen. Patentbeskrivelsen udarbejdes derfor som udgangspunkt først, når patentkravene foreligger i nogenlunde færdig form. På den måde sikres det også, at patentbeskrivelsen ikke indeholder noget, der i lyset af de opstillede patentkrav må anses for overflødigt, således at de overflødige dele efterfølgende må luges ud af patentbeskrivelsen.[42]

Som det fremgår, er det normalt ikke adækvat at karakterisere patentkravene som en abstraktion af patentbeskrivelsen. Dette burde i ikke uvæsentlig grad kunne tage brodden af den skepsis, man i prototypeteorien støder på, for så vidt angår patentkravenes mere eller mindre selvstændige betydning for beskyttelsesomfanget, selv om der ikke er nogen tvivl om, at patentkravene i et udstedt patent skal *fremtræde* som generaliseringer bygget over eksempler fra patentbeskrivelsen. Konklusionen er i øvrigt under alle omstændigheder, at prototypeteorien ikke lever op til de i dette kapitel opstillede krav til en beskrivelsesmodel for reglerne om patenters beskyttelsesomfang.

2.6. *Læren om patentlovens § 39 som udtryk for et retligt princip*

I den juridiske litteratur kan man støde på en sondring mellem på den ene side (egentlige) retsregler og på den anden side retlige principper eller retningslinier. Ifølge den terminologi skal retlige principper og retningslinier betegne tilfælde, hvor retsfølgens indtræden, det vil sige betingelserne for anvendelsen, afhænger af en skønsmæssig afvejning, mens retsregler skulle betegne tilfælde, hvor der foreligger en mere præcis beskrivelse af betingelserne for retsfølgens indtræden. Hvis der foreligger en egentlig retsregel, skal retsfølgen indtræde, når retsfaktum foreligger. Ved en konflikt mellem 2 retsregler kan kun den ene gælde. Ved retlige principper eller retningslinier behøver retsfølgen ikke at indtræde, og i tilfælde af konflikt mellem 2 retlige principper eller retningslinier beror det på en afvejning, hvilket princip, der skal tillægges afgørende betydning.[43]

---

42. Om overflødigheder i patentbeskrivelsen se patentbekendtgørelsens § 17, stk. 3. Det kan naturligvis ikke udelukkes, at nogle patentagenter har en anden arbejdsform, men den her skitserede er såvel her i landet som internationalt almindeligt accepteret som værende den fagligt korrekte fremgangsmåde.
43. Vedrørende læren om retlige principper og retningslinier se Ronald Dworkins, Taking Rights Seriously (1978), s. 22 ff og 71 ff, H. L. A. Hart, The Concept of Law 2. udg. (1994) s. 259 ff, Niklas Bruun, NIR 1990 s. 170 f, Henrik Zahle, Om det juridiske bevis (1976) s. 41 f, Morten Wegener, Juridisk metode, 2. udg. (1994) s. 52 f. og Ruth Nielsen, Retskilderne 6. udg. (1999) s. 35 ff.

Niklas Bruun har i NIR 1990 s. 171 gjort sig til talsmand for den ide, at patentlovens § 39 ikke skal opfattes som udtryk for en (egentlig) retsregel men derimod som udtryk for et retligt princip.

Som påpeget af Morten Wegener bibringer begreberne retlige principper og retningslinier ikke noget nyt, allerede fordi de svarer til gammelkendte sondringer med andre benævnelser.[44]

Hertil kan det føjes, at terminologien bryder med en indarbejdet opfattelse, ifølge hvilken retsregel-begrebet også omfatter retsregler, hvis anvendelse afhænger af en skønsmæssig afvejning, herunder retlige standarder, generalklausuler og lignende. Sådan et brud med en indarbejdet terminologi kræver en nærmere begrundelse, herunder navnlig dokumentation for, at bruddet indebærer relevante fordele.

Sondringen mellem retsregler og retlige principper giver anledning til en væsentlig ulempe i form af en vanskelig grænsedragning, nemlig grænsedragningen mellem (egentlige) retsregler og retlige principper, og det er ikke til at se, hvilke fordele sondringen kan bibringe den juridiske videnskab. Det må være fuldt ud tilstrækkeligt at kunne påpege, *at* en retsregels retsfaktum kan være sammensat af retsfaktorer, som kan være af mere eller mindre entydig eller skønsmæssig karakter, og *at* der kan indgå en flerhed af afvejningsparametre og dertil hørende kriterier i en skønsmæssig afgørelse.

Da begreberne retlige principper og retningslinier ikke fører til de krævede fordele, men derimod endog giver anledning til ulemper, må den indarbejdede terminologi, i henhold til hvilken (egentlige) retsregler også omfatter retlige standarder med videre, fastholdes. Heraf følger, at der ikke er nogen grund til opfatte patentlovens § 39 og de dertil svarende regler om patenters beskyttelsesomfang som andet end *retsregler*, hvor retsfølgens indtræden efter omstændighederne afhænger af et skøn.

Den ide at anskue spørgsmålet om patenters beskyttelsesomfang som reguleret af retlige principper er i øvrigt så konturløs, at den under ingen omstændigheder kan siges i sig selv at leve op til de relevante krav for en model til beskrivelse af retsområdet. Hvis ideen om retsområdets regulering af retlige principper skal kunne komme i betragtning som en relevant beskrivelsesmodel, må den først i væsentlig grad suppleres og udbygges.

Det er muligt, at Bruuns tanke primært har været at påpege, at udmålingen af et patents beskyttelsesomfang har karakter af en skønsmæssig afgørelse, således at man kan og bør opfatte reglerne om beskyttelsesomfanget som udtryk for en retlig standard og ikke som mere mekaniske rets-

44. Morten Wegener i Juridisk metode, 2. udg. (1994) s. 52 f.

regler. I givet fald kan denne fremstilling opfattes som et forsøg på at tilvejebringe den nødvendige supplering og udbygning af Bruuns tanker.

3. Evaluering

Som det fremgår af afsnit 2, er ækvivalenslæren den eneste af de gængse beskrivelsesmodeller, der kan siges at leve op til de i denne forbindelse relevante egnethedskrav. Vurderingen af afvejningsmodellens kvaliteter set forhold til de gængse beskrivelsesmodeller kan derfor indskrænkes til en sammenholdning af afvejningsmodellen og ækvivalenslæren.

Ækvivalenslæren er som omtalt ovenfor i afsnit 2 behæftet med det væsentlige problem, at terminologiens begrebsapparat og indhold i betydeligt omfang flyder. Denne manglende fasthed i terminologien genfinder man ikke i afvejningsmodellen, som ikke nødvendiggør anvendelsen af et særligt begrebsapparat, der afviger fra almindelig (juridisk) sprogbrug.

Afvejningsmodellen tvinger en forfatter til at gennemføre en velbegrundet sondring mellem *a)* de relevante kriterier og *b)* deres indbyrdes afvejning. Endvidere kræver afvejningsmodellen en ret konkret stillingtagen til de relevante kriteriers indbyrdes vægtning og betydning for afgørelsen, hvilket alt andet lige må føre til en mere præcis og operationel beskrivelse. Ækvivalenslæren byder ikke på tilsvarende fordele.

Hertil kommer, at afvejningsmodellen er i bedre harmoni med Fortolkningsprotokollens krav om en *afbalancering* af hensynet til en passende beskyttelse for patenthaveren over for hensynet til en rimelig grad af retssikkerhed for trediemand.

Da der, som det fremgår, ikke er nogen ulemper men derimod en del fordele ved afvejningsmodellen, er der ingen tvivl om, at der er gode og rationelle grunde til at foretrække afvejningsmodellen som beskrivelsesmodel.

Kapitel 5

Forholdet mellem reglerne om den forud kendte tekniks betydning for beskyttelsesomfanget og reglerne om patenters ugyldighed som følge af manglende nyhed og/eller opfindelseshøjde

1. Problemstillingen og teorien

Der er ingen tvivl om, at den forud for prioritetsdagen kendte teknik har betydning for, hvad der gyldigt kan være omfattet af et patent.

Det kommer klart til udtryk i reglerne om ugyldighed. Ifølge disse kan manglende nyhed og efter omstændighederne manglende opfindelseshøjde i forhold til den forud kendte teknik som bekendt føre til, at et patent er helt eller delvist ugyldigt, jf. patentlovens § 52 sammenholdt med § 2.

I litteraturen er der endvidere udbredt enighed om, at den forud for prioritetsdagen kendte teknik, herunder efter omstændighederne også modhold, der ikke har være fremme under ansøgningens behandling, kan være af væsentlig betydning for udmålingen af et patents beskyttelsesomfang. I litteraturen støder man således på synspunkter om, *at* den forud kendte teknik er af betydning for fortolkning af patentkrav, *at* den forud kendte teknik kan være af betydning for afgørelsen af, hvad der skal anses for at udgøre en opfindelses særegne egenskaber, *at* den forud kendte teknik er af betydning for fastlæggelsen af et patents analoge beskyttelse, *at* et patent ikke kan omfatte noget, som må anses for forud kendt, og *at* et patent ikke kan omfatte en omtvistet genstand, som adskiller sig fra den forud kendte teknik, men som dog må anses for nærliggende i forhold til den forud kendte teknik, således at den omtvistede genstand er udtryk for teknik, der ikke har opfindelseshøjde i forhold til den forud kendte teknik.[1] [2]

---

1. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfång (1950) s. 37, 168 f, 175, 184 og 191 ff, Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 239 ff, herunder navnlig s. 249 og 253, Berndt Godenhielm i NIR 1983 s. 550 f, Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret, 5. udg. (1999) s. 230, Olle Westlander, Patent (1995) s. 284 f, Bengt Domeij,

Der er desværre kun ganske få nordiske forfattere, der eksplicit har behandlet forholdet mellem ugyldighedsreglerne og reglerne om beskyttelsesomfanget. Hos disse forfattere er der enighed om, at man til støtte for en argumentation om et snævert beskyttelsesomfang uden problemer bør kunne påberåbe sig et hvilket som helst modhold som forud kendt teknik, selv om samme modhold og forud kendte teknik i princippet også vil kunne danne grundlag for en indsigelse om ugyldighed.[3] Som det fremgår af det følgende, er dette i litteraturen fremherskende synspunkt om afgrænsningen over for ugyldighedsreglerne næppe holdbart.

I patentloven er det forudsat, at reglerne om beskyttelsesomfanget og ugyldighedsreglerne er 2 helt adskilte regelsæt. Ved patentets udstedelse opnår patenthaveren i medfør af patentlovens § 3 beskyttelse mod andres udnyttelse af den patenterede »opfindelse«, hvis nærmere omfang bestemmes ved hjælp af reglerne om beskyttelsesomfangets fastlæggelse, jf. patentlovens § 39. Hvis denne »opfindelse« savner den fornødne nyhed og/eller opfindelseshøjde, er patentet helt eller delvist ugyldigt, jf. patentlovens § 52 sammenholdt med § 2. Lovens system er med andre ord, at man *først* fastlægger beskyttelsesomfanget, og at man *derefter* kan vurdere ugyldighedsspørgsmålet i forhold til det således fastlagte beskyttelsesomfang. Det følger som en logisk konsekvens af dette system, at der ikke er nogen overlapning mellem anvendelsesområderne for ugyldighedsreglerne og reglerne om beskyttelsesomfangets fastlæggelse. Det er imidlertid ikke krystalklart, hvor grænsen mellem de 2 regelsæt går, for så vidt angår betydningen af den forud kendte teknik.[4]

Statuering af ugyldighed og fastlæggelse af et snævert beskyttelsesomfang har i nogen grad forskellige retsvirkninger. I det omfang den forud kendte teknik tillægges betydning for fastlæggelsen af beskyttelsesomfanget, vil det altid indebære en fuldstændig opretholdelse af patentet – omend efter omstændighederne med en ret begrænset beskyttelse –, og fastlæggelsen af beskyttelsesomfanget i en konkret sag vil kun have rets-

---

Läkemedelspatent (1998) s. 481 ff og 490, Torsten Nørgaard i NIR 1984 s. 10 og Are Stenvik, Patentrett (1999) s. 253 f og 323.

2. Om den patenterede opfindelses særegne egenskaber og deres betydning for beskyttelsesomfanget i hidtil gældende dansk ret se kapitel 7 afsnit 2.
3. Konflikten mellem de 2 regelsæt syntes kun eksplicit behandlet hos: Berndt Godenhielm i NIR 1983 s. 550 f og Are Stenvik, Patentrett (1999) s. 253 f og 323.
4. Berndt Godenhielm har forudsætningsvist anerkendt, at der må være en grænse mellem reglerne om udmålingen af et patents beskyttelsesomfang og reglerne om (partiel) ugyldighed, jf. NIR 1983 s. 551. Denne forudsætningsvise anerkendelse syntes imidlertid at være helt uden betydning for hans opfattelse af retstilstanden, jf. blandt andet det af ham samme sted herom anførte.

kraft i forholdet mellem sagens parter. I modsætning hertil får den i en konkret sag konstaterede hele eller delvise ugyldighed af et patent også virkning i forhold til trediemand, hvilket kommer til udtryk derved, at rettens konstatering af ugyldigheden i medfør af patentlovens § 65 og patentbekendtgørelsens § 52 skal kommunikeres videre til patentmyndigheden og af denne registreres i Patentregistret.

Ugyldighedsreglerne er i øvrigt mindre fleksible end reglerne om fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang, idet adgangen til at få domstolene til at omformulere patentkrav på grund af delvis ugyldighed antages at være ret begrænset. Dette forhold er udtryk for en reel forskel af praktisk betydning. Forskellen syntes imidlertid ikke at være relevant for spørgsmålet om afgrænsningen af de 2 regelsæts respektive anvendelsesområder.

I relation til spørgsmålet om, hvorvidt der i en konkret sag foreligger krænkelse af et patent, er den forud kendte tekniks betydning for domskonklusionen imidlertid den samme, uanset om den forud kendte teknik skal anses for at have afgørende betydning i medfør af ugyldighedsreglerne eller i medfør af reglerne om fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang. Konklusionen er nemlig under alle omstændigheder, at der ikke foreligger patentkrænkelse. På trods heraf er grænsedragningen mellem ugyldighedsreglerne og reglerne om beskyttelsesomfangets fastlæggelse – som det fremgår af nedenstående – langt fra et spørgsmål af rent akademisk interesse.

Ifølge patentlovens § 61 skal en påstået krænker i en krænkelsessag nedlægge en udtrykkelig påstand om patentets ugyldighed, hvis han vil påberåbe sig ugyldighedsreglerne som forsvar mod en påstand om krænkelse.[5] [6] Patentlovens § 61 forudsætter med andre ord, *at* ugyldighedsreglerne kun må påberåbes som *direkte* støtte for en påstand om patentets ugyldig-

---

5. Baggrunden for reglen om, at en ugyldighedsindsigelse kun kan fremsættes, hvis der er nedlagt en udtrykkelig påstand herom, er omtalt i 1964-betænkningen s. 351, hvor følgende er anført:

   »Det utgör härvid en officialintresse att tillse, att en ensamrätt icke tillåtes fortleva när domstolen haft tillfälle att konstatera, att den icke bort lagligen beviljas. Så länge näringslivet har att taga hensyn til ett i själva verket [i virkeligheden] ogiltigt patentskydd måste man säga att det är omgärdat med obefogade restriktioner; det måste därför föreligga ett intresse att så snart förhållandet uppmärksammats undanröja hinder för utnyttjande av uppfinningar, vilka i själva verket [i virkeligheden] bör vara fria.«

   Baggrunden for reglen er således den offentlige interesse i, at man i videst muligt omfang skal kunne stole på, at patentregisteret ikke omfatter patenter, der notorisk er ugyldige.

   De i 1964-betænkningen foreslåede bestemmelser blev ændret inden 1967-patentlovens vedtagelse. Ændringerne er imidlertid uden betydning for spørgsmålet om bestemmelsernes reale baggrund, jf. bemærkningerne til 1967-lovforslagets § 61.

hed, og *at* ugyldighedsreglerne kun *indirekte* må påberåbes til støtte for en påstået krænkers påstand om frifindelse for en patenthavers påstande vedrørende patentkrænkelse, idet den i forbindelse med en ugyldighedspåstand konstaterede ugyldighed kan påberåbes til støtte for frifindelsespåstanden. I en sag, hvor der ikke foreligger en udtrykkelig ugyldighedspåstand, kan ugyldighedsreglerne med andre ord slet ikke komme til anvendelse.[7] I voldgiftssager fører dette til, at forholdet mellem reglerne om ugyldighed og reglerne om beskyttelsesomfanget bliver af ganske stor betydning, idet spørgsmål om et dansk patents gyldighed slet ikke kan afgøres ved voldgift.[8] I det omfang en voldgiftskendelse er afsagt under anvendelse af ugyldighedsreglerne, er der således tale om en ugyldig voldgiftskendelse, jf. voldgiftslovens § 7, stk. 1, nr. 1, sammenholdt med lovens § 1, stk. 2, om tvister, der efter deres art ikke kan afgøres ved voldgift.

På tilsvarende vis kan parterne i en patentstrid ifølge EF-Domskonventionens art. 17, stk. 4, sammenholdt med art. 16, stk. 1, nr. 4, end ikke aftale, at et ugyldighedsspørgsmål skal afgøres ved en udenlandsk domstol.[9]

---

6. Ugyldighedspåstanden skal nedlægges over for patentindehaveren. Hvis sagen mod den påståede krænker ikke er anlagt af patentindehaveren selv men for eksempel af en licenstager, indebærer dette, at den påståede krænker må inddrage patentindehaveren i retssagen. Se herom patentlovens § 63, stk. 4. Henvisningen i denne bestemmelse til retsplejelovens kapitel 34 må bero på, at man har glemt at opdatere henvisningen i forbindelse med reformen af retsplejeloven i 1979. Efter reformen vil den relevante henvisning navnlig være til retsplejelovens § 250 i retsplejelovens kapitel 23. I øvrigt skal en påstået krænker, der nedlægger påstand om ugyldighed, ifølge patentlovens § 63, stk. 3, jf. stk. 1 give meddelelse derom dels til patentmyndigheden og dels til de licenstagere, der er registreret i Patentregistret. Sker dette ikke inden for de frister, der af retten kan fastsættes i medfør af patentlovens § 63, stk. 2, skal der ske afvisning af påstanden.
7. Som argument for, at man i relation til udmålingen af et patents beskyttelsesomfang skal kunne påberåbe sig et hvilket som helst modhold, uanset om det har været fremme i forbindelse med patentansøgningens behandling, har Berndt Godenhielm anført, at en sådan løsning vil spare den påståede krænker fra at skulle nedlægge en særskilt ugyldighedspåstand, jf. NIR 1983 s. 551. Selv uden § 61 i patentloven ville argumentationen ikke forekomme overbevisende, men med § 61 i den danske patentlov, er der ingen tvivl om, at Godenhielms argument ikke kan tillægges nogen betydning, for så vidt angår dansk ret, idet formålet med § 61 jo netop er at tvinge den påståede krænker til at nedlægge påstand om ugyldighed.
8. 1964-betænkningen s. 320.
9. Den relevante del af art. 16 i EF-Domskonventionen lyder som følger:
   »Enekompetente, uden hensyn til bopæl er:
   …
   4. i sager om registrering eller gyldighed af patenter … samt andre lignende rettigheder, der medfører … registrering, retterne i den kontraherende stat, på hvis område, der er ansøgt om registrering … eller hvor registrering er foretaget …«
   Den relevante del af art. 17 i EF-Domskonventionen lyder som følger:
   »Aftaler om retternes kompetence … er ugyldige, såfremt …, eller såfremt de udelukker kompetencen for de retter, som i medfør af artikel 16 er enekompetente.« →

Sammenfattende kan man sige, at grænsedragningen mellem ugyldighedsreglerne og reglerne om beskyttelsesomfanget har praktisk betydning for i hvert fald følgende forhold:

a) Hvilke argumenter, der kan fremføres i en krænkelsessag, hvor der ikke er nedlagt en udtrykkelig ugyldighedspåstand.
b) Afgrænsningen af de sager, der kan afgøres ved voldgift.
c) Afgrænsningen af de sager, der kan behandles af udenlandske domstole.

Spørgsmålet om anvendelsesområdet for de 2 regelsæt er blandt andet relevant i forhold til følgende type argumenter, som en påstået krænker kan tænkes at anføre til støtte for det synspunkt, at en omtvistet genstand ikke skal anses for omfattet af et patent:

a) Det af patenthaveren påberåbte patentkrav må fortolkes snævert som begrænset til genstande, der er karakteriseret ved alle trækkene A, B, C, D og E, idet en genstand med trækkene A, B og C ikke i sig selv har nyhed og/eller opfindelseshøjde i forhold til den forud kendte teknik.
b) Patentet kan ikke omfatte genstande, der er karakteriseret ved trække ne A, B og C, idet en genstand med trækkene A, B og C ikke har nyhed og/eller opfindelseshøjde i forhold til den forud kendte teknik.
c) Den for den patenterede opfindelse karakteristiske tekniske effekt kan ikke være den tekniske effekt X, idet X ikke har nyhed og/eller opfindelseshøjde set i forhold til den forud kendte teknik.
d) De relevante aspekter ved den omtvistede genstand må anses for at være udtryk for forud kendt teknik.
e) De relevante aspekter ved den omtvistede genstand må anses for at være udtryk for teknik, der ikke har opfindelseshøjde i forhold til den forud kendte teknik.

Argumenter af den type har nemlig det til fælles, at de uden indholdsmæssig forskydning alle kan formuleres ved hjælp af ugyldighedsterminologien. Argumentet »a)« kan for eksempel også formuleres på følgende måde:

Det følger af Doms-konventionens art. 19, at en ret i en kontraherende stat, på embeds vegne skal erklære sig inkompetent, hvis der indbringes en retstvist, som i medfør af artikel 16 henhører under en i en anden kontraherende stat beliggende rets ene kompetence.

Hvis patentkravene som hævdet af patenthaveren skal fortolkes som omfattende genstande, der er karakteriseret ved A, B og C, er patentet ugyldigt, idet kun genstande, der er karakteriseret ved A, B, C, *D og E*, har nyhed og/eller opfindelseshøjde i forhold til den forud kendte teknik.

2. Retspraksis

Før patentlovsreformen i 1967 fandtes patentlovens ugyldighedsbestemmelse i § 24. Ifølge § 24 var et patent ugyldigt, hvis det i medfør af den dagældende § 1, nr. 3 »ikke burde have været meddelt eller dog kun i mindre omfang«. Den dagældende § 1, stk. 3, indeholdt det dagældende nyhedskrav. Lovens § 24 blev derfor opfattet således, *at* domstolene kun kunne erklære et patent ugyldigt, når der forelå manglende nyhed, og *at* domstolene derimod måtte være afskåret fra at erklære et patent ugyldigt, når der blot var tale om manglende opfindelseshøjde.[10]

På grund af den diskrepans, der var mellem *a)* patenterbarhedsbetingelserne, som omfattede et krav om opfindelseshøjde, og *b)* ugyldighedsgrundene, som ikke omfattede manglende opfindelseshøjde, havde spørgsmålet om den forud kendte tekniks eventuelle betydning for beskyttelsesomfangets udmåling en noget andet karakter før 1967-patentlovens ikrafttræden.[11]

De domme, der er afsagt i henhold til bestemmelserne i den før den 1. januar 1968 gældende patentlov, har alene retshistorisk interesse, for så vidt angår den her i kapitlet drøftede problemstilling.[12] Det skyldes *dels* den specielle karakter af den ovenfor omtalte ugyldighedsregel i den gam-

---

10. 1964-betænkningen s. 313 og Folketingstidende 1967/68 A sp. 1527. I TfR 1962 s. 160 antog Poul Spleth og Jørgen Trolle dog i Deres kommentar til Persiennedom I (UfR 1962 s 66 H), *at* Højesteret nu anså sig for kompetent til at efterprøve opfindelseshøjden, men *at* Højesteret ville stille strenge krav til beviset for manglende opfindelseshøjde. I den kommenterede dom blev patentet opretholdt på trods af, at den påståede krænkers ugyldighedspåstand havde klar støtte i syns- og skønsmændenes udtalelser.
11. Som følge af overgangsreglerne i patentlovens kap. XI nr. 1 og 3 var de særegne ugyldighedsregler i den gamle patentlovs § 24 også relevant efter den 1. januar 1968, for så vidt angår patenter, der er meddelt i henhold til bestemmelserne i den før 1. januar 1968 gældende patentlov. Nu må reglen imidlertid anses for udelukkende at have retshistorisk interesse, idet det efterhånden er en hel del år siden, at de sidste af disse patenter udløb.
12. Som eksempler fra ældre praksis kan blandt andet nævnes Kærneæltervalsedommen (UfR 1925 s. 586 H), Varmestrømkredsdommen (UfR 1936 s. 306 H), Varmemålerdommen (UfR 1937 s. 1058 H), Stofbanedommen (UfR 1938 s. 756 H), Gitterstrømskredsdommen (UfR 1939 s. 73 H) og Flergitterrørsdommen (UfR 1946 s. 814 H).

le patentlovs § 24 og *dels* det forhold, at der i den gamle patentlov ikke var en bestemmelse svarende til den nugældende patentlovs § 61 om nødvendigheden af en udtrykkelig ugyldighedspåstand, når ugyldighed gøres gældende.[13] Som følge af, at ældre domme kun har retshistorisk interesse, er den relevante retspraksis begrænset til 2 nyere domme.

Elektrolyseanlægsdommen – UfR 1980 s. 271 Ø

I Elektrolyseanlægsdommen statuerede Østre Landsret, at der ikke var tale om krænkelse. I begrundelsen udtalte dommerne sig om, hvad der skulle anses for at udgøre det essentielle ved opfindelsen. Det er udtrykkeligt anført, at vurderingen af det essentielle skete under hensyn til den forud kendte teknik, men hvilken forud kendt teknik, der skulle have betydning på hvilken måde, fremgår ikke.

Slibeskivedommen – UfR 1992 s. 704 H [14]

I Slibeskivedommen konstaterede Østre Landsret indledningsvis, at det måtte anses for forud kendt teknik at anvende slibeblade, der var opslidset i lameller. At dette måtte anses for forud kendt teknik, fremgik udtrykkeligt af patentbeskrivelsen. Under henvisning til indholdet af patentkravet sammenholdt med patentbeskrivelsen og patenthaverens brevveksling med Patentdirektoratet lagde landsretten derefter til grund, at det karakteristiske for opfindelsen var noget andet end anvendelsen af sådanne i lameller opslidsede slibeblade. Da den omtvistede slibevalse ikke besad de for den patenterede opfindelse karakteristiske egenskaber, kom landsretten frem til, at den ikke var omfattet af patentet.

3. Konklusioner

Den meget begrænsede retspraksis giver ikke grundlag for andre konklusioner end den lidet opsigtsvækkende konklusion, at de i patentbeskrivel-

13. Ifølge Poul Jacobsen i UfR 1943 B s. 144 kunne man således før 1967-patentlovens ikrafttræden frifinde på grund af ugyldighed, uanset om der var nedlagt en udtrykkelig påstand om ugyldighed. Et godt eksempel herpå er Højesterets dom i Katteøjedommen (UfR 1936 s. 1074 H), jf. også Poul Jacobsens omtale heraf i UfR 1938 B s. 8. Et eksempel på snæver udmåling af beskyttelsesomfanget som alternativ til hel eller delvis ugyldighed finder man i Legetøjsautomobildommen (VLT 1949 s. 305).
14. Det var kun landsretten, der havde anledning til at tage stilling til sagens patentretlige aspekter.

sen indeholdte oplysninger om den forud kendte teknik ifølge Østre Landsrets opfattelse kan være af betydning for, hvad der må anses for det karakteristiske ved opfindelsen og dermed for patentets beskyttelsesomfang.

Forskellen mellem de 2 regelsæts anvendelsesområder må antages at dreje sig om afgrænsningen af det for de forskellige regelsæt relevante modholdsmateriale. I overensstemmelse hermed er det i litteraturen omdiskuteret, hvilket modholdsmateriale, der som udtryk for den forud kendte teknik bør kunne inddrages ved fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang. Som det ene yderpunkt i spektret af synspunkter finder man den opfattelse, at alt materiale, der er egnet til at belyse den forud kendte teknik, må kunne inddrages, uanset om det på nogen måde er nævnt eller omtalt i patentet eller i ansøgningssagens akter. Som det andet yderpunkt finder man den opfattelse, at man – i hvert fald som udgangspunkt – ikke bør kunne inddrage andet end det, der fremgår af selve det udstedte patent.[15]

Det fremgår udtrykkeligt af patentlovens § 39 og EPK art. 69, at patentbeskrivelsen er af betydning for fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang. Patentbeskrivelsens omtale af den forud kendte teknik må derfor utvivlsomt have betydning for udmålingen af et patents beskyttelsesomfang.

Hverken ordlyden af patentlovens § 39 eller EPK art. 69 giver umiddelbart grundlag for sikre modsætningsslutninger med hensyn til det for fastlæggelsen af beskyttelsesomfanget relevante materiale. Der syntes imidlertid ikke at være tungtvejende reale hensyn, der taler for, at man skal kunne inddrage yderligere forud kendt teknik ved beskyttelsesomfangets fastlæggelse. Hensynet til en rimelig beskyttelse af patenthaveren, jf. det herom anførte i Fortolkningsprotokollen, taler således ikke for en udvidelse af kredsen af modhold, der er relevante for beskyttelsesomfangets fastlæggelse. Hensynet til trediemands retssikkerhed, jf. det herom anførte i Fortolkningsprotokollen, taler heller ikke for en udvidelse af kredsen af relevante modhold, selv om inddragelsen af yderligere typer modhold og dermed yderligere forud kendt teknik af indlysende årsager må antages kun at kunne påvirke beskyttelsesomfanget i begrænsende retning. Yderligere modhold og deri indeholdt forud kendt teknik vil nemlig i medfør af ugyldighedsreglerne på tilsvarende vis kunne påvirke det gyldige beskyttelsesomfang i begrænsende retning.

---

15. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfång (1950) s. 37, 168 f og 191 ff, Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 239 ff, herunder navnlig s. 249 og 253, Berndt Godenhielm i NIR 1983 s. 550 f, Mogens Koktvedgaard, Immaterialretspositioner (1965) s. 157 og Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret, 5. udg. (1999) s. 233.

Det må rent retsteknisk anses for hensigtsmæssigt med den klarest mulige skillelinie mellem ugyldighedsreglerne og reglerne om beskyttelsesomfangets fastlæggelse. Retstekniske hensyn taler derfor for ikke at udvide den forud kendte teknik, der kan være relevant ved beskyttelsesomfangets fastlæggelse, til andet og mere end den forud kendte teknik, der er omtalt i patentbeskrivelsen.

Til støtte for den konklusion, som de retstekniske hensyn indicerer, kan det yderligere anføres, at det i forbindelse med patentkravenes fortolkning ville være kunstigt at læse patentkravene i en anden kontekst end den, hvori de er blevet formuleret. Det eneste naturlige er at læse og forstå patentkravene på baggrund af de dele af den forud kendte teknik, som patenthaveren og patentmyndigheden må have anset for at være relevante i forbindelse med, at de kom til enighed om patentkravenes og patentbeskrivelsens formulering.[16] Endvidere ville fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang i betænkelig grad få karakter af sovjetisk historieskrivning, hvis man under henvisning til helt nye modhold kunne komme igennem med synspunkter såsom, at en patenteret opfindelses tekniske effekt skal anses for at være noget andet end det, som fremgår af patentbeskrivelsen.

Selv når man holder sig inden for det ovenfor afgrænsede anvendelsesområde for reglerne om fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang, er der i øvrigt ikke som hævdet af Bengt Domeij grundlag for at antage, at et patent aldrig kan omfatte en omtvistet genstand, som savner opfindelseshøjde set i forhold til den forud kendte teknik.[17] Når den nærmeste

---

16. I den forbindelse kan der henvises til patentbekendtgørelsens § 17, stk. 1, nr. 2 og 3, EP Gennemførelsesforskrifterne regel 27(1)(b) og EPO Guidelines C.II.4.3., herunder navnlig det følgende fra Guidelines (min kursivering):

    »The description should also mention any background art of which the applicant is aware, and *which can be regarded as useful for understanding the invention and its relationship to the prior art*; identification of documents reflecting such art, especially patent specifications, should preferably be included. This applies in particular to the background art corresponding to the first or »prior art« portion of the independent claim or claims … The insertion into the statement of prior art or references to documents identified subsequently, for example by the search report, should be required, where necessary, *to put the invention into proper perspective* … For instance while the originally filed description of prior art may give the impression that the inventor has developed the invention from a certain point, the cited documents may show that certain stages in, or aspects of, this alleged development were already known. In such a case the examiner should require a reference to these documents and a brief summary of the relevant contents. … References to the prior art introduced after filing must be purely factual. *Any alleged advantages of the invention must be adjusted if necessary in the light of the prior art*. New statements of advantage are permissible provided that they do not introduce into the description matter which could not have been deduced from the application as originally filed.«

17. Se Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 490.

forud kendte teknik udgøres af en tidligere indleveret patentansøgning, som endnu ikke er blevet offentligt tilgængelig, kræves der ifølge patentlovens § 2, stk. 2, ikke opfindelseshøjde men kun nyhed i forhold til det, der er indeholdt i den tidligere indleverede ansøgning. I det omfang sådan en tidligere indleveret patentansøgning må anses for relevant forud kendt teknik i forbindelse med fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang, må beskyttelsen som en følge af de særlige patenterbarhedsbetingelser antages at kunne støde helt op til den således forud kendte teknik. I sådanne tilfælde må patentet med andre ord antages at kunne omfatte omtvistede genstande, der ikke har opfindelseshøjde set i forhold til den forud kendte teknik i form af den tidligere indleverede ansøgning.

Are Stenvik har argumenteret for, at den norske patentlovs tilsvarende krav om nedlæggelse af en ugyldighedspåstand i sager, hvor ugyldighed gøres gældende som forsvar mod en påstand om krænkelse, ikke indebærer, at den påståede krænker er afskåret fra at påberåbe sig den omtvistede genstands nære forhold til den forud kendte teknik i sager, hvor der ikke er nedlagt en ugyldighedspåstand. Ifølge Stenvik kan man tage hensyn til sådanne indsigelser i forbindelse med udmålingen af patentets beskyttelsesomfang. Til støtte herfor har han anført 2 ting, nemlig for det 1. hensynet til friholdelse af kendt teknik og for det 2. det forhold, at det vil indebære en processuel forenkling, hvis man kan fremsætte en indsigelse af det indhold uden at skulle nedlægge en udtrykkelig ugyldighedspåstand.[18]

For så vidt angår Stenviks påberåbelse af hensynet til friholdelse af kendt teknik, er det uden for diskussion, at der er tale om et hensyn, som ugyldighedsreglerne har til formål at varetage, mens det – navnlig på baggrund heraf – er mindre oplagt, at det skal anses for relevant for reglerne om beskyttelsens omfang.

For så vidt angår Stenviks påberåbelse af den processuelle forenkling, der opnås ved den af ham foreslåede løsning, kan det ikke bestrides, at der er tale om en enklere løsning. Imidlertid har man med patentlovens krav om en udtrykkelig ugyldighedspåstand netop ønsket at undgå den for parterne enklere løsning, hvor retten ikke direkte behøver at tage stilling til en påstand om ugyldighed, for derved – i almenhedens interesse – at tvinge den påståede krænker til at nedlægge en egentlig ugyldighedspåstand.[19] Påberåbelsen af den processuelt enkleste løsning er således ikke noget godt argument i denne sammenhæng.

---

18. Are Stenvik, Patentrett (1999) s. 253 f.
19. Om de bag § 61 liggende hensyn se note 4 ovenfor.

Som det fremgår, har Stenviks argumentation ikke en sådan karakter, at den kan påvirke konklusionen om, at påberåbelsen af en omtvistet genstands nære forhold til den forud kendte teknik må behandles som en påberåbelse af reglerne om ugyldighed.

Forløbet af en patentansøgnings behandling kan have betydning for beskyttelsesomfanget, for så vidt der er tale om noget, der kan føre til en begrænsning af beskyttelsesomfanget.[20] Allerede derfor må den forud kendte teknik, der er omtalt i ansøgningssagens akter efter omstændighederne kunne være af betydning for beskyttelsesomfangets fastlæggelse. Der er imidlertid ikke tale om en selvstændig regel vedrørende den forud kendte tekniks betydning for beskyttelsesomfangets fastlæggelse. Det er udelukkende en uselvstændig følgevirkning af reglerne om den betydning, som patentansøgningens behandling må tillægges i forbindelse med beskyttelsesomfangets fastlæggelse.

Kravet om nyhed og opfindelseshøjde er et krav om objektiv og global nyhed og opfindelseshøjde. Allerede derfor kan det principielt ikke komme på tale at begrænse anvendelsesområdet for reglerne om ugyldighed på grund af manglende nyhed og opfindelseshøjde, for så vidt angår udvalget af de relevante modhold og/eller den derfra kendte teknik. Da ugyldighedsspørgsmålet først kan afgøres efter, at man ved hjælp af reglerne om beskyttelsesomfangets fastlæggelse, har bestemt beskyttelsesomfanget, vil anvendelsesområdet for ugyldighedsreglerne dog i praksis kunne afgrænses til den kendte teknik, der i den konkrete sag ikke har haft betydning for beskyttelsesomfangets fastlæggelse. Dette udelukker i princippet ikke, *at* et og samme modhold kan være af betydning såvel for beskyttelsesomfangets fastlæggelse som for vurderingen af patentets gyldighed, således at modholdet inden for visse rammer – for eksempel inden for rammer, der på en eller anden måde er bestemt af patentkravene – kan påvirke beskyttelsesomfanget, og *at* modholdet derudover (subsidiært) kan føre til patentets ugyldighed. Der er imidlertid ikke tale om nogen form for overlapning men derimod om, at forskellige aspekter af et og samme bevismiddel kan være af relevans for retsfaktum i henhold til forskellige regler.

Det følger af konklusionerne ovenfor, at andre oplysninger om den forud kendte teknik end de oplysninger, der fremgår af selve patentet (og efter omstændighederne af ansøgningssagens akter), som udgangspunkt må være uden betydning for beskyttelsesomfangets fastlæggelse. Heraf følger

20. Om betydningen af ansøgningssagens forløb i hidtil gældende dansk ret se kapitel 7.

det i øvrigt, at fremlæggelsen af modhold med andre oplysninger om den forud kendte teknik som udgangspunkt må kunne afskæres i medfør af retsplejelovens § 341, ifølge hvilken beviser uden betydning for sagen ikke er admitterbare, medmindre der er nedlagt påstand om ugyldighed, således at ugyldighed kan gøres gældende, jf. patentlovens § 61.

Karakteren af den forud kendte teknik er af betydning for, om en patenteret opfindelse må anses for at være en pioneropfindelse eller en mindre betydningsfuld opfindelse. Argumentet om, at et patent skal tildeles en relativt bred eller snæver beskyttelse, fordi der er tale om en henholdsvis en pioneropfindelse eller en småopfindelse, kan ikke på samme måde som de ovenfor i afsnit 1 omtalte argumenter karakteriseres som maskerede ugyldighedsargumenter.[21] Derfor er der alligevel et problem med afgrænsning af reglerne om beskyttelsesomfanget over for ugyldighedsreglerne. Umiddelbart syntes der at være tale om et valg mellem to vidt forskellige løsninger.

Den ene løsning går ud på, at det er den patenterede opfindelses objektive karakter af en mere eller mindre betydningsfuld opfindelse, der skal være afgørende ved udmålingen af patentets beskyttelsesomfang. Den løsning indebærer, at ethvert modhold, herunder sådanne der ikke har været fremme i forbindelse med ansøgningens behandling, vil være relevante, idet de vil være egnede til at belyse opfindelsens forhold til det, der rent faktisk udgør den forud kendte teknik.

Den anden løsning går ud på konsekvent at fastholde, at det i princippet kun er den i selve patentet omtalte forud kendte teknik, der er relevant for udmålingen af et patents beskyttelsesomfang. Den løsning indebærer, *at* en opfindelse, der i patentet fremtræder som en pioneropfindelse, må tildeles en relativt bred beskyttelse, uanset om opfindelsen objektivt set er noget mindre betydningsfuld, men *at* patentet på grund af det brede beskyttelsesomfang vil være relativt sårbar over for ugyldighedsindsigelser baseret på det, der rent faktisk udgør den forud kendte teknik.

Da løsning nr. 2 giver de mest konsekvente og klare regler, og da den derfor i overensstemmelse med Fortolkningsprotokollens krav er med til at fremme trediemands retssikkerhed, bør valget falde ud til fordel for den løsning.

Hovedkonklusionerne i dette kapitel kan sammenfattes som følger:

---

21. I hidtil gældende dansk ret har en patenteret opfindelses betydningsfuldhed eller mangel på samme den angivne betydning for et patents beskyttelsesomfang, jf. afsnit 3 i kapitel 7.

a) Reglerne om beskyttelsesomfangets fastlæggelse og reglerne om ugyldighed udgør 2 helt separate regelsæt, således at der ikke kan være nogen overlapning mellem anvendelsesområderne for ugyldighedsreglerne og reglerne om fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang, selv om den forud kendte teknik er af betydning såvel for beskyttelsesomfanget som for gyldighedsspørgsmålet.
b) Andre oplysninger om den forud kendte teknik end de oplysninger, der fremgår af selve patentet (og efter omstændighederne af ansøgningssagens akter), må som udgangspunkt må være uden betydning for beskyttelsesomfangets fastlæggelse.
c) Fremlæggelsen af modhold med andre oplysninger om den forud kendte teknik må som udgangspunkt kunne afskæres i medfør af retsplejelovens § 341, ifølge hvilken beviser uden betydning for sagen ikke er admiterbare. Dette gælder dog ikke i de retssager, hvor der er nedlagt en udtrykkelig ugyldighedspåstand, således at patentlovens § 61 åbner mulighed for ugyldighedsargumenter.
d) Den forud kendte teknik, der kan påberåbes til støtte for ugyldighedsreglernes anvendelse, er den kendte teknik, der i den konkrete sag ikke har betydning for beskyttelsesomfangets fastlæggelse.
e) Dersom man i forbindelse med udmålingen af et patents beskyttelsesomfang (præjudicielt) skal tage stilling til, om den patenterede opfindelse må anses for en pioneropfindelse eller en noget mindre betydningsfuld opfindelse, skal man i princippet kun vurdere opfindelsens betydningsfuldhed på baggrund af den i selve patentet omtalte forud kendte teknik. Dette indebærer, at en opfindelse, der i patentet fremtræder som en pioneropfindelse, efter omstændighederne kan blive tildelt en relativt bred beskyttelse, uanset om opfindelsen objektivt set – på grund af anden forud kendt teknik – er noget mindre betydningsfuld, men at patentet på grund af det brede beskyttelsesomfang vil være relativt sårbar over for ugyldighedsindsigelser baseret på det, der rent faktisk udgør den forud kendt teknik.[22]

22. I hidtil gældende dansk ret har en patenteret opfindelses betydningsfuldhed eller mangel på samme den angivne betydning for et patents beskyttelsesomfang, jf. kapitel 7's afsnit 3.

Kapitel 6

Patentkravenes fortolkning i hidtil gældende dansk ret

1. Indledning

Emnet for dette kapitel er den måde, hvorpå patentkravenes indhold er blevet fastlagt ved fortolkning i hidtil gældende dansk ret. I relation til den her i bogen valgte beskrivelsesmodel, Bent Christensens afvejningsmodel, anskues fortolkningsresultatet som et kriterium, der skal indgå i den skønsmæssige afvejning, hvorved beskyttelsesomfanget fastlægges. I overensstemmelse hermed behandles spørgsmålet om den betydning, patentkravenes indhold efter omstændighederne har for beskyttelsesomfanget først i kapitel 8 om afvejningen i hidtil gældende dansk ret.

I det omfang der i relation til et spørgsmål ikke kan udledes noget relevant af dansk retspraksis, antages hidtil gældende dansk ret at være i overensstemmelse med den i forarbejderne tilkendegivne opfattelse og/eller den i litteraturen fremherskende opfattelse. Som nærmere omtalt i kapitel 1's afsnit 1.7. spiller de reale hensyn fra Fortolkningsprotokollen en ret beskeden rolle i forbindelse med analysen af hidtil gældende dansk ret, mens de omvendt udgør udgangspunktet for analysen af fremover gældende dansk ret i kapitel 9.[1]

2. Teorien og forarbejderne til patentloven

2.1. De overordnede principper for fortolkningen

Der er i årenes løb givet udtryk for en række ret divergerende synspunkter vedrørende karakteren af de overordnede principper for fortolkning af patentkrav.

Ifølge *Ragnar Knoph* var der tale om ren overtro, når det undertiden blev hævdet, at patentfortolkning var noget for sig selv, egenartet og næsten

1. Om de metodiske problemer se kapitel 1's afsnit 1.7.

mystisk. Han mente, at reglerne og *principperne for fortolkning af forvaltningsakter*, skulle anvendes, idet et patent er et for almenheden kundgjort offentligt dekret.[2]

I Patentskyddets Omfång fra *1950* gav *Berndt Godenhielm* udtryk for, at patentkravene skulle fortolkes i henhold til *principperne for fortolkning af private viljeserklæringer*, det vil sige i overensstemmelse med den inden for aftaleretten herskende *tillidsteori*, således *at* fortolkningen skulle tage udgangspunkt i patentkravene som objektiv ytring, og *at* ansøgerens og patentmyndighedens subjektive opfattelser kun skulle tillægges betydning i det omfang de objektivt var kommet til udtryk i patentkravene. Som begrundelse for dette synspunkt henviste han til den bestemmende indflydelse, som ansøgeren havde på patentkravenes formulering.[3] I Patentskyddets Omfattning fra *1994* har Godenhielm modificeret sin opfattelse derhen, at patentkravene skal fortolkes i overensstemmelse med principperne i Fortolkningsprotokollen, *principperne for lovfortolkning og principperne for fortolkning af private viljeserklæringer*.[4]

Allerede på grund af sådanne udsagns meget vage karakter, er der tale om udsagn med en ret høj grad af indholdsløshed.[5] For så vidt angår Godenhielms henvisning til Fortolkningsprotokollen, kan der rejses den indvending, at Fortolkningsprotokollem på trods af sit navn ikke giver nogen anvisninger på, hvorledes patentkrav skal fortolkes. Godenhielms oprindelige synspunkt fra 1950, ifølge hvilket principperne for fortolkning af private viljeserklæringer skal finde anvendelse har til gengæld massiv støtte i 1964-betænkningen, hvor følgende er anført (kursiveringen er original):[6]

> »… Kravet er søkerens egen viljeserklæring, og dette gjelder selv om ændringer i kravet er blitt foretatt på patentmyndighetens begjæring.«

Som det fremgår af den nedenfor i afsnit 3 følgende gennemgang af retspraksis vedrørende fortolkningen af patentkrav, er der ikke i dansk rets-

---

2. Ragnar Knoph, Åndsretten (1936) s. 272.
3. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfång (1950) s. 152, 154 og 128.
4. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning s. 228 ff.
5. Se for eksempel konklusionen i Bent Christen, Forvaltningsret hjemmelsspørgsmål (1980) s. 221 ff, *hvor* det om fortolkningen af forvaltningsretlige bestemmelser er anført, at det er svært at nå sikre og præcise konklusioner, og *hvor* det om fortolkning i almindelighed er anført, at det ikke er muligt at opstille nogen nogenlunde præcise, almengyldige regler for, hvilken vægt de enkelte fortolkningsfaktorer skal have.
6. 1964-betænkningen s. 185. I 1967-lovforslagets forholdsvis korte bemærkninger er der ikke anført noget tilsvarende, men det syntes ikke i sig selv at kunne begrunde en modsætningsslutning.

praksis grundlag for at opstille en regel om, at patentkrav skal fortolkes i overensstemmelse med nogen bestemte overordnede principper såsom principperne for lovfortolkning eller principperne for fortolkning af private viljeserklæringer. Af større praktisk interesse er i øvrigt under alle omstændigheder de mere konkrete fortolkningsregler.

Det syntes at være en udbredt opfattelse i teorien, at de i et patentkrav anvendte udtryk skal forstås i overensstemmelse med *almindelig sprogbrug* inden for det pågældende tekniske område, men at en derfra afvigende fortolkning efter omstændighederne kan komme på tale.[7]

2.2. *Uklarheder, fejl, forglemmelser og inadækvat affattelse*

2.2.1. Uklarheder

Spørgsmålet om fortolkningen af patentkrav, der er mere eller mindre uklart formuleret, herunder navnlig om sådanne *uklarheder* bør fortolkes til skade for patenthaveren, var genstand for indgående drøftelser forud for vedtagelsen af 1967-patentloven. Spørgsmålet var ligeledes genstand for drøftelser i forbindelse med forhandlingerne om Den Europæiske Patentkonvention. Det forekommer derfor naturligt, at man også i teorien har fundet anledning til at overveje den eventuelle betydning af sådanne uklarheder. For eksempel syntes den svenske patentlovskommentar og Olle Westlander at gå ind for en relativ hård bedømmelse af uklarheder i patentkrav, mens Berndt Godenhielm og Bengt Domei syntes at have en mere liberal holdning til fortolkningen af uklarheder.[8] Imidlertid giver hverken patentloven, Fortolkningsprotokollen, forarbejderne eller teorien et klart svar på spørgsmålet om uklarheders betydning for fortolkningen af patentkrav.

---

7. Se for eksempel Ragnar Knoph, Åndsretten (1936) s. 272 og 273, Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfång (1994) s. 173, 184 og 188 og Bengt Domei, Läkemedelspatent (1998) s. 481 ff.

8. Olle Westlander, Patent (1995) s. 276 f. Berndt Godenhielm, Patentskyddets omfattning (1994) s. 170 f og 228 f og Bengt Domei, Läkemedelspatent (1998) s. 482 note 73. Olle Westlander mener, således, at reelle uklarheder i et patentkrav ikke må komme patentindehaveren til gode, hvilket han har baseret dels på de svenske lovmotiver og dels på en almindelig civilretlig regel om formuleringsansvar, ifølge hvilken uklare aftalevilkår skal fortolkes til ugunst for koncipisten. Den svenske patentlovskommentar skal formentlig forstås således, at den er i overensstemmelse med Olle Westlanders synspunkter, jf. Måns Jacobsson m.fl., Patentlagstiftningen – en kommentar (1980) s. 258 f. Tilsvarende synspunkter finder man hos Lennart Sjöö i NIR 1983 s. 568. Ifølge Bengt Domei kan de svenske lovmotiver, der utvivlsomt støtter Olle Westlanders opfattelse, ikke tillægges nogen betyding, idet de må anses for overruled af EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen. Om uklarheder se også Torsten Nørgaard i NIR 1984 s. 15.

I 1964-betænkningen er følgende anført om uklarheder:[9]

> »En omstendighet som bør has for øye ved tolkningen, er den rettsusikkerhet de uklare patentkrav foråsaker, som tilsier at man bør søke oppmuntret bestrebelsene for oppnåelse av klarest mulige patentkrav. Det bør således påses at patenthaveren ikke høster fordel av uklarheten gjennom et utvidet patentvern.«

I bemærkningerne til 1967-lovforslaget er følgende anført om uklarheder:[10]

> »Det er i de [i forbindelse med lovforslagets udarbejdelse] indhentede udtalelser anført, at beskrivelsen alene skulle kunne påberåbes, hvor patentkravet ikke er utvetydigt. En sådan regel synes dog at være for restriktiv. Hvor streng fortolkningen i disse tilfælde bør være må overlades til praksis. Det må herved iagttages, at patenthaveren ikke får mulighed for at benytte sig af uklarheder i patentkravet for derigennem at udvide patentets beskyttelse. I det omfang beskrivelse og tegninger anvendes ved fortolkning, bør dette derfor alene finde sted til at opnå en påkrævet præcisering af de i patentkravet anvendte udtryk.«

2.2.2. Fejl, forglemmelser og inadækvat affattelse af patentet

For så vidt angår fejl, forglemmelser og inadækvat affattelse af patentet, syntes den overvejende holdning i teorien at være, at det må komme patenthaveren til skade. Berndt Godenhielm gav i Patentskyddets Omfång fra 1950 udtryk for, at i det omfang ansøgeren har forsømt at sikre sig en adækvat formulering af patentkravene, så bør det komme patenthaveren til skade.[11] På tilsvarende vis er fejl, forglemmelser og dårlig affattelse af patentet af Mogens Koktvedgaard forudsat at være noget, der kan føre til et relativt snævert beskyttelsesomfang.[12] Olle Westlander har dog givet udtryk for, at der skal bortses fra åbenbare fejlskrivninger i patentet.[13]

---

9. 1964-betænkningen s. 186. Det fremgår af sammenhængen i betænkningen, at der med ordet »tolkningen« ikke er tænkt snævert på fortolkning af patentkravene men derimod bredere på tolkning af et patent, således at det drejer sig om fastlæggelsen af beskyttelsesomfanget generelt, herunder naturligvis også ved fortolkning af patentkravene. Om anvendelsen af ordet »tolkning« i nordisk patentret se også den mere indgående omtale heraf i kapitel 1 afsnit 2.
10. Folketingstidende A 1967/68 sp. 1520 f. Det fremgår af sammenhængen i betænkningen, at der med ordet »tolkningen« ikke er tænkt snævert på fortolkning af patentkravene men derimod bredere på tolkning af et patent, således at det drejer sig om fastlæggelsen af beskyttelsesomfanget generelt, herunder naturligvis også ved fortolkning af patentkravene.
11. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfång (1950) s. 137 f.
12. Mogens Koktvedgaard og Lise Østerborg, Patentloven 2. udg. (1979) s. 216.
13. Olle Westlander, Patent (1995) s. 280.

2.3. *Patentbeskrivelsen og sprogbrugen i andre patentkrav*

Der syntes at være almindelig enighed i teorien om, at *patentbeskrivelsen* er af meget væsentlig betydning for fortolkningen af patentkravene.[14] Der er ikke mange indikationer af, hvilken betydning en patentbeskrivelse mere specifikt skal have for fortolkningen af et patentkrav. I Patentskyddets Omfång fra 1950 gav Berndt Godenhielm dog udtryk for den opfattelse, at patentbeskrivelsens tegninger må kunne føre til valget af en snævrere forståelse af et i patentkravet anvendt udtryk, således at det alene kommer til at omfatte det på tegningen rent faktisk viste.[15] Godenhielm fandt ikke anledning til at gentage dette i Patentskyddets Omfattning fra 1994, hvor han imidlertid heller har givet udtryk for noget, der med rimelighed kan opfattes som en afstandstagen fra det. Arne R. Kolster har givet udtryk for, *at* beskrivelsen altid må være inde i billedet ved patentkravenes fortolkning, og *at* beskrivelsen er af aldeles udslagsgivende betydning.[16]

I 1967-lovforslagets bemærkninger er følgende anført om patentbeskrivelsens betydning (min kursivering):

> »Begrundelsen [for den foreslåede § 39 om beskyttelsesomfanget] må søges i, at det er patentkravets opgave at skabe klarhed over, hvad der kræves beskyttet gennem patentet, og at der derfor ikke bør være mulighed for at lade beskyttelsen omfatte noget, som i det hele taget ikke kan udledes af patentkravet. Det er således dette, som er genstand for fortolkningen. Beskrivelsen med eventuelle tegninger er ligesom de øvrige dokumenter i sagen alene hjælpemidler for denne fortolkning.
>
> Det er i de indhentede udtalelser anført, at beskrivelsen alene skulle kunne påberåbes, hvor patentkravet ikke er utvetydigt. En sådan regel synes dog at være for restriktiv. Hvor streng fortolkningen i disse tilfælde bør være må overlades til praksis. Det må herved iagttages, at patenthaveren ikke får mulighed for at benytte sig af uklarheder i patentkravet for derigennem at udvide patentets beskyttelse. I det omfang beskrivelse og tegninger anvendes ved fortolkning, bør dette derfor alene finde sted til at opnå en påkrævet præcisering af de i patentkravet anvendte udtryk. Ordet beskrivelse omfatter som nævnt i bemærkningerne til § 9 også tegninger, hvor sådanne foreligger.«

---

14. Formentlig som følge af Mogens Koktvedgaards mildest talt skeptiske holdning til patentkravslæren har han ikke udtalt sig særlig indgående om fortolkningen af patentkrav. Med den grundholdning, som man finder i hans prototypeteori, kan der imidlertid ikke være megen tvivl om, at en tilhænger af prototypeteorien må gå ind for, at patentbeskrivelsen bør have endog overordentlig stor betydning ved fortolkningen af et patentkrav, i det omfang patentkravet i det hele taget skal have betydning for beskyttelsesomfangets udmåling. Om prototypeteorien se den mere indgående omtale i kapitel 4 afsnit 2.5.
15. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfång (1950) s. 165 f.
16. NIR 1976 s. 351 f.

En yderligere faktor, som kan være af betydning for forståelsen af et patentkrav, er ifølge Olle Westlander *sprogbrugen i andre patentkrav* i samme patent.[17]

2.4. *Ansøgningssagens akter og udtalelser fremsat af patenthaveren uden sammenhæng med ansøgningssagen*

Der syntes at være almindelig enighed i teorien om, at det der er anført i *ansøgningssagens akter* bør kunne få betydning for et patentkravs fortolkning, for så vidt der ikke er tale om en udvidelse af patentkravets indhold i forhold til den naturlige sproglige forståelse af patentkravet.[18] En regel af dette indhold har udtrykkelig støtte i 1967-patentlovens forarbejder. I 1964-betænkningen er følgende således anført side 186:

> »Dokumentene i søknadssaken vil i denne forbindelse kunne være av betydning. Disse kommer etter forslaget til å bli offentlig tilgjengelig i alle de nordiske land. Har søkeren i skrift til patentmyndigheten eller ved mundtlig forhandling overfor denne, f. eks. i hensikt å fremholde ulikheter i forhold til anførte nyhetshinder, selv tolket uttrykk som er anvendt i kravene, på en retstriktiv måte, er det rimeligt at denne restriktive tolkning også legges til grunn i en senere rettergang.«

Generelt er man i teorien ikke tilbøjelige til at ville tillægge ansøgers eller patenthavers udtalelser *i andre sammenhænge* end i forbindelse med selve ansøgningssagen betydning for fortolkningen. I Patentskyddets Omfång fra 1950 gav Godenhielm dog uden at præcisere synspunktet yderligere udtryk for, at sådanne udtalelser i særlige tilfælde skulle kunne få betydning for fortolkningen. Endvidere syntes det at være en mere udbredt opfattelse, at den af patenthaveren hævdede fortolkning i forbindelse med en eventuel ugyldighedsssag vedrørende et patent må være bindende for patenthaveren.[19]

---

17. Olle Westlander, Patent (1995) s. 281.
18. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfång (1950) s. 169, Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 253 ff, Olle Westlander, Patent (1995) s. 282 f og Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret 5. udg. (1999) s. 233. Ifølge Olle Westlander skal de relevante udtalelser alene være sådanne, som direkte tilsigter at afgrænse beskyttelsesomfanget.
19. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfång (1950) s. 169, Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 261 f, Olle Westlander, Patent (1995) s. 282 f, Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immatierialret 5. udg. (1999) s. 233 og Are Stenvik, Patentrett (1999) s. 324. Dersom en påstået krænker under en sag til støtte for et snævert beskyttelsesomfang vil påberåbe sig andre udtalelser fra patentindehaverens side, skal sådanne udtalelser ifølge Olle Westlander alene kunne have den marginale betydning, at de

2.5. *Den forud kendte teknik*

Det er en udbredt opfattelse i teorien, at *den forud for prioritetsdagen kendte teknik* må være af betydning for et patentkravs fortolkning. Det er dog omtvistet, i hvilket omfang der ved vurderingen af teknikkens standpunkt på prioritetsdagen som fortolkningsbidrag skal kunne inddrages forud kendt teknik, som ikke er omtalt i patentbeskrivelsen, herunder forud kendt teknik, som fremgår af nye modhold, der end ikke ikke er nævnt i patentbeskrivelsen, og/eller som ikke har været fremdraget under patentansøgningens behandling.[20] Om afgrænsningen over for reglerne om ugyldighed på grund af nye modhold med relevant forud kendt teknik se kapitel 5.

3. Retspraksis

Redegørelsen for retspraksis i dette afsnit omfatter de domme, *hvor* dommerne udtrykkeligt har taget stilling til, hvorledes et udtryk, der er anvendt i et patentkrav, skal fortolkes, eller *hvor* der i øvrigt er rimelig grund til at antage, at dommerne har baseret dommene på en bestemt fortolkning af et patentkrav.

Kærneæltervalsedommen (U 1925/586 H) handler på grund af sagens særlige processuelle forudsætninger om fortolkningen af et udtryk, der er anvendt i patentbeskrivelsen, og som ikke optræder i patentkravene. Årsagen til, at den desuagtet er taget med i dette afsnit, er, at sagen på trods af denne principielle forskel har meget væsentlige ligheder med de sager, hvor fortolkningsspørgsmålet drejer sig om et udtryk i et patentkrav.

Kærneæltervalsedommen – UfR 1925 s. 586 H

I kærneæltervalsedommen var det i patentbeskrivelsen forklaret, at opfindelsen gik ud på, at man kunne forandre »valsernes relative hastighed«. I patentkravet fandt man hverken udtrykket »valsernes relative hastighed« eller tilsvarende udtryk. Således som sagen forelå til pådømmelse,

---

som bevis kan belyse, hvorledes en fagmand på det pågældende tidspunkt forstod det pågældende patentkrav – forudsat at patentindehaveren kan anses for en fagmand på området.

20. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfång (1950) s. 168 f og 184 f, Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 239 ff, Olle Westlander, Patent (1995) s. 275, Bengt Domei, Läkemedelspatent (1998) s. 484 og Mogens Koktvedgaard, Lærebog i immaterialret 5. udg. (1999) s. 233.

drejede den sig blandt andet om forståelsen af udtrykket »valsernes relative hastighed«. Udtrykket kan med rimelighed siges at være uklart, idet Patentkommissionen udtalte, at det måtte forstås på en måde, der støttede den påståede krænkers opfattelse, mens udtrykket ifølge nogle ensidigt indhentede erklæringer og syns- og skønsmændenes udtalelser skulle forstås på en anden måde, der støttede patenthaverens opfattelse. Højesteret valgte ikke at lade denne uklarhed komme patenthaveren til skade, idet Højesteret lagde patenthaverens – af syns- og skønsmændene støttede – forståelse af udtrykket til grund.

Radrenserskærdommen – UfR 1933 s. 527 V

I Radrenserskærdommen var det i patentkravet angivet, at en bestemt opstående plade skulle være »buet eller jævnt skrånende nedefter mod skærets forkant og delvis også mod bagkanten«. Der forelå ingen sagkyndige udtalelser om den korrekte udlægning af denne del af patentkravet. I den omtvistede konstruktion var overkanten af den opstående plade udformet således, *at* overkanten i en ret linie skrånede ned mod skærets forkant, *at* en mindre del af overkanten forløb parallelt med skæret, og *at* der ikke var nogen del af overkanten, der skrånede eller buede ned mod skærets bagkant.

Vestre Landsret kom frem til, at patentkravet med betegnelsen »jævnt skrånende nedefter mod skærets forkant« måtte anses for at omfatte den omtvistede konstruktion.

Dommen indebærer i realiteten en fortolkning af det i patentkravet anvendte udtryk »og delvis også mod bagkanten«, hvor udtrykket i den valgte fortolkning har fået betydningen »og *eventuelt* også mod bagkanten«. I den forbindelse bemærkes det, at udtrykket »og delvis også mod bagkanten« i stedet kunne være fortolket derhen, at den del af overkanten, der ikke skrånede ned mod forkanten, kun »delvis« skulle skråne ned mod bagkanten, således at der kunne være en del af overkanten, som hverken skulle skråne ned mod forkanten eller ned mod bagkanten.

Fortolkningsresultatet er formentlig motiveret af det forhold, at den påståede krænker havde optrådt lusket i forbindelse med det forløb, der førte til retssagens anlæggelse.

Vandafhærdningsdommen – UfR 1936 s. 536 H

I Vandafhærdningsdommen var det om en kemisk proces, der forløb ved hjælp af katalysatorer, angivet, at de pågældende stoffer skulle bringes ud af kontakt med katalysatorerne før afsætning af »den væsentligste del af bundfaldet« fandt sted. Under sagen var forståelsen af udtrykket »den væsentligste del af bundfaldet« omtvistet. Udtrykket må siges at være uklart,

allerede fordi Patentkommissionen og syns- og skønsmændene var uenige om udtrykkets rette forståelse. Patentkommissionen udtalte sig således på en måde, der støttede den påståede krænkers forståelse, mens syns- og skønsmændene omvendt forstod udtrykket på en måde, der støttede patenthaverens synspunkter. Visse dele af patentbeskrivelsen støttede øjensynlig den påståede krænkers og Patentkommissionens synspunkter vedrørende beskyttelsesomfanget. Højesteret valgte ikke at lade uklarheden komme patenthaveren til skade, idet Højesteret lagde patenthaverens – af syns- og skønsmændene støttede – forståelse af udtrykket til grund.

Varmemålerdommen – UfR 1937 s. 1058 H

Varmemålerdommen drejede sig om en varmemåler, som ifølge patentkravet var karakteriseret ved, en væskebeholder med et glasrør, hvorfra der var en fordampning af væsken »kun bremset af det lange snævre rørstykke over vædskefladen«. Forståelsen af udtrykket »kun bremset af det lange snævre rørstykke over vædskefladen« var omtvistet.

Patentkommissionen udtalte, at udtrykket var »ubestemt«, det vil sige uklart. Syns- og skønsmændene udtalte sig på en måde, som støttede den af patenthaveren hævdede forståelse.

I den oprindelige patentansøgning havde der ikke været anført noget som helst om bremsning af afdampningen. Det, der i det udstedte patent var anført derom, blev indføjet efter, at Patentkommissionen havde modholdt et ældre patent med en tilsvarende varmemåler, hvor der imidlertid var en ventilanordning, som regulerede afdampningen. Den påståede krænker hævdede, at det måtte følge af baggrunden for den pågældende del af patentkravets formulering og af ordet »kun«, at patentkravet måtte forstås som omfattende enhver konstruktion, hvor der ikke var en ventilanordning eller anden særlig indretning, der kunne bremse afdampningen. Den påståede krænkers interesse i denne relativt brede fortolkning hang sammen med, at en så bred fortolkning ville indebære, at patentet efter omstændighederne kunne anses for ugyldigt. Patenthaveren gjorde sig til talsmand for en snævrere fortolkning, ifølge hvilken det var forudsat, at røret skulle være så langt, at det kunne bremse de i røret stående dampes diffusion med luften. Højesteret valgte at fortolke patentkravet som hævdet af patenthaveren. Højesteret valgte således ikke at lade det omtvistede udtryks uklarhed komme patenthaveren til skade.

I begrundelsen henviste højesteretsdommerne udtrykkeligt til, at betydningen af bremsningen ved rørets egen hjælp var omtalt i ansøgerens korrespondance med Patentkommissionen. I den forbindelse udtalte højesteretsdommerne dog også, at selv om der hverken i patentkravene eller i

patentbeskrivelsen var en tilsvarende omtale af bremsningens betydning, så måtte formålet med bremsningen ifølge syns- og skønsmændene anses for tilstrækkeligt evident for en fagmand.

Flergitterrørsdommen – UfR 1946 s. 814 H

I Flergitterrørsdommen var det i patentkravet angivet, at den patenterede opfindelse drejede sig om et elektronrør, som blandt andet omfattede et antal anoder, der for eksempel »som følge af deres geometriske anbringelse« var »praktisk talt fuldstændig elektrostatisk afkoblet fra hinanden«.

Syns- og skønsmændene havde udtalt sig om, hvorledes udtrykket »praktisk talt fuldstændig elektrostatisk afkobling« ifølge almindelig radioteknisk terminologi måtte forstås, og et flertal på 6 ud af 9 højesteretsdommere lagde den forståelse til grund.

Syns- og skønsmændene havde endvidere udtalt, *at* placeringen af de to anoder i forlængelse af hinanden i et af de omtvistede elektronrør var den simplest mulige placering, og *at* der ved placeringen af anoderne i røret næppe var tilsigtet en elektrostatisk afkobling.

Ifølge en erklæring fra Patentkommissionen måtte den nævnte placering af anoderne anses for forud kendt fra et under retssagen fremlagt fransk patent, som ikke havde været inddraget i ansøgningssagens behandling.

De 9 højesteretsdommere enige om fortolkningen af udtrykket og anførte herom følgende:

> »Under hensyn til skønsmændenes udtalelse om, at den … benyttede anbringelse af anoderne i forhold til hinanden [i forlængelse af hinanden] er *den simplest mulige*, og til, at denne anbringelsesmåde *også var kendt før patentets prioritetsdato*, kan det ikke antages, at der ved ordene i krav 1: »eller som følge af deres geometriske anbringelse«, sigtes til en sådan anbringelsesmåde, men *ordene må forstås som en ikke nærmere angivet »særlig« anbringelse af anoderne i forhold til hinanden*.«

Begrundelsen kan ses som udtryk for den opfattelse, at der ved fortolkningen af i hvert fald uklare udtryk i et patentkrav skal tages hensyn til den på prioritetstidspunktet kendte teknik på en sådan måde, at patentkravet så vidt muligt ikke kommer til at omfatte forud kendte tekniske løsninger.

En anden mulig forståelse af begrundelsen er, at dommerne må have ment, *at* den i patentkrav 1 omtalte »geometriske anbringelse« måtte forstås som en særlig geometrisk anbringelse, og *at* det forhold, at den anvendte anbringelse var forud kendt og meget simpel udgjorde tilstrækkeligt bevis for, at der ikke var tale om en sådan »særlig« anbringelse.

Ildstedsdommen – UfR 1958 s. 832 H
I Ildstedsdommen tog 6 af de 7 højesteretsdommere stilling til, hvorledes det i et patentkrav anvendte udtryk »ildsteder uden rist« skulle forstås. Almindelige teknisk sprogbrug af ordet »rist« ville ifølge syns- og skønsmændene føre til en forståelse, hvor der i brændselsunderlaget slet ikke var nogen gennemgangsåbninger for frisk luft.

Syns- og skønsmændene og Patentkommissionen udtalte imidlertid – til dels under henvisning til beskrivelsen – at udtrykket i patentet måtte forstås som et brændselsunderlag med gennemgangsåbninger for frisk luft, hvorigennem der kun var stærkt begrænsede muligheder for gennemfald af aske. Højesteretsdommerne så bort fra den fortolkning, der ifølge syns- og skønsmændene måtte anses for at være bedst i overensstemmelse med almindelig teknisk sprogbrug, idet de valgte at lægge den anden af syns- og skønsmændene og Patentkommissionen foreslåede fortolkning til grund. I den forbindelse henviste de til, at den af således valgte fortolkning med tilstrækkelig tydelighed fremgik af patentbeskrivelsen.

Markørdommen – UfR 1961 s. 731 H
I markørdommen havde Patentdirektoratet ved en fejl indføjet ordet »mekanisme« i det 1. patentkrav og i den dertil svarende del af patentbeskrivelsen. Om anvendelsen af ordet »mekanisme« i det 1. patentkrav udtalte syns- og skønsmændene, *at* udtrykket i patentkrav 1 »et ved en pal eller lignende *mekanisme* omstilleligt stoporgan blokerbart led« umiddelbart var uforståeligt, og *at* udtrykket kunne få sproglig mening enten ved sletning af ordet »mekanisme« eller ved en tilføjelse hvorved det kunne komme til udtryk, at der skete en omstilling ved »en pal eller lignende mekanisme«.

Højesterets flertal på 6 ud af 7 dommere valgte at se bort fra den meningsløshed, som Patentdirektoratet havde indført i patentet. Det bør imidlertid næppe tages som udtryk for, at dommerne var af den opfattelse, at der altid skal ses bort fra den meningsforstyrrelse eller meningsforskydning, som det kan give, hvis Patentdirektoratet og/eller andre kommer til at indføje uvedkommende ord, tal eller lignende i et patentkrav. Der var i denne sag tale om indføjelse af ord, som gjorde den pågældende del af patentkravet meningsløst, og det kunne advare en potentiel krænker om, at der var noget galt, således at den potentielle krænker burde sammenholde patentkravet med beskrivelsen for derved at kunne udlede den rette mening. I højesteretsdommernes begrundelse er det udtrykkeligt nævnt, at anvendelsen af ordet »mekanisme« ikke gav nogen sproglig mening. Såfremt det ved en misforståelse indføjede ord havde givet mening, selv om

der havde været tale om en anden mening end den tilsigtede mening, ville en potentiel krænker ikke på samme måde have været advaret, og det er tænkeligt, at det kunne have ført til et andet resultat.

I Markørdommen var forståelsen af det i patentkrav 1 anvendte ord »omstilleligt« omtvistet.

Om forståelsen af dette ord udtalte syns- og skønsmændene, *at* ordet »omstillelig« i patentkrav 1 måtte forstås som »udløselig«, selv om det ikke var rigtigt at bruge ordet »omstillelig« om en ting, der automatisk smækkede tilbage, og *at* denne forståelse af ordet kunne udledes af patentbeskrivelsen, men at det – bortset herfra – var mere naturligt at forstå formuleringen af patentkrav 1 isoleret set således, at stoporganet skulle være omstilleligt og ikke blot udløseligt.

Ordet »omstilleligt« var også anvendt i patentkrav 2, og det bør formentlig anses for uomtvistet, at ordet i patentkrav 2 ikke havde den betydning, som det samme ord ifølge syns- og skønsmændene skulle have i patentkrav 1.

Højesterets flertal på 6 ud af 7 dommere udtalte i domsbegrundelsen, at »omstilleligt« i patentkrav 1 – som hævdet af patenthaveren – skulle forstås som »udløseligt«. Når Højesterets flertal – med støtte i syns- og skønsmændenes fortolkning – valgte at fortolke »omstilleligt« som »udløseligt«, er der med andre ord tale om en af patentbeskrivelsen påvirket fortolkning af det 1. patentkrav i strid med den naturlige sproglige forståelse af selve patentkravet.

Phenylbutazondommen – UfR 1964 s. 498 H

I Phenylbutazondommen drejede parternes tvist sig i vidt omfang om, hvad der skulle forstås ved »et funktionelt reaktionsdygtigt derivat af en monosubstitueret malonsyre«.

Syns- og skønsmændene havde udtalt, *at* »et funktionelt reaktionsdygtigt derivat« måtte være et derivat, hvorom en fagmand på et givent tidspunkt vidste, at det var mindst overvejende sandsynligt, at det ville reagere på den ønskede måde, *at* udtrykket »funktionelt derivat« i et patentkrav til karakterisering af et udgangsmateriale for en fremgangsmåde – som også hævdet af Patentdirektoratet – ikke kunne omfatte andre derivater end sådanne, som var kendt på prioritetsdagen, og *at* et funktionelt derivat måtte anses for kendt, når en fagmand kunne slutte sig til derivatets mulige anvendelse.

Det må ud fra domsbegrundelsen antages, at 6 af de 7 højesteresdommere lagde den af syns- og skønsmændene foreslåede forståelse til grund.

I patentkravet var der angivet en række eksempler på, hvad der kunne

udgøre et funktionelt reaktionsdygtigt derivat af en monosubstitueret -malonsyre.[21] Det fremgår af Højesterets voteringsprotokol, at 5 af de 7 højesteretsdommere gjorde den retlige betydning af patentkravets eksemplifikation til genstand for overvejelser. Synspunkterne var, *a)* at eksemplificeringen måtte anses for begrænsende (1 dommer), *b)* at eksemplerne måtte anses for limiterende til stoffer, om hvilke man med sikkerhed vidste, at de ville reagere på samme måde (1 dommer) og *c)* at eksemplerne måtte anses for vejledende / ikke limiterende (3 dommere). Den overvejende holdning var således, at patentkravets eksempler ikke skulle føre til nogen begrænsning i forhold til den naturlige sproglige betydning af det udtryk, som eksemplerne var knyttet til.

Kærneælterdommen – UfR 1964 s. 524 H

I Kærneælterdommen var det i patentkrav 1 blandt andet angivet, at den patenterede kærneælter havde form af 2 kegler eller pyramider, som vendte grundfladerne mod hinanden. I patentkrav 7 var det endvidere angivet, at der mellem de i patentkrav 1 beskrevne endedele kunne være indskudt en prismatisk eller cylindrisk del. Den påståede krænker gjorde gældende, at den ene endedel i den omtvistede kærneælter fremtrådte som en hvælvet flade og derfor ikke var omfattet af patentet.

Syns- og skønsmændene udtalte, at uanset rundingerne mellem de flader, som den omtvistede kærneælter var sammensat af, måtte den falde ind under de i patentkrav nr. 1 og 7 anvendte udtryk »kegle«, »pyramide« og »prismatisk eller cylindrisk del«, således som en tekniker umiddelbart ville opfatte disse udtryk ved læsningen af patentkravene, idet en tekniker ikke ville opfatte udtrykkene i deres nøjagtige matematiske betydning.

Højesterets begrundelse for at statuere krænkelse tyder på, at dommerne lagde den af syns- og skønsmændenes foreslåede forståelse til grund, det vil sige en anden forståelse end de geometriske udtryks rent matematiske betydning.

Tærskeværksdom II – UfR 1964 s. 628 H

I Tærskeværksdom II var det omtvistet, hvorledes det i patentkravet anvendte udtryk lister forsynet med »savtakformede knive med skarpe kanter og spidse tænder« skulle forstås.[22] Spørgsmålet var, om det skulle forstås

21. Eksemplerne var en diester, et dihalogenid og et esterhalogenid.
22. I forbindelse med gennemgangen af dommen i bilag A er parternes forskellige standpunkter med hensyn til den rette fortolkning illustreret med en tegning, der var fremlagt som bilag under retssagen.

således, at patentet kom til at omfatte savtakformede tænder, der – som i den omtvistede maskine – blot var klippet ud i et stykke tyndt (1-2 mm) båndstål, eller om tænderne skulle være tilslebet med en skarp æg for at være omfattet. I patentbeskrivelsen var det anført, *at* tænderne kunne fremstilles ved udklipning i båndstål, *at* tænderne ved tilslibning kunne gives en skarp æg, men *at* en tilslebet æg ikke var en betingelse for opnåelse af opfindelsens formål. I forbindelse med patentansøgningens behandling havde patenthaveren endvidere i korrespondancen med patentmyndigheden givet udtryk for en tilsvarende forståelse af patentkravene. Syns- og skønsmændene udtalte sig på en måde, som støttede patenthaverens fortolkning, mens Patentdirektoratet udtalte sig på en måde, som støttede den påståede krænkers fortolkning. Udtrykket må anses for uklart, allerede fordi direktoratet og syns- og skønsmændene havde forskellige opfattelser af dets betydning.

Højesteret valgte ikke at lade uklarheden komme patenthaveren til skade, idet dommerne i Højesteret fulgte patenthaverens synspunkter og statuerede krænkelse. Som begrundelse for at lægge patenthaverens fortolkning til grund henviste dommerne navnlig til beskrivelsen men også til ansøgerens korrespondance med Patentkommissionen.

Under ansøgningens behandling var patentkravene efter forlangende fra patentmyndigheden blevet begrænset ved indførelse af det omtvistede udtryk i stedet for en angivelse af, at der skulle være et antal lister, knive eller klinger, som i yderkanten var udstyret med V-formede hakker. Det forhold, at der var sket denne begrænsning, syntes ikke at have haft nogen betydning for afgørelsen, selv om den oprindelige formulering syntes at indeholde en rammende beskrivelse af den omtvistede konstruktion.

Persiennedom II – UfR 1965 s. 468 H

Persiennedom II drejede sig om en mekanisme til indstilling af persienner. Det indgik i den forud kendte teknik, at man kunne indstille persienner ved hjælp af snoretræk og en form for selvspærrende snekkeudveksling. Under ansøgningens behandling begrænsede ansøgeren på eget initiativ patentkravet ved at tilføje, at udvekslingen mellem en frit nedhængende stang og en i overstokken vandret placeret aksel skulle ske *»direkte«* over en bøjelig aksel. Som begrundelse for denne begrænsning anførte ansøgeren i et brev til Patentdirektoratet, at den havde til formål at tydeliggøre, at der ikke indgik nogen snekkeudveksling i indstillingsmekanismen. Den påståede krænker gjorde gældende, at ordet »direkte« skulle fortolkes således, at det ikke omfattede en konstruktion, hvor der mellem den bøjelige aksel og den vandrette aksel i overstokken var indskudt en tandhjulsforbindelse med udvekslingsforholdet 1:1,4.

Syns- og skønsmændene udtalte, at ordet »direkte« måtte forstås således, at den lodrette drejebevægelse fra den frit nedhængende stang til en vandret drejebeværelse skulle ske direkte gennem den bøjelige aksel, men at der ikke i udtrykket kunne lægges nogen krav med hensyn til den videre transmission af den vandrette drejebevægelse frem til den vandret liggende aksel.

Patentkommissionen udtalte, *at* den ikke kunne tiltræde syns- og skønsmændenes fortolkning, *at* »direkte« måtte indebære, at der mellem den bøjelige aksel og den vandrette aksel i overstokken skulle være midler til tilvejebringelse af en fast mekanisk forbindelse mellem enderne af den bøjelige aksel og den vandrette aksel i overstokken, og *at* udtrykket ikke omfattede konstruktioner, hvor der var indskudt maskinelementer – såsom en tandhjulsudveksling – mellem den bøjelige aksel og den vandrette aksel.

Østre Landsret mente, at der ikke kunne lægges andet i ordet »direkte« end, at det som angivet i ansøgerens brev til Patentdirektoratet havde til formål at tydeliggøre, at der ikke indgik nogen snekkeudveksling i indstillingsmekanismen.

Ispindedommen – SHT 1966 s. 68

I Ispindedommen var det i patentkravet angivet, at den patenterede opfindelse angik en ispind med et spiseligt indlæg, som var »væsentligt blødere end iscremen«. Den omtvistede ispind havde spiselig indlæg af rød vandis. Sø- og Handelsretten fastslog med en ret intetsigende begrundelse, at der ikke forelå krænkelse af patentet, hvilket må indebære, at indlæg af rød vandis ikke kunne anses for omfattet af udtrykket »væsentligt blødere end iscremen«.

Syns- og skønsmændene havde udtalt, at ifølge patentbeskrivelsen havde opfindelsen til formål at afhjælpe den ulempe, der består i, at en træpind ikke kan sidde fast i et blødt indlæg.

Det forekommer rimeligt at antage, at dommerne valgte at fortolke patentkravets i nogen grad uklare udtryk »væsentligt blødere« under hensyn til syns- og skønsmændenes på patentbeskrivelsen baserede udtalelse om formålet med opfindelsen, således at patentet i hvert fald ikke omfattede ispinde, hvor indlægget i sig selv var i stand til at fastholde træpinden på tilfredsstillende vis.

Køge Bugt Strandpark-dommen – UfR 1989 s. 548 H

I Køge Bugt Strandpark-dommen drejede tvisten sig blandt andet om forståelsen af det i patentkravet anvendte udtryk »et vandområde, hvor en

fremrykket kyst er udsat for nedbrydning«. Formålet med opfindelsen var at forhindre nedbrydning af en ny kystlinie, som var rykket frem i forhold til den oprindelige kystlinie.

Den eneste af Højesterets dommere, der anså patentet for gyldigt, og som derfor måtte tage udtrykkelig stilling til fortolkningsspørgsmålet, fandt at udtrykket måtte forstås på en måde, som var i harmoni med, at det andetsteds i patentkravet var anført, at den fremrykkede kystlinie skulle have en i hovedsagen stabil linieføring. Dette førte dommeren til den konklusion, at patentet måtte anses for krænket. Dommerens fortolkning af patentkravet må antages at gå ud på, at den fremrykkede kystlinie ikke nødvendigvis skulle være udsat for aktuel nedbrydning, og at det derimod ville være nok, hvis den fremrykkede kystlinie blev udsat for nedbrydning, dersom den ikke var beskyttet af de i patentkravet omtalte bygværker. Patentbeskrivelsen spillede øjensynligt ikke nogen rolle for patentkravets fortolkning.

4. Konklusioner

Dommene er nedenfor indplaceret i et skema med henblik på at skabe overblik over de mest relevante aspekter ved dommene. Radrenserskærdommen (UfR 1933 s. 527 V) er ikke taget med i skemaet. Det skyldes, at dommens fortolkningsresultat må antages reelt at have været motiveret i det forhold, at den påståede krænkers adfærd i forbindelse med sagens forhistorie havde en odiøs karakter. Hvis man på trods heraf medtog dommen, ville den i øvrigt ikke påvirke de konklusioner, der kan udledes af skemaet.

I kollonne 2 er det angivet, om dommernes fortolkning må anses for overvejende objektiv (OBJ), kontekstuel (KON) eller subjektiv (SUB). Fortolkningen er i den forbindelse blevet anset for *objektiv fortolkning*, hvis den må anses for baseret på en sagkyndig udtalelse fra syns- og skønsmænd eller fra patentmyndighederne om deres opfattelse af den naturlige sproglige forståelse eller lignende. Klassificeringen af en fortolkning som *kontekstuel* indebærer, at fortolkningen direkte eller indirekte er baseret på andet end den naturlige sproglige forståelse eller lignende men dog ikke på det, som ansøgeren må antages at have ment eller indset, da patentkravet blev formuleret. En kontekstuel fortolkning er typisk baseret på noget, der fremgår af patentbeskrivelsen. I det omfang dommernes fortolkninger er overvejende baseret på syns- og skønsmænds eller patentmyndighedernes kontekstuelle fortolkninger, er dommernes fortolkninger

klassificeret som overvejende kontekstuel. Karakteriseringen af en fortolkning som *subjektiv fortolkning* er udtryk for, at fortolkningen må anses for overvejende at være baseret på noget, som ansøgeren må antages at have ment eller indset, da patentkravet blev formuleret. Det vil typisk sige på noget, som fremgår af ansøgerens tilkendegivelser over for patentmyndigheden i forbindelse med ansøgningens behandling.

I det omfang der ikke har været særlige holdepunkter for andet, er det lagt til grund, at de i sagerne afgivne sagkyndige erklæringer om forståelsen af de i sagerne omtvistede udtryk må anses for at afspejle erklæringsafgivernes opfattelse af den naturlige sproglige forståelse.

I det omfang det fremgår af en sagkyndig erklæring, at den er baseret på noget, som fremgik af patentbeskrivelsen, korrespondancen mellem ansøgeren og patentmyndighederne eller lignende, er de sagkyndiges fortolkning af patentkravene klassificeret som kontekstuel.

I kollonne 3 og 4 er det angivet, *a)* hvad der må antages have været afgørende for dommernes fortolkning, og *b)* hvad der må antages ikke at være blevet tillagt (afgørende) betydning for fortolkningen. I den forbindelse er følgende forkortelser anvendt:

KRAV:	det i samme eller andre patentKRAV anførte
PBE:	det i PatentBEskrivelsen anførte
KOR:	det i KORrespondancen mellem ansøgeren og patentmyndigheden anførte
ÆND:	de under ansøgningssagen skete ÆNDringer af patent kravene
DFKT:	Den Forud (for prioritetsdagen) Kendte Teknik
S&S:	Syn og Skøn
PMY:	PatentMYndighedens udtalelser
DNSF:	Den Naturlige Sproglige Forståelse

Hvis en sag har drejet sig om forståelsen af et uklart udtryk, er det i kolonne 5 og 6 angivet, hvorvidt den fortolkning, som dommerne kom frem til, var til skade for patenthaveren. I det omfang der har været en sagkyndig udtalelse om forståelsen af et udtryk ifølge almindelig sprogbrug, og denne forståelse af udtrykket er blevet lagt til grund, er udtrykket blevet anset for ikke at være uklart. Dersom der har været modstridende sagkyndige udtalelser vedrørende forståelsen af et udtryk, er udtrykket dog under alle omstændigheder blevet anset for at være uklart. En uklarhed er anset for at være kommet patenthaveren til skade, når den påståede krænkers forståelse må antages at være blevet lagt til grund.

	objektiv/ kontekstuel/ subjektiv fortolkning	**Hvad lå til grund for dommernes fortolkning, og hvad blev ikke tillagt (afgørende) betydning?**		**Blev eventuelle uklarheder lagt patentindehaver til skade?**	
		lå til grund	**uden (afg.) betydning**	**ja**	**nej**
Kærneæltervalse-dommen UfR 1925 s. 586 H »valsernes relative hastighed«	OBJ	S&S (om forståelsen iflg. almindelig sprog-brug)	PMY (om forståelsen iflg. almindelig sprog-brug)		X
Vandafhærdnings-dommen UfR 1936 s. 536 H »den væsentligste del af bundfaldet«	OBJ	S&S (om forståelsen iflg. almindelig sprogbrug)	PMY (om forståelsen iflg. almindelig sprogbrug) PBE		X
Varmemålerdommen UfR 1937 s. 1058 H »kun bremset af det lange snævre rørstykke over vædskefladen«	SUB	KOR (som bevis for hvad ansø-geren havde indset m.h.t. rørs bremsende virkning) S&S (om at bremse-virkingen af lange rør måtte være evident for en fagmand)	ÆND		X
Flergitterrørsdommen UfR 1946 s. 814 H »praktisk taget fuldstændig elektro-statisk afkoblet«	OBJ	S&S (om almindelig radioteknisk terminologi)			
Flergitterrørsdommen UfR 1946 s. 814 H »geometrisk anbringelse«	KON	DFKT (nyt modhold, som ikke havde været fremme i forbindelse med ansøgningens be-handling)		X	
Ildstedsdommen UfR 1958 s. 832 H »ildsteder uden rist«	KON	PBE S&S (om den kontekstuelle fortolkning) PMY (om den kontek-stuelle fortolking)	DNSF ifølge syns- og skønsmændene		X

Markørdommen UfR 1961 s. 731 H »omstilleligt«	KON	PBE S&S (om den kontekstuelle fortolkning)	DNSF ifølge syns- og skønsmændene KRAV (betydningen af samme ord i patentkrav 2)		X
Markørdommen UfR 1961 s. 731 H bortfortolkningen af den meningsforstyrrende fejl					X
Phenylbutazondommen UfR 1964 s. 498 H »et funktionelt reaktionsdygtigt derivat af en monosubstitueret malonsyre«	OBJ	S&S (om forståelsen iflg. almindelig sprogbrug)			
Kærneælterdommen UfR 1964 s. 524 H »kegle«, »pyramide« og »prismatisk eller cylindrisk del«	OBJ	S&S (om den almindelige tekniske betydning)	S&S (om den matematiske betydning)		
Tærskeværksdom II UfR 1964 s. 628 H »savtakformede knive med skarpe kanter og spidse tænder«	KON	PBE (udførelseseksempel svarende til den omtvistede genstand) KOR (patenthaverens egne tilkendegivelser om forståelsen)	ÆND		X
Persiennedom II UfR 1965 s. 468 H »direkte«	SUB	KOR (patenthaverens egne tilkendegivelser om forståelsen) S&S (om forståelsen iflg. almindelig sprogbrug)	PMY (om forståelsen iflg. almindelig sprogbrug)		X
Ispindedommen SHT 1966 s. 68 »væsentligt blødere«	KON	PBE S&S (om formålet med opfindelsen ifølge patentbeskrivelsen)		X	
Køge Bugt Strandparkdommen UfR 1989 s. 548 H	OBJ	KRAV (en stabil linieføring af en fremrykket kystlinie forudsat)			

Det mest iøjnefaldende ved skemaet er, at der helt tydeligt ikke er nogen tendens til at lade *uklarheder* i patentkravene komme patenthaveren til skade. I de 10 domme, hvor der efter bevisførelsen må siges at have foreligget uklarheder, har dommerne i samtlige tilfælde fortolket de i patentkravene anvendte udtryk med udgangspunkt i de foreliggende beviser, og kun i 2 tilfælde er dommerne kommet frem til en fortolkning, som har været til skade for patenthaveren. I ingen af disse 2 tilfælde har dommerne i begrundelsen henvist til, at uklarheder må komme patenthaveren til skade. I den ene dom (Flergitterrørsdommen – UfR 1946 s. 814 H) er der således i begrundelsen navnlig henvist til den forud for prioritetsdagen kendte teknik, mens der i den anden dom (Ispindedommen – SHT 1966 s. 68) kun er givet en intetsigende begrundelse, som imidlertid må antages at dække over en fortolkning, der har taget udgangspunkt i formålet med opfindelsen.

Man kan med andre ord konstatere, at hverken det i motiverne til 1967-patentloven anførte om behandlingen af uklarheder i et patent eller de dertil svarende antagelser i litteraturen har støtte i dansk retspraksis, for så vidt angår spørgsmålet om patentkravenes fortolkning. Der er endvidere næppe basis for at hævde, at der som følge af 1967-patentloven og dennes forarbejder, herunder navnlig 1964-betænkningen, skulle være indtrådt en stramning i retning af i højere grad at lade uklarheder komme patenthaveren til skade.[23]

Selve fordelingen af de i dommene forekommende fortolkninger på *objektiv, kontekstuel og subjektiv fortolkning* giver ikke grundlag for nogen konklusioner med hensyn til, om nogen af fortolkningsvarianterne må anses for særligt fremherskende. Subjektiv fortolkning er dog knap så udbredt som de øvrige fortolkningsformer. Ildstedsdommen (UfR 1958 s. 832 H) og Markørdommen (UfR 1961 s. 731 H) kan dog ses som udtryk for en tendens til at lægge mere vægt på kontekstuel fortolkning end på den naturlige sproglige forståelse, således at den naturlige sproglige forståelse kun lægges til grund i det omfang der ikke – for eksempel i patentbeskrivelsen – er særlige holdepunkter for en anden forståelse. I de 2 domme foretrak dommerne nemlig en af syns- og skønsmændene foreslået *kontekstuel fortolkning* fremfor en forståelse, der ville være bedre i overensstemmelse med det, som ifølge syns- og skønsmændene måtte anses for *den naturlige sproglige forståelse*.[24]

---

23. Det må antages, at domstolene allerede flere år før 1967-patentlovens ikrafttræden tillagde 1964-betænkningen betydning som retskilde, jf. kapitel 8's afsnit 11.3.2.
24. Fra ældre retspraksis kan dog nævnes Vandafhærdningsdommen (UfR 1936 s. 536 H), hvor retten foretrak den ifølge syns- og skønsmændene naturlige sproglige forståelse fremfor

I 4 af dommene havde *patentbeskrivelsen* stor betydning for patentkravenes fortolkning. I Markørdommen (UfR 1961 s. 731 H) blev patentbeskrivelsen endog tillagt så stor vægt for fortolkningen af et udtryk i patentkrav 1, at det blev anset for irrelevant, at samme udtryk var anvendt i patentkrav 2 i den af den påståede krænker hævdede betydning. Vandafhærdningsdommen (UfR 1936 s. 536 H) udgør dog et eksempel på, at det ikke er enhver fortolkning med en vis støtte i beskrivelsen, der finder nåde for dommernes øjne.

Det er bemærkelsesværdigt, at retten i 3 af dommene – Varmemålerdommen (UfR 1937 s. 1058 H), Tærskeværksdom II (UfR 1964 s. 628 H) og Persiennedom II (UfR 1965 s. 468 H) – tillagde det, som ansøgeren havde anført i *korrespondancen med patentmyndigheden*, betydning til støtte for den af patenthaveren hævdede fortolkning. Navnlig Mogens Koktvedgaard har nemlig udtalt sig stærkt kritisk mod at tillægge korrespondancen med patentmyndigheden betydning for beskyttelsesomfanget, medmindre der er tale om indsnævringer af beskyttelsesomfanget.[25] I øvrigt må 1964-betænkningen som tidligere omtalt forstås således, at korrespondancen i ansøgningssagen kun bør kunne føre til fastlæggelsen af et relativt snævert beskyttelsesomfang.[26]

Den forud kendte teknik i form af materiale, der ikke havde været fremme under ansøgningens behandling, blev tillagt betydning for patentkravets fortolkning i Flergitterrørsdommen (UfR 1946 s. 814 H). I betragtning af, at der er tale om en dom afsagt i henhold til de før de i 1967 indførte regler om ugyldighed på grund af manglende opfindelseshøjde og om obligatorisk nedlæggelse af ugyldighedspåstand, er det formentlig bedst at anskue dommen som udtryk for retshistorie, jf. det i kapitel 5 anførte om grænsefladen mellem ugyldighedsreglerne og reglerne om beskyttelsesomfangets udmåling. For så vidt angår sager, hvor de nye regler fra 1967-patentloven skal finde anvendelse, må det imidlertid fastholdes,

---

den af patentmyndigheden foreslåede naturlige sproglige forståelse, selv om sidstnævnte havde en vis støtte i patentbeskrivelsen.

25. I den forbindelse må det for fuldstændighedens skyld bemærkes, at patentindehaveren i Varmemålerdommen gjorde sig til talsmand for en snævrere fortolkning end den påståede krænker, idet den påståede krænker forsøgte sig med en bred fortolkning for at kunne støtte sin ugyldighedsindsigelse.

26. 1964-betænkningen blev publiceret i februar 1964, det vil sige før afsigelsen af såvel Tærskeværksdom II som Persiennedom II. I den forbindelse er det værd at bemærke, at det må antages, at domstolene allerede flere år før 1967-patentlovens ikrafttræden tillagde 1964-betænkningen betydning som retskilde, jf. kapitel 8's afsnit 11.3.2. På trods heraf kan der – som det fremgår – langt fra konstateres en tendens til efter betænkningens fremkomst *udelukkende* at lade ansøgningssagens akter komme patenthaveren til skade.

at der ved fortolkningen af patentkrav ikke bør tages hensyn til anden forud kendt teknik end den, som er omtalt i patentbeskrivelsen, jf. det herom anførte i kapitel 5.[27]

På det foreliggende grundlag – Varmemålerdommen (UfR 1937 s. 1058 H) og Tærskeværksdom II (UfR 1964 s. 628 H) – er der ikke grundlag for nogen særlig håndfaste konklusioner med hensyn til den betydning for patentkravenes fortolkning, som *ændringer af patentkravene* under ansøgningssagen tillægges i praksis. Sådanne ændringer syntes dog at blive tillagt beskeden vægt set i forhold til korrespondancen mellem ansøgeren og patentmyndighederne i øvrigt, patentbeskrivelsen og syns- og skønserklæringer.

Phenylbutazondommen (UfR 1964 s. 498 H) er udtryk for den opfattelse, at *eksempler i patentkrav* skal tillægges en ikke-limiterende og vejledende betydning for fortolkningen.

Kærneælterdommen (UfR 1937 s. 1058 H) er udtryk for den opfattelse, at *geometriske udtryk* ikke skal forstås i deres strengt matematiske betydning men derimod i en mindre præcis teknisk betydning.

I 3 af dommene – Kærneæltervalsedommen (UfR 1925 s. 586 H), Vandafhærdningsdommen (UfR 1936 s. 536 H) og Persiennedom II (UfR 1965 s. 468 H) – havde *syns- og skønsmændene* udtalt sig til støtte for en bestemt fortolkning, mens *patentmyndigheden* havde udtalt sig til støtte for en derfra afvigende fortolkning. I alle 3 domme lagde dommerne den af syns- og skønsmændene foreslåede fortolkning til grund. Selv om fortolkningen i Persiennedom II primært blev begrundet med det af ansøgeren i korrespondancen med patentmyndigheden anførte, syntes de 3 domme at vise en tendens til at tillægge syns- og skønsmændenes udtalelser om fortolkningen større betydning end udtalelser fra patentmyndigheden.[28]

Fra de nævnte 3 domme kan det ikke sluttes, at patentmyndighedernes opfattelse af et fortolkningsspørgsmål altid må tillægges relativt begrænset betydning. I de 3 sager havde patentmyndighederne udtalt sig om konkrete fortolkningsspørgsmål. I det omfang der i stedet for sådanne konkre-

---

27. I ansøgningssagens akter kan den forud kendte teknik være omtalt. I det omfang den der værende omtale af den forud kendte teknik tillægges betydning, er det imidlertid ikke qua dens karakter af forud kendt teknik men alene i kraft af den betydning, som det, der fremgår af ansøgningssagens akter, *i almindelighed* har for beskyttelsesomfangets udmåling.
28. Udtalelser fra patentmyndigheden bliver i det hele taget helt generelt tillagt endog meget begrænset betydning i sager vedrørende patenters beskyttelsesomfang, jf. kapitel 10.

te erklæringer er tale om beviser for patentmyndighedernes praksis vedrørende mere almene fortolkningsspørgsmål, kan der efter omstændighederne være grund til at tillægge sådanne beviser større betydning for patentkravenes fortolkning. Det gælder navnlig – og måske kun – når der er tale om en fortolkningspraksis, som er bragt til almenhedens kundskab. I den forbindelse må i hvert fald EPO Guidelines være af stor betydning. Disse guidelines indeholder nemlig mange vigtige bidrag til den rette forståelse af formuleringspraksis. Fra dansk retspraksis kan der i øvrigt henvises til Radrenserskærdom IV (UfR 1915 s. 551 H). I UfR er der i en note til dommen gengivet en udtalelse fra Patentkommissionen blandt andet om det af patenthaveren påberåbte underkravs forhold til det ikke påberåbte hovedkrav. Udtalelsen er ikke på nogen måde omtalt i selve dommen. Det må antages, at det i udtalelsen anførte om afhængige underkav, var en vigtig årsag til, at Radrenserskærdom IV fik et andet udfald end Radrenserskærdom I, II og III, hvor der i alle 3 tilfælde blev statueret krænkelse, selv om de omtvistede maskiner ikke havde de i hovedkravet angivne træk ved den patenterede opfindelse.

Til illustration af det anførte om betydningen af EPO Guidelines' betydning for patentkravs fortolkning omtales i det følgende en række væsentlige eksempler.

Ifølge EPO Guidelines skal ordene i et patentkrav anses for at have den mening og det omfang, som de normalt har inden for det pågældende tekniske område, (den naturlige sproglige forståelse) medmindre patentbeskrivelsen i særlige tilfælde giver ordene en speciel mening, for eksempel ved hjælp af eksplicitte definitioner. Patentkrav skal læses på en måde, som gør dem meningsfulde i teknisk henseende. Dette kan føre til en afvigelse fra ordlydens bogstavelige mening i snæver forstand.[29]

Når beskrivelsen indeholder tegninger eller fotografier, og der i patentkravene er neutrale henvisninger til dem, skal henvisningerne ikke forstås som nogen begrænsning af patentkravenes omfang. Det skal alene opfattes som et hjælpemiddel til forståelse af patentkravenes indhold. Hvis en henvisningsparentes indeholder egentlig tekst såsom »… et fastgørelsesorgan (skrue 13 – fig. 3; søm 14 – fig. 4««, skal teksten dog ikke forstås som en del af en neutral henvisning men som en del af selve patentkravets afgrænsning af beskyttelsesomfanget.[30]

Udtryk som »fortrinsvis«, »for eksempel«, »såsom« og »især« har in-

29. EPO Guidelines C.III.4.2.
30. EPO Guidelines C.III.4.11. Se også patentbekendtgørelsens § 14, stk. 5, og EP Gennemførelsesforskrifternes regel 29(7).

gen begrænsende effekt på omfanget af et patentkrav, og de efter sådanne udtryk følgende træk skal blot anses for valgmuligheder.[31]

Et patentkrav, som er rettet mod et produkt, der er defineret ved en beskrivelse af en fremgangsmåde, hvorved produktet kan fremstilles – »product X obtainable by process Y« – skal forstås som omfattende det pågældende produkt som sådan, det vil sige uanset hvilken fremgangsmåde, der konkret er anvendt til produktets fremstilling.[32]

Når et patentkrav indeholder formuleringer som »Apparat til udførelse af fremgangsmåden …«, skal det forstås som alene omfattende et apparat, der er egnet til udførelse af den pågældende fremgangsmåde. Andre apparater, der besidder alle patentkravets øvrige træk, men som ikke uden modfikationer kan anvendes til udøvelse af fremgangsmåden, skal således anses for at falde uden for patentkravet.[33]

Tilsvarende skal et patentkrav på »en krog til en kran …« forstås som en krog med styrke og dimensioner, der gør den egnet til anvendelse som krog til en kran.[34]

På samme måde skal et patentkrav på et stof eller en stofblanding til en bestemt anvendelse forstås som et stof eller en stofblanding, der rent faktisk er brugbar til den angivne anvendelse.[35]

Et patentkrav vedrørende en anvendelse såsom »anvendelse af substansen X som insektgift« forstås på samme måde som et fremgangsmådekrav som for eksempel »fremgangsmåde til at dræbe insekter ved hjælp af substansen X«. Et anvendelseskrav som det omtalte skal således ikke forstås som direkte rettet mod substansen X i en form bestemt for brug som insektgift. På tilsvarende vis skal et patentkrav på »anvendelse af en transistor i et forstærkerkredsløb« forstås på samme måde som et fremgangsmådekrav vedrørende en fremgangsmåde til at forstærke ved hjælp af et kredsløb indeholdende den pågældende transistor. Patentkravet skal således ikke forstås som direkte rettet mod et »forstærkerkredsløb, hvori den pågældende transistor bruges«, og ej heller til »en fremgangsmåde, hvor den pågældende transistor, bruges til at bygge forstærkerkredsløbet«.[36]

---

31. EPO Guidelines C.III.4.6.
32. EPO Guidelines C.III.4.7b. Om sådanne patentkrav og det dertil knyttede beskyttelsesomfang se også Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 503 og Mikael Nyberg, Patenträttsliga bedömningsgrunder (2000) s. 15.
33. EPO Guidelines C.III.4.8.
34. EPO Guidelines C.III.4.8.
35. EPO Guidelines C.III.4.8. Om de særlige regler for lægemidler se EPO Guidelines C.IV.4.2, C.IV.7.4 og C.III.4.8 og omtalen deraf i kapitel 7.
36. EPO Guidelines C.III.4.9.

Når et patentkrav indeholder en »disclaimer« – en angivelse af, at den patenterede opfindelse ikke har et eller flere nærmere angivne træk – skal det forstås således, at genstande, der har de pågældende træk, ikke er omfattet.[37]

37. EPO Guidelines C.III.4.12.

Kapitel 7

Andre kriterier af betydning for fastlæggelsen af patenters beskyttelsesomfang i hidtil gældende dansk ret

1. Indledning

Emnet for dette kapitel er de forskellige typer omstændigheder, som ifølge retspraksis, litteraturen, lovforarbejder etc. kan tænkes at have betydning for et patents beskyttelsesomfang i hidtil gældende dansk ret, for så vidt det ikke drejer sig om fortolkning af patentkravene.

Her i kapitlet er der ikke nogen sammenfatning af de forskellige konklusioner vedrørende betydningen af de omtalte typer omstændigheder. Det skyldes, *at* der i kapitel 8 redegøres for den måde, hvorpå konklusionerne indgår i hidtil gældende dansk rets samlede afvejning, og *at* afsnit 3-6 i kapitel 8 i den forbindelse sammenfatter konklusionerne fra dette kapitel, således at en sammenfatning her i kapitlet må anses for overflødig.

I det omfang der i relation til et spørgsmål ikke kan udledes noget relevant af dansk retspraksis, antages hidtil gældende dansk ret at være i overensstemmelse med den i forarbejderne tilkendegivne opfattelse og/eller den i litteraturen fremherskende opfattelse. Som nærmere omtalt i kapitel 1's afsnit 1.7 spiller de reale hensyn fra Fortolkningsprotokollen en ret beskeden rolle i forbindelse med analysen af hidtil gældende dansk ret, mens de omvendt udgør udgangspunktet for analysen af fremover gældende dansk ret i kapitel 9.[1]

1. Om de metodiske problemer se kapitel 1's afsnit 1.7.

2. Den patenterede opfindelses særegne egenskaber

2.1. *Begrebet »opfindelsens særegne egenskaber«*

I litteraturen støder man på den opfattelse, at forhold såsom *a)* den tekniske ide, *b)* opfindelsestanken, *c)* funktionel ligeværdighed, *d)* samme funktion med væsentligt samme formål, *e)* opfindelsens essentielle elementer *f)* det væsentlige ved en opfindelse *g)* en opfindelses formål, *h)* det ved opfindelsen løste problem og/eller *i)* opfindelsens løsning af problemet må være af betydning eller endog afgørende for fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang.[2]

Tilsvarende har man i mange domme lagt vægt på, om en omtvistet genstand har samme virkemåde som en patenteret opfindelse, eller om en omtvistet genstand udnytter det for en opfindelse karakteristiske, væsentlige, essentielle, særegne, nye eller betydningsfulde.

Hvad der mere præcist skal forstås med udtrykkene »opfindelsestanken«, »opfindelsens problem«, »opfindelsens virkemåde« etc. er kun sporadisk omtalt i litteraturen.

Det ved en opfindelse løste problem og problemets løsning udgør i en i Norden ofte anvendt terminologi tilsammen »*opfindelsestanken*«.[3] Opfindelsestanken og dermed det ved opfindelsen løste problem kan ifølge Olle Westlanders bog »Patent« normalt ret klart læses ud af patentet, idet dommerne dog selv må skønne over, hvad der må anses for opfindelsestanken, når opfindelsestanken ikke eller kun delvist er berørt i patentet.[4]

Spørgsmålet om, hvad der skal anses for at udgøre *en opfindelses problem* er mere detaljeret behandlet af Berndt Godenhielm i Patentskyddets Omfång. Ifølge den der givne definition er det løste problem den virkning, som skal opnås for at tilfredsstille det behov, opfindelsens løsning rent faktisk tilfredsstiller. De midler, hvorigennem virkningen bliver opnået udgør problemets løsning.[5] Det er ifølge Godenhielms definition ikke afgørende, hvilket problem patenthaveren har tilsigtet at løse, eller hvilket

---

2. Se for eksempel Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfång (1950) s. 147 f og 171 f, Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 285 og 314, Mogens Koktvedgaard og Lise Østerborg, Patentloven, 2. udg. (1979) s. 214, Mogens Koktvedgaard, Lærebog i immaterialret, 5. udg. (1999) s. 230 og Sigrid Asbjørn Smitt i NIR 1998 s. 42 f.
3. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfång (1950) s. 147 f og 171 f og Olle Westlander, Patent (1995) s. 281 f. Om begrebet »opfindelsestanken« se også Berndt Godenhielm, Patentskyddets omfattning (1994) s. 313 f.
4. Olle Westlander, Patent (1995) s. 281.
5. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfång (1950) s. 38 og 41.

problem der i patentet angives at blive løst. Efter definitionen er det afgørende, hvilket problem den pågældende opfindelse rent faktisk løser, når man tager den objektivt kendte teknik på prioritetsdagen i betragtning. Dette indebærer blandt andet, *at* opfindelsens problem anses for at være et andet end det i patentbeskrivelsen angivne, hvis patentbeskrivelsens angivelse af problemet ikke svarer til den i patentkravene angivne løsning, og *at* opfindelsens problem på tilsvarende vis kan blive et andet end angivet i patentet, hvis nyhedssituationen på prioritetsdagen var en anden end forudsat i patentet.[6] [7]

Der kan næppe være megen tvivl om, at udtryk som »det væsentlige ved en opfindelse«, »det karakteristiske ved en opfindelse«, »en opfindelses kerne«, »opfindelsestanken«, »en opfindelses formål«, »en opfindelses problem og løsning«, »en opfindelses virkemåde« og lignende i vidt omfang kan siges at dække over samme substans.[8] Det kan derfor næppe have væsentlig betydning, om man anvender udtrykket »det væsentlige ved en opfindelse« eller et af de andre udtryk, når man skal angive, hvad der er af afgørende betydning for et patents beskyttelsesomfang. På trods af de forskellige formuleringer må der i vidt omfang være tale om samme problemstilling. I det følgende vil betydningen af »det væsentlige ved en opfindelse«, »opfindelsestanken« etc. derfor blive gjort til genstand for en samlet behandling. At der i denne sammenhæng i vidt omfang er tale om synonyme udtryk, bekræftes af det forhold, at den samlede behandling giver harmoniske resultater. I det følgende anvendes udtrykket »*opfindelsens særegne egenskaber*« som overbegreb for de de ovenfor omtalte begreber, hvis betydning gøres til genstand for en samlet behandling.

Spørgsmålet om betydning af en opfindelses særegne egenskaber kan siges at være så nært beslægtet med i hvert fald visse versioner af *ækvivalenslæren*, at der er tale om en høj grad af sammenfald. Når Berndt Godenhielm definerer spørgsmået om ækvivalens som et spørgsmål om, hvorvidt en omtvistet genstand opfylder væsentligt samme funktion med væsentligt samme formål som en patenteret opfindelse, er der for eksempel ikke tale om noget, som falder uden for spørgsmålet om, hvorvidt en

---

6. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfång (1950) s. 37 og 192 ff.
7. Som det fremgår ovenfor i kapitel 5 er en så liberal holdning til afgrænsningen af de modhold, der kan være af betydning for fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang, vanskelig at forene med dansk rets regler om afgrænsningen af reglerne om ugyldighed over for reglerne om beskyttelsesomfanget.
8. Som eksempel kan nævnes, at den førstvoterende højesteretsdommer i Phenylbutazondommens voteringsprotokol er citeret for at have anvendt de forskellige udtryk opfindelsestanken, det væsentlige ved opfindelsen, opfindelsens kerne og det ejendommelige ved opfindelsen i én og samme betydning.

omtvistet genstand kan siges at have samme virkemåde som en patenteret opfindelse. Ækvivalensterminologien er mere indgående behandlet nedenfor i kapitel 10. Her drøftes det udelukkende, hvilken betydning en patenteret opfindelses særegne egenskaber kan have for patentets beskyttelsesomfang. I det omfang udtrykket »ækvivalens« – som i det omtalte eksempel – skal forstås på en sådan måde, at der er tale om noget, som må anses for omfattet af begrebet »en opfindelses særegne egenskaber«, vil det pågældende aspekt ved ækvivalenslæren naturligvis også falde ind under behandlingen nedenfor af spørgsmålet om betydningen af en opfindelses særegne egenskaber.

I Mogens Koktvedgaards disputats, Immaterialretspositioner, behandles spørgsmålet om *konkurrencemomentets betydning* for forskellige immaterialrettigheders beskyttelsesomfang.[9] Umiddelbart forekommer det ikke oplagt, at den problemstilling er beslægtet med de her behandlede problemstillinger. For så vidt angår konkurrencemomentets betydning for et patents beskyttelsesomfang, viser en nærmere undersøgelse imidlertid, at der er tale om et emne, som i væsentlig grad er beslægtet med de her behandlede problemstillinger.

Når en immaterialretlig form for beskyttelse er begrænset af konkurrencemomentet, indebærer det ifølge Immaterialretspositioner, at der er tale om en rettighed med »(erhvervsmæssig) beskyttelse med konkurrencepræg«, det vil sige en rettighed, som kun giver beskyttelse i en bestemt økonomisk sfære, eller med andre ord om en rettighed med »en konkurrencebunden relationsbinding«. Spørgsmålet om, i hvilket omfang de forskellige immaterialrettigheder er genstand for sådan en konkurrencebunden relationsbinding drejer sig ifølge Immaterialretspositioner om, hvem de immaterielle rettigheder kan gøres gældende over for, hvilket må afgøres med udgangspunkt i overvejelser vedrørende konkurrencen om kundekredsen.[10] Når det kommer til den konkurrencebundne relationsbinding specifikt inden for patentretten er det i Immaterialretspositioner præciseret derhen, at det drejer sig om, hvorvidt et patent på en opfindelse, der kan udnyttes inden for flere forskellige områder, kan håndhæves over for virksomhed inden for andre brancher end patenthaverens, således at beskyttelsen også vil omfatte udnyttelse inden for andre områder, som ikke påfører patenthaveren nogen mærkbar konkurrence. Koktvedgaard har

9. Det synspunkt, at konkurrenceprægede synspunkter, navnlig konkurrencemomentet, og de centrale konkurrenceretlige regler har betydning for immaterialretten, er hovedtesen i Immaterialretspositioner, jf. s. 17 i afhandlingen.
10. Mogens Koktvedgaard, Immaterialretspositioner (1965) s. 21 og 22.

også formuleret problemstillingen som et spørgsmål om, hvorvidt den – eksplicite eller implicite – angivelse af et formål og/eller et anvendelsesområde i et patent er af betydning for beskyttelsesomfanget.[11]

Når man erkender, at Koktvedgaard i relation til patentretten har givet »konkurrencemomentet« en udformning, der er så snævert knyttet til de i patenterne eksplicit eller implicit angivne formålsangivelser og anvendelsesområder, forekommer det ret nærliggende at behandle spørgsmålet om konkurrencemomentets betydning sammen med spørgsmålet om betydningen af opfindelsens formål. Følgelig behandles konkurrencemomentets betydning i det følgende som en integreret del af spørgsmålet om betydningen af de særegne egenskaber ved en opfindelse.

2.2. *Teorien*

Det er – mere eller mindre manifest – anført hos flere forfattere, *at* en omtvistet genstand ikke kan være omfattet af et patent, hvis den *løser et andet problem*, og *at* det således ikke kan komme på tale at udbrede et patents beskyttelsesomfang til en genstand, som løser et tilsvarende men anderledes problem, selv om det kan komme på tale at udbrede et patents beskyttelsesomfang til en tilsvarende løsning på samme problem.[12] Hos Olle Westlander støder man for eksempel ind i det helt klare synspunkt, at der skal være tale om *samme* problem, mens den krænkende genstand blot skal løse problemet på tilsvarende vis og med samme funktionelle resultat.[13] Godenhielm har givet udtryk for, at denne opfattelse også finder anvendelse på problemer, der på et senere tidspunkt aktualiseres som følge af den efterfølgende tekniske udvikling.[14]

Når det kommer til formålets betydning, er det en udbredt opfattelse i teorien, at det ikke er afgørende, *om* den omtvistede genstand anvendes til *et andet formål* end det, som eksplicit eller implicit følger af patentet, eller *om* opfindelsen overføres fra et teknologisk anvendelsesområde til et andet. I overensstemmelse hermed skal et patent ifølge teorien anses for også at omfatte anvendelser til andre formål, som på et senere tidspunkt bliver aktuelle som følge af den efterfølgende tekniske udvikling. For så vidt angår overførsel til andre teknologiske anvendelsesområder, støder man dog på det synspunkt, at det efter omstændighederne kan føre forhol-

---

11. Mogens Koktvedgaard, Immaterialretspositioner (1965) s. 231 f.
12. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfång (1950) s. 238 f og Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 284.
13. Olle Westlander, Patent (1995) s. 284 f.
14. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfång (1950) s. 238 f.

det uden for et patents rækkevidde, hvis overførslen i sig selv er udtryk for en opfinderisk indsats.[15]

I Opfinderrettens Genstand af Leo A. Damm støder man på en række i nogen grad kryptiske synspunkter vedrørende betydningen af *eksplicitte formålsangivelser* i et patent. Det er hos Damm anført, at dersom de i et patent angivne formål alene er angivet som eksempler, skal patentets beskyttelsesomfang omfatte enhver udnyttelse af opfindelsen til fyldestgørelse af menneskelige behov, mens patentet skal have et væsentlig snævrere beskyttelsesomfang, såfremt de i patentet angivne formål derimod udgør en »integrerende del af den tekniske regel«. Når der er tale om en opfindelse i form af »en ny anordning med selvstændig fuld brugsværdi«, så skal alle anvendelser af anordningen til nye formål ifølge Damm antages at falde ind under patentet, medmindre »anordningen selv indeholder en indskrænkning til anvendelse ved et enkelt formål, eller hvis patentet kun beskytter et element af en kompleks anordning«. Frembringer anvendelsen til et nyt formål en væsentlig anden virkning, eller er opfindelsen af kemisk art, så taler formodningen derimod ifølge Damm for, at den nye anvendelse ikke falder ind under patentet.[16] Det, der navnlig er med til at gøre Damms synspunkter lidt kryptiske er hans anvendelse af de lidet gængse udtryk såsom en »integrerende del af den tekniske regel«, »en ny anordning med selvstændig brugsværdi« og »et element af en kompleks anordning«. Det kan dog med sikkerhed siges, at et patent på en kemisk opfindelse med et formål ifølge Damm som hovedregel ikke kan omfatte anvendelse af samme teknologi til et andet formål.

I Patentskyddets Omfång fra 1950 gav Berndt Godenhielm udtryk for, at det afgørende for, om en omtvistet genstand kan anses for omfattet af et patent er, om den omtvistede genstand er udtryk for *den tekniske ide*, der kan udledes ved fortolkning af patentkravene, det vil sige *opfindelsestanken*.[17]

I Patentskyddets Omfattning fra 1994 forlod Godenhielm i det væsentligste sin opfindelsestanke-terminologi til fordel for en variant af ækviva-

---

15. Se Ragnar Knoph, Åndsretten s. 276 og 279 (1936) og Mogens Koktvedgaard, Lærebog i immaterialret 5. udg. (1999) s. 234. Ifølge Ragnar Knoph kunne den tekniske udvikling efter patentets udstedelse således »skjenke opfindelsen nye utstrålinger« og give den anvendelser, som opfinderen ikke selv havde tænkt på. Efter Knophs opfattelse var opfindelsens rækkevidde med andre ord ikke bestemt bare ved at sætte den ind i det tekniske miljø på undfangelsestidspunktet, idet den var »levende og ekspansjonsdyktig« … og også kunne »ta fremtidens utvikling til inntekt, og bre sig på nye områder ved deres hjelp«, jf. Åndsretten s. 276.
16. Leo A. Damm, Opfinderrettens Genstand (1937) s. 254.
17. Berndt Godehhielm, Patentskyddets Omfång (1950) s. 147 f og 171 f.

lensterminologien. Ifølge Patentskyddets Omfattning er det således afgørende for krænkelsesspørgsmålet, om den omtvistede genstand i opfindelsens kontekst opfylder *væsentligt samme funktion med væsentligt samme formål*, idet der i givet fald må foreligge patentretlig ækvivalens.[18] Omvendt skal *funktionelle forskelle* udelukke krænkelse.[19]

Ifølge 5. udgave af Mogens Koktvedgaards Lærebog i immaterialret foreligger der krænkelse af et patent, når man i den omtvistede genstand genkender *opfindelsens væsentlige elementer*, hvorimod der ikke kan foreligge krænkelse, når det ikke er tilfældet. Som en mere præcist vejledende regel er det anført, at forskelle med hensyn til dimensioner og lignende ofte må anses for at udgøre uvæsentlige forskelle, som ikke kan bringe en omtvistet genstand uden for et patents beskyttelsesomfang.[20]

I Immaterialretspositioner har Koktvedgaard forudsat, at et patents beskyttelsesomfang ikke nødvendigvis er begrænset til de i patentet eksplicit eller implicit angivne formål eller anvendelsesområder.[21] Afgørelsen af, om en omtvistet genstand, der falder uden for de i et patent angivne formål eller anvendelsesområder, skal anses for omfattet af et patent, bør ifølge Immaterialretspositioner ske ved at kombinere det tekniske skøn med en konkurrenceretlig vurdering, hvor den konkurrenceretlige vurdering skal indebære, at man i almindelig ikke bør statuere krænkelse udenfor konkurrencerelationen, medmindre den tekniske lighed er meget stor.[22] [23]

---

18. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 314.
19. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 273.
20. Mogens Koktvedgaard, Lærebog i immaterialret 5. udg. (1999) s. 230 og 234.
21. Mogens Koktvedgaard, Immaterialretspositioner (1965) s. 233 ff og 236.
22. Som eksempler på, hvad der mere præcist skal til for, at der kan foreligge et relevant konkurrenceforhold er det i Immaterialretspositioner nævnt, at et patent på for eksempel en dirkefri lås i almindelighed kun ville kunne gøres gældende inden for låsebranchen. Endvidere er det med henvisning til Rumudtørringsdommen (UfR 1934 s. 248 H) anført, *at* rumudtørring og udrydelse af husbukke er lidet forskellige områder, *at* det må være nærliggende for en virksomhed at påtage sig begge opgaver, og *at* der måtte være tale om en konkurrencerelation. Den anden i samme sammenhæng omtalte dom, Persiennedom I (UfR 1962 s. 66 H) forekommer at være uden betydning for den drøftede problemstilling. Se Mogens Koktvedgaard, Immaterialretspositioner (1965) s. 231 og 237 f.
23. En sådan regel skulle ifølge Koktvedgaard give domstolene en mere håndfast vejledning i krænkelsessagerne og dermed være med til at fremme retssikkerheden, jf. Mogens Koktvedgaard, Immaterialretspositioner (1965) s. 236. Navnlig når man tager i betragtning, at indirekte og potentielle konkurrenceforhold ifølge s. 231 i Immaterialretspositioner også bør tillægges betydning, idet patentloven ikke stiller krav om, at patenthaveren skal være erhvervsdrivende, forekommer det dog tvivlsomt, om teorien om patentrettens konkurrencebundne relationsbinding, i væsentlig grad kan bidrage til en forøgelse af håndfastheden og retssikkerheden. En ikke-erhvervsdrivende patentindehaver kan for eksempel være en opfinder, der har fuldtidsbeskæftigelse som professor på DTU, og som endnu ikke har taget skridt til kommercialisering af sin opfindelse – for eksempel gennem licensiering til en industrivirksomhed.

Ifølge Sigrid Asbjørn Smitts artikel i NIR 1998 s. 41 ff foreligger der »litteral infringement« hvis *de essentielle elementer ved den i et patentkrav beskrevne opfindelse* genfindes hos en omtvistet genstand, uanset om den omtvistede genstand adskiller sig fra den i patentkravet beskrevne genstand, for så vidt angår ikke essentielle elementer. Ifølge artiklen skal der derudover under alle omstændigheder foreligge krænkelse, hvis der foreligger teknisk ækvivalens, hvormed der i artiklens terminologi menes, at den omtvistede genstand og den patenterede opfindelse *på i det væsentlige samme måde giver i det væsentlige samme resultat*.[24]

Hvis en opfindelse løser et problem, må det som udgangspunkt lægges til grund, at den har til formål at løse det pågældende problem. Når man lægger til grund, at der på denne måde er et nødvendigt og nært slægtskab mellem spørgsmålet om en opfindelses formål og det ved en opfindelse løste problem, skulle man forvente en høj grad af overensstemmelse mellem teoriens antagelser vedrørende betydningen af opfindelsens formål og betydningen af det løste problem. Som det fremgår, er der imidlertid ikke sådan en overensstemmelse.

2.3. *Retspraksis*

Kedelfyrdommen – UfR 1899 s. 892

I Kedelfyrdommen udtalte syns- og skønsmændene, at der ikke forelå krænkelse, hvis beskyttelsen var begrænset til den i patentkravet angivne konstruktion, men at der omvendt forelå krænkelse, hvis beskyttelsen også omfattede det til grund for opfindelsen liggende tekniske princip.

Syns- og skønsmændene var selv af den opfattelse, at beskyttelsen burde være begrænset til den i patentkravet angivne konstruktion. I overensstemmelse hermed udtalte Kriminal- og Politiretten, at beskyttelsen i hvert fald som udgangspunkt måtte være begrænset til den i patentkravet angivne konstruktion og statuerede under henvisning hertil, at der ikke kunne antages at foreligge krænkelse.

Dommen indebærer en klar afvisning af, at der må formodes at foreligge krænkelse, blot fordi den omtvistede genstand er baseret på et teknisk princip, som ligger til grund for en i et patentkrav beskrevet opfindelse.

Vindueslukkerdommen – UfR 1907 s. 146 H

I vindueslukkerdommen var der visse forskelle mellem den omtvistede vindueslukker og den i patentkravet beskrevne vindueslukker. Patenthave-

24. NIR 1998 s. 47 f og 56.

ren gjorde gældende, at den påståede krænker udnyttede den tekniske effekt, der var kernen i patentet. Syns- og skønsmændene udtalte, at der var tale om samme tekniske effekt. Højesteret statuerede med en nærmest intetsigende begrundelse, at der var tale om krænkelse. I begrundelsen blev der hverken henvist til den tekniske effekt eller til opfindelsens kerne.

Radrensemaskinedom I – UfR 1907 s. 503 L

I Radrensemaskinedom I havde syns- og skønsmændene udtalt, at det nye og betydningsfulde ved opfindelsen var et konstruktivt træk, som ubestridt forefandtes hos den omtvistede maskine. Landsover- samt Hof- og Stadsretten statuerede med en intetsigende begrundelse, at der var tale om krænkelse.

Radrensemaskinedom II – UfR 1911 s. 191 H

I Radrensemaskinedom II havde den påståede krænker påberåbt sig en række forskelle mellem den i patentkrav 2 beskrevne maskine og den omtvistede maskine.

Syns- og skønsmændene udtalte, *at* det nye og betydningsfulde ved patentet var den måde, hvorpå man med instillelige tallerkenformede legemer kunne radrense roer, *at* den omtvistede maskine i alt væsentligt havde samme virkemåde, og *at* de påberåbte forskelle havde karakter af biting.

Højesteret statuerede, at der var tale om krænkelse. Som begrundelse anførte Højesteret navnlig, at der var en væsentlig lighed mellem den omtvistede maskine og den i patentkrav 2 beskrevne maskine.

Kærneæltervalsedommen – UfR 1925 s. 586 H

En kærneælter anvendes til at fremstille smør. Kærneæltere består af en tønde/tromle og et antal valser anbragt inde i tønden/tromlen. Først kærnes fløden. Under den arbejdsproces roterer tønden/tromlen med stor hastighed, mens valserne står stille i forhold til tønden. Derefter æltes smøret. Under den arbejdsproces bevæger tønden/tromlen sig med ringe omdrejningshastighed mens valserne bevæger sig med betydelig omdrejningshastighed.

I patentkravet var den patenterede opfindelse beskrevet som en anordning ved udvekslingen i kærneælterens eller valsernes drivværk, kendetegnet ved, at der foruden den sædvanlige udvekslingsmekanisme, som bestemmer valsernes hastighed, tillige er anbragt nogle andre udvekslingsmekanismer eller lignende, som kan give valserne to eller flere forskellige hastigheder. Det fremgik af patentbeskrivelsen, at opfindelsen gik ud på at give mulighed for at variere valsernes hastighed. Dette ville ifølge

patentbeskrivelsen gøre mejeriet i stand til at kompensere for årstidsvariationer i mælkens konsistens.

Den påståede krænker fremstillede en kærneælter, hvor tromlens/tøndens omdrejningshastighed kunne reguleres. Under kærningen stod valserne på helt normal vis stille i forhold til tromlen/tønden. Under ældtningen førte en regulering af tromlens/tøndens omdrejningshastighed til en ligefrem proportional regulering af valsernes omdrejningshastighed, således at for eksempel en fordobling af tromlens/tøndens hastighed automatisk indebar en fordobling af valsernes omdrejningshastighed.

Den påståede krænker gjorde gældende, at den af patentet omfattede opfindelse tog sigte på at regulere valsernes omdrejningshastighed, hvorimod den omtvistede kærneælter tog sigte på at regulere tøndens/tromlens omdrejningshastighed.

Såvel Østre Landsret som Højesterets anså den omtvistede kærneælter for at være omfattet af patentet. I begrundelsen er det blandt andet anført, at det udtrykkeligt var angivet i patentet, at den særlige udvekslingsmekanisme kunne anbringes ikke blot i valsernes, men også i selve kærneælterens drivværk, hvilket muliggjorde en variation af tøndens hastighed. Begrundelsen er noget kryptisk. Det forekommer dog rimeligt at tage den som udtryk for, at dommerne ikke anså det for godtgjort, at den omtvistede kærneælter havde et andet formål / løste et andet problem.

Varmekedeldommen – UfR 1931 s. 264 H

I Varmekedeldommen var der visse forskelle mellem den omtvistede varmekedel og den i patentkravet beskrevne varmekedel. Patenthaveren gjorde gældende, at der forelå krænkelse, *idet* den omtvistede varmekedel havde den for opfindelsen væsentlige kombination af 2 nærmere angivne konstruktive træk, og *idet* den omtvistede kedel ikke tilførte nogen ny teknisk virkning.

Syns- og skønsmændene udtalte, at der ikke med den omtvistede konstruktion blev opnået nogen ny teknisk virkning. Dette syntes at måtte indebære, at den omtvistede genstand havde samme virkning som den patenterede opfindelse.

Højesteret statuerede, at der ikke var tale om krænkelse. I begrundelsen blev hverken opfindelsens væsentlige træk eller den tekniske virkning omtalt.

Rumudtørringsdommen – UfR 1934 s. 248 H

Rumudtørringsdommen er et eksempel på løsning af et helt andet problem. Opfindelsen angik ifølge patentkravet en fremgangsmåde til udtørring af

rum i bygninger. Fremgangsmåden var karakteriseret ved, at der med et vist minimumstryk blev pumpet varm luft ind i de rum, som skulle udtørres. Den i sagen omtvistede fremgangsmåde var også baseret på indpumpning af varm luft, men den havde til formål at udrydde husbukke, og dette blev opnået ved den derved forårsagede opvarmning – ikke ved udtørring.

Højesteret kom frem til, at den omtvistede fremgangsmåde ikke kunne anses for omfattet af patentet. I den forbindelse fremsatte Højesteret først den principielle bemærkning, at den omtvistede fremgangsmådes formål, husbukkeudrydelse, ikke udelukkede indgreb i patentet forsåvidt udrydelsen skete ved den patenterede udtørringsmetode. Derefter fulgte Højesterets helt konkrete begrundelse for, at det ikke kunne anses for godtgjort, at den patenterede fremgangsmåde var udnyttet.

I denne sammenhæng er det alene Højesterets principielle bemærkninger, der er af interesse. Hvis man »oversætter« sagen til problem/løsnings-terminologien, kan man sige, *at* den patenterede fremgangsmådes problem var at udtørre et rum i en bygning, mens den omtvistede fremgangsmådes problem var at udrydde husbukke i en bygning, og *at* løsningen i begge tilfælde var baseret på indpumpning af varm luft i et rum. Højesterets principielle bemærkning syntes at indebære, at så længe løsningen af opfindelsens problem (den varme lufts udtørrende effekt) må anses for en utilsigtet sideeffekt, der er forbundet med udøvelsen af den på varme baserede fremgangsmåde til udryddelse af husbukke, så kan det ikke bringe den omtvistede fremgangsmåde ind under patentet. Det må endvidere med bemærkningen anses for forudsat, at hvis den husbukkeudrydende virkning havde været betinget af den varme lufts udtørrende effekt i stedet for af den forårsagede temperaturstigning, kunne den omtvistede fremgangsmåde principielt set have været omfattet af patentet – under andre konrete omstændigheder. Højesterets principielle bemærkning kan med andre ord tages som udtryk for den opfattelse, at der efter omstændighederne kan blive tale om at statuere krænkelse, selv om den omtvistede fremgangsmådes problem er et andet end den patenterede fremgangsmådes problem. Afgørende må være, om løsningen af den patenterede fremgangsmådes problem kan anses for et middel til løsning af den omtvistede fremgangsmådes problem, eller om der som i Rumudtørringsdommen er tale om en utilsigtet sideeffekt.

Gasmålerrammedommen – UfR 1936 s. 284 H

Det må antages, at det i Gasmålerrammedommen var uomtvistet, at der var visse forskelle mellem den omtvistede målerramme og de i patentkravene beskrevne målerrammer. Patenthaveren gjorde gældende, at den

påståede krænker havde udnyttet den opfinderiske tanke i de 3 patenter, som patenthaveren søgte at håndhæve over for den påståede krænker. Syns- og skønsmændene udtalte, at den omtvistede konstruktion var baseret på grundtanken fra patenthaverens 1. patent, og at den omtvistede konstruktion derudover havde taget en række enkeltheder fra det 1. og det 2. patent.

Østre Landsret statuerede, at der forelå krænkelse. Det må antages, at dommen i vidt omfang var baseret på det synspunkt, at den omtvistede målerramme måtte anses for baseret på samme opfindelsestanke.

Kølepladedom I – UfR 1937 s. 745 H

I Kølepladedom I havde den påståede krænker erkendt, at han ved valget af den omtvistede konstruktion havde tilstræbt og opnået det samme resultat, som man opnåede med den i patentet beskrevne konstruktion. Syns- og skønsmændene udtalte, at begge konstruktioner havde den i patentet beskrevne virkning, men at der var forskel med hensyn til den måde, hvorpå virkningen blev opnået. Under henvisning til, at de konstruktive forskelligheder ikke var af væsentlig betydning, statuerede Højestreret, at der var tale om krænkelse.

Stofbanedommen – UfR 1938 s. 756 H

I stofbanedommen lød patentkravet på en metalfolie bestående af 4 lag. Det var omtvistet, om patentet omfattede en metalfolie, som alene bestod af de 3 første lag.

Patentdirektoratet udtalte, at de 3 første lag i sig selv udgjorde en opfindelse, og at tilføjelsen af det 4. lag blot var udtryk for en hensigtsmæssig udførelsesform. Ifølge syns- og skønsmændene måtte det 4. lag antages at have været i det mindste medbestemmende ved Patentkommissionens bedømmelse af patentansøgningens nyhed.

Højesterets flertal på 5 ud af 9 dommere statuerede, at der forelå krænkelse og udtalte i den forbindelse, at afgørelsen af krænkelsesspørgsmålet måtte bero på en skønsmæssig afvejelse af, hvad der efter patentkrav sammenholdt med patentbeskrivelsen måtte anses for »det særegne ved opfindelsen«. Det 4. lag blev af Højesterets flertal anset for ikke at udgøre nogen del af »det særegne ved opfindelsen«, navnlig fordi det alene havde til formål at bevare den ved de 3 første lag opnåede virkning.

Som begrundelsen er formuleret, var der tale om dommernes egenhændige vurdering direkte baseret på indholdet af patentkravene og patentbeskrivelsen. Flertallets vurdering kan dog have været påvirket af Patentdirektoratets og syns- og skønsmændenes udtalelser om de træk ved opfindelsen, som måtte antages at have ført til patentets udstedelse. Der

var nemlig tale om netop de træk, som ifølge flertallets vurdering skulle anses for at udgøre »det særegne«.

I flertallets begrundelse er det anført, at det særegne ved opfindelsen fremgik med »tilstrækkelig tydelighed«. Det afspejler den opfattelse, at »det særegne« ved en opfindelse ikke kan være afgørende for beskyttelsesomfanget i tilfælde, hvor det kun mindre tydeligt fremgår af patentkravene og patentbeskrivelsen, hvad der er det særegne ved opfindelsen.

Højesterets mindretal kom ikke ind på det af flertallet formulerede spørgsmål om det mere eller mindre særegne ved opfindelsen.

Soveottomandommen – UfR 1939 s. 769 H

I Soveottomandommen udtalte syns- og skønsmændene, *at* den omtvistede soveottooman lå på grænsen af patentkravet, nærmest indenfor, og *at* den i væsentlig grad var baseret på de ideer, der lå til grund for patentkravet. Højestreret statuerede med en ret intetsigende begrundelse, at der ikke forelå krænkelse.

Kølepladedom II – UfR 1940 s. 337 H

I Kølepladedom II var det i patentkravet angivet, at opfindelsen vedrørte en køleplade, hvor kølepladen og en metalramme, som omgav kølepladen, skulle udgøre »en mekanisk sammenhængende pladeformet enhed«.

Højesterets flertal på 7 ud af 8 dommere fandt, at kølepladens og metalrammens samlede fremtræden som »en mekanisk sammenhængende pladeformet enhed« måtte anses for at udgøre en »væsentlig egenskab ved patentet«. Under henvisning til, at de omtvistede køleplader ikke besad denne væsentlige egenskab statuerede Højesteret, at der ikke forelå krænkelse af patentet.

Det fremgår udtrykkeligt at domsbegrundelsen, at væsentlighedsvurderingen tog udgangspunkt i kølepladens praktiske anvendelse, som var nærmere omtalt i patentbeskrivelsen. I øvrigt var det dommernes egenhændige vurdering, at dette moment måtte anses for at udgøre en væsentlig egenskab ved den patenterede opfindelse.

Insulindommen – UfR 1941 s. 484 H

Insulindommen drejede sig om en fremgangsmåde til fremstilling af et insulinpræparat. Der var en række forskelle mellem den i patentet beskrevne fremgangsmåde og den omtvistede fremgangsmåde. Blandt andet optrådte der i den omtvistede fremgangsmåde ikke nogen opløsning af protamininsulinat i mængder af betydning, og der var ikke behov for nogen ændring af pH-værdien med henblik på at kunne udfælde protamininsulinat.

Ifølge syns- og skønsmændenes udtalelser forholdt det sig således, at det måtte anses for overvejende sandsynligt, at de lægemidler, der kunne fremstilles ved de 2 fremgangsmåder, var af samme art og virkemåde i terapeutisk henseende.

Højesterets flertal på 5 ud af 9 dommere kom frem til, at den omtvistede fremgangsmåde måtte anses for omfattet af patentet. I begrundelsen var det anført, *at* protamininsulinatets tunge opløselighed i blodplasma og vævsvædske måtte anses for at udgøre patentets kerne, og *at* denne kerne genfandtes som et væsentligt formål i det præparat, der blev fremstillet ved den omtvistede fremgangsmåde.

I begrundelsen påpegede flertallet endvidere, at forskellene mellem den omtvistede fremgangsmåde og den i patentet beskrevne fremgangsmåde alle var uden væsentlig betydning.

Flertallets begrundelse er udtryk for den opfattelse, *at* der er en formodning for patentkrænkelse, når et patents kerne findes hos en omtvistet genstand, og *at* den påståede krænker for at afløfte denne formodning må dokumentere, at der alligevel er væsentlig forskel mellem den omtvistede genstand og den i patentet beskrevne opfindelse.

Flertallets vurdering af, hvad der skulle anses for at udgøre kernen må antages at være baseret på den omtale af den tunge opløselighed, som man kunne finde i patentbeskrivelsen, idet opløseligheden hverken var omtalt i patentkravet eller i de indhentede udtalelser fra Patentkommissionen og syns- og skønsmændene. En udtalelse fra Patentkommissionen om, at formålet med opfindelsen var at danne en holdbar opløsning, hvorfra protamininsulinat kunne udfældes, blev øjensynlig ikke tillagt nogen betydning for vurderingen, der fremstår som dommernes egenhændige vurdering.

Selv om Højesterets mindretal kom frem til, at den omtvistede fremgangsmåde ikke var omfattet af patentet, må det antages, at uenigheden i Højesteret reelt set var begrænset til hvad der skulle anses for opfindelsens kerne, og hvor væsentlig forskellighederne mellem fremgangsmåderne kunne anses for at være. Det må således antages, at der, for så vidt angår den principielle betydning af dels opfindelsens kerne og dels en eventuel væsentlig forskel mellem de 2 fremgangsmåder, var enighed mellem de 9 dommere.

Køletromledommen – UfR 1943 s. 93 H

I køletromledommen var det i patentbeskrivelsen angivet, at opfindelsen havde et bestemt formål, nemlig at hindre udsivende olie fra en bestemt pakdåse i at blive ført ind i køletromlen. Formålet var ikke nævnt i patentkrav 1, men det fremgik af patentkrav 2. Den omtvistede køletromle var

ifølge syns- og skønsmændene konstrueret på en sådan måde, at det pågældende olie-problem ikke kunne opstå.

Højesteret kom frem til, at den omtvistede genstand, ikke kunne anses for omfattet af patentet, idet det af patentkrav 1 følgende beskyttelsesomfang måtte fastlægges under hensyn til det i patentbeskrivelsen og patentkrav 2 angivne formål.

Rundsavsdommen – VLT 1943 s. 351

I Rundsavsdommen var der visse forskelle mellem den omtvistede rundsav og den i patentkravet beskrevne rundsav. Patenthaveren gjorde gældende, *at* den omtvistede sav var bygget på samme ide, og *at* der var tale om samme virkemåde. Syns- og skønsmændene udtalte, at den omtvistede sav i princippet havde samme virkemåde. Vestre Landsret var af den opfattelse, at der ikke var tale om krænkelse. I domsbegrundelsen blev spørgsmålet om virkemådens og den tekniske ides betydning ikke omtalt. Som begrundelse blev det nævnt, at den omtvistede rundsav i væsentlig grad afveg fra den patenterede rundsav.

Borsvingsdommen – UfR 1949 s. 53 H

I Borsvingsdommen angik patentkravet et borsving med 4 klembakker. Det omtvistede borsving havde 2 klembakker men var bortset herfra konstrueret som angivet i patentkravet. Patentansøgningen kunne uden problemer have ført til udstedelse af et patent med patentkrav, som også angik borsving med 2 klembakker. Ansøgeren havde imidlertid ikke på noget tidspunkt anmodet om godkendelse af så brede patentkrav.

Højesteret statuerede, at der forelå krænkelse. I begrundelsen blev det anført, *at* patentkravets angivelse af antallet af klembakker måtte anses for at være af underordnet betydning, *at* »det særlige« ved opfindelsen bestod i en fjedertråds anbringelse, og *at* der derfor forelå en patentkrænkende udnyttelse af patenthaverens opfindelse.

Det fremgår af domsbegrundelsen, at rettens vurdering af »det særlige« var baseret på samstemmende erklæringer fra Patentkommissionen og syns- og skønsmændene vedrørende spørgsmålet om, hvad der skulle anses for opfindelsens formål.

Omskifterdommen – UfR 1959 s. 436 H

I Omskifterdommen var den omtvistede omskifter forskellig fra den i patentkravet beskrevne omskifter. Patenthaveren gjorde gældende, *at* den omtvistede omskifters konstruktion var i overensstemmelse med den principielle grundtanke og ide i patentet, og *at* der var tale om en simpel

teknisk ækvivalens. Den påberåbte grundtanke og ide fremgik på ingen måde af patentkravet.

Højesteret statuerede, at der ikke var tale om krænkelse. Det fremgik af domsbegrundelsen, *at* den påberåbte grundtanke og ide ikke på tilstrækkelig tydelig måde var omtalt i patentbeskrivelsen, og *at* det ikke kunne tillægges betydning, at der var tale om en egenskab ved opfindelsen, som gentagne gange var blevet fremhævet i ansøgerens korrespondance med Patentdirektoratet, der efter de dagældende regler ikke var tilgængelig for offentligheden.

Tærskeværksdom I – UfR 1959 s. 485 H

I Tærskeværksdom I angik patentkravet en anordning ved ilæggere til tærskeværker, som blandt andet var karakteriseret ved en tromle med nogle lister og nogle udskæringer i en sliske. Den omtvistede ilægger havde de i patentkravet omtalte lister men ikke udskæringerne i slisken.

Patenthaveren gjorde gældende, *at* det centrale i opfindelsen var tromlen og listerne, mens udskæringerne i slisken blot var at anse for en detailforbedring, og *at* den omtvistede ilæggers alternativ til udskæringerne i slisken i øvrigt var en ækvivalent løsning.

Ifølge de syns- og skønsmænd, som udtalte sig under sagens gang i landsretten, og Patentdirektoratet bestod det »ejendommelige« ved opfindelsen og opfindelsestanken i kombinationen af den med lister forsynede tromle og udskæringerne i slisken, således at udskæringerne ikke blot kunne anses for en særligt hensigtsmæssig udførelsesform. Ifølge de syns- og skønsmænd, som udtalte sig under sagens gang i Højesteret, var den omtvistede ilæggers alternativ til udskæringerne i slisken udtryk for delvis ækvivalens, når den omtvistede ilægger blev anvendt på en bestemt måde.

Højesteret statuerede, at der ikke var tale om krænkelse. Det fremgår af begrundelsen, at det ikke blev anset for bevist, at der forelå teknisk ækvivalens. Patenthaverens synspunkter vedrørende det centrale i opfindelsen og udskæringernes karakter af en detailforbedring blev ikke omtalt i begrundelsen. Det skyldes formentlig, at dommerne anså det for bevist, at udskæringerne ikke blot var en detailforbedring men derimod udgjorde et mere betydningsfuldt træk ved opfindelsen.

Markørdommen – UfR 1961 s. 731 H

I Markørdommen drejede patentkravet sig om en løfte- og sænkeindretning for 2 markører anbragt på hver sin side af en agerbrugsmaskine. Patenthaveren gjorde gældende, at det ejendommelige ved opfindelsen var

en stopmekanismes anbringelse i transmissionen mellem et fælles løfteorgan og de 2 markører.

Syns- og skønsmændene havde udtalt, at der var visse forskelle mellem den i patentkrav 1 beskrevne opfindelse og den forud kendte teknik, for så vidt angik den konstruktive udformning, herunder navnlig derved at det i patentkravet var angivet, at det var et led i transmissionen mellem løfteorganet og markørerne, der blev blokeret – i modsætning til en blokering af markørernes bærearme.

Højesteret udtalte i overensstemmelse hermed, at »det karakteristiske« var, at stopmekanismen indgik i transmissionen mellem løfteorgan og markører. Det må anses for uomstvistet, stopmekanismen på den omtvistede maskine indgik i transmissionen. Da den omtvistede maskine ikke kunne anses for at adskille sig afgørende fra patenthaverens maskine, statuerede Højesteret, at der forelå krænkelse. Ifølge domsbegrundelsen, var Højesterets vurdering af »det karakteristiske« baseret på patentkravet sammenholdt med patentbeskrivelsen. Vurderingen fremtræder således som dommernes egenhændige vurdering. Det kan dog næppe udelukkes, at vurderingen i et vist omfang har været påvirket af syns- og skønsmændenes udtalelse om det, der kunne anses for det nye ved opfindelsen.

Persiennedom I – UfR 1962 s. 66 H

I Persiennedom I angik opfindelsen ifølge patentkravet en persienne, som blandt andet var karakteriseret ved en »frit nedhængende stang«. Den omtvistede persienne havde også en nedhængende stang, men den var fikseret i en holder.

Landsretten og Højesteret statuerede, at patentet var krænket. I domsbegrundelsen anførte dommerne, *at* holderen var uden betydning for virkemåden, og *at* man derfor måtte lægge til grund, at der var tale om en forskel, som ikke kunne bringe den omtvistede persienne uden for patentet. For så vidt angår vurderingen af den omtvistede genstands virkemåde, var dommen ifølge begrundelsen direkte baseret på udtalelser fra syns- og skønsmændene.

Når den eneste forskel mellem den omtvistede genstand og den i patentkravet beskrevne opfindelse i Persiennedom I var den for virkemåden ubetydelige holder, må man herfra modsætningsvist kunne slutte, at den omtvistede genstand har haft de for den patenterede opfindelse særegne egenskaber, og derfor kan dommen også anses for at have været motiveret i dette forhold.

Murbøsningsdommen – UfR 1962 s. 393 Ø

Ifølge patentkravet i Murbøsningsdommen drejede opfindelsen sig om en murbøsning, der blandt andet var karakteriseret ved, at den bestod af nogle »længdeklodser«, der var indbyrdes forbundet ved hjælp af nogle tynde og bøjelige vægdele. Tvisten drejede sig primært om forholdet mellem dimensionerne på den omtvistede genstands længdeklodser og de noget tyndere dele, der forbandt længdeklodserne. Ifølge dommens gengivelse af procedurerne kom parterne slet ikke ind på patentkravenes eventuelle betydning for sagen. Sådan som procedurerne er gengivet i dommen, tog parternes argumentation udgangspunkt i en umiddelbar sammenligning af den omtvistede murbøsning med dels patentbeskrivelsen og dels en af patenthaveren selv fremstillet murbøsning.

I Østre Landsret kom 2 af de 3 dommere efter en sammenligning med patenthaverens murbøsning og patentets indhold frem til, at den omtvistede genstand var omfattet af patentet på grund af dens lighed med den patenterede murbøsning. I den forbindelse henviste de udtrykkeligt til, at det ved den omtvistede genstand måtte anses for tilstræbt at opnå en i patentbeskrivelsen nævnt fordel – at forene stor sammenpresningsmulighed med en betydelig og fast anlægsflade mod udboringens vægge.

Phenylbutazondommen – UfR 1964 s. 498 H

Phenylbutazondommen drejede sig om en fremgangsmåde til fremstilling af lægemidlet phenylbutazon. I Højesteret blev sagen afgjort af i alt 7 dommere, hvor flertallet på 4 dommere mente, at der var tale om krænkelse, mens de 3 dissentierende dommere var af den opfattelse, at patentet ikke var krænket. Flertallet på 4 dommere var ikke enige om begrundelsen, idet kun 3 af dommerne (herefter kaldet »de første 3 højesteretsdommere«) var enige om begrundelsen, mens den 4. dommer gav en noget afvigende begrundelse.

De 3 dissentierende højesteretsdommere indledte deres begrundelse med at konstatere, at »det væsentlige« i patentet var valget af de anvendte udgangsstoffer – et derivat af monosubstitueret malonsyre og disubstitueret hydrazin. Det svarer med en lidt afvigende formulering til en del af de første 3 højesteretsdommeres begrundelse, hvor det er anført, at »det væsentlige« i den patenterede fremgangsmåde var kombinationen af en monosubstitueret malonsyre med et distribueret hydrazin.

De 6 højesteretsdommeres påpegning af de 2 stoffer som »det væsentlige« ved opfindelsen må antages at afspejle den opfattelse, at »det væsentlige« ved en patenteret opfindelse er af betydning for beskyttelsesomfanget.

De 3 dissentierende dommere tilkendegav i deres begrundelse ekspli-

cit, at det, der udgjorde de væsentlige træk ved opfindelsen (»den afgørende del af opfindelsen«), havde den betydning for patentets beskyttelsesomfang, at det ikke kunne udstrækkes til at omfatte noget ud over patentkravets indhold, for så vidt angik de pågældende træk ved opfindelsen.

I votummet fra de første 3 højesteretsdommere, fremgår det ikke umiddelbart, af hvilken årsag dommerne kom ind på spørgsmålet om det væsentlige ved opfindelsen. Af voteringsprotokollen fremgår det dog, at i hvert fald en af dommerne var af den opfattelse, at for så vidt angår det væsentlige ved opfindelsen, skulle der være relativt begrænsede eller ingen muligheder for at tildele et beskyttelsesomfang, som gik ud over det, der fremgik af patentet. Det svarer i hvert fald i hovedtræk til den opfattelse, som de 3 dissentierende dommere gav udtryk for i deres votum. På den baggrund forekommer det rimeligt at antage, at den omtale af det væsentlige ved opfindelsen, som man finder hos de 3 dommere fra flertallet, afspejler en principiel opfattelse, som i vidt omfang svarer til den opfattelse, man finder hos de 3 dissentierende dommere. Der er dog tale om en principiel enighed, som konkret ikke fik nogen betydning for sagens udfald, idet de 3 dommere, der tilhørte flertallet, mente, at der ikke var nogen forskel mellem den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde, og den omtvistede fremgangsmåde.

Bevismæssigt er det bemærkelsesværdigt, *at* der ikke forelå nogen sagkyndige vurderinger i form af syns- og skønserklæringer eller lignende vedrørende spørgsmålet om, hvad der måtte anses for opfindelsens særegne egenskaber, og *at* de 6 højesteretsdommere således i den henseende baserede sig på deres egenhændige vurderinger. De 3 dissentierende dommeres vurdering tog formentlig udgangspunkt i patentkravene, idet de i deres votum gav udtryk for, at beskyttelsesomfanget ikke kunne udstrækkes til at omfatte noget ud over patentkravets indhold, for så vidt angik de pågældende træk ved opfindelsen.

Processuelt er de 6 højesteretsdommeres væsentlighedsvurdering interessant, fordi ingen af parterne havde gjort gældende, at det væsentlige ved opfindelsen var valget af de 2 udgangsstoffer, som de 6 dommere anså for at udgøre »det væsentlige« ved patentet. Patenthaveren var den eneste af parterne, der havde udtalt sig om væsentlighedsspørgsmålet. Patenthaveren gjorde gældende, at »kernen« i den patenterede opfindelse var den kemiske opbygning af en i patentkravet nævnt dioksopyrasolidinring indeholdende butyl- og phenylforbindelser med værdifulde terapeutiske egenskaber.[25]

---

25. I denne sammenhæng må »det væsentlige« ved en opfindelse og »kernen« i en opfindelse anses for synonyme udtryk.

Kaffeposedommen – UfR 1969 s. 249 Ø

I Kaffeposedommen var den i patentkravet beskrevne kaffepose udstyret med en ring, som ikke forefandtes hos den omtvistede kaffepose. Østre Landsret statuerede, at der ikke var tale om krænkelse og angav som begrundelse, at patentet efter sit indhold og den der nævnte kaffeposes funktionsmåde ikke kunne omfatte den påståede krænkers kaffepose. Det vedrørende funktionsmåden anførte må antages at sigte til, at den i patentkravet beskrevne kaffepose havde en til posens overkant fastgjort ring, hvorfra den kunne hænge ned i kaffekanden, mens det omtvistede kaffefilter skulle anbringes i en kaffetragt oven på kaffekanden.

Kødhakkemaskinedommen – UfR 1976 s. 495 H

I Kødhakkemaskinedommen drejede patentet sig ifølge patentkravet om et skæreværktøj, som var kendetegnet ved »et eller flere knivpar, som hvert« bestod af »dels af en kniv i form af en cirkelsektor … dels af en stangformet kniv«.

Den påståede krænker påberåbte sig, at der var den forskel mellem det omtvistede skæreværktøj og det i patentet beskrevne skæreværktøj, at der i det omtvistede skæreværktøj ikke var noget mellemrum mellem den inderste og den yderste kniv, idet de 2 knivsægge på det omtvistede skæreværktøj begge udgjorde integrerede dele af en og samme roterende arm.[26]

Ifølge syns- og skønsmændene var der tale om en forskel uden væsentlig betydning for skæreværktøjets virkning, således at det omtvistede skæreværktøj efter deres opfattelse i det væsentligste havde samme virkemåde.

Navnlig under henvisning til syns- og skønsmændenes udtalelser om virkemåden statuerede Østre Landsret og Højesteret, at der var tale om krænkelse.

Clopoxiddommen – UfR 1979 s. 533 H

Clopoxiddommen drejede sig om en fremgangsmåde til fremstilling af lægemidlet clopoxid. Der var visse forskelle mellem den omtvistede fremgangsmåde og den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde, men i begge fremgangsmåder var der en særlig form for udvidelse fra en 6-ledet pyrimidinring til en 7-ledet 1,4-diazepinring.

Ifølge syns- og skønsmændene udgjorde denne udvidelse, som ikke var kendt på patentets prioritetsdag, en kemisk egenartet fremgangsmåde.

---

26. I bilag A er begge konstruktioner vist ved hjælp af tegningerne fra det håndhævede patent og et patent, som den påståede krænker havde fået udstedt på sin egen konstruktion.

Østre Landsret og Højesteret var enige om, at der var tale om krænkelse. I begrundelsen var det blandt andet anført, *at* ringudvidelsen var en for dannelsen af lægemidlet »afgørende« reaktion, *at* den reaktion i den omtvistede fremgangsmåde blev fremkaldt på samme måde som i den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde, og *at* den omtvistede fremgangsmåde »herefter« havde en sådan lighed med patenthaverens fremgangsmåde, at patentet måtte anses for krænket. Det fremgår af Højesterets voteringsprotokol, at den som en »afgørende« reaktion fremhævede ringudvidelse i Højesteret blev anset for at udgøre opfindelsens »kerne«.

Det må antages, at vurderingen af ringudvidelsen som opfindelsens kerne/afgørende reaktion var baseret på syns- og skønsmændenes udtalelse vedrørende ringudvidelsens kemiske egenartethed på prioritetsdagen.

Elektrolyseanlægsdommen – UfR 1980 s. 271 Ø

I Elektrolyseanlægsdommen statuerede Østre Landsret, at der ikke var tale om krænkelse. I begrundelsen udtalte dommerne sig om, hvad der under hensyn til den forud kendte teknik skulle anses for at udgøre det essentielle ved opfindelsen. Det er udtrykkeligt anført, at vurderingen af det essentielle skete under hensyn til den forud kendte teknik, men hvilken forud kendt teknik, der skulle have betydning på hvilken måde, fremgår ikke.

Det fremgår af begrundelsen, at dommerne var af den opfattelse, at »det essentielle« ved opfindelsen måtte være af betydning for beskyttelsesomfanget. Den del af begrundelsen, der drejer sig om »det essentielle« fremstår imidlertid som ret løsrevet fra den øvrige begrundelse, og det fremgår derfor ikke, på hvilken måde det essentielle skulle være af betydning for beskyttelsesomfanget.

Den omtvistede genstand savnede et af de træk, som ifølge dommernes opfattelse udgjorde en del af »det essentielle« ved opfindelsen. I dommen er det ikke eksplicit kommet til udtryk, at »det essentielle« ved opfindelsen var afgørende for, at der ikke blev statueret krænkelse. I domsbegrundelsen er det således anført, at det afgørende for krænkelsesspørgsmålet var, om det omtvistede anlæg løste i det væsentlige samme opgave på i det væsentlige samme måde.

Syns- og skønsmændene havde udtalt sig om, hvad der skulle anses for opfindelsens ide. Ved vurderingen af, hvad der skulle anses for »det essentielle«, valgte dommerne imidlertid ikke at lægge syns- og skønsmændenes udtalelse om opfindelsens ide til grund. Ved dommernes egen vurdering af »det essentielle« tilføjede de det tidligere omtalte træk, som det omtvistede anlæg ikke havde. Dommernes vurdering må antages at have været påvirket af patentbeskrivelsen, som i modsætning til patentkravet

omtalte samtlige de træk ved opfindelsen, der ifølge dommerne udgjorde »det essentielle« ved opfindelsen.

Køge Bugt Strandpark-dommen – UfR 1989 s. 548 H

I Køge Bugt Strandpark-dommen drejede den patenterede opfindelse sig om en fremgangsmåde til etablering af en fremrykket kystlinie med nogle stabile bygværker, *hvor* den fremrykkede kyst er udsat for nedbrydning, og *hvor* den fremrykkede kysts linieføring skal svare til en under hensyn til forholdene i hovedsagen stabil kystlinie mellem bygværkerne.

Den påståede krænker gjorde gældende at bygværkerne i den omtvistede kystlinie i Køge Bugt Strandpark ikke var placeret med kystsikring som det primære formål, idet placeringen derimod var dikteret af rekreative formål og naturen, således at kystlinien var bygget op på de eksisterende sandøer og revler.

Ifølge syns- og skønsmændene forholdt det sig således, *at* de ved strandparken opførte 5 bygværker/moler beskyttede den nye fremrykkede kyst/badestrand mod nedbrydning, *at* de 5 ved strandparken opførte bygværker ikke kunne have andet hovedformål end at sikre den fremrykkede kyst imod nedbrydning og for de 3's vedkommende desuden at danne havnemoler.

Den eneste af Højesterets dommere, der havde anledning til at tage stilling til patentets beskyttelsesomfang, kom frem til, at den omtvistede kystlinie måtte anses for omfattet af patentet. Det må antages, at dommeren i den forbindelse ikke anså det for bevist, *at* det som hævdet af den påståede krænker var rekreative formål, der var hovedformålet med den valgte linieføring af den fremrykkede kyst, og *at* den kystsikrende effekt skulle være en utilsigtet sideeffekt.[27] Dommen afspejler med andre ord kravene til beviset for, at den omtvistede genstand har et andet formål end den patenterede opfindelse.

Slibeskivedommen – UfR 1992 s. 704 H

I Slibeskivedommen kom Østre Landsret frem til, at der ikke var tale om krænkelse.[28] I begrundelsen udtalte dommerne sig om, hvad der måtte anses for det karakteristiske ved opfindelsen, hvorefter de konstaterede, *at*

27. Selv om en rekreativ virkning havde været hovedformålet, kunne opfindelsens tekniske effekt (opnåelse af en stabil kystlinie på en nærmere angiven måde) i øvrigt opfattes som et middel til opnåelse af de rekreative formål.
28. Under sagens behandling i Højesteret havde patentindehaveren frafaldet den del af sagen, der drejede sig om patentkrænkelse, idet sagen for Højesteret alene blev ført på grundlag af markedsføringslovens regler om god markedsføringsskik.

det omtvistede produkt ikke havde de karakteristiske træk ved opfindelsen, og *at* der ikke var en sådan grad af lighed, at patentet kunne anses for krænket.

Det anførte om den utilstrækkelige grad af lighed er formentlig udtryk for den opfattelse, at der ikke kan være den for konstatering af krænkelse fornødne lighed, når det karakteristiske for opfindelsen ikke forefindes hos den omtvistede genstand.

Ifølge begrundelsen var vurderingen af, hvad der måtte anses for at udgøre det karakteristiske, baseret på patentkravet sammenholdt med patentbeskrivelsen og ansøgerens korrespondance med Patentdirektoratet. Syns- og skønsmændene havde udtalt, at der funktionsmæssigt næppe var nogen forskel, men det blev øjensynligt ikke tillagt væsentlig betydning, idet dommernes konklusion som nævnt var, at der ikke forelå krænkelse. Indledningsvis havde landsretten konstateret, at det måtte anses for forud kendt teknik at anvende slibeblade, der var opslidset i lameller – som det var tilfælde i såvel den omtvistede genstand som i den i patentet beskrevne opfindelse. At det var udtryk for forud kendt teknik, fremgik direkte af patentbeskrivelsen.

2.4. *Konklusioner*

2.4.1. Betydningen af en patenteret opfindelses særegne egenskaber

For at skabe et overblik over dommene er de nedenfor indplaceret i et skema, hvoraf det fremgår, i hvilket omfang *a)* det må anses for lagt til grund i dommene, at der forelå forskelligheder mellem den i patentkravene beskrevne opfindelse og den omtvistede genstand, *b)* det i dommene må anses for lagt til grund, at den patenterede opfindelses særegne egenskaber var til stede hos den omtvistede genstand, og *c)* der blev statueret krænkelse.[29]

Når det om en dom er anført, at det ikke blev lagt til grund, at der forelå forskelligheder mellem den i patentkravet beskrevne opfindelse og den omtvistede genstand, indebærer det ikke, at man modsætningsvis kan slutte, at det dommerne lagde til grund, at den omtvistede genstand svarede til patentkravets beskrivelse af den patenterede opfindelse.

---

29. Rumudtørringsdommen (UfR 1934 s. 248 H) er ikke taget med i skemaet, idet det relevante ved den dom alene er Højesterets principielle udtalelse, hvilket gør, at den ikke umiddelbart lader sig indplacere i skemaet. Tilsvarende er Kærneæltervalsedommen (UfR 1925 s. 586 H) og Køge Bugt Strandpark-dommen (UfR 1989 s. 548 H) ikke taget med, idet det relevante ved de domme alene er beviskravet, for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt en omtvistet genstand kan anses for at have et andet formål end den patenterede opfindelse.

I en række af dommene er det ikke ud fra begrundelsen muligt med sikkerhed at sige, hvad dommerne lagde til grund med hensyn til opfindelsens særegne egenskaber, selv om der i dommene er refereret udtalelser fra syns- og skønsmænd vedrørende opfindelsens særegne egenskaber. Om disse domme er det i skemaet forudsat, at dommerne lagde syns- og skønsmændenes opfattelser til grund. Rimeligheden af denne fremgangsmåde dokumenteres af, at det giver resultater, som passer ind i det mønster, de øvrige domme fremviser.

I det omfang der i dommene ikke er statueret krænkelse, er det i skemaet forudsat, at dommerne lagde til grund, at den omtvistede genstand adskilte sig fra den i patentkravene beskrevne opfindelse, medmindre det udtrykkeligt fremgår af dommene, at der ikke er grundlag for den forudsætning. At dette er en rimelig fremgangsmåde fremgår af, at de resulterende konklusioner passer ind i det af de øvrige domme fremviste mønster.

De 3 dissentierende dommere i Phenylbutazondommen er medtaget her, fordi den udslagsgivende uenighed mellem de 3 dissentierende dommere og flertallet primært vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt den særegne egenskab forefandtes i den omtvistede fremgangsmåde, hvorfor de dissentierende dommere ikke kan siges at være blevet overruled af flertallet, for så vidt angår bedømmelsen af tilfælde, hvor det rent faktisk må lægges til grund, at en opfindelses særegne egenskaber ikke forefindes hos en omtvistet genstand. Af rent fremstillingsmæssige årsager behandles de 3 dissentierende dommeres votum her som en separat dom. Det skal naturligvis tages med det forbehold, som naturligt må følge af det just anførte.

I skemaet er »X« anvendt for at angive, at indplaceringen i skemaet er ret utvivlsom, mens »F« er anvendt for at angive, at indplaceringen er baseret på en Formodning. I de tilfælde, hvor det som ovenfor omtalt antages, at dommerne har lagt syns- og skønsmændenes udtalelser vedrørende en opfindelses særegne egenskaber til grund, selv om det ikke har eksplicit støtte i domsbegrundelsen, er der for eksempel anvendt et »F« ved indplaceringen i skemaet.

	Blev det lagt til grund, at der forelå forskelligheder?		**Blev det lagt til grund, at opfindelsens særegne egenskaber var til stede hos den omtvistede genstand?**		**Blev der statueret krænkelse?**	
	ja	**nej**	**ja**	**nej**	**ja**	**nej**
Kedelfyrdommen UfR 1899 s. 892 K&P	F		F			X
Vindueslukkerdommen UfR 1907 s. 146 H	X		F		X	
Radrensemaskinedom I UfR 1907 s. 503 L	F		F		X	
Radrensemaskinedom II UfR 1911 s. 791 H	X		F		X	
Varmekedeldommen UfR 1931 s. 264 H	X		F			X
Gasmålerrammedommen UfR 1936 s. 284 H	X		F		X	
Kølepladedom I UfR 1937 s. 745 H	X		F		X	
Stofbanedommen UfR 1938 s. 756 H	X		X		X	
Soveottomandommen UfR 1939 s. 769 H	F		F			X
Kølepladedom II UfR 1940 s. 337 H	X			X		X

Insulindommen UfR 1941 s. 484 H	X		X		X	
Køletromledommen UfR 1943 s. 93 H		F		X		X
Rundsavsdommen VLT 1943 s. 351 V	X		F			X
Borsvingsdommen UfR 1949 s. 53 H	X		X		X	
Omskifterdommen UfR 1959 s. 436 H	X			X		X
Tærskeværksdom I UfR 1959 s. 485 H	X			F		X
Markørdommen UfR 1961 s. 731 H		F	X		X	
Persiennedom I UfR 1962 s. 66 H	X		X		X	
Murbøsningsdommen UfR 1962 s. 393 Ø		F	X		X	
Phenylbutazondommen (3 af de 4 dommere, der udgjorde flertallet) UfR 1964 s. 498 H		X	X		X	
Phenylbutazondommen (de 3 dissentierende dommere) UfR 1964 s. 498 H	X			X		X
Kaffeposedommen UfR 1969 s. 249 Ø	X			X		X
Kødhakkemaskinedommen UfR 1976 s. 495 H	F		X		X	
Clopoxiddommen UfR 1979 s. 553 H	X		X		X	
Elektrolyseanlægsdommen UfR 1980 s. 271 Ø	F			F		X
Slibeskivedommen UfR 1992 s. 704 H	F			X		X

Det er bemærkelsesværdigt, at spørgsmålet om den patenterede opfindelses særegne egenskaber stort set kun har været relevant i sager, hvor det må anses for lagt til grund, at der forelå visse forskelligheder mellem den i patentkravene beskrevne opfindelse og den omtvistede genstand. Det er således kun i 4 af de 26 domme, at det ikke kan anses for lagt til grund, at der var en forskel.

Når man ser på *de 8 domme, hvor det blev lagt til grund, at det særegne ved opfindelsen ikke forefandtes hos den omtvistede genstand*, tegner der sig et meget tydeligt billede. I samtlige domme var dommerne af den opfattelse, at der ikke var tale om krænkelse.

Ser man nøjere på disse 8 domme, finder man i Phenylbutazondommen (UfR 1964 s. 498 H) en relativt klar tilkendegivelse fra de 3 dissentierende dommere, ifølge hvilken det, der udgør de væsentlige træk ved en opfindelse (»den afgørende del af opfindelsen«), har den betydning for et patents beskyttelsesomfang, at det ikke kan udstrækkes til at omfatte noget, der ligger uden for patentkravets beskrivelse af de pågældende træk ved opfindelsen. Som omtalt ovenfor i afsnit 5.2 må det antages, at 3/4 af flertallet i Højesteret var af samme opfattelse som de 3 dissentierende dommere, for så vidt angår den principielle betydning af det væsentlige ved en opfindelse. En retsregel af det nævnte indhold må forudsætte, at det væsentlige ved opfindelsen er kommet til udtryk i patentkravet. I det omfang man når frem til, at det væsentlige ved opfindelsen er noget, som ikke er beskrevet i patentkravet, giver reglen ikke nogen mening. Under forudsætning af, at det væsentlige ved en opfindelse rent faktisk kan være noget, der ikke er beskrevet i patentkravet, kan dommen anskues som et specialtilfælde under en mere almen retsregel om, at et patents beskyttelsesomfang ikke kan udtrækkes til at omfatte genstande, som savner opfindelsens væsentlige træk / særegne egenskaber. Rent faktisk kan det særegne ved en opfindelse ifølge retspraksis godt omfatte noget, som ikke er kommet til udtryk i patentkravene.[30] Der er med andre ord grundlag for at opfatte Phenylbutazondommen som udtryk for en mere almen regel om, at et patents beskyttelsesomfang ikke kan udtrækkes til genstande, der savner den patenterede opfindelses særegne egenskaber.

En retsregel af det indhold har også støtte i Kølepladedom II (UfR 1940 s. 337 H) og Slibeskivedommen (UfR 1992 s. 704 H), idet det i begge domme eksplicit blev angivet, at der på grund af den manglende tilstedeværelse af opfindelsens særegne egenskaber hos den omtvistede genstand ikke forelå den til statuering af krænkelse fornødne lighed. Reglen

30. Se Insulindommen (UfR 1941 s. 484 H), hvor ingen del af det, der ifølge Højesterets flertal måtte anses for opfindelsen kerne, var omtalt i patentkravet.

er endvidere kompatibel med den resterende del af de 8 domme – det vil sige følgende 4 domme: Omskifterdommen (UfR 1959 s. 436 H), Tærskeværksdom I (UfR 1959 s. 485 H), Køletromledommen (UfR 1943 s. 93 H), Kaffeposedommen (UfR 1969 s. 249 Ø) og Elektrolyseanlægsdommen (UfR 1980 s. 271 Ø).

På baggrund af ovenstående forekommer det rimeligt at beskrive retspraksis som udtryk den opfattelse, at en omtvistet genstand ikke kan være omfattet af et patent, når den patenterede opfindelses særegne egenskaber ikke forefindes hos den omtvistede genstand.

Når man ser på *de 18 domme, hvor dommerne lagde til grund, at det særegne ved opfindelsen forefandtes hos den omtvistede genstand*, tegner der sig umiddelbart et mindre klart billede. Som hovedregel har dommerne været af den opfattelse, at der forelå krænkelse, men i 4 tilfælde blev der ikke statueret krænkelse.

Det bedste udgangspunkt for analysen finder man i Insulindommen (UfR 1941 s. 484 H).[31] Den er udtryk for den opfattelse, at der er en formodning for krænkelse, når man hos den omtvistede genstand finder det for opfindelsen særegne [»opfindelsens kerne«], men at der selv i sådanne tilfælde ikke foreligger krænkelse, dersom den omtvistede genstand alligevel adskiller sig væsentligt fra den i patentet beskrevne opfindelse.

En retsregel af det indhold har en vis støtte i Stofbanedommen (UfR 1938 s. 756 H), Borsvingsdommen (UfR 1949 s. 53 H) og Kødhakkemaskinedommen (UfR 1976 s. 495 H), idet der i disse domme som begrundelse for at statuere krænkelse blev henvist til opfindelsens særegne egenskaber.

Radrensemaskinedom II (UfR 1911 s. 791 H), Murbøsningsdommen (UfR 1962 s. 393 Ø) og Clopoxiddommen (UfR 1979 s. 553 H) kan give anledning til den præcisering, at formodningen for krænkelse skyldes, at der som udgangspunkt må antages at foreligge en til statuering af krænkelse tilstrækkelig høj grad af lighed, når en for opfindelsen særegen egenskab forefindes hos den omtvistede genstand. I de 3 domme er der nemlig som begrundelse for at statuere krænkelse udtrykkeligt henvist til den omtvistede genstands (væsentlige) lighed med den patenterede opfindelse eller lignende.

I Rundsavsdommen (VLT 1943 s. 351 V) udtalte syns- og skønsmændene, at den omtvistede rundsav i princippet havde samme virkemåde

---

31. Dommen er det bedste udgangspunkt, fordi det er en relativt klar højesteretsdom, og fordi det er den dom, der er bedst egnet til at danne grundlag for en analyse, som uden at løbe ind i voldsomme problemer giver harmoniske resultater.

som den patenterede. Under forudsætning af, at dommerne i overensstemmelse hermed lagde til grund, at den omtvistede rundsav havde samme virkemåde, støtter dommen en retsregel, ifølge hvilken det ikke er eneafgørende, at en patenteret opfindelses særegne egenskaber forefindes hos en omtvistet genstand. I den sag blev der nemlig under henvisning til den omtvistede rundsavs væsentlige afvigelse fra den patenterede rundsav ikke statueret krænkelse. Dette falder i god tråd med begrundelserne i Radrensemaskinedom II (UfR 1911 s. 791 H), Murbøsningsdommen (UfR 1962 s. 393 Ø) og Clopoxiddommen (UfR 1979 s. 553 H), jf. det om disse domme anførte i forrige afsnit. En retsregel, hvor forekomsten af en opfindelses særegne egenskaber hos en omtvistet genstand giver en formodning for en så væsentlig lighed med den patenterede opfindelse, at der som udgangspunkt må antages at foreligge krænkelse, er endvidere kompatibel med 10 af de øvrige 11 domme, nemlig Vindueslukkerdommen (UfR 1907 s. 146 H), Radrensemaskinedom I (1907 s. 503 L), Radrensemaskinedom II (1911 s. 791 H), Varmekedeldommen (1931 s. 264 H), Gasmålerrammedommen (1963 s. 284 H), Kølepladedom I (1937 s. 745 H), Soveottomandommen (1939 s. 769 H), Markørdommen (1961 s. 731 H), Persiennedom I (1962 s. 66 H) og Phenylbutazondommen (1964 s. 498 H) – sidstnævnte dom for så vidt angår de 3 dommere, der tilhørte Højesterets flertal.

Den eneste af de 18 domme, som ikke er kompatibel med en retsregel af det omtalte indhold, er Kedelfyrdommen (UfR 1899 s. 892 K&P). Det er imidlertid en meget gammel dom fra Kriminal- og Politiretten, og den må kunne anses for overruled af senere højesteretspraksis.

På baggrund af ovenstående forekommer det rimeligt at beskrive retspraksis som udtryk for den opfattelse, *at* selv om en omtvistet genstand antages at adskille sig fra den i et patent beskrevne opfindelse, så antages der som hovedregel at være en så høj grad af lighed, at der må være tale om krænkelse, når en for den patenterede opfindelse særegen egenskab forefindes hos en omtvistet genstand, men *at* dette dog ikke gælder, når det på grund af andre forhold kan antages, at den omtvistede genstand alligevel adskiller sig væsentligt fra den patenterede opfindelse. Om en omtvistet genstand i hidtil gældende dansk ret skal anses for at adskille sig væsentligt, må afhænge af en afvejning af de relevante kriterier, jf. kapitel 8.

Det fremgår forudsætningsvist af Rumudtørringdommen (UfR 1934 s. 248 H), at en omtvistet genstand ikke nødvendigvis falder uden for et patents beskyttelsesomfang, blot fordi den omtvistede genstand tjener til at løse et andet problem end det i patentkravene angivne problem. I dommen må det anses for forudsat, at hvis den omtvistede genstand tjener til at løse

et andet problem, kan der desuagtet statueres krænkelse, hvis den omtvistede genstand udnytter opfindelsens tekniske effekt (som middel) til at løse det andet problem.[32]

Som omtalt ovenfor støder man i litteraturen på det synspukt, *at* afgørelsen af, om en omtvistet genstand, der har et andet formål eller anvendelsesområde end det, der er angivet i et patent skal anses for omfattet af patententet, bør ske ved at kombinere et teknisk skøn med en konkurrenceretlig vurdering, og *at* den konkurrenceretlige vurdering skal indebære, at man i almindelig ikke bør statuere krænkelse udenfor konkurrencerelationen, medmindre den tekniske lighed er meget stor. Højesterets principielle bemærkninger i Rumudtørringsdommen (UfR 1934 s. 248 H) giver ikke grundlag for at antage, at der skal lægges vægt på sådanne konkurrenceretlige vurderinger.

2.4.2. *Det særegne ved en patenteret opfindelse*

Det er ikke muligt at sige noget særlig præcist om, hvad der skal anses for at udgøre en opfindelses særegne egenskaber. Det er end ikke muligt at sige noget generelt om, hvad der skal anses for at udgøre det særegne ved bestemte typer opfindelser. Som eksempel kan det nævnes, at vurderingen af det særegne fik 3 vidt forskellige udfald i de 3 sager, hvor spørgsmålet var relevant i forbindelse med patenter på fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler. De 3 domme er Insulindommen (UfR 1941 s. 484 H), Phenylbutazondommen (UfR 1964 s. 498 H) og Clopoxiddommen (UfR 1979 s. 533 H).

I *Insulindommen* havde højesterets flertal på 5 ud af 9 dommere fastslået, at i den patenterede opfindelses kerne var den tungtopløselighed i blod og vævsvædske, som karakteriserede det lægemiddel, der blev fremstillet ved hjælp af den patenterede fremgangsmåde. I Insulindommen fokuserede flertallet af højesteretsdommerne med andre ord på det ved fremgangsmåden fremstillede lægemiddel og dets særlige egenskaber.

Denne fokusering på det fremstillede lægemiddel svarer i *Phenylbutazondommen* nøje til indholdet af patenthaverens synspunkter vedrørende »kernen« i den patenterede fremgangsmåde til fremstilling af phenylbutazon, og der kan næppe være nogen tvivl om, at der var tale om en procedure, som i betydelig grad var inspireret af Insulindommen. I Phenylbutazondommen gav landsretten patenthaveren medhold i dennes synspunkter vedrørende opfindelsens »kerne«, hvilket må siges at være i god overens-

32. Om fortolkning af patentkrav, som indeholder en angivelse af opfindelsens anvendelsesområde se kapitel 6.

stemmelse med Insulindommen. De 6 højesteretsdommere, der udtalte sig om, hvad der måtte anses for det væsentlige ved patentet, flyttede derimod fokus helt væk fra det ved fremgangsmåden fremstillede lægemiddel og dettes egenskaber. De var således af den opfattelse, at »det væsentlige« måtte anses for at dreje sig om de ingredienser, der anvendtes ved fremgangsmådens udøvelse. Spørgsmålet om »kernen i« / »det væsentlige ved« den patenterede opfindelse blev såvel i insulindommen som i phenylbutazondommen vurderet af dommerne selv uden støtte i syns- og skønserklæringer eller lignende. Det vidt forskellige udfald med hensyn til vurderingen af de særegne egenskaber kan derfor ikke forklares som udslag af forskelligheder med hensyn til de under sagerne indhentede sagkyndige erklæringer.

I *Clopoxiddommen* kom dommerne med en vis støtte i en syns- og skønserklæring frem til, at en særlig form for kemisk reaktion, nemlig en udvidelse fra en 6-ledet pyrimidinring til en 7-ledet 1,4 diazepinring måtte anses for at udgøre opfindelsens kerne.

Som det fremgår lagde dommerne i de 3 sager vægt på så vidt forskellige ting som *a)* egenskaberne ved det ved hjælp af den patenterede fremgangsmåde fremstillede produkt, *b)* valget af de i den patenterede fremgangsmåde anvendte udgangsstoffer, og *c)* en særlig form for kemisk reaktion, som optrådte under den patenterede fremgangsmådes udøvelse. Der er ingen påviselig fællesnævner, selv om der er tale om en ret snævert afgrænset kategori af patenter.

Der er ikke grundlag for at antage, at en opfindelses særegne egenskaber direkte eller indirekte skal fremgå af patentkravene, jf. Insulindommen.

2.4.3. *De for de særegne egenskaber relevante beviser*

Hvis man vil undersøge, hvad dommerne i praksis har baseret sig på med hensyn til beviser, når de skulle finde, hvad der i en konkret sag måtte anses for en opfindelses særegne egenskaber, må man kigge på de domme, hvor det er relativt klart, hvad dommerne har anset for at udgøre opfindelsens særegne egenskaber.

Det fremgår af nedenstående skema, om dommerne i de pågældende domme må antages at have baseret sig på syn og skøn og/eller erklæringer fra patentmyndigheden, eller om vurderingerne må antages at være dommernes egenhændige vurderinger. En vurdering er anset for at udgøre dommernes egenhændige vurdering, hvis der i begrundelsen for eksempel er henvist til det, der fremgår af patentbeskrivelsen, mens eventuelle sagkyndige erklæringer lades uomtalt. Af skemaet fremgår det endvidere, i hvilket omfang dommernes egenhændige vurderinger har indebåret en

	Dommernes stillingtagen var baseret på syn og skøn og/eller erklæringer fra patentmyndigheden	**Der var tale om dommernes egenhændige vurdering**		
		Ja	**Den var i overens-stemmelse med syns- og skøns-mændenes eller patent-myndig-hedens opfattelse**	**Den indebar en tilsidesæt-telse af syns- og skøns-mændenes eller patent-myndig-hedens opfattelse**
Stofbanedommen UfR 1938 s. 756 H		X	X	
Kølepladedom II UfR 1940 s. 337 H		X		
Insulindommen UfR 1941 s. 484 H		X		X
Borsvingsdommen UfR 1949 s. 53 H	X			
Markørdommen UfR 1961 s. 731 H		X	X	
Murbøsningsdommen UfR 1962 s. 393 Ø		X		
Phenylbutazondommen (3 af de 4 dommere, der udgjorde flertallet) UfR 1964 s. 498 H		X		
Phenylbutazondommen (de 3 dissentierende dommere) UfR 1964 s. 498 H		X		
Kaffeposedommen UfR 1969 s. 249 Ø		X		
Kødhakkemaskinedommen UfR 1976 s. 495 H	X			
Clopoxiddommen UfR 1979 s. 553 H	X			
Elektrolyseanlægsdommen UfR 1980 s. 271 Ø		X		X
Slibeskivedommen UfR 1992 s. 704 H		X		X

tilsidesættelse af opfattelser, som er kommet til udtryk i sagkyndige erklæringer.

Ser man på de 10 domme, hvor dommerne egenhændigt vurderede opfindelsens særegne egenskaber, forelå der i 5 af dommene en sagkyndig udtalelse, som dommerne kunne have valgt at basere sig på i stedet for selv at foretage den nødvendige vurdering. I de 2 af disse domme – Stofbanedommen (UfR 1938 s. 756 H) og Markørdommen (UfR 1949 s. 53 H) – var der overensstemmelse mellem resultatet af dommernes egenhændige vurdering og det, der kunne udledes af de sagkyndige erklæringer. I de 3 øvrige af de 5 domme – Insulindommen (UfR 1941 s. 484 H), Elektrolyseanlægsdommen (UfR 1980 s. 271 Ø) og Slibeskivedommen (UfR 1992 s. 704 H) – kom dommerne frem til et noget andet resultat end det, som ville have været det mest nærliggende, hvis dommerne havde taget udgangspunkt i de foreliggende udtalelser om opfindelsens formål, ide eller funktion.

Skemaet giver det indtryk af praksis, at dommerne selv i vidt omfang har set sig i stand til at vurdere, hvad der måtte anses for at udgøre de særegne egenskaber ved de pågældende opfindelser.

Der er ikke grundlag for at konkludere, at opdelingen af patentkravene i en indledende og en kendetegnende del har nogen betydning for vurderingen af, hvad der skal anses for en opfindelses særegne egenskaber.[33]

Det fremgår af skemaet, *at* der kun i 8 af de i alt 13 tilfælde forelå en relevant sagkyndig udtalelse fra syns- og skønsmænd og/eller patentmyndigheden, og *at* dommerne kun i 5 af disse 8 tilfælde kom frem til en konklusion, som var i overensstemmelse med de foreliggende udtalelser. Det må betegnes som overraskende, *dels* at sagkyndige udtalelser spiller en så beskeden rolle i denne sammenhæng (i 5 ud af 13 tilfælde svarende til 40 %), og *dels* at dommerne vælger at tilsidesætte de sagkyndige udtalelser i så mange tilfælde (3 ud af 8 svarende til 37,5 %).[34]

Den vurdering af en patenteret opfindelses særegne egenskaber, som dommerne lagde til grund, var i 10 af dommene udtryk for resultatet af dommernes egenhændige vurderinger. I skemaet nedenfor er det angivet, i hvilket omfang disse egenhændige vurderinger tog udgangspunkt i patent-

33. I overensstemmelse hermed har Pia Hjelt i NIR 1995 s. 65 anført, at opdelingen i en indledende og en kendetegnende del hører til de formaliteter, hvis opfyldelse det påhviler patentmyndigheden at påse, mens opdelingen bør være uden effekt med hensyn til beskyttelsesomfangets fastlæggelse.
34. Om den bevismæssige betydning af udtalelser fra den danske patentmyndighed generelt i sager vedrørende patenters beskyttelsesomfang se kapitel 10.

krav, patentbeskrivelse eller noget helt tredie. Skemaets udfyldning er baseret på det, der er angivet i de relevante domsbegrundelser. Når der er anvendt et »F«, er det dog udtryk for, at det anførte alene er baseret på en stærk formodning. Anvendelsen af »?« er udtryk for, *at* det ikke med tilstrækkelig tydelighed fremgår af den pågældende begrundelse, og *at* der ej heller syntes at være et rimelig sikkert grundlag for at opstille en formodning.

	Dommernes egenhændige vurdering tog udgangspunkt i		
	Patent-kravene	**Patent-beskrivelsen**	**Andet**
Stofbanedommen UfR 1938 s. 756 H	X	X	
Kølepladedom II UfR 1940 s. 337 H		X	
Insulindommen UfR 1941 s. 484 H		X	
Markørdommen UfR 1961 s. 731 H	X	X	
Murbøsningsdommen UfR 1962 s. 393 Ø		X	
Phenylbutazondommen (3 af de 4 dommere, der udgjorde flertallet) UfR 64 498 H	?	?	?
Phenylbutazondommen (de 3 dissentierende dommere) UfR 64 498 H	F		
Kaffeposedommen UfR 1969 s. 249 Ø	?	?	?
Elektrolyseanlægsdommen UfR 1980 s. 271 Ø		X	den forud for prioritetsdagen kendte teknik
Slibeskivedommen UfR 1992 s. 704 H	X	X (den forud for prioritetsdagen kendte teknik)	ansøgerens korrespondance med patentmyndigheden

Det fremgår af skemaet, *at* patentbeskrivelsen, herunder det deri anførte om den forud for prioritetsdagen kendte teknik, har spillet en central rolle i langt de fleste af sagerne, og *at* patentkravene har spillet en relativt beskeden rolle. Der er ikke grundlag for at konkludere, at patentkravene har fået større betydning – hverken relativt eller absolut – i forbindelse med fremkomsten af 1967-patentloven og dens forarbejder.

Det forhold, at den forud for prioritetsdagen kendte teknik er nævnt i forbindelse med Elektrolyseanlægsdommen giver desværre ikke grundlag for at konkludere meget andet end, at den forud kendte teknik øjensynligt kan være af betydning. Af dommen fremgår det nemlig hverken, *a)* hvilken forud kendt teknik der var tale om, eller *b)* hvorledes den forud kendte teknik påvirkede dommernes vurderingen.[35]

Det forhold, at Højesteret i Slibeskivedommen (UfR 1992 s. 704 H) delvist baserede sin vurdering af opfindelsens særegne egenskaber på ansøgerens korrespondance med patentmyndighederne, kan umiddelbart forekomme at være i konflikt med Omskifterdommen (UfR 1959 s. 436 H). I den dom udtalte Højesteret nemlig, at det ikke kunne tillægges betydning, at den af patenthaveren påberåbte grundtanke og ide med opfindelsen gentagne gange var nævnt i ansøgningssagens akter, som ikke var offentligt tilgængelige.[36]

I den mellemliggende periode var Patentdirektoratets sagsakter imidlertid blevet offentligt tilgængelige, og i motiverne til 1967-patentloven, som introducerede den nye ordning, er det udtrykkeligt angivet, at de offentligt tilgængelige sagsakter skal kunne være af betydning for beskyttelsesomfangets fastlæggelse – i hvert fald i begrænsende retning.[37] I 1992, hvor Slibeskivedommen blev afsagt var der således skabt en hel ny situation. Da korrespondancen i ansøgningssagen endvidere i overensstemmelse med den påståede krænkers synspunkter blev tillagt betydning til fordel for et

---

35. Som det fremgår af kapitel 5 giver retspraksis vedrørende den forud kendte tekniks betydning for beskyttelsesomfanget ikke grundlag for andre konklusioner end, at de i patentbeskrivelsen indeholdte oplysninger om den forud kendte teknik kan være af betydning for, hvad der må anses for det karakteristiske ved en patenteret opfindelse.
36. Om ansøgningssagens forløb i relation til det, der skal anses for at udgøre en opfindelses særegne egenskaber se også afsnittet om ansøgningssagens forløb andetsteds i dette kapitel.
37. Se 1964-betænkningen s. 186, hvor følgende er anført: »Dokumentene i søknadssaken vil i denne forbindelse kunne være av betydning. Disse kommer etter forslaget til å bli offentlig tilgjengelig i alle de nordiske land. Har søkeren i skrift til patentmyndigheten eller ved mundtlig forhandling overfor denne, f. eks. i hensikt å fremholde ulikheter i forhold til anførte nyhetshinder, selv tolket uttrykk som er anvendt i kravene, på en retstriktiv måte, er det rimeligt at denne restriktive tolkning også legges til grunn i en senere rettergang.«

    Se også Folketingstidende A 1967/68 sp. 1520 f: »Beskrivelsen med eventuelle tegninger er ligesom de øvrige dokumenter i sagen alene hjælpemidler for denne fortolkning.«

relativt begrænset beskyttelsesomfang, er der ingen tvivl om Slibeskivedommens samklang med det, der kan udledes af de relevante retskilder.

Domstolene har ikke accepteret en hvilken som helst perifer antydning af en særegen egenskab som tilstrækkeligt bevis for en parts synspunkter om, hvad der skal anses for en opfindelses særegne egenskaber. I Omskifterdommen (UfR 1959 s. 436 H) udtalte Højesteret således, at den af patenthaveren påberåbte særegne egenskab ikke på tilstrækkelig tydelig måde var omtalt i patentbeskrivelsen. Det i dommen nævnte krav med hensyn til tydelighed er endvidere forudsætningsvist lagt til grund i Stofbanedommen (UfR 1938 s. 756 H), hvor det om en særegen egenskab ved den pågældende opfindelse var anført, at den med tilstrækkelig tydelighed fremgik af patentkravene og patentbeskrivelsen.

For så vidt angår kravene til beviset for, at den omtvistede genstand har et andet formål end den patenterede opfindelse, henvises der til retspraksisafsnittets omtale af Kærneælterdommen (UfR 1925 s. 586 H) og Køge Bugt Strandpark-dommen (UfR 1989 s. 548 H), hvor der ikke forelå tilstrækkelige beviser, og til Køletromledommen (UfR 1943 s. 93 H), hvor det blev anset for godtgjort, at den omtvistede køletromle ikke havde samme formål som den patenterede opfindelse.

2.4.4. *Sammenfatning*

Der er en stærk formodning for krænkelse, når en opfindelses særegne egenskaber forefindes hos en omtvistet genstand. Forekomsten af en patenteret opfindelses særegne egenskaber hos en omtvistet genstand er imidlertid ikke eneafgørende for, om den omtvistede genstand må anses for omfattet af patentet. En omtvistet genstand, der besidder en patenteret opfindelses særegne egenskaber, kan for eksempel ikke anses for omfattet af det pågældende patent, hvis den på trods heraf adskiller sig væsentligt fra den patenterede opfindelse.

Dersom en patenteret opfindelses særegne egenskaber ikke forefindes hos en omtvistet genstand, kan den omtvistede genstand ikke være omfattet af det pågældende patent.

Analysen af retspraksis bekræfter Berndt Godenhielms, Mogens Koktvedgaards og Sigrid Asbjørn Smitts antagelser om, at de forskellige typer særegne egenskaber, som de har anset for afgørende for, hvornår et patent kan anses for krænket, rent faktisk er af betydning for et patents beskyttelsesomfang. Analysen bekræfter endvidere Koktvedgaards antagelse om, at et patent ikke kan omfatte omtvistede genstande, som ikke har en patenteret opfindelses »væsentlige elementer«.

Retsfaktum i de her formulerede retsregler er imidlertid en del bredere

end retsfaktum i de retsregler, der hidtil er formuleret i teorien. Endvidere har analysen af retspraksis givet anledning til formulering af et mere nuanceret regelsæt, hvor den største forskel i forhold til den eksisterende teori ligger i påpegningen af, at spørgsmålet om en patenteret opfindelses særegne egenskaber ikke er ene-afgørende for, om en omtvistet genstand kan anses for omfattet af det pågældende patent.

En omtvistet genstand falder ikke nødvendigvis uden for et patents beskyttelsesomfang, blot fordi den omtvistede genstands formål er et andet end formålet med den patenterede opfindelse. Når den omtvistede genstand tjener til at løse et andet problem, må den omtvistede genstand således anses for omfattet af patentet, hvis den udnytter den i patentkravet beskrevne opfindelses tekniske effekt (som middel) til at løse det andet problem. I andre tilfælde, hvor en omtvistet genstand løser et andet problem, må den eventuelle forekomst af opfindelsens tekniske effekt hos den omtvistede genstand anses for en utilsigtet sideefekt, der falder uden for beskyttelsesomfanget.

Det er meget vanskeligt at udtale sig med blot nogen præcision om, hvad der skal anses for en patenteret opfindelses særegne egenskaber. For så vidt angår spørgsmålet om det bevismæssige grundlag for dommernes antagelser om en patenteret opfindelses særegne egenskaber, er der ikke meget at hente i teorien. Af analysen fremgår det, *at* dommerne i meget vidt omfang ser sig i stand til egenhændigt uden støtte i syn og skøn eller lignende beviser at vurdere, hvad der skal anses for en patenteret opfindelses særegne egenskaber, og *at* det endog gælder i de meget komplicerede sager om kemiske fremgangsmåder, jf. Insulindommen (UfR 1941 s. 484 H) og Phenylbutazondommen (UfR 1964 s. 498 H).

Analysen viser endvidere, at der ofte vil være sammenfald mellem dommernes egenhændige vurderinger og sagkyndige erklæringer fra patentmyndighederne og/eller syn og skønsmænd, når der foreligger sådanne erklæringer, men at dommernes egenhændige vurderinger godt kan afvige fra vurderingerne i sådanne sagkyndige erklæringer.

Det er en udbredt antagelse, at syn og skøn i patentsager i vidt omfang har karakter af en form for autoritativt bevis, der normalt er reelt afgørende for sagernes udfald.[38] Analysen syntes i høj grad at afsvække rigtigheden af

38. Henrik Zahle, Om det juridiske bevis (1976) s. 535, Mogens Plesner, NIR 1971 s. 121, Erik Hørlyck, Syn og skøn 2. udg. (1992) s. 19 og Poul Jacobsen i UfR 1936 B s. 16 (»Ved behandlingen af patentsager for domstolene bliver som regel syn og skøn det afgørende moment i sagen. Som oftest afgør skønsmændene faktisk hele sagen.«). Som eksempel på, at en påstand om ugyldighed på grund af manglende nyhed ikke blev taget til følge, allerede fordi der ikke var foretaget syn og skøn om de fremlagte modhold, der var af en teknisk karakter, som retten ikke havde den fornødne sagkundskab til at bedømme se Glødelampedommen (UfR 1915 s. 79 H).

denne antagelse, i hvert fald for så vidt angår spørgsmålet om, hvad der skal anses for at udgøre en patenteret opfindelses særegne egenskaber.

En patenteret opfindelses særegne egenskaber må ifølge praksis navnlig udledes af patentbeskrivelsen og af patentkravene, mens patentkravene syntes at spille en langt mere beskeden rolle end patentbeskrivelsen. I patentbeskrivelsen er det blandt andet omtalen af den forud for prioritetsdagen kendte teknik, der kan være af betydning. Som det fremgår af kapitel 5, bør anden forud kendt teknik end den, der er omtalt i patentet (og e.o. i ansøgningssagens akter), ikke tillægges nogen betydning for beskyttelsesomfangets udmåling. Heraf følger, at sådan anden forud kendt teknik ikke bør have betydning for afgørelsen af, hvad der skal anses for at udgøre en opfindelses særegne egenskaber.

Korrespondancen mellem ansøgeren og patentmyndigheden kan være af betydning for vurderingen af en patenteret opfindelses særegne egenskaber, men det må antages kun at gælde, for så vidt angår en relativt snæver afgrænsning af beskyttelsen.

3. Opfindelsens tekniske og/eller (samfund)økonomiske værdi – pioneropfindelser og småopfindelser

3.1. *Teorien*

Det er en udbredt opfattelse i teorien, at patenter vedrørende værdifulde, banebrydende eller epokegørende opfindelser (pioneropfindelser) skal tillægges et bredere beskyttelsesomfang end patenter vedrørende mindre betydningsfulde opfindelser. Ifølge Olle Westlander er der tale om en konsekvens af patentsystemets formål, som ifølge hans opfattelse er at fremme tilkomsten af ny og værdifuld teknik.[39]

Det modsatte synspunkt, at en opfindelses økonomiske muligheder eller betydning *ikke* bør have indflydelse på beskyttelsesomfanget, er langt mindre udbredt.[40]

---

39. Ragnar Knoph, Åndsretten (1936) s. 107 note 1, Mogens Koktvedgaard, Immaterialretspositioner (1965) s. 237, Olle Westlander, Patent (1995) s. 210, 276 og 284, Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret, 5. udg. (1999) s. 230 og 234, Gunnar Lind i NIR 1980 s. 30 f, Johan H. Gøbitz i NIR 1981 s. 186, Mogens Plesner i NIR 1981 s. 195, Torsten Nørgaard i NIR 1984 s. 9 og 15 f og Jens Schovsbo, Immaterialretsaftaler (2001) s. 360.
40. Poul Jacobsen gjorde i UfR 1943 B s. 146 f sig til talsmand for det omtalte synspunkt, idet han mente, at »hvis det økonomiske kommer til at spille ind …, kan intet med sikkerhed siges«.

For så vidt angår den del af teoriens antagelser, der går ud på, at småopfindelser bør tildeles en relativ snæver beskyttelse, har teorien støtte i forarbejderne til brugsmodelloven.[41]

I det følgende skal der med udtrykket »*en opfindelses betydning*« og lignende forstås den tekniske og/eller (samfunds)økonomiske betydning af en opfindelse.

3.2. *Retspraksis*

Det fremgår af Olle Westlanders bog Patent, at dommerne i Sverige ved fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang, ofte – bevidst eller ubevidst – lægger vægt på opfindelsens betydning, selv om det ikke udtrykkeligt er kommet til udtryk i domsbegrundelsen.[42] Dette syntes også at være tilfældet i dansk retspraksis, jf. omtalen af Højesterets voteringsprotokoller nedenfor i Insulindommen (UfR 1941 s. 484 H), Phenylbutazondommen (UfR 1964 s. 498 H) og Clopoxiddommen (UfR 1979 s. 533 H).

Navnlig som følge heraf er gennemgangen af retspraksis ikke begrænset til de domme, hvor det udtrykkeligt fremgår af domsbegrundelsen, at der er blevet lagt vægt på opfindelsens betydning. Gennemgangen af retspraksis omfatter således også *a)* domme, hvor syns- og skønserklæringerne må forstås således, at der er tale om opfindelser af meget beskeden eller stor betydning, og *b)* domme, der i øvrigt vedrører opfindelser, som blot skønnes at have været af meget beskeden eller stor betydning.

I det omfang Højesterets vorteringsprotokoller er blevet konsulteret i forbindelse med den til grund for denne bog liggende gennemgang og analyse af retspraksis, og det fremgår af voteringsprotokollerne, at en opfindelses betydning er blevet tillagt vægt, er sådanne domme også medtaget.

Vindueslukkerdommen – UfR 1907 s. 416 H

I Vindueslukkerdommen var opfindelsen i patentkravet beskrevet som en relativt simpel mekanisk anordning til åbning og lukning af højt placerede vinduer. Opfindelsen skønnes at have været af beskeden betydning.

---

41. I brugsmodellovens § 27, stk. 2, finder man en bestemmelse om beskyttelsesomfanget for registrerede brugsmodeller. Den svarer formuleringsmæssigt til § 39 i patentloven. I bemærkningerne til lovforslaget er der anført følgende om § 37 (min kursivering): »Drejer brugsmodelregistreringen sig om ganske enkle produkter med en beskeden opfindelseshøjde, vil den *ligesom ved patentering af små opfindelser have et relativt snævert beskyttelsesområde*. Beskyttelsesområdet strækker sig dog udover ren identitet i overensstemmelse med, at der til registrering af en ny brembringelse kræves tydelig adskillelse …«.
42. Olle Westlander, Patent (1995) s. 210.

Under henvisning til en af højesteretsdommerne konstateret lighed mellem den omtvistede vindueslukker og den patenterede vindueslukker kom Højesteret frem til, at den omtvistede vindueslukker var omfattet af patentet.

Roeoptagerdommene – UfR 1917 s. 663 H og UfR 1918 s. 190 H

I Roeoptagerdommene drejede opfindelsen sig ifølge patentkravet om et arbejdsredskab, som ligner et almindeligt skuffejern til lugning, men *hvor* selve jernet er skarpt, således at det kan bruges til at skære toppen af en roe, og *hvor* der bag på jernet er placeret et antal tænder, hvormed roen efterfølgende kan trækkes op. Opfindelsen skønnes at have været af beskeden betydning.

Under henvisning til indholdet af oversyns- og skønsmændenes erklæring statuerede Højesteret, at det omtvistede arbejdsredskab var omfattet af patentet. Det må antages, at oversyns- og skønsmændenes afgørende udtalelser gik ud på, at det omtvistede redskab var udtryk for en krænkelse.

Solbrilledommen – UfR 1925 s. 465 Ø

I Solbrilledommen var det i patentkravet anført, at opfindelsen drejede sig om nogle solbriller, som blev fremstillet af tynd gennemsigtig plade, kendetegnet ved, *at* solbrillen var uden særlige fastgørelsesmidler såsom næseklemmer eller ørebøjler, og *at* den var formet således, at den kunne bæres bag ved et par almindelige briller. Opfindelsen skønnes at have været af beskeden betydning.

Østre Landsret var af den opfattelse, at de omtvistede solbriller var omfattet af patentet, idet de havde en afgørende lighed med de patenterede solbriller.

Varmekedeldommen – UfR 1931 s. 264 H

I varmekedeldommen havde syns- og skønsmændene udtalt, at der kun var detaljer til forskel mellem den i patentet beskrevne konstruktion og den forud kendte teknik.

Højesteret kom frem til, at den omtvistede varmekedel ikke kunne anses for omfattet af patentet, idet den omtvistede kedel ikke havde de i patentkravet beskrevne indbyrdes sammensvejsede rør.

Rumudtørringsdommen – UfR 1934 s. 248 H

I Rumudtørringsdommen var den patenterede opfindelse i patentkravet beskrevet som en fremgangsmåde til udtørring af rum i bygninger, ken-

detegnet ved, at der indføres trykluft af høj temperatur i de rum, der skal tørres, således at der i disse opstår et overtryk på mindst ca. 8-10 mm vandsøjle i sammenligning med den ydre luft, hvorved der bevirkes en trykudligning gennem selve rummenes vægge. Det i patentkravet angivne overtrykskrav på 8-10 mm vandsøjle blev indført på foranledning af patentmyndigheden, idet det blev påpeget, at udtørring ved trykventilation med varm tørreluft måtte anses for forud kendt.

Indførelsen af et moderat overtrykskrav i en fremgangsmåde af den pågældende karakter må skønnes at udgøre et meget moderat fremskridt, og opfindelsen må derfor anses for at have været af beskeden betydning.[43]

Den omtvistede fremgangsmåde blev anset for ikke at være omfattet af patentet, idet Højesteret ikke anså det for godtgjort, at overtryksbetingelsen var opfyldt i den omtvistede fremgangsmåde.

Udhængsskabsdommen – UfR 1936 s. 251 Ø

I udhængsskabsdommen drejede opfindelsen sig ifølge patentkravet om et udhængsskab til udstilling af varer, hvor skabet var konstrueret på en sådan måde, at der i samlingen mellem frontglaspladen og sideglaspladen ikke var nogen hjørnesprosse eller lignende, som kunne skygge for udsynet til de udstillede varer. Konstruktionen var ret ligetil, og opfindelsen må allerede derfor skønnes at have været af beskeden betydning.

Under henvisning til det under sagen gennemførte syn og skøn kom Østre Landsret frem til, at en del af de omtvistede hjørneskabe var omfattet af patentet. Det må antages, at den for landsretten afgørende del af syns- og skønsmændes udtalelser gik ud på, at de pågældende skabe var omfattet af patentet.

Katteøjedommen – UfR 1936 s. 1074 H

I Katteøjedommen gik opfindelsen ifølge patentkravet ud på en anordning til opnåelse af forhøjet virkning af et på en cykels bagskærm anbragt reflekslys (katteøje), karakteriseret ved, at der blev anbragt en hvid plade som underlag eller baggrund for reflekslyset (katteøjet). Opfindelsen må skønnes at have været af beskeden betydning.

Under den forudsætning, at patentet var gyldigt, kom Østre Landsret frem til, at der forelå krænkelse af patentet, idet der ikke kunne gives den

43. I Immaterialretspositioner (1965) s. 237 f har Mogens Koktvedgaard anført, at en »så lidet genial fremgangsmåde som at anvende varm luft til at tørre et hus ikke kunne gøre krav på nogen omfattende beskyttelse«. At udtørring ved anvendelse af varm luft var en lidet genial fremgangsmåde kan på prioritetsdagen tiltrædes, allerede fordi sådan en fremgangsmåde – uden noget overtrykskrav – måtte anses for forud kendt teknik.

påståede krænker medhold i, at hans produkt ikke svarede til det i patentkravet beskrevne katteøje.[44]

Byggesætdommen – UfR 1936 s. 1132 V

Ifølge patentkravene i Byggesætdommen drejede opfindelsen sig om et byggesæt bestående af dels nogle normale byggeklodser og dels nogle fjederklemmer, hvormed byggeklodserne kunne sammenbygges. Opfindelsen må skønnes at have været af beskeden betydning.

Ifølge Vestre Landsret måtte en konkurrents lignende byggesæt anses for omfattet af patentet, idet der ikke kunne gives den påståede krænker medhold i, at der skulle være nogen væsentlig forskel mellem det omtvistede byggesæt og patenthaverens byggesæt.

Soveottomandommen – UfR 1939 s. 769 H

I Soveottomandommen drejede sagen sig om et patent på en særlig konstruktion af en kombineret seng og divan, hvor man ved at dreje »madrassen« 180 grader kunne skifte fra senge-funktion til divan-funktion og tilbage igen. Opfindelsen må skønnes at have været af beskeden betydning.

Højesteret kom frem til, at det omtvistede møbel ikke var omfattet af patentet, idet dommerne fandt det betænkeligt at statuere, at der var tale om krænkelse.

Insulindommen – UfR 1941 s. 484 H

I Insulindommen kom Højesterets flertal på 5 ud af 9 dommere frem til, at den omtvistede fremgangsmåde måtte anses for omfattet af patentet, idet der var en væsentlig lighed mellem den omtvistede fremgangsmåde og den i patentet beskrevne fremgangsmåde. Det fremgår af Højesterets voteringsprotokol i Insulindommen, at der i den forbindelse blev lagt vægt på, at der var tale om en værdifuld opfindelse.

Klatretovsdommen – VLT 1942 s. 249

I Klateretovsdommen var opfindelsen ifølge patentkravet en ret enkel anordning til brug for ophængning af klatretove med mulighed for at trække tovene frem til deres brugsposition i en gymnastiksal og tilbage til væggen igen. Opfindelsen må skønnes at have været af beskeden betydning.

Vestre Landsret statuerede, at en tilsvarende anordning af en lidt afvigende konstruktion måtte anses for omfattet af patentet, idet den omtvi-

---

44. Højesteret tog ikke stilling til, om den omtvistede genstand kunne anses for omfattet af patentet, idet patentet efter Højesterets opfattelse måtte anses for ugyldigt.

stede anordning var »så analog« med patenthaverens anordning, at der måtte foreligge krænkelse af patentet.

Ildstedsdommen – UfR 1958 s. 832 H

I Ildstedsdommen kom Højesteret frem til, at det omtvistede ildsted ikke kunne anses for omfattet af patentet. I begrundelsen var det anført, *at* det omtvistede ildsted havde ikke uvæsentlige konstruktive afvigelser fra patentet, og *at* det i forbindelse med den vurdering var taget i betragtning, at de enkelte elementer i den patenterede opfindelse var forud kendt, og at opfindelsen i øvrigt lå tæt på forud kendte konstruktioner. Det blev med andre ord ifølge den udtrykkelige begrundelse tillagt betydning for beskyttelsesomfanget, at der var tale om en i teknisk henseende mindre betydningsfuld opfindelse.

Markørdommen – UfR 1961 s. 731 H

Ifølge syns- og skønsmændene forholdt det sig således med patentkravet, *at* der med hensyn til virkemåden ikke var principielle forskelle mellem den i patentkravet beskrevne opfindelse og den forud kendte teknik, *at* der var visse forskelle mellem den i patentkravet beskrevne opfindelse og den forud kendte teknik, for så vidt angik den konstruktive udformning, *at* det ikke fremgik, på hvilken måde de konstruktive forskelle i forhold til den kendte teknik skulle indebære fordele, der kunne begrunde patenterbarheden, og *at* man stod på bar bund med hensyn til patenterbarhedens motivering.

Selv om syns- og skønsmændenes udtalelser giver grundlag for at antage, at der i teknisk henseende var tale om en lidet betydningsfuld opfindelse, kom Højesterets flertal på 6 ud af 7 højesteretsdommere frem til, at den omtvistede maskine var omfattet af patentet, idet den efter højesteretsdommernes opfattelse ikke kunne anses for at adskille sig afgørende fra patenthaverens maskine.

Phenylbutazondommen – UfR 1964 s. 498 H

I Phenylbutazondommen kom Højesterets flertal på 4 ud af 7 dommere frem til, at den omtvistede fremgangsmåde måtte anses for omfattet af patentet, mens de 3 dissentierende dommere var af den modsatte opfattelse.

Det fremgår af Højesterets voteringsprotokol, at de 3 dissentierende dommere alle lagde vægt på, at der efter deres mening var tale om en opfindelse af moderat opfindelseshøjde/værdi. I selve domsbegrundelsen anførte de til støtte for deres votum, at den omtvistede fremgangsmåde i væsentlig grad afveg fra patenthaverens fremgangsmåde. Flertallets afgø-

relse indebar ikke nogen afstandtagen fra den opfattelse, at det kan påvirke et patents beskyttelsesomfang negativt, hvis der er tale om en opfindelse med moderat opfindelseshøjde/værdi.

Kaffeposedommen – UfR 1969 s. 249 Ø

I Kaffeposedommen var opfindelsen i patentkravet beskrevet som en kaffepose af den art, der er fastgjort til en ring, som kan sættes ind foroven i en kaffekande, og hvis sider tilspidses nedefter mod kaffekandens bund, kendetegnet ved, at posens overkant i sammenlagt stilling danner en konveks bue. Opfindelsen må skønnes at have været af beskeden betydning.

Østre Landsret statuerede, at det omtvistede papir-kaffefilter, som i nogen grad afveg fra den i patentkravet beskrevne kaffepose, ikke kunne anses for omfattet af patentet.

Clopoxiddommen – UfR 1979 s. 533 H

I Clopoxiddommen drejede sagen sig om et patent på en fremgangsmåde til fremstilling af lægemidlet Clopoxid.

Patenthaveren gjorde blandt andet gældende, at der var tale om en pioneropfindelse, og at patentet derfor måtte have et bredt beskyttelsesomfang,

Ifølge syns- og skønsmændene var den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde udtryk for en ny reaktionstype, således at patenthaverens fremgangsmåde måtte anses for at være kemisk egenartet.

Højesteret statuerede, at den omtvistede fremgangsmåde var omfattet af patentet, idet der var en høj grad af lighed med patenthaverens fremgangsmåde. I domsbegrundelsen blev der ikke anført noget om opfindelsens værdi, men det fremgår af Højesterets voteringsprotokol, at der var udbredt enighed blandt dommerne om, *at* der var tale om en meget betydelig opfindelse både med hensyn til den kemiske fremgangsmåde og det fremstillede stofs terapeutiske virkning, og *at* dette måtte tale for et relativt bredt beskyttelsesomfang.

Slibeskivedommen – UfR 1992 s. 704 H

Den i patentkravet beskrevne opfindelse i Slibeskivedommen drejede sig om en mindre forbedring af en fremgangsmåde til fremstilling af et forud eksisterende produkt i form af en bestemt konstrueret slibe- eller pudseskive. Opfindelsen må skønnes at have været af beskeden betydning. Den påståede krænker gjorde blandt andet gældende, at opfindelsen måtte betragtes som en lille opfindelse med et deraf følgende snævert beskyttelsesomfang.

Højesteret kom frem til, at den omtvistede fremgangsmåde til fremstilling af en slibeskive ikke kunne anses for omfattet af patentet, idet der ikke var den fornødne lighed med patenthaverens fremgangsmåde.

3.3. *Konklusioner*

For at skabe overblik over praksis er dommene indplaceret i nedenstående skema. I kollonnen, hvor det er angivet, hvad kategoriseringen af opfindelsens betydning som stor eller lille er baseret på, betyder »BEG« domsbegrundelsen, mens »VOT« betyder voteringsprotokollen, og »S&S« og »SKØN« betyder henholdsvis syn og skøn og en her i bogen foretaget skønsmæssig vurdering.

	Opfindelsens betydning Stor/Lille	**Kategoriseringen af opfindelsens betydning er baseret på**	**Den omtvistede genstand anset for omfattet af patentet Ja/Nej**
Vindueslukkerdommen UfR 1907 s. 416 H	L	SKØN	J
Roeoptagerdommene UfR 1917 s. 663 H og UfR 1918 s. 190 H	L	SKØN	J
Solbrilledommen UfR 1925 s. 465 Ø	L	SKØN	J
Varmekedeldommen UfR 1931 s. 264 H	L	S&S	N
Rumudtørringsdommen UfR 1934 s. 248 H	L	SKØN	N
Udhængsskabsdommen UfR 1936 s. 251 Ø	L	SKØN	J
Katteøjedommen UfR 1936 s. 1074 H	L	SKØN	J
Byggesætdommen UfR 1936 s. 1132 V	L	SKØN	J
Soveottomandommen UfR 1939 s. 769 H	L	SKØN	N
Insulindommen UfR 1941 s. 484 H	S	VOT	J
Klatretovsdommen VLT 1942 s. 249	L	SKØN	J
Ildstedsdommen UfR 1958 s. 832 H	L	BEG	N
Markørdommen UfR 1961 s. 731 H	L	S&S	J
Phenylbutazondommen (dissensen) UfR 1964 s. 498 H	L	VOT	N
Kaffeposedommen UfR 1969 s. 249 Ø	L	SKØN	N
Clopoxiddommen UfR 1979 s. 533 H	S	VOT	J
Slibeskivedommen UfR 1992 s. 704 H	L	SKØN	N

Det er ifølge sagens natur vanskeligt på en sammenlignelig måde at kvantificerede bredden af det beskyttelsesomfang, som de mere eller mindre betydningsfulde opfindelser bliver tildelt i de konkrete domme. Derfor tages dommenes konklusioner med hensyn til, om omtvistede genstande skal anses for omfattet af det håndhævede patent for en (grov) indikation det tildelte beskyttelsesomfangs bredde. En konklusion om, at en omtvistet genstand er omfattet af et patent tages med andre ord som indikation for tildeling af et relativt bredt beskyttelsesomfang for den pågældende type opfindelser og omvendt.

Domsbegrundelsen i Ildstedsdommen og voteringsprotokollerne i Insulindommen, Phenylbutazondommen og Clopoxiddommen viser udtrykkeligt, at en opfindelses betydning eller mangel på samme kan påvirke beskyttelsesomfanget såvel positivt som negativt.

Hvis man ser på udfaldet af samtlige de udvalgte domme, kommer man frem til, at den omtvistede genstand blev anset for omfattet af patentet i 9 af de 15 sager, hvor opfindelsen må anses for at have været af beskeden betydning. Selv om den omtvistede genstand blev anset for omfattet af patentet i begge de sager, hvor opfindelsen må anses for at have været af stor betydning, kunne det tyde på, at en patenteret opfindelses betydning ikke påvirker patentets beskyttelsesomfang i særlig høj grad.

Hvis man ser bort fra de 8 ældste domme og således alene tager Soveottomandommen (UfR 1939 s. 769 H) og de efterfølgende domme i betragtning, får man dog et noget andet indtryk. Det er nemlig kun i 2 af de 9 domme – Klatretovsdommen (UfR 1958 s. 832 H) og Markørdommen (UfR 1961 s. 731 H) –, at dommerne ikke er kommet frem til den konklusion, som opfindelsens betydning ifølge teorien indikerer. Der syntes derfor at være grundlag for en konklusion om, at der i nyere retspraksis bliver lagt stor vægt på opfindelsens betydning, således *at* en opfindelse med stor betydning tildeles en relativt bred beskyttelse, og *at* en opfindelse med beskeden betydning tildeles en realtivt snæver beskyttelse.

4. Patentsystemets betydning for den patenterede opfindelses realisering – patentsystemets incitamentseffekt

4.1. *De reale hensyn og teorien*

Som det fremgår af kapitel 3, taler de bag patentsystemet liggende reale hensyn i form af innovationsincitamentseffekten for, *at* der tillægges et patent en relativ bred beskyttelse, når der er tale om en opfindelse, hvis

realisering kræver et stærkt incitament fra patentsystemet, hvilket som udgangspunkt må antages at være tilfældet, når der har været substantielle udviklingsomkostninger, og *at* der omvendt tillægges et patent en relativt snæver beskyttelse, når der er tale om en opfindelse, som må formodes at ville være blevet realiseret uden væsentlig forsinkelse, selv om der ikke havde været noget patentsystem, hvilket som udgangspunkt må være tilfældet, når udviklingsomkostningerne må antages at være af beskedent omfang.

Det synspunkt, at omfanget af den investering, der er nødvendig for at kunne udvikle en opfindelse til et kommercielt udnytteligt stadium, skal være af betydning for udmålingen af et patents beskyttelsesomfang, syntes ikke at være fremført tidligere i nordisk patentretlig teori.[45]

4.2. *Retspraksis*

I retspraksis har man ikke eksplicit tillagt det betydning for et patents beskyttelsesomfang, hvor store omkostninger der må antages at have været forbundet med at udvikle den patenterede opfindelse til et stadium, hvor opfindelsen har kunnet udnyttes kommercielt. Det kan eventuelt hænge sammen med, at parterne ikke i nogen af sagerne har procederet på det synspunkt, at omfanget af udviklingsomkostningerne bør have betydning for beskyttelsesomfanget.

De 4 domme, hvor udviklingsomkostningerne må antages at have været langt størst, er de 4 domme, der drejer sig om fremgangsmåder til fremstilling af nye lægemidler, det vil sige Insulindommen (UfR 1941 s. 484 H), Phenylbutazondommen (UfR 1964 s. 498 H), Clopoxiddommen (UfR 1979 s. 533 H) og Ranitidindommen (UfR 1993 s. 859 H). Der kan derfor være grund til at se nærmere på disse domme.

Der blev statueret krænkelse i 3 af de 4 domme. I de 2 af dommene skete det imidlertid med dissens og med blot en stemmes overvægt i patenthaverens favør. Allerede fordi der således ikke kan siges at foreligge noget signifikant udsving til den ene side, kan der ikke konluderes noget som helst alene på grundlag af dommenes udfald.

Det har været muligt at gennemse højesterets voteringsprotokoller fra de 3 ældste domme. I ingen af voteringsprotokollerne er omfanget af pa-

---

45. Bengt Domeij har i Pharmaceutical Patents (2000) s. 42 anført: »Inventions that require sizeable investments in order to be achieved or more importantly, to be exploited commercially, should belong to the patentable field. Others may be excluded without necessarily causing negative consequences.« Han har imidlertid ikke som her overført dette synspunkt vedrørende patenterbarhedskriterierne til behandlingen af spørgsmålet om beskyttelsens udmåling.

tenthaverens investeringer omtalt som noget, der kan være af betydning for beskyttelsesomfangets udmåling.

Navnlig med udgangspunkt i Phenylbutazondommens voteringsprotokol må det som omtalt i dette kapitels afsnit 7 om analogifremgangsmåder med videre antages, at der i Højestseret har været en tendens til at udmåle en relativt bred beskyttelse, når der var tale om fremgangsmåder til fremstilling af nye lægemidler. Denne tendens må imidlertid antages at være udtryk for en måde, hvorpå de værste skadevirkninger af det nu ophævede forbud mod patentering af lægemidler, blev afbødet. Selv om det må anses for notorisk, at der er betydelige omkostninger forbundet med at udvikle et nyt lægemiddel, kan denne tendens i retspraksis derfor næppe ses som udtryk for en implicit tilslutning til det synspunkt, at omfanget af forsknings- og udviklingsomkostningerne i almindelighed bør være af betydning for beskyttelsesomfangets udmåling.

Den meget snævre beskyttelse, som Højesteret tildelte patentet i Ranitidindommen, støtter bestemt heller ikke den af de reale hensyn indicerede regel, selv om dommen i vidt omfang er begrundet med, at der var tale om et analogifremgangsmådepatent.[46]

4.3. *Konklusioner*

Reale hensyn taler for, at omfanget af de investeringer, der er nødvendige for at udvikle en opfindelse, bør være af betydning for omfanget af den beskyttelse, der tildeles et patent på opfindelsen. Navnlig på grund af Ranitidindommen må det imidlertid anses for tvivlsomt, om en regel af dette indhold kan anses for at være i overensstemmelse med retspraksis.

5. Patenthaverens mulighed for at vælge hemmeligholdelse som alternativ beskyttelsesstrategi i teknologispredningseffekten

5.1. *De reale hensyn og teorien*

Som det fremgår af kapitel 3, taler de bag patentsystemet liggende reale hensyn i form af teknologispredningseffekten for, at der bør tillægges et patent en relativ bred beskyttelse, når der er tale om en opfindelse, som patenthaveren har mulighed for at hemmeligholde uden derfor at skulle begrænse sin kommercielle udnyttelse af opfindelsen.

46. Om det snævre beskyttelsesomfang i Ranitidindommen se dette kapitels afsnit om patentkrav på analogifremgangsmåder med videre.

Det syntes ikke tidligere at være omtalt i nordisk patentretlig teori, at man bør operere med en relativ bred beskyttelse ved opfindelser, som kunne være hemmeligholdt, hvis de ikke var blevet patenteret.

5.2. *Retspraksis*

Hemmeligholdelse kan navnlig være en alternativ beskyttelsesstrategi ved fremgangsmådeopfindelser. Derfor samler interessen sig om de domme, der drejer sig om fremgangsmåder. Det er følgende domme: Petroleumsmotordommen (UfR 1912 s. 525 H), Lufttørringsdommen (UfR 1920 s. 245 H), Rumudtørringsdommen (UfR 1934 s. 248 H), Vandafhærdningsdommen (UfR 1936 s. 536 H), Insulindommen (UfR 1941 s. 484 H), Phenylbutazondommen (UfR 1964 s. 498 H), Clopoxiddommen (UfR 1979 s. 533 H), Køge Bugt Strandpark-dommen (UfR 1989 s. 548 H) og Ranitidindommen (UfR 1993 s. 859 H).

I alle dommene bortset fra Insulindommen, Phenylbutazondommen, Clopoxiddommen og Ranitidindommen er der tale om opfindelser, hvor det vil være umuligt eller vanskeligt at forene hemmeligholdelse med en naturlig kommerciel udnyttelse af opfindelserne.

Insulindommen, Phenylbutazondommen, Clopoxiddommen og Ranitidindommen drejede sig alle om fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler. Patenthaverne kunne i teorien have produceret og solgt de pågældende lægemidler og samtidig have hemmeligholdt de anvendte fremgangsmåder til lægemidlernes fremstilling. Reelt set var hemmeligholdelse imidlertid ikke en realistisk alternativ beskyttelsesstrategi. I alle 4 sager tjente patenterne til så vidt muligt at beskytte et nyt lægemiddel – på trods af det nu ophævede forbud mod produktpatenter på lægemidler – og udviklingen af et nyt lægemiddel er så kostbar, at udsigten til en rimelig patentbeskyttelse må anses for en forudsætning for, at en virksomhed er villig til at investere i nye lægemidlers udvikling. Patenteringen af de 4 fremgangsmåder til lægemidlernes fremstilling må således anses for at have været nødvendig for, at patenthaverne i det hele taget kunne udvikle de pågældende lægemidler til markedsføringsmodne produkter. Da hemmeligholdelse således ikke i nogen af sagerne ville have været et reelt alternativ til den skete patentering, må man konstatere, at de 4 domme heller ikke er af relevans for den her behandlede problemstilling, selv om de alle drejer sig om fremgangsmådekrav.

5.3. *Konklusioner*

Reale hensyn taler for, at der bør tildeles et patent på en opfindelse et relativt bredt beskyttelsesomfang, hvis hemmeligholdelse fremstår som en

beskyttelsesstrategi, der ville have været et reelt alternativ til patentering. Synspunktet har imidlertid hverken støtte i retspraksis eller teorien.

6. Stofkrav

6.1. *Patentlovens § 8, stk. 2, om stofpatenter*

Under 1894-patentloven kunne man ikke få godkendt patentkrav, som var rettet mod en kemisk forbindelse som sådan, det vil sige patentkrav rettet mod en kemisk forbindelse uden angivelse af en speciel anvendelse af den kemiske forbindelse (herefter kaldet »stofkrav«).

I *1964-betænkningen* blev der lagt op til indførelse af mulighed for at udstede patenter med stofkrav. Sådan et patentkrav skulle omfatte ikke alene de anvendelser af stoffet, som i patentansøgningen blev påberåbt til støtte for, at kravet om industriel anvendelighed var opfyldt. Kravet skulle omfatte enhver anvendelse, uanset hvor fjernt den lå fra de påberåbte anvendelser af stoffet.[47] Forslaget blev imidlertid taget af bordet allerede før fremsættelsen af det lovforslag, der ligger til grund for *1967-patentloven*. I bemærkningerne til lovforslaget, er det anført, *at* man ikke kunne gå ind for den i betænkningen foreslåede ordning, *at* der i patentkrav på kemiske forbindelser skulle være en angivelse af den kemiske forbindelses anvendelse, og *at* beskyttelsen alene skulle gælde inden for de i patentkravene angivne områder og andre områder, som af fagmanden måtte anses for nærliggende i forhold til disse.[48]

Mulighed for udstedelse af patenter med stofkrav blev først indført i 1978, hvor det i patentlovens § 8, stk. 2, blev tilføjet, at den omstændighed, at en opfindelse angår en kemisk forbindelse, ikke skal medføre, at en bestemt anvendelse af den kemiske forbindelse skal angives i patentkravet.

Forarbejderne indeholdt navnlig følgende om betingelserne for godkendelse af stofkrav og om det fra sådanne patentkrav flydende beskyttelsesomfang (min kursivering):

> »Efter gældende dansk ret kan patent meddeles på kemiske forbindelser …, når der i kravet angives et eller flere anvendelsesområder for forbindelsen eller produktet. Dette indebærer, at om nogen anden ville søge patent på en anvendelse af det samme kemiske produkt til et andet formål, kan et sådant pa-

47. Se 1964-betænkningen s. 110 f.
48. Bemærkningerne til 1967-lovforslagets § 1.

tent meddeles, når blot denne anden anvendelse er ny og ikke er nærliggende i forhold til den tidligere kendte anvendelse.

Denne såkaldte begrænsede produktbeskyttelse er fastlagt ved bemærkningerne til patentloven af 20. december 1967 og ved gældende praksis i de nordiske lande. I en række af de store industrilande … forholder det sig omvendt, idet der her i praksis gælder en ubegrænset produktbeskyttelse, hvilket modsætningsvis indebærer, at den, der har opfundet en kemisk forbindelse som sådan eller et lægemiddel og får patent herpå, opnår en af anvendelsen uafhængig beskyttelse af den kemiske forbindelse, f.eks. et lægemiddel

En sådan patenthaver kan derfor i princippet forbyde andre, der måtte have opfundet en anden anvendelse af produktet, at benytte det hertil. I overensstemmelse med, hvad der således er praksis i nogle af de stater, der tiltræder Den Europæiske Patentkonvention, vil der også i henhold til denne konvention gælde en ubegrænset produktbeskyttelse. Dette princip finder direkte udtryk i konventionens art. 167, stk. 2 a, om reservationer. … For gældende patenter vil produktbeskyttelsen … fortsat være bundet til den anvendelse, der er angivet i kravet, som ifølge lovens § 39 bestemmer beskyttelsens omfang, og denne beskyttelse kan ikke udvides.« [49] [50]

»På den baggrund … er det hensigten at indføre en adgang til at opnå patent på et stof eller en kemisk forbindelse som sådan, d.v.s. *uden at patentbeskyttelsen er begrænset til bestemte anvendelsesområder*. … der gives en patentbeskyttelse, der dækker *enhver form for anvendelse af stoffet*.

Det må stærkt fremhæves, at de sædvanlige betingelser for patenterbarhed må være opfyldt, d.v.s. at der må foreligge en opfindelse, der kan udnyttes industrielt, som er ny, og som har opfindelseshøjde. Et nyt stof kan således ikke i sig selv anses for en patenterbar opfindelse, idet der hertil kræves, at stoffet skal være anvendeligt inden for det materielle produktionsliv. En opfindelse foreligger derfor først, når stoffets anvendelighed inden for et teknisk område er påvist eller dog sandsynliggjort.

Det spørgsmål, som i denne sammenhæng særlig har tildraget sig opmærksomhed, er kravet til opfindelseshøjde ved behandling af patentansøgninger, der angår stofpatenter med ubegrænset produktbeskyttelse. Afgørelsen må afhænge af en konkret bedømmelse, der vil kunne bygge på stoffets særlige struktur, på dets specielle egenskaber eller på andre forhold.

---

49. EPK art. 167, stk. 2 a, lyder som følger: »Enhver kontraherende stat kan forbeholde sig ret til at bestemme: a) at europæiske patenter i overensstemmelse med de bestemmelser, der gælder for nationale patenter skal være uden virkning eller skal kunne erklæres ugyldige, for så vidt de giver beskyttelse for kemiske produkter som sådanne eller for nærings- eller lægemidler som sådanne; et sådant forbehold påvirker ikke beskyttelsen i henhold til patentet, for så vidt det angår en fremgangsmåde til fremstilling eller anvendelse af et kemisk produkt eller en fremgangsmåde til fremstilling af et nærings- eller lægemiddel.
50. Folketingstidende 1977/78 A sp. 1996-97.

> At man går over til at give en ren produktbeskyttelse uden anvendelsesbegrænsning vil således indebære, at patenter med fuld produktbeskyttelse ikke blot vil blive udstedt i de forholdsvis sjældne tilfælde, hvor et stof af en helt ny kemisk konstitution er opfundet.
>
> Også efter den nye ordning må stoffets patenterbarhed bedømmes på baggrund af stoffets anvendelse og dets effekt på det opgivne anvendelsesområde og ikke blot på grundlag af en vurdering af, hvor meget stoffet adskiller sig fra tidligere kendte stoffer. Stort set vil praksis med hensyn til patenterbarhedsbedømmelsen kunne opretholdes uændret. Den nye ordning vil først og fremmest komme til udtryk ved udformningen af patentkravene og ved bedømmelsen af beskyttelsesomfanget.
>
> Er der … meddelt et stofpatent, beskytter patentet opfindelsen, d.v.s. stoffet som sådant mod de former for udnyttelse, som fremgår af patentlovens § 3, hvilket vil sige, at ingen andre end patenthaveren må udnytte opfindelsen erhvervsmæssigt på de heri beskrevne måder.
>
> Dog kan en ny, ikke forudset og ikke nærliggende anvendelse af det pågældende stof, føre til et afhængigt patent på den pågældende anvendelsesform.
>
> Det samme gælder en særlig fremstillingsmetode for stoffet, hvis metoden i sig selv er en opfindelse, der opfylder betingelserne for patentering.« [51]

Det i bemærkningerne omtalte krav om industriel anvendelighed, jf. i øvrigt patentlovens § 1, stk. 1, og EPK art. 52 og 57, indebærer ifølge praksis ikke, at der kun kan godkendes stofkrav, hvis der også er det fornødne grundlag for at godkende patentkrav på den af ansøgeren til støtte for patenterbarheden påberåbte anvendelse. Det er med andre ord langt fra udelukket, at der kan udstedes patenter, hvor patentkravene udelukkende har karakter af rene stofkrav. I sådanne patenter vil den påberåbte industrielle anvendelighed alene være angivet i patentbeskrivelsen.

6.2. *Teorien*

6.2.1. Mogens Koktvedgaard

I Immaterialretspositioner påpegede Mogens Koktvedgaard med rette, at den i 1964-betænkningen påtænkte indførelse af *stofkrav*, som skulle omfatte kemiske forbindelser uden begrænsning til bestemt angivne former for industriel anvendelse, ville gøre spørgsmålet om den konkurrence-

51. Folketingstidende 1977/78 A sp. 2025 ff.

bundne relationsbinding endnu mere aktuelt.[52] Han gav endvidere udtryk for, *at* indførelsen af sådanne stofkrav måtte anses for uhensigtsmæssig, og *at* 1964-betænkningens forslag herom var urimeligt i en grad, *som* afslørede hulheden i hele patentkravslæren, og *som* derudover klart viste, at patentkravslæren hvilede på en falsk grundopfattelse af hele patentretten.[53]

I 2. udgave af den danske patentlovskommentar er det anført, *at* stofpatenter normalt er de mest slagkraftige og derfor på én gang de farligste og de mest værdifulde for den kemiske industri, og *at* de giver anledning til en ikke ringe tvivl med hensyn til den korrekte afgrænsning af beskyttelsesområdet.[54]

Ud fra det grundsynspunkt, at en opfindelse for at være patentretligt relevant skal have manifesteret sig som en fysisk realitet, det vil sige være gjort i virkelighedens verden i det mindste på det eksperimentelle plan, kritiserer Koktvedgaard i Lærebog i Immateiralret udstedelsen af stofpatenter – navnlig inden for den organiske kemi –, hvor et patentkrav kan formuleres som en kemisk formel med en eller flere variable, som efter omstændighederne kan dække over talrige forbindelser, der ikke har været efterprøvet i det mindste som en eksperimentel realitet. Rækkevidden af sådanne i Koktvedgaards terminologi »dubiøse« patenter, herunder efter omstændighederne stofpatenter og lægemiddelpatenter, er efter hans opfattelse meget tvivlsom.[55]

6.2.2. Gunnar Lind

Ifølge Gunnar Lind må man sondre mellem *a)* på den ene side såkaldt »logiske« stofopfindelser og »logiske« stofpatenter, hvor opfindelseshøjden beror på den nye kemiske forbindelses kemiske struktur, og *b)* på den anden side såkaldt »ulogiske« stofopfindelser og »ulogiske« stofpatenter, hvor opfindelseshøjden beror på den nye kemiske forbindelses industrielle anvendelse. Lind anser »logiske« stofopfindelser for at være større og mere banebrydende end »ulogiske« stofopfindelser, hvilket fører ham til den konklusion, at de »logiske« stofpatenter bør være udstyret med en langt bredere beskyttelse end de »ulogiske« stofpatenter. De »ulogiske« stofpatenters beskyttelse vil Lind ikke udstrække ud over patentkravenes

---

52. Vedrørende den konkurrencebundne relationsbinding se dette kapitels afsnit om den patenterede opfindelses særegne egenskaber.
53. Mogens Koktvedgaard, Immaterialretspositioner (1965) s. 243 og 244.
54. Mogens Koktvedgaard og Lise Østerborg, Patentloven, 2. udg. (1979) s. 62.
55. Mogens Koktvedgaard, Immaterialretspositioner (1965) s. 245 og Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret, 5. udg. (1999) s. 196 og 235.

indhold, men for så vidt ingår »logiske« patenter, bør beskyttelsen kunne udstrækkes til også at omfatte nærliggende varianter af de i patentkravene beskrevne kemiske forbindelser, forudsat at trediemand på baggrund af sagsakterne, der hører til patentet, navnlig beskrivelsen, på forhånd kan se eller burde kunne se, at der er tale om en stor »logisk« stofopfindelse.[56]

6.2.3. Berndt Godenhielm

Berndt Godenhielm har tiltrådt Gunnar Linds synspunkt om, at et patent på et nyt stof, som i sin kemiske struktur afviger stærkt fra hidtil kendte kemiske forbindelser, må gives en relativt omfattende patentbeskyttelse. For så vidt angår stofpatenter, hvor opfindelseshøjden beror på det nye stofs industrielle anvendelse, er Godenhielm dog ikke som Lind utilbøjelig til at udelukke en vis analog beskyttelse, selv om beskyttelsen også efter Godenhielms opfattelse som udgangspunkt må være ret begrænset.[57]

Selv når der er tale om et patent på en kemisk forbindelse med en helt ny kemisk struktur, bør beskyttelsen ifølge Godenhielm ikke udstrækkes til andre kemiske forbindelser, når de andre kemiske forbindelser i væsentlig grad har en anden effekt end de i patentet beskrevne kemiske forbindelser.[58]

6.2.4. Bengt Domeij

Bengt Domeij har relativt indgående behandlet spørgsmålet om det beskyttelsesomfang, som følger af et stofkrav, *hvor* stoffet i patentkravet er beskrevet ved kemiske strukturformler, og *hvor* den til støtte for patenterbarheden påberåbte industrielle anvendelighed er en form for anvendelse som lægemiddel.[59]

Sådanne patentkrav har ifølge Domeij forholdsvis entydige grænser. Efter Domeijs opfattelse bør mulighederne for udstrækning af beskyttelsesomfanget til andre kemiske forbindelser end de i stofkravet eksplicit beskrevne være stærkt begrænsede, idet man derved kan bevare den

---

56. Gunnar Lind i NIR 1980 s. 30 ff.
57. Bendt Godenhielm i NIR 1981 s. 182 og 183.
58. Bendt Godenhielm i NIR 1981 s. 182 f.
59. Sådan et patent fordrer, at der er tale om et helt nyt stof. I patentet vil der udover det omtalte stofkrav på det nye stof som sådan efter omstændighederne være mulighed for opstilling af patentkrav såsom »stoffet N til anvendelse som lægemiddel«, »stoffet N til anvendelse til helbredelse af sygdommen S« og »anvendelse af stoffet N til brug for fremstilling af lægemidlet L til anvendelse til helbredelse af sygdommen S«., jf. det herom nærmere anførte i dette kapitels afsnit 8 om patentkrav på anvendelse af et kendt stof til fremstilling af et lægemiddel til brug for stoffets 2. og efterfølgende medicinske indikationer.

nævnte entydighed.[60] Hvor langt beskyttelsen kan udstrækkes ud over stofkravets indhold vil Domeij lade afhænge af, hvorvidt anvendelsen af det omtvistede stof svarer til den industrielle anvendelse, der ligger til grund for stofkravets godkendelse.

Hvis der er tale om samme anvendelse – samme medicinske indikation – vil Domeij efter omstændighederne lade beskyttelsen omfatte andre kemiske forbindelser, hvorom en fagmand burde vide, at de strukturelle forskelle mellem de i stofkravet beskrevne kemiske forbindelser og det omtvistede stof er uden betydning for lægemidlets terapeutiske effekt.[61]

Hvis der derimod er tale om en anden anvendelse, vil Domeij ikke udstrække beskyttelsen til andre kemiske forbindelser end dem, der eksplicit er beskrevet i stofkravet. Som begrundelse herfor har Doemij anført, at funktionel overensstemmelse mellem en omtvistet genstand og en patenteret opfindelse må være en forudsætning for at kunne statuere analog krænkelse. Den omtvistede genstand skal ifølge Domeij løse det samme problem, og det er i den forbindelse kun relevant, hvilken anvendelse der rent faktisk bliver gjort af det omtvistede stof. Det skal således være uden betydning, om det omtvistede stof potentielt kan anvendes til det industrielle formål, der ligger til grund for patentets udstedelse.[62]

Domeijs argumentation er ikke specifikt knyttet til det forhold, at den kemiske forbindelse, som er genstand for patentkravet, ifølge patentbeskrivelsen kan anvendes som lægemiddel. Hans synspunkter må derfor kunne siges at afspejle en mere generel opfattelse af det beskyttelsesomfang, som følger af et patentkrav på en kemisk forbindelse. Med andre ord må det i princippet være uden den store betydning, om den industrielle anvendelse af den kemiske forbindelse, der danner grundlag for patentkravet på den kemiske forbindelse, er lægemiddel-relateret eller ej.

---

60. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 495, 497 og 507. Dette eksakthedsargument finder man også hos Tore Burman i NIR 1981 s. 187 og 190. Mogens Koktvedgaard har i NIR 1981 s. 194 anført, at der kan være anledning til at tro, at man inden for den kemiske sektor vil føle sig noget mere bundet af patentkravene end inden for eksempelvis den mekaniske, hvilket må tilskrives, *at* kemien på grund af sit formelle struktursprog er egnet til skarpere definition end teknikken, og *at* en sådan skarpere definition helt naturligt vil have en stærkere gennemslagskraft end en mere jævn beskrivelse i ord og tegninger, således som den findes inden for mekanikken. Selv om det af Koktvedgaard anførte kan siges at være beslægtet med Domeijs eksakthedssynspunkt, er der dog ganske langt mellem Domeijs og Koktvedgaards opfattelser. Dette kommer blandt andet til udtryk i Koktvedgaards tilføjelser om, *at* der blot er tale om et praktisk udgangspunkt, og *at* det ikke er det, der skal være afgørende, når man udmåler det endelige beskyttelsesomfang.
61. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 497 f og NIR 1999 s. 505. Domeij betegner det selv som mindre sandsynligt, at en fagmand på denne måde bør kunne forudse, at en stukturel forskel må være uden betydning.
62. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 496 f og NIR 1999 s. 504.

6.3. *Retspraksis*
Der er ingen danske domme vedrørende stofkrav og den derfra afledte beskyttelse i de gængse danske domssamlinger.

6.4. *Konklusioner*
På trods af Koktvedgaards skeptiske bemærkninger om den ubegrænsede produktbeskyttelse i Immaterialretspositioner, er det med de ret klare lovforarbejder fra 1978-ændringsloven vanskeligt at nå frem til andre konklusioner end, at det beskyttelsesomfang, som følger af et stofkrav, må inkludere enhver anvendelse af de kemiske forbindelser, der falder ind under den fra stofkravet flydende beskyttelse.

Ifølge Bengt Domeij skal princippet om den ubegrænsede produktbeskyttelse anses for begrænset til de kemiske forbindelser, der er eksplicit beskrevet i stofkravet, således at princippet ikke finder anvendelse på de tilsvarende kemiske forbindelser, der efter hans opfattelse falder ind under beskyttelsen uden at være direkte omfattet af stofkravet. Det er muligt, at der i svenske lovmotiver eller andre svenske retskilder kan findes belæg for Domeijs forskelsbehandling af *a)* de kemiske forbindelser, der er direkte omfattet af et stofkrav og *b)* de kemiske forbindelser, som falder ind under beskyttelsen uden at være direkte omfattet af stofkravet. De danske lovforarbejder giver imidlertid intet grundlag for at indskrænke den ubegrænsede produktbeskyttelse til en delmængde af de kemiske forbindelser, der falder ind under den fra stofkravet flydende beskyttelse.[63]

For så vidt angår dansk ret kan der dog være grund til at overveje, i hvilket omfang den fra et stofkrav flydende beskyttelse kan udstrækkes til at omfatte andre stoffer, end de i stofkravet beskrevne kemiske forbindelser.

Det forekommer ikke indlysende, at den af Domeij påberåbte entydighed i formuleringen af stofkrav med kemiske strukturformler i sig selv fører til, at der må være en særligt snæver adgang til at lade den fra et stofkrav flydende beskyttelse omfatte andre kemiske forbindelser end dem, der er eksplicit beskrevet i stofkravet. Argumentet kunne tænkes at være bæredygtigt, hvis man kunne påvise, at tilsvarende entydige træk i andre patentkrav – herunder for eksempel kemiske strukturformler i fremgangsmådekrav og præcise talangivelser i patentkrav i almindelighed – generelt havde tilsvarende retsvirkninger. I hvert fald for så vidt angår hidtil gæl-

63. Domeij har i øvrigt erkendt, at der kan være problemer knyttet til den opfattelse, at den fra et stofkrav flydende beskyttelse kan afhænge af den anvendelse, som efterfølgende bliver gjort af det omtvistede produkt, jf. Läkemedelspatent (1998) s. 497.

dende dansk ret, er det imidlertid ikke muligt at påvise sådanne tilsvarende retsvirkninger.[64]

Rene stofkrav vil i et patent normalt optræde sammen med et eller flere patentkrav rettet mod det pågælgende stofs anvendelse. Der er dog også mulighed for, at et patentkrav alene indeholder et eller flere rene stofkrav. Når et udstedt patent indeholder rene stofkrav og ingen anvendelseskrav, skyldes det typisk, *at* den industrielle anvendelse på prioritetsdagen var uunderbygget i en sådan grad, at der ikke var grundlag for godkendelse af patentkrav på anvendelsen, og *at* patenthaveren i prioritetsåret ikke har formået at tilvejebringe den nødvendige basis for et anvendelseskrav, således at et anvendelseskrav kunne være indarbejdet i en opdateret og videreført ansøgning i forbindelse med prioritetsårets udløb.

I den følgende analyse behandles først de tilfælde, hvor der udover stofkravet findes andre patentkrav, der er rettet mod en anvendelse af stoffet. Derefter inddrages patenter helt uden anvendelseskrav i analysen. For at opnå den højest mulige grad af sammenlignelighed med Bengt Domeijs analyser tages der i begge tilfælde udgangspunkt i stoffer, der har en eller flere medicinske indikationer.

6.4.1. Patenter med såvel stofkrav som anvendelseskrav

Når den i patentkravet beskrevne nye kemiske forbindelse kan anvendes mod en eller anden lidelse, og det er denne anvendelse, der har ført til patentets udstedelse, er der mulighed for at supplere stofkravet med patentkrav, som retter sig mod *a)* stoffet »til anvendelse som lægemiddel« og *b)* stoffet til anvendelse til helbredelse af den pågældende lidelse. Hvis den omtvistede genstand er *en lignende kemisk forbindelse*, der benyttes til *en anden medicinsk indikation* end den, der har dannet grundlag for patentets udstedelse, forekommer det ikke naturligt at forsøge at håndhæve stofkravet mod det omtvistede lægemiddel. Det må være mere nærliggende at påberåbe sig et patentkrav, som retter sig mod det nye stof anvendt som lægemiddel. Hvis den omtvistede genstand er en lignende kemisk forbindelse, der benyttes til *samme medicinske indikation*, må det på tilsvarende vis være mere nærliggende at påberåbe sig et patentkrav, som retter sig mod det nye stof anvendt til helbredelse af den relevante lidel-

64. For så vidt angår præcise talangivelser se dette kapitels afsnit om tilfælde, hvor det må være klart for enhver, at der rent formuleringsmæssigt ikke ville have været noget til hinder for at gøre et patentkrav mere omfattende i en eller anden bestemt retning. For så vidt angår kemiske strukturformler i kemiske fremgangsmåder se Insulindommen (UfR 1941 s. 484 H), Phenylbutazondommen (UfR 1964 s. 498 H) og Clopoxiddommen (UfR 1979 s. 553 H).

se.[65] Tilsvarende betragtninger kan anføres for så vidt angår tilfælde, hvor anvendelseskravene ikke retter sig mod et stof til en eller anden terapeutisk anvendelse men derimod mod stoffets anvendelse til et andet formål for eksempel bekæmpelse af ukrudt.

De tilfælde, hvor problemstillingen har den største relevans, er således ikke tilfælde, hvor den omtvistede anvendelse af en lignende kemisk forbindelse mere eller mindre svarer til den eller de anvendelser, som er beskrevet i anvendelseskravene. De mest interessante tilfælde er sådanne tilfælde, hvor den omtvistede anvendelse af en lignende kemisk forbindelse på ingen måde svarer til eller er beslægtet med den eller de anvendelser, som er beskrevet i anvendelseskravene. Til illustration kan som eksempel nævnes et tilfælde, *hvor* et patent omfatter *a)* krav på en ny kemisk forbindelse, *b)* krav på det nye stof til anvendelse som lægemiddel og *c)* krav på det nye stof til anvendelse til helbredelse af visse former for kræft, og *hvor* det omtvistede stof er af lignende art men anvendes til bekæmpelse af skvalderkål og dermed beslægtede former for ukrudt.

Reale hensyn taler for, at det fra stofkravet afledte beskyttelsesomfang må anses for begrænset til de kemiske forbindelser, der udtrykkeligt er beskrevet i stofkravet.

Når man lægger til grund, at patentsystemets reale begrundelse må søges i et ønske om at fremme den tekniske udvikling af industrielt anvendelige opfindelser, er det relevante spørgsmål, i hvilket omfang det må antages at standse eller dog sinke den tekniske udvikling, hvis den fra et stofkrav flydende beskyttelse ikke kan udstrækkes til andre kemiske forbindelser end dem, der udtrykkeligt er beskrevet i stofkravet. Det relevante må med andre ord være, om det kan antages at påvirke kemiske virksomheders og forskningsinstitutioners forsknings- og udviklingsbudgetter negativt, hvis de ved opfindelsen af en ny kemisk forbindelse og en patentbegrundende industriel anvendelse af denne ikke har udsigt til at kunne udstrække patentbeskyttelsen til alternative anvendelser af lignende men ikke identiske kemiske forbindelser.[66]

I den forbindelse er det vigtigt at gøre sig klart, at en sådan restriktiv afgrænsning af et rent stofkravs beskyttelsesomfang til de i stofkravet eksplicit beskrevne stoffer *ikke* har det som en logisk konsekvens, at andre patentkrav, som retter sig mod specifikke anvendelser af de i stofkravet beskrevne kemiske forbindelser, ikke kan udstrækkes til de pågældende

---

65. De valgte eksempler svarer til de af Bengt Domeij i Läkemdelspatent drøftede eksempler.
66. Om patentsystemets begrundelse se kapitel 4.

eller lignende anvendelser af tilsvarende men ikke identiske kemiske forbindelser.

Man kan ifølge sagens natur kun give et præcist svar på spørgsmålet om den mulige påvirkning af de relevante forsknings- og udviklingsbudgetter, hvis man gennemfører en troværdig empirisk undersøgelse. Der er dog et forhold, som selv uden sådan en empirisk undersøgelse gør, at det må anses for rimeligt at antage, at den her drøftede afgrænsning af beskyttelsesomfanget højst kan have ubetydelig indflydelse på den tekniske udvikling. Ved opstarten af et udviklingsprojekt med henblik på at finde et nyt stof, der er egnet til en bestemt industriel anvendelse, som man selv er interesseret i, må det fremstå som en meget fjern og usikker forretningsmulighed at kunne håndhæve et eventuelt patent over for andre virksomheders anvendelse af andre stoffer til helt andre formål. Med andre ord er det vanskeligt at tro, at sådanne forretningsmæssige muligheder indgår med nogen synderlig vægt i forbindelse med udarbejdelsen af de relevante forsknings- og udviklingsbudgetter.

I øvrigt syntes indrømmelsen af en anvendelsesuafhængig beskyttelse, for så vidt angår selve den i stofkravet beskrevne kemiske forbindelse, allerede at lægge ret vidtgående begrænsninger på andre virksomheders muligheder for at drive erhvervsmæssig virksomhed. Set i dette lys kan en minimal risiko for en ubetydelig påvirkning af den tekniske udvikling næppe retfærdiggøre en udvidelse af beskyttelsen ud over stofkravets eget indhold.

Det følger af det anførte, at beskyttelsesomfanget for et rent stofkrav ikke bør udstrækkes til at omfatte andre kemiske forbindelser end dem, som udtrykkeligt er beskrevet i stofkravet. Denne konklusion er i god overensstemmelse med den skepsis overfor rene stofkrav, som Koktvedgaard – navnlig i Immaterialretspositioner – har givet udtryk for. Set i forhold til Bengt Domeijs synspunkter indebærer konklusionen en begrænsning af beskyttelsesomfanget, selv om Domeij også har gjort sig til talsmand for en meget snæver analog beskyttelse.

6.4.2. Patenter med stofkrav og uden anvendelseskrav

Det må have formodningen mod sig, at der kan være grund til at fastlægge det fra et stofkrav flydende beskyttelsesomfang på en anden måde, fordi det optræder i et patent, hvor der udelukkende er stofkrav. Det forhold, at patenthaveren i patentansøgningens prioritetsår ikke har formået at tilvejebringe den fornødne basis for et eller flere patentkrav, der retter sig mod den i patentbeskrivelsen omtalte og patenterbarhedsbegrundende industrielle anvendelse af stoffet, kan i hvert fald ikke tale for en ud-

videlse af beskyttelsesomfanget set i forhold til den beskyttelse, der er knyttet til tilsvarende stofkrav i et patent, hvor der også forefindes patentkrav rettet mod en industriel anvendelse af det patenterede stof. Man må derfor konkludere, at den fra stofkravet flydende beskyttelse også må anses for begrænset til de kemiske forbindelser, der udtrykkelig er beskrevet i stofkravet, når der er tale om et patent, som savner patentkrav på anvendelsen af de kemiske forbindelser.

7. Kemiske fremgangsmåder, herunder analogifremgangsmåder[67]

7.1. *Det nu ophævede forbud mod patentering af lægemidler og den dertil knyttede adgang til udstedelse af analogifremgangsmåde patenter*

Tidligere var lægemidler udelukket fra patentering, jf. 1894-patentlovens § 1, stk. 2, nr. 4. I 1967-patentloven fik industriministeren bemyndigelse til at træffe bestemmelse om, at forbudet mod patentering af lægemidler skulle bortfalde, jf. 1967-patentlovens kapitel XI, nr. 1, stk. 2. Denne bemyndigelse udnyttede ministeren i 1983.

Udelukkelsen af opfindelser på lægemidler var oprindeligt begrundet i »den store betydning sådanne genstande kunne have for samfundet i almindelighed, hvorfor det ikke ville være rigtigt at give den enkelte retlige midler i hænde til vilkårligt at kunne sætte betingelser for andres adgang til disse genstande«.[68] Endvidere blev der skelet til, at det i andre lande var almindeligt at udelukke lægemidler fra patentering.[69]

Da man i 1967 åbnede mulighed for administrativ afskaffelse af udelukkelsen, skete det blandt andet under henvisning til, *at* de sociale hensyn, der lå bag undtagelsen, af forskellige årsager ikke længere gjorde sig gældende med samme styrke, og *at* man havde erkendt, at der var et praktisk behov for patentbeskyttelse.[70]

Når man ikke straks ophævede udelukkelsen af lægemidler fra patentering men i stedet bemyndigede industriministeren til på et senere tids-

---

67. Patentkrav vedrørende anvendelse af et allerede kendt lægemiddel til fremstilling af et lægemiddel til brug for 2. eller efterfølgende medicinske indikation behandles ikke her. For så vidt angår sådanne patentkrav, henvises der til det næste afsnit i dette kapitel.
68. 1888-kommissionens betænkning, jf. Rigsdagstidende A 1890/91 sp. 1742.
69. Rigsdagstidende B 1890/91 sp. 1980 og Rigsdagstidende B 92/93 sp. 1252 f.
70. 1964-betænkningen s. 109 og Folketingstidende 1967/68 A sp. 1488.

punkt at afskaffe udelukkelsen, skyldtes det, at man efter pres fra forskellige dele af industrien indtog det standpunkt, at andre landes tilsvarende undtagelser først skulle bortfalde i de fleste betydende industrilande.[71]

Det praktiske behov for patentering af lægemidler, som var en medvirkende årsag til, at det danske forbud mod patentering af lægemidler blev ophævet, viste sig allerede mange år før 1967. Den 1. danske patentmyndighed, Patentkommissionen, afværgede allerede meget tidligt de værste konsekvenser af forbudet mod patentering af lægemidler ved i sin administrative praksis at indføre en særdeles vidtgående adgang til at patentere fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler. Patentkommissionen tillod således udstedelse af patenter på fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler også i tilfælde, *hvor* det opfinderiske alene lå i den nye terapeutiske virkning ved lægemidlet, og *hvor* der ikke kunne siges at være noget opfinderisk ved selve fremgangsmåden (analogifremgangsmådepatenter).

Efter i en årrække at have fortolket det dagældende forbud mod patentering af lægemidler på denne lempelige måde, skærpede Patentkommissionen praksis og krævede, at en fremgangsmåde til fremstilling af et lægemiddel i sig selv skulle udvise de fornødne opfinderiske kvaliteter, således at et lægemiddels terapeutiske effekt ikke længere kunne begrunde udstedelsen af et patent på en fremgangsmåde til fremstilling af lægemidlet.[72]

Patentkommissionens skærpede praksis blev i en del sager indbragt for en særlig kommission med den daværende højesteretspræsident Cosmus Meyer som formand.[73] Der blev afholdt en række forberedende møder i den særlige kommission, og i december 1937 procederede parternes respræsentanter i 2 dage 8 udvalgte sager. Senere samme måned udtalte den særlige kommission i samtlige 8 sager, at der intet var »til hinder for, at en terapeutisk virkning tages i betragtning ved bedømmelsen af en … fremgangsmådes patenterbarhed, hvad angår ikke blot opfindelseshøjden men også opfindelsens nyhed, idet der dog må tages hensyn til, at § 1, stk. 2, nr.

---

71. 1964-betænkningen s. 112 og Folketingstidende 1967/68 A sp. 1541.
72. Poul Jacobsen, UfR 1941 B s. 257 og K. Holten, »Særlige Kommissioner« s. 77 i Dansk Patentvæsen Gennem Halvtreds År (1944).
73. Før 1968 var klagesystemet organiseret sådan, *at* ansøgeren kunne kræve ansøgningen taget under fornyet behandling af Patentkommissionen, hvis Patentkommissionens afgørelse i 1. omgang var gået ham imod og *at* ansøgeren kunne påklage udfaldet af den fornyde behandling til en særlig kommission, såfremt afgørelsen stadig gik ham imod, jf. 1894-patentlovens § 19. De særlige kommissioner blev nedsat af ministeren på ad hoc basis, når det på grund af klager blev aktuelt.

4 tilsigter at hindre monopolisering af lægemidler.«[74] I 3 af sagerne udtalte den særlige kommission endvidere følgende (min kursivering):

> »Med hensyn til det foreliggende tilfælde bemærkes iøvrigt, at da fremgangsmåden, der iøvrigt er analog med kendte fremgangsmåder, anvendes på et nyt udgangsmateriale, og da der derved dannes nye stoffer, som er i besiddelse af uventede terapeutiske virkninger, hvis realitet man efter det foreliggende ikke tør benægte, er det muligt, at ansøgningen rummer en patenterbar opfindelse.« [75]

Den særlige kommissions afgørelser var afgørende for praksis de næste 46 år indtil ophævelsen af den danske patentlovs absolutte forbud mod patentering af lægemidler, idet praksis dog på forskellig vis udviklede sig på en række punkter.[76]

De fremgangsmådepatenter, hvor patenterbarheden er baseret på et lægemiddels terapeutiske effekt, kaldes analogifremgangsmådepatenter. Termen »analogifremgangsmåde« afspejler, at fremgangsmåden ikke i sig selv har nyhed og opfindelseshøjde, idet den må anses for »analog« med forud kendte fremgangsmåder. I et patentkrav er betegnelsen af en opfindelse som »analogifremgangsmåde« med andre ord udtryk for, at patenterbarheden beror på den nyhed og opfindelseshøjde, der er knyttet til det lægemiddel, som kan fremstilles ved hjælp af den pågældende analogifremgangsmåde.[77]

Hvis en fremgangsmåde til fremstilling af et nyt lægemiddel med uventede terapeutiske egenskaber i sig selv havde nyhed og opfindelseshøjde som fremgangsmåde, kunne opfinderen af lægemidlet og den dertil knyttede fremgangsmåde til fremstilling af lægemidlet få godkendt almindelige fremgangsmådekrav.

Ifølge praksis kunne der kun godkendes patentkrav på analogifremgangsmåder, når der var tale om nye stoffer, men det var ikke et krav, at der var noget nyt og opfinderisk i fremgangsmåden til fremstilling af det nye stof.[78] En følge af begrænsningen til nye stoffer var, at en overraskende terapeutisk virkning af et allerede kendt stof ikke kunne begrunde udstedel-

---

74. K. Holten »Særlige Kommissioner« i Dansk Patentvæsen Gennem Halvtreds Aar (1944) s. 79.
75. K. Holten »Særlige Kommissioner« i Dansk Patentvæsen Gennem Halvtreds Aar (1944) s. 79.
76. Mogens Koktvedgaard og Lise Østserborg, Patentloven 2. udg. (1979) s. 84 f og K. Holten »Særlige Kommissioner« i Dansk Patentvæsen Gennem Halvtreds Aar (1944) s. 79.
77. Jf. bilag II til Bestemmelser og instruktioner gældende fra 1. december 1978 vedrørende ansøgninger om patent med videre. Om analogifremgangsmåder se i øvrigt Mogens Koktvedgaard og Lise Østserborg, Patentloven 2. udg. (1979) s. 84 f.
78. Det i praksis stillede krav om det terapeutisk virkende stofs nyhed blev konfirmeret i dommen UfR 1983 s. 131 H (middel mod koppevirus).

se af et analogifremgangsmådepatent. Det gjaldt endog når det ikke tidligere var erkendt, at det pågældende stof havde terapeutiske virkninger.

Med bekendtgørelse nr. 450 af 16. september 1983 blev patentlovens absolutte forbud mod patentering af lægemidler ophævet. Ophævelsen af forbudet har virkning for patentansøgninger indleveret den 1. december 1983 eller senere. Det indebærer, at der ikke er mulighed for i Danmark at få udstedt analogifremgangsmådepatenter, for så vidt angår patentansøgninger, der har prioritet efter denne dato. Da beskyttelsestiden siden 1978 har været 20 år regnet fra ansøgningens prioritetsdato, vil det sige, at der kan være analogifremgangsmådepatenter i omløb indtil den 1. december 2003. Da man i patentretlige sager kan opleve meget lange behandlingstider ved domstolene, vil det sige, at der i mange år endnu er mulighed for, at domstolene i krænkelsessager skal tage stilling til spørgsmålet om analogifremgangsmådepatenters beskyttelsesomfang. Hertil kommer, at man med reglerne om supplerende beskyttelsescertifikater i patentlovens § 10B og rådsforordning 1768/92 af 18. juni 1992 om indførelse af supplerende beskyttelsescertifikater for lægemidler kan have mulighed for at forlænge (dele af) beskyttelsen ud over de normale 20 år fra prioritetsdagen. Lægemiddelforbudets afskaffelse har med andre ord endnu ikke ført til, at spørgsmålet om analogifremgangsmåders beskyttelsesomfang må anses for uinteressant.[79]

I EPK er der hjemmel til, at EPO kan udstede patenter med analogifremgangsmådekrav.[80] Allerede fordi Danmark i forbindelse med tiltrædelsen af EPK i 1990 ikke tog forbehold over for europæiske patenter rettet mod pharmaceutiske produkter, er reglerne om sådanne Europæiske analogifremgangsmådepatenter imidlertid uden praktisk interesse, for så vidt angår Danmark.[81]

7.2. *Teorien*

7.2.1. Om analogifremgangsmåder

7.2.1.A. Teorien om en særlig snæver beskyttelse af analogifremgangsmåder

Torsten Nørgaard har i artiklen »Lægemiddelpatenters beskyttelsesomfang« gjort sig til talsmand for, at analogifremgangsmådepatenter bør

79. Se i samme retning Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret 5. udg. (1999) s. 198.
80. Romuald Singer, The European Patent Convention (1995) s. 194.
81. Romuald Singer, The European Patent Convention (1995) s. 194 og 913 f.

være underlagt en relativt snæver beskyttelse, hvor patentkravene må tillægges en helt afgørende betydning ved patentets fortolkning, og hvor patentkravene »følgelig« skal have større betydning end normalt.[82]

I 1964-betænkningen blev det foreslået at afskaffe forbudet mod patentering af lægemidler og dermed adgangen til udstedelse af analogifremgangsmådepatenter. I betænkningen var det om den hidtidige praksis vedrørende patentering af analogifremgangsmåder anført, at det i praksis blev forudsat, at der i hvert fald teoretisk skulle være en anden mulighed for fremstilling af det terapeutisk virkende stof, idet man ikke ved at patentere samtlige mulige fremgangsmåder til fremstilling af stoffet måtte få en patentbeskyttelse, der i realiteten kom til at omfatte stoffet som sådan.[83]

Under henvisning til det i 1964-betænkningen anførte har Nørgaard givet udtryk for, at en påstået krænker til sit forsvar må kunne gøre gældende, at det af patenthaveren påståede beskyttelsesomfang omfatter alle – teoretisk mulige – fremgangsmåder til fremstilling af det pågældende lægemiddel, og *at* det derefter bør påhvile patenthaveren at godtgøre, at det i hvert fald teoretisk er muligt at fremstille lægemidlet på anden vis.[84]

Som begrundelse for en relativt snæver beskyttelse har Nørgaard også henvist til, at patentbeskyttelsen ikke må kunne udvides ud over patentkravene i en sådan grad, at beskyttelsen kommer til at omfatte noget, der ikke har nyhed og opfindelseshøjde i forhold til den forud for prioritetsdagen kendte teknik.[85]

Den relativt snævre beskyttelse skal ifølge Nørgaard være begrænset til tilfælde, hvor det ved den omtvistede fremgangsmåde fremstillede lægemiddel er identisk med det lægemiddel, der fremstilles ved den i patentkravene beskrevne fremgangsmåde. Dersom der er tale om et ikke-identisk lægemiddel, skal der ifølge Nørgaard ikke være nogen forskel på beskyttelsesomfangets fastlæggelse ved analogifremgangsmådepatenter og andre patenter.[86]

---

82. Torsten Nørgaard, NIR 1984 s. 12 og 16.
83. 1964-betænkningen s. 109. Den i betænkningen omtalte forudsætning er formentlig inspireret af den særlige kommissions tidligere omtalte tilkendegivelse, ifølge hvilken der ved udstedelse af patenter på fremgangsmåder til fremstilling af et lægemiddel, hvor nyhed og opfindelseshøjde var baseret på lægemidlets terapeutiske effekt, skulle tages hensyn til, at den dagældende patentlovs § 1, stk. 2, nr. 4, tilsigtede at hindre monopolisering af lægemidler.
84. Torsten Nørgaard, NIR 1984 s. 10.
85. Torsten Nørgaard, NIR 1984 s. 10.
86. Torsten Nørgaard, NIR 1984 s. 15.

7.2.1.B. Teorien om samme beskyttelse af analogifremgangsmåder som af andre opfindelsestyper

Ifølge Berndt Godenhielm og Olle Westlander skal et patents beskyttelsesomfang i princippet fastlægges efter samme regler, uanset om der er tale om patent på en analogifremgangsmåde eller et patent på en almindelig kemisk fremgangsmåde.[87] Som omtalt ovenfor i afsnit 7.2.1.A er Torsten Nørgaard af samme opfattelse, for så vidt angår analogifremgangsmåder, når den omtvistede genstand er et ikke-identisk lægemiddel.

For så vidt angår analogifremgangsmådepatenter har Godenhielm mere specifikt givet udtryk for, *at* patentets beskyttelsesomfang skal fastlægges med udgangspunkt i den patenterede opfindelses problem og løsning, *at* man i den forbindelse skal være opmærksom på, at ingen af opfindelsens reelle kvaliteter indgår i selve analogifremgangsmåden, *at* de forskellige elementer, der er beskrevet i analogifremgangsmådekravene, derfor må være af helt underordnet betydning ved bestemmelsen af den relevante opfindelsestanke, *at* den relevante opfindelsestanke må dreje sig om det nye produkt med dets værdifulde terapeutiske egenskaber, *at* det i princippet må være uden betydning for opfindelsestanken, hvilken analog fremgangsmåde der benyttes ved lægemidlets fremstilling, og *at* det væsentligste for spørgsmålet, om en omtvistet fremgangsmåde er omfattet af et analogifremgangsmådepatent, må være, om anvendelsen af den omtvistede fremgangsmåde kan siges at ligge inden for en fagmands kundskabssfære.[88]

7.2.1.C. Teorien om en særlig bred beskyttelse af analogifremgangsmåder

Bengt Domeij antager, at analogifremgangsmåder må være genstand for en særlig bred beskyttelse. Domeijs argument for den særligt brede beskyttelse ved analogifremgangsmådepatenter er, at det opfindelseshøjdebegrundende i realiteten ikke er fremgangsmåden som sådan men derimod den terapeutiske virkning af det fremstillede lægemiddel, hvorfor

---

87. Berndt Godenhielm, Uppsatser i immaterialrätt (1983) s. 259 og 266, Berndt Godenhielm, Om ekvivalens och annat gott (1990) s. 58, 105 og 114 f og Berndt Godenhielm, Patentskyddets omfattning (1994) s. 315 ff og Olle Westlander, Patent (1995) s. 211 f og 213. Når man læser s. 210 i Westlanders bog får man let det indtryk, at Westlander forudsætningsvis er af den opfattelse, at beskyttelsesomfanget for analogifremgangsmådepatenter bør følge nogle specielle regler. Det fremgår imidlertid ret klart af s. 213, at Westlander mener, at beskyttelsesomfanget bør følge samme regler ved analogifremgangsmådepatenter og andre kemiske fremgangsmådepatenter.

88. Berndt Godenhielm, Uppsatser i immaterialrätt (1983) s. 259 og 266, Berndt Godenhilem, Om ekvivalens och annat gott (1990) s. 58, 105 og 114 f og Berndt Godenhielm, Patentskyddets omfattning (1994) s. 315 ff.

patentkravene på analogifremgangsmåden ikke afspejler værdien af den reelle opfindelse, der har dannet grundlag for patentets udstedelse. Når en omtvistet fremgangsmåde har opfindelseshøjde i forhold til en i et patentkrav beskrevet analogifremgangsmåde, vil Domeij dog lade dette være afgørende med den konsekvens, at den omtvistede fremgangsmåde skal anses for at falde uden for analogifremgangsmådepatentets beskyttelsesomfang.[89]

Domeijs argumentation er af flere årsager problematisk.

For det 1. kan Domeijs argument for at tildele analogifremgangsmådekrav en særlig bred beskyttelse med tilsvarende styrke gøres gældende, når det drejer sig om stofkrav på en kemisk forbindelse, og den kemiske forbindelse har en eller anden terapeutisk virkning, som ikke er nævnt i stofkravet. Udviklingen og/eller identifikationen af et nyt stof er nemlig ikke i sig selv noget, der kan begrunde udstedelse af et patent. Der kan kun udstedes patent, hvis der er tale om en industrielt udnyttelig opfindelse, og det er der kun, hvis man kan påvise en industriel udnyttelse af det nye stof for eksempel en anvendelse af stoffet som lægemiddel, jf. patentlovens § 1,, stk. 1. Endvidere bedømmes spørgsmålet om opfindelseshøjde typisk ikke ved at kigge på stoffet men derimod ved at vurdere stoffets industrielle anvendelse set i forhold til den forud kendte teknik. På samme måde som ved analogifremgangsmådekrav beror godkendelse af et stofkrav således på en anvendelse, som ligger uden for det, der er beskrevet i selve patentkravet. Hvis dette forhold bør føre til et særlig bredt beskyttelsesomfang, når det drejer sig om analogifremgangsmådekrav, burde Domeij nå frem til tilsvarende konklusioner, for så vidt angår stofkrav vedrørende stoffer med terapeutiske egenskaber. Det er imidlertid ikke tilfældet, idet han tværtimod er af den opfattelse, at stofkrav må have et snævert beskyttelsesomfang.[90] Det forhold, at det patenterbarhedsbegrundende i vidt omfang skal findes uden for patentkravene, peger i realiteten hverken på en særlig snæver eller en særlig bred beskyttelse, allerede fordi det intet har at gøre med de relevante reale hensyn. Det forekommer således mere relevant at se på de reale hensyn, der har ført til den noget besynderlige praksis med udstedelse af analogifremgangsmådepatenter, jf. det herom anførte nedenfor i kapitel 9's afsnit 7.7.

For det 2. er det vanskeligt at se nogen rationel grund til at give en bredere beskyttelse til et patentkrav på en *analogi*fremgangsmåde til fremstilling af et nyt lægemiddel end til et patentkrav på en almindelig

89. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 507, 509 f og 513.

fremgangsmåde til fremstilling af et nyt lægemiddel. Når fremgangsmåden til fremstilling af et nyt lægemiddel i sig selv er udtryk for noget opfinderisk, kunne det også før 1. december 1983 føre til udstedelse af et almindeligt fremgangsmådepatent. Som eksempler kan der henvises til Insulindommen (UfR 1941 s. 484 H), Phenylbutazondommen (UfR 1964 s. 498 H) og Clopoxiddommen (UfR 1979 s. 553 H). Den primære forskel mellem analogifremgangsmådekravet og det almindelige fremgangsmådekrav er, at sidstnævnte i modsætning til førstnævnte har selvstændig opfindelseshøjde, hvilket snarere kunne tale for at give sidstnævnte kravtype en mere omfattende beskyttelse end førstnævnte.

For det 3. er det en svaghed ved Domeijs argumentation, at han ikke har behandlet den regelkonflikt, der er mellem den af ham formulerede regel om det særligt brede beskyttelsesomfang ved analogifremgangsmådepatenter og den af ham andetsteds formulerede regel om, at et patent ikke kan omfatte omtvistede genstande, der ligger så tæt på den forud kendte teknik, at den omtvistede genstand ikke kan siges at have opfindelseshøjde set i forhold til den forud kendte teknik.[91] I betragtning af, at den i et analogifremgangsmådepatent beskrevne fremgangsmåde hverken har opfindelseshøjde eller nyhed anskuet som en fremgangsmåde, forekommer relevansen af den regelkonflikt ellers oplagt.

7.2.2. *Andre fremgangsmåder til fremstilling af kemiske forbindelser*

Ifølge Olle Westlander skal beskyttelsesomfanget på fremgangsmåder til fremstilling af kemiske forbindelser ske på en sådan måde, at en omtvistet genstand er omfattet af et patent på en kemisk fremgangsmåde, når *a)* udgangsmaterialerne i den omtvistede fremgangsmåde og den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde reagerer på en sådan måde, at reaktionerne er ligeartede, og reaktionerne fører til kemisk ligeværdige resultater, og *b)* det derudover må anses for nærliggende for en fagmand at omgå den patenterede fremgangsmåde ved at erstatte den med den omtvistede fremgangsmåde.[92]

Til støtte for sin opfattelse har Westlander henvist til en række domme

---

90. Vedrørende stofkrav se dette kapitels afsnit 6 om stofkrav.
91. Om Domeijs synspunkter vedrørende betydningen af den omtvistede genstands forhold til den forud kendte teknik se i kapitel 5's teoriafsnit.
92. Olle Westlander, Patent (1995) s. 211 f og 213. Når man læser s. 210 får man let det indtryk, at Westlander forudsætningsvis er af den opfattelse, at beskyttelsesomfanget for analogifremgangsmådepatenter bør følge nogle specielle regler. Det fremgår imidlertid ret klart af s. 213, at Westlander mener, at beskyttelsesomfanget bør følge samme regler ved analogifremgangsmådepatenter og andre kemiske fremgangsmådepatenter.

vedrørende analogifremgangsmådepatenter, hvorfor man i princippet kunne overveje, om dommene kan understøtte en konklusion, der også omfatter andre former for kemiske fremgangsmådepatenter. Westlanders påberåbelse af domme vedrørende analogifremgangsmådepatenter er imidlertid i god overensstemmelse med hans ovenfor i afsnit 7.2.1.B omtalte opfattelse, ifølge hvilken der ikke gælder særregler for analogifremgangsmådepatenters beskyttelsesomfang.

Bengt Domeij har i relation til stofkrav på lægemidler – det vil sige krav, der ifølge deres formulering omfatter visse kemiske forbindelser, men hvor der ikke er angivet nogen anvendelse af de kemiske forbindelser – det hovedsynspunkt, at de må være underlagt en særlig snæver beskyttelse. Som begrundelse har han henvist til, at stofkrav formuleret ved hjælp af kemiske strukturformler besidder en høj grad af »entydighed«, og at denne entydighed bedst bevares ved at operere med en meget snæver beskyttelse.[93] Ifølge Domeij er patentkrav på almindelige fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler sjældent lige så »entydige« som tilsvarende stofkrav. Ved patenter på fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler må der derfor efter Domeijs opfattelse være en videre adgang til at lade beskyttelsen gå ud over patentkravenes indhold.[94]

For så vidt angår almindelige patenter på kemiske fremgangsmåder, har Domeij givet udtryk for, *at* krænkelsesvurderingen må indebære en bedømmelse af lighed og forskelle med hensyn til udgangsmaterialer, reaktionsforløb og slutprodukt, for eksempel dets udbytte og renhed, *at* det derudover må tages i betragtning, om det for en fagmand har været nærliggende at omgå den patenterede fremgangsmåde ved at vælge en fremgangsmåde som den omtvistede fremgangsmåde, og *at* beskyttelsens bredde må befinde sig et sted mellem på den ene side den efter hans opfattelse meget snævre beskyttelse ved stofpatenter og på den anden side den efter hans opfattelse særligt brede beskyttelse ved analogifremgangsmådepatenter.[95]

Domeijs argumentation forudsætter, at den »entydighed«, der efter hans opfattelse karakteriserer stofkrav formuleret som kemiske strukturformler, ikke genfindes i patentkrav på kemiske fremgangsmåder. I fremgangsmådekrav er udgangsmaterialer, mellemprodukter og slutprodukt imidlertid typisk også beskrevet ved hjælp af kemiske strukturformler, således at meget væsentlige dele af patentkravene må være karakte-

93. Om stofkrav, herunder om Bengt Domeijs synspunkter desangående, se dette kapitels afsnit 6 om stofkrav.
94. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 507.
95. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 517.

riseret ved den samme entydighed. Som eksempler kan der henvises til Phenylbutazondommen (UfR 1964 s. 498 H), Clopoxiddommen (UfR 1979 s. 553 H) og Ranitidindommen (UfR 1993 s. 859 H). En konsekvent videreførelse af Domeijs synspunkter om »entydighedens« betydning for beskyttelsesomfanget ved stofkrav burde med andre ord have ført til tilsvarende konklusioner, for så vidt angår de meget betydningsfulde dele af patentkrav på kemiske fremgangsmåder, der i samme grad kan siges at være karakteriseret ved »entydighed«. Domeijs entydighedsargument burde således føre til, at der også i relation til udgangsmaterialer, mellemprodukter og slutprodukter i fremgangsmådekrav typisk skulle være stærkt begrænsede muligheder for at lade beskyttelsen omfatte andet end det, der udtrykkeligt er beskrevet i fremgangsmådekravet. Da det langt fra er tilfældet, må argumentationen karakteriseres som inkonsekvent.

7.3. *Retspraksis*

Insulindommen – UfR 1941 s. 484 H

I Insulindommen var den patenterede opfindelse i patentkravet beskrevet som en fremgangsmåde til fremstilling af et insulinpræparat, karakteriseret ved, at der fremstilles en som reaktionsmasse tjenende inderlig blanding af en opløsning af et inuslinsalt og en opløsning af et protamin under benyttelse af et sådant indbyrdes mængdeforhold mellem insulinsalt og protamin, at der efter reaktionens tilendebringelse fremkommer en protamininsulinatopløsning, i hvilken der ved ændring af den fremkomne masses pH-værdi til mellem 6 og 8 fremkommer en udfældning af protamininsulinat.[96]

Ifølge beskrivelsen forholdt det sig således, *at* opfindelsen tjente til at løse et problem, som hidtil havde været knyttet til anvendelsen af insulinforbindelsen insulinhydroklorid til behandling af sukkersyge, *at* insulin-

96. Side 106 i 1964-betænkningen er Insulindommen omtalt på en sådan måde, at man dårligt kan undgå at få det fejlagtige indtryk, at dommen drejer sig om et analogifremgangsmådepatent – og ikke et almindeligt fremgangsmådepatent. Betænkningen er formentlig inspireret af A. Drachmann Bentzons domskommentar i TfR 1942 s. 428. Det skyldes formentlig det i betænkningen anførte, at man hos Torsten Nørgaard i NIR 1984 s. 12 og 15 og i Mogens Koktvedgaards Lærebog i Immaterialret 5. udg. (1999) s. 198 finder Insulindommen omtalt som en dom vedrørende et analogifremgangsmådepatent. Der er imidlertid ingen tvivl om, at det håndhævede patent ikke havde karakter af et analogifremgangsmådepatent, idet det er udstedt efter, at Patentkommissionen havde strammet praksis og var gået bort fra udstedelse af analogifremgangsmådepatenter, og inden en særlig kommission som omtalt ovenfor i december 1937 underkendte denne skærpelse af praksis.

hydroklorid var relativt let opløseligt i blodplasma og vævsvædske, således at virkningen af den indsprøjetede mængde insulin indtraf og fortog sig relativt kort tid efter indsprøjtningen, hvorfor behandlingen skulle gentages efter forholdsvis kort tid, *at* den lette opløselighed af insulinhydroklorid indebar en risiko for voldsomme reaktioner i form af forgiftningslignende tilfælde, *at* opfindelsen angik en simpel fremgangsmåde til fremstilling af et lidet sammensat insulinpræparat, som var væsentligt tungere opløseligt i vævsvædske og blodplasma end insulinhydroklorid, *at* fremgangsmåden var baseret på erkendelsen af, at et insulinsalt og protamin under passende omstændigheder reagerer og danner protamininsulinat, *at* den derved dannede reaktionsmasse bestod af en opløsning af protamininsulinat, der som lægemiddel kunne bringes i handelen i ampuller, men som først kunne benyttes til indsprøjtning efter udfældning af protamininsulinatet ved tilsætning af et alkaliserende (basisk) stof, og *at* den tungere opløselighed indebar, at de indsprøjtede enheder insulin blev optaget langsommere over en længere periode med det resultat, at der kunne gå længere tid mellem indsprøjtningerne.

Det ved den patenterede fremgangsmåde fremstillede præparat var surt med en pH-værdi på omkring 3,5. Dette præparat kunne ikke umiddelbart anvendes i behandlingen af sukkkersyge, idet det var nødvendigt inden indsprøjtning i patienten at tilsætte et alkaliserende stof, det vil sige et syreneutraliserende stof, *hvorved* lægemidlet protamininsulinat blev udfældet fra opløsningen, og *hvorved* pH-værdien som angivet i patentkravet kunne forhøjes til mellem 6 og 8. Tilsætningen af det alkaliserende stof gjorde imidlertid, at præparatets holdbarhed faldt. Patenthaveren markedsførte derfor præparatet sammen med et alkaliserende stof, således at man kunne vente med at hæve pH-værdien til umiddelbart før indsprøjtningen.

Den omtvistede fremgangsmåde gik ud på, at der til en opløsning af zink og insulin med en pH-værdi på en del under 5,6 blev tilsat en opløsning af sekundært natriumfosfat, hvorved *a)* insulinet dannede zink-insulin, som udfældede, det vil sige overgik til uopløst form, og *b)* pH-værdien samtidig blev hævet til 5,6.[97] Den påståede krænker tilsatte derefter en opløsning af protamin, hvorefter protaminet gik i forbindelse med det uopløste zink-insulin.

Det ved den omtvistede fremgangsmåde fremstillede præparat havde en pH-værdi på 5,6 og kunne umiddelbart anvendes til indsprøjtning som

97. En neutral væske – som for eksempel destilleret vand – har som bekendt en pH-værdi på 7 på den logaritmiske pH-skala.

et led i behandlingen af sukkersyge. Zinken havde den virkning, at præparatet blev endnu mere tungt opløseligt, således at der kunne gå endnu længere tid mellem behandlingerne. I øvrigt gjorde zinken, at præparatet var mere holdbart.

I Højesteret mente et flertal på 5 dommere, at den omtvistede fremgangsmåde måtte anses for omfattet af patentet. Som begrundelse angav de, *at* den ved foreningen af insulin og protamin opstående tungtopløselighed i blod og vævsvædske, måtte anses for at udgøre kernen i patentet, og *at* denne kerne var et væsentligt formål ved det »præparat«, der blev fremstillet med den omtvistede fremgangsmåde. Forskellene mellem de 2 fremgangsmåder var efter flertallets opfattelse uden væsentlig betydning, hvorfor de ikke kunne bringe det »præparat«, der blev fremstillet ved den omtvistede fremgangsmåde uden for patentets beskyttelsesområde.

Hardy Andreasen har i Juristen 1942 s. 268 anført, at Insulindommen må ses som udtryk for den opfattelse, at det dagældende forbud mod patentering af lægemidler af reale grunde måtte underlægges en indskrænkende fortolkning.

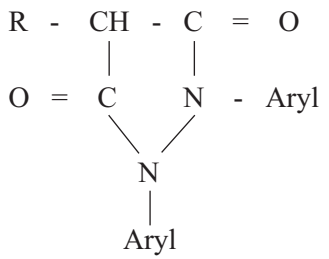
Når Højesterets flertal kom frem til, at opfindelsens kerne lå i kvaliteterne ved det lægemiddel, som blev fremstillet ved den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde, er der tale om, at opfindelsens særegne egenskaber efter flertallets opfattelse lå i noget, som var endog særdeles løsrevet fra patentkravets beskrivelse af den patenterede opfindelse. Bortset herfra er der intet – hverken i selve dommen eller i Højesterets voteringsprotokol –, som viser, at patentets beskyttelsesomfang blev fastlagt på en måde, som principielt afviger fra den måde, hvorpå beskyttelsesomfanget i almindelighed fastlægges.

Uenigheden i Højesteret var i øvrigt alene begrænset til vurderingen af, *hvad* der skulle anses for opfindelsens kerne, og *hvor* væsentlige forskellighederne mellem fremgangsmåderne måtte anses for at være.

Phenylbutazondommen – UfR 1964 s. 498 H

I Phenylbutazondommen havde det 1. patentkrav følgende ordlyd (min kursivering):

> »Fremgangsmåde til fremstilling af i 4-stillingen substituerede 3,5 diokso-pyrazolidiner med den almene formel



hvor R betyder en mættet eller umættet alifatisk eller cykloalifatisk, eller en aryl-substitueret alifatisk kulbrintegruppe med 2-10 kulstofatomer, og Aryl en usubstitueret eller en med halogenatomer eller alkosygrupper eller begge dele substitueret fenylgruppe, hvor hos alkyl- og alkoksygrupperne indeholder 1-3 kulstofatomer, eller deres salte, kendetegnet ved, at man omsætter *et funktionelt reaktionsdygtigt derivat af en monosubstitueret malonsyre* $RCH(COOH)_2$, såsom en diester, et dihalogenid eller et esterhalogenid, med en 1,2 diaryl*hydrazin* af formelen Aryl-NH-NH-Aryl eller et N-acylderivat af denne forbindelse, hensigtsmæssigt under tilstedeværelse af et kondensationsmiddel eller et syrebindende middel, i hvilke formler R og Aryl har den anførte betydning, og eventuelt overfører de dannede forbindelser til deres salte med uorganiske eller organiske baser.«

I patentbeskrivelsen var det forudsat, at fremgangsmåden blev udøvet med en høj begyndelsestemperatur. Endvidere var der i patentbeskrivelsen givet nogle udførelseseksempler, hvori der var angivet eksempler på, hvad der kunne være »et funktionelt reaktionsdygtigt derivat af en monosubstitueret malonsyre«. Som eksempel på, hvad der kunne være et »syrebindende middel« nævntes i beskrivelsen blandt andet pyridin.

Den terapeutiske virkning ved det under udøvelse af fremgangsmåden fremstillede stof, phenylbutazon, var ifølge patentbeskrivelsen en smerte- og feberstillende virkning. Først senere blev det opdaget, at stoffet havde en betydelig terapeutisk virkning over for rheumatiske lidelser (gigt med videre).

Den påståede krænker fremstillede et præparat, hvor det terapeutisk virksomme stof var identisk med det virksomme stof i det præparat, som patenthaveren fremstillede ved hjælp af den patenterede fremgangsmåde. Til fremstillingen af sit præparat anvendte den påståede krænker en fremgangsmåde, der var genstand for et patent, den påståede krænker havde fået udstedt i Belgien. Den relevante del af patentkravet i den påståede krænkers belgiske patent havde følgende formulering:

> »Fremgangsmåde til fremstilling af … kendetegnet ved, at man bringer et blandet anhydrid af malonsyre eller en substitueret malonsyre og carboxylsyre til at reagere med phenylhydrazin eller hydrazobenzen eller et derivat af en af disse forbindelser, hvori …«

Sådan som patenthaverens påstand var formuleret, drejede sagen sig om, hvorvidt den af det belgiske patent »omhandlede« fremgangsmåde måtte anses for at være omfattet af patenthaverens danske patent.

Bevisførelsen og parternes procedure var dog ikke koncentreret om den i det belgiske patentkrav beskrevne fremgangsmåde men derimod om den af den påståede krænker rent faktisk udøvede fremgangsmåde. Denne divergens mellem patenthaverens påstand og den måde, hvorpå sagen blev ført, syntes dog ikke i sig selv at have haft væsentlig betydning for sagen, idet i hvert fald 6 af de i sagens pådømmelse deltagende 7 højesteretsdommere syntes alene at have lagt afgørende vægt på, om den af den påståede krænker faktisk udøvede fremgangsmåde efter deres opfattelse kunne anses for omfattet af patenthaverens danske patent.

Oplysningerne i dommen om den rent faktisk udøvede fremgangsmåde er ikke klare, for så vidt angår udgangsstofferne, det vil sige de kemiske forbindelser, som fremgangsmåden tog udgangspunkt i. Det forekommer dog rimeligt at antage, *at* den påståede krænker anvendte et blandet anhydrid af substitueret malonsyre og en carboxylsyre, *at* den pågældende substituerede malonsyre var butylmalonsyre, og *at* den pågældende carboxylsyre var eddikesyre. I den forbindelse bemærkes det, at et blandet anhydrid af 2 kemiske forbindelser er en form for derivat af de 2 kemiske forbindelser, jf. udtrykket »et … derivat af en monosubstitueret malonsyre« i patenthaverens patentkrav.

Som »syrebindende middel« anvendte den påståede krænker pyridin, der i det håndhævede patents patentbeskrivelse var omtalt som et syrebindende middel. Den påståede krænker hævdede, at pyridin i den omtvistede fremgangsmåde blev tilsat på et andet tidspunkt og i andre mængder end angivet i patentbeskrivelsen.

Som det i patentkravet nævnte »diarylhydrazin eller N-acylderivat deraf« anvendte den påståede krænker hydrazobenzol, det vil sige det samme stof, som patenthaveren anvendte ved sin egen udøvelse af den patenterede fremgangsmåde.

I øvrigt anvendte den påståede krænker en lav begyndelsestemperatur i forhold til den begyndelsestemperatur, der fremgik af patentbeskrivelsen.

I Højesteret blev sagen afgjort af 7 dommere. De 6 af dommerne var enige om, at »det væsentlige« ved den patenterede fremgangsmåde måtte være kombinationen af de valgte udgangsstoffer. Tre af disse 6 dom-

mere mente, at det væsentlige ved den patenterede fremgangsmåde blev udnyttet i den omtvistede fremgangsmåde, og at den omtvistede fremgangsmåde i øvrigt ikke kunne siges at indeholde noget afgørende nyt, hvorfor de anså den omtvistede fremgangsmåde for omfattet af patentet. De øvrige 3 af de 6 dommere mente omvendt, at den omtvistede fremgangsmåde ikke udnyttede det væsentlige ved den patenterede opfindelse, hvilket førte dem til den konklusion, at den omtvistede fremgangsmåde ikke var omfattet af patentet. Den 7. dommer anså med en helt 3. begrundelse den omtvistede fremgangsmåde for omfattet af patentet, hvorfor den samlede domskonklusionen blev, at der var tale om krænkelse. Uenigheden mellem de førstnævnte 6 dommere vedrørte alene vurderingen af beviserne vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt det væsentlige ved opfindelsen blev udnyttet i den omtvistede fremgangsmåde. Der syntes således at have været enighed blandt de 6 dommere om betydningen af det væsentlige ved opfindelsen.

I Højesterets voteringsprotokol var 6 af de 7 dommere på forskellig vis inde på overvejelser vedrørende det dagældende forbud mod patentering af lægemidler. De 5 af dommerne gav udtryk for en negativ holdning over for forbudet, og ingen af dommerne ytrede sig positivt om det. I forbindelse med deres omtale af lægemiddelforbudet gav 2 af dommerne udtryk for, at meget kunne tale for at give patenter på fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler en relativt bred beskyttelsesomfang. Disse 2 dommere var blandt dem, der kom frem til, at der forelå krænkelse. Den ene af dem udtalte udtrykkeligt i sin domsbegrundelse, at det ikke havde støtte i retspraksis, at patenter på fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler som hævdet af den påståede krænker skal tildeles et relativt snævert beskyttelsesomfang. En enkelt dommer, som stemte for, at der ikke var tale om krænkelse, gav udtryk for, at man måtte respektere forbudet mod patentering af lægemidler, selv om man havde sympati for patenthaveren.

Højesteretsdommer Th. Gjerulff, som var med til at afgøre sagen, har i sin domskommentar i UfR 1964 B s. 265 givet udtryk for *at* mindretallet i Højesteret var af den opfattelse, at patenter på fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler må gives et relativt snævert beskyttelsesomfang, *at* flertallet ikke delte denne opfattelse, og *at* flertallets standpunkt reelt var motiveret i den betragtning, at der i Insulindommen ikke blev tildelt patentet en relativt snæver men snarere en relativt bred beskyttelse.

På grundlag af voteringsprotokollen må man medgive Gjerulff, at i hvert fald nogle af de dommere, der udgjorde flertallet, gik ind for en relativt bred beskyttelse ved patenter på fremgangsmåder til fremstilling af

lægemidler. For så vidt angår de dommere, der ikke anså den omtvistede fremgangsmåde for omfattet af patentet, er der dog næppe grundlag for at antage andet end, *at* de ikke kunne gå ind for et specielt bredt beskyttelsesomfang, for så vidt angår fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler, og *at* de således gik ind for anvendelse af helt samme regler som ved kemiske fremgangsmådepatenter i øvrigt.

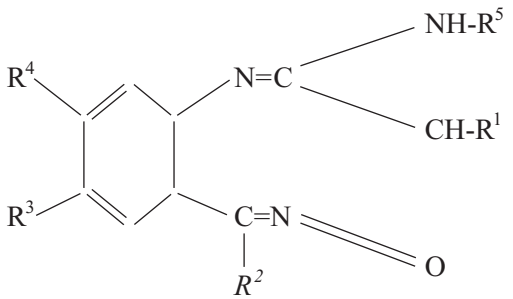
Det er bemærkelsesværdigt, *at* patenthaveren med tydelig inspiration fra dommermajoritetens begrundelse i Insulindommen havde gjort gældende, at kernen i den patenterede opfindelse var den kemiske opbygning af det fremstillede lægemiddels dioxopyrasolidinring indeholdende butyl- og phenylforbindelser med værdifulde terapeutiske egenskaber, og *at* det ifølge 6 af højesteretsdommerne væsentlige ved opfindelsen var noget helt andet, nemlig kombinationen af de valgte udgangsstoffer.

Bortset fra at en del af højesteretsdommerne øjensynlig var af den opfattelse, at patenter på fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler skal tildeles et relativt bredt beskyttelsesomfang, er der hverken i selve dommen eller i Højesterets voteringsprotokol noget, som viser, at patentets beskyttelsesomfang blev fastlagt på en måde, som principielt afviger fra den måde, hvorpå beskyttelsesomfanget i almindelighed fastlægges.

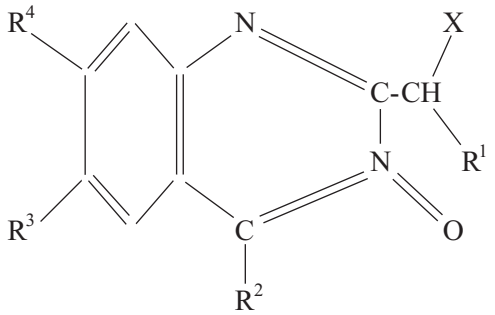
Clopoxiddommen – UfR 1979 s. 553 H

Clopoxiddommen drejede sig om krænkelse af en fremgangsmåde til fremstilling af lægemidlet clopoxid. Det håndhævede patentkrav havde følgende ordlyd (min kursivering):

> »Fremgangsmåde til fremstilling af 1,4-benzo-diazepin-4-oxider med den almene formel



i hvilken R^1 betegner et hydrogenatom eller en alkylgruppe, *R^2 en phenylgruppe eller en nitro- eller halogenstubstitueret phenyl- eller alkoxyphenylgruppe*, R^3 og R^4 et hydrogen- eller halogenatom eller en alkylgruppe og R^5 et hydrogenatom eller en alkyl, alkenyl–, hydroxyalkyl- eller alkoxyalkylgruppe, idet alle alkyl, alkenyl–, eller alkoxygrupper hver gang højst indeholder 7 carbonatomer, eller salte af disse forbindelser, kendetegnet ved, at *et halogenid med den almene formel*



i hvilken R^1, *R^2*, R^3 og R^4 *har den ovenfor angivne betydning*, og X betegner et halogenatom, omsættes med en nitrogenforbindelse med den almene formel

$$NH_2\text{-}R^5$$

i hvilken R^5 har den ovenfor angivne betydning, hvorefter omsætningsproduktet om ønsket ved reaktion med en syre omdannes til et salt deraf.«

Det fremgik af patentbeskrivelsen, at der ved fremgangsmådens udøvelse skete en omdannelse af det anvendte halogenids 6-ledede pyrimidinring til en 7-ledet 1,4-diazepinring.

Den påståede krænkers fremgangsmåde gik ud på, *at* der ved udøvelsen af en fremgangsmåde, som var genstand for den påståede krænkers patent nr. 117.231, blev fremstillet et quinazolin svarende til udgangsstoffet i patenthaverens fremgangsmåde, idet der dog i den påståede krænkers quinazolin var et hydrogenatom i halogenidets R^2-stilling[98] i stedet for en substitueret phehylgruppe, *at* der ved udøvelsen af en fremgangsmåde, som var genstand for den påståede krænkers patent nr. 127.253, *a)* blev til-

98. Det i dommen anvendte udtryk »R2-stilling« må antages at referere til definitionen af »R^2« i det citerede patentkrav.

sat methylamin, hvilket førte til en udvidelse af det anvendte halogenids pyrimidring til en 7-ledet diazepinring, hvorefter *b)* en phenylgruppe blev introduceret ved en såkaldt Gringard-reaktion, og *at* udøvelsen af en fremgangsmåde, som var genstand for den påståede krænkers patentansøgning nr. 5198/67, førte til, at *a)* det derved fremkomne stof blev omdannet til et blandingsstof, og at *b)* dette efter den kemiske proces isomerisering blev til lægemidlet clopoxid. Den påståede krænkers patentansøgning og patenter havde alle prioritet fra et tidspunkt, som lå efter udstedelsen af patenthaverens patent.

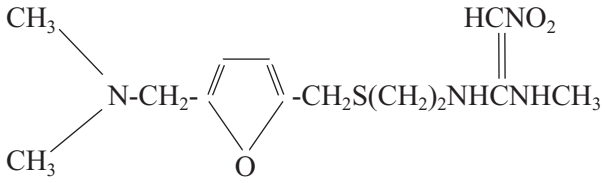
Dommerne i Østre Landsret og Højesteret var enige om, at den omtvistede fremgangsmåde måtte anses for omfattet af patentet. Det må antages, at dommerne mente, *at* kernen i / det væsentlige ved opfindelsen var den for dannelsen af stoffet chlodiazepoxyd (clopoxid) afgørende udvidelse fra en 6-ledet til en 7-ledet ring, som såvel af sagsøgeren som af sagsøgte blev fremkaldt ved tilsætning af methylamin til udgangsstoffet quinazolin-3-oxid, *at* patenthaverens fremgangsmåde var enklere end den påståede krænkers fremgangsmåde, *at* en fremgangsmåde med et hydrogenatom i stedet for patenthaverens phenylgruppe måtte anses for det mest nærliggende alternativ til patenthaverens fremgangsmåde. *at* forskellen med hensyn til phenylgruppen i den patenterede fremgangsmåde og brintatomet og phenylgruppen i den omtvistede fremgangsmåde var af mindre betydning, og *at* der derfor var en så væsentlig lighed mellem den omtvistede fremgangsmåde og den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde, at den omtvistede fremgangsmåde måtte anses for omfattet af patentet.

Hverken i selve dommen eller i Højesterets voteringsprotokol er der noget, som viser, at patentets beskyttelsesomfang blev fastlagt på en måde, der principielt afviger fra den måde, hvorpå beskyttelsesomfanget i almindelighed fastlægges.

Ranitidindommen – UfR 1993 s. 859 H

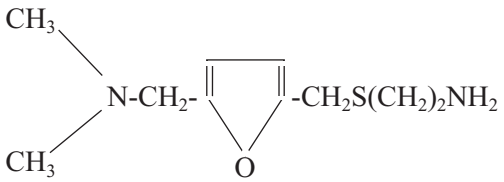
Ranitidindommen er den eneste dom fra trykt retspraksis, som vedrører en analogifremgangsmåde til fremstilling af et lægemiddel. Ved den patenterede fremgangsmåde kunne man fremstille det nye lægemiddel ranitidin. Den relevante del af det 1. patentkrav havde følgende ordlyd (min kursivering):

> »*Analogifremgangsmåde til fremstilling af* et aminoalkylfuranderivat med formlen I

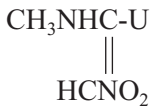


eller fysiologisk tolerable salte heraf med syrer *kendetegnet ved, at*

a) *den primære amin med formlen II*

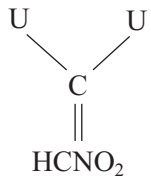


omsættes med en forbindelse med den almene formel

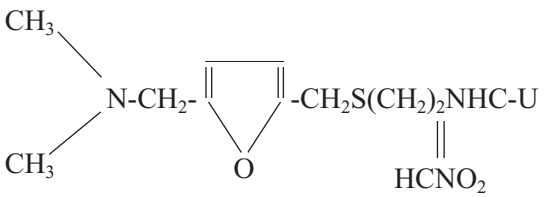


hvor U betegner en fraspaltelig enhed, *eller*

b) *en* eventuelt ved omsætning af en forbindelse med formlen II med en forbindelse med den almene formel



hvor U har den ovenfor anførte betydning, vundet *forbindelse med den almene formel III*



hvor U har den ovenfor anførte betydning, *omsættes med methylamin*,

c) …

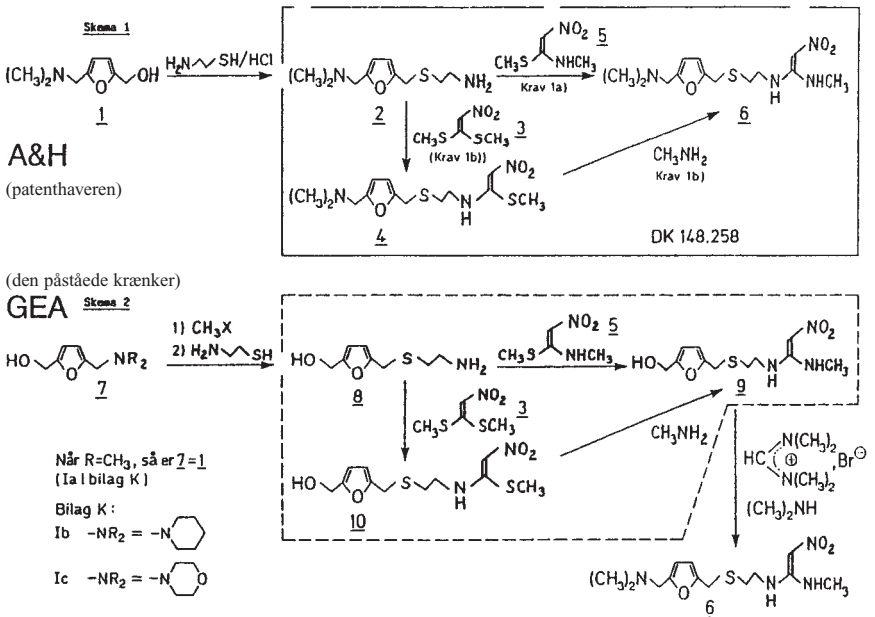
hvorefter til fremstilling af fysiologisk tolerable salte, forbindelsen med formlen I behandles med en fysiologisk tolerabel uorganisk eller organisk syre, eller et vundet salt omdannes til et andet salt deraf med en fysiologisk tolerabel syre.«

Den påståede krænker havde efterfølgende opfundet en anden fremgangsmåde til fremstilling af ranitidin og havde fået udstedt dansk patent på den nye fremgangsmåde, som ifølge Patentdirektoratet besad såvel nyhed som opfindelseshøjde i forhold til den forud kendte teknik. Den omtvistede fremgangsmåde har visse fordele i forhold til den fremgangsmåde, der er beskrevet i det håndhævede patent. Fordelene går ud på, *at* den omtvistede fremgangsmåde fører til et mellemprodukt, som var krystalinsk, hvilket må anses for en fordel, *at* dannelsen af den første kemiske forbindelse i den fremgangsmåde, der er beskrevet i det håndhævede patents patentkrav, forudsætter anvendelse af koncentreret saltsyre, som man generelt ønsker at undgå i kemiske processer, *at* der i patenthaverens rensningsproces bliver anvendt æter, som er brand- og eksplosionsfarligt, hvorfor man helst undgår æter i de mængder, der er nødvendige i en fabrikationsproces, og *at* det måtte antages, at den omtvistede fremgangsmåde giver et større udbytte end den i patentet beskrevne fremgangsmåde.

Parterne var enige om, *at* der i patenthaverens udgangsmateriale, som ikke var nævnt i patentkravet, altid var en dimenthylaminomethylgruppe, (CH3)2N, som bibeholdtes under hele patenthaverens fremstillingsproces, *at* når den påståede krænker anvendte samme udgangsmateriale som patenthaveren, så startede den påståede krænker med at fjerne udgangsmaterialets dimenthylaminomethylgruppe, hvorefter den påståede krænker lod processen gennemløbe de kemiske reaktioner, der var sammenlignelige eller ligeartede med de kemiske reaktioner i patentkravet, for til sidst at tilføje en enkelt reaktion, under hvilken dimenthylaminomethylgruppen blev genindføjet der, hvor den havde sin plads i ranitidin, og *at* den påståede krænker ved anvendelse af andre udgangsmaterialer, som ikke havde nogen dimen-

thylaminomethylgruppe, blot lod processen gennemløbe de kemiske reaktioner, der var sammenlignelige eller ligeartede med de kemiske reaktioner i det håndhævede patents patentkrav, for til sidst at tilføje den tidligere nævnte reaktion, under hvilken dimenthylaminomethylgruppen blev indsat.

Parterne var endvidere enige om, at forholdet mellem de 2 fremgangsmåder kunne illustreres på følgende måde:[99]



99. Tegningen var fremlagt som bilag i sagen, og den er gengivet i UfR.

Højesteret var af den opfattelse, at den omtvistede fremgangsmåde måtte anses for omfattet af patentet. Som begrundelse angav Højesteret, at den omtvistede fremgangsmåde uanset om den påståede krænker anvendte samme udgangsmateriale som beskrevet i patentet måtte anses for at adskille sig væsentlig fra patenthaverens fremgangsmåde.

I Højesterets argumentation for resultatet indgik det, at der var tale om et patent på en analogifremgangsmåde, som ifølge Højesterets opfattelse ikke i sig selv havde karakter af en opfindelse, idet patenterbarheden beroede på det nye lægemiddels værdifulde terapeutiske egenskaber. Dette forhold måtte ifølge Højesteret indebære, at der ikke kunne lægges afgørende vægt på at der i den omtvistede fremgangsmåde indgik syntesetrin, som var ligeartede med samtlige de i patentet beskrevne trin i den patenterede fremgangsmåde. Vurderingen af den omtvistede fremgangsmåde måtte efter Højesterets opfattelse omfatte den samlede fremgangsmåde, herunder den afsluttende reaktion i den omtvistede fremgangsmåde, hvorunder dimenthylaminomethylgruppen $(CH_3)_2N$ blev (gen)indføjet med dannelsen af Ranitidin som resultat. Denne afsluttende reaktion var ifølge Højesteret ikke nærliggende for en fagmand.

Bortset fra det anførte om betydningen af, at der var tale om et analogifremgangsmådepatent, er der ikke noget i dommen som viser, at patentets beskyttelsesomfang blev fastlagt på en måde, som principielt afviger fra den måde, hvorpå beskyttelsesomfanget bestemmes i sager vedrørende andre former for opfindelser.

7.4. *Konklusioner*

For så vidt angår patenter med prioritet fra tiden før ophævelsen af forbudet mod patentering af lægemidler må der navnlig med udgangspunkt i Phenylbutazondommen være grundlag for at konkludere, at den overvejende opfattelse blandt dommerne har været, at der bør tildeles *patenter på almindelige fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler* et særlig bredt beskyttelsesomfang. Den opfattelse må formentlig ses som en måde, hvorpå man kan afbøde de værste skadevirkninger af det realt uhensigtsmæssige forbud mod patentering af lægemidler. Det kan derfor ikke antages, at den opfattelse også vil blive lagt til grund ved fastlæggelsen af beskyttelsesomfanget, når det drejer sig om yngre patenter, der ikke har været genstand for forbudet.

Ranitidindommen afspejler en opfattelse, ifølge hvilken beskyttelsesomfanget ved *analogifremgangsmådekrav* må være ret begrænset set i forhold til kemiske fremgangsmådekrav i almindelighed. Det blev nemlig øjensynlig ikke tillagt synderlig betydning, at den omtvistede fremgangs-

måde omfattede syntesetrin, der var ligeartede med samtlige de i patentkravet beskrevne syntesetrin. Endvidere blev der ikke som foreslået i dele af litteraturen lagt vægt på de patenterbarhedsbegrundende terapeutiske egenskaber ved analogifremgangsmådens slutprodukt. Hertil kommer, at en sammenligning af Ranitindindommen med Clopoxiddommen viser, at den omtvistede fremgangsmåde i Ranitidindommen rent kemisk lå tættere på den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde end det var tilfældet i Clopoxiddommen, hvor den omtvistede fremgangsmåde blev anset for at være omfattet af patentet. Praksis bør formentlig ses som udtryk for en høj grad af respekt for det af politikerne vedtagne forbud mod patentering af lægemidler, der blev konfirmeret så sent som i 1967 med vedtagelsen af 1967-patentloven.

Sammenfattende kan man sige, *at* der er en tendens til at tildele patenter på almindelige fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler en særligt bred beskyttelse, når det drejer sig om patenter, der stammer fra tiden før ophævelsen af forbudet mod produktpatenter på lægemidleer, *at* det må antages, at beskyttelsesomfanget for et patent på en almindelig fremgangsmåde til fremstilling af et lægemiddel vil blive fastlagt på samme måde som ved andre typer opfindelser, når patentet stammer fra tiden efter forbudets ophævelse, og *at* analogifremgangsmådepatenter er genstand for en særligt snæver beskyttelse. Disse konklusioner afviger en del fra Berndt Godenhielms, Olle Westlanders og Bengt Domeijs antagelser vedrørende patenter på analogifremgangsmåder. Højesterets begrundelse i Ranitidindommen, hvor det blev pointeret, at fremgangsmåden ikke i sig selv har karakter af en opfindelse syntes til gengæld umiddelbart at være i rimelig overensstemmelse med Torsten Nørgaards synspunkt om, at den analoge beskyttelse af analogifremgangsmåder ikke kan udstrækkes til at omfatte noget, der ikke har nyhed og/eller opfindelseshøjde set i forhold til den på prioritetsdagen kendte teknik.

8. Patentkrav på anvendelse af et kendt stof til fremstilling af et lægemiddel til brug for stoffets 2. og efterfølgende medicinske indikationer (2.MI-krav)

8.1. *Forbudet mod patentering af fremgangsmåder til terapeutisk behandling*

Ophævelsen af forbudet mod patentering af lægemidler i den danske patentlov i 1983 kom desværre ikke til at markere den endegyldige løsning

på alle problemer vedrørende patentering af lægemidler. I 1978 fik vi som et led i patentlovens tilpasning til EPK en ny bestemmelse i § 1, stk. 3, ifølge hvilken fremgangsmåder til terapeutisk behandling, som anvendes på mennesker eller dyr, ikke skal anses for at udgøre opfindelser. Dette forbud mod patentering af terapeutiske fremgangsmåder giver anledning til en del relativt komplicerede problemer. Patentlovens § 1, stk. 3, svarer til EPK art. 52(4), og den må i hvert fald efter Danmarks tiltrædelse af EPK i 1990 fortolkes i overensstemmelse med EPK art. 52(4).[100] [101]

At fremgangsmåder til terapeutisk behandling ikke skal anses for patenterbare opfindelser er ifølge patentlovens § 1, stk. 3, pkt. 2, og EPK art. 52(4) pkt. 2, ikke til hinder for, at der kan meddeles patent på produkter, herunder stoffer og stofblandinger, til brug for udøvelsen af terapeutiske fremgangsmåder. Patentkrav, der retter sig mod et lægemiddel som produkt, er med andre ord admitterbare, mens patentkrav, der retter sig mod den terapeutiske anvendelse af produktet ikke er.

Anerkendelsen af, at stoffer og stofblandinger til brug for udøvelse af terapeutiske fremgangsmåder kan udgøre patenterbare opfindelser, indebærer, at der kan udstedes patent på *a)* et stof eller en stofblanding og/eller *b)* på stoffet eller stofblandingen til brug for udøvelsen af en terapeutisk fremgangsmåde, når der er tale om et nyt stof eller en ny stofblanding.

Når et produkt for eksempel et stof er kendt, og man har opfundet en ny anvendelse af det pågældende produkt for eksempel en terapeutisk anvendelse, er det på grund af nyhedskravet og den måde, hvorpå patentkrav fortolkes, i almindelighed ikke muligt at få godkent patentkrav, der retter sig mod det kendte produkt til den nye anvendelse. Patentkravene skal rette sig mod den nye anvendelse af det kendte produkt, således at der er tale om anvendelseskrav og ikke produktkrav.[102]

---

100. EPK art. 52, stk. 4, er i sin ordlyd noget mindre kategorisk end den danske patentlovs § 1, stk. 3, idet fremgangsmåder til terapeutisk behandling ifølge art. 52, stk. 4, blot skal anses for ikke at udgøre »opfindelser, *som kan udnyttes industrielt*«, mens sådanne fremgangsmåder ifølge § 1, stk. 3, helt frakendes karakteren af opfindelse. Forskellen dækker imidlertid ikke over en realitetsforskel, idet den relevante retsfølge er den samme. I den officielle engelsksprogede version af EPK, tales der i art. 52, stk. 4, om, at den pågældende type opfindelser »shall not be regarded as inventions, which are sucsceptible of industrial application«. Den danske oversættelse af EPK syntes at være i god overensstemmelse hermed. For så vidt angår historien bag EPK art. 52(4) se Bengt Domeij, Patent på 2:a medicinska indikationen och förbudet mot patent på medicinska förfaranden (1994) s. 8 ff. De relevante forarbejder til EPK er minutiøst gennemgået af Lennarth Törnroth i NIR 1987 s. 147 ff.
101. Allerede i 1984 mente Mogens Koktvedgaard og Lise Østerborg, at der i relation til det her drøftede fortolkningsspørgsmål måtte tillægges EPO's praksis betydelig vægt, jf. UfR 1984 B s. 2. Om den generelle betydning af EPO's praksis for den danske patentmyndighed efter Danmarks tiltrædelse af EPK se kapitel 1.
102. Romuald Singer, The European Patent Convention (1995) s. 170.

Hvis man anvender denne almindelige regel på lægemidler, vil det indebære, at opdagelsen af en hidtil ukendt terapeutisk effekt ved et forud kendt stof ikke kan give grundlag for udstedelse af et patent, idet patentkrav på den terapeutiske anvendelse af et lægemiddel som tidligere omtalt ikke er admitterbare, jf. patentlovens § 1, stk. 3, og EPK art. 52(4).

For at undgå denne uheldige konsekvens af § 1, stk. 3, og art. 52(4) har man i patentlovens § 2, stk. 4, og EPK art. 54(5) indføjet en regel, ifølge hvilken det almindelige nyhedskrav ikke skal være til hinder for, at patent kan meddeles på kendte stoffer eller stofblandinger til anvendelse til terapeutiske fremgangsmåder, såfremt sådan anvendelse af stofferne eller blandingerne ikke må anses for forud kendt.[103]

Sådan et produktkrav, der retter sig mod et stof til en eller anden terapeutisk anvendelse af stoffet, skal forstås som begrænset til stoffet i en indpakning eller anden form, som viser, at stoffet er bestemt til den angivne terapeutiske anvendelse.[104] Denne form for fortolkning af patentkrav med den pågældende opbygning er udtryk for en særregel. Patentkrav, der først nævner et produkt og derefter angiver en anvendelse af produktet, fortolkes nemlig normalt som rettet mod det pågældende produkt, uden at patentkravet er begrænset til det angivne anvendelsesområde, der alene anses for at udgøre en form for eksemplifikation, som dog skal have den virkning, at patentkravet alene omfatter produkter, der efter deres karakter er egnede til den angivne anvendelse.[105]

Ifølge den praksis, der har udviklet sig, kan man formulere et *patentkrav vedrørende et hidtil ukendt stof* med værdifulde terapeutiske egenskaber som for eksempel *a)* »stoffet X« og/eller *b)* »stoffet X til anvendelse som lægemiddel« og/eller *c)* »stoffet X til anvendelse til helbredelse af sygdommen Y«. Det første patentkrav, der er rettet mod stoffet X vil omfatte stoffet X og dermed enhver anvendelse af stoffet X, herunder som lægemiddel. De 2 andre patentkrav, der begge angiver en mulig anvendelse af stoffet X, skal forstås sådan, at de vedrører stoffet X i en indpakning

---

103. Patentlovens § 2, stk. 4, har følgende ordlyd: »Betingelsen i henhold til stk. 1, hvorefter opfindelser skal være nye, er ikke til hinder for, at patent meddeles på kendte stoffer eller stofblandinger til anvendelse i de i § 1, stk. 3, nævnte fremgangsmåder, såfremt anvendelsen af stoffet eller blandingen ikke er kendt ved nogen af disse fremgangsmåder.« EPK art. 54(5) har følgende ordlyd i den engelske version: »The provisions of paragraphs 1 to 4 [konventionens nyhedskrav] shall not exclude the patentability of any substance or composition, comprised in the state of the art, for use in a method referred to in Article 52, paragraph 4, provided that its use for any method referred to in that paragraph is not comprised in the state of the art.«
104. EPO Guidelines C.IV.4.2.
105. EPO Guidelines C.III.4.8 og C.IV.4.2.

eller anden form, som viser, at stoffet er bestemt til anvendelse som henholdsvis lægemiddel generelt og lægemiddel specifikt til helbredelse af sygdommen Y.[106] [107]

Når der er tale om *et allerede kendt stof, og det hidtil ikke har været erkendt, at stoffet har terapeutiske egenskaber*, så kan den første erkendelse af terapeutiske egenskaber ved stoffet give grundlag for at formulere patentkrav svarende til de patentkrav man kan formulere, når der er tale om et helt nyt stof med terapeutiske egenskaber, idet man dog naturligvis ikke kan få godkendt patentkrav på det allerede kendte stof som sådant men er begrænset til at opstille patentkrav, hvor der er en efterfølgende angivelse af stoffets terapeutiske anvendelse, jf. de ovenfor omtalte eksempler b) og c).[108]

Det særlige nyhedskrav i patentlovens § 2, stk. 4, og EPK art. 54(5) finder kun anvendelse på den 1. medicinske indikation af et stof eller en stofblanding.[109] Når der er tale om *et allerede kendt stof*, og det ydermere må anses for *kendt, at stoffet har visse terapeutiske egenskaber*, vil erkendelsen af yderligere terapeutiske egenskaber (2. og efterfølgende medicinske indikationer) med andre ord ikke i medfør af det særlige nyhedskrav i § 2, stk. 4, og art. 54(5) kunne give grundlag for godkendelse af patentkrav på det pågældende stof med angivelse af den terapeutiske anvendelse. Den mulighed står kun åben, første gang det erkendes, at stoffet – nyt eller kendt – har terapeutiske egenskaber, og det gælder uanset om de efterfølgende indikationers terapeutiske egenskaber er langt mere værdifulde end den først erkendte indikations terapeutiske egenskaber.[110]

Siden EPO's Enlarged Board of Appeal i 1984 traf en række principielle afgørelser, har det dog ligget fast, at 2. og efterfølgende medicinske indikationer trods alt kan føre til udstedelse af patent. Patentkravene skal formuleres på formlen »anvendelse af stoffet eller stofblandingen X til brug for fremstilling af lægemidlet Y til anvendelse til helbredelse af sygdommen Z« (herefter kaldet »2.MI-krav«). Patentkrav på formen »fremgangs-

---

106. EPO Guidelines C.IV.4.2.
107. Om udviklingen af EPO's praksis se Lennarth Törnroth i NIR 1987 s. 147 ff og Lars Björklund i NIR 1986 s. 28 ff. Törnroth er ud fra retskildemæssige synspunkter stærkt kritisk over for den påberåbte hjemmel for EPO's praksis, jf. NIR 1987 s. 151 ff.
108. EPO Guidelines C.IV.4.2.
109. Bemærkningerne til § 2, stk. 4, i 1978-lovforslaget og Bengt Domeij Patent på 2:a medicinske indikationen och förbudet mot patent på medicinska förfaranden (1994) s. 37.
110. EPO Guidelines C.IV.4.2. I overensstemmelse hermed er følgende anført i 1978-lovforslagets bemærkninger til § 2, stk. 4: »Forslaget indebærer, at når blot én anvendelse inden for det nævnte område er blevet kendt, er videre patentering af stoffer eller stofblandinger til anvendelse inden for dette område udelukket, uanset hvor forskellige disse anvendelser måtte være.«

måde til fremstilling af et lægemiddel til brug for den terapeutiske anvendelse Z kendetegnet ved, at stoffet X anvendes« accepteres dog også. Ved vurderingen af nyhed og opfindelseshøjde kan den terapeutiske virkning af lægemidlet ifølge administrativ praksis begrunde patenterbarheden, selv om 2.MI-kravet i princippet er rettet mod fremstillingen af lægemidlet.[111]

På grund af det nyhedskrav, der normalt finder anvendelse, er det ikke muligt at få godkendt tilsvarende patentkrav ved andre opfindelsestyper. Praksis vedrørende godkendelse af 2.MI-krav er således baseret på et særligt nyhedskrav. Som juridisk legitimering for denne særregel har man i praksis påberåbt sig en analogi fra EPK art. 54(5), ifølge hvilken den terapeutiske effekt af et forud kendt stof eller en forud kendt stofblanding som tidligere omtalt kan etablere nyhed og opfindelseshøjde for et produktkrav, når der er tale om stoffets eller stofblandingens 1. medicinske indikation.[112]

I EPO Guidelines er det ikke udtrykkeligt angivet, hvorledes 2.MI-krav skal fortolkes. Det forekommer imidlertid nærliggende at forstå 2.MI-krav som rettet mod enhver aktivitet, hvorved et produkt med den i patentkravet nævnte kemiske forbindelse gennem emballeringen eller på anden måde i forbindelse med markedsføringen identificeres som bestemt eller dog egnet til anvendelse mod den i patentkravet nævnte lidelse.

8.2. *Teorien*

Nordisk teori indeholder ikke meget, som i væsentlig grad tilføjer noget til det, der er anført i EPO Guidelines. Under henvisning til tysk praksis har Bengt Domeij dog præciseret, at et *anvendelsesbundet patent* med patentkrav på formen »anvendelse af stoffet X til brug for fremstilling af lægemidlet Y til anvendelse til helbredelse af sygdommen Z« skal give et beskyttelsesomfang, der er begrænset således, at det ikke kan forhindre konkurrenter i at tilvirke et lægemiddel ved hjælp af stoffet X, hvis det pågældende lægemiddel med hensyn til pakning, dosering etc. må anses for beregnet på helbredelse af en anden sygdom.[113]

---

111. Romuald Singer, The European Patent Convention (1995) s. 168 f, EPO Guidelines C.IV.4.2 og Bengt Domeij, Patent på 2:a medicinska indikationen och förbudet mot patent på medicinska förfaranden (1994) s. 38 ff. Tidligere har det givet anledning til en del diskussion, hvorledes et stofs 2. og efterfølgende indikationer som terapeutisk virksomme lægemidler bør håndteres i relation til de her drøftede bestemmelser. Se for eksempel Mogens Koktvedgaards og Lise Østerborgs artikel »Patent på lægemidler« i UfR 1984 B s. 1, som dog har mistet sin aktualitet på grund af den efterfølgende udvikling.
112. Bengt Domeij, Patent på 2:a medicinska indikationen och förbudet mot patent på medicinska förfaranden (1994) s. 43.
113. Bengt Domeij, Läkemdelspatent (1998) s. 506 og Bengt Domeij, Pharmaceutical Patents (2000) s. 329.

8.3. *Retspraksis*
Der er ingen relevante danske domme i de gængse domssamlinger.

8.4. *Konklusioner*
Der er på en række væsentlige punkter en slående lighed mellem den i Danmark nu forladte praksis for patentering af analogifremgangsmåder og den nuværende praksis for udstedelse af patenter med 2.MI-krav.

For det 1. tjener praksis i begge tilfælde til at omgå en form for forbud mod patentering af lægemidler – henholdsvis forbud mod patentering af lægemidler og forbud mod patentering af lægemidlers anvendelse. For det 2. retter de i praksis accepterede patentkravs ordlyd sig i begge tilfælde mod fremstillingen af det pågældende lægemiddel. For det 3. lader man i begge tilfælde den terapeutiske virkning være afgørende for spørgsmål om nyhed og opfindelseshøjde ved vurderingen af fremstillingsmådens patenterbarhed. For det 4. er vurderingen af nyhed og opfindelseshøjde i begge tilfælde udtryk for en afvigelse fra de almindelige regler om nyhed og opfindelseshøjde.[114] For det 5. forholder det sig sådan, at de reale hensyn, man kan påberåbe sig til støtte for en bred beskyttelse ved 2.MI-krav, med fuldt ud samme styrke gør sig gældende, for så vidt angår analogifremgangsmådekrav.[115]

Disse ligheder gør det relevant at overveje, om den af Højesteret i Ranitidindommen introducerede praksis, ifølge hvilken der må tildeles analogifremgangsmådepatenter et relativt snævert beskyttelsesomfang, kan og bør finde tilsvarende anvendelse ved patenter med 2.MI-krav.

Den mest iøjnefaldende forskelle mellem de danske analogifremgangsmådekrav og 2.MI-krav er, at analogifremgangsmådekravene retter sig mod en fremgangsmåde til fremstilling af et helt nyt lægemiddel, mens 2.MI-kravene reelt retter sig mod dossering, emballering og markedsføring af et allerede kendt lægemiddel med henblik på en ny terapeutisk anvendelse deraf.

Det forhold, at analogifremgangsmådekrav kun kunne godkendes, når der var tale om et helt nyt lægemiddel gør, at der som udgangspunkt må antages at ligge en større opfinderisk indsats bag et dansk analogifrem-

---

114. I overensstemmelse med det her anførte har Lennarth Törnroth i NIR 1987 s. 153 sammenlignet praksis vedrørende 2.MI-krav med den praksis, der tidligere gav mulighed for udstedelse af analogifremgangsmådepatenter. I den forbindelse har Törnroth fremhævet, at der i begge tilfælde er tale om administrativ omgåelse af et forbud, der har udtrykkelig lovhjemmel.
115. Om de reale hensyn, der kan begrunde en relativt bred beskyttelse ved 2.MI-krav og analogifremgangsmådekrav se afsnit 7.7 i kapitel 9.

gangsmådekrav end et 2.MI-krav. I praksis kommer det navnlig til udtryk derved, at når der er tale om et helt nyt stof med terapeutiske virkninger, er der i dag grundlag for udstedelse af patentkrav rettet mod stoffet såvel som stoffet til anvendelse som lægemiddel generelt, hvilket må siges at være en del mere end et 2.MI-krav.

Det forhold, at 2.MI-krav reelt retter sig mod markedsføringen af et allerede kendt lægemiddel med henblik på anvendelse til terapeutisk behandling af sygdomme syntes i øvrigt at indebære, at den omgåelse af forbudet mod patentering af fremgangsmåder til terapeutisk behandling, som 2.MI-krav er udtryk for, har en endnu mindre margen til det ulovlige, end den af Folketinget i 1967 konfirmerede »omgåelse«, som de danske analogifremgangsmådekrav er udtryk for.

De mest iøjnefaldende forskelle taler bestemt ikke mod en analogi fra praksis vedrørende beskyttelsesomfanget for analogifremgangsmådekrav. De syntes snarere at kunne tale for en så meget desto mere slutning. For så vidt angår spørgsmålet, om hvorvidt praksis vedrørende analogifremgangsmådekravs beskyttelsesomfang bør finde tilsvarende anvendelse ved 2.MI-krav, følger det ret entydigt af ovenstående, at der i hidtil gældende dansk ret retskildemæssigt må være basis for mindst en analogi. Med andre ord må retsstillingen i hidtil gældende dansk ret antages at være, at 2.MI-krav ligesom analogifremgangsmådekrav er genstand for en meget snæver beskyttelse.

9. Patenthaverens subjektive forhold i forbindelse med patentansøgningens udarbejdelse og behandling – bevidste begrænsninger og inadækvate formuleringer

Patenthaverens subjektive forhold i forbindelse med patentansøgningens udarbejdelse og behandling drejer sig primært om det, som patenthaveren indså eller burde have indset i forbindelse med patentkravenes formulering i den oprindelige patentansøgning og under ansøgningssagen.

9.1. *Teorien*

I teorien er det en almindelig opfattelse, at fejl, forglemmelser og inadækvat affattelse af patentet må komme patenthaveren til skade.[116] Ifølge

116. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfång (1950) s. 137 f og Mogens Koktvedgaard og Lise Østerborg, Patentloven, 2. udg. (1979) s. 216.

Lennart Sjöö må det således komme patenthaveren til skade, hvis patentkravene har fået en snæver formulering uanset om »denna felformulering« skyldes manglende patentsagkundskab hos patenthaveren, sjuskeri eller lignende.[117]

Man støder imidlertid også på synspunkter, som må siges at indebære væsentlige modifikationer i forhold hertil. Olle Westlander har således givet udtryk for, *at* det ikke bør komme patenthaveren til skade, hvis et patentkrav fremstår som unødigt begrænset i forhold til opfindelsestanken, medmindre særlige omstændigheder giver anledning til at antage, at der er tale om en bevidst begrænsning af beskyttelsesomfanget (fravalg), og *at* en unødig begrænsning, der blot beror på uagtsomhed hos patenthaveren, er noget, som trediemand må regne med, og som trediemand derfor ikke bør kunne drage nogen fordele af.[118]

Specifikt for så vidt angår den situation, hvor patentbeskrivelsen er mere omfattende end patentkravene, har Bendt Godenhielm givet udtryk for, det i beskrivelsen yderligere anførte må falde uden for beskyttelsesomfanget, hvis det fremstår som tilsigtet, at det ikke er medtaget i patentkravene.[119] Det skal formentlig forstås derhen, at i tilfælde, hvor der i patentbeskrivelsen er basis for patentkrav, som ville være bredere end de faktisk opstillede patentkrav, bør beskyttelsen ikke kunne få et omfang svarende til de potentielt bredere patentkrav, hvis der er tale om en bevidst tilskæring af de aktuelle patentkrav.

9.2. *Retspraksis*

Fodtøjslimdommen – UfR 1927 s. 285 H

I Fodtøjslimdommen lød patentkravet på fodtøj fremstillet med en rågummiplade eller -strimmel indlagt mellem nogle af fodtøjets øvrige dele. Den påståede krænker fremstillede tilsvarende fodtøj ved påsmøring af flydende rågummi.

Under sagen forklarede patenthaveren, *at* han havde formuleret patentkravet som sket, fordi han så det bedst stemmende med sine interesser, at der blev gået ud fra, at fastgørelse af rågummi til en fodtøjsdel var en kendt sag, og *at* han var på det rene med, at man kunne lave et lag af rågummi i fodtøj på anden vis end ved indlægning af en forud fremstillet plade eller strimmel.

---

117. Lennart Sjöö i NIR 1983 s. 568.
118. Olle Westlander, Patent s. 55 f og 142 f.
119. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfång (1950) s. 166.

Højesteret kom frem til, at det omtvistede fodtøj ikke var omfattet af patentet. I domsbegrundelsen er der ikke udtrykkeligt henvist til baggrunden for patentkravets formulering. Det er i begrundelsen anført, at indlæggelse af en rågummiplade eller -strimmel var stærkt fremhævet i patentkravet. Ret beset var der dog ikke grundlag for at anse dette træk ved opfindelsen for særlig fremhævet i patentkravet, og det må formentlig antages, at der reelt set er tale om en implicit henvisning til baggrunden for formuleringen af den pågældende del af patentkravet, nemlig at der var tale om et bevidst fravalg af en bredere formulering, som ville have omfattet flere former for fodtøj med indlagt rågummi.

Borsvingsdommen – UfR 1949 s. 53 H

I Borsvingsdommen lød patentkravet på borsving, som var konstrueret på en særlig måde, og som var forsynet med 4 klembakker. Det omtvistede borsving var konstrueret på den i patentkravet angivne måde, idet der dog kun var 2 klembakker. Det forelå oplyst under sagen, at borsving med kun 2 klembakker var det mest normale. Patenthaverens patentagent, der øjensynlig havde forestået patenteringen, forklarede som vidne, at det berode på »en lapsus«, at patentansøgningen ifølge sin ordlyd var blevet begrænset til borsving med 4 klembakker. Højesteret anså det omtvistede borsving for omfattet af patentet.

Selv om Højesteret anså det omtvistede borsving for omfattet af patentet, kan Borsvingsdommen ikke siges at indebære en *principiel* stillingtagen til Olle Westlanders antagelse om, at en (blot) uagtsom begrænsning af et patentkravs indhold bør være uden betydning for et patents beskyttelsesomfang.

9.3. *Konklusioner*

De 2 domme kan siges at være udtryk for den opfattelse, *at* et bevidst fravalg af en bredere formulering af et patentkrav kan have negativ indflydelse på patentets beskyttelsesomfang, men *at* en snæver formulering af et patentkrav, som må tilskrives uagtsomhed hos patenthaveren og/eller dennes patentagent, langt fra udelukker, at beskyttelsen udstrækkes til at omfatte genstande, der ville have været direkte omfattet af patentkravene, hvis der ikke havde foreligget uagtsomhed i forbindelse med deres formulering.

10. Uklarheder i patentkrav og/eller patentbeskrivelse

Emnet for dette afsnit er den betydning, som uklarheder i et patent kan have for patentets beskyttelsesomfang. For så vidt angår uklarheders betydning for fortolkningen af et patentkrav, henvises der dog til kapitel 6.

10.1. *Teorien og forarbejderne til patentloven*

Spørgsmålet om hvilken betydning det bør have for beskyttelsesomfanget, hvis et patent(krav) er mere eller mindre uklart formuleret, var genstand for indgående drøftelser forud for vedtagelsen af 1967-patentloven. Det var ligeledes genstand for drøftelser i forbindelse med forhandlingerne om Den Europæiske Patentkonvention, jf. afsnit 3 i kapitel 9.

I 1964-betænkningen var følgende anført om betydningen af uklarheder i et patent:[120]

> »En omstendighet som bør has for øye ved tolkningen, er den rettsusikkerhet de uklare patentkrav foråsaker, som tilsier at man bør søke oppmuntret bestrebelsene for oppnåelse av klarest mulige patentkrav. Det bør således påses at patenthaveren ikke høster fordel av uklarheten gjennom et utvidet patentvern.«

I 1967-lovforslaget blev dette fulgt op af følgende bemærkninger:[121]

> »Det er i de [i forbindelse med lovforslagets udarbejdelse] indhentede udtalelser anført, at beskrivelsen alene skulle kunne påberåbes, hvor patentkravet ikke er utvetydigt. En sådan regel synes dog at være for restriktiv. Hvor streng fortolkningen i disse tilfælde bør være må overlades til praksis. Det må herved iagttages, at patenthaveren ikke får mulighed for at benytte sig af uklarheder i patentkravet for derigennem at udvide patentets beskyttelse.«

I betragtning af den rolle, spørgsmålet om uklarheders betydning har haft i forarbejderne til patentloven, er det ikke overraskende, at man i teorien har fundet anledning til at overveje den eventuelle betydning af sådanne uklarheder. I den svenske patentlovskommentar og hos Olle Westlander

---

120. 1964-betænkningen s. 186. Det fremgår af sammenhængen i betænkningen, at der med ordet »tolkningen« ikke er tænkt snævert på fortolkning af patentkravene men derimod bredere på tolkning af et patent, således at det drejer sig om fastlæggelsen af beskyttelsesomfanget generelt, herunder naturligvis også ved fortolkning af patentkravene.
121. Folketingstidende A 1967/68 sp. 1520 f. Det fremgår af sammenhængen i betænkningen, at der med ordet »tolkningen« ikke er tænkt snævert på fortolkning af patentkravene men derimod bredere på tolkning af et patent, således at det drejer sig om fastlæggelsen af beskyttelsesomfanget generelt, herunder naturligvis også ved fortolkning af patentkravene.

finder man en relativ hård bedømmelse af uklarheder i et patent, mens Berndt Godenhielm og Bengt Domeij syntes at have en mere liberal holdning til uklarheders betydning for beskyttelsesomfanget.[122] For så vidt angår tilfælde, hvor der forekommer uklarheder både i patentkravet og i patentbeskrivelsen, har Mogens Koktvedgaard givet udtryk for den opfattelse, at sådan et patent må være »uden større virkning«.[123]

10.2. *Retspraksis*

Rumdudtørringsdommen – UfR 1934 s. 248 H

I Rumudtørringsdommen var det i patentkravet angivet, at der ved indpumpning af varm luft i et rum skulle etableres et overtryk på »mindst ca. 8-10 mm vandsøjle i sammenligning med den ydre luft«.

Syns- og skønsmændene udtalte, at overtryksbetingelsen i patentkravet ikke var veldefineret, idet det navnlig ikke var angivet, hvor i det pågældende rum overtrykket skulle måles.

I Højesterets begrundelse for ikke at statuere krænkelse var det udtrykkeligt angivet, at overtryksbetingelsen i patentkravet i visse henseender tiltrængte en præcisering, og resultatet blev begrundet med, at det ikke kunne anses for godtgjort, at den påståede krænker havde anvendt et overtryk af den pågældende størrelse.

Rumudtørringsdommen viser, at uklarheder i et patentkrav kan give patenthaveren problemer med at godtgøre, at de i patentkravet angivne træk ved den patenterede opfindelse forekommer hos en omtvistet genstand.

Udhængsskabsdommen – UfR 1936 s. 251 H

I udhængsskabsdommen var det kun landsretten, der havde anledning til at tage stilling til beskyttelsesomfanget.[124] I patentkravet var det angivet,

---

122. Måns Jacobson m.fl., Patentlågstiftningen – en kommentar (1980) s. 258, Olle Westlander, Patent (1995) s. 276 f, Berndt Godenhielm, Patentskyddets omfattning (1994) s. 170 f og 228 f og Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 482 note 73. Ifølge Olle Westlander må reelle uklarheder i et patentkrav ikke komme patenthaveren til gode, hvilket han har baseret dels på de svenske lovmotiver og dels på en almindelig civilretlig regel om formuleringsansvar, ifølge hvilken uklare aftalevilkår skal fortolkes til ugunst for koncipisten. En tilsvarende restriktiv holdning finder man hos Lennart Sjöö i NIR 1983 s. 568. Ifølge Berndt Godenhielm og Bengt Domeij bør de svenske lovmotivers restriktive holdning til uklare patenter ikke tillægges nogen betydning, idet de måtte anses for overruled af art. 69 i Den Europæiske Patentkonvention og Fortolkningsprotokollen. I den svenske patentlovskommentar hævdes det modsatte synspunkt. Uklarheders betydning er også omtalt hos bl.a. K. Holm-Nielsen i UfR 1961 B s. 293 og Torsten Nørgaard i NIR 1984 s. 15.

123. Mogens Koktvedgaard, Immaterialretspositioner (1965) s. 155.

124. Højesteret anså patentet for ugyldigt.

at det patenterede udhængsskab var karakteriseret ved nogle afstivninger af »forholdsvis stor bredde«. Den påståede krænker gjorde gældende, at de omtvistede udhængsskabe ikke havde sådanne afstivninger af forholdsvis stor bredde. Syns- og skønsmændene udtalte, *at* afstivningerne i de omtvistede skabe ikke som hævdet af den påståede krænker var forholdsvis smalle, og *at* de omtvistede skabe måtte anses for omfattet af patentet.

Østre Landsret kom under henvisning til syns- og skønserklæringerne frem til, at de omtvistede skabe måtte anses for omfattet af patentet. Landsretten begrundelse er ikke krystalklar, men man kan i hvert fald konstatere, at den uklarhed, der ligger i udtrykket »forholdsvis stor bredde« ikke kom patenthaveren til skade.

Stofbanedommen – UfR 1938 s. 756 H

I Stofbanedommen var opfindelsen beskrevet som en stofbane bestående af 4 forskellige lag. Højesterets flertal på 5 ud af 9 dommere valgte at fastlægge patentets beskyttelsesomfang således, at det også omfattede stofbaner, der alene bestod af de 3 første lag, idet det 4. lag blev anset for ikke at udgøre en del af »det særegne« ved opfindelsen.

Af de 5 højesteretsdommere, der mente, at der var tale om krænkelse, var de 2 af den opfattelse, at der ikke var grundlag for erstatningsansvar, idet patentet efter deres opfattelse var uklart. Selv om disse 2 dommere således mente, at patentet var uklart formuleret, lod de ikke i forbindelse med beskyttelsesomfangets fastlæggelse uklarheden komme patenthaveren til skade, idet de som allerede omtalt anså den omtvistede stofbane for omfattet af patentet.

Persiennedom I – UfR 1962 s. 66 H

I Persiennedom I's patentkrav var den opfundne persienne blandt andet karakteriseret ved en »frit nedhængende stang«, hvormed persiennen kunne betjenes. Den omtvistede persienne adskilte sig fra den i patentkravet beskrevne persienne derved, at der i stedet for en »frit nedhængende stang« var en stang, som var fastgjort til en lukket holder.

Landsrettens af Højesteret tiltrådte begrundelse vedrørende beskyttelsesomfanget lød som følger:

> »Skønsmændene har i tilslutning til nogle af dem besvarede herhen hørende spørgsmål i retten på forespørgsel udtalt, at den omstændighed, at stillestangen på nævnte måde er fastgjort til en lukket holder, ikke har nogen relation til stillestangens virkemåde som beskrevet i patentet.

> Herefter finder retten at måtte lægge til grund, at den ommeldte afvigelse i den konstruktive fremgangsmåde ikke er af en sådan betydning, at den kan bringe den nævnte type persienner uden for patentets område.«

Dommen kan ses som udtryk for den opfattelse, at uklarheder vedrørende de af en opfindelses træk, som ikke har nogen relation til opfindelsens virkemåde, må være uden væsentlig betydning for beskyttelsesomfanget.

Murbøsningsdommen – UfR 1962 s. 393 Ø

I Murbøsningsdommen var det angivet i patentkravet, at den patenterede opfindelse angik en murbøsning, der blandt andet var karakteriseret ved nogle klodser eller lister, som alene var »forbundet ved tynde bøjelige vægdele«.

Den påståede krænker bestred, at den omtvistede murbøsning havde tynde og bøjelig vægdele. Denne indsigelse var imidlertid efter Østre Landsrets opfattelse uden væsentlig betydning, idet landsretten lagde til grund, at den omtvistede murbøsnings vægtykkelse var valgt med henblik på at opnå den i patentbeskrivelsen nævnte fordel ved opfindelsen.

Hyndedommen – UfR 1979 s. 376 H

Hyndedommen drejer sig om, hvorvidt et patent måtte anses for ugyldigt. Under sagen var der fremlagt en hynde, som havde været kendt forud for prioritetsdagen. I dommen udtalte Højesteret, at alle momenter ved den i patentkravet beskrevne hynde måtte anses for kendt fra den fremlagte hynde. Det indebærer, at det måtte anses for forud kendt med en hynde, hvis bund består af »en plade af et materiale med forholdsvis stor friktionskoefficient«, idet opfindelsen i patentkravet blandt andet var karakteriseret som en hynde med en bund bestående af »en plade af et materiale med forholdsvis stor friktionskoefficient«.

Ifølge syns- og skønsmændene var udtrykket »forholdsvis stor friktionskoefficient« meget ubestemt. De anså det dog for tvivlsomt, om bagklædningen på den under retssagen som modhold fremlagte hynde kunne siges at udmærke sig ved en særlig stor skridfasthed, omend friktionskoefficienten sikkert under mange forhold [temperaturforhold, fugtighedsgrader etc.] ville blive anset for tilfredsstillende.

Den af syns- og skønsmændene anførte usikkerhed med hensyn til forståelsen af udtrykket »forholdsvis stor friktionskoefficient« lod Højesteret med andre ord falde ud til skade for patenthaveren, uagtet at syns- og skønsmanden havde udtalt, at det fandtes tvivlsomt, om den som modhold fremlagte hynde udmærkede sig ved en særlig stor skridfasthed, hvilket kunne siges at pege i modsat retning.

Selv om uklarheden kan siges at være kommet patenthaveren til skade, så er der tale om, at patentet derved fik et relativt bredt beskyttelsesomfang, idet dommen indebærer, at den som modhold fremlagte hynde måtte anses for at falde ind under patentet, selv om det måtte anses for tvivlsomt, om den havde nogen særlig stor skridfasthed. Hvis uklarheden fik tilsvarende konsekvenser for beskyttelsesomfanget i en sag om krænkelse af patentet, ville det ikke komme patenthaveren til skade – tværtimod. Hvis uklarheden skal komme patenthaveren til skade i en krænkelsessag, så bør uklarheden have som konsekvens, at tvivl med hensyn til, hvorvidt en omtvistet genstand besidder de uklart beskrevne træk ved opfindelsen, skal føre til, at den omtvistede genstand skal anses for at ligge uden for patentet.

10.3. *Konklusioner*

Det fremgår af Rumudtørrigsdommen (UfR 1934 s. 248 H), at en uklarhed i et patentkrav efter omstændighederne kan gøre det vanskeligt for en patenthaver at godtgøre, at en omtvistet genstand har det i patentkravet uklart beskrevne træk ved en opfindelse. Det fremgår endvidere af Udhængsskabsdommen (UfR 1936 s. 251 H), at der er tale om et bevisproblem, som patenthaveren kan løse ved hjælp af traditionelt syn og skøn – forudsat naturligvis at syns- og skønsmændene er indstillede på at besvare de relevante spørgsmål på en for patenthaveren gunstig måde.

Patenthaveren kan i øvrigt efter omstændighederne komme helt uden om problemet med den uklare formulering, hvis han kan godtgøre for eksempel, *at* det uklart beskrevne træk ved opfindelsen ikke har nogen relation til opfindelsens virkemåde, eller *at* det pågældende træk ved den omtvistede genstand er indrettet på en sådan måde, at det må anses for tilstræbt at opnå den fordel, det er opfindelsens formål at opnå, jf. Persiennedom I (UfR 1962 s. 66 H) og Murbøsningsdommen (UfR 1962 s. 393 Ø).

Navnlig i betragtning af, at Rumudtørringsdommen er den eneste dom, hvor en uklarhed i et patentkrav utvivlsomt har ført til en relativt snæver beskyttelse, må man nok konkludere, at uklare formuleringer har spillet en meget beskeden rolle i retspraksis. Man kan endog med styrke hævde, *at* Rumudtørringsdommen end ikke er udtryk for nogen særlig opfattelse af den betydning, som uklare formuleringer bør have for beskyttelsesomfanget, og *at* dommen derimod blot er udslag af en helt almindelig bevisvurdering, nemlig en vurdering af hvad der kunne anses for godtgjort gennem syns- og skønsmændenes udtalelser.

Det følger af det anførte, at retspraksis ikke giver støtte for den beskri-

velse af retsstillingen, man finder i forarbejderne til 1967-patentloven og den dertil svarende del af litteraturen. Der er i øvrigt ikke grundlag for at konkludere, at fremkomsten af 1967-patentloven og dens forarbejder, herunder ikke mindst 1964-betænkningen, har ført til en stramning af praksis i retning af i højere grad at lade uklarheder komme patenthaveren til skade.

11. Åbenbare muligheder for bredere patentkravsformuleringer

I mange tilfælde kan det på grund af sprogets naturlige begrænsninger være vanskeligt at give en adækvat beskrivelse af en opfindelse i et patentkrav. I tilfælde, hvor den ved opfindelsen opnåede tekniske effekt beror på formgivningen af et produkt, kan det for eksempel være svært at beskrive opfindelsen præcist og udtømmende ved hjælp af de gængse geometriske udtryk. I sådanne tilfælde taler hensynet til patenthaveren for, at man lader den konkret valgte formulering af patentkravet have relativt begrænset betydning for beskyttelsesomfangets afgrænsning.

Omvendt må hensynet til patenthaveren ifølge sagens natur i højere grad tale for at lade en valgt formulering virke begrænsende på beskyttelsesomfanget, når valget af formuleringen helt åbenbart ikke kan tilskrives problemer med sproget, og det således er klart for enhver, at der rent formuleringsmæssigt ikke var noget til hinder for at gøre patentkravet mere omfattende i den pågældende retning.

Når der i et patentkrav er en præcis talangivelse, vil der ofte rent formuleringsmæssigt have været mulighed for at vælge et andet tal – for eksempel det næste eller foregående heltal eller blot et tal med en noget større eller mindre decimalbrøk. Med andre ord er valget af et bestemt tal ofte udtryk for et valg mellem et uendeligt antal muligheder på en i princippet kontinuer skala. Den der vælger at skrive et bestemt tal ind i et patentkrav, kan ikke være ubekendt med karakteren af valget, og valget kan derfor med rimelighed siges at være udtryk for et bevidst fravalg af det, som ikke er direkte omfattet af det eller de valgte tal. Det følger af det anførte, at patentkrav med præcise talangivelser ofte må anses for at udgøre en kategori af tilfælde, hvor det i ekstrem grad må være klart for enhver, at der rent formuleringsmæssigt ikke ville have været noget til hinder for at gøre patentkravet mere omfattende.

Emnet for dette afsnit er den betydning, det har for fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang, at der er valgt én formulering af patentkravet,

men at der rent formuleringsmæssigt ikke ville have været noget til hinder for at vælge en anden formulering, som ville have gjort patentkravet mere omfattende i en bestemt retning. Undersøgelsen af retspraksis er begrænset til sager, hvor der har været spørgsmål om betydningen af patentkrav med præcise talangivelser, *idet* sådanne spørgsmål må anses for at udgøre problemstillingens arketype, og *idet* konklusionerne med hensyn til betydningen af præcise talangivelser med de af forholdes natur flydende modifikationer må formodes at kunne finde tilsvarende anvendelse på andre tilfælde, hvor det må være klart for enhver, at der rent formuleringsmæssigt ikke ville have været noget til hinder for at gøre patentkravet mere omfattende i en eller anden henseende.

11.1. *Teorien*

Den her behandlede problemstilling syntes ikke at være gjort til genstand for specifik omtale i litteraturen. Som det fremgår af dette kapitels afsnit 9 om patenthaverens subjektive forhold i forbindelse med patentkravenes formulering, støder man dog i litteraturen på det synspunkt, at bevidste begrænsninger af patentkravene, må føre til tilsvarende begrænsninger af beskyttelsesomfanget, og dette synspunkt kunne tale for at tillægge de her drøftede åbenbare formuleringsalternativer stor betydning for beskyttelsesomfanget.

11.2. *Retspraksis*

Rumudtørringsdommen – UfR 1934 s. 248 H

Ifølge patentkravet var opfindelsen i Rumudtørringsdommen en fremgangsmåde til udtørring af rum i bygninger, kendetegnet ved, at der i rummet bliver indpumpet varm luft, hvorved der i rummet opstår et overtryk på mindst ca. 8-10 mm vandsøjle. Den omtvistede fremgangsmåde var en fremgangsmåde til udrydning af husbukke, hvorunder der på tilsvarende vis blev pumpet varm luft ind i en bygning, men hvor udrydelsen af husbukkene beroede på den derved opnåede temperaturstigning – ikke på den varme lufts udtørrende effekt.

Syns- og skønsmændene havde blandt andet udtalt, *at* »et overtryk på mindst ca. 8-10 mm vandsøjle« ikke var veldefineret, idet det navnlig ikke angav, hvor i det pågældende rum det angivne overtryk skulle måles, *at* overtrykket kun med urimeligt besvær kunne måles, *at* det afhang af omdrejningshastigheden på den påståede krænkers apparatur, om der ved den omtvistede fremgangsmåde blev frembragt et overtryk på 8-10 mm vandsøjle, *at* overtrykket i relativt tætte rum let kunne blive og formentlig i

reglen ville være betydeligt mere end 8-10 mm vandsøjle, og *at* udrydelse af husbukke ikke krævede et overtryk af den angivne størrelse.

Højesteret kom frem til, at den omtvistede fremgangsmåde ikke kunne anses for omfattet af patentet, *idet* der ikke var hjemmel til, som af appellanterne påstået, at tilsidesætte den i patentkravet angivne betingelse, at den trykluft, der indføres i rummet med det formål at udtørre dette, skulle frembringe et overtryk på mindst 8-10 mm vandsøjle, og *idet* det ikke kunne anses for godtgjort, at den påståede krænker havde anvendt et sådant overtryk.

Gitterstrømskredsdommen – UfR 1939 s. 73 H

I Gitterstrømskredsdommen drejede opfindelsen sig ifølge patentkravet om et apparat med to eller flere i kaskade forbundne elektronudladningsrør, der var kendetegnet ved, at rørenes gitterstrømskredse var afstemt.

Det omtvistede apparat havde flere i kaskade forbundne elektronudladningsrør, men det var kun det 1. rørs gitterstrømskreds, der var afstemt. I de øvrige rør var der ingen afstemte gitterstrømskredse. Derimod var der i de øvrige rør afstemte anodestrømskredse.

Patenthaveren gjorde blandt andet gældene, at patentbeskyttelsen måtte række ud over patentkravets ordlyd og dermed også omfattede modtagere med kun ét rør, hvor gitterstrømskredsen var afstemt, og hvor der var et eller flere rør med afstemte anodestrømskredse.

Højesteret kom frem til, at det omtvistede apparat ikke kunne anses for omfattet af patentet. For så vidt angår det i denne forbindelse interessante spørgsmål om antallet af rør med afstemte gitterstrømskredse, henviste dommerne desværre blot til nogle særlige omstændigheder i forbindelse med ansøgningssagens forløb.

Insulindommen – UfR 1941 s. 484 H

I Insulindommen var opfindelsen ifølge patentkravet en kemisk fremgangsmåde til fremstilling af et insulinpræparat, hvor det sidste syntesetrin gik ud på, at pH-værdien af den som mellemprodukt fremstillede protamininsulinatopløsning skulle ændres til mellem 6 og 8, hvorved der fremkom en udfældning af protamininsulinat.

Den omtvistede fremgangsmåde afveg på flere måder fra den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde. Blandt andet havde det ved den omtvistede fremgangsmåde fremstillede insulinpræparat en pH-værdi på 5,6.

Højesterets flertal på 5 ud af 9 dommere anså den omtvistede fremgangsmåde for omfattet af patentet under henvisning til, at kernen i den patenterede fremgangsmåde også kom til udtryk i den omtvistede frem-

gangsmåde. Dommens konklusion indebærer, at den i patentkravet angivne pH-værdi ikke kom til at medføre en dertil svarende begrænsning af beskyttelsesomfanget.

Borsvingsdommen – UfR 1949 s. 53 H

I Borsvingsdommen var det i patentkravet angivet, at opfindelsen drejede sig om en særlig konstruktion af en stålholder til et borsving med fire klembakker, hvor bakkerne to og to var forbundne ved en U-formet fjedertråd. Det omtvistede borsving havde en helt tilsvarende konstruktion, bortset fra, at der kun var 2 klembakker.

Begrænsningen af patentkravet til borsving med 4 klembakker var en følge af, at patenthaveren fra starten af havde indlagt den begrænsning i patentkravet. Den patentagent, der havde skrevet patentansøgningen, forklarede under sagen, at det beroede på »en lapsus«, at patentansøgningen ifølge sin ordlyd var blevet begrænset til borsving med 4 klembakker. Det fremgik af en udtalelse fra syns- og skønsmændenes erklæring, at langt de fleste af de borsving, der forekom i handlen, havde 2 klembakker, men at der dog også forekom borsving med 4 klembakker.

Efter Højesterets opfattelse måtte det omtvistede borsving anses for omfattet af patentet. Som begrundelse anførte Højesteret blandt andet, at patentkravets angivelse af 4 klembakker var af underordnet betydning.

11.3. *Konklusioner*

Rumudtørringsdommen (UfR 1934 s. 248 H) og Gitterstrømskredsdommen (UfR 1939 s. 73 H) viser, at talangivelser i et patentkrav efter omstændighederne kan føre til en dertil svarende begrænsning i beskyttelsesomfanget. Dommene giver dog ikke grundlag for at drage håndfaste konklusioner om, at det forhold, at de pågældende træk ved den patenterede opfindelse er beskrevet ved hjælp af tal, i retspraksis fører til en særlig restriktiv fastlæggelse af beskyttelsesomfanget i den pågældende retning.

Det fremgår af Insulindommen (UfR 1941 s. 484 H) og Borsvingsdommen (UfR 1949 s. 53 H), at talangivelser vedrørende forhold, som ikke vedrører den patenterede opfindelses kerne, eller som i øvrigt må anses for at være af underordnet betydning, ikke i sig selv har afgørende betydning for fastlæggelsen af beskyttelsesomfanget.

12. Det håndhævede patents klassificering

12.1. *Teorien*

I Patentskyddets Omfång har Berndt Godenhielm anført, *at* der ikke kan opstilles nogen generel regel om, at patentmyndighedens klassificering af et patent er af betydning for beskyttelsesomfanget, men *at* der dog kan blive tale om at begrænse et patents beskyttelsesomfang til det tekniske område for den pågældende klassificering, når der er tale om et allerede stærkt bearbejdet teknisk område med opdeling af klassificeringssystemet i en dertil svarende stor mængde underklasser.[125]

I Immaterialretspositioner har Mogens Koktvedgaard tilsluttet sig disse synspunkter, idet han dog har understreget, at hovedreglen må være, at klassificeringssystemet er uden betydning for beskyttelsesomfanget.[126]

I 2. udgave af den danske patentlovskommentar er det anført, at klassificeringen i princippet ingen betydning har ved beskyttelsesomfangets fastlæggelse.[127] Som begrundelse er der henvist til patentlovens § 39. Ordlyden af § 39 giver imidlertid ikke i sig selv grundlag for den konklusion, at klassificeringen må være uden betydning. Det forhold, at der i § 39 kun er omtalt betydningen af patentkravene og patentbeskrivelsen giver således ikke grundlag for den modsætningsvise slutning, at der ikke kan lægges vægt på andet, herunder for eksempel klassifikationen, som i patentlovskommentaren i øvrigt antages at være af betydning for bedømmelsen af, hvorvidt en krænkelse kan anses for at være uagtsom.[128]

12.2. *Retspraksis*

Der ses ikke at være nogen sager i trykt dansk retspraksis, som er egnede til at belyse problemstillingen.

12.3. *Konklusioner*

Patentklassifikationen har til formål at gøre det muligt at orientere sig i det meget store antal patenter og patentansøgninger, herunder at gøre det muligt for trediemand at identificere relevante patenter med henblik på vurdering af, om iværksættelse af en given aktivitet vil indebære krænkelse af et eller flere patenter. Et argument for efter omstændighederne at tillægge klassifikationen betydning for et patents beskyttelsesomfang kunne

---

125. Patentskyddets Omfång (1950) s. 237.
126. Mogens Koktvedgaard, Immaterialretspositioner (1965) s. 235 f.
127. Mogens Koktvedgaard og Lise Østerborg, Patentloven 2. udg. (1979) s. 183.
128. 1964-betænkningen s. 334 og Mogens Koktvedgaard og Lise Østerborg, Patentloven 2. udg. (1979) s. 183.

derfor være hensynet til trediemands retssikkerhed, jf. det herom anførte i Fortolkningsprotokollen.

Der er visse ligheder mellem et patents sammendrag og patentets klassifikation. For det 1. tjener sammendraget også til at gøre det lettere for trediemand at orientere sig om indholdet af de mange patenter og patentansøgninger. For det 2. er ingen af delene genstand for den materielle prøvelse af en patentansøgning. For det 3. er det patentmyndigheden, der bestemmer såvel sammendragets formulering som indplaceringen i klassifikationssystemt.[129] Disse ligheder syntes på afgørende vis at tale for, at der må sluttes analogt fra patentlovens § 8, stk. 3, og EPK art. 85, ifølge hvilke et patents sammendrag skal være helt uden betydning for patentets beskyttelsesomfang. Man må med andre ord konkludere, at et patents klassifikation ikke bør have nogen som helst indflydelse på patentets beskyttelsesomfang.

13. Ansøgningssagens forløb – sagsakterne fra ansøgningssagen

Emnet for dette afsnit er betydningen af ansøgningssagens forløb. For så vidt angår den betydning, det kan have, hvis patenthaveren under ansøgningens behandling har givet udtryk for, at der er forbundet ulemper eller lignende med en løsning, som den påståede krænker (senere) vælger at benytte sig af, henvises der dog til dette kapitels afsnit 14, som udelukkende handler om sådanne negative tilkendegivelser vedrørende den af den påståede krænker valgte løsning.

13.1. *Motiverne til 1967-patentloven og teorien*

For så vidt angår patenthavers udtalelser i forbindelse med behandlingen af en patentansøgning, er der udbredt enighed i teorien om, *at* de efter omstændighederne må have betydning for patentkravenes fortolkning og/eller beskyttelsesomfanget, men *at* sådanne udtalelser alene bør tillægges begrænsende betydning. Ifølge Olle Westlander skal de relevante udtalelser dog alene være dem, der direkte har til sigte at afgrænse beskyttelsesomfanget (fravalg). Fritz Engström har gjort sig til talsmand for, at ansøgningssagens akter kun bør have subsidiær betydning set i forhold til den patentbeskrivelse, der kommer ud af ansøgningssagens behandling.

---

129. Se patentlovens § 8, stk. 3, EPK art. 85, patentlovens § 15, stk. 1, EP Gennemførelsesforskrifterne regel 47, EP Guidelines A.III.11.2, patentbekendtgørelsen § 6, stk. 2, og § 46 sammenholdt med § 3, stk. 2, og EP Guidelines B.V.

Efter Arne Kolsters opfattelse må patenthaveren være bundet af de træk ved den i et patentkrav beskrevne opfindelsen, der tilføjes under ansøgningens behandling.[130]

Før 1967-patentlovens ikrafttrædelse var sagsakterne ikke offentligt tilgængelige. I forarbejderne til 1967-patentloven, som introducerede den nugældende ordning, hvor akterne er offentligt tilgængelige, er det udtrykkeligt angivet, at de offentligt tilgængelige sagsakter skal kunne være af betydning for beskyttelsesomfangets fastlæggelse – i hvert fald i begrænsende retning.[131] For så vidt angår tiden efter den 1. januar 1968, hvor 1967-patentloven trådte i kraft, har teorien med andre ord direkte støtte i lovforarbejderne. Olle Westlanders opfattelse, ifølge hvilken der alene skal tages hensyn til patenthaverens udtalelser, i det omfang de direkte har til sigte at begrænse beskyttelsesomfanget, forekommer dog at være for restriktiv på baggrund af forarbejderne.

13.2. *Retspraksis*[132]

Rumdudtørringsdommen – UfR 1934 s. 248 H

I Rumudtørringsdommen var det i patentkravet angivet, at der ved indpumpning af varm luft i et rum skulle etableres et overtryk på »mindst ca. 8-10 mm vandsøjle i sammenligning med den ydre luft«. Specifikationen af overtrykkets størrelse satte patenthaveren ind i patentkravet under patentansøgningens behandling, idet ansøgningen oprindeligt blev afslået, fordi udtørring ved trykventilation med varm tørreluft var kendt.

Patenthaveren gjorde gældende, at patentbeskyttelsen ikke burde afhænge af, om den påståede krænker anvendte et overtryk på 8-10 mm.

---

130. Olle Westlander, Patent (1995) s. 275 og 282 f, Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret, 5. udg. (1999) s. 233, Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfång (1950) s. 169, Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 261, Berndt Godenhielm i NIR 1983 s. 548 f, Fritz Engström i NIR 1983 s. 570 og Arne Kolster i NIR 1983 s. 573 f.

131. Se 1964-betænkningen s. 186, hvor følgende er anført: »Dokumentene i søknadssaken vil i denne forbindelse kunne være av betydning. Disse kommer etter forslaget til å bli offentlig tilgjengelig i alle de nordiske land. Har søkeren i skrift til patentmyndigheten eller ved mundtlig forhandling overfor denne, f. eks. i hensikt å fremholde ulikheter i forhold til anførte nyhetshinder, selv tolket uttrykk som er anvendt i kravene, på en retstriktiv måte, er det rimeligt at denne restriktive tolkning også legges til grunn i en senere rettergang.«

Se også Folketingstidende A 1967/68 sp. 1520 f: »Beskrivelsen med eventuelle tegninger er ligesom de øvrige dokumenter i sagen alene hjælpemidler for denne fortolkning.«

132. Der er 2 domme, hvor patentkravene blev ændret under ansøgningens behandling, men hvor dommene af forskellige årsager ikke syntes at kunne sige noget relevant om ændringernes eventuelle betydning eller mangel på samme. Det drejer sig om Vandafhærdningsdommen (UfR 1936 s. 536 H) og Slibeskivedommen (UfR 1992 s. 704 H).

I Højesterets begrundelse for ikke at statuere krænkelse blev det anført, at der ikke var hjemmel til, som af appellanterne påstået, at tilsidesætte den i patentkravet angivne betingelse om et overtryk på 8-10 mm vandsøjle.

Det fremgår ikke krystalklart, hvorfor der efter Højesterets opfattelse ikke kunne foreligge hjemmel til at bortse fra overtryksbetingelsen. Det er muligt, at opfattelsen har sammenhæng med, at der er tale om en betingelse, som blev indført i patentkravet under patentansøgningens behandling for at bibringe opfindelsen nyhed og opfindelseshøjde. Det er imidlertid også andre muligheder, herunder *a)* at der var tale om en talangivelse, *b)* at det i patentkravet er anført, at overtrykket »mindst« skal være af den angivne størrelse, og/eller *c)* at der helt generelt ikke kan være hjemmel til helt at bortse fra nogen del af et patentkrav.

Stofbanedommen – UfR 1938 s. 756 H

I Stofbanedommen var opfindelsen beskrevet som en stofbane bestående af 4 forskellige lag. Det 4. lag var oprindeligt ikke nævnt i patentansøgningen men blev på ansøgerens eget initiativ indføjet under ansøgningens behandling. Højesterets flertal på 5 ud af 9 dommere valgte at fastlægge patentets beskyttelsesomfang således, at det også omfattede stofbaner, der alene bestod af de 3 første lag, idet det 4. lag blev anset for ikke at udgøre en del af »det særegne« ved opfindelsen. Højesterets mindretal på 4 dommere mente i modsætning hertil, at patentet måtte læses på en sådan måde, at det ikke kunne omfatte stofbaner, som alene bestod af de 3 første lag.

Gitterstrømskredsdommen – UfR 1939 s. 73 H

I Gitterstrømskredsdommen drejede opfindelsen sig ifølge patentkravet om radiomodtagere med et antal elektronudlagningsrør, hvis strømkredse skulle være afstemt for frekvensen af de signaler, som man ønskede at modtage. I det udstedte patent var det anført, at de afstemte strømkredse skulle være gitterstrømskredse. Dette træk ved opfindelsen, som ikke fremgik af den oprindelige pantentansøgnings patentkrav, blev på patenthaverens eget initiativ indføjet under ansøgningens behandling. Patenthaveren hævdede, at der var tale om en »redaktionel tilfældighed«.

Højesteret statuerede, at patentet ikke omfattede apparater, hvor der i stedet for afstemte gitterstrømskredse var anvendt afstemte anodestrømskredse. I begrundelsen henviste Højesteret blandt andet til »det oplyste om foranledningen til den indskrænkende formulering af patentkravet«. Det forekommer ikke klart, om Højesteret med udtrykket »*foranledningen* til den indskrænkende formulering« sigtede til det forhold, at ændringen af patentkravet skete på patenthaverens eget initiativ, eller om dommerne hav-

de i tankerne, at der efter patenthaverens oplysninger var tale om en »redaktionel tilfældighed«.

Omskifterdommen – UfR 1959 s. 436 H

I Omskifterdommen var den omtvistede omskifter forskellig fra den i patentkravet beskrevne omskifter. Patenthaveren gjorde gældende, *at* den omtvistede omskifters konstruktion var i overensstemmelse med den principielle grundtanke og ide i patentet, og *at* der var tale om en simpel teknisk ækvivalens. Den påberåbte grundtanke og ide fremgik på ingen måde af patentkravet.

Højesteret statuerede, at der ikke var tale om krænkelse. Det fremgik af domsbegrundelsen, *at* den påberåbte grundtanke og ide ikke på tilstrækkelig tydelig måde var omtalt i patentbeskrivelsen, og *at* det ikke kunne tillægges betydning, at der var tale om en egenskab ved opfindelsen, som gentagne gange var blevet fremhævet i ansøgerens korrespondance med Patentdirektoratet, der efter de dagældende regler ikke var tilgængelig for offentligheden.

Tærskeværksdom I – UfR 1959 s. 485 H

I Tærskeværksdom I var den patenterede opfindelse i det 1. patentkrav beskrevet som en ilægger til et tærskeværk, som blandt andet var kendetegnet ved en slidske med et antal udskæringer, hvorigennem et spærreorgans tænder kunne rage op. I patentkravet var der oprindeligt ikke anført noget om udskæringerne i slidsken, men det fremgik af ansøgerens korrespondance med Patentdirektoratet, at direktoratet havde afvist det således formulerede patentkrav og som betingelse for patentets udstedelse havde krævet en tilføjelse om, at der skulle være de nævnte udskæringer i slidsken.

Den påståede krænker producerede og solgte en ilægger, der svarede til den i patentkravet beskrevne konstruktion bortset fra, at slidsken ikke var i besiddelse af de i patentkravets omtalte udskæringer, hvilket bevirkede, at spærreorganets tænder ikke ragede op gennem slidsken på den i patentkravet angivne måde.

I Højesterets begrundelse for ikke at statuere krænkelse blev der blandt andet henvist til oplysningerne om de i ansøgningsfasen foretagne ændringer i patentkravets udformning.

Persiennedom I – UfR 1962 s. 66 H

I Persiennedom I var den patenterede opfindelse i patentkravet beskrevet som en anordning ved indstilling af persiennelamellers vinkelstilling, som

blandt andet var kendetegnet ved, at der var en *frit nedhængende* stang, hvormed anordningen kunne betjenes.

Ordet »frit« blev indføjet i patentkravet under ansøgningens behandling. Det kan desværre ikke ud af dommen ses, under hvilke omstændigheder og af hvilke årsager ordet blev indføjet i patentkravet.

Det omtvistede produkt adskilte sig fra den i patentkravet beskrevne anordning derved, at der i stedet for en »frit nedhængende stang« var en stang, som var fastgjort til en lukket holder. Den påståede krænker påberåbte sig udtrykkeligt, det forhold, at patentkravet under ansøgningens behandling var blevet ændret på den ovenfor omtalte måde.

Syns- og skønsmændene udtalte, at den omstændighed, at stangen var fastgjort til en lukket holder, ikke havde nogen relation til stangens virkemåde som beskrevet i patentet.

Både Østre Landsret og Højesteret fandt, at der var tale om krænkelse af patentet. Som begrundelse blev det anført, at stangens fastgørelse til en lukket beholder ikke havde nogen relation til stangens i patentet beskrevne virkemåde.

Kødhakkemaskinedommen – UfR 1976 s. 495 H

I Kødhakkemaskinedommen havde syns- og skønsmændene udtalt, at patenthaveren i korrespondancen med Patentkommissionen under ansøgningens behandling utvivlsomt forestillede sig skæreværktøjets 2 ægge anbragt på hver sin arm.

Højesteret udtalte, at patentets beskyttelsesomfang ikke burde begrænses til konstruktioner, hvor skæreværktøjets 2 ægge var placeret på samme arm. Der blev statueret krænkelse.

Slibeskivedommen – UfR 1992 s. 704 H

I Slibeskivedommen kom Østre Landsret frem til, at der ikke var tale om krænkelse.[133] I begrundelsen udtalte dommerne sig om, hvad der måtte anses for det karakteristiske ved opfindelsen, hvorefter de konstaterede, *at* det omtvistede produkt ikke havde de karakteristiske træk ved opfindelsen, og *at* der ikke var en sådan grad af lighed, at patentet kunne anses for krænket. Ifølge begrundelsen var vurderingen af, hvad der måtte anses for at udgøre det karakteristiske, baseret på patentkravet sammenholdt med patentbeskrivelsen og ansøgerens korrespondance med Patentdirektoratet.

---

133. Under sagens behandling i Højesteret havde patentindehaveren frafaldet den del af sagen, der drejede sig om patentkrænkelse, idet sagen for Højesteret alene blev ført på grundlag af markedsføringslovens regler om god markedsføringsskik.

13.3. *Konklusioner*

Konklusionerne er i det følgende delt om i konklusioner vedrørende *a)* betydningen af det forhold, at de påberåbte patentkrav er blevet ændret under ansøgningens behandling og *b)* betydningen af ansøgningens behandling for spørgsmålet om, hvad der skal anses for at udgøre en opfindelses særegne egenskaber.

13.3.1. Ændring af patentkravene under ansøgningens behandling

I 5 af sagerne var de påberåbte patentkrav blevet ændret under ansøgningens behandling. I alle tilfælde var der tale om, *at* der var blevet tilføjet de uafhængige hovedkrav, yderligere træk til karakterisering af den patenterede opfindelse, og *at* den omtvistede genstand savnede de ved ændringen tilføjede træk.

I nedenstående skema er de domme, der drejer sig om ændringer af patentkravene, indplaceret på en måde, som gerne skulle være egnet til at tilvejebringe et overblik.

	ændring på eget / patent-myndighedens initiativ	**krænkelse ja / nej**	**ændringens betydning nævnt i begrundelsen**
Rumdudtørringsdommen UfR 1934 s. 248 H	PM'S	NEJ	NEJ *
Stofbanedommen UfR 1938 s. 756 H	EGET	JA	NEJ **
Gitterstrømskredsdommen UfR 1939 s. 73 H	EGET	NEJ	JA
Tærskeværksdom I UfR 1959 s. 485 H	PM'S	NEJ	JA
Persiennedom I UfR 1962 s. 66 H	EGET	JA	NEJ **

*) Det er muligt at fortolke Rumudtørringsdommen som udtryk for den opfattelse, at der skal tillægges patentkravsændringer under ansøgningens behandling stor betydning.

**) I Stofbanedommen blev det anset for afgørende, at det tilføjede træk ved opfindelsen ikke udgjorde nogen del af det særegne ved opfindelsen, og i Persiennedom I blev det anset for afgørende, at det tilføjede træk ikke havde nogen relation til opfindelsens virkemåde.

Det fremgår udtrykkeligt af Gitterstrømskredsdommen og Tærskeværksdom I, at et patent, som under ansøgningens behandling har fået tilføjet et eller flere træk i patentkravene, efter omstændighederne skal anses for kun at omfatte genstande, der besidder det eller de tilføjede træk.

Det fremgår lige så tydeligt af Stofbanedommen og Persiennedom I, *at* det ikke nødvendigvis er afgørende, om en omtvistet genstand besidder et træk, som under ansøgningens behandling er blevet tilføjet de påberåbte patentkrav, og *at* en omtvistet genstand, der besidder en opfindelses særegne egenskaber, for eksempel kan være omfattet af et patent, selv om den omtvistede genstand savner sådan et træk, der er blevet tilføjet under ansøgningens behandling.

På grundlag af ovenstående kan der ikke drages sikre konklusioner med hensyn til, hvorvidt det må anses for at have betydning, om det er patenthaveren selv eller patentmyndigheden, der har taget initiativ til tilføjelsen af yderligere træk i patentkravene.

13.3.2. Hvad der skal anses for at udgøre en opfindelses særegne egenskaber [134]

Det forhold, at Højesteret i Slibeskivedommen (UfR 1992 s. 704 H) delvist baserede sin vurdering af opfindelsens særegne egenskaber på ansøgerens korrespondance med patentmyndighederne, kan umiddelbart forekomme at være i konflikt med Omskifterdommen (UfR 1959 s. 436 H). I Omskifterdommen udtalte Højesteret nemlig, at det ikke kunne tillægges betydning, at den af patenthaveren påberåbte grundtanke og ide med opfindelsen gentagne gange var nævnt i ansøgerens korrespondance med Patentdirektoratet, som ikke var offentligt tilgængelig.

Som omtalt ovenfor blev sagsakterne imidlertid offentligt tilgængelige da 1967-patentloven trådte i kraft i 1968. Som det også er omtalt ovenfor blev det endvidere i motiverne til 1967-patentloven udtrykkeligt angivet, at de offentligt tilgængelige sagsakter skulle kunne være af betydning for beskyttelsesomfangets fastlæggelse – i hvert fald i begrænsende retning. I 1992, hvor Slibeskivedommen blev afsagt var der således tale om en ny situation. Da korrespondancen i ansøgningssagen endvidere i overensstemmelse med den påståede krænkers synspunkter blev tillagt betydning til fordel for et relativt begrænset beskyttelsesomfang, er der ingen tvivl om,

---

134. Om den betydning, ansøgningssagens akter har for spørgsmålet om, hvad der skal anses for de særegne egenskaber ved en opfindelse, se afsnit 2 om opfindelsens særegne egenskaber.

at Slibeskivedommen er i samklang med det, der kan udledes af de relevante retskilder, og *at* den pågældende del af Omskifterdommen må anses for overhalet af udviklingen.

På grundlag af Slibeskivedommen og forarbejderne til 1967-patentloven forekommer det rimeligt at konkludere, *at* indholdet af korrespondancen mellem ansøgeren og patentmyndigheden kan være af betydning for vurderingen af en patenteret opfindelses særegne egenskaber, men *at* det må antages kun at gælde, for så vidt angår begrænsninger af patentets beskyttelsesomfang i forhold til den naturlige sproglige forståelse af patentkravene eller en mere vidtgående fortolkning af patentkravene. Slibeskivedommen sammenholdt med Omskifterdommen kan i øvrigt tyde på, at 1967-patentloven og de dertil hørende forarbejder har ført til en stramning af praksis i retning af, at ansøgningssagens akter i højere grad bliver tillagt betydning til skade for patenthaveren, for så vidt angår spørgsmålet om, hvad der skal anses for at udgøre en opfindelses særegne egenskaber.

14. Patenthavers nedvurdering af den omtvistede genstandsteknologi

14.1. *Teorien*

Spørgsmålet om hvilken betydning det må tillægges, hvis patenthaveren i en eller anden sammenhæng – for eksempel i forbindelse med ansøgningssagen – har udtalt sig negativt om den teknologi, som den påståede krænker udnytter i den omtvistede genstand, ses ikke at være gjort til genstand for specifik omtale i nordisk teori.

14.2. *Retspraksis*

Stofbanedommen – UfR 1938 s. 756 H

I Stofbanedommen drejede den patenterede opfindelse sig ifølge patentkravene om en stofbane bestående af 4 forskellige lag. Det omtvistede produkt var en stofbane, som bestod af de 3 første af de i patentkravet nævnte 4 lag. Det fremgik *dels* af korrespondancen mellem patenthaveren og patentmyndigheden i forbindelse med ansøgningens behandling, og *dels* af patentbeskrivelsen, at en stofbane, der – som den påståede krænkers – alene består af de 3 første lag, lider af en mangel, som det 4. lag tjener til at afhjælpe.

Højesterets flertal på 5 ud af 9 dommere statuerede krænkelse og anførte i den forbindelse, at det 4. lag ikke udgjorde nogen del af det særegne ved opfindelsen. Højesterets mindretal på 4 dommere mente, at der ikke forelå krænkelse. Som begrundelse henviste de til, at det 4. lag måtte anses for en bestanddel af den patenterede stofbane.

Omskifterdommen – UfR 1959 s. 436 H

I Omskifterdommen havde patentmyndigheden under ansøgningens behandling fremdraget en række modhold. I den forbindelse anførte patenthaveren som argument for opfindelsens patenterbarhed, at en alternativ konstruktion af en omskifter var »uhensigtsmæssig« og – i modsætning til den i patentkravene beskrevne konstruktion – ikke kunne tilvejebringe den ønskede effekt på en »praktisk anvendelig måde«. Den omtvistede omskifters konstruktion svarede fuldstændig til den konstruktion, som patenthaveren i korrespondancen med patentmyndigheden havde betegnet som uhensigtsmæssig og uanvendelig.

Højesteret statuerede, at der ikke var tale om krænkelse. I begrundelsen blev det udtrykkeligt anført, at det ved afgørelsen af, om et patent skal have et beskyttelsesomfang, som går ud over den i patentkravene beskrevne opfindelse, må tillægges »særlig betydning«, hvis patenthaveren i sin argumentation for opfindelsens patenterbarhed over for patentmyndigheden har henvist til mangler eller uhensigtsmæssigheder ved konstruktioner af den type, som den påståede krænker efterfølgende benytter sig af, og patentkravene er blevet formuleret i overensstemmelse dermed. At der må tillægges sådanne forhold »særlig betydning« indebærer, at det ikke nødvendigvis er eneafgørende, men at der efter omstændighederne også må tillægges andre momenter betydning, hvilket kan føre til, at der alligevel kan blive tale om krænkelse. På den anden side må det »særlige« ved den betydning, som dette moment ifølge dommerne skal tillægges, indebære, at der er tale om et moment med en høj prioritet, således at det må indgå i den endelige afvejning af sagens forskellige momenter med en kvalificeret vægt.

Kødhakkemaskinedommen – UfR 1976 s. 495 H

I Kødhakkemaskinedommen havde syns- og skønsmændene udtalt, at en fagmand ved læsning af patentet umiddelbart måtte få den opfattelse, at en konstruktion, der som den omtvistede konstruktion havde et skæreværktøj med 2 i rotatinsretningen vendte ægge *på samme arm* måtte give anledning til den ulempe, som det var opfindelsens formål at undgå.

Højesteret udtalte, at patentets beskyttelsesomfang ikke burde begræn-

ses til konstruktioner, hvor skæreværktøjets 2 ægge var placeret på samme arm. Der blev statueret krænkelse.

14.3. *Konklusioner*

Højesterets relativt udførlige begrundelse i Omskifterdommen syntes at give grundlag for den konklusion om retspraksis, at det ved afvejningen af de forskellige forhold, som kan være af betydning for et patents beskyttelsesomfang, må tillægges betydelig vægt, hvis patenthaveren under ansøgningens behandling i sin argumentation for opfindelsens patenterbarhed har udtalt sig negativt om en konstruktion eller lignende, som er brugt i den omtvistede genstand, og patentkravene er formuleret på en måde, som afspejler den anførte kritik. Omskifterdommen holder dog døren åben for, at andre faktorer i en sag kan føre til, at der selv i sådanne tilfælde ikke skal statueres krænkelse, og både Stofbanedommen og Kødhakkemaskinedommen er eksempler herpå.

Da patenthaverens negative omtale af den påståede krænkers tekniske løsning kun er egnet til at medføre en begrænsning af patentets beskyttelsesomfang, er det i fuld overensstemmelse med forarbejderne til 1967-patentloven og teorien, at der kan tillægges sådanne tilkendegivelser betydning, selv om de ikke fremgår af selve patentet og kun er fremsat i forbindelse med ansøgningens behandling.[135]

Fra konklusionen med hensyn til patenthaverens negative tilkendegivelser i forbindelse med ansøgningens behandling må der kunne sluttes så meget desto mere til tilfælde, hvor selve patentet indeholder tilsvarende negativ omtale af den tekniske løsning, som den påståede krænker (senere) har valgt at bringe til anvendelse i den omtvistede genstand.

15. Udtalelser om beskyttelsesomfanget fremsat af patenthaveren i andre sammenhænge end i forbindelse med ansøgningssagen eller i patentet

15.1. *Teorien*

For så vidt angår patenthavers udtalelser, som ikke er fremsat i forbindelse med ansøgningens behandling, er der forskellige opfattelser i teorien. Mogens Koktvedgaard har givet udtryk for den opfattelse, at sådanne udta-

135. For så vidt angår de relevante forarbejder vedrørende betydningen af ansøgningssagens akter se dette kapitels afsnit 13 om ansøgningssagens forløb.

lelser principielt må være uden betydning. I relation til udtalelser om et relativt snævert beskyttelsesomfang, som en patenthaver har fremsat i forbindelse med en ugyldighedssag, har Berndt Godenhielm og Olle Westlander begge anført, at sådanne udtalelser må være bindende for patenthaveren under en senere krænkelsessag. Derudover har Godenhielm – uden at præcisere den nærmere mening – givet udtryk for, at andre typer udtalelser fra patenthaveren må kunne være af betydning i særlige tilfælde. Om sådanne andre typer udtalelser har Olle Westlander skrevet, at de højst må kunne tillægges den marginale betydning, at de kan fungere som bevis for en fagmands forståelse af patentkravne på tidspunktet for udtalelsens fremsættelse – forudsat at patenthaveren kan anses for at være fagmand på området.[136] Det må antages, at Westlander i den forbindelse har ment, at sådanne andre typer udtalelser også kun bør tillægges begrænsende betydning.

15.2. *Retspraksis*

Fodtøjslimsdommen – UfR 1927 s. 285 H

I Fodtøjslimsdommen havde patenthaveren givet den påståede krænker en licens under det håndhævede patent. Tvisten drejede sig om, hvorvidt den påståede krænker skulle betale royalty for fodtøj, som blev fremstillet ved påsmøring af flydende rågummi, der ved indtøring blev til rågummi i fast form. Som sagen forelå til påkendelse var det afgørende, hvorvidt fodtøj fremstillet på den pågældende måde skulle anses for omfattet af patentet. I patentkravet var det opfundne fodtøj beskrevet som fremstillet med plader eller strimler af rågummi.

Såvel landsretten som Højesteret kom frem til, at den påståede krænkers fodtøj ikke kunne anses for omfattet af patentet. Det indgik i landsrettens af Højesteret tiltrådte begrundelse, at det i en af licensaftalens bestemmelser var forudsat, at der til patentets udnyttelse krævedes en »gummirand« af rågummi, som den påståede krænker havde forpligtet sig til at købe hos patenthaveren.

Licensaftalens bestemmelser kan principielt set ikke anses for udtalelser ensidigt fremsat af patenthaveren, idet aftalen var resultatet af en mere eller mindre indgående forhandling mellem de 2 parter. Endvidere var der ikke tale om en bestemmelse, som direkte drejede sig om beskyttelsesomfanget. Det forhold, at der blev lagt vægt på indholdet af aftalens bestem-

136. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfång (1950) s. 159 f, 169 f, 175, 184 og 191 f, Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 261 f, Olle Westlander, Patent (1995) s. 56 og 282 f og Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret, 5. udg. (1999) s. 233.

melser, må imidlertid kunne danne grundlag for en så meget desto mere slutning, for så vidt angår patenthaverens ensidigt fremsatte udtalelser om beskyttelsesomfanget.

15.3. *Konklusioner*

En enkelt dom fra 1927 er langt fra et godt grundlag for sikre konklusioner, selv om der er tale om en Højesteretsdom. Med det heraf naturligt flydende forbehold må man konkludere, *at* der ved fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang ifølge Fodtøjslimsdommen (UfR 1927 s. 285 H) kan lægges vægt på udtalelser fremsat af patenthaveren, selv om de er fremsat i andre sammenhænge end i forbindelse med ansøgningssagen eller i patentet, og *at* der med andre ord i praksis lægges mere vægt på sådanne udtalelser end forudsat i teorien.

Når udtalelser fremsat af patenthaveren som et led i ansøgningssagens behandling kun bør tillægges betydning for beskyttelsesomfanget, i det omfang der er tale om noget, som kan tale for et relativt snævert beskyttelsesomfang, må man derfra kunne slutte så meget desto mere til udtalelser fremsat af patenthaveren i andre sammenhænge.

For så vidt angår offentligt fremsatte udtalelser, som indicerer, at et patent har et relativt snævert beskyttelsesomfang, og som efter deres natur vil være egnede til at komme til aktuelle eller potentielle konkurrenters kundskab kan konklusionen i øvrigt støttes på en betragtning om, at patenthaveren med sin offentligt fremsatte udtalelse på bindende vis over for trediemand har givet afkald på at håndhæve patentet mod aktiviteter, som ifølge de fremsatte udtalelser må falde uden for beskyttelsen – med andre ord et samtykkesynspunkt, jf. patentlovens § 3, stk. 1: »Den ved et patent opnåede eneret indebærer, at andre … ikke *uhjemlet* må udnytte opfindelsen.«

Det samme må gælde, for så vidt angår mere privat fremsatte udtalelser, som patenthaveren har rettet til en bestemt trediemand, eller som patenthaveren i øvrigt af en eller anden årsag må forvente vil komme til den pågældende trediemands kundskab.

Det forekommer umiddelbart at have gode grunde for sig, når det i litteraturen antages, at en patenthaver ikke i forbindelse med en ugyldighedssag kan hævde et standpunkt, ifølge hvilken et patent giver en relativ snæver beskyttelse, for derefter i en krænkelsessag at håndhæve sit patent under påberåbelse af synspunkter, ifølge hvilke patentet skal give en mere vidtgående beskyttelse. For så vidt angår patenthaverens sager mod samme modpart(er), kan begrænsningen af patenthaverens muligheder for at skifte standpunkt med hensyn til omfanget af et patents beskyttelse støttes på den procesretlige lære om betydningen af bindende proceserklæringer og efter

omstændighederne også retskraftslæren.[137] Det må antages at have tilsvarende betydning, når patenthaveren i forbindelse med en sag om administrativ omprøvning, har udtalt sig til støtte for en relativ snæver beskyttelse.

16. Patenthaverens egen udnyttelse af den patenterede opfindelse

16.1. *Teorien*

I teorien er der fremført ret forskellige synspunkter vedrørende den betydning, patenthaverens egen udnyttelse af den patenterede opfindelse bør have for et patents beskyttelsesomfang.

Ifølge Bengt Godenhielm skal patenthaverens egen industrielle udøvelse af en opfindelse som hovedregel ses som udtryk for (bevis for), at opfindelsen har »real merit«, det vil sige er et reelt bidrag til den tekniske udvikling. Det skal formentlig forstås således, at patenthaverens faktiske udnyttelse af en opfindelse bør have en positiv indflydelse på beskyttelsesomfanget derved, at den tjener som bevis for, at opfindelsen har en relativt høj værdi med de deraf følgende konsekvenser for beskyttelsesomfanget, jf. afsnit 3 om opfindelsens værdi.[138]

Mogens Koktvedgaard har i Immaterialretspositioner givet udtryk for, at det forhold, at en opfindelse er en kommerciel succes i nogen grad må påvirke beskyttelsesomfanget.[139]

Ifølge flere forfattere må de af patenthaveren rent faktisk fremstillede produkter være uden betydning for vurderingen af, om en omtvistet genstand skal anses for omfattet af et patent.[140]

16.2. *Retspraksis*

Der syntes ikke at være nogen retspraksis vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt det kan have betydning for et patents beskyttelsesomfang, at produktet bliver produceret af patenthaveren med mere eller mindre stor kommerciel succes. Derimod er der eksempler på, at dommerne rent faktisk har

---

137. Om bindende proceserklæringer se Bernhard Gomard, Civilprocessen 5. udg. (1996) s. 398 f.
138. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 231 og 233 f.
139. Mogens Koktvedgaard, Immaterialretspositioner (1965) s. 238. Koktvedgaard syntes ikke at have gentaget dette i nogen af sine efterfølgende værker, så det er muligt, at der er tale om et nu forladt synspunkt.
140. Mogens Koktvedgaard, Immaterialretspositioner (1965) s. 152, Mogens Koktvedgaard og Lise Østerborg, Patentloven 2. udg. (1979) s. 214, Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret 5. udg. (1999) s. 228 og Olle Westlander, Patent (1995) s. 278.

sammenlignet en omtvistet genstand med tilsvarende genstande produceret af patenthaveren og tillagt sammenligningen betydning for afgørelsen af krænkelsesspørgsmålet og dermed for patentets beskyttelsesomfang.

Byggesætdommen – UfR 1936 s. 1132 V

I Byggesætdommen drejede parternes procedurer sig om, hvorvidt det omtvistede byggesæt adskilte sig væsentligt fra patenthaverens byggesæt. Vestre Landsret sammenholdt ikke det omtvistede byggesæt med selve patentet men baserede i det væsentligste sin afgørelse på rettens egenhændige sammenligning af det omtvistede byggesæt med et af patenthaveren fremstillet byggesæt. Ved den sammenligning kom landsretten frem til, at der ikke forelå væsentlig adskillelse, og at der derfor var tale om patentkrænkelse.

Markørdommen – UfR 1961 s. 731 H

I Markørdommen konstaterede landsretten, at der var visse lighedspunkter mellem den omtvistede landsbrugsmaskine og en af patenthaveren fremstillet maskine. Landsretten konstaterede endvidere, at der også var en forskel mellem de 2 maskiners konstruktion, nemlig at den omtvistede maskines vinkelvægtstang ikke som patenthaverens maskine slog an mod styrbare fjederpaler. Den forskel kunne imidlertid efter landsrettens opfattelse ikke tillægges afgørende betydning, hvorfor landsretten statuerede krænkelse. I patentkravene var det ikke nævnt, at den patenterede maskine skulle slå an mod »styrbare fjederpaler«. Højesteret gav en række andre grunde for også at statuere krænkelse, men idet Højesteret derudover henviste til de i landsretsdommen i øvrigt anførte grunde, kan landsrettens begrundelse ikke anses for overruled af de yderligere grunde, der kom til i Højesterets dom.

Murbøsningsdommen – UfR 1962 s. 393 Ø

I Murbøsningsdommen statuerede Østre Landsret krænkelse, fordi den omtvistede murbøsning »på grundlag af de i sagen fremlagte eksemplarer og fotografier af de af parterne forhandlede bøsninger og efter patentets indhold« måtte anses for at have en høj grad af umiddelbar lighed med den patenterede murbøsning.

16.3. *Konklusioner*

Ifølge retspraksis kan patenthaverens fysiske produkter, som hævdes at være fremstillet under udnyttelse af den patenterede opfindelse, have betydning for vurderingen af, om en omtvistet genstand, skal anses for at indebære en krænkelse af patenthaverens rettigheder. Den i litteraturen hæv-

dede opfattelse, der går i modsat retning, er med andre ord i konflikt med retspraksis.[141] De af patenthaveren selv fremstillede produkter har i de 3 omtalte domme spillet en mere eller mindre selvstændig rolle som sammenligningsobjektet for den omtvistede genstand. Man kan derfor anskue dommene ud fra den synsvinkel, at de drejer sig om det, som en omtvistet genstand skal sammenlignes med under en krænkelsesvurdering. For så vidt angår denne synsvinkel henvises der til kapitel 8's afsnit om den overordnede afvejningsparameter.

Hvis en opfindelses kommercielle succes som antaget af Mogens Koktvedgaard skal kunne påvirke beskyttelsesomfanget, forekommer det mest nærliggende, at det er som bevis for opfindelsens værdi. Der er dog tale om et bevis, som kun kan være af begrænset betydning, allerede fordi et produkts kommercielle succes kan bero på mange andre faktorer end en eller flere patenterede opfindelser, som udnyttes ved produktets fremstilling. Det afgørende for den kommercielle succes kan for eksempel bero på *a)* andre aspekter ved selve produktet, *b)* et værdifuldt varemærke, som anvendes i markedsføringen, eller *c)* vellykkede reklamefremstød og dermed reklamefolkenes kreativitet og de i markedsføringen investerede ressourcer. Hertil kommer, *at* et produkts kommercielle succes eller mangel på samme kan variere meget i de 20 år, der udgør et patents beskyttelsesperiode, og *at* det må lægges til grund, at et patents beskyttelse i princippet bør være af ensartet omfang i hele beskyttelsesperioden.

Tilsvarende er der næppe grundlag for at anse en opfindelse for at være specielt værdifuld, blot fordi patenthaveren rent faktisk vælger at udnytte den i sin produktion eller lignende. Selv når de af patenthaveren fremstillede produkter samfundsmæssigt set er meget værdifulde, kan opfindelsen for eksempel meget vel dreje sig om et ret uinteressant eller ligegyldigt aspekt ved produktet.

17. Den omtvistede genstands påvirkning af patenthaverens omsætning

Hvorvidt den omtvistede genstand kan antages at have skadet rettighedshaverens omsætning, bør ifølge Frederik Vinding Kruse være et moment uden relevans for krænkelsesvurderingen.[142]

---

141. Til gengæld er den i litteraturen hævdede opfattelse i overensstemmelse med det, der her antages at følge af Fortolkningsprotokollen, jf. kapitel 9 afsnit 5.
142. Frederik Vinding Kruse, Ejendomsretten 3. udg. (1951) s. 465.

Spørgsmålet syntes ikke at have været fremme i praksis. Dette er i sig selv egnet til at give et vink om, at Vinding Kruses opfattelse næppe er korrekt.

I øvrigt kan markedsføringen af en omtvistet genstand påvirke omsætningen af patenthaverens produkter negativt simpelt hen på grund af den skærpede konkurrence, der naturligt følger af et øget udbud af produkter på det pågældende marked. Det er i den forbindelse rigeligt, at det omtvistede produkt af kundekredsen opleves som forskelligt men substituerbart. Reale hensyn taler med andre ord også mod, at en negativ påvirkning af patenthaverens omsætning skulle indicere, at en omtvistet genstand indebærer en krænkelse af patenthaverens rettigheder.

18. Forskelle med hensyn til dimensioner, materialevalg, udseende og lignende

Indledningsvis bør det nok fastslås, at der i princippet ikke er noget i vejen for, at dimensioner, materialevalg, udseende og lignende kan have væsentlig betydning ved vurderingen af, om en opfindelse er patenterbar.

For så vidt angår dimensionsforskelle, kan der som eksempel henvises til EPO Guidelines C.III.4.8, hvoraf det fremgår, at et patentkrav, som retter sig mod »en krog til en kran« skal forstås som en krog, der er karakteriseret ved visse (betydelige) dimensioner og styrkeforhold. Der er heller ikke noget i vejen for, at en den i et patentkrav beskrevne opfindelse kan dreje sig om et produkts fysiske fremtrædelsesform. Det forudsætter blot, at den valgte form har en teknisk effekt. Som eksempel kan det nævnes, at en særlig udformning af en pille, som får patienter til at opfatte pillen som relativt let at sluge, efter omstændighederne kan udgøre en patenterbar opfindelse.

På tilsvarende vis kan der næppe være noget principielt i vejen for at tillægge forskelle med hensyn til sådanne træk væsentlig betydning i forbindelse med beskyttelsesomfangets udmåling.

18.1. *Teorien*

Ifølge flere forfattere må forskelligheder med hensyn til dimensioner, materialer, udseende og lignende – i hvert fald som udgangspunkt – anses for at have så uvæsentlig betydning, at de ikke i sig selv kan føre til, at en omtvistet genstand skal anses for ikke at være omfattet af et patent.[143]

143. Se for eksempel Ragnar Knoph, Åndsretten (1936) s. 279 og Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret, 5. udg. (1999) s. 230 og 234.

18.2. *Retspraksis*

Katteøjedommen – UfR 1936 s. 1074 H

Katteøjedommen er en dom, hvor Højesteret statuerede ugyldighed, men hvor landsretten forinden havde haft anledning til at tage stilling til beskyttelsesomfanget under den forudsætning, at der var tale om et gyldigt patent. I patentkravet var det angivet, at opfindelsen gik ud på, at man anbragte en hvid plade som underlag eller baggrund for en refleks (et katteøje). Dette skulle ifølge patentbeskrivelsen forhøje refleksvirkningen 4 – 5 gange. Den påståede krænker udleverede til sine kunder en hvid »refleksnumerplade«, som skulle monteres mellem en cykelbagskærm og katteøjet. Pladen dækkede ikke hele katteøjets bagside, idet den øverste del af pladen kun udstrakte sig til den nederste del af katteøjet.

Østre Landsret statuerede krænkelse, idet den kun delvise dækning af katteøjets bagside ifølge begrundelsen var uden betydning. Dommen kan ses som et eksempel på betydningen af en dimensionsændring, idet den hvide plades udstrækning under katteøjet var mindre end beskrevet i patentkravet.

Kølepladedom I – UfR 1937 s. 745 H

I Kølepladedom I var det i patentkravet anført, at opfindelsen vedrørte en køleplade, der var omgivet af en metalramme. Den dertil svarende ramme på den omtvistede køleplade bestod af træ og ebonit beklædt med en 0,7 mm tynd plade af rustfrit stål.

Højesteret statuerede, at der var tale om krænkelse. I begrundelsen indgik det, at den omtvistede konstruktions afvigelse fra den i patentet beskrevne konstruktion ikke var af væsentlig betydning. Dommen kan ses som et eksempel på betydningen af en dimensionsændring, idet den af krænkeren anvendte stålplade på grund af sin ringe tykkelse – 0,7 mm – i sig selv næppe kunne karakteriseres som en egentlig ramme.

Kølepladedom II – UfR 1940 s. 337 H

I Kølepladedom II var det i patentkravene angivet, at opfindelsen vedrørte en køleplade, blandt andet bestående af en metalplade, som på siderne var omgivet af en metalramme, der var i dårlig varmeledende forbindelse med metalpladen, og hvor det hele udgjorde en mekanisk sammenhængende, pladeformet enhed. Det fremgik af patentbeskrivelsen, at opfindelsens formål i vidt omfang var at opnå en æstetisk tiltalende virkning, når der i restauranter og andre steder blev udstillet fødevarer og lignende.

Højesteret statuerede, at der ikke forelå krænkelse. I begrundelsen blev

det blandt andet anført, *at* patenthaverens og den påståede krænkers køleplader fremtrådte forskelligt, idet den påståede krænkers køleplade fremtrådte som en plade i løs forbindelse med en underdel, og *at* den i patentkravet angivne egenskab, at udgøre »en mekanisk sammenhængende pladeformet enhed«, under hensyn til kølepladens praktiske anvendelse måtte anses for at udgøre en væsentlig egenskab ved patentet.

Den praktiske anvendelse, der i begrundelsen er henvist til, må antages at være det, der i patentbeskrivelsen var anført om opfindelsens æstetiske virkning. Med andre ord må det antages, at de 7 dommere har ment, at når formålet med en opfindelse i vidt omfang er visuelt at opnå en æstetisk tiltalende virkning, må det visuelle indtryk være af stor betydning for afgørelsen af, hvilke træk ved den i patentkravet definerede opfindelse, der kan anses for at udgøre væsentlige egenskaber ved patentet.

18.3. *Konklusioner*

Retspraksis giver ikke grundlag for en sikker konklusion om, at der foreligger en formodning for krænkelse, når en omtvistet genstand kun adskiller sig fra den i et patentkrav beskrevne opfindelse, for så vidt angår dimensioner, materialer, udseende og/eller lignende. Det fremgår på den anden side ret tydeligt, at sådanne forskelligheder efter omstændighederne kan være af uvæsentlig betydning med den konsekvens, at den omtvistede genstand må anses for omfattet af patentet, jf. Katteøjedommen og Kølepladedom I.

19. Den omtvistede genstands kvaliteter såsom opfindelseshøjde i forhold til den i patentet beskrevne genstand

19.1. *Teorien*

19.1.1. Teorien i almindelighed

Det er en udbredt opfattelse i teorien, at det har betydning for krænkelsesspørgsmålet, om den omtvistede genstand er udtryk for et selvstændigt bidrag til den tekniske udvikling, eller om den omtvistede genstand på anden vis adskiller sig positivt fra den i patentet beskrevne opfindelse. Opfattelsen findes i flere varianter. En radikal variant (herefter kaldet »Den Radikale Teori«) går ud på, at opfindelseshøjde hos den omtvistede genstand automatisk udelukker krænkelse. Denne opfattelse er typisk

baseret på det synspunkt, at der – i hvert fald som udgangspunkt – bør være sammenfald mellem normerne for vurdering af opfindelseshøjde og krænkelse.[144] Den Radikale Teori er i sin yderste konsekvens problematisk, allerede fordi det i patentloven klart er forudsat, at et patent kan være domineret af et tidligere udstedt patent, jf. patentlovens § 46 om tvangslicens til indehavere af patenter på opfindelser, hvis udnyttelse er afhængig af andre patenter.[145] En mere moderat variant (herefter kaldet »Den Moderate Teori«) går ud på, at de fordele der er forbundet med den omtvistede genstand – herunder tekniske fremskridt med og uden opfindelseshøjde set i forhold til den i patentet beskrevne opfindelse – efter omstændighederne kan have betydning for krænkelsesvurderingen.[146] En mellemform (herefter kaldet »Mellemformsteorien«) går ud på, at opfindelseshøjde hos den omtvistede genstand automatisk udelukker analog krænkelse men ikke ordret krænkelse.[147]

---

144. Se for eksempel Frederik Vinding Kruse, Ejendomsretten 1. udg. (1929-33) s. 443 f, 450 ff og 476 f samt 3. udg. (1951) s. 457 og 463 ff. Vinding Kruse mente blandt andet, at »på den åndelige ejendomsrets område er frembringelsen af et nyt og selvstændigt værk det alt beherskende moment; det giver på én gang frembringeren ejendomsretten til det nye værk og frier ham samtidig fra for ethvert ansvar for hans mulige benyttelse af ældre arbejder, da denne benyttelse derved er fatslået som uvæsentlig i forhold til det nye, han har skabt.« Synspunktet hænger formentlig sammen med Vinding Kruses opfattelse af, hvad skal anses for at være en »åndelig ejendomsret«. I hans sprogbrug er der kun tale om en »åndelig ejendomsret«, når der foreligger en kombination af a) en ret til at udnytte den åndelige ejendomsret for eksempel ved udgivelse af en bog og b) en eneret i form af en ret til at forbyde andre at udnytte den åndelige ejendomsret, jf. 1. udg. s. 476 f. Vinding Kruses fremstilling af disse spørgsmål virker i øvrigt langt fra 100 % konsistent, jf. 1. udg. s. 458 og 476 f og 3. udg. s. 470 f. Fra nyere teori se også Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 487 ff og 517 ff og Mikael Nyberg, Patenträtsliga bedömningsgrunder (2000) s. 303 ff og 314 ff, som dog lader døren stå åben for visse snævre undtagelser. For fuldstændighedens skyld bemærkes det, at Domeij og Nyberg eventuelt skal forstås sådan, at de må anses for at være eksponenter for en noget mindre radikal opfattelse. K. Holm-Nielsen har i UfR 1961 B s. 290 været inde på problemstillingen. Det der anført skal formentlig forstås som udtryk for en variant af Den Radikale Teori.

145. Endvidere kan der for Danmarks vedkommende henvises til bemærkningerne til patentlovens § 8, stk. 3, i 1978-lovforslaget, hvor det er anført, *at* en ny, ikke forudset og ikke nærliggende anvendelse af et patenteret stof, kan føre til et afhængigt patent på den pågældende anvendelsesform, og *at* det samme gælder en særlig fremstillingsmetode for stoffet, hvis metoden i sig selv er en opfindelse, der opfylder betingelserne for patentering, jf. Folketingstidende 1977/78 A sp. 2027 ff.

146. Se for eksempel Ragnar Knoph, Åndsretten (1936) s. 279 og s. 281 ff og Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret, 5. udg. (1999) s. 230 og 234 om modifikationer, herunder overførelse af en opfindelse fra et teknologisk anvendelsesområde til et andet, hvor modifikationerne er udtryk for en opfinderisk indsats, som ikke er nærliggende for en fagmand.

147. Se for eksempel Sigrid Asbjørn Smitt, NIR 1998 s. 45, 47 f og 56. I de af hende formulerede regler anvender hun dog begreberne literal infringement og equivalent infringement, som i hendes sprogbrug har et lidt andet indhold end de her anvendte begrebet ordret og analog krænkelse.

Der findes også eksempler på teoretikere, der har givet udtryk for en mere eller mindre divergerende opfattelse. Berndt Godenhielm har således på grundlag af en analyse af nordisk retspraksis, herunder af Phenylbutazondommen (UfR 1964 s. 498 H), konkluderet, at man i praksis afgør spørgsmålet om patentkrænkelse helt uafhængigt af den påståede krænkers eventuelle *patenter*.[148] Det er vanskeligt at sige, om Godenhielm dermed kan tages til indtægt for det synspunkt, at (patenterede og ikke patenterede) *fordele* ved en omtvistet genstand i sammenligning med den i et patent beskrevne opfindelse, på samme måde må være uden betydning for, om en omtvistet genstand kan anses for omfattet af det pågældende patent.

19.1.2. Bengt Domeijs synspunkter

At opfindelseshøjde / (væsentlige) tekniske fordele hos en omtvistet genstand set i forhold til en i et patent(krav) beskrevet opfindelse bør udelukke og i vidt omfang rent faktisk udelukker, at den omtvistede genstand kan være omfattet af patentet, er et af de dominerende hovedsynspunkter i Bengt Domeijs disputats, Läkemedelspatent. Der er derfor god grund til at gøre Domeijs synspunkter til genstand for en mere indgående omtale. I Läkemedelspatent gør Domeij først spørgsmålet om patenters beskyttelsesomfang til genstand for en retsdogmatisk behandling, hvorefter han analyserer de væsentligste og mest aktuelle retsdogmatiske problemstillinger ud fra en retsøkonomisk synsvinkel. Af rent praksiske årsager er denne opdeling bibeholdt i den følgende omtale af Domeiijs synspunkter.[149]

A. *Domeijs retsdogmatiske synsvinkel*

Den primære norm for bedømmelsen af, hvorvidt der foreligger analog krænkelse, er ifølge Domeij, om trækkene ved den omtvistede genstand og trækkene i patentkravet ud fra en fagmands synsvinkel kan anses for funktionelt ombyttelige. Som begrundelse herfor er det anført, at det er svært at definere en anden generelt anvendelig norm for kvalitativ vurdering af forskellene mellem 2 tekniske løsninger, som konkurrerer på samme marked.[150]

Ifølge Domeij er der en vidtgående paralellitet mellem på den ene side bedømmelsen af en opfindelses nyhed og opfindelseshøjde og på den anden side bedømmelsen af en opfindelses beskyttelsesomfang. Principper-

148. Berndt Godenhielm, Om ekvivalens och annat gott (1990) s. 148 ff.
149. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 42.
150. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 487.

ne for nyhedsbedømmelsen skal således finde tilsvarende anvendelse ved bedømmelsen af, om en omtvistet genstand er direkte omfattet af et patentkrav, mens principperne for bedømmelse af opfindelseshøjde skal have ligheder med bedømmelsen af, hvorvidt der foreligger analog krænkelse.[151]

Domeij har erkendt, at det synspunkt, at forekomsten af opfindelseshøjde hos en omtvistet genstand i forhold til en i et patentkrav beskrevet genstand, skal udelukke ækvivalens og dermed analog krænkelse, er problematisk, når man skal forklare forekomsten af dominerende patenter og deraf dominerede opfindelser/patenter. På trods heraf syntes Domeij at have opstillet en regel om, at opfindelseshøjde på den angivne måde som hovedregel må bringe en omtvistet genstand helt uden for et patents beskyttelsesomfang.[152]

Som undtagelser fra denne hovedregel nævner Domeij »vissa tydliga fall av beroendeuppfindingar … t. ex.« dels nye anvendelser af allerede patenterede kemiske forbindelser og dels udvalgsopfindelser, som består i udvælgelse af en gruppe kemiske forbindelser fra en større gruppe kemiske forbindelser med en erkendt egenskab, hvor den pågældende egenskab hos den udvalgte gruppe viser sig at være særlig udtalt.[153]

Som nærmere begrundelse for hovedreglen om at en omtvistet genstands opfindelseshøjde set i forhold til den i et patentkrav beskrevne genstand må føre den omtvistede genstand uden for det håndhævede patents beskyttelsesomfang har Domeij anført følgende, hvor det indledende »däremot« indebærer, at der tales om andre tilfælde end »tydliga fall av beroendeuppfinningar« (min kursivering):[154]

> »Utgör däremot uppfinningen och intrångsföremålet [den omtvistede genstand] antigen två produkter eller två förfaranden [fremgangsmåder], tycks fackmannens bedömning av funktionel överensstemmelse vara direkt användbar vid intrångsbedömningen. I dessa fall är det möjligt at ge patenthavare en ensamrätt, som motsvarar det som en fackman vet är äkvivalenta lösningar til kraven, medan tredje man fritt kan nyttja sådanna lösningar som inte var närliggande för en fackman. *I dessa situationer är nämligen avsikten med kravformuleringen att ensamrättens utsträckning skall överensstämma med vad en*

151. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 487.
152. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 487 f.
153. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 488. Det kan undre, at Domeij ikke har fundet anledning til at nævne en ny fremgangsmåde til fremstilling af et allerede patenteret produkt som eksempel på et tilfælde af tydelig afhængighed, jf. herom Berndt Godenhielm s. 147 i Om ekvivalens och annat gott (1990).
154. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 488.

> *fackman kan utläsa av patentskriften.* Man räknar inte med att det skall finnas okända produktionsmöjligheter i det avseende som intrångsföremålet representerar. Med en sådan tolkning måste den som försöker kringgå eller vidareutveckla ett patent själv lämna ett bidrag av viss betydelse til den tekniska utvecklingen. Det framstår som en rimelig och praktisk lösning.
>
> Tredje mans interesse av rätssikkerhet beaktas med en sådan regel. …«

At dømme ud fra ordlyden har Domeij opdelt omtvistede genstande, som er forskellige fra den i patentkravet beskrevne opfindelse, i *a)* åbenbare tilfælde af afhængige opfindelser og *b)* andre tilfælde, herunder mindre åbenbare tilfælde af afhængige opfindelser.

Hvis det af Domeij anførte i overensstemmelse hermed skal forstås således, at der i tilfælde af mindre åbenbart afhængige opfindelser ikke kan foreligge krænkelse, hvis den omtvistede genstand har opfindelseshøjde set i forhold til den i patentkravet beskrevne opfindelse, er det meget svært at følge logikken i Domeijs tankegang.

Hvis det af Domeij anførte derimod skal forstås således, at han implicit benægter forekomsten af mindre åbenbart afhængige opfindelser, er hans forudsætninger ikke realistiske. Rent logisk må der ved afgrænsningen af afhængige opfindelser overfor ikke afhængige opfindelser være et grænseområde, og i dette grænseområde vil det ikke altid være åbenbart, at en afhængig opfindelse skal anses for at stå i et afhængighedsforhold til et ældre patent.[155]

Man må give Domeij ret i, at udnyttelsen af en opfindelse, som helt åbenbart står i et afhængighedsforhold til en patenteret opfindelse, må være omfattet af det pågældende patent. At en opfindelse, som hverken åbenbart eller mindre åbenbart står i et afhængighedsforhold til et patent omvendt må falde uden for patentets beskyttelsesomfang, forekommer også at være en rimelig antagelse. Det i praksis interessante spørgsmål er imidlertid, hvordan man afgør, om en omtvistet genstand står i et mindre åbenbart afhængighedsforhold til en patenteret opfindelse med den virkning, at den er omfattet af patentet, og det spørgsmål syntes ikke berørt i det af Domeij anførte.

Det for Domeij bærende argument for synspunktet om de tilfælde, hvor en opfindelse og en omtvistet genstand udgør »två produkter eller två förfaranden«, syntes at være, at »i dessa fall är nämligen avsikten med krav-

---

155. Se også Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret 5. udg. 1999 s. 228, hvor følgende er anført: »I langt de fleste tilfælde er det … ganske tvivlsomt, om der foreligger en krænkelse.«

formuleringen att ensamrättens utsträckning skall överensstämma med vad en fackman kan utläsa av patentskriften«. Det argument kan imidlertid ikke anses for et bæredygtigt argument for en særlig behandling af sådanne tilfælde, allerede fordi der ikke syntes at være grundlag for at hævde, at det ikke også er formålet med patentskriftet, når der er tale om andre »fall«, herunder når der er tale om tilfælde, hvor der – erkendt af Domeij – foreligger »tydliga fall av beroendeuppfindingar«. Der kan her henvises til patentlovens § 8, stk. 2, ifølge hvilken en patentansøgning skal indeholde patentkrav med en bestemt angivelse af det, der søges beskyttet, og § 39, ifølge hvilken patentkravene som bekendt skal være bestemmende for beskyttelsesomfanget.

Selv om Domeij som omtalt ovenfor antager, at der ifølge den herskende lære i svensk ret kan være tilfælde, hvor et patent kan være domineret af et ældre patent – »tydliga fall av beroendeuppfindingar« –, er der ikke tale om et standpunkt, som har Domeijs fulde sympati, når det drejer sig om forholdet mellem 2 patenter med patentkrav tilhørende samme kategori, for eksempel 2 fremgangsmådepatenter. Han mener således, at analog krænkelse i princippet bør være udelukket, medmindre det yngste patent er ugyldigt.[156] Synspunktet støttes ikke af en argumentation med en sådan tyngde, at det kan antages at få indflydelse på retspraksis i Danmark.

B. *Domeijs retsøkonomiske synsvinkel*

Domeijs retsøkonomiske analyse af spørgsmålet om patenters beskyttelsesomfang er baseret på en række forudsætninger, nemlig

- at der opstår et samfundøkonomisk tab i form af uudnyttede produktionsmuligheder og reduceret produktion, hvis et værdifuldt produkt ikke kan komme i produktion som følge af en konkurrents patentrettigheder, [157]
- at parterne har en fælles interesse i aftalemæssigt at finde en løsning, der vil forøge værdien af deres samlede produktion, hvis den ene part har udviklet en nyt og mere værdifuldt produkt, som er omfattet af et patent tilhørende den anden part, [158]
- at sådanne aftaler imidlertid ikke vil komme i stand, hvis transaktionsomkostningerne er prohibitivt høje, [159]

---

156. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 513, hvor Domeij i øvrigt erkender, at der er tale om et synspunkt, som ikke kan anses for accepteret i svensk ret.
157. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 518 ff
158. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 519.
159. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 519.

– at patenttvister i særlig høj grad har struktur som såkaldt bilaterale monopoler, og at dette typisk fører til høje transaktionsomkostninger, [160]
– at styrken af sådanne bilaterale monopoler afhænger af, hvor stor værdi det nye produkt har i forhold til patenthaverens patenterede produkt, således at en stor merværdi giver et stærkt bilateralt monopol med høje transaktionsomkostninger og deraf følgende hindringer for aftalemæssige løsninger, mens det forholder sig omvendt for nye produkter med lav merværdi, [161]
– at det er særlig vanskeligt at få en aftalemæssig løsning mellem parterne, når den nye produktionsmulighed af en eller anden årsag ikke kan patenteres, hvorfor de mest skadelige bilaterale monopoler er de tilfælde, hvor en meget værdifuld ny produktionsmulighed ikke kan patenteres, [162]
– at forekomsten af tvangslicensmuligheder kan reducere transaktionsomkostningerne og dermed befordre aftalemæssige løsninger, idet tvangslicenssystemet indebærer, at parterne er bekendt med, at der er et alternativ til forhandlingsvejen, [163] og
– at man gennem reglerne om fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang yderligere må kunne reducere transaktionsomkostningerne for derved at fremme de nødvendige transaktioner og minimere de samfundsmæssige tab, som forekomsten af de ovenfor nævnte bilaterale monopoler og dertil knyttede høje transaktionsomkostninger ellers vil føre til. [164]

Ud fra de nævnte forudsætninger har Domeij opstillet en hypotese om, at domstolene mere eller mindre bevidst og mere eller mindre konsekvent rent faktisk fastlægger patenters beskyttelsesomfang ud fra et ønske om at reducere omfanget af de transaktionsomkostninger, der kan forhindre opnåelsen af en forhandlingsmæssig løsning på tvister af den pågældende karakter. Ifølge Domeij skal merværdien hos en omtvistet genstand på grund af dens betydning for transaktionsomkostningerne være den vigtigste faktor ved bedømmelsen af, om en omtvistet genstand er omfattet af et patent.[165]

Hypotesen skal ikke forstås som et supplement til den almindeligt ac-

160. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 519.
161. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 522 og 523.
162. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 520 og 523.
163. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 520 f.
164. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 518 og 521.
165. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 521 og 523.

cepterede retsøkonomiske og juridiske antagelse, ifølge hvilken man ved fastslæggelsen af et patents beskyttelsesomfang må søge mod en samfundsøkonomisk optimal balance mellem på den ene side et stærkt forsknings- og udviklingsincitament til den innovative virksomhed og på den anden side de negative virkninger, som den ved et patent etablerede eneret har på andre virksomheders mulighed for at drive forretning. Der er tale om et alternativ, idet den almindeligt accepterede form for balance mellem de modsat rettede interesser ifølge Domeij ikke er tilstrækkeligt operationel.[166]

Hypotesen indebærer, at hvor der foreligger stærke bilaterale monopoler og dermed en formodning om særligt høje transaktionsomkostninger – høj merværdi hos den omtvistede genstand –, skal domstolene lade den omtvistede genstand falde uden for det pågældende patents beskyttelsesomfang, hvorved domstolene eliminerer behovet for forligsmæssige løsninger i fremtidige tvister af lignende karakter, det vil sige i tvister med tilsvarende stærke bilaterale monopoler.[167]

Hypotesen indebærer endvidere, at hvor der foreligger svage bilaterale monopoler og dermed en formodning om særligt lave transaktionsomkostninger – lav merværdi hos den omtvistede genstand –, skal domstolene give det pågældende patent et relativt bredt beskyttelsesomfang, hvorved domstolene fremtvinger aftalemæssige løsninger i fremtidige tvister af lignende karakter, det vil sige i tvister med tilsvarende svage bilaterale monopoler.[168]

Som argumentation for, at det ikke kan være hensigtsmæssigt med et snævert beskyttelsesomfang også i tilfælde med en lav merværdi hos det nye produkt har Domeij blandt andet anført, *at* der er fordele ved at lade parterne selv finde en forligsmæssig løsning, *at* man i princippet bør efterstræbe aftalemæssige løsninger, *at* man ved aftaler, som bliver indgået frivilligt kan gå ud fra, at der er tale om effektive løsninger.[169] Det er vanskeligt at se, at denne argumentation ikke har mindst samme vægt, når den omtvistede genstand må antages at have relativt stor merværdi.

Ifølge Domeij skal retsreglerne være indrettet på en sådan måde, at de tilstræber at ramme en optimal løsning i form af den løsning, parterne ville være nået til ved en forhandling, hvis transaktionsomkostningerne ikke havde været prohibitivt høje.[170] Det forekommer langt fra indlysende,

---

166. Om patentsystemets reale begrundelse se kapitel 3.
167. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 521.
168. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 521.
169. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 521 f.
170. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 521 f.

hvorfor den optimale løsning, som parterne kunne have aftalt, øjensynligt skal være en løsning, i henhold til hvilken patenthaveren ikke skal have krav på noget som helst, hvis den omtvistede genstand har en realtivt stor merværdi.

Grundlaget for Domeijs hypotese virker ud fra en række enkle betragtninger forfejlet.[171]

Jo større merværdi et nyt produkt har i forhold til et ældre patent, som omfatter det nye produkt, des mere kan en gensidig licensaftale mellem patenthaveren og opfinderen af det nye produkt forøge værdien af parternes samlede produktion. Det vil sige, *at* der ved nye produkter med en betydelig merværdi burde være en tilsvarende betydelig øknomisk interesse for parterne i at indgå sådan en licensaftale, og *at* transaktionen derfor skulle kunne bære relativt høje transaktionsomkostnigner uden at blive urentabel. Det må rent logisk forholde sig omvendt i situationer, hvor det nye produkt har en stærkt begrænset merværdi. Her skulle selv relativt lave transaktionsomkostninger være prohibitivt høje set i forhold til transaktionens værdi for parterne.

I begge tilfælde er den ønskede transaktion en form for (gensidig) licensaftale. Det vil sige, at der i princippet er tale om samme type transaktion, og at transaktionsomkostningerne derfor i hvert fald som udgangspunkt må antages at være af samme størrelsesorden, uanset om det nye produkt har en høj eller lav merværdi i forhold til det pågældende patent. Dette ræsonement, som ikke burde være fremmedartet i en retsøkonomisk analyse, fører til den konklusion, at transaktionsomkostninger oftere må være prohibitivt høje, når der er tale om et nyt produkt med lav merværdi, end når der er tale om et nyt produkt med en høj merværdi.

Domeijs argumentation for, at det forholder sig stik modsat forekommer ikke overbevisende. Ifølge Domeij har juridiske tvister i almindelighed og patenttvister i særdeleshed den som bilaterale monopoler betegnede struktur, der leder til forøgede transaktionsomkostninger. Det karakteristiske for bilaterale monopoler er ifølge Domeij, at parterne ikke har noget godt alternativ til en forligsmæssig løsning, idet der savnes et fungerende marked for det, som parterne ønsker at få tilgang til. Indehaveren af et patent og opfinderen af en i forhold dertil afhængig opfindelse, som danner grundlag for et andet patent, kan således kun få adgang til at udnytte hinandens opfindelser i det omfang, de kan nå til enighed om en gen-

171. I øvrigt syntes hypotesen at være i konflikt med retsøkonomiens main stream opfattelse af patentsystemet, jf. Agnete Raaschou-Nielsen og Nicolai Juul Foss, Indledning til rets- og kontraktsøkonomi (1997) s. 56 ff.

sidig licensaftale. Under sådanne forhold skal det ifølge Domeij kunne være rationelt for den ene part af forøge transaktionsomkostningerne for derved at sikre sig en større del af den samlede gevinst ved transaktionens gennemførelse. Som eksempel på sådan en bevidst forøgelse af transaktionsomkostningerne har Domeij nævnt, at den ene part kan vælge at indlede en krænkelsessag ved domstolene.[172]

Selv om man antager at Domeijs synspunkt vedrørende den strukturelle karakter af bilaterale monopoler i princippet er korrekt, så er det vanskeligt at se, hvordan det skulle kunne føre til tiltagende transaktionsomkostninger jo større det nye produkts merværdi er. For det 1. syntes strukturen i en patentkrænkelsessag at være den samme, uanset om den omtvistede genstand har en høj eller lav grad af merværdi. Under henvisning til Domeijs eksempel på højere transaktionsomkostninger som følge af et bilateralt monopol, forekommer det for det 2. rimeligt at antage, at den oprindelige patenthavers incitament til blot at anlægge en retssag mod opfinderen af det nye produkt er større jo mindre merværdi det nye produkt har, idet den oprindelige patenthavers økonomiske interesse i en (gensidig) licensaftale med opfinderen af det nye produkt er mindre, jo mindre merværdi det nye produkt har.

Hertil kommer, at det ikke forekommer indlysende, at en struktur som bilateralt monopol i det hele taget skulle føre til relativt høje transaktionsomkostninger, når en patenthaver og en opfinder af et nyt produkt, der er genstand for et yngre patent, forhandler en licensaftale. Det af Domeij nævnte eksempel på ekstra transaktionsomkostninger, nemlig at den ene part vælger at anlægge en krænkelsessag for at forbedre sin forhandligsposition, er i hvert fald ikke et godt eksempel. Parternes omkostninger ved en retssag er omkostninger ved alternativet til en forligsmæssig løsning. Der er med andre ord ikke tale om transaktionsomkostninger knyttet til selve licensaftalen som forligsmæssig løsning.

Den indflydelse, som et sagsanlæg kan have på et forhandlingsforløb, ligger på det rent psykologiske plan. *Dels* kan det over for modparten signalere, at man tror på sin sag, og at man rent faktisk er indstillet på et gennemføre en retssag, hvis der ikke kan opnås en forligsmæssig løsning, og *dels* kan modpartens konkret aktualiserede udsigt til at skulle betale omkostninger til førelse af en retssag i sig selv gøre modparten mere forligsvillig. Et hurtigt sagsanlæg, når forhandlingerne i nogen tid har stået i stampe, kan således erfaringsmæssigt have en nærmest magisk virkning, som fører til, at parterne på relativt kort tid indgår forlig. Det forhold, at

172. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 519 f.

man i sager om patentkrænkelse har muligheden for at anlægge en retssag mod modparten og derved kan påvirke dennes forligsvillighed, indebærer imidlertid ikke, at omkostningerne ved gennemførelsen af selve den ønskede transaktion i form af en (gensidig) licensaftale forøges. De vil alt andet lige være de samme, og truslen om de potentielle omkostninger ved gennemførelsen af en retssag vil netop kunne motivere en patenthaver til at afholde de nødvendige transaktionsomkostninger ved indgåelsen af en licensaftale.

Når Domeij som ovenfor omtalt har anført, at det karakteristiske ved et bilateralt monopol er, at parterne ikke har noget godt alternativ til en forligsmæssig løsning, må man i øvrigt konstatere, at dette karakteristikum ikke forefindes i de tilfælde, hvor et patent på en opfindelse med en høj merværdi står i et afhængighedsforhold til et ældre patent. I sådanne tilfælde er der nemlig et alternativ i form af tvangslicens, jf. § 46 i såvel den danske som den svenske patentlov.

Med henblik på at undersøge, om hans hypotese havde forklaringsværdi sammenholdt Domeij hyposen med retspraksis. I sammenholdningen inddrog han i alt 4 domme fra Tyskland, England, Danmark og Sverige.

Domeij erkender, at den tyske dom ikke støtter hans hypotese.[173]

For så vidt angår den engelske dom mener Domeij, at den meget vel kan forklares ud fra hypotesen.[174]

Den danske dom er Ranitidindommen (UfR 1993 s. 859 H). Som omtalt i bilag A er Ranitidindommen en principiel afgørelse, i henhold til hvilken analogifremgangsmåder skal tildeles et meget snævert beskyttelsesomfang, hvilket var årsag til, at der ikke blev statueret krænkelse. Domeij er enig i resultatet men kan ikke acceptere Højesterets begrundelse. I ret klar strid med den af Højesteret givne begrundelse antager Domeij, *at* der må gælde en særlig bred beskyttelse for analogifremgangsmådepatenter, og *at* hans egne i hypotesen udtrykte synspunkter må have været afgørende for, at der på trods heraf ikke blev statueret krænkelse. På den baggrund konkluderer Domeij, at dommen er i god overensstemmelse med hans hypotese.[175]

Den svenske dom statuerede krænkelse i et tilfælde, hvor der ifølge Domeijs hypotese ikke burde være tale om krænkelse. Han har derfor erkendt, at dommen som udgangspunkt ikke støtter hans hypotese. En vis støtte for hypostesen har Domeij imidlertid fundet i det forhold, at Olle

---

173. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 523 f.
174. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 524 f.
175. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 525, 509 og 513.

Westlander, der som dommer var med til at afsige dommen, efterfølgende har fået et andet syn på afgørelsen.[176] Det er korrekt, at Olle Westlander har revideret sit syn på et af sagens aspekter, nemlig hvorvidt den omtvistede fremgangsmåde kunne anses for at have et kemisk »likvärdigt« resultat, idet Westlander nu er af den opfattelse, at den omtvistede fremgangsmåde havde en række fordele, som gjorde, at der næppe er grund til at anse dens resultat for »kemisk likvärdig«. Hvad der er nok så væsentligt er imidlertid, at Westlander udtrykkeligt har fastholdt, at en anden vurdering af den omtvistede fremgangsmådes fordele ikke nødvendigvis ville have ført til en anden konklusion end dommens konklusion om, at der forelå krænkelse.[177] Dette forhold, som Domeij syntes at have overset, levner ikke megen støtte for hypotesen.

Ifølge Domeij viser sammenholdningen med de 4 domme, *at* hans hypotese har stor betydning, men *at* helt entydige konlusioner dog ikke kan drages. På baggrund af det ovenfor anførte forekommer det mere nærliggende at konkludere, at de 4 domme ikke støtter Domeijs hypotese.

I forbindelse med sin retsøkonomiske ananlyse har Domeij introduceret et nyt begreb i skandinavisk patentret, nemlig begrebet *omvendt ækvivalenstolkning*, som han har hentet fra amerikansk patentret. Omvendt ækvivalenstolkning foreligger, når en omtvistet genstand svarer til den i et patentkrav beskrevne genstand, men retten desuagtet statuerer, at der ikke foreligger krænkelse, fordi den omtvistede genstand har en væsentligt højere værdi end den i patentkravet beskrevne genstand. Ifølge Domeij følger det af hans synspunkter vedrørende transaktionsomkostningerne og deres betydning, at det må være anbefalelsværdigt at introducere omvendt ækvivalenstolkning i svensk ret.[178]

I svensk og dansk patentret er der mulighed for at få tvangslicens, når man har patent på en opfindelse, hvis udnyttelse er afhængig af et andet patent, og opfindelsen udgør et vigtigt teknisk fremskridt af væsentlig økonomisk betydning, jf. § 46 i den danske og den svenske patentlov. Som begrundelse for, at en regel om omvendt ækvivalenstolkning må være at foretrække fremfor tvangslicensreglen i § 46 har Domeij anført følgende (min kursivering):[179]

---

176. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 525 f.
177. Olle Westlander, Patent (1995) s.213.
178. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 252, 503 og 528 f.
179. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 257.

»*Systematiskt* tycks det dog vara bättre att direkt göra en prövning av ensamrättens omfattning medelst en princip om omvänd ekvivalenstolkning, istället för at gå vägen över en tvångslicensavgift som sätts till ett mycket lågt belopp.«

Det forekommer ret uigennemskueligt, hvilke (retsøkonomiske) grunde, der skulle gøre en regel om omvendt ækvivalenstolkning mere »systematisk« tiltalende end en tvangslicensregel. Blandt andet i betragtning af de lange sagsbehandlingstider hos patentmyndighederne er det klart en svaghed ved den eksisterende tvangslicensregel i den danske og den svenske patentlovs § 46, at tvangslicensreglen først finder anvendelse fra det tidspunkt, hvor der er udstedt patent på den afhængige opfindelse, men det syntes ikke at være det problem, der udgør de af Domeij påberåbte systematiske grunde. Domeijs argumentation til støtte for reglen om omvendt ækvivalensfortolking forekommer ikke overbevisende.

19.2. *Retspraksis*

Varmekedeldommen – UfR 1931 s. 264 H

I Varmekedeldommen var det uomtvistet, at den omtvistede varmekedel adskilte sig fra den i patentkravet beskrevne varmekedel. Syns- og skønsmændene havde udtalt, at den omtvistede varmekedels konstruktion var lige så ny som den i patentet beskrevne konstruktion. De havde dog også udtalt, at det nye ved begge konstruktioner kun drejede sig om detaljer.

Højesteret statuerede, at der ikke forelå krænkelse, men i begrundelsen er der ikke nogen henvisning til den grad af nytænkning, der lå bag den omtvistede varmekedel.

Soveottomandommen – UfR 1939 s. 769 H

I Soveottomandommen havde syns- og skønsmændene udtalt, at den omtvistede soveottoman både fra et teknisk og et æstetisk synspunkt var mere tiltalende end den udførelsesform, der var vist i patentet.

Højesteret statuerede, at der ikke forelå krænkelse. Begrundelsen er temmelig vag og indeholder ikke nogen henvisning til den omtvistede genstands fortrin.

Insulindommen – UfR 1941 s. 484 H

I Insulindommen havde det lægemiddel, der blev fremstillet ved den omtvistede fremgangsmåde, en række fordele sammenlignet med det stof, som blev fremstillet ved hjælp af den fremgangsmåde, der var beskrevet i patentet.

Det stof, der blev fremstillet ved den i patentet beskrevne fremgangsmåde har visse ulemper nemlig, *at* stoffet, der er et mellemprodukt til fremstilling af et lægemiddel, skal tilsættes et syreneutraliserende stof inden indsprøjtning i patienten, og *at* det ved tilsætningen fremkomne lægemiddel har en så lav holdbarhed, at tilsætningen af det syreneutraliserende stof må vente til kort tid før indsprøjtningen, således at det ved fremgangsmåden fremstillede stof må markedsføres som et kit bestående af dels det farmaceutisk aktive stof og dels det syreneutraliserende stof.

Det ved den omtvistede fremgangsmåde fremstillede lægemiddel havde ingen af disse ulemper. Hertil kommer, at den ved begge lægemidler tilstræbte tunge opløselighed i blod og vævsvædske var endnu mere udtalt ved det lægemiddel, der blev fremstillet ved den omtvistede fremgangsmåde.

Højesterets flertal på 5 ud af 9 dommere statuerede, at der forelå krænkelse og anførte udtrykkeligt i begrundelsen, at der ikke kunne tillægges de omtalte fordele afgørende betydning til gunst for den påståede krænker. Højesterets mindretal på 4 dommere mente, at de 2 fremgangsmåder var så forskellige, at der ikke kunne være tale om krænkelse. Som begrundelse henviste de blandt andet til, at der ved den omtvistede fremgangsmåde blev fremstillet et lægemiddel, som var færdigt til brug, således at der ikke som angivet i patentkravet var behov for efterfølgende tilsætning af et syreneutraliserende stof.

Borsvingsdommen – UfR 1949 s. 53 H

I Borsvingsdommen lød patentkravet på en borsvingskonstruktion med 2 klembakker. Den eneste forskel mellem den i patentkravet beskrevne konstruktion og det omtvistede borsvings konstruktion lå i, at det omtvistede borsving havde 4 klembakker. Ifølge syns- og skønsmændene var der den fordel ved borsving med 4 klembakker sammenlignet med borsving med 2 klembakker, at de var bedre til at fastholde visse typer bor.

Højesteret statuerede, at der var tale om krænkelse. Begrundelsen kom ikke ind på, om den omtalte fordel ved det omtvistede borsving kunne have nogen betydning.

Retledningsapparatdommen – UfR 1950 s. 877 H

I Retledningsapparatdommen fik den påståede krænker, mens retssagens verserede, udstedt patent på den omtvistede konstruktion. Det fremgår ikke af dommen, om der var nogen fordele forbundet med den omtvistede konstruktion.

Højesteret statuerede med en nærmest intetsigende begrundelse, at der ikke var tale om krænkelse. I begrundelsen var det som en slags sidebe-

mærkning nævnt, at den påståede krænker havde fået udstedt patent på sin konstruktion. Det må med rimelighed kunne tages som udtryk for, at dommerne må have ment, at der var tale om et moment, som talte for den konklusion, som retten var nået frem til.

Kaffemølledommen – UfR 1963 s. 182 H

I Kaffemølledommen havde den påståede krænker fået udstedt patent på den omtvistede konstruktion. Patentet vedrørte en anordning, som automatisk kunne stoppe tilførslen af uformalet kaffe til kværnen. Patenthaveren havde nedlagt indsigelse mod udstedelsen af den påståede krænkers patent. I den forbindelse havde patenthaveren blandt andet fremført det synspunkt, at et eventuelt patent i hvert fald måtte udstedes som et afhængighedspatent med afhængighedsforhold til det patent, som patenthaveren senere søgte at håndhæve under retssagen. Indsigelsen var ikke blevet taget til følge, og den påståede krænkers patent blev derfor udstedt som et selvstændigt og uafhængigt patent.

Østre Landsret statuerede med en nærmest intetsigende begrundelse, at der var tale om krænkelse. I begrundelsen henvises der til »det foreliggende«, og der er ingen specifik omtale af det forhold, at den påståede krænker havde patent på den omtvistede konstruktion.

Phenylbutazondommen – UfR 1964 s. 498 H

I phenylbutazondommen havde den påståede krænker fået udstedt et belgisk patent på den omtvistede fremgangsmåde, og der forelå diverse udtalelser fra Patentkommissionen og syns- og skønsmændene om, hvorledes det karakteristiske for den omtvistede fremgangsmåde forholdt sig til nyhedssituationen på det håndhævede patents prioritetsdag. Dommen syntes ikke at indeholde oplysninger om, at den omtvistede fremgangsmåde indebar nogen reelle fordele.

En af de 7 voterende højesteretsdommere udtalte i sin begrundelse, at den omtvistede fremgangsmåde måtte anses for at udgøre en krænkelse, uanset om man antog, at der var noget opfinderisk i fremgangsmåden. Af de øvrige 6 dommere var der 3, som også nåede frem til, at der var tale om krænkelse, men de tog ikke udtrykkelig stilling til spørgsmålet om den eventuelle betydning af noget opfinderisk ved den omtvistede fremgangsmåde. De sidste 3 højesteretsdommere mente, at der ikke var tale om krænkelse. De syntes heller ikke at have taget udtrykkelig stilling til spørgsmålet.

Kødhakkemaskinedommen – UfR 1976 s. 495 H

I Kødhakkemaskinedommen havde den påståede krænker fået udstedt patent på det omtvistede skæreværktøj til en kødhakkemaskine. Det fremgår ikke af dommen, om det omtvistede skæreværktøj indebar nogen fordele sammenlignet med det skæreværktøj, der var beskrevet i det håndhævede patent.

Østre Landsret og Højesteret statuerede, at der forelå krænkelse. I domsbegrundelsen er det eksplicit anført, at det var uden betydning for sagens afgørelse, at der var meddelt den påståede krænker patent på det omtvistede skæresæt.

Clopoxiddommen – UfR 1979 s. 553 H

I Clopoxiddommen var den omtvistede fremgangsmåde genstand for 2 patenter og en verserende patentansøgning. Det fremgår ikke af dommen, om den omtvistede fremgangsmåde indebar nogen fordele sammenlignet med den fremgangsmåde, der var beskrevet i det håndhævede patents patentkrav. Det må antages, at den omtvistede fremgangsmåde var forbundet med visse ulemper, idet syns- og skønsmændene havde udtalt, at den i det håndhævede patent beskrevne fremgangsmåde var enklere end den omtvistede fremgangsmåde.

Såvel i Østre Landsret som i Højesteret blev det statueret, at der forelå krænkelse af det håndhævede patent. I begrundelsen var der intet anført om den eventuelle betydning af den påståede krænkers patenter. Konklusionen må imidlertid siges at indebære en implicit afvisning af, at det skulle være afgørende, at den omtvistede fremgangsmåde var genstand for 2 patenter. Endvidere var der at dømme ud fra voteringsprotokollen udbredt enighed blandt dommerne om, at det ikke udelukkede krænkelse, at dele af den omtvistede fremgangsmåde var genstand for patenter tilhørende den påståede krænker. Af voteringsprotokollen fremgår det endvidere, *at* der blandt dommerne var udbredt enighed om, at den omtvistede fremgangsmåde ikke kunne anses for at indebære fordele set i forhold til den i patentet beskrevne fremgangsmåde, og *at* dette måtte tale for, at den omtvistede fremgangsmåde ikke kunne anses for at adskille sig væsentligt fra den i patentet beskrevne fremgangsmåde.

Elektrolyseanlægsdommen – UfR 1980 s. 271 Ø

I Elektrolyseanlægsdommen var det omtvistede anlægs konstruktion genstand for et patent med en senere prioritetsdato end det håndhævede patents. Det omtvistede anlægs konstruktion indebar 2 fordele nemlig for det *1.* at en nødvendig temperaturføler kunne placeres mere frit end ved det

anlæg, der var beskrevet i det håndhævede patent, og for det *2.* at konstruktionens anvendelsesmuligheder ikke var begrænset til varmtvandsanlæg men også omfattede koldtvandsanlæg.

Østre Landsret statuerede, at der ikke var tale om krænkelse. Som begrundelse herfor henviste landsretten navnlig til den friere placeringsmulighed og det bredere anvendelsesområde. Det forekommer umiddelbart nærliggende at antage, at henvisningen til disse 2 aspekter ved det omtvistede anlæg var motiveret i det forhold, *at* de var udtryk for tekniske fordele ved det omtvistede anlæg, og/eller *at* de var resultatet af en opfinderisk indsats.[180]

Da det i patenthaverens patentkrav var angivet, *at* den patenterede opfindelse vedrørte varmtvandssystemer, og *at* temperaturføleren skulle være anbragt et bestemt sted i systemet, forekommer det imidlertid også sandsynligt, at henvisningen helt eller delvist var motiveret i det forhold, at der var tale om 2 egenskaber, som indebar, at det omtvistede anlæg afhængigt af den konkrete udførelsesform adskilte sig fra den i patentkravet beskrevne konstruktion.

Ranitidindommen – UfR 1993 s. 859 H

I Ranitidindommen havde den påståede krænker opfundet en ny fremgangsmåde til fremstilling af lægemidlet ranitidin og fået patent på den nye fremgangsmåde. Fordelene ved den påståede krænkers fremgangsmåde var, *at* man undgik anvendelse af koncentreret saltsyre og æter, som kan give anledning til problemer i produktionen, og *at* den gav et noget større udbytte.

Højesteret statuerede, at der ikke var tale om krænkelse. I begrundelsen blev der udtrykkeligt henvist til, *at* der var udstedt patent på den omtvistede fremgangsmåde, *at* den omtvistede fremgangsmåde havde visse fordele set i forhold til den i patentet beskrevne fremgangsmåde, og *at* et af syntesetrinene i den omtvistede fremgangsmåde ikke var nærliggende for en fagmand.[181] I begrundelsen var der også henvist til andre momenter ved sagen, herunder at patenthaverens opfindelse ikke var udtryk for nogen pioneropfindelse, og (navnlig) at patenthaverens patent havde karakter af et analogifremgangsmådepatent.

---

180. Sigrid Asbjørn Smitt ser dommen som udtryk for den opfattelse, at opfindelseshøjde hos en omtvistet genstand set i forhold til den i patentkravene beskrevne genstand udelukker analog krænkelse, jf. NIR 1998 s. 47 f.

181. Sigrid Asbjørn Smitt ser dommen som udtryk for den opfattelse, at opfindelseshøjde hos en omtvistet genstand set i forhold til den i patentkravene beskrevne genstand udelukker analog krænkelse, jf. NIR 1998 s. 46 f og 47 f.

19.3. *Konklusioner*

Der er tale om 11 domme. I de 6 domme blev der statueret krænkelse, og i de resterende 5 domme blev der ikke statueret krænkelse. Ser man på afgørelsernes fordeling på de sager, hvor den omtvistede genstand havde og ikke havde givet anledning til udstedelse af dansk patent til den påståede krænker, forholder det sig på følgende måde:

Skema 1	**krænkelse**	**ikke krænkelse**
dansk patent udstedt	3	3
intet dansk patent	3	2

Skemaet er mildest talt ikke udtryk for et signifikant udslag i nogen retning.

I de *domme, hvor retten i sin begrundelse har omtalt de patenterede eller ikke patenterede fordele* ved den omtvistede genstand, må der alt andet lige antages at være relativt stor sandsynlighed for, at dommerne rent faktisk har taget stilling til, hvilken betydning sådanne fordele kan og bør tillægges. Dette kunne tale for at prøve at fokusere på netop disse domme. Som det fremgår af det følgende skema, giver det imidlertid ikke et væsentligt anderledes indtryk af retspraksis:

Skema 2	**krænkelse**	**ikke krænkelse**
dansk patent udstedt	2	3
intet dansk patent	2	0
i alt	4	3

Hvis man i stedet for *ser bort fra de domme, hvor det udtrykkeligt fremgår, at retten har ment, at der var tale om ordret krænkelse*, får man følgende resultat:[182]

182. Den eneste dom, hvor der ifølge domsbegrundelsen var tale om ordret krænkelse, er Kaffemølledommen.

Skema 3	krænkelse	ikke krænkelse
dansk patent udstedt	2	3
intet dansk patent	3	2

Skemaet kan heller ikke med rimelighed siges at være udtryk for et signifikant udslag i nogen retning.

Hvis man derudover *ser bort fra de domme, hvor dommerne – selv om det ikke udtrykkeligt fremgår af domsbegrundelsen – må antages at have været af den opfattelse, at der var tale om ordret krænkelse*, får man følgende resultat:[183]

Skema 4	analog krænkelse	ikke krænkelse
dansk patent udstedt	2	3
intet dansk patent	2	2

Det minder meget om skema 3, og der forkommer heller ikke her noget signifikant udslag i nogen retning.

Hvis man vælger at *se bort fra den del af de 11 domme, hvor den omtvistede genstands bidrag til udviklingen må anses for kun at have været af mindre betydning,* får man følgende resultat:[184]

Skema 5	krænkelse	ikke krænkelse
dansk patent udstedt	0	2
intet dansk patent	1	0

Den ene dom, hvor der i skema 5 blev statueret krænkelse, er Insulindommen, det vil sige en 5/4-afgørelse, hvor mindretallet på 4 højesteretsdommere ifølge voteringsprotokollen lagde vægt på den omtvistede fremgangsmådes fortrin frem for den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde. *Tager man de enkelte dommeres vota i Insulindommen i betragtning,* fører det til følgende resultat:

183. Den i forhold til skema 3 manglende dom er Phenylbutazondommen, hvor der blev statueret krænkelse, og dommerne i Højesterets flertal må antages at have ment, at der forelå ordret krænkelse, selv om det ikke udtrykkeligt fremgår af deres vota.
184. De domme, der ligger til grund for skemaet er Insulindommen, Elektrolyseanlægsdommen og Ranitidindommen.

Skema 6	**krænkelse**	**ikke krænkelse**
dansk patent udstedt	0	2
intet dansk patent	0,55	0,45

Selv om der navnlig ved skema 6 ud fra statistiske betragtninger er tale om et ret spinkelt materiale, må skemaerne og de deri værende tal kunne bære en konklusion om, *at betydelige fordele* ved den omtvistede genstand set i forhold til den i patentkravet beskrevne genstand, er et forhold, som kan medvirke til at placere den omtvistede genstand uden for det håndhævede patents beskyttelsesomfang, og *at mere beskedne fordele* ved den omtvistede genstand, herunder mere beskedne fordele med opfindelseshøjde, omvendt ikke syntes at have nogen signifikant betydning.

Tallene og de dertil svarende domme giver ikke grundlag for at konkludere, at der ikke kan være tale om (analog) krænkelse, blot fordi en omtvistet genstand har *opfindelseshøjde* set i forhold til den i patentkravet beskrevne genstand – for eksempel når den omtvistede genstand er *genstand for et eller flere patenter*. I Kødhakkemaskinedommen (UfR 1976 s. 495 H), hvor der blev statueret krænkelse, udtalte Højesteret ligefrem udtrykkeligt i domsbegrundelsen, at det måtte være uden betydning, for sagens afgørelse, at der var meddelt den påståede krænker patent på det omtvistede skæresæt. Hertil kommer, *at* den samme opfattelse er kommet til udtryk i voteringsprotokollerne fra Clopoxiddommen (UfR 1979 s. 553 H) og Phenylbutazondommen (UfR 1964 s. 498 H), og *at* resultatet i Kaffemølledommen (UfR 1963 s. 182 H) og Clopoxiddommen (UfR 1979 s. 553 H) afspejler samme opfattelse.

Det fremgår af den seneste Højesteretsdom, Ranitidindommen (UfR 1993 s. 859 H), at en omtvistet genstands fortrin ikke i sig selv er afgørende, men at eventuelle fordele sammen med en række *andre momenter* må indgå i en vurdering af, om de konstaterbare forskelle mellem den omtvistede genstand og den i patentkravet beskrevne genstand er væsentlige. Retspraksis i øvrigt syntes at være i overensstemmelse hermed, jf. Insulindommen (UfR 1941 s. 484 H) og Elektrolyseanlægsdommen (UfR 1980 s. 271 H).

Det fremgår af det anførte, *at* Den Moderate Teori er bedst i overensstemmelse med retspraksis, og *at* såvel Den Radikale Teori som Mellemformsteorien må anses for at være uforenelige med retspraksis.

At det er uden betydning, om en påstået krænker har fået udstedt patent på en opfindelse, som udnyttes i den omtvistede genstand, er i øvrigt velbegrundet. Det bør for eksempel ikke have betydning for spørgs-

målet om, hvorvidt en omtvistet genstand kan anses for omfattet af et ældre patent, *om* den påståede krænker har en beskyttelsesstrategi, som går ud på ikke at patentere sine produktudviklinger, eller *om* den påståede krænker eller en trediemand af en eller anden årsag har offentliggjort noget, der som modholdelig forud kendt teknik fører til, at den teknologiudvikling, som kommer til udtryk i den omtvistede genstand, ikke kan patenteres.

20. Den efter prioritetsdagen indtrufne tekniske udvikling

20.1. *Teorien*

Alternative anvendelser og variationer af en patenteret opfindelse, må ifølge Åndsretten af Ragnar Knoph anses for omfattet af den løsningstanke, opfinderen har anvist i patentet, i det omfang der er tale om noget, som giver sig selv for en, der er fortrolig med teknikkens udvikling og muligheder. I den forbindelse kan den tekniske udvikling efter patentets udstedelse ifølge Åndsretten »skjenke opfindelsen nye utstrålinger« og give den former og anvendelser, som opfinderen ikke selv har tænkt på. Dette indebærer, at opfindelsens rækkevidde ikke skal bestemmes ved at sætte den ind i det tekniske miljø på undfangelsestidspunktet. Den skal med Knops ord være »levende og ekspansjonsdyktig« idet den også kan »ta fremtidens utvikling til inntekt, og bre sig på nye områder ved deres hjelp«.[185] Det af Mikael Nyberg anførte i Patenträttsliga bedömningsgrunder skal formentlig forstås som udtryk for en tilsvarende opfattelse.[186]

For så vidt angår den efter prioritetsdagen følgende tekniske udvikling har Berndt Godenhielm i Patentskyddets Omfång fra 1950 givet udtryk for ret forskellige opfattelser af, hvilken betydning udviklingen må have for et patents beskyttelsesomfang afhængigt af, om udviklingen relaterer sig til opfindelsens problem eller løsning. I det omfang den efterfølgende tekniske udvikling aktualiserer et nyt problem, som kan løses ved hjælp af den i et patent forskrevne løsning på et ældre problem afviste Godenhielm, at patentet kan komme til at omfatte den pågældende løsning anvendt på et senere opstået problem. Hvis der derimod er tale om, at den tekniske udvikling giver mulighed for at substituere et i et patentkrav an-

185. Ragnar Knoph, Åndsretten (1936) s. 276.
186. Mikael Nyberg, Patenträttsliga bedömningsgrunder (2000) s. 284.

givet middel med et senere udviklet middel, skal der ifølge Patentskyddets Omfång kunne ske en udvidelse af kredsen af ækvivalente midler til også at omfatte det nye middel med en dertil svarende udvidelse af beskyttelsesomfanget som konsekvens.[187]

I Patentskyddets Omfattning fra 1994 syntes Godenhielm umiddelbart at have ændret opfattelse, idet han der har anført, at prioritetstidspunktets teknologiske stade i princippet må være afgørende for bedømmelsen af ækvivalens og dermed for beskyttelsesomfanget. Den reelle betydning af dette principielle udgangspunkt syntes imidlertid at være elimineret ved Godenhielms tilføjelse om, at teknikkens fortsatte udvikling må medføre, at fagmanden i forbindelse med vurderingen af ækvivalensspørgsmålet også skal tage senere fremkomne midler, som fører til samme tekniske resultat, i betragtning. Der er således alligevel en vis overensstemmelse mellem Godenhielms synspunkter i de 2 bøger. I Patentskyddet Omfattning er det som eksempel nævnt, at i tilfælde, hvor der i et patentkrav er angivet et materiale, og der efterfølgende bliver udviklet et andet materiale, som kan substituere det i patentkravet angivne materiale, vil patentet også kunne omfatte produkter, hvor det nye materiale er anvendt i stedet for det i patentkravet angivne materiale.[188]

20.2. *Retspraksis*

Fodtøjslimdommen – UfR 1927 s. 285 H

I Fodtøjslimdommen var den patenterede opfindelse i patentkravet beskrevet som fodtøj fremstillet med en rågummistrimmel eller -plade. Fodtøjet kunne også fremstilles ved påsmøring af flydende rågummi, men på ansøgningstidspunktet havde det ikke været teknisk muligt at transportere rågummi i flydende tilstand fra produktionsstedet til Danmark. På et senere tidspunkt muliggjorde den tekniske udvikling transporten af flydende rågummi til Danmark. Det i sagen omtvistede fodtøj blev fremstillet ved påsmøring af rågummi, som var blevet transporteret til Danmark i flydende tilstand under udnyttelse af den senere udviklede teknologi. Højesteret kom frem til, at den omtvistede fremgangsmåde ikke var omfattet af patentet. Domsbegrundelsen var relativt udførlig, men Højesteret kom ikke ind på, om det kunne tillægges nogen betydning, at det kun på grund af den efterfølgende tekniske udvikling blev muligt at transportere flydende rågummi til Danmark.

187. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfång (1950) s. 238 f.
188. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 302.

I Juristen 1943 s. 11 nævnte den daværende højesteretspræsident Troels G. Jørgensen Fodtøjslimdommen som et eksempel på en juridisk betonet patentretlig afgørelse. Ifølge Troels G. Jørgensen var dommen ikke motiveret i »iagttagelser over fremgangsmåden« men derimod i en »forretningsmæssig vurdering«. For denne forretningsmæssige vurdering var det ifølge Troels G. Jørgensen væsentligt, »at patenthaveren efter patentets erhvervelse, da det nu var teknisk muligt at forsende rågummi i flydende tilstand fra produktionsstedet, ellers ville have fået en helt anden position end ved erhvervelsen beregnelig«. Bemærkningen om de tekniske muligheder for at forsende rågummi i flydende tilstand er formentlig udtryk for det synspunkt, at en efterfølgende teknisk udvikling, som ikke kunne forudses på ansøgningstidspunktet, ikke kan danne grundlag for at udstrække et patents beskyttelsesomfang ud over patentkravenes indhold.

Gitterstrømskredsdommen – UfR 1939 s. 73 H

I Gitterstrømskredsdommen var det i patentkravet anført, at der skulle være 2 eller flere elektronudladningsrør med afstemte *gitter*strømskredse. I den omtvistede konstruktion var der anvendt afstemte *anode*strømskredse. Syns- og skønsmændene udtalte, at man med de tidligere anvendte elektronudladningsrør havde opnået en betydeligt bedre virkning med afstemte gitterstrømskredse end med afstemte anodestrømskredse, men at de i mellemtiden udviklede elektronudladningsrør havde en sådan karakter, at det var blevet mindre betydningsfuldt, om der blev anvendt den ene eller den anden form for afstemte strømkredse.

Højesteret mente, at det omtvistede produkt ikke kunne anses for omfattet af patentet. I begrundelsen kom dommerne ikke ind på spørgsmålet om betydningen af den efterfølgende tekniske udvikling.

Phenylbutazondommen – UfR 1964 s. 498 H

I Phenylbutazondommen fortolkede 6 af de 7 højesteretsdommere det påberåbte patentkrav således, at det i patentkravet anvendte udtryk »et funktionelt reaktionsdygtigt derivat af en monosubstitueret malonsyre« skulle forstås som omfattende sådanne derivater, der på patentets prioritetsdag var kendt som reaktionsdygtige i den pågældende kemiske proces. Højesteret skulle blandt andet tage stilling til, *a)* om det af den påståede krænker anvendte udgangsstof på prioritetsdagen kunne anses for kendt som et funktionelt reaktionsdygtigt derivat og *b)* om beskyttelsen i modsat fald alligevel kunne udstrækkes til at omfatte den omtvistede fremgangsmåde. Sidsnævnte spørgsmål er det, der er relevant i denne sammenhæng.

Med udgangspunkt i voteringsprotokollen og de 3 dissenterende høje-

steretsdommeres domsbegrundelse må det antages, at i hvert fald 4 af de 7 dommere, der afgjorde sagen i Højesteret, var af den opfattelse, *at* det ved afgørelsen af, om et patent kan omfatte noget, der ligger uden for patentkravet, ikke kan komme på tale at tage hensyn til den senere indtrufne tekniske udvikling, for så vidt angår den del af en patenteret opfindelse, der må anses for opfindelsens kerne, men *at* der til gengæld kan tages hensyn til den efterfølgende tekniske udvikling, for så vidt angår opfindelsens mere perifere karakteristika.

Højesteretsdommer Th. Gjerulff, som var med til at afsige dommen, har kommenteret den i UfR 1964 B s. 265. Han skrev blandt andet, at »der må formentlig anlægges en snæver fortolkning af et patent i relation til senere erkendelser, når det drejer sig om selve kernen i patentet, idet det afgørende vel her må være teknikkens stade på prioritetsdagen, medens der uden for dette område snarere er mulighed for at give et videre beskyttelsesområde«. Det er i god overensstemmelse med ovenstående udlægning af dommen.

Clopoxiddommen – UfR 1979 s. 553 H

I Clopoxiddommen var den patenterede opfindelse en fremgangsmåde til fremstilling af et lægemiddel. Ifølge det påberåbte patentkrav var et af fremgangsmådens udgangsstoffer et quinazolin-3-oxid, hvor der et bestemt sted i stoffet var en substitueret phehylgruppe.

Den påståede krænker anvendte et tilsvarende udgangsstof, hvor der i stedet for phenylgruppen var et hydrogenatom. Dette udgangsstof blev fremstillet ved hjælp af en fremgangsmåde, som var genstand for et yngre patent tilhørende den påståede krænker. Til støtte for det synspunkt, at den omtvistede fremgangsmåde ikke var omfattet af det håndhævede patent, anførte den påståede krænker blandt andet, at det i den omtvistede fremgangsmåde anvendte udgangsstof ikke var beskrevet i litteraturen på det håndhævede patents prioritetsdag.

Samtlige dommere i Østre Landsret og Højesteret var enige om, at den omtvistede fremgangsmåde måtte anses for omfattet af patentet. Som begrundelse anførte de, *at* det for dannelsen af lægemidlet Clopoxid afgørende syntesetrin gik igen i den omtvistede fremgangsmåde, og *at* den omtvistede fremgangsmåde på trods af forskellen med hensyn til et af udgangsstofferne måtte anses for i det væsentlige at have en sådan lighed, at det håndhævede patent var krænket.

20.3. *Konklusioner*

Betydningen af den efterfølgende tekniske udvikling er ikke eksplicit

nævnt i de 3 af de i alt 4 domme, der alle er højesteretsdomme.[189] Det naturlige udgangspunkt for en samlet analyse af retspraksis må derfor være den 4. dom, Phenylbutazondommen (UfR 1964 s. 498 H).

I Phenylbutazondommen var flertallet af dommerne i Højesteret af den opfattelse, *at* udførelsesformer, der ikke er omfattet af et patentkrav, og som først efterfølgende bliver aktuelle som følge af den senere indtrufne tekniske udvikling, ikke vil være omfattet af patentet, når den alternative udførelsesform vedrører de i patentkravet beskrevne træk, der udgør opfindelsens kerne, og *at* udførelsesformer, der bliver aktuelle som følge af den efterfølgende tekniske udvikling, derimod efter omstændighederne kan blive anset for omfattet af patentet, når forskellen i forhold til den i patentkravet beskrevne opfindelse drejer sig om noget, der ikke vedrører opfindelsens kerne.

I Clopoxiddommen angik forskellen mellem den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde og den omtvistede fremgangsmåde ikke det, der ifølge dommerne måtte anses for at udgøre det væsentlige ved opfindelsen. Det er derfor nærliggende at se dommens konklusion, ifølge hvilken den omtvistede fremgangsmåde var omfattet af patentet, som udtryk for den samme opfattelse.

I Fodtøjslimdommen og Gitterstrømskredsdommen kan man ikke på samme måde som i Clopoxiddommen klart se, hvad dommerne anså for at være det væsentlige ved opfindelsen, opfindelsens kerne eller lignende. Der er således ikke samme grundlag for at anse de 2 domme for at støtte den retsregel, der kan udledes af opfattelsen hos flertallet af højesteretsdommerne i Phenylbutazondommen. Reglen syntes dog at være kompatibel med begge domme.

Dommerne i Phenylbutazondommen var fokuseret på opfindelsens »kerne«. Det må dog antages, at reglen må finde tilsvarende anvendelse på det, der i denne bogs termionologi kan anses for at udgøre en opfindelses »særegne egenskaber«, jf. det herom anførte ovenfor i afsnit 2 om den patenterede opfindelses særegne egenskaber.

En regel om, at det udelukker krænkelse, hvis *a)* forskellen mellem en omtvistet genstand og et patentkrav er muliggjort som følge af den efterfølgende tekniske udvikling, og *b)* forskellen vedrører de i patentkravet beskrevne træk, der udgør opfindelsens særegne egenskaber, må forudsætte, at det særegne ved opfindelsen er kommet til udtryk i patentkravet. I det omfang det særegne ved opfindelsen er noget, som ikke er beskrevet

---

189. De 3 domme er Fodtøjslimsdommen (UfR 1927 s. 285 H), Gitterstrømskredsdommen (UfR 1939 s. 73 H) og Clopoxiddommen (UfR 1979 s. 553 H).

i patentkravet, giver reglen ikke nogen mening. Under forudsætning af, at det særegne ved en opfindelse rent faktisk kan være noget, der ikke er beskrevet i patentkravet, kan reglen anskues som et specialtilfælde under en mere almen regel, ifølge hvilken det udelukker krænkelse, hvis den alternative udførelsesform, som er muliggjort af den efterfølgende tekniske udvikling, vedrører den patenterede opfindelses særegne egenskaber – uanset om de særegne egenskaber eksplicit er kommet til udtryk i patentkravene. Ifølge retspraksis kan det særegne ved en opfindelse rent faktisk være noget, som ikke er kommet til udtryk i patentkravene.[190] Der er med andre ord grundlag for at opfatte den ovenfor fra Phenylbutazondommen udledte regel som udtryk for en mere almen regel af det nævnte indhold.

Analysen af retspraksis bekræfter teoriens antagelse om, at udførelsesformer, som senere er blevet aktuelle på grund af den efterfølgende tekniske udvikling, kan være omfattet af et patent, selv om der er tale om udførelsesformer, som ikke er omfattet af patentkravene. Analysen viser imidlertid også, at det ifølge retspraksis ikke er ligegyldigt, om forskelligheder mellem den i patentkravene beskrevne opfindelse og den omtvistede genstand vedrører den patenterede opfindelses særegne egenskaber eller ej. Dette indebærer en væsentlig nuancering i forhold til teoriens antagelser om retsstillingen.

21. Den påståede krænkers subjektive forhold

21.1. *Teorien*

Det syntes ikke at have været genstand for synderlig omtale i nordisk teori, om den påstående krænkers subjektive forhold bør have betydning for vurderingen af, om en omtvistet genstand skal anses for omfattet af et patent. Mogens Plesner har dog under henvisning til Clopoxiddommen (UfR 1979 s. 553 H) gjort sig til talsmand for, at man ved krænkelsesvurderingen må se ikke alene på, hvad den påståede krænker foretager sig, men også på hvorfor, idet der efter omstændighederne kan være tale om omgåelse.[191]

Mogens Koktvedgaard har i Immaterialretspositioner givet udtryk for, at den, der ved overdragelse erhverver et patent, må have krav på en vide-

190. Se Insulindommen (UfR 1941 s. 484 H), hvor ingen del af det, der ifølge Højesterets flertal måtte anses for opfindelsen kerne, var omtalt i patentkravet.

191. Mogens Plesner i NIR 1981 s. 196.

regående beskyttelse over for overdrageren end over for trediemand. Der er imidlertid tale om en på overdragelsesaftalen baseret udfyldende regel og ikke om et patentretligt krænkelsesspørgsmål.[192]

21.2. *Retspraksis*

Vindueslukkerdommen – UfR 1907 s. 146 H

I Vindueslukkerdommen blev den omtvistede vindueslukker markedsført under samme betegnelse som patenthaverens egen vindueslukker – »frisk luft«, og markedsføringen skete i æsker med etiketter, der havde en slående lighed med patenthaverens. Disse forhold indgik i patenthaverens argumentation for, at der skulle være tale om patentkrænkelse. Højesteret anså den omtvistede vindueslukker for at være omfattet af patentet. I den korte domsbegrundelse blev den snyltende karakter af den påståede krænkers markedsføring ikke nævnt.

Radrenserskærdommen – UfR 1933 s. 524 V

I Radrenserskærdommen havde den påståede krænker oprindeligt opfundet den af patentet beskyttede opfindelse, søgt om patent på opfindelsen og fået udstedt patent på opfindelsen. Patentet havde han overdraget til Patenthaveren, hvorefter der opstod en række uoverensstemmelser mellem patenthaveren og den påståede krænker. Disse uoverensstemmelser blev løst ved et forlig, i henhold til hvilket patenthaveren blandt andet skulle betale royalty til den påståede krænker for sin produktion af visse radrenserskær, som parterne må have forudsat omfattet af patentet. Efter dette forligs indgåelse opstod den i Radrenserskærdommen afgjorte sag om krænkelse af patentet. I krænkelsessagen påberåbte den påståede krænker sig blandt andet til sit forsvar, at patentet var delvist ugyldigt, idet han selv længe inden patentansøgningens indlevering og indgåelsen af forliget med patenthaveren havde produceret og solgt radrenserskær af den i patentkrav 1 beskrevne type. Den påståede krænkers indsigelse mod patentet må have som sin forudsætning, *at* den påståede krænker bevidst havde ført patentmyndigheden bag lyset med hensyn til den i ansøgningen beskrevne opfindelses nyhed og opfindelseshøjde, og *at* han derudover også havde ført patenthaveren bag lyset med hensyn til patentets gyldighed både i forbindelse med den omtalte overdragelse af patentet og det derefter følgende forlig. Vestre

192. Mogens Koktvedgaard, Immaterialretspositioner (1965) s. 285 ff. Se også W.E. von Eybens bemærkninger desangående i anmeldelsen af Immaterialretspositioner i Juristen 1965 s. 141 f.

Landsret anså det omtvistede radrenserskær for omfattet af patentet. I domsbegrundelsen var der ingen hentydninger til den påståede krænkers odiøse adfærd i relation til patentmyndigheden og patenthaveren.

Insulindommen – UfR 1941 s. 484 H

Højesterets voteringsprotokol giver det indtryk, at i hvert fald 4 af de 5 dommere, som kom frem til, at der forelå krænkelse, lagde en vis vægt på den påståede krænkers subjektive forhold. En af disse 4 dommere antydede direkte, at der havde foreligget industrispionage. Han pointerede endvidere, at den påståede krænker på et tidspunkt havde forsøgt at opnå en licens fra patenthaveren. En af de andre dommere anførte, at det var af betydning, at den påståede krænker først havde forsøgt sig med en fremgangsmåde (fremgangsmåden A), som lå meget tæt på den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde, for derefter at anvende en noget mere forskellig fremgangsmåde (fremgangsmåden B), hvorefter den påståede krænker så var gået over til den 3. fremgangsmåde (fremgangsmåden C), som var retssagens primære genstand.[193] De sidste 2 af de 4 dommere anførte henholdsvis, *at* der forelå et fuldstændigt plagiat, og *at* der var tale om udnyttelse af andres anstrengelser og en utilsløret efterligning.

Phenylbutazondommen – UfR 1964 s. 498 H

Det fremgår af Højesterets voteringsprotokol i Phenylbutazondommen, at en af dommerne mente, at den påståede krænker på grund af industrispionage eller lignende havde optrådt kritisabelt over for patenthaveren. Ifølge voteringsprotokollen havde den pågældende dommer i den forbindelse anført, at den påståede krænkers optræden ikke kunne undgå at farve hans syn på sagen. Han mente ligesom 4 andre af de i alt 7 højesteretsdommere, at den omtvistede fremgangsmåde måtte anses for omfattet af patentet.

Clopoxiddommen – UfR 1979 s. 533 H

I Clopoxiddommen anså samtlige højestetsdommere den omtvistede fremgangsmåde for at være omfattet af patentet. Som begrundelse angav de, at der var en væsentlig grad af lighed mellem den omtvistede fremgangsmåde og den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde.

---

193. Dette svarer til det af O. T. Neel i UfR 1941 B s. 339 anførte. Der gjorde Neel sig til talsmand for det synspunkt, at det næppe havde været uden betydning for sagens udfald, at den påståede krænker først i en kortere periode forsøgsvis havde anvendt 2 fremgangsmåder (A og B) til fremstilling af det pågældende lægemiddel, og at disse 2 fremgangsmåder begge havde haft større lighed med den i patentkravet definerede opfindelse end den 3. fremgangsmåde (C), som den påståede krænker anvendte i sin produktion.

Det fremgår af Højesterets voteringsprotokol, at der var udbredt enighed blandt dommerne om, at den påståede krænkers subjektive forhold var af en sådan karakter, at den påståede krænker måtte anses for at have tilsigtet at omgå patentet. Af voteringsprotokollen fremgår det endvidere, at denne omgåelseshensigt påvirkede vurderingen af, om der forelå væsentlig adskillelse, i en for den påståede krænker ugunstig retning.

Det synspunkt, at den omtvistede fremgangsmåde skulle være udtryk for en (odiøs) form for tilsigtet omgåelse, var baseret på det forhold, *at* den påståede krænker først havde forsøgt at opnå tvangslicens, og *at* den påståede krænker, da dette blev opgivet, havde iværksat et udviklingsprojekt specifikt med henblik på at finde en anden fremgangsmåde til fremstilling af stoffet clopoxid.[194]

21.3. *Konklusioner*

Der er ingen domme, hvor det i domsbegrundelsen eksplicit er anført, at den påståede krænkers subjektive forhold spillede nogen rolle for sagens afgørelse. Det er dog bemærkelsesværdigt, *at* den påståede krænkers subjektive forhold ifølge Højesterets voteringsprotokoller spillede en større eller mindre rolle i samtlige de 3 domme, hvor indholdet af voteringsprotokollerne er blevet undersøgt i denne bog, og *at* der i alle 5 domme blev statueret krænkelse. Det må på baggrund heraf antages, *at* den påståede krænkers subjektive forhold i praksis spiller en rolle i forbindelse med afgørelsen af patentretlige krænkelsessager, og *at* den rolle er langt større end antydet i de relevante domsbegrundelser.

22. Den forud kendte teknik

For så vidt angår den relevante teori, henvises der til teoriafsnittet i kapitel 5.

Af de grunde, der er nærmere omtalt i kapitel 5's afsnit 2 har retspraksis fra før 1967-patentloven alene retshistorisk interesse.[195] Der er redegjort for den relevante retspraksis i det nævnte afsnit af kapitel 5.

---

194. Det forhold, at der efter opgivelsen af forsøget på at erhverve tvangslicens, blev iværksat et udviklingsprojekt specifikt med henblik på at finde en anden fremgangsmåde til fremstilling af clopoxid, fremgår hverken direkte eller indirekte af landsrettens og Højesterets redegørelser for sagens omstændigheder og bevisførelsen i dommens naratio.

195. På grund af overgangsreglerne i patentlovens kapitel XI nr. 1 og 3 er det også relevant, for så vidt angår domme afsagt efter den 1. januar 1968, når der er tale om patenter meddelt i henhold til bestemmelserne i den før 1. januar 1968 gældende patentlov.

Som nærmere omtalt i afsnit 3 i kapitel 5 følger det af grænsefladen mellem *a)* reglerne om ugyldighed på grund af manglende nyhed og/eller opfindelseshøjde og *b)* reglerne om beskyttelsesomfanget, at den forud kendte teknik, der er relevant for beskyttelsesomfanget, alene er den forud kendte teknik, der er omtalt i selve patentet.

Af de relevante domme kan man kun udlede den lidet opsigtsvækkende konklusion, at de i patentbeskrivelsen indeholdte oplysninger om den forud kendte teknik ifølge Østre Landsret kan være af betydning for, hvad der må anses for det karakteristiske ved opfindelsen og dermed for patentets beskyttelsesomfang.

Kapitel 8

Afvejningen i hidtil gældende dansk ret

1. Indledning

Ifølge den her i bogen valgte beskrivelsesmodel – Bent Christensens model for beskrivelse af retsfaktum i en skønsmæssig retsregel – kan man som nærmere omtalt i kapitel 4 opdele beskrivelsen af retsfaktum i 3 trin, nemlig for det *1.* identifikation af en overordnet afvejningsparameter, for det *2.* identifikation af de relevante kriterier, som skal/kan indgå i den skønsmæssige afvejning, og for det *3.* en beskrivelse af de parametre, som er afgørende for den indbyrdes afvejning af disse kriterier. Det 2. trin i hidtil gældende dansk ret er behandlet i kapitlerne 6 og 7. Det 1. og det 3. trin er emnet for dette kapitel.

I det omfang der i relation til et spørgsmål ikke kan udledes noget relevant af dansk retspraksis, antages hidtil gældende dansk ret at være i overensstemmelse med den i forarbejderne tilkendegivne opfattelse og/eller den i litteraturen fremherskende opfattelse. Som nærmere omtalt i kapitel 1's afsnit 1.7 spiller de reale hensyn fra Fortolkningsprotokollen en ret beskeden rolle i forbindelse med analysen af hidtil gældende dansk ret, mens de omvendt udgør udgangspunktet for analysen af fremover gældende dansk ret i kapitel 9.[1]

2. Den overordnede afvejningsparameter

Den overordnede afvejningsparameter styrer den skønsmæssige afgørelse – i hvert fald i det omfang der ikke er udviklet mere specifikke regler for valget af de relevante kriterier og selve skønnets udøvelse.

Der er ingen tvivl om, at »væsentlig lighed« er den overordnede parameter, som i retspraksis, har styret afvejningen af de forskellige kriterier, der har betydning for, om en omtvistet genstand må anses for omfattet af et patent.[2]

---

1. Om de metodiske problemer se kapitel 1's afsnit 1.7.
2. Det har blandt andet støtte i følgende domme: Kompressionskøleanlægsdommen (UfR

For så vidt angår det, som en omtvistet genstand skal sammenlignes med for at kunne afgøre, om der foreligger væsentlig lighed (sammenligningsobjektet), er der ikke nogen helt fast linie i retspraksis. I de fleste domme sammenlignes der ifølge begrundelsen med »den patenterede anordning«, »patenthaverens fremgangsmåde« eller lignende. I nogle domme er det anført, at den omtvistede genstand er blevet sammenlignet med den beskrivelse af opfindelsen, som man finder i patentbeskrivelsen og/eller patentkravene. I enkelte domme er den omtvistede genstand blevet sammenlignet med et af patenthaveren fremstillet produkt. Hovedtendensen i praksis er, at der sammenlignes med det patenterede redskab eller lignende, det vil mere generelt formuleret sige den patenterede genstand/opfindelse.[3]

1902 s. 758 K&P) »denne forskel … findes at være så betydelig« – Vindueslukkerdommen (UfR 1907 s. 146 H) »så megen lighed« – Radrensemaskinedom II (UfR 1911 s. 791 H) »så væsentlig lighed« – Radrensemaskinedom III (UfR 1914 s. 371 H) »så væsentlig lighed« – Roeoptagerdommene (UfR 1917 s. 663 H og UfR 1918 s. 190 H) »så væsentlig lighed« – Solbrilledommen (UfR 1925 s. 467 Ø) »afgørende lighed« – Gasmålerrammedommen (UfR 1936 s. 284 H) »i så væsentlige henseender … bygget på« – Byggesætdommen (UfR 1936 s. 1132) »vil ej heller dette anbringende [om væsentlig forskellighed] … kunne tages til følge« – Køleplade dom I (UfR 1937 s. 745 H) »afvigelser … ikke er af så væsentlig betydning« – Klatretovsdommen (UfR 1942 s. 249 V) »så analog med … at der – uanset forskellighederne i detailudformningen – foreligger krænkelse« – Rundsavsdommen (VLT 1943 s. 351) »i væsentlig grad findes at afvige fra« – Ildstedsdommen (UfR 1958 s. 832 H) »ikke uvæsentlige konstruktive afvigelser« – Markørdommen (UfR 1961 s. 731 H) »ikke gives de sagsøgte medhold i, at deres maskine skulle adskille sig afgørende« – Persiennedom I (UfR 1962 s. 66 H) »afvigelse … ikke er af en sådan betydning« – Murbøsningsdommen (UfR 1962 s. 393 Ø) »en sådan umiddelbar lighed« – Phenylbutazondommens dissens (UfR 1964 s. 498 H) »i så væsentlig grad at afvige fra« – Clopoxiddommen (UfR 1979 s. 533 H) »findes … i det væsentlige at have en sådan lighed« – Slibeskivedommen (UfR 1992 s. 704 H) »ikke findes at have en sådan lighed« – Ranitidindommen (UfR 1993 s. 859 H) »adskiller sig så væsentligt«.

3. For så vidt angår det, den omtvistede genstand er blevet sammenlignet med i praksis, se følgende domme: Kompressionskøleanlægsdommen (UfR 1902 s. 758 K&P) »patentets beskrivelse og vedføjede tegninger« – Vindueslukkerdommen (UfR 1907 s. 146 H) »de apparater, citanten har patent på« – Radrensemaskinedom II (UfR 1911 s. 791 H) »den af indstævnte patenterede maskine« – Radrensemaskinedom III (UfR 1914 s. 371 H) »den af appellanten patenterede maskine« – Roeoptagerdommene (UfR 1917 s. 663 H og UfR 1918 s. 190 H) »det patenterede redskab, således som dette ifølge den i patentkravet indeholdte karakterisering er indrettet og anvendes« – Solbrilledommen (UfR 1925 s. 467 Ø) »de patenterede« solbriller – Gasmålerrammedommen (UfR 1936 s. 284 H) »de fremgangsmåder, på hvilke der … var meddelt … patent« – Byggesætdommen (UfR 1936 s. 1132) de af patentindehaveren fremstillede byggesæt – Køleplade dom I (UfR 1937 s. 745 H) patentkravene – Insulindommen (UfR 1941 s. 484 H) »Appellantens præparat« – Klatretovsdommen (UfR 1942 s. 249 V) patentindehaverens »patenterede metode« – Rundsavsdommen (VLT 1943 s. 351) »den patenterede anordning« – Ildstedsdommen (UfR 1958 s. 832 H) »patentet, som dette efter det foran anførte må forstås« det vil sige som forstået under hensyn til patentkrav og patentbeskrivelse – Markørdommen (UfR 1961 s. 731 H) patentindehaverens

Det må erkendes, at »væsentlig lighed« er et udtryk, der isoleret set lider af en betydelig grad af indholdsløshed og derfor ikke i sig selv giver nogen reel vejledning af betydning. Den konkrete vejledning må primært søges i de mere specifikke regler for skønnets udøvelse. Som det fremgår ovenfor ligger ansvaret for valget af »væsentlig lighed« som overordnet afvejningsparameter imidlertid hos domstolene, herunder ikke mindst hos Højesteret, idet konklusionen i vidt omfang er baseret på præmissernes formulering i en række højesteretsdomme. Den beklageligt høje grad af indholdsløshed er således ikke noget, som man med rette kan klandre den valgte beskrivelsesmodel for. Selv om afvejningsmodellen som konkluderet i kapitel 4 må anses for bedre end de gængse beskrivelsesmodeller, kan og bør anvendelsen af afvejningsmodellen nemlig ikke resultere i en beskrivelse af retsområdet, som fremstår som løsrevet fra de relevante retskilder.

3. Afskæringsregler – kriterier der afskærer (yderligere) afvejning

3.1. *Den fra stofkrav flydende beskyttelse*[4]

Når der er tale om rene stofkrav, det vil sige patentkrav på kemiske forbindelser, hvor der i patentkravene ikke er nogen angivelse af de patenterbarhedsbegrundende industrielle anvendelser af de kemiske forbindelser, må beskyttelsen som anført i kapitel 7 antages at være begrænset til det, der direkte er omfattet af patentkravene, således at der kun kan blive tale om ordret krænkelse. Når der er tale om stofkrav, er det med andre ord ikke aktuelt at overveje betydningen af de forhold, der ellers kunne have motiveret en beskyttelse, som går ud over patentkravene.

Ved et rent stofkrav, er der endvidere ingen tvivl om, at beskyttelsen omfatter enhver anvendelse af stoffet, således at beskyttelsen som det fremgår af kapitel 7 ikke er begrænset til den industrielle anvendelse, der

---

maskine, det vil i Markørdommen sige en af patentindehaveren fremstillet maskine – Murbøsningsdommen (UfR 1962 s. 393 Ø) »den patenterede« murbøsning, herunder en sammenholdning af den omtvistede murbøsning med en af patentindehaveren fremstillet murbøsning – Phenylbutazondommens dissens (UfR 1964 s. 498 H) »indstævntes fremgangsmåde« – Clopoxiddommen (UfR 1979 s. 533 H) patentindehaverens fremgangsmåde – Slibeskivedommen (UfR 1992 s. 704 H) patentindehaverens »patenterede fremgangsmåde« – Ranitidindommen (UfR 1993 s. 859 H) »Den fremgangsmåde til fremstilling af ranitidin, der er omhandlet i Glaxo's patent«.

4. I kapitel 7 er emnet behandlet i afsnit 6.

har retfærdiggjort patentets udstedelse. I sådan et tilfælde vil der således heller ikke være grund til at overveje en begrænsning af beskyttelsen i forhold til patentkravet, selv om det som omtalt nedenfor i afsnit 4 ved andre typer patentkrav kan komme på tale at begrænse den fra et patentkrav flydende beskyttelse til omtvistede genstande, herunder anvendelser, som rent faktisk har den patenterede opfindelses tekniske effekt.

3.2. *Den efterfølgende tekniske udvikling*[5]

Når der er en forskel mellem en omtvistet genstand og et patentkravs beskrivelse af en patenteret opfindelse, udelukker det ifølge retspraksis ikke krænkelse, at den omtvistede genstands afvigende udførelsesform først senere er blevet aktuel som følge af den efterfølgende tekniske udvikling.

I det omfang en forskel, der er muliggjort af den senere indtrufne tekniske udvikling, vedrører den patenterede opfindelses særegne egenskaber, må praksis dog forstås således, at forskellen udelukker, at den omtvistede genstand kan være omfattet af den fra patentkravet flydende beskyttelse, uanset om de særegne egenskaber eksplicit er kommet til udtryk i patentkravene.

3.3. *Patenthaverens tilkendegivelser i forbindelse med sager om ugyldighed eller administrativ omprøvning*[6]

Patenthavers udtalelser om et relativt snævert beskyttelsesomfang fremsat under en ugyldighedssag eller en sag om administrativ omprøvning må antages at være bindende for patenthaveren – også i krænkelsessager uden sammenhæng med sagen om ugyldighed / administrativ omprøvning, herunder i krænkelsessager mod påståede krænkere, der ikke på nogen måde har været involveret i sagen om ugyldighed / administrativ omprøvning.

5. I kapitel 7 er emnet behandlet i afsnit 20.
6. I kapitel 7 er emnet behandlet i afsnit 15.

4. Betydningen af den ved fortolkning fastlagte forståelse af patentkravene, herunder hvorvidt patentkravene definerer beskyttelsens undergrænse

4.1. *Hovedreglen om at en omtvistet genstand, der har de i et patentkrav beskrevne træk ved en patenteret opfindelse, er omfattet af den fra patentkravet flydende beskyttelse*

Når man læser den patentretlige litteratur, får man let det indtryk, at patentkravene ifølge de fleste forfatteres opfattelse må udgøre beskyttelsens undergrænse.[7] I retspraksis er der i overensstemmelse hermed ingen tvivl om, at et patent i hvert fald som udgangspunkt omfatter alt, hvad der falder ind under patentkravenes beskrivelse af den patenterede opfindelse.[8]

4.2. *Undtagelser fra hovedreglen om den fra et patentkrav flydende beskyttelse – hvorvidt patentkravene definerer beskyttelsens undergrænse*

4.2.1. De relevante problemstillinger

Af forskellige årsager kan der være grund til at overveje, om den fra et pa-

---

7. Hos de fleste forfattere er der tale om en opfattelse, som ikke kommer eksplicit til udtryk, men som desuagtet syntes at ligge bag fremstillingen som en slags implicit forudsætning. Se for eksempel K. Holm-Nielsen og Mogens Plesner s. 344 i Proceduren, 2. udg. (1980): »Undertiden falder den påståede krænkelse direkte ind under patentets ordlyd, men oftest er det nødvendigt at gå ind i en nærmere analyse og fortolkning af, hvad der er det essentielle i opfindelsen, og hvad der må antages at være patentets beskyttelsesområde.« Hos Sigrid Asbjørn Smitt finder man dog en udtrykkelig tilkendegivelse om, at »literal identity is the minimum protection offered by the patent, the unassilable core of the protective scope, so to speak«, jf. NIR 1998 s. 43. Tilsvarende har Bengt Domeij i NIR 1999 s. 504 kritisk anført følgende om en italiensk højesteretsdom: »There is no other example where a court has strayed from the principle that what the skilled man identifies as coming within the literal meaning of the claims is protected. This is also true when something within the claims is novel novel and inventive in relation to the patent, i.e. becomes a dependent invention.« Umiddelbart forekommer det fra Domeij citerede imidlertid ikke at være i 100 % harmoni med, hvad han har givet udtryk for i anden sammenhæng, jf. det herom anførte nedenfor i afsnit 4.2. Mogens Koktvedgaard må på grund af den skeptiske holdning, han har til det, han betegner som patentkravslæren, antages ikke at dele den opfattelse, at patentkravene definerer beskyttelsens undergrænse, jf. Lærebog i Immaterialret 5. udg. (1999) s. 230 ff.

8. Roeskæremaskinedommen (UfR 1912 s. 556 H), Motorcykelsteldommen (UfR 1914 s. 862 H), Solbrilledommen (UfR 1925 s. 467 Ø), Kærneæltervalsedommen (UfR 1925 s. 586 H), Radrenserskærdommen (UfR 1933 s. 527 V), Vandafhærdningsdommen (UfR 1936 s. 536 H), Katteøjedommen (UfR 1936 s. 1074 H), Markørdommen (UfR 1961 s. 731 H), Murbøsningsdommen (UfR 1962 s. 393 Ø), Kaffemølledommen (UfR 1963 s. 182 H), Phenylbutazondommen (UfR 1964 s. 498 H), Kærneælterdommen (UfR 1964 s. 524 H) og Tærskeværksdom II (UfR 1964 s. 628 H).

tentkrav flydende beskyttelse under særlige omstændigheder kan være mindre omfattende end selve patentkravet.

For det 1. har visse forfattere givet udtryk for det synspunkt, at det efter omstændighederne bør/skal føre en omtvistet genstand uden for den fra et patentkrav flydende ordrette beskyttelse, *a)* hvis den omtvistede genstand er udtryk for en teknologi, der har opfindelseshøjde i forhold til den patenterede opfindelse, eller *b)* hvis den omtvistede genstand er udtryk for en teknologi, som har en langt højere værdi end den patenterede opfindelse. Opfattelser af den karakter er typisk baseret på det synspunkt, at der – i hvert fald som udgangspunkt – bør være sammenfald mellem normerne for vurdering af opfindelseshøjde og krænkelse.[9]

For det 2. har der i praksis været en række sager, hvor man har taget stilling til, hvorvidt den omtvistede genstand kan falde uden for patentbeskyttelsen i tilfælde, hvor man finder samtlige de i et patentkrav beskrevne træk ved den patenterede opfindelse hos en omtvistet genstand, men hvor den patenterede opfindelses tekniske effekt kun optræder som en utilsigtet sideeffekt hos den omtvistede genstand.[10]

Når der i et patentkrav er angivet et formål med for eksempel en patenteret fremgangsmåde, og den omtvistede fremgangsmåde har et andet formål, er der tale om en anden problemstilling. Den omtvistede fremgangsmåde må nemlig i sådanne tilfælde siges at savne mindst et af de i patentkravet beskrevne træk, nemlig det der angivne formål. For så vidt angår sådanne tilfælde henvises der til omtalen deraf i afsnittet om opfindelsens særegne egenskaber i kapitel 7.

For det 3. har der i praksis været sager, hvor man har taget stilling til, om patentbeskrivelsens udførelseseksempler må anses for vejledende på en sådan måde, at de kan tale for en indsnævring af beskyttelsesomfanget i forhold til den forståelse af et patentkrav, som man kommer frem til ved en fortolkning af patentkravet.

Hvis patentbeskrivelsens udførelseseksempler fører til en indsnævring af beskyttelsesomfanget i forhold til den naturlige sproglige forståelse af et patentkrav men ikke i forhold til rettens fortolkning af patentkravet, så

---

9. Se Frederik Vinding Kruse, Ejendomsretten 1. udg. (1929-33) s. 443 f, 450 ff og 476 f samt 3. udg. (1951) s. 457 og 463 ff, Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 487 ff og 517 ff og Mikael Nyberg, Patenträtsliga bedömningsgrunder (2000) s. 303 ff og 314 ff. Se endvidere i kapitel 7's afsnit 19 om den omtvistede genstandes kvaliteter såsom opfindelseshøjde i forhold til den i et patent beskrevne opfindelse, hvor navnlig Domeijs synspunkter er gjort til genstand for en mere udførlig behandling.
10. De relevante domme er Kæreneæltervalsedommen (UfR 1925 s. 586 H), Rumudtørringsdommen (UfR 1934 s. 248 H), Køletromledommen (UfR 1943 s. 93 H) og Køge Bugt Strandpark-dommen (UfR 1989 s. 548 H).

er der tale om en anden problemstilling. I givet fald er der nemlig tale *om* udførelseseksemplernes betydning for selve fortolkningen af et patentkrav og ikke *om* en indsnævring af beskyttelsesomfanget i forhold til den forståelse af patentkravet, der er resultatet af den nødvendige fortolkning.[11]

4.2.2. Retspraksis

4.2.2.A Retspraksis vedrørende betydningen af den omtvistede genstands kvaliteter såsom opfindelseshøjde i forhold til den patenterede opfindelse

For så vidt angår retspraksis vedrørende betydningen af den omtvistede genstands kvaliteter i forhold til den patenterede opfindelse, henvises der til gennemgangen af retspraksis i kapitel 7's afsnit 19 om dette emne.

4.2.2.B Retspraksis vedrørende utilsigtede sideeffekter som limiterende for det ordrette beskyttelsesomfang

Varmestrømskredsdommen – UfR 1936 s. 306 H

I varmestrømskredsdommen skulle der ifølge patentkravet være et eller flere strømfiltre i det patenterede radiorør. Filterets opbygning var ikke omtalt. Det var blandt andet omtvistet, hvorvidt patentet skulle omfatte samtlige konstruktioner af den pågældende type uanset filterets opbygning, eller om patentet alene skulle anses for at omfatte konstruktioner, hvor filteret var opbygget af en spole og en kondensator.

Ifølge syns- og skønsmændenes udtalelser forholdt det sig således, *at* der i de omtvistede radiorør forefandtes et filter bestående af en *modstand* og en kondensator, *at* dette filter imidlertid efter deres opfattelse ikke kunne være omfattet af patentet, idet der på en tegning i patentbeskrivelsen var vist et filter bestående af en *spole* og en kondensator [ifølge patentkravet skulle der blot være tale om »et strømfilter«, og filterets sammensætning var ikke angivet], *at* modstandene i de omtvistede radiorør tjente et andet formål end de tilsvarende spoler fra patentbeskrivelsens tegning, og *at* modstandenes filtervirkning var ganske ringe i sammenligning med spolernes filtervirkning.

Højesteret fastlagde beskyttelsesomfanget på den af den påståede krænker hævdede snævre måde og anså som følge heraf ikke de omtvistede radiorør for omfattet af patentet. Som begrundelse for det snævre

11. Om den form for fortolkning se Bengt Domeij, Fokus på Patenträtten (1997) s. 74 f.

beskyttelsesomfang henviste Højesteret »navnlig« til den på prioritetsdagen kendte teknik. Anvendelsen af udtrykket »navnlig« viser imidlertid, at andre forhold også har talt for det snævre beskyttelsesomfang. I den sammenhæng er det nærliggende at antage, at det af syns- og skønsmændene anførte om udførelseseksemplerne og om modstandens funktion og formål i de omtvistede radiorør må have haft betydning. Modstandenes beskedne filtervirkning og deres hovedformål indikerer begge dele, at filtervirkningen i de omtvistede radiorør havde karakter af en utilsigtet sideeffekt.

Dommens konklusion kan næppe ses som udtryk for en snæver fortolkning af udtrykket »strømfilter« i patentkravet, idet der ifølge syns- og skønserklæringen ikke var nogen tvivl om, at modstanden og kondensatoren i de omtvistede radiorør rent faktisk udgjorde et strømfilter. Dommen må derfor ses som udtryk for en begrænsning af beskyttelsesomfanget i forhold til patentkravet.

Insulindommen – UfR 1941 s. 484 H

Insulindommen drejede sig om en fremgangsmåde til fremstilling af et insulinpræparat. Der var en række forskelle mellem den i patentet beskrevne fremgangsmåde og den omtvistede fremgangsmåde.

I den omtvistede fremgangsmåde anvendtes der som udgangsstof en opløsning af insulin. Ved en kemisk reaktion blev 95 % af insulinet til zink-insulin, som udfældede, det vil sige overgik til uopløst form. Denne del af den omtvistede fremgangsmåde afveg en hel del fra den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde. De tilbageværende 5 % af insulinet forblev i opløst form og reagerede under de efterfølgende syntesetrin i den omtvistede fremgangsmåde på en måde, som i meget høj grad mindede om de i patentkravet beskrevne kemiske reaktioner.

Syns- og skønsmændene havde om dette aspekt ved sagen udtalt, at det afgørende måtte være, om den resterende opløste insulin isoleret set kunne have terapeutisk værdi. Efter deres opfattelse kunne der nemlig i modsat fald ikke være tale om noget tilstræbt men derimod om et værdiløst biprodukt fra udøvelsen af en fremgangsmåde, der havde et andet formål. Syns- og skønsmændene havde endvidere oplyst, at insulinopløsninger med så lave koncentrationer ikke fandt praktisk anvendelse.

Højesterets flertal på 5 ud af 9 dommere, som af andre årsager anså den omtvistede fremgangsmåde for omfattet af patentet, havde ikke anledning til at vurdere betydningen af det forhold, at der i forbindelse med den omtvistede fremgangsmåde i begrænset omfang forekom kemiske reaktioner, som i høj grad mindede om de i patentkravet beskrevne kemiske reaktio-

ner. I modsætning hertil må Højesterets mindretal på 4 dommere, der anså den omtvistede fremgangsmåde for ikke at være omfattet af patentet, antages at have vurderet, at der var tale om et forhold, som i hvert fald ikke i sig selv kunne bringe den omtvistede fremgangsmåde ind under patentets beskyttelsesomfang. Det forekommer rimeligt at antage, at Højesterets mindretal (og de 3 landsretsdommere) forudsætningsvist tiltrådte syns- og skønsmændendes opfattelse vedrørende utilsigtede biprodukter og deres betydning i relation til bedømmelsen af spørgsmålet om patentets beskyttelsesomfang.

Køletromledommen – UfR 1943 s. 93 H

I Køletromledommen var det i patentbeskrivelsen angivet, at opfindelsen havde et bestemt formål, nemlig at hindre udsivende olie fra en bestemt pakdåse i at blive ført ind i køletromlen. Formålet var ikke nævnt i patentkrav 1, men det fremgik af patentkrav 2. Den omtvistede køletromle var ifølge syns- og skønsmændene konstrueret på en sådan måde, at det pågældende olieproblem ikke kunne opstå.

Højesteret kom frem til, at den omtvistede køletromle ikke kunne anses for omfattet af patentet, idet det af patentkrav 1 følgende beskyttelsesomfang måtte fastlægges under hensyn til det formål, der fremgik af patentbeskrivelsen.

4.2.2.C Retspraksis vedrørende udførelseseksempler som limiterende for det ordrette beskyttelsesomfang

Kompressionskøleanlægsdommen – UfR 1902 s. 758 K&P

I kompressionskøleanlægsdommen udtalte Kriminal- og Politiretten, at patentet ikke kunne antages at omfatte enhver konstruktion af den i patentkravet beskrevne karakter, men at beskyttelsesomfanget måtte anses for begrænset til sådanne konstruktioner, som i det væsentlige var overensstemmende med udførelseseksemplerne i patentbeskrivelsen.

Sættemaskinedommen – UfR 1929 s. 80 H

I Sættemaskinedommen gjorde den påståede krænker blandt andet gældende, at patentet var ugyldigt. For at komme uden om denne ugyldighedsindsigelse gjorde patenthaveren gældende, at patentkravene skulle gives en fortolkning, hvor der blev tilføjet en række træk hentet fra beskrivelsens tegninger, således at patentets beskyttelsesomfang blev indsnævret i forhold til patentkravenes ordlyd. Landsretten udtalte, at man måtte forstå patentet i dets helhed, hvilket førte til den af patenthaveren hævdede

(snævre) forståelse af patentkravet.[12] I den helhedsbedømmelse, som dommerne lagde til grund for deres afgørelse, førte patentkravene en meget tilbagetrukket tilværelse, mens der blev lagt betydelig vægt på det, der var anført i patentbeskrivelsen. Selv om begrundelsen er formuleret sådan, at det må antages, at rettens konklusioner med hensyn til beskyttelsesomfanget fremstår som resultatet af en fortolkning af patentkravet, er der reelt tale om, at retten begrænsede beskyttelsesomfanget i forhold til patentkravet ved at tilføje en række helt nye træk, som på ingen måde kunne udledes af noget af det, der var anført i patentkravet.

Varmestrømkredsdommen – UfR 1936 s. 306 H

Se omtalen af dommen ovenfor i afsnit 4.2.2.B om retspraksis vedrørende utilsigtede sideeffekter.

Vandafhærdningsdommen – UfR 1936 s. 536 H[13]

Vandafhærdningsdommen drejede sig om en kemisk proces, hvor der skulle afsættes noget bundfald. I patentkravet var udtrykket »den væsentligste del af bundfaldet« anvendt, og parterne var uenige om, hvorledes dette udtryk skulle forstås. Den af den påståede krænker hævdede forståelse, som indebar et relativt snævert beskyttelsesomfang, havde øjensynlig en vis støtte i patentbeskrivelsen – formentlig i udførelseseksemplerne. Højesteret mente, at den omtvistede fremgangsmåde måtte anses for omfattet af patentet og afviste i den forbindelse at lægge vægt på det i patentbeskrivelsen anførte. Højesteret udtalte, at i hvert fald tillod ordene i patentkravet, som måtte være afgørende ved spørgsmålet om patentets omfang, ikke den »indskrænkende forståelse« af beskyttelsen, som den påståede krænker havde gjort sig til talsmand for.

Kærneælterdommen – UfR 1964 s. 524 H

I Kærneælterdommen var der i patentbeskrivelsen en række udførelseseksempler, som viste kærneæltere bestående af 2 symmetriske halvdele eller i det væsentligste ens halvdele. Den påståede krænker gjorde navnlig un-

12. Højesteret havde ikke anledning til at udtale sig om patentets beskyttelsesomfang, idet sagen for Højesteret alene drejede sig om, hvorvidt patentretten kunne anses for bortfaldet på grund af manglende udøvelse.
13. Højesterets fortolkning af det i patentkravet anvendte udtryk »den overvejende del« er omtalt i fortolkningskapitlet. Når de argumenter, som den påståede krænker fremførte til støtte for sin fortolkning af udtrykket, også er omtalt her, skyldes det, at det må antages, at Højesteret også tog stilling til, om de pågældende argumenter kunne føre til en indskrænkning af beskyttelsen i forhold til den valgte fortolkning af patentkravet.

der henvisning til patentbeskrivelsens udførelseseksempler gældende, at patentet kun omfattede kærneæltere bestående af symmetriske og spidse kærneæltere, selv om der var tale om konstruktive træk, som på ingen måde var nævnt i patentkravene. Ifølge Højesteret kunne patentets beskyttelsesomfang ikke anses for begrænset til kærneæltere med 2 spidse og symmetriske eller i det væsentligste ens dele.

Affjedringsdommen – UfR 1966 s. 537 H

I Affjedringsdommen omfattede patentkravet flere konstruktioner af en bils affjedringssystem, herunder en konstruktion, som ubestridt måtte anses for forud kendt på prioritetsdagen. Endvidere svarede et af udførelseseksemplerne i patentbeskrivelsen til den forud kendte konstruktion. Patenthaveren påstod patentet opretholdt, idet det famøse udførelseseksempel dog skulle slettes, og idet patentets beskyttelsesomfang ifølge patenthaveren skulle fastlægges således, at den forud kendte konstruktion skulle anses for at falde uden for patentet. Landsretten fastslog i en af Højesteret tiltrådt begrundelse, at der ikke kunne gives patenthaveren medhold, allerede fordi sletningen af en del af patentbeskrivelsen ikke ville ændre patentkravets (brede) indhold. Der var med andre ord tale om en afvisning af, at de tilbageværende udførelseseksempler kunne virke bestemmende på beskyttelsesomfanget i en sådan grad, at patentet ville få et beskyttelsesomfang, som var begrænset i forhold til patentkravene.

4.2.3. Konklusioner

For så vidt angår dansk ret er der ingen støtte at finde hverken i retspraksis eller andre relevante retskilder for det synspunkt, det bør/skal føre en omtvistet genstand uden for den fra et patentkravs flydende ordrette beskyttelse, hvis den omtvistede genstand er udtryk for en teknologi, *a)* der har opfindelseshøjde i forhold til den patenterede opfindelse, eller *b)* som har en langt højere værdi end den patenterede opfindelse.[14]

Retspraksis syntes ret entydigt at afspejle den opfattelse, *at* der ikke kan være tale om patentkrænkelse, selv om samtlige de i et patentkrav beskrevne træk ved den patenterede opfindelse forefindes hos den omtvistede genstand, når opfindelsens tekniske effekt slet ikke er at finde hos den omtvistede genstand, og *at* det samme er tilfældet, når opfindelsens tekniske effekt kun optræder hos den omtvistede genstand som en utilsigtet sideeffekt.

---

14. Se den mere udførlige behandling af problemstillingen i kapitel 7's afsnit 19 om den omtvistede genstands kvaliteter såsom opfindelseshøjde i forhold til den patenterede opfindelse.

Undtagelsen fra den almindelige hovedregel om, at patentkravene udgør beskyttelsens undergrænse, er imidlertid ikke nogen undtagelse uden undtagelser. Når der er tale om rene stofkrav, det vil sige patentkrav rettet mod en kemisk forbindelse uden angivelse af en industriel anvendelse af stoffet, er der ingen tvivl om, at beskyttelsen omfatter enhver anvendelse af stoffet, således at beskyttelsen ikke er begrænset til den industrielle anvendelse, der har retfærdiggjort patentets udstedelse.[15] I sådanne tilfælde vil det med andre ord ikke bringe en omtvistet genstand uden for patentets rækkevidde, selv om den tekniske effekt ved den patentbegrundende industrielle anvendelse på ingen måde optræder hos den omtvistede genstand.

I de første 2 domme Kompressionskøleanlægsdommen (UfR 1902 s. 785 K&P) og Sættemaskinedommen (UfR 1929 s. 80 H) blev de i patentbeskrivelsen omtalte udførelsesformer tillagt en betydning, som indebar en reel begrænsning af beskyttelsesomfanget set i forhold til patentkravene. I overensstemmelse hermed må det antages, at udførelseseksemplerne i Varmestrømskredsdommen (UfR 1936 s. 306 H) bidrog til en begrænsning af beskyttelsesomfanget i forhold til patentkravene. Ældre retspraksis afspejler således en opfattelse, ifølge hvilken udførelseseksemplerne fra patentbeskrivelsen efter omstændighederne kan føre til en begrænsning af beskyttelsesomfanget set i forhold til patentkravene.

Når Højesteret i Vandafhærdningsdommen (UfR 1936 s. 536 H) udtalte, *at* ordene i patentkravet måtte være afgørende ved spørgsmålet om patentets omfang, og *at* de ikke tillod den indskrænkende forståelse af beskyttelsensomfanget, som den påståede krænker havde gjort sig til talsmand for, er der formentlig tale om udvikling væk fra den opfattelse, der kommer til udtryk i ældre retspraksis. I de efterfølgende domme Kærneælterdommen (UfR 1964 s. 524 H) og Affjedringsdommen (UfR 1966 s. 537 H) har man i overensstemmelse hermed afvist at lade udførelseseksemplerne føre til et i forhold til patentkravene begrænset beskyttelsesomfang. Det er således en del, der tyder på, at nyere praksis er udtryk for den opfattelse, at udførelseseksempler ikke bør have vejledende betydning for beskyttelsesomfanget på en måde, som kan føre til begrænsning af beskyttelsesomfanget i forhold til patentkravenes indhold.

---

15. Om stofkravs betydning under afvejningen i øvrigt se ovenfor i afsnit 3.

5. Betydningen af den patenterede opfindelses særegne egenskaber

For så vidt angår spørgsmålet om, hvad der skal anses for at udgøre en opfindelses særegne egenskaber henvises der til kapitel 7's afsnit 2 om den patenterede opfindelses særegne egenskaber. Her skal det blot anføres, at de vanskeligheder, der gør sig gældende med hensyn til på forhånd at fastslå, hvad der skal anses for at udgøre en patenteret opfindelses særegne egenskaber, er en væsentlig svaghed ved de her omtalte regler om betydningen af en opfindelses særegne egenskaber.

Det følgende er i hovedsagen baseret på konklusionerne fra kapitel 7's afsnit 2 om den patenterede opfindelses særegne egenskaber.

Når en patenteret opfindelses særegne egenskaber findes hos en omtvistet genstand, er der ifølge praksis en stærk formodning for, at den omtvistede genstand har en så væsentlig lighed med den patenterede opfindelse, at den omtvistede genstand må anses for at være omfattet af det pågældende patent.

Hvis en påstået krænker til sit forsvar har påberåbt sig bestemte forskelle, og de ikke har nogen relation til den patenterede opfindelses særegne egenskaber, for eksempel fordi de vedrører noget, der anses for at være af uvæsentlig betydning, vil væsentlig lighed som hovedregel foreligge med den konsekvens, at den omtvistede genstand er omfattet af patentet. Særlige omstændigheder eller kombinationer af omstændigheder kan dog føre til, at en omtvistet genstand, der har en patenteret opfindelses særegne egenskabers, alligevel må anses for at adskille sig så væsentligt fra den patenterede opfindelse, at den omtvistede genstand falder uden for patentet.

Har en omtvistet genstand ikke den patenterede opfindelses særegne egenskaber, kan den ikke være omfattet af patentet. Dette udlukker ikke, at en opfindelse kan være omfattet af et patent, selv om den omtvistede genstand løser et andet problem end det, som den patenterede opfindelse (ifølge patentkravene eller patentbeskrivelsen) har til formål at løse. Hvis den omtvistede genstand i forbindelse med løsningen af det andet problem udnytter den patenterede opfindelses tekniske effekt, falder den omtvistede genstand nemlig alligevel inden for patentets rammer. Omvendt forholder det sig, hvis den patenterede opfindelses tekniske effekt optræder i forbindelse med løsningen af det andet problem, men den kun optræder som en utilsigtet sideefekt.

Den beskrevne regel om betydningen af en utilsigtet sideeffekt i tilfælde, hvor en omtvistet genstand har til formål at løse et andet problem, selv

om opfindelsens særegne egenskaber forefindes hos den omtvistede genstand, stemmer ret godt overens med den ovenfor i afsnit 4 omtalte regel, ifølge hvilken en omtvistet genstand falder uden for den fra et patentkrav flydende beskyttelse, hvis den omtvistede genstand ikke har opfindelsens tekniske effekt, selv om den omtvistede genstand har samtlige de i patentkravet beskrevne træk. Det forekommer nærliggende at slutte analogt fra *a)* disse 2 regler om tilfælde, hvor en patenteret opfindelses *tekniske effekt* kun optræder som en utilsigtet sideeffekt hos en omtvistet genstand, til *b)* en regel om tilfælde, hvor en patenteret opfindelses *særegne egenskaber* kun optræder hos en omtvistet genstand som en utilsigtet sideeffekt. Sådan en analogislutning vil indebære, at der vil ske en afkræftelse af den formodning for væsentlig lighed, som ellers opstår, når en opfindelses særegne egenskaber forefindes hos en omtvistet genstand.

6. Diverse kriterier med høj prioritet, uden specielt høj eller lav prioritet, med lav prioritet og helt uden betydning

6.1. *Indledning og de anvendte prioritetskategorier*

Ved afgørelsen af, om en omtvistet genstand er omfattet af et patent, er den overordnede afvejningsparameter væsentlig lighed med den patenterede opfindelse, jf. afsnit 2 ovenfor. Emnet for dette afsnit 6 er den prioritering af de for væsentlighedsvurderingen relevante kriterier (prioriteringsregler), der ikke er omtalt i de forudgående afsnit 3-5.

De for afvejningen relevante kriterier er opdelt i 4 prioritetskategorier, nemlig *a)* kriterier med en særlig høj prioritet, *b)* kriterier uden specielt høj eller lav prioritet, *c)* kriterier med lav prioritet og *d)* kriterier helt uden betydning. Konklusionerne i kapitel 7 er udgangspunktet for fordelingen af kriterierne i de 4 kategorier. Kriterierne er kategoriseret som værende uden specielt høj eller lav prioritet, når der ikke er holdepunkter for at placere dem i en af de andre kategorier. I de tilfælde, hvor der ikke foreligger relevant retspraksis, er kategoriseringen sket i overensstemmelse med den i teorien dominerende opfattelse. I det omfang der ikke er nogen relevant retspraksis, og der ikke kan identificeres en dominerende opfattelse i teorien, er det lagt til grund, at kriteriet må anses for at have lav prioritet, idet en mere fremtrædende placering i praksis og/eller teorien var at forvente, hvis kriteriet skulle tillægges en større betydning.

6.2. *Kriterier med høj prioritet*

6.2.1. Tekniske forskelle og ligheder

Når den overordnede afvejningsparameter er »væsentlig lighed« mellem den omtvistede genstand og den patenterede genstand/opfindelse, siger det sig selv, at tekniske forskelle og ligheder må have høj prioritet ved afgørelsen af, om den omtvistede genstand kan anses for omfattet af patentet.

6.2.2. Patenthaverens negative udtalelser om den påståede krænkers teknologi [16]

Det følger af retspraksis, at det må tillægges betydelig vægt til fordel for en påstået krænker, hvis *a)* patenthaveren under ansøgningssagen i sin argumentation for opfindelsens patenterbarhed har udtalt sig kritisk om en teknisk løsning, som den påståede krænker (senere) vælger at bruge i den omtvistede genstand, og *b)* patentkravene er formuleret på måde, som afspejler den fremførte kritik. Dette må antages at gælde så meget desto mere, når de negative udtalelser forefindes i selve patentbeskrivelsen.

6.2.3. Opfindelsens værdi [17]

I praksis fra og med 1939 er det blevet tillagt stor betydning, om en opfindelse må anses for have større eller mindre teknisk og/eller (samfunds)økonomisk værdi, således at en stor værdi har ført til en relativt bred beskyttelse og omvendt.

6.2.4. Den påståede krænkers subjektive forhold [18]

Det må antages, at den påståede krænkers subjektive forhold i praksis bliver tillagt stor betydning. Hvis en påstået krænker først uden held har forsøgt at skaffe sig en licens under et patent, og den påståede krænker derefter er gået i gang med at finde en vej uden om et patent, kan det for eksempel i praksis være medvirkende til, at en af den påståede krænker i den forbindelse udviklet genstand bliver anses for omfattet af patentet.

6.2.5. Analogifremgangsmådepatenter [19]

Det forhold, at det af patenthaveren påberåbte patentkrav drejer sig om en analogifremgangsmåde til fremstilling af et lægemiddel, er ifølge rets-

---

16. I kapitel 7 er emnet behandlet i afsnit 14.
17. I kapitel 7 er emnet behandlet i afsnit 3.
18. I kapitel 7 er emnet behandlet i afsnit 21.
19. I kapitel 7 er emnet behandlet i afsnit 7.

praksis af stor betydning, idet det i væsentlig grad er med til at indskrænke beskyttelsen i forhold til den beskyttelse, der skal tildeles et tilsvarende patentkrav rettet mod en almindelig fremgangsmåde til fremstilling af en kemisk forbindelse, for eksempel et lægemiddel.

6.2.6. 2.MI-krav [20]

Man har hverken i retspraksis eller litteraturen været inde på spørgsmålet om beskyttelsens omfang, når det drejer sig om patentkrav på anvendelse af et forud kendt stof til fremstilling af et lægemiddel til brug for stoffets 2. eller efterfølgende medicinske indikationer. En analogi fra Ranitidin-dommen (UfR 1993 s. 859 H) om et analogifremgangsmådepatent er imidlertid af forskellige årsager indiceret, hvorfor hidtil gældende dansk ret må antages at gå ud på, at den beskyttelse, der følger af et 2.MI-krav er ganske snæver.

6.3. *Kriterier uden specielt høj eller lav prioritet*

6.3.1. Tilføjelse af yderligere træk til patentkravene under ansøgningens behandling [21]

Når der under ansøgningssagen er blevet tilføjet patentkravene et eller flere træk, skal patentet ifølge retspraksis efter omstændighederne anses for kun at omfatte sådanne genstande, som besidder de tilføjede træk.

Selv om en omtvistet genstand savner de træk, der er blevet tilføjet under ansøgningens behandling, kan den omtvistede genstand være omfattet af patentet, hvilket for eksempel kan være tilfældet, hvis den omtvistede genstand har den patenterede opfindelses særegne egenskaber.

Retspraksis giver ikke grundlag for at antage, at det har nogen betydning, om det er patenthaveren selv eller patentmyndigheden, der har taget initiativ til de relevante tilføjelser.

6.3.2. Udtalelser fremsat af patenthaveren uden sammenhæng med ansøgningssagens behandling [22]

I retspraksis kan der findes en vis støtte for en regel om, at det efter omstændighederne kan have betydning for et patents beskyttelsesomfang, når en patenthaver i en eller anden sammenhæng har udtalt sig om beskyttelsesomfanget, selv om udtalelserne ikke har nogen sammenhæng med pa-

---

20. I kapitel 7 er emnet behandlet i afsnit 8.
21. I kapitel 7 er emnet behandlet i afsnit 13.
22. I kapitel 7 er emnet behandlet i afsnit 15.

tentansøgningens behandling. Den mulige betydning må antages at være begrænset til tilfælde, hvor udtalelserne taler for en relativ snæver beskyttelse.

Når der er tale om udtalelser om et relativt snævert beskyttelsesomfang fremsat under en ugyldighedssag eller en sag om administrativ omprøvning må udtalelsen – som omtalt ovenfor i afsnit 3.3 – antages at være bindende for patenthaveren. I sådanne tilfælde sætter patenthaverens udtalelser med andre ord en absolut grænse for beskyttelsesomfanget på en måde, som afskærer yderligere afvejning.

6.3.3. Patentkrav som ved et bevidst valg fra patenthaverens side har fået en snæver formulering [23]

Et bevidst fravalg af en bredere formulering af et patentkrav kan ifølge retspraksis have negativ indflydelse på et patents beskyttelsesomfang.

6.3.4. Betydelige fordele ved den omtvistede genstand [24]

Hvis der er betydelige fordele knyttet til en omtvistet genstand i forhold til en i et patentkrav beskrevet opfindelse, er det ifølge retspraksis et moment, der kan medvirke til at placere den omtvistede genstand uden for det pågældende patents beskyttelsesomfang.

6.3.5. Almindelige fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler – i modsætning til analogifremgangsmåder [25]

Hvis der er tale om et patent, som stammer fra tiden før ophævelsen af det danske forbud mod patentering af lægemidler i 1983, og det af patenthaveren påberåbte patentkrav drejer sig om en fremgangsmåde til fremstilling af et lægemiddel, skal der ifølge retspraksis tildeles patentet en relativt bred beskyttelse. Det må antages, at der ikke gælder særlige regler for tilsvarende patenter, der stammer fra tiden efter forbudets ophævelse.

---

23. I kapitel 7 er emnet behandlet i afsnit 9.
24. I kapitel 7 er emnet behandlet i afsnit 19.
25. I kapitel 7 er emnet behandlet i afsnit 7.

6.4. *Kriterier med lav prioritet*

6.4.1. Forskelle med hensyn til dimensioner, materialevalg, udseende og lignende [26]

I retspraksis er der ikke grundlag for at konkludere, at der som indiceret i teorien må være en formodning for krænkelse, hvis en omtvistet genstand alene adskiller sig fra den i et patentkrav beskrevne opfindelse med hensyn til dimensioner, materialer, udseende eller lignende. Sådanne forskelle kan ifølge praksis bringe en omtvistet genstand uden for patentets rækkevidde, men der er også eksempler på det modsatte, nemlig at sådanne forskelle er blevet anset for at være af uvæsentlig betydning. Det afhænger af en individuel vurdering af de pågældende forskelles betydning i relation til det konkrete patent. Forskelle med hensyn til dimensioner, materialer, udseende eller lignende må antages som udgangspunkt at have lav prioritet ved afvejningen, idet der er tale om forhold, som normalt har ringe selvstændig betydning for krænkelsesvurderingen.

6.4.2. Patenthaverens større eller mindre kommercielle succes med opfindelsen [27]

Der er ingen domme, som kommer ind på spørgsmålet om betydningen af, at patenthaverens egen udnyttelse er en større eller mindre kommerciel succes. I litteraturen støder man på den opfattelse, at graden af kommerciel succes »i nogen grad« må påvirke beskyttelsesomfanget, hvilket må antages at skulle forstås således, at en stor kommerciel succes i nogen grad må være egnet til at føre til en relativ bred beskyttelse og omvendt. Udtrykket »i nogen grad« er formentlig valgt for at indikere, at der er tale om noget med en moderat betydning for beskyttelsesomfanget. Dette er årsagen til, at graden af patenthaverens kommercielle succes her er havnet i kategorien kriterier med lav prioritet.

6.4.3. Uklarheder i patentet [28]

Uklarheder i patentkrav og/eller patentbeskrivelse har spillet en meget beskeden rolle i retspraksis. Uklarheders betydning må navnlig antages at være lille, når uklarheden vedrører træk ved den patenterede opfindelse, som ikke har noget at gøre med opfindelsens særegne egenskaber.

---

26. I kapitel 7 er emnet behandlet i afsnit 18.
27. I kapitel 7 er emnet behandlet i afsnit 16.
28. I kapitel 7 er emnet behandlet i afsnit 10.

6.4.4. Beskedne fordele ved den omtvistede genstand [29]

Selv om betydelige fordele ved en omtvistet genstand set i forhold til en patenteret opfindelse ifølge retspraksis utvivlsomt trækker i retning af, at den omtvistede genstand ikke er omfattet af patentet, syntes retspraksis at være udtryk for, at mere beskedne fordele højst er blevet tillagt meget beskeden betydning – eventuelt slet ingen – til gunst for den påståede krænker.

6.4.5. Patentkrav som på grund af uagtsomhed fra patenthaverens side har fået en snæver formulering [30]

En snæver formulering af et patentkrav, som må tilskrives uagtsomhed hos patenthaveren og/eller dennes patentagent, udelukker ifølge retspraksis bestemt ikke, at den analoge beskyttelse udstrækkes til at omfatte genstande, der ville have været direkte omfattet af patentkravene, hvis der ikke havde foreligget uagtsomhed i forbindelse med deres formulering. Uagtsomhed af den pågældende karakter må antages højst at have beskeden betydning for beskyttelsesomfanget.

6.4.6. Udviklingsomkostningernes omfang [31]

De bag patentsystemet liggende reale hensyn taler for, at der bør tillægges et patent en relativ bred beskyttelse, når der er tale om en opfindelse med væsentlige udviklingsomkostninger, således at patenthaveren må antages at have et relativt stort behov for beskyttelse af sin investering i den bag opfindelsen liggende forskning og udvikling. Retspraksis tyder på, at der er tale om et kriterium, som højst kan have lav prioritet.

6.4.7. Mulighed for hemmeligholdelse som alternativ beskyttelsesstrategi [32]

De bag patentsystemet liggende reale hensyn taler også for, at der bør tillægges et patent en relativ bred beskyttelse, når der er tale om en opfindelse, som patenthaveren kunne have hemmeligholdt uden derved at skulle begrænse sin kommercielle udnyttelse af opfindelsen. Der er ingen relevant retspraksis, og spørgsmålet syntes ikke at være behandlet i litteraturen, hvilket som omtalt ovenfor må føre til den antagelse, at der er tale om et kriterium med lav prioritet.

---

29. I kapitel 7 er emnet behandlet i afsnit 19.
30. I kapitel 7 er emnet behandlet i afsnit 9.
31. I kapitel 7 er emnet behandlet i afsnit 4.
32. I kapitel 7 er emnet behandlet i afsnit 5.

6.5. *Kriterier helt uden betydning*

6.5.1. Den påståede krænkers påvirkning af patenthaverens omsætning [33]

I litteraturen støder man på den antagelse, at det må være uden betydning, om en omtvistet genstand har skadet patenthaverens omsætning. Der er ikke nogen domme, som belyser spørgsmålet. Reale grunde støtter antagelsen. Det må på den baggrund antages, at domstolene ikke vil tillægge udviklingen i patenthaverens omsætning nogen betydning.

6.5.2. Åbenbare men uudnyttede muligheder for en bredere formulering af patentkravene [34]

Der er i retspraksis ikke grundlag for at antage, at det har nogen betydning, at det må fremstå som klart for enhver, at der ikke ville have været nogen vanskeligheder forbundet med at vælge en lidt anden og noget bredere formulering af patentkravene – for eksempel ved valg af talangivelser med lidt større eller mindre værdi.

6.5.3. Patentets klassificering [35]

Enkelte forfattere har luftet det synspunkt, at patentets klassificering efter omstændighederne må kunne have betydning for beskyttelsesomfanget. Der er ingen domme, som belyser spørgsmålet. På grund af det nærliggende i en analogi fra patentlovens § 8, stk. 3, og EPK art. 85, ifølge hvilke sammendraget i et patent er uden betydning for beskyttelsesomfanget, må det selv uden støtte i retspraksis antages, at der ikke er belæg for at tillægge klassificeringen nogen som helst betydning for beskyttelsesomfanget.

6.5.4. Når den omtvistede genstand er genstand for et til den påståede krænker udstedt patent [36]

Ifølge retspraksis er det uden betydning, om der er udstedt patent på den omtvistede genstand.

Hvis der er betydelige fordele ved en omtvistet genstand, kan det som tidligere omtalt være en faktor, der kan medvirke til, at den omtvistede genstand må bedømmes som i væsentlig grad forskellig fra den patenterede opfindelse. Det er imidlertid et andet spørgsmål, der principielt er ikke

---

33. I kapitel 7 er emnet behandlet i afsnit 17.
34. I kapitel 7 er emnet behandlet i afsnit 11.
35. I kapitel 7 er emnet behandlet i afsnit 12.
36. I kapitel 7 er emnet behandlet i afsnit 19.

har noget at gøre med, om den betydelige fordel er genstand for et til den påståede krænker udstedt patent.

6.5.5. Anden forud kendt teknik end den i patentbeskrivelsen omtalte[37]
Det følger af grænsefladen mellem *a)* reglerne om ugyldighed på grund af forud kendt teknik og *b)* reglerne om beskyttelsesomfangets fastlæggelse, at den forud kendte teknik, der ikke er omtalt i patentbeskrivelsen, principielt må være uden betydning for beskyttelsesomfangets udmåling.

7. Overbestemmelseslæren – hvorvidt et træk ved en i et patentkrav beskrevet opfindelse kan være helt uden betydning for beskyttelsesomfanget, således at der ved afvejningen ikke skal tages hensyn til det pågældende træk

7.1. *Teorien*
Det er en udbredt opfattelse, at retten ved sammenligningen af en omtvistet genstand med en i et patentkrav beskrevet opfindelse i hvert fald som udgangspunkt skal omfatte en sammenligning med samtlige de i patentkravet beskrevne træk ved opfindelsen.[38] Ifølge overbestemmelseslæren skal man dog efter omstændighederne kunne se helt bort fra nogle af de i et patentkrav beskrevne træk.

En overbestemmelse defineres af Berndt Godenhielm som et i et patentkrav indeholdt træk, der er unødvendigt for at opnå den tilsigtede virkning. Olle Westlander definerer en overbestemmelse som et i et patentkrav angivet kendetegn, der er uden betydning for såvel problem som løsning i henhold til opfindelsestanken.[39] Man kan med andre ord sige, at der foreligger en overbestemmelse, når der i et patentkrav er angivet et træk, som er overflødigt.[40]

---

37. Spørgsmålet er behandlet i kapitel 5.
38. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 319, Olle Westlander, Patent (1995) s.283 og 285, Sigrid Asbjørn Smitt i NIR 1998 s. 47 f, Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 481 f og Are Stenvik, Patentrett (1999) s. 326.
39. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 319 og Olle Westlander, Patent (1995) s. 285. Som eksempel har Westlander nævnt, at det i et patentkrav vedrørende et par ski kan være angivet, at skiene skal være lavet af birk, selv om opfindelsen kan udnyttes ved ski af andre materialer.
40. Se også Are Stenvik, Patentrett (1999) s. 336.

Godenhielm og Westlander har begge gjort sig til talsmænd for den opfattelse, at overbestemmelser må være uden betydning for beskyttelsesomfanget. Westlander antager dog, at der kan være undtagelser fra denne hovedregel.[41] [42]

Den fremstilling af læren om overbestemmelser, som man finder i litteraturen er desværre ikke særlig fyldestgørende. For at kompensere for denne mangel følger der her en række overvejelser om lærens rækkevidde og implikationer.

Overbestemmelseslæren må have det som sin logiske forudsætning, at man ved en isoleret analyse af et patent – det vil sige uafhængigt af en konkret krænkelssag – kan udpege de træk i et patentkrav, som må anses for at være overflødige – forudsat naturligvis, at patentkravet indeholder overflødige træk.

Når en overbestemmelse skal kunne identificeres uafhængigt af konkrete krænkelsesspørgsmål, må det være uden betydning for en overbestemmelses rolle i forbindelse med en konkret krænkelsesvurdering, om den pågældende omtvistede genstand besidder træk, der har karakter af et alternativ til overbestemmelsen, eller om den omtvistede genstand helt mangler noget, som svarer til overbestemmelsen. Hvis angivelsen af »3 skruer« i et patentkrav skal anses for en overbestemmelse, må det for eksempel være uden betydning, om den omtvistede genstand er udstyret med et andet antal skruer, eller om den omtvistede genstand hverken er udstyret med skruer eller nogen anden form for fastgørelsesorganer.

Et i et patentkrav indeholdt træk, som bidrager til den patenterede opfindelses særegne egenskaber, må af indlysende årsager være udelukket fra at kunne udgøre en overbestemmelse.

---

41. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 319 og Olle Westlander, Patent (1995) s. 285. Som eksempel på en undtagelse nævnte Westlander under henvisning til en svensk dom fra 1991, at der kan være tilfælde, hvor selv en fagmand på grund af sagens omstændigheder let kan overse, at der er tale om overbestemmelse. I Westlanders begrebsapparat udgør spørgsmålet om overbestemmelser en del af det mere omfattende spørgsmål om ækvivalenstolkning, jf. Olle Westlander, Patent (1995) s. 22 og 285, mens det hos Godenhielm fremstilles som en selvstændig problemstilling.
42. Godenhielms lære om overbestemmelser er svær at forene med det af ham i Patentskyddets Omfattning (1994) s. 312 anførte om, at man ikke kan sondre mellem væsentlige og uvæsentlige træk ved den i et patentkrav beskrevne opfindelse, fordi et patentkrav ifølge den finske patentbekendtgørelses § 14, stk. 4, ikke må indeholde noget, der er uvæsentligt for den ansøgte eneret. At Godenhielm selv har været opmærksom på problemet og derfor det anførte sted udtrykkeligt har taget forbehold for overbestemmelser, gør det ikke nemmere at forene overbestemmelseslæren med Godenhielms antagelse om, at man ikke kan sondre mellem væsentlige og uvæsentlige træk ved en i et patentkrav beskrevet opfindelse. Bekendtgørelsens krav må nemlig formodes at gælde for *alle* de i et patentkrav indeholdte træk.

Man kan overveje, om et i et patentkrav angivet træk, der ikke bidrager til den patenterede opfindelses særegne egenskaber, altid må anses for en overbestemmelse. Der syntes imidlertid ikke at være grundlag for sådan en modsætningsslutning fra en patenteret opfindelses særegne egenskaber. I Insulindommen (UfR 1941 s. 484 H) ville en sådan modsætningsslutning for eksempel indebære en fuldstændig udsletning af patentkravet som havende nogen som helst betydning for beskyttelsesomfanget. Hertil kommer, at der i et patentkrav kan tænkes at forekomme træk, som er af betydning for beskyttelsesomfanget uden direkte at bidrage til den patenterede opfindelses særegne egenskaber. For det 1. kan sådanne ikke-særegne træk være med til at definere det forud kendte tekniske område, inden for hvilket opfindelsens særegne egenskaber er relevante. For det 2. kan det tænkes, at sådanne ikke-særegne træk kan være af betydning for vurderingen af, om en omtvistet genstand afviger så væsentligt fra den patenterede opfindelse, at den omtvistede genstand ikke skal anses for omfattet af patentet, selv om opfindelsens særegne egenskaber forefindes hos den omtvistede genstand.

7.2. *Retspraksis*

Det forhold, at det i en dom er fastslået, at en omtvistet genstand er omfattet af et patent, selv om den omtvistede genstand savner træk, der er beskrevet i et patentkrav, kan ikke ikke i sig selv tages som udtryk for, at det pågældende træk har karakter af en overbestemmelse. Dommen kan for eksempel være baseret på det synspunkt, at den omtvistede genstand udnytter den patenterede opfindelses kerne, og rent principielt kan der som omtalt ovenfor ikke sluttes modsætningsvist fra en patenteret opfindelses særegne egenskaber til overbestemmelser i det pågældende patents patentkrav. I domme som Stofbanedommen (UfR 1938 s. 756 H), Borsvingsdommen (UfR 1949 s. 53 H) og Persiennedom I (UfR 1962 s. 66 H) kan man følgelig ikke finde nogen støtte for overbestemmelseslæren, selv om konkrete forskelle mellem de omtvistede genstande og patentkravene i alle 3 domme blev anset for ikke at være af afgørende betydning.

Hvis man i dansk retspraksis vil søge støtte for læren om overbestemmelser, må man lede efter 2 typer domme.

For det *1.* domme, *hvor* den påståede krænker har gjort gældende, at den omtvistede genstand savner et eller flere af de i patentkravet angivne træk ved opfindelsen, *hvor* patenthaveren heroverfor har anført, at det pågældende træk er helt uden betydning for beskyttelsesomfanget, og *hvor* retten har taget dette synspunkt til følge. Det vil ikke være nok hvis dommen for eksempel er begrundet med, *at* den omtvistede forskel ikke er tilstræk-

kelig til at bringe den omtvistede genstand uden for patentets beskyttelsesomfang, eller *at* den omtvistede genstand afviger væsentligt fra den i patentkravet beskrevne opfindelse. Det udelukker nemlig ikke, at man kunne have tillagt det pågældende træk fra patentkravet (udslagsgivende) betydning under (lidt) andre omstændigheder – for eksempel *a)* hvis den relevante forskel til den omtvistede genstand havde haft en lidt anden karakter, eller *b)* hvis der også havde været en anden forskel mellem patentkravet og den omtvistede genstand, således at den kumulative virkning af begge forskelle kunne have betydning for afgørelsen af en krænkelsessag.

For det *2.* domme, hvor dommerne i øvrigt af en eller anden årsag finder anledning til at udtale, at et i et patentkrav angivet træk ved en patenteret opfindelse generelt må anses for helt uden betydning for patentets beskyttelsesomfang.

I dansk retspraksis finder man ingen domme af de 2 typer. Derimod finder man i Rumudtørringsdommen (UfR 1934 s. 248 H) en dom, der kan forstås som en principiel afstandstagen til overbestemmelseslæren.

I Rumudtørringsdommen var det i patentkravet foreskrevet, at der skulle være et overtryk på mindst ca. 8-10 mm vandsøjle. Patenthaveren gjorde gældende, at det nævnte overtryk ikke burde være afgørende for beskyttelsesomfanget. Højesteret udtalte, at der ikke var hjemmel til at se bort fra den i patentkravet angivne overtryksbetingelse. Anvendelsen af ordet »hjemmel« indicerer, at der er tale om en principiel udtalelse, og at udtalelsen ikke skal ses som et udslag af en konkret vurdering. I øvrigt indeholder Højesterets begrundelse ikke nogen antydninger af, at der kan forestilles tilfælde, hvor der kan være hjemmel til helt at se bort fra et i patentkravet angivet træk ved opfindelsen.

Det forekommer mest nærliggende at fortolke Rumudtørringsdommen som udtryk for den opfattelse, *at* der ved vurderingen af, om en omtvistet genstand afviger mere eller mindre væsentligt fra den i et patentkrav beskrevne opfindelse, ikke kan ses bort fra nogen del af patentkravene, men *at* dette ikke udelukker, at en væsentlig lighed og dermed krænkelse kan anses for at foreligge, selv om alle de i patentkravet beskrevne træk ved opfindelsen ikke forefindes hos den omtvistede genstand.

Man kan dog også inden for rimelighedens grænser vælge at se Rumudtørringsdommen som udtryk for den opfattelse, at der i en sag af den pågældende karakter ikke var hjemmel til at bortse fra det konkret omtvistede træk ved opfindelsen – et overtryk på mindst ca. 8-10 mm vandsøjle. En sådan fortolkning vil dog rejse et nyt spørgsmål, nemlig under hvilke omstændigheder der ikke skal være hjemmel til at bortse fra visse dele af et patentkrav.

7.3. *Konklusioner*

I dansk retspraksis finder man ingen støtte for overbestemmelseslæren. Tværtimod forekommer det mest nærliggende at fortolke Rumudtørringsdommen således, at der er tale om en principiel afgørelse, som tager afstand fra overbestemmelseslæren. Den løsning syntes i øvrigt også at være bedst i overensstemmelse med ordlyden af patentlovens § 39 sammenholdt med patentbekendtgørelsens § 14, stk. 4. Den førstnævnte bestemmelse betoner nemlig patentkravene som værende af primær betydning for beskyttelsesomfanget, og ifølge den sidstnævnte bestemmelse må et patentkrav ikke indholde noget, som er uvæsentligt for den ansøgte eneret.

At man ikke i retspraksis kan finde støtte for overbestemmelseslæren, kan eventuelt skyldes, at der er tale om en lære, som må antages at have begrænset eller ingen interesse i det praktiske retsliv. Når en påstået krænker til sit forsvar har gjort gældende, at den omtvistede genstand på visse punkter afviger fra den i patentkravet beskrevne opfindelse, vil en patenthaver nemlig som udgangspunkt være fuldt ud tilfreds med at kunne vinde sagen på det synspunkt, at den påberåbte forskel ikke er af væsentlig betydning. Det synspunkt må på grund af sin mere generelle og mindre krævende karakter antages at have en bedre prognose for succes end det relativt snævre og mere principielle overbestemmelsessynspunkt. Derfor vil en patenthaver normalt ikke have noget motiv til at procedere på overbestemmelseslæren. Tilsvarende må dommere, der traditionelt ikke er meget for at give en principiel begrundelse, antages at have en forkærlighed for mindre forpligtende begrundelser såsom med en henvisning til, at en påberåbt forskel mellem en omtvistet genstand og en i et patentkrav beskrevet opfindelse ikke ses at være af afgørende betydning.

8. Delbeskyttelse – hvorvidt en omtvistet genstand kan være omfattet af et patent, selv om den savner et eller flere træk ved den i patentkravene beskrevne opfindelse

Selv om overbestemmelseslæren ikke har støtte i dansk retspraksis, er det ikke principielt udelukket, at en omtvistet genstand kan være omfattet af et patent, selv om den omtvistede genstand helt mangler et træk ved den i patentkravene beskrevne opfindelse. I givet fald taler man om delbeskyttelse.[43] Der er tale om delbeskyttelse hvis det manglende træk ved opfindelsen *i den konkrete sag* ikke fører til, at den omtvistede genstand anses for at falde uden for beskyttelsesomfanget. Dette indebærer en markant forskel i forhold til overbestemmelseslæren, ifølge hvilken overflødige træk i et patentkrav skal anses for at være uden nogen som helst betydning for beskyttelsesomfanget *i en hvilken som helst tænkelig sag*.

Når der i en omtvistet genstand i stedet for det i patentkravet beskrevne træk er anvendt et alternativ, som opfylder samme funktion, er spørgsmålet om delbeskyttelse ikke relevant. Der er nemlig kun tale om delbeskyttelse, hvis den omtvistede genstand fuldstændig savner et af patentkravets træk.

Stofbanedommen (UfR 1938 s. 756 H) et klart eksempel på en Højesteretsdom, hvor der blev statueret delbeskyttelse.

I Stofbanedommen lød patentkravet på en metalfolie bestående af 4 lag. Det var omtvistet, om patentet omfattede en metalfolie, som alene bestod af de 3 første lag. Patentdirektoratet udtalte, at de 3 første lag i sig selv udgjorde en opfindelse, og at tilføjelsen af det 4. lag blot var udtryk for en hensigtsmæssig udførelsesform. Ifølge syns- og skønsmændene måtte det 4. lag antages at have været i det mindste medbestemmende ved Patentkommissionens bedømmelse af patentansøgningens nyhed.

Højesterets flertal på 5 ud af 9 dommere statuerede, at der forelå krænkelse og udtalte i den forbindelse, at afgørelsen af krænkelsesspørgsmålet måtte bero på en skønsmæssig afvejelse af, hvad der efter patentkrav sammenholdt med patentbeskrivelsen måtte anses for »det særegne ved opfindelsen«. Det 4. lag blev af Højesterets flertal anset for ikke at udgøre nogen del af »det særegne ved opfindelsen«, navnlig fordi det alene havde til formål at bevare den ved de 3 første lag opnåede virkning.

Selv om Stofbanedommen efterhånden er mere end 60 år gammel, gør dommen det vanskeligt at nå til nogen anden konklusion end, at delbeskyttelse må anses for et anerkendt fænomen i dansk retspraksis.

---

43. Se om denne terminologi Are Stenvik, Patentrett (1999) s. 335 f.

9. Samlet eller sekventiel vurdering af forskellene mellem en omtvistet genstand og en i et patentkrav beskrevet opfindelse

I Insulindommen (UfR 1941 s. 484 H) afveg den omtvistede fremgangsmåde til fremstilling af et insulinpræparat på flere punkter fra den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde. Højesterets flertal på 5 ud af 9 dommere kom frem til, at den omtvistede fremgangsmåde måtte anses for omfattet af patentet. I den forbindelse sammenlignede flertallet de 2 fremgangsmåder og kom frem til, at samtlige de af den påståede krænker påberåbte forskelle måtte anses for at være uden væsentlig betydning. Sammenligningen mellem de 2 fremgangsmåder var karakteriseret ved, at dommerne først vurderede, hvorvidt en af de påberåbte forskelle kunne anses for at have væsentlig betydning, hvorefter de vurderede, om en anden af de påberåbte forskelle kunne anses for at have væsentlig betydning og så videre. De 5 dommere foretog med andre ord ikke en vurdering af, hvorvidt de påberåbte forskelle samlet var af væsentlig betydning.

Karakteren af de 5 dommeres sammenligning i Insulindommen giver anledning til at overveje, hvorvidt sammenligningen af en omtvistet genstand med en i et patentkrav beskrevet opfindelse skal have karakter af en sekventiel vurdering af hver af de relevante forskelles betydning isoleret set, eller om sammenligningen skal have karakter af en simultan vurdering af samtlige forskelles samlede betydning.

Problemstillingen er aktuel, når en omtvistet genstand på flere punkter afviger fra et patentkravs beskrivelse af den patenterede opfindelse. En sekventiel vurdering af forskellene fører til, at en omtvistet genstand, der ud fra en samlet bedømmelse af forskellene adskiller sig væsentligt fra den patenterede opfindelse, alligevel skal anses for omfattet af patentet, hvis ingen af forskellene enkeltvis kan siges at være af væsentlig karakter.

Flertallets begrundelse i Insulindommen kan naturligvis påberåbes til støtte for en sammenligning af sekventiel karakter. For så vidt angår dette aspekt ved Insulindommen, må Insulindommen dog anses for en enlig svale, idet en sammenligning af den karakter ikke findes i nogen anden dom. Endvidere er det kun begrundelsen fra et snævert flertal på 5 ud af de i alt 9 dommere, der kan påberåbes til støtte for den sekventielle sammenligningsform.

Clopoxiddommen (UfR 1979 s. 553 H), der i modsætning til Insulindommen blev afsagt uden dissens, er et godt eksempel på en senere Højesteretsdom, der må siges at overrule det her behandlede aspekt ved Insulindommen. I Clopoxiddommen afveg den omtvistede fremgangsmåde til

fremstilling af lægemidlet Clopoxid fra den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde derved, *at* der var valgt et andet udgangsstof, og *at* den omtvistede fremgangsmåde blev afsluttet med nogle syntesetrin, som ikke havde noget modsvar i patentkravets beskrivelse af den patenterede fremgangsmåde. Højesteret anså den omtvistede fremgangsmåde for at være omfattet af patentet og angav som begrundelse, at de 2 fremgangsmåder i det væsentlige havde en sådan lighed, at patentet måtte anses for krænket. I sin begrundelse omtalte Højesteret de 2 forskelle uden at komme ind på en vurdering af, om forskellene var væsentlige, og først derefter foretog retten en samlet vurdering af, om de 2 forskelle og sagens øvrige omstændigheder kunne føre til, at den omtvistede fremgangsmåde måtte anses for at have en væsentlig lighed med »sagsøgerens« fremgangsmåde.

Umiddelbart er det vanskeligt at få øje på reale hensyn, som på overbevisende vis kunne tale for den sekventielle sammenligningsform. Der må derfor i overensstemmelse med Clopoxiddommen antages, *at* domstolene bør afholde sig fra den sekventielle sammenligningsform, som Højesterets flertal anvendte i Insulindommen, og *at* de i stedet bør foretage en samlet vurdering af de relevante forskelle.[44]

10. Beslutningsprocessens struktur ved afgørelsen af, om en omtvistet genstand er omfattet af et patent

I teorien er der luftet forskellige opfattelser af, hvorledes man skal gribe det an, når man skal tage stilling til, om en omtvistet genstand kan anses for omfattet af et patent – hvilken analysemodel skal anvendes? Opfattelserne er i hovedsagen karakteriseret ved, at de foreskriver, at bestemte analysetrin skal gennemgås i en bestemt rækkefølge.

44. Sigrid Asbjørn Smitt har i sin artikel »Application of the Doctrine of Equivalents in Denmark and Japan – a comparative study« i NIR 1998 s. 41 været inde på spørgsmålet, om hvorvidt sammenligningen mellem en omtvistet genstand og en opfindelse bør ske som en »element by element« analyse eller som en »as-a-whole« analyse. Hendes konklusion er, at sammenligningen bør ske som en »as-a-whole« analyse. Det er imidlertid ikke krystalklart, hvad hun mener med en »as-a-whole« analyse. Det forekommer dog nærliggende at antage, at konklusionerne her i bogen er i overensstemmelse med Smitts antagelser. Smitts artikel er baseret på 2 domme, nærmere bestemt på Elektrolyseanlægsdommen (UfR 1980 s. 271 Ø) og Ranitidindommen (UfR 1993 s. 859 H). Rent retskildemæssigt svækker det i nogen grad tyngden i hendes argumentation, *at* den ene dom ikke er en højesteretsdom, og *at* den anden dom i meget høj grad er påvirket af det helt specielle forhold, at opfindelsen havde karakter af en analogifremgangsmåde. For så vidt angår det nærmere indhold af hendes analyse af de 2 domme, henvises der til den kronologiske gennemgang og analyse af retspraksis i bilag A.

Den dominerende fællesnævner i de fleste opfattelser går ud på, at fremgangsmåden i hvert fald må omfatte 2 trin, hvor det 1. er en fortolkning af de relevante patentkrav, og hvor det 2. er en stillingtagen til, om der ved såkaldt ækvivalenstolkning eller lignende kan tildeles patentet en beskyttelse, som går ud over patentkravenes indhold.[45] Opfattelsen hos nogle forfattere svarer fuldstændig til den dominerende fællesnævner. Andre forfattere har givet udtryk for opfattelser, der på forskellig vis er varianter af den dominerende fællesnævner. Endvidere har enkelte forfattere givet udtryk for opfattelser, der ikke kan siges at have meget til fælles med den dominerende fællesnævner.

Den af *Sigrid Asbjørn Smitt* forfægtede opfattelse afviger en smule fra den dominerende fællesnævner, for så vidt angår grænsefladen mellem de foreskrevne 2 trin. I hendes 1. trin skal der tages stilling til, om de essentielle elementer ved den i patentkravet beskrevne opfindelse genfindes hos den omtvistede genstand. I givet fald foreligger der i Smitts terminologi »literal infringement«. Hvis der ikke foreligger »litteral infringement«, skal der i hendes 2. trin tages stilling til, om den omtvistede genstand er så lig/ækvivalent med den i patentkravene beskrevne opfindelse, at den omtvistede genstand desuagtet må anses for omfattet af patentet.[46]

Olle Westlander har føjet et par trin til den dominerende fællesnævners grundmodel. Ifølge ham er gangen i en undersøgelse af, om en omtvistet genstand kan anses for omfattet af et patent som følger:[47]

1) Definition af den omtvistede genstand.
2) Definition af patentets genstand.
3) Sammenligning af den omtvistede genstand og patentets genstand.
4) Når den omtvistede genstand ikke er identisk med patentets genstand så undersøgelse af, om den omtvistede genstand ligger inden for »ækvivalensområdet«.

De af Westlander tilføjede trin er næppe udtryk for nogen realitetsforskel af væsentlig betydning.

I Patentskyddets Omfattning fra 1994 har *Berndt Godenhielm* anført, at det første skridt ved bedømmelsen af et krænkelsesspørgsmål er en for-

---

45. Se for eksempel Sigrid Asbjørn Smitt, NIR 1998 s. 41 f, Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 481 f og Arne Stenvik, Patentrett (1999) s. 326.
46. NIR 1998 s. 41 f.
47. Olle Westlander, Patent (1995) s. 277.

tolkning af patentkravene. Efter Godenhielms opfattelse skal man først undersøge, om de træk ved opfindelsen, der er angivet i patentkravets indledende del, har modsvarighed i den omtvistede genstand, hvorefter man i bekræftende fald skal fortsætte med en tilsvarende undersøgelse, for så vidt angår patentkravets kendetegnende del. I Patentskyddets Omfång fra 1950 antog Godenhielm, at der ved bedømmelsen af et konkret krænkelsesspørgsmål skal gennemføres en 3-delt analyse, for så vidt angår hvert enkelt funktionelt element i den omtvistede genstand og den i patentkravet beskrevne genstand. De 3 analysetrin var 1) afgrænsningen af det analyserede led i opfindelsens »kausalkæde«, 2) strukturanalyse eller undersøgelse af de pågældende elementers tekniske karakter og egenskaber og 3) funtionsanalyse eller undersøgelse af de pågældende elementers funktionelle betydning for virkeliggørelsen af opfindelsestanken. I Patentskyddets Omfattning fra 1994 har han under udtrykkelig henvisning til sin bog fra 1950 refereret disse antagelser, og det må i den givne sammenhæng formentlig skulle tages som udtryk for, at der er tale om en i i hvert fald i hovedsagen opretholdt opfattelse.[48]

Mogens Koktvedgaard, der som bekendt har en kritisk holdning til »patentkravslæren«, deler i overensstemmelse hermed ikke den opfattelse, at retten først skal fortolke patentkravene og vurdere, om der foreligger ordret krænkelse.[49] Ifølge Koktvedgaards Lærebog i Immaterialret er det afgørende et sagkyndigt skøn på grundlag af en helhedsbedømmelse af patentdokumentet, det vil sige af patentkravene *og* patentbeskrivelsen.[50] Koktvedgaards opfattelse lægger således på ingen måde op til, at man skal gennemføre bestemte ananlysetrin i en bestemt rækkefølge.

Man kan ikke på grundlag af retspraksis fastslå, at domstolene foretager sig bestemte ting i en bestemt rækkefølge, når de skal tage stilling til, om en omtvistet genstand skal anses for omfattet af et patent.

Der er ingen tvivl om, *at* en fortolkning af de påberåbte patentkrav kan være afgørende for, om en omtvistet genstand skal anses for omfattet af et patent, og *at* rettens analyse af krænkelsesspørgsmålet kan indledes med en stillingtagen til den ordrette beskyttelse for derefter at gå over i

---

48. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfång (1950) s. 230 f. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 220, 266, 277 og 279.
49. Koktvedgaards kritik af patentkravslæren finder man blandt andet i Lærebog i Immaterialret, 5. udg. (1999) s. 230 ff og i Immaterialretspositioner (1965) s. 149 ff, hvor patentkravslæren blandt andet får følgende fyndige ord med på vejen: »de mange drøftelser om patentkravets betydning synes idethele at være et skoleexempel på, hvor forskruet en retsdisciplin kan blive, når den gøres til genstand for idé-teoriernes tankespind«.
50. Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret, 5. udg. (1999) s. 234.

en vurdering af, om der foreligger analog krænkelse.[51] Dette indebærer imidlertid ikke, at Koktvedgaards antagelse om, at det afgørende må være en helhedsvurdering, er forkert. Såvel patentkravenes fortolkning som afgørelsen af, om der foreligger analog krænkelse, kan i princippet ske med udgangspunkt i en helhedsvurdering af patentet, jf. for eksempel Sættemaskinedommen (UfR 1929 s. 80 H), hvor Østre Landsret, der i modsætning til Højesteret tog stilling til patentets beskyttelsesomfang, udtrykkeligt anførte, at landsretten ved fastlæggelsen af beskyttelsesomfanget tog udgangspunkt i »patentet i dets helhed«, herunder det påberåbte patentkrav.

Selv om retten som nævnt efter omstændighederne kan gå frem på en måde, der mere eller mindre klart svarer til det, der må anses for den dominerende fællesnævner blandt de i litteraturen foreskrevne fremgangsmåder, kan der ikke være megen tvivl om, at retten ikke er bundet til at følge nogen bestemt fremgangsmåde. Det følger ikke af den materielle patentret men derimod af de civilprocessuelle regler.

For det *1.* kan parterne tilskære en sag på mange måder, som ikke lægger op til en behandling efter de i litteraturen foreskrevne retningslinier, og *den måde, hvorpå parterne har tilskåret sagen*, er afgørende for, hvad retten skal tage stilling til. Parterne kan for eksempel erklære, at de er enige om en bestemt fortolkning af patentkravene, hvilket vil have som konsekvens, at retten må være afskåret fra selv at fortolke patentkravene og at lægge resultatet af en sådan anden fortolkning til grund.

For det *2.* er der ikke noget, der kan forhindre retten i at træffe en *allerede-fordi-afgørelse*, selv om parterne har tilrettelagt en sag på en måde, som lægger op til en af de i litteraturen foreskrevne analyse-fremgangsmåder. Hvis det fremgår af en syns- og skønserklæring, at en omtvistet genstand ikke udnytter den tekniske effekt ved en i et patentkrav beskrevet opfindelse, kan retten for eksempel som begrundelse for at frifinde den påståede krænker blot henvise til den omtvistede genstands manglende udnyttelse af opfindelsens tekniske effekt – forudsat at parternes tilskæring af sagen giver mulighed for at lægge vægt på det moment. I en sag, hvor de af en påstået krænker påberåbte forskelle ifølge en syns- og skønserklæring er af uvæsentlig betydning, kan retten endvidere på tilsvarende vis som begrundelse for at statuere krænkelse blot henvise til, at der må antages at foreligge væsentlig lighed mellem den omtvistede genstand og den patenterede opfindelse. Der er ingen grund til at forvente, at retten – blot for at følge en bestemt analysemodel – vil kaste sig ud i løsningen

51. Se for eksempel mindretallets votum i Phenylbutazondommen (UfR 1964 s. 498 H).

af et vanskeligt spørgsmål om den rette fortolkning af et patentkrav, hvis retten har mulighed for i stedet at afgøre sagen på et andet og – for rettens begrundelse – enklere (allerede-fordi)grundlag.

Selv om patentkravenes indhold kan siges at have en særlig status i forbindelse med fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang, er det, som det fremgår ovenfor, udtryk for en misforståelse at fremstille en fortolkning af patentkravene som et nødvendigt 1. trin ved rettens afgørelse af spørgsmålet, om hvorvidt en omtvistet genstand må anses for omfattet af et patent. I dansk retspraksis kan bestemmelsen af patentkravenes indhold i overensstemmelse hermed ikke anses for den krumtap, hvorom enhver sag vedrørende fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang nødvendigvis må dreje. Tilsvarende betragtninger gør sig gældende, for så vidt angår de øvrige analyseskridt, som foreskrives i de i litteraturen foreskrevne fremgangsmåder.

I dansk ret bør de i litteraturen foreskrevne fremgangsmåder ikke opfattes som andet og mere end anbefalede analyse-modeller, som navnlig parterne i en sag og deres advokater og patentagenter kan have gavn af at benytte sig af, når de skal vurdere en sags muligheder og risici. I kapitel 9 er der opstillet en analysemodel for *fremover gældende dansk ret*. Den skal i overensstemmelse med det her anførte blot opfattes som en anbefalet-ikke obligatorisk-analysemodel for de involverede parter og deres rådgivere. I denne fremstilling er der ikke opstillet nogen analysemodel, for *hidtil gældende dansk ret*. Det skyldes, at opstillingen af en sådan er uden betydning for udarbejdelsen af den mere interessante analysemodel til brug for anvendelse af fremover gældende dansk ret.

11. Beskyttelsens bredde – bred / snæver beskyttelse

11.1. *Teorien*

I tidens løb har en del teoretikere med forskellige begrundelser hævdet, at patenter skal tildeles en bred beskyttelse, eller at patenter skal tildeles en snæver beskyttelse. Som påpeget af Ragnar Knoph er begge dele lige forkert, idet beskyttelsen skal være »riktig og fornuftig«.[52] Dette svært angribelige standpunkt giver imidlertid ikke umiddelbart noget præcist svar på spørgsmålet om, *hvor* bred/snæver beskyttelsen skal være. Sådan et præ-

52. Ragnar Knoph, Åndsretten (1936) s. 274.

cist svar er da også formentlig umuligt at give, allerede fordi beskyttelsens bredde er en vanskeligt kvantificerbar størrelse. Ved at se på et større antal domme kan man dog formentlig udtale sig meningsfuldt om, hvorvidt der i perioder har været en udvikling fra en relativt snæver beskyttelse mod en bredere beskyttelse eller omvendt. Sådanne udtalelser om udviklingen i retspraksis finder man da også hos en række teoretikere.

Ifølge *Mogens Koktvedgaard* var der indtil 1936 en streng praksis, hvor patentkravene normalt blev tillagt helt afgørende betydning. Som eksempler har Koktvedgaard henvist til Fodtøjslimdommen (UfR 1927 s. 285 H), Varmekedeldommen (UfR 1931 s. 264 H), Rumudtørringsdommen (UfR 1934 s. 248 H) og Rustbeskyttelsesbånddommen (UfR 1936 s. 314 H). Fra 1936 skulle der ifølge Koktvedgaard være indtrådt en mildnelse, som har ført til en mere jævn og naturlig helhedsbedømmelse, hvor det stadig er patentkravene, der er udgangspunktet, men hvor de bliver fortolket udvidende eller indskrænkende på basis af en nøje gennemgang af hele patentdokumentet og andre momenter i ansøgningssagen. Som eksempler har han henvist til Insulindommen (UfR 1941 s. 484 H), Borsvingsdommen (UfR 1949 s. 53 H), Markørdommen (UfR 1961 s. 731 H), Phenylbutazondommen (UfR 1964 s. 524 H), Tærskeværksdom II (UfR 1964 s. 628 H), Kødhakkemaskinedommen (UfR 1976 s. 495 H) og Cloposyiddommen (UfR 1979 s. 553 H).[53]

Mogens Plesner har givet udtryk for en opfattelse, der stort set svarer til Koktvedgaards, idet han dog anser Stofbanedommen (UfR 1938 s. 756 H), som blev afsagt med en 5/4-dissens for at udgøre vendepunktet i retspraksis.[54]

Poul Jacobsen har i en artikel fra 1941 anført, at man indtil Insulindommen (UfR 1941 s. 484 H) i dansk retspraksis i det store og hele havde fortolket patenter strengt, således at patentkravene var blevet forstået snævert, og at man havde nægtet at statuere krænkelse, når den omtvistede genstand ikke kunne anses for direkte omfattet af patentkravene. I den forbindelse henviste Jacobsen til Fodtøjslimdommen (UfR 1927 s. 285 H), Varmekedeldommen (UfR 1931 s. 264 H), Gitterstrømskredsdommen (UfR 1939 s. 73 H) og Kølepladedom II (UfR 1940 s. 337 H).[55]

Hardy Andreasen har ligesom Poul Jacobsen været inde på, at Insulindommen må anses for at være udtryk for et brud med ældre højesterets-

---

53. Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret 5. udg. (1999) s. 233 og Mogens Koktvedgaard og Lise Østerborg, Patentloven, 2. udg. s. 216 f.
54. Mogens Plesner NIR 1971 s. 118 ff.
55. Poul Jacobsen, UfR 1941 B s. 264. Se i samme retning Poul Jacobsen i UfR 1943 B s. 145.

praksis. Ifølge Andreasen består bruddet i den af dommen følgende beskyttelse af den opfinderiske ide/patentets kerne.[56] Det er imidlertid ikke korrekt, at Insulindommen på dette punkt bryder med tidligere praksis. I Stofbanedommen (UfR 1938 s. 756 H) og Kølepladedom II (UfR 1940 s. 337 H) blev der således i begrundelserne henvist til henholdsvis »det særegne ved opfindelsen« og det, der måtte anses for at udgøre »en væsentlig egenskab ved patentet«.

11.2. *Retspraksis*

En vurdering af tendenserne i retspraksis kræver et overblik over de relevante domme. Nedenfor er de derfor indplaceret i et skema med angivelse af, om der blev statueret krænkelse eller ej. Når der blev statueret krænkelse er det endvidere angivet, om der må antages, at have været tale om ordret krænkelse eller analog krænkelse. I det omfang det ikke med fornøden sikkerhed er muligt at kategorisere krænkelsen som ordret eller analog, er krænkelsens karakter betegnet som uspecificerbar (»uspec.«). Kategoriseringen følger ikke nødvendigvis domsbegrundelserne, slavisk.[57]

56. Hardy Andreasen, Juristen 1942 s. 269.
57. Skemaet omfatter kun de domme, hvor den påståede krænker til sit forsvar gjorde gældende, at der på grund af beskyttelsens omfang ikke kunne være tale om krænkelse. Legetøjsautomobildommen (VLT 1949 s. 305 V), hvor den påståede krænker alene gjorde gældende, *at* patentet var ugyldigt, og *at* han under alle omstændigheder havde forbenyttelsesret, er således for eksempel ikke omfattet af skemaet, selv om der under sagens afgørelse blev taget stilling til beskyttelsens omfang.

	krænkelse statueret			
	ja			nej
	ordret	analog	uspec.	
Kedelfyrdommen – UfR 1899 s. 892 K&P				N
Kompressionskøleanlægsdommen – UfR 1902 s. 758 K&P				N
Vindueslukkerdommen – UfR 1907 s. 146 H		A		
Radrensemaskinedom I – UfR 1907 s. 503 L		A		
Radrensemaskinedom II – UfR 1911 s. 791 H		A		
Petroleumsmotordommen – UfR 1912 s. 525 H				N
Roeskæremaskinedommen – UfR 1912 s. 556 H	O			
Radrensemaskinedome III – UfR 1914 s. 371		A		
Motorcykelsteldommen – UfR 1914 s. 862 H	O			
Aluminiumssvejsemiddeldommen – UfR 1915 s. 453 LHS			U	
Radrensemaskinedom IV – UfR 1915 s. 551 H				N
Roeoptagerdommene – UfR 1917 s. 663 H og 1918 s. 190 H				N
Lufttørringsdommen – UfR 1920 s. 245 H			U	
Solbrilledommen – UfR 1925 s. 467 Ø	O			
Kærneæltervalsedommen – UfR 1925 s. 586 H	O			
Fodtøjslimdommen – UfR 1927 s. 285 H				N
Sættemaskinedommen – UfR 1929 s. 80 H			U	
Varmekedeldommen – UfR 1931 s. 264 H				N
Radrenserskærdommen – UfR 1933 s. 527 V	O			
Rumudtørringsdommen – UfR 1934 s. 248 H				N
Udhængsskabsdommen – UfR 1936 s. 251 Ø			U	
Gasmålerrammedommen – UfR 1936 s. 284 H		A		
Varmestrømskredsdommen – UfR 1936 s. 306 H				N
Rustbeskyttelsesbånddommen – UfR 1936 s. 314 H				N
Vandafhærdningsdommen – UfR 1936 s. 536 H	O			
Katteøjedommen – UfR 1936 s. 1074 H	O			
Byggesætdommen – UfR 1936 s. 1132 V			U	
Kølepladedom I – UfR 1937 s. 745 H		A		

Varmemålerdommen – UfR 1937 s. 1058 H				N
Stofbanedommen (en 5 x 4 afgørelse) – UfR 1938 s. 756 H		A		
Gitterstrømsskredsdommen – UfR 1939 s. 73 H				N
Soveottomandommen – UfR 1939 s. 769 H				N
Kølepladedom II – UfR 1940 s. 337 H				N
Insulindommen (en 5 x 4 afgørelse) – UfR 1941 s. 484 H		A		
Klatretovsdommen – VLT 1942 s. 249 V		A		
Køletromledommen – UfR 1943 s. 93 H				N
Rundsavsdommen – VLT 1943 s. 351 V				N
Flergitterrørsdommen – UfR 1946 s. 814 H				N
Borsvingsdommen – UfR 1949 s. 53 H		A		
Retledningsapparatdommen – UfR 1950 s. 877 H				N
Ildstedsdommen – UfR 1958 s. 832 H				N
Omskifterdommen – UfR 1959 s. 436 H				N
Tærskeværksdom I – UfR 1959 s. 485 H				N
Markørdommen – UfR 1961 s. 731 H	O			
Persiennedom I – UfR 1962 s. 66 H		A		
Murbøsningsdommen – UfR 1962 s. 393 Ø	O			
Kaffemølledommen – UfR 1963 s. 182 H	O			
Phenylbutazondommen (en 4 x 3 afgørelse) – UfR 1964 s. 498 H	O			
Kærneælterdommen – UfR 1964 s. 524 H	O			
Tærskeværksdom II – UfR 1964 s. 628 H	O			
Persiennedom II (Østre Landsrets dom, idet krænkelsesspørgsmålet ikke forelå til pådømmelse i Højesteret) – UfR 1965 s. 468 H				
Ispindedommen – SHT 66 s. 68 SH				N
Kaffeposedommen – UfR 1969 s. 249 Ø				N
Kødhakkemaskinedommen – UfR 1976 s. 495 H		A		
Clopoxiddommen – UfR 1979 s. 553 H		A		
Elektrolyseanlægsdommen – UfR 1980 s. 271 H				N
Køge Bugt Strandparkdommen (den dissentierende dommer, der ikke anså patentet for ugyldigt) – UfR 1989 s. 548 H				
Slibeskivedommen – UfR 1992 s. 704 H				N
Ranitidindommen – UfR 1993 s. 859 H				N
I ALT	**13**	**13**	**7**	**26**

11.3. *Konklusioner*

Da det som tidligere omtalt er er vanskeligt at kvantificere bredden af det beskyttelsesomfang, som en opfindelse bliver tildelt i de konkrete domme, tages dommenes konklusioner om, hvorvidt der var tale om krænkelse, som udtryk for en (grov) indikation af beskyttelsens bredde. Hvis der i en periode er forholdsvis mange domme, hvor der blev statueret krænkelse, tages det med andre ord som udtryk for en relativt bred beskyttelse i den pågældende periode og omvendt.[58]

Nå man ser på forholdet mellem antallet af vundne og tabte sager forekommer det umiddelbart relevant at opdele retspraksis i de 4 perioder, der danner grundlag for nedenstående skema.[59] Tallene i parentes viser, hvorledes fordelingen er, hvis man tager hensyn til det forhold, at nogle af dommene lå på vippen, idet de i Højesteret blev afsagt med kraftig dissens.

	krænkelse		
	ja	**nej**	**% ja**
1907 - 1938	19 (18,6)	9 (8,4)	68% (66%)
1939 - 1959	3 (2,6)	10 (10,4)	23% (20%)
1960 - 1965	8 (7,6)	0 (0,4)	100% (95%)
1966 - 1993	3	5	38%
i alt	33 (31,8)	24 (25,2)	58% (56%)

Tallene giver indtryk af en liberal praksis fra 1907 til 38, en meget streng praksis i perioden 1939-59, en meget liberal praksis i den første halvdel af 1960'erne og en moderat strenghed siden 1965. For så vidt angår tiden efter 1965, er der dog tale om relativt få domme og et ikke særlig signifikant udslag, hvorfor konklusionen vedrørende disse domme er ret usikker.

Ser man alene på *Højesterets* domme i perioden 1939-59, giver det et endnu mere udtalt billede af en streng praksis i den periode, idet der kun blev statueret krænkelse i 2 (1,6) af de i alt 11 højesteretsdomme – i procent: 19% (15%).

---

58. Over for denne metode kan der naturligvis rettes den indvending, at et relativt stort eller lille antal domme, hvor der i en periode bliver statueret krænkelse, meget vel kan bero på rene tilfældigheder. Det i dette afsnit anførte må tages med det heraf flydende naturlige forbehold.
59. De 2 første domme, det vil sige Kedelfyrdommen (UfR 1899 s. 892 K&P) og Kompressionskøleanlægsdommen (UfR 1902 s. 758 K&P) er ikke medtaget.

11.3.1. Stramningen i 1939

Det må antages, at patentbeskrivelsens udførelseseksempler var med til at begrænse beskyttelsesomfanget set i forhold til patentkravenes indhold i Kompressionskøleanlægsdommen (UfR 1902 s. 758) og Varmestrømskredsdommen (UfR 1936 s. 306 H), hvor der i begge tilfælde blev statueret krænkelse. Det forhold, at udførelseseksemplerne ifølge nyere retspraksis ikke bør føre til en begrænsning af beskyttelsesomfanget i forhold til patentkravenes indhold, burde med andre ord ud fra en generel betragtning trække i retning af en liberalisering af praksis set i forhold til tendensen i praksis før Vandafhærdsningsdommen (UfR 1936 s. 536 H), der udgør startpunktet for den nye praksis.[60] Set i dette lys forekommer den konstaterbare stramning af praksis i årene 1939-59 endnu mere markant, end den umiddelbart fremtræder i skemaet.

Før 1939 blev der statueret krænkelse i 6 ud af 8 domme, hvor der var tale om mindre betydningsfulde opfindelser. Fra og med 1939 er der i højere grad blevet lagt vægt på de patenterede opfindelsers større eller mindre betydning, således at der er en mere udtalt tendens til *ikke* at statuere krænkelse, når der er tale om mindre betydningsfulde opfindelser.[61] Denne ændring i praksis vedrørende opfindelsens betydning, som tidsmæssigt falder sammen med den generelle stramning i 1939, kunne i princippet tænkes at kunne forklare i hvert fald en del af stramningen. Denne ene ændring i praksis kan dog meget langt fra forklare den generelle stramning, *idet* der i perioden 1939-59 kun var 3 domme med mindre betydningsfulde opfindelser, nemlig Soveottomandommen (UfR 1939 s. 769 H), Klatretovsdommen (VLT 1942 s. 249) og Ildstedsdommen (UfR 1958 s. 832 H) og *idet* der i en af dommene – Klatretovsdommen – endog blev statueret krænkelse.[62]

Sammenfattende må man nok sige, at det med udgangspunkt i retskilderne er vanskeligt at give en rimelig forklaring på den relativt strenge praksis i perioden 1939 – 59. Hvis man for en kort stund forlader patentrettens relativt snævre synsvinkel og anskuer udviklingen i en mere historisk og økonomisk sammenhæng forekommer det nærliggende at påpege, at anden verdenskrig brød ud i 1939, hvilket med øjeblikkelig virkning kom til at indebære en drastisk påvirkning verdenshandlen der-

60. Se afsnit 4 om betydningen af den ved fortolkning fastlagte forståelse af patentkravene, herunder om hvorvidt patentkravene definerer beskyttelsens undergrænse.
61. Se afsnit 3 i kapitel 7.
62. Da antallet af domme vedrørende mindre betydningsfulde opfindelser langt overstiger antallet af domme vedrørende meget betydningsfulde opfindelser, har den tilsvarende udvikling, for så vidt angår meget betydningsfulde opfindelser rent statistisk så lille vægt, at det må anses for forsvarligt at ignorere dem i denne sammenhæng.

med ændrede førkrigstidens danske økonomi til en form for krigsøkonomi. Denne udvikling blev ifølge sagens natur forstærket ved besættelsen af Danmark i april 1940. Det kan næppe udelukkes, *at* den betydelige stramning, der indtrådte i 1939 kan have en eller anden sammenhæng med dansk industris drastisk ændrede vilkår under krigsøkonomien, og *at* krigsøkonomi-effekten kan have holdt sig i en lang årrække efter krigen, hvor dansk økonomi stadig var stærkt påvirket af krigen og dens følger for verdensøkonomien. Krigsøkonomi-effekten kan dog næppe i sig selv forklare, at stramningen holdt helt til 1959. Spørgsmålet om krigsøkonomiens mulige påvirkning er interessant, men det vil ikke blive forfulgt yderligere her. Hvis den specielle karakter af dansk økonomi under krigen og i efterkrigstiden har haft betydning for stramningen i perioden 1939-59, kan liberaliseringen først i 1960'erne eventuelt ses som en reaktion på de ændrede konjunkturer i 1960'erne.

11.3.2. Stramningen fra og med sidste halvdel af 1960'erne

Ifølge 2. udgave af den kommenterede patentlov vil og bør 1967-patentlovens § 39 »nok« påvirke retspraksis i retning af et beskyttelsesomfang, som i højere grad er knyttet til patentkravenes formulering.[63] Dette kan give anledning til at overveje, om skiftet fra den meget liberale praksis i begyndelsen af 1960'erne til en noget strengere praksis fra og med sidste halvdel af 1960'erne kan tænkes at have nogen sammenhæng med 1967-patentloven og dens forarbejder, selv om det i forarbejderne blev forudsat, at praksis skulle forblive uændret.[64]

1967-patentloven trådte først i kraft den 1. januar 1968, og denne dato må derfor som udgangspunkt være den relevante skæringsdato for vurderingen af den virkning, som 1967-patentloven og dens forarbejder kan have haft på praksis.

Der er imidlertid næppe nogen tvivl om, at man i Højesteret allerede flere år før 1967-patentlovens ikrafttræden lod sig inspirere af lovens for-

---

63. Mogens Koktvedgaard og Lise Østerborg, Patentloven 2. udg. (1979) s. 217 (originale kursiveringer): »Hidtidig dansk praksis syntes ikke at afgive støtte for antagelsen af, at den engelske sætning »*what is not claimed is disclaimed*« er gældende dansk ret, jfr. herved Immaterialretspositioner p. 160 øverst (noten). Ordlyden af § 39 vil (og bør) dog nok påvirke retspraksis i retning af en strengere kurs i så henseende.«

64. I NIR 1981 s. 197 har Mogens Plesner anført, at der ikke ses nogen forskel mellem retsstillingen, før vi fik § 39, og retsstillingen derefter. På grundlag af de tidligere omtalte tal forekommer det dog rimeligt at antage, at der er sket en stramning fra og med midten af 1960'erne – mest udtalt fra og med 1980. For så vidt angår norsk praksis, har Birger Stuevold Lassen i NIR 1983 s. 557 givet udtryk for, at den norske patentlovs § 39, der fuldt ud svarer til den danske § 39, ikke har medført nogen ændring i norsk ret.

arbejder i form af 1964-betænkningen, der allerede udkom i februar 1964.[65] Således blev 1964-betænkningen allerede nævnt i UfR's noter til Phenylbutazondommen (UfR 1964 s. 498 H) fra den 14. maj 1964, Affjedringsdommen (UfR 1966 s. 537 H) fra 1. juni 1966 og tvangslicensdommen UfR 1966 s. 566 H fra 17. juni 1966. Endvidere indeholder højesteretsdommer J. Trolles kommentar til UfR 1966 s. 566 H gentagne henvisninger til 1964-betænkningen.[66]

Uanset hvad der måtte kunne anføres af principielle retskildemæssige indvendinger herimod, forekommer det på denne baggrund ubetænkeligt at lægge til grund, at forarbejderne til 1967-patentloven rent faktisk kan have påvirket praksis også før 1967-patentlovens ikrafttræden – nærmere bestemt fra og med Phenylbutazondommen (UfR 1964 s. 498 H). Lader man denne dom udgøre skæringspunktet for vurderingen af den virkning, som 1967-patentloven og dens forarbejder kan have haft på praksis, dumper man imidlertid ned midt i den relativt liberale praksis i første halvdel af 1960'erne, hvilket ikke just er egnet til at gøre fremkomsten af 1967-patentloven og dens forarbejder – herunder ikke mindst 1964-betænkningen – til en god forklaring på skiftet fra den liberale praksis i begyndelsen af 1960'erne til en noget strengere praksis fra og med sidste halvdel af 1960'erne.

Vælger man i stedet den strengt taget mest logiske skæringsdato, hvor loven trådte i kraft, det vil sige den 1. januar 1968, er det også vanskeligt at påvise en direkte årsagsforbindelse mellem *a)* fremkomsten af § 39 med dertil hørende forarbejder og *b)* den meget omtalte stramning fra og med sidste halvdel af 1960'erne. I det følgende er den 1. januar 1968 lagt til grund som den relevante skæringsdato.

For så vidt angår de i forarbejderne indeholdte bemærkninger, ifølge hvilke *uklarheder* i patentkravene skal komme patenthaveren til skade, kan det ikke påvises, at de direkte har ført til en stramning i praksis. Med hensyn til forarbejdernes bemærkninger om, at *ansøgningssagens akter* kan føre til en relativt snæver beskyttelse, må det dog antages, at de har ført til en vis stramning.[67] Der er imidlertid tale om noget, som højst kan forklare en mindre del af stramningen fra og med sidste halvdel af 1960'erne.

---

65. I 1962-betænkningen var der ikke noget forslag til indførelse af en udtrykkeligt bestemmelse om beskyttelsesomfanget svarende til den nugældende § 39.
66. J. Trolles domskommentar i UfR 1966 B s. 274.
67. Se det herom anførte ovenfor i kapitel 6 og i kapitel 7's afsnit 10 og 13 om uklarheder og forløbet af patentansøgningens behandling. En enkelt landsretsdom – Østre Landsrets dom i Slibeskivedommen (UfR 1992 s. 794 H) – kunne tale for, at 1967-patentloven og de der-

Selv om formuleringen af § 39 nok kan siges at lægge op til en øget fokusering på patentkravene, kan der heller ikke i praksis påvises en stramning som en direkte følge af en højere prioritering af patentkravene. Der, hvor man i praksis kunne forvente, at det var muligt at se sådan en virkning, er navnlig i de domme, der siger noget om grundlaget for rettens vurdering af, hvad der må anses for at udgøre en opfindelses særegne egenskaber. De relevante domme giver imidlertid ikke grundlag for en konklusion om, at patentkravene har fået større betydning – hverken relativt eller absolut – siden fremkomsten af 1967-patentloven og dens forarbejder.[68]

Det er med andre ord kun lovforarbejdernes bemærkninger om betydningen af ansøgningssagens akter, der kan medvirke til at forklare stramningen, og de kan kun forklare en mindre del af stramningen.

Den med 1967-patentloven indførte ændring af ugyldighedsreglerne er som det fremgår nedenfor egnet til at påvirke de afsagte domme på en måde, som rent statistisk vil fremtræde som en liberalisering af reglerne om beskyttelsesomfangets udmåling.

Med virkning for patenter med prioritetsdag efter den 1. januar 1968 blev reglerne om ugyldighed ændret i 1967, således at både manglende nyhed og manglende opfindelseshøjde er ugyldighedsgrunde. Før ændringen var manglende opfindelseshøjde ifølge den dagældende § 24, jf. § 1, stk. 3, ikke en ugyldighedsgrund, selv om opfindelseshøjde var en af patenterbarhedsbetingelserne.[69]

De for ældre patenter gældende regler, ifølge hvilke manglende opfindelseshøjde ikke kunne føre til ugyldighed, havde som konsekvens, at man

---

til hørende forarbejder har ført til en stramning af praksis i retning af, at *ansøgningssagens akter* i højere grad bliver tillagt betydning til skade for patenthaveren, for så vidt angår spørgsmålet om, hvad der skal anses for at udgøre *en opfindelses særegne egenskaber*. Hvis man – som tidligere overvejet – vælger Phenylbutazondommen (UfR 1964 s. 498 H) som skæringspunkt for vurderingen af den betydning, der tillægges ansøgningssagens akter, trækker Tærskeværksdom II (UfR 1964 s. 628 H) og Persiennedom II (UfR 1965 s. 468 H), der begge blev afsagt efter publiceringen af 1964-betænkningen i februar 1964, dog i modsat retning, for så vidt angår spørgsmålet om *grundlaget for patentkravenes fortolkning*.

68. Se det herom anførte ovenfor i kapitel 7's afsnit 1 om den patenterede opfindelses særegne egenskaber.

69. Om den ældre ordning se 1964-betænkningen s. 313, Folketingstidende 1967/68 A sp. 1527, Mogens Plesner, NIR 1971 s. 117, Erik Lassen, U 1968 B s. 205, Poul Jacobsen, UfR 1943 B s. 141 ff., Hardy Andreasen, Juristen 1942 s. 279, Poul Jacobsen NIR 1938 s. 5 ff og Poul Jacobsen, UfR 1936 B s. 11 ff. Se også TfR 1962 s. 160, hvor Poul Spleth og Jørgen Trolle i deres kommentar til Persiennedom I (UfR 1961 s. 66 H) gav udtryk for, at Højesterets fortolkning havde udviklet sig derhen, hvor ugyldighed grundet manglende opfindelseshøjde principielt måtte anses for en mulighed, men at der måtte stilles strenge krav til beviset. I den konkrete dom blev patentet opretholdt på trods af den klare støtte for det modsatte resultat, der var at finde i syns- og skønsmændenes udtalelser.

i de tilfælde, hvor et patent måtte opretholdes på trods af manglende opfindelseshøjde, kunne kompensere for de inadækvate ugyldighedsregler ved at tildele patentet en relativt snæver beskyttelse.[70] Som følge heraf blev der efter omstændighederne statueret frifindelse under henvisning til et relativt beskedent beskyttelsesomfang i sager, hvor der efter de nye regler må statueres ugyldighed.[71] Med andre ord må ændringen af ugyldighedsreglerne antages at føre til, at der i lidt færre sager vil ske frifindelse fra patenthavernes krænkelsespåstande under henvisning til, at den omtvistede genstand ligger uden for patentets beskyttelsesomfang.

Det må antages, at dette ud fra en generel statistisk betragtning kan komme til at fremstå som en liberalisering af reglerne om fastlæggelsen af beskyttelsens omfang, idet den relative mængde af relevante domme, hvori der bliver statueret krænkelse, må antages at blive større – flere frifindelser på grund af ugyldighed, færre frifindelser på grund af et snævert beskyttelsesomfang og (alt andet lige) samme antal domfældelser. I det omfang sådan en forskydning af forholdet mellem de 2 typer domme kan tilskrives de nye ugyldighedsregler, er der dog ikke tale om en reel stramning men blot om en konsekvens af, at man har flyttet grænsen mellem ugyldighedsreglerne og reglerne om beskyttelsesomfangets fastlæggelse.

Det kan konstateres, *at* forarbejderne til § 39 kan forklare en mindre del af stramningen, men *at* de nye ugyldighedsreglers effekt må antages at trække i den modsatte retning. Sammenfattende må man nok konkludere, at det ikke er muligt at påvise en entydig årsagsforbindelse mellem stramningen og 1967-patentlovens ikrafttræden på trods af det relativt snævre tidsmæssige sammenfald mellem stramningen og ikrafttrædelsestidspunktet.

11.3.3. Langtidsvirkningen af den i 1983 skete ophævelse af forbudet mod patentering af lægemidler

Patenter på fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler, som stammer fra tiden før den administrative ophævelse af forbudet mod patentering af lægemidler i 1983, skal ifølge retspraksis tildeles en relativ bred beskyttelse.

---

70. For så vidt angår patenter, der blev meddelt i henhold til den før 1967-patentloven gældende patentlov skulle eventuelle spørgsmål om ugyldighed imidlertid fortsat afgøres efter den gamle § 24, hvorfor problemstillingen efter omstændighederne også kunne være aktuel efter den 1. januar 1968, hvor 1967-patentloven trådte i kraft, jf. 1967-patentlovens kap. XI nr. 1 og 3.
71. Se som eksempler Legetøjsautomobildommen (VLT 1949 s. 305) og Ildstedsdommen (UfR 1958 s. 832 H).

Da de her i bogen analyserede 62 domme omfatter 3 domme vedrørende sådanne patenter – Insulindommen (UfR 1941 s. 484), Phenylbatazondommen (UfR 1964 s. 498 H) og Clopoxiddommen (UfR 1979 s. 553 H), hvor der i alle 3 tilfælde blev statueret krænkelse – er en generelt set lidt strengere tendens indiceret, efterhånden som der ikke længere bliver afsagt domme om krænkelse af så gamle patenter på fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler.

I modsat retning trækker det forhold, *at* analogifremgangmådespatenter, som stammer fra tiden før forbudets ophævelse, ifølge retspraksis skal have en relativt snæver beskyttelse, og *at* der blandt de i alt 62 domme er en dom vedrørende et analogifremgangsmådepatent – Ranitidindommen (UfR 1993 s. 859 H), hvor der ikke blev statueret krænkelse.

Når man anskuer samtlige 62 domme, må nettoefekten antages at trække i retning af en moderat stramning, efterhånden som der ikke længere bliver afsagt domme om lægemiddelrelaterede fremgangsmådepatenter fra tiden før forbudets ophævelse.

Set i forhold til den moderat strenge praksis, der har hersket siden midten af 1960'erne, vil ændringerne dog næppe føre til noget, der vil fremtræde som en mærkbar stramning eller liberalisering på længere sigt, idet de 2 i den periode afsagte domme af relevans rent statistisk neutraliserer hinanden. I den ene dom blev der nemlig statueret krænkelse, mens den anden havde det modsatte udfald.

11.3.4. Forholdet mellem retspraksis og de i litteraturen forekommende opfattelser

Poul Jacobsens opfattelse, ifølge hvilken praksis før Insulindommen var meget retsriktiv, er vanskelig at forene med de synspunkter, som Mogens Koktvedgaard og Mogens Plesner har givet udtryk for. Ifølge dem skulle domstolene nemlig have skiftet til en mere liberal praksis flere år før Insulindommens afsigelse, og der blev afsagt hele 9 relevante domme i den periode, der ligger mellem Insulindommen og fra det tidspunkt, som ifølge Koktvedgaard skulle udgøre et vendepunkt mod en mere liberal praksis.

Som det fremgår, støtter oversigten over dommenes udfald hverken Plesners eller Koktvedgaards antagelser om en generel liberalisering fra slutningen af 30'erne og frem. Navnlig Plesners valg af Stofbanedommen fra 1938 som vendepunkt i udviklingen mod en mere liberal praksis forekommer ikke indlysende. Allerede fordi dommen er afsagt med en 5/4-dissens, virker det ikke nærliggende at lægge særlig stor vægt på netop den dom. Endvidere blev den påståede krænker frifundet i de 3 efterfølgende domme, der alle er Højesteretsdomme fra 1939 og 1940, og 2 af

disse 3 domme er endog af Poul Jacobsen fremhævet som eksempler på, at retspraksis før Insulindommen var præget af en betydelig strenghed. Hertil kommer, at Stofbanedommen er den sidst afsagte dom inden den 20 år lange periode fra og med 1939 til og med 1959, hvor der var en relativt streng praksis.

Koktvedgaard har som omtalt ovenfor i modsætning til Plesner henvist til en række domme til illustation af den liberalisering af praksis, der efter Koktvedgaards opfattelse slog igennem i 1936. Valget af illustative domme giver anledning til enkelte bemærkninger.

At Koktvedgaard har nævnt Rumudtørringsdommen (UfR 1934 s.248 H) som eksempel på en streng dom fra før liberaliseringen forekommer overraskende, allerede fordi han i Immaterialretspositioner har givet udtryk for, *at* patentet var uskarpt formuleret, og *at* det i øvrigt måtte være ret klart, at en så lidet genial fremgangsmåde som at anvende varm luft til at tørre et hus ikke kunne gøre krav på nogen omfattende beskyttelse.[72]

Til illustration af den efter hans opfattelse mere liberale praksis efter 1936 har Koktvedgaard henvist til 7 domme. De 3 af dommene er Insulindommen (UfR 1941 s. 484 H), Phenylbutazondommen (UfR 1964 s. 524 H) og Clopoxiddommen (UfR 1979 s. 553 H), det vil sige domme, som vedrører fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler. På grund af den *særlige* praksis, ifølge hvilken der skal tildeles sådanne patenter fra tiden før ophævelsen af forbudet mod patentering af lægemidler, en relativt bred beskyttelse, er de 3 domme ikke egnede til at dokumentere en liberal fastlæggelse af beskyttelsesomfanget i almindelighed.[73] Af de resterende 4 domme er det kun Borsvingsdommen (UfR 1949 s. 53 H), der stammer fra perioden 1939-59, og selv om man antager, at der i den ene dom var tale om en liberal udmåling af beskyttelsesomfanget, er det ikke nok til at rokke ved konklusionen om, at praksis generelt set var ganske restriktiv fra og med 1939 til og med 1959. To af de øvrige domme, nemlig Markørdommen (UfR 1961 s. 731 H) og Tærskeværksdom II (UfR 1964 s. 628 H) stammer begge fra den periode, hvor der ifølge konklusionerne ovenfor var tale om en meget liberal praksis. Koktvedgaards fremhævelse af disse 2 domme som udtryk for en liberal praksis er således i overensstemmelse med konklusionerne her i kapitlet, men de er ifølge sagens natur ikke egnede til at dokumentere en påstået liberaliserings indtræden mere end 25 år tidligere.

---

72. Mogens Koktvedgaard, Immaterialretspositioner (1965) s. 237.
73. Se kapitel 7's afsnit om analogifremgangsmådepatenter og andre patenter på fremgangsmåder til fremstilling af kemiske forbindelser.

Samlet må man nok konkludere, at de i litteraturen forekommende opfattelser af spørgsmålet om udviklingen i praksis, for så vidt angår beskyttelsens bredde ikke syntes at have synderlig støtte i praksis.

12. Den relative betydning af patentkrav og patentbeskrivelse

Et af hovedemnerne i den nordiske litteraturs debat om patenters beskyttelsesomfang er utvivlsomt den relative betydning af patentkrav og patentbeskrivelse ved udmålingen af et patents beskyttelsesomfang.[74] Problemstillingen kan navnlig være af betydning i forbindelse med patentkravenes fortolkning og i forbindelse med bestemmelsen af den patenterede opfindelses særegne egenskaber.

Som det fremgår af afsnit 2.3.3 i kapitel 6, har patentbeskrivelsen i praksis meget stor betydning for patentkravenes fortolkning. I en dom er der ved fortolkningen af et hovedkrav endog blevet lagt større vægt på patentbeskrivelsen end på sprogbrugen i hovedkravets umiddelbare underkrav. Som det fremgår af afsnit 2 i kapitel 7, spiller patentbeskrivelsen endvidere ofte en central rolle ved bestemmelsen af en patenteret opfindelses særegne egenskaber i praksis, mens patentkravene har haft en relativt beskeden rolle.

Når man som her tager udgangspunkt i retspraksis, må man konkludere, at patentbeskrivelsen har en relativt fremtrædende rolle i hidtil gældende dansk ret, mens patentkravene har en dertil svarende relativ beskeden rolle.

13. Den forud kendte teknik

Det følger af det, der i kapitel 5 er anført om grænsefladen mellem *a)* reglerne om ugyldighed på grund af manglende nyhed og/eller opfindelses-

74. I Niklas Bruuns artikel »Teori och praktik i patenträtten – ekvivalensläran i fokus« i NIR 1990 er der s. 166 ff en glimrende gennemgang af teorien. For så vidt angår den efterfølgende litteratur, der ikke syntes i væsentlig grad at have bidraget med nye synspunkter, kan der navnlig henvises til Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 152 ff, Olle Westlander, Patent (1995) s. 275 og 280 f, Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret 5. udg. (1999) s. 228 ff og Are Stenvik, Patentrett (1999) s. 318 ff.

højde og *b)* reglerne om beskyttelsesomfangets udmåling, at anden forud kendt end den, der er omtalt i patentbeskrivelsen, principielt må være uden betydning for beskyttelsesomfanget.

For så vidt angår den i patentbeskrivelsen omtalte forud kendte teknik, kan den være af betydning *dels* i forbindelse med patentkravenes fortolkning og *dels* i forbindelse med bestemmelsen af opfindelsens særegne egenskaber.[75]

14. Sammenfatning

Ved afgørelsen af, om noget i hidtil gældende dansk ret skal anses for omfattet af et patent, er den overordnede afvejningsparameter væsentlig lighed. Sammenligningsobjektet, som i den forbindelse er relevant, er den patenterede opfindelse.

Den fra et rent stofkrav flydende beskyttelse er altid begrænset til det, der direkte er omfattet af patentkravet, således at der kun kan blive tale om ordret krænkelse. Det forhold, at en omtvistet genstand ikke udnytter den patenterede opfindelses tekniske effekt bringer aldrig den omtvistede genstand uden for den ordrette beskyttelse, når det drejer sig om rene stofkrav.

Når der er en forskel mellem en omtvistet genstand og en patenteret opfindelse, udelukker det ifølge retspraksis krænkelse, hvis den omtvistede genstands afvigende udførelsesform først efterfølgende er blevet aktuel som følge af den efterfølgende tekniske udvikling, og forskellen vedrører opfindelsens særegne egenskaber.

Tilkendegivelser om et relativt snævert beskyttelsesomfang fremsat af patenthaveren under en ugyldighedssag eller en sag om administrativ omprøvning er bindende for patenthaveren – også i krænkelsessager uden sammenhæng med sagen om ugyldighed / administrativ omprøvning, herunder i krænkelsessager mod påståede krænkere, der ikke på nogen måde har været involveret i sagen om ugyldighed / administrativ omprøvning.

Som hovedregel er en omtvistet genstand omfattet af den fra et patentkrav flydende beskyttelse, hvis den omtvistede genstand har samtlige de træk ved den patenterede opfindelse, der er beskrevet i patentkravet.

Det fører ikke i sig selv en omtvistet genstand uden for den fra et patentkrav flydende ordrette beskyttelse, når den omtvistede genstand er ud-

---

75. Med hensyn til bestemmelsen af opfindelsens særegne egenskaber i øvrigt se kapitel 7's afsnit 2.3.2 og 2.3.3.

tryk for en teknologi, *a)* der har opfindelseshøjde i forhold til den patenterede opfindelse, eller *b)* som har en langt højere værdi end den patenterede opfindelse.

Der kan ikke være tale om patentkrænkelse, selv om samtlige de i et patentkrav beskrevne træk ved den patenterede opfindelse forefindes hos den omtvistede genstand, hvis opfindelsens tekniske effekt slet ikke er at finde hos den omtvistede genstand. Det samme er tilfældet, når opfindelsens tekniske effekt kun optræder hos den omtvistede genstand som en utilsigtet sideeffekt, medmindre de håndhævede patentkrav har karakter af rene stofkrav.

Patentbeskrivelsens udførelseseksempler har ikke vejledende betydning for beskyttelsesomfanget på en måde, som fører til en begrænsning af beskyttelsesomfanget i forhold til patentkravenes beskrivelse af den patenterede opfindelse.

Når en patenteret opfindelses særegne egenskaber findes hos en omtvistet genstand, er der ifølge praksis en stærk formodning for, at den omtvistede genstand har en så væsentlig lighed med den patenterede opfindelse, at den omtvistede genstand må anses for at være omfattet af det pågældende patent. Særlige omstændigheder eller kombinationer af omstændigheder kan dog føre til, at en omtvistet genstand, der har en patenteret opfindelses særegne egenskabers, alligevel må anses for at adskille sig så væsentligt fra den patenterede opfindelse, at den omtvistede genstand falder uden for patentet.

Hvis en påstået krænker til sit forsvar har påberåbt sig bestemte forskelle, og de ikke har nogen relation til den patenterede opfindelses særegne egenskaber, vil væsentlig lighed som hovedregel foreligge med den konsekvens, at den omtvistede genstand anses for omfattet af patentet.

Har en omtvistet genstand ikke den patenterede opfindelses særegne egenskaber, kan den ikke være omfattet af patentet. Dette udlukker ikke, at en opfindelse kan være omfattet af et patent, selv om den omtvistede genstand løser et andet problem end det, som den patenterede opfindelse (ifølge patentkravene eller patentbeskrivelsen) har til formål at løse. Hvis den omtvistede genstand i forbindelse med løsningen af det andet problem udnytter den patenterede opfindelses tekniske effekt, falder den omtvistede genstand nemlig alligevel inden for patentets rammer. Omvendt forholder det sig, hvis den patenterede opfindelses tekniske effekt optræder i forbindelse med løsningen af det andet problem, men den kun optræder som en utilsigtet sideefekt.

Når en patenteret opfindelses særegne egenskaber kun optræder hos en omtvistet genstand som en utilsigtet sideeffekt, sker der formentlig en

afkræftelse af den formodning for væsentlig lighed, som ellers opstår, når en opfindelses særegne egenskaber forefindes hos en omtvistet genstand.

Den i patentbeskrivelsen omtalte forud kendte teknik kan være af betydning for fastlæggelsen af det, som må anses for opfindelsens særegne egenskaber.[76]

Ved den afvejning, der skal til for at kunne vurdere, om der foreligger væsentlig lighed mellem en omtvistet genstand og en patenteret opfindelse, skal de øvrige relevante kriterier prioriteres på følgende måde:

Kriterier med høj prioritet

- Tekniske forskelle og ligheder mellem den omtvistede genstand og den patenterede genstand/opfindelse.
- Patenthaverens negative udtalelser om den påståede krænkers teknologi kan påvirke beskyttelsesomfanget på tilsvarende negativ vis.
- Når der er tale om en patenteret opfindelse med stor teknisk og/eller samfundsøkonomisk værdi fører det til en relativt bred beskyttelse.
- Den påståede krænkers subjektive forhold, herunder forgæves forsøg på at få en licens under det håndhævede patent og forsøg på at opfinde »rundt om« patentet, er noget der kan være medvirkende til, at en omtvistet genstand anses for omfattet af et patent.
- Analogifremgangsmådepatenter er genstand for en meget snæver beskyttelse.
- 2.MI-krav må antages at være genstand for en lige så snæver beskyttelse.

Kriterier uden speciel høj eller lav prioritet

- Tilføjelse af yderligere træk til patentkravene under ansøgningssagen fører efter omstændighederne til, at omtvistede genstande, der ikke har de pågældende træk, må anses for at falde uden for beskyttelsen.
- Patenthavers udtalelser uden sammenhæng med ansøgningssagens behandling kan efter omstændighederne påvirke beskyttelsesomfanget negativt. For så vidt angår tilkendegivelser fra patenthaveren i forbindelse med en ugyldighedssag eller en sag om administrativ omprøvning, gælder det tidligere herom anførte, der ikke indgår i den her omhandlede afvejning.

---

76. Om bestemmelsen af en opfindelses særegne egenskaber se mere udførligt ovenfor i afsnit 2.3.2 og 2.3.3 i kapitel 7.

– Patentkrav som ved et bevidst fravalg fra patenthaverens side har fået en snæver formulering vil efter omstændighederne være genstand for en relativ snæver beskyttelse.
– Betydelige fordele ved den omtvistede genstand vil normalt føre til en relativ bred beskyttelse.
– Almindelige fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler – det vil sige fremgangsmåder, der ikke har karakter af analogifremgangsmåder – er genstand for en relativ bred beskyttelse, hvis det drejer sig om patenter, der stammer fra tiden før den administrative ophævelse af det absolutte forbud mod patentering af lægemidler i 1983.
– Den i patentbeskrivelsen omtalte forud kendte teknik kan være af betydning for det karakteristiske ved den patenterede opfindelse/ opfindelsens særegne egenskaber.

Kriterier med lav prioritet

– Forskelle med hensyn til dimensioner, materialevalg, udseende eller lignende må antages som udgangspunkt at have lav prioritet ved afvejningen, idet der er tale om forhold, som normalt har ringe selvstændig betydning for krænkelsesvurderingen. Der er dog ikke tale om nogen særlig håndfast regel, idet det afgørende er en individuel vurdering af de pågældende forskelles betydning i relation til det konkrete patent.
– Hvis patenthaveres egen udnyttelse er en stor kommerciel succes, kan det påvirke beskyttelsesomfanget positivt og omvendt.
– Uklarheder i et patent kan påvirke beskyttelsesomfanget negativt.
– Når der er fordele ved den omtvistede genstand, men de er beskedne, kan det kun i meget begrænset omfang medvirke til at holde den omtvistede genstand uden for patentbeskyttelsen.
– Det forhold, at et patentkrav på grund af uagtsomhed hos patenthaveren har fået en unødvendigt snæver formulering, bør det kunne påvirke beskyttelsesomfanget negativt.
– Når der er tale om meget omfattende udviklingsomkostninger, bør det kunne påvirke beskyttelsesomfanget positivt.
– Når hemmeligholdelse fremstår som en alternativ beskyttelsesstrategi for den pågældende opfindelse, bør det kunne påvirke beskyttelsesomfanget positivt.

Følgende kriterier skal ikke tillægges nogen betydning under den afvejning, der skal til for at kunne vurdere, om der foreligger væsentlig lighed mellem en omtvistet genstand og en patenteret opfindelse:

- Den omtvistede genstands påvirkning af patenthavers omsætning.
- Åbenbare men ikke udnyttede muligheder for at give patentkravene en noget bredere formulering.
- Patentets klassificering.
- At den omtvistede genstand er genstand for et til den påståede krænker udstedt patent.
- Anden forud kendt teknik end den i patentbeskrivelsen omtalte kendte teknik.

Samtlige de træk ved den patenterede opfindelse, der er beskrevet i et patentkrav, skal tages i betragtning. Det indebærer imidlertid ikke, at en omtvistet genstand kun kan anses for omfattet af den fra patentkravet flydende beskyttelse, når den omtvistede genstand har samtlige de i patentkravet beskrevne træk. Der kan således efter omstændighederne statueres krænkelse *a)* såvel i tilfælde, hvor den manglende forekomst af et træk skyldes, at den omtvistede genstand er blevet forsynet med et alternativ til det pågældende træk, som *b)* i tilfælde, hvor der hos den omtvistede genstand hverken forefindes det i patentkravet beskrevne træk eller et alternativ hertil.

Når der foreligger mere end en forskel mellem en omtvistet genstand og en i et patentkrav beskrevet opfindelse, bør sammenligningen mellem de 2 fænomener ikke bestå af et antal isolerede sammenligninger af de enkelte forskelle med dertil hørende isolerede vurderinger af forskellenes væsentlighed. Sammenligningen og vurderingen bør have karakter af en helhedsbedømmelse. Der bør være tale om en simultan vurdering af samtlige forskelle og ligheder – ikke en sekventiel vurdering.

Den materielle patentret er ikke indrettet på en sådan måde, at dommerne i en retssag er bundet til nogen bestemt beslutningsstruktur ved afgørelsen af en sag om et patents beskyttelsesomfang. Det er de civilprocessuelle regler om grundlaget for sagernes afgørelse, der bestemmer, hvilke spørgsmål der kan anses for omtvistede, og som dommerne derfor skal tage stilling. Med andre ord er det den måde, hvorpå parterne vælger at tilskære og tilrettelægge sagen, der er afgørende for sagens struktur og dermed for de valgmuligheder, dommerne har, når de skal finde ud af, hvordan de vil angribe og håndtere sagen, herunder for deres muligheder for at træffe allerede-fordi-afgørelser.

Beskyttelsens bredde syntes at have været ret svingende i retspraksis gennem de sidste 100 år. Siden 1966 forekommer praksis af have været præget af en moderat strenghed. Denne moderate strenghed kommer til

77. Den sidste relevante dom i de gængse domssamlinger stammer fra 1993.

udtryk derved, at patenthaveren i perioden 1966-93 har tabt 5 ud af de i alt 8 krænkelsessager.[77] På grund af det talmæssigt set ret spinkle materiale er konklusionen om den moderate strenghed siden 1966 naturligvis ikke særlig håndfast, og den bør derfor omgås med en stor forsigtighed.

Spørgsmålet om den relative betydning af patentkrav og patentbeskrivelse er navnlig aktuelt ved fortolkningen af patentkrav og ved bestemmelsen af den patenterede opfindelses særegne egenskaber. I begge forbindelser spiller patentbeskrivelsen en stor rolle, mens patentkravene har en mindre fremtrædende rolle.

Kapitel 9

Fremover gældende dansk ret – EPKs betydning for fortolkningen af patentlovens § 39

1. Indledning

Ifølge bemærkningerne til lovforslaget om Danmarks tiltrædelse af EPK skulle tiltrædelsen af EPK, herunder EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen, ikke påvirke hidtidig dansk praksis, der med andre ord forudsattes allerede at være i fuld overensstemmelse med EPK's krav til reglerne om patenters beskyttelsesomfang. Hidtil gældende dansk ret, som på forskellig vis er analyseret i kapitlerne 6, 7 og 8, afspejler den retsopfattelse, som ifølge bemærkningerne til lovforslaget skal videreføres i uændret form efter tiltrædelsen af EPK.[1]

Som omtalt i kapitel 1 er der grund til at forholde sig skeptisk over for lovforarbejdernes forudsætning om, at EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen ikke bør give anledning til ændringer i hidtil gældende dansk ret. Emnet for dette kapitel er de ændringer, som en fortolkning af patentlovens § 39 i lyset af EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen kan give anledning til. Først omtales i afsnit 2-0 en række punkter, hvor det kan være relevant at overveje, om hidtil gældende dansk ret bør justeres for at kunne leve op til kravene i EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen. Derefter følger i afsnit 11 »sammenfatning« en samlet redegørelse for de regler om beskyttelsesomfanget, som vil være resultatet af en justering af hidtil gældende dansk ret i overensstemmelse med de forudgående konklusioner om de relevante ændringer. I afsnit 12 beskrives fremover gældende dansk rets regler i en mere brugervenlig oversigtsform af opskriftslignende karakter.

Danmarks folkeretlige forpligtelser til at fortolke patentlovens § 39 i overensstemmelse med EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen gælder principielt set kun europæiske patenter, der i medfør af patentlovens § 77 er registreret i Danmark. Som omtalt i kapitel 1's afsnit 1.6 antages det

1. Om forarbejderne til tiltrædelsesloven og den præcise afgrænsning af begrebet »hidtil gældende dansk ret« se afsnit 1 i kapitel 1.

dog her i bogen, *at* § 39 ikke skal fortolkes på én måde i relation til de i Danmark registrerede patenter udstedt af Den Europæiske Patentmyndighed og på en anden måde i relation til nationale danske patenter udstedt af den danske patentmyndighed, og *at* § 39 derfor generelt skal fortolkes i overensstemmelse med EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen. Dette gælder imidlertid ikke nødvendigvis, når det drejer sig om nationale danske patenter med prioritetsdag før Danmarks tiltrædelse af EPK. Der kan nemlig argumenteres for, at sådanne patenters beskyttelsesomfang skal udmåles efter de hidtil gældende danske regler – og altså ikke efter reglerne i fremover gældende dansk ret.[2]

Analysen af fremover gældende dansk ret giver anledning til en række metodiske problemer. For så vidt angår disse henvises der til omtalen deraf i kapitel 1's afsnit 1.7.

2. Den overordnede afvejningsparameter

I hidtil gældende dansk ret er det overordnede afvejningsspørgsmål i en krænkelsessag, om der kan siges at være væsentlige ligheder eller forskelle mellem den omtvistede genstand og den patenterede opfindelse.

Når patentlovens § 39 skal fortolkes i overensstemmelse med EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen, kan det ikke give anledning til megen tvivl, at man må skifte til den i Fortolkningsprotokollen forskrevne rimelighedsafvejning mellem på den ene side en passende beskyttelse af patenthaveren og på den anden side en rimelig retssikkerhed for trediemand.

Nendenfor i afsnit 2.1 og 2.2 overvejes det, hvad der mere præcist ligger i kravet om en passende beskyttelse for patenthaveren og en rimelig hensyntagen til trediemands retssikkerhed.

2.1. *En passende beskyttelse for patenthaveren*

Når det i fortolkningsprotokollen er angivet, at man skal tilstræbe, at patenthaveren får en passende beskyttelse, giver det anledning til at overveje, hvad det er beskyttelsen skal være *passende* i forhold til. Her er det mest

2. Det er nemlig et ofte anvendt ikrafttrædelsesprincip ved materielle ændringer af patentloven, at ændringerne finder anvendelse på patentansøgninger og patenter med prioritetsdag *efter* lovens normale ikrafttrædelsesdag, jf. for eksempel 1967-patentlovens kap. XI. Hvis lovgiver havde været sig bevidst, at EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen kræver ændringer i de danske regler om patenters beskyttelsesomfang, er det derfor sandsynligt, at lovgiver ville have holdt ældre patentansøgninger og patenter fri af ændringerne.

nærliggende og naturligt at vende sig mod de reale hensyn bag patentsystemet, jf. det herom anførte i kapitel 4. Det må derfor antages, at Fortolkningsprotokollen stiller krav om en høj grad af fokusering på de reale hensyn bag patentloven. Det indebærer, *at* innovationsincitamentseffekten og teknologispredningseffekten bør tillægges stor betydning, men *at* eneretthedernes omfang så vidt muligt ikke bør gøres så vidtgående, at den marginale negative påvirkning af konkurrenternes erhvervsfrihed ud fra en samfundsøkonomisk synsvinkel er større end den marginale positive påvirkning af den teknologiske udvikling. Den første af de i Fortolkningsprotokollen angivne afvejningsparametre dækker således i sig selv over en afvejning mellem 2 modsatrettede hensyn.

2.2. *Hensynet til trediemands retssikkerhed*

Retssikkerhed er langt fra noget entydigt begreb. Historisk set er retssikkerhedsbegrebet navnlig knyttet til spørgsmål vedrørende sikring af borgerne i et samfund mod overgreb fra myndighedernes side.[3] Den sammenhæng, hvori hensynet til trediemands retssikkerhed optræder i Fortolkningsprotokollen, tyder imidlertid på, at der i Fortolkningsprotokollen snarere er tænkt på trediemands muligheder for på forhånd at vurdere, om en given aktivitet må anses for at være omfattet af et patent. Det relevante retssikkerhedsaspekt må således antages primært at indebære et krav om en rimelig grad af forudselighed for trediemand. Det må ifølge sagens natur trække i retning af, *at* der skal være en snæver beskyttelse, som omfatter så lidt som muligt udover det, der udtrykkeligt er omfattet af patentkravene, *at* fortolkningen af patentkravene som hovedregel skal ske i overensstemmelse med den naturlige sproglige forståelse inden for det pågældende tekniske område, *at* det bør være så enkelt og lidet ressourcekrævende som muligt at vurdere et patents beskyttelsesomfang, *at* reglerne ikke bør være unødigt komplicerede, og *at* reglerne skal være indrettet på en måde, som motiverer dem, der søger om patent, til at formulere deres ansøgninger, herunder navnlig patentkravene, på en adækvat måde.[4]

---

3. Advokatsamfundets Menneskerettighedsudvalg, Advokatrådets retssikkerhedsprogram (1994) s. 17 og 18.
4. I ovenensstemmelse hermed har Mogen Koktvedgaard i NIR 1967 s. 71 givet udtryk for, at retspraksis fra før 1967-patentloven tiltrænger visse korrektioner for at fremme retssikkerheden, således at der opnås en klarere afgrænsning mellem patenthaverens og almenhedens (konkurrenternes) ret. Ifølge Koktvedgaard kunne de nødvendige korrektioner dog ikke opnås gennem den lovfæstelse af patentkravslæren, som formuleringen af det da foreliggende forslag til § 39 efter Koktvedgaards opfattelse lagde op til.

3. Uklarheder

Under forhandlingerne om Den Europæiske Patentkonvention var Fortolkningsprotokollen i 1973 genstand for drøftelser på en diplomatisk konference i München. Fra svensk side blev det under henvisning til de nordiske landes samarbejde inden for patentretten foreslået at tilføje følgende til protokollen:

> »It must be guaranteed that a patentee shall not derive advantage by making the claims ambiguous«.

Formuleringen svarer til bemærkninger, som man kan finde i 1964-betænkningen, 1967-lovforslaget og tilsvarende svenske lovmotiver. Under den diplomatiske konference støttede de øvrige nordiske lande det svenske forslag, som imidlertid blev nedstemt med stemmerne 10:4.[5]

I hvert fald for så vidt angår det af det svenske forslag omfattede spørgsmål, må man konkludere, at der er en konflikt mellem på den ene side forarbejderne til den danske § 39 og på den anden side Fortolkningsprotokollen. Da § 39 som omtalt i kapitel 1 afsnit 1.6 som udgangspunkt skal fortolkes i overensstemmelse med art. 69 og Fortolkningsprotokollen, fører den konflikt til, at man i fremover gældende dansk ret må se bort fra forarbejderne til § 39 i det omfang, art. 69 og Fortolkningsprotokollen vil føre til et andet resultat.[6]

Selv om den dominerende opfattelse i litteraturen svarer til den holdning, der er kommet til udtryk i forarbejderne til patentloven og det svenske forslag, er der som det fremgår af kapitel 6 afsnit 2.2.1 og 4 og kapitel 7 afsnit 10 ikke tale om en holdning, som har slået igennem i praksis. Hidtil gældende dansk ret er således i god overensstemmelse med forarbejderne til EPK art. 69, selv om man vurderet ud fra de danske forarbejder og litteraturen umiddelbart kunne få det modsatte indtryk.

---

5. Romuald Singer, The European Patent Convention (1995) s. 260 og Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 168 ff.
6. Berndt Godenhielm har i relation til spørgsmålet om forholdet mellem de nordiske landes forarbejder og Fortolkningsprotokollen også gjort sig til talsmand for den opfattelse, at Fortolkningsprotokollen må tillægges større betydning end forarbejderne til de nordiske patentlove, jf. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning s. 171. Han har begrundet resultatet med, at formålet med art. 69 og Fortolkningsprotokollen er en harmonisering af retstilstanden. I hvert fald efter dansk ret vil formålet ikke i sig selv være tilstrækkelig begrundelse, jf. den i kapitel 1 givne begrundelse for, at man efter dansk ret må nå til samme konklusion.

4. Patentkravenes fortolkning

I betragtning af, *at* hensynet til trediemands retssikkerhed taler for, at patentkrav som hovedregel bør fortolkes objektivt, det vil sige i overensstemmelse med den inden for det pågældende tekniske område normale sproglige forståelse, og *at* der i Fortolkningsprotokollen ret klart bliver taget afstand fra subjektiv fortolkning, er der i dansk retspraksis en betænkelig tilbøjelighed til at fortolke patentkravene kontekstuelt eller – endnu værre – subjektivt, jf. analysen i kapitel 6.[7] [8] Det er i den forbindelse ikke mindst betænkeligt, at man i dansk retspraksis – i strid med forarbejderne til 1967-patentloven – hidtdil har ladet det, som patenthaveren har anført i korrespondancen med patentmyndigheden, komme patenthaveren til gode, når patentkravene skal fortolkes.

For så vidt angår spørgsmålet om patentkravenes fortolkning, taler Fortolkningsprotokollen med andre ord for en mere restriktiv linie, hvor der i højere grad lægges vægt på den naturlige sproglige forståelse og i mindre grad på for eksempel det, som patenthaveren har anført i sin korrespondance med patentmyndigheden i forbindelse med ansøgningssagen.

At patentkravene i ret høj grad bør kunne stå alene kommer i øvrigt også til udtryk i EP Guidelines punkt C.4.1 og C.4.2, hvor blandt andet følgende er anført:

> »The clarity of the claims is of the utmost importance in view of their function in defining the matter for which protection is sought. Therefore the meaning of the terms of a claim should, as far as possible, be clear for the person skilled in the art from the wording of the claim alone. … Each claim should be read giving the words the meaning and scope which they normally have in the relevant art, unless in particular cases the description gives the words a special meaning by explicit definition or otherwise. Moreover, if such a special meaning applies, the examiner should, so far as possible, require the claim to be amended whereby the meaning is clear from the wording of the claim alone.«

---

7. I Fortolkningsprotokollen er det blandt andet anført, at EPK art. 69 ikke må fortolkes således, *at* patentkravene kun tjener som retningslinie, og *at* beskyttelsen i virkeligheden er det, som en fagmand på grundlag af en gennemgang af beskrivelsen og tegningerne mener, at patenthaveren har ønsket at få beskyttet.
8. Om begreberne objektiv, subjektiv og kontekstuel fortolkning se kapitel 6.

5. Opfindelsens særegne egenskaber

Begrebet »*opfindelsens særegne egenskaber*« var nyttigt i forbindelse med den samlede analyse af den betydning, som opfindelsens kerne etc. har haft for beskyttelsesomfanget i hidtil gældende dansk ret. Den lidt spredte fægtning, som begrebet opfindelsens særegne egenskaber dækker over, afspejler imidlertid en i nogen grad umoden retstilstand med en lidet orienteret afgrænsning af retsfaktum. For eksempel er der meget lidt reel vejledning at hente i den særegne egenskab, der går under betegnelsen opfindelsens kerne. Endvidere er det som omtalt i kapitel 7's afsnit 2 meget vanskeligt at sige noget sikkert om, hvad der i relation til et konkret patentkrav skal anses for at udgøre den patenterede opfindelses særegne egenskaber.[9]

På grund af den uklarhed med hensyn til retsfaktum, der er forbundet med reglerne om opfindelsens særegne egenskaber, er der grund til at overveje, om man kan præcisere dem på en måde, som gør, at den i højere grad kommer i overensstemmelse med Fortolkningsprotokollens krav om tilbørlig hensyntagen til trediemands retssikkerhed. Opgaven går ud på at samle trådene og formulere en mere vejledende og adækvat beskrivelse af retsfaktum og at gøre det på en måde, som i rimelig grad er loyal over for hidtil gældende dansk ret.[10] Dette loyalitetskrav må indebære, at det præciserede retsfaktum så vidt muligt bør afspejle en slags fællesnævner for de tanker, der må formodes at have ligget bag de afgørelser, hvor de forskellige særegne egenskaber er blevet tillagt betydning.

En patenteret opfindelses særegne egenskaber må ifølge praksis navnlig udledes af det, der er anført i patentbeskrivelsen og af patentkravene, men patentkravene spiller i praksis en mindre rolle end patentbeskrivelsen.[11] Det er i mindre god overensstemmelse med ordlyden af EPK art. 69, ifølge hvilken hovedvægten ved beskyttelsesomfangets bestemmelse skal lægges på patentkravene. Den nødvendige præcisering af retsfaktum bør med andre ord tilfredsstille et krav om en højere grad af fokusering på patentkravene.

---

9. At retspraksis vedrørende betydningen af opfindelsens særegne egenskaber giver indtryk af en i nogen grad umoden retstilstand, når man ser på retsfaktumbeskrivelsen, kan formentlig i vidt omfang henføres til det forhold, *at* dommene ifølge sagens natur må afspejle den måde, hvorpå parterne i de konkrete sager har valgt at tilskære og føre sagerne, og *at* parternes valg i så henseende må antages at afspejle den i almindelighed herskende usikkerhed med hensyn til det præcise indhold af reglerne om patenters beskyttelsesomfang.
10. Se afsnit 1 ovenfor om de relevante principper for implementering af de påkrævede ændringer i forhold til hidtil gældende dansk ret.
11. Se kapitel 7 afsnit 2.3.

Hvis man justerer reglerne om opfindelsens særegne egenskaber, således at det afgørende bliver *den i patentkravene beskrevne opfindelses patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt* i stedet for opfindelsens særegne egenskaber, opnår man på samme tid en betydelig præcisering og en øget fokus på patentkravene.

En justering af den art vil endvidere ikke udgøre noget markant brud med den linie, der er lagt i retspraksis, idet man uden at overdrive kan hævde, at den patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt er ganske velegnet som en slags fællesnævner for tankerne bag de forskellige underbegreber, der tilsammen udgør en opfindelses særegne egenskaber – en slags intellektuelt destillat.[12]

Den patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt må i denne sammenhæng være den effekt, der gør, at den i et patentkrav beskrevne opfindelse har dels opfindelseshøjde og dels den i patentlovens § 1 og EPK art. 52 og 57 krævede industrielle anvendelighed. Patentkravet kan i denne sammenhæng anskues som et forsøg på udtømmende at karakterisere de fænomener, der har den patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt.

Valget af den patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt ved den i patentkravene beskrevne opfindelse har i øvrigt den fordel, at der foreligger relativt veludviklede normer for, hvad der skal anses for en patenterbarhedsbegrundende teknisk effekt på baggrund af en given forud kendt teknologi. Man må således relativt nemt og med relativ stor sikkerhed kunne finde ud af, hvad der skal anses for et udgøre den relevante tekniske effekt ved en i et patentkrav beskrevet opfindelse – navnlig når der ved fastlæggelsen af beskyttelsesomfanget ikke bør tages hensyn til anden forud kendt teknik end den i patentbeskrivelsen omtalte forud kendte teknik.[13] Hertil kommer, at det ved opfindelsen løste problem og den dertil svarende løsning af problemet, som tilsammen er bestemmende for den tekniske effekt, skal fremgå af patentet, jf. EP Gennemførelsesforskrifternes regel 27(1)(c). Endvidere vil korrespondancen med patentmyndigheden ofte direkte dreje sig om den i patentkravene beskrevne opfindelses

---

12. I overensstemmelse hermed har Berndt Godenhielm i relation til AIPPI's resolution om patenters beskyttelsesomfang anført, at det i resolutionen anvendte udtryk »the essential features of the invention« må forstås som sigtende til det, der har været patentmotiverende, jf. NIR 1983 s. 553 f.
13. Om afgrænsningen af den for beskyttelsesomfanget relevante forud kendte teknik se kapitel 5. Efter omstændighederne kan det komme på tale at lægge vægt på den forud kendte teknik, der er omtalt i ansøgningssagen, men ansøgningssagens akter bør helt generelt kun kunne føre til begrænsninger i forhold til den tekniske effekt, som en isoleret vurdering af den tekniske effekt på grundlag af patentet vil føre til, jf. det i kapitel 7 afsnit 13 anførte om betydningen af ansøgningssagens forløb.

patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt, herunder om dens forhold til den forud kendte teknik.

Som det fremgår bør de i retspraksis udviklede regler vedrørende betydningen af en opfindelses særegne egenskaber justeres således, *at* det afgørende ikke længere er, om en omtvistet genstand har en patenteret opfindelses særegne egenskaber, og *at* det afgørende derimod bør være, om en omtvistet genstand udnytter den patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt ved en i et patentkrav beskrevet opfindelse (herefter kaldet *patentkravets tekniske effekt*).

Den justering vil umiddelbart føre til regler af følgende indhold:

- Der er en stærk formodning for krænkelse, hvis en omtvistet genstand har patentkravets tekniske effekt.
- Forekomsten af et patentkravs tekniske effekt hos en omtvistet genstand er dog ikke eneafgørende for, om den omtvistede genstand må anses for omfattet af den fra patentkravet flydende beskyttelse. En omtvistet genstand, der udnytter et patentkravs tekniske effekt, kan for eksempel ikke anses for omfattet af beskyttelsen, hvis den på trods heraf kan anses for at adskille sig væsentligt fra den patenterede opfindelse.
- En omtvistet genstand, som ikke udnytter et patentkravs tekniske effekt, kan ikke være omfattet af den fra patentkravet flydende beskyttelse.
- Når der i et patentkrav udtrykkeligt er angivet et teknisk problem, som opfindelsen tjener til at løse, og en omtvistet genstand tjener til at løse et andet problem, må den omtvistede genstand desuagtet anses for omfattet af den fra patentkravet flydende beskyttelse, hvis den udnytter patentkravets tekniske effekt som middel til at løse det andet problem. Er det ikke tilfældet, må en eventuel forekomst af patentkravets tekniske effekt hos den omtvistede genstand anses for en utilsigtet sideefekt, der falder uden for beskyttelsen.
- En omtvistet genstand kan ikke være omfattet af den fra et patentkrav flydende beskyttelse, når *a)* den omtvistede gestand adskiller sig fra patentkravets beskrivelse af den patenterede opfindelse, og *b)* det distingverende træk ved den omtvistede genstand er muliggjort som følge af den efterfølgende tekniske udvikling og vedrører patentkravets tekniske effekt – uanset om den tekniske effekt eksplicit er kommet til udtryk i patentkravene. Omvendt udelukker det ikke krænkelse, at det distingverende træk ved den omtvistede genstand er muliggjort som følge af den efterfølgende tekniske udvikling, hvis det ikke vedrører patentkravets tekniske effekt.

Anvendelsen af et patentkravs tekniske effekt i reglernes retsfaktumbeskrivelse giver anledning til problemer i de tilfælde, *hvor patentkravets godkendelse beror på noget andet end det, som er beskrevet i patentkravet*. I et patentkrav på en kemisk forbindelse uden angivelse af en specifik anvendelse af den kemiske forbindelse (stofkrav) indeholder patentkravet for eksempel ikke nogen indikation af opfindelsens industrielle anvendelse. Endvidere har den i patentkravene beskrevne fremgangsmåde til fremstilling af et lægemiddel ikke i sig selv opfindelseshøjde, når der er tale om et analogifremgangsmådekrav eller et 2.MI-krav – et patentkrav på 2. eller efterfølgende medicinske indikation af et lægemiddel.[14]

For så vidt angår *stofkrav*, er der ingen tvivl om, at patentet skal kunne håndhæves over for enhver anvendelse af det i patentkravet beskrevne stof, hvilket også omfatter andre anvendelser end den industrielle anvendelse, der har ført til patentets udstedelse, og som er angivet i patentbeskrivelsen.[15] Der er således tale om en undtagelse fra reglen om, at en omtvistet genstand falder uden for den fra et patentkrav flydende beskyttelse, hvis den ikke udnytter patentkravets tekniske effekt.

Ifølge afsnit 6 i kapitel 7 omfatter den fra et stofkrav flydende beskyttelse ikke andre kemiske forbindelser end dem, som udtrykkeligt er omtalt i stofkravet. Den regel indebærer, at udnyttelsen af den tekniske effekt, der ligger bag godkendelsen af et stofkrav, ikke vil være omfattet af patentbeskyttelsen, når der er tale om et lignende men ikke identisk stof, der falder uden for patentkravets beskrivelse af det patenterede stof. Det er en undtagelse fra reglen om, at en omtvistet genstand som hovedregel skal anses for omfattet af patentbeskyttelsen, hvis den omtvistede genstand udnytter den patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt.

For så vidt angår *2.MI-krav* og *analogifremgangsmådekrav* må det antages, at der under hensyn til Fortolkningsprotokollens krav om en passende beskyttelse til patenthaveren bør gælde nogle specielle regler, jf. det derom anførte nedenfor i afsnit 7.7.

Reglen om, at en omtvistet genstand, der udnytter et patentkravs tekniske effekt, ikke er omfattet af den fra patentkravet flydende beskyttelse, hvis den må anses for at adskille sig væsentligt fra *den patenterede opfindelse*, kan i øvrigt med rette kritiseres for ikke i fornødent omfang at leve op til Fortolkningsprotokollens krav om, at der skal tages rimeligt hensyn til trediemands retssikkerhed.[16] Ved i stedet at bruge *den i det håndhæve-*

14. Om 2.MI-krav se kapitel 7.
15. Se kapitel 7's afsnit 6 om stofkrav.

de patentkrav beskrevne opfindelse som sammenligningsobjektet, kan problemet løses på en måde, som samtidig bringer reglen i bedre harmoni med EPK art. 69, ifølge hvilken hovedvægten ved beskyttelsesomfangets bestemmelse som bekendt skal lægges på patentkravene. Den derved opnåede højere grad af retssikkerhed behøver ikke at gå ud over hensynet til en passende beskyttelse af patenthaveren, allerede fordi det hverken logisk eller på anden måde nødvendigvis må føre til en mindre omfattende beskyttelse end beskyttelsen i henhold til de tidligere i dette afsnit omtalte regler, der må justeres med hensyn til det relevante sammenligningsobjekt.

6. Hvorvidt patentkravene bør definere beskyttelsens undergrænse

Når man læser Fortolkningsprotokollen, får man nemt det indtryk, at den beskyttelse, som den i Fortolkningsprotokollen krævede rimelighedsafvejning fører til, altid skal omfatte *mindst* »den snævre og bogstavelige betydning af patentkravenes ordlyd«, idet det i Fortolkningsprotokollen er anført, at art. 69 ikke må fortolkes således, at det europæiske patents beskyttelsesomfang bestemmes ved den snævre, bogstavelige betydning af patentkravenes ordlyd. Det kan give anledning til at overveje, om det er foreneligt med Fortolkningsprotokollen, når en omtvistet genstand ifølge hidtil gældende dansk ret under særlige omstændigheder kan falde uden for et patents beskyttelse, selv om den omtvistede genstand har samtlige de i et patentkrav beskrevne træk.

De tilfælde, hvor en omtvistet genstand ifølge retspraksis kan falde uden for beskyttelsen, selv om samtlige de i et patentkrav beskrevne træk ved den patenterede opfindelse forefindes hos den omtvistede genstand, er *a)* tilfælde, hvor den patenterede opfindelses tekniske effekt af en eller anden årsag slet ikke optræder hos den omtvistede genstand, og *b)* tilfælde, hvor den patenterede opfindelses tekniske effekt kun optræder som en utilsigtet sideeffekt hos den omtvistede genstand.[17]

Selv om man antager, at der i overensstemmelse med hidtidig dansk

16. Se det, der i kapitel 8's afsnit om den overordnede afvejningsparameter er anført vedrørende »den patenterede opfindelse« som den relevante sammenligningsgenstand i hidtil gældende dansk ret.
17. Se kapitel 8's afsnit om betydningen af den ved fortolkning fastlagte forståelse af patentkravene etc.

praksis kan være visse begrænsninger i beskyttelsen i forhold til patentkravene, indebærer det ikke, at beskyttelsen er begrænset til den snævre bogstavelige betydning af patentkravenes ordlyd. Ifølge de ovenfor i afsnit 4 omtalte regler vil en omtvistet genstand, der adskiller sig fra patentkravets beskrivelse af opfindelsen, for eksempel som hovedregel være omfattet af den fra et patentkrav flydende beskyttelse, hvis den i patentkravet beskrevne opfindelses patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt forefindes hos den omtvistede genstand. En forståelse af Fortolkningsprotokollen, ifølge hvilken der skal gælde de i dansk praksis anerkendte men ret snævre indskrænkninger i beskyttelsen i forhold til patentkravene, er med andre ord forenelig med Fortolkningsprotokollens ordlyd, idet beskyttelsen rent faktisk efter omstændighederne kan gå ud over den snævre bogstavelige betydning af patentkravenes ordlyd.

Denne konklusion understøttes også af det forhold, at Fortolkningsprotokollens krav om en *passende* beskyttelse til patenthaveren ikke med styrke taler for, at beskyttelsen af en patenteret opfindelse skal udstrækkes til genstande, hvor den patenterede opfindelses tekniske effekt slet ikke optræder, eller hvor den kun optræder som en utilsigtet sideeffekt.

De i hidtil gældende dansk ret gældende undtagelser fra hovedreglen om, at patentkravene udgør beskyttelsens undergrænse, kan imidlertid med rette kritiseres for ikke i fornødent omfang at leve op til Fortolkningsprotokollens krav om at tage rimeligt hensyn til trediemands retssikkerhed, idet udtrykket »den patenterede opfindelse« er for ubestemt. Den relevante tekniske effekt bør være *den i patentkravet beskrevne opfindelses patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt*, idet man derved ikke alene tilfredsstiller Fortolkningsprotokollens krav om et rimeligt hensyn til trediemands retssikkerhed men også lever op til EPK art. 69's fremhævelse af patentkravenes betydning for beskyttelsesomfanget. Ved i den hér drøftede sammenhæng at lægge vægt på den patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt ved den i patentkravene beskrevne opfindelse, opnår man i øvrigt en høj grad af harmoni med de ovenfor i afsnit 5 omtalte regler om opfindelsens særegne egenskaber, idet den nævnte tekniske effekt har en tilsvarende rolle i de dér omtalte regler.

Når den patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt *beror på noget andet end det, som er beskrevet i patentkravene*, giver reglen om den patenterbarhedsbegrundende tekniske effekts betydning i relation til spørgsmålet om patentkravene som beskyttelsens undergrænse anledning til problemer. Disse problemer er aktuelle, når de af patenthaveren påberåbte patentkrav har karakter af stofkrav, analogifremgangsmådekrav eller 2.MI-krav. Ovenfor i afsnit 5 blev det konkluderet, at der i relation til reg-

lerne om betydningen af patentkravenes tekniske effekt i almindelighed må antages at gælde særlige regler for stofkrav, analogifremgangsmådekrav og 2.MI-krav. Disse særlige regler må antages at finde tilsvarende anvendelse i relation til spørgsmålet om patentkravenes tekniske effekts betydning for spørgsmålet om patentkravene som beskyttelsens undergrænse. Der henvises til omtalen ovenfor i afsnit 5.

7. De relevante kriterier og deres vægtning i øvrigt

7.1. *Tekniske forskelle og ligheder*

De overvejelser, som sidst i afsnit 5 ovenfor førte til den konklusion, at den i den forbindelse relevante patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt må være den patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt ved *den i det håndhævede patentkrav beskrevne opfindelse*, fører her til den konklusion, at de for krænkelsesvurderingen relevante tekniske forskelle og ligheder i fremover gældende dansk ret må være de tekniske forskelle og ligheder mellem den omtvistede genstand og »den i det håndhævede patentkrav beskrevne opfindelse« (sammenligningsobjektet) – i modsætning til hidtil gældende dansk rets mere diffuse »den patenterede opfindelse«.

7.2. *Innovationsincitamentseffekten*

Som det fremgår af kapitel 3, taler de bag patentsystemet liggende reale hensyn for, *at* der tillægges et patent en relativ bred beskyttelse, når der er tale om en opfindelse, hvis realisering kræver et stærkt incitament fra patentsystemet, hvilket som udgangspunkt må antages at være tilfældet, når udviklingsomkostningerne er substantielle, og *at* der omvendt tillægges et patent en relativ snæver beskyttelse, når der er tale om en opfindelse, som må antages at ville være blevet realiseret uden væsentlig forsinkelse, selv om der ikke havde været noget patentsystem, hvilket som udgangspunkt må være tilfældet, når udviklingsomkostningerne må antages at være af beskedent omfang.

Når Fortolkningsprotokollens krav om en passende beskyttelse som omtalt ovenfor i afsnit 2 må forstås som et krav om en under hensyn til patentsystemets reale begrundelse passende beskyttelse, bør der med andre ord tillægges behovet for et stærkt incitament fra patentsystemet og dermed de nødvendige udviklingsomkostninger betydelig vægt ved patentbeskyttelsens udmåling.

I de tilfælde, hvor opfindelsen er af en sådan karakter, at patentsyste-

met må antages at have været uden betydning for opfindelsens realisering, er der dybest set ingen grund til, at lade opfindelsen nyde nogen beskyttelse over hovedet. Der er imidlertid ingen tvivl om, at det ville stride mod patentlovens § 39 og EPK art. 69 helt at nægte gyldige patenter vedrørende sådanne opfindelser beskyttelse. Konklusionen kan derfor ikke blive mere vidtgående end, at der i sådanne tilfælde normalt ikke bør udmåles en beskyttelse, som omfatter andet eller mere end den det, der udtrykkeligt er beskrevet i patentkravene. Med andre ord bør der i sådanne tilfælde ikke kunne blive tale om analog beskyttelse.

Mogens Koktvedgaard har påpeget, at patentsystemet er inde i en udvikling, hvor det er ved at kvæle sig selv, hvilket navnlig hænger sammen med, at patentmyndighederne af forskellige årsager opererer med alt for slappe krav til opfindelseshøjden. Ifølge Koktvedgaard er det adækvate middel en ganske betydelig stramning af kravet til opfindelseshøjden.[18] Koktvedgaards synspunkter kan til fulde tiltrædes – i hvert fald for så vidt angår langt de fleste typer opfindelser. For så vidt angår de mange opfindelser, hvor adgangen til patentering dybest set må anses for overflødig, kan den her skitserede opstramning af praksis med hensyn til beskyttelsesomfangets udmåling om ikke løse problemet så dog være med til at trække i den rigtige retning.

Det er ikke usædvanligt, at en opfindelse kan være genstand for et patent, selv om den langt fra er udviklet til et i kommerciel henseende levedygtigt stadium. Udviklingen af et nyt lægemiddel er et godt eksempel herpå.

For at man kan bringe et nyt lægemiddel på markedet, kræves der en godkendelse, og for at få sådan en godkendelse skal der foreligge en omfattende dokumentation for den terapeutiske effekt etc. Det koster derfor i størrelsesordenen 1-2 mia. kr. at udvikle et nyt originalt lægemiddel til et kommercielt udnytteligt produkt. Da konkurrenterne ofte på relativ kort tid og under afholdelse af væsentligt færre omkostninger kan påbegynde produktion og salg af lægemidlet, når det nye lægemiddel er sendt på markedet, medmindre det nye lægemiddel er genstand for et patent og/eller et supplerende beskyttelsescertifikat, er der et betydeligt behov for en effektiv beskyttelse af nye lægemiddelopfindelser.[19]

Omkostningerne ved gennemførelse af de kliniske undersøgelser, som kræves for at tilvejebringe den for markedsføringstilladelsen nødvendige

18. Mogens Koktvedgaard i NIR 1993 s. 103 f.
19. Udstedelse af supplerende beskyttelsescertifikater for lægemidler i henhold til Rådsforordning 1768/92 af 18. juni 1992 forudsætter, at lægemidlet er genstand for patentbeskyttelse, jf. forordningens art. 3.

dokumentation, udgør en meget væsentlig del af de betydelige udviklingsomkostninger, der er forbundet med udviklingen af et nyt lægemiddel. Disse omkostninger bliver kun afholdt, hvis virksomheden forinden har sikret sig en rimeligt god patentbeskyttelse. Blandt andet derfor bliver der typisk søgt om patent på et meget tidligt tidspunkt under udviklingsforløbet, hvor kun en lille brøkdel af de samlede omkostninger er afholdt. Patenthaverens risiko er imidlertid ikke begrænset til de relativt små initiale investeringer, som har bragt opfindelsen til det stadium, hvor der er basis for ansøgning om og udstedelse af et patent. Det ville derfor ikke være velbegrundet kun at tage de initiale investeringer i betragtning ved beskyttelsesomfangets fastlæggelse. Et patent har til formål at retfærdiggøre den fulde investering i den tekniske udvikling af opfindelsen til et stadium, hvor patenthaveren kan begynde at udnytte den kommercielt. Derfor bør man ved vurderingen af, hvilken beskyttelse der er passende for en opfindelse, tage de samlede tekniske udviklingsomkostninger i betragtning, selv om en del af dem først afholdes efter patentansøgningens udarbejdelse og indlevering.

Der vil altid være visse omkostninger ved at udvikle et nyt produkt, uanset om produktet kan siges at besidde opfinderiske kvaliteter. Da patentloven alene har til formål at fremme udviklingen af ny teknologi med opfinderiske kvaliteter, bør der ved fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang ses bort fra den del af de samlede udviklingsomkostninger, der kan henføres til sådanne basisomkostninger, således at den del af udviklingsinvesteringen, som bør kunne påvirke beskyttelsens bredde, alene er den del, der har forbindelse med produktets innovative aspekter.

Da der er tale om meget væsentlige reale hensyn af helt central betydning for den bag patentsystemet liggende begrundelse og dermed for hele patentsystemets legitimering, bør den betydning, patentsystemets eksistens må antages at have for realiseringen af den pågældende opfindelse have en høj prioritet ved den i Fortolkningsprotokollen foreskrevne rimelighedsafvejning. Dette er udtryk for en kraftig opprioritering i forhold til hidtil gældende dansk ret, hvor der kun blev lagt meget begrænset – om overhovedet nogen – vægt på patentsystemets innovationsincitament i forbindelse med den konkrete patenterede opfindelse.[20]

7.3. *Teknologispredningseffekten*

Som det fremgår af kapitel 3, taler de bag patentsystemet liggende reale hensyn for, at der bør tillægges et patent en relativ bred beskyttelse, når

20. Om hidtil gældende dansk ret se afsnit 4 i kapitel 7 og afsnit 6.4.6 i kapitel 8.

hemmeligholdelse er et reelt alternativ som beskyttelsesstrategi, det vil sige når der er tale om en opfindelse, som patenthaveren kunne have hemmeligholdt uden derved at skulle begrænse sin kommercielle udnyttelse af opfindelsen. Dette må antages navnlig at være relevant ved visse former for fremgangsmåder, herunder for eksempel en ny fremgangsmåde til fremstilling af et produkt, hvor det færdige produkt, som bringes i omsætning, ikke i sig selv afslører, hvordan det er fremstillet.

At der er tale om reale hensyn af en ikke ubetydelig vægt fremgår af en undersøgelse af den teknologiske udvikling hos Danmarks største virksomheder, som Forskningsministeriet offentliggjorde i 1994. Ifølge undersøgelsen anså 51 % af samtlige de adspurgte virksomheder hemmeligholdelse for at være en vigtig beskyttelsesstrategi, mens kun 35 % af virksomhederne anså patentering for at være en vigtig beskyttelsesstrategi. Endvidere oplyste mere end 60 % af virksomhederne, at det er en vigtig grund til ikke at søge patent på en opfindelse, at oplysninger om opfindelsen bliver alment tilgængelige i forbindelse med patenteringen.[21]

Når Fortolkningsprotokollens krav om en passende beskyttelse som omtalt ovenfor i afsnit 2 må forstås som et krav om en under hensyn til patentsystemets reale begrundelse passende beskyttelse, bør det med andre ord tillægges stor vægt ved patentbeskyttelsens udmåling, hvis patenthaveren har haft mulighed for at vælge hemmeligholdelse som beskyttelsesstrategi i stedet for at søge patent på opfindelsen og dermed gøre relevante oplysninger om opfindelsen offentligt tilgængelige.

Da der er tale om et realt hensyn af væsentlig og central betydning for den bag patentsystemet liggende begrundelse og dermed for hele patentsystemets legitimering, bør den betydning patentsystemet har for offentliggørelsen og dermed spredningen af relevant viden om den patenterede opfindelse have en høj prioritet ved den i Fortolkningsprotokollen foreskrevne rimelighedsafvejning. Sammenlignet med hidtil gældende dansk ret indebærer det en betydelig opprioritering, idet teknologispredningseffekten i relation til den konkrete opfindelse hidtil kun er blevet tillagt meget begrænset – om overhovedet nogen – betydning.[22]

7.4. *Opfindelsens værdi*

Alt andet lige må der siges at være en større samfundsmæssig interesse knyttet til udviklingen af værdifulde opfindelser end til udviklingen af mere betydningsløse opfindelser. Det fremtræder derfor umiddelbart som

---

21. Forskningsministeriet »Teknologisk udvikling i Danmarks største virksomheder« (1994) tabel 2.1 og fig. 2.2
22. Om hidtil gældende dansk ret se afsnit 5 i kapitel 7 og afsnit 6.4.7 i kapitel 8.

velbegrundet, at der i hidtil gældende dansk ret er lagt stor vægt på, om en opfindelse kan siges at være mere eller mindre betydningsfuld. Der er imidlertid væsentlige hensyn, der trækker i retning af, at det bør tillægges mindre betydning end i hidtil gældende dansk ret, hvor opfindelsens værdi eller mangel på samme er af stor betydning for beskyttelsesomfanget.[23]

Hensynet til trediemands erhvervsfrihed, skal som anført i afsnit 2 indgå i vurderingen af, om beskyttelsen som krævet i Fortolkningsprotokollen er passende. Jo mere betydningsfuld en opfindelse er, jo større er den skadevirkning, samfundet påføres som følge af det ved eneretten skabte monopol, og omvendt. Trediemands interesse i at kunne udnytte en opfindelse må nemlig antages at være ligefrem proportional med opfindelsens betydningsfuldhed, således at skadevirkningen ved den fra patentet flydende monopolstilling på tilsvarende vis må antages at være ligefrem proportional med opfindelsens betydningsfuldhed.[24] Det er vanskeligt at sige, hvor den rette balance ligger, men man har hidtil næppe i tilstrækkeligt omfang haft opmærksomheden henledt på den væsentlige bivirkning, der er forbundet med at give værdifulde opfindelser en særlig bred beskyttelse. Det forhold, at mere betydningsfulde opfindelser allerede i forbindelse med et patents udstedelse tilgodeses med relativt brede patentkrav, kunne også tale for, at man i forbindelse med beskyttelsesomfangets efterfølgende udmåling ikke bør tillægge det helt så stor betydning som hidtil, at der er tale om en relativt betydningsfuld opfindelse.[25] Ellers vil patenthaveren få både i pose og i sæk, hvorved beskyttelsen bliver upassende stærk. Det må anses for mere passende med en prioritet, der hverken er specielt høj eller lav. Denne prioritering af opfindelsens værdi vil set i lyset af de reale hensyn principielt set være for høj, men når der skal tages tilbørligt hensyn til lovens forarbejder, er det næppe realistisk at foreslå en mere vidtgående justering af retstilstanden, jf. det derom anførte i afsnit 1.

---

23. Om hidtil gældende dansk ret se afsnit 3 i kapitel 7 og afsnit 6.2.2 i kapitel 8.
24. Mogens Koktvedgaard og Lise Østerborg har i Patentloven, 2. udg. s. 62 givet udtryk for synspunkter, der må siges at afspejle en beslægtet tankegang (i hvert fald i relation til visse kemiske patenter), idet det er anført, *at* kemiske stofpatenter normalt er de mest slagkraftige og derfor på én gang de farligste og de mest værdifulde for den kemiske industri, og *at* de må give anledning til en ikke ringe tvivl med hensyn til den korrekte afgrænsning af beskyttelsesområdet.
25. Om godkendelse af relativt brede patentkrav ved mere betydningsfulde opfindelser se EPO Guidelines C.6.2.

7.5. *Patenthaverens subjektive forhold i forbindelse med patentansøgningens udarbejdelse og behandling*

Hidtil gældende dansk ret må antages at gå ud på, *at* et bevidst fravalg af en bredere formulering af et patentkrav kan have negativ indflydelse på beskyttelsesomfanget, og *at* en snæver formulering af et patentkrav, som (blot) må tilskrives uagtsomhed hos patenthaveren og/eller dennes patentagent, højst kan siges at have begrænset betydning, hvilket langt fra udelukker, at beskyttelsen udstrækkes til at omfatte genstande, der ville have været direkte omfattet af patentkravene, hvis der ikke havde foreligget uagtsomhed i forbindelse med deres formulering.

Der findes argumenter, som med betydelig styrke kan anføres mod antagelsen om, at en (blot) uagtsom begrænsning af et patentkravs indhold må være uden betydning for et patents analoge beskyttelsesomfang. Inden for privatretten er det en almindelig retsgrundsætning, at det må komme en part til skade, hvis parten i en relevant sammenhæng har udvist uagtsomhed. Som fremtrædende eksempler kan fra erstatningsretten nævnes reglerne om ansvarsgrundlaget og virkningen af egen skyld. Det er vanskeligt at se, hvad der skulle kunne begrunde, at man i den her drøftede relation skal fravige den almindelige privatretlige retsgrundsætning om betydningen af en parts uagtsomhed. Når der i medfør af Fortolkningsprotokollen skal tages hensyn til, patenthaverens interesse i en passende beskyttelse, bør det derfor påvirke udfaldet af den i Fortolkningsprotokollen foreskrevne rimelighedsafvejning, hvis patenthaveren har handlet uagtsomt. Hensynet til trediemands retssikkerhed trækker i samme retning – der bør være et betydeligt incitament til at yde en forsvarlig indsats ved patentkravenes formulering, og trediemand bør kunne handle i tillid til, at der ligger en fagligt kompetent indsats bag arbejdet med patentkravenes formulering.

Når man skal vurdere, hvad der i relation til en unødvendig begrænsning af et patentkrav må anses for at være uagtsomt, støder man ret hurtigt ind i spørgsmålet om, hvad der skal anses for at være den relevante agtsomhedsstandard. Det må følge af EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen, at beskyttelsen af et europæisk patent så vidt muligt skal fastlægges på én og samme måde i alle de lande, hvor det er registreret. Der bør derfor være tale om en fælles standard for vurdering af, hvad der kan anses for uagtsomt. Der er imidlertid stor forskel på de nationale krav til patentagenters uddannelse i de forskellige lande, der har tiltrådt EPK, og den faglige standard er meget svingende fra land til land.[26] Som følge heraf må

26. I Tyskland og England skal man leve op til meget høje krav for at kunne praktisere som patentagent, mens der i andre lande, herunder i Danmark, hverken er kvalifikationskrav ellerautorisationsordninger.

man nødvendigvis vælge en fælleseuropæisk standard, som tager udgangspunkt i de krav, der stilles ved eksamen for europæiske patentagenter, jf. EPK art. 134, stk. 2, litra c, og stk. 8.[27] For så vidt angår nationale danske patenter udstedt af den danske patentmyndighed, er det naturligvis muligt at argumentere for, at den relevante agtsomhedsstandard skal være standarden i den danske patentagentbranche, men patentlovens § 39 må antages at indebære, at der ikke skal gøres forskel på europæiske patenter, der er registreret her i landet, og nationale danske patenter udstedt af den danske patentmyndighed.[28] Den fælleseuropæiske agtsomhedsstandard må derfor også skulle finde anvendelse, når det drejer sig om dansk udstedte patenter.

Når patenthaveren i forbindelse med ansøgningssagen har ladet sig repræsentere af en patentagent, må det lægges til grund, at der i denne forbindelse i hvert fald som udgangspunkt må ske identifikation mellem patenthaveren og patentagenten, jf. patentlovens § 12, ifølge hvilken den for en udenlandsk ansøger agerende patentagent repræsenterer ansøgeren »i alt vedrørende ansøgningen«.[29]

Man kan sondre mellem forudsigelig teknik og uforudsigelig teknik. Store dele af kemien og (navnlig) bioteknologien er klassiske eksempler på relativ *uforudsigelig teknik*, idet der normalt vil være en mere eller mindre udtalt usikkerhed med hensyn til, hvilken effekt det vil have, hvis man inden for disse teknologiområder foretager sig noget nyt og uprøvet.[30] Mekanikken og elektronikken er klassiske eksempler på relativt *forudsigelig teknik*, idet man normalt med stor sikkerhed kan forudsige, hvad der vil være den tekniske effekt af en ny og uprøvet konstellation af mekaniske virkemidler eller elektroniske komponenter. Agtsomhedsvurderingen må ifølge sagens natur få en noget forskellig karakter, alt efter om der er tale om forudsigelig eller uforudsigelig teknik. Det må nemlig antages, at det i almindelighed er vanskeligere udtømmende at »gætte« sig til, hvad der kan være af alternative udførelsesformer, i det omfang der er tale om uforudsigelig teknik. Med andre ord må spørgsmålet om patenthaverens uagtsomhed antages primært at være relevant, når det drejer sig om forudsigelig teknik.

27. Om professionen af europæiske patentagenter, herunder om den europæiske egnethedsprøve se Lise Dybdahl Østerborg s. 227 ff i Vennebog til Mogens Koktvedgaard (1993).
28. Vedrørende den ens behandling af europæiske og danske patenter se det derom anførte i kapitel 9 afsnit 1.6.
29. I NIR 1983 s. 568 har Lennart Sjöö også antaget, at der i denne relation må ske identifikation mellem en patentansøger og en af denne antaget patentagent.
30. I NIR 1981 s. 187 har Tore Burman i overensstemmelse hermed anført, at på lægemiddelområdet er virkningerne af selv små forskelle i et stofs kemiske struktur uforudsigelige.

Der syntes ikke at være grundlag for at tillægge den af patenthaveren udviste uagtsomhed hverken særlig høj eller lav prioritet ved den i Fortolkningsprotokollen foreskrevne rimelighedsafvejning. Det forekommer derfor rimeligt at anse det for et moment uden speciel høj eller lav prioritet. Graden af den udviste uagtsomhed må dog antages at have betydning for den relevante vægtning.

Når der er tale om en af patenthaveren bevidst valgt begrænsning af et patentkravs indhold (fravalg), forekommer det dog umiddelbart mere rimeligt at lægge så stor vægt på den valgte begrænsning, at patenthaverens beskyttelse undtagelsesfrit bliver begrænset på tilsvarende vis.

I de mange tilfælde, hvor det på grund af sprogets naturlige begrænsninger kan være vanskeligt at give en adækvat beskrivelse af en opfindelse i et patentkrav, vil der normalt næppe være grundlag for at anse den valgte formulering som udtryk for en bevidst begrænsning. Som eksempel kan nævnes tilfælde, hvor den ved opfindelsen opnåede tekniske effekt helt eller delvist beror på formgivningen af et produkt, og hvor det kan være svært at beskrive opfindelsen præcist og udtømmende ved hjælp af de gængse geometriske udtryk.

Der vil formentlig oftere være grundlag for at anse en valgt formulering som udtryk for en bevidst begrænsning, når formuleringsvalget helt åbenbart ikke kan tilskrives problemer med sproget, og det således er klart for enhver, at der rent formuleringsmæssigt ikke var noget til hinder for at gøre patentkravet mere omfattende i den pågældende retning. Som eksempel kan nævnes et patentkrav med en præcis talangivelse, hvor det rent formuleringsmæssigt har været mulighed for at vælge et andet tal – for eksempel det næste eller foregående heltal eller blot et tal med en noget større eller mindre decimalbrøk – således at det valgte tal er udtryk for et valg mellem et uendeligt antal muligheder på en i princippet kontinuer skala. I det omfang der er tale om uforudsigelig teknologi, og der er tale om andre forskelle mellem patentkravet og den omtvistede genstand end den rent talmæssige, kan der dog efter omstændighederne være grund til ikke at tillægge den talmæssige forskel samme betydning som i tilfælde, hvor der er tale om forudsigelig teknologi.

En sammenholdning af det ovenfor anførte med hidtil gældende dansk ret, fører til den konklusion, at EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen taler for, *at* der bør tillægges patenthaverens uagtsomhed i forbindelse med formuleringen af et patentkrav større vægt end i hidtil gældende dansk ret, og *at* præcise talangivelser, der er udtryk for et formuleringsmæssigt valg, ligeledes bør tillægges større vægt end i hidtil gældende dansk ret, hvor

sådanne talangivelsers særlige karakter syntes at være uden betydning for beskyttelsesomfangets udmåling.[31]

7.6. *Den påståede krænkers subjektive forhold*

Ifølge hidtil gældende dansk ret er den påståede krænkers subjektive forhold i praksis blevet tillagt stor betydning i forbindelse med afgørelsen af, om en omtvistet genstand skal anses for omfattet af et patent. Hvis en påstået krænker forgæves har prøvet at sikre sig en (tvangs)licens under det pågældende patent, og den påståede krænker derefter med inspiration fra de i patentet indeholdte oplysninger har fundet en vej uden om den patentkravenes beskrivelse af den patenterede opfindelse, er der for eksempel ifølge praksis tale om forhold, som vil kunne komme en påstået krænker til skade.[32]

Det er vanskeligt at se, hvad der skulle kunne begrunde, at der skal lægges stor vægt på en påstået krænkers subjektive forhold, hvilket har den logiske konsekvens, at et patents tekniske beskyttelsesomfang ikke bliver ens for alle. Principielt har den patentretlige beskyttelse i modsætning til den ophavsretlige beskyttelse ikke karakter af en efterligningsbeskyttelse, hvor den påståede krænkers subjektive forhold er afgørende for, om der kan siges at foreligge efterligning og dermed krænkelse. Patentkrænkelse forudsætter således ikke en særlig subjektiv indstilling hos den, over for hvem patentet håndhæves, og den absolutte karakter af den patentretlige beskyttelse er endog så stærk, at patentretten kan gøres gældende over for konkurrenter, som selvstændigt har gjort den pågældende opfindelse før patentets ansøgningsdag eller sågar før det tidspunkt, hvor patenthaveren selv har gjort opfindelsen, jf. forudsætningsvist patentlovens § 4 om forbenyttelsesret og § 48 om tvangslicens.

Der ikke er noget som helst odiøst ved at forsøge at skaffe sig en (tvangs)licens. Endvidere er det ligefrem er en vigtig del af formålet med patentsystemet, at trediemand, herunder ikke mindst patenthavernes konkurrenter, skal kunne søge inspiration i de oplysninger om de patenterede opfindelser, der qua patentsystemets indretning bliver gjort tilgængelige for almenheden (teknologi spredningseffekten). Hensynet til en passende beskyttelse af patenthaveren kan således ikke på nogen måde begrunde en specielt bred beskyttelse over for konkurrenter, der helt i patentsystemets ånd har ladet sig inspirere af patentets oplysninger om den patenterede opfindelses indretning.

---

31. Om hidtil gældende dansk ret se afsnit 9 og 11 i kapitel 7 og afsnit 6.4.5 og 6.5.2 i kapitel 8.
32. Om hidtil gældende dansk ret se afsnit 21 i kapitel 7 og afsnit 6.2.3 i kapitel 8.

Konklusionen om, at der i praksis bliver lagt betydelig vægt på en påstået krænkers subjektive forhold, er baseret på det, der fremgår af Højesterets voteringsprotokoller i en række sager. Der er således ingen domme, hvor det i domsbegrundelsen eksplicit er anført, at den påståede krænkers subjektive forhold har spillet nogen rolle for sagens afgørelse. Når dommerne i deres domsbegrundelser undlader at nævne den betydning, den påståede krænkers subjektive forhold rent faktisk har haft for deres afgørelse, kunne det tyde på, *at* dommerne har været sig det bevidst, at der er tale om forhold, som i princippet burde være uden betydning, men *at* dommerne desuagtet af psykologiske årsager ikke har kunnet formå sig selv til at se stort på den påståede krænkers subjektive forhold. Uanset årsagen til, at dommerne ikke har ladet deres vægtning af den påståede krænkers subjektive forhold komme til udtryk i domsbegrundelserne, må det imidlertid fastholdes, der er tale om et moment, som bør være helt uden betydning for et patents beskyttelsesomfang.

7.7. *Analogifremgangsmådekrav og 2.MI-krav*

Som omtalt ovenfor i afsnit 2 må det antages, *at* Fortolkningsprotokollen stiller krav om en høj grad af fokusering på de reale hensyn bag patentsystemet, og *at* dette blandt andet indebærer, at patentsystemets teknologifremmende virkning skal tillægges stor betydning ved beskyttelsesomfangets udmåling. Det kan give anledning til at overveje, om patentsystemets teknologifremmende effekt er blevet tillagt tilstrækkelig betydning i Ranitidindommen, ifølge hvilken analogifremgangsmådepatenter er genstand for en meget snæver beskyttelse. Problemstillingen er ikke begrænset til analogifremgangsmådekrav, idet det som omtalt i kapitel 7 må antages, at man kan slutte analogt eller måske endog så-meget-desto-mere fra reglen om analogifremgangsmådekravs snævre beskyttelse til en regel om en tilsvarende snæver beskyttelse for 2.MI-krav.[33]

Man kan med styrke hævde, at det forhold, at man netop inden for lægemiddelindustrien har et særligt stort behov for patentbeskyttelse, kan begrunde en mere liberal udmåling af beskyttelsen.

Nye lægemidler og nye anvendelser af allerede kendte lægemidler bliver kun udviklet, hvis lovgivningen er hensigtsmæssigt indrettet, således at den giver en beskyttelse, som sikrer de lægemiddeludviklende virksomheder mulighed for ikke alene at få dækket de særdeles omfattende udviklingsomkostninger men også for at høste en efter markedsforholdene til-

33. Om hidtil gældende dansk ret se afsnit 7 og 8 i kapitel 7 og afsnit 6.2.4 og 6.2.5 i kapitel 8.

fredsstillende profit. Som følge heraf har patentretten større betydning inden for medicinalindustrien end inden for nogen anden industrisektor. Hvorvidt man bør give patenter med 2.MI-krav en særlig snæver beskyttelse må afhænge af, om man finder det mere eller mindre hensigtsmæssigt, *at* man inden for medicinalindustrien forsker i allerede kendte lægemidlers mulige anvendelser til brug for 2. og efterfølgende medicinske indikationer, og *at* medicinalindustrien investerer de nødvendige milliardbeløb i udvikling og godkendelse af lægemidler til brug for 2. og efterfølgende indikationer. Udviklingen af nye lægemidler og nye anvendelser af allerede kendte lægemidler er af afgørende betydning for den fortsatte forbedring af folkesundheden.[34] Medmindre man vil hævde, at folkesundheden er uden væsentlig betydning, må man derfor konkludere, at reale hensyn af sundhedspolitiske grunde ikke taler for, at 2.MI-krav bør tildeles et relativt snævert beskyttelsesomfang.

I denne sammenhæng kan disse reale hensyn af sundhedspolitisk karakter imidlertid ikke stå alene. De etiske hensyn, der ligger bag patentlovens § 1, stk. 3, og EPK art. 52(4) må også tages i betragtning. Tanken bag bestemmelserne er, at det må anses for uhensigtsmæssigt, hvis læger risikerer at rode sig ud i sanktionsbehæftede patentkrænkelser, når de behandler deres patienter.[35]

Patentlovens § 1, stk. 3, og § 2, stk. 4, og EPK art. 52(4) og 54(5) er udtryk for en klodset måde, hvorpå man har forsøgt at løse det etiske problem. Som påpeget af Bengt Domeij er det en langt mere adækvat og enklere løsning *at* lade patenteringen af lægemiddelopfindelser følge helt samme regler som andre opfindelser, således at der kan udstedes patenter på anvendelse af lægemidler til terapeutisk behandling af mennesker – herunder patenter på anvendelse af allerede kendte lægemidler til 2. og efterfølgende medicinske indikationer –, og *at* løse det etiske problem ved at lade den terapeutiske behandling af mennesker falde uden for eneretten's område.[36]

---

34. Se for eksempel de indledende betragtninger i forordning 1768/92 af 18. juni 1992 om indførelse af et supplerende beskyttelsescertifikat for lægemidler, E.S. van de Graaf, Patent Law and Modern Biotechnology (1997) s. 46 og Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 1.
35. Bengt Domeij, Pharmaceutical Patents in Europe (2000) s. 30 og 43 og Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 121.
36. Denne løsning vil i princippet svare til den løsning, man i patentlovens § 1, stk. 3, nr. 4, finder på et tilsvarende problem. Ifølge § 1, stk. 3, nr. 4, omfatter eneretten hverken tilberedning i et apotek af et lægemiddel efter lægerecept i individuelle tilfælde eller handlinger, der vedrører det således fremstillede lægemiddel. Bengt Domeij har i Läkemedelspatent (1998) s. 120 og i Pharmeceutical Patents in Europe (2000) s. 43 f givet udtryk for tilsvarende synspunkter.

Der kan være grund til at overveje, om en sådan ordning vil være helt værdiløs for medicinalindustrien, idet undtagelsen af den terapeutiske behandling meget effektivt vil udhule beskyttelsen fra et patentkrav, der er rettet mod netop anvendelse af et lægemiddel til terapeutisk behandling. De eksisterende regler om midelbar patentkrænkelse giver imidlertid en relevant beskyttelse.

Ifølge patentlovens § 3, stk. 2, pkt. 3, finder reglerne om midelbar patentkrænkelse også anvendelse, når der er tale om midler, der leveres til udnyttelsesformer, som i medfør af lovens § 3, stk. 3, ikke er omfattet af eneretten – for eksempel ikke erhvervsmæssig udnyttelse.[37] Det vil sige, at det ikke vil eliminere mulighederne for at håndhæve et patent på et kendt lægemiddels anvendelse til en 2. medicinsk indikation, selv om man lader den terapeutiske anvendelse falde uden for enerettens område. Patentet vil efter omstændighederne i medfør af reglerne om midelbare patentkrænkelser kunne håndhæves over for leverandøren af lægemidlet, selv om den behandlende læges anvendelse af lægemidlet ikke kan rammes. Følgelig vil den ovenfor omtalte og mere adækvate løsning af det etiske problem ikke på afgørende vis kollidere med de relevante sundhedspolitiske hensyn.

Det fremgår af det ovenfor anførte, at en afvejning af de relevante sundhedspolitiske og etiske hensyn fører til, at patentlovens § 39 bør fortolkes således, at beskyttelsesomfanget for 2.MI-krav bliver fastlagt på en sådan måde, at det i videst muligt omfang kommer til at afspejle den ideelle løsning, der går ud på, at lægemiddelopfindelser skal være underlagt de almindelige patenteringsregler, men at lægemidlernes terpeutiske anvendelse skal anses for ikke at være omfattet af eneretten. Denne løsning bør vælges, idet det giver en mere passende beskyttelse, jf. Fortolkningsprotokollens krav om en passende beskyttelse. Den med Ranitidindommen introducerede regel, ifølge hvilken beskyttelsen for analogifremgangsmådekrav er relativt snæver, bør ikke overføres til 2.MI-krav, idet den analogi eller så-meget-desto-mere slutning, der ellers er indiceret, vil stride mod Fortolkningsprotokollen.[38]

Den omtalte afbalancering af de relevante reale og etiske hensyn kan

---

37. Herfra er dog undtaget handlinger vedrørende genstande, hvortil patentretten er konsumeret i medfør af patentlovens § 3, stk. 3, nr. 2.
38. I Lærebog i Immaterialret 5. udg. (1999) s. 198 har Mogens Koktvedgaard i overensstemmelse hermed anført, at praksis vedrørende analogifremgangsmådepatenter i alt væsentligt er uden betydning for de patenter, der nu kan udstedes. Det må dog anses for tvivlsomt, om der med det af Koktvedgaard anførte også er tænkt på de specielle 2.MI-krav.

naturligvis tale for en tilsvarende udmåling af beskyttelsen, for så vidt angår analogifremgangsmådekrav.

Heroverfor kan man anføre, *at* udstedelse af analogifremgangsmådepatenter blot er retshistorie i Danmark, *at* det derfor ikke længere har nogen betydning for den igangværende teknologiske udvikling, om man tildeler analogifremgangsmådepatenter et bredt eller snævert beskyttelsesomfang, og *at* Højesterets praksis vedrørende beskyttelsesomfanget for analogifremgangsmådepatenter følgelig ikke mere kan have nogen reel skadevirkning.

Det forhold, at udstedelse af danske analogifremgangsmådepatenter nu er retshistorie, indebærer imidlertid ikke, at Fortolkningsprotokollen må anses for at være indifferent over for spørgsmålet om, hvorledes analogifremgangsmådekravs beskyttelsesomfang bør fastlægges. I EPK er der hjemmel til udstedelse af analogifremgangsmådepatenter.[39] Denne hjemmel har haft betydning, fordi medlemslandene i medfør af EPK art. 167(2)(a) tidligere har haft mulighed for at tage forbehold over for konventionens regler, for så vidt angår muligheden for at patentere kemiske og pharmaceutiske produkter. Spørgsmålet om analogifremgangsmådepatenters beskyttelsesomfang kan således også være relevant for europæiske patenter, hvorfor spørgsmålet nødvendigvis må være reguleret af EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen. Af de ovenfor anførte grunde må reguleringen antages at gå ud på, at beskyttelsen ved analgifremgangsmådekrav bør udmåles efter regler, som svarer til de ovenfor omtalte regler vedrørende udmålingen af beskyttelsesomfanget for 2.MI-krav. Som påpeget i afsnit 1 bør man dog eventuelt holde sig til hidtil gældende dansk rets regler, når der er tale om patenter med prioritet fra før Danmarks EPK-tiltrædelse, og det vil der altid være tale om ved analogifremgangsmådepatenter.

8. Beskyttelsens bredde

Hverken EPK art. 69 eller Fortolkningsprotokollen peger entydigt i retning af, at der bør tildeles patenter en bredere eller snævrere beskyttelse end efter hidtil gældende dansk ret. Skiftet fra væsentlig lighed som den overordnede afvejningsparameter til den i Fortolkningsprotokollen foreskrevne rimelighedsafvejning mellem en passende beskyttelse for patent-

39. Se Romuald Singer, The European Patent Convention (1995) s. 194.

haveren og trediemands retssikkerhed giver for eksempel ikke i sig selv noget entydigt svar på, om fremtiden vil byde på en bredere eller mere snæver beskyttelse. For at kunne vurdere, om EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen kræver en bredere eller snævrere beskyttelse, må man kigge på den kumulative effekt af de ændringer i forhold til hidtil gældende dansk ret, som en fortolkning af patentlovens § 39 i lyset EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen giver anledning til.

Følgende ændringer må antages at indbære *stramninger* i forhold til hidtil gældende dansk ret:

- Ved fortolkningen af et patentkrav skal der i højere grad lægges vægt på den naturlige sproglige forståelse inden for det pågældende tekniske område og i mindre grad på det, der fremgår af patentbeskrivelsen og ansøgningssagens akter.
- Ved fortolkningen af et patentkrav må det, der fremgår af ansøgningssagens akter ikke kunne tillægges betydning til skade for den påståede krænker.
- Under afvejningen af de relevante kriterier skal der i højere grad lægges vægt på patentsystemets reelle betydning for opfindelsens realisering og dermed på omfanget af de nødvendige udviklingsomkostninger. Dette vil indebære en stramning i de (mange) tilfælde, hvor patentsystemets innovationsincitament må antages at have været uden synderlig betydning for opfindelsens undfangelse.
- Det forhold, at der skal lægges mindre vægt på den patenterede opfindelses større eller mindre værdi, vil føre til en stramning, for så vidt angår værdifulde opfindelser.
- Under afvejningen af de relevante kriterier skal patenthaverens subjektive forhold i forbindelse med patentansøgningens udarbejdelse og behandling, herunder bevidste afgrænsninger af patentkravenes indhold, have en højere prioritet.
- Under afvejningen af de relevante kriterier skal der slet ikke tillægges den påståede krænkers subjektive forhold nogen betydning.

Følgende ændringer må antages at indbære *lempelser* i forhold til hidtil gældende dansk ret:

- Det forhold, at der skal lægges knap så stor vægt på den patenterede opfindelses større eller mindre værdi, vil føre til en lempelse, for så vidt angår de lidet værdifulde opfindelser. Denne lempelse må dog i de fleste tilfælde antages at blive mere end spist op af det forhold, at om-

fanget af de relevante udviklingsomkostninger bør have meget stor betydning for beskyttelsesomfangets udmåling.
- Under afvejningen af de relevante kriterier skal der i højere grad lægges vægt på patentsystemets reelle betydning for opfindelsens realisering og dermed på omfanget af de nødvendige udviklingsomkostninger. Dette vil indebære en lempelse i de (relativt få) tilfælde, hvor patentsystemets innovationsincitament må antages at have været af væsentlig betydning for opfindelsens undfangelse.
- Under afvejningen af de relevante kriterier skal der i højere grad lægges vægt på, om hemmeligholdelse af den patenterede opfindelse som beskyttelsesstrategi ville have været et reelt alternativ til patentering. Dette vil indebære en lempelse i de (relativt få) tilfælde, hvor hemmeligholdelse er et reelt alternativ.
- Den beskyttelse, som flyder fra analogifremgangsmådekrav og 2.MI-krav, skal udmåles på en anden måde, der vil resultere i en bredere beskyttelse.

Det er ikke muligt med sikkerhed at afgøre, om følgende ændringer vil føre til en lempelse eller en stramning i forhold til hidtil gældende dansk ret, idet der er tale om ændringer, som primært har betydning for forudsigeligheden og dermed for trediemands retssikkerhed:

- At reglerne vedrørende betydningen af en patenteret opfindelses særegne egenskaber ændres, således at det relevante ikke længere er *den patenterede opfindelses særegne egenskaber* men derimod *den i patentkravene beskrevne opfindelses patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt*.
- At reglerne vedrørende betydningen af de tekniske forskelle og ligheder ændres, således at det relevante ikke længere er de tekniske forskelle og ligheder mellem den omtvistede genstand og *den patenterede opfindelse* men derimod de tekniske forskelle og ligheder mellem den omtvistede genstand og *den i det håndhævede patentkrav beskrevne opfindelse*.
- At reglen om, at en omtvistet genstand, der adskiller sig væsentligt fra den patenterede opfindelse, ikke er omfattet af patentbeskyttelsen, selv om den har den patenterede opfindelses særegne egenskaber, ændres således at det afgørende ikke længere er, om den omtvistede genstand adskiller sig væsentligt fra *den patenterede opfindelse*, men derimod om den omtvistede genstand adskiller sig væsentligt fra *den i de påberåbte patentkrav beskrevne opfindelse*.

– At reglen om, at en omtvistet genstand, der har samtlige træk ved den i et patentkrav beskrevne opfindelse, ikke kan falde ind under den fra patentkravet flydende ordrette beskyttelse, hvis den patenterede opfindelses tekniske effekt ikke forefindes hos den omtvistede genstand, ændres, således at det relevante ikke længere er *den patenterede opfindelses* tekniske effekt men derimod *patentkravets patenterbarhedsbegrundende* tekniske effekt.
– Den tilsvarende ændring af reglen om, at en omtvistet genstand, der har samtlige træk ved den i et patentkrav beskrevne opfindelse, ikke kan falde ind under den fra patentkravet flydende ordrette beskyttelse, selv om *den patenterede opfindelses tekniske effekt* forefindes hos den omtvistede genstand, når der er tale om en utilsigtet sideeffekt.

Som det fremgår, vil de krævede justeringer i forhold til hidtil gældende dansk ret indebære en lempelse for nogle typer opfindelser, mens de vil indebære stramninger, for så vidt angår andre typer opfindelser. For eksempel vil der være tale om ganske markante lempelser, for så vidt angår opfindelsen af en anvendelse af et allerede kendt lægemiddel til en ny medicinsk indikation, hvor udviklingsomkostningerne udgør 1-2 mia. kr., mens der vil være tale om markante stramninger, for så vidt angår opfindelsen af et samfundsøkonomisk meget værdifuld produkt, *hvor* udviklingsomkostningerne har været helt marginale, *hvor* hemmeligholdelse ikke fremstår som et realistisk bud på en alternativ beskyttelsesstrategi, *hvor* den påståede krænker flere gange forgæves har forsøgt på at få en licens under patentet, og *hvor* det må lægges til grund, at den omtvistede genstand er resultatet af et derefter iværksat udviklingsprojekt, der alene har haft til formål at »opfinde rundt om« patentet.

Selv om de krævede justeringer danner et ret broget billede, hvor det i høj grad afhænger af den pågældende sags karakter, om justeringerne vil resultere i en bredere eller snævrere beskyttelse, må den samlede effekt ud fra en rent statistisk betragtning antages at ville fremtræde som en stramning i forhold til hidtil gældende dansk ret. I praksis har de sager, hvor en bredere beskyttelse er indiceret nemlig udgjort en relativt beskeden del og omvendt.

Som eksempel på en nyere dom, der ret sikkert burde få et andet udfald efter en justering af reglerne i overensstemmelse med EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen kan nævnes Kødhakkemaskinedommen (UfR 1979 s. 495 H).

I den dom havde syns- og skønsmændene udtalt, *at* ordene i patentkravet ikke dækkede udformningen af det omtvistede skæreværktøj, *at* fag-

manden ved læsning af patentet umiddelbart måtte få den opfattelse, at opfindelsen angik et skæreværktøj med knivpar udformet som 2 selvstændige knive på hver sin arm, *at* fagmanden ved læsning af patentet umiddelbart måtte få den opfattelse, at et skæreværktøj med 2 i rotationsretningen vendte ægge på samme arm måtte give anledning til den ulempe, at æggen på armens forreste side nødvendigvis ville blive mere eller mindre rendeformet og dermed ville fremkalde den bremsevirkning, som det var opfindelsens formål at undgå, *at* fagmanden umiddelbart måtte få den opfattelse af patentet, at det ikke angik skæreværktøjer, hvor de 2 ægge var anbragt på samme arm, og *at* patentindehaveren i korrespondancen med Patentkommissionen under ansøgningens behandling utvivlsomt forestillede sig de 2 ægge i hvert knivpar anbragt på hver sin arm. Højesteret tillagde ikke disse udtalelser udslagsgivende betydning, idet Højesteret anså et skæreværktøj med 2 i rotationsretningen vendte ægge på samme arm for at være omfattet af patentet. Navnlig hensynet til trediemands retssikkerhed taler for et andet resultat.

9. Den relative betydning af patentkrav og patentbeskrivelse

Som en konsekvens af det ovenfor i afsnit 4 og 5 anførte vil den her i kapitlet omhandlede fortolkning af patentlovens § 39 i lyset af EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen føre til en opprioritering af patentkravenes betydning og en dertil svarende nedprioritering af patentbeskrivelsens betydning.

10. Den i patentbeskrivelsen omtalte forud kendte teknik

I hidtil gældende dansk ret er den i patentbeskrivelsen omtalte forud kendte teknik af betydning dels for patentkravenes fortolkning og dels for fastlæggelsen af et patents særegne egenskaber.

For så vidt angår den i patentbeskrivelsen omtalte forud kendte tekniks betydning for patentkravenes fortolkning, er der som omtalt ovenfor i afsnit 4 ikke grund til at antage, at fremover gældende dansk ret vil afvige fra hidtil gældende dansk ret.

Som en konsekvens af, at hidtil gældende dansk rets regler om opfindelsens særegne egenskaber i fremover gældende dansk ret afløses af de ovenfor i afsnit 5 omtalte regler om betydningen af den patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt ved den i det håndhævede patentkrav beskrevne opfindelse er det ikke længere relevant at bestemme den patenterede opfindelses særegne egenskaber. I stedet er det blevet relevant at tage stilling til, hvad der skal anses for at udgøre den nævnte patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt. Det forekommer nærliggende at antage, at den i patentbeskrivelsen omtalte forud kendte teknik vil være af relevans herfor. Hertil kommer, at en sådan løsning ikke i unødigt omfang bryder med hidtil gældende dansk ret. Heraf følger, at den i patentbeskrivelsen omtalte forud kendte teknik i fremover gældende dansk ret må antages at være af betydning for bestemmelsen af det, der skal anses for at udgøre den i det håndhævede patentkrav beskrevne opfindelses patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt.

11. Sammenfatning

I dette afsnit redegøres der for indholdet af det samlede regelsæt, som fremkommer, når man justerer hidtil gældende dansk ret i overensstemmelse med konklusionerne ovenfor i afsnit 2-9.

Den forud kendte teknik kan være af betydning for et patents beskyttelsesomfang, herunder navnlig for *a)* patentkravenes fortolkning, *b)* vurderingen af, om den patenterede opfindelse udgør en pioneropfindelse og *c)* bestemmelsen af den patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt ved den i det håndhævede patentkrav beskrevne opfindelse. Ved udmålingen af et patents beskyttelsesomfang er det dog kun selve patentets oplysninger om den forud kendte teknik, der er relevante. Andre oplysninger om den forud kendte teknik kan være af betydning for patentets gyldighed, men de må være uden betydning for udmålingen af det mere eller mindre gyldige beskyttelsesomfang. Forløbet af en patentansøgnings behandling kan have betydning for beskyttelsesomfanget, for så vidt der er tale om noget, der kan føre til en begrænsning af beskyttelsesomfanget. I det omfang forud kendt teknik er omtalt i ansøgningssagens akter, må den som følge heraf kunne være af betydning for beskyttelsesomfangets fastlæggelse. Der er imidlertid ikke tale om en selvstændig regel vedrørende den forud kendte tekniks betydning for beskyttelsesomfangets fastlæggelse. Det er udeluk-

kende en uselvstændig følgevirkning af reglerne om den betydning, som patentansøgningens behandling må tillægges i forbindelse med beskyttelsesomfangets fastlæggelse.

Ved afgørelsen af, om noget skal anses for omfattet af et patent, er det afgørende en *rimelighedsafvejning* mellem på den ene side en passende beskyttelse af patenthaveren og på den anden side en rimelig retssikkerhed for den påståede krænker.

Vurderingen af, hvad der må anses for en *passende beskyttelse* må tage udgangspunkt i de reale hensyn bag patentsystemet. Det vil sige, *at* patentsystemets innovationsfremmende og teknologispredende effekter bør tillægges stor betydning, men *at* beskyttelsen ikke bør gøres så bred, at den fra en samfundsøkonomisk synsvinkel marginale negative effekt som følge af konklurrencens begrænsning overstiger den marginale positive innovationsfremmende effekt.

Hensynet til *trediemands retssikkerhed* indebærer, at trediemand med så stor sikkerhed som muligt på forhånd skal kunne vurdere, om en given aktivitet er omfattet af et patent. Det må ifølge sagens natur trække i retning af, *at* der skal være en snæver beskyttelse, som omfatter så lidt som muligt udover det, der udtrykkeligt er omfattet af patentkravene, og *at* fortolkningen af patentkravene som hovedregel skal ske i overensstemmelse med den naturlige sproglige forståelse inden for det pågældende tekniske område.

Fortolkning af patentkrav skal som udgangspunkt ske som hidtil, jf. omtalen heraf i kapitel 6. Der skal dog i højere grad lægges vægt på den naturlige sproglige forståelse og i mindre på andre forhold. Navnlig skal det, som patenthaveren under ansøgningens behandling har anført i sin korrespondance med patentmyndigheden, ikke kunne komme patenthaveren til gode, når patentkravene skal fortolkes.

Som hovedregel er en omtvistet genstand omfattet af den fra et patentkrav flydende beskyttelse, hvis den omtvistede genstand har *samtlige træk* ved den i patentkravet beskrevne opfindelse (ordret krænkelse).

Der kan ikke være tale om patentkrænkelse, hvis *den patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt* ved den i patentkravet beskrevne opfindelse slet ikke er at finde hos den omtvistede genstand. Dette gælder selv om samtlige de i et patentkrav beskrevne træk ved den patenterede opfindelse forefindes hos den omtvistede genstand. Det samme er tilfældet, når den patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt kun optræder hos den omtvistede genstand som en *utilsigtet sideeffekt*. For så vidt angår stofkrav, analogifremgangsmådekrav og 2.MI-krav gælder der dog særlige regler, jf. omtalen heraf nedenfor.

Omvendt fører der ikke en omtvistet genstand uden for den fra et pa-

tentkrav flydende ordrette beskyttelse, at en omtvistet genstand er udtryk for en teknologi, *a)* der har *opfindelseshøjde* i forhold til den patenterede opfindelse, eller *b)* som har en langt *højere værdi* end den patenterede opfindelse.

Den fra et rent *stofkrav* flydende beskyttelse er altid begrænset til de kemiske forbindelser, der er direkte omfattet af patentkravet, således at der kun kan blive tale om ordret krænkelse. Det forhold, at en påstået krænker ikke udnytter et stofkravs patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt, kan ikke i sig selv bringe en omtvistet kemisk forbindelse uden for den fra stofkravet flydende beskyttelse. Med andre ord bringer det ikke en omtvistet genstand uden for den fra et stofkrav flydende beskyttelse, at den omtvistede genstand har en anden industriel anvendelse end den, der ligger til grund for stofkravets godkendelse.

Den fra et *2.MI-krav* eller et *analogifremgangsmådekrav* flydende beskyttelse bør fastlægges på en sådan måde, at beskyttelsen i videst muligt omfang afspejler en retsstilling, *hvor* patentering af lægemiddelopfindelser følger helt samme regler som andre opfindelser, således at der kan udstedes patenter på anvendelse af lægemidler til terapeutiske behandling af mennesker – herunder patenter på anvendelse af allerede kendte lægemidler til 2. og efterfølgende medicinske indikationer –, og *hvor* det etiske problem er løst ved at lade den terapeutiske behandling af mennesker falde uden for det i patentlovens § 3 definerede område for eneretten.

Når der i et patentkrav udtrykkeligt er angivet et teknisk problem, som opfindelsen tjener til at løse, og en omtvistet genstand tjener til at løse et andet problem, må den omtvistede genstand desuagtet anses for omfattet af den fra patentkravet flydende beskyttelse, hvis den udnytter patentkravets tekniske effekt som middel til at løse det andet problem. Er det ikke tilfældet, må en eventuel forekomst af patentkravets tekniske effekt hos den omtvistede genstand anses for en utilsigtet sideefekt, der falder uden for beskyttelsen.

Når en omtvistet gestand adskiller sig fra et patentkravs beskrivelse af den patenterede opfindelse, kan den omtvistede genstand ikke være omfattet af den fra patentkravet flydende beskyttelse, hvis den omtvistede genstands alternative udførelsesform er muliggjort som følge af *den efterfølgende tekniske udvikling* og vedrører den patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt. Omvendt udelukker det ikke krænkelse, at det distingverende træk ved den omtvistede genstand er muliggjort som følge af den efterfølgende tekniske udvikling, hvis det ikke vedrører den patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt.

Patentbeskrivelsens udførelseseksempler har ikke vejledende betyd-

ning for beskyttelsesomfanget på en måde, som kan føre til begrænsning af beskyttelsesomfanget i forhold til patentkravenes beskrivelse af den patenterede opfindelse.

Når ansøgeren bevidst *har valgt at begrænse et patentkravs indhold* i en eller anden retning (fravalg), skal den fra patentkravet flydende beskyttelse være genstand for en tilsvarende begrænsning. Der vil formentlig oftere være grundlag for at anse en valgt formulering som udtryk for en bevidst begrænsning, når formuleringsvalget helt åbenbart ikke kan tilskrives problemer med sproget, og det således er klart for enhver, at der rent formuleringsmæssigt ikke var noget til hinder for at gøre patentkravet mere omfattende i den pågældende retning. Dette må antages navnlig at være tilfældet, når der foreligger åbenbare men ikke udnyttede muligheder for at give patentkravene en noget bredere formulering.

Tilkendegivelser om et relativt snævert beskyttelsesomfang fremsat af patenthaveren *under en ugyldighedssag eller en sag om administrativ omprøvning* må antages at være bindende for patenthaveren – også i krænkelsessager uden sammenhæng med sagen om ugyldighed / administrativ omprøvning.

Ved den afvejning, der skal til for at kunne vurdere, om en omtvistet genstand er omfattet af den fra et patentkrav flydende beskyttelse, skal de øvrige relevante kriterier prioriteres på følgende måde:

Kriterier med høj prioritet

- Der er en formodning for krænkelse, hvis den tekniske effekt ved den i det håndhævede patentkrav beskrevne opfindelse forefindes hos den omtvistede genstand, og der ikke er tale om en utilsigtet sideeffekt.
- Tekniske forskelle og ligheder mellem den omtvistede genstand og den i det håndhævede patentkrav beskrevne opfindelse skal tillægges høj prioritet ved afgørelsen af, om en omtvistet genstand må anses for omfattet af patentet.
- Det skal tillægges betydelig vægt til fordel for en påstået krænker, hvis *a)* patenthaveren i patentbeskrivelsen eller under patentansøgningens behandling i sin argumentation for opfindelsens patenterbarhed har givet udtryk for *kritik over for en teknisk løsning*, som den påståede krænker (senere) vælger at bruge i den omtvistede genstand, og *b)* patentkravene er formuleret på en måde, som afspejler den fremførte kritik.
- Et patent skal tildeles en relativ bred beskyttelse, når der er tale om en opfindelse med *væsentlige udviklingsomkostninger*, således at patenthaveren må antages at have et relativt stort behov for beskyttelse af sin investering i den bag opfindelsen liggende forskning og udvikling. Det

forholder sig omvendt, når udviklingsomkostningerne er uvæsentlige.
- Et patent skal tildeles en relativ bred beskyttelse, når patenthaveren *kunne have valgt hemmeligholdeldelse* som beskyttelsesstrategi uden derved at skulle begrænse sin kommercielle udnyttelse af opfindelsen.

Kriterier uden specielt høj eller lav prioritet
- Når der er tale om en patenteret opfindelse med *stor teknisk og/eller samfundsøkonomisk værdi*, trækker det i retning af en relativt bred beskyttelse og omvendt.
- Hvis der er *betydelige fordele ved en omtvistet genstand*, er der tale om noget, som trækker i retning af, at den omtvistede genstand falder uden for beskyttelsen.
- *Tilføjelse af yderligere træk til patentkravene under ansøgningssagen* kan efter omstændighederne føre til, at omtvistede genstande, der ikke har de pågældende træk, må anses for at falde uden for beskyttelsen. Der er ikke grundlag for at antage, at det har nogen betydning, om initiativet til tilføjelsen kommer fra patentmyndigheden eller ansøgeren.
- Det forhold, at et patentkrav på grund af uagtsomhed hos patenthaveren har fået en *unødvendigt snæver formulering* kan påvirke beskyttelsesomfanget negativt. Ved uagtsomhedsbedømmelsen må man tage udgangspunkt i de krav, der stilles ved eksamen for europæiske patentagenter, jf. EPK art. 134, stk. 2, litra c, og stk. 8, uanset om det pågældende patent er udstedt af EPO eller den danske patentmyndighed. Der er tale om en regel, som må antages at have sin største betydning inden for teknologiområder, hvor det er relativt forudsigeligt, hvilken teknisk effekt en given konstellation vil generere.
- Patenthavers *udtalelser om beskyttelsesomfanget* kan efter omstændighederne påvirke beskyttelsesomfanget, selv om de er fremsat uden sammenhæng med ansøgningssagen, en ugyldighedssag eller en sag om administrativ omprøvning. Den mulige betydning må antages at være begrænset til tilfælde, hvor udtalelserne taler for en relativt snæver beskyttelse.
- *Almindelige fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler* – det vil sige fremgangsmåder, der ikke har karakter af analogifremgangsmåder – er genstand for en relativt bred beskyttelse, hvis det drejer sig om patenter, der stammer fra tiden før den administrative ophævelse af det absolutte forbud mod patentering af lægemidler i 1983. Yngre patenter på fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler er ikke genstand for tilsvarende eller lignende særregler.

Kriterier med lav prioritet

- Det forhold, at forskellene mellem en omtvistet genstand og en i et patentkrav beskrevet opfindelse alene vedrører *dimensioner, materialevalg, udseende og lignende* kan højst i beskedent omfang have selvstændig betydning for afgørelsen af, om den omtvistede genstand må anses for omfattet af den fra patentkravet flydende beskyttelse. Det afgørende er nemlig en individuel vurdering af de pågældende forskelles betydning i relation til det konkrete patent.
- Hvis patenthaveren har stor *kommerciel succes* med opfindelsen, kan det påvirke beskyttelsesomfanget positivt og omvendt.
- *Uklarheder* i et patent kan efter omstændighederne påvirke beskyttelsesomfanget negativt.
- Når der er *fordele* ved en omtvistet genstand, men fordelene er *beskedne*, kan det efter omstændighederne medvirke til at holde den omtvistede genstand uden for patentbeskyttelsen – men kun i meget begrænset omfang.

Følgende kriterier skal ikke tillægges nogen betydning under den afvejning, der skal til for at kunne vurdere, om en omtvistet genstand er omfattet af et patent:

- Den omtvistede genstands påvirkning af *patenthaverens omsætning*.
- *Patentets klassificering*.
- At den omtvistede genstand er genstand for et til den påståede krænker *udstedt patent* (den omstvistende genstand har opfindelseshøjde).
- *Den påståede krænkers subjektive forhold*, herunder dennes forgæves forsøg på at få en licens under det håndhævede patent og forsøg på at opfinde »rundt om« patentet.
- Anden forud kendt teknik end den i patentbeskrivelsen omtalte forud kendte teknik.

Samtlige de træk ved den patenterede opfindelse, der er beskrevet i et patentkrav, skal tages i betragtning. Det indebærer imidlertid ikke, at en omtvistet genstand kun kan anses for omfattet af den fra patentkravet flydende beskyttelse, når den omtvistede genstand har samtlige de i patentkravet beskrevne træk. Der kan således efter omstændighederne statueres krænkelse *a)* såvel i tilfælde, hvor den manglende forekomst af et træk skyldes, at den omtvistede genstand er blevet forsynet med et alternativ til det pågældende træk, som *b)* i tilfælde, hvor der hos den omtvistede genstand hverken forefindes det i patentkravet beskrevne træk eller et alternativ hertil.

Når der foreligger mere end en forskel mellem en omtvistet genstand og en i et patentkrav beskrevet opfindelse, bør sammenligningen mellem den omtvistede genstand og opfindelsen ikke bestå af et antal isolerede sammenligninger af de enkelte forskelle med dertil hørende isolerede vurderinger af forskellenes betydning for krænkelsesspørgsmålet. Sammenligningen og vurderingen bør have karakter af en helhedsbedømmelse, en - simultan vurdering i modsætning til en sekventiel vurdering af forskelle og ligheder.

Den materielle patentret er ikke indrettet på en sådan måde, at dommerne i en retssag er bundet til nogen bestemt beslutningsstruktur/analysemodel ved afgørelsen af en sag om et patents beskyttelsesomfang. Det er de civilprocessuelle regler om grundlaget for sagernes afgørelse, der bestemmer, hvilke spørgsmål der kan anses for omtvistede, og hvilke af disse spørgsmål dommerne nødvendigvis må tage stilling til for at kunne afgøre en konkret sag. Med andre ord er det den måde, hvorpå parterne vælger at tilskære og tilrettelægge sagen, der er afgørende for sagens struktur og dermed for de valgmuligheder, dommerne har, når de skal beslutte sig for, hvorledes de vil finde frem til den rette afgørelse af sagen.

Siden 1966 har praksis været præget af en moderat strenghed i beskyttelsesomfangets udmåling. Det kommer til udtryk derved, at patenthaveren i årene 1966-93 har tabt 5 af periodens i alt 8 krænkelsessager.[40] I det omfang man begynder at fortolke patentlovens § 39 i lyset af EPK art. 69 og Fortolkningsprotokollen, vil det afhænge af sagstypen, om det vil føre til en mere restriktiv eller en mere liberal udmåling af beskyttelsesomfanget. Som helhed vil det formentlig føre til en vis stramning i beskyttelsens bredde.

12. Fremover gældende dansk rets regler beskrevet i en opskriftslignende oversigtsform

12.1. *Indledning*

Den her opstillede analysemodel skal ikke opfattes som udtryk for, at domstolene skal eller bør foretage sig bestemte ting i en bestemt rækkefølge, når de skal tage stilling til, om en omtvistet genstand må anses for omfattet af et patent. Analysemodellen bør ikke opfattes som andet og mere end en anbefalet model, som navnlig parterne i en sag og deres advokater og patentagenter kan have gavn af at benytte sig af, når de skal vurdere en sags muligheder og risici.

40. Den sidste relevante dom i de gængse domssamlinger stammer fra 1993.

Krænkelsesvurderingen falder i 4 trin, nemlig

1) Fortolkning af patentkravene (afsnit 2).
2) Stillingtagen til, om der foreligger ordret krænkelse. (afsnit 3)
3) Stillingtagen til, om der foreligger forhold, som i sig selv kan udelukke, at der foreligger analog krænkelse (afskæringsregler). (afsnit 3)
4) Stillingtagen til, om en afvejning af sagens konkrete omstændigheder må føre til en konklusion om, at der er tale om krænkelse. (afsnit 4)

Udgangspunktet er under alle omstændigheder en fortolkning af patentkravene. I det omfang der ikke foreligger ordret krænkelse, og de under »3)« ovenfor nævnte afskæringsregler heller ikke giver et endeligt svar på krænkelsesspørgsmålet, må spørgsmålet finde sin afgørelse ved en afvejning af sagens omstændigheder, *hvor* de krydsende hensyn til patenthavers og trediemands interesser er styrende, og *hvor* de i nedenfor i punkt 4 omtalte kriterier (som udgangspunkt) skal have de deri angivne prioriteter.

For så vidt angår redegørelsen for selve den sproglige fortolkning af patentkravene nedenfor i afsnit 2, er der desværre ikke meget »opskriftslignende oversigtsform« over fremstillingen. Det skyldes, at det ifølge sagens natur er vanskeligt på en meningsfuld måde at beskrive de relevante fortolkningsregler i den form.

For så vidt angår de øvrige regler, der er omtalt nedenfor i afsnit 3 og 4, bør man have opmærksomheden henledt på det forhold, at der ved den temmelig koncentrerede fremstilling ifølge sagens natur gået en del nuancer tabt.

12.2. *Trin 1 – Fortolkning af patentkravene*

Udgangspunktet for krænkelsesvurderingen er en fortolkning af patentkravene. Fortolkningen er konkret.

Ordene i et patentkrav skal anses for at have den mening og det omfang, som de normalt har inden for det pågældende tekniske område, medmindre patentbeskrivelsen i særlige tilfælde giver ordene en speciel mening, for eksempel ved hjælp af eksplicitte definitioner. Patentkrav skal læses på en måde, som gør dem meningsfulde i teknisk henseende. Dette kan føre til en afvigelse fra ordlydens bogstavelige mening i snæver forstand. Geometriske udtryk skal for eksempel ikke nødvendigvis forstås i deres strengt matematiske betydning, men skal efter omstændighederne fortolkes i en mindre præcis (teknisk) betydning.

I dansk retspraksis er der på trods af det derom anførte i forarbejderne til 1967-patentloven ingen tendens til at lade uklarheder i patentkravene

komme patenthaveren til skade – hverken før eller efter 1967-patentlovens ikrafttræden.

Korrespondancen i ansøgningssagen bør kun tillægges betydning i det omfang, det kan føre til en relativt snæver beskyttelse.

Ved fortolkningen skal der kun tages hensyn til forud kendte teknik i det omfang, den er omtalt i patentbeskrivelsen.

Det forhold, at patentkravene er blevet ændret under ansøgningssagens behandling, har kun beskeden betydning for fortolkningen.

Eksempler i patentkravene skal tillægges en ikke-limiterende og vejledende betydning for fortolkningen.

Patentmyndighedens opfattelse af et fortolkningsspørgsmål er ikke nødvendigvis korrekt. I retspraksis er der således en klar tendens til at tillægge udtalelser fra syns- og skønsmænd i konkrete fortolkningsspørgsmål større betydning end patentmyndighedens udtalelser, når udtalelserne afviger fra hinanden. Generel formuleringspraksis, som patentmyndigheden har bragt til almenhedens kundskab – såsom i EPO Guidelines – må dog tillægges stor betydning for fortolkningen.

Når beskrivelsen indeholder tegninger eller fotografier, og der i patentkravene er neutrale henvisninger til dem, skal henvisningerne ikke forstås som nogen begrænsning af patentkravenes omfang. Det skal alene opfattes som et hjælpemiddel til forståelse af patentkravenes indhold. Hvis en henvisnings-parentes indeholder egentlig tekst såsom »… et fastgørelsesorgan (skrue 13 – fig. 3; søm 14 – fig. 4)«, skal teksten dog ikke forstås som en del af en neutral henvisning men som en del af selve patentkravets afgrænsning af beskyttelsesomfanget.

Udtryk som »fortrinsvis«, »for eksempel«, »såsom« og »især« har ingen begrænsende effekt på omfanget af et patentkrav, og de efter sådanne udtryk følgende træk skal blot anses for valgmuligheder.

Et patentkrav, som er rettet mod et produkt, der er defineret ved en beskrivelse af en fremgangsmåde, hvorved produktet kan fremstilles – »product X obtainable by process Y« – skal forstås som omfattende det pågældende produkt som sådan, det vil sige uanset hvilken fremgangsmåde, der konkret er anvendt til produktets fremstilling.

Når et patentkrav indeholder formuleringer som »Apparat til udførelse af fremgangsmåden …«, skal det forstås som alene omfattende et apparat, der er egnet til udførelse af den pågældende fremgangsmåde. Andre apparater, der besidder alle patentkravets øvrige træk, men som ikke uden modfikationer kan anvendes til udøvelse af fremgangsmåden, skal således anses for at falde uden for patentkravet.

Tilsvarende skal et patentkrav på »en krog til en kran …« forstås som

en krog med styrke og dimensioner, der gør den egnet til anvendelse som krog til en kran.

På samme måde skal et patentkrav på et stof eller en stofblanding til en bestemt anvendelse forstås som et stof eller en stofblanding, der rent faktisk er brugbar til den angivne anvendelse.

Et patentkrav vedrørende en anvendelse såsom »anvendelse af substansen X som insektgift« forstås på samme måde som et fremgangsmådekrav som for eksempel »fremgangsmåde til at dræbe insekter ved hjælp af substansen X«. Et anvendelseskrav som det omtalte skal således ikke forstås som direkte rettet mod substansen X i en form bestemt for brug som insektgift. På tilsvarende vis skal et patentkrav på »anvendelse af en transistor i et forstærkerkredsløb« forstås på samme måde som et fremgangsmådekrav vedrørende en fremgangsmåde til at forstærke ved hjælp af et kredsløb indeholdende den pågældende transistor. Patentkravet skal således ikke forstås som direkte rettet mod et »forstærkerkredsløb, hvori den pågældende transistor bruges«, og ej heller til »en fremgangsmåde, hvor den pågældende transistor, bruges til at bygge forstærkerkredsløbet«.

Når et patentkrav indeholder en »disclaimer« – en angivelse af, at den patenterede opfindelse ikke har et eller flere nærmere angivne træk – skal det forstås således, at genstande, der har de pågældende træk, ikke er omfattet.

12.3. *Trin 2 og 3 – Ordret krænkelse og diverse afskæringsregler om udelukkelse af analog krænkelse*

Forkortelserne i nedenstående diagram har følgende betydninger:

DOG:	den omtvistede genstand
DPK:	den påståede krænker
PH:	patenthaveren
HR:	hovedregel
U:	undtagelse

Den i diagrammet nævnte »patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt« er den patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt ved den i det håndhævede patentkrav beskrevne opfindelse. Den i patentbeskrivelsen omtalte *forud kendte teknik* må antages at være af betydning for bestemmelsen af det, der skal anses for at udgøre denne patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt.

Har DOG samtlig de i patentkravet beskrevne træk?	JA →	HR: DOG er omfattet uanset om den har opfindelseshøjde i forhold til den i patentkravet beskrevne opfindelse, eller om den har langt højere værdi end den i patentkravet beskrevne opfindelse U: Der er ikke tale om et rent stofkrav, og A) den patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt forefindes ikke hos DOG, eller B) den patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt forefindes hos DOG, men opræder kun som en utilsigtet sideeffekt.
NEJ ↓		
Er der tale om et rent stofkrav?	JA →	DOG er ikke omfattet
NEJ ↓		
Har DOG den patenterbarheds-begrundende tekniske effekt?	NEJ →	
JA ↓		
Optræder den patenterbarhedsbegrundende teknisk effekt blot som en utilsigtet sideeffekt hos DOG? [Der er ikke tale om en utilsigtet side-effekt, når der i et patentkrav udtrykkeligt er angivet et teknisk problem, og DOG tjener til at løse et andet problem, hvis DOG udnytter den patenterbarheds-begrundende tekniske effekt til at løse det andet problem. Hvis DOG ikke udnytter den patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt til at løse det andet problem, må der omvendt være tale om en utilsigtet side-effekt.]	JA →	
NEJ ↓		
Er DOG's alternative udførelsesform muliggjort som følge af den efterfølgende tekniske udvikling, og vedrører udviklin-gen den patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt?	JA →	
NEJ ↓		
Drejer den alternative udførelsesform sig om et af patentkravets træk, som af patent-haveren bevidst er blevet begrænset i den pågældende retning (fravalg)?	JA →	
NEJ ↓		
Har patenthaveren under en ugyldigheds-sag- eller omprøvningssag påberåbt sig et snævrere beskyttelsesomfang end det, som gøres gældende overfor den påståede krænker	JA →	DOG er ikke omfattet i det omfang det må anses for en forudsætning for at være omfattet, at patentet har en bredere beskyttelse end påberåbt af patenthaveren under ugyldigheds- eller omprøvningssa-gen
NEJ ↓		
Hvorvidt DOG kan anses for omfattet af patentet afhænger herefter af en rimelighedsafvejning mellem på den ene side en passende beskyttelse af patenthaveren og på den anden side en rimelig retssikkerhed for den påståede krænker, jf. skemaet nedenfor i afsnit 12.4.		

12.4. *Trin 4 – Rimelighedsafvejning af sagens konkrete omstændigheder*
Den på forrige side nævnte rimelighedsafvejning mellem på den ene side en passende beskyttelse af patenthaveren og på den anden side en rimelig retssikkerhed for den påståede krænker skal ske efter de i det følgende beskrevne principper.

Vurderingen af, hvad der må anses for en *passende beskyttelse* må tage udgangspunkt i de reale hensyn bag patentsystemet. Det vil sige, *at* patentsystemets innovationsfremmende og teknologispredende effekter bør tillægges stor betydning, men *at* beskyttelsen ikke bør gøres så bred, at den fra en samfundsøkonomisk synsvinkel marginale negative effekt som følge af konklurrencens begrænsning overstiger den marginale positive innovationsfremmende effekt.

Hensynet til *trediemands retssikkerhed* indebærer, at trediemand med så stor sikkerhed som muligt på forhånd skal kunne vurdere, om en given aktivitet er omfattet af et patent. Det må ifølge sagens natur trække i retning af, at der skal være en snæver beskyttelse, som omfatter så lidt som muligt udover det, der udtrykkeligt er omfattet af patentkravene.

Samtlige de træk ved den patenterede opfindelse, der er beskrevet i et patentkrav, skal tages i betragtning, men der kan statueres krænkelse *a)* såvel i tilfælde, hvor den manglende forekomst af et træk skyldes, at den omtvistede genstand er blevet forsynet med et alternativ til det pågældende træk, som *b)* i tilfælde, hvor der hos den omtvistede genstand hverken forefindes det i patentkravet beskrevne træk eller et alternativ hertil (delbeskyttelse).

Sammenligningen og vurderingen bør have karakter af en helhedsbedømmelse – ikke et antal isolerede sammenligninger af de enkelte forskelle og ligheder med dertil hørende isolerede vurderinger af deres betydning for krænkelsesspørgsmålet. Der skal være tale om en simultan vurdering af forskelle og ligheder ikke en sekventiel vurdering.

Patentbeskrivelsens udførelseseksempler har ikke vejledende betydning for beskyttelsesomfanget på en måde, som kan føre til begrænsning af beskyttelsesomfanget i forhold til patentkravenes beskrivelse af den patenterede opfindelse.

Den fra et 2.MI-krav (et patentkrav på et allerede kendt lægemiddel til 2. eller efterfølgende medicinsk indikation) eller et analogifremgangsmådepatent flydende beskyttelse bør fastlægges på en sådan måde, at beskyttelsen i videst muligt omfang afspejler en retsstilling, *hvor* patentering af lægemiddelopfindelser følger helt samme regler som andre opfindelser, således at der kan udstedes patenter på anvendelse af lægemidler til terapeutiske behandling af mennesker – herunder patenter på anvendelse af allerede kendte

lægemidler til 2. og efterfølgende medicinske indikationer –, og *hvor* det etiske problem er løst ved at lade den terapeutiske behandling af mennesker falde uden for det i patentlovens § 3 definerede område for eneretten.

De i følgende skema anvendte forkortelser svarer til de forkortelser, der er introduceret ovenfor i afsnit 12.3.

Kriterier, der kan indgå i afvejningen	Prioritet for eller mod krænkelse			
	høj	mellem	lav	ingen
Den patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt ved den i det håndhævede patentkrav beskrevne opfindelse forefindes hos DOG, og der er ikke tale om en utilsigtet sideeffekt	FOR			
Tekniske ligheder mellem den omtvistede genstand og den i patentkravene beskrevne opfindelse	FOR			
Tekniske forskelle mellem den omtvistede genstand og den i patentkravene beskrevne opfindelse	MOD			
Patentkravene er formuleret på en måde, som afspejler en af PH under ansøgningssagen fremført kritik mod den tekniske løsning, som DPK (senere) bruger i DOG	MOD			
Udviklingsomkostningerne for den pågældende type opfindelser er meget betydelige	FOR			
Udviklingsomkostningerne for den pågældende type opfindelser er ubetydelige	MOD			
PH kunne have valgt hemmeligholdelse af opfindelsen uden at det ville have begrænset hans muligheder for kommerciel udnyttelse	FOR			
Opfindelsen må antages at have stor teknisk og/eller samfundsøkonomisk værdi		FOR		
Opfindelsen må antages at have lille teknisk og/eller samfundsøkonomisk værdi		MOD		
Der er betydelige fordele ved DOG		MOD		
DOG's alternative udførelsesform relaterer sig til træk ved den i patentkravet beskrevne opfindelse, som er blevet tilføjet under ansøgningssagen (uanset hvem der har taget initiativet til tilføjelsen)		MOD		

Patentkravet har på grund af uagtsomhed hos patenthaveren fået en unødvendig snæver formulering		MOD		
Patenthaverens udtalelser i retning af en relativt snæver beskyttelse fremsat uden sammenhæng med ansøgningssagen, en ugyldighedssag eller en omprøvningssag		MOD		
Det håndhævede patentkrav drejer sig om en almindelig fremgangsmåde – ikke en analogifremgangsmåde – til fremstilling af et lægemiddel, og patentet stammer fra før ophævelsen af forbudet mod patentering af lægemidler		FOR		
Forskellene mellem DOG og patentkravet vedrører dimensioner, materialevalg, udseende eller lignende			MOD	
PH har stor kommerciel succes med opfindelsen			FOR	
PH har ikke kommerciel succes med opfindelsen			MOD	
Der forekommer uklarheder i patentet			MOD	
Der er fordele ved DOG men kun beskedne			MOD	
Den omtvistede genstands negative påvirkning af patenthaverens omsætning				FOR / MOD
Patentets klassificering				FOR /MOD
DOG har opfindelseshøjde og er genstand for et til DPK udstedt patent				FOR / MOD
Den påståede krænkers subjektive forhold, herunder forsøg på at opfinde "rundt om" patentet				FOR / MOD
Anden forud kendt teknik end den i patentbeskrivelsen omtalte forud kendte teknik				FOR / MOD

Kapitel 10

Den bevismæssige betydning af udtalelser fra den danske patentmyndighed

1. Indledning

I retssager, hvor der er tvist om et patents beskyttelsesomfang, forekommer det ofte, at der som bevis fremlægges udtalelser fra den danske patentmyndighed (oprindeligt Patentkommissionen, senere Patentdirektoratet og nu Patent- og Varemærkestyrelsen). Udtalelserne har typisk drejet sig om spørgsmål såsom *a)* forståelsen af udtryk, der er anvendt i patentkravene eller patentbeskrivelsen, *b)* den patenterede opfindelses formål, og *c)* beskyttelsens omfang.

Emnet for dette kapitel er den bevismæssige betydning af denne for patentsager specielle bevisform.

2. Retspraksis

Kærneæltervalsedommen – UfR 1925 s. 586 H

I Kærneæltervalsedommen havde den påståede krænker søgt patent på den konstruktion, som lå til grund for den omtvistede kærneælter. I forbindelse med ansøgningens behandling tilkendegav Patentkommissionen i et brev, at en kærneælter konstrueret som angivet i den påståede krænkers ansøgning ikke ville være omfattet af det patent, der blev håndhævet under den senere anlagte retssag. Denne tilkendegivelse blev ikke tillagt afgørende vægt under den efterfølgende krænkelsessag, idet såvel Østre Landsret som Højesteret kom frem til, at der var tale om krænkelse.

Under retssagen afgav Patentkommissionen en erklæring om, hvorledes kommissionen under behandlingen af ansøgningen om det håndhævede patent havde opfattet det i beskrivelsen anvendte udtryk »valsernes relative hastighed«. Udtalelsen støttede den af den påståede krænker hævdede fortolkning. En række ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer og et egentligt syn og skøn støttede patentindehaverens forståelse af ud-

trykket. Højesteret valgte at se stort på Patentkommissionens udtalelse og fortolkede udtrykket i overensstemmelse med de ensidigt indhentede erklæringer og syns- og skønsmændenes udtalelser.

Fodtøjslimdommen – UfR 1927 s. 285 H

I Fodtøjslimdommen havde syns- og skønsmændene givet udtryk for, at det omtvistede fodtøj måtte anses for omfattet af patentet, og det må antages, at Patentdirektoratet havde udtalt sig på tilsvarende vis i en af patentindehaveren ensidigt indhentet erklæring. Østre Landsret og Højesteret var enige om at tilsidesætte syns- og skønsmændenes og Patentdirektoratets udtalelser vedrørende beskyttelsesomfanget. I landsrettens af Højesteret tiltrådte begrundelse blev det endog som det første udtrykkeligt slået fast, at der ikke kunne tillægges direktoratets erklæring »afgørende betydning for sagen«.

Varmestrømskredsdommen – UfR 1936 s. 306 H

I Varmestrømskredsdommen havde patentindehaveren og den påståede krænker hver deres udlægning af patentets beskyttelsesomfang med henholdsvis en bred og en snæver opfattelse af omfanget. Patentkommissionen udtalte sig på en måde, som støttede den brede opfattelse af beskyttelsesomfanget, mens syns- og skønsmændene udtalte sig til fordel for et snævrere beskyttelsesomfang. Højesteret valgte den snævre opfattelse af patentets beskyttelsesomfang. I begrundelsen blev det om tilsidesættelsen af Patentkommissionens opfattelse anført, at der navnlig blev lagt vægt på et af syns- og skønsmændene fremført argument, som ikke var »nærmere imødegået af Patentkommissionen«.

Vandafhærdningsdommen – UfR 1936 s. 536 H

I Vandafhærdningsdommen var det afgørende, hvorledes udtrykket »den væsentligste del af bundfaldet« i patentkravet skulle forstås i relation til en bestemt kemisk proces, som forløb ved hjælp af katalysatorer. Ifølge patentindehaveren og syns- og skønsmændene skulle udtrykket forstås som 51-100 % af den samlede mængde bundfald. Ifølge den påståede krænkers og Patentkommissionens opfattelse skulle væsentlighedskriteriet derimod være knyttet til bundfaldets indvirkning på katalysatorernes effektivitet. Om den påståede krænkers opfattelse (og dermed indirekte også om Patentkommissionens opfattelse) udtalte syns- og skønsmændene, at de bagvedliggende tekniske synspunkter af forskellige årsager ikke var korrekte. Højesteret statuerede, at der forelå krænkelse. Afgørelsen var udtrykkeligt baseret på den af syns- og skønsmændene hævdede forståelse af

udtrykket, hvilket nødvendigvis måtte indebære en tilsidesættelse af Patentkommissionens opfattelse.

Byggesætdommen – UfR 1936 s. 1132 V

I Byggesætdommen havde Patentkommissionen udtalt, at der efter dens mening var tale om krænkelse. Vestre Landsret statuerede, at der forelå krænkelse. I begrundelsen blev det udtrykkeligt anført, at retten efter at have set »de forskellige byggesæt« kunne tilslutte sig Patentkommissionens udtalelse. Som dommen er formuleret, må det antages, at rettens konklusion primært var baseret på dommernes egen sammenligning af det omtvistede byggesæt med et af patentindehaveren fremstillet byggesæt.

Insulindommen – UfR 1941 s. 484 H

I Insulindommen havde Patentkommissionen udtalt, at formålet med den patenterede opfindelse var et danne en holdbar opløsning, hvorfra lægemidlet protamininsulinat kunne udfældes kort tid før indsprøjtning i patienten. I Højesteret kom flertallet på 5 ud af 9 højesteretsdommere frem til, at »kærnen i patentet« var den ved foreningen af insulin og protamin opståede tunge opløselighed i blod og vævsvædske. Patentkommissionens udtalelse om opfindelsens formål udgjorde den del af bevisførelsen, der havde størst direkte relevans for spørgsmålet om, hvad der skulle anses for opfindelsens kerne, tekniske effekt, formålet eller lignende. Flertallets opfattelse af, hvad der måtte anses for kernen, var resultatet af de pågældende dommeres egen vurdering, og den må siges at indebære en indirekte tilsidesættelse af Patentkommissionens opfattelse vedrørende opfindelsens formål. Mindretallet på 4 højesteretsdommere kom i deres begrundelse ikke ind på noget, som kan siges at indebære en stillingtagen til Patentkommissionens udtalelse.

Borsvingsdommen – UfR 1949 s. 53 H

I Borsvingsdommen havde Patentkommissionen udtalt sig om, hvad der var formålet med opfindelsen. Med udtrykkelig henvisning til Patentkommissionens udtalelse og en udtalelse i samme retning fra syns- og skønsmændene lagde Østre Landsret og Højesteret den af Patentkommissionen udtrykte opfattelse til grund for dommen.

Retledningsapparatdommen – UfR 1950 s. 877 H

I Retledningsapparatdommen var det i patentkravet angivet, at opfindelsen drejede sig om et retledningsapparat, der skulle tjene til at ophæve hvirvelstrømme i en gasluftsblanding. Patentkommissionen og en særlig

kommission udtalte, at det omtvistede apparat helt åbenbart ikke havde nogen retledningsvirkning. En syns- og skønsmand udtalte sig under sagens gang i Højesteret i samme retning. To andre syns- og skønsmænd havde under sagens behandling i landsretten udtalt sig i modsat retning. Højesteret frifandt den påståede krænker og angav i sin begrundelse, at det ikke kunne anses for godtgjort, at der var tale om krænkelse.

Ildstedsdommen – UfR 1958 s. 832 H

I Ildstedsdommen havde Patentkommissionen udtalt sig om, hvad der skulle forstås ved det i patentkravet anvendte udtryk »ildsteder uden rist«. Syns- og skønsmændene havde også udtalt sig om dette spørgsmål, men kom frem til en anden fortolkning. Højesteret tilsidesatte Patentkommissionens opfattelse og valgte at lægge syns- og skønsmændenes opfattelse til grund.

Tærskeværksdom I – UfR 1959 s. 485 H

I Tærskeværksdom I var det i patentkravet angivet, at opfindelsen drejede sig om et tærskeværk, der blandt andet var karakteriseret ved et antal lister og nogle udskæringer i en slidske. Tvisten drejede sig primært om, hvorvidt patentet kunne omfatte et tærskeværk, der havde de i patentkravet beskrevne lister, men som ikke havde udskæringer i slidsken. Patentdirektoratet udtalte, at udskæringerne i slidsken måtte forstås som en del af det, der var ejendommeligt for opfindelsen. Syns- og skønsmændene udtalte sig i samme retning. Vestre Landsret og Højesteret lagde Patentdirektoratets og syns- og skønsmændenes samstemmende opfattelser til grund.

Phenylbutazondommen – UfR 1964 s. 498 H

I Phenylbutazondommen havde Patentdirektoratet udtalt sig om forståelsen af det i patentkravet og patentbeskrivelsen anvendte udtryk »et funktionelt reaktionsdygtigt derivat af en monosubstitueret malonsyre«. Syns- og skønsmændene udtalte sig om det samme spørgsmål og kom frem til stort set samme fortolkning. For så vidt angår et enkelt aspekt af fortolkningen afveg syns- og skønsmændenes opfattelse dog fra Patentdirektoratets. I Højesteret tog 6 af de 7 dommere stilling til fortolkningsspørgsmålet. Alle 6 dommere kom frem til en fortolkning, som svarer til Patentdirektoratets og/eller syns- og skønsmændenes fortolkninger. De 3 af disse 6 dommere henviste i deres begrundelse udtrykkeligt til syns- og skønsmændenes udtalelse, hvorimod de ikke fandt anledning til at nævne Patentdirektoratets udtalelse. Begrundelsen fra de andre 3 dommere, der også tog stilling til fortolkningsspørgsmålet, er så uklar, at man ikke med sikkerhed kan udta-

le sig om, hvilken vægt disse 3 dommere lagde på henholdsvis Patentdirektoratets og syns- og skønsmændenes udtalelser om fortolkningsspørgsmålet.

Tærskeværksdom II – UfR 1964 s. 628 H

I Tærskeværksdom II udtalte Patentdirektoratet sig om forståelsen af udtrykket »savtakformet kniv med skarpe kanter og spidse tænder« og kom frem til en fortolkning, som støttede den påståede krænkers synspunkter. Syns- og skønsmændene udtalte sig om det samme fortolkningsresultat men nåede frem til en fortolkning, der svarede til den af patentindehaveren hævdede. Med udgangspunkt i patentbeskrivelsen og korrespondancen i ansøgningssagen tog Højesteret selv stilling til fortolkningsspørgsmålet og kom derved frem til den af patentindehaveren hævdede fortolkning, hvilket indebar en tilsidesættelse af Patentdirektoratets opfattelse.

Persiennedom II – UfR 1965 s. 468 H

I Persiennedom II udtalte Patentkommissionen sig om, hvorledes det i patentkravet anvendte ord »direkte« skulle forstås. Patentkommissionen udtalte sig på en måde, som støttede de af den påståede krænker fremsatte synspunkter. Syns- og skønsmændene udtalte sig om det samme spørgsmål men kom frem til en fortolkning, som gik i modsat retning. Østre Landsret valgte syns- og skønsmændenes fortolkning og tilsidesatte dermed den af Patentkommissionen foreslåede fortolkning.

Affjedringsdommen – UfR 1966 s. 537 H

I Affjedringsdommen havde den påståede krænker nedlagt indsigelse om ugyldighed. Som reaktion på ugyldighedsindsigelsen havde patentindehaveren nedlagt en påstand, som gik ud på, at patentet skulle opretholdes med patentkrav, som indeholdt visse nærmere specificerede ændringer. Patentkommissionen udtalte i den anledning, at de af patentindehaveren foreslåede ny patentkrav måtte anses for at have nyhed og opfindelseshøjde i forhold til den forud kendte teknik. Syns- og skønsmændene udtalte sig i modsat retning. Højesteret valgte at lægge syns- og skønsmændenes opfattelse til grund og tilsidesatte dermed Patentkommissionens udtalelse. Højesteret udtalte endog udtrykkeligt, at der »måtte lægges afgørende vægt på syns- og skønsmændenes erklæringer«.

Kaffeposedommen – UfR 1969 s. 249 Ø

I Kaffeposedommen udtalte Patentkommissionen sig om diverse spørgsmål på en måde, som støttede nogle af den påståede krænkers synspunk-

ter. Østre Landsret statuerede, at der ikke forelå krænkelse. I begrundelsen henviste dommerne til patentets indhold og den der omtalte kaffeposes funktionsmåde. Selv om retten kom til det resultat, som Patentkommissionens udtalelser lagde op til, må afgørelsen anses for at være i hvert fald primært baseret på dommernes egen vurdering af, hvad der kunne udledes af patentkrav og patentbeskrivelse.

3. Konklusioner

Af de 16 omtalte domme er de 3 behæftet med en så væsentlig tvivl med hensyn til den betydning, der blev tillagt patentmyndighedens udtalelser, at det næppe er forsvarligt at tage dem i betragtning. Det drejer sig om Retledningsapparatdommen, Phenylbutazondommen og Kaffeposedommen.

Kigger man på de resterende 13 domme blev patentmyndighedens udtalelser tilsidesat i 10 domme. I 6 af disse 10 domme forelå der syn og skøn, som blev tillagt større vægt. I sidste 4 af de 10 domme blev patentmyndighedens og syns- og skønsmændenes samstemmende udtalelser tilsidesat i et enkelt tilfælde, mens patentmyndighedens udtalelser blev tilsidesat i 3 tilfælde, hvor der ikke forelå nogen udtalelser fra syns- og skønsmænd.

I 3 af de 13 domme tilsluttede retten sig patentmyndighedens udtalelser. Den ene dom – Byggesætdommen – må dog anses for primært at være motiveret i resultatet af de pågældende landsretsdommeres sammenligning af det omtvistede byggesæt med et af patentindehaveren fremstillet byggesæt. I de 2 øvrige domme forelå der syns- og skønserklæringer, som gik i samme retning som patentmyndighedens udtalelser, hvorfor det må anses for nærliggende, at antage, at sagernes udfald i højere grad kan have været motiveret af syns- og skønserklæringerne end af udtalelserne fra patentmyndigheden.

Ovenstående giver grundlag for en meget klar konklusion, nemlig at udtalelser fra den danske patentmyndighed helt generelt bliver tillagt endog meget begrænset betydning.

De temaer, som er omfattet af patentmyndighedens udtalelser i de 13 domme er *a)* fortolkning af diverse udtryk anvendt i patentkrav og/eller patentbeskrivelse (5 domme) *b)* hvorvidt den omtvistede genstand var omfattet af det håndhævede patent og lignende (4 domme) *c)* hvad der skulle anses for formålet eller det essentielle ved det håndhævede patent (3

domme) og *d)* hvorvidt en af patentindehaveren foreslået omformulering af patentkravene havde nyhed og opfindelseshøjde i forhold til den forud kendte teknik (1 dom). Selv om man betragter de forskellige temaer hver for sig, giver det ikke anledning til nogen modifikationer eller justeringer af konklusionen.

Bilag A

Kronologisk gennemgang og anayse af dansk retspraksis

1. Indledning

Dette bilag består af en kronologisk gennemgang og analyse af de relevante domme fra de gængse domssamlinger. I langt de fleste af dommene har spørgsmålet om et patents beskyttelsesomfang været aktuelt i forbindelse med vurderingen af, om en omtvistet genstand kunne anses for omfattet af et af patenthaveren håndhævet patent. I nogle af dommene har spørgsmålet om beskyttelsesomfanget dog været fremme i anden sammenhæng, herunder i ugyldighedssager og i sager om grundlaget for beregningen af royalty i en patentlicensaftale.

Gennemgangen af dommene indeholder et ekstrakt af de relevante oplysninger om bevisførelsen, parternes argumentation og dommernes begrundelse(r). Domsgennemgangene er ensartet opbygget, idet det øger tilgængeligheden og sammenligneligheden, hvilket indebærer en væsentlig omarbejdelse i forhold til dommenes fremtrædelsesform i domssamlingerne. I det omfang de involverede patenter indeholder relevante tegninger, er de gengivet, selv om tegningerne ikke er optrykt i de domssamlinger, hvorfra dommene stammer.

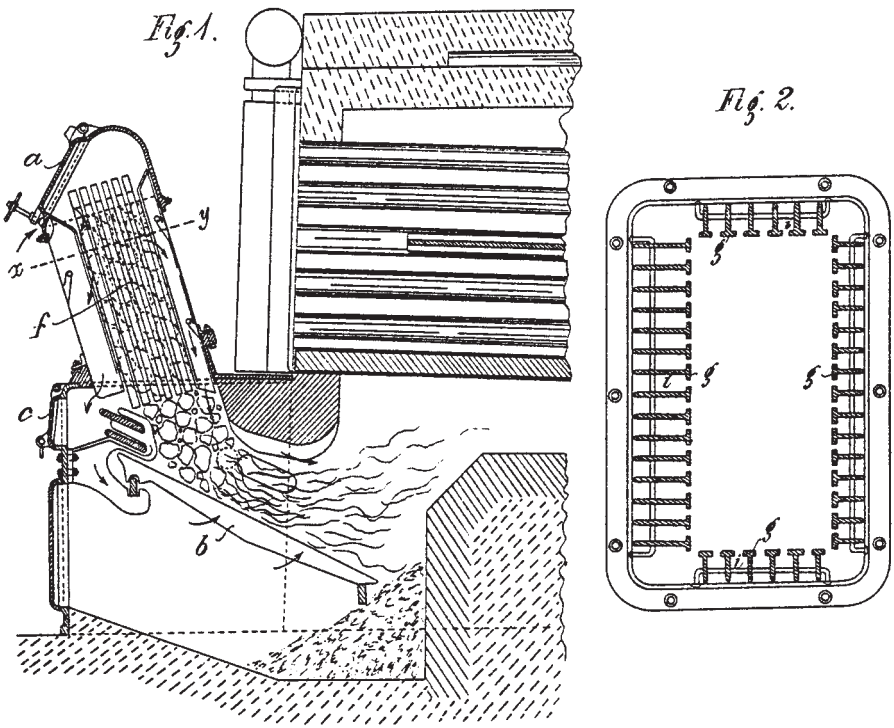
I det omfang en dom i litteraturen har givet anledning til nogen for denne bog relevante kommentarer, er der efter gennemgangen af selve dommen redegjort for kommentarerne. Kommentarerne er i den forbindelse i nogle tilfælde gjort til genstand for en række mere eller mindre kritiske bemærkninger. Der er ikke medtaget kommentarer fra tiden efter 1. januar 2001.

I forbindelse med gennemgangen og analysen af enkelte højesteretsdomme er der også redegjort for indholdet af Højesterets voteringsprotokoller. Det drejer sig om Insulindommen (UfR 1941 s. 484 H), Phenylbutazondommen (UfR 1964 s. 498 H) og Clopoxiddommen (UfR 1979 s. 553). Årsagen til, at den almindelige domsgennemgang i nogle tilfælde er blevet suppleret med en gennemgang af Højesterets voteringsprotokol, er, at voteringsprotokollerne viser, at der bag domsbegrundelserne kan gemme sig

andet og mere end det, som eksplicit er kommet til udtryk i begrundelserne. De 3 nævnte domme er udvalgt, *fordi* de sammen med Ranitidindommen (UfR 1993 s. 859 H), hvis voteringsprotokol endnu ikke er tilgængelig for den juridiske forskning, udgør dansk højesteretsretspraksis vedrørende pharmaceutiske patenters beskyttelsesomfang, og fordi *kemiske* patenter og navnlig pharmaceutiske patenter må anses for at udgøre et af patentrettens vigtigste områder. [1]

2. Retspraksis – kronologisk

2.1. *UfR 1899 s. 892 K&P – Kedelfyrdommen* [2]



1. Om patentsystemets betydning for den kemiske og den pharmaceutiske industri se for eksempel Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret 5. udg. (1999) s. 196 og Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 1.

Patenthaveren havde patent på et røgfortærende kedelfyr. I dommen er der hverken nogen omtale af patentkravene eller patentbeskrivelsen.

Den påståede krænker forhandlede et røgfortærende kedelfyr. Patenthaveren anså dette kedelfyr for omfattet af patentet og anlagde sag om krænkelse.

I dommen er gengivelsen af parternes procedurer vedrørende krænkelsesspørgsmålet indskrænket til en konstatering af, at patenthaveren var af den opfattelse, at der forelå krænkelse af patentet.

Ifølge syns- og skønsmændene udtalelser forholdt det sig således, *at* patentet efter deres mening var meddelt på en bestemt i patentkravet angivet konstruktion men ikke på det princip, som lå til grund for konstruktionen, *at* de ikke anså patentet for krænket, og *at* dersom man antog, at det til grund for opfindelsen liggende tekniske princip var omfattet af beskyttelsen, så ville de mene, at der forlå en krænkelse af patentet.

Kriminal- og Politirettens 2. civilkammer fastslog med følgende begrundelse, at der ikke forelå krænkelse:

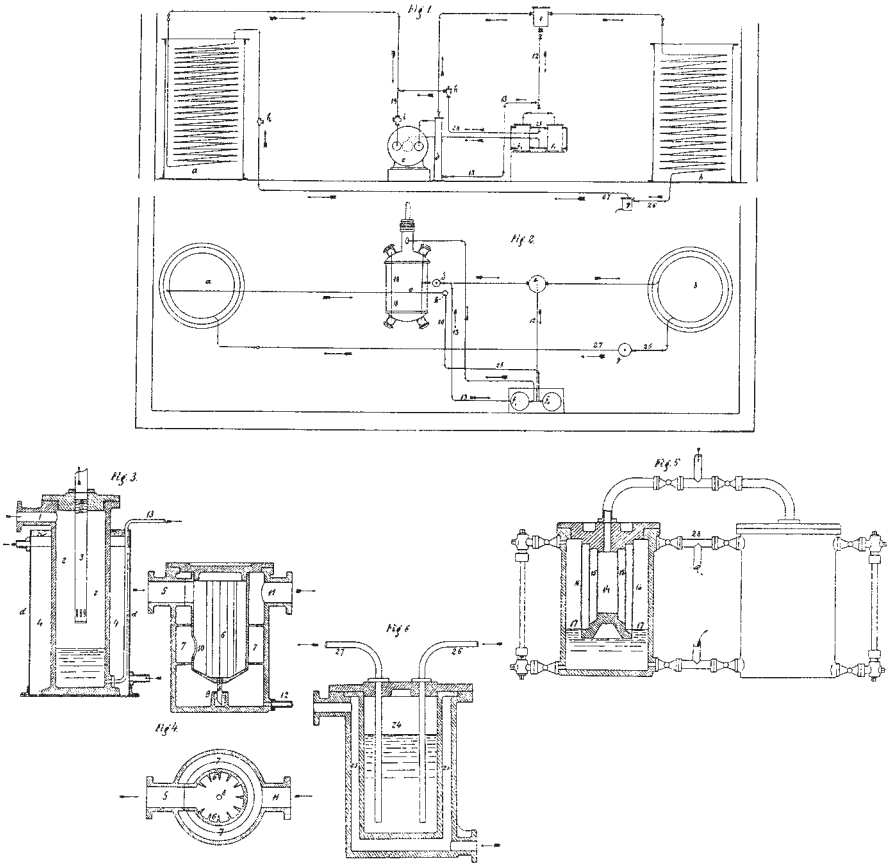
> »Da patentet … efter sin ordlyd kun er meddelt på en bestemt som røgfortærende kedelfyr betegnet konstruktion, og da klagerne [patenthaveren] ikke have oplyst sådanne omstændigheder, som måtte udkræves for ikke desto mindre at statuere, at patentet antages også at omfatte den konstruktion, som er bragt til anvendelse …, vil der ved sagens pådømmelse være at gå ud fra, at dette sidste ikke er tilfældet.«

Dommen er baseret på den opfattelse, at der må være en formodning for, at et patents beskyttelsesomfang er begrænset til den i patentkravene beskrevne opfindelse. Endvidere syntes det i dommen forudsat, at det forhold, at det omtvistede produkt ifølge syns- og skønsmændene hvilede på samme tekniske princip, ikke i sig selv var nok til at afkræfte den nævnte formodning. Dommen indeholder ikke nogen indikationer af, hvad der eventuelt kunne have givet en udvidet beskyttelse i forhold til den i patentet beskrevne opfindelse, men det syntes forudsat, at det efter omstændighederne kunne være kommet på tale med sådan en udvidelse.

---

2. Dansk patent nr. 622.

2.2. *UfR 1902 s. 758 K&P – Kompressionskøleanlægsdommen* [3]



Det relevante patentkrav lød som følger (min kursivering):

> »Ved kompressionskøleanlæg den anordning, at den sammentrykkede, olieblandede gas ledes gennem olieskillere, hvorefter olien efter at være undergaaet en rensning i filterapparater *ledes til kompressorens stoppebøsning, idet oliens bevægelse opnaas ved hjælp af det i apparatet herskende tryk uden brug af pumper eller lignende mekaniske apparater*.«

Den påståede krænker havde fremstillet og solgt et antal køleanlæg. Patenthaveren anså disse køleanlæg for omfattet af patentet og anlagde sag om krænkelse.

3. Dansk patent nr. 861.

Ifølge syns- og skønsmændene udtalelser forholdt det sig således, *at* de omtvistede køleanlæg ikke i det hele var indrettet som det i patentkravet beskrevne køleanlæg, *at* der var såvel ligheder som forskelligheder mellem de omtvistede køleanlæg og det i patentkravet beskrevne køleanlæg, *at* en af lighederne gik ud på, at oliens bevægelse i begge konstruktioner foregik uden brug af pumpe eller anden mekanisk hjælp.

Parterne havde skåret sagen således til, at tvisten drejede sig om, hvorvidt den omtalte lighed med hensyn til oliens bevægelse indebar, at der var tale om patentkrænkelse.

Kriminal- og Politirettens 2. civilkammer konkluderede med følgende begrundelse, at der ikke var tale om krænkelse (min kursivering):

> »Klagerens patentret kan nu efter patentets indhold og de i øvrigt foreliggende oplysninger ikke antages at omfatte enhver konstruktion, ved hvilken oliens bevægelse opnås ved hjælp af det i apparatet herskende tryk uden brug af pumper eller lignende mekaniske apparater; Klagerne kunne *kun* antages at have eneret på at opnå dette resultat – oliens bevægelse uden brug af pumper eller lignende – ved *konstruktioner, der på dette punkt i det væsentlige ere overensstemmende med patentets beskrivelse og vedføjede tegninger*.
>
> Efter det afgivne skøn er imidlertid den konstruktion, ved hvilken de indklagede ved de pågældende anlæg føre olien fra apparatets trykledning tilbage til kompressoren, *i ikke ringe grad forskellig fra den i patentet angivne*.
>
> Medens den i apparatets trykledning udskilte olie ifølge klagerens patent føres til stoppebøssen og derfra vender tilbage til kompressorens indre ved at rives med af stempelstangen, føres olien i de indklagedes anlæg gennem stoppebøssen til sugeledningen, således at oliens tilbageførelse til kompressorens indre i hvert fald for en væsentlig del sker ad denne vej.
>
> Denne forskel i oliens kredsløb – der under det afgivne skøn også har ikke ubetydelige forskelligheder i virkemåden til følge – findes at være så betydelig, at de indklagede ikke ved de pågældende anlæg kunne antages i denne henseende at have gjort indgreb i klagerens patent.«

Begrundelsens 1. afsnit har karakter af en helt generel udtalelse, ifølge hvilken et patent kun kan omfatte konstruktioner, der i det væsentlige svarer til patentets beskrivelse og vedføjede tegninger. Det er i den forbindelse bemærkelsesværdigt, at dommerne undlod at nævne noget om patentkravenes betydning for beskyttelsesomfanget.

Det fremgår af begrundelsens 2. og 4. afsnit, at dommerne lagde til grund, at der var en ikke ringe forskel af en vis betydning mellem det omtvistede køleanlæg og det patenterede køleanlæg. Sammenholder man den i begrundelsens 3. afsnit fremhævede forskel med indholdet af det 1. patentkrav, syntes er at være tale om en forskel, som ikke vedrører nogen af de i patentkravet beskrevne træk ved opfindelsen, idet den fremhævede

forskel relaterer sig til oliens transport *fra* stoppebøssen og ind i kompressorens indre, og idet patentkravet intet indeholder om oliens videre transport efter, at den er kommet frem til kompressorens stoppebøsning. Den fremhævede forskel, som dommerne tillagde afgørende betydning, må derfor antages at være en forskel mellem det omtvistede køleanlæg og udførelseseksemplerne i patentbeskrivelsen. Når der lægges afgørende vægt på nogle aspekter ved det omtvistede køleanlæg, som intet har at gøre med de i patentkravet beskrevne træk ved opfindelsen, er der tale om en begrænsning af beskyttelsesomfanget i forhold til patentkravets indhold.

På baggrund af ovenstående må det antages, at dommen er udtryk for den opfattelse, *at* udførelseseksemplerne i patentbeskrivelsen har væsentlig betydning for et patents beskyttelsesomfang, *at* et patent således kun omfatter fænomener, som i væsentlig grad svarer til udførelseseksemplerne i patentbeskrivelsen og de dertil hørende tegninger, og *at* dette kan føre til et snævrere beskyttelsesomfang end det, der ville blive resultatet af at tillægge patentkravenes indhold afgørende betydning.

---

4. Landsover- samt Hof- og Stadsrettens dom findes i UfR 1907 s. 146 H og i UfR 1906 s. 101.
5. Dansk patent nr. 1.802.

2.3. *UfR 1907 s. 146 H – Vindueslukkerdommen* [4] [5]

Fig. 1

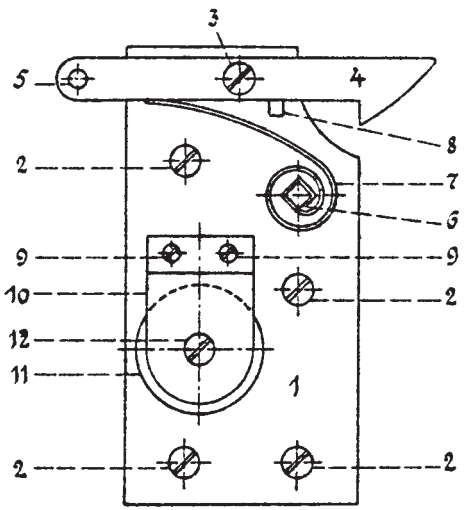


Fig. 2

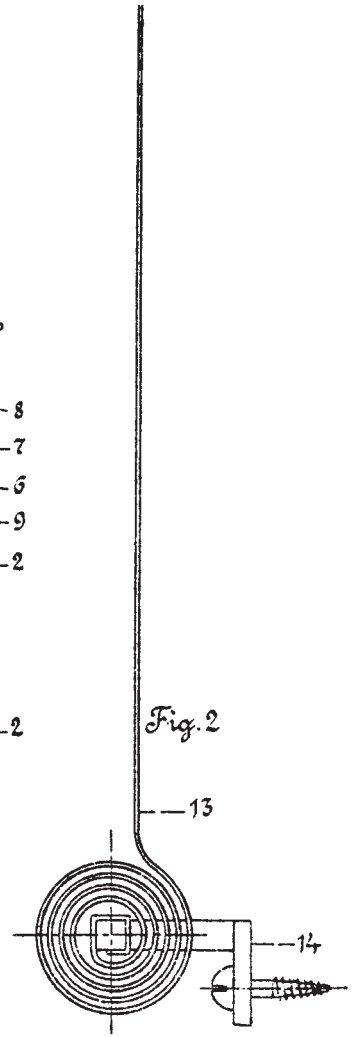
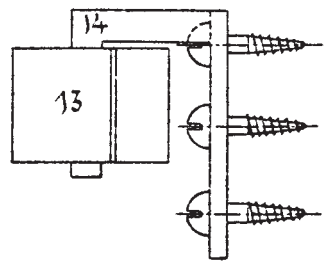


Fig. 3



Patentkravet lød som følger:

> »Et apparat til åbning og lukning af højtsiddende, om lodret stående hængsler drejelige vinduer, karakteriseret ved, at en til karmen eller løsholdt fastgjort spiralfjeder, der direkte påvirker rammen, tjener til at åbne vinduet og holde det åbent, medens dets fastholden i lukket stilling samt dets udløsning bevirkes af en på vinduesposten eller i karmen anbragt fjederhage, der griber ind i en i rammen anbragt øsken og påvirkes af en snor. Vinduets tiltrækning sker ved en i rammen fastgjort og over en rulle ført tillukningssnor.«

Den påståede krænker fremstillede og solgte et apparat til åbning og lukning af højtsiddende vinduer, hvor der i konstruktionen øjensynligt var anvendt en gliphage i stedet for den i patentkravet nævnte fjederhage. Patenthaveren anså denne konstruktion for omfattet af patentet og anlagde sag om patentkrænkelse.

Til støtte for det synspunkt, at der forelå krænkelse gjorde patenthaveren gældende, *at* det omtvistede apparat havde den tekniske effekt, der var kernen i patentet, *at* det omtvistede apparat og det patenterede apparat blev anvendt på ganske samme måde og til samme formål, *at* det omtvistede apparat blev averteret under samme betegnelse, nemlig »frisk luft«, og *at* det omtvistede apparat blev solgt i æsker med etiketter, der havde en slående lighed med patenthaverens egne etiketter.

Det var uomtvistet, at den påståede krænkers vindueslukker blev markedsført på den af patenthaveren hævdede måde.

Dommen indeholder ingen omtale af den påståede krænkers argumenter vedrørende krænkelsesspørgsmålet.

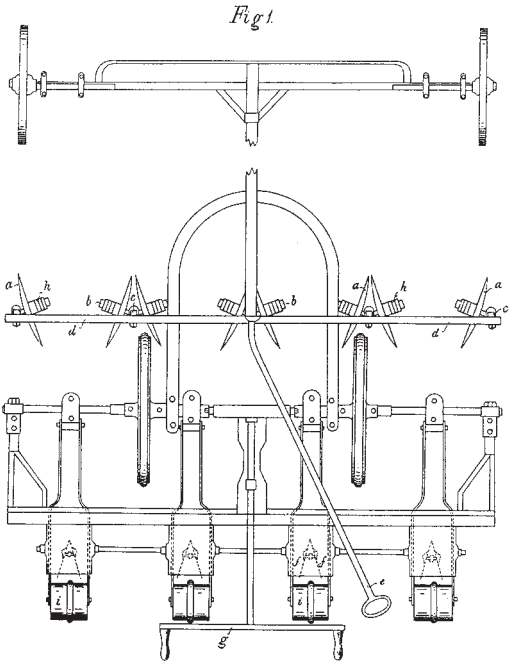
Ifølge syns- og skønsmændene udtalelser forholdt det sig således, *at* det omtvistede apparater frembød megen lighed med det patenterede apparat, idet apparaterne besad samme enkeltdele såsom spiralfjeder, øsken og snor samt selve låseapparatet med trisse og snor, og idet der var tale om samme tekniske effekt, *at* der omvendt var ikke uvæsentlige forskelle mellem apparaterne, idet trissen på det ene apparat var drejelig, mens den på det andet apparat var fastsiddende, og idet låseindretningerne var forskelligt konstrueret, og *at* anvendelsen af en gliphage måtte anses for en væsentlig forskel i forhold til den i patentet nævnte fjederhage.

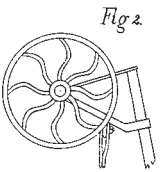
Højesteret statuerede, at der forelå en krænkelse, og som begrundelse herfor henviste Højesteret til de i den indankede dom anførte grunde, der efter en indledende omtale af syns- og skønsmændenes udtalelser lød som følger:

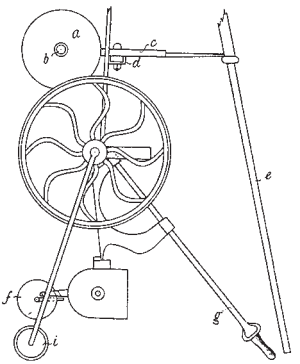
> »… retten finder dog desuagtet at måtte statuere, at de af de indstævnte [den påståede krænker] fabrikerede og forhandlede apparater frembyde så megen lighed med de apparater, citanten har patent på, at indstævntes fabrikation og forhandling af hine apparater må siges at være i strid med citantens ret efter patent nr. 1802 …«

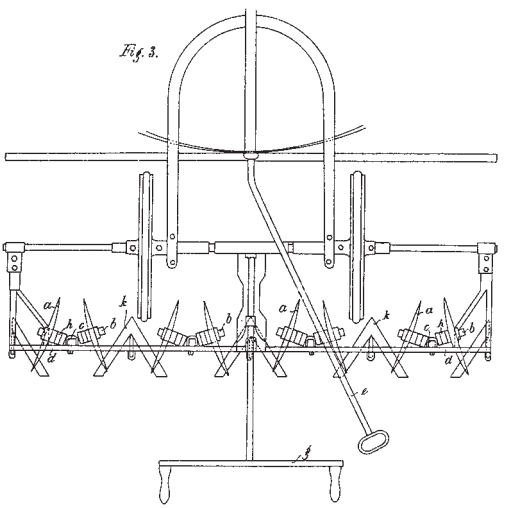
Det fremgår af begrundelsen, at dommen hviler på den opfattelse, at spørgsmålet om krænkelse af et patent kan afhænge af graden af lighed mellem det patenterede produkt og det omtvistede produkt. Begrundelsen indeholder imidlertid ingen indikationer af, hvor høj grad af lighed, der skal foreligge for, at der er tale om krænkelse. I betragtning af syns- og skønsmændenes udtalelser forekommer det umiddelbart overraskende, at dommerne kom frem til, at der var den fornødne grad af lighed. Formentlig skal ordene »retten finder dog desuagtet« tages som udtryk for en afstandstagen til syns- og skønsmændenes lighedsvurdring, således at dommerne i stedet lagde deres egen selvstændige lighedsvurdering til grund for afgørelsen. Der er umiddelbart intet i begrundelsen, der tyder på, at patenthaverens argumenter af mere varemærkeretlig karakter havde nogen indflydelse på afgørelsen, men det kan næppe udelukkes, at et stænk af illoyalitet i den påståede krænkers markedsføring af det omtvistede produkt kan have påvirket dommernes egen lighedsvurdering til patenthaverens fordel.

2.4. *UfR 1907 s. 503 L – Radrensemaskinedom I* [6]









6. Dansk patent nr. 134.

Dommen er kun summarisk omtalt i UfR. Det følgende er derfor baseret på en mere fyldestgørende udskrift fra rettens dombog.
Patentkravene gik *i dommens gengivelse* ud på følgende (min kursivering):

> »1) En maskine til radsåning af roer, karakteriseret ved kombinationen af tallerkenformede legemer, der to og to ere anbragte på vinkelformede aksler således, at de tallerkenformede legemer stå skråt mod hinanden, hvorved de, når maskinen føres frem danner en kam i jorden, og ved et rilleapparat samt en radsåmekanisme til roefrøet m.m., og
>
> 2) Anordningen af denne maskine til hakke- og renseapparat, efter at rilleapparatet og såmekanismen ere borttagne, karakteriseret ved, at der *indenfor de tallerkenformede legemer anbringes ringe eller slutskiver, ved hvilke de tallerkenformede legemer fjernes så meget fra hinanden,* at de, når maskinen føres fremad, gå fri af de unge roeplanter og rense siderne af kammene for ukrudt.« [7]

Den påståede krænker havde fremstillet og solgt et antal maskiner til rensning af roemarker med tallerkenformede legemer anbragt parvis skråt mod hinanden på en sådan måde, at deres afstand fra hinanden kunne forandres.

Patenthaveren anså disse maskiner for omfattet af patentets 2. patentkrav og anlagde sag om krænkelse.

Til støtte for det synspunkt, at den omtvistede maskine ikke var omfattet af patentet, gjorde den påståede krænker gældende, *at* de omtvistede maskiner var beregnede på radrensning på flad jord, *at* de omtvistede maskiner havde bevægelige aksler, mens akslerne på patenthaverens maskiner var faste, og *at* reguleringen af de tallerkenformede legemers afstand på den omtvistede maskine var forskellig fra afstands-reguleringen på den patenterede maskine.

I dommen er det ikke angivet, hvilke argumenter patenthaveren fremførte heroverfor, men det må antages, at patenthaveren i det mindste må have bestridt rigtigheden af den påståede krænkers synspunkter.

Der er grund til at antage, at der rent faktisk var visse forskelle med hensyn til afstandsreguleringen.

Ifølge syns- og skønsmændenes udtalelser forholdt det sig således, *at* den patenterede maskine og den omstridte maskine for så vidt var ens, *at* de 2 maskiners radrensning blev udført på samme måde, *at* maskinerne

---

7. Dommens gengivelse af patentkravenes indhold er udtryk for en lettere bearbejdet version af det, der egentlig står i patentkravene. Patentkravenes præcise ordlyd er gengivet i forbindelse med analysen af radrensemaskine-dom II.

begge var lige velegnede til radrensning på flade og krumme marker, *at* det i patentmæssig henseende var uden betydning, om akslerne var faste eller bevægelige, *at* det nye og betydningsfulde ved patentet var en ny måde til radrensning af roer ved hjælp af tallerkenformede legemer med en indstillelig indbyrdes afstand, *at* indstilleligheden formentlig var det ved patentet beskyttede, og *at* den måde, hvorpå indstillingen skete var uden betydning.

I betragtning af, at det i den karakteriserende del af det 2. patentkrav var angivet, hvorledes indstillingen af de tallerkenformede legemer skulle ske, forekommer det umiddelbart vanskeligt at forstå baggrunden for syns- og skønsmændenes udtalelse om, at indstillingsmåden skulle være uden betydning.

Landsover- samt Hof- og Stadsretten fandt med følgende begrundelse, at der var tale om krænkelse af patentet:

> »Som følge af foranstående vil appelindstævnte [den påståede krænker], der efter alt det fremkomne må siges forsætlig at have gjort indgreb i appellantens patentret … være at anse med en bøde … hvorhos han vil have at betale erstatning …«

Begrundelsen er ikke udpræget klar med hensyn til, hvilke af sagens omstændigheder dommerne tillagde hvilken vægt. Det forekommer dog rimeligt at antage, at dommerne baserede deres stillingtagen på, *at* den påståede krænker ikke havde ført bevis for rigtigheden af de forhold, som indsigelserne var baseret på, og/eller *at* patenthaveren i fornødent omfang havde ført bevis for, at de omtvistede maskiner måtte anses for omfattet af patentet.

Begge begrundelser forekommer lige rimelige. For det første gik syns- og skønserklæringen direkte mod samtlige den påståede krænkers 3 argumenter, og de 2 første argumenter havde ingen som helst forbindelse med patentets indhold. For det andet havde syns- og skønsmændene udtalt, *at* de 2 maskiner for så vidt var ens, og *at* det nye og betydningsfulde ved opfindelsen var et træk ved opfindelsen, som ubestridt forefandtes ved den omtvistede maskine, nemlig de indstillelige tallerkenformede legemer, der kunne anvendes til radrensning af roer.

Blandt andet fordi patenthaveren ikke påberåbte sig det 1. patentkrav, må det antages, at den omtvistede radrensemaskine ikke samtidig var en radsåmaskine af den i det 1. patentkrav beskrevne slags. Selv om det var et træk ved den i det 2. patentkrav beskrevne opfindelse, at der skulle være tale om en radsåmaskine af den i det 1. patentkrav beskrevne art, som kun-

ne modificeres til også at fungere som radrensemaskine på den i det 2. patentkrav beskrevne måde, så blev dette øjensynlig ikke påberåbt af den påstående krænker. Selv om der er tale om et relevant argument, som kunne have ført til, at dommen havde fået det modsatte udfald, forekommer dommens resultat forsvarligt, idet det kan anses for korrekt ikke at tage hensyn til argumentet, når det ikke var gjort gældende.

2.5. *UfR 1911 s. 791 H – Radrensemaskinedom II* [8]

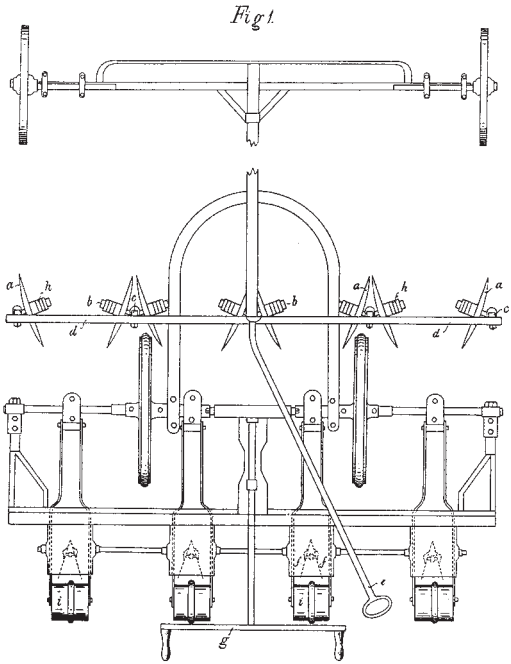


Fig 1.

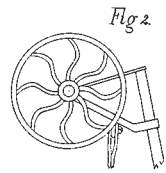
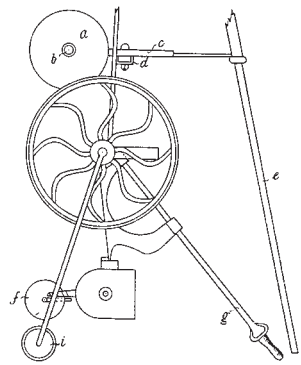


Fig 2.



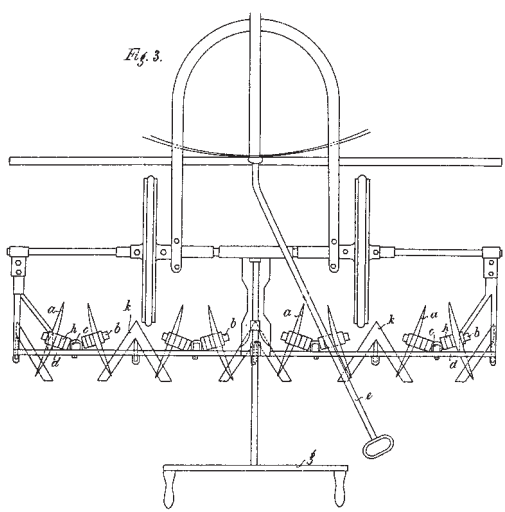


Fig. 3.

8. Dansk patent nr. 134 af 24. juli 1895.

Radrensemaskinedom II drejer sig om krænkelse af det samme patent som i Radrensemaskinedom I. I øvrigt minder sagerne en del om hinanden. Blandt andet må det på samme måde som i Radrensemaskinedom I antages, *at* den omtvistede radrensemaskine reelt ikke var omfattet af patentkrav 1, der var hovedpatentkrav, og *at* maskinen derfor principielt set heller ikke var omfattet af det uafhængige patentkrav nr. 2, men ligesom i den første dom blev det synspunkt øjensynlig ikke gjort gældende af den påstående krænker, jf. de i forbindelse med den problemstilling fremsatte bemærkninger ovenfor under omtalen af Radrensemaskinedom I, hvortil der henvises.

Patentkravene lød som følger (min kursivering):

> 1) En maskine til radsåning af roer, karakteriseret ved kombinationen af tallerkenformede legemer, der to og to ere anbragte på vinkelformede aksler, skiver, der to og to danne en spids vinkel, og mellem hvilke spiralrør fra en radsåmekanisme føre ned, og tromler der bevæge sig bag såmekanismen i den hensigt at opnå, at der først dannes kamme af de tallerkenformede legemer, og derpå af skiverne i kammenes toppe frembringes riller, i hvilke frøet sås, hvorpå jorden klemmes sammen om frøet af de små tromler, og
> 2) anordningen af den i krav 1 angivne maskine til hakke- og renseapparat, efter at rilleapparat og saamekanisme ere borttagne, karakteriseret ved, at der *indenfor de tallerkenformede legemer anbringes ringe eller slutskiver, ved hvilke legemerne fjernes saa meget fra hinanden*, at de gå fri af de unge roeplanter og rense siderne af kammene for ukrudt.«

Den påståede krænker havde fremstillet og solgt radrensemaskiner til roer med indstillelige tallerkenformede legemer, der var anbragt 2 og 2. Patenthaveren anså maskinerne for omfattet af det 2. patentkrav og anlagde sag om patentkrænkelse.

Den påståede krænker gjorde gældende, at der var tale om så forskellig konstruktion og virkemåde, at der ikke kunne foreligge patentkrænkelse, *idet* de tallerkenformede legemer, der var anvendt til den omtvistede maskine, havde en betydelig mindre hulning end dem, der blev anvendt til patenthaverens maskine, *idet* de tallerkenformede legemer på den omtvistede maskine var anbragt enkelvis på hver sin aksel, mens de på patenthaverens maskine var anbragt parvis på samme aksel, og *idet* de tallerkenformede legemer på den omtvistede maskine var indrettet således at de ved hjælp af skydelaase kunne skråtstilles, mens man på patenthaverens maskine kunne ændre afstanden mellem dem ved at afmontere og montere nogle dertil indrettede afstands-ringe.

I dommen er det ikke angivet, hvilke argumenter patenthaveren frem-

førte heroverfor, men det må antages, at patenthaveren i det mindste må have bestridt rigtigheden af den påståede krænkers synspunkter.

Syns- og skønsmændene havde sammenlignet den omtvistede maskine med en af patenthaveren fremstillet radrensemaskine. Ifølge syns- og skønsmændenes udtalelser forholdt det sig således, *at* det nye og betydningsfulde ved patentet var, at der var tale om en ny måde, hvorpå man med indstillelige tallerkenformede legemer kunne radrense roer, *at* det måtte være uden betydning, hvordan afstanden mellem de tallerkenformede legemer blev indstillet, *at* hulningen på den omtvistede maskines tallerkenformede legemer var mindre end den tilsvarende hulning ved patenthaverens maskine, men at arbejdsmåden i jorden i alt væsentligt måtte være den samme, *at* den måde, hvorpå de 2 maskiner virkede som radrensere i alt væsentligt var ens, *at* de af den påståede krænker påberåbte forskelligheder var at betragte som biting i forhold til det egentlige i patentet.

Ligesom ved radrensemaskine-dom I må man umiddelbart undre sig over, at syns- og skønsmændene uden videre udtalte, at den måde, hvorpå afstanden mellem de tallerkenformede legemer skulle indstilles, måtte være uden betydning, når netop indstillingsmåden fremstår som et centralt træk ved den i det 2. patentkrav beskrevne opfindelse.

Såvel Viborg Landsoverret som Højesteret fandt, at der var tale om krænkelse af patentet. Landsoverrettens af Højesteret tiltrådte begrundelse lød som følger:

> »Vel findes herefter de af citanten [den påståede krænker] forfærdigede radrensemaskiner at frembyde en så væsentlig lighed med den af indstævnte patenterede maskine, når denne overensstemmende med patentkravenes post 2 er indrettet til at benyttes som radrensemaskine, at han må anses ved sammes forfærdigelse at have gjort indgreb i indstævntes patentret, …«

Begrundelsen er ikke meget mere sigende end den summariske begrundelse i Radrensemaskine-dom I. Det fremgår dog, *at* dommerne positivt lagde til grund, at der var en væsentlig lighed mellem den omtvistede maskine og den i det 2. patentkrav beskrevne opfindelse, og *at* de tillagde denne væsentlige lighed afgørende betydning.

Dommernes antagelse om den væsentlige lighed var formentlig navnlig baseret på syns- og skønsmændenes udtalelser om, *at* det nye og betydningsfulde var anvendelsen af indstillelige tallerkenformede legemer, og *at* de 2 maskiners virkemåde i alt væsentligt var ens.

2.6. *UfR 1912 s. 525 H – Petroleumsmotordommen* [9] [10]

Det er i dommen anført, at patentet var givet på følgende (min kursivering):

> »Fremgangsmåde til drift af selvtændende firetaktspetroleumsmotorer, karakteriseret ved, at der ad mekanisk vej indsprøjtes vand i passende mængde i motorens tændhoved samtidig med, at petroleumsindsprøjtningen sker, og *i en fra denne adskilt straale*.«

Det fremgår af patentet, at der er tale om et citat fra patentets eneste patentkrav.

Den påståede krænker havde omdannet motorerne i et antal kuttere, således at der i tændhovedet samtidig blev indsprøjtet petroluem og vand, men hvor indsprøjtningen skete gennem en fælles spids.

Den påståede krænker gjorde gældende, at der ikke forelå krænkelse, idet patentet udtrykkeligt nævnte det som et træk ved opfindelsen, at den samtidige indsprøjtning af petroleum og vand skulle ske i adskilte stråler for hver af vædskerne.

Patenthaveren gjorde gældende, at den af den påståede krænker påberåbte forskel måtte være uden betydning.

I dommen er der ikke omtalt syn og skøn eller lignende bevisførelse vedrørende sagens tekniske aspekter.

Såvel Hof- og Stadsretten som Højesteret kom frem til, at der ikke var tale om krænkelse. Hof og Stadsrettens af Højesteret tiltrådte begrundelse lød som følger:

> »Idet der maa gives kontracitanten [den påståede krænker] medhold i, at der som følge af den nævnte forskel ikke ved den af ham anvendte fremgangsmåde er gjort indgreb i den hovedcitanterne ifølge deres fornævnte patent tilkommende ret …«

Dommen kan formentlig tages som udtryk for den opfattelse, at dersom det omtvistede produkt uomtvistet afviger fra det i patentkravet beskrevne produkt, så er der ikke tale om krænkelse, medmindre der foreligger omstændigheder såsom en ved syn og skøn godtgjort væsentlig lighed, som konkret kan begrunde, at patentet skal tillægges et videre beskyttelsesomfang.

---

9. Hof- og Stadsrettens dom findes i UfR 1910 s. 765.
10. Dansk patent nr. 9.897.

2.7. *UfR 1912 s. 556 H – Roeskæremaskinedommen* [11]

FIG 1

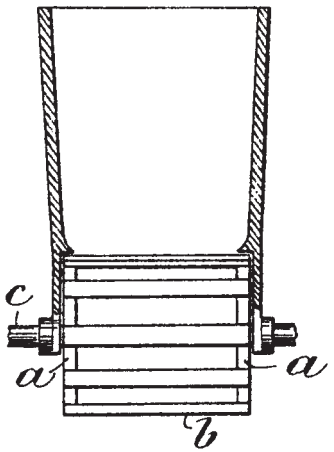
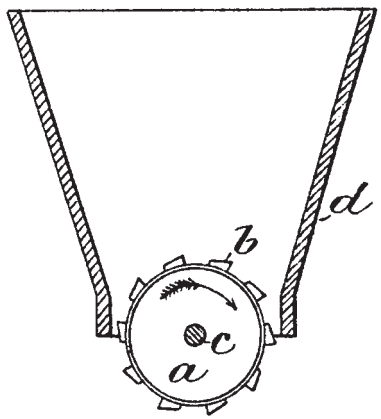


FIG 2



11. Dansk patent nr. 6.152.

I Roeskæremaskinedommen statuerede Højesteret, at patentet var ugyldigt. Sagen er alligevel ikke uden interesse, idet Viborg Landsoverret forinden havde taget stilling til krænkelsesspørgsmålet under den forudsætning, at patentet var gyldigt.

Patentkravet havde følgende ordlyd (min kursivering):

> »Ved roeskæremaskiner med tromleformet skæreapparat den anordning, at tromlens sider kun udgøres af knive, der ere anbragte med så store mellemrum, at roesnitterne efterhånden som de under afskæringen træde ind i tromlen, kunne falde ud gennem knivmellemrummene på tromlens sider.«

Den påståede krænker fremstillede og solgte en roeskæremaskine kaldet »Godthaab«, som patenthaveren anså for omfattet af patentet. Patenthaveren fik nedlagt fogedforbud og anlagde en justifikationssag mod den påståede krænker.

Den påståede krænker gjorde gældende, at der var vid forskel mellem den omtvistede konstruktion og den patenterede konstruktion, idet den af ham fremstillede maskine havde skråtstillede knive og et tragtformet skæreapparat, der var indrettet således, at roesnitterne blev ført ud af maskinens ene ende.

I dommen er det ikke angivet, hvilke argumenter patenthaveren fremførte heroverfor, men det må antages, at patenthaveren i det mindste må have bestridt rigtigheden af den påståede krænkers synspunkter.

Der var ikke gennemført syn- og skøn under Viborg Overlandsrets behandling af sagen. [12] Der blev dog fremlagt nogle syns- og skønserklæringer fra en anden retssag vedrørende et tilsvarende forhold. Ifølge disse erklæringer forholdt det sig således, *at* den omtvistede maskine havde et tromleformet skæreapparat, hvis sider udgjordes af knive med så store mellemrum, at snittene efterhånden som de under afskæringen trådte ind i tromlen kunne falde ud gennem knivmellemrummene på tromlens sider, *at* tromlens endeflader på den omtvistede maskine havde forskellige diametre, *at* den ende af tromlen med den største diameter var åben, således at roesnitterne også kunne falde ud af den åbning, og *at* knivene på tromlen var skråt-stillede.

Viborg Landsoverret statuerede, at der forelå krænkelse. Begrundelsen lød som følger:

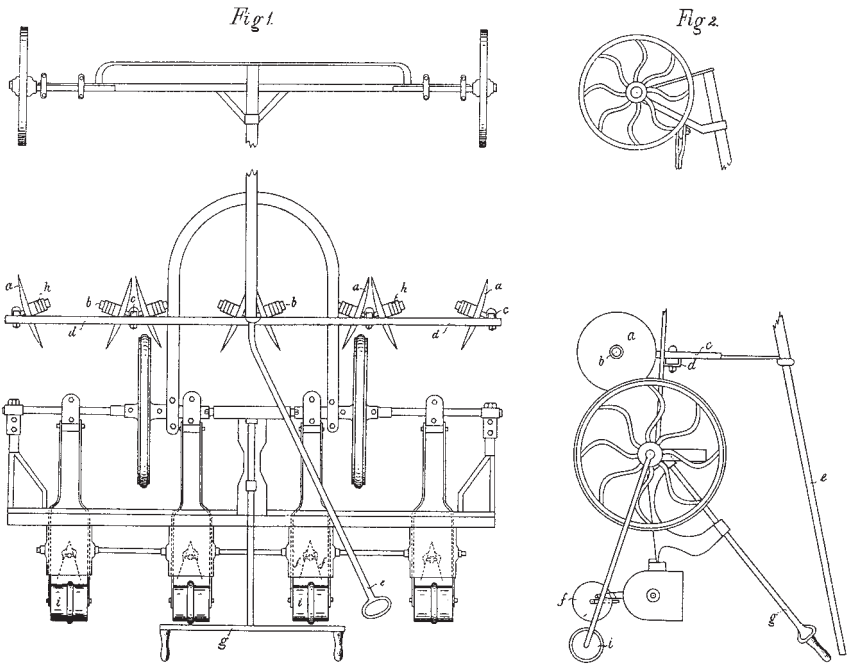
---

12. Under sagens senere behandling i Højesteret blev der gennemført syn og skøn, men det kan af gode grunde ikke have nogen betydning for forståelsen af landsoverrettens afgørelse.

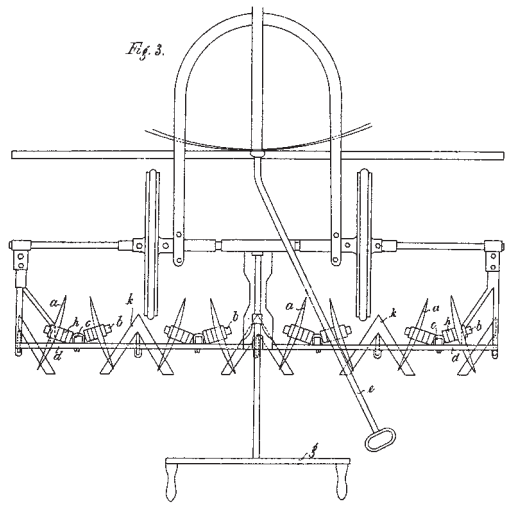
»Efter hvad der således er oplyst om indretningen af de to maskiner, findes det at måtte statueres, at der ved appelindstævntes [den påståede krænkers] fabrikation af roeskæremaskiner er gjort indgreb i den af appellanten [patenthaveren] ved det oftnævnte patent tillagte eneret til benyttelse af den patenterede anordning ved sådanne maskiner.«

Begrundelsen er ikke udpræget klar med hensyn til, hvilke af sagens omstændigheder dommerne tillagde hvilken vægt. Sammenholder man de under sagen fremlagte erklæringer med patentkravet, forekommer det dog nærliggende at antage, *at* dommerne på grundlag af erklæringerne anså det for bevist, at den omtvistede maskine havde samtlige de i patentkravet angivne træk ved opfindelsen, *at* de af den påståede krænker påberåbte træk ved den omtvistede maskine med hensyn til knivenes skrå-stilling og muligheden for at roesnitterne (også) kunne forlade tromlen gennem den ene ende var uden betydning for sagen, fordi der blot var tale om tilføjelser til den i patentkravet beskrevne opfindelse og dermed en variant men ikke en alternativ konstruktion, og *at* der derfor måtte foreligende ordret krænkelse af patentet.

2.8. *UfR 1914 s. 371 H – Radrensemaskinedom III* [13]



13. Dansk patent nr. 134.



Radrensemaskinedom III drejer sig om krænkelse af det samme patent som i Radrensemaskinedom I og II. I øvrigt minder sagerne en del om hinanden. Blandt andet må det på samme måde som i de 2 første radrensemaskinedomme antages, at den omtvistede radrensemaskine reelt ikke var omfattet af patentkrav 1, der var hovedpatentkrav, og at maskinen derfor principielt set heller ikke var omfattet af det uafhængige patentkrav nr. 2, men ligesom i disse domme blev det synspunkt øjensynlig ikke gjort gældende af den påståede krænker, jf. de i forbindelse med den problemstilling fremsatte bemærkninger ovenfor under omtalen af Radrensemaskinedom I, hvortil der henvises.

Patentkravene lød som følger (min kursivering):

1) En maskine til radsåning af roer, karakteriseret ved kombinationen af tallerkenformede legemer, der to og to ere anbragte på vinkelformede aksler, skiver, der to og to danne en spids vinkel, og mellem hvilke spiralrør fra en radsåmekanisme føre ned, og tromler der bevæge sig bag såmekanismen i den hensigt at opnå, at der først dannes kamme af de tallerkenformede legemer, og derpå af skiverne i kammenes toppe frembringes riller, i hvilke frøet sås, hvorpå jorden klemmes sammen om frøet af de små tromler, og

2) anordningen af den i krav 1 angivne maskine til hakke- og renseapparat, efter at rilleapparat og saamekanisme ere borttagne, karakteriseret ved, at der *indenfor de tallerkenformede legemer anbringes ringe eller slutskiver, ved hvilke legemerne fjernes saa meget fra hinanden*, at de gå fri af de unge roeplanter og rense siderne af kammene for ukrudt.«

Ifølge dommens redegørelse for de uomtvistede omstændigheder havde den påståede krænker solgt radrensemaskiner til roer med indstillelige tallerkenformede legemer anbragt parvis skråt mod hinanden. Patenthaveren anså maskinerne for omfattet af det 2. patentkrav og anlagde sag om krænkelse.

Den påståede krænker gjorde gældende, at der var tale om så forskellig konstruktion og virkemåde, at der ikke kunne foreligge patentkrænkelse, *idet* de tallerkenformede legemer på den omtvistede maskine var anbragt enkelvis på hver sin aksel, mens de på patenthaverens maskine var anbragt parvis på samme aksel, og *idet* den omtvistede maskine var indrettet således, at afstanden mellem de tallerkenformede legemer kunne varieres ved at udvide eller sammentrække hele maskinens ramme, mens man på patenthaverens maskine kunne ændre afstanden mellem de tallerkenformede legemer ved at afmontere og montere nogle dertil indrettede afstands-ringe.

Den påståede krænkers argumenter svarer således ganske nøje til 2 af de argumenter, som krænkeren fremførte i radrensemaskine-dom II.

I dommen er det ikke angivet, hvilke argumenter patenthaveren fremførte heroverfor, men det må antages, at patenthaveren i det mindste må have bestridt rigtigheden af den påståede krænkers synspunkter.

I dommen er der ikke omtalt nogen syns- og skønserklæringer eller lignende former for bevisførelse vedrørende sagens tekniske aspekter.

Højesteret statuerede, at der forelå en krænkelse. Som begrundelse henviste Højesteret til de i den indankede dom anførte grunde, der lød som følger:

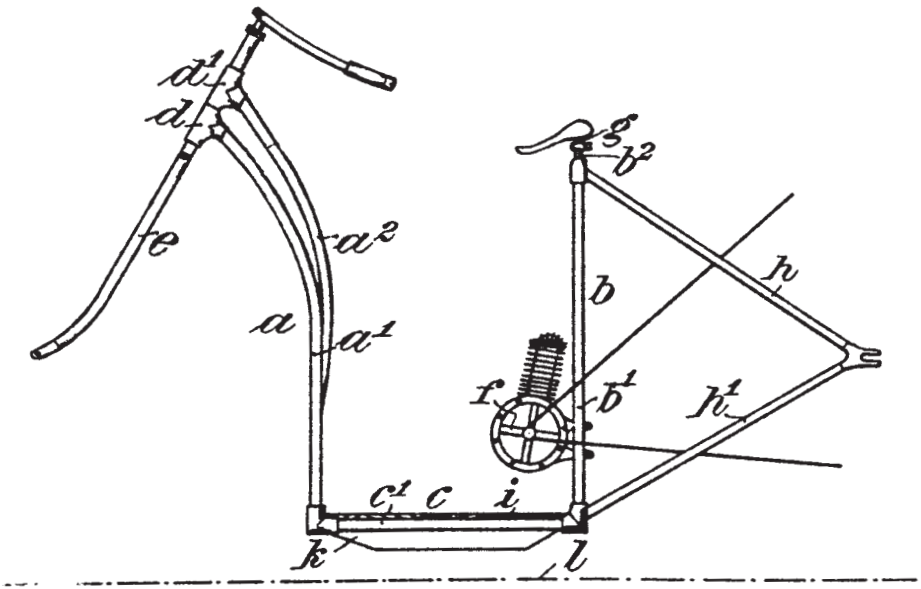
> »Efter det foreliggende må der imidlertid gives appellanten [patenthaveren] medhold i, at de af de appelindstævnte [den påståede krænker] forfærdigede radrensemaskiner frembyde en så væsentlig lighed med den af appellanten patenterede maskine, når denne overensstemmende med patentkravenes pukt 2 er indrettet til at benyttes som radrensemaskine, at de appelindstævnte må anses ved deres forfærdigelse at have gjort indgreb i appellantens patentret.«

Som i radrensemaskine-dom II er dommen baseret på den opfattelse, *at* der var en væsentlig lighed mellem den omtvistede maskine og den i det 2. patentkrav beskrevne opfindelse, og *at* der på grund af den væsentlige lighed måtte foreligge en krænkelse.

Bevismæssigt er det bemærkelsesværdigt, at dommernes antagelse om, at der forelå væsentlig lighed, øjensynligt ikke udspringer af en bevisførelse vedrørende dette tekniske aspekt ved sagen. Eventuelt er der tale om,

at man har anvendt Radrensemaskinedom II som præjudikat (også) i relation til væsentlighedsvurderingen.

2.9. *UfR 1914 s. 862 K&P – Motorcykelsteldommen* [14]



I Motorcykelsteldommen er det anført, at patentet vedrørte

> »et motorbicykelstel, der er således indrettet, at man let træder ind i og ud af cyklen, katakteriseret ved, at den underste, nær jorden anordnede vandrette del af det på kendt måde U-formede, helt åbne midtstel er indrettet som trinbrædt, hvilket midtstel er forbundet f. eks. med et sædvanligt bagstel uden fremspringende dele på siderne.«

Det må antages, at der er tale om et mere eller mindre ordret citat af patentkravet.

Den påståede krænker var en mekaniker, som havde indkøbt en større mængde udrangerede motorcykler og brugte motorcykeldele. Under anvendelse af nogle af disse dele havde han fremstillet en motorcykel, der blandt andet bestod af et trinbrædt, som oprindeligt var blevet produceret og solgt af patentets indehaver. Delene, herunder trinbrædtet var monteret

14. Dansk patent nr. 7.089.

i et U-formet stel, som oprindeligt var blevet produceret og solgt af en trediemand.

Den påståede krænker gjorde gældende, *at* patentretten kun angik trinbrædtet, idet det U-formerede stel havde været kendt i lange tider, og *at* der ikke kunne være tale om krænkelse, når trinbrædtet stammede fra indehaveren af patentet.

Heroverfor gjorde patenthaveren gældende, at patentretten angik et motorcykel-stel med trinbrædt og ikke blot trinbrædtet, hvorfor kombinationen af trinbrædtet med motorcykel-stellet udgjorde en patentkrænkelse.

Der var øjensynlig ikke foranstaltet syn og skøn under sagen.

Kriminal- og Politiretten statuerede, at der var tale om krænkelse. Begrundelsen bestod udelukkende i en henvisning til patenthaverens anbringender. Dommerne mente med andre ord, at de uden støtte i syns- og skønserklæringer kunne udlede af patentet, at det omfattede et stel med dertil hørende trinbrædt og ikke kun trinbrædtet. I betragtning af, at patentkravet indledtes med ordene »et motorbicykelstel, der er således indrettet, at …« forekommer resultatet ikke overraskende.

2.10. *UfR 1915 s. 453 LHS – Aluminiumssvejsemiddeldommen* [15]

Aluminiumssvejsemiddeldommen drejede sig om krænkelse af 2 patenter, nemlig et almindeligt patent og et dertil knyttet tillægspatent.

Det almindelige patents patentkrav havde følgende ordlyd (min kursivering):

> »Flydemiddel til anvendelse ved sammensmeltning af dele af aluminium eller aluminiumrige legeringer, bestående af vandfri klorforbindelser af akalimetaller, f. eks. 60 dele kaliumklorid, 12 dele natriumklorid og 4 dele kaliumsulfat, som i opløst, dejgagtig eller pulverformet tilstand påføres foreningsstedet og der ophedes til smeltning.«

Tillægspatentets patentkrav havde følgende ordlyd:

> »Ændring af det i patent nr. 11.480 angivne flydemiddel, der anvendes ved sammensmeltning af dele af aluminium eller aluminiumrige legeringer, karakteriseret ved, at der til blandingen af vandfri klorforbindelser af alkalimetaller sættes fluorforbindelser for at frembringe en fuldstændig homogen sammensmeltning.«

Den påståede krænker havde dels importeret et flydemiddel til svejsning

15. Dansk patent nr. 11.480 og tillægspatent nr. 11.512.

af aluminium fra Tyskland og dels fået en dansk leverandør til at fremstille et flydemiddel til sig. Patenthaveren anså begge flydemidler for omfattet af patenterne og anlagde sag om krænkelse.

Patenthaveren gjorde gældende, *at* det fra Tyskland importerede flydemiddel havde følgende sammensætning: kaliumchlorid: 57,5 %, natriumchlorid: 5 %, lithiumchlorid: 30 %, kryolith og aluminiumfluorid: 7,5 %, *at* et flydemiddel med den sammensætning måtte anses for omfattet af patenterne, *at* det hos en leverandør i Danmark producerede flydemiddel havde følgende sammensætning: kaliumchlorid: 53 %, natriumchlorid: 25,3 %, kryolith og aluminiumfluorid: 13,3 % og vand: 8,4 %, *at* dette flydemiddel bestod af de i patenterne angivne bestanddele, og *at* et flydemiddel med den sammensætning også måtte anses for omfattet af patenterne.

Den påståede krænker gjorde gældende, *at* det fra Tyskland importerede flydemiddel ikke svarede til det patenterede flydemiddel, og *at* hverken det fra Tyskland importerede flydemiddel eller det i Danmark producerede flydemiddel havde den af patenthaveren hævdede sammensætning. Den påståede krænker havde dog erkendt, at det i Danmark producerede flydemiddel i hovedsagen bestod af klorforbindelser og fluorforbindelser.

Der var øjensynlig ikke foranstaltet syn og skøn under sagen.

Den tyske eksportør havde som vidne forklaret, at det af ham til den påståede krænker leverede flydemiddel havde den af patenthaveren hævdede sammensætning.

Det fremgik af en fra et laboratorium indhentet erklæring, at hvis et flydemiddel har den af patenthaveren hævdede sammensætning for det fra Tyskland importerede flydemiddel, vil det være sammensat nøjagtig som angivet i patenterne. Erklæringen var ensidigt indhentet af patenthaveren efter sagens anlæggelse. [16]

Der forelå ingen tilsvarende beviser vedrørende det i Danmark producerede flydemiddel.

I relation til det fra Tyskland importerede flydemiddel fandt Landsoversamt Hof- og Stadsretten med følgende begrundelse, at der var tale om krænkelse:

> »Idet bemærkes, at …, og at der under hensyn til de indstævntes [den påståede krænker] hele tilbageholdende procedure og deres undladelse af at bidrage til sagens oplysning ikke vil kunne lægges nogen vægt på deres almindeligt holdte benægtelser af citanternes [patenthaveren] således bestyrkede as-

16. Erklæringen blev afgivet den 19. november 1913, og sagen var anlagt i juni 1913.

> serta, må det anses for på tilstrækkelig måde godtgjort, at de indstævnte … har på en mod citanternes patentrettigheder stridende måde udøvet en fabrikationsvirksomhed ved hjælp af det ommeldte kvantum flydemiddel.«

I relation til det i Danmark producerede flydemiddel fandt Landsoversamt Hof- og Stadsretten med følgende begrundelse, at der ligeledes var tale om krænkelse:

> »…, og når de [den påståede krænker] i forbindelse hermed har anbragt, at pulveret alligevel ikke var sammensat som af citanterne [patenthaveren] angivet, vil der intet hensyn kunne tages til dette sidste anbringende, da de ganske har undladt at oplyse, i hvilken henseende det af dem anvendte præparats sammensætning afveg fra den af citanterne angivne og således ved deres procedure har afskåret sig fra den indsigelse, at de mulig forhåndenværende afvigelser var sådanne, der efter patenternes indhold burde komme i betragtning. Idet der herefter må gås ud fra, at det præparat, som de indstævnte til det oftnævnte brug har ladet fremstille hos firmaet Alfred Benzon falder indenfor patenternes ramme …«

I relation til det i Danmark producerede flydemiddel var det alene omtvistet, om det havde den af patenthaveren hævdede sammensætning. Når dommerne med henvisning til den påståede krænkers manglende præcisering af indsigelsen om det i Danmark producerede flydemiddels sammensætning kom frem til, at flydemidlet måtte have den af patenthaveren hævdede sammensætning, så må det kunne tages som udtryk for den opfattelse, *at* når en påstået krænker hævder, at en omtvistet genstand ikke er omfattet af et patent, så påhviler det den påståede krænker at angive, hvorledes den omtvistede genstand efter den påståede krænkers opfattelse afviger fra den patenterede genstand, og *at* patenthaverens opfattelse af den omtvistede genstands sammensætning, indretning og lignende skal lægges til grund, dersom den påståede krænker ikke i tilstrækkelig grad præciserer sine synspunkter. Der kan ikke på grundlag af dommen siges noget om tilfælde, hvor patenthaveren ikke selv har tilkendegivet en opfattelse af den omtvistede genstands sammensætning, indretning eller lignende.

Tvisten var noget mere omfattende i relation til det fra Tyskland importerede flydemiddel, idet den påståede krænker her havde gjort gældende, at det ikke var omfattet af patentet, herunder at det ikke havde den af patenthaveren hævdede sammensætning.

Selv om dommerne kom frem til, at det måtte lægges til grund, at flydemidlet havde den af patenthaveren hævdede sammensætning, så var tvisten med andre ord ikke dermed udtømt, og det forhold, at dommerne lagde dette til grund, ville således ikke i sig selv indebære, at patentet kun-

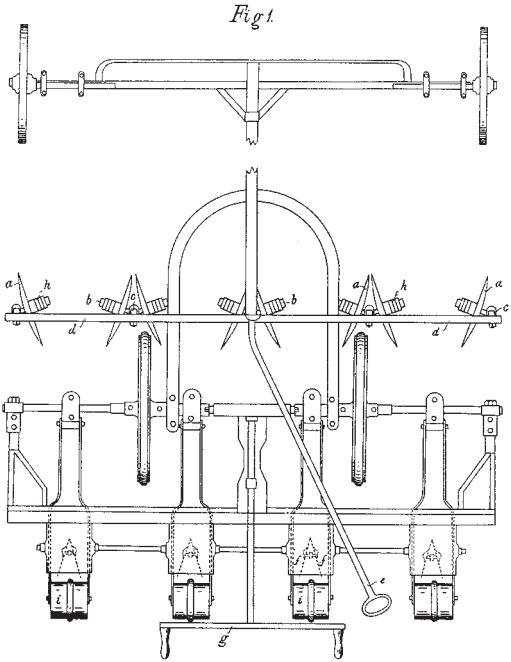
ne anses for krænket. Når dommerne under henvisning til den påståede krænkers manglende præcisering af indsigelserne og patenthaverens »bestyrkede asserta« kom frem til, at der forelå krænkelse, så indebærer det derfor noget, som ikke er kommet til udtryk i afgørelsen af spørgsmålet om krænkelse i relation til det i Danmark producerede flydemiddel. Begrundelsen vedrørende det fra Tyskland importerede flydemiddel må således være udtryk for den opfattelse, at en påstået krænkers manglende præcisering af indsigelser kan føre til, at dommerne må lægge patenthaverens opfattelse til grund, ikke alene for så vidt angår en omtvistet genstands sammensætning, indretning og lignende, men efter omstændighederne også for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt en sådan genstand er omfattet af patentet.

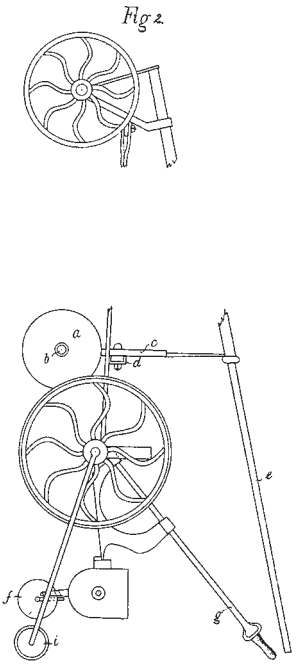
Når dommerne henviste til patenthaverens »således bestyrkede asserta«, må det antages, at der ved afgørelsen af, at flydemidlet kunne anses for omfattet af patentet, blev lagt vægt ikke alene på *a)* den afgivne vidneforklaring om flydemidlets sammensætning men også på *b)* den af patenthaveren efter sagens anlæggelse ensidigt indhentede erklæring om forholdet mellem et flydemiddel med den pågældende sammensætning og patenterne. Det er ikke ud fra dommen muligt at vurdere, om dommerne alene på grund af den manglende præcisering af den påståede krænkers indsigelser, det vil sige helt uden støtte i den ensidigt indhentede erklæring, også ville være kommet frem til, at et flydemiddel med den pågældende sammensætning var omfattet af patenterne.

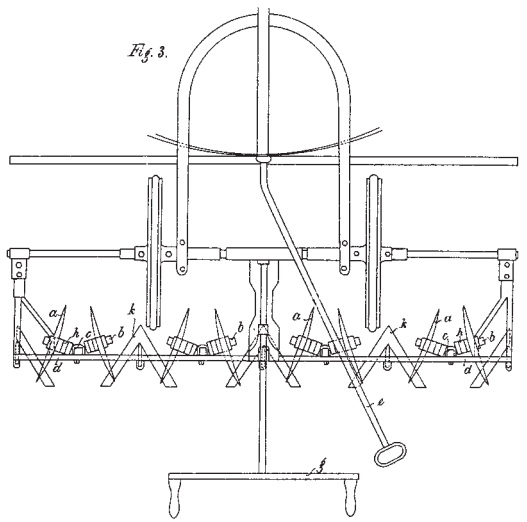
For så vidt angår en del af baggrunden for rettens omtale af den påståede krænkers tilbageholdende procedure og undladelse af at medvirke til sagens oplysning, kan der henvises til den i UfR 1914 s. 476 bragte Vidnekammerkendelse.

Aluminiumssvejsemiddeldommen stammer fra tiden før retsplejeloven. En tilsvarende bevisvurdering kan man efter retsplejelovens ikrafttræden efter omstændighederne komme frem til i medfør af retsplejelovens regler om processuel skadevirkning, jf. §§ 344, 339, 302 og 303. Hertil kommer den frie bevisvurdering, som i almindelighed finder anvendelse ved siden de lovfæstede regler om processuel skadvirkning.

2.11. *UfR 1915 s. 551 H – Radrensemaskinedom IV* [17]







17. Dansk patent nr. 134.

Radrensemaskinedom IV drejer sig om krænkelse af det samme patent som i Radrensemaskinedom I, II og III. Det må på samme måde som i Radrensemaskinedom I, II og III antages, at den omtvistede radrensemaskine reelt ikke var omfattet af patentkrav 1. I denne 4. dom vedrørende patentet blev resultatet dog det modsatte, nemlig at der ikke blev statueret krænkelse.

Patentkravene lød som følger (min kursivering):

> 1) En maskine til radsåning af roer, karakteriseret ved kombinationen af tallerkenformede legemer, der to og to ere anbragte på vinkelformede aksler, skiver, der to og to danne en spids vinkel, og mellem hvilke spiralrør fra en radsåmekanisme føre ned, og tromler der bevæge sig bag såmekanismen i den hensigt at opnå, at der først dannes kamme af de tallerkenformede legemer, og derpå af skiverne i kammenes toppe frembringes riller, i hvilke frøet sås, hvorpå jorden klemmes sammen om frøet af de små tromler, og
> 2) anordningen af den i krav 1 angivne maskine til hakke- og renseapparat, efter at rilleapparat og saamekanisme ere borttagne, karakteriseret ved, at der *indenfor de tallerkenformede legemer anbringes ringe eller slutskiver, ved hvilke legemerne fjernes saa meget fra hinanden*, at de gå fri af de unge roeplanter og rense siderne af kammene for ukrudt.«

Ifølge dommens redegørelse for sagens uomtvistede omstændigheder havde den påståede krænker fremstillet og solgt radrensemaskiner til roer med jævnsides anbragte tallerkenformede og indstillelige legemer. Maskinerne adskilte sig fra de i patentkrav 2 beskrevne maskiner derved *at* der kun var anbragt et enkelt par tallerkenformede legemer, og *at* de tallerkenformede legemer var anbragt på hver sin side af 2 aksler, som var fastgjort til hver sin side af en fjedrende ramme, der kunne indstilles, således at afstanden mellem de 2 tallerkenformede legemer kunne varieres.

I dommen er gengivelsen af parternes procedurer vedrørende krænkelsesspørgsmålet indskrænket til en konstatering af, at patenthaveren var af den opfattelse, at der forelå krænkelse af patentet.

I forbindelse med offentliggørelsen af dommen i UfR gengav ugeskriftets redaktion i en note en erklæring fra Patentkommissionen. Erklæringen, som formentlig er udtryk for den første behandling af spørgsmålet om afhængige patentkravs beskyttelsesomfang i dansk patentret, havde i uddrag følgende ordlyd:

> »Til brug ved en for Højesteret verserende sag mellem parterne … har aktieselskabet … anmodet om en udtalelse herfra om, hvilken rækkekvidde kommissionen tillægger dette patent, særlig dettes krav 2.

I denne anledning meddeles tjenstligt, at akterne til den ansøgning, som ligger til grund for det … meddelte patent, udviser følgende:

…

Som det af det anførte fremgår, er den eneste ændring, der under ansøgningens behandling er foretaget i kravene, af rent redaktionel art.

Det vil ligeledes ses, at behandlingen her … nøje har været begrænset til en prøvelse af, hvorvidt de i kravene angivne opfindelser egnede sig til patentering. For det første den i krav 1 omhandlede såmaskine, der karakteriseres ved kombinationen af en kamdanner, en rilledanner med tilhørende såmakanisme og en frødækker, og dernæst denne maskines omdannelse til hakke og renseapparat. For krav 2's vedkommende er det altsaa fjernelsen af de til saaningen fornødne indretninger i forbindelse med anbringelsen af ringene eller slutskiverne ved kamdanneren, hvis patenterbarhed er undersøgt under ansøgningens behandling her. Nogen undersøgelse af, hvorvidt de tallerkenformede skivers anvendelse som radrensere kunde patenteres, er, som det vil ses ikke foretaget og vilde heller ikke have været på sin plads. Dels er krav 2 nemlig bestemt knyttet til den i krav 1 omhandlede maskine og gav således ikke anledning til en videregående undersøgelse, dels vilde også en forudsætning om, at krav 2 omhandlede en radrenser i almindelighed uden tilknytning til den i krav 1 omhandlede såmaskine, komme i strid med bestemmelsen i patentlovens § 12, sidste stykke, hvorefter flere af hverandre uafhængige opfindelser ikke må gøres til genstand for samme ansøgning.

…«

Redaktionen for UfR har i noten anført, at det fremgik af erklæringen, at der måtte sættes meget snævre grænser for patentets rækkevidde. Denne karakteristik af erklæringens indhold forekommer i nogen grad at være inadækvat. Til gengæld kan det fuldt ud tiltrædes, når det i redaktionens note er anført, at erklæringen måtte antages også at have interesse for andre sager.

Det, som udtalelsen fra Patentkommissionen i al sin enkelhed gik ud på, var, *at* patentkrav 2 ikke var et selvstændigt patentkrav, *at* patentkrav 2 var et underkrav under krav 1, jf. indledningsordene i patentkrav 2 »anordningen af den i Krav 1 angivne Maskine til …«, og *at* patentkrav 2 derfor alene vedrørte de af patentkrav 1 omhandlede maskiner til radsåning i det omfang, de kunne omdannes til radrensemaskiner på den i krav 2 beskrevne måde.

Med andre ord kunne der ifølge Patentkommissionens opfattelse ikke foreligge en krænkelse af patentkrav 2 uden, at der samtidig forelå en krænkelse af patentkrav 1. En radrensemaskine, der alene var en radrensemaskine, kunne således ifølge udtalelsen ikke krænke patentet.

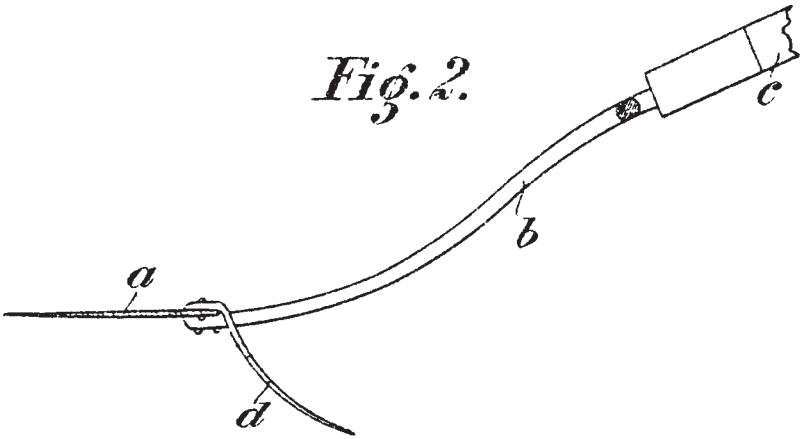
Højesteret kom med følgende begrundelse frem til, at der ikke forelå krænkelse:

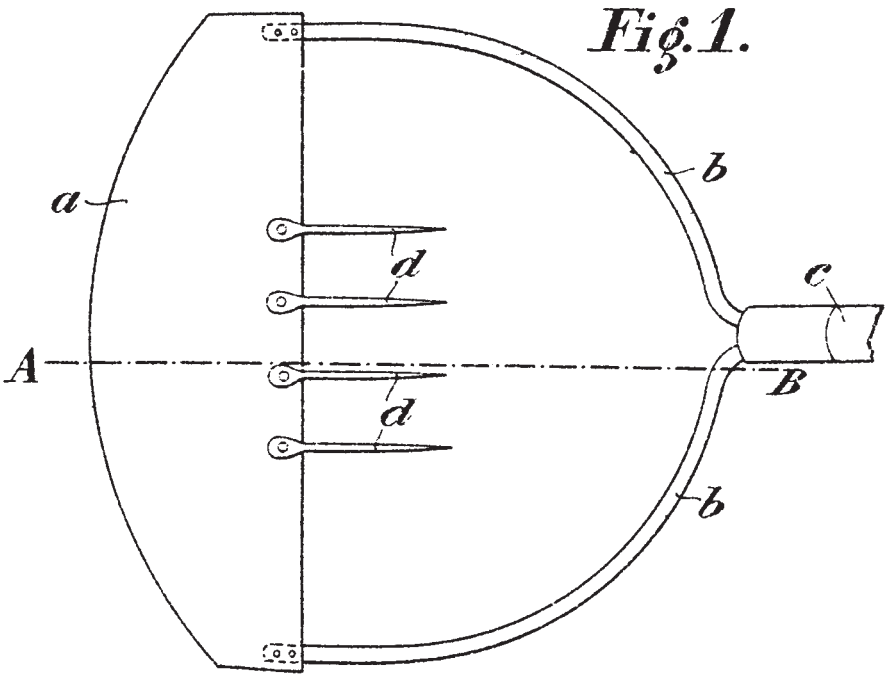
> »Efter de for Højesteret foreliggende, til dels efter den indankede doms afsigelse tilvejebragte oplysninger – deriblandt en … skønsforretning og en af Patentkommissionen … afgivet erklæring om kommissionens opfattelse af rækkevidden af det … meddelte patent – kan det ikke anses godtgjort, at der … er gjort indgreb i kontraappelantens ret efter det nævnte patent.«

Højesterets begrundelse er i sig selv ret intetsigende – navnlig når det tages i betragtning, at det ikke i selve dommen er angivet, hvad Patentkommissionens erklæring og det i begrundelsen nævnte syn og skøn gik ud på. Dommen er formentlig udtryk for, at Højesterets dommere havde noteret sig Patentkommissionens belæring om forholdet mellem patentkravene med det resultat, at den påståede krænker måtte frifindes fra patenthaverens krav, idet den omtvistede maskine kun var en radrensemaskine og ikke samtidig var en såmaskine, jf. patentkrav 1.

Set i lyset af Radrensemaskinedom IV burde Radrensemaskinedommene I, II og III alle have fået det modsatte resultat, hvis den påståede krænker havde procederet på, *at* patentkrav 2 var et afhængigt patentkrav, og *at* der derfor som udgangspunkt kun kunne foreligge krænkelse, hvis den omtvistede maskine havde ikke alene de i patentkrav 2 beskrevne træk ved opfindelsen men også de i patentkrav 1 beskrevne træk ved opfindelsen. Dette hypotetisk omvendte resultat indebærer ikke, at dommene må anses for forkerte, idet de naturligvis må bedømmes ud fra deres særlige processuelle forudsætninger. Det modsatte resultat i Radrensemaskinedom IV kan med andre ord og under de nævnte forudsætninger, herunder ikke mindst dommernes begrænsede indsigt i forholdet mellem hovedkrav og underkrav, siges at være uden betydning for præjudikatsværdien af de 3 første radrensemaskinedomme.

2.12. *UfR 1917 s. 663 H og UfR 1918 s. 190 H – Roeoptagerdommene* [18]





18. Dansk patent nr. 6.528.

De to højesteretsdomme UfR 1917 s. 663 H og UfR 1918 s. 190 H vedrører begge den samme retssag om patentkrænkelse. I UfR 1917 s. 663 H afviste Højesteret på grund af et formalitetsspørgsmål anke af en dom om patentkrænkelse afsagt af Viborg Landsoverret. Den formalitetsmangel, som førte til afvisningen blev efterfølgende afhjulpet, og i UfR 1918 s. 190 H tog Højesteret stilling til det materielle spørgsmål om krænkelse af patentet. De fleste oplysninger om sagens materielle aspekter finder man imidlertid i gengivelsen af landsoverrettens dom i UfR 1917 s. 663 H.

Patentet vedrørte et redskab til aftopning og optagning af roer, hvor redskabet ifølge patentkravet er

> »karakteriseret ved en på et skaft anbragt, knivformet plade, som bærer bagudvendende, nedadbøjede tænder, således at man ved at føre den nævnte plades æg mod roens top kan afskære denne og ved dernæst at trække redskabet tilbage kan hugge tænderne ind i roen og trække denne op.«

Den påståede krænker fremstillede et lignende redskab til aftopning og optagning af roer. Patenthaveren anså dette redskab for omfattet af patentet og anlagde sag om krænkelse.

Den påståede krænker gjorde gældende, at hans redskab i væsentlig grad afveg fra patenterede redskab. I den forbindelse anførte han nærmere, *at* den knivformerede plade på hans redskab var anbragt på en bøjle, som tillige bar de til roernes optagelse bestemte tænder, *at* tænderne på hans redskab alene vendte nedad og ikke tillige bagud, *at* tænderne på hans redskab var fastgjort med en skruemøtrik og derved kunne aftages og påsættes, mens tænderne på det patenterede redskab var fast anbragt på pladen, og *at* pladens æg på hans redskab var indadbuet, mens det på den patenterede redskab måtte være udadbøjet, idet en til patentbeskrivelsen hørende tegning viste sådan en udadbøjet plade. I hvert fald de 2 sidstomtalte argumenter vedrører aspekter ved det omtvistede redskab, som ikke har nogen relation til de træk ved opfindelsen, der er beskrevet i patentkravet.

Patentets indehaver gjorde heroverfor gældende, at der måtte foreligge krænkelse af patentet, idet den påståede krænkers redskab frembød væsentlig lighed med det patenterede reskab, og idet det anvendtes på lignende måde.

Under sagen blev der afholdt syn- og skøn, og der blev afhørt sagkyndige vidner. Ingen af de 2 domme giver nærmere oplysninger om indholdet af syns- og skønserklæringerne eller om indholdet af de sagkyndige vidneforklaringer.

Landsoverretten anførte i sin omtale af sagens omstændigheder, at det fremgik af »sagen« og »sagens oplysninger«, *at* det omtvistede redskab bestod *dels* af en jernbøjle, hvis ene, skededannende ende var anbragt om et skaft, mens den anden ende var afsluttet med to nedadbøjede bagudvendende tænder, *dels* af en knivformet plade, som ved en smallere skaftlignende del var anbragt lodret på bøjlen, omtrent yderst på den udadvendte krumning oven over tænderne, og *at* det omtvistede redskab anvendtes på en i forhold til det patenterede redskab »ganske lignende måde«. Det må antages, at der er tale om forhold, som dommerne udledte af de syns- og skønserklæringer og sagkyndige vidneforklaringer, hvis nærmere indhold der som ovenfor nævnt ikke er redegjort nærmere for i nogen af dommene.

En sammenholdning af den påståede krænkers anbringender med Landsoverrettens antagelser om sagens faktum og patentkravet fører til, at der var følgende forskel på det i patentkravet beskrevne redskab og det omtvistede redskab: På det i patentkravet beskrevne redskab var den knivformede plade anbragt på skaftet og tænderne var anbragt på pladen. På det omtvistede redskab var der mellem den knivformede plade og skaftet anbragt en jernbøjle, hvorpå pladen var monteret, og tænderne var ikke anbragt på pladen men derimod et andet sted på den nævnte bøjle. [19]

I Kriminal- og Politirettens dom i 1. instans blev det statueret, at der ikke forelå nogen krænkelse.

Landsoverretten fastslog med følgende begrundelse, at der var tale om krænkelse (min kursivering):

> »Efter samtlige foreliggende oplysninger, derunder forskellige udtalelser af personer, som må antages at besidde særlig indsigt i patentforhold, samt hvad der er fremkommet under en efter sagens indbringelse for overretten afholdt syns- og skønsforretning med dertil sig sluttende oversyns- og skønsforretning, findes der imidlertid at måtte gives appellanterne medhold i, at det af indstævnte forfærdigede redskab *uanset de påpegede forskelligheder*, frembyder en *så væsentlig lighed* med det patenterede redskab, således som dette *ifølge den i patentkravet indeholdte karakterisering* er indrettet og anvendes, at indstævnte må anses ved dets forfærdigelse og afhændelse af have gjort indgreb i ovennævnte patentret.«

19. For så vidt angår beskrivelsen af den påståede krænkers redskab, er der nogen uoverensstemmelse mellem beskrivelsen i landsoverrettens dom og i det domshovede redaktionen for UfR har tilføjet UfR 1918 s. 190 H. Den her gengivne beskrivelse er den, der følger af landsoverrettens dom, idet den må anses for at være det mest autentiske udtryk for dommernes opfattelse af sagens faktum.

Det fremgår, *at* det var landsoverrettens opfattelse, at den påståede krænkers redskab ikke direkte faldt ind under patentkravets ordlyd, og *at* det kriterium, som retten anvendte for at afgøre, om der desuagtet forelå krænkelse var »væsentlig lighed«.

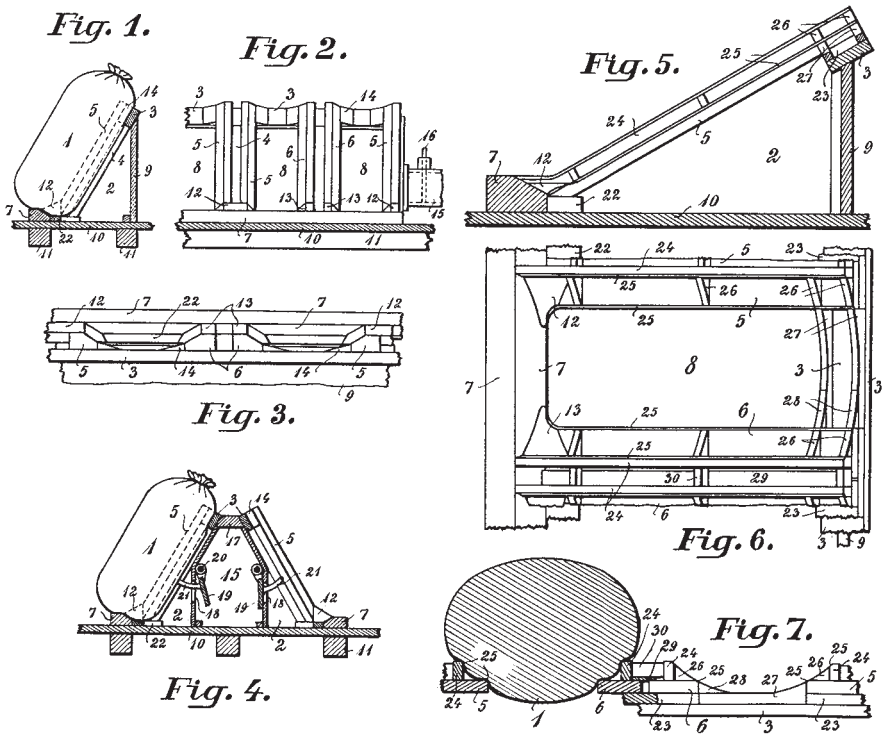
Det fremgår endvidere, at retten ved den sammenligning, der skulle foretages for at kunne bestemme, om der forelå »væsentlig lighed« alene lagde vægt på det, der fremgik af patentkravet, således at landsoverretten tilsidesatte den påståede krænkers synspunkt om, at den til udførelseseksemplerne knyttede tegning skulle indebære en begrænsning i forhold til det, der fremgik af patentkravet.

Højesteret kom med følgende begrundelse til, at der ikke forelå krænkelse:

> »Efter indholdet af det i den indankede dom omhandlede patent må det i overensstemmelse med det resultat, hvortil overskønnet er kommet, antages, at appellanten ikke ved at forfærdige og sælge sit roeoptagnings-redskab har gjort indgreb i indstævntes patentret.«

Det fremgår af Højesterets begrundelse, at oversyns- og skønsmændene under det afholdt oversyn og skøn må have udtalt, at der efter deres opfattelse *ikke* forelå krænkelse af patentet. Sammenholder man dette med landsoverrettens begrundelse, der var baseret på »samtlige foreliggende oplysninger, derunder« ikke alene det omtalte oversyn og skøn men også det almindelige syn og skøn og de sagkyndige vidner, tyder det på, *at* det almindelige syn og skøn og de sagkyndige vidneforklaringer talte til fordel for det modsatte resultat nemlig, at der forelå krænkelse, og *at* årsagen til forskellen mellem overlandsrettens og Højesterets konlusioner primært må søges i en forskellig vurdering af de førte bevisers indbyrdes vægtning, hvor Højesteret så i modsætning til landsoverretten valgte at lægge afgørende vægt på oversyn og -skønnet.

2.13. *UfR 1920 s. 245 H – Lufttørringsdommen* [20]



Det 1. af patentkravene lød som følger:

> »Fremgangsmåde til lufttørring af gods i sække og lignende, kendetegnet ved, at sækken med tørregodset anbringes over en åbning i en skillevæg mellem to rum, således at den ved sin egen vægt tætner mod den åbningen omgivende rand og danner en porøs del af skillevæggen, hvorefter der frembringes en forskel i tryk på skillvæggens to sider, så at luften strømmer fra rummet med det højere tryk gennem sækken med tørregodset til rummet med det lavere tryk.«

I øvrigt indeholdt patentet en række patentkrav på forskellige udførelsesformer af apparater til udøvelse af den fremgangsmåde, der er beskrevet i det ovenfor citerede patentkrav.

Den påståede krænker havde fremstillet et lignende apparat, som han havde anvendt til tørring af sin egen frøavl. Patentindhaveren anså paten-

20. Dansk patent nr. 20.930.

tet for krænket, for så vidt angår patentkravet på fremgangsmåden såvel som patentkravene på apparat til udvøvelse af fremgangsmåden.

Den påståede krænker gjorde gældende, at der ikke forelå krænkelse, fordi det af ham fremstillede og anvendte tørringsapparat afveg væsentligt fra det patenterede apparat.

Heroverfor gjorde patenthaveren gældende, at det omtvistede apparat og den omtvistede fremgangsmåde var omfattet af patentet.

Under landsoverrettens behandling af sagen var der ikke afholdt syn og skøn, og patenthaveren havde øjensynligt heller ikke på det stadium af sagen taget initiativ til udmeldelse af syn og skøn.

Patenthaveren havde ført 2 vidner, som samstemmende havde forklaret, at det omtvistede apparat i princippet og i det væsentlige var udført ganske som det patenterede. De 2 vidner havde endvidere beskrevet det omtvistede apparat.

Landsover- samt Hof og Stadsretten kom med følgende begrundelse frem til, at der ikke forelå krænkelse:

> »Overfor indstævntes [den påståede krænkers] benægtelse af, at det af ham benyttede tørringsapparat er identisk med det patenterede, og hans hævdelse af, at hans tørringsapparat afveg væsentlig fra appellantens [patenthaverens], har vel under et af appellanten optaget tingsvidne to vidner forklaret, at det af appelindstævnte benyttede apparat i princippet og i det væsentlige var udført ganske som det patenterede, men den af vidnerne givne beskrivelse af apparatet er ikke så fuldstændig, nøjagtig og udtømmende, at retten derved er i stand til at skønne over, om det af appelindstævnte benyttede apparat er i den grad ensartet med appellantens, at en krænkelse af patentretten foreligger, hvorved bortset fra at der af appelindstævnte er protesteret mod, at der tillægges vidnernes forklaring nogen betydning, fordi de begge er økonomisk interesseret i sagens udfald – bemærkes, at forsåvidt vidnerne har forklaret, at appelindstævntes apparat i det væsentlige var udført ganske som det patenterede, kan der ikke tillægges dette vidnernes skøn herover nogen betydning, da de ikke af retten var udmeldt til at foretage dette skøn, til hvilket appelindstævnte heller ikke har været indvarslet.
>
> Da appellanten derhos har undladt til vejledning for retten at lade optage syn og skøn til at konstatere beskaffenheden af det af appelindstævnte benyttede apparat, hvad appelindstævnte ikke ses at have modsat sig, og som efter det foreliggende må antages at have kunnet finde sted, uanset at apparatet var demonteret, findes det ikke under sagen godtgjort, at appelindstævnte ved forfærdigelsen og benyttelsen af sit tørringsapparat har krænket appellantens patentret, og han vil derfor være at frifinde for appellantens tiltale.«

Under højesterets behandling af sagen blev der afholdt syn og skøn.

Højesteret kom med følgende begrundelse frem til, at der forelå krænkelse (min kursivering):

> »Som i den indankede dom nævnt har indstævnte gjort gældende, at det af ham anvendte tørringsapparat afveg væsentlig fra det patenterede. Han har imidlertid ganske undladt at give oplysning om, hvori forskellighederne bestod, og har ved at demontere og tilintetgøre apparatet gjort det umuligt at lade afholde et skøn over selve dette. Han har derhos da to efter dommens afsigelse udmeldte skønsmænd anmodede ham om at fremskaffe en skitse eller beskrivelse af apparatet erklæret sig ude af stand til at efterkomme anmodningen. Under disse omstændigheder vil der *ikke kunne tages noget hensyn til* den af indstævnte fremsatte ganske i almindelighed holdte benægtelse af appellanten overensstemmende med tvende under sagen afgivne vidneforklaringer givne fremstilling om indretningen af det af indstævnte benyttede apparat med tilhørende fremgangsmåde, og denne fremstilling bliver derfor at lægge til grund ved sagens pådømmelse.
>
> Skønsmændene har udtalt, at der efter det for dem oplyste foreligger en tilstrækkelig klar og udtømmende beskrivelse af apparatet med tilhørende fremgangsmåde, og de har fremdeles udtalt, at apparatet med tilhørende fremgangsmåde falder ind under den ved patentet meddelte eneret.
>
> Som følge af det anførte, og idet … vil indstævnte i medfør af patentlovens § 25 være at idømme straf og erstatning.«

I Landsover samt Hof- og Stadsrettens dom syntes dommerne at have forudsat, at hvis der havde foreligget dokumentation for, at der kun var en ikke-væsentlig forskel mellem det omtvistede apparat og de i patentkravene beskrevne apparater, så ville dommerne have anset patentet for krænket. Højesteretsdommens konklusion om, at der forelå krænkelse, syntes direkte baseret på det forhold, at syns- og skønsmændene havde udtalt, at det var tilfældet.

Højesterets dom og underinstansens dom er begge mest interessante i relation til de bevisretlige spørgsmål. Selv om resultatet i de 2 domme er forskelligt med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt der forelå krænkelse, så indebærer Højesterets dom ikke nogen tilsidesættelse af de bevisretlige spørgsmåls løsning i den indankede dom, idet en række væsentlige forudsætninger for bevisbedømmelsen i den indankede dom havde ændret sig i perioden mellem den indankede doms afsigelse og afsigelsen af Højesterets dom, således at det var ret forskellige bevismæssige situationer, der blev bedømt i de 2 domme. Med andre ord kan begge domme være betydningsfulde præjudikater i relation til de bevisretlige spørgsmål.

Begge domme er behandlet i henhold til de før retsplejeloven gældende processuelle regler, herunder den før retsplejeloven gældende lovregu-

lering af bevisbedømmelsen, som blev afskaffet med retsplejelovens udtrykkelige indførelse af princippet om den fri bevisbedømmelse. [21] En af de ældre lovbestemmelser om bevisbedømmelsen er DL 1-13-1, hvorefter dommerne i princippet var bundet til at lægge en forklaring afgivet af 2 overensstemmende habile vidner til grund, uanset om forklaringen havde sandsynligheden for sig. [22] Årsagen til, at der i begge dommes begrundelser – navnlig i den indankedes doms begrundelse – i nogen grad kredses om betydningen af patenthaverens 2 vidner, må formentlig i vidt omfang søges i det forhold, at dommerne i hvert fald formelt set følte sig mere eller mindre forpligtet til at tage hensyn til DL 1-13-1. Den fri bevisbedømmelse var imidlertid i praksis allerede slået igennem før retsplejelovens ikrafttræden. Dommernes kredsen om betydningen af de 2 vidneforklaringer bør derfor nok alene ses som behandlingen af et særligt tema i forbindelse med en i realiteten fri bevisbedømmelse.

Resultatet af bevisdømmelsen er naturligvis helt konkret. Det interessante i dommen er navnlig, hvilke forhold der under hvilke omstændigheder tillægges betydning i den ene eller den anden retning. Såvel i Højesteret som i Landsover- samt Hof- og Stadsretten tog dommerne stilling til 2 bevistemaer nemlig, *a)* det omtvistede apparats konkrete beskaffenhed og *b)* om det omtvistede apparats konkrete beskaffenhed måtte skønnes i væsentlig grad at afvige fra det patenterede apparats beskaffenhed.

Når det i den ankede doms begrundelse er anført, at oplysningerne fra de 2 vidner ikke var så fuldstændige, nøjagtige og udtømmende, at dommerne kunne skønne over ligheden med den patenterede opfindelse, må anses for forudsat, at i det omfang der fra de 2 vidner havde foreligget de fornødne oplysninger om det omtvistede apparats indretning, så ville dommerne selv have skønnet, om apparatet afveg så lidt eller meget fra det patenterede apparat, at der forelå eller ikke forelå krænkelse.

I begrundelsen er der i princippet ingen stillingtagen til, om de 2 vidners forklaringer kunne lægges til grund, for så vidt angår det omtvistede apparats indretning, idet der er tale om en »allerede fordi« afgørelse under henvisning til, at vidnernes oplysninger efter dommernes opfattelse under alle omstændigheder var utilstrækkelige som grundlag for at kunne skønne over ligheden med det patenterede apparat.

---

21. Retsplejelovens § 1033, stk. 1, og 1035, stk. 1, i henhold til hvilke a) tidspunktet for sagens oprindelige anlæggelse var afgørende for, om sagen skulle behandles i henhold til de ældre regler eller i henhold til retsplejelovens regler, og b) en sag, der i 1. instans skulle behandles efter de ældre regler også skulle behandles efter disse regler under eventuel anke.
22. DL 1-13-1 lød som følger: »Vidne er ej mindre end to Personer overeensstemmende, og udi een Ting.«

Selv om dommerne på dette punkt ikke på samme måde som i aluminiums-svejsemiddeldommen (UfR 1915 s. 453 LHS) tillagde den påståede krænkers manglende præcisering af indsigelsen den virkning, at patenthaverens opfattelse af den omtvistede genstands indretning blev lagt til grund, så er der ikke tale om, at lufttørringsdommen på dette punkt er uforenelig med aluminiumssvejsemiddeldommen. I lufttørringsdommen undlod Landsover- samt Hof- og Stadrettens dommere nemlig helt at tage stilling til, om den af patenthaveren hævdede opfattelse kunne lægges til grund eller ej.

Dommernes afvisning af de 2 vidners skøn over ligheden mellem det omtvistede apparat og det patenterede apparat i den ankede dom må med den givne begrundelse være udtryk for den opfattelse, at vidneforklaringer om dét bevistema i hvert fald som hovedregel ikke kan tillægges afgørende betydning, når der er tale om (sagkyndige) vidner, som retten ikke har udmeldt med henblik på at udtale sig derom.

I Alumiliumssvejsemiddeldommen statuerede Landsover- samt Hof- og Stadsrettens dommere krænkelse under henvisning til *dels* en af patenthaveren under sagen ensidigt indhentet erklæring, ifølge hvilken den kemiske sammensætning, som det omtvistede produkt måtte anses for at have, svarede til den i patentet beskrevne sammensætning, og *dels* det forhold, at den påståede krænker ikke havde præciseret sine indsigelser ved at angive, på hvilken måde det omtvistede produkt efter den påståede krænkers opfattelse skulle adskille sig fra det patenterede produkt. I relation til denne del af Alumiliumssvejsemiddeldommen adskiller Lufttøringsdommen sig fra Alumiliumssvejsemiddeldommen navnlig derved, at der i stedet for den ensidigt indhentede erklæring forelå 2 vidneudsagn, som ifølge DL 1.13.1 principielt skulle lægges til grund. Umiddelbart skulle man derfor formode, at der i Lufttørringsdommen forelå stærkere bevismæssige grunde til at lægge patenthaverens bevisførelse til grund for afgørelsen af spørgsmålet om forholdet mellem den omtvistede genstand og patentet. Når dommerne i Landsover- samt Hof- og Stadretten dom desuagtet valgte ikke at tillægge patenthaverens bevisførelse kombineret med den manglende præcisering af den påståede krænkers indsigelser den virkning, så er det udtryk for større krav til beviset i Lufttørringsdommen end i Alumiliumssvejsemiddeldommen.

Dommerne i Landsover- samt Hof- og Stadrettens kunne have afgjort sagen til den påståede krænkers fordel ved blot at konstatere, at der hverken forelå tilstrækkeligt mange og præcise oplysninger om apparatets konkrete indretning eller tilstrækkeligt troværdige beviser for det omtvistede apparats lighed med det patenterede apparat. Man kan derfor umiddelbart

undre sig over, at dommerne gjorde sig den ulejlighed i begrundelsen at tilføje det, der er anført om patenthaverens undladelse af at foranstalte syn og skøn. Hvis det derom anførte skal give nogen mening, så må det være, fordi sagen kunne have fået et andet udfald under andre omstændigheder, som havde forbindelse med det udeladte syn og skøn. Der må være en formodning for, at der har været en mening med tilføjelsen om det undladte syn og skøn. Det må derfor antages, at dommerne har været af den opfattelse, at hvis den påståede krænker havde modsat sig et af patenthaveren ønsket syn og skøn og/eller hvis afholdelse af syn og skøn på grund af den påståede krænkers forhold ikke havde været muligt, så kunne sagen have fået det modsatte udfald.

Som det fremgår af Højesterets begrundelse havde patenthaveren efter afsigelsen af den indankede dom taget initiativ til gennemførelse af syn og skøn med det resultat, at det kom for en dag, *at* den påståede krænker havde tilintetgjort det omtvistede apparat, og *at* han ikke så sig i stand til at forsyne syns- og skønsmændene med skitser eller beskrivelser af apparatet.

Den 1. del af Højesterets begrundelse afspejler den opfattelse, at når en påstået krænker har umuliggjort gennemførelse af syn og skøn med henblik på konstatering af, hvorledes en omtvistet genstand er indrettet, og den påståede krænker ikke har konkretiseret sin indsigelse mod den af patenthaveren hævdede opfattelse af den omtvistede genstands indretning, så må patenthaverens opfattelse lægges til grund, i hvert fald når der er tale om en opfattelse, som har støtte i de i øvrigt førte beviser (i den konkrete sag de 2 vidneforklaringer).

Det må ifølge sagens natur henstå som usikkert, hvor stor vægt Højesteret ville have tillagt den manglende præcisering af den påståede krænkers indsigelse, hvis patenthaveren ikke under Højesterets behandling havde taget initiativ til gennemførelse af syn og skøn med det ovenfor omtalte resultat, men det kan ikke på grundlag af dommen udelukkes, at Højesteretsdommerne på samme måde som dommerne i aluminiumssvejsemiddeldommen (UfR 1915 s. 453 L) ville have anset det for tilstrækkelig grund til at basere dommen på den af patenthaveren hævdede opfattelse af den omtvistede genstands indretning. Højesterets-dommen syntes med andre ord ikke på dette punkt at være uforenelig med den tilsvarende del af aluminiums-svejsemiddel-dom.

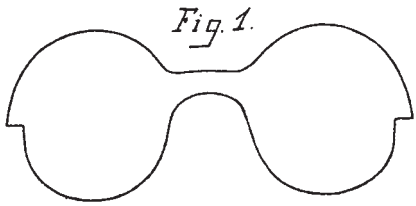
For så vidt angår vurderingen af ligheden mellem den af patenthaveren hævdede indretning af det omtvistede apparat og den patenterede opfindelse og spørgsmålet om, hvorvidt der forelå krænkelse, tog Højesteretsdommerne blot til efterretning, at syns- og skønsmændene havde udtalt, at

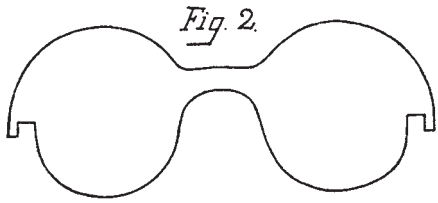
den af patenthaveren hævdede indretning efter deres opfattelse var omfattet af eneretten i henhold til patentet.

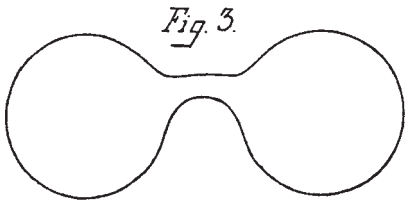
Selv om Højesteretsdommerne på dette punkt ikke på samme måde som dommerne i aluminiumssvejsemiddeldommen tillagde den manglende præcisering af den påståede krænkers indsigelsen betydning for afgørelsen af, om den af patenthaveren hævdede opfattelse af den omtvistede genstands indretning var omfattet af patentet, så er der ikke tale om, at Lufttørringsdommen på dette punkt er uforenelig med Aluminiumssvejsemiddeldommen. Det forekommer nemlig rimeligt at antage, at højesteretsdommerne i lufttørringsdommen blot fandt, at det relativt sikre bevis, som syns- og skønserklæringen udgjorde, i sig selv måtte anses for tilstrækkeligt bevis, således at det var ufornødent at inddrage den manglende præcision af den påståede krænkers indsigelse i bevisbedømmelsen.

I aluminiumssvejsemiddel-dommen var der tale om at tillægge den manglende præcisering af den påståede krænkers indsigelser en for patenthaveren fordelagtig betydning ved bevisbedømmelsen i relation til krænkelse af et produkt-patent. I Lufttørringsdommen var der tale om et kombineret fremgangsmåde- og apparatpatent. Ved i Lufttørringsdommen at tillægge den manglende præcisering af indsigelserne bevismæssig betydning til fordel for patenthaveren har højesteretsdommerne med andre ord givet udtryk for den opfattelse, at upræcise indsigelser fra den påståede krænker også kan have den betydning i relation til patenter med patentkrav på fremgangsmåder, hvilket er ganske væsentligt i betragtning af, at det navnlig ved spørgsmål om krænkelse af fremgangsmåde-patenter kan være vanskeligt for patenthaveren at godtgøre, hvad den påståede krænker foretager sig.

2.14. *UfR 1925 s. 467 Ø – Solbrilledommen* [23]







Patentkravene lød som følger (min kursivering):

»1. Solbriller, fremstillet af tynd gennemsigtig Plade, kendetegnet ved, at solbrillen er *uden særlige fastgørelsesmidler såsom næse-klemmer eller ørebøjler* og er *formet således*, at den bekvemt kan bæres bag ved et par almindelige briller eller lorgnetter.
2. Solbriller ifølge krav 1, kendetegnede ved at de på de udadvendende kanter af øjeskiverne har fremstående hager, kanter eller lignende, med hvilke de ved anvendelsen bringes til at hvile på de almindelige brillers stativ.«

23. Dansk patent nr. 33.599.

Den påståede krænker havde før tvistens opståen fremstillet og solgt solbriller bestående af en brilleplade med løse stænger, som kunne fastgøres i dertil indrettede huller i brillepladens yderkant. Efter at have fået kendskab til opfindelsen ændrede den påståede krænker sine solbriller blandt andet ved at gøre næseudskæringen bredere. Endvidere begyndte han at trykke følgende på emballagen: »Personer, som allerede bærer Briller, kan benytte Gul-Briller under deres almindelige Briller ved at fjerne Brillestængerne.« Patenthaveren var af den opfattelse, at dette udgjorde en krænkelse af patentet og lagde sag an mod direktøren for den som aktieselskab drevne fabrik, A/S Celludan, der fremstillede de omtvistede solbriller.

Patenthaveren gjorde gældende, at den foretagne ændring af næseudskæringen i den påståede krænkers briller kombineret med markedsføringen af brillerne som egnede til anvendelse uden stænger indebar en forsætlig krænkelse.

Den påståede krænker gjorde gældende, *at* ændringen af næseudskæringen i den påståede krænkers briller ikke tilsigtede lighed med patenthaverens briller, og *at* anvisningen på brug af den påståede krænkers briller uden stænger ikke var i strid med de rettigheder, som §§ 5 og 6 i patentloven hjemlede patenthaveren.

Der var øjensynlig ikke afholdt syn og skøn under sagen.

Med følgende begrundelse fastslog Østre Landsret, at der forelå krænkelse af patentet (min kursivering):

> »Medens indstævnte [den påståede krænker] ikke findes at have krænket appellantens [patenthaverens] eneret ved i Celludans solbriller at have foretaget den i dommen ommeldte ændring i næseudskæringen, findes han derimod at have krænket appellantens eneret ved at forhandle Celludans briller i en konvolut med anvisning på at benytte brillerne uden stænger, idet salget med en sådan anvisning *må opfattes som en selvstændig forhandling af briller uden stænger*, og de således forhandlede briller *frembyder afgørende lighed med de patenterede*.«

Dommerne angav ikke, hvad der lå bag deres vurdering af ændringen ved næseudskæringen i relation til spørgsmålet om patentkrænkelse. Ifølge patentkrav nr. 1 var det et træk ved opfindelsen, at solbrillen var »formet således, at den bekvemt kunne bæres bag ved et par almindelige briller eller lorgnetter«. Derfor burde det være af betydning, at solbrillen havde en form, som indebar, at der rent faktisk var en næseudskæring. På den baggrund forekommer det rimeligt at antage, at dommerne med den del af begrundelsen må have ment, *at* såvel den opringelige næseudskæring som

den ændrede næseudskæring måtte anses for at falde inden for det i patentkravet beskrevne træk ved opfindelsen vedrørende solbrillens form, og *at* ændringen af næseudskæringen derfor i sig selv var uden betydning for spørgsmålet om, hvorvidt den omtvistede solbrille var omfattet af patentet.

I den dagældende patentlov var der ikke en betemmelse svarende til den nugældende patentlovs § 3, stk. 2, som udtrykkeligt nævner, at det i sig selv er en (midelbar) krænkelse af et patent, når en vare udbydes på en sådan måde, at køberne tilskyndes til at anvende varen i forbindelse med en uhjemlet udnyttelse af den patenterede opfindelse. Manglen på en udtrykkelig hjemmel i den dagældende patentlov forhindrede, som det fremgår, ikke landsretten i at komme frem til det resultat, der nu har udtrykkelig hjemmel i patentlovens § 3, stk. 2. Den nu indførte udtrykkelige hjemmel indebærer, at den del af dommen, der vedrører anvisningen på, hvorledes de forhandlede solbriller kunne anvendes uden stænger, nu kun har begrænset interesse.

Når man som landsretten lægger til grund, at de forhold, hvorunder markedsføringen fandt sted må opfattes som en selvstændig forhandling af solbriller uden stænger, forekommer det oplagt, at de omtvistede solbriller fuldstændig svarede til den i patentkrav nr. 1 beskrevne opfindelse. Landsrettens begrundelse, der fremhæver den »afgørende *lighed*«, forekommer derfor at være udtryk for en unødvendig tilbageholdenhed med hensyn til begrundelsens formulering. At ligheden skal være »afgørende« for, at der kan statueres krænkelse indeholder ikke i sig selv en kvalificering af den lighed, der skal foreligge. Ligheden er nemlig afgørende, når den er udslagsgivende, og det er den per definition, når der statueres krænkelse på grund af den konstaterede lighed. Når der ikke forelå syn og skøn eller lignende bevisførelse vedrørende forholdet mellem de omtvistede solbriller og patentet, så må den til grund for dommen liggende lighedsvurdering i øvrigt være udtryk for dommernes egen vurdering.

2.15. *UfR 1925 s. 586 H – Kærneæltervalsedommen* [24]

En kærneælter anvendes til at fremstille smør. Kærneæltere består af en tønde/tromle og et antal valser anbragt inde i tønden/tromlen. Først kærnes fløden. Under den arbejdsproces roterer tønden/tromlen med stor hastighed, mens valserne står stille i forhold til tønden. Derefter ældtes smøret. Under den arbejdsproces bevæger tønden/tromlen sig med ringe omdrejningshastighed mens valserne bevæger sig med betydelig omdrejningshastighed.

---

24. Dansk patent nr. 30.132.

Den 8. juli 1921 var der en artikel i Mælkeritidende, som indebar, at det måtte anses for kendt at ændre tøndens/tromlens hastighed med »bibeholdelse af den relative hastighed mellem tromlen og valserne«. Ansøgningen om det til grund for sagen liggende patent blev indgivet 3 uger senere, og ansøgningen førte til udstedelse af patent 1 års tid derefter. Det må antages, at artiklen ikke blev modholdt i forbindelse med ansøgningens behandling.

I dommen er følgende citeret fra patentets beskrivelse af opfindelsen (min kursivering):

> »Ved kærneæltere med eet, to eller flere valsepar eller med een valse eller iøvrigt ved alle kendte konstruktioner af kærneæltere bevæger valserne sig kun med een hastighed. Opfindelsen beror på den iagttagelse, at mælkens konsistens er uens sommer og vinter og forandres med vejrliget eller foderet. Ved at forandre *valsernes relative hastighed* og dermed ældtningstiden, kan man til en vis grad både på de mangler, der opstår ved smørrets konsistens under påvirkning af vejrliget.
>
> I overensstemmelse hermed består opfindelsen i, at *kærneælterens eller valsernes særlige drivværk indrettes* på en sådan måde, at der let kan skiftes om, så at valserne kan få to eller flere forskellige hastigheder.
>
> Hastighedsforandringen kan også foretages ved, at …«

Patentkravene var formuleret som følger (min kursivering):

1) Anordning ved udvekslingen *i kærneælterens eller valsernes drivværk*, kendetegnet ved, at der foruden den sædvanlige udvekslingsmekanisme, som bestemmer valsernes hastighed, tillige *anbringes andre udvekslingsmekanismer* eller lignende, som kan give valserne to eller flere forskellige hastigheder.
2) Anordning ifølge krav 1 kendetegnet ved, at valserne drives fra kærnetøndens bagende, på hvilken også udvekslingsmekanismen for valsernes forskellige hastigheder er anbragt.«

Den påståede krænker havde søgt patent på en kærneælter »kendetegnet ved, at kærneælterens udvekslingsanordning foruden på kendt måde at … yderligere indeholder særlige elementer, hvorved tromlens hastighed kan varieres såvel under kærningen som under ældtningen, uden at den relative hastighed mellem tromlen og valserne varieres.«

Den påståede krænkers patentansøgning blev imidlertid afslået under henvisning til artiklen af 8. juli 1921 i Mælkeritidende. I forbindelse med afslaget tilkendegav Patentkommissionen i et brev, at den i ansøgningens

patentkrav beskrevne opfindelse efter Patentkommissionens opfattelse ikke var omfattet af patenthaverens patent.

Under behandlingen af den påståede krænkers ansøgning havde Patentkommissionen blandt andet tilkendegivet, *at* det var almindeligt at variere maskiners hastighed ved indskydning af dertil egnede udvekslingsanordninger, og *at* anvendelsen af sådanne udvekslingsanordninger i en kærneælter ikke i sig selv frembød noget ejendommeligt, der kunne betegnes som en opfindelse.

Den påståede krænker fremstillede en kærneælter, hvor tromlens/tøndens omdrejningshastighed kunne reguleres. Under kærningen stod valserne på helt normal vis stille i forhold til tromlen/tønden. Under æltningen førte reguleringen af tromlens/tøndens omdrejningshastighed til en tilsvarende regulering af valsernes omdrejningshastighed, således at for eksempel en fordobling af tromlens/tøndens hastighed automatisk indebar en fordobling af valsernes omdrejningshastighed.

Den påståede krænker gjorde for det 1. gældende, *at* patentet alene omfattede kærneæltere, hvor forandringen af valsernes omdrejningshastighed indebar en forandring af forholdet mellem valsernes og tøndens/tromlens omdrejningshastigheder, og *at* der ikke forelå nogen krænkelse, idet dette forhold netop var konstant i den omstridte kærneælter. Synspunktet tog udgangspunkt i det, der var anført i beskrivelsen om forandring af »valsernes relative hastighed«. Udtrykket »relativ hastighed« genfindes ikke i nogen af patentkravene.

For det 2. gjorde den påståede krænker gældende, at den af patentet omfattede opfindelse tog sigte på at regulere valsernes omdrejningshastighed, hvorimod den omtvistede kærneælter tog sigte på at regulere tøndens/tromlens omdrejningshastighed. Synspunktet kan også formuleres derhen, at det var en utilsigtet bivirkning ved den omtvistede kærneælter, at valsernes omdrejningshastighed blev forandret, når man varierede tøndens/tromlens omdrejningshastighed.

For det 3. gjorde den påståede krænker under henvisning til artiklen i Mælkeritidende gældende, at patentet ikke burde være meddelt i så vidt omfang, at det kunne omfatte det omtvistede produkt, hvilket fremgik af det forhold, at artiklen havde været til hinder for den påståede krænkers eget forsøg på at patentere den konstruktion, der lå til grund for den omtvistede kærneælter.

For det 4. gjorde den påståede krænker gældende, at det under alle omstændigheder fremgik af den tilkendegivelse, som Patentkommissionen kom med i forbindelse med afslaget på den påståede krænkers patentan-

søgning, at den påståede krænkers konstruktion ikke kunne anses for omfattet af patenthaverens patent.

Patenthaveren gjorde gældende, *at* udtrykket »valsernes relative hastighed« i patentbeskrivelsen skulle forstås som valsernes relative periferihastighed i forhold til valsernes fremføringshastighed, *at* patentet omfattede enhver anordning, som kunne forandre valsernes relative periferihastighed, og *at* det var uden betydning for krænkelsesspørgsmålet, om forholdet mellem tøndens/tromlens omdrejningshastighed og valsernes omdrejningshastighed var konstant eller variabel.

Det er ikke i dommen anført, at patenthaveren gjorde andet gældende, men det forekommer rimgeligt at antage, at patenthaveren også må have bestridt rigtigheden af den del af den påståede krænkers synspunkter, der ikke relaterede sig til anvendelsen af udtrykket »valsernes relative hastighed« i patentbeskrivelsen.

Til brug for retssagen afgav Patentkommissionen en erklæring, som gik ud på, at Patentkommissionen i forbindelse med patentansøgningens behandling formentlig havde opfattet udtrykket »valsernes relative hastighed« i patentbeskrivelsen som forholdet mellem tøndens og valsernes omdrejningshastighed, hvilket ifølge Patentkommissionen dog ikke var kommet til udtryk i patentkravene.

Ifølge en række sagkyndige erklæringer, som Patenthaveren øjensynlig ensidigt havde indhentet, var det valsernes relative periferihastighed, der var af betydning for æltningen.

Ifølge syns- og skønsmændenes udtalelser forholdt det sig således, at ordene »relativ hastighed« naturligt måtte opfattes som udtrykkende en virkelig hastighed og ikke et forhold mellem 2 (forskellige) hastigheder.

Såvel Østre Landsret som Højesteret kom frem til, at der forelå krænkelse. Landsrettens af Højesteret tiltrådte begrundelse lød som følger (min kursivering):

> »Der findes … at måtte gives sagsøgerne [patenthaveren] medhold i deres forståelse af de ovennævnte omtvistede udtryk [»valsernes relative hastighed«] …
>
> …
>
> Da »Zenith model 1922« [den omtvistede kærneælter] imidlertid når tøndens hastighed varieres under æltningen, også varierer valsernes relative periferihastighed, og da det udtrykkeligt er angivet i patent nr. 30.132, at den særlige udvekslingsmekanisme kan anbringes ikke blot i valsernes, men også i selve kærneælterens drivværk, hvilket vil muliggøre en variation af tøndens hastighed, findes det at måtte statueres, at »Zenith model 1922« er i strid med patent nr. 30.132.
>
> …

> Heri [at patentet ikke burde være meddelt i så vidt omfang] kan der imidlertid ikke gives de sagsøgte [den påståede krænker] medhold, idet artiklen i »Mælkeritidende« … intet indeholder om anbringelse af en særlig udvekslingsmekanisme.«

Da spørgsmålet om den rette forståelse af udtrykket »valsernes relative hastighed« drejer sig om et udtryk, der alene findes i beskrivelsen og dermed ikke i patentkravene, er der tale om en problemstilling, som vedrører spørgsmålet om patentbeskrivelsens betydning for beskyttelsens omfang. Parterne syntes imidlertid at have været enige om, at den rette forståelse af udtrykket måtte være af afgørende betydning for beskyttelsesomfanget, hvorfor det forhold, at dommerne lagde afgørende vægt på den forståelse af udtrykket, som de ved bedømmelsen af de førte beviser kom frem til, næppe bør opfattes som udtryk for en principiel stillingtagen til spørgsmålet om patentbeskrivelsens betydning for beskyttelsesomfanget. Som sagen var forelagt kunne dommerne nemlig af procesretlige årsager næppe være kommet frem til, at det fra beskrivelsen hentede udtryk måtte være uden betydning for beskyttelsesomfanget.

Ved at vælge den af patenthaveren hævdede forståelse af udtrykket »valsernes relative hastighed« lod dommerne den ensidigt indhentede erklæring og syns- og skønsmændenes udtalelser overrule Patentkommissionens erklæring, som støttede den påståede krænkers fortolkning.

Dommerne tog ikke udtrykkeligt stilling til det af den påståede krænker indirekte rejste og principielle spørgsmål, om og i givet fald under hvilke omstændigheder det kan udgøre patentkrænkelse, når der er tale om en utilsigtet sideeffekt opstået i forbindelse med bestræbelserne på at opnå en anden teknisk effekt, der er det omtvistede produkts principale formål. Den af den påståede krænker påberåbte tekniske effekt, der var det principale mål for den omtvistede konstruktion, var muligheden for at variere tøndens hastighed. Når dommerne afviste den påståede krænkers synspunkt vedrørende den utilsigtede bivirkning under henvisning til, *a)* at det i patentet var anført, at den i patentkravet nævnte særlige udvekslingsmekanisme, som skulle muliggøre regulering af valsernes relative hastighed, kunne anbringes i selve kærneælterens drivværk, og *b)* at sådan en placering ville resultere i en regulering ikke alene af valsernes men også af tøndens hastighed, så er det formentlig udtryk for, at dommerne ikke anså det for godtgjort, at den omtvistede kærneælter havde et andet formål / løste et andet problem.

Før 1967-patentloven var det ikke muligt at anfægte et udstedt patents gyldighed under henvisning til manglende opfindelseshøjde, idet manglende nyhed dog kunne føre til ugyldighed. Det vil sige, at et patent kun-

ne opretholdes, selv om forskellene mellem den patenterede opfindelse og den kendte teknik kun var ubetydelige og fuldstændig manglede opfindelseshøjde. En af de måder, hvorpå man kunne kompensere for denne noget særprægede retsstilling var at tildele patenter uden opfindelseshøjde et relativt snævert beskyttelsesomfang.

Dommerne tilsidesatte imidlertid også den påståede krænkers anbringende vedrørende det håndhævede patents forhold til den forud kendte teknologi. Begrundelsen var, at artiklen fra Mælkeritidende intet indeholdt om »en særlig udvekslingsmekanisme«. I den forbindelse må det erindres, *at* opfindelsen ifølge patentkrav nr. 1 drejer sig om anbringelse af »andre *udvekslingsmekanismer eller lignende*, som kan give valserne to eller flere forskellige hastigheder« (min kursivering), og *at* det fra artiklen i Mælkeritidende måtte anses for kendt at give valserne to eller flere forskellige hastigheder.

Patentet blev med andre ord ikke opretholdt på grund af den i patentbeskrivelsen angivne problemløsning, nemlig at en variation af valsernes hastighed kunne kompensere for forskelle i mælkens konsistens, men derimod alene fordi den specifikke udførelsesform, hvor hastighedsvariationen blev tilvejebragt af udvekslingsmekanismer ikke havde været beskrevet i det nummer af Mælkeritidende, som gjorde, at det måtte anses for kendt at variere ikke alene tøndens men også valsernes hastighed. I betragtning af, at Patentkommissionen under behandlingen af den påståede krænkers patentansøgning havde anført, *at* det var almindeligt at variere maskiners hastighed ved indskydning af dertil egnede udvekslingsanordninger, og *at* det ikke i sig selv kunne anses for en opfindelse at indskyde sådanne anordninger i en kærneælter, må det kunne lægges til grund, at når artiklen fra Mælkeritidende blev brugt som modhold overfor patenthaverens patent, så kunne anvendelsen af udvekslingsanordninger i patenthaverens »opfindelse« ikke anses for at have opfindelseshøjde men højst nyhed.

Med udgangspunkt i de dagældende regler kunne man ret let argumente for det synspunkt, at manglende eller meget behersket opfindelseshøjde burde have en begrænsende effekt på et patents beskyttelsesomfang. Det forhold, at dommerne statuerede krænkelse på trods af den formentlig manglende opfindelseshøjde kan blandt andet tages som udtryk for, *at* der ikke forelå tilstrækkelig dokumentation for manglende opfindelseshøjde i form af for eksempel syn og skøn, *at* dommerne ikke anså synspunktet for gjort gældende af den påståede krænker, *at* synspunktet ikke er korrekt, eller *at* synspunktet på grund af konkrete omstændigheder ikke var relevant i denne sag.

For så vidt angår problemstillingen i relation til helt manglende opfindelseshøjde, har landsrettens opfattelse naturligvis kun historisk interesse, idet der nu er mulighed for at anfægte gyldigheden af et patent under påberåbelse af manglende opfindelseshøjde.

2.16. *UfR 1927 s. 285 H – Fodtøjslimdommen* [25]

2.16.1. Dommen

Patentkravet var formuleret som følger (min kursivering):

> »*Fodtøj*, som er helt eller delvis af Læder, kendetegnet ved en af eet enkelt eller af to eller flere indbyrdes forbundne *lag kautsjukplade eller kautsjukstrimmel, der er indlagt mellem skotøjets overdel og dets bund* eller mellem to af fodtøjets forskellige andre bestanddele eller mellem hver to af flere af disse bestanddele eller mellem samtlige nævnte dele, og som på de pågældende steder *uden vulkanisering tjener som fastgørelsesmiddel* uden anvendelse af syning eller andre i et sådant øjemed ellers hidtil anvendte fastgørelsesmidler.«

Den påståede krænker havde indgået en licensaftale med indehaveren af patentet. Som vederlag for licensen skulle den påståede kræner betale en royalty for hvert par fodtøj, der var omfattet af patentet. I henhold til aftalen havde den påståede krænker forpligtet sig til at købe de til patentets udnyttelse nødvendige maskiner med tilbehør og gummirande hos patentets indehaver.

En anden opfindelse muliggjorde senere forsendelse af flydende rågummi fra produktionsstedet til Danmark. Dette begyndte den påståede krænker at benytte sig af, idet han ved produktionen af fodtøj begyndte at sammenklæbe sålen og overdelen ved påsmøring af flydende rågummi, der ved indtøring bliver til almindelig rågummi, det vil sige uvulkaniseret kautsjuk.

Den påståede krænker undlod at betale royalty af det fodtøj, der var produceret under anvendelse af flydende rågummi. Patentets indehaver anlagde derefter sag med påstand om betaling af royalty med videre.

Den påståede krænker gjorde gældende, at det omtvistede fodtøj ikke var omfattet af patentet, fordi det var fremstillet ved direkte påsmøring af flydende rågummi og dermed uden anvendelse af en strimmel eller plade af rågummi/uvulkaniseret kautsjuk.

Heroverfor anførte patenthaveren, <u>at</u> den af den påståede krænker an-

---

25. Dansk patent nr. 32.887.

vendte fremstillingsmåde kun var mulig på grund af den seneste teknologiske udvikling, og *at* den flydende rågummi, som den påståede krænker smurte på fodtøjet, blev til en hinde af rågummi, som ved flere påsmøringer kunne blive så tyk, at der på en vis måde kunne tales om en plade eller strimmel af rågummi, det vil sige uvulkaniseret kautsjuk.

I en syns- og skønserklæring var det anført, *at* det ikke kunne være afgørende, hvilken fremgangsmåde der var anvendt ved fodtøjets fremstilling, og *at* det af den påståede krænker fremstillede fodtøj var fodtøj med indlagt kautsjuk, hvorfor det måtte anses for omfattet af patentet. En af patenthaveren ensidigt indhentet erklæring fra Patentdirektoratet pegede øjensynligt i samme retning som syns- og skønserklæringen.

Patenthaverens forklaring vedrørende patentkravenes formulering er i dommen gengivet som følger:

> »Sagsøgeren har selv for retten bl. a. forklaret, at han, da han søgte sit patent, var klar over, at strimmel eller plade kunne fastgøres på forskellige måder, men dog kun nævnede den ene måde: det vil sige »indlagt mellem …«, idet han fandt det bedst stemmende med sin interesse, at der i den endelige patentbeskrivelse blev gået ud fra, at det at fastgøre råkautsjuk til en fodtøjsdel var en kendt sag; og at han var på det rene med, at strimmel eller plade ikke alene kunne laves forud, men også på anden måde, såsom ved at blæse et lag fine kautsjuk-partikler på fodtøjsdele behandlede med en vis opløsning.«

Såvel Østre Landsret som Højesteret kom frem til, at der ikke forelå en krænkelse af patentet. Landsrettens af Højesteret tiltrådte begrundelse lød som følger (mine parenteser):

> »De i sagen fremlagte skrivelser fra Direktoratet for Patentvæsenet finder retten ikke at kunne tillægge afgørende betydning for sagen, medens skønnet for så vidt lægges til grund, som der ikke kan blive spørgsmål om at erklære sagsøgerens patent ugyldigt i medfør af patentlovens § 1, nr. 3, finder retten derimod ikke at kunne følge skønnet i dets opfattelse af patentets omfang og beskyttelse.
>
> I patentkravet er så stærkt fremhævet indlæggelse af kautsjukplade eller kautsjukstrimmel, at det findes betænkeligt at sidestille en simpel latex-påsmøring hermed, selv om der ved påsmøringen fremkommer en mere eller mindre tyk kautsjukhinde, som når det færdige fodtøj senere rives itu, fremtræder som havende nogen lighed med en kautsjukstrimmel.
>
> Sagsøgeren kan herefter ikke anses at have patent på at benytte latex-gummimælk [flydende rågummi] eller uvulkaniseret kautsjuk som klæbemiddel eller fastgørelsesmiddel ved fremstilling af fodtøj, men kun på i så henseende at benytte uvulkaniseret kautsjuk stivnet i strimler eller plader, i hvilken henseende det iøvrigt skal fremhæves, at kontrakten af 9. marts 1925 § 8 [licens-

> aftalen] netop også forudsætter, at der til patentets udnyttelse kræves den »gummirand«, som de sagsøgte forpligter sig til at købe hos sagsøgeren.
>
> Herefter kan det ikke antages, at den af selskabet nu benyttede fremstillingsmåde berører den ved sagsøgerens patent beskyttede opfindelse.«

Det er bemærkelsesværdigt, *at* Højesteret tilsidesatte Patentdirektoratets og syns- og skønsmændenes øjensynligt samstemmende vurderinger af spørgsmålet om, hvorvidt det omtvistede fodtøj var omfattet af patentet, *at* det skete uden væsentlig støtte i andre ekspert-vurderinger, som indgik i bevisførelsen, og *at* dommerne derfor fuldt ud baserede tilsidesættelsen på deres egen vurdering af spørgsmålet.

Når det i begrundelsen er anført, at indlæggelse af Kautsjukplade eller Kautsjukstrimmel, er »stærkt fremhævet« i patentkravet, er der tale om en overdrivelse. Der er tale om et træk ved opfindelsen, som er nævnt én gang, og som på ingen måde fremtræder som særlig fremhævet i forhold til den øvrige tekst i patentkravet. Det bemærkelsesværdige ved formuleringen af patentkravet er ikke så meget den måde, hvorpå kautsjukplade og kautsjukstrimmel er nævnt i patentkravet, men snarere baggrunden for valget af formulering, jf. patenthaverens forklaring under sagen. Det fremgår nemlig af patenthaverens forklaring, *at* patenthaveren bevidst havde valgt formuleringen, selv om han var på det rene med, at kautsjuk også kunne anvendes til sammenlimning af fodtøj uden anvendelse af allerede stivnede kautsjukstrimler eller -plader, og *at* formuleringsvalget øjensynlig var motiveret med et ønske om at sikre nyhed og opfindelseshøjde i forhold til den kendte teknologi, der omfattede *a)* det at fastgøre rågummi/råkautsjuk til en fodtøjsdel ved hjælp af fastgørelsesmidler såsom en syning og *b)* det at fastgøre katsjuk ved at blæse et lag fine kautsjuk-partikler på fodtøjsdele, som var blevet forbehandlet med en særlig opløsning.

Det i begrundelsen anførte om licensaftalens § 8 fremtræder som en unødvendig ekstra begrundelse, jf. ordene »… i hvilken henseende det *iøvrigt* skal fremhæves, at …«. Det bærende i begrundelsen må derfor være det, der er anført om patentkravets formulering. Det forhold, at licensaftalen blev nævnt i begrundelsen viser dog, at den slags dokumenter, der direkte eller indirekte kan sige noget om, hvorledes patenthaveren selv har opfattet sit patents beskyttelsesomfang, kan være af bevismæssig betydning for afgørelsen af spørgsmålet om, hvad der rent faktisk skal anses for patentets beskyttelsesomfang. I denne sag blev licensaftalen tillagt den bevismæssige betydning, at patentet fik et snævrere beskyttelsesomfang end hævdet af patenthaveren under retssagen. Der kan ikke fra dommen udledes noget om, hvorvidt dommerne var af den opfattelse, at sådanne

beviser for patenthaverens egen opfattelse af beskyttelsesomfanget i andre sammenhænge efter omstændigheder også skal kunne tillægges betydning som støtte for det af patenthaveren under en retssag hævdede beskyttelsesomfang.

På grund af den uoverensstemmelse, der er mellem på den ene side domsbegrundelsens afgørende henvisning til en af retten postuleret stærk fremhævelse i patentkravet af en indlagt kautsjukplade eller -strimmel, og på den anden side sagens omstændigheder, er det vanskeligt at sige noget særlig meningsfuldt om, hvad der reelt var bestemmende for konklusionen om, at det omtvistede fodtøj kunne anses for omfattet af patentet. I overensstemmelse hermed indicerer Troels G. Jørgensens nedenfor omtalte kommentarer til dommen, at den reelle begrundelse slet ikke er kommet til udtryk i dommen.

2.16.2. Kommentarer fra den jurdiske litteratur

I Juristen 1943 s. 11 fremsatte den daværende højesteretspræsident Troels G. Jørgensen nogle bemærkninger til en række domme, herunder til Fodtøjslimdommen. Bemærkningerne blev fremsat i en artikel om anvendelse af teknisk sagkyndige meddommere i patentsager. Dommene blev omtalt som eksempler på »juridisk betonede patentretlige afgørelser«.

Ifølge Troels G. Jørgensen var Fodtøjslimdommen ikke motiveret i »iagttagelser over fremgangsmåden« men derimod i en »forretningsmæssig vurdering«. For denne forretningsmæssige vurdering var det ifølge Troels G. Jørgensen væsentligt, »at patenthaveren efter patentets erhvervelse, da det nu var teknisk muligt at forsende rågummi i flydende tilstand fra produktionsstedet, ellers ville have fået en helt anden position end ved erhvervelsen beregnelig«.

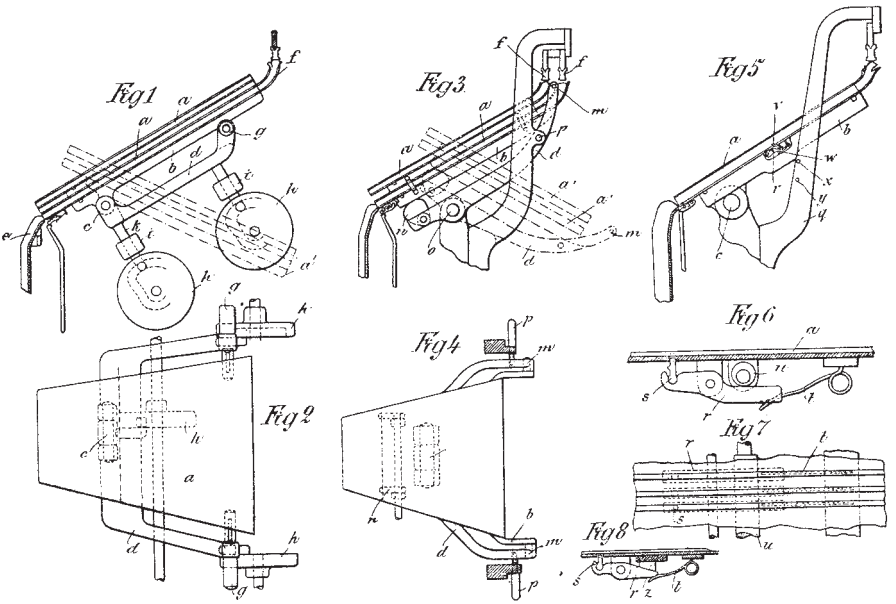
Det forhold, at en »forretningsmæssige vurdering« skulle være det afgørende kriterium er ikke kommet til udtryk i dommen. I øvrigt er der tale om et kriterium af en så ubestemt karakter, at det næppe er egnet som rettesnor for afgørelsen af sager om patentkrænkelse.

Troels G. Jørgensens bemærkning om de tekniske muligheder for at forsende rågummi i flydende tilstand kan formentlig tages som udtryk for det synspunkt, at en efterfølgende teknisk udvikling, som ikke kunne forudses på ansøgningstidspunktet, ikke kan begrunde en bred fortolkning af et patent.

I UfR 1941 B s. 264 og UfR 1943 B s. 145 har Poul Jacobsen henvist til Fodtøjslimdommen som et eksempel på en sag, hvor patentkravet er fortolket så snævert og bogstaveligt, at det virker lidet rimeligt, idet retten har forstået patentkravet snævert og har nægtet at statuere krænkelse, når

den omtvistede genstand faldt uden for ordene i patentkravet. Den vurdering kan ikke tiltrædes.

2.17. *UfR 1929 s. 80 H – Sættemaskinedommen* [26]



I sættemaskinedommen havde Højesteret ikke anledning til at tage stilling til patentets beskyttelsesomfang, idet sagen for Højesteret alene drejede sig om, hvorvidt patentbeskyttelsen var bortfaldet på grund af ikke-udøvelse. Sagen er alligevel ikke uden interesse, idet Østre Landsret forinden havde taget stilling til beskyttelsesomfanget i forbindelse med afgørelsen af en række spørgsmål, der ikke blev indbragt for Højesteret.

Dommen indeholder følgende citater fra patentbeskrivelsen (min kursivering):

> »Opfindelsen angår matricesætte- og liniestøbemaskiner med flere over hverandre liggende magasiner, der skiftevis kan bringes i arbejdsstilling, og som tages bagud fra maskinen, når de skal ombyttes. I henhold til opfindelsen hviler magasinerne *i en dobbelt bæreramme, af hvis to Dele den ene kan blive liggende i sin stilling, medens den anden kan bevæges* således i forhold til den første, at magasinerne kan tages ud.«

26. Dansk patent nr. 19.887.

»I figur 3 og 4 indstilles magasinerne ved svingning om et punkt ved deres øverste ende, hvorfor de har hver sin aflægger f. magasinerne a ligger på bærerammen b, der drejer sig om en tap m på den anden ramme d. magasinerne indstilles i deres arbejdsstilling ved drejning af de urunde skiver n, der bevæger magasinernes nederste ende op og ned med rammen og derved svinger dem om tappene m.«

Patentets 2 første patentkrav var formuleret som følger:

»1. Apparat til ombytning af magasinerne i sættemaskiner, særlig matricesætte- og støbemaskiner, kendetegnet ved to særskilte rammer b og d, der bevæger magasinerne a ved ombytning og ved indstilling af dem i arbejdsstillingerne.
2. Udførelsesform for det i krav 1 omhandlede apparat, kendetegnet ved, at den ramme b, der bruges til ombytning af magasinerne a, hviler således i den anden ramme d eller i maskinstillingen, at den kan svinges således, at magasinerne kan tages bagud fra maskinen.«

Derudover var der opstillet 2 yderligere patentkrav på særlige udførelsesformer af det i patentkrav 1 og 2 beskrevne apparat, hvori der navnlig var angivet forskellige muligheder for udførelse af de i patentkrav 1 og 2 nævnte rammer, der skulle anvendes ved ombytning af magasinerne.

Den påståede krænker havde produceret og solgt et antal sættemaskiner, som patenthaveren anså for omfattet af patentet, hvorfor patenthaveren anlagde sag om krænkelse.

Patentets indehaver gjorde gældende, at patentkrav nr. 1 måtte forstås således, at hver af de i kravet nævnte 2 rammer havde sin funktion, hvorunder den anden ramme var i (absolut eller relativ) ro, idet den ene ramme bevægede magasinerne ved ombytning, mens den anden ramme bevægede magasinerne ved deres indstilling til arbejdsstillingerne.

Den påståede krænker gjorde gældende, *at* det hverken i beskrivelsen eller i patentkravenes ordlyd havde fundet udtryk, at rammerne havde de af patenthaveren hævdede funktioner, *at* patentet måtte forstås således, at patentets genstand alene var anordningerne til ombytning af magasinerne, og *at* patentet i øvrigt måtte anses for ugyldigt.

Sammenholder man patenthaverens egen fortolkning af patentkrav 1 med patentkravets ordlyd, vil man se, at fortolkningen omfatter en række træk ved opfindelsen, som man på ingen måde kan udlede af patentkravets ordlyd. Der er således tale om en begrænsning af patentets beskyttelsesomfang i forhold til det, der er beskrevet i patentkrav 1. Årsagen til, at patentets indehaver var interesseret i en begrænsende fortolkning af patentkravet, må søges i det forhold, *at* den påståede krænker som nævnt

gjorde gældende, at patentet var ugyldigt, og *at* et af de i den forbindelse fremdragne modhold formentlig kunne give anledning til gyldigheds-problemer, medmindre patentkravet blev fortolket snævert, for eksempel på den af patenthaveren hævdede måde.

Ifølge syns- og skønsmændene udtalelser forholdt det sig således, *at* den omtvistede maskine havde 2 rammer, der blev benyttet ved henholdsvis magasinernes udveksling og indstilling, og *at* den ramme, der blev benyttet ved magasinernes udveksling, hvilede i maskinstillingen på en sådan måde, at rammen kunne svinges, og magasinerne kunne tages bagud fra maskinen.

Syns- og skønsmændenes beskrivelse af den omtvistede maskine svarer ret nøje til ordlyden af patentkrav 1 og 2, hvorimod det ikke umiddelbart forekommer klart, hvorledes den omtvistede maskine efter syns- og skønsmændenes opfattelse forholdt sig til den af patenthaveren hævdede forståelse af patentet.

Landsretten opretholdt patentet som gyldigt under henvisning til en praktisk fordel ved den konstruktion, der var vist i patentbeskrivelsens tegninger, selv om denne fordel fulgte af konstruktive træk, som ikke var beskrevet i patentkrav 1.

Landsretten afviste den af den påståede krænker hævdede forståelse af patentkrav nr. 1 og erklærede sig enig i den af patenthaveren hævdede og snævrere fortolkning af patentkrav 1. I den anledning anførte landsretten følgende som begrundelse (min kursivering):

> »Heri findes der ikke at kunne gives dem [den påståede krænker] medhold. Ligesom det må antages at have været tilsigtet fra patentanmeldernes side, at anmeldelsen i heromhandlede henseende skulde have det af dem påståede indhold, således fremgår det af kravene, at der er tale om to særskilte rammer, hvoraf den ene er omskifterramme, den anden indstillingsramme; om indstillingsrammen *siges det i indledningen* [til patentbeskrivelsen] … at den kan blive liggende i sin stilling, medens den anden bevæges, således at magasinerne kan tages ud, og omvendt *fremgår det af den givne beskrivelse* [patentbeskrivelsen] i forbindelse med de ledsagende figurer, at omskifterrammen forbliver i ro (eller i relativ ro), medens indstillingen finder sted, og herefter findes det at være *nærmestliggende at forstå patentet i dets helhed, derunder særlig også dets krav 1*, på den af sagsøgerne [patenthaveren] hævdede måde.«

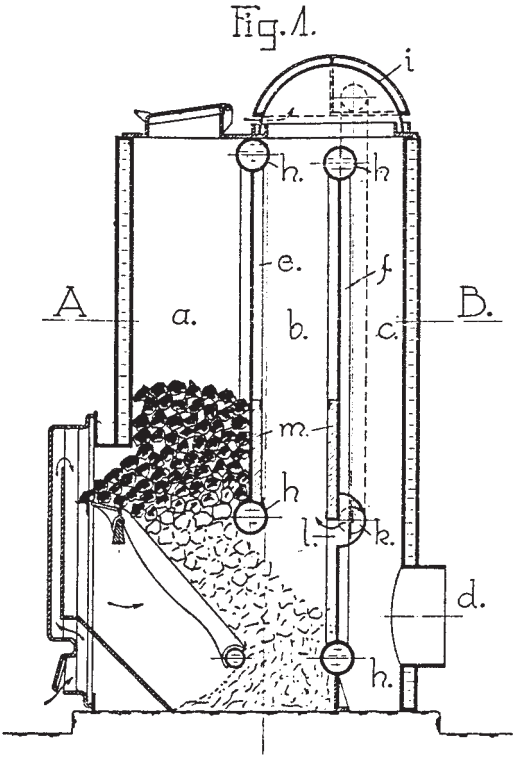
Landsretten konkluderede under henvisning til det afholdte syn og skøn, at der forelå krænkelse. Begrundelsen var som følger:

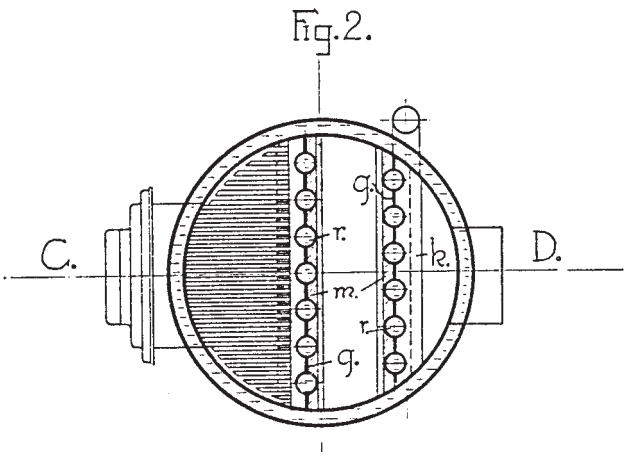
> »Når der gås ud fra sagsøgernes forståelse af patentets krav 1, er den besigtigede maskine … herefter i strid med patentets krav 1 og 2.«

Den måde, hvorpå patentkrav 1 flere gange nævnes i begrundelsen kunne tyde på, at dommerne var af den opfattelse, at patentkravet principielt er vigtigt for fastlæggelsen af beskyttelsesomfanget. Imidlertid baserede dommerne i meget vidt omfang deres afgørelse af såvel ugyldighedsspørgsmålet som fortolkningsspørgsmålet på træk ved opfindelsen, som de fandt i patentbeskrivelsen, mens patentkravene spillede en meget tilbagetrukket rolle. Dommen kan derfor siges snarere at være udtryk for den opfattelse, at patentkravene kun giver en indikation af, hvad der skal være omfattet af et patent, og at patentets beskyttelsesomfang må fastlægges ud fra, hvad der er anført i patentbeskrivelsen.

Ved sagens afgørelse, herunder også ved afgørelsen af ugyldighedsspørgsmålet brugte dommerne patentbeskrivelsen på en måde, der uden overdrivelse kan beskrives som værende venlig over for patenthaveren. Dommen kan derfor eventuelt også anses for udtryk for den opfattelse, at eventuel tvivl skal komme patenthaveren til gode.

2.18. *UfR 1931 s. 264 H – Varmekedeldommen* [27]





27. Dansk patent nr. 40.369.

2.18.1. Dommen

Patentkravet vedrørte en opretstående varmekedel kendetegnet ved (min kursivering):

> »at de lodrette vægge … og …, der adskiller kedlens forbrændingsrum fra henholdsvis brændselsmagasinet og røgkanal eller røgkanalsystem, helt eller delvis er udførte af vandførende rør …, som er *indbyrdes sammensvejsede til en lukket væg*, hvorhos hver rørgruppe foroven og forneden på kendt måde er forbunden med kedlens vandrum ved tværrør … alt i det øjemed at opnå en billig og stor hedeflade ved nævnte rørvægge og samtidig en kraftig cirkulation af kedlens vand og derigennem en forøgelse af hedefladens ydeevne.«

Der forelå også et tillægspatent vedrørende en særlig udførelsesform af opfindelsen.

Den påståede krænker fremstillede en varmekedel, som adskilte sig fra den i patentkravet beskrevne kedel derved, at de lodrette rør ikke var »indbyrdes sammensvejsede«. De lodrette rør var i stedet monteret meget tæt sammen, hvorved der på tilsvarende vis blev dannet en »lukket væg«. Patenthaveren anså den påståede krænkers varmekedel for omfattet af patentet og anlagde sag om krænkelse.

Patentets indehaver gjorde gældende, at den påståede krænkers varmekedel på trods af den erkendte forskel, der er nævnt ovenfor, måtte udgøre en krænkelse, *idet* den indeholdt den for patentbeskyttelsen væsentlige kombination af en lukket vandførende skillevæg og de til vandbeholderen førende tværrør, og *idet* forskellene ikke havde tilført nogen ny teknisk virkning.

Den påståede krænker gjorde gældende, *at* patentkravet under hensyn til, hvad der var anført i beskrivelsen måtte forstås som alene omfattende konstruktioner, hvor de lodrette vandførende rør var stillet med nogen afstand fra hinanden men på en sådan måde, at mellemrummene blev udfyldt enten ved påsvejsning af stangjern eller pladejern, eller ved at mellemrummene – eventuelt uden anvendelse af svejsninger – blev udfyldt ved tæt sammenstilning af på rørene siddende ribber, og *at* patentet måtte være ugyldigt i det omfang det skulle forstås som omfattende den omtvistede kedel, idet den efter den påståede krænkers opfattelse var baseret på kendt teknik.

Ifølge syns- og skønsmændene udtalelser forholdt det sig således, *at* patentkravet omfattede en af en række rør sammensvejset lukket væg uden hensyn til, om der var stangjern, ribber eller lignende mellem rørene, *at* der ikke var opnået nogen ny teknisk virkning ved den omtvistede kedelkonstruktion, *at* den omtvistede kedels konstruktion var ligeså ny som den

i patentet beskrevne konstruktion, idet det særlige ved begge konstruktioner kun vedrørte detaljer, og *at* der ikke forelå krænkelse.

Landsretten var af den opfattelse, at der var tale om krænkelse af patentet. Højesteret kom imidlertid frem til det modsatte resultat. Højesterets begrundelse var følgende (min kursivering):

> »Efter *ordlyden af patentkravet i forbindelse med det iøvrigt foreliggende*, må det antages, at den de indstævnte [patenthaveren] givne beskyttelse, forsåvidt angår de lodrette vægge, *kun omfatter* en ved indbyrdes sammensvejsning pålangs af en række vandførende rør dannet lukket væg i en kedel af den i kravet omhandlede art. Da det dernæst er uomstridt, at en på den nævnte måde dannet væg ikke findes i den af appellanten [den påståede krænker] fremstillede kedel, findes appellanterne ikke at have krænket indstævntes patent.«

Når det er anført, at højesteretsdommerne lagde vægt på »det iøvrigt foreliggende«, kan de dårligt have tænkt på meget andet end syns- og skønsmændenes udtalelser, *idet* der stort set ikke »forelå« oplysning om andre relevante forhold, og *idet* den valgte fastlæggelse af beskyttelsesomfanget ret nøje svarer til den af syns- og skønsmændene hævdede fortolkning af patentkravet. Begrundelsen må med andre ord være udtryk for, at dommerne tog syns- og skønsmændenes fortolkning af patentkravet til efterretning og lod den være afgørende for patentets beskyttelsesomfang. Dermed tiltrådte dommerne syns- og skønsmændenes opfattelse af, at de ting, der var anført i beskrivelsen uden at komme til udtryk i patentkravene måtte være uden betydning for beskyttelsesomfanget.

I relation til det under sagen omtvistede træk ved opfindelsen, de lodrette vægge, tog dommerne med formuleringen »at den de indstævnte givne beskyttelse … *kun* omfatter« afstand fra, at patentet på nogen måde kunne omfatte andet end det i patentkravet udtrykkeligt beskrevne. Det kan eventuelt være udtryk for, at dommerne havde den opfattelse, at når en i et patentkrav beskrevet opfindelse kun drejer sig om detaljer i forhold til den kendte teknik, så må beskyttelsesomfanget i hvert fald som udgangspunkt være begrænset til det, der udtrykkeligt er beskrevet i patentkravet.

Højesterets dom kan også tages som udtryk for, at selv om der kun er detaljer til forskel mellem det i patentkravet beskrevne produkt og det omtvistede produkt, er det ikke nødvendigvis tilstrækkeligt for at statuere krænkelse, at det omtvistede produkt opnår den samme tekniske effekt som den patenterede opfindelse. Resultatet har eventuelt været påvirket af det forhold, at der var tale om en opfindelse, som næppe kunne siges at have nogen særlig imponerende opfindelseshøjde, og/eller at den omtvi-

stede konstruktion afvigelse fra den i patentkravet beskrevne konstruktion måtte anses for nytænkning i samme grad som den i patentkravet beskrevne konstruktion.

Patenthaveren blev ikke pålagt at betale omkostninger, selv om patenthaveren tabte sagen, idet Højesteret besluttede at ophæve omkostningerne. Det kan tages som udtryk for, at Højesteret har ment, at sagen lå på vippen.

2.18.2. Kommentarer fra den jurdiske litteratur

I Juristen 1943 s. 11 fremsatte den daværende højesteretspræsident Troels G. Jørgensen nogle bemærkninger til en række domme, herunder til UfR Varmekedeldommen. Bemærkningerne blev fremsat i en artikel om anvendelse af teknisk sagkyndige meddommere i patentsager. Dommene blev omtalt som eksempler på »juridisk betonede patentretlige afgørelser«.

Ifølge Troels G. Jørgensen lagde dommerne afgørende vægt på patentkravets ordlyd og »forretningsmæssige hensyn til patentdokumentets offentlige karakter«. Henvisning til patentets »offentlige karakter« sigter formentlig til, at der er et hensyn at tage til trediemands retssikkerhed, og at dette hensyn taler for en restriktiv fortolkning af patentkrav og/eller patenter.

I UfR 1941 B s. 264 og UfR 1943 B s. 145 har Poul Jacobsen henvist til Varmekedeldommen som et eksempel på en sag, hvor patentkravet er fortolket så snævert og bogstaveligt, at det virker lidet rimeligt, idet retten har forstået patentkravet snævert og har nægtet at statuere krænkelse, når den omtvistede genstand faldt uden for ordene i patentkravet. Den vurdering kan ikke tiltrædes.

Mogens Plesner har i NIR 1971 s. 119 omtalt Varmekedeldommen som et eksempel til illustration af, dels hvorledes skønsmandsinstitutionen har virket i dansk domspraksis, og dels hvilken stilling danske domstole har taget til spørgsmålet om bogstavfortolkning eller en bredere forståelse af hele patentskriftet. Ifølge Plesner havde syns- og skønsmændene udtalt sig i patenthaverens favør. Det kan ikke tiltrædes, jf. omtalen af syns- og skønsmændenes udtalelser ovenfor.

2.19. *UfR 1933 s. 527 V – Radrenserskærdommen* [28]

Fig. 1.

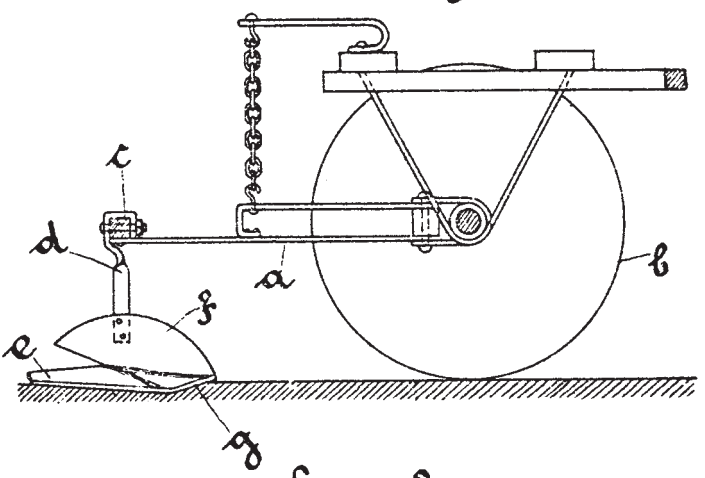
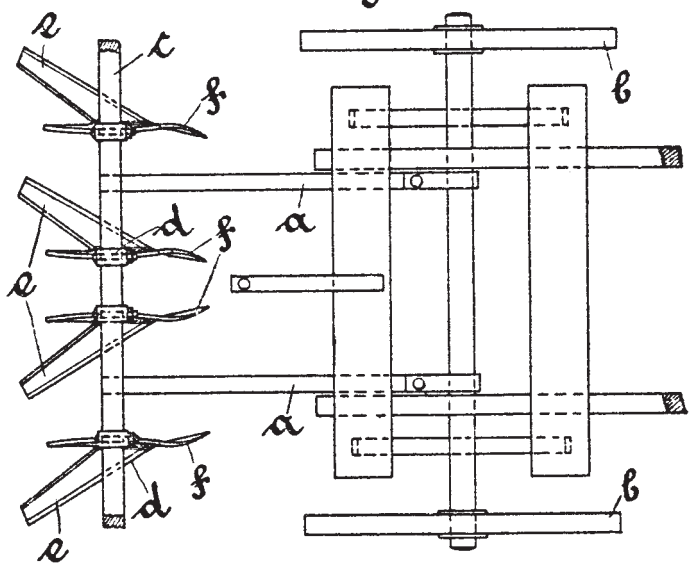


Fig. 2.



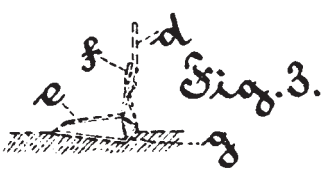


Fig. 3.

28. Dansk patent nr. 24.777.

I Radrenserskærdommen er følgende gengivet fra patentbeskrivelsen:

> »Opfindelsen består i, at der i forbindelse med selve skærpladen er en opstående plade, som, idet skæret gennemskærer jordoverfladen mellem rodfrugtplanterne, går ind under disses blade og løfter dem op fra jorden.«

Patentkravene vedrørte et radrenserskær karakteriseret ved,

> »1) at der i forbindelse med den egentlige skæreplade er en opstående plade, som, idet skæret gennemskærer jordoverfladen, løfter de til siderne stående planters blade op af jorden,
> 2) at overkanten af den opstående plade er buet eller jævnt skrånende nedefter mod skærets forkant og delvis også mod bagkanten, således at bladene løftes jævnt op over og aflægges bag skæret.
> 3) …«

Den påståede krænker var den person, som havde opfundet den patenterede opfindelse, idet patentet i 1920'erne gennem en række overdragelser var blevet overdraget fra opfinderen via et aktieselskab, der bar opfinderens navn, og til den sagsøgende patenthaver. [29] I forbindelse med en række tidligere uoverensstemmelser havde retssagens parter indgået et forlig, i henhold til hvilket den påståede krænker forpligtede sig til at ophøre med at producere og sælge et radrenserskær kaldet »triumfskæret«, og patenthaveren blandt andet forpligtede sig til at betale royalty for de af patenthaveren producerede og solgte »triumfskær«.

Kort tid efter forligets indgåelse påbegyndte den påståede krænker produktion og salg af et lignende radrenserskær kaldet »Børkop skæret«, hvor overkanten af den opstående del var udformet således, *at* overkanten i en ret linie skrånede ned mod skærets forkant, *at* en mindre del af overkanten forløb parallelt med skæret, og *at* der ikke var nogen del af overkanten, der skrånede eller buede ned mod skærets bagkant. Patenthaveren anså »Børkop skæret« for omfattet af patentet og anlagde sag om krænkelse.

Den påståede krænker gjorde gældende, *at* det eneste nye ved den patenterede opfindelse var det træk ved opfindelsen, der gik ud på, at overkanten af den opstående del skulle skråne eller bue ned mod skærets bagkant, *at* at han selv længe inden patentansøgningens indlevering havde produceret og solgt radrenserskær med en opstående plade, hvor overkan-

---

29. En del af detaljerne vedrørende overdragelserne er hentet fra UfR 1932 s. 1037 H, der drejede sig om krænkelse af samme patent.

ten skrånede ned mod skærets forkant, og *at* det fremgik af UfR 1932 s. 1037 H, at den patenterede opfindelse således som den var beskrevet i patentkrav nr. 1 og 2, i det væsentlige var bragt åbenlyst til anvendelse her i landet inden patentansøgningens indlevering, idet en trediemand på grund af forbenyttelsesret i henhold til den dagældende patentlovs § 6, stk. 1, ved Højesterets dom blev frifundet fra samme patenthavers påstand om krænkelse af samme patent.

Den påståede krænkers argumentation forudsætter, *at* i hvert fald patentkrav nr. 1 var ugyldigt på grund af manglende nyhed, og *at* han selv var klar over det både, da han i sin tid ansøgte om patentet, og da han senere indgik det ovenfor omtalte forlig med patenthaveren.

I øvrigt fremgår det helt klart af den af den påståede krænker påberåbte dom, UfR 1932 s. 1037 H, at i hvert fald radrenserskær af den i patentkrav 1 beskrevne type havde været bragt i anvendelse her i landet på tidspunktet for patentansøgningens indlevering.

Der var ikke alene afholdt syn og skøn men også indhentet andre sagkyndige erklæringer. Indholdet af de sagkyndiges udtalelser er imidlertid ikke omtalt i dommen.

Dommerne fra Vestre Landsret udtalte, at der ikke var ført tilstrækkeligt bevis for, at den patenterede opfindelse inden patentansøgningens indlevering var blevet bragt så åbenlyst i anvendelse her i landet, at patentet ikke burde være meddelt.

Krænkelsesspørgsmålet afgjorde landsretten til patenthaverens fordel med følgende begrundelse:

> »Efter det således foreliggende og *særlig når henses til indholdet af patentbeskrivelsen*, må det antages, at patentet har hensyn *såvel til den til bladenes løftning anordnede forkant på den opstående plade som til dennes bagkant*. Men herefter findes sagsøgte [den påståede krænker] ved at fremstille »Børkop Skæret« forsynet med den foran beskrevne forkant på den opstående plade at have gjort indgreb i de sagsøgerne [patentets indehaver] i henhold til patentet hjemlede rettigheder, idet *patentkravet under 2 må anses ved betegnelsen »jævnt skrånende nedefter mod skærets forkant« at omfatte en anordning som den hertil svarende på »Børkop Skæret«*.

Når dommerne i begrundelsen slet ikke omtalte patentkrav nr. 1 og i stedet henholdt sig til, at der forelå krænkelse af patentkrav 2, som forudsatte, at der var tale om et radrenserskær, som også var omfattet af patentkrav 1, skyldes det formentlig, at dommerne på trods af deres principielle opretholdelse af hele patentets gyldighed ikke har haft den store lyst til at

støtte dommen på et patentkrav, hvis gyldighed dommerne næppe kan have anset for utvivlsom.

Dommernes henvisning til indholdet af beskrivelsen er udtryk for den opfattelse, at beskrivelsen er af betydning for patentets beskyttelsesomfang. Selve henvisningen forekommer imidlertid konkret besynderlig, idet den forudsætter, at beskrivelsen kan støtte et synspunkt vedrørende betydningen af den skrånende forkant og den ligeledes skrånende bagkant, men den i dommen citerede del af patentbeskrivelsen omtaler ikke nogen af delene.

Dommen indebærer i realiteten en fortolkning af udtrykket »og delvis også mod bagkanten« i patentkrav 2, hvor udtrykket i den af dommerne valgte fortolking har fået betydningen »og eventuelt også mod bagkanten«. I den forbindelse bemærkes det, at udtrykket »og delvis også mod bagkanten« i stedet – og mere nærliggende – kunne være fortolket derhen, at den del af overkanten, der ikke skrånede ned mod forkanten, kun delvis skulle skråne ned mod bagkanten, således at der var en del af overkanten, som hverken skulle skråne ned mod forkanten eller ned mod bagkanten.

Man kan vælge at se dommen som udtryk for, at den påståede krænkers nærmest svigagtige adfærd i forbindelse med indgåelsen af forliget med patenthaveren kan have givet dommerne et usympatisk indtryk af den påståede krænker med den virkning, at dommerne gav patenthaveren en meget venlig behandling ved sagens afgørelse.

2.20. *UfR 1934 s. 248 H – Rumudtørringsdommen* [30]

Fig. 1.

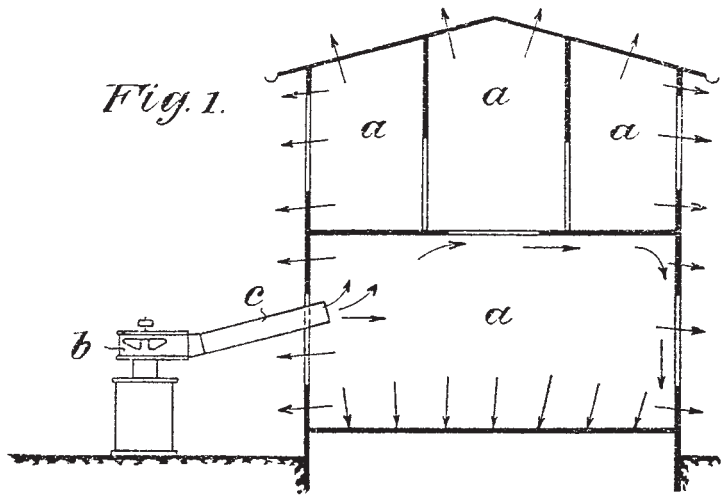
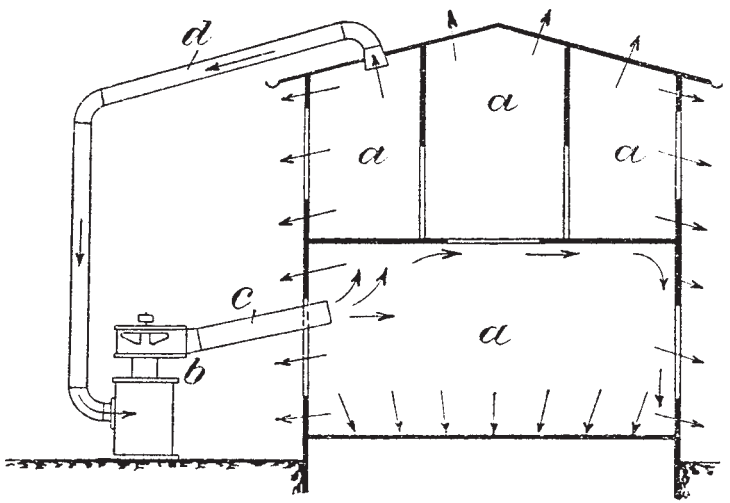


Fig. 2.



30. Dansk patent nr. 39.998.

2.20.1. Dommen

Den relevante del af patentets patentkrav lød som følger:

> »Fremgangsmåde til udtørring af rum i bygninger, kendetegnet ved, at der indføres trykluft af høj temperatur i de rum, der skal tørres, således at der i disse opstår et overtryk på mindst ca. 8-10 mm vandsøjle i sammenligning med den ydre luft, hvorved der bevirkes en trykudligning gennem selve rummenes vægge.«

Specifikationen af overtrykkets størrelse satte patenthaveren ind i patentkravet under patentansøgningens behandling, idet ansøgningen oprindeligt blev afslået, fordi udtørring ved trykventilation med varm tørreluft var velkendt.

Det fremgik af patentets beskrivelse, hvorledes de rum, der skulle tørres, fik tilført trykluft gennem en rørledning fra et udenfor bygningen opstillet apparat. I beskrivelsen var det endvidere fremhævet, at puds og murværk på grund af trykket blev gennemtrængt af den varme og tørre luft og derfor blev hærdet i løbet af få dage.

Den påståede krænker drev en virksomhed, der var beskæftiget med udrydelse af husbukke. Som et led i husbukke-udrydelsen anvendte den påståede krænker varm luft, som indblæstes i de rum, hvor træværket var angrebet af husbukke. Det var ikke den udtørrende effekt ved tilførslen af den varme luft, der havde virkning over for husbukkene, men derimod den ved fremgangsmåden skabte forøgelse af temperaturen, som dræbte husbukkene, deres larver og deres æg

Den påståede krænker gjorde gældende, at der ved hans fremgangsmåde til udrydelse af husbukke ikke opstod et overtryk på »mindst ca. 8-10 mm vandsøjle i sammenligning med den ydre luft« men derimod kun et overtryk på ca. 1 mm vandsøjle eller mindre.

Patentets indehaver gjorde gældende, *at* patentbeskyttelsen ikke burde afhænge af, om den påståede krænker anvendte et overtryk på 8-10 mm, og *at* den påståede krænker i øvrigt nødvendigvis måtte anvende et overtryk af den pågældende størrelse for at opnå den fornødne virkning.

Ifølge syns- og skønsmændenes udtalelser forholdt det sig således, *at* der ikke var nogen væsentlig forskel på de af parterne anvendte apparater til indblæsning af den varme luft, *at* »et overtryk på mindst ca. 8-10 mm vandsøjle« ikke var veldefineret, idet det navnlig ikke angav, hvor i det pågældende rum det angivne overtryk skulle måles, *at* overtrykket kun med urimeligt besvær kunne måles, *at* i relativt tætte rum kunne overtrykket let blive og ville formentlig i reglen være betydeligt mere end 8-10 mm vandsøjle, *at* et overtryk af den størrelse omvendt ville være vanskeligt eller

umuligt at opnå i relativt eller meget utætte rum, *at* ved udrydning af husbukke skulle der blot sikres en jævn fordeling af den varme luft, hvilket i almindelighed kunne opnås ved et væsentligt lavere overtryk end 8-10 mm vandsøjle, *at* en forøgelse af det for udrydning af husbukke nødvendige overtryk til 8-10 mm vandsøjle var uden betydning, og *at* det afhang af omdrejningshastigheden på den påståede krænkers apparatur, om der ved indblæsningen blev frembragt et overtryk på 8-10 mm vandsøjle.

Til dels som supplement til det afholdte syn og skøn havde parterne ensidigt indhentet sagkyndige erklæringer, som på forskellig vis støttede deres respektive synspunkter.

Østre Landsret var af den opfattelse, at der ikke var tale om krænkelse. Det var Højesteret også, men Højesteret gav en noget anden begrundelse. Højesterets begrundelse lød som følger:

> »Først bemærkes, at den omstændighed, at indstævntes formål er udrydelse af husbukke, ikke udelukker indgreb i appellantens [patenthaverens] patentret, forsåvidt udryddelsen netop iværksættes ved benyttelse af den patenterede udtørringsmetode.
>
> Da der nu ikke haves hjemmel til, som af appellanterne påstået, at tilsidesætte den i patentkravet angivne betingelse, at den trykluft, der indføres i rummet med det formål at udtørre dette, skal frembringe et *overtryk på mindst 8-10 mm vandsøjle* i sammenligning med den ydre luft – selv om den nævnte betingelse i visse henseender tiltrænger en nærmere præcisering – og da det ikke kan anses for godtgjort, at indstævnte [den påståede krænker], hvis formål, udryddelse af husbukke ved varme, ikke kræver et overtryk på 8 -10 mm vandsøjle – hvorledes disse ord nærmere måtte være at forstå – har anvendt et sådant overtryk, vil indstævnte være at frifinde.«

Den første del af begrundelsen drejer sig om det forhold, at den patenterede opfindelse ifølge patentkravets ordlyd vedrørte »en fremgangsmåde til udtørring af rum«, mens den påståede krænker udøvede en fremgangsmåde til udrydning af husbukke, hvor det ikke var udtørringen men derimod varmepåvirkningen, der gav den gavnlige effekt over for husbukkene. Begrundelsen må være udtryk for den opfattelse, at når der i et patentkrav er beskrevet en fremgangsmåde med bestemte karakteristika, hvor fremgangsmådens udøvelse har til formål af løse et bestemt problem, så omfatter patentet også løsningen af ethvert andet problem ved fremgangsmåder, der har de i patentkravet beskrevne karakteristika. [31] Der er med andre ord

31. Det syntes at fremgå af den i UfR indsatte note 2 til dommen, at Højesteret på dette punkt øjensynlig har ladet sig inspirere af den tyske rigsrets praksis, ifølge hvilken beskyttelsen i henhold til et patent ikke i almindelighed er indskrænket til de anvendelsesformål, der er angivet i patentskriftet.

tale om en generel udtalelse vedrørende et helt principielt spørgsmål. Sådan som begrundelsen er formuleret, kan det ikke anses for udelukket, at den principielle udtalelse endog kan tillægges betydning for andre typer patentkrav, hvori der indgår angivelse af et formål. For eksempel kunne man argumentere for at et patent med patentkrav på et apparat af en given konstruktion til udtørring af rum skal forstås således, at patentet også omfatter tilsvarende apparater af samme konstruktion men beregnet til andre formål, herunder til bekæmpelse af husbukke.

Når det i den anden del af begrundelsen siges, at der ikke haves hjemmel til at tilsidesætte den i patentkravet angivne betingelse vedrørende overtrykkets størrelse, fremgår det ikke, hvorfor der efter dommernes opfattelse »ikke haves hjemmel«. Der foreligger flere muligheder, herunder navnlig *a)* at der er tale om en talangivelse, *b)* at der i patentkravet er anført, at overtrykket »mindst« skal være af den angivne størrelse, og/eller *c)* at der er tale om begrænsning, som blev indført i patentkravet under patentansøgningens behandling for at bibringe ansøgningen nyhed og opfindelseshøjde.

Ved at opfatte de 8-10 mm vandsøjle som et absolut krav uden mulighed for afvigelse i nedadgående retning bortfortokede dommerne i realiteten ordet »ca.« i patentkravet, der beskrev ovetrykket som »mindst ca. 8-10 mm vandsøjle«. Det kan tages som udtryk for den opfattelse, at den form for præcisions-modererende udtryk i et patentkrav ikke bør tillægges nogen selvstændig betydning for beskyttelsesomfanget.

I relation til spørgsmålet om bevisbyrde er begrundelsen udtryk for den opfattelse, at patenthaveren må have bevisbyrden for, at en omtvistet fremgangsmåde har de af patenthaveren påståede karakteristika.

I relation til beviskravet er det værd at bemærke, *at* dommerne lagde afgørende vægt på, at udrydning af husbukke ikke krævede et overtryk på 8-10 mm vandsøjle, og *at* de omvendt ikke tillagde det afgørende betydning, at syns- og skønsmændene havde udtalt, at overtrykket formentlig i reglen ville være betydeligt over 8-10 mm vandsøjle, når det drejede sig om relativt tætte rum.

2.20.2. Kommentarer fra den juridiske litteratur

I sin disputats Immaterialretspositioner fra 1965 knyttede Mogens Koktvedgaard s. 237 f en række bemærkninger til Rumudtørringsdommen.

Han mente, at dommen faldt ud til frifindelse, fordi det kunne godtgøres, at den påståede krænker ikke havde benyttet »helt den samme fremgangsmåde«. Det er imidlertid ikke en 100 % præcis beskrivelse, jf. Højesterets begrundelse, hvoraf det udtrykkeligt fremgår, at frifindelsen var

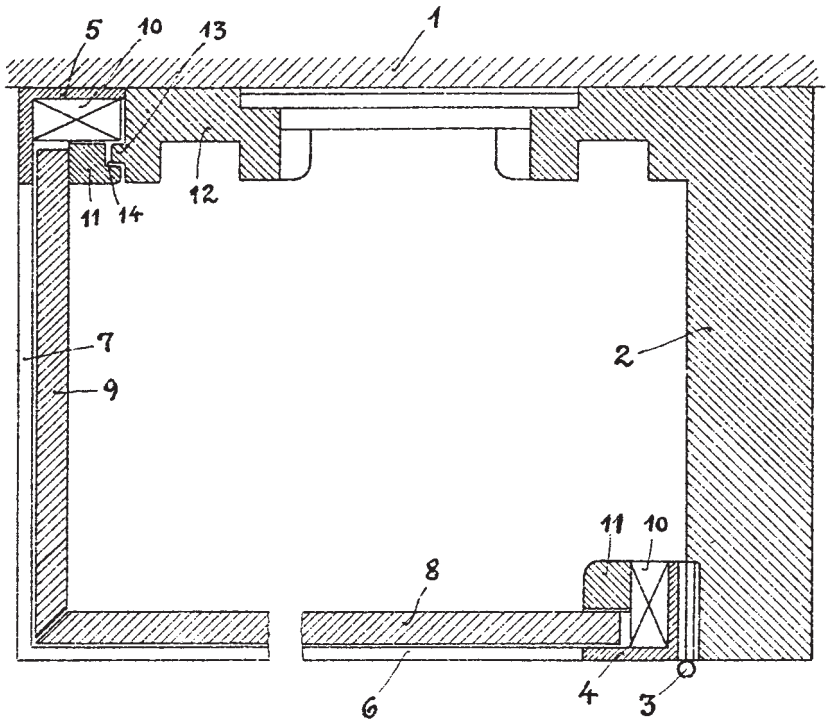
begrundet i, at *patenthaveren ikke havde godtgjort*, at den påståede krænker havde anvendt et overtryk svarende til det i patentkravet angivne.

I relation til dommen anførte Koktvedgaard i øvrigt, at patentet var »uskarpt formuleret«, og at en »så lidet genial fremgangsmåde som at anvende varm luft til at tørre et hus ikke kunne gøre krav på nogen omfattende beskyttelse«. At udtørring ved anvendelse af varm luft var en lidet genial fremgangsmåde kan tiltrædes, allerede fordi måtte anses for forud kendt teknik. Uklarheden med hensyn til, hvad der mere konkret skulle forstås med »mindst 8-10 mm overtryk« må antages at have påvirket vurderingen af, at der ikke forelå det fornødne bevis, men det fremgår ikke af Koktvedgaards konstatering vedrørende patentets formulering, om det var dette bevismæssige aspekt, han havde i tankerne. For så vidt angår det af Koktvedgaard anførte om opfindelseshøjdens betydning for beskyttelsesomfanget, er der tale om noget, som ikke er kommet eksplicit til udtryk i Højesterets begrundelse, og som i øvrigt heller ikke syntes at have været genstand for bevisførelsen.

Højesterets udtalelse om, at det i princippet ikke var udelukket at en fremgangsmåde til udrydelse af husbukke kunne indebære en krænkelse af patentet mente Koktvedgaard, at man burde læse »med megen forsigtighed«. Principielt kan der selvsagt intet indvendes herimod, men det forekommer umiddelbart vanskeligt at se, hvad synspunktet ud fra en rent praktisk synsvinkel kan eller bør føre til. Hvis det skal forstås således, at Højesterets opfattelse nok må anses for forkert, kan Koktvedgaards opfattelse tiltrædes, idet husbukkeudrydelsen ikke beroede på den i patentet beskrevne udtørringseffekt.

Dommen er genstand for en kort omtale s. 816 i Mogens Plesners indlæg »Noget om udenlandske retsafgørelsers indflydelse på danske domsafgørelser i patent- og varemærkesager« fra Ånd og rett, Festskrift til Birger Stuevold Lassen (1997).

2.21. *UfR 1936 s. 251 Ø – Udhængsskabsdommen* [32]



I Udhængsskabsdommen statuerede Højesteret, at patentet var ugyldigt. Sagen er alligevel ikke uden interesse, idet Østre Landsret forinden havde taget stilling til krænkelsesspørgsmålet under den forudsætning, at patentet var gyldigt.

I udhængsskabsdommen havde det 1. patentkrav følgende ordlyd (min kursivering):

> »Udhængsskab, kendetegnet ved, at skabets frontglasplade 8 og dets ene sideglasplade 9, hvilken sidste danner en i det væsentlige ret vinkel med frontglaspladen, er anbragt i en langs de to glaspladers over- og underkant forløbende, af en over- og en underpart bestående ramme, 4, 5, 6, 7, som ved den ene ende er drejeligt forbundet med en af skabets faste vægge 2, *hvilken over- og underpart kun ved enderne er forbundet indbyrdes ved hjælp af afstivninger 4 og 5 af forholdsvis stor bredde*, så at hele udhængsskabets indre ligger fuldstændig blottet for indblik fra passerende trafik, uden at indblikket hindres af nogen hjørnesprosse eller lignende.«

32. Dansk patent nr. 48.047.

Den påståede krænker havde fremstillet og monteret et antal udhængsskabe af lidt forskellig udførelsesform, som patenthaveren alle anså for omfattet af patentet.

Den påståede krænker gjorde gældende, at på de omtvistede skabe var afstivningerne mellem over- og underpart ikke af »forholdsvis stor bredde« men derimod forholdsvis smalle.

I dommen er det ikke angivet, om patenthaveren havde anført noget herimod, men det må antages, at patenthaveren i det mindste må have bestridt rigtigheden af den påståede krænkers synspunkt.

Ifølge syns- og skønsmændene udtalelser forholdt det sig således, *at* en række af de omtvistede skabe måtte anses for at krænke patentet, og *at* afstivningerne mellem over- og underpart ikke som hævdet af den påståede krænker var forholdsvis smalle.

Som begrundelse for, at nogle af de omtvistede skabe ikke kunne anses for omfattet af patentet havde syns- og skønsmændene anført, *at* visse skabe var monteret med et enkelt i hjørnerne buet glas [i modsætning til de i patentkrav 1 nævnte 2 glasplader], og *at* der i andre skabe var monteret hjørnesprosser.

Østre Landsret fandt med følgende begrundelse, at der var tale om krænkelse, for så vidt angår nogle af den påståede krænkers udhængsskabe:

> »Det må nu for det første gennem skønsforretningen anses godtgjort, at de påklagede skabe i det af skønsmanden angivne omfang dækkes af patentet.«

Begrundelsen er ikke udpræget klar med hensyn til, hvilke af sagens omstændigheder dommerne tillagde hvilken vægt. Navnlig på grund af den måde, hvorpå der i domsbegrundelsen er henvist til skønsmændenes angivelse af det omfang, hvori patentet blev anset for krænket, forekommer det dog rimeligt at antage, at dommerne var af den opfattelse, *at* syns- og skønsmændenes udtalelse om, at der forelå krænkelse i et nærmere angivet omfang, måtte etablere en formodning for, at der var tale om krænkelse i det angivne omfang, og *at* den påståede krænker ikke havde ført noget bevis, som kunne afløfte den formodning, idet syns- og skønsmændene havde afvist det af den påståede krænker anførte om afstivningernes bredde.

2.22. *UfR 1936 s. 284 H – Gasmålerrammedommen* [33] [34]

Patentnr. 42.213

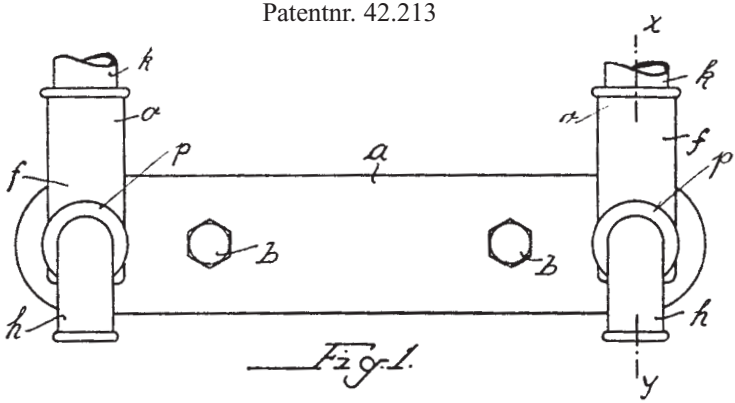


Fig. 1.

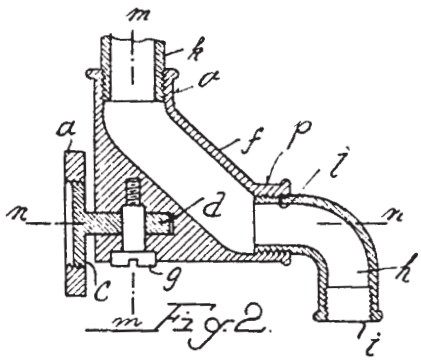


Fig. 2.

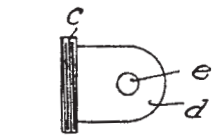


Fig. 3.

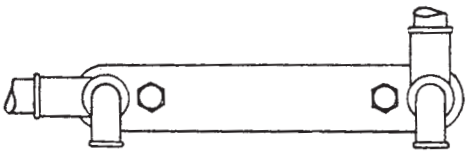


Fig. 4

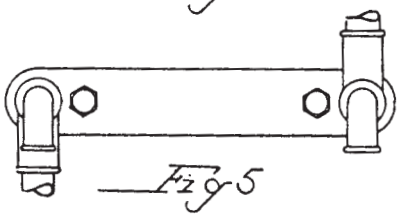


Fig. 5

33. Dansk patent nr. 42.213 med dertil hørende tillægspatent nr. 44.478 og patent nr. 44.598.
34. UfR 1936 s. 284 H er af Troels G. Jørgensen omtalt i TfR 1936 s. 355. Bemærkningerne der bidrager dog ikke med noget, der ikke allerede fremgår af UfR.

Patentnr. 44.478

Fig. 1.

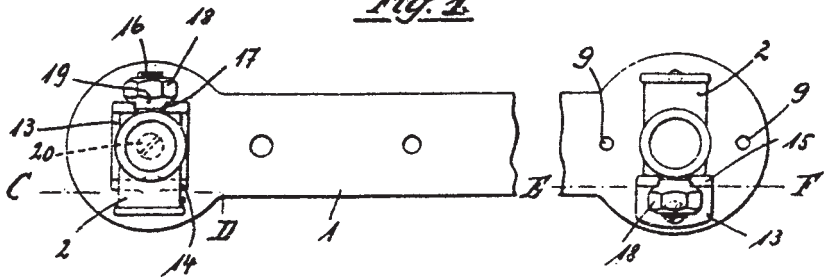


Fig. 2.

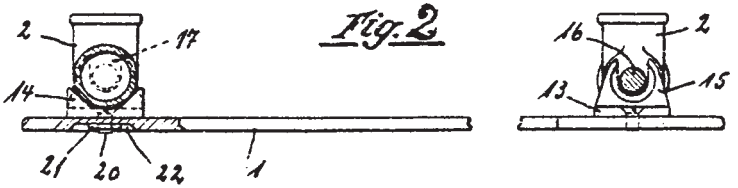


Fig. 3.

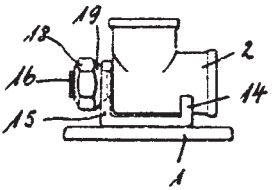
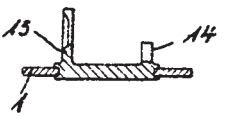


Fig. 4.



Patentnr. 44.598

Fig. 1.

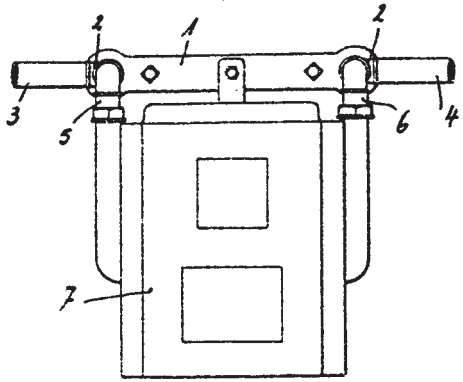


Fig. 2.

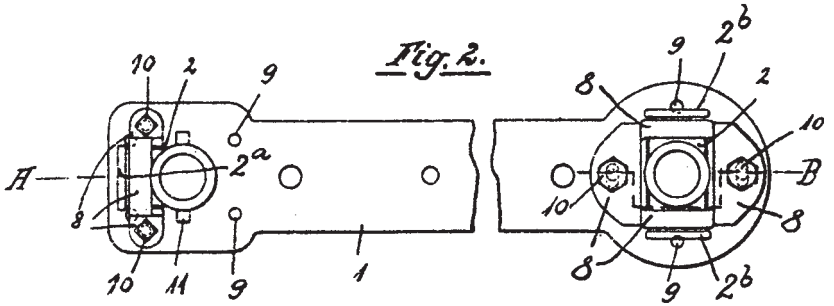


Fig. 3.

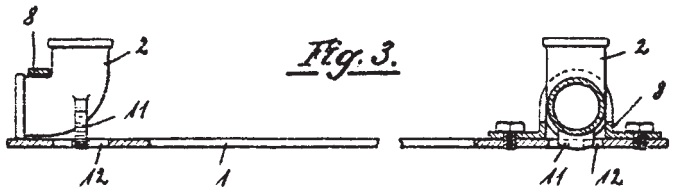


Fig. 4.

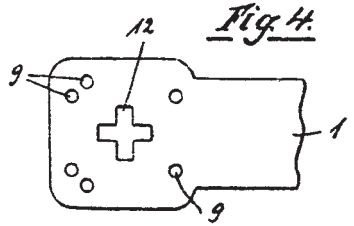
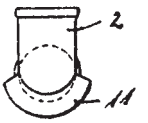


Fig. 5.



I Gasmålerrammedommen havde patenthaveren ikke mindre end 3 patenter, som han anså for krænket ved den påståede krænkers produktion og salg af gasmålerrammer. I øvrigt var patenthaveren af den opfattelse, at et patent, som den påståede krænker noget senere havde fået udstedt, burde være udstedt som et afhængighedspatent, der var domineret af patenthaverens 3 patenter.

Patentkravet i patenthaverens 1. patent (nr. 42213) havde følgende formulering:

> »Anordning til tilslutning af gasmålere til to rørledinger under anvendelse af to vinkelstykker, som hver især tjener til forbindelse af en af rørledningerne med gasmåleren, kendetegnet ved, at de to vinkelstykker f ved hjælp af hvert sit af to bærelegemer c d er anbragt på en fælles grundplade a, hvilke bærelegemer c d er drejeligt forbundne med grundpladen og med hvert sit af de to vinkelstykker på en sådan måde, at vinkelstykkerne hver for sig og uafhængige af hinanden kan drejes om to på hinanden vinkelrette akser, der falder sammen med hver sin af de ligeledes på hinanden vinkelrette akser i det pågældende vinkelstykkes to tilslutningsstudse o og p.«

I dommen er patentkravet i patenthaverens 2. patent (nr. 44.478), der var et tillægspatent til det første patent, ikke omtalt. Dommen indeholder et citat fra patentbeskrivelsen, men deraf fremgår det desværre ikke, hvad den af tillægspatentet omfattede opfindelse gik ud på.

Patentkravet i patenthaverens 3. patent (nr. 44.598), som ikke var et tillægspatent, havde følgende formulering:

> »Tilslutningsapparat til montering af gasmålere med to tilslutningsstykker, som hvert tjener til forbindelse af sin af rørledningerne med gasmåleren og er anbragt på en fælles grundplade, kendetegnet ved, at hvert tilslutningsstykke 2 på sin mod grundpladen 1 vendende side har et fremspring 11, der har form som et med tilslutningsstykket 2 konaksialt, fladt ringsegment og er bestemt til at gribe ind i en korsformet udsparing 12 i grundpladen 1, så at fremspringet 11 tillader fire forskellige anbringelsesmåder for tilslutningsstykket 2, som tillige er drejeligt lejret i een eller to på grundpladen 1 ved forskelligt anbragte skruehuller 9 indstilleligt fastgjorte bøjler 8, der konaksialt omslutter henholdsvis den studs 2a eller hver sin af de to studser 2b, der er bestemt til tilslutning til gastillednignsrøret eller gasbortledningsrøret.«

Patentkravet i den påståede krænkers patent [35], som patenthaveren anså for afhængigt af patenthaverens 3 patenter, havde følgende formulering:

---

35. Dansk patent nr. 49.405.

»Anordning til tilslutning af gasmålere til to rørledninger under anvendelse af to vinkelmuffer, som hver især tjener til forbindelse af en af rørledningerne med gasmåleren og er anbragt på en fælles grundplade, så at hver af vinkelmufferne er drejelig om en med aksen i muffens ene tilslutningsstuds sammenfaldende, med grundpladen i det væsentlige parallel akse og endvidere er indstillelig på grundpladen i fire, indbyrdes 90 grader forskudte stillinger ved drejning om aksen for muffens anden tilslutningsstuds, kendetegnet ved, at hver af vinkelmufferne 5 ved en med den ene tilslutningsstuds konaksial bolt 6 er drejelig fastgjort til indersiden af den ene flange 3 af et vinkelstykke 3, 4, hvis anden flange 4 er indrettet således, at den med ydersiden hvilende på grundpladen 1 kan fastspændes på denne indstillelig i fire, om en på grundpladen vinkelret akse indbyrdes 90 grader drejede stillinger, til fiksering af hvilke der på grundpladen findes eet eller flere med flangens fire sidekanter samvirkende anslag eller knaster 8.«

Det må antages, at den påståede krænker ved den omtvistede produktion af gasmålere havde anvendt den konstruktion, der var beskrevet i patentkravet fra den påståede krænkers patent.

Ifølge syns- og skønsmændenes udtalelser forholdt det sig således, *at* den omtvistede konstruktion lå uden for det ved patenthaverens patenter dækkede område, *at* detaljerne i den omtvistede konstruktion stort set var kendt fra patenthaverens patenter, hvorfor den påståede krænkers patent savnede opfindelseshøjde, men ikke nyhed, og *at* den omtvistede konstruktion benyttede sig af grundtanken i patenthaverens 1. patent og af en række enkeltheder fra patenthaverens 1. og 2. patent.

Den påståede krænker gjorde gældende, *at* den opfinderiske tanke ved den omtvistede konstruktion var dels, at forbindelsesanordningen kun kunne fæstnes på en sådan måde, at installatøren var tvunget til at påse, at forbindelsen var vandret eller lodret, og dels at forbindelsens faste og ubevægelige karakter forhindrede forskydninger og dermed faren for utætheder som følge af skæve forbindelser, og *at* der ikke var noget i nogen af patenthaverens 3 patenter, som afspejlede denne opfinderiske tanke.

Det forekommer umiddelbart vanskeligt at se sammenhængen mellem den påståede krænkers i dommen refererede indsigelser og spørgsmålet om, hvorvidt der forelå krænkelse. Det må imidlertid anses for sandsynligt, at den påståede krænker også havde indsigelser, som dommerne har forsømt at referere.

Patenthaveren gjorde gældende, *at* den omtvistede konstruktion var baseret på konstruktionen fra patenthaverens 2 første patenter og princippet fra det 3. patent., *at* den opfinderiske tanke i patenthaverens patenter – som udtrykkeligt omtalt i patentbeskrivelsen for de 3 patenter – var at skabe en drejelig forbindelse mellem gasledningen og måleren, som kunne

forhindre, at der opstod spændinger mellem gasrør og måler med deraf følgende risiko for utætheder, og at den omtvistede konstruktion lå inden for denne opfinderiske tanke.

Østre Landsret kom frem til, at der ikke forelå krænkelse. Med følgende begrundelse kom Højesteret frem til det modsatte resultat:

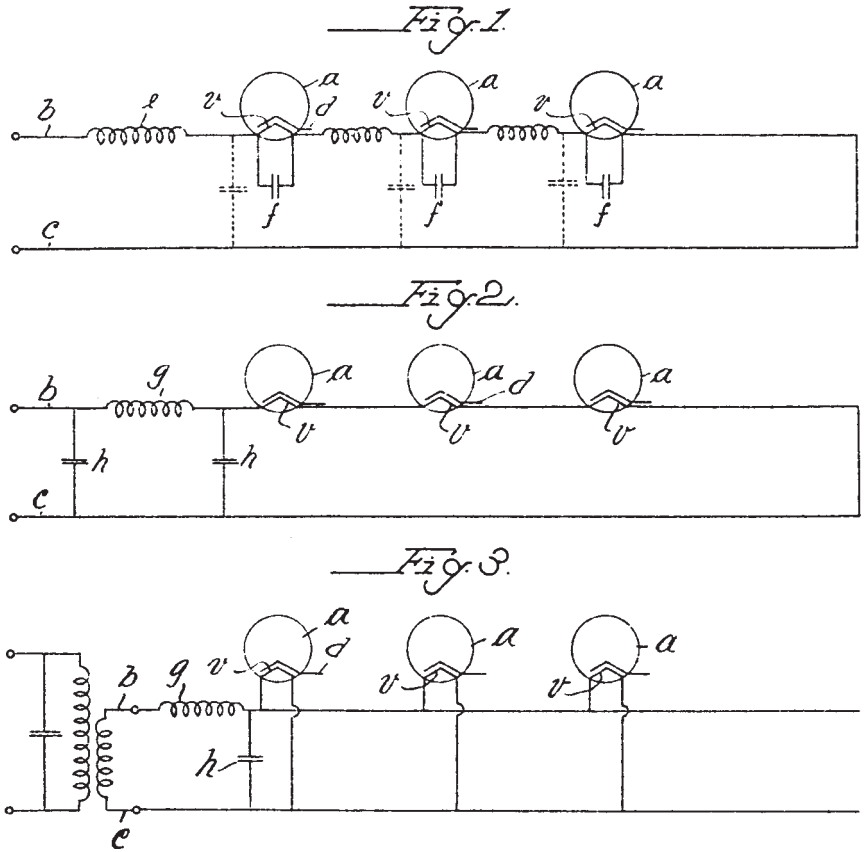
> »Appellanten [patenthaveren] har for Højesteret erkendt, at Qvists [den påståede krænkers] konstruktion indeholder en patenterbar opfindelse, men *efter patentbeskrivelserne* i forbindelse med det ved skønnet oplyste findes denne i så væsentlige henseender at være *bygget på de fremgangsmåder*, på hvilke der forud var meddelt appellanten patent, at den *må betegnes som en forandring ved appellantens opfindelse*. Appellantens … påstand om, at de Qvist meddelte patenter kun opretholdes som afhængighedspatenter … tages til følge, hvilket som sagen foreligger oplyst, ligeledes gælder appellantentens under 2) anførte påstand [om patentkrænkelse].«

Ingen af patenthaverens 3 patenter havde karakter af fremgangsmåde-patenter. Der er derfor i princippet noget vrøvl, når Højesteretsdommerne i begrundelsen skriver om »de fremgangsmåder«, som patenthaveren havde patent på.

Ud fra en helhedsvurdering af det, der fremgår af dommen, herunder navnlig af patenthaverens argumentation, forekommer det rimeligt at antage, at dommerne fra patentbeskrivelserne i patenthaverens 3 patenter har dannet sig en opfattelse af, hvad der var »opfindelsestanken«, at de med støtte i syns- og skønsmændenes udtalelser har ment, at denne »opfindelsestanke« blev udnyttet af den påståede krænker, at der derfor var en så væsentlig lighed mellem de i patenthaverens patenter beskrevne målerrammer og den omtvistede målerramme, at der måtte foreligge krænkelse.

Det er bemærkelsesværdigt, at dommerne tilsidesatte syns- og skønsmændenes vurdering af, at den omtvistede konstruktion lå uden for det af de 3 patenter dækkede område, og at dommerne afgjorde sagen med henvisning til patentbeskrivelserne og uden på nogen måde at nævne patentkravene.

2.23. *UfR 1936 s. 306 H – Varmestrømkredsdommen* [36]



I Varmestrømskredsdommen havde patentkravet følgende formulering (min kursivering):

> »Forbindelsesanordning til termionrør med indirektet opvarmet katode, kendetegnet ved, at der *i rørenes varmestrømkreds* er indskudt et for samtlige eller en del af rørene fælles strømfilter g, h eller et særskilt strømfilter e, f, for de enkelte rørs varmestrøm eller eventuelt såvel et fælles strømfilter for alle rørs varmestrømkredse eller en del af disse og et særskilt strømfilter for hver af disse.«

36. Dansk patent nr. 46.311.

Den påståede krænker forhandlede 4 forskellige radioapparater med rør, som efter patenthaverens opfattelse var omfattet af patentet, hvorfor patenthaveren anlagde sag om krænkelse.

I dommen er gengivelsen af parternes synspunkter vedrørende krænkelsesspørgsmålet indskrænket til en konstatering af, at patenthaveren var af den opfattelse, at der forelå krænkelse af patentet, og at den påståede krænker ikke delte den opfattelse. Det syntes dog implicit at fremgå, at parterne til støtte for deres standpunkter hævdede, at patentet skulle forstås således, at det havde et relativt bredt henholdsvis et relativt snævert beskyttelsesomfang.

Ifølge den snævre (af den påståede krænker antageligvis hævdede) forståelse af beskyttelsesomfanget var beskyttelsen begrænset således, at den kun omfattede konstruktioner, hvor der var et filter i den egentlige varmestrømskreds, hvilket indebar, *at* det for eksempel ikke var nok, at der forefandtes et fælles filter for anodestrøm og glødestrøm, og *at* filteret skulle forefindes efter det punkt, hvor anodestrøm og katodestrøm skiltes. Ifølge den snævre forståelse af patentet var beskyttelsen endvidere begrænset til konstruktioner, hvor filteret i varmestrømkredsen bestod af *en spole* og en kondensator – i modsætning til for eksempel *en modstand* og en kondensator.

Den (af patenthaveren antageligvis hævdede) brede forståelse af beskyttelsesomfanget gik ud på, at ingen af de begrænsninger, der fulgte af den snævre opfattelse, kunne anses for relevante.

Patentkommissionen havde udtalt, at det i patentkravet nævnte strømfilter kunne være af en hvilken som helst kendt sammensætning egnet til formålet. Udtalelsen skal formentlig forstås således, at patentkravet efter Patentkommissionens opfattelse også omfattede kombinationen af en *modstand* og en kondensator, jf. den brede forståelse af patentet.

Patentkommissionen havde endvidere udtalt, at patentkravet efter omstændighederne også omfattede placering af et strømfilter uden for det, som syns- og skønsmændenes kaldte den egentlige varmestrømskreds. Den af udtalelsen omfattede placering af filteret svarede til filterets placering i det 1. af de 4 omtvistede apparater.

Syns- og skønsmændene havde gennemgået de 4 omtvistede radioapparater.

Ifølge syns- og skønsmændenes udtalelser forholdt det sig således, *at* patentet på grund af den fra en fagbog af dr. H. Barkhausen kendte teknik ville være ugyldigt på grund af manglende nyhed, hvis det skulle forstås i overensstemmelse med Patentkommissionens ovenfor omtalte opfattelse, *at* der i et af de 4 apparaters rør ikke var noget filter i varmestrømskred-

sen, hvorfor rørene ikke var omfattet af patentet [ifølge patentkravet skulle der være et »i rørenes varmestrømskreds … indskudt … strømfilter«], *at* der i de 3 andre apparaters rør forefandtes et filter bestående af en *modstand* og en kondensator, hvilket imidlertid efter syns- og skønsmændenes opfattelse heller ikke kunne være omfattet af patentet, idet der på en tegning i patentbeskrivelsen var vist et filter bestående af en *spole* og en kondensator [ifølge patentkravet skulle der blot være tale om »et strømfilter«, og filterets sammensætning var ikke angivet], *at* modstandene i varmestrømskredsens filter i disse apparater tjente et andet formål end de tilsvarende spoler fra patentbeskrivelsens tegning, og at modstandenes filtervirkning var ganske ringe i sammenligning med spolernes filtervirkning, *at* den af patentet omfattede opfindelse kun havde nyhed i det omfang patentets beskyttelsesomfang blev fastlagt på den af syns- og skønsmændene angivne måde.

Højesteret fandt med følgende begrundelse, at der ikke var tale om patentkrænkelse:

> »… det meddelte patent findes, *navnlig også under hensyn til det af skønsmændene angående beskrivelsen i barkhausens bog anførte*, der ikke er nærmere imødegået af Patentkommissionen, at måtte forstås på den af skønsmændene angivne snævrere måde, og da det må antages, at appellantens [den påståede krænkers] under sagen omhandlede apparater herefter ikke indeholder nogen krænkelse af patentet, vil appellantens subsidiære påstand [frifindelse] være at tage til følge.«

Højesterets anførelse af Barkhausens bog som værende af betydning for fastlæggelsen af patentets beskyttelsesomfang er udtryk for den opfattelse, at når der foreligger flere muligheder for fastlæggelsen af beskyttelsesomfanget, og hvor der er nærgående modhold, som afhængigt af det valgte beskyttelsesomfang vil kunne give patentet problemer med hensyn til nyhed og/eller opfindelseshøjde, så skal beskyttelsen fastlægges på en af de mulige måder, som ikke giver anledning til problemer med hensyn til nyhed og/eller opfindelseshøjde. Den ved anvendelsen af ordet »navnlig« skete fremhævelse af bogen skyldes nok, *at* det af dommerne valgte beskyttelsesomfang indebærer en tilsidesættelse af Patentkommissionens udtalelser, og *at* bogen udgjorde en bekvem legitimering af denne tilsidesættelse af Patentkommissionens opfattelse.

Ved eksplicit at tiltræde det af syns- og skønsmændene foreslåede beskyttelsesomfang godkendte højesteretsdommerne også den del af forslaget, som gik ud på en begrænsning af filtrenes sammensætning til de i udførelseseksemplerne viste filtre bestående af spoler og kondensatorer i

modsætning til filtre i almindelighed, herunder filtre bestående af modstande og kondensatorer. I den forbindelse må det antages, at det har haft betydning, *at* modstandene i de omtvistede radiorør havde et andet formål end at bibringe en filtervirkning, og *at* filtervirkningen var meget beskeden, idet begge dele indikerer, at filtervirkningen i de omtvistede radiorør var en utilsigtet sideeffekt.

Dommens resultat afspejler næppe en fortolkning af udtrykket »strømfilter«. Der er snarere tale om en begrænsning af beskyttelsesomfanget i forhold til den naturlige sproglige forståelse af patentkravet.

Under landsrettens behandling af sagen havde den påståede krænker erkendt at have foretaget sig noget, som var omhandlet af patentet. Til støtte for sin frifindelsespåstand havde den påståede krænker således under landsrettens behandling alene gjort gældende, at patentet ikke burde have været meddelt, idet der ikke var tale om nogen opfindelse. Under Højesterets behandling af sagen frafaldt den påståede krænker sin indsigelse om, at patentet ikke burde have været meddelt. Til støtte for frifindelsespåstanden blev det i stedet gjort gældende, at den påståede krænkers handlinger lå uden for patentets beskyttelsesomfang, hvilket Højesteret som nævnt gav den påståede krænker medhold i. Den påståede krænkers tidligere erklærede erkendelse, for så vidt angår handlingernes forhold til patentets beskyttelsesomfang, blev således ikke behandlet som en for den påståede krænker bindende proceserklæring, hvilket man umiddelbart kan undre sig over.

2.24. *UfR 1936 s. 314 H – Rustbeskyttelsesbånddommen* [37]

2.24.1. Dommen

I Rustbeskyttelsesbånddommen lød patentkravet som følger (min kursivering):

> »Plastisk bånd til beskyttelse af kabler, gas-, og vandrør eller lignende kendetegnet ved et grundlag af vævet stof eller papir, der på begge sider er overtrukket med en under udelukkelse af al fugtighed fremstillet blanding, som *består af* rester fra petroleumsdestillation f. eks. protoparafin, blød asfalt og eventuelt indifferent, elektrisk ikke ledende stoffer, f. eks. porcelænsjord, og som stadig holder sig blød.«

37. Dansk patent nr. 43.900.

Den påståede krænker importerede og solgte et lignende rustbeskyttelsesbånd, som patenthaveren anså for omfattet af patentet, hvorfor patenthaveren anlagde sag om krænkelse.

Den påståede krænker gjorde gældende,

at det omtvistede produkt havde følgende kemisk sammensætning:

40 % guttaperkaaffald,
20 % petroleumsaffald (det vil sige rester fra petroleumsdestillation)
40 % porcelænsjord [38], og

at denne kemiske sammensætning var så forskellig fra den kemiske sammensætning i det patenterede produkt, at patentet ikke var krænket.

Patenthaveren gjorde gældende, at patentet havde et bredere beskyttelsesomfang end forudsat af syns- og skønsmændene, jf. omtalen heraf nedenfor.

Ifølge syns- og skønsmændenes udtalelser forholdt det sig således, *at* patentbeskyttelsen ifølge patentkravet var begrænset til en bestemt sammensætning af det til imprægneringen benyttede bindemiddel, *at* hovedbestanddelen i den påståede krænkers bindemiddel var guttaperkaaffald, *at* bindemidlet kun indeholdt en mindre del (20 %) af de i patentkravet nævnte rester fra petroleumsdestillation, *at* guttaperkaaffald var et bindemiddel og ikke kunne henregnes under de i patentkravet nævnte indifferente stoffer, og *at* den påståede krænkers produkt derfor ikke kunne falde ind under patentets beskyttelsesomfang, selv om det patenterede produkt og den påståede krænkers produkt muligvis ved anvendelsen forholdt sig på samme måde.

Det af patenthaveren fremførte synspukt om, at patentet skulle have et bredere beskyttelsesomfang end forudsat af syns- og skønsmændene, må relatere sig til syns- og skønsmændenes udtalelse om, at patentbeskyttelsen efter deres opfattelse var begrænset til en bestemt sammensætning af det til imprægnering benyttede bindemiddel. Selv om det ikke udtrykkeligt er anført i dommen, ville patenthaveren øjensynlig have patentbeskyttelsen udstrakt til lignende produkter med samme egenskaber, uanset om de havde en noget anden sammensætning.

Parterne var øjensynligt ikke uenige om, at det omtvistede produkt havde en anden sammensætning end det i patentkravet beskrevne produkt.

---

38. »Porcelænsjord« er en anden betegnelse for »kaolin«, der vil sige et mineral, der består af vandholdigt aluminiumsilikat, og som blandt andet kan anvendes til fremstilling af porcelæn og papir.

Såvel Østre Landsret som Højesteret kom frem til, at der ikke forelå krænkelse. Landsrettens af Højesteret tiltrådte begrundelse lød som følger:

> »Sagsøgerne [patentets indehaver] har gjort gældende, at patentet har et videregående indhold end af skønsmændene forudsat, og at det af sagsøgte [den påståede krænker] forhandlede bånd derfor er patentstridigt. Da der ikke kan gives dem medhold heri, vil skønnet være at lægge til grund for sagens pådømmelse, hvorfor sagsøgte vil være at frifinde.«

Når dommerne anførte, at de ikke kunne give patenthaveren medhold i dennes videregående udlægning af patentet, så er der tale om en accept af syns- og skønsmændenes udtalelse om beskyttelsesomfangets begrænsning til en bestemt sammensætning af bindemidlet. Det fremgår ikke, hvorledes dommerne kom frem til den fortolkning af patentet, som, for så vidt angår begrænsningen til »bindemidlet« ikke syntes at have direkte støtte i patentkravet, idet der ikke i patentkravets beskrivelse af opfindelsen var anvendt udtrykket »bindemiddel« eller lignende. At beskyttelsesomfanget skulle være begrænset til en bestemt sammensætning af produktet syntes dog at have støtte i anvendelsen af udtrykket »består af« i patentkravet, idet det i modsætning til det beslægtede udtryk »omfatter« indicerer en udtømmende specifikation af produktets bestanddele.

Formentlig bør dommen tages som udtryk for den opfattelse, at anvendelsen af udtrykket »består af« i et patentkrav af den nævnte årsag – i hvert fald som udgangspunkt – skal forstås som en begrænsning af beskyttelsesomfanget til de i den forbindelse angivne bestanddele.

Den i begrundelsens 2. sætning anvendte vending »da der ikke kan gives dem medhold heri, vil skønnet være at lægge til grund for sagens pådømmelse« giver basis for antage, at dommerne var af den opfattelse, at de af rent processuelle årsager var nødt til at lægge syns- og skønsmændenes konklusioner til grund, når patenthaverens synspunkt om patentets fortolkning måtte afvises. Der forelå utvivlsomt en god processuel grund til ikke at gøre mere ud af sagen, når dommerne havde afvist patenthaverens eneste indvending mod den påståede krænkers indsigelse om, at der ikke forelå patentkrænkelse, fordi der – uomtvistet – var tale om et produkt med en anden sammensætning end den i patentkravet beskrevne. Den gode processuelle grund var, at der ganske enkelt ikke var flere omtvistede spørgsmål. Den adækvate begrundelse, som dommerne burde have givet, ville have været en henvisning til, at den af den påståede krænker hævdede opfattelse måtte lægges til grund, når den eneste indsigelse herimod ikke kunne tages til følge – ikke at syns- og skønsmændenes opfattelse måtte lægges til grund.

2.24.2. Kommentarer fra den juridiske litteratur

Mogens Plesner har i NIR 1971 s. 119 omtalt Rustbeskyttelsesbånddommen som et eksempel til illustration af, dels hvorledes skønsmandsinstitutionen har virket i dansk domspraksis, og dels hvilken stilling danske domstole har taget til spørgsmålet om bogstavfortolkning eller en bredere forståelse af hele patentskriftet.

2.25. *UfR 1936 s. 536 H – Vandafhærdningsdommen* [39]

I Vandafhærdningsdommen havde det 1. patentkrav følgende ordlyd (min kursivering):

> »Fremgangsmåde til hel eller delvis afhærdning af vand, som efter tilsætning af fældningsmidler bringes i berøring med stoffer, der fremmer udfældningen og afsætningen, kendetegnet ved, at vandet *før afsætningen af den væsentligste del af bundfaldet har fundet sted*, bringes ud af berøring med de udfældningen og afsætningen fremmende stoffer og ind i en afsætningsbeholder uden mellemliggende gennemgang gennem korn- eller stykformet materiale.«

Der var derudover patentkrav på dels en fremgangsmåde som den i krav 1 angivne kendetegnet ved visse yderligere karakteristika og dels et apparat til udøvelse af de i patentkrav 1 og 2 beskrevne fremgangsmåder.

I det følgende vil de i det 1. patentkrav nævnte »udfældningen og afsætningen fremmende stoffer« blive omtalt som »katalysatorer«.

I patentansøgningen havde patentets indehaver oprindeligt formuleret patentkravene uden at angive, at flytningen af vandet til afsætningsbeholderen skulle ske, før afsætningen af den væsentligste del af bundfaldet havde fundet sted, således at udfældningen af den væsentligste del af bundfaldet skulle ske i en særlig afsætningsbeholder efter passagen af katalysatorerne. Denne begrænsning af patentkravet blev introduceret under ansøgningens behandling på grund af et engelsk patent, Patentkommissionen havde modholdt som relevant kendt teknik.

Den påståede krænker havde opført 2 anlæg til afhærdning af vand, som efter patenthaverens opfattelse var omfattet af patentet, hvorfor patenthaveren anlagde sag om krænkelse.

Den påståede krænker gjorde gældende, <u>at</u> flytningen af vandet til afsætningsbeholderen i det omtvistede afhærdningsanlæg skete *efter*, at afsætningen af den væsentligste del af bundfaldet havde fundet sted, og <u>at</u> patentkravets udtryk »den væsentligste del« ikke skulle forstås som rela-

39. Dansk patent nr. 43.732.

teret til den mængde bundfald, der kunne afsættes men derimod i relation til den virkning, som afsætningen af bundfaldet før afsætningsbeholderen ville have på katalysatorernes effektivitet, *at* kernepunktet i patenthaverens patent var, at den moderate afsætning på patenthaverens katalysatoren gjorde, at den relativt hurtige gennemstrømning af vand i katalysatoren i sig selv var tilstrækkelig til at rense katalysatoren for de bundfældede stoffer, således at hyppig skylning af katalysatoren specifikt med henblik på dennes rensning ikke var nødvendig, og *at* det omtvistede vandafhærdningsanlæg arbejde med en langsommere vandgennemstrømning og hyppig skylning af katalysatoren.

Patenthaveren gjorde gældende, at der i de omtvistede afhærdningsanlægs katalysatorer kun blev afsat 10-23,4 % af den samlede mængde bundfald, således at den væsentligste del som beskrevet i patentkravet blev afsat udenfor katalysatoren.

I skrivelser fra Patentdirektoratet havde direktoratet i hovedsagen erklæret sig enig med den påståede krænker i dennes forståelse af patenthaverens patent.

Ifølge syns- og skønsmændenes udtalelser forholdt det sig således, *at* der i den ene af de omtvistede anlægs katalysator kun blev afsat 23,4 % af den bundfaldsmængde, der teoretisk kunne tilbageholdes, *at* de tekniske synspunkter, der lå bag den påståede krænkers forståelse af udtrykket »den væsentligste del«, ikke var korrekte, idet aflejringerne på katalysatorerne havde samme katalysatorvirkning som selve katalysatorerne, og idet skylning med henblik på rensning altid ville være nødvendig af andre årsager end de af den påståede krænker hævdede, og *at* »den væsentligste del« måtte forstås som 51-100 % af den samlede bundfaldsmængde ved vandets afhærdning.

Såvel Østre Landsret som Højesteret kom frem til, at der forelå krænkelse af patentet. Landsrettens af Højesteret tiltrådte begrundelse lød som følger (min kursivering):

> »Efter de således foreliggende oplysninger kan der ikke gives sagsøgte [den påståede krænker] medhold i, at *ordene »den væsentligste del«* i sagsøgerens [patenthaverens] patent kun skulle have hensyn til virkningen af det forholdsvis ringe bundfald og ikke til selve *bundfaldets mængde*, thi selv om dette punkt: virkningen er omtalt som værende af betydning i beskrivelsen af patentet, er det kun som et af flere punkter, og i hvert fald tillader *ordene i patentkravet, som må være afgørende ved spørgsmålet om patentets omfang*, ikke en sådan indskrænkende forståelse …

> Som af skønsmændene udtalt, må »den væsentligste del af bundfaldets afsætning« være fra *51-100 % af den totale mængde bundfald*, der fremkommer ved fjernelse af den temporære hårdhed …
>
> … sagsøgte har krænket retten efter patent nr. 43.732 ved i de 2 anlæg at arbejde med *en kapacitet, der ikke engang har givet et bundfald af 25 %* …«

For så vidt angår forståelsen af udtrykket »den væsentligste del af bundfaldet« må man i relation til bevisvurderingen konstatere, at dommerne tillagde syns- og skønsmændenes udtalelser større bevismæssig vægt end Patentdirektoratets skrivelser.

Det i begrundelsen anførte om, at ordene i patentkravet ikke tillod en indskrænkende forståelse svarende til den forståelse, som den påståede krænker havde foreslået, er principielt forkert derved, at den af den påståede krænker hævdede forståelse ikke nødvendiggjorde en »indskrænkende« fortolkning af patentkravet. Udtrykket »den væsentligste del« lider ifølge sin natur af en uklarhed, når det relevante væsentlighedskriterium ikke er angivet, og når der i patentkravet er en sådan uklarhed, må der ved fortolkningen nødvendigvis vælges et væsentlighedskriterium. Valget af det væsentlighedskriterium, som den påståede krænker havde foreslået, ville med andre ord ikke have været udtryk for en indskrænkende fortolkning men derimod blot et nødvendigt valg mellem en række alternative fortolkninger. Landsrettens og Højesterets valg af et rent kvantitativt kriterium er således blot udtryk for et tilsvarende valg mellem alternative muligheder, hvoraf den af den påståede krænker hævdede forståelse var en anden valgmulighed.

Denne logiske brist ved begrundelsen rokker imidlertid ikke ved begrundelsens helt principielle udtalelse om, at ordene i patentkravet må være afgørende i relation til spørgsmålet om bestemmelsen af patentets beskyttelsesomfang.

Fortolkningen af udtrykket »den væsentligste del« som 51-100 % kan ikke tages som udtryk for, at udtrykket »den væsentligste del« altid skal forstås som 51-100 %, når det optræder i et patentkrav. Fortolkningen var nemlig støttet på syns- og skønsmændenes udtalelser og må således i vidt omfang anses for et udslag af ren og skær bevisvurdring.

Det i begrundelsen anførte om, at den påståede krænker havde arbejdet med »en kapacitet, der ikke engang har givet et bundfald af 25 %« må forstås som udtryk for den opfattelse, at der i de omtvistede anlæg var en udfældning i katalysatoren på under 25 %, hvorfor den væsentligste del af udfældningen som beskrevet i patentkravet måtte anses for at ske uden for katalysatoren.

2.26. *UfR 1936 s. 1074 H – Katteøjedommen* [40]

I Katteøjedommen blev den påståede krænker i Højesteret frifundet under henvisning til, at patentet var ugyldigt. [41] Sagen er alligevel ikke uden interesse, idet Østre Landsret forinden havde taget stilling til krænkelsesspørgsmålet under den forudsætning, at patentet var gyldigt.

Patentkravet havde følgende ordlyd (min kursivering):

> »Anordning til opnåelse af forhøjet virkning af et på en cykels bagskærm anbragt reflekslys (katteøje), karakteriseret ved, at der *som underlag eller baggrund* for reflekslyset (katteøjet) *anbringes en hvid plade*.«

I patentbeskrivelsen var følgende anført:

> »Ved forsøg er det fundet, at der ved anbringelse af et reflekslys (katteøje) på en cykels bagskærm på den nedenfor angivne måde [formentlig den i patentkravet angivne måde] opnås en reflekslysvirkning, der er forhøjet 4-5 gange i sammenligning med den virkning, der opnås ved den hidtil anvendte anbringelse, og at samtidig cyklens katteøje af et bagfra kommende automobil kan observeres på en indtil 3 gange så stor afstand som tilfældet er ved den hidtil anvendte anbringelsesmåde direkte på bagskærmen.«

Den påståede krænker var Zone-Redningskorpset, der i forbindelse med tegningen af cykel-abonnementer udleverede en rund og hvid »refleksnummerplade«, som skulle monteres mellem cyklens bagskærm og katteøjet, og som blandt andet havde til formål virke som advarselsskilt for bagfra kommende køretøjer. I et tillæg til »Politiken« om Zone-Redningskorpset var refleksnummerpladen vist monteret på en cykels bagskærm således at den øverste del af pladen sad mellem skærmen og den nederste del af katteøjet.

Den påståede krænker gjorde gældende, *at* refleksnummerpladen anbragt på den i tillægget til »Politiken« viste måde ikke kunne anses for at udgøre underlag eller baggrund for katteøjet, *at* opfindelsen gik ud på at forhøje refleksvirkningen af selve katteøjet og derved fremkalde den i patentbeskrivelsen omtalte afstandsvirkning, og *at* en sådan forhøjelse af refleksvirkningen ikke kunne tilvejebringes ved den omtvistede nummerplade.

---

40. Dansk patent nr. 46.191.
41. Dette aspekt ved dommen er omtalt af Poul Jacobsen i UfR 1938 B s. 8 og UfR 1943 B s. 144 note 9.

I dommen er det ikke angivet, hvilke argumenter patenthaveren fremførte heroverfor, men det må antages, at patenthaveren i det mindste må have bestridt rigtigheden af den påståede krænkers synspunkter.

Ifølge syns- og skønsmandens udtalelser forholdt det sig således, *at* formålet med opfindelsen ikke var at opnå en forhøjelse af katteøjets refleksvirkning men derimod af reflekslysvirkningen, idet kombinationen af katteøjet med pladen gav en større reflekslysvirkning end katteøjet alene, *at* man ikke kunne anvende refleks-nummerpladen uden at benytte sig af alle de egenskaber, der ifølge såvel patentkravet som patentbeskrivelsen udmærkede den ved patentet beskyttede anordning, *at* den påståede krænkers refleks-nummerplade med hensyn til anbringelse, indretning, princip, øjemed og i øvrigt kun adskilte sig fra den ved patentet beskyttede anordning derved, at den var forsynet med bogstaver og tal, og *at* denne forskel ikke var tilstrækkeligt til at placere pladen uden for patentets beskyttelsesomfang.

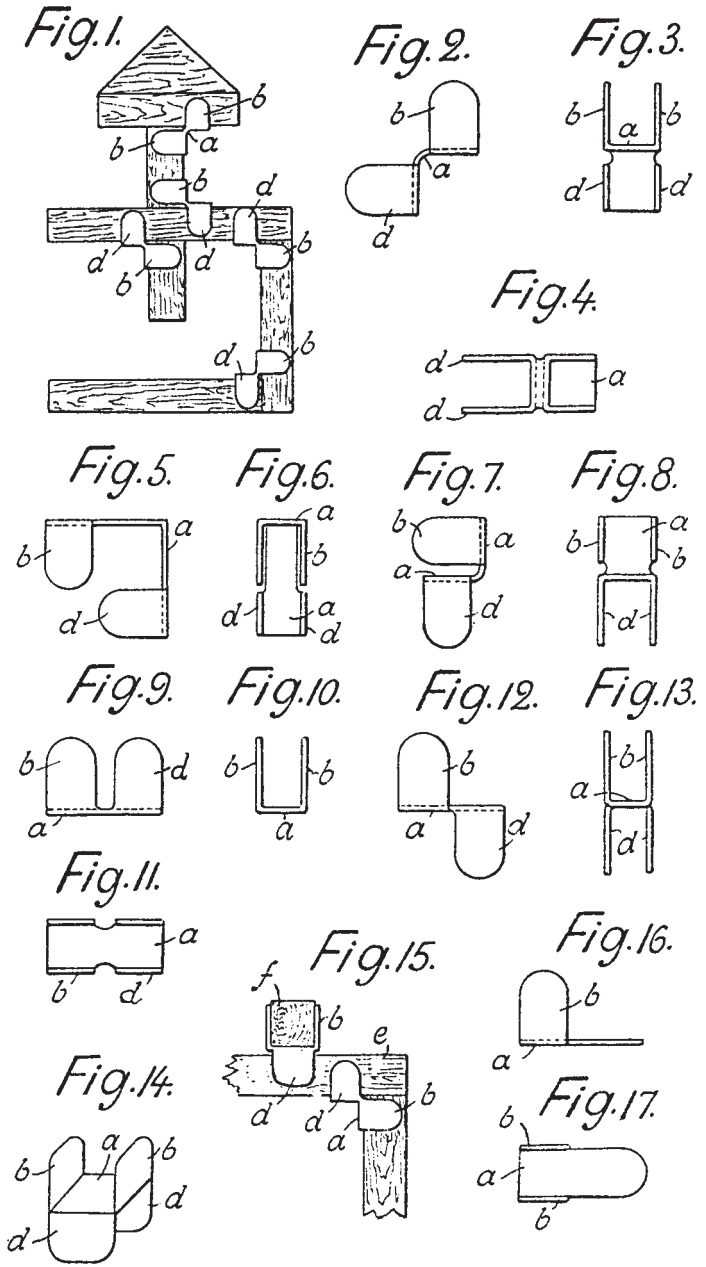
Under den ovenfor omtalte forudsætning, at patentet var gyldigt kom Østre Landsret frem til, at der forelå krænkelse af patentet. Begrundelsen lød som følger:

> »Efter det foreliggende, og idet der ikke vil kunne gives sagsøgte [den påståede krænker] medhold i, at refleksnummerpladen ved den i tillægget til »Politiken« gengivne anbringelse ikke kan betragtes som underlag eller baggrund for katteøjet, findes sagsøgte ved sin fremstilling og udlevering af de omhandlede plader til anbringelse som nævnt at have gjort indgreb i de ved sagsøgerens [patenthaverens] patent hjemlede rettigheder.«

Det er ikke klart, præcis hvad landsretsdommerne havde i deres tanker da de først i begrundelsen skrev »efter det foreliggende …«. Under hensyn til, at landsretsdommens fremstilling af sagens omstændigheder og gengivelse af bevisførelsen i vidt omfang bestod af en omtale af syns- og skønserklæringen, forekommer det dog rimeligt at antage, at landsretsdommernes konklusion vedrørende krænkelsesspørgsmålet hovedsagelig var støttet på syns- og skønsmandens ret direkte udtalelser om krænkelsesspørgsmålet.

Når refleks-nummerpladen blev anset for at udgøre underlag eller baggrund for katteøjet, selv om den kun udstrakte sig til den nederste del af katteøjet, kan det ses som udtryk for den opfattelse, at man ikke kommer uden for et patents beskyttelsesomfang blot, fordi man vælger at udnytte den tekniske effekt ved den patenterede opfindelse i reduceret grad i forhold til de foreliggende muligheder.

2.27. *UfR 1936 s. 1132 V – Byggesætdommen* [42]



42. Dansk patent nr. 50.256.

I Byggesætdommen havde patentkravet følgende ordlyd:

> »Byggesæt bestående af byggeklodser med til disses sammenholdelse bestemte klemmer, kendetegnet ved kombination af almindelige byggeklodser, d.v.s. sådanne som hovedsagelig består af stænger med kvadratisk tværsnit og en længde, som er et helt antal gange tværsnittets sidelinie, og fjederklemmer, bestående af dels en grundplade, hvis bredde svarer til klodsernes, medens længden enten ligeledes svarer til klodsernes bredde eller er større end denne, og som kan være plan eller vinkelbøjet, dels fra grundpladens kanter udgående, på den plan vinkelret stående, plane, fjedrende flige, som er parvis modstillet med en afstand, der svarer til klodsernes brede, og hvis længde og bredde ikke overstiger sidelinien i klodsernes tværsnit.«

Den påståede krænker fremstillede og solgte under varemærket »joha« et byggesæt, som efter patenthaverens opfattelse var omfattet af patentet, hvorfor patenthaveren anlagde sag om krænkelse.

Den påståede krænker gjorde gældende, at det omtvistede byggesæt i så væsentlig grad var forskelligt fra patenthaverens byggesæt, at der ikke kunne være tale om krænkelse af patentet.

Patenthaveren gjorde gældende, at de omtvistede byggesæt var af ganske samme konstruktion som det patenterede byggesæt.

Der var øjensynlig ikke afholdt syn og skøn, men Patentkommissionen havde udtalt, at den mente, at der forelå krænkelse af patentet.

Vestre Landsret fandt med følgende begrundelse, at der var tale om krænkelse af patentet:

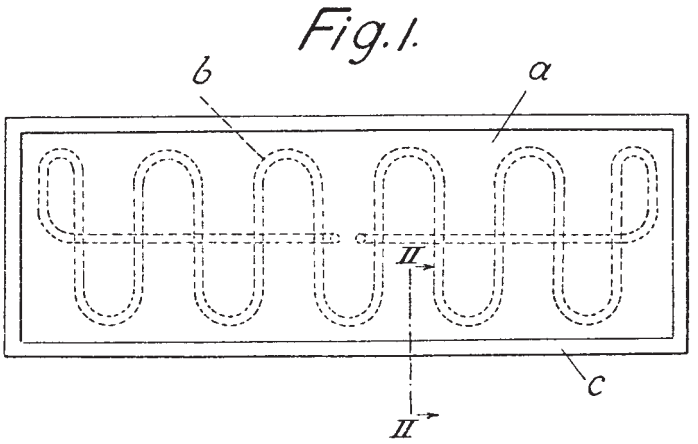
> »Idet retten, hvem de forskellige byggesæt har været forevist, kan slutte sig til Patentkommissionens udtalelse, vil ej heller dette anbringende [om væsentlig forskellighed] fra sagsøgte [den påståede krænker] kunne tages til følge.«

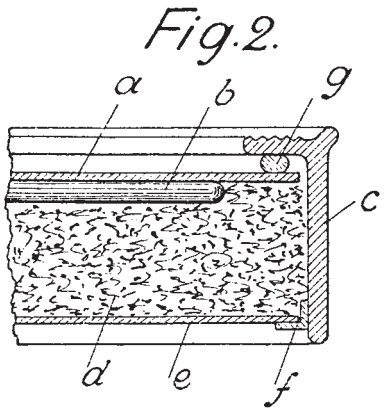
Det syntes at fremgå af begrundelsen, *at* landsretten først foretog en sammenligning af det omtvistede byggesæt med det af patenthaveren selv fysisk fremstillede byggesæt, og *at* retten ved denne sammenligning, kom til den konklusion, at der ikke var tale om væsentlige forskelle mellem de af de 2 parter fremstillede byggesæt, således at der som også anført af Patentkommissionen måtte antages at foreligge krænkelse af patentet.

Det forekommer umiddelbart bemærkelsesværdigt, at landsretten øjensynlig hverken inddrog patentkravet eller andre dele af patentet i sin bedømmelse af sagen. Det kan imidlertid forklares med, *at* det i dommen anførte om den påståede krænkers synspunkter skal forstås bogstaveligt, således at de ikke omfattede en påberåbelse af væsentlige forskelligheder

i forhold til det i patentkravet og/eller patentbeskrivelsen beskrevne byggesæt, og/eller *at* sagen i det hele taget var fokuseret på, om der forelå en efterligning af det byggesæt, som patenthaveren selv fremstillede og solgte, idet sagen også blev ført efter reglerne om produktefterligning i den dagældende konkurrencelov, som svarer til nutidens markedsføringslov.

2.28. *UfR 1937 s. 745 H – Kølepladedom I*[43]





43. Dansk patent nr. 48.594.

I Kølepladedom I havde det 1. patentkrav følgende ordlyd (min kursivering):

> »Køleplade, navnlig til butiks- og restaurationsbrug, bestående af en metalplade, ved hvis underside der findes eet eller flere i god varmeledende forbindelse med denne værende hulrum, hvorigennem et kuldemiddel kan holdes i cirkulation, og som nedadtil er dækket af et lag af varmeisolerende materiale, kendetegnet ved, at *såvel metalpladen*, der er plan og er forbundet med et hulrum for kuldemidlet, *som isolationslaget er fastgjort i en* disse på siderene *omgivende metalramme*, der er i dårlig varmeledende forbindelse med metalpladen, så at det hele udgør en mekanisk sammenhængende, pladeformet enhed, hvor metalpladens overflade, på hvilken de til afkøling bestemte varer henstilles, er i stand til at være i fri forbindelse med den ydre luft, så at dannelse af tyk rim uhindret kan finde sted.«

I dommen er der blandt andet citeret følgende fra patentbeskrivelsen (min kursivering):

> »Ved anvendelsen af en *ydre* metalramme … bevirkes der en hurtig fordeling af den ringe kuldemængde, der kan overføres til rammen, og den sidstnævnte *kan på mere effektiv måde, end hvis den f. eks. bestod af træ* eller marmor, optage varme fra den ydre luft eller sin understøtning, hvilket hjælper til at holde metalrammen tør, selv om metalpladen er dækket af et tykt lag rim. Herved danner den [metalrammen] ikke blot en tiltalende kontrast til denne [metalpladen], men der vil heller ikke løbe fortætningsvand fra metalrammen ned på kølepladens understøtning eller eventuelt lavere anbragte varer …«

På grundlag af det, der er udtrykkeligt anført i patentkravet og patentbeskrivelsen, kan man sige, at opfindelsen gik ud på, at opnå en konstruktion, hvor en kold og med rim dækket metalplade var omgivet af en tør ramme, hvilket ifølge opfindelsen blev opnået ved at isolere rammen i forhold til metalpladen og samtidig lave rammen i et materiale, der relativt let kunne optage den højere temperatur fra den i rummet værende luft, således at kondensering af den i luften værende fugtighed på rammen kunne undgås.

Den påståede krænker forhandlede en køleplade, hvor rammen rundt om metalpladen bestod af træ og ebonit beklædt med en 0,7 mm tyk plade af rustfrit stål. Patenthaveren anså denne konstruktion for omfattet af patentet og anlagde sag om krænkelse.

Den påståede krænker havde erkendt, at han ved den valgte konstruktion tilstræbte og opnåede samme resultat som ved den patenterede opfindelse.

Den påståede krænker gjorde imidlertid gældende, *at* hans ramme var en træramme, *at* patentet kun omfattede konstruktioner med en metalramme, *at* rammer af træ i patentets beskrivelse netop var fremhævet som en modsætning til de af patentet omfattede metalrammer, og *at* formålet med stålbeklædningen ikke var at tilføre rammen styrke eller stivhed men udelukkende at give træramment et tiltalende udseende.

Patenthaveren gjorde gældende, *at* der i patentkravet ikke var foreskrevet noget om metalrammens dimensioner og styrke, *at* der i beskrivelsen flere steder var anvendt udtrykket »den ydre metalramme«, således at en i forhold hertil indre ramme af et andet materiale ikke lå uden for patentets forudsætninger,

Ifølge syns- og skønsmændenes udtalelser forholdt det sig således, *at* det efter patentkrav nr. 1 ikke kunne anses for nødvendigt, at selve metalrammen havde en sådan styrke, at den i sig selv var i stand til at sammenholde helheden, *at* såvel patenthaverens konstruktion som den omtvistede konstruktion muliggjorde den i patentbeskrivelsen fremhævede kontrastvirkning, men at virkningen blev opnået på forskellig vis, *idet* virkningen ved patenthaverens konstruktion blev opnået ved, at metalrammen qua sin overflades størrelse og isolation fra metalpladen kunne holde en tilstrækkelig høj temperatur, *mens* virkningen ved den omtvistede konstruktion blev opnået derved, at metalpladen var begrænset af en ramme af slet varmeledende materiale.

Såvel Østre Landsret som Højesteret kom frem til, at der var tale om krænkelse. Landsrettens af Højesteret tiltrådte begrundelse lød som følger (min kursivering):

> »Idet retten på grundlag af de således foreliggende oplysninger i overensstemmelse med de skønsmændene afgivne erklæringer må gå ud fra, at det ved patentkrav 1 ikke er tilsigtet at opstille særlige betingelser med hensyn til styrken af og dimensioner for den benyttede metalramme, og idet *patentbeskyttelsen – eller formuleringen af krav 1 i forbindelse med patentbeskrivelsen* – må antages også at omfatte konkstruktioner, ved hvilke der foruden en ydre metalramme anvendes en indre ramme af andet materiale, findes det at måtte statueres, at *de af sagsøgte fremhævede afvigelser med hensyn til den konstruktive fremgangsmåde ikke er af så væsentlig betydning*, at de kan medføre, at de af selskabet [den påståede krænker] forhandlede køleplader falder uden for det ved patentet beskyttede område.«

Det i begrundelsen anførte om, at »patentbeskyttelsen – eller formuleringen af krav 1 i forbindelse med patentbeskrivelsen -« også omfattede den omtvistede konstruktion, må være udtryk for den opfattelse, at et patents

beskyttelsesomfang følger af patentkravenes formulering set »i forbindelse med patentbeskrivelsen«.

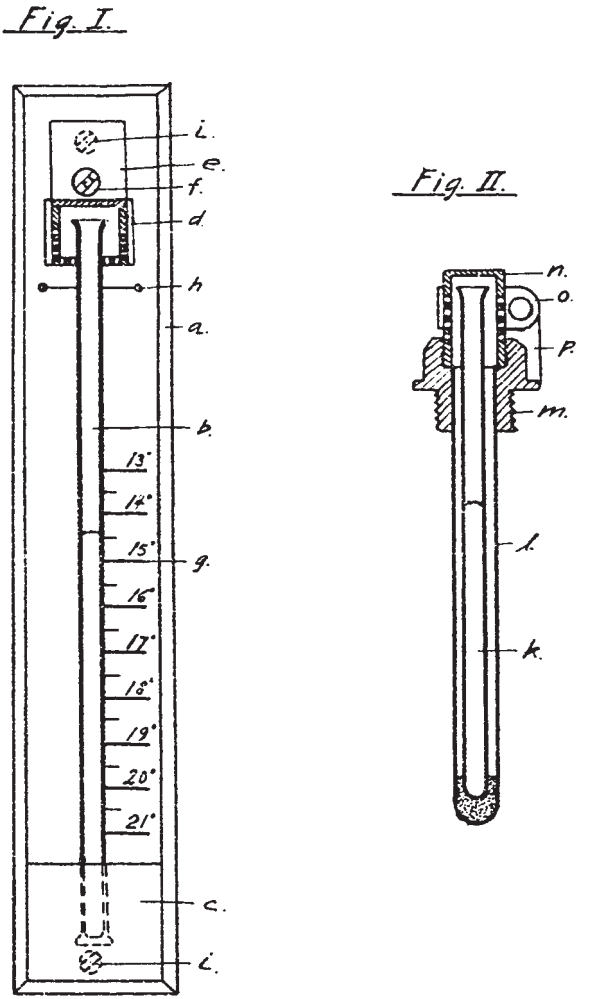
Når der i sidste del af begrundelsen tales om »afvigelser«, må det formentlig forstås som afvigelser fra den konstruktion, der var beskrevet i patentkrav 1, som blot taler om en metalramme og intet nævner om »ydre metalrammer« eller lignende. Det følger af den måde, hvorpå dommerne har omtalt afvigelserne, at dommerne må have været af den opfattelse, at den omtvistede konstruktion ikke var omfattet af patentkrav 1. Det fremgår af den sidste del af begrundelsen, at årsagen til, at den omtvistede konstruktion alligevel måtte anses for omfattet af patentet, var, at afvigelserne fra den i patentkravet beskrevne konstruktion ikke var af tilstrækkelig væsentlig betydning til at bringe den omtvistede konstruktion uden for patentets rækkevidde.

Det syntes umiddelbart, som om dommen indeholder 2 forskellige begrundelser, som hver især kunne føre til konklusionen om, at der forelå krænkelse. For det 1. at konklusionen følger af patentkravet læst i sammenhæng med patentbeskrivelsen, hvilket imidlertid normalt ville indebære, at patentkravet blev fortolket på en sådan måde, at den omtvistede genstand var omfattet af patentkravet, men sådan fortolkede dommerne øjensynligt ikke patentkravet. For det 2. at den omtvistede genstand kun i uvæsentlig grad afveg fra det, der var beskrevet i patentkravet.

Hvis disse 2 tilsyneladende forskellige begrundelser skal forenes på en harmonisk måde, forekommer det mest nærliggende, *at* dommerne ved vurderingen af afvigelsens væsentlighed må have set på, om der i patentbeskrivelsen var anført noget om kølepladens konstruktion, som i højere eller mindre grad svarede til den konstruktionsmæssige afvigelse, og *at* dommerne i overensstemmelse med patenthaverens procedure her lagde vægt på anvendelsen af udtrykket »en ydre memtalramme« i patentbeskrivelsen.

Det er værd at notere, at dommerne ikke tillagde det afgørende betydning, at den med såvel opfindelsen som den omtvistede konstruktion ønskede virkning ved den omtvistede konstruktion blev opnået på en måde, som afveg fra den i patentet beskrevne.

2.29. *UfR 1937 s. 1058 H – Varmemålerdommen* [44]



Det 1. patentkrav i den oprindelige patentansøgning havde følgende formulering:

> »Krav 1. Varmemåler bestående af en i et åbent glasrør eller lign. anbragt vædske, hvis fordampnings hastighed afhænger af temperaturen på vædsken og den omgivende luft, således at det, vædsken synker i glasrøret i en given tidsperiode, anvendes som mål for den middeltemperatur, som varmemåleren har været udsat for.«

44. Dansk patent nr. 35.560.

Under ansøgningens behandling modholdt Patentkommissionen et ældre tysk patent på en tilsvarende varmemåler, men hvor der i den modholdte varmemåler – i modsætning til i patenthaverens varmemåler – var en ventilanordning, som regulerede væskeafdampningen. Som følge heraf omformulerede ansøgeren patentkravene, og det førte til udstedelse af et patent, hvor det 1. patentkrav var formuleret på følgende måde, idet det bemærkes, at kursiveringen er foretaget her for at fremhæve den tilføjelse, der udgør den i denne forbindelse væsentligste del af ændringen:

> »Krav 1. Varmemåler, som beror på vædskefordampning i et måleglas, kendetegnet ved, at vædskebeholderen er et foroven åbent glasrør eller lignende, der helt er omgivet af og påvirket af de temperaturer, hvis middelværdi søges, og delvis fyldt med en fordampelig vædske, hvis dampes afgang foregår frit fra glasrørets munding og *kun bremset af det lange snævre rørstykke over vædskefladen*.«

Den påståede krænker var også patenteringsaktiv og fik som følge heraf udstedt en række andre patenter på varmemålere. Endvidere leverede den påståede krænker varmemålere til en række ejendomme, herunder en kaldet »Nordhavnsgården«. Den påståede krænkers patenter og leverancerne fra den påståede krænker gav patenthaveren anledning til at anlægge en sag, under hvilken han blandt andet hævdede, *at* leverancerne til »Nordhavnsgården« (de omtvistede leverancer) havde krænket hans patentrettigheder, og *at* det ville krænke hans patentrettigheder, hvis den påståede krænker begyndte at fremstille og sælge varmemålere svarende til en række udførelseseksempler, som var vist i tegningerne til et af den påståede krænkers patenter (de omtvistede udførelseseksempler).

Den påståede krænker gjorde gældende, at patentet var ugyldigt. Til støtte herfor henviste den påståede krænker til diverse kendt teknik, der ikke havde været inddraget under patentansøgningens behandling.

Den påståede krænker hævdede i den forbindelse, at ordet »kun« udgjorde den vigtigste del af det sidst i patentkravet anvendte udtryk »kun bremset af det lange snævre rørstykke«. Ifølge denne opfattelse omfattede patentet enhver varmemåler med et ovenfor åbent glasrør, hvor væskedampenes diffusion fra varmemåleren ikke blev bremset af nogen særlige indretninger såsom ventilanordninger, uanset hvor kort eller langt rørstykke, der var tale om. En så bred fortolkning af patentet måtte ifølge den påståede krænker indebære, at patentet var ugyldigt, idet der intet nyt var i sådan en varmemåler.

Til støtte for sin brede fortolkning af patentet henviste den påståede krænker navnlig til, *at* udtrykket »kun bremset af det lange snævre rør-

stykke« udelukkende blev introduceret i patentkravet for at afgrænse patentet over for det af Patentkommissionen fremdragne modhold, der netop var karakteriseret ved, at afdampningen blev bremset af en ventilanordning, og *at* den oprindelige patentansøgning intet havde indeholdt om, at afdampningen blev bremset af et langt snævert rørstykke.

Patentets indehaver bestred, at patentet skulle forstås som hævdet af den påståede krænker, og gjorde til støtte for patentets gyldighed gældende, *at* patentet skulle forstås som alene omfattende varmemålere, hvor der over væskefladen var anbragt et snævert rørstykke, som var så langt, at det kunne bremse de i røret stående væskedampes diffusion med luften og *at* de af den påståede krænker fremdragne modhold derfor var uden betydning.

I relation til spørgsmålet om patentets gyldighed drejede sagen sig med andre ord primært om, hvorledes patentets beskyttelsesomfang skulle fastlægges, nemlig *om* patentet skulle forstås som omfattende alle varmemålere af den pågældende type, uanset længden på røret med fordampningsvædske, eller *om* der som hævdet af patenthaveren skulle indfortolkes den begrænsning i patentet, at det kun omfattede varmemålere med så langt et rør, at røret havde den ovenfor omtalte bremsende effekt.

Ifølge syns- og skønsmændenes udtalelser forholdt det sig således, *at* der ved udtrykket »det lange snævre rør« i patentet, måtte forstås et rør af en sådan længde i forhold til diameteren, at luftstrømmen over rørmundingen ikke i røret kunne frembringe hvirveldannelser, som kunne nå ned i nærheden af væskeoverfladen, *at* det på ansøgningstidspunktet ikke var kendt med konstruktioner, hvor man over hele måleområdet gjorde brug af den derved forårsagede bremsevirkning for afdampningen, *at* det klart fremgik af korrespondancen mellem patenthaveren og Patentkommissionen i forbindelse med patentansøgningens behandling, at patenthaveren havde erkendt den bremsende effekt ved rørets længde, *at* den med rørlængden tilstræbte bremsning var evident for en fagmand, selv om den hverken var nævnt i patentkravet eller i patentbeskrivelsen, *at* rørets længde over måleskalaens nulpunkt på den ene af patentets tegninger svarede til 4 rør-diametre, hvilket var tilstrækkeligt til at frembringe den omtalte bremsevirkning, *at* det var et fortolkningsspørgsmål, om den omstridte leverance af varmemålere til ejendommen »Nordhavnsgården« var i strid med patenthaverens patent nr. 35.560, men at der ikke var noget »langt snævert rørstykke« over vædskefladens højeste punkt, *at* de til »Nordhavnsgården« leverede varmemålere havde et rørstykke over fordampningsoverfladen svarende til 3 rørdiametre, hvilket svarede til forholdene på patentets figur 1, og *at* de omtvistede udførelseseksempler fra 4 teg-

ninger i den påståede krænkers patent nr. 47.968 måtte anses for omfattet af patenthaverens patent.

Ifølge udtalelser fra Direktoratet for Patent- og Varemærkevæsenet forholdt det sig således, *at* patentet ikke ville være blevet meddelt i den foreliggende form og udstrækning, hvis Patentkommissionen havde haft kendskab til de modhold, som efter patentets udstedelse kom frem i forbindelse med retssagen, *at* det ikke med bestemthed kunne siges, om Patentkommissionen ville have accepteret at udstede et patent med patentkrav svarende til patentkravene i patenthaverens tilsvarende tyske patent, som i patentkravene udtrykkeligt nævnte den af rørets længde forårsagede bremsende effekt på afdampningen, og *at* udtrykket »kun bremset af det lange snævre rørstykke over vædskefladen« var »ubestemt«.

Med følgende begrundelse tog Højesteret stilling til spørgsmålet om patentets beskyttelsesomfang og valgte at opretholde patentet som gyldigt:

> »Ifølge skønsmændenes … erklæringer fremgår *det tydeligt af appellantens [patenthaverens] skrivelse af 3. april 1925 [til Patentkommissionen i forbindelse med patentansøgningens behandling], at appellanten har erkendt betydningen af bremsningen ved rørets egen hjælp*. De har endvidere udtalt, at det positive formål med bremsningen må anses for tilstrækkelig *evident for en fagmand, skønt det ikke er nævnt i beskrivelsen eller kravet* vedrørende appellantens danske patent. Herefter og idet *patentets form og udstrækning må bedømmes på grundlag af beskrivelsens og patentkravets endelige affattelse*, findes …[den påståede krænkers modhold]… ikke at give grundlag for nu at erklære appellantens fornævnte danske patent ugyldigt.«

For så vidt angår de omtvistede leverancer til ejendommen »Nordhavnsgården« henviste højesteretsdommerne til syns- og skønsmændenes udtalelser og kom med følgende begrundelse frem til, at der ikke forelå krænkelse:

> »… men der er i øvrigt ikke under sagen tilvejebragt sikre oplysninger om indretningen af de i nævnte ejendom anvendte, af indstævnte [den påståede krænker] leverede varmemålere, og det findes herefter betænkeligt på det foreliggende at statuere, at de falder ind under området for appellantens patent.«

Den del af patenthaverens påstande, som gik ud på, at den påståede krænker skulle anses for uberettiget til at fremstille og forhandle varmemålere svarende til de udførelseseksempler, der var vist på visse tegninger i et af

den påståede krænkers egne patenter, afviste Højesteret med følgende begrundelse at tage under påkendelse:

> »Da det ikke vides, hvorledes indstævnte [den påståede krænker] agter at bringe de i tegningerne til hans patent 47.968 eksempelvis viste apparater til udførelse, vil appellantens [patenthaverens] i så henseende nedlagte påstand ikke kunne tages under påkendelse under nærværende sag.« [45]

Så vidt ses havde den påståede krænker hverken nedlagt påstand om afvisning af den del af sagen eller i øvrigt anført noget til støtte for sådan en afvisning. Afvisningen skete derfor ex oficio, det vil sige på Højesterets eget initiativ.

Det i begrundelsen anførte om dels patenthaverens skrivelse til Patentkommissionen og dels rørets bremsende effekt må antages at være udtryk for, at dommerne tilsluttede sig patenthaverens relativt snævre udlægning af patentets beskyttelsesomfang.

Dommernes henvisning til patenthaverens skrivelse til Patentkommissionen er udtryk for, at korrespondancen under patentansøgningens behandling er et relevant bevismiddel under retssager vedrørende patentets beskyttelsesomfang. Det ved skrivelsen belyste bevistema, som dommerne ifølge begrundelsen tillagde betydning for fastlæggelsen af patentets beskyttelsesomfang, var, hvorvidt patenthaveren måtte antages under patentansøgningens behandling at have været bekendt med, at tilstrækkeligt lange rør har den flere gange ovenfor omtalte bremsende effekt på afdampningen. At patenthaveren var bekendt med den bremsende effekt på det tidspunkt blev med andre ord øjensynligt betragtet som en forudsætning for, at man i patentets omtale af »lange snævre rør« kunne indfortolke, at rørene skulle have en sådan længde, at den bremsende effekt blev opnået.

I denne sag var der tale om valget af en relativt snæver fortolkning af patentet. Det er derfor ikke givet, at dommen skal tages som udtryk for den opfattelse, at en ansøgers tilkendegivelser over for patentmyndigheden under en patentansøgnings behandling også kan danne grundlag for en relativt bred fortolkning af patentet.

Det forhold, at dommerne i begrundelsen udtalte, at »patentets form og udstrækning må bedømmes på grundlag af beskrivelsens og patentkravets

---

45. Når den del af sagen ikke blev påkendt, burde Højesterets dom have lydt på afvisning, for så vidt angik den pågældende del af sagen. I domskonklusionen er det imidlertid uden nogen form for reservationer anført, at den påståede krænker blev frifundet for patentindehaverens påstande. Det må bero på en lapsus.

endelige affatning« må forstås således, at det uanset den betydning, som korrespondancen i forbindelse med patentansøgningens behandling må tillægges, primært er patentbeskrivelsen og patentkravene, der er afgørende for et patents beskyttelsesomfang. Det er endvidere udtryk for, at dommerne ikke kunne tiltræde den påståede krænkers synspunkter vedrørende den oprindelige patentansøgnings betydning for beskyttelsesomfanget.

Det er langt fra klart, hvad dommerne må have ment med det i begrundelsen anførte om, at det positive formål med bremsningen måtte anses for tilstrækkelig evident for en fagmand, skønt det ikke var nævnt i patentbeskrivelsen eller i patentkravet. Det kan dog i hvert fald udledes, at dommerne må have haft den opfattelse, *at* man ved fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang efter omstændighederne kan lægge vægt på tekniske synspunkter, som hverken er kommet til udtryk i patentbeskrivelse eller i patentkrav, og *at* det for eksempel kan komme på tale, når der er tale om tekniske synspunkter, som må anses for evidente for en fagmand.

Begrundelsen for, at de til ejendommen Nordhavnsgården leverede varmemålere ikke kunne anses for omfattet af patentet viser udelukkende noget om dommernes opfattelse af de relevante beviskrav. De væsentligste beviser af betydning for spørgsmålet syntes at have været dels syns- og skønsmændenes udtalelser, *hvor* udtalelsen om, at den omtvistede leverance ikke havde noget »langt snævert rørstykke« over væskefladens højeste punkt, talte mod, at der skulle foreligge krænkelse, og *hvor* udtalelsen om, at varmemålerne havde et rørstykke på 3 rørdiametre svarende til forholdene på en af tegningerne i patentbeskrivelsen, efter omstændighederne kunne opfattes som talende for, at der skulle foreligge krænkelse. Det er formentlig navnlig den samlede bevismæssige effekt af disse 2 udtalelser, som dommerne har anset for utilstrækkelig til at bære en konklusion om, at der skulle foreligge krænkelse.

Dommernes afvisning af at tage patenthaverens påstande vedrørende de omtvistede udførelseseksempler under påkendelse må nok forstås således, at der ikke for patenthaveren forelå en tilstrækkeligt konkretiseret interesse i at få rettens stillingtagen til de af påstanden omfattede spørgsmål, idet der ikke var forelå nogen oplysninger om, at den påståede krænker havde planer om at iværksætte produktion og salg af produkter svarende til de i tegningerne viste udførelseseksempler på den påståede krænkers opfindelse. Det forhold, at der i et patent eller i en patentansøgning er vist eller omtalt udførelsesformer på en opfindelse kan med andre ord ifølge den til grund for dommen liggende opfattelse ikke i sig selv danne grundlag for et søgsmål vedrørende udførelsesformernes forhold til spørgsmålet om krænkelse af et andet patent på en anden opfindelse. Afvisningen

kan derimod næppe tages som udtryk for, at dommerne ikke på det foreliggende grundlag havde mulighed for at tage fornuftigt stilling til den del af sagen. Blandt andet havde syns- og skønsmændene udtalt, at de af påstanden omfattede udførelseseksempler måtte anses for omfattet af patenthaverens patent. [46]

2.30 *UfR 1938 s. 756 H – Stofbanedommen* [47]

2.30.1. Dommen

I Stofbanedommen havde det relevante patentkrav følgende formulering (min kursivering):

> »Med metalfolie, navnlig aluminiumsfolie, kombineret stofbane, kendetegnet ved, at den består af en materialbane af papir, pap eller andre taveholdige eller tavefrie celluloseprodukter, tekstilstoffer, læder eller kautsjuk, hvilken materialbane ved hjælp af passende klæbestoffer på den ene eller begge sider er overtrukken med dels en metalfolie, dels en over metalfolien anbragt forud fremstillet flad cellulosehud bestående af tavefrie cellulosederivater, hvorhos den frie overflade af cellulosehuden eller eventuelt begge dennes overflader er *forsynede med et overtræk af transparente for vand upåvirkelige stoffer*.«

Den i patentkravet beskrevne alumiliumsfolie bestod således af 4 lag. I relation til spørgsmålet om patentets beskyttelsesomfang drejede sagen sig om, hvorvidt et produkt, som alene bestod af de 3 første lag, kunne anses for omfattet af patentet.

Patentkravene i den oprindelige patentansøgning indeholdt ikke noget om det sidst i patentkravet omtalte »overtræk af transparente for vand upåvirkelige stoffer«. Det træk ved opfindelsen blev først tilføjet patentkravet under ansøgningens behandling. Det må antages, at tilføjelsen skete uden, at Patentkommissionen havde stillet krav derom, det vil sige på ansøgerens eget initiativ.

I et brev til Direktoratet for Patent- og Varemærkeväsenet i forbindelse med ansøgningens behandling havde patenthaverens patentbureau blandt andet anført følgende om det 3. og det 4. lag:

---

46. I tilfælde, hvor dommerne ikke har mulighed for at tage fornuftigt stilling til en sag, er der mulighed for afvisning, jf. Bernhard Gomard, Civilprocessen 4. udg. s. 363.
47. Dansk patent nr. 42.390.

»Overtrækning med en tynd flad cellulosehud er … utvivlsomt ny …

Ved mekanisk påvirkning af denne nye kombination [af de 3 første lag] vil de enkelte stoflag ikke påvirkes som enkeltlag, men som et hele med ganske nye egenskaber. Metalfolien, der ligger mellem underlaget og cellulosehydratfolien, er i en sådan kombination rykket ind i den mekaniske neutrale zone og er ganske befriet for sin store påvirkelighed. …

Styrken af den kombinerede stofbane er på en overraskende måde blevet langt større end summen af de enkelte lags styrke. … Naturligvis må man sørge for, at cellulosehuden bibeholder sine gode egenskaber under brugen af stofbanen. Det har vist sig, at dette kun kan opnås ved at overtrække cellulosehuden med et for vand upåvirkeligt stof mindst på den ene side.«

I patentbeskrivelsen var opfindelsen forklaret på en måde, som i det væsentligste svarede til forklaringen i patentbureauets ovenfor citerede brev til direktoratet. Derudover indeholdt patentbeskrivelsen blandt andet følgende om det 4. lag (min kursivering):

»… *stofbaner af den beskrevne art* [bestående af de 3 første lag] *lider … af en bestemt mangel*. Som bekendt er cellulosehydratfolier hygroskopiske og reagerer f. eks. også for luftens fugtighed. … Ved tiltrækning af fugtighed kvæller folien, medens den ved afgivelse deraf bliver sprød eller skør. Det har vist sig, at cellulosehydratfoliens hygroskopiske karakter kan *afhjælpes ved dækning med en for vand uigennemtrængelig gennemsigtig hinde*. …

Den kombinerede stofbane består således af …[de første 3 lag]…, hvorhos cellulosehudens udadvendende overflade eller eventuelt begge dennes overflader er forsynede med et overtræk af transparente, for vand uigennemtrængelige stoffer.«

Den påståede krænker importerede et produkt kaldet »Cellometal«, som bestod af *en materialebane* af papir overtrukket med dels *en metalfolie*, dels en over folien anbragt, forud fremstillet *flad cellulosehud*, bestående af tavefrie cellulosederivater. Den påståede krænkers produkt var ikke forsynet med et »overtræk af transparente for vand upåvirkelige stoffer« svarende til det sidst i patentkravet nævnte overtræk. Patenthaveren anså det importerede produkt for omfattet af patentet og anlagde sag om krænkelse.

Den påståede krænker gjorde navnlig gældende, *at* den patenterede opfindelse vedrørte et produkt bestående af 4 lag nemlig 1) en materialebane, 2) en metalfolie, 3) en cellulosehud og 4) et mod fugtighed isolerende overtræk, og *at* det omtvistede produkt kun bestod af de 3 første lag, hvorfor der ikke kunne være tale om krænkelse.

I dommen er det ikke angivet, hvilke argumenter patenthaveren fremførte heroverfor, men det må antages, at patenthaveren i det mindste må have bestridt rigtigheden af den påståede krænkers synspunkter.

Ifølge udtalelser fra Patentdirektoratet forholdt det sig således, *at* de 3 første lag i sig selv frembød en ny teknisk virkning i form af en opfindelse, *at* det 4. lag kun tjente til at angive en hensigtsmæssig udførelsesform for opfindelsen, og *at* hvis de i forbindelse med retssagen fremkomne modhold havde været Patentkommissionen bekendt på tidspunktet for patentansøgningens behandling, så ville Patentkommissionen formentlig have stillet krav om en præcisering af ansøgningens beskrivelse og patentkrav.

Man må nok opfatte direktoratets udtalelse om betydningen af de under retssagen fremkomne modhold som udtryk for, at den i det 1. patentkrav beskrevne opfindelse havde problemer med opfindelseshøjden i patentets foreliggende form. [48]

Ifølge syns- og skønsmændenes udtalelser forholdt det sig således, *at* det 4. lag måtte antages at have været i det mindste medbestemmende for Patentkommissionens bedømmelse af opfindelsens nyhed, og *at* tilføjelsen af det 4. lag ikke havde betydning for opnåelsen af den ved de øvrige lag opnåede mekaniske egenskaber men derimod for bevarelsen af disse egenskaber.

Vestre Landsret kom frem til, at der forelå krænkelse af patentet. Det samme resultat kom Højesterets flertal på 5 ud af 9 dommere frem til. [49] I relation til spørgsmålet om beskyttelsens omfang lød landsrettens af Højesterets flertal tiltrådte begrundelse som følger (min kursivering):

> »Hvad … angår, kan det nu ikke antages at følge af bestemmelsen i patentlovens § 12 [50], at indførelsen af et produkt, der ikke i alle enkeltheder er ensartet med det i et patentkrav beskrevne, ikke kan indeholde nogen krænkelse af det pågældende patent. Om en krænkelse i så fald foreligger, må formenes at *bero på en skønsmæssig afvejelse* af, hvad der efter *patentkrav sammenholdt med beskrivelsen* må anses for *det særegne ved opfindelsen*. Uanset at oftommeldte 4. lag efter ordlyden af det til sagsøgerens [patenthaverens] patent hø-

48. Den udtalelse forelå først under Højesterets behandling af sagen.
49. Selv om der således var et flertal blandt højesteretsdommerne, som mente, at der forelå krænkelse, endte den påståede krænker med at blive frifundet for den af patentindehaveren nedlagte påstand. Det skyldes, at patentindehaverens påstand alene gik ud på, at den påståede krænker skulle betale et beløb som erstatning for den ved krænkelsen forvoldte skade, og at 2 af flertallets dommere var af den opfattelse, at der på trods af krænkelsen ikke forlå fornødent grundlag for at anse den påståede krænker for erstatningsansvarlig, idet patentet efter deres opfattelse var uklart.
50. Det må antages, at dommerne har tænkt på følgende del af den dagældende § 12, stk. 2, om kravene til en patentansøgnings indhold: »Den [ansøgningen] skal indeholde en bestemt angivelse af det, som ansøgeren anser for at være opfindelsen, og som han derfor søger beskyttet ved patent.«

rende patentkrav er sidestillet med de tre førstnævnte lag, synes der dog, når patentkravet sammenholdes med beskrivelsen, på en efter omstændighederne *tilstrækkelig tydelig måde* at være givet udtryk for, at der *i særlig grad er lagt vægt på at opnå beskyttelse for* anbringelse af metalfolien i »den mekanisk neutrale zone«, medens anbringelsen af det isolerende lag alene – som også af skønsmændene udtalt – har tilsigtet at bevare det således opnåede resultat. Idet det derhos må være uden betydning, at anvendeligheden af den af sagsøgeren konstruerede stofbane i et særligt, ikke i beskrivelsen omtalt øjemed har haft til forudsætning, at det isolerende lag ikke tilføjedes, *vil der ikke kunne gives sagsøgte [den påståede krænker] medhold i hans på det heromhandlede grundlag støttede indsigelse*.«

Højesterets mindretal på 4 ud af 9 dommere kom til den modsatte konklusion med hensyn til beskyttelsesomfanget. I deres begrundelse henviste de først til den ovenfor citerede del af patentbeskrivelsen, ifølge hvilken det 4. lag var nødvendigt for at afhjælpe en bestemt mangel ved den af de første 3 lag bestående stofbane. Derefter anførte de følgende til støtte for deres konklusion (min kursivering):

»Disse dommere finder herefter – *med støtte i den af skønsmændene udtalte opfattelse* – at den i *patentkravet såvelsom i patentbeskrivelsens indledning* givne beskrivelse af det materiale, som er opfindelsens og patentbeskyttelsens genstand med *føje læses således*, at det i patentkravet ommeldte fjerde lag bestående af transparente, for vand uigennemtrængelige stoffer er en bestanddel af materialet, således at tilstedeværelsen af dette fjerde lag er en betingelse for patentbeskyttelsen.

Da det af appellanten [den påståede krænker] anvendte materiale ikke indeholder det fjerde lag, stemmer disse dommere herefter for at tage appellantens frifindelsespåstand til følge.«

Selv om de 9 højesteretsdommere nåede til forskellige konklusioner, var de enige om, at beskyttelsesomfanget måtte fastlægges under hensyn til, hvad der var anført i patentkravet og patentbeskrivelsen.

De forskellige konklusioner skyldes i vidt omfang, at mindretallet valgte at lægge afgørende vægt dels på andre dele af patentbeskrivelsen og dels på »den af syns- og skønsmændene udtalte opfattelse«. Det er ikke klart, hvilke(n) af syns- og skønsmændenes udtalelser, mindretallet henviste til, idet syns- og skønsmændene syntes hverken at have udtalt sig direkte om beskyttelsesomfanget, eller om hvorvidt der efter deres opfattelse forelå krænkelse.

Det i landsrettens af flertallet tiltrådte begrundelse anførte om, at patentkravet og patentbeskrivelsen skulle bruges til at udfinde »det særegne« ved opfindelsen, må være udtryk for den opfattelse, at når der i et pa-

tentkrav et angivet et træk ved den deri beskrevne opfindelse, så kan man i forbindelse med fastslæggelsen af patentets beskyttelsesomfang efter omstændighederne bortse fra det pågældende træk, forudsat at der er tale om træk, som ikke udgør en del af »det særegne« ved opfindelsen. Når det i begrundelsen er anført, at det særegne ved opfindelsen fremgik med »tilstrækkelig tydelighed«, må det være udtryk for den opfattelse, »det særegne« ved en opfindelse ikke på den beskrevne måde kan være afgørende for beskyttelsesomfanget i tilfælde, hvor det mindre tydeligt fremgår, hvad der er det særegne ved opfindelsen.

Det er værd at notere, *at* det ikke forelå nogen ekspert-udtalelser eller lignende om, hvad der skulle anses for at udgøre »det særegne« ved opfindelsen, og *at* det således var dommerne selv der på det foreliggende grundlag foretog en vurdering af »det særegne«. Som begrundelsen er formuleret var dommernes egenhændige vurdering direkte baseret på indholdet af patentkravene og patentbeskrivelsen. Vurderingen kan dog i nogen grad have være påvirket af Patentdirektoratets og syns- og skønsmændenes udtalelser vedrørende de træk ved opfindelsen, som motiverede patenterbarheden, idet der var tale om netop de træk, som ifølge flertallets vurdering skulle anses for at udgøre »det særegne«.

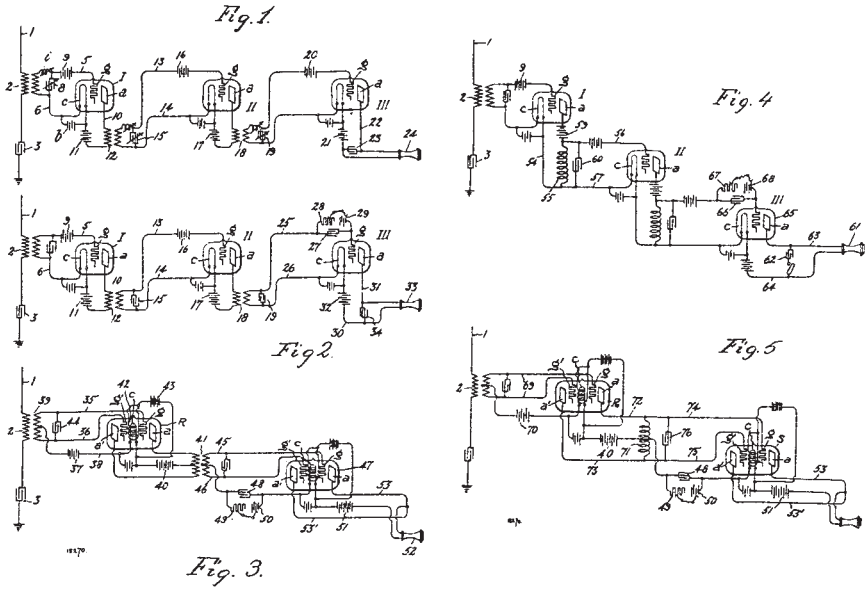
Det er bemærkelsesværdigt, *at* ingen af dommerne fandt anledning til i forbindelse med fastlæggelsen af beskyttelsesomfanget at nævne noget om, at patentet i den foreliggende form øjensynligt havde problemer med opfindelseshøjden, hvilket kunne have talt for et relativt snævert beskyttelsesomfang, og *at* ingen af dommerne ifølge dommen tillagde det nogen vægt, at tvisten i vidt omfang drejede sig om et træk ved opfindelsen, som patenthaveren på eget initiativ havde inføjet i patentkravets beskrivelse af opfindelsen.

I betragtning af, at der er tale om 5:4-afgørelse, er der ingen grund til at lægge væsentlig vægt på de dele af dommen, hvor der er tale om egentlig konflikt mellem flertallets og mindretallets opfattelser.

2.30.2. Kommentarer fra den juridiske litteratur

Mogens Plesner omtalte i NIR 1971 s. 119 Stofbanedommen som et eksempel til illustration af, *dels* hvorledes skønsmandsinstitutionen har virket i dansk domspraksis, og *dels* hvilken stilling danske domstole har taget til spørgsmålet om bogstavfortolkning eller en bredere forståelse af hele patentskriftet. I den forbindelse gav han udtryk for, at der med Stofbanedommen indtraf en ændring i praksis væk fra en snæver fortolkning til en helhedsbedømmelse. For så vidt angår det synspunkt henvises der til omtalen deraf i kapitel 8's afsnit om beskyttelsens bredde.

2.31. *UfR 1939 s. 73 H – Gitterstrømkredsdommen* [51]



2.31.1. Dommen

Den påståede krænker havde en licensaftale med patenthaveren, hvorfor tvisten ikke havde form af en almindelig krænkelsessag. Sagen drejede sig i stedet om inddrivelse af den royalty, som »den påståede krænker« efter patenthaverens opfattelse havde pligt til at betale, fordi han i modsætning til den påståede krænker mente, at en bestemt del af den påståede krænkers radioapparater var *omfattet af patentets beskyttelsesomfang* og dermed af den påståede krænkers forpligtelse til at betale royalty i henhold til den mellem parterne indgåede licensaftale. Da sagen således drejede sig om et patents beskyttelsesomfang, er den med andre ord relevant, selv om den ikke blev procederet som en sag om egentlig patentkrænkelse.

Det 1. patentkrav havde følgende ordlyd (min kursivering):

> »Modtager til trådløse signaler med *to eller flere* i kaskade forbundne elektronudladningsrør, kendetegnet ved, at *elektronudladningsrørenes gitterstrømskredse er afstemte* for frekvensen af de svingninger, der ønskes modtaget.«

---

51. Dansk patent nr. 33.113. I Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfång (1950) s. 175 f og 179 ff er en svensk højesteretsdom vedrørende det tilsvarende svenske patent omtalt.

Den påståede krænker producerede modtager-apparater, hvor der var flere i kaskade forbundne elektronudladningsrør. Det var imidlertid kun det 1. rørs gitterstrømskreds, der var afstemt. Gitterstrømskredsene i de øvrige rør var ikke afstemt. Patenthaveren anså som nævnt apparaterne for omfattet af patentet og anlagde sag om betaling af royalty for den pågældende del af den påståede krænkers produktion.

Patentkravene i de paralelle patenter, som patenthaveren havde fået udstedt i USA, Tyskland og Norge, indeholdt ikke nogen begrænsning svarende til det, der i de danske patentkrav var anført om, at det var elektronrørenes *gitterstrøms*kredse, der skulle være afstemt. I den danske patentansøgning havde der oprindeligt heller ikke været denne begrænsning til afstemte gitterstrømskredse. Begrænsningen blev under ansøgningens behandling indført på ansøgerens eget initiativ. Tilsvarende begrænsninger fandtes i de paralelle patenter i England og Sverige.

Det var uomtvistet, at de omtvistede modtagere ikke svarede til den i patentkrav 1 beskrevne konstruktion, idet de ikke havde 2 eller flere rør med afstemte gitterstrømskredse.

Patenthaveren gjorde gældene, *at* årsagen til den ovenfor omtalte begrænsning af patentkravet til rør med afstemte *gitterstrøms*kredse var »en redaktionel tilfældighed«, *at* patentbeskyttelsen rakte ud over patentkravets ordlyd og dermed også omfattede modtagere med kun ét rør, hvor gitterstrømskredsen var afstemt, og hvor der var et eller flere rør med afstemte anodestrømskredse, og *at* de omtvistede modtagere var teknisk ækvivalente med den i patentkrav 1 beskrevne opfindelse.

Den påståede krænker gjorde gældende, *at* der ikke forelå teknisk ækvivalens, *at* det ikke beroede på en tilfældighed, at patentkrav 1's beskrivelse af opfindelsen blev begrænset, og *at* patentets beskyttelsesomfang måtte anses for begrænset på tilsvarende måde.

Ifølge syns og skønsmændene udtalelser forholdt det sig således, *at* den af patenthaveren hævdede og relativt brede opfattelse af patentets beskyttelsesomfang efter syns- og skønsmændenes mening ville indebære, at patentet kom til at omfatte teknik, som allerede var kendt på patentets prioritetsdag, *at* det under hensyn til den nyhedsmæssige situation på patentets prioritetsdato var betænkeligt at lade patentbeskyttelsen omfatte andet end det i patentkrav 1 bogstaveligt præciserede omfang, *at* der »ikke ubetinget« kunne siges at foreligge teknisk ækvivalens, *at* man med de »tidligere« normalt anvendte elektronrør kunne opnå betydeligt bedre resultater ved afstemning af en gitterstrømskreds end ved afstemning af en anodestrømskreds, men at udviklingen var gået i en sådan retning, at det

var blevet mindre betydningsfuldt, om der anvendtes afstemte anodestrømskredse eller afstemte gitterstrømskredse.

Et vidne, som må antages at have været den udenlandske patenthavers danske patentagent, forklarede om den under ansøgningens behandling frivilligt foretagne begrænsning af patentkrav nr. 1, at begrænsningen var foranlediget af en skriftlig instruktion fra ansøgerens repræsentanter.

Østre Landsret var af den opfattelse, at der ikke var tale om krænkelse. Det var Højesteret også, men Højesteret gav en noget anden begrundelse, der lød som følger (min kursivering):

> »Idet det i overensstemmelse med [a] *skønsmændenes erklæring* og [b] det i dommen oplyste om *foranledningen til den indskrænkende formulering af patentkravet* tiltrædes, at den af indstævnte [den påståede krænker] anvendte anordning ikke omfattes af appellantens [patenthaverens] patent, vil dommen efter indstævntes påstand være at stadfæste.«

Der er to led i begrundelsen, nemlig for det 1. henvisningen til syns- og skønsmændenes erklæring og for det 2. henvisningen til foranledningen til den indskrænkende omformulering af patentkravene under ansøgningens behandling.

For så vidt angår det 1. led i begrundelsen må det antages, *at* højesteretsdommerne tænkte på syns- og skønsmændenes udtalelse om, at det under hensyn til den nyhedsmæssige situation var betænkelige i at lade patentbeskyttelsen gælde udover det i patentkravet bogstaveligt præciserede omfang, og *at* højesteretsdommerne tillagde det selvstændig betydning, at netop syns- og skønsmændene havde den pågældende opfattelse af beskyttelsesomfanget.

Det 2. led i begrundelsen må være baseret på en forudsætning om, at sagen efter omstændighederne kunne havde fået et andet udfald, hvis »foranledningen til den indskrænkende formulering af patentkravet« havde været en anden. Hvis den forudsætning ikke forelå, ville der nemlig ikke have været nogen grund til at fremhæve foranledningen til omformuleringen, idet dommerne blot kunne have henvist til, at der rent faktisk var foretaget en »indskrænkende fomulering af patentkravet«. Det forhold, at ansøgeren selv tog initiativ til den pågældende omformulering af patentkravet blev således også tillagt betydning ved beskyttelsesomfangets fastlæggelse. Der er næppe grund til at antage, at dommerne tillagde det væsentlig betydning, hvad der var årsag til, at ansøgeren tog initiativ til den relevante omformulering af patentkravet. I dommen er der nemlig ikke nogen omtale af den bagvedliggende årsag.

Dommen kan siges at være udtryk for den opfattelse, *at* syns- og skønsmændenes vurdering af et patents beskyttelsesomfang er af betydning for beskyttelsesomfangets fastlæggelse, og *at* det taler mod en udvidelse af et patents beskyttelsesomfang i forhold til den i patentkravene beskrevne opfindelse, når udvidelsen vil indebære, at patentet får problemer med hensyn til nyhed og/eller opfindelseshøjde, og *at* det på tilsvarende vis taler mod et beskyttelsesomfang, som ser bort fra et træk ved den i patentkravene beskrevne opfindelse, når det pågældende træk ved opfindelsen under ansøgningens behandling er blevet indføjet af ansøgeren på dennes eget initiativ.

2.31.2. Kommentarer fra den juridiske litteratur

I UfR 1941 B s. 264 og UfR 1943 B s. 145 har *Poul Jacobsen* henvist til Gitterstrømskredsdommen som et eksempel på en sag, hvor patentkravet er fortolket så snævert og bogstaveligt, at det virker lidet rimeligt, idet retten har forstået patentkravet snævert og har nægtet at statuere krænkelse, når den omtvistede genstand faldt uden for ordene i patentkravet. Den vurdering kan ikke tiltrædes.

Gitterstrømskredsdommen er også genstand for en kort omtale s. 817 af *Mogens Plesner* i artiklen »Noget om udenlandske retsafgørelsers indflydelse på danske domsafgørelser i patent- og varemærkesager« fra Ånd og rett, Festskrift til Birger Stuevold Lassen (1997).

2.32. *UfR 1939 s. 769 H – Soveottomandommen* [52]

Fig. 1.

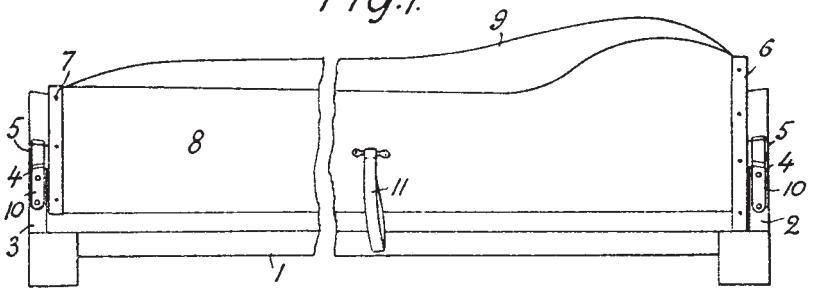


Fig. 2.

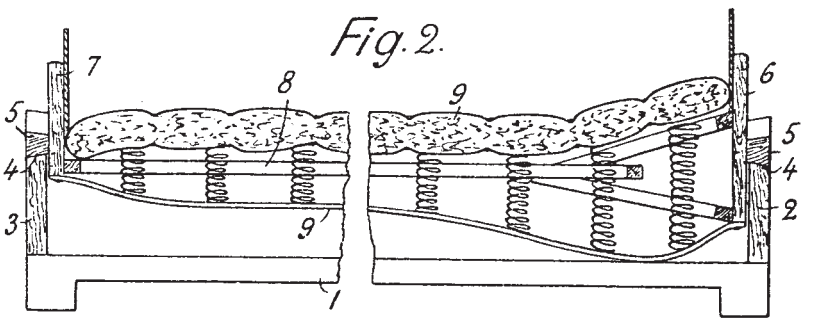


Fig. 3.

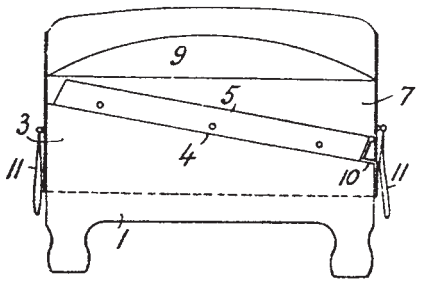
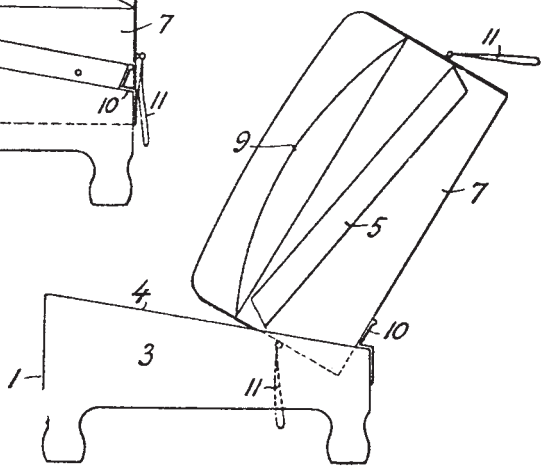


Fig. 4.



I Soveottomandommen drejede sagen sig om krænkelse af et patent på en kombineret seng og divan, hvor man ved at dreje »madrassen« 180 grader kunne skifte fra senge-funktion til divan-funktion og tilbage igen.

Patentkravene lød som følger:

> »1. Kombineret seng og divan med et til begge sider polstret leje, der er anbragt i en drejelig rammedel eller lignende, kendetegnet ved at rammedelen 8 har et hovedstykke 6 og et fodstykke 7, af hvilke hvert på sine ydersider bærer fremspring 5, som i to stillinger, der er drejet 180 grader i forhold til hinanden, kan hvile på opadvendende støtte-kanter 4 på et fastståeende stel for møblet.
> 2. Kombineret seng og divan som angivet i krav 1, kendetegnet ved at støttekanterne 4 er skråt hældende til samme side og er forsynet med stop 10.«

Under sagen var der indhentet syns- og skønserklæringer fra 2 forskellige sæt syns- og skønsmænd. I dommen er parternes procedurer gengivet på den måde, at det blot er anført, at parterne til støtte for deres påstande havde henvist til forskellige dele af de afgivne syns- og skønserklæringer.

Det ene sæt syns- og skønsmænd var 2 snedkermestre, som havde sammenlignet den påståede krænkers soveottoman med patenthaverens soveottoman, som den var beskrevet i patentbeskrivelsen med dertil hørende tegninger. De 2 snedkermestre kom frem til den konklusion,

> »at disse to konstruktioner kun har formålet til fælles, nemlig det at få madraspartiet vendt, medens de begge såvel i drejningens karakter, som i de anvendte konstruktions-anordninger, hver især er bygget på selvstændig udtænkte principper og konstruktioner.«

Den af de 2 snedkermestre afgivne erklæring var øjensynlig karakteriseret ved, at de havde fokuseret 100 % på udførelseseksemplerne i patentbeskrivelsen og dermed helt havde ignoreret patentkravene

Den andet sæt syns- og skønsmænd var 2 patentkyndige ingeniører. [53] Ved vurderingen af den påståede krænkers soveottoman havde de 2 ingeniører i modsætning til snedkermestrene taget udgangspunkt i patentkravene. De anså den omtvistede soveottoman for omfattet af patentkrav 1, som imidlertid ifølge såvel Østre Landsret som Højesteret måtte anses for

---

52. Dansk patent nr. 45.918.
53. Julius Lehmann, der var medstifter og partner i patentbureauet Lehmann & Reh, og C. V. Høgsted, der var indehaver af patentbureauet Budde Schou & Co., jf. Dansk Patentvæsen Gennem Halvtreds år s. 45 f.

ugyldigt. I relation til det gyldige patentkrav 2 udtalte de navnlig følgende (min kursivering):

> »Sagsøgtes [den påståede krænkers] ottoman *ligger på grænsen af dette krav, nærmest indenfor*. … Konstruktionen er både fra et teknisk og æstetisk synspunkt mere tiltalende end den specielle udførelsesform, der er vist på tegningen i patent nr. 45.918, men *synes dog væsentlig at være baseret på de idéer, der ligger til Grund for krav 2* …«

Såvel Østre Landsret som Højesteret kom som nævnt frem til, *at* patentets krav 1 var ugyldigt, *at* patentkrav 2 derimod måtte anses for gyldigt, og *at* der ikke forelå en krænkelse af patentet. Landsrettens af Højesteret tiltrådte begrundelse lød som følger:

> »Efter det således oplyste …[om ugyldigheden af patentkrav 1 og opretholdelsen af patentkrav 2]… På den anden side må retten også finde det betænkeligt at statuere, at sagsøgtes [den påståede krænkers] soveottoman krænker krav 2 i sagsøgerens [patenthaverens] patent.«

Begrundelsen er mildest talt ikke særlig oplysende med hensyn til, hvilke opfattelser, der ligger til grund for resultatet. Når parternes procedurer vedrørende krænkelsesspørgsmålet alene er gengivet som henvisninger til de afgivne syns- og skønserklæringer, og den relevante del af dommen i øvrigt stort set alene består af citater fra syns- og skønserklæringerne, forekommer det dog rimeligt at se dommen som udslag af rent bevismæssige overvejelser.

Flere forhold kunne tale for, at der rent bevismæssigt blev lagt meget begrænset vægt på udtalelserne fra de 2 snedkermestre, der udgjorde det første sæt syns- og skønsmænd, og at der blev lagt tilsvarende stor vægt på udtalelserne fra de 2 ingeniører, der udgjorde det andet sæt syns- og skønsmænd.

For det 1. havde patentkravene ifølge retspraksis notorisk betydning for udmålingen af et patents beskyttelsesomfang, og snedkermestrene syntes helt at have ignoreret patentkravenes eksistens i forbindelse med afgivelsen af deres udtalelser. For det 2. udtalte snedkermestrene sig helt generelt om forholdet mellem den omtvistede soveottoman og udførelseseksemplerne i patentbeskrivelsen, således at det ikke var muligt at sige, i hvilket omfang deres udtalelser relaterede sig til den del af patentet, der ifølge dommerne måtte anses for ugyldig, mens ingeniørerne udtalte sig specifikt om den del af patentet, der blev opretholdt som gyldig. For det 3. må den patentfaglige ekspertise hos ingeniørerne, der som anført i noten ovenfor, var (med)indehavere af 2 af de førende patentbureauer, anta-

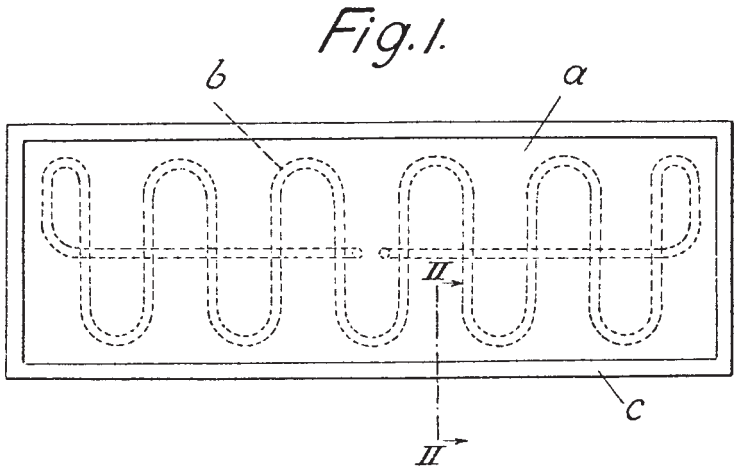
ges at have været en del højere end hos snedkermestrene. [54] Det må derfor antages, at dommerne helt overvejende må have baseret deres afgørelse på ingeniørernes udtalelser.

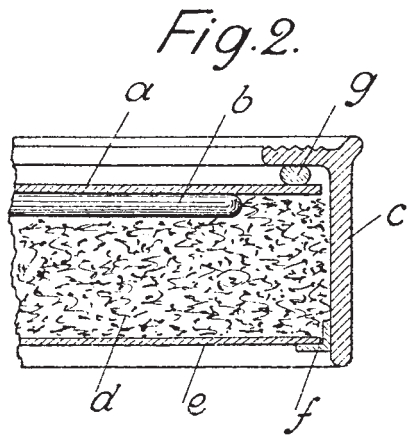
Under forudsætning af, at dommerne har vurderet erklæringerne fra de 2 sæt syns- og skønsmænd på den ovenfor omtalte måde, kan man konkludere, at de 2 ingeniørers udtalelser ikke blev anset for at udgøre et tilstrækkeligt sikkert grundlag for at statuere krænkelse. Dommen kan med andre ord ses som udtryk for den opfattelse, at beviskravene i sager om patentkrænkelse indebærer, at det ikke i sig selv er nok, at troværdige og kompetente syns- og skønsmænd på en relevant måde har udtalt, *at* den omtvistede genstand »ligger på grænsen af« men »nærmest indenfor« et gyldigt patentkrav, og *at* den omtvistede genstand syntes i væsentlig grad at være baseret på de ideer, der ligger til grund for patentkravet.

Principielt ligger det inden for mulighedernes grænser, at dommernes vurdering af den bevismæssige situation kun i begrænset omfang var baseret på en vurdering af syns- og skønsmændenes konklusioner. Alternativet hertil skulle i givet fald være, at dommerne selv havde sat sig ind i og foretaget en selvstændig vurdering af de mere tekniske dele af syns- og skønserklæringerne sammenholdt med patentet. Sådan som dommen er formuleret, forekommer det imidlertid mindre sandsynligt.

54. Se Ejner Gjesingfelt i Proceduren 2. udg. s. 186 f om vurderingen af sagkyndige erklæringers bevismæssige vægt.

2.33. *UfR 1940 s. 337 H – Kølepladedom II*[55]





2.33.1. Dommen

Sagen vedrørte samme patent som i kølepladedom I (UfR 1937 s. 745 H), men der var tale om en anden påstået krænker. Patentkravet havde følgende formulering (min kursivering):

55. Dansk patent nr. 48.594.

»Køleplade, navnlig til butiks- og restaurationsbrug, bestående af en metalplade, ved hvis underside der findes eet eller flere i god varmeledende forbindelse med denne værende hulrum, hvorigennem et kuldemiddel kan holdes i cirkulation, og som nedadtil er dækket af et lag af varmeisolerende materiale, kendetegnet ved, at såvel metalpladen, der er plan og er forbundet med et hulrum for kuldemidlet, som isolationslaget er fastgjort i en disse på siderene omgivende metalramme, der er i dårlig varmeledende forbindelse med metalpladen, *så at det hele udgør en mekanisk sammenhængende, pladeformet enhed*, hvor metalpladens overflade, på hvilken de til afkøling bestemte varer henstilles, er i stand til at være i fri forbindelse med den ydre luft, så at dannelse af tyk rim uhindret kan finde sted.«

Opfindelsens formål var i vidt omfang at opnå en æstetisk tiltalende virkning, jf. følgende citat fra patentbeskrivelsen (min kursivering):

»Opfindelsen går ud på tilvejebringelsen af et kuldeelement i form af en plade eller bakke, på hvilken der i butikker, restaurationer og eventuelt i private husholdninger kan hensættes fødevarer, nydelsesmidler eller lignende, så at disse afkøles og tillige *fremvises på en tiltalende måde*. …

Herved danner den ikke blot *en tiltalende kontrast* til denne, men der vil heller ikke løbe fortætningsvand fra metalrammen ned på kølepladens understøtning eller eventuelt lavere anbragte varer eller andre genstande.«

Den påståede krænker producerede og/eller solgte en række forskellige køleplader, som patentets indehaver anså for at falde inden for patentets beskyttelsesomfang. Ved Højesterets behandling af sagen var tvisten indskrænket til alene at dreje sig om 3 af de køleplader, der oprindeligt havde været omfattet af sagen.

Dommen indeholder ingen angivelser af, hvad parterne gjorde gældende.

Ifølge syns- og skønsmændenes udtalelser forholdt det sig således, *at* den påståede krænker ved de omtvistede konstruktioner opnåede at kølepladen med kantliste rimede til på en sådan måde, at det samlede stykke præsenterede sig som en isplade, der lå frit ovenpå en spildebakke, *at* patenthaverens og den påståede krænkers konstruktioner i tilrimet tilstand gav et væsentlig forskellig indtryk, og *at* ved de for Højesteret omtvistede konstruktioner (C, D og E) blev kølepladen båret af en understilling, der var forsynet med render til optagelse af smeltevand.

Højesterets flertal på 7 ud af 8 dommere fandt i modsætning til Østre Landsret, at der ikke var tale om krænkelse af patentet. De 7 dommeres begrundelse lød som følger (min kursivering):

> »Overensstemmende med de i dommen gengivne udtalelser af skønsmændene bemærker syv dommere, at Ingvardsens [patenthaverens] og Andersens [den påståede krænkers] konstruktioner *fremtræder forskelligt*, Ingvardsens som *en samlet Plade*, Andersens som *en plade i løs forbindelse med en underdel*. De [de 7 dommere] mener endvidere, *at denne egenskab*, at udgøre »en mekanisk sammenhængende pladeformet enhed«, der ifølge ordlyden af Ingvardsens patent fremkommer ved, at metalpladen og det underliggende hulrum med isolationslag er fastgjort i en »disse på siderne omgivende metalramme«, *under hensyn til køleladens praktiske anvendelse udgør en væsentlig egenskab ved patentet*. Idet det ikke *skønnes*, at denne egenskab genfindes ved andersens konstruktioner … finder disse dommere derfor, at disse konstruktioner ikke kan anses for patentkrænkende.«

De 7 dommeres henvisning til »de i [landsrets]dommen gengivne udtalelser af skønsmændene« må antages at relatere sig til de ovenfor omtalte udtalelser fra syns- og skønsmændene.

Den påståede krænkers 3 forskellige køleplader var til stede i Højesteret under domsforhandlingen. Som begrundelsen er formuleret, må det antages, at de 7 dommere har foretaget en selvstændig vurdering af de 3 kølepladers visuelle fremtrædelsesform/egenskaber og disses forhold til patentkravets angivelse af den patenterede opfindelses visuelle egenskaber. Dette syntes navnlig at fremgå af, *at* kølepladernes tilstedeværelse i Højesteret udtrykkeligt er nævnt i Højesterets ellers ret kortfattede dom, og *at* følgende er anført i begrundelsen (min kursivering): »Overensstemmende med … *bemærker* syv dommere, at Ingvardsens og Andersens konstruktioner fremtræder forskelligt« og »Idet *det ikke skønnes*, at denne egenskab genfindes ved Andersens Konstruktioner«.

Dommen må antages at være baseret på den opfattelse, at når der i et patentkrav er angivet et træk ved den der beskrevne opfindelse, og den omtvistede produkt savner det pågældende træk, så kan den omtvistede genstand ikke være omfattet af patentets beskyttelsesomfang, hvis det ved den omtvistede genstand manglende træk udgør »en væsentlig egenskab ved patentet«.

I deres begrundelse for, at det manglende træk ved det omtvistede produkt, udgjorde en væsentlig egenskab ved patentet, henviste de 7 dommere til »køleladens praktiske anvendelse«. Den praktiske anvendelse, der er tænkt på, må antages at være det, der i patentbeskrivelsen er anført om opfindelsens æstetiske virkning/funktion. Med andre ord må det antages, at de 7 dommere har ment, at når formålet med en opfindelse i vidt omfang er at opnå en æstetisk tiltalende virkning, må det visuelle indtryk være af stor betydning for afgørelsen af, hvilke træk ved den i patentkra-

vet definerede opfindelse, der kan anses for at udgøre væsentlige egenskaber ved patentet.

Den pladeformede helhed, som ikke genfindes hos det omtvistede produkt, er nævnt i patentkravet, men i patentkravet er det ikke nævnt, at opfindelsen sigter mod opnåelsen af en æstetisk tiltalende virkning/effekt. Dommen er således et eksempel på, at et i beskrivelsen angivet formål med opfindelsen har fået betydning for fastlæggelsen af beskyttelsesomfanget ved at være afgørende for, hvad der må anses for at udgøre en væsentlig egenskab ved patentet.

2.33.2. Kommentarer fra den juridiske litteratur

I UfR 1941 B s. 264 og UfR 1943 B s. 145 har Poul Jacobsen henvist til Kølepladedom II som et eksempel på en sag, hvor patentkravet er fortolket så snævert og bogstaveligt, at det virker lidet rimeligt, idet retten har forstået patentkravet snævert og har nægtet at statuere krænkelse, når den omtvistede genstand faldt uden for ordene i patentkravet.

2.34. *UfR 1941 s. 484 H – Insulindommen* [56]

2.34.1. Dommen

I insulindommen havde patentkravet følgende ordlyd (min kursivering):

> »Fremgangsmåde til fremstilling af et insulinpræparat, karakteriseret ved, at der *fremstilles en som reaktionsmasse tjenende inderlig blanding af en opløsning af et inuslinsalt og en opløsning af et protamin* under benyttelse af et sådant indbyrdes mængdeforhold mellem insulinsalt og protamin, at der efter reaktionens tilendebringelse fremkommer en protamininsulinatopløsning, i hvilken der *ved ændring af den fremkomne masses pH-værdi til mellem 6 og 8 fremkommer en udfældning* af protamininsulinat.«

Årsagen til, at opfindelsen blev søgt beskyttet ved opstilling af patentkrav på en fremgangsmåde til fremstilling af præparatet, må søges i, *at* det efter dagældende praksis ikke var muligt at få udstedt patent på en kemisk forbindelse som sådan, og *at* lægemidler i henhold til 1894-patentlovens § 1, nr. 4, var udelukket fra patentering.

I den oprindelige patentansøgning indeholdt patentkravet en angivelse af, at det ved fremgangsmåden fremstillede præparat var væsentlig tungere opløseligt i blod og vævsvædske end insulinhydroklorid, men det gled – som det fremgår overnfor – ud under ansøgningens behandling. I øvrigt

56. Dansk patent nr. 52.310.

indeholdt patentkravet i den oprindelige ansøgning ikke noget, som svarer til det i det udstedte patentkrav anførte om efterfølgende ændring af pH-værdien til mellem 6 og 8.

Patentet blev udstedt i september 1936, det vil sige efter, at Patentkommissionen havde skærpet sin praksis med hensyn til udstedelse af patenter på fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler. Efter skærpelsen kunne lægemidlets terapeutiske effekt ikke længere begrunde den nødvendige opfindelseshøjde, hvilket indebar, *at* fremgangsmåden i sig selv og isoleret set skulle leve op til kravene om nyhed og opfindelseshøjde, og *at* der således ikke kunne blive tale om udstedelse af såkaldte analogifremgangsmådepatenter. Endvidere blev patentet udstedt, før en særlig kommission i december 1937 underkendte Patentkommissionens praksisændring, hvorefter det igen blev muligt at få udstedt analogifremgangsmådepatenter, som i relation til kravet om opfindelseshøjde var baseret på det pågældende lægemiddels terapeutiske effekt. [57] Da patentet i insulindommen blev udstedt i perioden mellem Patentkommissionens praksisændring og den særlige kommissions underkendelse af praksisændringen, er det med andre ord udelukket, at patentet kunne være et analogifremgangsmådepatent. Der må derimod nødvendigvis være tale om et helt almindeligt fremgangsmådepatent, hvor det afgørende for patentets udstedelse var selve fremgangsmådens nyhed og opfindelseshøjde. [58]

---

57. Poul Jacobsen i UfR 1941 B s. 257 ff og 265 og K. Holten, »Særlige Kommissioner« s. 77 i Dansk Patentvæsen Gennem Halvtreds År (1944). Højesterets præsident indtil 1936, Cosmus Meyer, var formand for den særlige kommission, der traf afgørelsen om genindførelse af analogifremgangsmådepatenter. For en mere detaljeret redegørelse for praksis med videre se afsnit 7 i kap 7.
58. Det er en ikke usædvanlig vildfarelse, at Insulindommen drejer sig om et analogifremgangsmådepatent, jf. for eksempel Torsten Nørgaard i NIR 1984 s. 12 og 15 og Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret 5. udg. (1999) s. 198. Denne vildfarelse må formentlig i vidt omfang tilskrives det, der side 106 i 1964-betænkningen noget misvisende er anført om dommen i forbindelse med betænkningens omtale af de dagældende regler om patentering af lægemidler: »Man har … i vidt omfang meddelt patent på fremgangsmåder, uanset at fremgangsmåden ikke i sig selv er ny og derfor ikke kan anses for en opfindelse, hvis produktet kan påvises at have en overraskende terapeutisk virkning. Der er således ved en dansk Højesteretsdom (UfR 1941, side 484) statueret indgreb i en patenteret fremgangsmåde, til trods for, at denne i sig selv næppe opfyldte betingelserne for at anses som en patenterbar opfindelse. Dommen fremhæver, at det fremstillede produkts terapeutiske virkning … var kernen i opfindelsen og patentet og genfandtes som et væsentligt formål ved indgriberens »præparat«. Efter denne dom og patentmyndighedernes praksis i de siden da forløbne år er man i Danmark … nået til i meget vidt omfang at meddele patenter på fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler under hensyn til det fremstillede produkts terapeutiske virkning, hvorved man i realiteten har ydet en patentbeskyttelse, der kommer ret nær til den beskyttelse, man ville yde ved et produktpatent.« Det i betænkningen anførte om Insulindommen er formentlig for en stor del inspireret af det forhold, at →

Ifølge beskrivelsen forholdt det således, *at* opfindelsen tjente til at løse et problem, som hidtil havde været knyttet til anvendelsen af insulin-forbindelsen insulinhydroklorid til behandling af sukkersyge, *at* insulinhydroklorid var relativt let opløseligt i blodplasma og vævsvædske, således at virkningen af den indsprøjetede mængde insulin indtraf og fortog sig relativt kort tid efter indsprøjtningen, hvorfor behandlingen skulle gentages efter forholdsvis kort tid, *at* den lette opløselighed af insulinhydroklorid indebar en risiko for voldsomme reaktioner i form af forgiftningslignende tilfælde, *at* opfindelsen angik en simpel fremgangsmåde til fremstilling af et lidet sammensat insulinpræparat, som var væsentligt tungere opløseligt i vævsvædske og blodplasma end insulinhydroklorid, *at* fremgangsmåden var baseret på erkendelsen af, at et insulinsalt og protamin under passende omstændigheder reagerer og danner protamininsulinat, *at* den derved dannede reaktionsmasse bestod af en opløsning af protamininsulinat, der som lægemiddel kunne bringes i handelen i ampuller, men som først kunne benyttes til indsprøjtning efter udfældning af protamininsulinatet ved tilsætning af et alkaliserende (basisk) stof, og *at* den tungere opløselighed indebar, at de indsprøjtede enheder insulin blev optaget langsommere over en længere periode med det resultat, at der kunne gå længere tid mellem indsprøjtningerne.

I forbindelse med en indsigelse, som den påståede krænker havde fremsat mod patentets udstedelse, modtog den påståede krænker i september 1936 et brev med besked om, at indsigelsen var afslået. I brevet var der blandt andet anført følgende om opfindelseshøjden (min kursivering):

> »Fremgangsmåden *er ejendommelig ved* et sådant forhold mellem insulin- og protaminopløsning, *at der fås en klar opløsning*, og produktet skal inden anvendelsen alkaliseres, hvorved forbindelsen, det tungere opløselige lægemiddel udfældes.«

I foråret 1937 rettede den påståede krænker forgæves henvendelse til patenthaveren med henblik på at få en licens under patentet. Det produkt, der blev fremstillet ved den omtvistede fremgangsmåde, blev af den påståede krænker bragt i handelen i begyndelsen af 1938.

Det ved den patenterede fremgangsmåde fremstillede præparat var surt

---

A. Drachmann Bentzon i domskommentaren i TfR 1942 s. 428 har anført, at det kunne være tvivlsomt, om fremgangsmåden i sig selv indeholdt en opfindelse, eller om opfindelsen lå i anvendelsen af protamin og insulin i forbindelse med hinanden, således at opfindelsen i realiteten var et nyt lægemiddel.

med en pH-værdi på omkring 3,5. Dette præparat kunne ikke umiddelbart anvendes i behandlingen af sukkkersyge, idet det var nødvendigt inden indsprøjtning i patienten at tilsætte et alkaliserende stof, det vil sige et syreneutraliserende stof, *hvorved* lægemidlet protamininsulinat blev udfældet fra opløsningen, og *hvorved* pH-værdien som angivet i patentkravet kunne forhøjes til mellem 6 og 8. Tilsætningen af det alkaliserende stof gjorde imidlertid, at præparatets holdbarhed faldt. Patenthaveren markedsførte derfor præparatet sammen med et alkaliserende stof, således at man kunne vente med at hæve pH-værdien til umiddelbart før indsprøjtningen.

Den påståede krænker havde fremstillet insulinpræparater under anvendelse af 3 forskellige fremgangsmåder. Under landsrettens behandling drejede sagen sig alene om den ene af disse 3 fremgangsmåder. De 2 øvrige fremgangsmåder blev først inddraget i sagen, da den verserede for Højesteret. I Højesterets dom blev de 3 fremgangsmåder benævnt A, B og C, hvilken terminologi også er anvendt i det følgende. Af forskellige årsager var sagen helt overvejende koncentreret om fremgangsmåden C, det vil sige den fremgangsmåde, som også var omfattet af sagen under dens behandling i landsretten. I det omfang der i det følgende henvises til »den omtvistede fremgangsmåde« eller lignende uden videre specifikation, drejer det sig om fremgangsmåden C.

Den påståede krænker havde under sagen erkendt, at fremgangsmåderne A og B frembød større lighed med den patenterede fremgangsmåde end fremgangsmåde C gjorde. Derudover indeholder dommen kun de oplysninger om fremgangsmåderne A og B, som fremgår af patenthaverens påstande, det vil sige følgende: A: Til en opløsning af insulin, zink og protamin sættes en opløsning af sekundært natriumfosfat. B: Til en opløsning af zink og insulin sættes en opløsning af protamin og sekundært natriumfosfat.

Oplysningerne om de enkelte led i den omtvistede fremgangsmåde (C) stammede fra den påståede krænker. Oplysningernes korrekthed syntes ikke at have været bestridt af patenthaveren, og de syntes i det hele taget at være blevet lagt til grund såvel af begge parter som af dommerne.

I henhold til den omtvistede fremgangsmåde blev præparatet fremstillet ved, at der til en opløsning af zink og insulin med en pH-værdi på en del under 5,6 blev tilsat en opløsning af sekundært natriumfosfat, hvorved *a)* 95% af insulinet dannede zink-insulin, som udfældede, det vil sige overgik til uopløst form, og *b)* pH-værdien samtidig blev hævet til 5,6. [59] De resterende 5% af insulinet forblev i opløst form. Til den

59. En neutral væske – som for eksempel destilleret vand – har som bekendt en pH-værdi på 7 på den logaritmiske pH-skala.

derved fremkomne blanding af uopløst zink-insulin og opløst insulin tilsatte den påståede krænker en opløsning af protamin. Det opløste protamin gik i forbindelse med det uopløste zink-insulin. Det opløste protamin gik derudover i forbindelse med cirka 60 % af den insulin, der stadig forefandtes i opløst form – cirka 5 % af den oprindelige mængde opløst insulin –, hvorved mængden af opløst insulin faldt til 2 % af den oprindelige mængde opløst insulin.

Det ved den omtvistede fremgangsmåde fremstillede præparat havde en pH-værdi på 5,6 og kunne umiddelbart anvendes til indsprøjtning som et led i behandlingen af sukkersyge. Zinken havde den virkning, at præparatet blev endnu mere tungt opløseligt, således at der kunne gå endnu længere tid mellem behandlingerne. I øvrigt gjorde zinken, at præparatet var mere holdbart.

Den påståede krænker gjorde gældende *at* det ved den patenterede fremgangsmåde fremstillede præparat udgjorde et lægemiddel, *at* patentet som fremgangsmåde-patent kun gav beskyttelse mod andres udøvelse af den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde, *at* det ville stride mod den dagældende patentlovs forbud mod patentering af lægemidler, hvis beskyttelsesomfanget blev udvidet til også at omfatte andre fremgangsmåder, jf. 1894-patentlovens § 1 nr. 4, og *at* andres fremstilling af samme præparat ved andre fremgangsmåder således af flere årsager ikke kunne være omfattet af patentets beskyttelsesomfang.

Endvidere gjorde den påståede krænker gældende, at den omtvistede fremgangsmåde afveg fra den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde derved, *at* der anvendtes andre udgangsstoffer, herunder navnlig zink, *at* de kemiske forløb i de 2 fremgangsmåder var forskellige, idet den omtvistede fremgangsmåde gik ud på at få protamin til at reagere med det udfældede zink-insulin og ikke som angivet i patentkravet at »fremstille en som reaktionsmasse tjenende inderlig blanding af en opløsning af insulinsalt og en opløsning af protamin, *at* patentet i overensstemmelse med begrundelsen for at afslå den påståede krænkers indsigelse mod patentets udstedelse skulle forstås således, at patentet omfattede en fremgangsmåde, som førte til fremstilling af en »klar opløsning«, *at* der ved den påståede krænkers præparat ikke – som angivet i patentkravet – var behov for en efterfølgende ændring af pH-værdien til mellem 6 og 8 med deraf følgende udfældning af protamininsulinat, og *at* de præparater, der fremkom ved de 2 fremgangsmåder i øvrigt også var forskellige med hensyn til terapeutisk virkning (tungheden af præparatets opløselighed), holdbarhed, pH-værdi og mulighederne for umiddelbar anvendelse til indsprøjtning uden mellemliggende kemisk efterbehandling.

Patenthaveren gjorde heroverfor gældende, *at* det afgørende for opfindelsen og patenteringen havde været, at det ved at forbinde insulin med protamin var lykkedes at gøre insulinet tungere opløseligt, *at* der var tale om en værdifuld opfindelse med en høj grad af opfindelseshøjde, hvorfor der måtte gives patentet et bredt beskyttelsesomfang, *at* den påståede krænker udnyttede den ide, der lå til grund for opfindelsen, og dermed opfindelsens »kerne«, *at* angivelsen af en pH-værdi på 6-8 i patentkravet ikke var udtryk for nogen »grænse« men kun var medtaget som beskrivende en karakteristisk egenskab ved det fremstillede produkt, nemlig at udfældning af protamininsulinatopløsninger normalt uden alkalisering foregår ved en pH-værdi på under 6, *at* den påståede krænker – bortset fra tilsætningen af zink – blot havde byttet om på den i patentkravet beskrevne fremgangsmådes enkelte led derved, at den påståede krænker først foretog en alkalisering af insulinet (tilsætningen af sekundært natriumfosfat) og først derefter tilsatte protamin, *at* den eventuelle større holdbarhed og lettere praktiske anvendelighed af den påståede krænkers præparat var uden betydning for, om der forelå krænkelse, og *at* selv om tilsætningen af zink på grund af den tungere opløselighed kunne betragtes som en opfindelse, så kunne der højst være tale om en forbedring af den af patentet omfattede opfindelse men derimod ikke om en alternativ fremgangsmåde, som kunne bringe den påståede krænkers fremgangsmåde uden for patentets beskyttelsesomfang.

I dommen er der ikke gengivet nogen argumenter fra parterne specifikt vedrørende fremgangsmåderne A og B.

Ifølge syns- og skønsmændene forelå der en anden fremgangsmåde i det omfang, der var tale om, at en uopløst insulin-forbindelse reagerede med protamin uden intermediært at gå i opløsning. Det må antages, at begge parter og dommerne lagde til grund, at den omtvistede fremgangsmåde var karakteriseret ved, at det udfældede zinkinsulin reagerede med protamin uden først at gå i opløsning, således at der i henhold til det af syns- og skønsmændene opstillede kriterium skulle være tale om en anden fremgangsmåde.

Det forhold, at der i den omtvistede fremgangsmåde efter udfældningen af zink-insulin stadig var 5 % af det opløste insulin tilbage i opløst tilstand, således at denne insulinrest på den i patentkravet beskrevne måde kunne reagere med den derefter tilsatte protamin-opløsning, kunne give anledning til principielle overvejelser om bedømmelsen af sådanne mere eller mindre utilsigtede sideeffekter set i forhold patentets beskyttelsesomfang. Syns- og skønsmændene udtalte sig om dette principielle spørgsmål. De mente, at det afgørende måtte være, om insulinresten i den på-

gældende lave koncentration isoleret set ville have terapeutisk værdi efter tilsættelse af protamin og fraskillelse af den uopløste substans. I modsat fald kunne der nemlig ikke være tale om noget tilstræbt men derimod om et muligvis uundgåeligt og værdiløst biprodukt fra udøvelsen af en fremgangsmåde, der havde et andet formål. I relation hertil udtalte syns- og skønsmændene, at insulin-opløsninger med så lave koncentrationer som 2-5 % ikke fandt praktisk anvendelse.

Ifølge syns- og skønsmændenes udtalelser forholdt det sig i øvrigt således, *at* en ændring af pH-værdien for den påståede krænkers præparat fra 5,6 til den i patentkravet beskrevne pH-værdi på 6-8 ikke ville have nogen terapeutisk nytteværdi, *at* anvendelsen af ordet »opløsning« i et patent normalt giver udtryk for, at der skal anvendes en »teknisk klar« opløsning, *at* det efter ordlyden af patentet måtte forventes, at der ved den patenterede fremgangsmåde skulle dannes en opløsning af protamininsulinat, som ville være klar, eller som højst ville indeholde relativt uvæsentlige mængder af protamininsulinat, protamin eller insulin i uopløst form, og *at* det måtte anses for overvejende sandsynligt, at bundfaldet i de præparater, der kunne fremstilles ved patenthaverens og den påståede krænkers fremgangsmåder, var af samme art og virkemåde i terapeutisk henseende.

Mens sagen verserede for Højesteret afgav Patentkommissionen en udtalelse, i henhold til hvilken formålet med den patenterede opfindelse efter kommissionens skøn var at danne en holdbar opløsning, fra hvilken protamininsulinforbindelsen kunne udfældes kort før brugen.

Umiddelbart forekommer der ikke at være nogen forbindelse med den under retsssagen afgivne erklæring om opfindelsens formål og den begrundelse, der i forbindelse med patentets udstedelse blev givet for at afslå den påståede krænkers indsigelse, jf. omtalen heraf ovenfor. Det må imidlertid antages, at der er den sammenhæng, at det var en forudsætning for at opnå den i erklæringen som opfindelsens formål omtalte større holdbarhed, at der ikke skete nogen udfældning af protamininsulinat, eller med andre ord, at opløsningen – som angivet i begrundelsen for at afslå indsigelsen – skulle være »klar«, det vil sige i det hele bestå af opløste bestanddele.

Dommerne i Østre Landsret mente, at der ikke var tale om krænkelse. Højesteret fandt i modsætning hertil, at fremgangsmåden C var omfattet af patentet. Afgørelsen lå dog på vippen, idet 5 højesteretsdommere kom frem til, at der var tale om krænkelse, mens 4 dommere kom til den modsatte konklusion. Begrundelsen fra flertallet af højesteretsdommerne lød som følger (kursiveringen og opdelingen i forskellige afsnit er min):

»Den ved foreningen af insulin og protamin opstående tungtopløselighed i blod og vævsvædske, der udgør *kærnen i patentet, genfindes som et væsentligt formål ved indstævntes* [den påståede krænkers] ovenfor under C nævnte præparat.

At der til dette *tilsættes zink*, hvorved dets *holdbarhed* og *retarderende virkning* forøges, *kan ikke bringe præparatet udenfor patentets beskyttelsesområde*.

Forsåvidt protaminet ved indstævntes præparat *tilsættes insulinet, efter at dette er udfældet* ved tilsætning af et alkaliserende middel, medens de to stoffer ifølge patentet bringes i forbindelse i en opløsning, findes *ej* heller dette at være *en forskel af væsentlig betydning*, *[A]* idet det i patentet er forudsat og beskrevet, at også protamininsulinatet i appellantens [patenthaverens] præparat ved en tilsvarende tilsætning skal udfældes forinden indspøjtningen, og *[B]* idet der ikke er holdepunkter for at antage, at det udfældede stof i indstævntes præparat borset fra tilsætningen af zink er af anden beskaffenhed eller virkemåde end udfældningen i appellantens præparat.

Endelig findes ej heller den omstændighed, *[A]* at indstævntes præparat fremstilles *færdigt til indsprøjtning*, medens appellantens præparat som nævnt skal alkaliseres før brugen, eller *[B]* at indstævntes præparat fremstilles med en *surhedsgrad*, der er lavere end den, hvormed appellantens præparat ifølge det oplyste – uden at dette dog fremgår af patentet – fremstilles, og noget højere end den, det ifølge patentet skal have, når det indsprøjtes, at kunne bevirke, at de to fremgangsmåder trods den ovenfor nævnte *væsentlige lighed* dog kan anses som så forskellige, at indstævntes fremgangsmåde ikke er patentkrænkende.«

Flertallets begrundelse er øjensynlig baseret på den opfattelse, at når »kernen« i et fremgangsmådepatent, genfindes som »et væsentligt formål« ved den påståede krænkers fremgangsmåde, så er der en så »væsentlig lighed« mellem den i patentkravet definerede fremgangsmåde og den omtvistede fremgangsmåde, at der er en formodning for, at der er tale om krænkelse. For at afkræfte den formodning skal den påståede krænker kunne påvise en relevant »væsentlig forskel« mellem de 2 fremgangsmåder for at kunne »bringe« fremgangsmåden »uden for patentets beskyttelsesområde«.

For så vidt angår spørgsmålet om, hvad der skulle anses for opfindelsens kerne, var Patentkommissionens erklæring om formålet med opfindelsen det nærmeste, man kommer et bevis, som direkte vedrører en vurdering af, hvad der udgjorde opfindelsens »kerne«. Højesterets flertal undlod imidlertid at lægge vægt på Patentkommissionens opfattelse af opfindelsens formål og foretog sin egen vurdering, som førte til et radikalt anderledes resultat, nemlig at det ikke drejede sig om præparatets holdbarhed men derimod om præparatets tunge opløselighed i blod og vævsvæd-

ske. [60] Flertallet må i den forbindelse have baseret deres vurdering på det i patentbeskrivelsen om opløseligheden anførte.

Højesterets flertal affærdigede samtlige de af den påståede krænker påberåbte forskelle som værende uden væsentlig betydning. I den forbindelse er det værd at bemærke, at der ikke var tale om en helhedsvurdering men derimod om en række vurderinger, der hver for sig tog udgangspunkt i et enkelt eller ganske få af de påberåbte forskelligheder.

Der forelå ikke nogen beviser, som direkte var udtryk for vurderinger af *a)* den påståede krænkers fremgangsmådes mere eller mindre væsentlige lighed med den den i patentkravet beskrevne opfindelse, eller *b)* de påberåbte forskelligheders væsentlighed, eller *c)* den patenterede opfindelses væsentlighed. De væsentlighedsvurderinger, som flertallet på 5 højesteretsdommere lagde til grund for deres afgørelse, må derfor alle være resultatet af dommernes egenhændige bedømmelser af de forskellige væsentlighedsspørgsmål. Det er ikke helt klart, hvad Højesterets flertal sammenlignede den omtvistede fremgangsmåde med i forbindelse med vurderingen af forskellighedernes væsentlighed. Det forekommer dog rimeligt at antage, at sammenligningsgrundlaget har været patentet som helhed. Væsentlighedsvurderingerne må antages i høj grad at have været af ret konkret natur, men det forhold, at den eksakte angivelse af pH-værdien 6-8 inden indsprøjtning i patienten ikke blev tillagt nogen betydning kan dog siges at være af mere generel interesse i relation til fastlæggelsen af beskyttelsesomfanget for patenter med patentkrav, hvori der også optræder absolutte talværdier.

Den vigtigste del af begrundelsen syntes at være de 2 første afsnit, idet det er der, dommerne konkluderede, at der var en formodning for, at der forelå krænkelse. Det er bemærkelsesværdigt, at man ved læsningen af disse afsnit får indtryk af, at det drejede sig om krænkelse af et patent med patentkrav på selve præparatet og ikke blot på en fremgangsmåde til fremstilling af præparatet. I de 2 første afsnit er det således anført, at kernen i patentet genfandtes som et væsentligt formål ved *den påståede krænkers præparat*, og at tilsætningen af zink ikke kunne bringe *præparatet* udenfor patentets beskyttelsesområde. Endvidere blev hverken den patenterede fremgangsmåde eller den påståede krænkers fremgangsmåde nævnt med så meget som ét ord.

Når begrundelsen i den grad er fokuseret på præparatet, kunne det give

---

60. At dommerne lagde deres eget skøn til grund for afgørelsen antages også af O. T. Neel i UfR 1941 B s. 339.

anledning til den antagelse, at de 5 højesteretsdommere har ønsket i videst muligt omfang at udstrække beskyttelsesomfanget til reelt set også at omfatte tilsvarende præparater fremstillet ved andre fremgangsmåder. Hvis det er tilfældet, er det dog – af gode grunde, herunder navnlig forbudet mod patentering af lægemidler – ikke kommet direkte men kun indirekte til udtryk i begrundelsen.

Den afgørelse, hvorved en særlig kommission underkendte Patentkommissionens praksisændring, er ret detaljeret omtalt i en note i UfR, selv om den ingen direkte sammenhæng har med sagen. Det forhold, *at* der var tale om en afgørelse, som indebar en snæver fortolkning af forbudet mod patentering af lægemidler, og *at* man har fundet anledning til at omtale afgørelsen om genindførelsen af analogifremgangsmådepatenter så detaljeret i forbindelse med insulindommen, kunne man tage som yderligere udtryk for, at insulindommen reelt set er udtryk for flertallets »omgåelse« af forbudet mod patentering af lægemidler. Man kunne dog også se det som udtryk for, at man har ønsket at kompensere patenthaveren for den ulempe, som patenthaveren må være blevet påført ved at få sit fremgangsmådepatent udstedt i en periode, hvor Patentkommissionen ved sin vurdering af opfindelseshøjden ikke ville tage hensyn til den terapeutiske virkning af det fremstillede præparat.

Navnlig fordi der er tale om en 5/4-afgørelse, er mindretallets votum i Højesteret ikke uinteressant. De 4 højesteretsdommere, der udgjorde det ovenfor nævnte mindretal henviste i relation til fremgangsmåden C til de i landsretsdommen anførte grunde. Landsrettens af mindretallet tiltrådte begrundelse lød som følger (min kursivering):

> »På grundlag af det således anførte finder retten at måtte fastslå, at der ved fremstillingen af det af de sagsøgte »Novo« [den påståede krænker] tilvirkede … produkt er anvendt en fremgangsmåde, der er *så forskellig* fra den, på hvilken sagsøgerne [patenthaveren] har opnået patent, at der ikke fra de sagsøgtes side foreligger nogen krænkelse af sagsøgernes ved patenteringen opnåede eneret.
>
> Det fremhæves herved særlig, at der *ikke* ved den af de sagsøgte »Novo« anvendte fremgangsmåde fremkommer *den i patentkravet beskrevne som reaktionsmasse tjenende inderlige blanding af de to opløsninger*, og at sagsøgtes præparat fremkommer som et endeligt produkt, i hvilket i modsætning til det i patentet beskrevne en *ændring af pH-værdien ifølge udtalelse fra skønsmændene ikke har terapeutisk værdi*.«

Mindretallets begrundelse afspejler næppe en anden opfattelse af den betydning et patents »kerne« bør tillægges ved fastlæggelsen af patentets beskyttelsesomfang. Det fremgår af Højesterets voteringsprotokol, at mindst

2 af mindretallets 4 dommere, var af den opfattelse, at den tunge opløselighed ikke kunne anses for at udgøre patentets »kerne«, og at der også efter deres opfattelse ville være tale om krænkelse, hvis man antog, at opløseligheden var udtryk for »kernen«. Dette kunne tale for, at flertallets principielle opfattelse vedrørende betydningen af et patents »kerne« også havde udbredt støtte hos mindretallet.

Det fremgår i øvrigt, at landsdommerne og Højesterets mindretal ligesom Højesterets flertal vurderede, hvor væsentlige forskelligheder, der var mellem den omtvistede fremgangsmåde og den i patentet beskrevne fremgangsmåde. Dette kunne tyde på, at uenigheden i Højesteret alene var begrænset til vurderingen af, hvad der skulle anses for opfindelsens kerne, og hvor væsentlig forskellighederne mellem fremgangsmåderne kunne anses for at være. I modsætning til Højesterets flertal foretog landsdommerne og Højesterets mindretal en helhedsvurdering ved deres vurdering af forskellighedernes betydning.

Mindretallets og landsdommernes væsentlighedsvurdering må antages hovedsagelig at have været af konkret karakter. For at nå frem til, at der ikke forelå krænkelse, må dommerne dog nødvendigvis have indtaget den holdning, at den meget begrænsede udøvelse af den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde, må anses for at have været en utilsigtet sideeffekt til den omtvistede fremgangsmåde, hvorfor der ikke var tale om noget, som kunne bringe den omtvistede fremgangsmåde ind under patentets beskyttelsesomfang. Det forekommer derfor rimeligt at antage, at landsdommerne og Højesterets mindretal tiltrådte syns- og skønsmændendes opfattelse vedrørende utilsigtede sideeffekters betydning i relation til bedømmelsen af spørgsmålet om patentkrænkelse.

På grund af de altafgørende synspunkter, som Højesterets flertal havde om den påståede krænkers udnyttelse af opfindelsens kerne, havde Højesterets flertal ikke lejlighed til at tage stilling til spørgsmålet om den utilsigtede sideeffekts betydning. Man kan derfor konstatere, at samtlig de 7 dommere (4 højesteretsdommere og 3 landsdommere), som havde lejlighed til at tage stilling til spørgsmålet må antages at have været af den ovenfor omtalte opfattelse.

For så vidt angår fremgangsmåderne A og B nåede det ovenfor omtalte flertal blandt højesteretsdommerne med følgende begrundelse også frem til, at der forelå krænkelse:

> »Disse metoder [fremgangsmåderne A og B] har ikke været forelagt skønsmændene, men indstævnte [den påståede krænker] har erkendt, at de frembyder større lighed med den patenterede fremgangsmåde end den under C nævnte.

> Som følge af det anførte må alle tre fremgangsmåder anses som indgreb i appellantens [patenthaverens] rettigheder ifølge patentet.«

Antagelsen om, at der forelå krænkelse også for så vidt angår fremgangsmåderne A og B, var med andre ord rent processuelt begrundet i den påståede krænkers erkendelse, som indebar, at dommerne måtte anse dem for i endnu mere væsentlig grad at ligne den i patentet beskrevne fremgangsmåde.

Mindretallet på 4 dommere kom med følgende begrundelse frem til den modsatte konklusion:

> »Med hensyn til de i påstanden under A og B nævnte fremgangsmåder er der derhos ikke forelagt Højesteret sådanne oplysninger, at det på grundlag heraf findes at kunne fastslås, at disse fremgangsmåder … frembyder en sådan lighed med den af appellanten anvendte, at der herved foreligger patentkrænkelse.«

For Højesterets mindretal var situationen en anden, idet de som nævnt ikke anså fremgangsmåden C for omfattet af patentet, hvorfor den påståede krænkers erkendelse ikke i sig selv kunne give grundlag for nogen slutninger vedrørende fremgangsmåderne A's og C's forhold til patentets beskyttelsesomfang. Mindretallet måtte derfor foretage en selvstændig vurdering af, om fremgangsmåderne A og B var omfattet af patentet. Konklusionen om, at det ikke var tilfældet er udtryk for den opfattelse, at patenthaveren bevisførelse ikke opfyldte de relevante beviskrav. Da Højesterets flertal af processuelle årsager ikke havde anledning til at tage stilling til dette spørgsmål om beviskravene, er mindretallets begrundelse udtryk for, at samtlig 4 højesteretsdommere, der havde anledning til at tage stilling til spørgsmålet, nåede frem til den konklusion, at beviskravene ikke var opfyldt.

2.34.2. Kommentarer fra den juridiske litteratur

Insulindommen er den danske dom om patentkrænkelse, der har været genstand for flest og mest omfattende kommentarer i litteraturen. Som det fremgår af det følgende, skyldes det i vidt omfang den tabende parts advokat, højesteretssagfører Poul Jacobsen.

I en artikel i UfR 1941 B s. 257 behandlede *Poul Jacobsen* en række spørgsmål vedrørende patentering af lægemidler og fremgangsmåder på fremstilling af lægemidler. I den forbindelse kom han ind på, hvorledes insulindommen skal forstås.

Poul Jacobsen anså dommen for et forbavsende brud med hidtidig

retspraksis, ifølge hvilken man efter Poul Jacobsens opfattelse i det store og hele havde fortolket patenter strengt, således at man havde forstået patentkravene snævert og havde nægtet at staturere krænkelse, når den omtvistede konstruktion eller fremgangsmåde faldt uden for ordene i patentkravet. [61]

Poul Jacobsen så dommen som udtryk for, at dommerne havde set næsten helt bort fra ordlyden og udelukkende havde hæftet sig ved den opfinderiske ide. Han pegede på 2 mulige årsager til det omtalte brud med hidtidig retspraksis. [62]

For det 1., *at* patentet var blevet udstedt i en periode, hvor Patentkommissionen fulgte en meget restriktiv praksis med hensyn til udstedelse af patenter på fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler, og *at* denne restriktive praksis efterfølgende var blevet underkendt af en særlig kommission i en række administrative klagesager vedrørende patent på fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler.

For det 2. – og efter Poul Jacobsens opfattelse væsentligst – at de 5 dommere, der udgjorde Højesterets flertal, fandt selve den opfinderiske ide så betydelig, at de anså det for urimeligt, hvis opfinderen ikke skulle kunne nyde de økonomiske frugter af hele opfindelsen, selv om den i patentkravet definerede opfindelse ikke dækkede hele den opfinderiske ide.

Poul Jacobsens artikel UfR 1941 s. 257 gav *O. T. Neel* anledning til en artikel i UfR 1941 B s. 338, hvori han kommenterede en del af Poul Jacobsens synspunkter.

O. T. Neel gjorde sig til talsmand for det synspunkt, at det næppe havde været uden betydning for sagens udfald, at den påståede krænker først i en kortere periode forsøgsvis havde anvendt 2 fremgangsmåder (A og B) til fremstilling af det pågældende lægemiddel, og at disse 2 fremgangsmåder begge havde haft større lighed med den i patentkravet definerede opfindelse end den 3. fremgangsmåde (C), som den påståede krænker anvendte i sin produktion. [63] O. T. Neels synspunkt kan formentlig mere præcist beskrives som et omgåelsessynspunkt, således at de 2 første fremgangsmåders større lighed med den i patentkravet beskrevne opfindelse skulle dokumentere en omgåelseshensigt, som ifølge O. T. Neel kunne være kommet den påståede krænker til skade ved Højesterets vurdering af sagen.

I artiklen UfR 1941 B s. 257 havde Poul Jacobsen givet udtryk for den

61. UfR 1941 B s. 264.
62. UfR 1941 B s. 265.
63. UfR 1941 B s. 339.

opfattelse, at Højesterets flertal havde anset kernen i patentet for at være det nye stof, protamininsulinat, med dets nye terapeutiske virkning, tung opløselighed. Han kritiserede denne fastlæggelse af fremgangsmådepatentets kerne, idet han – korrekt – påpegede, at den i realiteten indebar en produktbeskyttelse (af protamininsulinat), og at sådan en produktbeskyttelse burde stride mod forbudet mod patentering af lægemidler. [64]

Hovedbudskabet i O.T. Neels artikel var, at begrundelsen fra Højesterets flertal snarere skulle forstås på en anden måde. Den pågældende del af begrundelsen lød som følger:

> »Den ved foreningen af insulin og protamin opståede tungtopløselighed i blod, der udgør kærnen i patentet …«

Ifølge O.T. Neel udgjorde ordet »foreningen« den væsentligste del af begrundelsens definition af patentets kerne, således at det afgørende var, om der blev fulgt en fremgangsmåde, i henhold til hvilken insulin og protamin blev bragt i forbindelse. [65] Hvis man tager udgangspunkt i begrundelsens formulering, er der intet, der taler for O.T. Neels opfattelse om, at ordet »foreningen« skulle udgøre det væsentligste led i afgrænsningen af patentets kerne. Rent syntaktisk forekommer det på grund af bisætningens placering langt mere nærliggende at læse begrundelsen således, at kernen i patentet var »den … opståede tungtopløselighed i blod«. På trods heraf er der dog næppe grundlag for at se bort fra, at den tunge opløselighed skulle være opstået som følge af en forening af insulin og protamin.

Som reaktion på O.T. Neels artikel skrev *Poul Jacobsen* i UfR 1941 B s. 340 en mindre artikel med kommentarer til O.T. Neels synspunkter, herunder navnlig vedrørende spørgsmålet om, hvad Højesterets flertal anså for at udgøre patentets kerne i insulindommen. Poul Jacobsen anførte indledningsvis, at det var ham umuligt at forstå O.T. Neels rænsonement. [66] Derefter påpegede han, at det efter hans opfattelse ikke gjorde den store forskel, om man lagde særlig vægt på ordet »foreningen«. Dette må tiltrædes, idet en beskyttelse, som omfatter enhver fremgangsmåde, hvorved 2 stoffer »forenes« på en sådan måde, at de går i forbindelse med hinanden og derved danner et slutprodukt bestående af en kemisk forbindelse mel-

64. UfR 1941 B s. 262 ff.
65. UfR 1941 B s. 338.
66. Se i samme retning Hardy Andreasen i Juristen 1942 s. 268, hvor han i note 19a anførte, at O.T. Neels bemærkninger i artiklen var vanskelige at forstå.

lem de 2 stoffer, rent logisk må omfatte enhver fremstilling af det resulterende slutprodukt. [67]

Hardy Andreasen skrev i Juristen 1942 s. 257 en længere artikel om patentering af lægemidler, hvori han også kom ind på insulindommen. Ifølge ham er Insulindommen udtryk for, at reale grunde talte for at underlægge det dagældende forbud mod patentering af lægemidler en indskrænkende fortolkning. [68] I øvrigt gav han udtryk for, at den beskyttelse af den opfinderiske ide/patentets kerne, som fulgte af højesteretsdommen, var et brud med ældre højesteretspraksis. [69]

Højesteretsdommer *A. Drachmann Bentzon* kommenterede insulindommen i TfR 1942 s. 427.

Ifølge Bentzon var det opfattelsen hos flertallet af Højesterets dommere, at kernen i patentet var »tungtopløseligheden i blod og vævsvædske«. Bentzons opfattelse af kerne-spørgsmålet var således endnu mere vidtgående end O.T. Neels og Poul Jacobsens forskellige opfattelser, idet kernen efter Bentzons opfattelse ikke var begrænset til den tungtopløselighed, der skyldes foreningen af insulin og protamin eller ved det af denne forening resulterende stof protamininsulinat. [70]

I sin kommentar påpegede Bentzon, at Højesterets flertal og mindretal havde haft divergerende opfattelser af, om den omtvistede fremgangsmåde afveg væsentligt fra den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde, og at disse forskellige vurderinger var afgørende for, at flertallet i modsætning til mindretallet mente, at der var tale om krænkelse af patentet. [71]

Om væsentlighedsvurderingen oplyste Bentzon, *at* den formentlig måtte bero på, om den omtvistede fremgangsmåde indeholdt nye momenter af nogen betydning i forhold til fremstillingen af det patenterede præparat, og *at* det vigtigste i den forbindelse formentlig måtte være, om det havde nogen betydning, om de 2 hovedingrediensers sammenblanding fandt sted i en opløsning eller i en udfældning.

Umiddelbart forekommer det besynderligt, at der øjensynlig ikke er nogen sammenhæng mellem det, der ifølge Bentzon udgjorde opfindelsens kerne, »tungtopløseligheden i blod og vævsvædske«, og de kriterier, han anså for at være afgørende for væsentlighedsvurderingen.

Derudover anførte Bentzon noget om sagens processuelle forudsæt-

---

67. Se i samme retning Hardy Andreasen i Juristen 1942 s. 268 f, note 19a.
68. Juristen 1942 s. 268.
69. Juristen 1942 s. 269.
70. TfR 1942 s. 427.
71. TfR 1942 s. 427 f.

ninger i relation til spørgsmålet om patentlovens forbud mod patentering af lægemidler. Han skrev således, *at* det kunne være tvivlsomt, om fremgangsmåden i sig selv indeholdt en opfindelse, eller om opfindelsen lå i anvendelsen af protamin og insulin i forbindelse med hinanden, således at opfindelsen i realiteten var et nyt lægemiddel, men *at* det spørgsmål ikke forelå til påkendelse, hvorfor Højesteret måtte lægge til grund, at der forelå et gyldigt patent. Hvis det er korrekt, at den opfattelse af sagens processuelle forudsætninger lå til grund for Højesterets stillingtagen til sagen, må det formentlig indebære, at Højesteret ikke har tillagt forbudet mod patentering af lægemidler nogen som helst betydning for sagens afgørelse. Under denne forudsætning er de øvrige kommentatorers forskellige overvejelser vedrørende forbudets betydning for afgørelsen alle irellevante. Som det fremgår nedenfor, har Bentzons synspunkter vedrørende de processuelle forudsætninger ingen støtte i Højesterets voteringsprotokol.

Det af Bentzon om de processuelle forudsætninger anførte indicerer, at den påståede krænkers advokat havde begået en fejl ved ikke at nedlægge en påstand om, at patentet var ugyldigt, fordi opfindelsen i realiteten vedrørte et lægemiddel. Den påståede krænkers advokat, *Poul Jacobsen*, fandt derfor anledning til at tage til genmæle, hvilket skete i artiklen »Fortolkning af Patenter og Domstolenes Kompetence i Patentsager med særligt Henblik på Insulindommen« i UfR 1943 B s. 141. I den artikel argumenterede Poul Jacobsen grundigt og overbevisende for det synspukt, at de af Bentzon omtalte procesuelle forudsætninger ikke burde lægges til grund for insulinsagens afgørelse.

I Juristen 1943 s. 11 fremsatte den daværende højesteretspræsident *Troels G. Jørgensen* nogle bemærkninger til en række domme, herunder til insulindommen. Bemærkningerne blev fremsat i en artikel om anvendelse af teknisk sagkyndige meddommere i patentsager, og dommene blev omtalt som eksempler på »juridisk betonede patentretlige afgørelser«. I relation til insulindommen anførte Troels G. Jørgensen, at vurderingen af, om de foreliggende forskelle kunne anses for væsentlige, var »medbestemt af rent formueretlige betragtninger«, idet patentretten er »et led i det ejendomsretlige system med beskyttelse af den produktive arbejdsindsats«, hvorfor »herfra hentede hensyn kan havde betydning for patenternes bedømmelse«.

Umiddelbart forekommer det ikke klart, hvad Troels G. Jørgensen mente med »rent formueretlige betragtninger« og »hensyn« fra »det ejendomsretlige system«. Af sammenhængen syntes det dog at fremgå, at bredden af et patents beskyttelsesomfang skal afhænge af »den produktive arbejdsindsats«, som patentet efter Troels G. Jørgensens opfattelse tje-

ner til at beskytte, hvilket må formodes at indebære, at banebrydende og værdifulde opfindelser skal tildeles et bredt beskyttelsesomfang, mens mindre banebrydende og mindre værdifulde opfindelser skal tildeles et mere begrænset beskyttelsesomfang. [72]

I *1964-betænkningen* er det i forbindelse med omtalen af den dagældende praksis med hensyn til udstedelse af analogifremgangsmådepatenter anført, at den i insulindommen patenterede fremgangsmåde næppe i sig selv opfyldte betingelserne for at kunne anses for en patenterbar opfindelse. Hvis det skal forstås således, at patentet efter forfatternes opfattelse var et analogifremgangsmåde-patent, så er der tale om en ordinær fejltagelse. Hvis det ikke er meningen, så er det vanskeligt at se, hvad der danner grundlag for forfatternes opfattelse.

Ifølge 1964-betænkningens fortolkning af insulindommen var det i øvrigt opfattelsen hos højesterets flertal, at kernen i opfindelsen var det fremstillede produkts terapeutiske virkning, det vil sige den relativt tunge opløselighed. [73]

Torsten Nørgaard har kort omtalt Insulindommen i artiklen »Lægemiddelpatenters beskyttelsesomfang« i NIR 1984 s. 8. Navnlig under henvisning til Højesterets voteringsprotokol opfatter Nørgaard flertallets votum som udtryk for den opfattelse, at der bør gives store opfindelser en dertil svarende omfattende beskyttelse. Nørgaard går i øvrigt fejlagtigt ud fra, at Insulindommen drejer sig om et analogifremgangsmådepatent. [74]

I Patentskyddets Omfattning fra 1994 har *Berndt Godenhielm* påberåbt sig Insulindommen – og Clopoxiddommen (UfR 1979 s. 553 H) – til støtte for det synspunkt, at danske domstole utvetydigt anvender ækvivalenstolkning. [75]

2.34.3. Højesterets voteringsprotokol

Insulindommens voteringsprotokol er ret kortfattet.

Det forhold, at patenthaverens opfindelse var af stor værdi, blev nævnt af 3 af de 5 dommere, som mente, at der var tale om krænkelse. Det blev nævnt af en af de 4 dommere, der kom frem til, at der ikke var tale om krænkelse.

---

72. I UfR 1943 s. 146 gav Poul Jacobsen udtryk for en tilsvarende forståelse af Troels G. Jørgensens synspunkter. Under henvisning hertil har Poul Jacobsen samme sted anført, at det af hensyn til retssikkerheden må anses for stærkt betænkeligt at inddrage en opfindelses økonomiske og/eller forretningsmæssige aspekter ved fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang.
73. 1964-betænkningen s. 106.
74. Torsten Nørgaard i NIR 1984 s. 12 og 15.
75. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 281 og 305.

Blandt de 4 dommere, som var af den opfattelse, at der ikke forelå krænkelse, nævnte de 2 dommere, at patentet ville have været krænket, hvis den bagvedliggende ide med hensyn til opnåelsen af tung opløselighed havde været beskyttet, men at beskyttelsen kun angik en fremgangsmåde, således at det ikke kunne være afgørende, om den påståede krænker udnyttede ideen, som ikke var begrænset til den konkrete fremgangsmåde.

Samtlige 4 dommere, som ikke anså patentet for krænket, nævnte i deres vota de fordele, der var forbundet med det lægemiddel, som blev fremstillet ved den omtvistede fremgangsmåde. At disse fordele havde betydning for deres votum er kommet klart til udtryk i den af landsretten givne begrundelse, som de 4 højesteretsdommere tiltrådte.

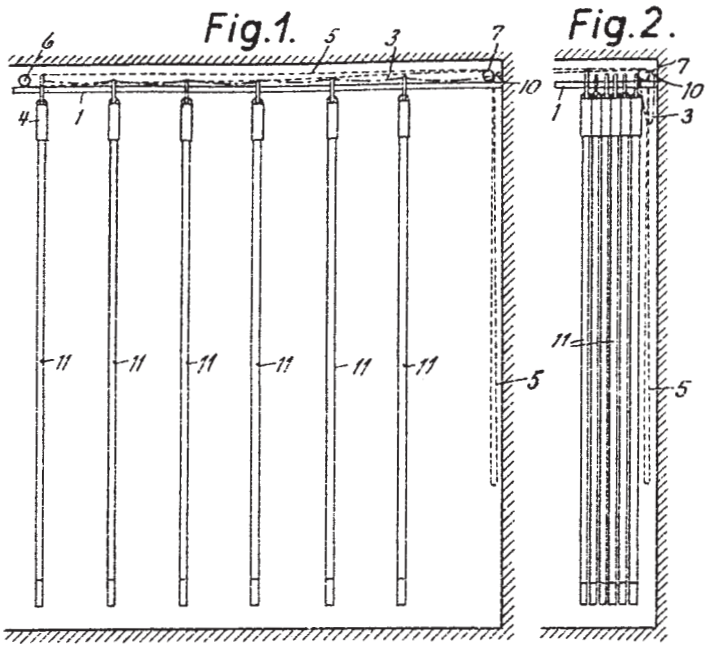
Voteringsprotokollen giver det indtryk, at i hvert fald 4 af de 5 dommere, som kom frem til, at der forelå krænkelse, lagde en vis vægt på den påståede krænkers subjektive forhold. En af disse 4 dommere antydede direkte, at der havde foreligget industrispionage. Denne dommer fremhævede også, at den påståede krænker på et tidspunkt forgæves havde forsøgt at få en licens fra patenthaveren. I votaene fra 2 af de 4 dommere blev det hævdet henholdsvis, *at* der forelå et fuldstændigt plagiat, og *at* der var tale om udnyttelse af andres anstrengelser og en utilsløret efterligning. Den sidste af de 4 dommere anførte, at det var af betydning, at den påståede krænker først havde forsøgt sig med en fremgangsmåde (fremgangsmåden A), som lå meget tæt på den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde, for derefter at anvende en noget mere forskellig fremgangsmåde (fremgangsmåden B), hvorefter den påståede krænker så var gået over til den 3. fremgangsmåde (fremgangsmåden C), som var retssagens primære genstand.

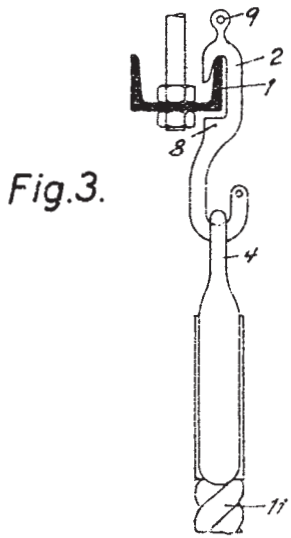
Blandt de 5 dommere, som anså krænkelse for at foreligge, henviste de 2 dommere i deres vota til nogle udtalelser, som en professor Lindestrøm-Lang havde afgivet, og som støttede de af patenthaveren hævdede synspunkter. Lindestrøm-Lang og hans udtalelser er ikke omtalt i selve dommen, men det forekommer rimeligt at antage, at der var tale om en erklæring, som patenthaveren ensidigt havde indhentet. En af dommerne tillagde udtrykkeligt professorens udtalelser afgørende vægt, for så vidt angår et moment ved sagen, som dommeren i sit votum karakteriserede som værende af central betydning. Der er således grund til at antage, at den ensidigt indhentede erklæring var afgørende for, at der i Insulindommen blev statueret krænkelse, idet dommen ville have fået det modsatte udfald, dersom den pågældende dommer havde stemt anderledes.

Den dagældende patentlovs forbud mod patentering af lægemidler blev på forskellig vis omtalt af 6 dommere. Imidlertid gav ingen af dommerne i den forbindelse udtryk for noget, der kunne give anledning til at antage,

at dommerne af processuelle årsager så sig ude af stand til at frifinde den påståede krænker med den begrundelse, at det håndhævede patents udstedelse skulle stride mod forbudet. Som nævnt ovenfor har de af A. Drachman Bentzon hævdede synspunkter desangående derfor heller ikke støtte i voteringsprotokollen.

2.35. *VLT 1942 s. 249 – Klatretovsdommen* [76]





76. Dansk patent nr. 46.667.

I Klatretovsdommen er det anført, at patentet angik følgende (min kursivering):

> »En anordning til ophængning af klatretove i gymnastiksale og lignende kendetegnet ved *»kroge«*, der hver for sig bærer et af klatretovene og *med en øvre ombøjet ende*, hviler forskydeligt på en i gymnastiksalens loft fastgjort glidestang, hvorhos krogene to og to er forbundet indbyrdes ved afstandskæder, og det inderste dvs. nærmest væggen anbragte tovs krog ved en lignende kæde er forbundet med væggen, alt på en sådan måde, at klatretovene ved træk i een retning i et endeløst tov, der er fastgjort til det yderste klatretov og løber over trisser, kan trækkes ud i brugsstilling og ved træk i modsat retning kan trækkes ind til væggen.«

Der er tale om et næsten ordret citat af patentets patentkrav.

Den påståede krænker havde ophængt klatretove i nogle skoler, og patenthaveren anså disse klatretove for omfattet af patentet.

Den påståede krænker gjorde gældende, *at* de omtvistede klatretove i væsentlig grad var forskellige fra de i patentkravet beskrevne klatretove derved, *at* der blev anvendt et T-jern med glidere, som gik på begge T-jernets flanger, og *at* glidernes 2 sider var sikret ved en gennemgående vandret, fastnittet bolt.

Patenthaveren gjorde gældende, at afstandskæderne var det egentlige i patentet.

Ifølge syns- og skønsmændene udtalelser forholdt det sig således, *at* den omtvistede klatretovsophængning var analog med patenthaverens, og *at* forskellen mellem de to ophængningsmetoder kun vedrørte detaljer.

Vestre Landsret fandt i lighed med underretten, at der var tale om krænkelse af patentet. Vestre Landsrets begrundelse lød som følger:

> »… i henhold til det i underretsdommen i så henseende anførte kan det tiltrædes, at de indstævntes metode til klatretovenes ophængning er så analog med appellanternes [patenthaverens] patenterede metode, at der – uanset forskellighederne i detailudformningen – foreligger en krænkelse fra de indstævntes [den påståede krænkers] side af det opnåede patent.«

Henvisningen til det i underretsdommen anførte tilfører ikke landsrettens begrundelse noget af betydning, idet underretsdommens begrundelse lød som følger:

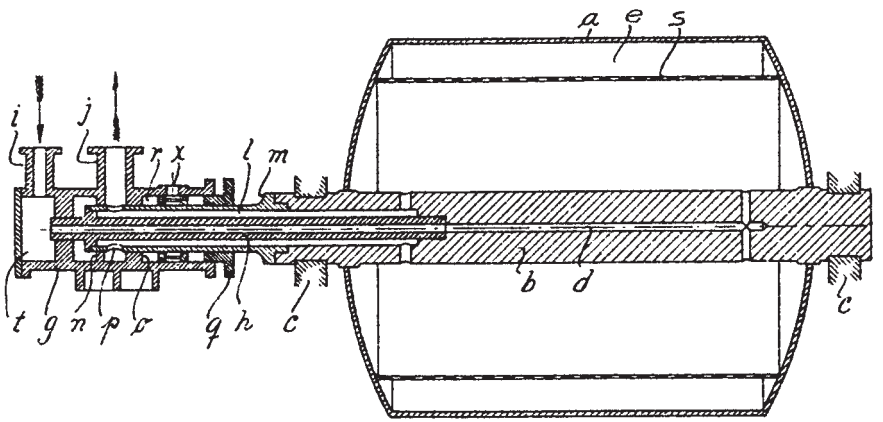
> »Som sagen herefter foreligger oplyst, må retten være af den opfattelse, at indstævntes [den påståede krænkers] metode til klatretoves ophængning er så

analog med sagsøgerens [patenthaverens] patenterede metode, at indstævntes pågældende installationer har været stridende mod det opnåede patent.«

Landsrettens dom må være udtryk for den opfattelse, at der foreligger krænkelse af et patent, hvis den omtvistede genstands konstruktion er analog med den i patentkravet beskrevne konstruktion, og eventuelle forskelle er begrænset til at vedrører detaljer.

Det forhold, at ordvalget i domsbegrundelsen i vidt omfang er sammenfaldende med syns- og skønsmændenes udtalelser, tyder rent bevismæssigt på, at dommerne lagde syns- og skønsmændenes vurdering af forskelle og ligheder til grund, og at de næppe foretog en selvstændig vurdering heraf.

2.36. *UfR 1943 s. 93 H – Køletromledommen* [77]



I Køletromledommen havde 1. og 2. patentkrav følgende ordlyd (min kursivering):

»1. Drejelig køletromle til nedkøling eller krystallisation af flydende og smeltede stoffer, især fedtstoffer og fedtemulsioner, ved at disse udbredes på tromlens overflade og køles ved fordampning af et flydende kølemedium af tromlens indre, kendetegnet ved, at den kanal h, d, hvorigennem kølemediet ledes til tromlen, og den kanal l, hvorigennem kølemediet ledes

77. Patent nr. 48.366.

bort fra denne, begge er ført gennem samme ende m af tromleakselen og tæt afspærret fra den ydre luft ved hjælp af en fælles, om akselenden anbragt pakdåse g, q.

2. Køleapparat ifølge krav 1, kendetegnet ved at den eller de åbninger p i køletromlens aksel, hvorigennem det afstrømmende kølemedium forlader denne i pakdåsehuset g, ligger mellem dettes oliekammer r og det sted t i pakdåsehuset, hvor kølemediet ledes ind i akselen b, *ved hvilken anordning olie hindres i at trænge fra oliekammeret r ind i køletromlen a sammen med det til denne strømmende kølemedium*.«

I patentbeskrivelsen var det angivet, at opfindelsens formål var at forhindre, at olie fra utætheder i den i patentkrav 1 nævnte pakdåse blev revet med ind i køletromlen af det indstrømmende kølemedium. Det nævnte formål er udtrykkeligt omtalt i patentkrav nr. 2, mens det på ingen måde fremgår af patentkrav nr. 1, at den deri beskrevne konstruktion skulle have noget specielt formål. Ideen var øjensynlig at placere røret med det udstrømmende kølemedium mellem det indstrømmende kølemedium og pakdåsen, således at eventuel olie, der måtte trænge gennem pakdåsen ville træffe det udstrømmende kølemedium og blive ført bort af dette, før det kunne nå helt frem til det indstrømmende kølemedium.

Det i patentet indeholdte udførelseseksempel viste en konstruktion, hvor tilførsels- og afgangskanalerne for kølemediet begge roterede sammen med akslen.

Den påståede krænker producerede køletromler af en konstruktion, hvor kanalerne for indstrømmende og udstrømmende kølemedium som angivet i patentkrav 1 var placeret i samme ende af køletromlen. Tilførselskanalen for kølemediet var en stationær rørledning, som ubrudt førte helt ind i køletromlens indre. Der var således tale om en konstruktion, som på dette punkt var forskellig fra den i udførelseseksemplet viste konstruktion, hvor tilførselskanalen roterede sammen med akslen. I patentkravene var der dog intet angivet om, at tilførselsledningen skulle rotere sammen med akslen, og dette træk ved den påståede krænkers konstruktion indebar således ikke i sig selv, at den afveg fra den i patentkravene beskrevne konstruktion. Patentets indehaver anså den påstående krænkers konstruktionen for omfattet af patentet og anlagde sag om krænkelse.

Såvel i landsretten som i Højesteret havde patenthaveren nedlagt påstand om, at den påståede krænkers køletromle-produktion udgjorde en krænkelse af patentet. I Højesteret havde patenthaveren derudover nedlagt påstand om, at den påståede krænker var uberettiget til at fremstille og forhandle køletromler, hvor kanalerne for tilførsel og bortledning af kølemediet »begge er ført gennem samme ende af tromleakselen og er tæt af-

spærret fra den ydre luft ved hjælp af en fælles, om akselen anbragt med trykoliesmøring udført pakdåse, således at forstå, at sidstnævnte kanal [bortledningskanalen] som en ring omgiver den førstnævnte [tilførselskanalen]«. Det må antages, at den omtvistede køletromle besad de konstruktive træk, der var beskrevet i den citerede påstand.

I dommen er det ikke omtalt, hvad parterne gjorde gældende i relation til krænkelsesspørgsmålet.

Ifølge syns- og skønsmændenes udtalelser forholdt det sig således, *at* der i patentet ikke var angivet andre formål med opfindelsen end den ovenfor nævnte forhindring af, at olie fra utætheder i pakdåsen skulle blive revet med kølemediet ind i tromlen *at* det ved den omtvistede køletromle på forhånd var udelukket, at olie fra pakdåsen kunne blive revet med ind i køletromlen af det indstrømmende kølemedium, idet den stationære og ubrudte rørledning, der førte kølemediet helt ind køletromlens indre, indebar, at problemet ikke kunne opstå, *at* den omtvistede køletromle ikke kunne siges at opfylde noget i patentet angivet formål, *at* det i patentbeskrivelsen anførte formål »undgåelse af oliemedrivning« skulle forstås i »direkte betydning« (sic!), og *at* det var betænkeligt at fortolke det nævnte formål som omfattende »undgåelse af olieindtrængning i almindelighed« eller »modvirkning af olieindtrængning ved hjælp af en fra tromlen udgående blæsestrøm.«

Østre Landsret var af den opfattelse, at der ikke var tale om krænkelse. Det var Højesteret også, men Højesteret gav en noget anden begrundelse. Højesterets begrundelse lød som følger (min kursivering):

> »Efter det oplyste *angår patentet ikke sikring mod olieindtrængning i almindelighed*, og *muligheden for oliemedrivning foreligger ikke* ved de af indstævnte [den påståede krænker] udførte … konstruktioner, hvis tilførselskanal ikke, således som det må antages at være tilfældet med hensyn til den ved appellantens [patenthaverens] patent beskyttede anordning, er forsynet med en roterende del, men består af en i sin helhed faststående, tæt sammenhængende rørledning, som er ført ind i tromlens indre.
>
> Herefter og i øvrigt i henhold til de i dommen anførte grunde vil indstævnte i det hele være at frifinde, og dommen vil således være at stadfæste.«

De af landsretten anførte grunde, der er henvist til i Højesterets begrundelse, er følgende (min kursivering):

> »Det må herefter antages, at *patentets eneste formål er at forhindre, at olie gennem utætheder ved pakdåsen rives af det indstrømmende kølemedium ind i køletromlen*. Det findes bevist, at det ved den i de af sagsøgeren [patentha-

> veren] påklagede udførelsesformer anvendte rørledning på forhånd er udelukkket, at pakdåseolie kan rives med ind i tromlen af det indstrømmende kølemedium, og patentet kan således ikke anses krænket ved de påklagede udførelsesformer af køletromlen, hvorfor sagsøgte [den påståede krænker] vil være at frifinde.«

Dommen kan ses som udtryk for den opfattelse, at når en patenteret opfindelse ifølge patentbeskrivelsen har ét formål, og patentkravene umiddelbart omfatter fænomener, hvor opfyldelsen af det formål er irellevant, så må patentets beskyttelsesomfang fastlægges snævert, således at sådanne fænomener, hvor opfindelsens formål er uden relevans, kommer til at ligge uden for beskyttelsesomfanget.

2.37. *VLT 1943 s. 351 – Rundsavsdommen* [78]

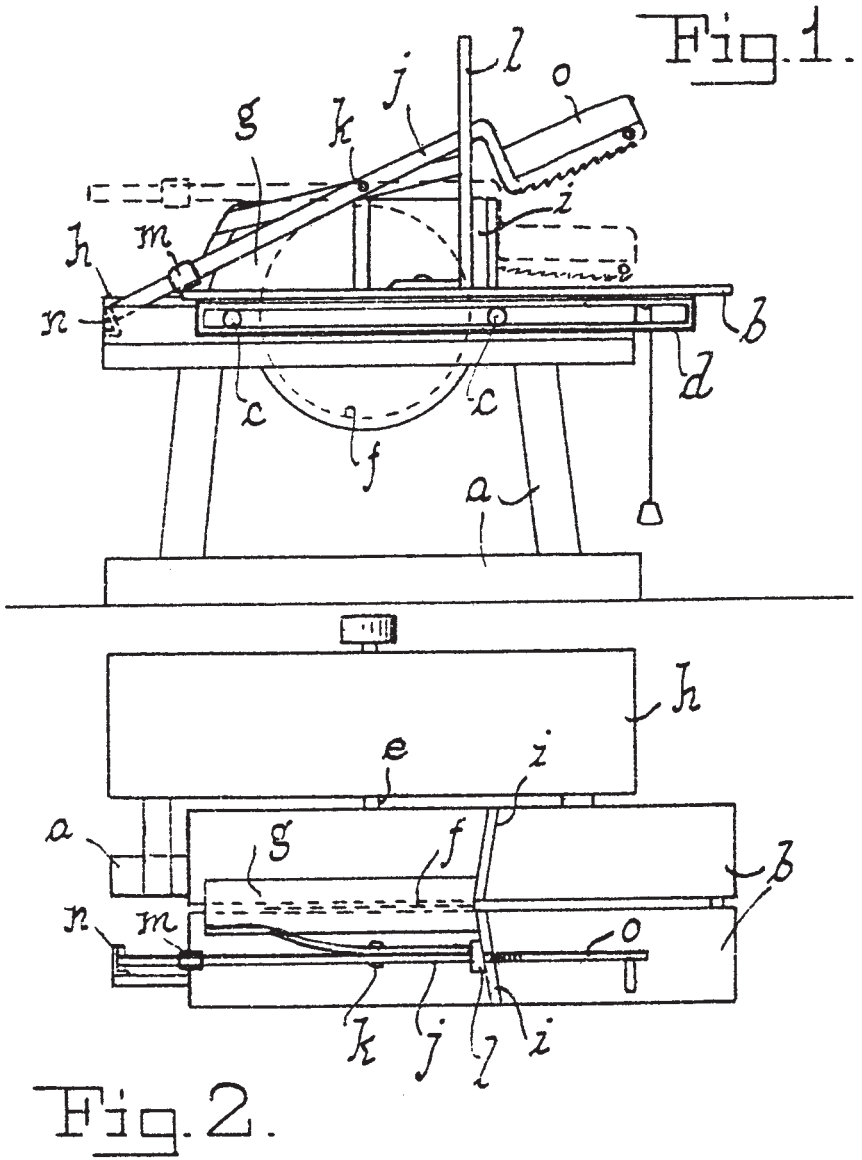


Fig. 2.

78. Dansk patent nr. 54.117.

I Rundsavsdommen havde det 1. og det 3. patentkrav følgende ordlyd (min kursivering):

»1. Fremføringsanordning ved rundsave til brændeskæring, kendetegnet ved, at *trykfoden, der tjener til fastholdelse af træet under savningen, er forkrøppet eller bøjet nedad* bagved et til støtte for træet tjenende vinkelformet *land*, hvorved den kan fastholde træ af enhver størrelse og tykkelse, uden indstilling eller forskydning af dens aksel, *hvorhos den automatisk fastlåser det forskydelige bord*, når dette på i og for sig kendt måde er trukket tilbage, og trykfoden ved sin egen vægt er vippet op til indlægning af træ, *idet trykfodens forreste ende da ligger an mod et fra savens stel udgående, passende formet fremspring*, fra hvilket den først udløses, når den trykkes ned med sin bageste ende, hvorefter bordet kan forskydes fremefter.«

»3. Fremføringsanordning i følge krav 1, kendetegnet ved, at *landets to bagudvendende flader* hver danner en spids vinkel med savklingen, hvorved det forhindres, at denne klemmes fast i skæret under savningen, og opnås, at brændestykker af enhver form kan få fast anlæg mod landet, idet træet ligger an mod dets to yderkanter.«

Den påståede krænker havde fremstillet og solgt 42 rundsave af en lidt afvigende konstruktion. Patenthaveren anså savene for omfattet af patentet og anlagde sag om krænkelse.

Den påståede krænkers procedure er ikke omtalt i dommen.

Patenthaveren gjorde gældende, <u>at</u> den omtvistede sav var bygget på samme ide som den i patentkrav 1 beskrevne sav, <u>at</u> den i patentkrav 1 beskrevne sav såvel som den omtvistede sav var forsynet med en vægtstang, der var udformet således, *a)* at dens bageste ende tjente til at fastholde træet under savningen, og *b)* at den forreste ende aflåste rullebordet, når den bageste ende var vippet op, <u>at</u> patentbeskyttelsen skulle omfatte ikke alene save, hvor begge ender af vægtstangen var udformet på de angivne måder, men også save, hvor kun den ene ende af vægtstangens ender var udformet på en af de angivne måder, <u>at</u> den omtvistede savs forskelligheder med hensyn til stoppeanordning og anordning til fastholdelses af træet var af uvæsentlig betydning, <u>at</u> det i den forbindelse blandt andet måtte anses for uvæsentligt, at den omtvistede sav havde en indstillelig dobbelt tandstang med henblik på indstilling til forskellige trætykkelser, idet indstilling var unødvendig med hensyn til enhver i praksis forekommende trætykkelse, således at den i praksis ville blive anvendt på samme måde som den i patentkrav 1 nævnte forkrøbbede trykfod, og <u>at</u> der også forelå krænkelse af patentkrav 3, selv om den omtvistede sav ikke var forsynet med

noget land, idet den omtvistede sav i princippet alligevel virkede på samme måde som den patenterede sav.

Ifølge syns- og skønsmændene udtalelser forholdt det sig således, *at* den påståede krænkers rundsav i princippet virkede på samme måde som den af patenthaveren fremstillede sav, idet man ved begge konstruktioner opnåede de fordele, som bestod i fastholdelse af arbejdsstykket og en automatisk låseanordning gennem samme konstruktionselement, *at* der var den væsentlige forskel mellem de to nævnte konstruktioner, at trykfod og låseanordning i patenthaverens konstruktion var udformet i en enkelt vippestang, hvis ene ende, trykfoden, var forkrøppet, hvorimod trykfoden i den påståede krænkers konstruktion var udformet som en separat savtakformet stang, der var ophængt drejeligt i selve hovedstangen, *at* den påståede krænkers rundsav ikke kunne anses for at krænke patentet, idet patentet i henhold til det 1. patentkrav var karakteriseret ved, at trykfoden, der tjente til fastholdelse af træet under savningen, var forkrøppet eller bøjet nedad, hvorved det blev opnået, *a)* at den kunne fastholde træ af forskellig størrelse og tykkelse uden indstilling eller forskydning af dens aksel, og *b)* at den samtidig automatisk fastlåste det forskydelige bord ved tilbageføring af bordet, mens den påståede krænkers konstruktion var karakteriseret ved, at selve den savtakformede trykstang var en separat stang, der var ophængt drejeligt i hovedfremførselsanordningen, *at* stopperen på den påståede krænkers konstruktion bestod af en i fremførselsanordningen fastholdt finger, som greb ind i et på savens stativ anbragt hul, hvorimod stopperen på patenthaverens rundsav bestod af en på fremførelsesanordningen anbragt kontravægt, der stødte an mod en på savens stativ anbragt stopflade, hvilket indebar, at parternes 2 omtalte anordninger løste samme opgave men ikke kunne siges at være konstruktivt identiske, *at* patentet måtte forstås således, at patentkrav 1 omfattede konstruktioner, som samtidig havde de 2 træk, der bestod i, at der skulle være en forkrøppet trykfod, og at der skulle være et automatisk fastlåseligt og forskydeligt bord, *at* stoppeanordningerne på de 2 af sagen omhandlede rundsave var almindeligt kendte og benyttede konstruktioner, hvorfor der formentlig ikke kunne tages patent på nogen af konstruktionerne isoleret, og *at* efter den måde, hvorpå landet var karakteriseret i patentkrav 3, sås den påståede krænkers konstruktion ikke at krænke patentet.

I øvrigt havde retten på grundlag dels af en brochure fra den påståede krænker og dels rettens egen besigtigelse af den påståede krænkers rundsav konstateret, *at* på den omtvistede rundsav var håndtaget og en dobbeltradet tandstang anbragt på en stang, der udgjorde den ene arm af en vægtstang, på hvis anden arms yderste del der var anbragt en kontravægt, som

tvang armen ned, når grebet om håndtaget i den anden ende af vægtstangen blev sluppet, *at* aflåsningen af bordet på den omtvistede rundsav skete ved, at en finger på kontravægten greb ned i et hul på savens understel, og *at* der ikke på den omtvistede rundsav var anbragt noget »land« eller nogen parerplade.

Vestre Landsret fandt med følgende begrundelse, at der ikke var tale om krænkelse (min kursivering):

> »Således som patentkrav 1 er formuleret, findes sagsøgerne [patenthaveren] *alene at have opnået patentbeskyttelse for den i kravet beskrevne særlige udformning af trykfoden*, hvorved den er i stand til at fastholde træ af enhver størrelse og tykkelse uden indstilling eller forskydning af dens aksel, medens *beskyttelsen ikke kan antages at tage sigte på stoppeanordningen eller dennes kombination med fastholdelsesanordningen*. Idet anordningen til fastholdelse af træet på den af de sagsøgte [den påståede krænker] fremstillede rundsav i overensstemmelse med det af skønsmændene udtalte *i væsentlig grad findes at afvige* fra den patenterede anordning, foreligger der herefter ikke nogen krænkelse af patentet, for så vidt angår patentkrav 1.
>
> Efter formuleringen af patentkrav 3 skønnes der ej heller for så vidt angår dette krav at foreligge nogen patentkrænkelse gennem fremstillingen af de sagsøgtes rundsav, der som nævnt *ikke er forsynet med noget »land«*, mod hvilket træet kan lægges an.«

Det forhold, at syns- og skønsmændene havde udtalt, at der efter deres opfattelse ikke forelå krænkelse, tillagde dommerne øjensynlig ikke nævneværdig betydning, idet det ikke er omtalt i begrundelsen.

Begrundelsen er udtryk for den opfattelse, at hvis en omtvistet genstand i væsentlig grad afviger fra den i patentkravet beskrevne opfindelse, så kan der ikke være tale om krænkelse.

Årsagen til, at dommerne mente, at patentet ikke kunne antages at »tage sigte på stoppeanordningen«, må formentlig søges i det forhold, at syns- og skønsmændene havde udtalt, at der var tale om en almindeligt kendt og benyttet konstruktion. Når dommerne gav udtryk for, at patentet heller ikke kunne antages at tage sigte på kombinationen af stoppeanordningen og fastholdelsesanordningen (trykfoden), må det vel skulle forstås derhen, at dommerne anså stoppeanordningen for at være uden betydning for beskyttelsesomfanget, således at fastholdelsesanordningens udformning skulle være eneafgørende for, om der forelå krænkelse. At det skal forstås på denne måde har blandt andet støtte i det forhold, at dommerne ved vurderingen af den omtvistede rundsavs forhold til patentet alene udtalte sig om fastholdelsesanordningen. Med andre ord må den del af begrundelsen være udtryk for den opfattelse, at man ved fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang kan bortse fra de træk i patentkravene, der må

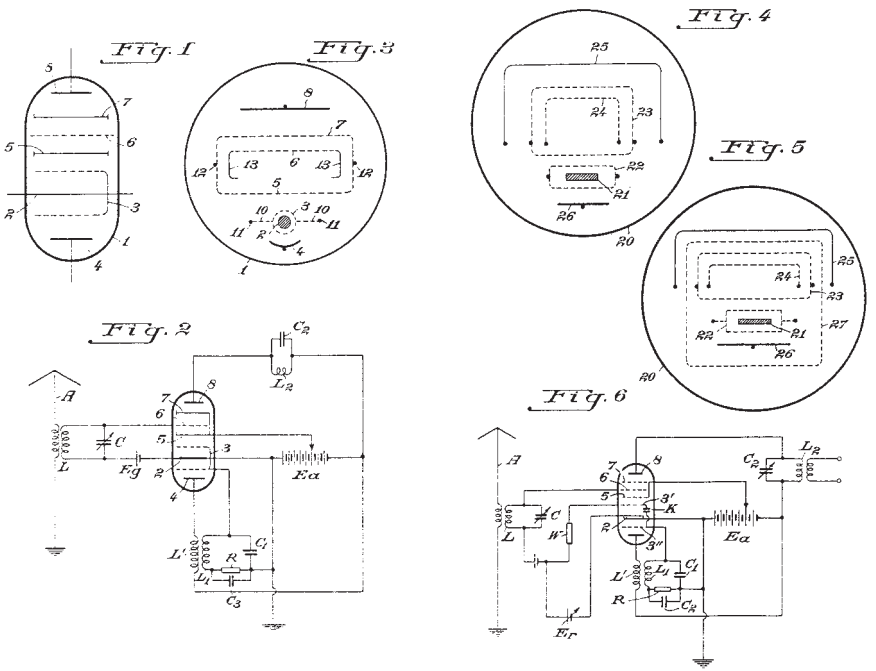
anses for almindeligt kendte og benyttede. På dette punkt er der tale om en tilsidesættelse af syns- og skønsmændenes vurdering, som gik ud på, at patentkrav 1 omfattede konstruktioner, der havde de deri beskrevne træk, for så vidt angår såvel fastholdelsesanordningen som stoppeanordningen.

Det er værd at notere sig, at syns- og skønsmændenes udtalelse om, at den omtvistede rundsav i princippet virkede på samme måde som patenthaverens rundsav, ikke var tilstrækkeligt til, at dommerne ville lægge afgørende vægt på det af patenthaveren fremførte om, at den påståede krænker skulle have baseret den omtvistede rundsav på samme ide som den i patentkravet beskrevne rundsav.

Da patentkrav 3 var et afhængigt underkrav til patentkrav 1, ville en naturlig begrundelse for, at der heller ikke forelå krænkelse af patentkrav 3, have været, at det ikke kunne være tilfældet, allerede fordi der ikke forelå krænkelse af patentkrav 1. Den i dommen givne særlige begrundelse for, at der ikke forelå krænkelse af patentkrav 3 kunne derfor tyde på, at dommernes fortrolighed med patentsystemet ikke var overvældende stor.

Når begrundelsen for, at der ikke forelå krænkelse af patentkrav 3, var, at den omtvistede rundsav ikke var forsynet med noget »land«, kan det i øvrigt give anledning til undren, at dommerne ikke anvendte samme begrundelse for, at der ikke forelå krænkelse af patentkrav 1. I patentkrav 1 er det nemlig også nævnt, at den deri beskrevne rundsav var forsynet med et »land«, og det er dette »land«, der i bestemt form henvises til først i patentkrav 3, jf. ordene »kendetegnet ved, at land*ets* to bagudvendende flader …«.

2.38. *UfR 1946 s. 814 H – Flergitterrørsdommen* [79] [80]



I flergitterrørsdommen havde patentkrav 1 følgende ordlyd (min kursivering):

> »Elektronrør med en glødekatode og fem eller flere yderligere elektroder og med to fra forskellige dele af katoden udgående, til hver sin anode forløbende udladningsbaner, af hvilke den ene (hovedudladningsbanen) har mindst to gitterelektroder, medens den anden (hjælpeudladningsbanen) har mindst een gitterelektrode, kendetegnet ved, *at* i det mindste een kold elektrode i hovedudladningsbanen er elektrisk forbundet med en kold elektrode i hjælpeudladningsbanen, og *at de to anoder* 4 og 8 eller 25 og 26 enten ved hjælp af særlige afskærmningsmidler eller *som følge af deres geometriske anbringelse er praktisk talt fuldstændig elektrostatisk afkoblet fra hinanden*, Fig. 3.«

---

79. Dansk patent nr. 51.212.
80. Mens sagen verserede for Højesteret indtrådte Den Danske Stat i sagen i stedet for den oprindelige indehaver af patentet, jf. lov nr. 132 af 30. marts 1946 om konfiskation af tysk og japansk ejendom. Dette forhold ses imidlertid ikke at have nogen betydning for de her behandlede problemstillinger, og ved behandlingen af dommen er det derfor og for at undgå unødig komplikation i fremstillingen set bort fra den detalje.

Den relevante del af patentkrav 15 lød som følger:

> »Kobling, ved hvilken der anvendes et elektronrør ifølge krav 1, kendetegnet ved …«

Efter at Højesteret i overensstemmelse med den påståede krænkers principale påstand havde omformuleret patentkrav 17, havde patentkrav 17 følgende ordlyd:

> »Kobling ifølge krav 15 og 16, kendetegnet ved, at flere gitterelektroder tilføres en af indgangsamplituden afhængig forspænding.«

Den påståede krænker producerede 5 forskellige typer radiomodtagerapparater. Til produktionen af radiomodtager-apparaterne anvendte den påståede krænker elektronrør af typerne CCH1 og X31. Rørene af typen CCH1 stammede fra patenthaveren, som selv fremstillede og solgte rørene. I X31-røret, der ikke stammede fra patenthaveren, var de anoder, der svarer til de 2 sidst i patentkravet omtalte anoder, placeret i forlængelse af hinanden. Ifølge en erklæring fra Patentkommissionen måtte denne placering anses for forud kendt fra et under retssagen fremlagt fransk patent, som ikke havde fremme i forbindelse med ansøgningens behandling.

Efter patenthaverens opfattelse udgjorde radioapparaterne med patenthaverens CCH1-rør en krænkelse af patentkravene 15 og 17, hvorfor han anlagde sag om krænkelse af disse patentkrav. Når den af patenthaveren anlagte sag var begrænset til ikke at omfatte spørgsmålet om krænkelse af patentkrav 1, må det formentlig tilskrives, at der var tale om rør, som patentets indehaver selv havde fremstillet, og at patenthaveren derfor havde affundet sig med, at den danske patentret måtte anses for konsumeret, for så vidt angik disse rør. [81]

---

81. Når et patent omfatter dels et produkt og dels visse muligheder for anvendelse af det pågældende produkt, og det forholder sig således, at patentindehaveren har produceret og solgt et antal eksemplarer af produktet, er det et interessant spørgsmål, om køberen og senere omsætningsled skal anses for berettiget til at anvende de købte eksemplarer af produktet på de af patentet omfattede måder, eller om patentets indehaver skal anses for at have bevaret retten til at håndhæve patentetkravene vedrørende produktets anvendelse over for køberen og senere omsætningsled. Landsretten og Højesterets majoritet havde ikke anledning til at tage stilling til spørgsmålet. De 3 højesteretsdommere, der havde anledning til at tage stilling til spørgsmålet forudsatte, at patentets indehaver ikke på grund af konsumption havde mistet retten til over for den påståede krænker at håndhæve patentkrav 15 og 17 vedrørende koblinger, hvori der anvendtes elektronrør af den i patentkrav 1 definerede slags, selv om rørene oprindeligt var fremstillet og solgt af patentindehaveren.

Under retssagen fremsatte den påståede krænker en række modpåstande, herunder 2, som gik ud på, *at* elektronrør af typen X31 ikke kunne anses for omfattet af patentkrav nr. 1, og *at* koblinger fremstillet under anvendelse af X31-rør ikke kunne stride mod patentkrav nr. 15 og 17.

For så vidt angår de her behandlede spørgsmål vedrørende patentets beskyttelsesomfang, er parternes procedure ikke omtalt i dommen.

Ifølge syns- og skønsmændenes udtalelser forholdt det sig således, *at* betydningen af udtrykket i patentkrav 1 »praktisk talt fuldstændig elektrostatisk afkobling« ifølge almindelig radioteknisk termionologi på patentets prioritetstidspunktet var og stadig var, at der blev opnået en formindskelse af anode-anode kapaciteten i størrelsesordenen 100-1.000 gange, og *at* der derfor i relation til patenthaverens CCH 1-rør overhovedet ikke forelå praktisk talt fuldstændig elektrostatisk afkobling mellem anoderne, *at* placeringen af de to anoder i X 31-røret [i forlængelse af hinanden] var den simplest mulige, *at* der ved placeringen af anoderne i X 31-røret næppe var tilsigtet en elektrostatisk afkobling, og *at* der ved koblingerne i den påståede krænkers radioapparater ikke som beskrevet i patentkrav 17 var en spænding, som »tilføres« skærmgitteret.

Ifølge en erklæring fra Patentkommissionen måtte placeringen af anoderne i X 31 røret anses for forud kendt fra et under retssagen fremlagt fransk patent, som ikke havde været inddraget i ansøgningssagens behandling.

Østre Landsret var af den opfattelse, at der ikke forelå krænkelse af patentet, hvilket primært var begrundet med patentets ugyldighed. Højesteret fandt i modsætning til Østre Landsret, at patentet i det væsentligste måtte anses for gyldigt. Højesteret kom dog frem til, at der alligevel ikke var tale om krænkelse af patentet.

I relation til X31-røret, som patenthaveren ikke havde leveret, var de 9 højesteretsdommere enige om følgende begrundelse for, at der ikke forelå krænkelse:

> »Under hensyn til skønsmændenes udtalelse om, at den i røret X 31 benyttede anbringelse af anoderne i forhold til hinanden [i forlængelse af hinanden] er *den simplest mulige*, og til, at denne anbringelsesmåde *også var kendt før patentets prioridetsdato*, kan det ikke antages, at der ved ordene i krav 1: »eller som følge af deres geometriske anbringelse«, sigtes til en sådan anbringelsesmåde, men *ordene må forstås som en ikke nærmere angivet »særlig« anbringelse af anoderne i forhold til hinanden*. Allerede som følge heraf må der i overensstemmelse med indstævntes mere subsidiære påstand gives indstævnte medhold i, at gecovalve-røret X 31 ikke omfattes af krav 1, og at koblingsanordningen med de i krav 15 og 17 anførte kendetegn, ved hvilke dette rør

> anvedes, ikke krænker krav 15 og ej heller krav 17 i den ovenfor fastslåede indskrænkende formulering.«

Den del af dommen kan ses som udtryk for den opfattelse, at der ved fortolkningen af i hvert fald uklare udtryk i et patentkrav skal tages hensyn til den på prioritetstidspunktet kendte teknik på en sådan måde, at patentkravet så vidt muligt ikke kommer til at omfatte forud kendte tekniske løsninger.

En anden mulig forståelse af dommen er, at den er udtryk for, *at* dommerne mente, at den i patentkrav 1 omtalte »geometriske anbringelse« måtte forstås som en særlig geometrisk anbringelse, og *at* det forhold, at den anvendte anbringelse var forud kendt og meget simpel udgjorde tilstrækkeligt bevis for, at der ikke var tale om en sådan »særlig« anbringelse.

Begrundelsen for, at koblinger fremstillet under anvendelse af X31-røret ikke krænkede patentkrav 15 og 17, er i øvrigt udtryk for den opfattelse, at afhængige underkrav ikke kan være krænket, når der ikke foreligger krænkelse af det hovedkrav, som underkravene er afhængige af.

For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt den påståede krænkers anvendelse af patenthaverens CCH 1 rør stred mod patentkrav 15 og 17 gav Højesterets majoritet på 6 ud af 9 dommere følgende begrundelse for, at det ikke var tilfældet:

> »Da det … efter de af skønsmændene afgivne ovenfor nævnte erklæringer må antages, at der ved det af Telefunken [patentets indehaver] fremstillede rør CCH 1 *ikke foreligger den i krav 1 omhandlede fuldstændige elektrostatiske afkobling, således som dette efter det oplyste rettelig må forstås*, vil der ikke kunne gives appellanten medhold i, at indstævnte [den påståede krænker] ved benyttelsen af dette rør i de af indstævnte fremstillede radiomodtagerapparater har krænket patentet, jfr. herved med hensyn til patentkrav 17 skønsmændenes ovenfor anførte udtalelse, og indstævntes påstand om frifindelse vil derfor af denne grund være at tage til følge.«

Sammenholder man dommerflertallets begrundelse med syns- og skønsmændenes udtalelser, fremgår det, *at* dommerne ved fortolkningen af udtrykket »fuldstændig elektrostatisk afkoblet« i patentkrav 1 lagde forståelsen i henhold til almindelig radioteknisk termionologi til grund, og *at* dommerne uden yderligere overvejelser lagde afgørende vægt på, at patenthaverens CCH 1-rør ifølge syns- og skønsmændene ikke kunne anses for at være fuldstændig elektrostatisk afkoblet, således at røret savnede et af trækkene ved den i patentkrav 1 beskrevne opfindelse og dermed også et af trækkene ved den i patentkrav 15 beskrevne opfindelse.

Når patentkrav 17 var et afhængigt underkrav, som stod i afhængighedsforhold til såvel krav 1 som krav 15, kan det umiddelbart undre, at dommerne fandt anledning til at give en særskilt begrundelse for, at der ikke forelå krænkelse af patentkrav nr. 17. Der er dog ingen grund til at tillægge det nogen særlig betydning, idet det må anses for et simpelt udslag af overbegrundelse, jf. navnlig det ovenfor anførte om dommernes behandling af de afhængige underkrav 15 og 17 i relation til X31-røret.

Mindretallet på 3 dommere nåede til den modsatte konklusion om patenthaverens CCH 1-rør, hvilket de gav følgende begrundelse for:

> »Angående … bemærker disse dommere, at de ikke finder at der af indstævnte [den påståede krænker] er ført fyldestgørende bevis for, at de af Telefunken som værende i overensstemmelse med patentet leverede rør af type CCH 1, der er købt og anvendt af indstævnte ikke skulde være af den i patentet angivne beskaffenhed. Da det indstævnte selskab derhos ikke har godtgjort, at det ved købet af rørene har erhvervet ret til uden Telefunkens tilladelse at anvende dem i de af selskabet fremstillede radiomodtagerapparater, stemmer disse dommere for at tage appellantens [patenthaverens] påstand til følge …«

Mindretallets begrundelse afspejler den opfattelse, at når en genstand er (produceret og) bragt i omsætning af patenthaveren, må der være en (stærk) formodning for, at genstanden i teknisk henseende er indrettet på den af patenthaveren hævdede måde. Det forhold, at majoriteten blandt højesteretsdommerne kom frem til, at der ikke var tale om krænkelse i relation til patenthaverens CCH 1-rør er ikke nødvendigvis udtryk for, at majoriteten ikke delte minoritetens opfattelse med hensyn til bevisbyrden. Majoritetens afgørelse må nemlig antages at være udtryk for en anden bevisvurdering med hensyn til spørgsmålene om den i patentkrav 1 nævnte fuldstændige elektrostatiske afkobling og den i patentkrav 17 nævnte tilførsel af spænding til skærmgitteret.

2.39. *UfR 1949 s. 53 H – Borsvingsdommen* [82]

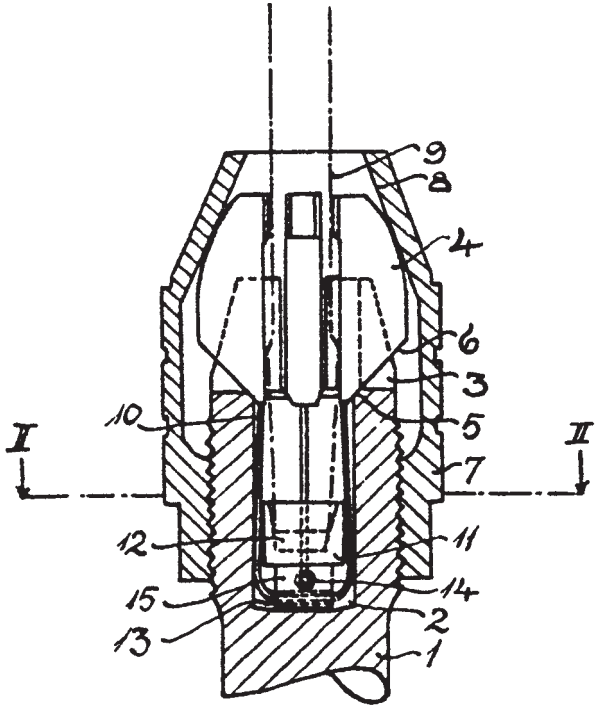


Fig. 1.

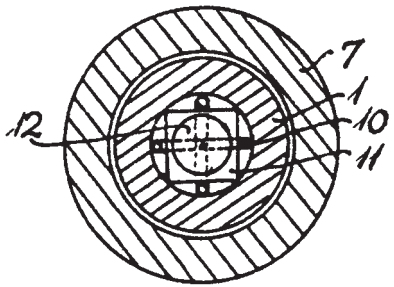


Fig. 2.

82. Dansk patent nr. 63.054.

2.39.1. Dommen

I Borsvingsdommen havde patentkravet følgende ordlyd (min kursivering):

> »Stålholder til borsving *med fire klembakker* og en udboring til optagelse af borstålets fod, og *hvor bakkerne to og to er forbundne ved en U-formet fjedertråd* af så tyndt materiale, at den tillader bakkernes fri bevægelser til fastklemning omkring borstål af forskellig form og diameter, idet bakkerne efter indføring i udskæringer i stålholderens kolbe med en skråflade glider på en skråflade på kolben, kendetegnet ved, at fjedertråden 10 er forbundet med bakkerne 4 ved disses nederste, inderste kant, der springer så langt frem inde i den centrale udboring i kolben 1, at fjedertråden i hele sin længde kan passere helt ned i kolbens udboringer, såvel i bakkernes mest åbne som lukkede stilling, *uden at der behøves ekstra udfræsning for fjedertråden i kolben eller klembakkerne* …«

Begrænsningen af patentkravet til borsving med 4 klembakker var en følge af, at patenthaveren fra starten af havde indlagt den begrænsning i patentkravet, og at patenthaveren ikke under ansøgningens behandling havde fundet anledning til at foretage nogen ændringer i den del af patentkravet. Det fremgik af en erklæring fra Patentkommissionen, at man også ville have udstedt patentet, hvis der i stedet for »fire klembakker« havde stået »to eller fire klembakker«. Den patentagent, der havde skrevet patentansøgningen, forklarede under sagen, at det beroede på »en lapsus«, at patentansøgningen ifølge sin ordlyd var blevet begrænset til borsving med 4 klembakker.

Det fremgik af patentbeskrivelsen, at formålet med konstruktionen var et billigere borsving med større anvendelighed og stærkere materiale.

Den påståede krænker forhandlede et tilsvarende borsving med 2 klembakker. Patenthaverens anså den påståede krænkers borsving for omfattet af patentet og anlagde sag om krænkelse.

Den påståede krænker havde erkendt, at forbindelsen mellem de 2 klembakker var den samme som den i patentkravet definerede forbindelse mellem de deri nævnte 4 klembakker, og at der forelå teknisk ækvivalens mellem de 2 konstruktioner. Den påståede krænker gjorde imidlertid gældende, at teknisk ækvivalens ikke kunne være eneafgørende for, om der foreligger krænkelse af et patent. Ifølge den påståede krænker burde det således være afgørende, at patenthaveren vidste, at borsving med 2 klembakker var mest normalt, og at patenthaveren med viden herom havde begrænset patentkravets ordlyd til borsving med 4 klembakker.

Patenthaverens procedure vedrørende krænkelsesspørgsmålet er ikke omtalt i dommen.

Ifølge syns- og skønsmændene og en erklæring fra Patentkommissionen var formålet med opfindelsen at undgå særlige udfræsninger til den i patentkravet nævnte fjeder.

Det fremgik af syns- og skønsmændenes erklæring, at langt de fleste af de borsving, der forekom i handelen, havde 2 klembakker, men at der også forekom borsving med 4 klembakker.

Syns- og skønsmændene udtalte endvidere, *at* den tekniske betydning af, om borsvinget havde 2 eller 4 klembakker, bestod i, at borsving med 4 klembakker var bedre til at fastholde visse typer bor, mens der ikke var væsentlige forskelle, for så vidt angik andre typer bor, *at* »det særligt ejendommelige«, som var beskyttet ved patentet var den måde, hvorpå fjedertråden var forbundet med klembakkerne, *at* det omtvistede borsving udviste de samme »ejendommeligheder« som det i patentet beskrevne borsving, og *at* det var uden betydning for opnåelsen af fordelene ved opfindelsen, om der var 4 eller 2 klembakker.

Såvel Østre Landsret som Højesteret kom frem til, at der forelå en krænkelse af patentet. Landsrettens af Højesteret tiltrådte begrundelse lød som følger (min kursivering):

> »Som sagen foreligger oplyst, navnlig ved skønserklæringen af 27. juni 1947 og Patentkommissionens skrivelse af 1. oktober 1947, må det antages, at *det særlige ved sagsøgerens* [patenthaverens] *opfindelse* består i fjedertrådens i patentkravet beskrevne forbindelse med klembakkerne, således at ekstra udfræsninger i kolben eller klembakkerne undgås, medens *patentkravets angivelse af 4 klembakker i stålholderen* – en konstruktion som i sig selv havde været kendt i en årrække – *er af underordnet betydning*. Firmaets [den påståede krænkers] … forhandling af borsving indeholder herefter en sådan udnyttelse af sagsøgerens opfindelse, at sagsøgerens patentret må anses for krænket.«

Dommen afspejler den opfattelse, at *når* en omtvistet genstand besidder de træk ved den i patentkravet beskrevne genstand, der er udtryk for det særlige ved opfindelsen, og *når* det omtvistede produkt kun afviger fra det i patentkravet definerede produkt i relation til andre træk af underordnet betydning, så foreligger der patentkrænkelse – i hvert fald, når det er dokumenteret, at patenthaveren kunne have fået udstedt patent med bredere patentkrav, som udtrykkeligt ville omfatte den omtvistede genstand.

Det fremgår udtrykkeligt af begrundelsen, at dommerne ved vurderingen af, hvad der måtte anses for »det særlige« ved opfindelsen, lagde vægt på syns- og skønsmændenes og Patentkommissionens udtalelser om, hvad der måtte anses for opfindelsens »formål«.

I øvrigt syntes dommen at være udtryk for den opfattelse, at de i et patentkrav angivne træk ved en opfindelse må anses for at være af underordnet betydning, i det omfang der er tale om træk, som på patentansøgningens prioritetsdato var kendt fra tilsvarende fænomener.

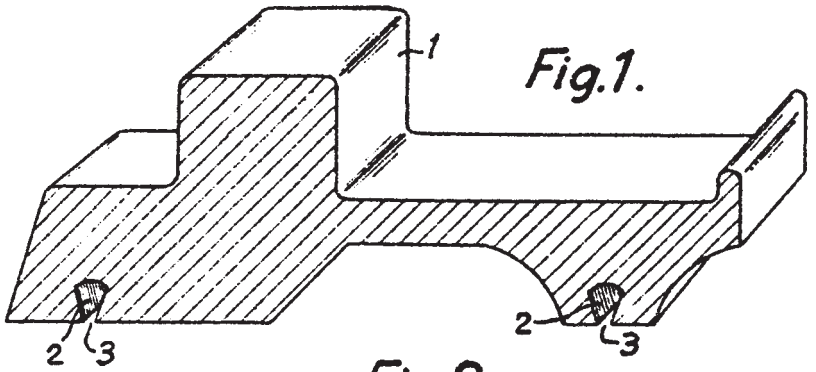
Hvis dommerne havde været af den opfattelse, at fænomenet »teknisk ækvivalens« i sig selv kunne være afgørende, ville det have været oplagt at afgøre sagen ved simpelt hen at henvise til, at den påståede krænker havde erkendt, at der forelå teknisk ækvivalens. Det ville i givet fald utvivlsomt have været den enkleste måde at begrunde dommens resultat. Når dommerne øjensynligt veg tilbage fra denne løsning, kan det forekomme rimeligt at se dommen som udtryk for, at dommerne var af den opfattelse, at »teknisk ækvivalens« ikke i sig selv kunne være afgørende for krænkelsesspørgsmålet.

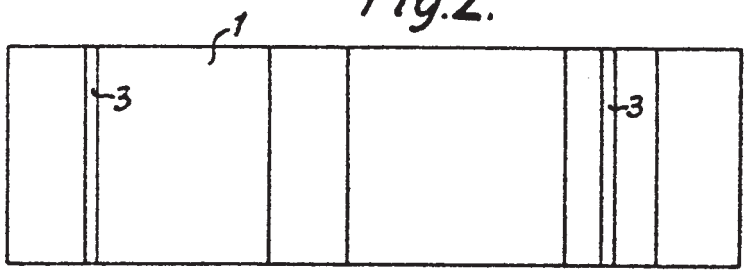
Det er bemærkelsesværdigt, at det øjensynlig hverken blev tillagt betydning, *at* patenthaverens patentagent havde erkendt, at den unødvendigt snævre formulering af den omtvistede del af patentkravet skyldtes en fejl fra patentagentens side, eller *at* den påberåbte forskel mellem det omtvistede borsving og det i patentkravet beskrevne borsving relaterede sig til en præcis talangivelse.

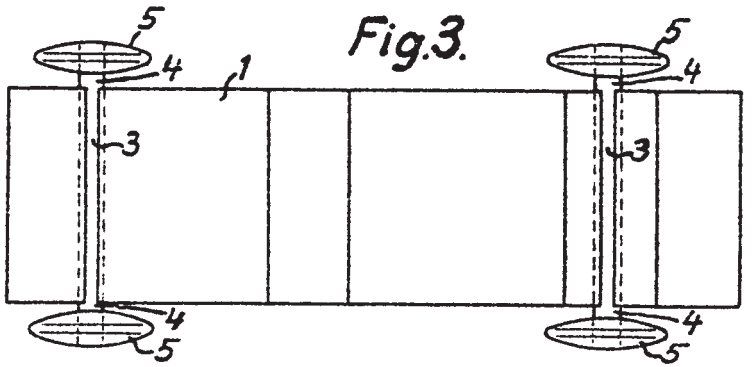
2.39.2. Kommentarer fra den juridiske litteratur

Mogens Plesner har i NIR 1971 s. 120 omtalt Borsvingsdommen som et eksempel til illustration af, dels hvorledes skønsmandsinstitutionen har virket i dansk domspraksis, og dels hvilken stilling danske domstole har taget til spørgsmålet om bogstavfortolkning eller en bredere forståelse af hele patentskriftet. I den forbindelse har Plesner givet udtryk for, at både landsretten og Højesteret klart satte sig ud over patentkravets ordlyd på grundlag af syns- og skønsmændenes udtalelser om teknisk ækvivalens hos den omtvistede genstand. Som der fremgår af det ovenfor anførte, havde syns- og skønsmændene imidlertid ikke udtalt sig om, hvorvidt der var tale om nogen form for »ækvivalens«. Til gengæld havde den påståede krænker erkendt, at der forelå »teknisk ækvivalens«. I øvrigt var der ikke i Højesterets begrundelse henvist til ækvivalens, men derimod til »det særlige« ved patenthaverens opfindelse.

2.40. *VLT 1949 s. 305 – Legetøjsautomobildommen* [83] [84]







83. Dansk patent nr. 63.343.
84. Patentet blev efterfølgende kendt ugyldigt af Højesteret, jf. UfR 1951 s. 580 H. Det skete imidlertid på grundlag af et i Højesteretssagen gennemført syn og skøn, og Højesterets afgørelse kan ikke siges at overrule Vestre Landsrets fastlæggelse af beskyttelsesomfanget i VLR 1949 s. 305. At der blev gennemført nyt syn og skøn under Højesterets behandling af sagen fremgår ikke af den summariske omtale af dommen i UfR. Man må ty til Højesterets dombog for at få denne oplysning.

I legetøjsautomobildommen bestred den påståede krænker ikke, at det omtvistede produkt var omfattet af patentet, idet den påståede krænker til støtte for sin frifindelsespåstand alene gjorde gældende, at patentet skulle være ugyldigt, og at han i øvrigt under alle omstændigheder måtte have forbenyttelsesret. Sagen er alligevel ikke uden interesse, idet Vestre Landsret i forbindelse med sin stillingtagen til ugyldighedsspørgsmålet udtalte sig om patentets beskyttelsesomfang.

Det 1. patentkrav havde følgende ordlyd (min kursivering):

> »Akselleje eller tapleje til legetøjskøretøjer, hvilket leje går helt igennem den pågældende lejedel, kendetegnet ved en i akselens længderetning forløbende underskåren *not, hvis slidsformede åbning er smallere end tykkelsen af akselen*, som anbringes i det af notens vægge begrænsede rum.«

Den påståede krænker havde til støtte for sin ugyldighedsindsigelse påberåbt sig, at det på ansøgningstidspunktet havde været kendt med legetøjsbiler af træ, hvor aksellejerne bestod af slidse, som fra vognens underside førte ind til et cirkelrundt hul, i hvilket hjulakslen blev anbragt, og hvor slidsen var indsnævret, således at hjulakslen kun ved anvendelse af et vist tryk kunne bringes på plads og pøny fjernes.

Patenthaverens procedure vedrørende beskyttelsesomfanget er ikke omtalt i dommen.

Ifølge syns- og skønsmændenes udtalelser forholdt det sig således, at som følge af det påberåbte nyhedsskadelige materiale havde patentkrav nr. 1 fået et for vidt omfang, idet det burde være begrænset således, at det var kommet til at lyde på, at åbningen var så meget smallere end akslen, at akslen ikke kunne fjernes.

Vestre Landsret kom frem til, at patentet ikke kunne anses for ugyldigt. I begrundelsen, der lyder som følger, kom dommerne ind på spørgsmålet om patentets beskyttelsesomfang (min kursivering):

> »Efter det således foreliggende findes de tilvejebragte oplysninger om Bojesens og Christens konstruktioner [det påberåbte nyhedsskadelige materiale] ikke af en sådan nyhedsskadelig karakter, at det sagsøgeren [patenthaveren] meddelte patent kan kendes ugyldigt, men *patentet må forstås med den af skønsmanden nævnte begrænsning*.«

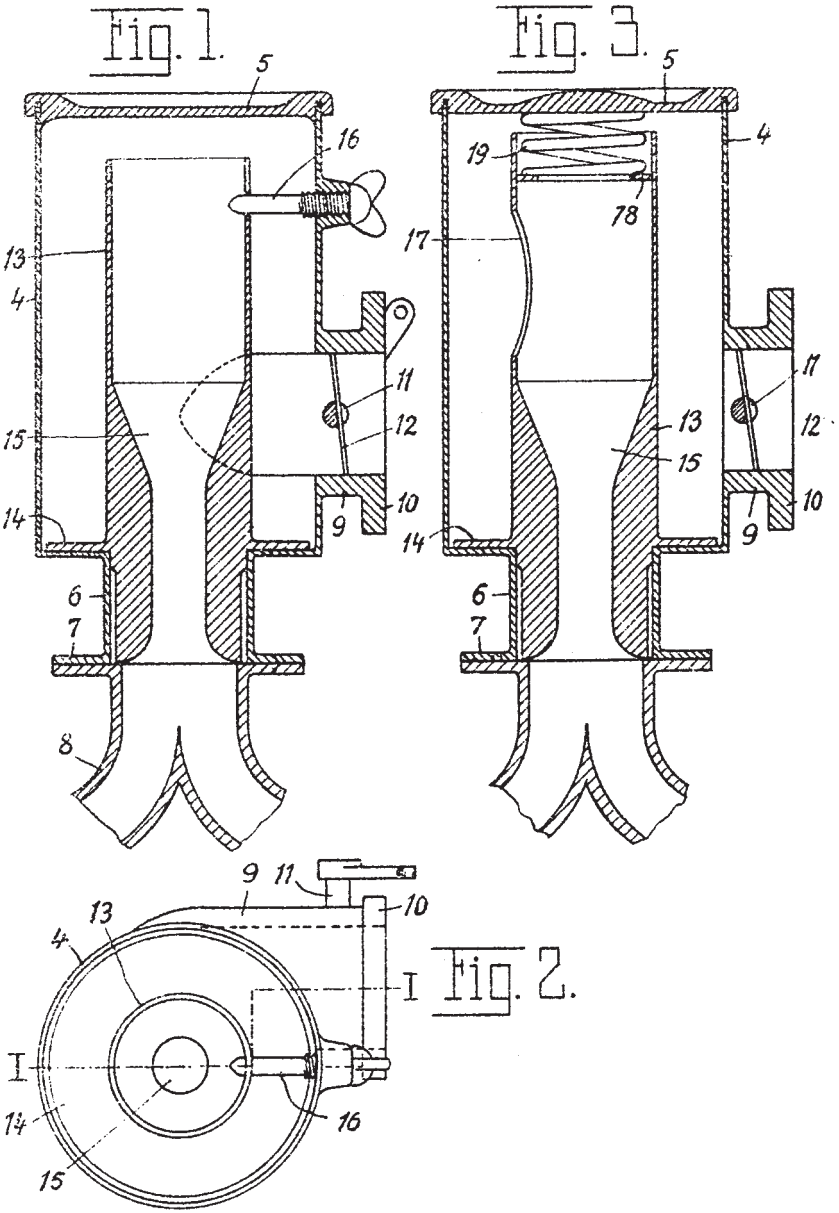
Begrundelsen må forstås således, at landsretten var af den opfattelse, at der kun var ført bevis for, at den i patentkrav 1 definerede opfindelse manglede opfindelseshøjde i forhold til den kendte teknik, men at der ikke var ført bevis for manglende nyhed, hvorefter der i henhold til den her-

skende fortolkning af dagældende patentlov ikke kunne blive tale om at statuere ugyldighed. Der er intet, som tyder på, at landsdommerne selv foretog en vurdering af forholdet mellem patentkravet og det påberåbte nyhedsskadelige materiale. Den del af begrundelsen må derfor antages at være baseret på en fortolkning af syns- og skønsmændenes udtalelse om, at det 1. patentkrav havde fået et for vidt omfang. [85]

Når det i begrundelsen er anført, at patentkravet måtte forstås med den »begrænsning«, som patentkravet ifølge syns- og skønsmændene burde have fået ved patentets udstedelse, må det være udtryk for den opfattelse, at et på trods af delvist manglende opfindelseshøjde gyldigt patentkrav kun kan håndhæves over for påståede krænkelser i det omfang patentkravet rent faktisk har opfindelseshøjde, selv om patentkravets ordlyd angiver et bredere beskyttelsesomfang.

85. Den af landsretten valgte fortolkning er temmelig sikkert forkert, idet det forekommer ret oplagt, at en konstruktion af den type, som den påståede krænker havde påberåbt sig, måtte være nyhedsskadelig.

2.41. *UfR 1950 s. 877 H – Retledningsapparatdommen.* [86]



86. Dansk patent nr. 61.778.

I retledningsapparatdommen er domsreferatet i UfR er af summarisk karakter, hvorfor det følgende er baseret på udskrifter fra Højesterets og Østre Landsrets dombøger. [87]

Patentkravene havde følgende ordlyd (min kursivering):

»I. Anordning ved motorer, der drives ved generatorgas, kendetegnet ved, at der mellem og umiddelbart efter det spjæld 12, gennem hvilket den færdigt blandede gasluftsblanding ledes til motoren, og denne er indskudt *et retledningsapparat, der tjener til at ophæve hvirvelstrømmene i gasluftblandingen*, så at denne passerer gennem motorens indsugningsrør i en jævn og rolig strøm.

II. Anordning ifølge krav I, kendetegnet ved, at retledningsapparatet består af en beholder 4, i hvilken der fra siden indmunder et rør 9, med et spjæld 12 for gasluftblandingen, og i hvilken der er anbragt en indsats 13, så at der mellem denne og beholderen 4 fremkommer et ringformet rum, som står i forbindelse med en gennem indsatsen 13 ført kanal, der har form som en *dyse* 15 og leder gasluftblandingen til motoren.«

Den påståede krænker fremstillede og solgte et apparat kaldet tjærefilter og gasrenser. Patenthaveren anså apparatet for omfattet af patentet og anlagde sag om krænkelse.

Den påståede krænker gjorde gældende, <u>at</u> det omtvistede apparat ikke var noget specielt retledningsapparat for den færdigt blandede gasluftblanding, men derimod et apparat til blanding af gas og luft og til udskilning af tjære og andre urenheder, <u>at</u> nogen retledning af blandingen ikke var tilsigtet, <u>at</u> ligheden mellem de 2 apparater var begrænset til, at begge beholdere havde form som lodret stående cylindre, der havde tilgang af gas og luft på siden og afgang for den rensede gasluftblanding forneden, <u>at</u> denne almindelige form for beholder med den dertil hørende almindelige anordning af tilgang og afgang for gasluftblandingen ikke var beskyttet ved patentet, og <u>at</u> det omtvistede apparat ikke havde den i patentkrav 2 nævnte dyse.

Patenthaveren gjorde gældende, at det omtvistede apparat virkede på ganske samme måde som patenthaverens apparat ved, at den færdigblandede gasluft efter at have passeret beholderen blev ført ind i et apparat, hvorved hvirvelstrømmene i gassen blev ophævet.

Under sagens behandling ved landsretten blev der gennemført syn og skøn ved 2 syns- og skønsmænd, hvilket syn og skøn under Højesterets be-

87. Østre Landsrets 2. afdelings dom af 26. juni 1946.

handling af sagen blev suppleret med et nyt syn og skøn ved en ny syns- og skønsmand. [88]

Ifølge udtalelser fra de første 2 syns- og skønsmænd forholdt det sig således, *at* det omtvistede apparat principielt var af samme konstruktive udformning som et i patentbeskrivelsen beskrevet apparat, *at* det omtvistede apparat var anbragt på den i patentkrav 1 angivne måde, det vil sige mellem motoren og det spjæld, gennem hvilket den færdige gasluftblanding blev ledt til motoren, *at* det var »udenfor al tvivl«, at det omtvistede apparat virkede som »retledningsapparat« i samme forstand som de apparater, der var beskrevet i patentbeskrivelsen, *at* det af den påståede krænker i apparatet anbragte filter ikke forandrede virkningen som retledningsapparat men blot supplerede den med en yderligere virkning, og *at* det omtvistede apparat i det hele taget var anbragt og virkede på den i patentkrav 1 beskrevne måde.

Mens retssagen verserede for Højesteret fik den påståede krænker udstedt patent på det omtvistede apparats konstruktion. [89] I den forbindelse havde patenthaveren indbragt Patentkommissionens beslutning om udstedelse af patent til den påståede krænker for en særlig kommission.

Under klagesagens behandling havde den særlige kommission udtalt, at den omtvistede konstruktion ikke var egnet til at virke retledende, da gasblandingen, som strømmede ind i afgangsrøret, kom fra 2 modsatte sider og derved dannede hvirvler i røret.

Den særlige kommission og Patentkommissionen havde endvidere i forbindelse med deres stillingtagen til den påståede krænkers ansøgning begge udtalt, at den omtvistede konstruktion ikke var omfattet af patenthaverens patentkrav 1, fordi det ikke havde været hensigten med det omtvistede apparat at opnå en retledningsvirkning, idet apparatets funktion ganske åbenbart beroede på andre virkninger. Den under Højesterets behandling af sagen udpegede nye syns- og skønsmand havde erklæret sig enig i den vurdering.

Landsretten var af den opfattelse, at der ikke var tale om krænkelse, idet det første patentkrav måtte anses for ugyldigt, og idet det omtvistede apparat ikke var omfattet af patentkrav 2. Højesteret mente ligeledes, at der ikke var tale om krænkelse, men gav en noget anden begrundelse, idet

88. Reglerne om oversyn og overskøn blev afskaffet ved retsplejelovens ikrafttrædelse, og der var således alene tale om et nyt syn og skøn som supplement til det allerede under landsrettens behandling gennemførte syn og skøn.

89. Dansk patent nr. 67.385.

dommerne i Højesteret på grundlag af de der fremkomne yderligere beviser også anså det første patentkrav for gyldigt.

Idet Højesteret ikke tog stilling til spørgsmålet om krænkelse af patentkrav 2, er landsrettens begrundelse vedrørende dette krænkelsesspørgsmål ikke uden interesse. Landsrettens begrundelse var følgende:

> »Det må derhos efter alt det foreliggende antages at være *et nødvendigt led af patentkrav 2*, at den gennem indsatsen førte kanal har form som en dyse, og at sagsøgte [den påståede krænker] således ikke ved fabrikationen af sit apparat har krænket patentet på dette punkt.«

Højesterets begrundelse vedrørende spørgsmålet om krænkelse af det 1. patentkrav fulgte umiddelbart efter en omtale af de for Højesteret fremkomne yderligere beviser og lød som følger:

> »Herefter findes det ikke at kunne fastslås, at indstævnte [den påståede krænker] skulle være uberettiget til at anbringe det nu ved patent nr. 67.385 beskyttede apparat på den i monteringsforskriften for samme anviste måde, og appellantens [patenthaverens] under 2) nedlagte påstand vil herefter ikke kunne tages til følge.«

Landsrettens begrundelse for, at der ikke forelå krænkelse af det 2. patentkrav, er formentlig udtryk for den opfattelse, at når der i et patentkrav er angivet et træk ved den deri beskrevne opfindelse, så må der være en formodning for, at patentbeskyttelsen som udgangspunkt ikke omfatter fænomener, der ikke har det pågældende træk.

Højesterets begrundelse skal formentlig forstås således, at patenthaveren ikke havde ført det fornødne bevis for, at der forelå krænkelse. Begrundelsen må med andre ord antages at være udtryk for, at de første 2 syns- og skønsmænds udtalelser, som talte for, at det omtvistede apparat var omfattet af patentkrav 1, blev mindst opvejet af den 3. syns- og skønsmands udtalelser og de tilkendegivelser, som Patentkommissionen og den særlige kommission fremkom med i forbindelse med behandlingen af den påståede krænkers patentansøgning.

Det forhold, at udstedelsen af den påståede krænkers patent blev nævnt i Højesterets begrundelse, viser, at dommerne øjensynligt var af den opfattelse, at hvis der i sager om patentkrænkelse udstedes patent på den omtvistede genstand, så er der tale om et moment, som taler for, at den omtvistede genstand ikke er omfattet af det patent, der påstås krænket ved den omtvistede genstand.

2.42. *UfR 1958 s. 832 H – Ildstedsdommen* [90]

Fig. 1.

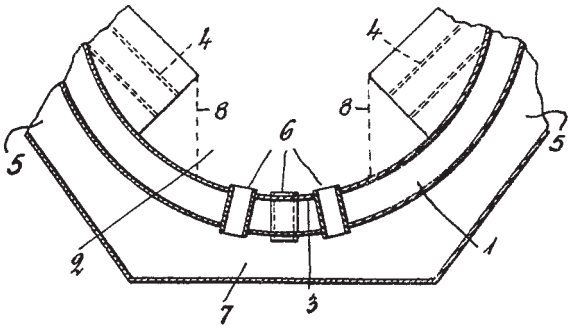


Fig. 2.

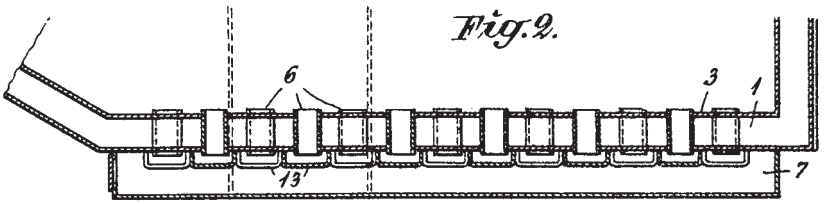


Fig. 4.

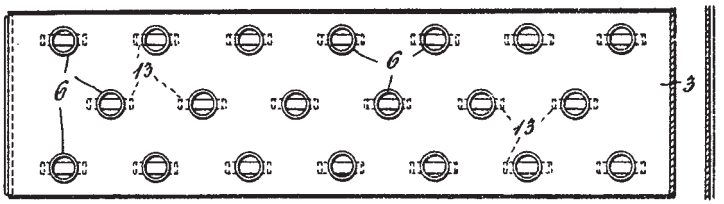
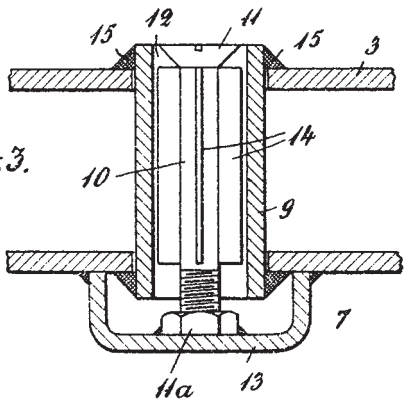


Fig. 3.



90. Dansk patent nr. 71.007.

I Ildstedsdommen havde det 1. patentkrav følgende ordlyd (min kursivering):

> »Anordning ved ildsteder *uden rist* med tryklufttilførsel gennem ildstedets vandkølede bund, kendetegnet ved, at der i ildstedets bund er anbragt et antal over bunden spredte, opadrettede, fortrinsvis justerbare *trykluftdyser* med spalteformet udmunding og med nedad tiltagende gennemstrømningsareal, hvorhos dysernes øvre munding ligger i plan med eller kun i ubetydelig grad rager op over ildstedets bund.«

Det fremgik af patentbeskrivelsen, at opfindelsen blandt andet tilsigtede at opnå en lufttilførsel, der kunne få temperaturen så højt op, at asken ved ildstedets bund ville smelte til slaggekager, som derefter let ville kunne fjernes uden hindring af fremstående dele.

Den påståede krænker producerede og solgte forfyr, som i ildstedets bund havde et brændselsunderlag med 6 »længdespalter« af en bredde på 4-7 mm, hvorigennem der kunne tilføres trykluft. Patenthaveren anså disse forfyr for omfattet af patentet og anlagde sag om krænkelse.

Den påståede krænker gjorde gældende, at det af ham fremstillede forfyr ikke havde den fornødne lighed med det af patentet omfattede ildsted.

Patenthaverens procedure vedrørende krænkelsesspørgsmålet er ikke omtalt i dommen.

Selv om parternes procedurer i dommen kun er gjort til genstand for en ganske kort omtale, syntes det implicit at fremgå af dommen, at parterne navnlig havde forskellige opfattelser af, *a)* hvad der skulle forstås ved ildsteder »uden rist«, *b)* om den påståede krænkers forfyr kunne anses for et ildsted »uden rist«, *c)* hvad der skulle forstås ved »dyser«, og *d)* om de 6 spalter i den påståede krænkers brændselsunderlag kunne anses for at udgøre »dyser«.

Ifølge syns- og skønsmandens udtalelser forholdt det sig således, *at* det omtvistede ildsted havde de egenskaber, der var bragt til udtryk i den kendetegnende del af krav 1, *at* der imidlertid ikke forelå noget sikkert oplyst om, med hvilken berettigelse ildstedet i patent nr. 71.007 var betegnet som et ildsted »uden rist«, og hvorledes dette udtryk skulle forstås *at* ifølge almindelig teknisk sprogbrug er det underlag, som brændslet hviler på, en rist, når det har gennemgangsåbninger for friskluft, selvom disse åbninger er meget snævre og konstrueret med henblik på et ringe gennemfald af aske og en dertil svarende primær rensning af fyret ved slaggefjernelse over brændselsunderlaget, *at* hvis der skulle være nogen mening i det i patentet anvendte udtryk »uden rist«, måtte det anses for at skulle betegne, at brændselsunderlaget trods de deri anbragte dyseformede åbninger skul-

le have et ekstremt lille gennemfald af aske, *at* de 6 længdespalter i den påståede krænkers brændselsunderlag måtte anses for at falde ind under begrebet »dyser«, selv om det kunne være rigtigt,at man sædvanligvis ikke ville anvende den betegnelse, *at* der gennem de 6 spalter ville kunne falde en ikke helt forsvindende mængde aske, og *at* dersom udtrykket »uden rist« skulle forstås således, at kun et gennemfald af aske, der var ekstremt lille i forhold til det mindste gennemfald i ved kendte ildsteder med rist, så var det overvejende betænkeligt at statuere, at den påståede krænkers konstruktion udgjorde et ildsted »uden rist«.

Om forholdet til den forud kendte teknik havde syns- og skønsmanden navnlig udtalt, *at* den dyseform, der var defineret i krav 1 ikke var udtryk for noget nyt, og *at* der ikke kunne ligge noget ejendommeligt i at anvende dyseformede åbninger i et gennemhullet brændselsunderlag, selv om det var beregnet til at give et meget ringe gennemfald af aske.

Syns- og skønsmanden og en anden teknisk sagkyndig, der ikke var udmeldt som syns- og skønsmand, havde samstemmende udtalt, at udtrykket »rist« omfattede ethvert gennemhullet brændselsunderlag med lufttilførsel gennem hullerne.

Den teknisk sagkyndige havde i øvrigt udtalt, *at* de 6 længdespalter i den påståede krænkers brændselsunderlag ganske svarede til og gjorde samme nytte for fyret som de spalter, der findes mellem ristestængerne på en almindelig rist, og *at* man sædvanligvis ikke ville anvende betegnelsen »dyser« på sådanne længdespalter.

Patentkommissionen havde blandt andet udtalt, at patentbeskrivelsen var så tydelig, at der for en sagkyndig ikke kunne være tvivl om, at der ved et ildsted »uden rist« mentes et ildsted, i hvilket der ikke var en rist, hvorigennem asken kunne fjernes.

Vestre Landsret var af den opfattelse, at der var tale om krænkelse. Højesteret kom frem til den modsatte konklusion. I sagens afgørelse deltog der 7 højesteretsdommere. Den ene dommer mente, at patentet måtte anses for ugyldigt, hvorfor denne dommer ikke havde anledning til at tage stilling til spørgsmålet om patentets beskyttelsesomfang i relation til det omtvistede ildsted. De øvrige 6 dommere, der anså patentet for at være gyldigt, kom frem til, at der ikke forelå krænkelse af patentet. I deres begrundelse anførte de følgende (min kursivering):

> »Som sagen foreligger oplyst, findes patentets angivelse af, at det angår »ildsteder uden rist« at medføre, at patentet må forstås som kun omfattende *ildsteder, hvis bund er indrettet således, at den ikke tillader askegennemfald af nogen betydning*, og dette findes med tilstrækkelig tydelighed at *fremgå af patentbeskrivelsen*.

> …[omtale af de dele af erklæringerne fra syns- og skønsmanden og den teknisk sagkyndige, som vedrørte udtrykkene »uden rist« og »dyse«]…
>
> Som sagen herefter foreligger oplyst, finder de nævnte dommere at måtte gå ud fra, at appellantens [den påståede krænkers] ildsted har *ikke uvæsentlige konstruktive afvigelser fra patentet*, som dette efter det foran anførte må forstås, således at appellanten ikke kan anses at have gjort indgreb i de ved patentet hjemlede rettigheder. Det er herved *taget i betragtning, at de enkelte elementer i den patenterede opfindelse var forud kendt, og opfindelsen ligger nær op ad tidligere kendte konstruktioner*.«

Dommen må være udtryk for den opfattelse, at når en omtvistet genstand på en ikke-uvæsentlig måde afviger fra det, der er beskrevet i et patent, så må genstanden anses for ikke at være omfattet af patentet.

De af dommerne nævnte »konstruktive afvigelser fra patentet« må antages at være minded på spørgsmålet om, hvorvidt det omtvistede ildsted kunne anses for at være »uden rist«, og hvorvidt længdespalterne i brændselsunderlaget kunne anses for at være »dyser«.

For så vidt angår forståelsen af udtrykket »uden rist« må de 6 højesteretsdommeres fortolkning anses for at være i overensstemmelse med både Patentkommissionens og syns- og skønsmandens fortolkning. Det er endvidere værd at bemærke, *at* de 6 dommere udtrykkeligt har nævnt beskrivelsens betydning for fortolkningen, og *at* de valgte at se bort fra den forståelse, der var bedst i overensstemmelse med almindelig teknisk sprogbrug.

Bedømmelsen af de konstruktive afvigelsers væsentlighed fremtræder som de 6 dommeres helt egen vurdering, idet der ikke i dommen er omtalt beviser, som belyser spørgsmålet om afvigelsernes væsentlighed. Dommen er nanvlig interessant, fordi det udtrykkeligt fremgår, at væsentlighedsbedømmelsen i høj grad var påvirket af det forhold, at de 6 dommere var af den opfattelse, at der var tale om en opfindelse med behersket opfindelseshøjde.

2.43. *UfR 1959 s. 436 H – Omskifterdommen* [91]

Fig. 1.

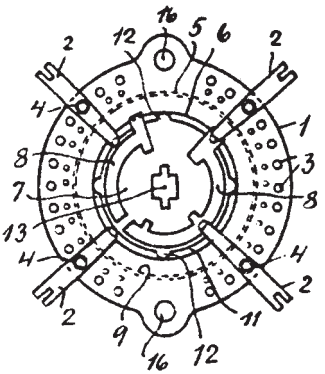


Fig. 2.

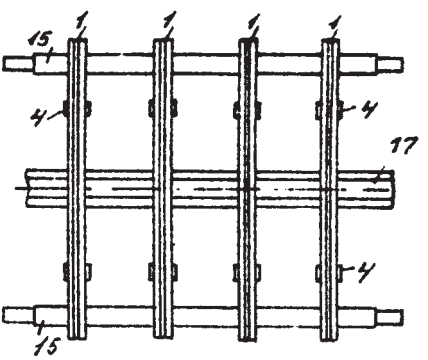
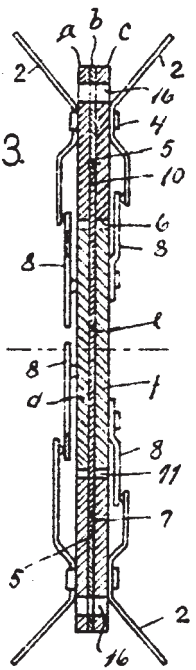


Fig. 3.



91. Dansk patent nr. 65.379.

I Omskifterdommen havde det 1. og 2. patentkrav følgende ordlyd (min kursivering):

»1. Anordning ved omskiftere til omkobling af afstemningskredse i radiomodtagere, ved hvilke de bevægelige omskifterkontakter er fastgjort på en af elektrisk isolationsmateriale fremstillet og i hovedsagen cirkulær skive, som er indsat og styret i en tilsvarende i hovedsagen cirkulær udskæring i et ligeledes af elektrisk isolationsmateriale fremstillet pladeformet bærestykke for de faste omskifterkontakter, således at skiven kan drejes i bærestykkets plan, men ikke forskydes ud af dette, kendetegnet ved, at *bærestykket er sammensat af tre indbyrdes tæt sammenliggende lag* af pladeformet, elektrisk isolationsmateriale, af hvilke lag *det midterste har en lidt større indre diameter i bærestykkets udskæring end de to andre lag* samt ved, at den *nævnte skive* på sin omkreds har en omløbende krave eller to eller flere langs omkredsen for hinanden fortsatte radiale fremspring, der *optages i den mellem de to yderste lag i bærestykket og den indre omkreds for dettes midterste lag dannede rende i bærestykket* og styrer den på begrænsningskanterne for udskæring i dettes to andre lag under omdrejningsbevægelsen glidende skive i sideretningen, således at den ikke kan skydes ud af udskæringen i bærestykket.

2. Anordning ved omskiftere ifølge krav 1, ved hvilken også den i bærestykket drejeligt lejrede skive er sammensat af tre tæt sammenliggende lag af elektrisk isolationsmateriale, kendetegnet ved, at det midterste lag i skiven har en lidt større diameter end dennes to andre lag, således at den uden for disse fremstående del af det midterste lag danner den omløbende krave eller de fremspring på skiven, der griber ind i bærestykket.«

Oprindeligt havde Patentdirektoratet i flere omgange afslået udstedelse af patentet. I den forbindelse havde direktoratet modholdt diverse kendt teknologi, i henhold til hvilken rotorens styring blev opnået ved, at bærestykket greb ind i en rende/rille i rotoren. I korrespondancen med direktoratet havde patenthaverens patentagent påpeget, *at* det for opnåelsen af den ønskede styring af rotoren var nødvendigt med en vis elasticitet i aksial retning, *at* den elasticitet kunne opnås ved at udføre den del af rotoren/statorens bærestykke, der griber ind i en rende/rille i statorens bærestykke/rotoren, som en ganske tynd membran, men *at* en konstruktion, hvor statorens bærestykke greb ind i en rende/rille i rotoren var »uhensigtsmæssig« og ikke kunne tilvejebringe den ønskede effekt på en »praktisk anvendelig måde«.

I beskrivelsen var det anført, at opfindelsen gik ud på at opnå en sikker styring af rotoren i forhold til statoren, men det kom ikke direkte til udtryk i beskrivelsen, at en vis elasticitet i aksial retning var af betydning for opnåelsen af den ønskede styring. Det kom alene indirekte til udtryk i beskri-

velsen derved, at det var anført, at det midterste lag i rotoren kunne vælges med en tykkelse, der var betydeligt mindre end de øvrige lags tykkelse.

Den påståede krænker fremstillede en drejeomskifter med betegnelsen type 0-16, som svarede til de i patentkravene beskrevne konstruktioner, idet statorens midterste lag dog dannede kraven, som greb ind i en tilsvarende af rotorens ydre lag dannet rille. Det vil sige, at den påståede krænkers konstruktion var »vendt om« i forhold til den i patentkravene beskrevne konstruktion, og at konstruktionen svarede til den konstruktion, som patenthaverens patentagent i korrespondancen med Patentdirektoratet havde stemplet som uhensigtsmæssig og praktisk ubrugelig. Patenthaveren anså den påståede krænkers konstruktion for omfattet af patentet og anlagde sag om krænkelse.

Patentets indehaver havde under retssagen erkendt, at der ikke forelå nogen »direkte krænkelse af patentet efter dets ordlyd«. Det blev gjort gældende, at den påståede krænkers konstruktion var i overensstemmelse med den principielle grundtanke og ide i patentet, og at den måtte betragtes som en simpel teknisk ækvivalens til patentets konstruktion, idet de 2 konstruktioner havde ganske ens virkninger. Patentets indehavere fremhævede i den forbindelse navnlig, at den for opfindelsen karakteristiske elasticitet i aksial retning også forefandtes i den påståede krænkers konstruktion.

Den påståede krænker gjorde gældende, *at* det fremgik af korrespondancen med Patentdirektoratet, at patentets indehaver ikke kunne få godkendt patentkrav, som efter deres umiddelbare indhold havde dækket den omtvistede konstruktion, og *at* patentets beskyttelsesomfang allerede derfor ikke kunne udstrækkes udover den i patentkravene definerede opfindelse til også at omfatte den påståede krænkers konstruktion.

For så vidt angår patenthaverens synspunkt vedrørende den påståede krænkers udnyttelse af patentets grundtanke og ide gjorde den påståede krænker gældende, *at* ifølge patentlovens § 12, stk. 2, skulle beskrivelsen være tydelig og fuldstændig og indeholde en bestemt angivelse af det, som ansøgeren anså for at være opfindelsen, og som han derfor søgte beskyttelse for, og *at* den af patenthaveren fremhævede aksiale elasticitet hverken i patentkravene eller i patenbeskrivelsen var beskrevet på en måde, som opfyldte kravene i patentlovens § 12, stk. 2. [92]

---

92. Den dagældende § 12, stk. 2, lød som følger: »Beskrivelsen skal være så tydelig og fuldstændig, at sagkyndige derefter kunne udføre eller anvende opfindelsen. Den skal indeholde en bestemt angivelse af det, som ansøgeren anser for at være opfindelsen, og som han derfor søger beskyttet ved Patent. …«. Bestemmelsen havde samme ordlyd fra og med 1894-patentloven og indtil vedtagelsen af 1967-patentloven. Siden 1967 har den tilsvarende til bestemmelse været at finde i patentlovens § 9, stk. 1.

Syns- og skønsmændene udtalte sig blandt andet om, hvad opfindelsen efter deres opfattelse gik ud på. I den forbindelse nævnte de som et betydningsfuldt træk ved opfindelsen, at den midterste del af rotorskiven, som skulle gribe ind i statorens bærestykke, var af en så begrænset tykkelse, at den havde »en vis, omend ringe, elastisk eftergivelighed i aksial retning«. De anførte dog, at dette træk ved opfindelsen hverken var kommet direkte til udtryk i patentkravene eller i patentbeskrivelsen, men at det til gengæld gentagne gange var blevet fremhævet i ansøgerens korrespondance med Patentdirektoratet.

Syns- og skønsmændene udtalte endvidere, at for så vidt angår styringen af rotoren i forhold til statoren, var den eneste væsentlige forskel mellem den påståede krænkers konstruktion og den i patentkravene definerede opfindelse, at i den ene konstruktion greb rotorens midterste lag ind i en rende/rille mellem de to yderste lag på statorens bærestykke, og at det forholdt sig omvendt i den anden konstruktion.

Højesteret fandt i modsætning til Østre Landsret, at der ikke var tale om krænkelse af patentet. Højesterets begrundelse lød som følger (min kursivering):

> »Som i den indankede dom anført angår de indstævntes patent ifølge patentbeskrivelsen og patentkravene en omskifter, hvori der anvendes en rotor med en omløbende krave, som passer ind i en rille i statoren, medens appellanternes [den påståede krænkers] type 0-16 ligesom det modholdte U.S.A.-patent og den nævnte norske omskifter anvender en konstruktion, i hvilken statoren griber ind i en rille i rotoren. Der foreligger således i appellanternes type 0-16 ikke nogen direkte krænkelse af patentet efter dets ordlyd, og *det må ved bedømmelsen af patentbeskyttelsens rækkevidde tillægges særlig betydning, at de indstævnte* [patentets indehaver] i deres brevveksling med Patentdirektoratet *til støtte for patenterbarheden af deres opfindelse udtrykkelig har erklæret, at de anså en udførelsesform for omskifteren som den, det senere er lykkedes appellanterne at fremstille under videreførelse af det tidligere kendte princip med styrerille i rotor, for uanvendelig* til løsning af den opgave, de havde sat sig, *og at de indstævnte i overensstemmelse hermed har formuleret deres patentkrav således, at det ikke omfatter denne udførelsesform*.
>
> For så vidt de indstævnte for Højesteret har gentaget deres anbringende om, at appellanterne ved at konstruere en omskifter af den omhandlede art har krænket *grundideen* i den patenterede opfindelse: en *sikker styring af rotor forbunden med en vis elasticitet i aksial retning*, bemærkes, at det *ikke* – som sagen er forelagt Højesteret – *findes godtgjort, at udtalelsen i beskrivelsen om, at rotorskivens midterste lag kan vælges af en betydelig mindre tykkelse end de to yderste lag, på en efter patentlovens § 12, stk. 2, tilstrækkelig tydelig måde gør det klart for fagmænd – der ikke som skønsmændene har haft adgang til at gøre sig bekendt med brevvekslingen mellem de indstævnte og Pa-*

tentdirektoratet – at en elastisk eftergivelighed i aksial retning indgår som et led i opfindelsen.

Idet appellanterne efter det anførte ikke findes ved fremstillingen af deres omskiftertype 0-16 at have krænket de indstævntes patent, vil deres frifindelsespåstand være at tage til følge.«

Det 1. afsnit i Højesterets begrundelse er udtryk for den opfattelse, at det ved afgørelsen af, om et patent skal have et beskyttelsesomfang, som går ud over den i patentkravene beskrevne opfindelse, må det tillægges en ganske særlig betydning, hvis patenthaveren eller hans patentagent i sin argumentation for opfindelsens patenterbarhed over for patentmyndigheden har henvist til mangler eller uhensigtsmæssigheder ved konstruktioner af den type, som den påståede krænker efterfølgende benytter sig af. At der må tillægges sådanne forhold »særlig betydning« indebærer, at det ikke nødvendigvis er eneafgørende, men at der efter omstændighederne også må tillægges andre momenter betydning, hvilket kan føre til, at der alligevel kan blive tale om krænkelse. På den anden side må det »særlige« ved den betydning, som dette moment ifølge dommerne skal tillægges, indebære, at der er tale om et moment med en høj prioritet, således at det må indgå i den endelige afvejning af sagens forskellige momenter med en kvalificeret vægt.

Den betydningsfulde afvisning af den pågældende konstruktionstypes anvendelighed fremkom i korrespondancen med Patentdirektoratet, og dommen er således udtryk for, at det i den korrespondance anførte kan påvirke beskyttelsesomfanget negativt.

I begrundelsens 2. afsnit har Højesteret forudsætningsvis anerkendt rigtigheden af det synspunkt, at udnyttelse af et patents ide kan føre til, at der foreligger patentkrænkelse, selv om den påståede krænkers aktivitet ligger uden for den i patentkravene definerede opfindelse.

Begrundelsens 2. afsnit afspejler imidlertid den opfattelse, *at* hvis selve patentet ikke på tilstrækkelig tydelig vis gør det klart for en fagmand, hvad der er opfindelsens ide, så kan den pågældende ide ikke i sig selv danne grundlag for en fortolkning af patentet, som resulterer i et bredere beskyttelsesomfang end det, der følger af patentkravenes indhold, og *at* den af patenthaveren påberåbte elasticitet i aksial retning alene fremgik af korrespondancen med Patentdirektoratet, førte Højesterets just omtalte opfattelse til, at der ikke kunne tages hensyn til den således påberåbte ide.

For så vidt angår det forhold, at den af patenthaveren påberåbte ide ikke var kommet til udtryk i patentet, må det antages, at dommerne anså det for bevist derved, at syns- og skønsmændene var fremkommet med en dertil svarende udtalelse. Det er i den forbindelse værd at notere, at dommerne

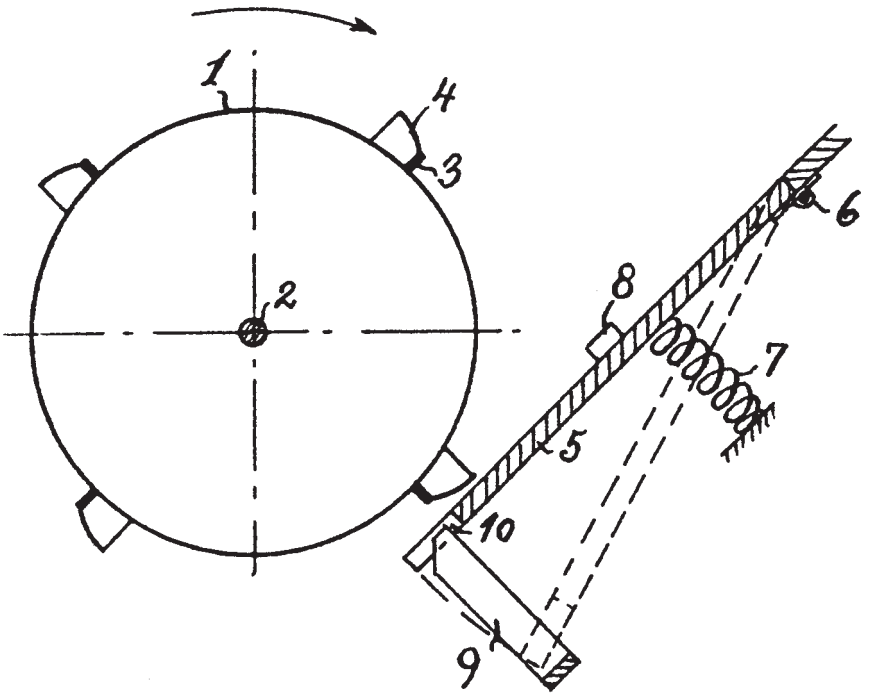
ikke tillagde det væsentlig betydning, *at* det i beskrivelsen trods alt var anført, at det midterste lag i rotoren kunne have en betydeligt mindre tykkelse end de øvrige lag, og *at* den som ideen påberåbte elasticitet beroede på det midterste lags mindre tykkelse.

Siden omskifterdommen blev afsagt er der sket den ændring i patentloven, at enhver har adgang til Patentdirektoratets sagsakter vedrørende udstedte patenter, således at enhver kan gøre sig bekendt med ansøgerens korrespondance med Patentdirektoratet. Denne ændring kan efter omstændighederne tænkes at være af relevant betydning for den ved dommen udtrykte opfattelse af, at ideer, der er kommet direkte til udtryk i den nævnte korrespondance, men som ikke er kommet direktet til udtryk i patentet, ikke kan tillægges betydning ved afgørelsen af et patents beskyttelsesomfang.

Under alle omstændigheder er det relevant at notere sig, at ifølge dommen kunne korrespondancen med Patentdirektoratet sætte visse begrænsninger for beskyttelsesomfanget, men at korrespondancen ikke på tilsvarende vis kunne medvirke til at udvide beskyttelsen ud over det, som var beskrevet i patentkravene.

Selv om patenthaveren havde påberåbt sig »teknisk ækvivalens« fandt dommerne ikke anledning til i deres begrundelse at overveje, om der forelå teknisk ækvivalens eller ej, ligesom dommerne ej heller fandt anledning til at udtale sig om, hvilken betydning tilstedeværelsen af teknisk ækvivalens eller manglen på samme kunne have for sagens afgørelse. Dette kan naturligvis ikke nødvendigvis tages som udtryk for den opfattelse, at begrebet »teknisk ækvivalens« i sig selv er uden betydning for et patents beskyttelsesomfang, men det kan dog ses som et indicium for den opfattelse, at »teknisk ækvivalens« ikke er det, som først og fremmest styrer vurderingen af et patents beskyttelsesomfang.

2.44. *UfR 1959 s. 485 H – Tærskeværksdom I* [93]



I UfR 1959 s. 485 H havde det 1. patentkrav følgende ordlyd (min kursivering):

> »Anordning ved ilæggere til tærskeværker af den art, der består af en tromle med pigge, knive eller lignende skære- og medbringerorganer, som samvirker med en svingelig slidsk, som af fjedre holdes trykket ind mod tromlen til anlæg mod et anslag, og ved hvis fri ende der findes et på tværs af slidsken gående ristformet spærreorgan, som ikke når helt ind til tromlen, kendetegnet ved, *at tromlen 1 er forsynet med et antal lister* 3, der ligger parallelt med tromlens akse eller efter skruelinier, og som tjener som medbringerorganer, og *at der i slidsken 5 findes et antal udskæringer 10, hvorigennem spærreorganet 9's tænder rager op*, så slidsken 5 frit kan bevæges hen over spærreorganet 9.«

93. Dansk patent nr. 74.837.

Under patentansøgningens behandling hos Patentdirektoratet havde patenthaveren i en version af ansøgningen opstillet et 1. patentkrav, hvor der ikke var anført noget om udskæringer i slidsken. Det fremgik af ansøgerens korrespondance med Patentdirektoratet, at direktoratet havde afvist det således formulerede patentkrav og som betingelse for patentets udstedelse havde krævet, at det 1. patentkrav skulle angå en kombination af listerne på tromlen og udskæringerne i slidsken. Som følge heraf blev det den kombination, der er beskrevet i den kendetegnende del af det udstedte patents 1. patentkrav.

I patentbeskrivelsen var følgende anført (min kursivering):

> »Den foreliggende opfindelse angår en anordning ved ilæggere af den nævnte art, der er ejendommelig ved, at *tromlen er forsynet med lister*, som ligger parallelt med tromlens akse eller efter skruelinier, og som tjener som medbringerorganer, medens reguleringen af strålagets tykkelse ifølge opfindelsen sker ved, at det ristformede spærreorgan, *hvis tænder ligeledes ifølge opfindelsen rager op gennem udskæringen i slidsken*, er anbragt indstilleligt mod og fra tromlen.«

Den påståede krænker producerede og solgte en ilægger, der svarede til den i patentkravet beskrevne konstruktion bortset fra, at den svingelige slidsk ikke var i besiddelse af de i patentkravets omtalte udskæringer, hvilket bevirkede, at spærreorganets tænder ikke ragede op gennem slidsken på den i patentkravet angivne måde.

Patenthaveren gjorde gældende, *at* den påståede krænker havde udnyttet det centrale i opfindelsen, nemlig anvendelse af en tromle forsynet med de i patentkravet beskrevne lister, *at* det sidste led i patentkravet vedrørende udskæringer i slidsken alene måtte betragtes som en detailforbedring med hensyn til spærreorganet, og *at* det af den påståede krænker anvendte spærreorgan i øvrigt var konstrueret således, at det måtte være teknisk ækvivalent med spærreorganet i den i patentkravet beskrevne opfindelse.

Den påståede krænker gjorde gældende, at patentets ordlyd måtte være afgørende for beskyttelsesomfanget, således at patentet alene omfattede ilæggere, der havde såvel de i patentkravet beskrevne lister på tromlen som de i patentkravet beskrevne udskæringer i slidsken. Til underbyggelse af dette anbringende henviste den påståede krænker navnlig til patenthaverens korrespondance med Patentdirektoratet under ansøgningens behandling, idet korrespondancen efter den påståede krænkers opfattelse viste, at patenthaveren ikke kunne havde fået udstedt et patent med patentkrav, som kun omhandlede ét af de 2 nævnte træk ved opfindelsen.

Syns- og skønsmændene udtalte, *at* det »ejendommelige« ved opfindelsen og »opfindelsestanken« var, at tromlens medbringerorganer var udformet som lister, der lå parallelt med tromlens akse eller efter skruelinier på tromleoverfladen, og at slidsken havde udskæringer, gennem hvilke tænder på spærreorganet ragede frem mod tromleoverfladen, *at* den i patentet »beskrevne opfindelsestanke« ikke fandt udtryk i den omtvistede ilægger, *at* der var forskel af teknisk betydning mellem på den ene side den omtvistede ilægger og på den anden side den i patentet beskrevne udførelsesform for opfindelsen, idet den omtvistede ilægger ikke havde de i patentkravet beskrevne udskæringer i slidsken, og *at* en ilægger lå uden for »opfindelsestanken«, hvis ilæggeren savnede det ene af de 2 karakteristika, der er beskrevet i patentkravets kendetegnende del.

Under sagens gang for Højesteret erklærede 2 nye syns- og skønsmænd som svar på patenthaverens 20. spørgsmål, *at* udformningen og anbringelsen af det ristformede spærreorgan i den påståede krænkers konstruktion kun kunne betegnes som delvis ækvivalent med den i patentkravet beskrevne anordning af spærreorganet, og *at* denne delvise ækvivalens kun gjaldt i tilfælde af ilægning på langs.

Patentdirektoratet havde endvidere afgivet en erklæring, ifølge hvilken det i patentkravet anførte om udskæringer i slidsken ikke kunne forstås som angivelse af en særlig hensigtsmæssig udførelsesform for opfindelsens genstand, idet det derimod måtte forstås som en del af det, der var ejendommeligt for den ilægger, der var genstand for patentet.

Vestre Landsret fandt med følgende begrundelse, at der ikke var tale om krænkelse af patentet (min kursivering):

> »Med støtte af den af skønsmændene og Patentdirektoratet udtalte opfattelse findes *den i patentkravet og patentbeskrivelsen givne beskrivelse* af, hvad der er opfindelsens og patentbeskyttelsens genstand, med føje at måtte læses således, at den samtidige anvendelse af begge de i patentets krav 1 ommeldte foranstaltninger er en betingelse for patentbeskyttelsen.
>
> *Da den ene af disse foranstaltninger – udskæringer i slidsken for tænder på spærreorganet – ikke forekommer* ved den af de sagsøgte [den påståede krænker] fremstillede ilægger, vil det således ikke kunne statueres, at der foreligger en krænkelse af sagsøgerens [patenthaverens] patent fra de sagsøgtes side.

Højesteret kom til samme resultat som Vestre Landsret og tiltrådte med følgende bemærkninger landsrettens begrundelse (min kursivering):

> »Med bemærkning, at dommens resultat også støttes ved oplysningerne om de under patentsagens gang foretagne ændringer i patentkravets udformning, vil dommen … være at stadfæste i henhold til de i den anførte grunde. Det bemærkes herved, at der ikke i det for Højesteret fremkomne, jfr. herved skønsmændenes svar på appellantens [patenthaverens] spørgsmål 20, findes tilstrækkeligt grundlag for at betragte den i de indstævntes [den påståede krænkers] ilægger anvendte udformning af spærreorganet som teknisk ækvivalent for appellantens anordning.«

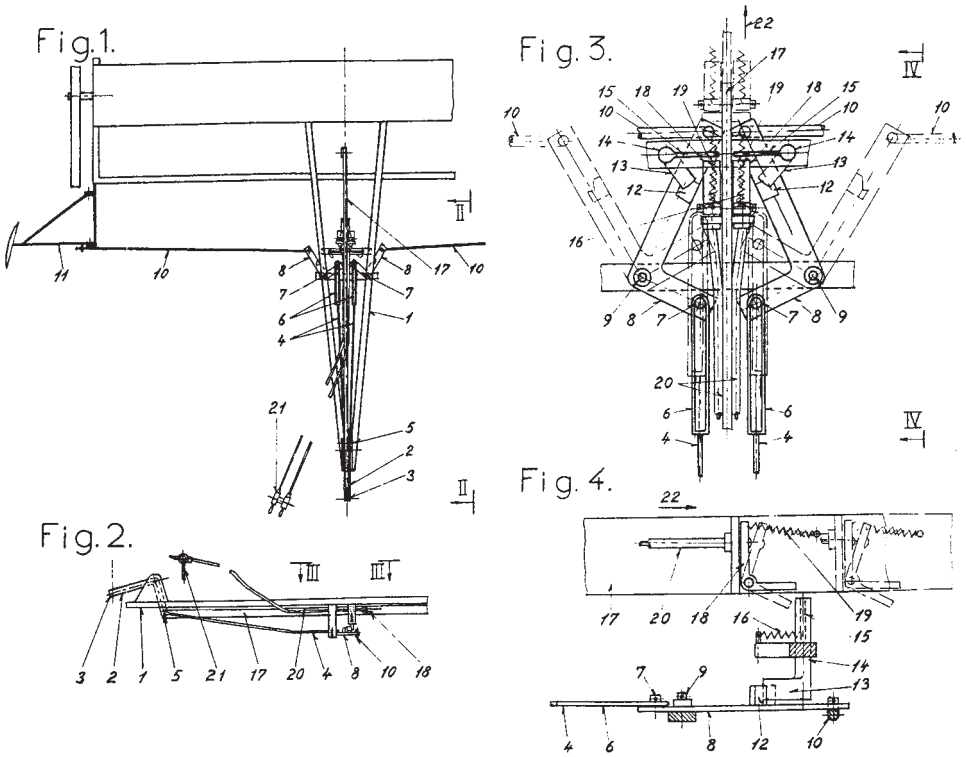
Det 1. afsnit i landsrettens begrundelse viser, at dommerne ved deres stillingtagen til beskyttelsesomfanget lagde vægt på formuleringen af såvel patentkravene som beskrivelsen.

Det 2. afsnit i landsrettens begrundelse må ses som udtryk for den opfattelse, at der i hvert fald som udgangspunkt ikke kan være tale om patentkrænkelse, hvis en omtvistet genstand savner træk, der er beskrevet i det påberåbte patents patentkrav.

Den 1. del af Højesterets begrundelse må være udtryk for den opfattelse, at hvis der under patentansøgningens behandling på Patentdirektoratets forlangende sker en indskrænkning af det 1. patentkravs omfang ved tilføjelse af yderligere træk ved opfindelsen, så er der tale om et forhold, som taler for ikke at lade patentets beskyttelsesomfang udstrække sig til produkter, der savner det pågældende træk ved opfindelsen. Den 1. del af begrundelsen viser i øvrigt, at Højesteret må have anset korrespondancen med Patentdirektoratet for at udgøre et relevant bevis i den sammenhæng.

Den resterende del af højesterets begrundelse viser alene, at Højesteret mente, at det ikke udgjorde tilstrækkeligt bevis for teknisk ækvivalens, at syns- og skønsmændene havde udtalt, at der under visse omstændigheder forelå delvis teknisk ækvivalens. Det i den del af begrundelsen anførte kan næppe anses for en forudsætningsvis anerkendelse af læren om teknisk ækvivalens idet der blot kan være tale om en rent bevismæssig »allerede fordi«-stillingtagen til patenthaverens argumentation vedrørende teknisk ækvivalens.

2.45. *UfR 1961 s. 731 H – Markørdommen* [94]



I Markørdommen havde det 1. og 2. patentkrav følgende ordlyd (min kursivering og understregning):

> »1. Løfte- og sænkeindretning for to ved hver sin side af en agerbrugsmaskine hæv- og sænkbart monterede markører, der er forbundet med et maskinelt eller mekanisk betjent løfteorgan, kendetegnet ved, at de to markører er forbundet med et fælles løfteorgan ved hver sin *transmission, der indeholder et ved en pal eller lignende <u>mekanisme</u> omstilleligt stoporgan blokerbart led*, som i den til løftet markør svarende stilling kan blokeres og herved fastholde markøren uanset bevægelsen af det fælles løfteorgan, idet forbindelsen mellem dette og det blokerbare led er således indrettet, at løfteorganet kan foretage den til sænkning af markørerne svarende bevægelse trods leddets blokering.

94. Dansk patent nr. 76.578.

2. Indretning ifølge krav 1, hvor agerbrugsmaskinen er udstyret med redskaber, såsom såskær, der ved løfteorganets bevægelse til sænkning eller løftning af markørerne sænkes til en arbejdsstilling, henholdsvis løftes til en transportstilling, kendetegnet ved, at en af de ved redskabernes sænkning eller løftning bevægede dele er forsynet med et fra betjeningsstedet for løfteorganet *omstilleligt* anslag for hver markørs omstillelige stoporgan, hvilket anslag ved redskabernes sænkning, alt efter sin ved omstillingen bestemte stilling, kan passere markørens stoporgan frit eller påvirke det til frigivelse af det blokerbare led, idet stoporganet hensigtsmæssigt er således fjederpåvirket, at det automatisk søger at indtage den til blokering svarende stilling.«

Det understregede ord »mekanisme« sidst i det 1. patentkravs 5. linie var ved en misforståelse blevet indføjet af Patentdirektoratet. Patentdirektoratet havde ved samme misforståelse også indføjet ordet i den tilsvarende del af patentbeskrivelsen.

Sagen vedrørte alene spørgsmål om krænkelse af det 1. patentkrav. Det 2. patentkrav er således alene citeret, fordi det under sagen var omtvistet, i hvilket omfang »omstilleligt« i det 1. patentkrav skulle forstås på samme måde som »omstilleligt« i det 2. patentkrav.

I den oprindelige ansøgning angik det 1. patentkrav mekaniske midler til under udnyttelse af maskinens kraft at løfte markørerne og andre dele af maskinen og at fastholde disse i løftet stilling. Efter Patentdirektoratets indsigelse mod dette alt for omfattende patentkrav blev ansøgningen imidlertid begrænset væsentligt, jf. patentkrav 1 i det udstedte patent.

Den påståede krænker fremstillede og solgte en lignende radsåmaskine (TM 57) med et blokerbart led anbragt i transmissionen mellem markørerne og et for disse fælles løfteorgan. Patenthaveren anså den påståede krænkers maskine for omfattet af patentet og anlagde sag om krænkelse.

Patenthaveren gjorde gældende, *at* det for patentet ejendommelige, som patenterbarheden beroede på, var stopmekanismens anbringelse i transmissionen mellem det fælles løfteorgan og hver enkelt markør, *at* det ifølge syns- og skønsmændenes udtalelser var plausibelt, at der var fordele forbundet med placeringen af stopmekanismen i transmissionen mellem markører og løfteorgan, og *at* da stopmekanismen på den omtvistede maskine var anbragt i denne transmission, var der tale om krænkelse.

Den påståede krænker gjorde gældende, *at* ordet »omstilleligt« i patentkravet ikke skulle forstås som »udløseligt« men derimod som (forud)omstilleligt, *at* det måtte have formodningen mod sig, at ordet »omstilleligt« i patentkrav 1 skulle have en anden betydning end i patentkrav 2, hvor det klart betød noget andet og mere end blot »udløseligt«, *at* ordet »omstilleligt« under alle omstændigheder var så uklart, at tvivlen med

hensyn til dets nøjagtige forståelse måtte komme patenthaveren til skade, at der ved forståelsen af patentkravet ikke kunne bortses fra det af Patentdirektoratet ved en misforståelse indføjede ord »mekanisme«, at stopmekanismens anbringelse i transmissionen ikke kunne have begrundet patenterbarheden, idet der ikke var tale om et træk, som i fornødent omfang adskilte den i patentkrav 1 beskrevne maskine fra den forud kendte teknik, at det afgørende for patenterbarheden derfor måtte have været stoporganets omstillelighed, og at stoporganet i den omtvistede maskine ikke var omstilleligt med derimod fast.

Patentdirektoratet udtalte i forbindelse med retssagen, at patentet angik en løfte- og sænkeindretning, som ifølge det 1. patentkrav indeholdt et led, der kunne blokeres ved en pal eller lignende omstilleligt stoporgan.

Om forståelsen af *ordet »omstilleligt«* udtalte syns- og skønsmændene, at ordet »omstillelig« i patentkrav 1 måtte forstås som »udløselig«, selv om det ikke var rigtigt at bruge ordet »omstillelig« om en ting, der automatisk smækkede tilbage, og at denne forståelse af ordet kunne udledes af patentbeskrivelsen, men at det – bortset herfra – var mere naturligt at forstå formuleringen af patentkrav 1 isoleret set således, at stoporganet skulle være omstilleligt og ikke blot udløseligt.

Om anvendelsen af *ordet »mekanisme«* i det 1. patentkrav udtalte syns- og skønsmændene, at udtrykket i patentkrav 1 »et ved en pal eller lignende mekanisme omstilleligt stoporgan blokerbart led« umiddelbart var uforståeligt, og at udtrykket kunne få sproglig mening enten ved sletning af ordet »mekanisme« eller ved en tilføjelse hvorved det kunne komme til udtryk, at omstillingen skete ved »en pal eller lignende mekanisme«.

Om *forholdet mellem patentkrav 1 og den kendte teknik* og om, hvad der kunne anses for at udgøre *væsentlige afvigelser fra den patenterede opfindelse*, udtalte syns- og skønsmændene, at der med hensyn til virkemåden ikke var principielle forskelle mellem den i patentkrav 1 beskrevne opfindelse og den forud kendte teknik, at man ikke i patentkrav 1 kunne indlæse en begrænsning til forudomstillelige maskiner, hvorfor forudomstillelighed ikke kunne have begrundet patenterbarheden af patentkrav 1, at der var visse forskelle mellem den i patentkrav 1 beskrevne opfindelse og den forud kendte teknik, for så vidt angik den konstruktive udformning, herunder navnlig derved at det i patentkravet var angivet, at det var et led i transmissionen mellem løfteorganet og markørerne, der blev blokeret – i modsætning til en blokering af markørernes bærearme –, at det ikke fremgik, på hvilken måde de konstruktive forskelle i forhold til den kendte teknik skulle indebære fordele, der kunne begrunde patenterbarheden af det 1. patentkrav, at man for det 1. patentkravs vedkommen-

de stod på bar bund med hensyn til motiveringen af patenterbarheden, og *at* der således savnedes sikre holdepunkter for, hvilke konstruktive afvigelser fra den i patentkrav 1 beskrevne maskine, der skulle anses for væsentlige, og hvilke der skulle anses for uvæsentlige.

I relation til de i patentkrav 1 beskrevne *omstillelige stoporganer og blokerbare led* udtalte syns- og skønsmændene endvidere, *at* det var et kendetegn for opfindelsen ifølge det 1. patentkrav, at det blokerende led i transmissionen skulle kunne blokeres ved anvendelse af et omstilleligt stoporgan, *at* vinkelvægtstangen, fjederen og låsepladen i den omtvistede maskine ikke kunne siges at danne et »omstilleligt stoporgan« men derimod nok en stopmekanisme, som kunne omstilles, *at* vinkelvægtstangen udgjorde et blokerbart led i den omtvistede maksines transmission til markørerne, mens fjederen og låsepladen var maskindele, ved hjælp af hvilke vinkelvægtstangen kunne blokeres, *at* låsepladen udgjorde stoporganet for det blokerbare led i den omtvistede maskine, *at* låsepladen og dermed stoporganet i den omtvistede maskine var fast anbragt på maskinens stel og således ikke var omstillelig, *at* i det 1. patentkrav var det stoporganet, der var »omstilleligt«, mens det i den omtvistede maskine var det blokerbare led, der var »omstilleligt«, *at* i henseende til selve blokerings- og deblokeringsfunktionen måtte de omstillelige stopmekanismer i de 2 konstruktioner anses for teknisk ækvivalente, *at* der funktionelt ingen forskel var mellem stopmekanismen i det første patentkrav og stopmekanismen i den forud kendte teknik.

Såvel Østre Landsret som Højesterets flertal på 6 ud af 7 højesteretsdommere fandt, at der var tale om krænkelse af patentet. Højesterets flertal gav dog en begrundelse, som i nogen grad afveg fra landsrettens begrundelse. Flertallets begrundelse lød som følger (min kursivering):

> »Det findes at fremgå af udformningen af indstævntes [patenthaverens] patentkrav 1 sammenholdt med patentbeskrivelsen, at det karakteristiske for opfindelsen efter krav 1 er, at de led, der blokeres, når markørerne skal fastholdes i løftet stilling, indgår som dele af transmissionerne mellem det fælles løfteorgan og markørerne. Det tiltrædes herved, at ordet »omstilleligt« i patentkrav 1 er brugt i betydningen »udløseligt«, hvilket er bestyrket ved de af skønsmændene nu afgivne forklaringer, og der kan herefter ikke i dette ord indlægges et krav om »forudomstillelighed«. Ej heller anvendelsen af ordet »mekanisme«, der – som af skønsmændene anført – ikke giver nogen sproglig mening, medmindre der sker en korrektion, findes at give grundlag for at forstå patentkrav 1 således, at det forudsætter »forudomstillelighed«.
>
> Herefter og af de i dommen i øvrigt anførte grund tiltrædes det, at der ved udførelsen af appellanternes [den påståede krænkers] maskine TM 57 foreligger krænkelse af indstævntes patent.«

Landsrettens begrundelse, som højesteretsdommerne henviste til i deres begrundelse, lyder som følger (min kursivering):

> »Den i de sagsøgtes [den påståede krænkers] maskine TM 57 indbyggede løfte- og sænkeindretning til markører er i lighed med den tilsvarende indretning i sagsøgerens i overensstemmelse med patent nr. 76.578 fremstillede maskine forsynet med et i transmissionen mellem det fælles løfteorgan og hver enkelt markør anbragt blokerbart led bestående af en vinkelvægtstang, forsynet med et aflangt øje.
>
> Efter de foreliggende oplysninger, herunder de af skønsmændene afgivne, i retten uddybede erklæringer, kan der *ikke* gives de sagsøgte medhold i, at deres maskine skulle *adskille sig afgørende* fra sagsøgerens [patenthaverens] *blot derved*, at blokeringen i de sagsøgtes maskine sker ved, at vinkelvægtstangen slår an imod en fast låseplade, fra hvilken den atter kan frigøres ved bevægelse af selve vinkelvægtstangen, medens denne i sagsøgernes maskine blokeres ved at slå an imod styrbare fjederpaler. *De sagsøgtes maskine findes* herefter ligesom sagsøgerens *at indeholde et omstilleligt stoporgan* i den betydning, hvori ordet er brugt i patentkrav 1.« [95]

Selv om syns- og skønsmændene under henvisning til patentbeskrivelsen var af den opfattelse, at ordet »omstilleligt« i det 1. patentkrav skulle forstås som »udløseligt«, gav syns- og skønsmændene klart udtryk for, at det ikke var den mest nærliggende forståelse, og at det ikke var korrekt at anvende ordet »omstilleligt« som betegnelse for noget, der blot var »udløseligt« og ikke tillige omstilleligt. Når Højesterets flertal – med støtte i syns- og skønsmændenes fortolkning –, valgte at fortolke »omstilleligt« som »udløseligt«, er der med andre ord tale om en af patentbeskrivelsen påvirket fortolkning af det 1. patentkrav i strid med den naturlige sproglige forståelse af selve patentkravet. Det viser, at dommerne var af den opfattelse, at i hvert fald patentbeskrivelsen kan føre til en fortolkning af et patentkrav, som ikke er i overensstemmelse med den naturlige sproglige forståelse.

Det forhold, at flertallet af højesteretsdommerne valgte at se bort fra den af Patentdirektoratet ved en misforståelse og ved hjælp af ordet »mekanisme« introducerede meningsløshed i det første patentkrav, kan ikke

---

95. I landsrettens begrundelse var der yderligere anført følgende: »Når henses hertil og til det anførte om fordelene ved sagsøgerens opfindelse modsat tidligere kendte findes det, uanset den bestående uklarhed med hensyn til det nøjagtige grundlag for meddelelsen af patent nr. 76.578, at måtte fastslås, at den nævnte i TM 57 indbyggede indretning er i strid med dette patent.« Den del af landsrettens begrundelse må imidlertid anses for overruled af det i 1. afsnit af Højesterets begrundelse anførte om det karakteristiske for opfindelsen ifølge patentkrav 1.

tages som udtryk for, at dommerne var af den opfattelse, at der altid skal ses bort fra den meningsforstyrrelse eller meningsforskydning, som det kan give, hvis Patentdirektoratet og/eller andre kommer til at indføje uvedkommende ord, tal eller lignende i et patentkrav. Der var i denne sag tale om indføjelse af ord, som gjorde den pågældende del af patentkravet meningsløst, og det kunne advare en potentiel krænker om, at der var noget galt, således at den potentielle krænker burde sammenholde patentkravet med beskrivelsen for derved at kunne udlede den rette mening. I højesteretsdommernes begrundelse er det udtrykkeligt nævnt, at anvendelsen af ordet »mekanisme« ikke gav nogen sproglig mening. Såfremt det ved en misforståelse indføjede ord havde givet mening, selv om der havde været tale om en anden mening end den tilsigtede mening, ville en potentiel krænker ikke på samme måde have været advaret, og det er tænkeligt, at det kunne have ført til et andet resultat.

Når flertallet af højesteretsdommerne fandt det relevant at fastslå, hvad der måtte anses for »det karakteristiske for opfindelsen«, må det være udtryk for, at de anså dette for at være af betydning for beskyttelsesomfanget. Bevismæssigt er det bemærkelsesværdigt, at højesteretsdommerne på grundlag af »udformningen af … patentkrav 1 sammenholdt med patentbeskrivelsen« foretog deres egen vurdering af, hvad der måtte anses for at være det karakteristiske ved opfindelsen, og at dommerne på den måde satte sig ud over syns- og skønsmændenes vurdering, ifølge hvilken man stod på bar bund med hensyn til motiveringen af patentkrav 1's patenterbarhed. Beskrivelsen syntes i øvrigt ikke at indeholde noget om det karakteristiske ved den i det 1. patentkrav definerede opfindelse, som ligger ud over det, der fremgår af selve patentkravet, jf. i øvrigt også syns- og skønsmændenes udtalelser i samme retning. Ved en gennemgang af bevisførelsen forekommer det nærliggende, at højesteretsdommerne ved vurderingen af »det karakteristiske for opfindelsen« må have anvendt udelukkelsesmetoden, idet der ifølge syns- og skønsmændene ikke var nogen funktionsmæssige forskelle i forhold til den forud kendte teknik, og idet den konstruktionsmæssigt største forskel bestod i, at det blokerbare led var placeret i transmissionen.

Den resterende del af højesteretsdommernes begrundelse, herunder navnlig henvisningen til begrundelsen i landsretsdommen, må kunne ses som udtryk for den opfattelse, at når der er tale om en omtvistet genstand, som besidder de træk, der er »det karakteristiske for opfindelsen«, og den påståede krænker ikke har godtgjort, at den omtvistede genstand på anden vis »adskiller sig afgørende« fra den i det pågældende patentkrav beskrev-

ne genstand, så må der i hvert fald som udgangspunkt foreligge patentkrænkelse.

Det kan ikke antages, at det ved sagens afgørelse er blevet tillagt selvstændig betydning, at syns- og skønsmændene havde udtalt, at blokerings- og deblokeringsfunktionen i den omstillelige stopmekanisme i den omtvistede maskine var teknisk ækvivalent med den i patentkrav 1 beskrevne maskine. For det 1. vedrørte det ifølge Højesterets flertal karakteristiske ved opfindelsen ikke funktionen men derimod konstruktionen, og for det 2. havde syns- og skønsmændene også udtalt, at der funktionsmæssigt ikke var nogen forskel mellem den i patentkrav 1 beskrevne stopmekanisme og den forud kendte teknik.

Syns- og skønsmændenes udtalelser om den i patentkrav 1 beskrevne maskines forhold til den forud kendte teknik kan med rimelighed ses som bevis for, at den i patentkrav 1 beskrevne opfindelse havde meget begrænset opfindelseshøjde. Dette forhold må imidlertid antages ikke at have haft nogen væsentlig betydning for sagens afgørelse, hvilket må være udtryk for, *at* der er tale om et moment, som enten blev tillagt underordnet og ikke-nævneværdig vægt i forhold til sagens i begrundelsen nævnte andre momenter, eller *at* dommerne var af den opfattelse, at momenter af den karakter generelt må anses for at være uden betydning.

For så vidt angår landsrettens begrundelse, der qua en henvisning indgår i Højesterets begrundelse, er det bemærkelsesværdigt, *at* patentkravet ikke indeholder noget om »styrbare fjederpaler«, *at* det i begrundelsen derom anførte således udelukkende vedrører en sammenligning med den af patenthaveren selv fremstillede maskine, der er omtalt først i begrundelsen, og *at* landsretten i øvrigt i hovedsagen begrundede sin dom under henvisning til en konstateret lighed mellem den af patenthaveren selv fremstillede maskine og den omtvistede maskine.

2.46. *UfR 1962 s. 66 H – Persiennedom I* [96]

Fig. 1

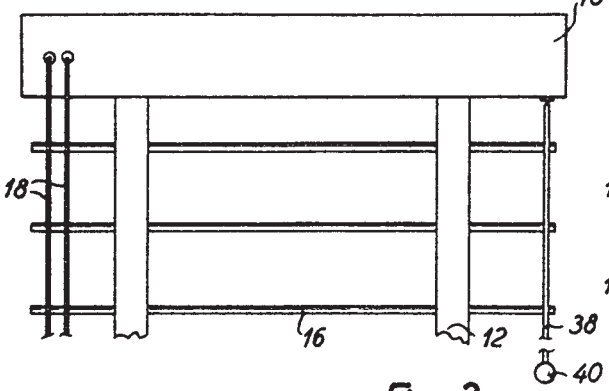


Fig. 2

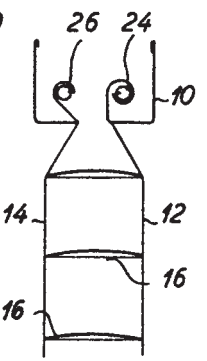


Fig. 3

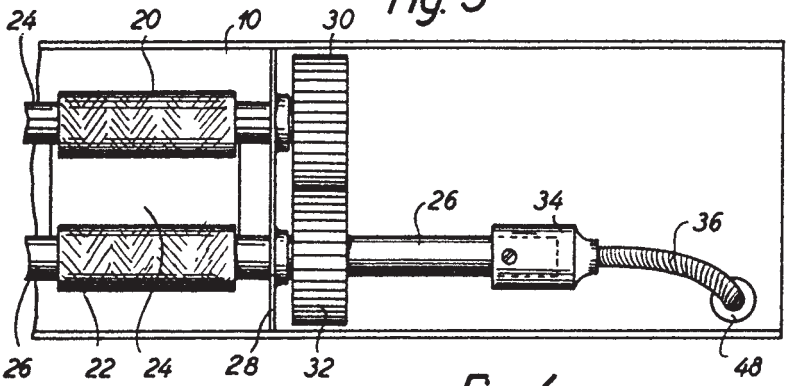
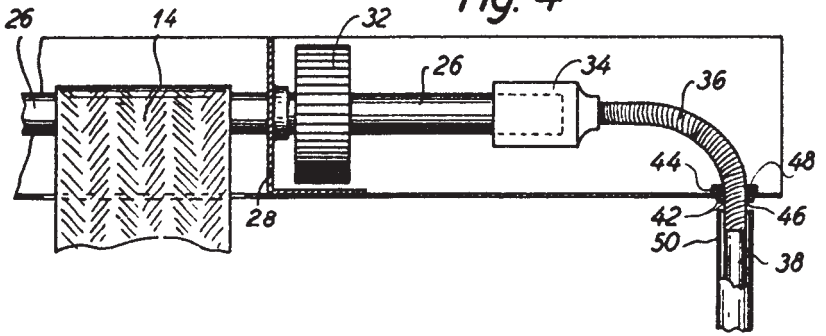


Fig. 4



96. Dansk patent nr. 85.209.

2.46.1. Dommen

I Persiennedom I havde det 1. patentkrav følgende ordlyd (min kursivering):

> »Anordning ved indstilling af persiennelamellernes vinkelstilling ved hjælp af en i overstokken anbragt mekanisme med én eller to i overstokkens længderetning gående aksler, kendetegnet ved, at denne aksel eller den ene af disse aksler direkte over en bøjelig aksel er forbundet med *en frit nedhængende stang*, der forneden har et symmetrisk om stangen anbragt eller udformet organ, f. eks. en kugle eller en skive til drejning af stangen.«

Ordet »frit« blev indføjet i patentkravet under patentansøgningens behandling. Det kan desværre ikke ud af dommen ses, under hvilke omstændigheder og af hvilke årsager ordet blev indføjet i patentkravet.

Den påståede krænker forhandlede to forskellige typer persienner. Patenthaveren anså begge typer for omfattet af patentet og anlagde sag om krænkelse.

Den påståede krænker havde erkendt, at den ene type, der havde en frit nedhængende stang, svarede til den i patentkravet beskrevne opfindelse. I realtion til den type gjorde den påståede krænker derfor alene gældende, at patentet måtte anses for ugyldigt.

Den anden type adskilte sig fra den i patentkravet beskrevne opfindelse derved, at der i stedet for en »frit nedhængende stang« var en stang, som var fastgjort til en lukket holder. For så vidt angår den anden type med en fast monteret stang, gjorde den påståede krænker derudover gældende, *at* ordet »frit« blev indføjet i patentkravet under patenthaverens forhandlinger med patentmyndighederne om patentansøgningen, *at* den omtvistede persienne ikke havde en »frit nedhængende stang«, og *at* den derfor ikke var omfattet af patentet.

I dommens omtale af patenthaverens argumentation vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt der forelå krænkelse, er det blot anført, at patenthaveren havde gjort gældende, at krænkelsen skulle være erkendt af den påståede krænker, som derfor ifølge patenthaverens opfattelse alene baserede sin frifindelsespåstand på det synspunkt, at der skulle være tale om et ugyldigt patent. Som det fremgår ovenfor, er den opfattelse imidlertid ikke konsistent med dommens omtale af den påståede krænkers procedure vedrørende den 2. type persienner.

Syns- og skønsmændene udtalte, at den omstændighed, at stangen var fastgjort til en lukket holder, ikke havde nogen relation til stangens virkemåde som beskrevet i patentet.

Syns- og skønsmændene udtalte sig endvidere om en lang række

spørgsmål vedrørende patentets nyhed og opfindelseshøjde. Sammenfattende kan man sige, at den i patentkravet beskrevne persienne-konstruktion efter deres opfattelse var ny i forhold til den forud kendte teknik, men at den ikke havde opfindelseshøjde. I Højesteret var dommerne imidlertid enige om, at patentet havde såvel nyhed som opfindelseshøjde, hvilket naturligvis indebar, at patentet blev opretholdt som gyldigt. Allerede fordi dommerne i Højesteret udtrykkeligt gav udtryk for, at de lagde til grund, at den i patentkravet beskrevne persienne-konstruktion havde opfindelseshøjde, kan syns- og skønsmændenes vurdering af spørgsmålet om opfindelseshøjde ikke antages at have påvirket dommernes fastlæggelse af beskyttelsesomfanget.

Både Østre Landsret og Højesteret fandt, at der var tale om krænkelse af patentet. Landsrettens af Højesteret tiltrådte begrundelse vedrørende beskyttelsesomfanget lød som følger:

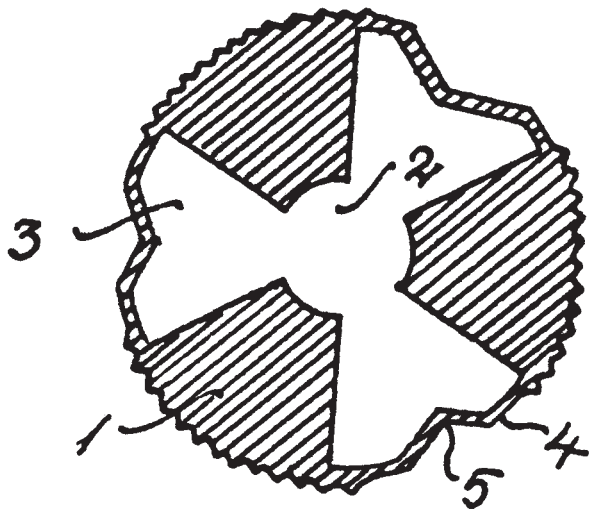
> »Skønsmændene har i tilslutning til nogle af dem besvarede herhen hørende spørgsmål i retten på forespørgsel udtalt, at den omstændighed, at stillestangen på nævnte måde er fastgjort til en lukket holder, ikke har nogen relation til stillestangens virkemåde som beskrevet i patentet.
>
> Herefter finder retten at måtte lægge til grund, at den ommeldte afvigelse i den konstruktive fremgangsmåde ikke er af en sådan betydning, at den kan bringe den nævnte type persienner uden for patentets område.«

Dommen må kunne ses som udtryk for den opfattelse, *at* en afvigelse fra en i et patentkrav beskrevet genstand ikke bringer den afvigende genstand uden for patentets beskyttelsesomfang, når afvigelsen ikke har nogen relation til virkemåden for den i patentkravet beskrevne opfindelse, og *at* de i retten afgivne forklaringer fra 2 syns- og skønsmænd kan udgøre tilstrækkeligt bevis for afvigelsens manglende relation til virkemåden.

2.46.2. Kommentarer fra den juridiske litteratur

Højesteretsdommerne Poul Spleth og Jørgen Trolle har kommenteret dommen i TfR 1962 s. 158. Kommentaren er imidlertid fokuseret på omfanget af domstolenes kompetence til i en sag om ugyldighed at efterprøve et patents patenterbarhed – nyhed og opfindelseshøjde –, og den kommer ikke ind på spørgsmålet om patentets beskyttelsesomfang. Den er derfor mindre interessant i denne sammenhæng.

2.47. *UfR 1962 s. 393 Ø – Murbøsningsdommen* [97]



I Murbøsningsdommen havde det 1. patentkrav følgende ordlyd (min kursivering):

> »Bøsning til indsætning i en udboring i en væg eller anden bygningsdel og med et aksialt hul til fastholdelse af en deri indført tap, f. eks. en skrue, der indgriber med hullets vægflade, og hvilket hul er udformet med to eller flere vægfladepartier, der er adskilt fra hinanden ved i længderetningen forløbende indskæringer udefter mod bøsningens omkreds, og hvilken bøsning består af således elastisk eftergiveligt materiale, at dets ydre dele ved indpresning i et hul af passende lille diameter kan trykkes sammen til et tværmål passende stramt i hullet nemlig fortrinsvis et materiale, som hård polyvinylklorid eller celluloseacetat, kendetegnet ved, at de nævnte vægfladepartier danner indersiden af hver sin massive længdeklods eller længdeliste (1), hvilke klodser eller lister *alene er forbundet ved tynde bøjelige vægdele* (4), der danner den ydre begrænsning af de nævnte indskæringer.«

I patentbeskrivelsen var blandt andet anført følgende (min kursivering):

97. Dansk patent nr. 80.337.

»Den foreliggende opfindelse går ud på at fremstille en bøsning af den omhandlede art på en sådan måde, at den *selv under bibeholdelse af stor sammenpresningsmulighed får en betydelig og fast anlægsflade mod udboringens vægge og ved indskruning af skruen bringes til at udøve et jævnt fordelt tryk mod store partier af udboringens vægge*. Dette opnås ifølge opfindelsen ved, at de nævnte vægfladepartier danner indersiden af hver sin massive længdeklods eller længdeliste, hvilke klodser eller lister alene er *forbundet ved tynde bøjelige vægdele*, der danner den ydre begrænsning af de nævnte indskæringer.

For at der … samtidig med, at *de tynde vægdele gives den størst mulige bøjelighed*, er klodserne eller listerne ifølge opfindelsen formede i hovedsagen som …«

Den påståede krænker havde i meget begrænset omfang forhandlet en murbøsning, som patenthaveren anså for omfattet af patentet. Efter at patenthaveren under henvisning til patentet havde protesteret over den påståede krænkers forhandling af murbøsningen, ophørte den påståede krænker med at forhandle den omtvistede bøsning. Derefter anlagde patenthaveren sag om krænkelse.

Patenthaveren gjorde gældende, *at* en umiddelbar sammenligning af det omtvistede produkt med patentbeskrivelsen og patenthaverens tilsvarende murpløk tydeligt viste, at der var tale om patentkrænkelse, *at* udtrykket »tynde og bøjelige vægdele« i patentbeskrivelsen skulle forstås som »tynde og bøjelige« i forhold til de tykke uelastiske klodser, som de tynde og bøjelige vægge forbandt, *at* størrelsesforholdene på en tegning fra patentbeskrivelsen ikke kunne være afgørende for, hvor tynde de »tynde og bøjelige« vægge skulle være i forhold til de tykke uelastiske klodser, *at* den påståede krænker havde tilstræbt at gøre den omtvistede murpløk så elastisk, at den kunne presses ind i borehuller af lidt mindre diameter end bøsningens diameter, *at* dette måtte være afgørende, og *at* sagen måtte være så oplagt, at syn og skøn ikke var nødvendigt.

Patenthaverens anbringender er navnlig bemærkelsesværdige derved, at de totalt ignorerede patentkravene, idet de tog udgangspunkt i patentbeskrivelsen og en sammenligning med det af patenthaveren faktisk producerede produkt. Formentlig som følge heraf kom den påståede krænker i sin procedure heller ikke ind på patentkravenes eventuelle betydning for sagen.

Den påståede krænker gjorde gældende, *at* den påståede krænkers ophør med forhandlingen af det omtvistede produkt ikke var udtryk for, at der var tale om patentkrænkelse, idet der var andre årsager til ophøret, *at* den omtvistede murbøsning adskilte sig væsentligt fra patentbeskrivelsen derved, at den omtvistede bøsning ikke havde de i patentbeskrivelsen krævede »tynde bøjelige vægdele«, idet forholdet mellem væggene og de af dem forbundne »klodser« på en tegning i patentbeskrivelsen var 1:12,

mens forholdet mellem vægge og »klodser« på den omtvistede murbøsning var 1:3, *at* de tynde vægdele ifølge beskrivelsen skulle »give den størst mulige bøjelighed« og sikre »bibeholdelse af stor sammenpresningsmulighed«, *at* udtrykket »tynde bøjelige vægdele« måtte forstås i overensstemmelse hermed som vægdele af en så ringe tykkelse, at de kunne give en meget høj grad af bøjelighed og sammenpresningsmulighed, *at* de »tykke halvcirkelformede forbindelsesled« mellem blokkene i den omtvistede murbøsning nærmest gav den mindst mulige bøjelighed og sammenpresningsmulighed, *at* det netop var mindst mulig bøjelighed og sammenpresningsmulighed, der var tilstræbt med den omtvistede murpløk, som derved dels blev lettere at slå ind i væghullet og dels kom til at sidde strammere i hullet med deraf følgende fordele, og *at* det ikke var dommernes opgave at tage stilling til de i sagen rejste tekniske spørgsmål uden bistand fra teknisk sagkyndige, hvorfor syn og skøn eller tilsvarende bevisførelse vedrørende sagens tekniske aspekter måtte anses for nødvendig.

Som beviser var der blandt andet fremlagt den omtvistede murbøsning, en af patentindhaveren selv produceret murbøsning og et forstørret fotografi visende de 2 murbøsningers tværsnit.

I Østre Landsret fandt 2 af de 3 voterende dommere, at der var tale om krænkelse af patentet. Begrundelsen lød som følger (min kursivering):

> »På grundlag af de i sagen fremlagte eksemplarer og fotografier af de af parterne forhandlede bøsninger og efter patentets indhold findes den af de sagsøgte forhandlede bøsning at frembyde en sådan *umiddelbar lighed* med den patenterede, at det *selv uden teknisk sagkyndige erklæringer* må statueres, at den falder ind under patentets beskyttelsesområde. Det af de sagsøgte (den påstående krænker) fremhævede forhold med hensyn til *vægtykkelsen findes ikke at kunne tillægges væsentlig betydning, idet det også ved den for de sagsøgtes bøsning valgte vægtykkelse må anses tilstræbt at opnå den i patentbeskrivelsen nævnte fordel* i forhold til de hidtil kendte bøsninger, nemlig at forene stor sammenpresningsmulighed med en betydelig og fast anlægsflade mod udboringens vægge.«

Dommen er udtryk for den opfattelse, *at* når der er en høj grad af umiddelbar lighed mellem på den ene side en omtvistet genstand og på den anden side dels en af patenthaveren fremstillet tilsvarende genstand og dels den i patentet beskrevne genstand, så er der en formodning for, at der er tale om patentkrænkelse, og *at* en forskel mellem det omtvistede produkt og et udførelseseksempel i patentbeskrivelsen ikke kan rykke ved den formodning, når det må anses for tilstræbt med den omtvistede genstand at opnå en i patentbeskrivelsen angivet fordel ved opfindelsen i forhold til

den forud kendte teknik. Den nævnte formodning indebærer, at det i sådanne tilfælde må være op til den påståede krænker at godtgøre rigtigheden af sine indsigelser om, at den omtvistede genstand ikke er omfattet af patentet.

Bevismæssigt er dommen udtryk for, *at* de af en patenthaver fremstillede produkter kan være af betydning for vurderingen af, om der foreligger krænkelse af et patent, *at* de 2 dommere mente, at de selv kunne vurdere såvel den krævede lighed som det, der måtte anses for tilstræbt med det omtvistede produkt, og *at* de således anså det for unødvendigt med erklæringer fra teknisk sagkyndige. Den 3. dommer anså det på grund af manglende teknisk sagkyndig bistand for betænkeligt at staturere krænkelse.

Dommen er i øvrigt bemærkelsesværdig, fordi den fastslog krænkelse i en sag, hvor patenthaveren øjensynlig slet ikke påberåbte sig patentkravene men -for så vidt angår patentet – alene holdt sig til patentbeskrivelsen. I domsbegrundelsen begrænsede de 2 dommere dog ikke deres omtale af patentet til den af patenthaveren påberåbte patentbeskrivelse, idet de i deres henvisning til patentet anvendte det noget bredere udtryk »patentets indhold«. Denne bredere henvisning til patentet, som også omfatter patentkravene, må antages at være udtryk for, at dommerne også tog det i patentkravene anførte i betragtning, selv om det i patentkravene anførte ikke eksplicit var omtalt i nogen af parternes procedurer. [98] Dette forholds reelle betydning for afgørelsen af krænkelsesspørgsmålet er dog nok begrænset, idet tvisten i det væsentligste vedrørte forståelsen af udtryk, som fandtes ikke alene i beskrivelsen men også i det 1. patentkrav.

98. Hvis dommerne slet ikke havde taget patentkravene i betragtning ved sagens afgørelse, ville dommen være udtryk for, at man kan statuere krænkelse alene på grundlag af patentbeskrivelsen, det vil i princippet sige helt uden støtte i og helt uafhængigt af det, der er anført i patentkravene.

2.48. *UfR 1963 s. 182 H – Kaffemølledommen* [99]

Patent nr. 58.632

Fig. 1.

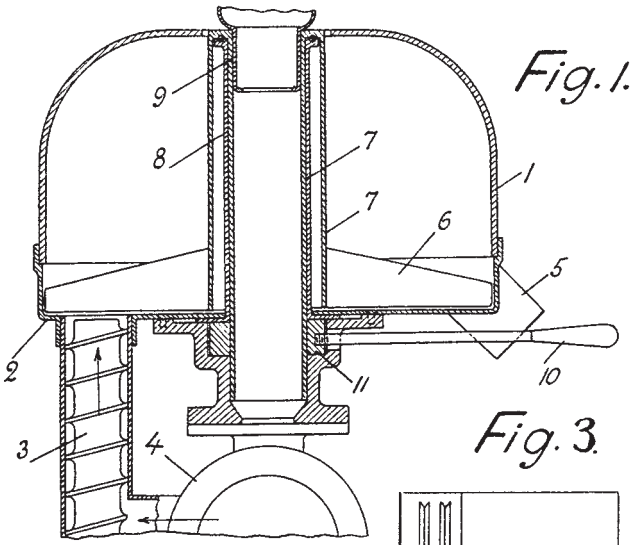


Fig. 3.

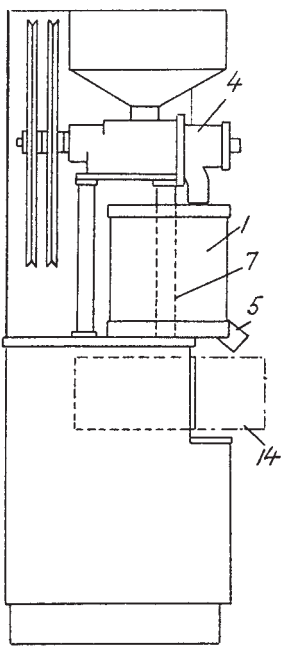
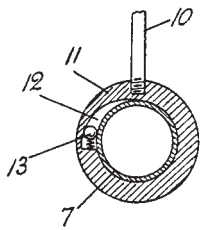


Fig. 2.



99. Dansk patent nr. 58.632 med dertil hørende afhængighedspatent nr. 59.759.

Patent nr. 59.759

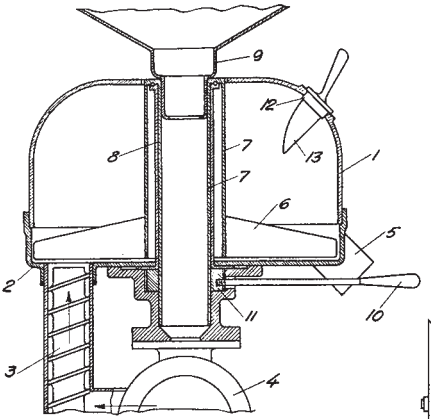


Fig. 1.

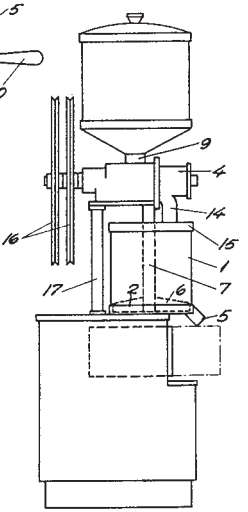


Fig. 2.

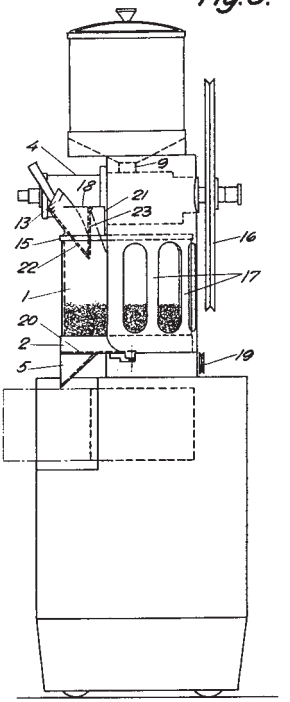


Fig. 3.

I Kaffemølledommen statuerede Højesteret, at patentet var ugyldigt. Sagen er alligevel ikke uden interesse, idet Østre Landsret forinden havde taget stilling til krænkelsesspørgsmålet under den forudsætning, at patentet var gyldigt.

Efter patenthaverens opfattelse krænkede den påståede krænker samtidig 2 forskellige patenter, nemlig et hovedpatent (nr. 58.632) på en anordning ved kaffemøller, navnlig butikskaffemøller, og et afhængighedspatent (nr. 59.759) på en kaffemølle af den af hovedpatentet omfattede art med en særlig åbning, hvorigennem man kunne tilbageføre overskydende malet kaffe til kaffemøllen.

Det 1. og 2. patentkrav i hovedpatentet havde følgende ordlyd (min kursivering):

»1. Anordning ved kaffemøller, navnlig butikskaffemøller, af den art, ved hvilke kværnens udløb udmunder i, eller gennem en transportkanal er tilsluttet en gennemløbs- eller opsamlingsbeholder, som i eller ved bunden har et med et lukkeorgan forsynet udløb, kendetegnet ved, at der i beholderen I,2 findes et *bevægeorgan*, ved hvilket *den malede kaffe kan sættes i bevægelse* i nærheden af udløbet 5, og hvilket bevægeorgan *bevirker en mere eller mindre jævn afstrømning af malet kaffe gennem udløbet 5, sålænge dettes lukkeorgan befinder sig i åbningstilstanden* og *forudsat*, at der enten findes malet kaffe opsamlet i beholderen I,2, eller der tilføres denne malet kaffe kommende fra kværnen.
2. Anordning ved kaffemøller som den i krav 1 angivne, kendetegnet ved, at bevægeorganet er et omrøringsorgan 6,7, der arbejder umiddelbart op til, d.v.s. så nær som muligt ved den side- eller bundflade i beholderen I,2, hvori udløbet 5 findes.«

I afhængighedspatentet havde det 1. patentkrav følgende ordlyd (min kursivering):

»I. Kaffemølle af den i patent nr. 58.632 omhandlede art, kendetegnet ved en i gennemløbs- eller opsamlingsbeholderen I,2 eller i dennes låg værende *tillukkelig åbning*, gennem hvilken den under afvejningen fra en udleveringspose eller lignende beholder *med en ske* eller tilsvarende redskab fjernede overskydende vægtmængde af malede bønner *kan tilbageføres til beholderen* I,2 ved indføring af skeen eller det tilsvarende redskab i åbningen.«

Nogle år efter udstedelsen af patenthaverens 2 patenter søgte den påståede krænker om patent på en anordning ved kaffekværne, hvorved tilførslen af uformalet kaffe til kværnen automatisk kunne standses. Patenthaveren nedlagde indsigelse mod patentets udstedelse og anførte i den forbindelse blandt andet, at hvis ansøgningen skulle føre til patent, så måtte det udstedes som afhængighedspatent, idet den påståede krænkers udøvelse af opfindelsen ville krænke rettighederne i henhold til patenthaverens hovedpatent. Indsigelsen blev ikke taget til følge, og der blev derfor udstedt et selvstændigt patent [100] til den påståede krænker. Derefter påbegyndte den påståede krænker produktion og salg af kaffemøller under udnyttelse af den af ham ved det selvstændige patent patenterede opfindelse. Patenthaveren anså disse kaffemøller for omfattet af sit hovedpatent og det dertil knyttede afhængighedspatent og lagde sag an mod den påståede krænker.

Den påståede krænker gjorde gældende, *at* den omtvistede kaffemølle var konstrueret i nøje overensstemmelse med det selvstændige patent, som

100. Dansk patent nr. 74.856.

den påståede krænker havde fået udstedt på trods af patenthaverens indsigelse, *at* den omtvistede kaffemølle ikke efter sit ydre kunne betegnes som en efterligning af patenthaverens kaffemøller, *at* bevægeorganet i den omtvistede kaffemølle havde en selvstændig funktion som blandeorgan for den formalede uhomogene kaffe og som impulsmodtager for møllens låsemekanisme, og *at* den omtvistede kaffemølle af de anførte grunde ikke svarede til den i hovedpatentets 1. patentkrav beskrevne kaffemølle, hvilket indebar, at der hverken kunne foreligge krænkelse af hovedpatentet eller af afhængighedspatentet.

Sammenholder man dommens gengivelse af den påståede krænkers procedure med patentkrav 1 i hovedpatentet, ser man, at ingen af de anførte argumenter relaterer sig til nogen af de i patentkravet beskrevne træk ved opfindelsen.

Patenthaveren gjorde gældende, *at* det ikke burde komme den påståede krænker til gode, at den omtvistede kaffemølle var fremstillet under udnyttelse af en opfindelse, som den påståede krænker havde fået udstedt et selvstændigt patent på, idet patentet var opnået ved over for patentkommissionen at fortie de fornødne oplysninger til bedømmelse af, om patenthaverens patenter ville blive krænket, *at* den påståede krænker havde efterlignet opfindelserne i henhold til hovedpatentet og afhængighedspatentet, og *at* krænkelsen måtte anses for bevist gennem det afholdte syn og skøn.

Ifølge syns- og skønsmændene udtalelser forholdt det sig således, *at* den omtvistede kaffemølle havde en kværn og en samlebeholder, *at* der i samlebeholderens fandtes et omrøringsorgan i form af en snegl, som arbejdede så nær som muligt ved beholderens udløb, og som tjente til at bevirke en mere eller mindre jævn afstrømning af formalet kaffe gennem udløbet, der var forsynet med et lukkeorgan, *at* opsamlingsbeholderen var forsynet med en åbning, gennem hvilken en overskydende vægtmængde formalet kaffe ved hjælp af en ske, der kunne lukke tæt for åbningen, kunne tilbageføres i opsamlingsbeholderen, og *at* tilbageføringsrøret i den omtvistede kaffemølle var en nærliggende teknisk ækvivalent til den i afhængighedspatentets krav 1 nævnte tillukkelige tilbageføring.

For så vidt angår tilbageføringsanordningen i den omtvistede kaffemølle, forekommer syns- og skønsmændenes udtalelser i dommens gengivelse heraf ikke umiddelbart forståelige, idet der både tales om »en åbning, gennem hvilken en overskydende vægtmængde formalet kaffe ved hjælp af en ske kunne tilbageføres i opsamlingsbeholderen«, og et »tilbageføringsrør«, som var »en nærliggende teknisk ækvivalent til den i afhængighedspatentets krav 1 nævnte tillukkelige tilbageføring«, som ifølge patent-

kravet gik ud på, at man gennem en tillukkelig åbning i kaffemøllen kunne tilbageføre overskydende formalet kaffe med en ske. Det forekommer med andre ord ikke klart, om syns- og skønsmændene var af den opfattelse, at den omtvistede kaffemølle havde det pågældende i patentkravet beskrevne træk, eller om den omtvistede kaffemølle blot var indrettet på en måde, som kunne anses for »teknisk ækvivalent« dermed.

Syns- og skønsmændene udtalte i øvrigt mere principielt om forholdet mellem patentkrav og patenters beskyttelsesomfang, *at* når de konstruktive ejendommeligheder i patentkravet – som i den foreliggende sag – var karakteriseret ved deres virkning, var det overvejende sandsynligt, at den i hovedpatentets krav 1 beskyttede kaffemølle kunne fremtræde i andre udførelsesformer end de i hovedpatentet viste udførelsesformer, *at* det måtte anses for overvejende sandsynligt, at en kaffemølle med de i hovedpatentets krav 1 og de i afhængighedspatentets krav 1 angivne konstruktionskendetegn, faldt ind under afhængighedspatentets beskyttelsesområde uden hensyn til, om udformningen i øvrigt var i overensstemmelse med de i de 2 patentskrifter viste udførelsesformer, og *at* der dog ikke kunne ses bort fra, at der muligvis kunne forekomme kaffemøller, der havde de i patentkravene angivne konstruktive ejendommeligheder uden at falde ind under patenternes beskyttelsesområder, idet det blandt andet måtte afhænge af, om formålet med de i patenterne omhandlede opfindelser blev opnået, men *at* det på den anden side ikke kunne udelukkes, at det modsatte også kunne være tilfældet.

Østre Landsret fandt som omtalt ovenfor, at der var tale om krænkelse af patentet. Dommernes begrundelse lød som følger (min kursivering):

> »Efter det foreliggende, herunder skønserklæringen, må det … antages, at den af det sagsøgte selskab [den påståede krænker] fremstillede kaffemølle falder ind under den i sagsøgerens [patenthaverens] hovedpatents krav 1 og 2 og i afhængighedspatentet beskrevne kaffemølle.«

Begrundelsen er ikke udpræget klar med hensyn til, hvilke momenter i sagen dommerne tillagde hvilken vægt. Man kan dog med sikkerhed konstatere, at det forhold, at den omtvistede kaffemølle øjensynlig var konstrueret i overensstemmelse med den påståede krænkers selvstændige patent, ikke blev tillagt afgørende vægt til fordel for den påståede krænker.

Begrundelsen er formentlig udtryk for, *at* dommerne ikke anså det for bevist, at den omtvistede kaffemølle manglede nogen af de i hovedpatentets 1. patentkrav beskrevne træk, og *at* de eventuelt tiltrådte syns- og skønsmændenes udtalelse om, at det måtte anses for overvejende sandsyn-

ligt, at der forelå krænkelse af hovedpatentet og afhængighedspatentet, når en kaffemølle havde samtlige de i patenternes patentkrav beskrevne træk.

I forbindelse med deres stillingtagen til den påståede krænkers ugyldighedsindsigelse, havde landsretsdommerne givet udtryk for, at den ved afhængighedspatentet beskyttede opfindelse lå »på grænsen af det patenterbare«.

Dette forhold var formentlig uden betydning for dommernes vurdering af sagen, idet de i deres domskonklusion fastslog, at der forelå krænkelse af såvel hovedpatentet som afhængighedspatentet.

Herfra kan der imidlertid ikke konkluderes noget som helst om beskyttelsesomfanget for patenter med ringe eller tvivlsom nyhed og/eller opfindelseshøjde, idet den påståede krænkers procedure var lagt således op, at den alene var baseret på det synspunkt, at den omtvistede kaffemølle ikke var omfattet af hovedpatentets 1. patentkrav. I det omfang den påståede krænker havde fået medhold i det synspunkt, måtte det nødvendigvis føre til, at der heller ikke forelå krænkelse af afhængighedspatentet, men når den påståede krænker ikke kunne overbevise landsretsdommerne om synspunktets rigtighed, så var der ikke nogen alternative argumenter for, at der ikke skulle foreligge krænkelse af afhængighedspatentet, og det måtte ret naturligt føre til den domskonklusion, at afhængighedspatentet også måtte anses for krænket. [101]

---

101. Rent processuelt er dommen i øvrigt bemærkelsesværdig, fordi domskonklusionen i betydelig grad afveg fra den af patentindehaveren nedlagte påstand, uden at der var rejst dertil svarende indsigelser mod påstanden.
Patentindehaverens påstand gik ud på, at den påståede krænker skulle anerkende, at den påståede krænker

> »ved fremstilling og salg af butikskaffemøller med tromlebeholder og aftapning«

krænkede patentindehaverens hovedpatent og det dertil hørende afhængighedspatent.
Med den bemærkning, at den påståede krænker ikke havde fremsat indsigelse mod påstandens formulering afsagde landsretsdommerne en dom, som gik ud på, at den påståede krænker burde anerkende, at denne

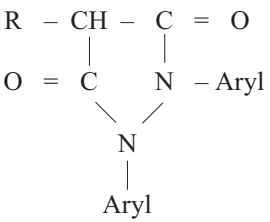
> »ved fremstilling og salg af butikskaffemøller med gennemløbsbeholder, fra hvilken den malede kaffe som følge af anbringelse af et bevægeorgan i beholderen kan aftappes jævnt, og som er forsynet med en med ske tillukkelig tilbageføringsanordning«

krænkede patentindehaverens hovedpatent og det dertil hørende afhængighedspatent.
Hvis der fra den påståede krænkers side havde været rejst en dertil svarende indsigelse mod påstanden, ville domskonklusionen ikke have været så bemærkelsesværdigt, idet det påberåbte patent efter sit indhold ikke kunne danne grundlag for en domskonklusion af så vidtgående indhold som den af patentindehaveren nedlagte påstand.

2.49. *UfR 1964 s. 498 H – Phenylbutazondommen* [102] [103]

2.49.1. Dommen

I Phenylbutazondommen havde det 1. patentkrav følgende ordlyd (min kursivering):

> »Fremgangsmåde til fremstilling af i 4-stillingen substituerede 3,5 dioksopyrazolidiner med den almene formel
>
> 
>
>
> hvor R betyder en mættet eller umættet alifatisk eller cykloalifatisk, eller en aryl-substitueret alifatisk kulbrintegruppe med 2-10 kulstofatomer, og Aryl en usubstitueret eller en med halogenatomer eller alkosygrupper eller begge dele substitueret fenylgruppe, hvor hos alkyl- og alkoksygrupperne indeholder 1 – 3 kulstofatomer, eller deres salte, kendetegnet ved, at man omsætter *et funktionelt reaktionsdygtigt derivat af en monosubstitueret malonsyre* R-$CH(COOH)_2$, såsom en diester, et dihalogenid eller et esterhalogenid, med en 1,2 diaryl*hydrazin* af formelen Aryl-NH-NH-Aryl eller et N-acylderivat af denne forbindelse, hensigtsmæssigt under tilstedeværelse af et kondensationsmiddel eller et syrebindende middel, i hvilke formler R og Aryl har den anførte betydning, og eventuelt overfører de dannede forbindelser til deres salte med uorganiske eller organiske baser.«

I patentbeskrivelsen var det forudsat, at fremgangsmåden blev udøvet med en høj begyndelsestemperatur. Endvidere var der i patentbeskrivelsen givet nogle udførelseseksempler, hvori der var angivet eksempler på, hvad der kunne være »et funktionelt reaktionsdygtigt derivat af en monosubstitueret malonsyre«. Som eksempel på, hvad der kunne være et »syrebindende middel« nævntes i beskrivelsen blandt andet pyridin.

Den terapeutiske virkning ved det under udøvelse af fremgangsmåden fremstillede stof, phenylbutazon, var ifølge patentbeskrivelsen en smerte- og feberstillende virkning. Først senere blev det opdaget, at stoffet havde

---

102. Dansk patent nr. 75.688.

103. Den påståede krænker, som i Phenylbutazondommen blev dømt for krænkelse, fik senere i UfR 1966 s. 566 H en tvangslicens under det krænkede patent. Den dom er i UfR 1966 B s. 274 kommenteret af Jørgen Trolle.

en betydelig terapeutisk virkning over for rheumatiske lidelser (gigt med videre).

Den påståede krænker fremstillede et præparat, hvor det terapeutisk virksomme stof var identisk med det virksomme stof i det præparat, som patenthaveren fremstillede ved hjælp af den patenterede fremgangsmåde. Til fremstillingen af sit præparat anvendte den påståede krænker en fremgangsmåde, der var genstand for et patent, den påståede krænker havde fået udstedt i Belgien. Den relevante del af patentkravet i den påståede krænkers belgiske patent havde følgende formulering:

> »Fremgangsmåde til fremstilling af … kendetegnet ved, at man bringer et blandet anhydrid af malonsyre eller en substitueret malonsyre og carboxylsyre til at reagere med phenylhydrazin eller hydrazobenzen eller et derivat af en af disse forbindelser, hvori …«

Sådan som patenthaverens påstand var formuleret, drejede sagen sig om, hvorvidt den af det belgiske patent »omhandlede« fremgangsmåde måtte anses for at være omfattet af patenthaverens danske patent.

Bevisførelsen og parternes procedure var dog ikke koncentreret om den i det belgiske patentkrav beskrevne fremgangsmåde men derimod om den af den påståede krænker rent faktisk udøvede fremgangsmåde. Denne divergens mellem patenthaverens påstand og den måde, hvorpå sagen blev ført, syntes dog ikke i sig selv at have haft væsentlig betydning for sagen, idet i hvert fald 6 af de i sagens pådømmelse deltagende 7 højesteretsdommere syntes alene at have lagt afgørende vægt på, om den af den påståede krænker faktisk udøvede fremgangsmåde efter deres opfattelse kunne anses for omfattet af patenthaverens danske patent.

Oplysningerne i dommen om den rent faktisk udøvede fremgangsmåde er ikke klare, for så vidt angår udgangsstofferne, det vil sige de kemiske forbindelser, som fremgangsmåden tog udgangspunkt i. Det forekommer dog rimeligt at antage, *at* den påståede krænker anvendte et blandet anhydrid af substitueret malonsyre og en carboxylsyre, *at* den pågældende substituerede malonsyre var butylmalonsyre, og *at* den pågældende carboxylsyre var eddikesyre. I den forbindelse bemærkes det, at et blandet anhydrid af 2 kemiske forbindelser er en form for derivat af de 2 kemiske forbindelser, jf. udtrykket »et … derivat af en monosubstitueret malonsyre« i patenthaverens patentkrav.

Som »syrebindende middel« anvendte den påståede krænker pyridin, der i patenthaverens patentbeskrivelse var omtalt som et syrebindende middel. Den påståede krænker hævdede, at pyridin i den omtvistede frem-

gangsmåde blev tilsat på et andet tidspunkt og i andre mængder end angivet i patenthaverens patentbeskrivelse.

Som det i patentkravet nævnte »diarylhydrazin eller N-acylderivat deraf« anvendte den påståede krænker hydrazobenzol, det vil sige det samme stof, som patenthaveren anvendte ved sin egen udøvelse af den patenterede fremgangsmåde.

I øvrigt anvendte den påståede krænker en lav begyndelsestemperatur i forhold til den begyndelsestemperatur, der fremgik af beskrivelsen i patenthaverens patent.

Den påståede krænker gjorde gældende, *at* det anvendte blandede anhydrid af malonsyre og eddikesyre, ikke var et egentligt »funktionelt derivat af malonsyre«, *at* det var teknikkens stade på patentets prioritetsdag, det vil sige den 22. marts 1948, der måtte være afgørende for patentbeskyttelsens omfang, således at hvis der var tale om noget, som opfinderen ikke havde tænkt på inden prioritetsdagen, kunne man ikke give beskyttelse for det, selv om det formelt faldt ind under ordlyden af patentkravet, *at* selv om man ville anse det blandede anhydrid af malonsyre og eddikesyre for et funktionelt derivat af malonsyre, så vidste man på prioritetsdagen i marts 1948 ikke, om det blandede anhydrid var »reaktionsdygtigt«, og *at* anvendelsen af det blandede anhydrid var en ny opfindelse, som ikke var kendt på prioritetsdagen i marts 1948.

Endvidere gjorde den påståede krænker gældende, *at* den omtvistede fremgangsmåde ikke var teknisk ækvivalent med den i patentet beskrevne fremgangsmåde, *at* da man ifølge den dagældende patentlovs § 1, stk. 2, nr. 4, ikke kunne få patent på lægemidler, så burde patentkrav på fremstillingsmåder til fremstilling af lægemidler fortolkes snævert, *at* patenthaveren havde gjort definitionen af »et funktionelt reaktionsdygtigt derivat« så generel og uklar, at det kunne give anledning til tvivl, hvilket måtte komme patenthaveren til skade, således at patentet måtte fortolkes i lyset af de i det givne eksempler, der derved ville få en begrænsende indvirkning på beskyttelsesomfanget, *at* i den anvendte fremgangsmåde blev pyridin tilsat på et andet tidspunkt og i andre mængder end angivet i patenthaverens patentbeskrivelse, *at* det tilsatte pyridin i den påståede krænkers fremgangsmåde virkede fremmende på reaktionen, hvilket var nyt i forhold til patenthaverens patent, og *at* den påståede krænker anvendte en lav begyndelsestemperatur, hvilket også var nyt i forhold til patenthaverens patent, *at* den anvendte fremgangsmåde hverken var mere besværlig eller kostbar end patenthaverens fremgangsmåde, og *at* det under alle omstændigheder måtte være uden betydning, om den omtvistede fremgangsmåde indebar et teknisk fremskridt.

Patenthaveren gjorde principalt gældende, at den påståede krænker direkte anvendte den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde.

Til støtte for det synspunkt fremførte patenthaveren navnlig, *at* det af den påståede krænker anvendte blandede anhydrid af malonsyre og eddikesyre måtte anses for et funktionelt reaktionsdygtigt derivat af malonsyre, *at* de i patentbeskrivelsen nævnte eksempler kun var eksempler og derfor ikke begrænsede det i patentkravet angivne beskyttelsesomfang, der omfattede anvendelsen af ethvert funktionelt reaktionsdygtigt derivat af malonsyre, *at* det på patentets prioritetsdag var nærliggende for en fagmand at slutte sig til, at det af den påståede krænker anvendte blandede anhydrid ville reagere på den ønskede måde, *at* det af den påståede krænker anførte om tilsætningen af pyridin, der også indgik i patenthaverens fremgangsmåde, var uden betydning, *at* det af den påståede krænker anførte om begyndelsestemperaturen var uden betydning, og *at* den påståede krænkes fremgangsmåde var teknisk og økonomisk ringere end patenthaverens fremgangsmåde.

Subsidiært gjorde patenthaveren gældende, at de af den påståede krænker hævdede forskelle mellem fremgangsmåderne ikke var så væsentlige, at de kunne bringe den påståede krænkers fremgangsmåde uden for patentets beskyttelsesomfang.

Til støtte for det synspunkt fremførte patenthaveren navnlig, *at* man i den påståede krænkers fremgangsmåde genfandt kernen i den patenterede opfindelse, nemlig den kemiske opbygning af dioxopyrasolidinringen indeholdende butyl- og phenylforbindelser med værdifulde terapeutiske egenskaber, og *at* den påståede krænker havde fået inspirationen til den omtvistede fremgangsmåde fra patenthaverens patent.

Patentdirektoratet udtalte i forbindelse med retssagen, *at* udtrykket »funktionelt reaktionsdygtigt derivat af en monosubstitueret malonsyre« således som det udtryk var anvendt i patentkravet og patentbeskrivelsen måtte forstås som ethvert funktionelt derivat af monosubstitueret malonsyre, der var i stand til ved den omhandlede reaktion at danne de ønskede forbindelser dog med de 2 begrænsninger, *1)* at udtrykket ikke kunne omfatte andre derivater end sådanne, som var kendt fra et almindeligt tilgængeligt »trykskrift« på patentets prioritetsdag, eller som let kunne fremstilles af fagmanden enten i analogi med fremstillingen af nærtbeslægtede forbindelser, der var kendt på nævnte tidspunkt, eller efter de i patentbeskrivelsen eventuelt givne oplysninger om forbindelsernes fremstilling, og *2) at* et »funktionelt derivat« måtte forstås som egentlige derivater, som i de organisk-kemiske lærebøger og håndbøger karakteriseres som funktionelle, *at* det er almindeligt anerkendt, at omfanget af et patent

ikke er begrænset til de i patentbeskrivelsen nævnte udførelsesformer, og *at* ordene »såsom en diester, dihalogenid eller et esterhalogenid« i patentkravet ikke havde nogen definitionsmæssig betydning for udtrykket et »funktionelt reaktionsdygtigt derivat af en monosubstitueret malonsyre«.

Patentdirektoratet og syns- og skønsmændene udtalte samstemmende, at et blandet anhydrid af malonsyre eller en monosubstitueret malonsyre og eddikesyre var et funktionelt derivat af malonsyre henholdsvis monosubstitueret malonsyre. Det må antages, at det må forstås således, *at* et blandet anhydrid af malonsyre og eddikesyre måtte anses for et derivat af malonsyre, og *at* et blandet anhydrid af monosubstitueret malonsyre og eddikesyre måtte anses for et derivat af monosubstitueret malonsyre. I den forbindelse bemærkes det, at det ikke fremgår af dommen, at den påståede krænkers fremgangsmåde omfattede anvendelse af et blandet anhydrid af *mono*substitueret malonsyre.

Syns- og skønsmændene udtalte, *at* de kunne tiltræde Patentdirektoratets udtalelser vedrørende forståelsen af udtrykket »funktionelt reaktionsdygtigt derivat af en monosubstitueret malonsyre«, idet de dog mente, at udtrykket måtte forstås således, at det kun omfattede et derivat, hvis det på grundlag af det, der på prioritetsdagen kendtes fra litteraturen, var tydeligt for en fagmand, at derivatet kunne reagere med hydrazobenzen under dannelse af 3,5-dioxopyrazolidiner, *at* »et funktionelt reaktionsdygtigt derivat« måtte være et derivat, hvorom en fagmand på et givent tidspunkt vidste, at det var mindst overvejende sandsynligt, at det ville reagere på den ønskede måde, *at* udtrykket »funktionelt derivat« i et patentkrav til karakterisering af et udgangsmateriale for en fremgangsmåde – som af Patentdirektoratet hævdet – ikke kunne omfatte andre derivater end sådanne, som var kendt på prioritetsdagen, men at et funktionelt derivat måtte anses for kendt, når en fagmand kunne slutte sig til derivatets mulige anvendelse, *at* en fagmand på prioritetsdagen måtte regne med, at man ved omsætning af blandede anhydrider med hydrazobenzol, ville få a) den ønskede reaktion, b) en bestemt anden reaktion eller c) en kombination af begge reaktioner, men at man dengang ikke på forhånd kunne sige, hvilken af reaktionerne der ville være den mest sandsynlige, *at* det var en subtilitet, når den påståede krænker fremhævede tilsætningen af pyridin samtidig med eller efter tilsætningen af hydrazobenzol som en afgørende forskel i forhold til den af patenthaveren anvendte fremgangsmåde.

Parterne havde i øvrigt hver især indhentet en række sagkyndige erklæringer, som udtalte sig om de omtvistede spørgsmål. Syns- og skønsmændene blev forelagt disse erklæringer, men det gav dem ingen anledning til at ændre på de af dem allerede afgivne udtalelser.

Såvel Østre Landsret som Højesteret fandt, at der var tale om krænkelse af patentet. I landsretten var der tale om en enstemmig afgørelse. I Højesteret var der tale om en 4-3 afgørelse. De 4 højesteretsdommere, der mente, at der forelå krænkelse af patentet, var imidlertid ikke enige om begrundelsen, idet 3 af dommerne (herefter kaldet »de første 3 højesteretsdommere«) gav en begrundelse, mens den 4. dommer (herefter kaldet »den 4. højesteretsdommer«) gav en anden begrundelsen.

De første 3 højesteretsdommere og den 4. højesteretsdommer tiltrådte forskellige dele af begrundelsen i landsrettens dom. De af disse dommere helt eller delvist tiltrådte dele af begrundelsen er følgende:

> »Det findes ved de foreliggende oplysninger at måtte lægges til grund, at den af de sagsøgte [den påståede krænker] benyttede fremgangsmåde til fremstilling af phenylbutazon består af de samme tre led som i sagsøgernes [patenthaverens] fremgangsmåde. At det af de sagsøgte benyttede blandede anhydrid er et funktionelt reaktionsdygtigt derivat af malonsyre findes bekræftet i skønserklæringerne og erklæringen fra patentdirektoratet. At der som andet led benyttes hydrazobenzol er ubestridt. Med hensyn til det tredie led indeholder de sagsøgtes tilsætning af pyridin vel forskelligheder fra sagsøgernes, men efter det oplyste, særlig skønsmændenes udtalelser under afhjemlingen, foreligger der ikke herved noget væsentligt nyt.
>
> …
>
> De af de sagsøgte påberåbte forskelligheder i henseende til pyridintilsætningen og begyndelsestemperaturen findes endelig heller ikke at være af så væsentlig betydning, at de sagsøgtes fremgangsmåde af disse grunde ikke skulle være patentkrænkende for sagsøgerne.«

De første 3 højesteretsdommere gav følgende begrundelse for, at der skulle være tale om krænkelse af patentet (min kursivering):

> »Af de i landsrettens dom anførte grunde tiltrædes det, at det må lægges til grund, at *det af appellanten [den påståede krænker] benyttede blandede anhydrid er et funktionelt reaktionsdygtigt derivat af malonsyre*; den af appellanten anvendte fremgangsmåde består herefter – som i dommen anført – af de samme led som de indstævntes [patenthaverens] fremgangsmåde. Det tiltrædes endvidere, at *appellantens anvendelse af pyridin efter det oplyste ikke kan anses at indeholde noget afgørende nyt* i forhold til de indstævntes patent.
>
> Efter de af skønsmændene afgivne erklæringer om, hvad der den 22. marts 1948 kunne udledes af litteraturen, findes det at måtte lægges til grund, at det for en fagmand måtte være *uvist, om blandede anhydrider ville reagere på den ønskede måde eller på anden måde*.
>
> Den af appellanten anvendte fremgangsmåde til fremstilling af phenylbutazon falder efter det foreliggende ind under den i patentkravet beskrevne almindelige fremgangsmåde; det findes i denne forbindelse at måtte lægges til

grund, at *det væsentlige i den patenterede fremgangsmåde er kombinationen af den monosubstituerede malonsyre med det distribuerede hydrazin, en kombination, der genfindes i den af appellanten anvendte fremgangsmåde*. Det kan derimod ikke anses at være af afgørende betydning, om der som udgangsstof vælges det ene eller det andet reaktionsdygtige derivat af den monosubstituerede malonsyre, hvorved bemærkes, at fagmanden på prioritetsdagen den 22. marts 1948 også *måtte regne med den mulighed, at det af appellanten benyttede funktionelle derivat ville være reaktionsdygtigt i den ønskede retning*.

Den af appellanten benyttede fremgangsmåde til fremstilling af et med de indstævntes identisk stof med værdifulde terapeutiske egenskaber findes herefter af indeholde en krænkelse af de indstævntes patent.«

De første 3 højesteretsdommeres begrundelse indeholder nogle punkter, som umiddelbart kan give anledning til undren.

For det *1.* er der forskel på en monosubstitueret malonsyre og et derivat af en funktionelt reaktionsdygtig monosubstitueret malonsyre, og i begrundelsen valgte de første 3 højesteretsdommere i forbindelse med udtalelsen om, hvad der måtte anses for det væsentlige ved patenthaverens fremgangsmåde, at ignorere der forhold, at udgangsstoffet i patenthaverens patentkrav var angivet som et »*funktionelt reaktionsdygtigt derivat af* monosubstitueret malonsyre«, idet dommerne anså det væsentlige ved patenthaverens patenterede fremgangsmåde for at være kombinationen af »monosubstitueret malonsyre« og en anden kemisk forbindelse.

For det *2.* syntes der ikke at være nogen indlysende sammenhæng mellem på den ene side konstateringen af, at den påståede krænkers blandede anhydrid var et *derivat af malonsyre*, og på den anden side konstateringen af, at det væsentlige ved patenthaverens patent var kombinationen af en *monosubstitueret malonsyre* med en anden kemisk forbindelse. Hvis begrundelsen havde gået ud på, at det blandede anhydrid kunne anses for et derivat af en monosubstitueret malonsyre, og at det væsentlige havde været kombinationen af et derivat af en monosubstitueret malonsyre med en anden kemisk forbindelse, så ville begrundelsen have virket langt mere konsistent. [104]

Den 4. højesteretsdommer gav følgende begrundelse for, at der skulle være tale om krænkelse (min kursivering):

»Det det indstævnte selskab [patenthaveren] meddelte danske patent nr. 75.688, der er enslydende med selskabets i mange andre lande meddelte patent, er formuleret således, at det ikke blot omfatter de i dette nævnte 3 derivater af en monosubstitueret malonsyre, men også sådanne andre derivater af

104. Ifølge mine kilder er en monosubstitueret malonsyre en form for derivat af malonsyre, mens et derivat af malonsyre kan være andet end monosubstitueret malonsyre.

denne syre, der reagerer effektivt med hydrazin på den i patentet angivne måde. Det er af patentkommissionen oplyst, at det er almindeligt anerkendt, at omfanget af et patent ikke er begrænset til de i patentbeskrivelsen nævnte udførelsesformer for den omhandlede opfindelse, og at anvendelsen af andre forbindelser, der falder ind under den generelle definition, som reaktionskomponent omfattes af patentet. I forbindelse hermed finder kommissionen ikke, at de i patentkravet nævnte 3 derivater har definitionsmæssig men kun vejledende betydning for udtrykket »funktionelt reaktionsdygtigt derivat af en monosubstitueret malonsyre«.

Appellantens anbringende, hvorefter et patent på fremgangsmåden til fremstilling af et lægemiddel bør fortolkes restriktivt, finder ikke støtte i retspraksis, og de senere meddelte patenter på fremgangsmåde til fremstilling af »Butazolidin« viser, at der ingen begrundelse er for at give det heromhandlede patent et snævrere gyldighedsområde, end patentkravet angiver.

Når det nu er fastslået af sagkundskaben, at det i patentet nævnte blandede anhydrid er et funktionelt derivat af malonsyre, henholdsvis monosubstitueret malonsyre, findes den omstændighed, at appellanten som den første har foretaget de forsøg, der førte til erkendelse af, at dette derivat er reaktionsdygtigt med hydrazin på samme måde som de i patentet eksempelvis nævnte derivater, ikke, selv om der heri måtte foreligge noget opfinderisk, at bringe fremgangsmåden uden for det vide område af de indstævntes patent. Herefter, og idet det i dommen anførte om appellantens tilsætning af pyridin som kondenseringsmiddel tiltrædes, stemmer denne dommer i resultatet som de forannævnte dommere [de første 3 dommere].«

Det forekommer umiddelbart at være ret uigennemskueligt, hvad der er rækkevidden af den første del af det sidste afsnit i den 4. højesteretsdommers begrundelse. Hvis man skal forklare, hvad den del af begrundelsen kan anses som udtryk for, kan man derfor næppe komme det meget nærmere end en konstatering af, at den i realiteten indebar, at ordet »reaktionsdygtigt« i patentkravet ikke fik nogen selvstændig betydning som karakteriserende træk ved den af patentet omfattede opfindelse.

Begrundelsen fra de 3 dissentierende højesteretsdommere, der mente, at der ikke var tale om krænkelse (herefter kaldet »de 3 dissentierende højeretsdommere«), er ikke uden interesse, selv om der er tale om en dissens. Deres begrundelse var som følger (min kursivering):

»*Det væsentlige* i de indstævntes [patenthaverens] patent, som angår en fremgangsmåde til fremstilling af phenylbutazon, *må antages at være valget af udgangsstoffer – et derivat af monosubstitueret malonsyre i kombination med disubstitueret hydrazin*. Den i patentkravet, for så vidt angår det første udgangsstof, givne afgrænsning: »et funktionelt reaktionsdygtigt derivat af en monosubstitueret malonsyre« findes at måtte fortolkes som angivende sådanne funktionelle malonsyrederivater, som – i lighed med de tre i patentkravets

tekst eksempelvis nævnte forbindelser: diestre, dihalogenider og esterhalogenider – efter teknikkens stade på prioritetsdagen den 22. marts 1948 måtte anses som reaktionsdygtige i den proces, som patentet angår. *Patentets beskyttelsesområde findes – da valget af udgangsstoffer som nævnt er den afgørende del af opfindelsen – ikke at kunne udstrækkes ud over patentkravets afgrænsning, forstået som anført*.

Idet det efter de foreliggende skønserklæringer må lægges til grund, at det i appellantens [den påståede krænkers] fremgangsmåde som udgangsstof anvendte blandede anhydrid ikke den 22. marts 1948 af gennemsnitsfagmanden på grundlag af det da foreliggende var kendt som reaktionsdygtigt i den omhandlede proces, findes appellantens fremgangsmåde i så væsentlig grad at afvige fra de indstævntes fremgangsmåde, at der ikke foreligger krænkelse af de instævntes patent.«

Hvis man ser bort fra resultatet, så er der meget væsentlige ligheder mellem begrundelsen fra de første 3 højesteretsdommere og begrundelsen fra de 3 dissentierende højesteretsdommere. Det forskellige resultat beror således alene på en forskel i bevisvurderingen. Selv om den 4. højesteretsdommer nåede til samme resultat som de første 3 højesteretsdommere, så afspejler den 4. højesteretsdommers begrundelse en opfattelse af de materielle regler, som må antages af afvige mere fra de første 3 højesteretsdommeres opfattelse.

Det væsentlige

De 3 dissentierende højesteretsdommere indledte deres begrundelse med at konstatere, at »det væsentlige« i patentet var valget af udgangsstofferne et derivat af monosubstitueret malonsyre og disubstitueret hydrazin. Det svarer med en lidt afvigende formulering til den del af de første 3 højesteretsdommeres begrundelse, hvor det er anført, at »det væsentlige« i den patenterede fremgangsmåde var kombinationen af den monosubstituerede malonsyre med det distribuerede hydrazin.

De 6 højesteretsdommeres påpegning af de 2 stoffer som »det væsentlige« ved opfindelsen må afspejle den opfattelse, at »det væsentlige« ved en patenteret opfindelse er af betydning for beskyttelsesomfanget.

De 3 dissentierende dommere tilkendegav i deres begrundelse eksplicit, at det, der udgjorde de væsentlige træk ved opfindelsen (»den afgørende del af opfindelsen«), havde den betydning for patentets beskyttelsesomfang, at det ikke kunne udstrækkes til at omfatte noget ud over patentkravets indhold, for så vidt angår de pågældende træk ved opfindelsen.

I votummet fra de første 3 højesteretsdommere fremgår det ikke umiddelbart, af hvilken årsag dommerne kom ind på spørgsmålet om det væsentlige ved opfindelsen. Af voteringsprotokollen fremgår det dog, at i

hvert fald en af dommerne var af den opfattelse, at for så vidt angår det væsentlige ved opfindelsen, skulle der være relativt begrænsede eller ingen muligheder for at tildele et beskyttelsesomfang, som gik ud over det, der fremgik af patentet. Det svarer i hvert fald i hovedtræk til den opfattelse, som de 3 dissentierende dommere gav udtryk for i deres domsbegrundelse. På den baggrund forekommer det rimeligt at antage, at den omtale af det væsentlige ved opfindelsen, som man finder hos de 3 dommere fra flertallet, afspejler en principiel opfattelse, som i vidt omfang svarer til den opfattelse, man finder hos de 3 dissentierende dommere. Der er dog tale om en principiel enighed, som konkret ikke fik nogen betydning for sagens udfald, idet de 3 dommere fra flertallet som tidligere nævnt mente, at der ikke var nogen forskel mellem den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde, og den omtvistede fremgangsmåde.

Bevismæssigt er det bemærkelsesværdigt, *at* der ikke forelå nogen sagkyndige vurderinger i form af syns og skønserklæringer eller lignende vedrørende spørgsmålet om, hvad der måtte anses for »det væsentlige« ved patentet, og *at* de 6 højesteretsdommere således baserede sig på deres egne vurderinger af væsentligheden.

Processuelt er de 6 højesteretsdommeres væsentlighedsvurdering interessant, fordi ingen af parterne havde gjort det gældende, at det væsentlige ved opfindelsen var valget af de 2 udgangsstoffer, som de 6 dommere anså for at udgøre »det væsentlige« ved patentet. Patenthaveren var den eneste af parterne, der i hele taget havde udtalt sig om væsentlighedsspørgsmålet, idet patenthaveren – med tydelig inspiration fra Insulindommen – havde gjort gældende, at »kernen« i den patenterede opfindelse var den kemiske opbygning af dioxopyrasolidinringen indeholdende butyl- og phenylforbindelser med værdifulde terapeutiske egenskaber. [105]

»Et funktionelt reaktionsdygtigt derivat af monosubstitueret malonsyre«

Tvisten i Phenylbutazondommen drejede sig i vidt omfang om, hvad der skulle forstås ved »et funktionelt reaktionsdygtigt derivat af en monosubstitueret malonsyre«, og om hvorvidt det af den påståede krænker anvendte blandede anhydrid kunne anses for sådan et funktionelt reaktionsdygtigt derivat, der ifølge 6 af højesteretsdommerne udgjorde det ene af de 2 stoffer, som var væsentlige for opfindelsen.

---

105. I denne sammenhæng må »det væsentlige« ved en opfindelse og »kernen« i en opfindelse anses for synonyme udtryk.

De 3 dissentierende dommere udtalte udtrykkeligt, at den del af tvisten måtte afgøres ud fra teknikkens stade på prioritetsdagen, således at udtrykket i patentkravet måtte anses for at omfatte sådanne stoffer, som man på det tidspunkt havde anset for reaktionsdygtige i den pågældende kemiske proces.

De første 3 højesteretsdommeres begrundelse er knap så klar som de 3 dissentierende højesteretsdommeres begrundelse. Når de første 3 højesteretsdommere hele 2 gange i deres begrundelse henviste til den viden, som en fagmand på prioritetsdagen kunne have om, hvorvidt det af den påståede krænker anvendte blandede anhydrid ville være reaktionsdygtigt på den ønskede måde, så må det imidlertid på trods af den generelle uklarhed, som præger de første 3 højesteretsdommeres begrundelse, kunne tages som udtryk for, at de første 3 højesteretsdommere også på dette punkt delte de 3 dissentierende højesteretsdommeres opfattelse.

De 6 dommeres opfattelse på dette punkt må formentlig ses som et udslag af en konkret bevisvurdering, *idet* der var tale om en opfattelse, som svarede til indholdet af syns- og skønsmændenes og Patentdirektoratets udtalelser, og *idet* disse udtalelser alene drejede sig om det i patentet anvendte udtryk »et funktionelt reaktonsdygtigt derivat«. Der er således næppe tale om en principiel stillingtagen med generel betydning for forholdet mellem patentkrav og den senere tekniske udvikling.

Hvis man ved den konkrete stillingtagen til spørgsmålet om, hvorvidt det af den påståede krænker anvendte blandede anhydrid på prioritetsdagen kunne anses for at være tilstrækkeligt kendt som reaktionsdygtigt, vil lægge syns- og skønsmændenes udtalelser til grund, bør man komme frem til, at det blandede anhydrid ikke var tilstrækkeligt kendt på prioritetsdagen. Syns- og skønsmændene havde udtalt, at »et funktionelt reaktionsdygtigt derivat« måtte være et derivat, hvorom en fagmand på et givent tidspunkt vidste, at det var mindst *overvejende sandsynligt*, at det ville reagere på den ønskede måde. Dette indebar et krav om mere end 50 % sandsynlighed. Da syns- og skønsmændene også havde udtalt, at en fagmand på prioritetsdagen måtte anse den ønskede reaktion som en af flere muligheder, men at man dengang ikke kunne sige, om den ønskede reaktion eller de andre mulige reaktioner var den mest sandsynlige, så forelå der imidlertid næppe mere end 50 % sandsynlighed. Ifølge en stringent sammenkædning af syns- og skønsmændenes forskellige udtalelser, så kunne den påståede krænkers blandede anhydrid med andre ord ikke på prioritetsdagen anses for at være »funktionelt *reaktionsdygtigt*« i relation til den pågældende kemiske proces.

Det kan derfor ikke undre, at de 3 dissentierende højesteretsdommere

under henvisning til syns- og skønserklæringerne kom frem til, at det blandede anhydrid ikke kunne anses for at være et reaktionsdygtigt anhydrid i patentets forstand, således at der efter deres opfattelse ikke var tale om patentkrænkelse.

De første 3 højesteretsdommere kom frem til den modsatte konklusion, idet de mente, at det blandede anhydrid var et funtionelt reaktionsdygtigt derivat, som faldt direkte ind under patentkravets indhold. Som begrundelse for denne konklusion henviste de i hovedsagen til landsrettens begrundelse, der igen henviste en bloc til syns- og skønserklæringerne og en erklæring fra Patentdirektoratet. Hvorledes man fra disse erklæringer kom frem til den omtalte konklusion er det ikke på grundlag af det i dommen anførte muligt at udtale sig meningsfuldt om.

Pyridintilsætningen

For så vidt angår den påståede krænkers synspunkter vedrørende pyridintilsætningen, var det kun de første 3 højesteretsdommere og den 4. højesteretsdommer, der havde anledning til at tage stilling til synspunkterne, idet de 3 dissentierende højesteretsdommere fandt, at der allerede af andre grunde ikke var tale om krænkelse af patentet. Den påståede krænkers synspunkter gik i hovedsagen ud på, at i hans omstridte fremgangsmåde blev pyridin tilsat på et andet tidspunkt og i andre mængder end angivet i patentbeskrivelsens udførelseseksempler. Synspunkterne relaterede sig med andre ord ikke til patentkravene og deres indhold. Bevismæssigt forholdt det sig således, at det mest relevante bevis bestod i en udtalelse fra syns- og skønsmændene, ifølge hvilken den påståede krænkers argument med hensyn til tidspunktet for tilsætningen af pyridin var udtryk for en »subtilitet«. I relation til dette punkt kan der næppe lægges andet og mere i dommen end, at dommerne må have været af den opfattelse, at der i hvert fald i den givne bevissituation ikke kunne tillægges den påståede krænkers synspunkter afgørende betydning.

2.49.2. Kommentarer fra den juridiske litteratur

Højesteretsdommer *Th. Gjerulff*, som var med til at afgøre sagen, kommenterede dommen i UfR 1964 B s. 265. Han var en af de 4 dommere, der stemte for, at der var tale om krænkelse, og for så vidt angår begrundelsen for dette resultat tilhørte han den gruppering af dommere, der ovenfor er omtalt som »de første 3 højesteretsdommere«. Kommentaren er koncentreret om forholdet mellem det af den påståede krænker anvendte blandede anhydrid og udtrykket »et funktionelt reaktionsdygtigt derivat af monosubstitueret malonsyre«.

Det væsentlige ved den patenterede opfindelse er behandlet s. 266 f. Han skrev i overensstemmelse med analysen ovenfor, at de seks af dommerne anså det for at være af betydning, hvad der var det væsentlige.

Om væsentlighedsspørgsmålets betydning for afgørelsen skrev han, at »der må formentlig anlægges en snæver fortolkning af et patent i relation til senere erkendelser, når det drejer sig om selve kernen i patentet, idet det afgørende vel her må være teknikkens stade på prioritetsdagen, medens der uden for dette område snarere er mulighed for at give et videre beskyttelsesområde«.

Det virker som om, at Gjerulff var af den mening, at en væsentlig forskel mellem på den ene side opfattelsen hos de første 3 højesteretsdommere og på den anden side opfattelsen hos de 3 dommere, der mente, at der ikke forlå nogen krænkelse, lå i et forskelligt syn på, hvad der var det væsentlige ved den patenterede opfindelse. Han skrev nemlig følgende om de 2 dommergrupperingers forskellige begrundelser (min kursivering og understregning):

> »Tre af de nævnte dommere lagde til grund, at det væsentlige i den patenterede fremgangsmåde er kombinationen af *den monosubstituerede malonsyre* med det distribuerede hydrazin …
>
> De tre andre dommere fandt *derimod*, at det væsentlige i patentet var valget af udgangsstoffer – *et derivat af monosubstitueret malonsyre* i kombination med disubstitueret hydrazin. …«

At dommerne i det ene tilfælde udtrykte sig på formen: »kombinationen af … og …«, og dommerne i det andet tilfælde udtrykte sig på formen »… i kombination med …«, kan rent sprogligt ikke anses for at indebære nogen væsentlig indholdsmæssig forskel. Hvis Gjerulffs anvendelse af ordet »derimod« skal give nogen mening, må det være fordi det i den førstnævnte væsentlighedsvurdering ikke var angivet, at det ene udgangsstof var et *derivat* af monosubstitueret malonsyre. For så vidt angår dette aspekt ved de første 3 højesteretsdommeres formulering af det væsentlige, henvises der til det ovenfor i analysen anførte om de dele af de første 3 højesteretsdommeres begrundelse, der kan give anledning til undren. Her skal det dog bemærkes, at der i den patenterede fremgangsmåde ikke indgik »monosubstitueret malonsyre« men derimod som angivet i væsentlighedsvurderingen hos de 3 dissentierende højesteretsdommere »*et dervivat af* monosubstitueret malonsyre«.

Desværre kaster Gjerulffs kommentar ikke lys over, hvad der var årsag til, at han og 2 andre dommere, nåede til den konklusion, at det af den påståede krænker anvendte blandede anhydrid kunne anses for »et funktionelt *reaktionsdygtigt* derivat af monosubstitueret malonsyre« i patentets

forstand. I den henseende lider Gjerulffs kommentar af samme dunkelhed som begrundelsen fra de første 3 højesteretsdommere.

Indledningsvis i Gjerulffs kommentar er 1964-betænkningen omtalt på følgende måde (min kursivering):

> »Det siges her [i betænkningen], at man efter den nævnte højesteretsdom [insulindommen UfR 1941 s. 484 H] og patentmyndighedernes praksis i de siden da forløbne år er *nået til i meget vidt omfang at meddele patenter på fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler under hensyn til det fremstillede produkts terapeutiske virkning*, hvorved man i realiteten har ydet en patentbeskyttelse, der kommer ret nær til den beskyttelse man ville yde ved et produktpatent. Det forudsætter dog, at der i hvert fald teoretisk, er en anden mulighed for fremstilling af det pågældende stof, idet man ikke ved at patentere samtlige mulige fremgangsmåder til fremstilling af stoffet må kunne få patent på dette.«

Gjerulffs omtale af betænkningen og det deri anførte om udviklingen i patentmyndighedernes praksis er af betydning her, fordi Gjerulff sidst i sin kommentar skrev følgende (min kursivering):

> »Det kan måske antages, at forskellen mellem flertallets og mindretallets opfattelse af, hvorledes patentkravet skulle afgrænses, ikke er uden sammenhæng med en forskel i bedømmelsen af den vægt, der *på baggrund af den tidligere nævnte udvikling i praksis* bør tillægges reglen i patentlovens § 1, stk. 2, nr. 4, om at der ikke kan meddeles patent på lægemidler, og at flertallet har fundet, at dets standpunkt var bedst i overensstemmelse med Højesterets dom i insulinsagen (U.1941.484).«

Det forekommer umiddelbart vanskeligt at se, hvilken relevans den af Gjerulff omtalte udvikling i praksis vedrørende udstedelse af lægemidler på fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler skulle kunne have for sagen, idet den pågældende udvikling i praksis vedrørte de såkaldte analogifremgangsmådepatenter, og idet patenthaverens patent på fremgangsmåden til fremstilling af phenylbutazon ikke var et analogifremgangsmådepatent. [106]

Det af Gjerulff anførte må i øvrigt formentlig skulle forstås således, at Gjerulff antog, <u>at</u> mindretallet i Højesteret var af den opfattelse, at patenter på fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler måtte gives et relativt snævert beskyttelsesomfang, <u>at</u> flertallet ikke delte denne opfattelse,

---

106. I overensstemmelse hermed er det af Mogen Koktvedgaard antaget, at phenylbutazondommen ikke angik et analogifremgangsmådepatent, jf. Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret 4, udg. s. 204.

og *at* flertallets standpunkt i phenylbutazon-dommen reelt var motiveret i den betragtning, at der i insulinsagen ikke blev tildelt patentet en relativt snæver men snarere en relativt bred beskyttelse. Det er muligt, at Gjerulff har fuldstændig ret i disse antagelser. Han deltog trods alt i voteringen. Der er imidlertid ingen af antagelserne, der har manifest støtte i selve dommens tekst.

I relation til insulindommens betydning for afgørelsen er der således endog et forhold, som i væsentlig grad taler mod Gjerulffs antagelse, jf. det ovenfor i analysen anførte om det markante brud med principperne for den af Højesteret i insulindommen udøvede væsentlighedsvurdering.

For så vidt angår antagelsen om, at flertallet på 4 dommere ikke mente, at patenter på fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler skal fortolkes indskrænkende, er der dog en vis støtte at hente hos den 4. højesteretsdommer, idet han i sin begrundelse anførte, at synspunktet om indskrænkende fortolkning ikke havde støtte i retspraksis, og at der i sagens omstændigheder ikke var nogen begrundelse for at give patentet et snævrere beskyttelsesomfang end angivet i patentkravet. Yderligere støtte herfor findes i vorteringsprotokollen, jf. omtalen heraf nedenfor. I voteringsprotokollen finder man også en vis støtte for det synspunkt, at mindretallet gik ind for en relativ snæver beskyttelse for patenter på fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler. Ifølge voteringsprotokollen lagde en af dommerne fra mindretallet nemlig vægt på, at man måtte respektere forbudet mod patentering af lægemidler, uanset om man havde sympati for patenthaveren.

Mogens Plesner har kort omtalt Phenylbutazondommen s. 818 i »Noget om udenlandske retsafgørelsers indflydelse på danske domsafgørelser i patent- og varemærkesager« fra Ånd og rett, Festskrift til Birger Stuevold Lassen (1997). Det fremgår heraf, at parterne under sagen henviste til diverse udenlandsk litteratur vedrørende ækvivalens. Ifølge Plesner kan det af dommernes forskellige standpunkter ses, at ækvivalensproblematikken var afgørende for nogle af dommerne.

Torsten Nørgaard har i sin artikel »Lægemiddelpatenters beskyttelsesomfang« i NIR 1984 s. 13 omtalt Phenylbutazondommen. Han har skrevet, at det er tvivlsomt, om man fra Phenylbutazondommen kan udlede, at analogifremgangsmådepatenter skal fortolkes yderst retstriktivt. I betragtning af, at dommen slet ikke drejer sig om et analogifremgangsmådepatent, er der imidlertid ikke grund til at være særlig meget i tvivl. Det forhold, at der kun var en enkelt dommer, som i domsbegrundelsen fandt anledning til udtrykkeligt at anføre, at der ikke var grundlag for at fortolke et patent på en fremgangsmåde til fremstilling af et lægemiddel restriktivt, er

ifølge Nørgaard muligvis udtryk for, at han stod alene med det standpunkt. Voteringsprotokollen tyder imidlertid på, at dette langt fra var tilfældet.

2.49.3. Højesterets voteringsprotokol

Spørgsmålet om *hvilke spørgsmål, syns- og skønsmændene henholdsvis dommerne bør tage stilling til*, blev berørt af 4 dommere. Deres meningstilkendegivelser danner ikke noget klart billede, men det syntes dog at kunne udledes, at det var den overvejedne opfattelse, at i hvert fald spørgsmålet om, hvorvidt en omtvistet genstand er omfattet af et patent, må falde uden for det, som syns- og skønsmænd bør tage stilling til.

De 3 dommere, der mente, at der ikke forelå krænkelse, henviste alle i deres vota til, at der var tale om en opfindelse af moderat *opfindelseshøjde/værdi*. Denne vurdering af opfindelsen må antages at hænge sammen med, at det først blev opdaget senere, at det ved fremgangsmåden fremstillede stof havde en meget betydelig terapeutisk virkning over for rheumatiske lidelser. Af de øvrige 4 dommere, som alle statuerede krænkelse, kom de 2 dommere ind på opfindelsens værdi. Den ene gav udtryk for, at opfindelsen ikke var så værdifuld som opfindelsen i Insulindommen, men at der dog var tale om et stof med værdifulde egenskaber. Den anden anførte, at han ikke lagde megen vægt på opfindelsens værdi, og at det havde betydning, at patenthaveren havde fundet et nyt stof. Det er bemærkelsesværdigt, at 2 af dommerne lagde vægt på det ved den patenterede fremgangsmåde fremstillede stof på trods af forbudet mod patentering af lægemidler og på trods af, at der efter den daværende ordning ikke var mulighed for at erhverve egentlige stofpatenter.

Den omtvistede fremgangsmådes fortrin og ulemper i forhold til den i patentet beskrevne fremgangsmåde blev nævnt af 4 dommere. Der var enighed blandt disse om, at den omtvistede fremgangsmåde ikke kunne anses for at indebære fordele af nævneværdig betydning, idet de 4 dommeres vurderinger var »muligvis ringere og dyrere«, »hverken bedre eller billigere«, »ikke en forbedring« og »ikke udtryk for en væsentlig forbedring«. Blandt de 4 dommere stemte de 3 for at statuere krænkelse, mens den 4. mente, at der ikke var tale om krænkelse.

Hele 6 dommere omtalte på forskellig vis *det dagældende forbud mod patentering af lægemidler*. De 5 af dommerne gav udtryk for en negativ holdning over for forbudet, og ingen af dommerne ytrede sig positivt om det. I forbindelse med deres omtale af lægemiddelforbudet gav 2 af dommerne udtryk for, at meget kunne tale for at give sådanne patenter en relativt bredt beskyttelsesomfang. Disse 2 dommere var blandt dem, der

kom frem til, at der forelå krænkelse. En enkelt dommer, som stemte for, at der ikke var tale om krænkelse, gav udtryk for, at man måtte respektere forbudet mod patentering af lægemidler, selv om man havde sympati for patenthaveren.

Teknikkens stade på patentets prioritetsdag blev tillagt betydning af 5 dommere, herunder alle de 3 dommere, som mente, at der ikke var tale om krænkelse. Ud af de 5 dommere gav de 3 udtryk for, at teknikkens stade på prioritetsdagen måtte gøre udtømmende op med beskyttelsesomfanget, for så vidt angår opfindelsens kerne, mens der måtte være mulighed for at tage hensyn til den efterfølgende tekniske udvikling, for så vidt angår mindre betydningsfulde aspekter ved opfindelsen. En enkelt dommer anførte, at det måtte være patenthaverens opgave at bevise, hvad der kunne anses for kendt på prioritetsdagen.

Der var nogen uenighed blandt dommerne med hensyn til, hvilken betydning *de i patentet nævnte eksempler* skulle tillægges for beskyttelsesomfanget. Udtalelserne fra de 5 dommere, der kom ind på spørgsmålet fordelte sig på følgende måde: *a)* eksemplificeringen måtte anses for begrænsende (1 dommer), *b)* eksemplerne måtte anses for limiterende til stoffer, om hvilke man med sikkerhed vidste, at de ville reagere på samme måde (1 dommer) *c)* eksemplerne måtte anses for vejledende/ikke limiterende (3 dommere).

Votummet fra en enkelt af dommerne må formentlig skulle forstås således, at vedkommende mente, at den påståede krænker på grund af *industrispionage eller lignende* havde optrådt kritisabelt over for patenthaveren. Dommeren anførte i den forbindelse, at den påståede krænkers optræden ikke kunne undgå at farve hans syn på sagen.

Flere af dommerne omtalte i forskellige sammenhænge *opfindelsens kerne*. Det kom til udtryk i votaene fra 3 dommere, at for så vidt angår opfindelsens kerne/ide, skulle der være ingen eller begrænsede muligheder for at tildele et beskyttelsesomfang, som gik ud over det, der fremgik af patentkravet.

Patenthaverens advokat havde øjensynligt procederet på *ækvivalenslæren*, idet en del af dommerne omtalte eller nævnte ækvivalenslæren i deres vota. To af de dommere, som mente, at der ikke forelå krænkelse, anførte, at der ikke kan blive tale om at statuere ækvivalens, når det drejer sig om en opfindelses kerne. En af disse dommere gav sammen med 2 andre dommere udtryk for, at ækvivalenslæren ikke var synderlig udviklet i Danmark – hverken i retspraksis eller i teorien.

2.50. *UfR 1964 s. 524 H – Kærnecælterdommen* [107]

Fig. 1.

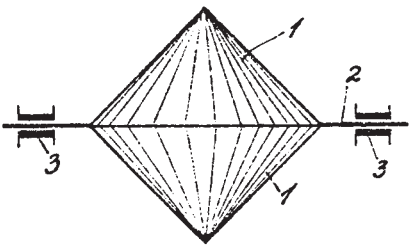


Fig. 2.

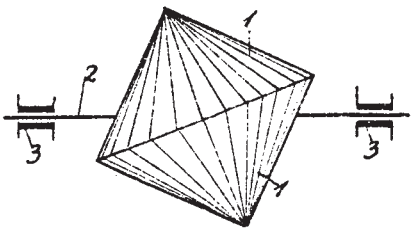


Fig. 3.

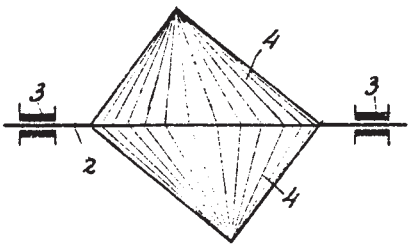


Fig. 4.

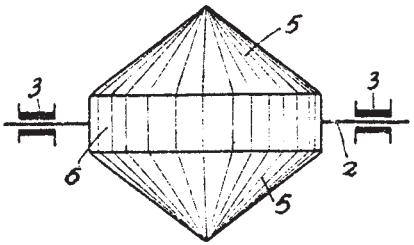


Fig. 5.

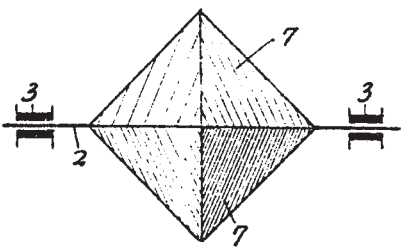
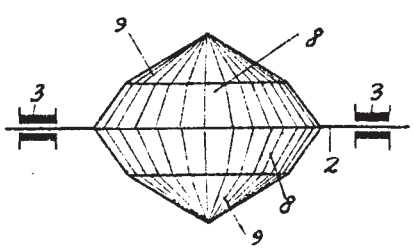


Fig. 6.



107. Dansk patent nr. 58.655

I Kærneælterdommen havde det 1. og det 7. patentkrav følgende ordlyd (min kursivering):

> »1. Kærneælter af metal og uden valser, kendetegnet ved, at den har form af to kegler, 1, 4 eller 5 eller pyramider 7, som vender grundfladerne mod hinanden, og at dens omdrejningsakse 2 danner en vinkel med forbindelseslinien mellem de to keglers eller pyramiders toppunkter.«
> »7. Kærneælter ifølge ethvert af kravene 1 og 3-6 kendetegnet ved, at der mellem de to kegler 5 eller pyramider er indskudt en prismatisk eller cylindrisk del 6, fig. 4, eller en som en dobbeltkeglestub 8, 8 udformet del, fig. 6.«

Den påståede krænker havde fremstillet og solgt 3 kærneælter af en konstruktion, som ifølge patenthaverens opfattelse krænkede patentet, hvorfor patenthaveren anlagde sag om krænkelse.

Under sagens behandling i Højesteret gjorde den påståede krænker gældende, *at* patentet kun omfattede kærneæltere med 2 spidse og symmetriske eller dog i det væsentlige ens halvdele, jf. navnlig de i patentbeskrivelsen viste udførelseseksempler, *at* patentet ikke omfattede kærneæltere, hvor den ene endedel som i den omtvistede kærneælter nærmest fremtrådte som en hvælvet flade, *at* rigtigheden af denne fortolkning blandt andet fremgik af, *at* Silkeborg Maskinfabrik efterfølgende havde fået udstedt et patent på en kærneælter bestående af et cylindrisk legeme lukket ved en hvælvet endebund i den ene ende og en konisk del i den anden ende, og *at* patenthaveren var blevet dømt for krænkelse af Silkeborg Maskinfabriks patent, *at* der ved patentets udstedelse ikke var blevet taget tilstrækkelig hensyn til den forud kendte teknik i form af en i patentbeskrivelsen nævnt kubus-kærneælter, *at* det udstedte patent derfor var blevet for vidtgående, og *at* patentet følgelig måtte fortolkes indskrænkende, således at det ikke omfattede kærneæltere med form som 2 pyramider med grundfladerne mod hinanden. [108]

Patentets indehaver gjorde gældende, *at* spørgsmålet om at undergive patentet en begrænsende fortolkning på grund af den af den forud kendte kubuskærneælter reelt var et spørgsmål om patenterbarhed, som patent-

---

108. Den påståede krænkers i Højesteret frafaldne argumenter, som den påståede krænker forgæves havde fremført i landsretten, var at den i patentbeskrivelsen fremhævede fordel med hensyn til aftapning af smør fra toppunktet af en pyramide var forud kendt, at det måtte anses for tvivlsomt, om den i patentbeskrivelsen angivne fordel ved opfindelsen, at der kunne anvendes tyndere plader til kærneælteren, også gjaldt for en pyramideformet kærneælter som den påståede krænkers, og at patentindehaverens korrespondance med Patentdirektoratet om et afhængighedspatent viste, at patentets egentlige genstand var den kegleformede kærneælter.

kommissionen havde afgjort endeligt ved patentets udstedelse, idet Patentkommissionen havde været bekendt med kubuskærneælteren i forbindelse med patentansøgningens prøvelse, *at* den forud kendte kubuskærneælter ikke havde samme form som den patenterede kærneælter, *at* kubuskærneælteren ikke havde samme udtømningsmulighed som den patenterede, *at* de tegninger fra beskrivelsen, som viste symmetrisk udførte kærneæltere med spidse endedele blot var eksempler på udførelsesformer, der ikke på udtømmende vis angav patentets beskyttelsesomfang, og *at* en af tegningerne i patentbeskrivelsen i øvrigt også viste en usymmetrisk udførelsesform. [109]

Syns- og skønsmændene udtalte, *at* en kubuskærneælter – som hævdet af den påståede krænker – kunne betragtes som to ens pyramider med grundfladerne mod hinanden med en disse forbindende udfoldelig ring, hvor omdrejningsaksen dannede en vinkel med forbindelseslinien mellem de 2 pyramiders toppunkter, men at der var tale om en temmelig spidsfindig betragtning, *at* der hverken i patentbeskrivelsen eller i patentkrav 1 stod noget om, at kærneælteren skulle bestå af 2 symmetriske halvdele, *at* i en enkelt af de i patentet viste udførelsesformer var endedelene ikke symmetriske men dog nok i det væsentlige ens, *at* det for smørets aftapning ikke var væsentligt, om endedelene var symmetriske, *at* endedelene i alle de i patentet beskrevne udførelsesformer var spidse, *at* den omtvistede kærneælter bestod af en midterdel formet som en cylinder og 2 endedele, der i deres grundform måtte betragtes som pyramider, hvoraf den ene nærmest fremtrådte for øjet som en hvælvet flade, *at* de 2 endedele også med rette kunne betragtes som kegleformede med en ledekurve sammensat af 4 cirkelbuer, der gik over i hinanden gennem mindre afrundinger, *at* uanset rundingerne mellem de flader, som den omtvistede kærneælter var sammensat af, måtte de falde ind under de i patentkrav nr. 1 og 7 anvendte udtryk »kegle«, »pyramide« og »prismatisk eller cylindrisk del«, således som en tekniker umiddelbart ville opfatte disse udtryk ved læsningen af patentkravene, idet en tekniker ikke ville opfatte udtrykkene i deres nøjagtige matematiske betydning, og *at* den omtvistede kærneælter derfor måtte anses for at indeholde de kendetegn, som var nævnt i patentkrav nr. 1 og 7.

---

109. I dommen er der ingen omtale af, hvad patentindehaveren gjorde gældende under sagens behandling i Højesteret. Det er her lagt til grund, at patentindehaveren i Højesteret gjorde det samme gældende som i landsretten bortset fra det, som patentindehaveren i landsretten havde gjort gældende for at imødegå de argumenter, den påståede krænker havde frafaldet under sagens behandling i Højesteret.

Såvel Østre Landsret som Højesteret fandt, at der var tale om krænkelse af patentet. Højesterets gav dog en anden begrundelse end landsretten. Højesterets begrundelse lød som følger:

> »Efter det foreliggende, herunder de under sagen afgivne sagkyndige erklæringer, findes de indstævntes [patenthaverens] patent nr. 58.655 ikke at kunne fortolkes således, at det alene omfatter kærner med to spidse og symmetriske eller dog i det væsentlige ens dele. Det bemærkes herved, at der, når henses til, at der ikke er tilvejebragt udtalelser fra skønsmændene eller patentkommissionen til belysning af Silkeborg Maskinfabriks patents eventuelle betydning for afgørelsen i nærværende sag, ikke vil kunne tages hensyn til det af appellanterne [den påståede krænker] herom anførte.
>
> …
>
> Det tiltrædes herefter og efter de sagkyndige erklæringer om appellanternes kærneælter, at det ved dommen er fastslået, at appellanterne har krænket de indstævntes patent.«

Når højesteretsdommerne valgte at fortolke patentet som omfattende andre udførelsesformer end kærneæltere med spidse og i det væsentlige symmetriske dele, må det ses som udtryk for den opfattelse, at et patents beskyttelsesomfang ikke er begrænset til det, der fremgår af udførelseseksemplerne i patentbeskrivelsen, når patentkravenes beskrivelse af patentets genstand omfatter mere.

Det af dommerne anførte om Silkeborg Maskinfabriks patent er formentlig udtryk for, at højesteretsdommerne mente, at de ikke havde det fornødne grundlag for at vurdere betydningen af den påståede krænkers argument, men at yderligere bevisførelse i form af syn og skøn om de relevante problemstillinger muligvis kunne have skabt det fornødne grundlag for at følge den påståede krænkers argumentation på dette punkt. Beviskravene var med andre ord som udgangspunkt ikke opfyldt, og det af dommerne efterlyste syn og skøn kunne efter omstændighederne have ændret herpå.

Når den påståede krænker ikke havde overbevist højesteretsdommerne om sine indsigelser, og når syns- og skønsmændene havde vurderet, at den omtvistede kærneælter indeholdt alle de kendetegn, som var nævnt i det 1. og det 7. patentkrav, forekommer det ikke overraskende, at dommerne i Højesteret mente, at det måtte anses for godtgjort, at der forelå (ordret) krænkelse af patentet. Højesteret må herved implicit anses for at have godkendt de af syns- og skønsmændene eksplicit anvendte kriterier for vurderingen af forholdet mellem den omtvistede kærneælter og patentkravene, herunder at de i patentkravene anvendte geometriske udtryk ikke skulle opfattes i deres nøjagtige matematiske betydning men derimod som

havende et mindre præcist indhold svarende til det, der efter syns- og skønsmændenes opfattelse måtte anses for almindelig sprogbrug inden for det pågældende område. Dommerne må antages at have lagt til grund, at der forelå ordret krænkelse, jf. navnlig det i begrundelsen anførte om den måde, hvorpå patentet måtte »fortolkes«.

Det af den påståede krænker rejste spørgsmål om indskrænkende fortolkning af patentet på grund af den forud kendte kubuskærneælter undlod højesteretsdommerne desværre helt at omtale. Det kan dog næppe tages som udtryk for den opfattelse, at det principielle synspunkt om, at den forud kendte teknologi kunne være af begrænsende betydning for beskyttelsesomfangets fastlæggelse i tilfælde, hvor det af patenthaveren hævdede beskyttelsesomfang ville indebære, at der kunne opstå problemer med opfindelseshøjde og/eller nyhed.

Det forekommer mere rimeligt at antage, at dommerne vurderede beviserne således, at der ikke var sådanne problemer med opfindelseshøjde og/eller nyhed, selv om syns- og skønsmændene havde udtalt, at kubuskærneælteren som hævdet af den påståede krænker i princippet havde de træk, der var indeholdt i det 1. patentkrav, hvilket kunne have givet grundlag for at betvivle, at den i patentkravet beskrevne opfindelse havde nyhed og/eller opfindelseshøjde. En sådan vurdering af, at der på trods af denne udtalelse fra syns- og skønsmændene alligevel ikke var problemer med opfindelseshøjde og/eller nyhed kunne være motiveret derved, at syns- og skønsmændene også havde udtalt, at den påståede krænkers synspunkter vedrørende forholdet mellem kubuskærneælteren og det 1. patentkrav var udtryk for »en temmelig spidsfindig betragtning«.

2.51. *UfR 1964 s. 628 H – Tærskeværksdom II* [110]

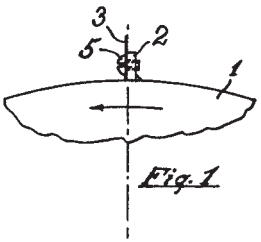


Fig. 1

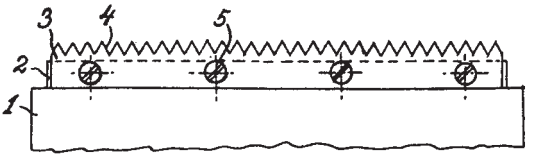


Fig. 2

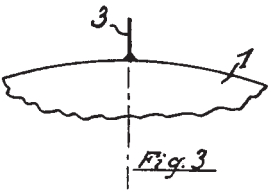


Fig. 3

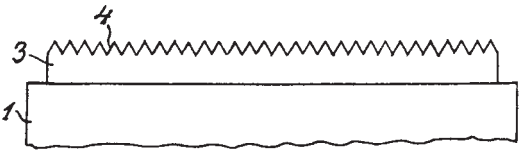


Fig. 4

Patenthaveren i tærskeværksdom II var identisk med patenthaveren i tærskeværksdom I (UfR 1959 s. 485 H). Der var ikke tale om samme patent i de 2 sager, men den patenterede opfindelse i tærskeværksdom II var en videreudvikling af opfindelsen i tærskeværksdom I.

2.51.1. Dommen

I Tærskeværksdom II havde det 1. patentkrav følgende ordlyd (min kursivering):

> »Anordning ved ilæggere til tærskeværker af den art, hvor negenes fremføring til cylinderen sker ved hjælp af en tromle, forsynet med et antal lister, der ligger parallelt med tromlens akse eller efter skruelinier og tjener som medbringerorganer, kendetegnet ved, at listerne (2) er *forsynet med savtakformede knive (3) med skarpe kanter og spidse tænder*.«

Patentkommissionen havde oprindeligt afslået at acceptere ansøgte patentkrav, hvor det i patentkrav 2 var angivet, medbringerorganerne var lister, knive eller klinger, der »i yderkanten havde et antal V-formede hakker«. Som begrundelse blev det anført, at lister med savtakformede knive var kendt fra et tysk patent.

---

110. Dansk patent nr. 85.243.

Patenthaveren klagede over afslaget. Den særlig kommission, der behandlede klagen, mente, at opfindelsen kunne blive genstand for patent, hvis den blev karaktariseret ved, »at knivene var savtakformede med skarpe og spidse kanter.« Den særlige kommission sendte derefter sagen tilbage til fortsat behandling hos Patentkommissionen.

Under den efterfølgende korrespondance mellem patenthaveren og Patentdirektoratet skrev patenthaveren den 23. maj 1955 følgende til direktoratet (min kursivering):

> »Da Direktoratet finder udtrykket »spidse kanter« uklart og uforståeligt, tillader jeg mig at foreslå benævnelsen »savtakformede knive (3) med skarpe og spidse kanter« ændret til »savtakformede knive (3) med skarpe kanter og spidse tænder.«
>
> Herved forstås, at tændernes *kanter skal være skarpe, således som de vil blive ved udklipning i et knivblad, der altid må have en vis tykkelse, mens det ikke betinger, at tændernes kanter skal være forsynet med en æg*, idet knivene ifølge opfindelsen ikke har til formål at overskære stråene, men kun at fastholde disse, hvilket sker ved, at de skarpe kanter trykkes ind imod strået som for eksempel en siklinge kan afskrabe et gulvbrædt.« [en »siklinge« er en tynd stålplade, der kan bruges til at glatte en høvlet overflade]

Herefter besluttede patentkommissionen at udstede patentet med det ovenfor citerede 1. patentkrav. I patentbeskrivelsen var følgende anført (min kursivering):

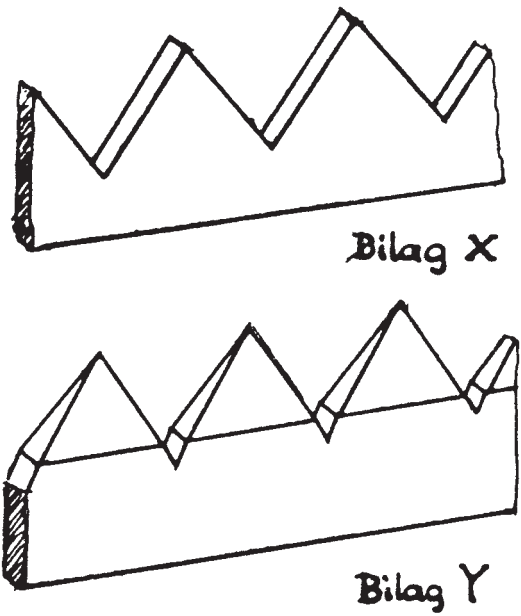
> »Det ejendommelige for den omhandlede ilægger er, at listerne, der ligger parallelt med tromlens akse eller efter skruelininer, er udformet som eller forsynet med savtakformede knive med skarpe kanter og spidse tænder, hvorved opnås, dels at selv de glatteste strå fastholdes af de skarpe knivkanter, dels at negbåndene på de neg, som ilægges på siden, let overskæres af de skarpe knivkanter.
>
> …
>
> *Knivene 3 kan for eksempel være fremstillet af hærdet båndstål, hvori savtakkerne på kendt måde er udklippet og derved bliver skarpkantet. Tænderne kan også tilslibes med en skarp æg, men dette er ingen betingelse for opnåelse af opfindelsens formål.*«

Den påståede krænker producerede en ilægger til tærskeværker med frembringere, der var forsynet med strimler af 1 mm bredt båndstål, hvori der var udklippet trekanter, således at kanten fremstod som savtakformet. Patenthaveren var af den opfattelse, at disse ilæggere var omfattet af patentet og anlagde sag om krænkelse.

Den påståede krænker gjorde gældende, *at* den omtvistede konstruk-

tion ikke var forsynet med medbringerorganer, der i enhver henseende havde de i patentet anførte karakteristika, idet det efter korrespondancen med Patentmyndighederne måtte antages, at hovedvægten var lagt på »skarphed« og »spidshed«, *at* savtakkernes øverste flade havde en ensartet bredde på 1-2 mm, således at savtakkernes top ikke havde en spids, men en flade, *at* den således hævdede forståelse af patentkravet nødvendigvis måtte være den rette, idet patentansøgningen oprindeligt var blevet afslået, fordi lister med savtakformede knive var kendt fra et tysk patent, og at der derfor måtte lægges megen vægt på den særlige kommissions fremhævelse af de skarpe og spidse kanter som det for opfindelsen karakteristiske, der akskilte den fra den forud kendte teknik, og *at* en nedenfor omtalt erklæring fra Patentkommissionen støttede den påståede krænkers fortolkning.

For at anskueliggøre sine synspunkter havde den påståede krænker som bilagene X og Y fremlagt følgende tegninger, idet den påståede krænker hævdede, at patentet kun kunne omfatte konstruktioner svarende til den på bilaget Y viste:



Heroverfor anførte patenthaveren, *at* der i henhold til syns- og skønsmændenes udtalelser klart forelå patentkrænkelse, og *at* det fremgik af patentkravenes ordlyd sammenholdt med beskrivelsen og den med Patentkom-

missionen førte korrespondance, at den omtvistede konstruktion var omfattet af patentkravet.

Syns- og skønsmændene udtalte, *at* den påståede krænkers konstruktion var forsynet med savtakformede knive med skarpe kanter og spidse tænder som beskrevet i patentet, og *at* begge de i bilagene X og Y viste udførelsesformer passede på den i patentet anviste og af Patentkommissionen definerede form for lister.

Patentdirektoratet udtalte i en erklæring afgivet i forbindelse med retssagen, *at* det ved patentansøgningens behandling blev forudsat, at der ved en »savtakformet kniv med skarpe kanter og spidse tænder« måtte forstås en klinge med tænder, der løber ud i en spids, og hvis mod hinanden vendende sider er skarpkantede, *at* skarpheden og spidsheden ikke var en forudsætning for opfindelsen, men ifølge opfindelsen var karakteristisk for den patenterede ilægger, og *at* man ikke ville have udstedt patentet, hvis patentkravene alene havde gået ud på, at medbringerorganerne var forsynet med eller bestod af savtakformede knive.

Den påståede krænkers påberåbelse af erklæringen fra Patentdirektoratet må være udtryk for, at den påståede krænker anså den i sagens bilag Y viste udførelsesform som det, der var meningen med direktoratets fortolkning af udtrykket »en savtakformet kniv med skarpe og spidse tænder« som vedrørende »tænder, der løber ud i en spids«.

Såvel Østre Landsret som flertallet af de 7 højesteretsdommere, der deltog i sagens behandling, fandt, at der var tale om krænkelse af patentet. De 2 højesteretsdommere, der udgjorde mindretallet, tog af forskellige årsager, der i denne sammenhæng er uden betydning, ikke stilling til spørgsmålet om patentets beskyttelsesomfang. De fandt dog anledning til at bemærke, at de fandt det særdeles tvivlsomt, om det omtvistede tærskeværk lå inden for patentets beskyttelsesomfang. Begrundelsen fra de 5 højesteretsdommere, der udgjorde flertallet, lød som følger (min kursivering):

> »*I patentbeskrivelsen* til patent nr. 85.243 er det, som nævnt i dommen, anført, at de i patentkravene omhandlede knive for eksempel kan være fremstillet af hærdet båndstål, hvori savtakkerne på kendt måde er udklippet og derved bliver skarpkantede, og at tænderne kan tilslibes med en skarp æg, men at dette ikke er en betingelse for opnåelse af opfindelsens formål. Herefter og når henses til *indstævntes [patenthaverens] brevveksling med Patentkommissionen*, herunder navnlig den i dommen citerede skrivelse af 23. maj 1955 fra indstævnte til Patentdirektoratet, findes der at måtte gives indstævnte medhold i, at patentet må fortolkes således, at den udførelsesmåde af de i patentet omhandlede knive, der er vist på tegningen bilag X, *i overensstemmelse med*

> *skønsmændenes opfattelse* ligger indenfor patentets beskyttelsesområde. Herefter og i henhold til de i dommen i så henseende i øvrigt anførte grunde tiltrædes det, at de af appellanten fremstillede ilæggere har været stridende mod indstævntes patent nr. 85.243.«

Den del af landsrettens begrundelse, som de 5 højesteretsdommere henviste til, må være følgende (min kursivering):

> »Det findes *ved skønnet* og det i øvrigt oplyste godtgjort, at de af sagsøgte [den påståede krænker] fremstillede ilæggere, hvis medbringerorganer efter skønnet består af lister, der er parallelle med tromleaksen og forsynet med savtakformede knive med skarpe kanter og spidse tænder, har de for sagsøgerens [patenthaverens] patent nr. 85.243 anførte karakteristika, således som disse beskrives i patentkravene, og det kan ikke i denne forbindelse tilllægges betydning, at knivenes skarphed aftager under brugen.«

Tvisten vedrørte fortolkningen af det 1. patentkrav, og såvel landsretten som Højesteret kom frem til den fortolkning, der indebar, at den omtvistede ilægger måtte anses for direkte omfattet af det 1. patentkrav. Det mest interessante i dommen ligger i den måde, hvorpå Højesteret fortolkede det 1. patentkrav, herunder navnlig Højesterets håndtering af de forskellige beviser vedrørende patentkravets fortolkning.

Det forekommer rimeligt at forstå den under retssagen afgivne erklæring fra Patentdirektoratet på den af den påståede krænker hævdede måde, hvilket indebærer, at erklæringen må siges at støtte den påståede krænkers fortolkning af patentet. Syns- og skønsmændenes udtalelser støttede i modsætning hertil ret klart patenthaverens synspunkter.

Højesteret kunne blandt andet afgøre sagen *a)* ved at basere en afgørelse på en fortolkning af patentkravet i overensstemmelse med enten Patentdirektoratets erklæring eller syns- og skønsmændenes udtalelser, hvilket ville indebære en vurdering af det ene bevismiddel som mere troværdigt end det andet, eller *b)* ved at lade de 2 bevismidlers bevismæssige vægt neutralisere hinanden således, at de 2 bevismidler ikke førte til nogen afklaring af det givne bevistema.

Højesteret må siges at have valgt en løsning, som nærmest svarer til sidstnævnte, idet Højesteret tog udgangspunkt primært i beskrivelsen og sekundært i patenthaverens korrespondance med Patentdirektoratet, og idet syns- og skønsmændenes opfattelse blot er nævnt til sidst som en en pasant bemærkning, der tjener til at konstatere, at Højesterets fortolkningsresultat i øvrigt måtte anses for at være i overensstemmelse med det ene af de 2 bevismidler, som Højesteret valgte ikke at tage udgangspunkt i ved sagens afgørelse.

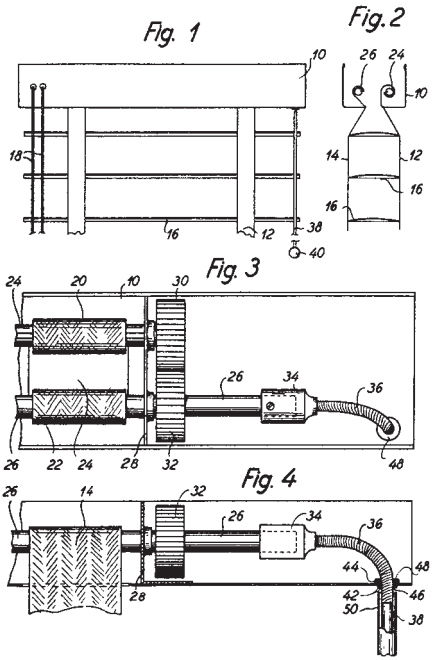
Det forhold, at Højesteret valgte selv at fortolke de tekniske udtryk i patentkravet må antages at have sammenhæng med, *at* der var tale om en relativt simpel teknisk problemstilling, og *at* det direkte og helt utvetydigt var angivet i beskrivelsen, at savtakformede knive fremstillet på samme måde som den påståede krænkers savtakformede knive var omfattet opfindelsen, og at det ifølge beskrivelsen ikke var nogen betingelse, at der var tale om en udførelsesform svarende til for eksempel den i bilaget Y viste udførelsesform.

I den i dommen omtalte korrespondance med patentkommissionen, herunder navnlig i det af Højesteret udtrykkeligt nævnte brev af 23. maj 1955, er der ikke nævnt noget af betydning, som ikke også fremgik af patentbeskrivelsen. Man kan med andre ord ikke konkludere, at korrespondancen med patentkommissionen selvstændigt havde afgørende betydning for nogen del af fortolkningsspørgsmålet. Det forhold, at korrespondancen blev nævnt men kun var nævnt sekundært i forhold til patentbeskrivelsen tyder på, at dommerne tillagde korrespondancen en vis bevismæssig vægt, men at de lagde mere vægt på patentbeskrivelsen.

2.51.2. Kommentarer fra den juridiske litteratur

Side 258 f i Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) finder man en kort omtale af den del af dommen, der vedrører betydningen af ansøgningssagens akter.

2.52. *UfR 1965 s. 468 H – Persiennedom II* [111]



Persiennedom II drejede sig om det samme patent som persiennedom I, og den sagsøgende patenthaver var den samme i begge sager. I Persiennedom II tog Højesteret udelukkende stilling til størrelsen af patenthaverens erstatningskrav. Det var kun Østre Landsret, der som 1. instans havde anledning til at tage stilling til selve krænkelsesspørgsmålet.

Såvel i persiennedom II som i persiennedom I var det Østre Landsrets 9. afdeling, der stod for sagens behandling i 1. instans. Såvel persiennedom I som persiennedom II udgjorde kun en af flere parallelt behandlede og ret ensartede sager om krænkelse af samme patent. Den upåankede dom, som landsretten afsagde i en af de sager, der blev behandlet parallelt med persiennedom I, blev i persiennedom II påberåbt af patenthaveren. Det drejer sig om landsrettens dom i en af patenthaveren mod firmaet Stila-persiennen anlagt krænkelsessag, herefter kaldet »Stila-sagen«. [112]

---

111. Dansk patent nr. 85.209.
112. Østre Landsrets sag IX 243/1958. Dommen blev afsagt den 16. december 1960.

I persiennedom II havde patentkravet følgende ordlyd (min kursivering):

> »Anordning ved indstilling af persiennelamellernes vinkelstilling ved hjælp af en i overstokken anbragt mekanisme med én eller to i overstokkens længderetning gående aksler, kendetegnet ved, at denne aksel eller den ene af disse aksler *direkte over en bøjelig aksel er forbundet med* en frit nedhængende stang, der forneden har et symmetrisk om stangen anbragt eller udformet organ, f. eks. en kugle eller en skive til drejning af stangen.«

Ordet »direkte« blev under patentansøgningens behandling indføjet af patenthaveren. Ifølge et brev fra patenthaveren til Patentdirektoratet skete det for at tydeliggøre, at der ikke indgik nogen snekkeudveksling i indstillingsmekanismen.

I beskrivelsen var følgende anført:

> »Der kendes persienner af denne art, hvor den i overstokken anbragte indstillingsmekanisme over en selvspærrende snekkeudveksling er forbundet med et betjeningsorgan i form af nedhængende træksnore. … Denne konstruktion har følgende ulemper … Den foreliggende opfindelse har til formål at undgå de ovennævnte ulemper … Den bøjelige aksel, der erstatter den tidligere anvendte snekkeudveksling, er ganske vist ikke i sig selv selvspærrende, men dette er også overflødigt, idet …«

Den påståede krænker fremstillede og solgte persienner og dele til fremstilling af persienner, nemlig *dels* en gearudveksling bestående af 2 tandhjul, hvoraf det mindste tandhjul med 10 tænder løb inde i det andet tandhjul, der havde 14 indvendige tænder, hvilken gearudveksling var indrettet på at blive placeret mellem den i patentkravet nævnte bøjelige aksel og den ligeledes i patentkravet nævnte aksel i overstokkens længderetning, og *dels* »drejestænger med spiral« bestående af en stang og en fjeder. Som påstandene blev formuleret, og sagen blev procederet, drejede den her relevante del af sagen sig om, hvorvidt persienner med den omtalte gearanordning placeret som udveksling mellem den bøjelige aksel og akslen i overstokken var omfattet af patentet.

Patenthaveren gjorde gældende, *at* det for sagen afgørende måtte være, om den påståede krænker havde udnyttet opfindelsens »kerne«, *at* opfindelsens kerne var den bøjelige aksel forbundet med den frit nedhængende stang, jf. Persiennedom I (UfR 1962 s. 66H), *at* det indskudte gear var betydningsløst og alene indsat for at forsøge at omgå patentet, *at* selv om man måtte mene, at gearanordningen havde en vis betydning, så var der ikke tale om noget, som kunne bringe den omtvistede persienne uden for

patentets beskyttelsesomfang, og *at* landsrettens dom i Stila-sagen viste, at den omtvistede persienne også måtte være omfattet af patentet.

Den påståede krænker gjorde gældende, *at* ordet »direkte« under ansøgningens behandling var blevet indføjet i patentkravet efter patenthaverens eget forslag, hvilket måtte indebære, at ordet skulle anses for at indeholde en af patenthaveren accepteret begrænsning af beskyttelsesomfanget, *at* patentet derfor alene omfattede persienner, hvor den bøjelige aksel var »direkte« forbundet med akslen i overstokken, *at* der ikke var sådan en direkte forbindelse i den omtvistede persienne, idet der var indskudt en gearanordning mellem den frit nedhængende stang og den i overstokken anbragte aksel, *at* gearanordningen i øvrigt var af reel betydning for betjeningen, og *at* landsrettens dom i Stila-sagen var uden betydning, idet forbindelsen mellem den vandrette aksel og den bøjelige aksel i Stila-sagen ikke havde en udveksling svarende til udvekslingen i den omtvistede persiennes gearanordning.

Under Stila-sagen havde patenthaveren fået gennemført syn og skøn vedrørende Stilas persiennekonstruktion, der var karakteriseret ved, at der i persiennens overstok mellem akselen i overstokken og den bøjelige aksel var en bremse eller spærreanordning. Ifølge det syn og skøn forholdt det sig således, *at* Stilas persienne havde de kendetegn, der var angivet i patentet, *at* der i henseende til selvspærring af lamellernes vinkelstilling ikke blev opnået noget virkningsmæssigt ved at flytte friktionsorganet op i overstokken, *at* friktionskoblingen i Stilas persienne ikke kunne betragtes som en udveksling mellem den med indstillingsstangen forbundne aksel og den til indstilling af lamellerne tjenende hovedaksel, *at* anbringelsen af friktionsorganet syntes uden betydning for sagens bedømmelse, eftersom udtrykket »direkte« i patentkravet principielt ikke udelukkede at der kunne være indskudt et mellemled mellem den faste aksel i overstokken og den bøjelige aksel.

Der blev også gennemført syn og skøn under landsrettens forberedelse af sagen forud for rettens afsigelse af persiennedom II. [113] Ifølge det syn og skøn forholdt det sig således *at* den eneste forskel mellem den omtvistede persienne og den i patentet beskrevne persienne var, at der i den omtvistede persienne var indskudt en tandhjulsforbindelse med et udvekslingsforhold på 1:1,4, *at* betegnelsen »direkte« måtte forstås på den måde, overførslen af drejningen af den lodrette stang til en drejning om en vand-

113. I gengivelsen af dommen i UfR er det nævnt, at der blev gennemført syn og skøn, men omtalen af svarene fra syns- og skønsmændene er udeladt i UfR. Omtalen her af de mest relevante svar er derfor baseret på den fuldstændige domsudskrift fra landsrettens dombog.

ret akse skulle ske direkte gennem den bøjelige aksel, mens det måtte være uden betydning, hvorledes den øverst vandret beliggende ende af den bøjelige aksel i øvrigt var forbundet med de i forlængelse af den eller parallelt med den beliggende aksler, *at* gearanordningen i den omtvistede persienne måtte anses for at være af tvivlsom praktisk værdi, *at* der på tegningerne 3 og 4 i patentbeskrivelsen var vist et koblingsled (34) og en tandhjulsforbindelse (32) mellem den bøjelige aksel (36) og den ene af akslerne i persiennens overstok, og *at* samme virkning som den ved gearanordningen tilvejebragte virkning kunne opnås ved at variere størrelsen af de just omtalte tandhjul fra patentbeskrivelsens tegning 3 og 4.

Under retssagen afgav Patentkommissionen en erklæring. [114] Ifølge den erklæring forholdt det sig således, *at* ordet »direkte« blev godkendt af Patentkommissionen for at fastslå, at den i overstokkens længderetning gående aksel eller den ene af disse aksler blev påvirket til drejning af den bøjelige aksel uden anvendelse af mekaniske mellemled som for eksempel snekke-, tandhjuls- eller friktionshjulsudveksling, således at den førstnævnte aksels drejningsvinkel til enhver tid ville være lig med den bøjelige aksels drejningsvinkel, *at* Patentkommissionen var af den opfattelse, at anvendelsen af ordet »direkte« i patentbeskrivelsen og patentkravene betød, at der ud over midler til tilvejebringelse af den faste mekaniske forbindelse mellem enderne af den bøjelige aksel og henholdsvis akslen i overstokken og betjeningsstangen ikke måtte være indskudt maskinelementer mellem akslen i overstokken og betjeningsstangen, *at* Patentkommissionen omvendt ikke kunne tiltræde den af syns- og skønsmændene tilkendegivne opfattelse gående ud på, at betegnelsen »direkte« måtte forstås på den måde, overførslen af drejningen af den lodrette stang til en drejning om en vandret akse skulle ske direkte gennem den bøjelige aksel, mens det måtte være uden betydning, hvorledes den øverst vandret beliggende ende af den bøjelige aksel i øvrigt var forbundet med de i forlængelse af den eller parallelt med den beliggende aksler, *at* Patentkommissionen ikke var bekendt med, om man under behandlingen af patentansøgningen havde lagt andet og mere i ordet »direkte« i patentkrav 1 end det, der var kommet til udtryk i patenthaverens ovenfor omtalte brev til Patentdirektoratet, hvori patenthaveren havde skrevet, at ordet skulle tydeliggøre, at der ikke indgik nogen snekkeudveksling i indstillingsmekanismen.

---

114. I gengivelsen af dommen i UfR er det nævnt, at Patentdirektoratet under retssagen afgav en erklæring, men omtalen af erklæringens indhold er udeladt i UfR. Omtalen her af de mest relevante dele fra erklæringen er derfor baseret på den fuldstændige domsudskrift fra landsrettens dombog.

Dommerne i Østre Landsrets 9. afdeling fandt med følgende begrundelse, at der var tale om krænkelse af patentet (min kursivering):

> »Retten finder ikke, at det af de sagsøgte anførte om ordet »direkte« i patentbeskrivelsen og patentkravet kan medføre anden forståelse end den, der er lagt til grund i nærværende rets dom af 16. december 1960 i sagen IX. 243/58: Sagsøgerne mod firmaet Stila-Persiennen, nemlig at *ordet »direkte« er indføjet for at tydeliggøre, at der ikke indgik nogen snekkeudveksling i indstillingsmekanismen*. Retten finder dernæst på grundlag af syns- og skønsmændenes oplysninger at måtte lægge til grund, at den heromhandlede gearanordning *ikke er af en sådan art eller betydning, at den kan bringe den af de sagsøgte fremstillede persienne uden for* området for sagsøgernes patent.«

Når retten gav udtryk for, at indføjelsen af ordet »direkte« skete for at »tydeliggøre« patentkravet, så ligger der deri, at indføjelsen af ordet »direkte« ikke som hævdet af den påståede krænker indebar en begrænsning af beskyttelsesomfanget, idet der kun kunne være tale om tydeliggørelse, når det, der skulle tydeliggøres, reelt set allerede fremgik – mindre tydeligt – af patentkravet.

Det fremgår af domsbegrundelsen i Stila-sagen, at der var tale om et synspunkt, som direkte var støttet på patenthaverens egen tilkendegivelse i det ovenfor omtalte brev fra patenthaveren til Patentdirektoratet. Bevismæssigt er det interessant, at dommerne i Persiennedom II ved at lægge afgørende vægt på patenthaverens brev fuldstændig tilsidesatte Patentkommissionens udtalelser om ordet »direkte«. Syns- og skønsmændenes udtalte sig ikke om formålet med/baggrunden for selve indføjelsen af ordet »direkte«, og deres udtalelser har derfor næppe været af betydning for dommernes bevisvurdering i denne sammenhæng.

For så vidt angår det i begrundelsen anførte om den omtvistede persiennes betydning, må det antages, at dommerne lagde syns- og skønsmændenes udtalelse om den tvivlsomme praktiske værdi af gearanordningen til grund, og at de anså det for at udgøre et moment, som talte for, at der forelå krænkelse.

2.53 *SHT 1966 s. 68 – Ispindedommen* [115]

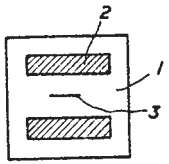


Fig. 1

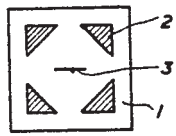


Fig. 2

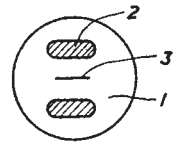


Fig. 3

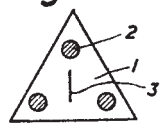


Fig. 4

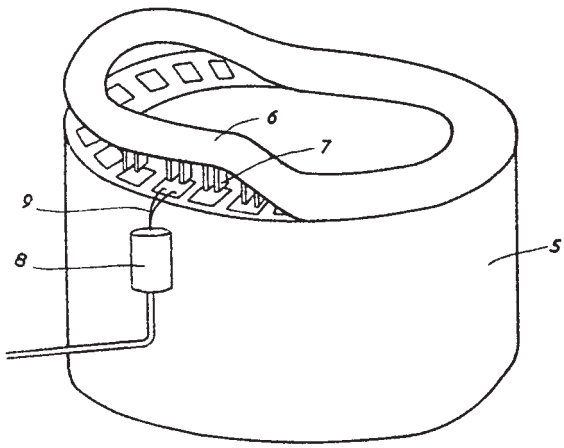


Fig. 5

I Ispindedommen havde det 1. patentkrav følgende ordlyd (min kursivering):

> »Ispind med spiseligt *indlæg, der er væsentligt blødere end iscremen*, kendetegnet ved, at den har mindst to i sin længderetning forløbende indlæg af det blødere materiale, hvilke indlæg i hvert tilfælde ved den ene ende af ispinden lader en omkring midten liggende iscremekerne fri, hvori det sædvanlige stykke træ eller lignende materiale er indsat.«

115. Dansk patent nr. 72.755.

Den påståede krænker producerede og solgte en ispind (»DUO«) af flødeis og med to i længderetningen forløbende indlæg af rød vandis. Patenthaveren anså DUO-ispinden for omfattet af patentet og anlagde sag om krænkelse.

Den påståede krænker gjorde gældende, *at* patentet angik ispinde med bløde indlæg, som ikke kunne fastholde ispinden, *at* der ikke kunne fås patent på indlæg på langs i ispinden eller på det synsmæssige, og *at* det for patentet afgørende forankringsproblem ikke forefandtes ved den omtvistede ispind, idet vandisen i sig selv var i stand til at forankre pinden i den omtvistede ispind.

Heroverfor gjorde patenthaveren gældende, *at* selv om det i patentet var angivet, at indlægget skulle være »væsentligt blødere«, så forelå der ikke nogen eksakt angivelse af, hvad der skulle anses for at være »væsentligt blødere«, *at* der i patentet ikke var nogen angivelse af, på hvilket tidspunkt indlægget skulle være »væsentligt blødere«, *at* indlægget og iscremen i den omtvistede ispind havde forskellig hårdhed på tidspunktet for ispindens udlevering til kunden, *at* vanilieisen i den omtvistede ispind havde væsentlig større mekanisk styrke end indlæggene af vandis, *at* indlæggene af vandis i den omtvistede ispind under smeltning virkede blødere end vanilieisen, og *at* indlæggene ved fortæring af den omtvistede ispind under normale forhold blev dels væsentligt blødere end flødeisen og dels sprødere, mindre smidigt og derfor i visse henseender mekanisk svagere end flødeisen.

I en af patenthaveren før retssagens anlæggelse indhentet erklæring havde Teknologisk Institut udtalt, at konsistensen af indlæggene i den omtvistede ispind var noget blødere end konstistensen af cremeisen, hvilket særlig blev fremtrædende efterhånden som ispinden blev mindre kold.

Ifølge syns- og skønsmændene udtalelser forholdt det sig således, *at* ved opbevaringstemperatur (-24 til -18 grader) var indlægget i den omtvistede ispind hårdere og sprødere end den omgivende flødeis, mens det ved fortæring under normale forhold blev væsentligt blødere og mindre fast sammenhængende end flødeisen, *at* indlægget generelt var sprødere, mindre smidigt og derfor i visse henseender mekanisk svagere end flødeisen, *at* der intet var til hinder for, at indlægget i den omtvistede ispind ville kunne tjene som praktisk egnet forankring for træpinden, *at* de i patentbeskrivelsen nævnte eksempler på »væsentligt blødere indlæg« var pisket æggehvide og flødebollemasse, *at* der ikke var grund til at betvivle, at disse indlæg ville være væsentligt blødere end iscreme under normal fortæringstemperatur, *at* ifølge patentbeskrivelsen havde opfindelsen til formål at afhjælpe den ulempe, der bestod i, at en træpind ikke kan sidde fast i et

blødt indlæg, men at det ikke var helt klart, om det drejede sig om forholdene under ispindens fremstilling eller under fortæringen eller begge dele, *at* de i patentbeskrivelsen givne eksempler på væsentligt blødere indlæg utvivlsomt var af en sådan karakter, at de ikke var egnede til at fastholde træpinden i en ispind, *at* en træpind ved normal fortæringstemperatur kunne sidde fast i den masse, der udgjorde indlægget i den omtvistede ispind, *at* der kunne fremstilles ispinde, som alene bestod af den masse, der udgjorde indlægget i den omtvistede ispind, *at* sådanne ispinde fandtes tilfredsstillende såvel ved mekaniske forsøg som ved spiseforsøg, *at* den omtvistede ispind ved udpakningen af den kolde ispind var skrøbeligere end en ispind uden indlæg af vandis, *at* træpinden i den omtvistede ispind ikke udelukkende var indsat i den omkring midten liggende iscremekerne, idet træpinden også ragede ind i indlæggene af vandis, *at* formålet med opfindelsen måtte være at kunne fremstille ispinde med indlæg af materiale, der ikke var egnet til at fastholde træpinden, og *at* i den omtvistede ispind kunne træpinden forankres alene i indlægget af vandis.

Sø- og Handelsretten fandt med følgende begrundelse, at der ikke var tale om krænkelse af patentet:

> »Efter det således oplyste må retten gå ud fra, at sagsøgte ved fremstillingen af ispinden »DUO« ikke har benyttet den i sagsøgerens patent nr. 72755 fulgte fremgangsmåde, og at der således ikke foreligger nogen krænkelse af patentet.«

Begrundelsen er ikke udpræget klar med hensyn til, hvilke af sagens omstændigheder dommerne tillagde hvilken vægt. Det forekommer dog rimeligt at antage, at dommerne valgte at fortolke patentkravets i nogen grad uklare udtryk »væsentligt blødere« under hensyn til syn- og skønsmændenes på patentbeskrivelsen baserede udtalelse om formålet med opfindelsen, således at patentet i hvert fald ikke omfattede ispinde, hvor indlægget i sig selv var i stand til at fastholde træpinden på tilfredsstillende vis selv under isens fortæring.

Når der i domsbegrundelsen er henvist til den i patentet »fulgte fremgangsmåde«, er det i øvrigt principielt set udtryk for en misforståelse fra dommernes side, idet der ikke var tale om et fremgangsmådepatent men derimod om et produktpatent.

2.54. *UfR 1966 s. 537 H – Affjedringsdommen* [116]

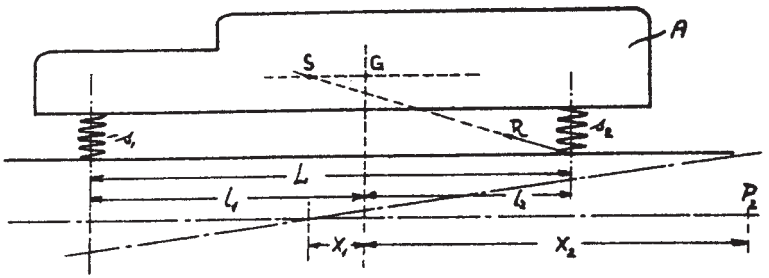


Fig.1.

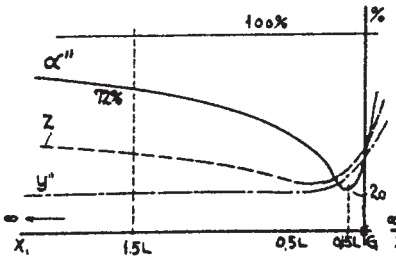


Fig.3.

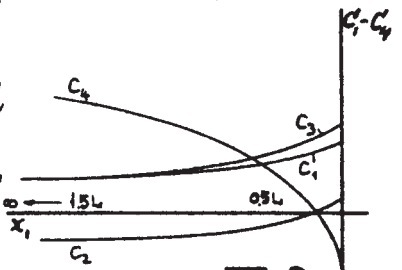


Fig.2.

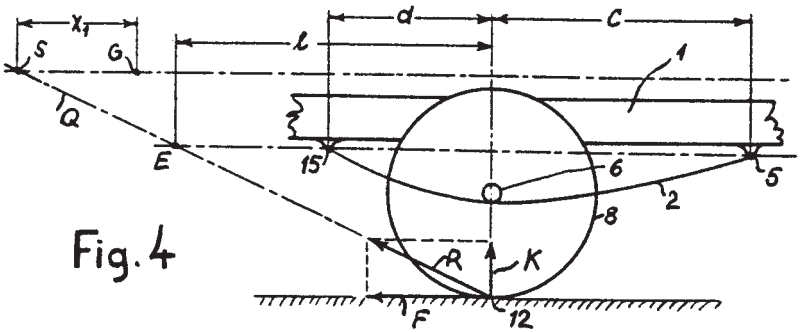


Fig.4

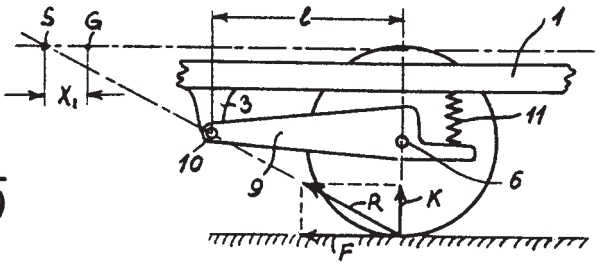


Fig.5

116. Dansk patent nr. 79.620.

I Affjedringsdommen statuerede såvel Østre Landsret som Højesteret, at patentet var ugyldigt. Dommen er alligevel ikke uden interesse i denne sammenhæng, idet der i forbindelse med sagens afgørelse blev taget stilling til et spørgsmål om patentets beskyttelsesomfang.

Patentkrav 1 havde følgende formulering (min kursivering):

> »1. Anordning ved affjedring af motorkøretøjer, hvis chassis er ophængt på det drivende hjulsæt ved hjælp af *fjedrende organer*, som er forbundet med chassiset på to i køreretningen i nogen afstand fra hinanden beliggende punkter og forbundet med de drivende hjuls akseltøj på et punkt, der ligger mellem de to førstnævnte punkter i ulige stor afstand fra disse, og er således udformet, at fjedringen af chassisets ophængning i det ene af de to førstnævnte punkter er større end i det andet af disse, hvorved der ved variation af den vandrette kraft, der under kørsel påvirker omkredsen af de drivende hjul, vil frembringes en supplerende lodret kraft, der ligeledes påvirker hjulene, kendetegnet ved, at afstanden mellem de to førstnævnte punkter og det punkt, hvori akseltøjet er forbundet med *de fjedrende organer*, er således afpasset, at resultanten af den omtalte vandrette og lodrette kraft henført til det drivende hjuls anlægspunkt mod kørebanen er rettet mod et i det vandrette plan gennem chassisets tyngdepunkt liggende punkt, som i forhold til det lodrette plan gennem de drivende hjuls omdrejningsakse ligger på modsat side af chassisets tyngdepunkt inden for en afstand fra dette punkt, som er 1,5 gange så stor som afstanden mellem køretøjets hjulaksler.«

I patentbeskrivelsens fig. 4 og fig. 5 med dertil hørende tekst var der beskrevet 2 forskellige udførelsesformer, hvor den første var med 2 eliptiske bladfjedre på hver side af vognen (fig. 4), mens den anden var med svingarmsophængning (fig 5).

Patenthaveren havde erkendt, at motorkøretøjer med den i fig. 5 viste affjedring med svingarmsophængning havde været bragt åbenlyst i anvendelse i Danmark forud for patentets prioritetsdag. For landsretten gjorde patenthaveren gældende, *at* patentet skulle fortolkes således, at det ikke omfattede den i fig. 5 beskrevne og forud kendte udførelsesform med svingarmsophængning, og at det derfor skulle forstås som alene omfattende den i fig. 4 viste udførelsesform med bladfjederophængning, og *at* patentet måtte kunne opretholdes som gyldigt efter sletning af den »irrellevante del« af beskrivelsen, det vil sige fig. 5 og den dertil hørende tekst.

Heroverfor gjorde den påståede krænker under sagens behandling i landsretten gældende, *at* patenthaveren i patentet selv havde anført, at de 2 udførelsesformer i patentbeskrivelsen var udførelsesformer for samme opfindelse, *at* den efter patenthaverens opfattelse »irrellevante del« af pa-

tentbeskrivelsen ikke kunne fjernes med den af patenthaveren ønskede virkning således, at der tilbage skulle blive et gyldigt patent, som alene ville dække opfindelsen i den anden af de i beskrivelsen omtalte 2 udførelsesformer, *at* det ikke lå nogen begrænsning af patentet i den af patenthaveren ønskede udelukkelse af dele af patentbeskrivelsen, og *at* den påståede krænkers retsstilling ikke skulle kunne ændres ved sådan en ændring af beskrivelsen.

Syns- og skønsmændene udtalte blandt andet, at de i patentbeskrivelsens fig. 4 og fig 5. med dertil hørende tekst beskrevne udførelsesformer var teknisk ækvivalente.

Østre Landsret afviste patenthaverens ovenfor omtalte synspunkter med følgende begrundelse (min kursivering):

> »*Selv om det måtte antages*, at sagsøgeren [patenthaveren] ville have kunnet opnå patent på anvendelsen af den fra Buickmodellen kendte affjedringsanordning [den forud kendte teknik] kendetegnet tillige ved ophængning ved hjælp af asymetrisk anbragte elliptiske bladfjedre [den i fig. 4 viste udførelsesform], findes der *også under denne forudsætning* at måtte gives sagsøgte [den påståede krænker] medhold i, at *den i sagsøgerens påstand omhandlede slettelse af en del af patentbeskrivelsen ikke ændrer patentkravets indhold og ikke kan medføre nogen ændret retsstilling for sagsøgte*.«

Som det fremgår, er det af dommerne anførte udtryk for deres opfattelse under den hypotetiske forudsætning, at den af patenthaveren foreslåede fortolkning af patentet ville resultere i noget, der havde både nyhed og opfindelseshøjde. Det om patentkravets indhold og patentbeskrivelsen anførte syntes at være udtryk for den opfattelse, at patentkravet er af afgørende betydning for beskyttelsesomfanget, og at et eller flere udførelseseksempler mindre ikke kan føre til en begrænsning af beskyttelsesomfanget i forhold til »patentkravets indhold«.

Under sagens behandling i Højesteret nedlagde patenthaveren en ny påstand, som gik ud på, at der ikke alene skulle ske en sletning af »de irrellevante dele« af beskrivelsen, men at der også skulle ske en dertil svarende begrænsning af patentkravet, nemlig ved en udskiftning af udtrykket »fjedrende organer« med »bladfjedre«. I dommen er det desværre ikke angivet, hvilken argumenter parterne i Højesteret fremførte til støtte for og imod patenthaverens nye påstand. Det må på det foreliggende grundlag antages, at deres argumentation i det væsentligste var identisk med argumentationen i landsretten med de modifikationer, der var nødvendiggjort som følge af den af patenthaveren i den nye påstand foreslåede begrænsning af patentkravet.

Til brug for Højesterets behandling af sagen havde parterne indhentet yderligere udtalelser fra syns- og skønsmændene, og der var derudover som noget nyt indhentet en erklæring fra Patentkommissionen.

Ifølge de nye udtalelser fra syns- og skønsmændene forholdt det sig således, at den af patenthaveren foreslåede indskrænkende fortolkning af patentet ikke ville resultere i noget, der havde nyhed og opfindelseshøjde i forhold til den forud kendte teknik.

Udtalelserne fra Patentkommissionen gik i modsætning hertil ud på, at den af patenthaveren foreslåede indskrænkende fortolkning af patentet ville resultere i noget, der havde nyhed og opfindelseshøjde i forhold til den forud kendte teknik.

Højesterets flertal på 6 ud af 7 dommere delte med følgende begrundelse landsrettens opfattelse af, at patentet måtte anses for ugyldigt:

> »Der findes at måtte lægges afgørende vægt på skønsmændenes erklæringer, og herefter findes appellantens patent – uanset den for Højesteret foretagne begrænsning af patentkravet – af de i dommen anførte grunde ikke at kunne opretholdes, jfr. patentlovens § 1, stk. 2, nr. 3.«

Indledningsordene i begrundelsen viser, at flertallet af højesteretsdommerne valgte at vægte syns- og skønsmændenes udtalelser tungere end Patentkommissionens udtalelser.

Når det i de 6 højesteretsdommeres henvisning til landsrettens begrundelse udtrykkeligt var anført, at henvisningen skete »uanset den for Højesteret foretagne begrænsning af patentkravet«, skal det formentlig forstås således, at de 6 højesteretsdommere var enige i landsrettens syn på sagen ikke alene, for så vidt angår de dele af landsretssagen, der også var relevante under Højesterets behandling, men at de 6 højesteretsdommere også var enige med landsrettens dommere, for så vidt angår de dele, der på grund af påstandsændringen alene var relevante i landsretten.

Som det fremgår, afviste såvel landsretten som Højesteret den af patenthaveren foreslåede snævre fortolkning af patentet. Ifølge retspraksis kunne dommerne i vidt omfang have taget hensyn til den forud for prioritetsdagen kendte teknik ved at fortolke patentet og/eller patentkravene snævert. Når det ikke skete i affjedringsdommen, kan det ses som udtryk for den opfattelse, at sådan en snæver fortolkning ikke bør kunne komme på tale, når den af patenthaveren foreslåede snævre fortolkning af patentet vil indebære, at udførelseseksempler fra patentbeskrivelsen kommer til at ligge uden for det foreslåede beskyttelsesomfang. Der er imidlertid

hverken i landsrettens eller i Højesterets begrundelser eksplicit anført noget om spørgsmålet, hvorfor det må anses for usikkert, om dommerne i det hele taget har taget stilling til det.

2.55. *UfR 1969 s. 249 Ø – Kaffeposedommen* [117]

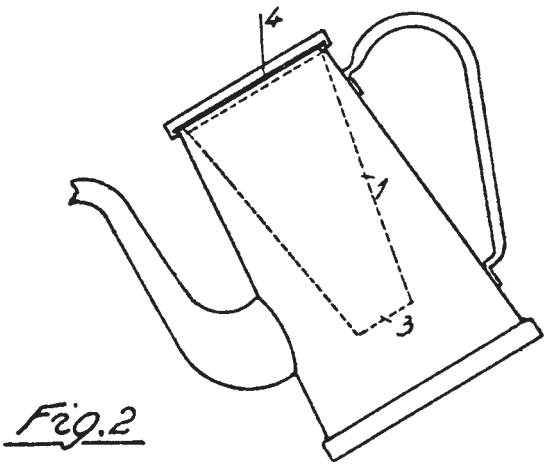


Fig. 2

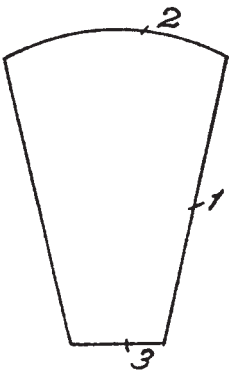


Fig. 1

I Kaffeposedommen havde patentkravet følgende ordlyd (min kursivering):

> »Kaffepose af den art, der er *fastgjort til en ring*, som *kan sættes ind foroven i en kaffekande*, og hvis sider tilspidses nedefter mod kaffekandens bund, der er afskåret vinkelret på posens længderetning, kendetegnet ved, at posens overkant i sammenlagt stilling danner en konveks bue.«

Patenthaveren fremstillede og solgte en kaffepose af tekstilstof, som havde de i patentkravet indeholdte karakteristika. [118]

Den påståede krænker fremstillede og solgte kaffeposer af papir, som havde en i sammenlagt stilling konveks overkant, og som anvendtes i en

---

117. Dansk patent nr. 91.436.

118. I domshovedet i UfR er det anført, at sagen drejede sig om et »patent på en af tekstilstof fremstillet kaffepose«. Det må afspejle en misforståelse hos den pågældende, der har forfattet domshovedet, idet der hverken i patentkravet, beskrivelsen eller Østre Landsrets dom er grundlag for at anse patentet for begrænset til en »af tekstilstof fremstillet kaffepose«.

oven på kaffekanden anbragt løs tragt. Det var patenthaverens opfattelse, at den påståede krænkers papirposer var omfattet af patentet.

Den påståede krænker gjorde gældende, *at* parternes kaffeposer var helt forskellige i form, stof og funktion, herunder derved, at den omtvistede kaffepose var af papir, bestemt til brug én gang og skulle anbringes i en tragt placeret oven på kaffekanden, og at patenthaverens kaffepose var af tekstilstof, bestemt til mange ganges brug og skulle placeres i en ring fastsat foroven i kaffekanden, *at* det eneste parternes kaffeposer havde til fælles var det forhold, at overkanten dannede en konveks bue, *at* det ikke kunne være afgørende, og *at* det i øvrigt ikke var nyt på patentets prioritetsdag.

Heroverfor gjorde patenthaveren gældende, *at* den omtvistede kaffepose i alt væsentligt var identisk med den patenterede kaffepose, *at* dette først og fremmest gjaldt med hensyn til det, der var kendetegnende for patentet, nemlig at posens overkant i sammenlagt stilling dannede en konveks bue, *at* posernes form var den samme, og *at* det måtte være uden betydning, at de var lavet af forskelligt materiale og normalt blev anbragt forskelligt i forhold til kaffekanden.

I et tysk patent, der var udstedt mange år før det af kaffeposesagen omhandlede patent, forelå der en beskrivelse af et papir-kaffefilter med en overkant, der i sammenlagt stilling var konveks. Det i det tyske patent beskrevne filter var indrettet på anvendelse i forbindelse med en kaffetragt.

Ifølge en erklæring fra Patentkommissionen forholdt det sig således, *at* den af patentet omfattede opfindelse var begrænset til kun at angå kaffeposer, der var fastgjort til en ring, som kunne sættes ind foroven i en kaffekande, *at* det tyske patent vedrørte en helt anden type kaffefilter, som skulle placeres i en dertil beregnet tragt, og *at* kaffefilteret fra det tyske patent ikke ville kunne benyttes på samme måde som kaffeposen i det af sagen omhandlede patent.

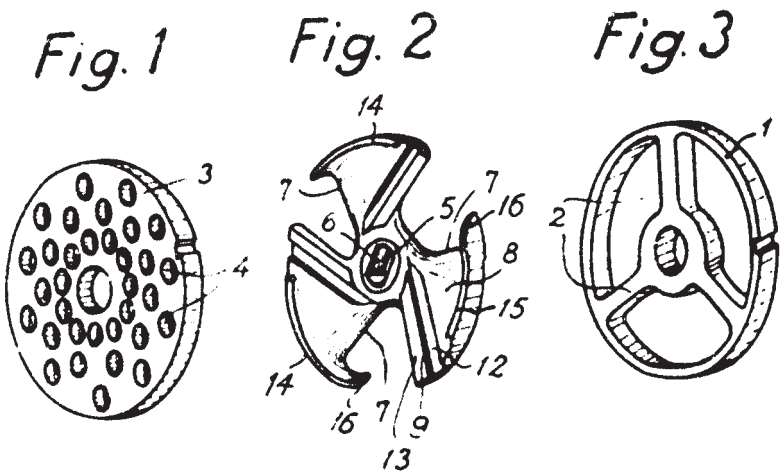
Det forekommer rimeligt at antage, at Patentkommissionens vurdering af forholdet mellem patentet og filteret i det tyske patent kunne finde tilsvarende anvendelse på forholdet mellem patentet og det omtvistede papir-kaffefilter.

Østre Landsret fandt med følgende begrundelse, at der ikke var tale om krænkelse af patentet (min kursivering):

> »Retten finder, at dansk patent nr. 91.436 efter sit indhold og den der nævnte kaffeposes *funktionsmåde* ikke er til hinder for, at sagsøgte forfærdiger, indfører og forhandler sine kaffefiltre af papir.«

Dommen kan ses som udtryk for den opfattelse, at når den omtvistede genstand har en anden funktionsmåde end den i patentet beskrevne funktionsmåde, så er det et forhold, der på afgørende vis kan tale for, at der ikke foreligger krænkelse af det pågældende patent.

2.56. *UfR 1976 s. 495 H – Kødhakkemaskinedommen* [119] [120]



I Kødhakkemaskinedommen havde det eneste patentkrav følgende ordlyd (min kursivering og understregning):

> »Roterende skæreværktøj til kødhakkemaskiner og lignende maskiner af den art, som ved kødhakkemaskinens udgangsåbning har to hulskiver, mellem hvilke det i eet stykke udformede skæreværktøj, som har ægge til samvirken med hver hulskive, er anbragt, kendetegnet ved, at skæreværktøjet består af eet eller flere *knivpar, som hvert består* dels *af en kniv i form af en cirkelsektor*, hvis i værktøjets rotationsretning forreste kant har en æg, der er bestemt til at samvirke med den inderste hulskive, og hvis bageste side er skrueformet og med sin bageste kant strækker sig mod den yderste hulskives inderside, dels *af en stangformet kniv*, hvis i rotationsretningens forreste kant danner en æg, der er bestemt til at samvirke med den yderste hulskive.«

---

119. Dansk patent nr. 74.477.
120. Dommen er kun summarisk gengivet i UfR. Fremstillingen her er derfor i det væsentligste baseret på udskrifter fra Østre Landsrets og Højesterets dombøger.

I beskrivelsen var blandt andet følgende anført om opfindelsen (min kursivering):

> »Det har … været foreslået at udforme det mellem de to hulskiver anbragte skæreværktøj som et enkelt armkors, ved hvilket hver arm ved de forrest i rotationsretningen beliggende kanter er forsynet med ægge til samvirken med hver af de to hulskiver, hvorhos hver arms forreste mellem æggene liggende side kan være skråtstillet til tilvejebringelse af det ved den inderste hulskive afskårne materiales fremføring mod den yderste hulskive. *Da begge ægge på samme arm må være rettet i samme retning*, d.v.s. i skæreværktøjets rotationsretning, bliver den med ægge forsynede arms forreste side nødvendigvis mere eller mindre rendeformet, hvorved det *opstår en bremsevirkning for materialets fremføring* mod den yderste hulskive.
>
> Den foreliggende opfindelse har *til formål* at undgå ulemperne ved de kendte skæreværktøjer ved en sådan udformning …, at værktøjet udøver en virkningsfuld fremføring af materialet … Skæreværktøjet ifølge opfindelsen består til dette formål af eet eller flere knivpar, som hvert består *dels* af *en kniv i form af en cirkelsektor*, hvis i værktøjets rotationsretning forreste kant har en æg, der er bestemt til at samvirke med den inderste hulskive, og hvis bageste side er skrueformet og med sin bageste kant strækker sig mod den yderste hulskives inderside, *dels* af *en stangformet kniv*, hvis i rotationsretningen forreste kant danner en æg, der er bestemt til at samvirke med den yderste hulskive.«

Den påståede krænker producerede og solgte kødhakkemaskiner med skæreværktøjer af en lidt anden konstruktion. Patenthaveren anså disse skæreværktøjer for omfattet af patentet og anlagde sag om krænkelse.

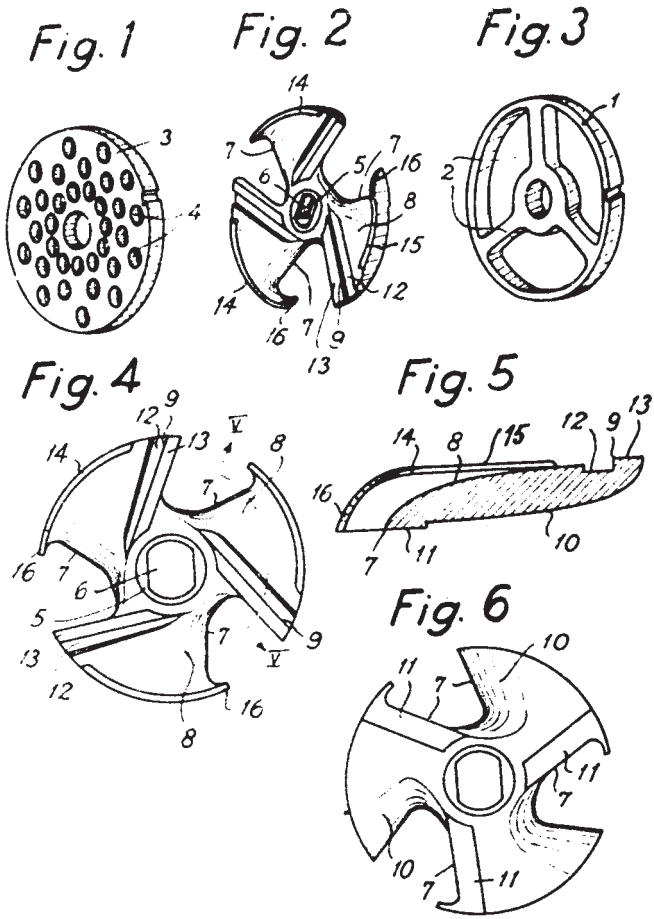
Nogle år efter udstedelsen af patenthaverens patent havde den påståede krænker ansøgt om patent på en kødhakkekniv til kødhakkemaskiner. Ansøgningen førte senere til udstedelse af et patent til den påståede krænker.[121] Det omtvistede skæreværktøj svarede øjensynlig til den kødhakkekniv, der var beskrevet i patentkravene i den påståede krænkers ansøgning. Det 1. patentkrav i patentansøgningen havde følgende formulering (min kursivering):

> »Kødhakkekniv til kødhakkemaskiner, som ved udgangsåbningen har to hulskiver, mellem hvilke kødhakkekniven er anbragt, og af den art, som har ægge til samvirkning med den inderste hulskive og andre ægge til samvirkning med den yderste hulskive samt mod den yderste hulskive vendende skrå flader, som tjener til ved rotation at trykke skæregodset i retning mod den yderste hulskive, kendetegnet ved, at der *langs yderkanten af de skrå flader er anbragt en ribbe*, der strækker sig fra den skrå flade ud mod den ydre hulskive.«

---

121. Dansk patent nr. 106.544.

Udførelseseksemplet i den påståede krænkers patentbeskrivelse var illustreret med følgende tegning:



Den påståede krænker gjorde gældende, *at* patentet måtte fortolkes snævert, *idet* patentet indebar en indskrænkning af andres muligheder for at drive virksomhed, og *idet* den i patentet beskrevne opfindelse i hvert fald lignede tidligere patenterede skæresæt meget, *at* det af patentet omfattede skæresæt bestod af 2 fritstående knive adskilt ved et mellemrum, og *at* det omtvistede skæresæt ikke bestod af sådanne 2 fritstående knive adskilt ved et mellemrum.

Heroverfor gjorde patenthaveren gældende, *at* den påståede krænker nøje havde efterlignet det væsentlige i patentet, nemlig den cirkelsektorformede kniv med den skruede bagside til fremføring af materialet og den

stangformede kniv, *at* det måtte være teknisk uden betydning, om den stangformede kniv som hos patenthaveren var fritstående, eller om den som hos den påståede krænker var ud i et med den cirkelsektorformede kniv og kun adskilt fra denne ved en større eller mindre rille, *at* det derfor ikke kunne tillægges betydning, at patentkravet var formuleret ud fra den antagelse, at den stangformede kniv var udformet som fritstående, og *at* udstedelsen af et patent til den påståede krænker alene var udtryk for, at Patentkommissionen havde anset ribben ved skæresættet i den påståede krænkers patent for patenterbar, mens der ikke var taget stilling til, om den påståede krænkers skæresæt var omfattet af patenthaverens patent. Det var således uomtvistet, at den stangformede kniv i det omtvistede skæreværktøj ikke var fritstående men derimod i hovedsagen ud i et med den cirkelsektorformede kniv.

Ifølge syns- og skønsmændenes udtalelser forholdt det sig således, *at* fagmanden ved læsning af patentet umiddelbart måtte få den opfattelse, at opfindelsen angik et skæreværktøj med knivpar udformet som 2 selvstændige knive på hver sin arm, *at* fagmanden ved læsning af patentet umiddelbart måtte få den opfattelse, at et skæreværktøj med 2 i rotatinsretningen vendte ægge på samme arm måtte give anledning til den ulempe, at æggen på armens forreste side nødvendigvis ville blive mere eller mindre rendeformet og dermed ville fremkalde den bremsevirkning, som det var opfindelsens formål at undgå, *at* det i patentet derom anførte utvivlsomt var møntet på et forud for prioritetsdagen kendt tysk patent, *at* patentet ikke angav nogen anden anvisning på undgåelse af bremsevirkningen end det på tegningerne viste mellemrum mellem den cirkelsektorformede knivdel og den stangformede knivdel, *at* fagmanden umiddelbart måtte få den opfattelse af patentet, at det ikke angik skæreværktøjer, hvor de 2 ægge var anbragt på samme arm, *at* patenthaveren i korrespondancen med Patentkommissionen under ansøgningens behandling utvivlsomt forestillede sig de 2 ægge i hvert knivpar anbragt på hver sin arm, men at patenthaverens argumentation over for Patentkommissionen i væsentlige dele kunne være fremført med samme gyldighed for konstruktioner, hvor de 2 arme var forenet i større udtrækning end blot ved navet, herunder eventuelt også ved konstruktioner, hvor armene var forenet i hele deres længde, *at* ordene i patentkravet ikke dækkede udformningen af det omtvistede skæreværktøj, *at* det omtvistede skæreværktøj i det væsentligste havde samme virkemåde som det i patentet beskrevne skæreværktøj, for så vidt angår kød-materialets afskæring og transport gennem mellemrummet mellem de 2 hulskiver, *at* det i patentbeskrivelsen definerede formål med opfindelsen også blev opnået ved det omtvistede skæreværktøj, *at* [besva-

relsen af *spørgsmål 9*] det var uden væsentlig betydning for skæreværktøjets virkning, om der mellem bagkanten af den cirkelsektorformede knivdel og forkanten af den listeformede knivdel var en gennemgående spalte eller en rende med udløb ved periferien, og *at* udformningen af det omtvistede skæreværktøj måtte anses for teknisk at ækvivalere med patentet.

Såvel Østre Landsret som Højesteret fandt, at der var tale om krænkelse. Højesteret tiltrådte landsrettens begrundelse. Den relevante del af landsrettens begrundelse lød som følger (min kursivering):

> »Efter indholdet af skønserklæringerne, herunder navnlig besvarelsen af spørgsmål 9, findes det *ikke at være et led i patentkravene* ved sagsøgerens patent, at de to knive eller knivdele er fritstående i forhold til hinanden, adskilt af en gennemgående spalte. En sådan udformning *synes vel forudsat ved formuleringen af patentkravene, men er dog ikke udtrykkeligt udtalt* i disse, og *patentet findes efter skønserklæringerne ikke at burde begrænses til en sådan udformning*. Herefter findes sagsøgtes skæresæt, hvis udformning iøvrigt ganske svarer til patentkravene ved sagsøgernes patent, at stride imod dette.
>
> Der findes ikke … ligesom det findes *uden betydning for sagens afgørelse, at der er meddelt sagsøgte patent* på hans skæresæt.«

Den første del af begrundelsen fremtræder som i meget vidt omfang baseret på syns- og skønsmændenes udtalelser. Henvisningen til besvarelsen af spørgsmål 9 indebærer, at dommerne ved deres fastlæggelse af beskyttelsesomfanget må antages at have lagt afgørende vægt på virkemåden, herunder navnlig at det ifølge syns- og skønsmændene måtte være uden væsentlig betydning for virkemåden, om skæreværktøjet var konstrueret med fritstående knive adskilt ved en gennemgående spalte. Det forhold, at besvarelsen af spørgsmål 9 blev særligt fremhævet i begrundelsen, må i øvrigt indebære, at syns- og skønsmændenes udtalelse om, at der forelå teknisk ækvivalens må have haft en dertil svarende underordnet betydning for afgørelsen.

Det i begrundelsen anførte om, at den påståede krænkers eget patent ikke havde nogen betydning for sagen, kan forstås enten som en stillingtagen til det konkrete patents betydning for den konkrete sag, eller som en mere principiel udtalelse om betydningen af, at en påstået krænker har fået udstedt patent på en under en krænkelsessag omtvistet genstand. Det må på det foreliggende grundlag anses for et åbent spørgsmål, hvilken forståelse der er den rette. Under alle omstændigheder er dommen udtryk for den opfattelse, at det ikke nødvendigvis fører en omtvistet genstand uden for et patents beskyttelsesomfang, at der er udstedt patent på den omtvistede genstands konstruktion eller lignende.

I øvrigt er det bemærkelsesværdigt, at dommerne syntes at have anset det for mindre betydningsfuldt, *at* det fremgik af patentet, at en konstruktion med knivene på en og samme arm i stedet for på 2 fritstående arme ville have en ulempe, der ville fremkalde den bremsevirkning, som det var opfindelsens formål at undgå, og *at* fagmandens naturlige sproglige forståelse af patentet ifølge syns- og skønsmændene ville føre til, at patentet ikke angik skæreværktøjer, hvor de 2 knive var monteret på samme arm.

Det kan diskuteres, om begrundelsen er udtryk for en vidtgående fortolkning af visse dele af patentkravet, eller om den er udtryk for en mere skønsmæssig fastlæggelse af beskyttelsesomfanget. Når man tager de i sagen foreliggende beviser i betragtning, forekommer det imidlertid mest adækvat at se konklusionen om, at der forelå krænkelse, som udtryk for det sidste.

2.57. *UfR 1979 s. 376 H – Hyndedommen* [122]

Fig. 1

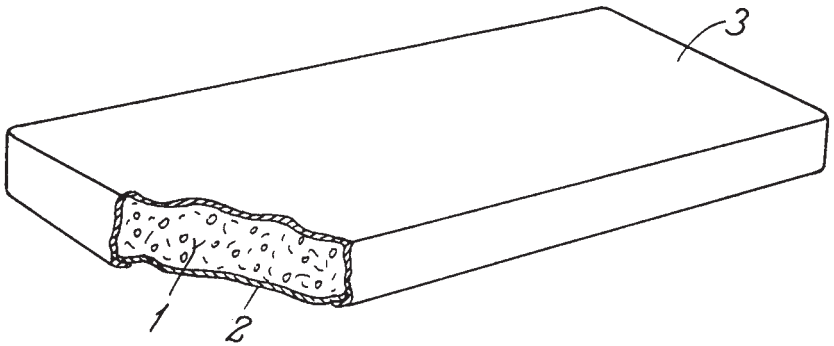


Fig. 2

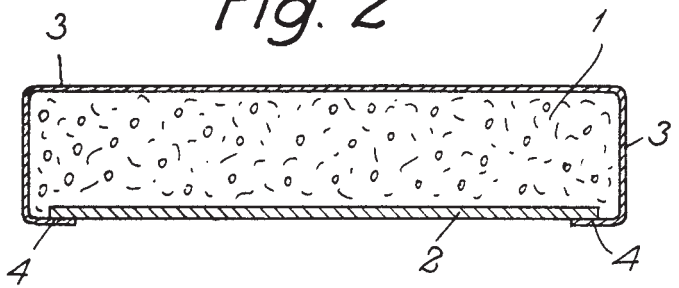
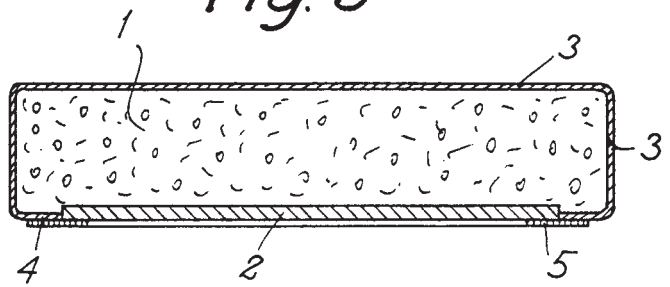


Fig. 3



122. Dansk patent nr. 114.812.

I Hyndedommen statuerede såvel Østre Landsret som Højesteret, at patentet var ugyldigt. Dommen er alligevel ikke uinteressant, idet der i forbindelse med sagens afgørelse blev taget stilling til et spørgsmål om patentets beskyttelsesomfang.

Patentkravet vedrørte (min kursivering):

> »En hynde af den art, der er indrettet til at ligge løst på et siddemøbels sæde og består af et hylster af blødt materiale, f.eks. tekstilstof, der omslutter en polstringsmasse af hovedsagelig flad kasseform, kendetegnet ved, at hylsteret består af to dele, hvoraf den ene del er af blødt forholdsvis glat materiale, fortrinsvis tekstilstof, og omslutter polstringsmassens opadvendende flade og sideflader, medens den anden del er en plade, der har større stivhed end den første del og er af *et materiale med forholdsvis stor friktionskoefficient*, hvilken plade danner bund i hynden.«

Om parternes procedure er det i dommen alene anført, at den ene part mente, at den patenterede opfindelse hverken havde nyhed eller opfindelseshøjde, mens den anden part var af den opfattelse, at opfindelsen havde såvel nyhed som opfindelseshøjde. Parternes argumentation vedrørende den rette forståelse af patentets beskyttelsesomfang fremgår således ikke af dommen, hvilket er beklageligt, idet det naturligvis gør det vanskeligere præcist at afgøre, hvilke synspunkter dommerne tog i betragtning ved sagens afgørelse, og dermed hvad der med rimelighed kan lægges i dommen.

Forud for patentets prioritetsdag var den i sagen som bilag P fremlagte hynde blevet leveret til Føvling Kirke. Et spørgsmål om, hvorvidt bunden i den hynde, var en plade at et materiale med forholdsvis stor friktionskoefficient, blev af syns- og skønsmanden besvaret på følgende måde (min kursivering):

> *»Angivelsen »forholdsvis stor friktionskoefficient« er meget ubestemt*, og der er *i patentbeskrivelsen ingen holdepunkter* for at afgøre, hvorvidt den rækker. Når det i beskrivelsen … anføres, at puden skal have »stor skridfasthed«, og … at »puden ikke skrider selv på en glat sædeflade«, er der *også her tale om meget rummelige udtryk, som vil kunne opfattes forskelligt alt efter temperament og fordringsfuldhed*. … Alt taget i betragtning findes det derfor *tvivlsomt, om bagklædningen på … P kan siges at udmærke sig ved en særlig stor skridfasthed*, omend friktionskoefficienten sikkert under mange forhold [temperaturforhold, fugtighedsgrader etc.] vil blive anset for tilfredsstillende.«

Syns- og skønsmanden udtalte derudover blandt andet, *at* med forbehold af den ovenfor omtalte tvivl med hensyn til »forholdsvis stor friktionskoefficient« så var hynden P i fuld overensstemmelse med patentkravet, *at*

friktionskoefficienten i patentkravet eller patentbeskrivelsen kunne have været angivet ved et tal, således at man havde undgået den usikkerhed, der var forbundet med udtrykket »forholdsvis stor friktionskoefficient«, og *at* temperaturforhold og fugtighedsgrad spillede en stor rolle for en hyndes skridfasthed.

Den del af Højesterets begrundelse, der relaterer sig til det her behandlede spørgsmål om fastlæggelsen af patentets beskyttelsesomfang lød som følger (min kursivering):

> »Som nævnt i dommen har skønsmanden udtalt, at den til Føvling kirke leverede hynde (landsretssagens bilag P), der er fremstillet i 1966 – med forbehold af den usikkerhed, som angivelsen »forholdsvis stor friktionskoefficient« er behæftet med – er i fuld overensstemmelse med patentkravets hyndedefinition. Alle momenter i patentkravet var således kendt …«

Når det i højesteretsdommen er anført, at alle momenter i patentkravet var kendt på grund af den til kirken leverede hynde, må det være udtryk for, at Højesteret havde vurderet, at hynden måtte anses for at have en pladebund af »et materiale med forholdsvis stor friktionskoefficient«. Den i begrundelsen nævnte usikkerhed med hensyn til angivelsen »forholdsvis stor friktionskoefficient« lod Højesteret med andre ord falde ud til skade for patenthaveren, selv om syns- og skønsmanden havde udtalt, at det fandtes tvivlsomt, om hynden udmærkede sig ved en særlig stor skridfasthed, og at dette kunne siges at pege i modsat retning.

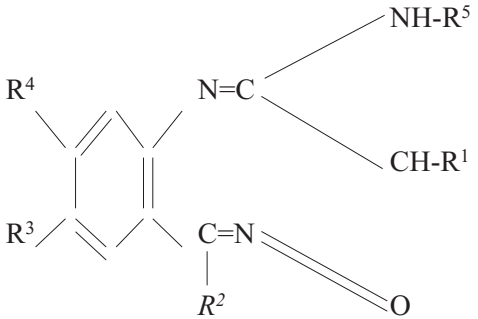
Det forekommer rimeligt at antage, at det forhold, at Højesteret lod tvivlen komme patenthaveren komme til skade, havde sammenhæng med, *at* der var tale om en vag angivelse i patentkravet, og *at* det fremgik af syns- og skønsmandens udtalelser, at det havde været muligt talmæssigt at kvantificere den del af patentkravet, der vedrørte friktionen, hvorved patentkravet ville være blevet mere præcist.

2.58. *UfR 1979 s. 553 H – Clopoxiddommen* [123]

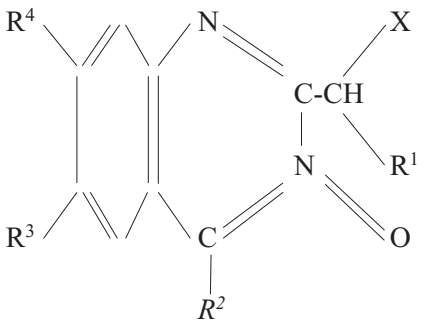
2.58.1. Dommen [124]

Clopoxiddommen drejede sig om krænkelse af en fremgangsmåde til fremstilling af lægemidlet clopoxid. Patenthaverens eneste patentkrav havde følgende ordlyd (min kursivering):

> »Fremgangsmåde til fremstilling af 1,4-benzo-diazepin-4-oxider med den almene formel



> *i hvilken R^1 betegner et hydrogenatom eller en alkylgruppe, R^2 en phenylgruppe eller en nitro- eller halogenstubstitueret phenyl- eller alkoxyphenylgruppe,* R^3 og R^4 et hydrogen- eller halogenatom eller en alkylgruppe og R^5 et hydrogenatom eller en alkyl, alkenyl-, hydroxyalkyl- eller alkoxyalkylgruppe, idet alle alkyl, alkenyl-, eller alkoxygrupper hver gang højst indeholder 7 carbonatomer, eller salte af disse forbindelser, kendetegnet ved, at *et halogenid med den almene formel*



123. Dansk patent nr. 91.876.

124. Dommen er så summarisk gengivet i UfR, at det har været nødvendigt at basere gennemgangen og analysen af dommen på de relevante udskrifter fra Højesterets og Østre Landsrets dombøger, herunder navnlig en udskrift af landsretsdommen af 27. april 1977 afsagt af Østre Landsrets 5. afdeling i sag nr. 525/1971.

i hvilken R^1, *R^2*, R^3 og R^4 *har den ovenfor angivne betydning*, og X betegner et halogenatom, omsættes med en nitrogenforbindelse med den almene formel

$$NH_2\text{-}R^5$$

i hvilken R^5 har den ovenfor angivne betydning, hvorefter omsætningsproduktet om ønsket ved reaktion med en syre omdannes til et salt deraf.«

Det fremgik af patentbeskrivelsen, at der ved fremgangsmåden skete en omdannelse af det anvendte halogenids 6-ledede pyrimidinring til en 7-ledet 1,4-diazepinring.

Den påståede krænkers fremgangsmåde gik ud på, <u>at</u> der ved udøvelsen af en fremgangsmåde, som var genstand for den påståede krænkers patent nr. 117.231, blev fremstillet et quinazolin svarende til udgangsstoffet i patenthaverens fremgangsmåde, idet der dog i den påståede krænkers quinazolin var et hydrogenatom i halogenidets R^2-stilling [125] i stedet for en substitueret phehylgruppe, <u>at</u> der ved udøvelsen af en fremgangsmåde, som var genstand for den påståede krænkers patent nr. 127.253, *a)* blev tilsat methylamin, hvilket førte til en udvidelse af det anvendte halogenids pyrimidring til en 7-ledet diazepinring, hvorefter *b)* en phenylgruppe blev introduceret ved en såkaldt Gringard-reaktion, og <u>at</u> udøvelsen af en fremgangsmåde, som var genstand for den påståede krænkers patentansøgning nr. 5198/67, førte til, at *a)* det derved fremkomne stof blev omdannet til et blandingsstof, og at *b)* dette efter den kemiske proces isomerisering blev til lægemidlet clopoxid. Den påståede krænkers 2 nævnte patenter var begge baseret på patentansøgninger, som var blevet indleveret flere år efter udstedelsen af patenthaverens patent. På tilsvarende vis var patenthaverens nævnte patentansøgning blevet indleveret efter udstedelsen af patenthaverens patent.

I 1964 havde den påståede krænker søgt om tvangslicens, men ansøgningen var i december 1967 blevet opgivet.

Patenthaveren anså den af den påståede krænker anvendte fremgangsmåde for omfattet af patentet og anlagde sag om patentkrænkelse.

Den påståede krænker gjorde gældende, <u>at</u> den omtvistede fremgangsmåde ikke var omfattet af patenthaverens patent, idet hverken patentkravet eller patentbeskrivelsen omtalte placeringen af et hydrogenatom i halogenidets R^2-stilling, <u>at</u> patenthaveren næppe kunne have overset muligheden for at anvende et hydrogenatom i R^2-stillingen, hvorfor det

---

125. Det i dommen anvendte udtryk »R^2-stilling« må antages at referere til definitionen af »R^2« i det citerede patentkrav.

måtte fremstå som uklart, hvad der var årsag til patenthaverens undladelse af at medtage anvendelsen af et hydrogenatom i patentet, *at* et omgåelsessynspunkt måtte anses for meningsløst, idet den påstående krænker selv havde ikke mindre end 3 patenter, som lå til grund for den del af den omtvistede fremgangsmåde, der udgjorde forskellen mellem den i patentet beskrevne fremgangsmåde og den omtvistede fremgangsmåde, *at* udvidelsen fra en 6-ledet ring til en 7-ledet ring var et kemisk princip, som patenthaveren ikke kunne få patent på.

Patenthaveren gjorde gældende, *at* fortolkning af patenter på fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler skal ske efter samme principper som ved fortolkning af patenter i almindelighed, *at* der var tale om en pioneropfindelse, hvorfor patentet måtte have et bredt beskyttelsesomfang, *at* udstedelsen af den påståede krænkers 2 patenter på den omtvistede fremgangsmåde måtte være uden betydning for spørgsmålet om, hvorvidt der var tale om krænkelse af patenthaverens patent, *at* det afgørende ved den patenterede fremgangsmåde var tilsætning af methylamin til et quinazolin-3-oxid og den derved skabte udvidelse til en 7-ledet ring, *at* den påstående krænker på det trin i den omtvistede fremgangsmåde blot havde et hydrogenatom i stedet for en phenylgruppe, og *at* det måtte være uden betydning, hvad der i den omtvistede fremgangsmåde blev foretaget forud for og efter udvidelsen til en 7-ledet ring.

Begge parter havde (ensidigt) indhentet sagkyndige erklæringer fra tekniske eksperter. Derudover havde 2 syns- og skønsmænd besvaret en række spørgsmål.

Ifølge syns- og skønsmændenes udtalelser forholdt det sig således, *at* patenthaverens patent blandt andet angik en fremgangsmåde til fremstilling af den kemiske forbindelse 2-methylamino-5-phenyl-7-chlor-3H-1,4-benzodiazepin-4-oxid ved omsætning (ringudvidelse) mellem et quinazolin-3-oxid og methylamin, *at* den påståede krænker under udøvelsen af den omtvistede fremgangsmåde fremstillede det samme stof på en måde, hvor der ligeledes indgik omsætning (ringudvidelse) mellem et quinazolin-3-oxid og methylamin, *at* ringudvidelsen, som indgik i begge parters fremgangsmåder, på prioritetsdagen for patenthaverens patent måtte anses for at repræsentere en ny reaktionstype, således at patenthaverens fremgangsmåde måtte anses for en kemisk egenartet fremgangsmåde, *at* quinazolin-3-oxidet i patenthaverens patent havde en phenylgruppe, en nitro- eller halogensubstitueret phenylgruppe eller en alkoxy-phenylgruppe i 4-stillingen [udtrykket »4-stillingen« må antages ikke at referere til de særlige definitioner i patenthaverens patentkrav men derimod til den almindelige kemiske terminologi], mens det af den påståede krænker anvendte

quinazolin-3-oxid samme sted havde et hydrogenatom, at dette var den eneste forskel mellem de nævnte quinazolin-3-oxider, at den omtvistede fremgangsmåde derfor ville have resulteret i fremstillingen af samme stof på samme trin i fremgangsmåden, dersom der ikke havde været et hydrogenatom i stedet for en phenylgruppe, at patenthaverens patentkrav ikke omfattede tilfælde, hvor der i quinazolin-3-oxidets R^2-stilling var et hydrogenatom, at det var et karakteristisk træk ved den fremgangsmåde, der var beskrevet i den påståede krænkers patent nr. 127.253, og som indgik i den omtvistede fremgangsmåde, at der indførtes en phenylgruppe ved en Gringard-reaktion, hvorefter den dannede forbindelse eventuelt blev underkastet en vandfraspaltning til dannelse af en 4,5 dobbeltbinding eller en oxidation til dannelse af en nitron, at den i patenthaverens patent beskrevne fremgangsmåde ikke omfattede en tilsvarende indførelse af en phenylgruppe ved en Gringard-reaktion, at det karakteristiske ved den fremgangsmåde, der var beskrevet i den påståede krænkers patentansøgning nr. 5198/67, og som indgik i den omtvistede fremgangsmåde, var, at en kemisk forbindelse blev oxideret til en blanding af 2 andre kemiske forbindelser, hvorefter den ene eller begge af disse 2 forbindelser blev udvundet, at den i patenthaverens patent beskrevne fremgangsmåde ikke omfattede en tilsvarende oxidation, at det i den omtvistede fremgangsmåde anvendte udgangsstof, 2-chlormethyl-6-chlor-quinazolin-3-oxid, ikke var beskrevet i litteraturen på prioritetsdagen for patenthaverens patent, at Patentdirektoratet ved udstedelsen af den påståede krænkers patent nr. 117.231 måtte have været af den opfattelse, at den fremgangsmåde, der var beskrevet i patentet var ny og ejendommelig i forhold til fremgangsmåden i henhold til patenthaverens patent nr. 96.384, at patenthaverens fremgangsmåde var enklere end den påståede krænkers fremgangsmåde, og at hvis man med kendskab til den i patenthaverens patent beskrevne fremgangsmåde skulle finde en alternativ fremgangsmåde, så ville den af den påståede krænker anvendte indførelse af et hydrogenatom i R^2-stillingen være det første, man ville tænke på, idet hydrogenatomet ville være lettere at fjerne igen end andre stoffer.

Såvel Østre Landsret som Højesteret fandt, at der var tale om krænkelse af patentet. Landsrettens af Højesteret tiltrådte begrundelse lød som følger (min kursivering):

> »Efter de foreliggende oplysninger må det lægges til grund, at *den for dannelsen af stoffet* chlodiazepoxyd (clopoxid) *afgørende udvidelse* fra en 6-leddet til en 7-leddet ring såvel af sagsøgeren som af sagsøgte fremkaldes *ved tilsætning af methylamin til udgangsstoffet quinazolin-3-oxid*, og at sagsøgtes frem-

gangsmåde på dette trin alene adskiller sig fra sagsøgerens derved, at der i *stoffernes kemiske formels R^2-stilling er indført et hydrogenatom (brintatom) i stedet for en phenylgruppe, der først indføres senere*.

Det må endvidere lægges til grund, at *de senere trin i sagsøgtes* [den påståede krænkers] *fremgangsmåde alene har til formål at udskifte det pågældende hydrogenatom (brintatom) med den* for dannelsen af stoffet chlodiazepoxyd (clopoxid) *nødvendige phenylgruppe*.

Efter *de af skønsmændene, særligt under afhjemlingen, afgivne erklæringer* findes sagsøgtes fremgangsmåder ved fremstilling af clopoxid herefter *i det væsentlige at have en sådan lighed* med sagsøgerens [patenthaverens], at sagsøgte ved den af dem benyttede fremgangsmåde har krænket sagsøgerens patent nr. 91.876.«

Det fremgår klart, at afgørelsen er begrundet i dommernes vurdering af, at der var en væsentlig lighed mellem patenthaverens fremgangsmåde og den omtvistede fremgangsmåde. Da bevisførelsen ikke omfattede sagkyndige udtalelser om væsentligheden af de påberåbte forskelle og ligheder mellem de 2 fremgangsmåder, må selve væsentlighedsvurderingen være udtryk for dommernes egenhændige vurdering af væsentlighedsspørgsmålet.

Sådan som begrundelsen er formuleret kan det ikke med sikkerhed siges, om begrundelsens 1. del skal forstås som en fremhævelse af det, der efter dommernes opfattelse måtte anses for kernen i/det essentielle ved patenthaverens opfindelse. Det forekommer dog umiddelbart rimeligt at antage, at det forholder sig sådan. I givet fald finder det ovenfor anførte om beviserne i relation til vurderingen af de 2 fremgangsmåders lighed tilsvarende anvendelse på vurderingen af, hvad der måtte anses for kernen/det væsentlige ved opfindelsen.

Begrundelsens henvisning til det af syns- og skønsmændene under afhjemlingen anførte er langt fra entydig. Det syntes imidlertid umiddelbart rimeligt at antage, at dommerne med den del af begrundelsen navnlig tænkte på syns- og skønsmændenes udtalelser om, *at* patenthaverens fremgangsmåde var enklere end den påståede krænkers fremgangsmåde, og *at* en fremgangsmåde med et hydrogenatom i stedet for patenthaverens phenyl-gruppe måtte anses for det mest nærliggende alternativ til patenthaverens fremgangsmåde.

I øvrigt er dommens resultat interessant, fordi der deri ligger en implicit afvisning af den påståede krænkers synspunkter om, at det skulle have betydning, at de punkter, hvor den omtvistede fremgangsmåde afveg fra den i patenthaverens patent beskrevne fremgangsmåde, var genstand for 2 udstedte patenter og en verserende patentansøgning.

2.58.2. Kommentarer fra den juridiske litteratur

Mogens Plesner har i NIR 1981 s. 195 f givet udtryk for, at Clopoxiddommen kan ses som udslag af et omgåelsessynspunkt. Ifølge Plesner afspejler dommen det forhold, at man må vurdere, hvad det er for en indsats, den påståede krænker har gjort, hvorfor den påståede krænker har valgt en anden løsning, og hvad der opnås ved den løsning. [126]

I NIR 1984 s. 9 har *Torsten Nørgaard* om Clopoxiddommen anført, at dommen ikke giver grundlag for at drage den konklusion, at beskyttelsesomfanget for patenter på fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler skal fastlægges mere restriktivt end ved patenter i almindelighed.

Berndt Godenhielm ser Clopoxiddommen som udtryk for den opfattelse, at der ikke foreligger krænkelse, hvis forskellene mellem en omtvistet genstand og en i et patentkrav beskrevet opfindelse er uvæsentlige. Han påberåber sig i øvrigt Clopoxiddommen – og Insulindommen (UfR 1941 s. 484 H) – til støtte for det synspunkt, at danske domstole utvetydigt anvender ækvivalenstolkning. [127]

Ifølge *Bengt Domeij* var det afgørende for dommen, at den omtvistede fremgangsmåde kun i ubetydelig grad afveg fra den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde, og at der var tale om en afvigelse, som ikke gav nogen praktiske fordele. [128]

2.58.3. Højesterets voteringssprotokol

I Clopoxiddommen var der ingen tvivl om, at der var en vis forskel mellem den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde og den omtvistede fremgangsmåde. Vedrørende sådanne forskelle syntes der på grundlag af voteringsprotokollen at have været udbredt enighed blandt dommerne om, *at* det måtte være afgørende for krænkelsesspørgsmålet, om der var tale om en væsentlig forskel, *at* der var tale om en meget betydelig opfindelse både med hensyn til den kemiske fremgangsmåde og det fremstillede stofs terapeutiske virkning, hvilket måtte tale for et bredt beskyttelsesomfang, således at der måtte stilles dertil svarende store krav til den omtvistede genstands adskillelse, *at* det ikke udelukkede krænkelse, at dele af

---

126. Mogens Plesner har også kort omtalt dommen i s. 818 i »Noget om udenlandske retsafgørelsers indflydelse på danske domsafgørelser i patent- og varemærkesager« fra Ånd og rett, Festskrift til Birger Stuevold Lassen (1997). Der betegner han dommen som værende af stor principiel betydning, fordi man både i landsretten og i Højesteret enstemmigt tillagde et patent på en fremgangsmåde til fremstilling af et lægemiddel beskyttelse ud over ordlyden.
127. Berndt Godenhielm, Patentskyddets Omfattning (1994) s. 281, 283 og 305.
128. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 515 f.

den omtvistede fremgangsmåde var genstand for patenter tilhørende den påståede krænker, *at* den omtvistede fremgangsmåde ikke kunne anses for at indebære fordele set i forhold til den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde, hvilket måtte pege i retning af, at den omtvistede fremgangsmåde ikke kunne anses for at adskille sig væsentligt fra den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde, *at* den omtvistede fremgangsmåde udnyttede kernen i den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde (ringudvidelsen), hvilket måtte pege i samme retning, og *at* den påståede krænkers subjektive forhold var af en sådan karakter, at den påståede krænker måtte anses for at have tilsigtet at omgå patentet, hvilket ligeledes måtte påvirke vurderingen af, om der forelå væsentlig adskillelse, i en for den påståede krænker uheldig retning.

Det synspunkt, at den omtvistede fremgangsmåde ifølge dommernes vota i voteringsprotokollen skulle være udtryk for en (odiøs) form for tilsigtet omgåelse, var baseret på det forhold, *at* den påståede krænker først havde forsøgt at opnå tvangslicens, og *at* den påståede krænker, da dette blev opgivet, havde iværksat et udviklingsprojekt specifikt med henblik på at finde en anden fremgangsmåde til fremstilling af stoffet clopoxid. [129]

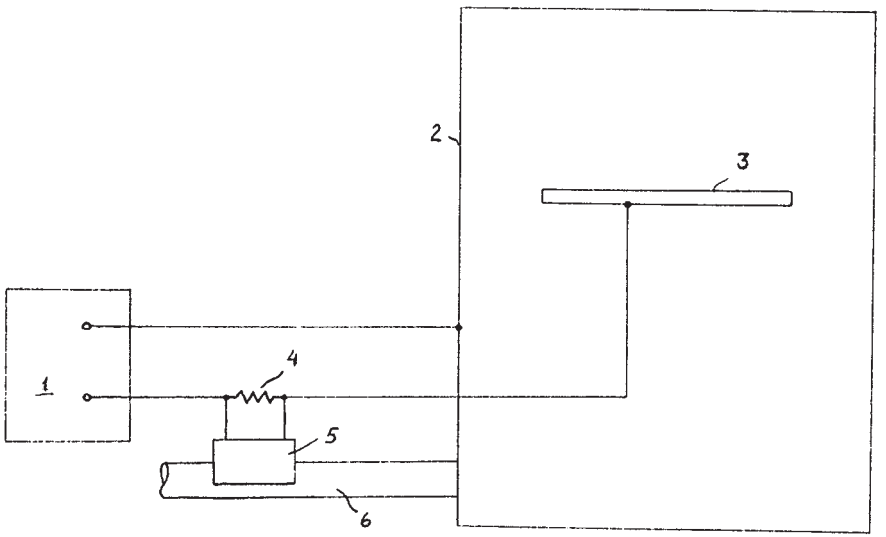
En enkelt af dommerne nævnte, at det måtte anses for meningen, at et patent skulle give patenthaveren en reel beskyttelse uden at virke (uforholdsmæssigt) tyngende på konkurrenterne. Selv om ingen af de øvrige 6 dommere udtrykkeligt tilsluttede sig denne betragtning, forekommer det rimeligt, at antage, at der var tale om et synspunkt, som de i princippet var enige i.

Hverken landsretten eller Højesteret nævnte i deres domsbegrundelser nogen af de *ensidigt indhentede erklæringer*, som indgik i sagens bevismateriale. Det fremgår imidlertid af Højesterets voteringsprotokol, at de desuagtet blev tillagt en vis betydning for bevisbedømmelsen. En eller flere af de 3 ensidigt indhentede erklæringer blev således udtrykkeligt nævnt i votaene fra ikke mindre end 6 af de 7 dommere. Selv om de ensidigt indhentede erklæringer således blev tillagt en vis bevismæssig vægt, så var de næppe på nogen måde afgørende for sagens udfald på samme måde som den ensidigt indhentede erklæring, der i Insulindommen (UfR 1941 s. 484 H) må antages at have været udslagsgivende for en af dommernes votum og dermed for sagens udfald.

---

129. Det forhold, at der efter opgivelsen af forsøget på at erhverve tvangslicens, blev iværksat et udviklingsprojekt specifikt med henblik på at finde en anden fremgangsmåde til fremstilling af clopoxid, fremgår hverken direkte eller indirekte af landsrettens og Højesterets redegørelser for sagens omstændigheder og bevisførelsen.

2.59. *UfR 1980 s. 271 Ø – Elektrolyseanlægsdommen* [130]



2.59.1. Dommen

I elektrolyseanlægsdommen havde det 1. patentkrav følgende ordlyd (min kursivering):

> »Anlæg til elektrolytisk vandbehandling *i et varmtvandssystem* og med en elektrolysestrømkilde mellem en katode, der udgøres af systemets varmtvandsbeholder, og en eller flere i beholderen anbragte anoder samt med organer, ved hjælp af hvilke eletrolysestrømstyrken kan reguleres i overensstemmelse med varmtvandsforbruget, kendetegnet ved, at de elektrolysestrømregulerende organer omfatter en termostat, der er *anbragt nær koldtvandstilgangsledningens udmunding* i beholderen.«

Den i patentkravet omtalte regulering af elektrolysestrømstyrken var ifølge patentbeskrivelsen ønskværdig, fordi der i perioder med et mindre varmt-vandsforbrug var behov for nedsættelse af elektrolysestrømstyrken.

I patentbeskrivelsen var der følgende anført om formålet med opfindelsen med videre:

130. Dansk patent nr. 125.785.

»Formålet med den foreliggende opfindelse er at anvise et anlæg af den omhandlede art, med hvilket det er muligt, uden at der skal foretages indgreb i det vandførende system, at regulere elektrolysestrømstyrken automatisk i overensstemmelse med også et ringe forbrug af varmt vand.

Dette opnås ved, at de elektrolysestrømregulerende organer omfatter en termostat, der er anbragt nær koldtvandstilgangsledningens udmunding i beholderen.

Under ikke-forbrugsperioder vil der ske en opvarmning af koldtvands-tilgangsledningens nærmest varmtvandsbeholderen liggende del. Ved forbrug vil koldt vand strømme forbi termostaten, der således fra sin placering udvendigt på koldtvandsledningen kan reagere for selv et mindre forbrug af vand. Når forbruget ophører, vil koldtvandsledningen atter opvarmes ved termostaten, således at elektrolystestrømstyrken atter reguleres en vis – af termostatens placering bestemt – periode, efter at forbrugsophør er konstateret.«

Nogle år efter, at patenthaveren havde søgt om det af sagen omhandlede patent, indleverede den påståede krænker en ansøgning om patent på en reguleringsanordning til styring af elektrolysestrømstyrken i et elektrolyseanlæg. Indehaveren af det af retssagen omhandlede patent nedlagde indsigelse mod den påståede krænkers patentansøgning. Patentdirektoratet besluttede desuagtet at udstede patent til den påståede krænker, hvorefter indehaveren af det under retssagen håndhævede patent, ankede Patentdirektoratets afgørelse til Patentankenævnet. Ankenævnet opretholdt imidlertid afgørelsen. Som begrundelse angav ankenævnet, at den påståede krænkers opfindelse frembød nye og teknisk fordelagtige virkninger og derved adskilte sig væsentligt fra den kendte teknik, idet den påståede krænkers opfindelse gav a) et frit valg med hensyn til reguleringsanordningens placering på koldtvandstilgangsledningen og b) uafhængighed af tilfældige rumtemperaturer som basistemperatur.

Den påståede krænker udnyttede sin således patenterede opfindelse ved at fremstille og forhandle et anlæg til automatisk regulering af elektrolysestrømmen, hvor strømstyrken blev reguleret af en termistor, som *sammen med et lille varmelegeme* var indbygget i en metalklods (herefter under ét kaldet en »måleklods«) anbragt uden på varmtvandsbeholderens koldtvandsledning. Patenthaveren anså den påståede krænkers anlæg for omfattet af patenthaverens pantent og anlagde sag om krænkelse.

Som sagen var tilrettelagt af patenthaveren, så skulle der principielt tages stilling til, om det omtvistede anlæg var omfattet af patentet, uanset om den påståede krænkers måleklods som angivet i patentkravet var »anbragt nær koldtvandstilgangsledningens udmunding«. Patenthaverens påstand gik nemlig ud på, at den påståede krænker ikke var berettiget til at fremstille og forhandle anlæg for automatisk regulering af elektrolyse-

strømmen i elektrolyseanlæg karakteriseret derved, at strømstyrken blev reguleret af en termistor, som sammen med et lille varmelegeme indbygget i en metalklods var anbragt uden på varmtvandsbeholderens koldtvandsledning. Det forhold, at patenthaverens påstand således var ret bredt formuleret i forhold til patentkravet syntes imidlertid ikke at have haft nogen indflydelse på sagens afgørelse.

Den påståede krænker gjorde gældende, *at* patenthaverens opfindelse var en let og billig løsning men ikke en epokegørende opfindelse, *at* der var væsentlig forskel mellem den kendetegnende del af patenthaverens patentkrav og det omtvistede anlæg, *at* det omtvistede anlæg var genstand for et patent, der var blevet til efter en meget grundig behandling hos Patentdirektoratet og Patentankenævnet, *at* den påståede krænkers sammenbygning af en termistor, et varmelegeme og en varmeledende klods som noget nyt og væsentligt gav en friere placeringsmulighed, *at* den omtvistede konstruktion i modsætning til patenthaverens konstruktion også kunne anvendes ved koldtvandsanlæg, og *at* den påståede krænkers konstruktion i øvrigt gav en bedre betjening af flere parallelt-koblede beholdere.

Patenthaveren gjorde gældende, *at* patenthaverens opfindelse indebar et spring i den tekniske udvikling, idet man ved den overvandt ulemperne ved manuel betjening og anbringelse af en termostat i selve varmtvandsbeholderen, *at* forskellene mellem de 2 konstruktioner var små og irrelevante, *at* der derimod var en betydelig lighed mellem konstruktionerne, *at* den eneste reelle forskel mellem konstruktionerne var, at de benyttede sig af forskellige varmekilder [varme fra varmtvandsbeholderen x varme fra et i måleklodsen indbygget varmelegeme], hvilket imidlertid var en ganske lille forskel uden patentretlig betydning, *at* den påståede krænkers anlæg havde til formål at løse samme opgave som patenthaverens anlæg, hvilket skete med en fremgangsmåde, der i det væsentlige var den samme, og *at* det måtte være uden betydning, at den påståede krænker havde fået meddelt patent på visse træk ved det omtvistede anlæg.

Der var enighed mellem parterne om, at det var uden betydning for sagen, at der i patenthaverens patentkrav var anvendt udtrykket »en termostat«, og at den påståede krænker i sin konstruktion anvendte en »termistor«. [131]

Ifølge syns- og skønsmændenes udtalelser forholdt det sig således, *at*

131. En termistor er en halvleder hvis elektriske modstand er temperaturafhængig. Termistorer anvendes blandt andet til temperaturmålinger.

reguleringen i begge konstruktioner skete på grundlag af *a)* en basistemperatur og *b)* de temperaturændringer i forhold til denne basistemperatur, som blev skabt, når der i forbindelse med vandforbrug løb koldt vand gennem vandbeholderens koldtvandstilgangsledning, *at* basistemperaturen i det anlæg, der var beskrevet i det af sagen omhandlede patent, blev etableret derved, at varmen fra det i varmtvandsbeholderen opvarmede vand ved en termosifonvirkning spredte sig et stykke ud i koldtvandstilgangsledningen, *at* basistemperaturen i den påståede krænkers konstruktion blev skabt af et varmelegeme, som opvarmede den klods, hvori varmelegemet var monteret sammen med den temperaturfølende termistor, *at* patenthaverens opfindelse var en enkel og billig løsning af problemet, *at* den påståede krænkers konstruktion måtte antages at være noget bedre egnet til at regulere elektrolysestrømmen i anlæg med flere parallelt koblede varmtvandsbeholdere, *at* den i patentet beskrevne konstruktion som udgangspunkt krævede en placering af termostaten på en vandret monteret koldtvandstilgangsledning nær dennes udmunding i varmtvandsbeholderen, *at* der var grund til at tro, at den påståede krænkers måleklods ville fungere uanset, hvor på koldtvandstilgangsledningen den blev placeret, idet placering på et vandretliggende rørstykke dog ville være at foretrække, *at* reguleringskarakteristikken dog ville blive en anden, hvis den påståede krænkers måleklods blev placeret nær koldtvandstilgangsledningens udmunding i varmtvandsbeholderen, *at* når den påståede krænkers termistor-konstruktion var anbragt andre steder på koldtvandstilgangsledningen end nær tilgangsledningens udmunding i varmtvandsbeholderen, så var den tekniske effekt ækvivalent med den tilsvarende tekniske effekt af den i patenthaverens patent beskrevne konstruktion, for så vidt angår resultatet af strømreguleringen, *at* en fagmand ved læsning af patentet ville få det indtryk, at opfindelsens »ide« var et anlæg, hvor man uden foretagelse af indgreb i det vandførende system, kunne regulere elektrolysestrømmen automatisk i overensstemmelse med selv et ringe forbrug af varmt vand, således at temperaturføleren ved sin placering udvendigt på koldtvands-tilgangsledningen kunne reagere selv ved et mindre forbrug af vand og således at elektrolysestrømmen atter blev reguleret en vis periode efter forbrugsophør, *at* den påståede krænkers konstruktion var karakteriseret derved, at det uden foretagelse af indgreb i det vandførende system var muligt at regulere elektrolysestrømmen automatisk i overensstemmelse med selv et ringe forbrug af varmt vand, *at* den påståede krænkers konstruktion og patenthaverens konstruktion havde det til fælles, at elektrolysestrømmen blev forøget ved selv et mindre forbrug af vand, og at elektrolysestrømmen igen blev nedsat efter en vis behandlingstid, og *at*

patenthaverens konstruktion kun kunne anvendes til varmtvandssystemer, mens den påståede krænkers konstruktion kunne anvendes til såvel varmtvandssystemer som til koldtvandssystemer.

Østre Landsret fandt, at der ikke var tale om krænkelse af patentet. Landsrettens begrundelse lød som følger (min kursivering):

> »*Under hensyn til den på tidspunktet for sagsøgerens* [patenthaverens] *patentansøgning kendte teknik* lægges det ved vurderingen af beskyttelsesområdet for sagsøgerens patent til grund, at *det essentielle i sagsøgerens opfindelse* var en mulighed for automatisk regulering af strømstyrken ved udnyttelse af temperaturforandringerne ved koldtvandstilgangsledningens indmunding i beholderen, uden at det var nødvendigt at foretage et indgreb i det vandførende system.
>
> Ved afgørelsen af, om sagsøgte [den påståede krænker] har krænket sagsøgerens patent, må der *anlægges et samlet skøn, hvori indgår* dels spørgsmålet om, hvorvidt det *i det væsentlige er samme opgave*, der søges løst, dels spørgsmålet om, hvorvidt opgaven er *løst i det væsentlige på samme måde*.
>
> Selv om det er *lighedspunkter* mellem den måde, hvorpå sagsøgeren og sagsøgte har løst problemet med automatisk regulering af elektrolysestrømmen, finder retten dog *alt taget i betragtning, herunder også skønsmændenes erklæringer og forklaring i retten*, at den af sagsøgte valgte løsning ikke er en krænkelse af sagsøgerens patent, *først og fremmest på grund af den frie placeringsmulighed* for sagsøgtes anlæg, men *også på grund af dette anlægs noget videre anvendelsesområde*.«

Det fremgår af indledningen til begrundelsens første afsnit, at landsretten ved fastlæggelsen af »det essentielle« ved opfindelsen må have taget hensyn til den på ansøgningstidspunktet kendte teknik. Hvorfor og hvorledes dette skete, fremgår imidlertid ikke.

Da bevisførelsen ikke omfattede sagkyndige udtalelser om væsentligheden af de påberåbte forskelle og ligheder mellem de 2 fremgangsmåder, må selve væsentlighedsvurderingen være udtryk for dommernes egenhændige vurdering af væsentlighedsspørgsmålet. Det er i den forbindelse bemærkelsesværdigt, at resultatet af dommernes vurdering af »det essentielle« markant afviger fra syns- og skønsmændenes udtalelse om opfindelsens »ide«, *idet* dommerne først og fremmest lagde vægt på det forhold, at opfindelsen udnyttede de naturligt forekommende temperaturforandringer ved koldtvandstilgangsledningens indmunding i vandbeholderen, og *idet* dette var et moment, som ikke indgik i syns- og skønsmændenes udtalelse om, hvad der måtte anses for at udgøre opfindelsens ide. Dommernes vurdering af det essentielle må antages at have været påvirket af patentbeskrivelsen, som i modsætning til patentkravet omtalte samtlige de aspekter ved opfindelsen, der ifølge dommerne udgjorde det essentielle ved opfindelsen.

I øvrigt er det bemærkelsesværdigt, at spørgsmålet om »det essentielle« ved opfindelsen, herunder om den forud kendte tekniks eventuelle betydning herfor, ikke syntes at have været genstand for bevisførelsen og parternes procedurer.

I den konkrete sag havde det omtvistede anlæg samtlige de »essentielle« træk ved patenthaverens opfindelse, idet temperaturfølerens placering dog ikke var begrænset til koldtvandsledningens indmunding i vandbeholderen. Det fremgår imidlertid ikke af den øvrige begrundelse, hvilken betydning – om nogen – det omtvistede anlægs forhold til »det essentielle« ved opfindelsen havde for dommernes udøvelse af det samlede skøn, der var afgørende for deres konklusion med hensyn til krænkelsesspørgsmålet. Dommernes indledningsvise konstatering af, hvad der måtte anses for »det essentielle« ved opfindelsen, fremstår derfor i nogen grad som umotiveret. Når dommerne gjorde sig den ulejlighed at udtale sig om »det essentielle« ved opfindelsen, forekommer det dog rimeligt at antage, at dommerne må have været af den opfattelse, at »det essentielle« ved en opfindelse er af betydning for et patents beskyttelsesomfang.

Dommen syntes at være den første og eneste i trykt praksis, hvor det udtrykkeligt er angivet, at afgørelsen af, om en given aktivitet kan anses for at krænke et patent, må afhænge af en samlet skønsmæssig vurdering, hvori der indgår en række faktorer. Man savner imidlertid en angivelse af den overordnede parameter, som var styrende for dommernes udøvelse af den skønsmæssige vurdering. Det fremgår således ikke, om dommerne tog udgangspunkt i for eksempel *a)* en vurdering af de relevante forskelle og ligheders væsentlighed ud fra en rent teknisk synsvinkel eller *b)* en vurdering af, om patenthaverens indsats i forbindelse med opfindelsens undfangelse var af en sådan karakter, at patenthaveren fortjente en bred eller en snæver beskyttelse.

Den manglende angivelse af det overordnede kriterium for den skønsmæssige vurdering opvejes i nogen grad af, at dommerne fremhævede 2 af de momenter, der kan indgå i den skønsmæssige afvejning. Hertil kommer, at det må antages at dommerne på en eller anden vis har ladet deres overvejelser om »det essentielle« ved opfindelsen indgå i den skønsmæssige vurdering, jf. det ovenfor anførte.

De udtrykkeligt nævnte momenter er for det *1*., om den i patentet beskrevne opfindelse og den påståede krænkers produkt i det væsentlige løser samme opgave, og for det *2*. om de i det væsentlige har løst opgaven på samme måde.

For så vidt angår *det 1. spørgsmål* må det antages, at dommerne implicit lagde til grund, at der var tale om samme opgave, hvilket der ikke med

rimelighed kan rejses indvendinger mod, allerede fordi det ikke syntes bestridt af den påståede krænker.

For så vidt angår *det 2. spørgsmål*, lod dommerne det afhænge af en lighedsvurdering, jf. begrundelsens 3. afsnit. Den væsentligste lighed syntes umiddelbart at have været, *at* i begge konstruktioner blev strømstyrken reguleret af en temperaturføler, som var anbragt uden på koldtvandstilgangsledningen, og *at* reguleringen i begge konstruktioner var baseret på en udnyttelse af den afkøling, som blev skabt af det gennemstrømmende kolde vand, når der blev tappet vand fra varmtvandsbeholderen. Ved lighedsvurderingen valgte dommerne imidlertid ikke at fokusere på de konstruktive træk ved det omtvistede anlæg, men derimod på den af konstruktionen resulterende tekniske effekt i form af en friere placeringsmulighed og konstruktionens anvendelighed ved koldtvandsanlæg og flere parallelt koblede vandbeholdere. Når fokus for lighedsvurderingen blev lagt på den opnåede tekniske effekt, er det bemærkelsesværdigt, at dommerne ikke tillagde det afgørende betydning, at syns- og skønsmændene havde udtalt, at for så vidt angik reguleringsresultatet, var de 2 konstruktioner »ækvivalente«.

Dommernes specielle fremhævelse af den friere placeringsmulighed for termostaten i det omtvistede anlæg kan skyldes, at alle andre placeringer end ved koldtvandledningens indmunding i vandbeholderen falder uden for patentkravets beskrivelse af den patenterede opfindelse. I givet fald er dommen i realiteten udtryk for den opfattelse, at et patents patentkrav er af meget væsentlig betydning for patentets beskyttelsesomfang. Man kan dog også hævde, at dommernes undladelse af udtrykkeligt at henvise til patentkravet, kan ses som udtryk for, at dommerne anså patentkravets indhold for at være af mindre betydning for afgørelsen.

De af dommerne fremhævede forskelle mellem de 2 anlæg er alle karakteriseret ved, at der er tale om tekniske fordele ved det omtvistede anlæg. Det forekommer rimeligt at antage, at dette forhold var af betydnig for dommernes vurdering. I den forbindelse kan det ikke udelukkes, at det også kan have haft betydning for dommerne, at nogle af de fremhævede tekniske fordele havde ført til udstedelse af et patent til den påståede krænker.

2.59.2. Kommentarer fra den juridiske litteratur

Sigrid Asbjørn Smitt har i NIR 1998 s. 47 omtalt Elektrolyseanlægsdommen. Hun beskæftigede sig navnlig med lighedsvurderingens karakter i relation til spørgsmålet om, hvorvidt dommen var udtryk for, at den i patentkravet beskrevne opfindelse og det omtvistede anlæg skulle sammen-

lignes »as a whole« eller – som i den amerikanske Graver Tank sag [132] – »element by element«. I den forbindelse anførte hun navnlig følgende om Elektrolyseanlægsdommen (min kursivering):

> »The court states in its ruling that it is *necessary to compare the inventions as a whole, in an evaluation which includes the questions asked in the U.S. Graver Tank Case: Do the inventions perform much the same function in much the same way?* The court further states that although there are similarities (equivalencies) in the way the two inventions solve the problem of controlling the electrical current, the court finds that because the defendant's invention can be placed more freely on the water plant and has a wider range of applications, there is no infringement.
>
> The decision is interesting because *the court on one hand cites the Graver Tank decision's function-way-result test, but on the other hand discards it in favour of an as-a-whole analysis combined with the obviousness test*.«

Det forekommer på det foreliggende grundlag vanskeligt at se, hvad der skulle kunne motivere det synspunkt, at landsrettens dommere vragede det af dem selv i dommens begrundelse nævnte synspunkt, at vurderingen af krænkelsesspørgsmålet måtte baseres på et samlet skøn, hvori det indgik *a)* om det var samme opgave, der søgtes løst med de 2 involverede anlæg, og *b)* om opgaven i det væsentlige var løst på samme måde. Som dommen er formuleret, var de tekniske fordele ved det omtvistede anlæg efter dommernes opfattelse udtryk for, at den påståede krænker havde løst det pågældende problem på en måde, der ikke havde væsentlig lighed med den i patentet beskrevne løsning, og den opfattelse må dommerne antages at være kommet frem til ved det tidligere i begrundelsen omtalte samlede skøn, herunder navnlig den der udtrykkeligt nævnte sammenligning af de 2 løsninger.

Den af Smitt nævnte »obviousness test« er den test, der er afgørende for, om en opfindelse set i lyset af den forud kendte teknik kan anses for at have opfindelseshøjde og dermed være patenterbar. Udtrykt på dansk er det et spørgsmål om, hvorvidt opfindelsen på prioritetsdagen kunne anses for *nærliggende* for en fagmand. Det er korrekt, at dommerne i elektrolyseanlægsdommen lagde afgørende vægt på de tekniske fordele, der var ved det omtvistede anlæg, men der er efter min opfattelse ikke i dommen grundlag for en manifest konklusion om, at det var afgørende for dommerne, at de pågældende træk ved det omtvistede anlæg måtte anses for

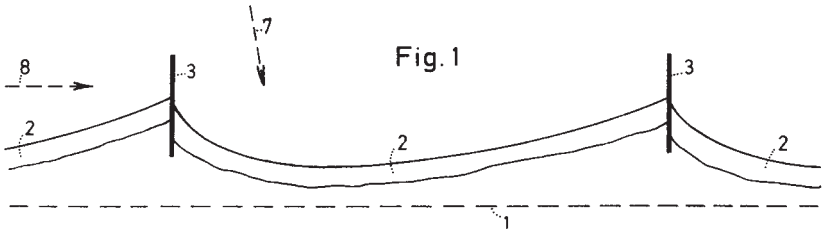
---

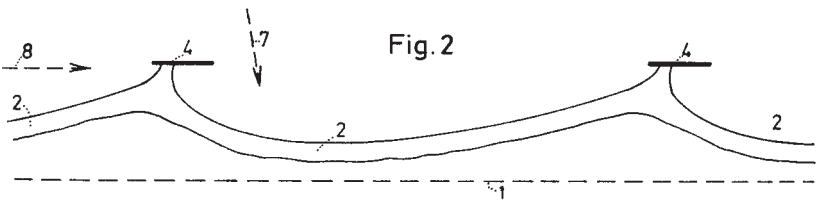
132. Graver Tank and Mfg. Co. v. Linde Air Prods. Co., 339 US 605 (1950). Sigrid Asbjørn Smitt, NIR 1998 s. 47, note 21.

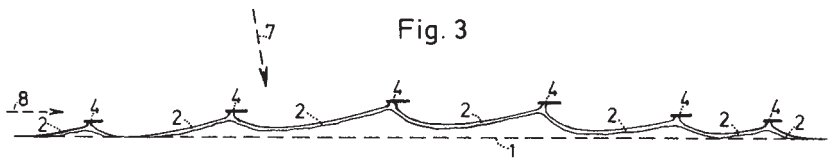
at have opfindelseshøjde set i forhold til det i patentet beskrevne anlæg, således at dommerne ville være kommet til den modsatte konklusion, dersom de ikke havde anset det for bevist, at det var tildfældet.

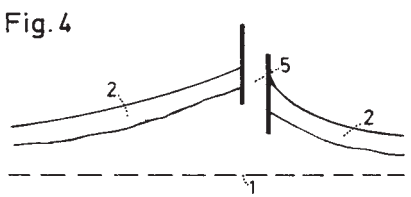
Det er vanskeligt at vurdere rigtigheden af det af Smitt anførte om, at dommen er udtryk for den opfattelse, at der skal anvendes en »as-a-whole-analysis«. Denne vanskelighed beror på, at det ikke med den dertil fornødne klarhed fremgår af hendes artikel, hvad der mere præcist menes med en »as-a-whole analysis« bortset fra, at det fremgår, det er noget andet end en »element by element« analyse, jf. den i artiklen nævnte amerikanske Graver Tank dom. I øvrigt giver det i dommen anførte om, at afgørelsen må bero på et samlet skøn, næppe i sig selv grundlag for at konkludere, om den af dette skøn omfattede sammenligning af den i patentkravet beskrevne opfindelse med den omtvistede genstand skal ske som en »as-a-whole analysis« eller »element by element«. I den forbindelse bemærkes det, at Højesterets flertal i Insulindommen (UfR 1941 s. 484 H) foretog en separat sammenligning med hver enkelt af de forskelligheder, som den påståede krænker havde påberåbt sig.

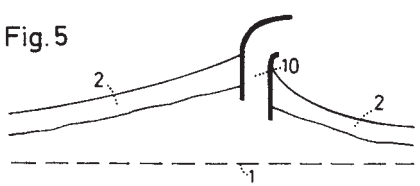
2.60. *UfR 1989 s. 548 H – Køge Bugt Strandpark-dommen* [133]

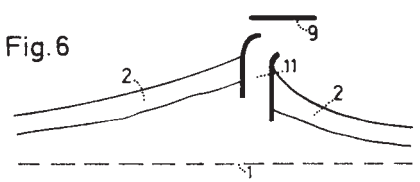












133. Dansk patent nr. 137.903.

I Køge Bugt Strandpark-dommen statuerede et flertal på 4 ud af 5 højesteretsdommere, at patentet var ugyldigt. I forbindelse med afgørelsen af spørgsmålet om patentets ugyldighed tog ingen af disse 4 højesteretsdommere stilling til patentets beskyttelsesomfang. Den 5. højesteretsdommer, som anså patentet for gyldigt, var derfor den eneste højesteretsdommer, der havde anledning til at tage stilling til patentets beskyttelsesomfang.

Under Østre Landsrets behandling af sagen anså alle 3 landsdommere patentet for at være gyldigt. De var imidlertid også enige om, at der ikke forelå nogen krænkelse af patentet. Den 5. højesteretsdommer, der var enig med landsrettens dommere, for så vidt angår gyldighedsspørgsmålet, delte ikke deres opfattelse af krænkelsesspørgsmålet, idet hun var af den opfattelse, at der var tale om krænkelse af patentet.

Selv om det ved Højesterets dom blev statueret, at patentet var ugyldigt, er den 5. højesteretsdommers opfattelse af krænkelsesspørgsmålet ikke uden interesse, *idet* hun som nævnt var af den opfattelse, at patentet var gyldigt, *idet* flertallets votum ikke syntes at være baseret på en afvigende opfattelse af beskyttelsesomfanget, og *idet* hendes votum, for så vidt angår krænkelsesspørgsmålet, under alle omstændigheder kan sige noget om, hvorledes en højesteretsdommer ser på fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang. [134]

I Køge Bugt Strandpark-dommen havde det 1. patentkrav følgende ordlyd (min kursivering):

> »Fremgangsmåde ved *fremrykning af en kystlinie i et vandområde, hvor en fremrykket kyst er udsat for nedbrydning*, under anvendelse af langs kysten anbragte, mod nedbrydning modstandsdygtige bygningsværker, kendetegnet ved, at bygværkerne placeres med store mellemrum, normalt af størrelsesordenen 1-10 km., langs med og foran kysten og med deres yderste ender anbragt i store afstande, normalt af størrelsesordenen 100-2000 m, fra kysten, og at den fremrykkede kystlinie anlægges i form af en foran den oprindelige kystlinie placeret bræmme af sediment, hvis søværts side i sin planudformning i hvert fald *tilnærmelsesvist følger den af de stedlige bølge-, strøm-, dybde- og sedimenttransportmæssige forhold bestemte, i hovedsagen stabile linieføring imellem de enkelte bygværker*.«

134. Selv om de 3 landsdommere i fællesskab havde en anden opfattelse af krænkelsesspørgsmålet, må deres opfattelse principielt set være mindre interessant, når den ikke svarer til opfattelsen hos den højesteretsdommer, der havde anledning til også at tage stilling til spørgsmålet.

Den påståede krænker var et interessentskab bestående af en række kommuner, som i 1977-79 etablerede det rekreative område Køge Bugt Strandpark, der blandt andet er karakteriseret ved en meget lang fremrykket kystlinie. Patenthaveren anlagde sag om krænkelse, idet han var af den opfattelse, at den patenterede fremgangsmåde blev udnyttet under etableringen af den fremrykkede kystlinie i Køge Bugt Strandpark.

Den påståede krænker gjorde gældende, *at* der var tale om en stabil kyst med en positiv materialebalance, medens patentet talte om en kyst udsat for nedbrydning, og *at* bygværkerne ikke var placeret i bestemte afstande med kystsikring som det primære formål, idet placeringen derimod var dikteret af rekreative formål og naturen, således at kystlinien var bygget op på de eksisterende sandøer og revler.

Patenthaveren gjorde gældende, *at* Køge Bugt Strandpark var udført helt i overensstemmelse med de i patentet anviste principper, og *at* det i den forbindelse måtte være uden betydning, i hvilken rækkefølge sedimentbræmmen og bygværkerne var udført.

Ifølge en rapport fra 1965 afgivet af Vandbygningsinstituttet var den pågældende kyststrækning i nogenlunde ligevægt med materialevandring af beskeden størrelse og med en tendens til langsom akkumulation af materiale i det område, hvor Køge Bugt Strandpark senere blev anlagt. Ifølge rapporten ville en ved indpumpning af sand frembragt kystlinie i det omhandlede område kunne være stabil uden særlige kystbeskyttelsesanlæg bortset fra nogle støttende høfder på enkelte udsatte punkter.

Ifølge syns- og skønsmændene udtalelser forholdt det sig således, *at* det nye og karakteristiske ved den i patentkravet beskrevne opfindelse var, at bygværkerne blev anbragt i en så stor afstand fra den naturlige kyst, at der uden for den naturlige kyst og mellem bygværkerne kunne anlægges en kunstig bræmme af almindeligt sedimentmateriale, som kunne danne en stabil fremrykket kystlinie, *at* de ved strandparken opførte 5 bygværker/moler beskyttede den nye fremrykkede kyst/badestrand mod nedbrydning, *at* de 5 ved strandparken opførte bygværker ikke kunne have andet hovedformål end at sikre den fremrykkede kyst imod nedbrydning og for de 3's vedkommende desuden at danne havnemoler, *at* den særlige fordel ved den i patentkrav 1 beskrevne fremgangsmåde var betinget af, at den fremrykkede kystlinie var udsat for nedbrydning, *at* den fremrykkede kystlinie var forholdsvis stabil, *at* der altid ville være en vis materialevandring, ider enhver kyst til en vis grad vil være udast for nedbrydning eller ændring, *at* kysten var en af de kyster, som var under meget ringe nedbrydning, *at* i tilfælde af nedbrydning ville kysten formentlig retablere sig selv, *at* selv om bygværkerne ikke havde været der, ville nedbrydningen af den

fremskudte kystlinie have været ringe selv i ekstreme situationer, *at* hvis man fjernede 2 bestemte af de 5 bygværker, ville der ske en materialevandring med en mindre udjævning og drejning af kysten til følge, og *at* den fremskudte kystlinie var placeret i forbindelse med de forud eksisterende revler i den gunstigste retning og med færrest mulige bygningsværker.

Den 5. højesteretsdommers begrundelse for, at der efter hendes opfattelse forelå patentkrænkelse lød som følger:

> »Patentkravet (nr. 1) angiver vel en anvendelse i et vandområde, hvor en fremrykket kyst er udsat for nedbrydning, men forudsætter samtidig, at linieføringen mellem de enkelte bygværker i hovedsagen er stabil. Patentkravet må forstås under henvisning hertil. Efter skønsmændenes erklæringer om forholdene ved Køge Bugt Strandpark finder denne dommer det godtgjort, at der ved projektet … er sket et indgreb i det patent, der blev udstedt, efter at fremlæggelse af ansøgningen var bekendtgjort den 29. maj 1978.«

Den 5. højesteretsdommers begrundelse er ikke krystalklar. Der er dog ingen tvivl om, at et væsentligt led i begrundelsen er en fortolkning af det i patentkravet anvendte udtryk »et vandområde, hvor en fremrykket kyst er udsat for nedbrydning«. At udtrykket ifølge den 5. højesteretsdommer skulle forstås under hensyn til en forudsætning om, at linieføringen mellem de enkelte bygværker i hovedsagen skulle være stabil kan derimod give anledning til en del overvejelser om, hvorledes den 5. højesteretsdommer egentlig fortolkede patentkravet.

Formålet med de i patentkravet omtalte bygværker var at forhindre nedbrydning af den nye fremrykkede kystlinie, således at den fremrykkede kystlinie kunne blive stabil som nævnt sidst i patentkravet. Stabiliteten blev som nævnt i patentkravet opnået ved at placere den fremrykkede kystlinie hensigtsmæssigt *i forhold til* bygningsværkerne. Når man som højesteretsdommeren lægger vægt på denne stabilitet, må meningen med anvendelsen af udtrykket »hvor en fremrykket kyst er udsat for nedbrydning« i patentkravet derfor opfattes således, at den fremrykkede kystlinie vil være genstand for nedbrydning, hvis den ikke er stabil, fordi den bliver beskyttet af de i patentkravet nævnte bygværker.

Uanset hvad der må antages at have været den 5. højesteretsdommers fortolkning af patentkravet, så fremgår det klart af den resterende del af hendes begrundelse, at hun på grundlag af syns- og skønsmændenes udtalelser anså det for bevist, *at* den fremrykkede kystlinie var udsat for nedbrydning i patentkravets forstand, og *at* der dermed forelå krænkelse af patentet.

Under hensyn til det allerede anførte forekommer det rimeligt at anta-

ge, at de dele af syns- og skønsmændenes udtalelser, som den 5. højesteretsdommer særlig må have haft i tankerne var udtalelserne om, *at* de 5 bygværker rent faktisk beskyttede den nye fremrykkede kyst mod nedbrydning, *at* 2 af de 5 bygværker ikke kunne have andre hovedformål end at sikre den fremrykkede kyst imod nedbrydning, og *at* de øvrige 3 bygværker tjente samme formål samtidig med, at de tillige fungerede som havnemoler.

På baggrund af ovenstående kan man vælge at se den 5. højesteretsdommers votum som udslag af den opfattelse, at når en opfindelse har til formål at kompensere for en uønsket virkning eller effekt eller lignende, og dette formål indgår i patentkravet, så kan den påståede krænker ikke komme uden for patentets beskyttelsesomfang ved at henvise til, at den uønskede virkning eller effekt slet ikke forekommer, når det fremgår, at den påståede krænker har foretaget sig det i patentkravet i øvrigt beskrevne med det hovedformål at kompensere for den pågældende virkning eller effekt, og når det rent faktisk er egnet til at kompensere herfor. Man kan også udtrykke det på den måde, at når man udnytter en opfindelse med henblik på at forebygge en eventualitet, så er det ikke et bæredygtigt forsvar mod en påstand om patentkrænkelse, at der er tale om en eventualitet, som har formodningen i mod sig i en sådan grad, at den eventuelt slet ikke vil forekomme, eller at den kun kan forekomme i begrænset omfang. [135]

Det forhold, at den 5. højesteretsdommer statuerede at der forelå krænkelse, indebærer implicit, at hun tilsidesatte den påståede krænkers argument om, at bygværkernes placering var dikteret af naturen og rekreative formål, og at de derfor ikke havde kystsikring som hovedformål. Da der i den 5. højesteretsdommers begrundelse ikke er nævnt noget om tilsidesættelsen af argumentet, er det ikke klart, hvorfor det blev tilsidesat. En god grund til at se bort fra argumentet kunne være, at bygværkerne ifølge syns- og skønsmændene rent faktisk havde kystsikring som hovedformål. Den begrundelse vil være i god overensstemmelse med den ovenfor givne analyse af det i den 5. højesteretsdommers begrundelse udtrykkeligt anførte. [136]

---

135. Dommerne i landsretten anså det også for afgørende, hvad der skulle forstås ved udtrykket »udsat for nedbrydning« først i patentkravet, og om den fremrykkede kystlinie i Køge Bugt Strandpark kunne anses for at være »udsat for nedbrydning« i patentets forstand. De 3 dommere i landsretten var af den opfattelse, at den begrænsede ændring af den fremrykkede kystlinie, der ville finde sted, hvis man fjernede de i Køge Bugt Strandpark etablerede bygværker, ikke i sig selv kunne medføre, at den fremskudte kystlinie måtte anses for at være udsat for nedbrydning. Der var med andre ord tale om en rent kvantitativ betragtning.
136. Dommerne i landsretten havde ikke anledning til at overveje den eventuelle betydning af den påståede krænkers argument, idet de allerede af andre årsager mente, at det der ikke forelå krænkelse.

2.61. *UfR 1992 s. 704 H – Slibeskivedommen* [137]

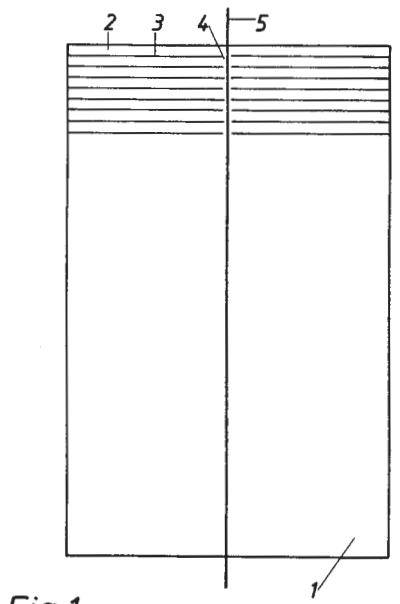


Fig. 1

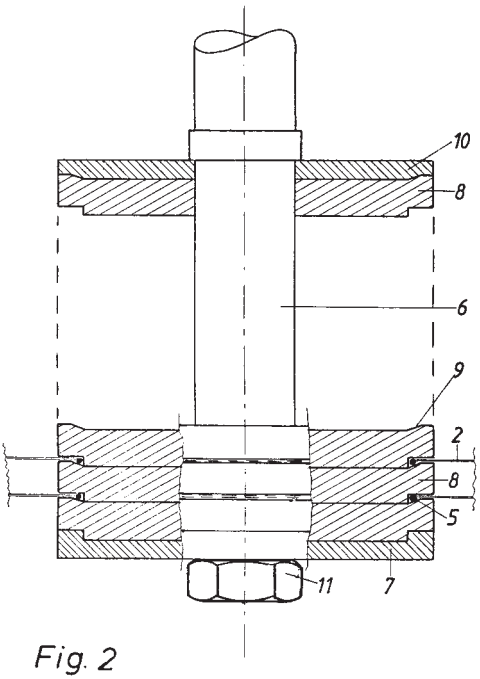


Fig. 2

I slibeskivedommen førte patenthaveren oprindeligt sagen både på grundlag af reglerne om patentkrænkelse og reglerne om god markedsføringsskik i markedsføringsloven. I Højesteret frafaldt patenthaveren imidlertid det synspunkt, at der skulle have været tale om patentkrænkelse. Det var således alene landsretten, der havde anledning til at tage stilling til patentets beskyttelsesomfang.

Patentkravet havde følgende ordlyd (min kursivering):

> »Fremgangsmåde til fremstilling af *slibe- eller pudseskive*, hvor de slibende elementer (2) er eftergivelige og bestående af et rektangulært blad (1), der foldes omkring rektanglets langsgående midterlinie og bukkes langs foldelinien og sammenføjes med den ene endes kantparti mod den modsatte endes kantparti til dannelse af en lukket, dobbeltlaget ring, kendetegnet ved, at bladet (1)

137. Dansk patent nr. 149.281.

i hele sin længde et stykke fra rektanglets langsgående midterlinie og ud til de modstående sidekanter gennemskæres vinkelret på foldelininen til dannelse af et antal lameller (2), hvorefter *en tråd (5) af et varmesmelteligt materiale indlægges i foldelinien, og området mellem foldelinierne og lamellerne (2) efter bukningen opvarmes til smeltning af tråden (5) til sammenføjning af selve ringen og samling af den foldede kant* (4).«

I patentbeskrivelsen var følgende anført:

»Opfindelsen angår en fremgangsmåde til fremstilling af en slibe- eller pudseskive, hvor de slibende elementer er eftergivelige, og bestående af et rektangulært blad, der foldes omkring rektanglets langsgående midterlinie og bukkes langs foldelinien og sammenføjes med kantpartiet mod modsatte endes kantparti til dannelse af en lukket dobbeltlaget ring.

…

Fra … er det kendt at fremstille flerlagede slibe- eller pudseskiver af den ovenfor omhandlede art, hvilke skiver i det foldede kantområde samles ved syning og/eller hæftning, hvilket giver omstændelig fremstilling. Disse foldede skiver giver en bølgende uensartet slibeflade.

…

Dette [opfindelsens formål] opnås ved en fremgangsmåde, ved hvilken et rektangulært blad af den indledningsvis nævnte art i hele sin længde et stykke fra rektanglets langsgående midterlinie og ud til de modstående sidekanter gennemskæres vinkelret på foldelinien til dannelse af et antal lameller, hvorefter en tråd af et varmesmelteligt materiale indlægges i foldelinien, og området mellem foldelinien og lamellerne efter bukningen opvarmes til smeltning af tråden til sammenføjning af selve ringen og samling af den foldede kant.«

Under patentansøgningens behandling havde patenthaveren over for Patentdirektoratet blandt andet anført følgende vedrørende den i patentansøgningen nævnte varmesmeltelige tråd:

»… Denne tråd skal ikke på nogen måde forstærke slibeskiven … Den varmefølsomme tråd anvendes derimod til at lukke ringen med. Dette er en enkel og holdbar måde at sammenføje slibematerialet på.«

»… det smeltede trådmateriale danner en halvstiv indre ring, hvilket gør det let at montere ringen på akslen. Endvidere giver denne zone et tilpas stift fæste for lamellerne (2), der bliver fastholdt på en meget sikker d.v.s. solid måde. De enkelte lameller (2) er således styret ved deres fæste, hvorved de forbliver i samme plan.«

I Patentdirektoratets begrundelse for, at ansøgningen efter nogle krævede ændringer ville kunne føre til udstedelse af patent, var det anført, at direktoratet så en patentbegrundende egenskab i

»den specielle befæstigelse af lamellerne i navområdet med et efter indfyldning i navområdet og hærdning af materialet fra smeltetråden tilpas stift fæste og tilpas styring af lamellerne men alligevel med passende elastisk eftergivelighed mod spidserne, som tilsyneladende ikke opnås med hidtil kendte samlingsmetoder, f.eks. syning eller hæftning«

De ved den patenterede fremgangsmåde fremstillede slibeskiver brugte patenthaveren til produktion af slibevalser, som blev fremstillet ved at montere et antal slibeskiver oven på hinanden rundt om en [cylindrisk] plastkerne.

Den påståede krænker producerede og solgte en slibevalse, som blev fremstillet ved af folde et rektangulært slibeblad på midten og deri udstanse lameller som beskrevet i patentkravet, hvorefter slibebladet i hele sin længde ved foldelinien blev limet fast i en spiralrille i en cylindrisk plastkerne. Patenthaveren anså fremgangsmåden til fremstilling af den påståede krænkers slibevalse for omfattet af patentet og anlagde sag om krænkelse.

Den påståede krænker gjorde gældende, *at* den omtvistede slibevalse ikke var opbygget af slibeskiver fremstillet som beskrevet i patentet, *at* opfindelsen måtte betragtes som en lille opfindelse med et deraf følgende snævert beskyttelsesomfang, *at* der ikke var grundlag for at udstrække beskyttelsen ud over patentets ordlyd på grund af teknisk ækvivalens, *at* det fremgik af patenthaverens brevveksling med Patentdirektoratet, at den patenterede opfindelses kerne var den særlige tildannelse af de ringformede slibeskiver ved anvendelse af den varmesmeltelige limtråd, *at* der ved fremstillingen af den omtvistede slibevalse blev anvendt almindelig gulvlim, som ikke er en varmesmeltelig limtråd, og *at* formålet med limningen i den omtvistede slibevalse var et andet, nemlig at fastgøre slibebladet til valsekernen.

Patenthaveren gjorde gældende, *at* det ved syn og skøn var dokumenteret, at patenthaverens og den påståede krænkers slibevalser var identiske i opbygning, bortset fra at den påståede krænker i stedet for et antal ringformede slibeskiver anvendte én lang spiralsnoet slibeskive, som var anbragt direkte i en rille i valsekernen, og som blev afsluttet med en ring i begge ender, *at* der ved fastgørelsen af den påståede krænkers slibeskive i rillen blev anvendt lim, som uundgåeligt måtte trænge ind i lamellerne, hvorved der blev opnået samme virkning af stift fæste for lamellerne, som ifølge patentbeskrivelsen er karakteristisk for opfindelsen, *at* der forelå en afgørende lighed i form af teknisk ækvivalens, idet den påståede krænkers produkt havde samme formål, funktion og udseende.

Ifølge syns- og skønsmændene udtalelser forholdt det sig således, *at*

patenthaveren ved formuleringen af patentkravet måtte have været af den opfattelse, at den for patenteringen væsentlige tekniske forskel mellem den i patentet beskrevne opfindelse og den forud kendte teknik var, at en tråd af et varmesmelteligt materiale blev indlagt i foldelinien, og at området mellem foldelinien og lamellerne efter bukningen blev opvarmet med henblik på smeltning af tråden og deraf følgende sammenføjning af selve ringen og samling af den foldede kant, *at* der i den omtvistede slibevalse ikke var anvendt slibeblade af den i patentkravet beskrevne slags, *at* der ved fremstillingen af den omtvistede slibevalse blev anvendt en lim, der virkede ved fordampning af et opløsningsmiddel, *at* limningen ved patenthaverens slibevalse blev anvendt til fremstilling af de enkelte plane slibeskiver, som derefter mekanisk blev samlet til en slibevalse, ved montering på et roterende nav, mens limningen ved den omtvistede slibevalse havde til formål at fastgøre slibebladet i et spiralformet spor på ydersiden af den cylinderformede plastkerne, der udgjorde den omtvistede slibevalses roterende nav, *at* der ved den omtvistede slibevalse kunne konstateres lim nogle steder indvendigt langs foldelinien på det der anvendte sammenfoldede slibepapir, men at denne forekomst af lim var slibevalsens funktion uvedkommende og måtte antages at være rent tilfældig og af sekundær betydning, og *at* der næppe var nogen funktionsmæssig forskel mellem patenthaverens slibevalse og den omtvistede slibevalse, således at slibevalsernes egenskaber måtte formodes at ligge tæt ved hinanden.

Østre Landsrets 10. afd. fandt med følgende begrundelse, at der ikke var tale om krænkelse af patentet (min kursivering):

> »Af sagens oplysninger fremgår, at det før sagsøgerens [patenthaverens] patentanmeldelse var en *kendt teknik at anvende slibeblade opslidset i lameller*. Det må efter indholdet af patentkravet sammenholdt med patentbeskrivelsen og brevvekslingen med Patentdirektoratet lægges til grund, at *det karakteristiske for sagsøgerens opfindelse er* sammenføjningen af det foldede og i lameller opslidsede slibemateriale i en ring ved hjælp af en tråd af varmesmelteligt materiale. De sagsøgtes [den påståede krænkers] Fladdervalse, opbygget som i sagens bilag Y, *er ikke udført med sliberinge fremstillet på den angivne måde*, men af et i lameller opskåret slibeblad, som med lim fastgøres til en spiralrille i en valsekerne. Idet de sagsøgtes fremgangsmåde *ikke findes at have en sådan lighed* med sagsøgerens patenterede fremgangsmåde, at der herved er sket et indgreb i sagsøgerens eneret i henhold til patentet, vil de sagsøgte være at frifinde for sagsøgerens påstande 1 og 2.«

Det i begrundelsens indledning anførte om den forud kendte teknik må være udtryk for, at landsretsdommerne var af den opfattelse, at forud den kendte teknik måtte være af betydning for patentets beskyttelsesomfang. I

konstateringen af, at anvendelse af slibeblade opslidset i lameller måtte anses for kendt teknik ligger med andre ord en indikation af, at det i lameller opslidsede slibeblad fra den omtvistede slibevalse ikke i sig selv kunne medvirke til, at bringe den omtvistede slibevalse ind under patentets beskyttelsesomfang. Der er intet opsigtsvækkende i landsrettens konstatering af, hvad der måtte anses for kendt teknik, allerede fordi det udtrykkeligt fremgik af patentbeskrivelsen.

Dommernes konklusion med hensyn til »det karakteristiske« for opfindelsen må være udtryk for den opfattelse, at »det karakteristiske« ved en opfindelse har en særlig betydning for beskyttelsesomfanget. Dommernes formulering af, hvad der efter deres mening udgjorde »det karakteristiske« ved opfindelsen svarer til *a)* det sidste af patentkravets kendetegnende del, *b)* syns- og skønsmændenes antagelse om, hvad patenthaveren måtte have anset for den væsentligste tekniske forskel mellem opfindelsen og den kendte teknik, og *c)* tilkendegivelserne i korrespondancen mellem patenthaveren og Patentdirektoratet.

Konstateringen af, at den omtvistede slibevalse ikke var udført med sliberinge fremstillet på »den angivne måde« indebærer, at den omtvistede slibevalse ikke udnyttede »det karakteristiske« ved opfindelsen. Dommerne fandt det øjensynlig mindre relevant, at dette manglende træk ved den omtvistede slibevalse måtte anses for samtidig at udgøre en forskel i forhold til patentkravets indhold, idet de ikke fandt anledning til i deres begrundelse at henvise hertil.

Det sidst i begrundelsen anførte om den begrænsede lighed mellem den omtvistede slibevalse og den patenterede fremgangsmåde må på baggrund af det, der fremgår af begrundelsen i øvrigt, antages at være udtryk for den opfattelse, at der ikke kan være den til statuering af krænkelse fornødne lighed, når det karakteristiske ved den patenterede opfindelse ikke forefindes hos den omtvistede genstand.

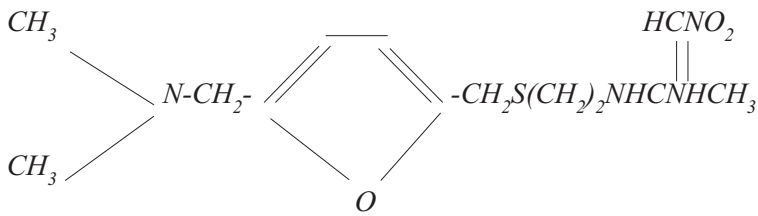
2.62 *UfR 1993 s. 859 H – Ranitidindommen* [138]

2.62.1. Dommen

Ranitidindommen er den eneste dom fra trykt retspraksis, som vedrører en analogifremgangsmåde til fremstilling af et lægemiddel. Som omtalt i kapitel 7 hang udstedelsen af patenter på analogifremgangsmåder til fremstilling af lægemidler sammen med det indtil 1983 gældende forbud mod udstedelse af patent på selve lægemidlet. Fra tiden før forbudets ophævelse findes der stadig patenter på analogifremgangsmåder. Allerede derfor er den del af Ranitidindommen, der udelukkende vedrører det særlige ved patenter på analogifremgangsmåder, fortsat relevant i nogle år endnu. Væsentligere er det imidlertid, at det som omtalt ovenfor i kapitel 7's afsnit 8 må antages, at de analogifremgangsmåde-specifikke aspekter af dommen efter omstændighederne også kan være relevante for vurderingen af beskyttelsesomfanget for de af Den Europæiske Patentmyndighed udstedte patenter vedrørende fremstilling af et forud kendt lægemiddel med henblik på anvendelse i forbindelse med 2. og efterfølgende terapeutiske indikationer af det forud kendte lægemiddel. [139]

Ved den patenterede fremgangsmåde kunne man fremstille det nye lægemiddel ranitidin, som patenthaveren på grund af forbudet mod patentering af lægemidler ikke kunne få dansk patent på. Den relevante del af det 1. patentkrav havde følgende ordlyd (min kursivering):

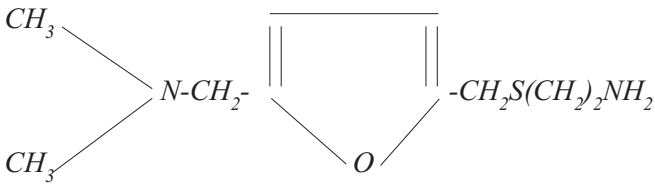
> »*Analogifremgangsmåde til fremstilling af* et aminoalkylfuranderivat med formlen I



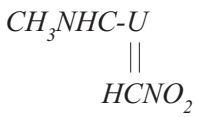
> eller fysiologisk tolerable salte heraf med syrer *kendetegnet ved, at*
>
> a) *den primære amin med formlen II*

---

138. Dansk patent nr. 148.25
139. Det i kapitel 7's afsnit 8 anførte om analogifremgangsmådepatenter og 2.MI-krav forudsættes i det følgende bekendt.

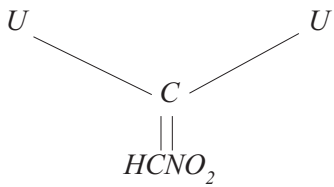


omsættes med en forbindelse med den almene formel

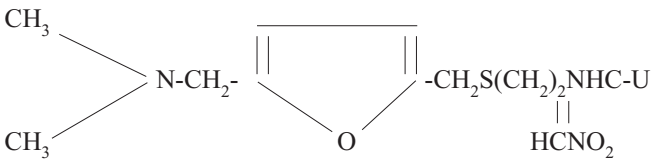


hvor U betegner en fraspaltelig enhed, *eller*

b) *en* eventuelt ved omsætning af en forbindelse med formlen II med en forbindelse med den almene formel



hvor U har den ovenfor anførte betydning, vundet *forbindelse med den almene formel III*



hvor U har den ovenfor anførte betydning, *omsættes med methylamin*,

c) …

hvorefter til fremstilling af fysiologisk tolerable salte, forbindelsen med formlen I behandles med en fysiologisk tolerabel uorganisk eller organisk syre, eller et vundet salt omdannes til et andet salt deraf med en fysiologisk tolerabel syre.«

Ranitidin var nært beslægtet med et andet forud kendt lægemiddel kaldet cimetidin, og ranitidin havde principielt samme terapeutisk virkning, idet virkningen af ranitidin dog var kraftigere, således at mindre doser af ranitidin kunne anvendes med samme effekt som større doser af cimetidin.

Den påståede krænker havde opfundet en anden fremgangsmåde til fremstilling af ranitidin og havde fået udstedt dansk patent på den nye fremgangsmåde, som ifølge Patentdirektoratet besad såvel nyhed som opfindelseshøjde i forhold til den forud kendte teknik. I Patentdirektoratets begrundelse for at udstede patent til den påståede krænker var følgende således anført:

»1) Den fremgangsmåde til fremstilling af ranitidin eller et syreadditionssalt deraf, der er defineret i krav 1 i den foreliggende ansøgning, adskiller sig fra de kendte fremgangsmåder …

2) Fra … er det kendt, at simple hydroxyforbindelser – efter først at være omdannet til de tilsvarende natriumsalte med en meget stærk base – kan omdannes til tertiære aminer …
Baseret på dette arbejde måtte gennemsnitsfagmanden forvente, at omdannelse af en hydroxyforbindelse til en tilsvarende tertiær amin forudsatte, at hydroxyforbindelsen først skulle omsættes med en meget stærk base (hvilket er uhensigtsmæssigt ved arbejder i større målestok). At omdannelsen af hydroxyforbindelsen … kan udelades … kunne ikke forudses af fagmanden på baggrund af den kendte teknik, og det må derfor betegnes som overraskende, at den direkte omsætning … af hydroxyforbindelsen … forløber med godt udbytte under de milde reaktionsbetingelser. Endvidere må det anses for overraskende, at den anden sidekæde i furanforbindelsen ikke påvirkes under reaktionen, da denne sidekæde indeholder flere reaktive grupper.

3) Det, der omhandles i den foreliggende ansøgnings krav, skønnes derfor at adskille sig væsentligt fra, hvad der var kendt før ansøgningens indleveringsdag.«

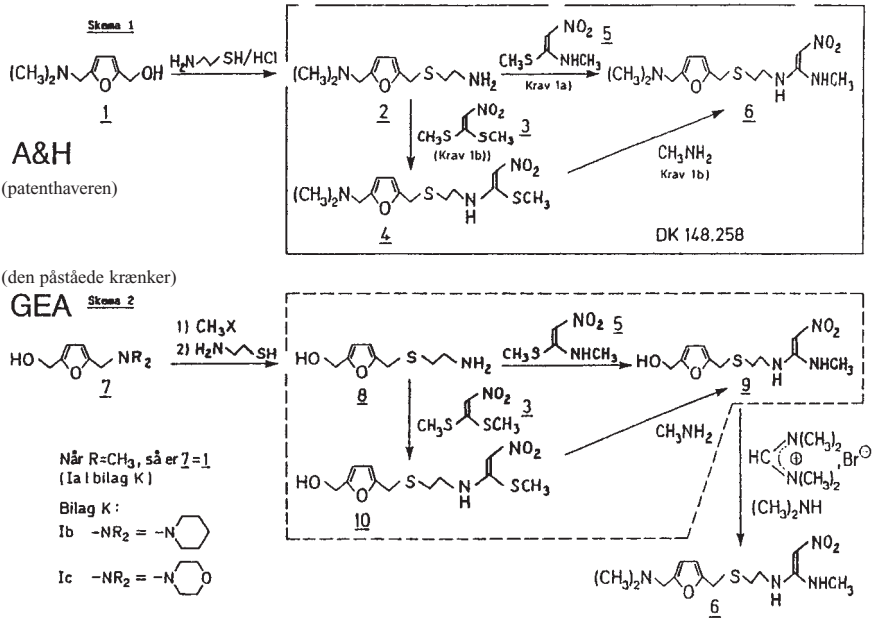
Indehaveren af det håndhævede analogifremgangsmådepatent fik nedlagt fogedforbud mod den påståede krænkers udøvelse af den fremgangsmåde, der var beskrevet i den påståede krænkers patent, og fogedforbudet blev i overensstemmelse med de derom gældende regler fulgt op af en justifikatinssag, hvorunder der skulle tages stilling til krænkelsesspørgsmålet.

Parterne var enige om, at den omtvistede fremgangsmåde omfattede kemiske reaktioner, der var sammenlignelige eller ligeartede med samtlige de kemiske reaktioner, som var beskrevet i det håndhævede patents patentkrav.

Parterne var endvidere enige om, *at* der i patenthaverens udgangsmateriale, som ikke var nævnt i patentkravet, altid var en dimenthylamino-

methylgruppe, $(CH_3)_2N$, som bibeholdtes under hele patenthaverens fremstillingsproces, *at* når den påståede krænker anvendte samme udgangsmateriale som patenthaveren, så startede den påståede krænker med at fjerne udgangsmaterialets dimenthylaminomethylgruppe, hvorefter den påståede krænker lod processen gennemløbe de kemiske reaktioner, der var sammenlignelige eller ligeartede med de kemiske reaktioner i patentkravet, for til sidst at tilføje en enkelt reaktion, under hvilken dimenthylaminomethylgruppen blev genindføjet der, hvor den havde sin plads i ranitidin, og *at* den påståede krænker ved anvendelse af andre udgangsmaterialer, som ikke havde nogen dimenthylaminomethylgruppe, blot lod processen gennemløbe de kemiske reaktioner, der var sammenlignelige eller ligeartede med de kemiske reaktioner i det håndhævede patents patentkrav, for til sidst at tilføje den tidligere nævnte reaktion, under hvilken dimenthylaminomethylgruppen blev indsat.

Parterne var enige om, at forholdet mellem de 2 fremgangsmåder kunne illustreres på følgende måde:



Den påståede krænker gjorde gældende, *at* beskyttelsesomfanget måtte fastlægges under hensyn til, at der ikke var tale om en pioneropfindelse, og at der blot var tale om et analogifremgangsmåde-patent, hvilket måtte føre til et relativt snævert beskyttelsesomfang, *at* de syntesetrin, der ubestridt var fælles for ananlogifremgangsmåden og den omstridte fremgangsmåde var kendte forud for analogifremgangsmådens patentering, *at* den omstridte fremgangsmåde indebar en række væsentlige fordele i forhold til den patenterede analogifremgangsmåde, *at* den omstridte fremgangsmåde ikke indeholdt overflødige foranstaltninger eller på anden vis var udtryk for forsøg på omgåelse af det af sagen omhandlede patent, og *at* den omtvistede fremgangsmåde var en helt ny opfindelse, som ikke kunne udledes af patentkravet, og som ikke kunne forudses af en fagmand på området.

Patenthaveren gjorde gældende, *at* analogifremgangsmådepatenter skulle fortolkes på samme måde som andre patenter, *at* der ifølge retspraksis blev givet fremgangsmådepatenter en beskyttelse, som nærmede sig en egentlig produktbeskyttelse, *at* valget af udgangsmateriale i den omtvistede fremgangsmåde måtte være uden betydning, idet det ikke var omfattet af patentet, *at* der var tale om samme syntesestrategi i den omtvistede fremgangsmåde, *at* der kunne være tale om patentkrænkelse, uanset om det håndhævede patent ikke beskrev en optimal fremgangsmåde til fremstilling af ranitidin, *at* det måtte være uden betydning for bedømmelsen af krænkelsesspørgsmålet, at den påståede krænker havde fået patent på sin fremgangsmåde, og *at* den påståede krænkers opfindelse af et yderligere reaktionstrin, hvorved der indsattes en dimenthylaminomethylgruppe $(CH_3)_2N$, tjente til at kompensere for enten, at den påståede krænker indledningsvis havde fjernet en dimenthylaminomethylgruppe fra udgangsmaterialet, eller at den påståede krænker havde valgt et udgangsmateriale, der manglede den nødvendige dimenthylaminomethylgruppe.

Ifølge syns- og skønsmændene udtalelser forholdt det sig således, *at* der ikke var tale om en pioneropfindelse, forstået som et inden for patentets anvendelsesområde afgørende teknisk fremskridt, som medførte et stort spring i udviklingen *at* analogifremgangsmåden og den omtvistede fremgangsmåde var udtryk for 2 forskellige synteseveje til fremstilling af ranitidin, under hvilke der blev anvendt samme udgangsmaterialer og til dels identiske reaktioner til fremstilling af samme stof, *at* det måtte anses for tvivlsomt, om den omtvistede fremgangsmåde var udtryk for en syntesestrategi, som var forskellig fra den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde, *at* det forekom sandsynligt, at den omtvistede fremgangsmåde havde driftsmæssige fordele, *at* den påståede krænkers fremgangsmåde førte til

et mellemprodukt, som var krystalinsk, hvilket måtte anses for en fordel, *at* dannelsen af den første kemiske forbindelse i den fremgangsmåde, der var beskrevet i det håndhævede patents patentkrav, forudsatte anvendelse af koncentreret saltsyre, som man generelt ønskede at undgå i kemiske processer, *at* der i patenthaverens rensningsproces blev anvendt æter, som er brand- og eksplosionsfarligt, hvorfor man helst undgår æter i de mængder, der er nødvendige i en fabrikationsproces, *at* det måtte antages, at den omtvistede fremgangsmåde gav et større udbytte end den i patentet beskrevne fremgangsmåde, *at* udbyttet ved en fremstillingsproces var en væsentlig faktor men ikke den eneste faktor af betydning for medicinalindustrien *at* en kemisk syntese-metode ikke nødvendigvis må anses for mindre fordelagtig, blot fordi den omfatter flere reaktionstrin, *at* det umiddelbart var naturligt og logisk at bevare udgangsmaterialets dimenthylaminomethylgruppe under hele processen, idet gruppen indgik i slutproduktet, ranitidin, men at det ikke kunne fastslås entydigt, om det var en fordel, idet det afhang af den samlede syntese, *at* et patent ikke behøver at beskrive den optimale fremstillingsproces, *at* de ligeartede trin i de 2 fremgangsmåder var kendte fra anden side før patentets prioritetsdag, idet de kemiske reaktioner ikke i sig selv kunne anses for ejendommelige, *at* man ved bedømmelsen af den omtvistede fremgangsmåde ud fra en logisk eller naturlig betragtning burde medtage det sidste trin i den omtvistede fremgangsmåde, hvorved dimenthylaminomethylgruppen blev indføjet og ranitidin blev dannet, idet det ved det næstsidste trin fremkomne mellemprodukt ikke i sig selv havde nogen terapeutisk virkning, og *at* udgangsstofferne ikke havde nogen betydning for vurderingen af den omtvistede fremgangsmåde og den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde, for så vidt angik de kemiske reaktioner i den omtvistede fremgangsmåde, der var sammenlignelige eller ligeartede med de kemiske reaktioner i patentkravet.

Ranitidinsagen mindede på mange måder om Clopoxidsagen (UfR 1979 s. 553 H). I begge sager var der tale om en fremgangsmåde til fremstilling af et lægemiddel, og i begge sager havde den påstående krænker patent på et eller flere aspekter ved den omtvistede fremgangsmåde. Endvidere var udgangsstoffet i den omtvistede fremgangsmåde i Clopoxidsagen på samme måde som i de betydeligste varianter af den omtvistede fremgangsmåde i Ranitidinsagen af en sådan beskaffenhed, at det manglede en kemisk gruppe, der skulle være i det færdige lægemiddel, og som forefandtes i patenthaverens udgangsstof, hvorfor den påstående krænker sidst i den omtvistede fremgangsmåde måtte udskifte et eller flere molekyler med den nødvendige kemiske gruppe, hvilket var unødvendigt i de fremgangsmåder, der var beskrevet i de håndhævede patenter.

I Clopoxidsagen valgte Højesteret og Østre Landsret at fokusere på, om den påståede krænkers fremgangsmåde omfattede syntesetrin, der var ligeartede med de syntesetrin, som var beskrevet i patenthaverens patentkrav, hvorimod de efterfølgende syntesetrin, som ikke var ligeartede med noget, der var beskrevet i det håndhævede patent, og som havde til formål at udskifte et hydrogenatom med en for dannelsen af lægemidlet nødvendig phenylgruppe, blev anset for at være uden væsentlig betydning. I Clopoxidsagen nåede Østre Landsret og Højesteret som følge heraf frem til, at der forelå krænkelse.

I modsætning hertil kom såvel Østre Landsret som Højesteret i Ranitidinsagen frem til, at der ikke var tale om krænkelse af patentet. Højesterets begrundelse i Ranitidindommen lød som følger (min kursivering):

> »Den fremgangsmåde til fremstilling af ranitidin, der er omhandlet i Glaxo's [patenthaverens] patent, *har ikke i sig selv karakter af en opfindelse, og patentet er meddelt som et analogifremgangsmådepatent* med henvisning til, at ranitidin er et nyt stof med uventede og værdifulde terapeutiske egenskaber. *Der kan herefter ikke lægges afgørende vægt på, at Gea* [den påståede krænker] ved sin fremgangsmåde til og med dannelsen af mellemproduktet 9 [det vil sige til og med reaktions-trinnet før det sidste trin i den omtvistede fremgangsmåde, hvorunder dimenthylaminomethylgruppen $(CH_3)_2N$ blev tilført] *anvender kemiske reaktioner, som må anses for ligeartede med dem, der fremgår af Glaxo's patent*, idet *sammenligningen må omfatte Gea's samlede fremgangsmåde og således tillige den afsluttende reaktion*, der fra mellemproduktet 9 fører til dannelsen af ranitidin. Efter det foreliggende, herunder Patentdirektoratets afgørelse om meddelelse af fremgangsmådepatent til Gea, må det lægges til grund, at *denne afsluttende reaktion ikke var nærliggende for en fagmand*. Med disse bemærkninger og i øvrigt af de grunde, der er anført af landsretten, tiltræder Højesteret, at Gea's fremgangsmåde til fremstilling af ranitidin – *også i tilfælde af, at der vælges samme udgangsmateriale – adskiller sig så væsentligt* fra Glaxo's, at der ikke foreligger nogen patentkrænkelse.«

De af Østre Landsrets 10. afd. anførte grunde, som højesteretsdommerne henviste til sidst i begrundelsen var følgende (min kursivering):

> »Ranitidin har samme terapeutiske virkning som cimetidin og betegnes *ikke* som *en pioneropfindelse*.
>
> Selv om Glaxo og Gea anvender forskellige synteseveje til fremstilling af ranitidin, er de kemiske reaktioner i en række led af syntesen ligeartede, men *ingen af disse reaktioner er ifølge skønsmændene ejendommelige, og de var kendte før Glaxo's patent*. Det yderligere syntesetrin, som er nødvendigt i *Gea's fremgangsmåde* for at nå slutproduktet ranitidin, *har derimod nyheds-*

værdi, idet der er tale om en uventet kemisk reaktion. Gea har nu fået *patent på metoden*.

Gea kan i sin syntese anvende samme udgangsmateriale som Glaxo men foretrækker andre, som ikke indeholder dimenthylaminomethylgruppen.

Hertil kommer, at Gea's metode efter det foreliggende har *driftsmæssige fordele*. Udgangsmaterialet skal ikke bearbejdes med saltsyre, syntesen forudsætter ikke i samme omfang en rensning for urenheder, mellemproduktet er krystalinsk, og udbyttet er antagelig større.

Landsretten finder efter det foreliggende ikke, at Gea har krænket Glaxo's analogifremgangsmåde.«

Det fremgår af den sidste del af højesteretsdommernes begrundelse, at det for dem afgørende kriterium for bedømmelsen af krænkelsesspørgsmålet var *væsentlig adskillelse*. Det fremgår endvidere af højesteretsdommernes begrundelse sammenholdt med landsretsdommernes begrundelse, at de momenter, som indgik i vurderingen af, om der forelå væsentlig adskillelse, i hvert fald omfattede, *at* det sidste led i den omtvistede fremgangsmåde ikke var nærliggende for en fagmand og således havde opfindelseshøjde, jf. Patentdirektoratets afgørelse om meddelelse af et almindeligt fremgangsmådepatent til den påståede krænker, *at* patenthaverens opfindelse af ranitidin ikke kunne betegnes som en pioneropfindelse, *at* de i patentkravet beskrevne syntesetrin, som i ligeartet form alle genfandtes i den omtvistede fremgangsmåde, måtte anses for kendte før prioritetsdagen for det håndhævede patent, og *at* den omtvistede fremgangsmåde måtte anses for at have visse driftsmæssige fordele.

Formålet med den første del af højesteretsdommernes begrundelse (om patentets karakter af analogifremgangsmådepatent) må antages at have været at fremhæve en afgørende forskel mellem Clopoxidsagen og Ranitidinsagen og dermed gøre det klart, at Ranitidindommen er fuldt ud i overensstemmelse med Clopoxiddommen, selv om de 2 sager på trods af deres mange fælles træk faldt forskelligt ud. Navnlig når man ser den første del af begrundelsen i lyset heraf syntes det at fremgå, at højesteretsdommerne må have været af den opfattelse, *at* når det håndhævede patent er et almindeligt fremgangsmådepatent, må lighedsvurderingen være begrænset til de syntesetrin i den omtvistede fremgangsmåde, som svarer til de syntesetrin, der er beskrevet i patentkravene, *at* lighedsvurderingen, når det håndhævede patent er et analogifremgangsmådepatent, derimod må udstrække sig til hele den omtvistede fremgangsmåde, uanset om lighedsvurderingen derved kommer til at omfatte syntesetrin, der ikke har nogen relation til det, der er beskrevet i det håndhævede patents patentkrav, og *at* et almindeligt fremgangsmådepatent som udgangspunkt må anses for krænket, hvis den omtvistede fremgangsmåde omfatter syntesetrin, der

må anses for ligeartede med de syntesetrin, der er beskrevet i det håndhævede patents patentkrav, hvilket omvendt ikke nødvendigvis vil være tilfældet, når der er tale om et analogifremgangsmådepatent.

Den ide, at der ved bedømmelsen af den omtvistede fremgangsmåde efter omstændighederne må kunne lægges afgørende vægt på den omtvistede fremgangsmådes sidste trin, kan højesteretsdommerne have fået fra syns- og skønsmændene, idet disse havde udtalt, at de anså en sådan bedømmelse for »logisk eller naturlig«, fordi det produkt, der fremkom ved det næstsidste trin i den omtvistede fremgangsmåde ikke havde nogen terapeutisk virkning. Højesteretsdommernes begrundelse for at anlægge den form for bedømmelse var dog ikke begrundet i betragtninger om noget »logisk eller naturligt« men derimod i, at der var tale om patent på en analogifremgangsmåde. Dommen kan derfor ikke tages som udtryk for, at den form for bedømmelse af en omtvistet fremgangsmåde også vil være »logisk eller naturlig« eller af anden årsag relevant i sager om krænkelse af andre former for patenter. I øvrigt fremgår det udtrykkeligt af begrundelsen, at højesteretsdommerne mente, at man ikke blot som foreslået af syns- og skønsmændene kunne inddrage den omtvistede fremgangsmådes sidste syntesetrin i krænkelsesvurderingen, men at det var *hele* den omtvistede fremgangsmåde, der kunne inddrages i overvejelserne af, om det forelå krænkelse af patentet, herunder også de syntesetrin, som lå forud for de syntesetrin, der var beskrevet i det håndhævede patents patentkrav.

Når en sag – som i dommen – drejer sig om krænkelse af et patent på en fremgangsmåde til fremstilling af et produkt, kan man med betydelig styrke hævde, at det burde være således, at der kun kan blive tale om krænkelse af patentet, dersom den omtvistede fremgangsmåde fører til fremstilling af det pågældende produkt eller et tilsvarende produkt. Dette indebærer, at man i forbindelse med lighedsvurderingen under en sag om krænkelse af sådan et fremgangsmådepatent under ingen omstændigheder bør kunne se bort fra den omtvistede fremgangsmådes afsluttende trin, hvor det pågældende produkt (eller et tilsvarende produkt) manifesterer sig. For eksempel syntes der ikke at være grundlag for at begrænse den form for sammenligning til det af syns- og skønsmændene nævnte tilfælde, hvor den påståede krænkers mellemprodukt i modsætning til den i patentkravet beskrevne fremgangsmådes slutprodukt ikke har nogen terapeutisk effekt. Der kan med andre ord være grund til at kritisere den del af Højesterets begrundelse, der forudsætter, at sådan en inddragelse af den omtvistede fremgangsmådes sidste trin efter omstændighederne må anses for irrelevant.

Som det fremgår, tiltrådte højesteretsdommerne det af den påståede

krænker fremførte synspunkt om, at analogifremgangsmådepatenter må være genstand for en snævrere beskyttelse end almindelige fremgangsmådepatenter. Det forhold, at højesteretsdommerne udtrykkeligt udtalte, at der end ikke forelå krænkelse, hvis den påståede krænker anvendte samme udgangsmateriale som patenthaveren, siger en del om, hvor snæver beskyttelsen af et analogifremgangsmådepatent ifølge højesteretsdommernes opfattelse må være. Når det samme udgangsmateriale blev anvendt måtte den påståede krænker først fjerne udgangsmaterialets dimenthylaminomethylgruppe. Derefter gennemførtes de syntesetrin, der var sammenlignelige eller ligeartede med de i patentkravet beskrevne syntesetrin. Til sidst blev dimenthylaminomethylgruppen genindføjet på den plads, den oprindeligt havde i udgangsmaterialet, og som gruppen også skulle have i det færdige produkt, ranitidin, hvilket skete ved hjælp af et enkelt syntesetrin. De 2 fremgangsmåder ville være identiske, hvis man ikke indledte med at fjerne den dimenthylaminomethylgruppe, som afslutningsvis blev genindføjet på sin oprindelige plads. Denne variant af den omtvistede fremgangsmåde i Ranitidinsagen kan således siges at ligge endnu tættere på den i patentkravet beskrevne fremgangsmåde end den fremgangsmåde, der i Clopoxiddommen blev anset for at være patentkrænkende. Den omtvistede fremgangsmåde i Clopoxidsagen var nemlig baseret på et udgangsmateriale, der ikke indeholdt den for dannelsen af clopoxid nødvendige phenylgruppe, således at det første trin i Clopoxidsagens omtvistede fremgangsmåde ikke var at fjerne den nødvendige phenylgruppe, som den påståede krænker indføjede senere i sin fremgangsmådes afsluttende syntesetrin.

Dommernes opfattelse af, at fremgangsmåden til fremstilling af det nye lægemidel ikke udgjorde en pioneropfindelse, må med den af dommerne anvendte formulering antages at have været baseret *dels* på den betragtning, at der allerede var et andet lægemiddel med stort set samme terapeutisk effekt på markedet, og *dels* på syns- og skønsmændenes udtalelse om, at de af tekniske årsager ikke anså opfindelsen for at være nogen pinoneropfindelse. Dommernes synsvinkel var med andre ord ikke rent teknisk, idet de kombinerede syns- og skønsmændenes tekniske synspunkter med en overvejelse om slutproduktets samfundsmæssige nytteværdi set i lyset af de allerede eksisterende produkter.

2.62.2. Kommentarer fra den juridiske litteratur

Mogens Plesner har kort omtalt Ranitidindommen s. 818 og 823 i »Noget om udenlandske retsafgørelsers indflydelse på danske domsafgørelser i patent- og varemærkesager« fra Ånd og rett, Festskrift til Birger Stuevold

Lassen (1997). Ifølge Plesner er dommen udtryk for, at Højesteret ikke er særlig tilbøjelig til at tillægge udenlandsk ret vedrørende patenters beskyttelsesomfang betydning.

Ranitidindommen er også genstand for omtalte i *Bengt Domeijs* disputats. Han er kritisk over for den af Højesteret givne begrundelse. Ifølge Domeij burde Højesteret ikke have fokuseret på den i patentkravet beskrevne analogifremgangsmåde, idet opfindelsens værdi ligger i noget helt andet, nemlig den terapeutiske effekt af det ved fremgangsmåden fremstillede nye stof. På trods af sin kritik af begrundelsen sympatiserer Domeij dog med dommens udfald. Det skyldes, at han ser resultatet som udslag af en regel om, at en omtvistet fremgangsmåde, der har væsentlige praktiske fordele i forhold til en i et patentkrav beskrevet fremgangsmåde, ikke kan anses for at udgøre en ækvivalent krænkelse. [140]

Sigrid Asbjørn Smitt har i sin artikel »Application of the Doctrine of Equivalents in Denmark and Japan – a comparative study« [141] drøftet Ranitidindommen.

Smitts gennemgang af sagens omstændigheder kan diskuteres. Blandt andet har hun helt undladt at omtale det for dommen ganske betydningsfulde forhold, at sagen vedrørte et patent på en analogifremgangsmåde. Hendes væsentligste konlusioner var følgende (min kursivering):

> »The Supreme Court ruled that although several steps of the two methods appeared identical, *the comparison should be between each of the methods as a whole*, and therefore include the final step of the defendants method, which lead to the end product, ranitidin. The court further stated that this last step in the process was *not obvious to one skilled in the art*, and that *therefore* the defendants process was so different from the patented process that it did not constitute infringement.
>
> The judgement considered many issues, but in this context *it is important to note two things*: The comparison between the patented product (or method) and an accused product *must be based on the invention as a whole*, not an element by element analysis. And *the main question* asked by the court is this: Was the substitution obvious to a person skilled in the art?
>
> This last question is paramount to the evaluation of equivalent products in Danish courts and together with the invention as-a-whole rule it fairly sums up the present attitude of the Danish courts.
>
> …
>
> The finding of equivalent use then, is based on two tests: An invention as-a-whole analysis and a non-obviousness test.« [142]

---

140. Bengt Domeij, Läkemedelspatent (1998) s. 508 f, 513 og 525.
141. NIR 1998 s 41 ff.
142. NIR 1998 s. 46 f.

Det forekommer ikke umiddelbart krystalklart, hvad Smitt har ment med udtrykket »as-a-whole«. *Da* hendes konklusion desangående fremstår som udledt af Ranitidindommen, og *da* hun i sin gennemgang af Ranitidindommen har anført, at Højesteret havde fastslået, at »the comparison should be between the two methods as a whole«, må det imidlertid være nærliggende at antage, at Smitts anvendelse af udtrykket »as-a-whole« skal forstås således, at der er tale om noget, som svarer til den »samlede« sammenligning mellem de 2 fremgangsmåder, som Højesteret gennemførte i Ranitidinsagen.

Der er ingen tvivl om, at Højesterets »samlede« sammenligning også omfattede de dele af de 2 fremgangsmåder, som lå før og – for så vidt angår den omtvistede fremgangsmåde – efter det, der var beskrevet i det håndhævede patents patentkrav. Skal Smitts anvendelse af udtrykket »as-a-whole« forstås i overensstemmelse hermed, er der ikke i Ranitidindommen grundlag hendes synspunkt om, at en »as-a-whole analysis« i almindelighed er afgørende for danske domstoles afgørelse af sager om patentkrænkelse. Hun har øjensynlig ikke været tilstrækkelig opmærksom på den første trediedel af Højesterets begrundelse, hvor det udtrykkeligt er anført, at den »samlede« sammenligning mellem de 2 fremgangsmåder var motiveret i det specielle forhold, at det håndhævede patent var et analogifremgangsmådepatent. Dette skal ikke opfattes som udtryk for, at Smitts opfattelse er forkert. Ranitidindommen giver blot ikke grundlag for en konklusion af det pågældende indhold.

Smitts opfattelse af en »non-obviousness test« som det afgørende for, om en omtvistet genstand er omfattet af et patent, syntes at være udtryk for en kraftig forenkling i forhold til det, der kan udledes af Ranitidindommen. Det er korrekt, at man af dommen kan udlede, at det er af betydning, om de relevante dele af den omtvistede genstand set i forhold til den i patentet beskrevne genstand kan anses for nærliggende for en fagmand. Imidlertid indebærer det sidste afsnit i domsbegrundelsen, at det overordnede kriterium for sammenligningen mellem de 2 fremgangsmåder, var væsentlig adskillelse, og at spørgsmålet om nærliggenhed/opfindelseshøjde kun var et af flere momenter, som indgik i vurderingen af, om der efter højesteretsdommernes opfattelse forelå væsentlig adskillelse. De øvrige momenter, der indgik i vurderingen heraf, omfattede i hvert fald de af landsretsdommerne i deres begrundelse fremhævede momenter ved sagen, jf. højesteretsdommernes henvisning til »de grunde, der er anført af landsretten«.

Litteratur med videre

1. Betænkninger, grønbøger og lignende (kronologisk)

– Udkast til Lov om den borgerlige Retspleje udarbejdet af den ved allerhøjeste Reskript af 28de Februar 1868 nedsatte Proceskommission, København 1877.
– Kommissions-Betænkning af september 1890 angående Forslag til Lov om Patenter.
– Udkast til Lov om den borgerlige Retspleje udarbejdet af den ved allerhøjeste Reskript af 11te Maj 1892 nedsatte Proceskommission, København 1899.
– Betænkning nr. 316/1962 om vidner.
– Præliminær betænkning angående nordisk patentlovgivning, afgivet af samarbejdende danske, finske, norske og svenske komitéer i 1962.
– Betænkning angående nordisk patentlovgivning, afgivet af samarbejdende danske, finske, norske og svenske komitéer i 1964.
– Betænkning nr. 698/1973 om behandling af borgerlige sager.
– Statens offentliga utredningar 1983:35, Justitiedepartementet, Patentprocessen och sanktionssystemet inom patenträtten
– Betænkning nr. 1107/1987 om arrest og forbud.
– Advokatsamfundets Menneskerettighedsudvalg, Advokatrådets retssikkerhedsprogram, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1994.
– Europakommissionens grønbog om EF-patentet og det europæiske patentsystem – Patentering som innovationsfremme.

2. Bøger og artikler

Abitz, E.A.:
– »Dommerens retsledelse« i O.A. Borum m.fl. (red.), Retsplejeloven gennem 50 år, København, Juristforbundets Forlag 1969.

Agersnap, Ole:
– »Om domsbegrundelsen« i UfR 1970 B s. 271.

Andersen, Eigil, Lego:
– »Om juridiske responsa« i Juristen 1976 s. 468.
– »Replik om juridiske responsa« i Juristen 1977 s. 146.

Andersen, Erik:
– »Fremlæggelse af juridiske responsa i Østre Landsret« i Juristen 1977 s. 149.

Andersen, Lennart Lynge m.fl.:
– Aftaler og mellemmænd, 1. udg., København, G.E.C. Gad, 1987.
– »Responsa i retssager« i UfR 1997 B s. 231.

Andersen, Mads Bryde m.fl.:
– Bioteknologi og patentret, København, Forskningspolitisk Råd, 1990.

Andersen, Mads Bryde:
– Edb og ansvar, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1989.
– Lov om arbejdstageres opfindelser med kommentarer, København, Akademikernes Centralorganisation, 1995.

Andersen, Niels:
– Patentretten, Fra Ingenmandslandet mellem jura og teknik, 2. udg., København, Akademisk Forlag, 1973.

Andersen, Paul Krüger:
– Markedsføringsret, København, G.E.C. Gad, 1978.

Andersen, Paul Krüger m.fl.:
– »Retsøkonomi og retskildelære« i UfR 1998 B s. 476.

Andersen, Peder m.fl.:
– »Lidt om økonomisk og juridisk rationalitetsopfattelse« i Ellen Magrethe Basse (red.), Regulering og styring – en juridisk teori- og metodebog, København, G.E.C. Gad, 1989.

Andersen, Per m.fl.:
– »Kravene til en effektiv prosessordning« i NIR 1998 s. 658.

Andreasen, Hardy:
– »Om patentering af lægemidler samt nogle bemærkninger til det industrielle retsværn i almindelighed« i Juristen 1942 s. 257.
– »Patentlov ctr. apotekerlov« i Sagførerbladet 1957 s. 11.

Andresasen, A.H.M.:
– »Om opfindelsers bestemthed« i NIR 1957 s. 91.

Aro, Pirkko-Liisa:
– Anmeldelse i TfR 1982 s. 337 af Mogens Koktvedgaard m.fl., Patentloven med indledning og kommentarer, 2. udg.

Assarsson, Lars Olof:
– Några Konsekvenser av en EPC-harmoniserad patentlag – Inverkan på patenteringen på kemiområdet och synspunkter därpå« i NIR 1977 s. 261.

Augdahl, Per:
– Anmeldelse i TfR 1942 s. 211 af Stephan Hurwitz, Tvistemaal 1. udg.

Bech, Robert:
– »Domstolenes fortolkning og udfyldning af Retsplejeloven« i O.A. Borum m.fl. (red.), Retsplejeloven gennem 50 år, København, Juristforbundets Forlag 1969.

Bentzen-Møller, P.:
– »Syn og skøn eller sagkyndig erklæring – bemærkninger om oplysning af sager inden for bygge- og anlægssektoren« i Juristen 1974.

Bentzon, A. Drachmann:
– Kommentar i TfR 1942 s. 427 til UfR 1941 s. 484 H (Insulindommen).

Bergling, Niels:
– Indlæg om patent på kemiske forbindelser, lægemidler og nydelsesmidler på det 11. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse, NIR 1962 s. 217.

Berning, Jesper:
– »Domsbegrundelsen som retskilde« i UfR 1971 B s. 17.

Bernitz, Ulf, m.fl.:
– Immaterialrätt, 6. udg. Stockholm, Handelsbolaget Immateriellt Rätsskydd i Stockholm, 1998.

Bernitz, Ulf:
– »Tillägsskydd för läkemedel i skarven – En kollision mellan europeiska rättsskyddsprincipper och nationella detaljbestämmelser« i NIR 1997 s. 305.

Bird & Bird:
– The Conduct of a Patent Action in England and Wales, London, Bird & Bird, 1998.

Björklund, Lars:
– »Andra medicinska indikationen« i NIR 1986 s. 28.

Blok, Peter:
– Patentrettens konsumtionsprincip, Patentmonopol og fri konkurrence i national ret og fællesmarkedsret, København, Juristforbundets Forlag, 1974.

Blume, Peter:
– Anmeldelse i Juristen 1989 s. 293 af Mads Bryde Andersen, Edb og ansvar.
– »Den juridiske disputats 1950-992« i UfR 1993 B s. 169.
– »Mundtlighed og hjemmel« i UfR 1989 B s. 257.
– »Noget om bevisrettens udvikling« i UfR 1978 B s. 126.

Bolding, Per Olof:
– »Bevisprövning utan sannolikhetsuppskatning?« i TfR 1978.

Brekke, K.P.:
– Indlæg om patent på kemiske forbindelser, lægemidler og nydelsesmidler på det 11. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse, NIR 1962 s. 205 og 228.

Bruchhausen, Karl:
– Determining Patent Subject-matter in Grant, Infringement and revocation Proceedings, IIC 1989 s. 341.

Bruun, Niklas:
– »Teori och praktik i patenträtten – ekvivalensläran i fokus« i NIR 1990 s. 164.

Bryn, Alf B.:
– Patentloven med kommentarer, Oslo, Johan Grundt Tanum, 1938.

Bryn, Alfred:
– Retten i Opfinnelser efter norsk lov, Oslo, Gammermeyers Boghandel, 1932.

Bukdahl, H.P.:
– »Lidt om patentteknik« i Dansk patentvæsen gennem halvtreds aar, København, Direktoratet for Patent- og Varemærkevæsenet, 1944.

Burman, Tore:
– Indlæg ved det 17. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse om patenter på kemiske forbindelser, NIR 1981 s. 187.

Campbell, Douglass:
– »United Kingdom« i Brian C. Reid (red.) Sweet Maxwell's European Patent Litigation Handbook, London, Sweet & Maxwell, 1999.

Christensen, Bent:
– »Domstolene og lovgivningsmagten« i UfR 1990 B s. 73.
– Forvaltningsret, Hjemmelsspørgsmål, København, Juristforbundets Forlag, 1980.
– Forvaltningsret, Opgaver Hjemmel Organisation, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997.

Christiansen, E.:
Indlæg ved det 18. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse om patentkravs omfang og fortolkning, NIR 1983 s. 572.

Dahl, Kristen:
– Indlæg om patent på kemiske forbindelser, lægemidler og nydelsesmidler på det 11. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse, NIR 1962 s. 223.

Dalberg-Larsen, Jørgen:
– Ret, tekst & kontekst, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998.
– Retsvidenskaben som samfundsvidenskab, København 1977.

Damm, Leo A.:
– Opfinderrettens genstand, København, Nyt Nordisk Forlag, 1937.

Damsbo, Ole m.fl.:
– Håndhævelse af patentrettigheder, Rapport fra Arbejdsgruppen vedrørende håndhævelse af patentrettigheder, København, Patentdirektoratet, 1999.

Davis, Lee:
– »Patents and Innovation: A Strategic Perspective« i Thomas Riis m.fl. (red.) Law and Economics, København, DJØF Publishing Copenhagen, 1998

Dige, Palle Hvas:
– Bevis i kontraktsforhold, En undersøgelse og kritisk vurdering af de bevisbyrderegler, som dansk ret anvendet i kontraktsforhold, København, Ejnar Munksgaard, 1945.

Domeij, Bengt:
– Fokus på Patenträtten, En introduktion til patenträtten, Stockholm, Brand Eye AB, 1997.
– Läkemedelspatent, Patent på läkemedel i Europa ur ett rättsvetenskapligt och rätsekonomiskt perspektiv, Stockholm, Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 1998.
– Patent på 2:a medicinska indikationen och förbudet mot patent på medicinska förfaranden, Stockholm, Institutet för immaterialrätt och marknadsrätt vid Stockholms Universitet, 1994.
– Pharmaceutical Patents in Europe, Stockholm, Nordstedts Juridik AB, 2000.
– »Är det hälsosamt med förbud mot patent på medicinska förfaranden?« i NIR 1995 s. 33.

Dworkin, Ronald:
– Taking Rights Seriouly (with a new appendix, a response to critics) seventeenth printing, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1999.

Dybdahl, Lise:
– »Den Europæiske Patentagent – et nyt erhverv og en ny stand« i Marianne Levin (red.) Vennebog til Mogens Koktvedgaard, Stockholm, Nerenius & Santérus Förlag, 1993.
– Europæisk patent, København, GadJura, 1999.

Dyekjær-Hansen, Karen:
– »At sætte mennesker på formler – et essay om jura, videnskab og visdom« i UfR 1988 B s. 153.

Eberstein, Gösta:
– »Upphovsmannarättens föremål och innehåll – ännu en gång – En fråga även om juridisk metod« i TfR 1955 s. 113.

Ehlers, Knud:
– Håndhævelse af undladelsespligter, København, Nyt Nordisk Forlag, 1955.

Engström, Fritz:
– Indlæg ved det 18. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse om patentkravs omfang og fortolkning, NIR 1983 s. 571.

Ewald, Jens:
– Anmeldelse i Juristen 1998 s. 411 af Peter Høilund, Den moderne retstænknings gennembrud og autoritetstab.

Eyben, W.E. von:
– Anmeldelse i Juristen 1965 s. 125 af Mogens Koktvedgaard, Immaterialretspositioner.
– Bevis, København, G.E.C. Gads Forlag, 1986.
– Juridisk grundbog, Dommen – Sproget 4. udg., København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1989.
– Juridisk Ordbog, 10. udg. København, GadJura, 1996

Fakstorp, J.:
– Indlæg om patent på kemiske forbindelser, lægemidler og nydelsesmidler på det 11. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse, NIR 1962 s. 218.

Fejø, Jens:
– Monopolret og marked, København, Jurist- og Økonomforundets Forlag, 1985.

Frost, J.L.:
– Anmeldelse i UfR 1942 B s. 65 af Stephan Hurwitz, Tvistemaal 1. udg.

Gammeltoft-Hansen, Hans:
– Strafferetspleje III, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1996.

Gangsted-Rasmussen, Niels:
– »Bevisundertrykkelse« i UfR 1995 B s. 159.
– »Temaer fra Erhvervslejeretten« i UfR 1995 B s. 83.

Gangsted-Rasmussen, Ole:
– »Vedrørende syn og skøn i lejevurderingssager« i UfR 1970 B s. 57.

Gette, Gunnar:
– Indlæg ved det 18. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse om patentkravs omfang og fortolkning, NIR 1983 s. 570.

Gillfors, Jan Ola m.fl.:
– Svensk patenträttspraxis 1957-1980, Stockholm, Liber Förlag, 1982.

Gjesingfelt, Ejner:
– »Sagkyndige erklæringer« i W.E. von Eyben (red.) Proceduren, Forberedelse og Gennemførelse 1. og 2. udg., København, Juristforbundets Forlag 1969 og 1980.

Gjerulff, Th.:
– »Endnu en tilføjelse« UfR 1970 B s. 271
– Kommentar i UfR 1964 B s. 265 til UfR 1964 s. 498 H.
– Kommentar i UfR 1968 B s. 333 til UfR 1968 s. 84 H.
– Kommentar i TfR 1961 s. 300 til UfR 1960 s. 1008 H.

Godenhielm, Berndt:
– Anmeldelse i TfR 1977 s. 515 af Peter Blok, Patentrettens konsumtionsprincip.
– Indlæg ved det 17. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse om patenter på kemiske forbindelser, NIR 1981 s. 175 og 197.
– Indlæg ved det 18. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse om patentkravs omfang og fortolkning, NIR 1983 s. 545 og 576.
– Om ekvivalens och annat gott, Patenträttslige uppsatser, Ekenäs, Söderström & Co., 1990.
– »Patent- och varumärkesrätten i de nordiska ländernas rättspraxis« i NIR 1962 s. 42.
– Patentskyddets omfattning i europeisk och nordisk rätt, Helsingfors, Juristförbundets Förlag, 1994.
– Patentskyddets omfång på basen av patentanspråkets funktionella innehål, Borgå, 1950.
– »Synspunkter på patenttolkningen med hänsyn WIPO:s förslag till konvention om harmonisering av vissa bestämmelser i patentlagarna« i NIR 1988, s. 337.
– Uppsatser i immaterialrätt, Lund, PA Norstedt & Söners förlag, 1983.

Gomard, Bernhard:
– Civilprocessen, 4. udgave, København, GadJura, 1996.
– Civilprocessen, 5. udgave, København, Forlaget Thomson 2000
– »Et retspolitisk program for dommerskabt ret« i Torben Jensen m.fl. (red.), Højestret 1661-968, Særudgave af Ugeskrift for Retsvæsen, København, G.E.C. Gads Forlag, 1986.
– Forholdet mellem Erstatningsregler i og uden for Kontraktsforhold, København, G.E.C. Gads Forlag, 1958.

– Introduktion til Obligationsretten, København, Juristforbundets Forlag, 1979.

Gomard, Bernhard og Møller, Jens:
– Kommenteret Retsplejelov, 5. udgave, Danmark, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1994.

Gomard, Bernhard:
– »Law and Economics – Retsregler og økonomiske modeller« fra Juridisk Institut, HHK, Julebog 1998, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998.
– »Retsplejerådet« i O.A. Borum et al (red.), Retsplejeloven gennem 50 år, København, Juristforbundets Forlag 1969.
– »Takeover bids – Overtagelsestilbud« – anmeldelse i UfR 1992 B s. 62 af Jan Schans Christensen, Contested Takeovers in Danish Law.

Grathe, A.:
– »Sagkyndige erklæringer contra syn og skøn« i UfR 1990 B s. 205.
– »Syn og skøn uden retssag – er der behov for en udbygning« i UfR 1990 B s. 111.

Grennbert, Bertil:
– »Om patentprocessen och dess kostnadsaspekt« i NIR 1998 s. 545.

Grundén, Örjan:
– Indlæg ved det 17. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse om patenter på kemiske forbindelser, NIR 1981 s. 191.

Grundtvig, S.:
– »Retsrådet og dets Responsa« i UfR 1921 B s. 105.

Gulmann, Claus m.fl.:
– Folkeret, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1989.

Hamberg, Lennart:
– »Europapatentkonventionen och produktpatent för kemiska föreninger« i NIR 1974 s. 341.

Hansen, Bernd m.fl.:
– Protecting Inventions in Chemistry, Berlin, Wiley-VCH, 1995.

Hansen, Jesper Lau:
– »Autoritetstab? Retsfilosofisk atavisme ved udgangen af det 20. årh.« i UfR 1998 B s. 315.

Hansen, Victor:
– Retsplejen ved Højesteret, København, G.E.C. Gads Forlag, 1959.

Hart, H.L.A.:
– The Concept of Law. 2. udg., Oxford, Clarendon Press 1994.

Hassager, Henry Appleby:
– »Patentbeskrivelsen som litteratur og som dokument« fra Dansk patentvæsen gennem halvtreds aar, København, Direktoratet for Patent- og Varemærkevæsenet, 1944.

Hedfelt, Erik:
– »Om upphovsmannarättens föremål« i TfR 1952 s. 152

Heiding, Sture:
– Anmeldelse i Svensk Juristtidning 1951 s. 129 af Berndt Godenhielm, Patentskyddets omfång på basen av patentanspråkets funktionella innehål.

Heinonen, Keijo:
– »Till vad nytta är patentbeskrivningen?« i Marianne Levin (red.) Vennebog til Mogens Koktvedgaard, Stockholm, Nerenius & Santérus Förlag, 1993.

Hjelt, Pia:
– »Betydelsen av indelningen av patentkrav i en ingress och en kännetacknande del« i NIR 1995 s. 55.

Henriques, C.B.:
– »Bemærkninger om sagkundskab og retspleje« i Juristen 1954 s. 315.

R. Hilli:
– »Kravet på en effektiv processordning – Finland« i NIR 1998 s. 652

Hinze, Jan:
– »To skatteprocessuelle domstolsafgørelser« i Advokatbladet 1968 s. 153.

Hjejle, Bernt:
– »Bidrag til læren om tilbageholdsret i ting« TfR 1932 s. 359.

Holm-Nielsen, K.:
– Anmeldelse i UfR 1961 B s. 287 af P.O. Langballe, Afhængighedsbegrebet i patentretlig belysning.
– »Patentbeskyttelse for lægemidler« i Juristen 1939 s. 355.
– »Sager inden for immaterialretten« i W.E. von Eyben (red.) Proceduren, Forberedelse og gennemførelse, 1. udg., København, Juristforbundets Forlag, 1969.

Holm-Nielsen, K. m.fl.:
– »Sager inden for immaterialretten« i W.E. von Eyben (red.) Proceduren, Forberedelse og gennemførelse, 2. udg., København, Juristforbundets Forlag, 1980.

Holten, K.:
– »Særlige Kommissioner« i Dansk Patentvæsen Gennem Halvtreds År, København, Direktoratet for Patent- og Varemærkevæsenet, 1944.

Hurwitz, Stephan:
– Den Danske Strafferetspleje, 1. og 3. udg., København, G.E.C. Gads Forlag, 1940 og 1959.
– Om begrebet »retlig interesse« i procesretten, København, Ejnar Munksgaard, 1941.
– Tvistemaal 1. udg., København, G.E.C. Gads Forlag, 1941.

Hvidt, L.N.:
– »Sagkyndige Dommere« i Svensk Juristtidning 1940 s. 166.

Hørlyck, Erik:
– »Certificerede skønsmænd« i Advokaten 1994 s. 14.
– »Sagsomkostninger i skønsforretninger uden retssag« i UfR 1986 B s. 240.
– Syn og skøn, 2. udg., København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1992.

Illum, Knud:
– Anmeldelse af Alf Ross, Om Ret og Retfærdighed, i Knud Illum Udvalgte Artikler i anledning af 70-års dagen den 23. oktober 1976, København, Juristforbundets Forlag, 1976 (opr. bragt i UfR 1953 B s. 278).
– »Et gensvar« i UfR 1971 B s. 65.
– »Nogle korte Bemærkninger om Begrebet Retsstridighed« i Knud Illum Ud-

valgte Artikler i anledning af 70-års dagen den 23. oktober 1976, København, Juristforbundets Forlag, 1976 (opr. bragt i Juristen 1951 s. 177).
– »Om domsbegrundelsen« i UfR 1970 B s. 245.
– »Om falske lodder i fru Justitias vægtskaal« i Knud Illum Udvalgte Artikler i anledning af 70-års dagen den 23. oktober 1976, København, Juristforbundets Forlag, 1976 (opr. bragt i Århus Stiftstidende den. 26. og 27. oktober 1951).

Jacob:
– »Scope of patents in the UK – is there a doctrine of equivalents« i NIR 1999 s. 476.

Jacobsson, Måns m.fl.:
– Patentlagstiftningen – en kommentar, Lund, PA Norstedt & Söners förlag, 1980.

Jacobsen, Poul:
– »Fortolkning af Patenter og Domstolenes Kompetence i Patentsager med særligt henblik på Insulindommen« i UfR 1943 s. 141.
– »Nogle Bemærkninger om Patentloven og Behandlingen af Patentsager« i UfR 1936 B s. 9.
– »Nogle Bemærkninger om Patentlovens § 1 No. 4 og Patenter på Fremgangsmaader til Fremstilling af Lægemidler« i UfR 1941 B s. 257.
– »Patentlovens § 1, Nr. 4« UfR 1941 B s. 340.
– »Strejflys over dansk patentret og retspraksis i patentsager« i NIR 1938 s. 4.

Jensen, Eskil:
– »Om syn og skøn i straffesager og afholdelsen af omkostningerne herved« i Juristen 1984 s. 311.

Jensen, H. Funch:
– »Om grundlaget for kritik af domsbegrundelsen« i UfR 1970 B s. 279.

Jensen, Svend Gram:
– »Alt paa sin rette Plads!« i Juristen 1992 s. 306.
– »Om forholdets natur« i Juristen 1991 s. 213.

Jensen, Torben:
– »Domstolenes retsskabende, retsudfyldende og responderende virksomhed« i UfR 1990 B s. 441.

Johnsen, T.C.:
– Anmeldelse i NIR 1971 s. 424 af Otto Ring, Opfindelsesbegrebets definition og patentskrifters formulering.

Josefson, Per:
– »Patent på datorprogram – en fråga om patentkravens bredd« i NIR 1998 s. 58.

Jørgensen, Stig:
– Anmeldelse i UfR 1978 B s. 141 af Jørgen Dalberg-Larsen, Retsvidenskaben som samfundsvidenskab, et retshistorisk tema i historisk og aktuel belysning.
– »Spredte bemærkninger om adækvans« i Juristen 1961 s. 195.

Jørgensen, Troels G.:
– Kommentar i TfR 1935 s. 324 til UfR 1934 s. 1045 H.
– »Om enhed i den borgerlige retspleje« i UfR 1943 B s. 1.
– Retsplejeudvalget gennem 25 aar, København, Ejnar Munksgaard, 1944.

Karet, Ian m.fl.:
– »Intellectual Property Litigation; Are you ready« fra the July 1999 issue of PLC, Practical Law for Companies.

Keukenschrijver, Alfred m.fl.:
– Busse Patentgesetz 5. udgave, Berlin, Walter de Gruyter, 1999.

Khennet, Halvar:
– »Om patentanspråken och enhetligheten« NIR 1957 s. 147.

Knoph, Ragnar:
– Åndsretten, Oslo, Nationaltrykkeriet, 1936.

Koktvedgaard, Mogens:
– Anmeldelse i UfR 1989 B s. 268 af Mads Bryde Andersen, Edb og ansvar.
– Anmeldelse i UfR 1998 B s. 521 af Bengt Domeij, Läkemedelspatent.

Koktvedgaard, Mogens m.fl.:
– »Dansk patentret efter tiltrædelsen af Den europæiske Patentkonvention« i UfR 1989 B s. 441

Koktvedgaard, Mogens:
– »Europæisk begrebsjustering på ophavsrettens område« i Lars Gorton m.fl. (red.), Festskrift til Gunnar Karnell, Stockholm, Carlsson Law Network, 1999.
– Indlæg ved det 17. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse om patenter på kemiske forbindelser, NIR 1981 s. 192.
– Konkurrenceprægede Immaterialretspositioner, Bidrag til læren om de lovbestemte enerettigheder og deres forhold til den almene konkurrenceret, København, Juristforbundets Forlag, 1965.
– Lærebog i Immaterialret, 5. udg., København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.
– Lærebog i Konkurrenceret 4. udg., København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000.

Koktvedgaard, Mogens m.fl.:
– Lärobok i immaterialrätt, 6. udg., Stockholm, Nordstedts Juridik AB, 2000.

Koktvedgaard, Mogens:
– »Patentkravets betydning« i NIR 1967 s. 70.
– Patentloven med indledning og kommentarer, 1. udg., København, Juristforbundets Forlag, 1971.

Koktvedgaard, Mogens m.fl.:
– Patentloven med indledning og kommentarer, 2. udgave, København, Juristforbundets Forlag, 1979.
– »Patent på lægemidler« i UfR 1984 B s. 1.

Koktvedgaard, Mogens:
– »Patentretten i Støbeskeen« i Juristen 1966.
– »Patentretten op mod år 2000« i NIR 1993 s. 99.

Kolster, Arne:
– Indlæg ved det 18. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse om patentkravs omfang og fortolkning NIR 1983 s. 573.
– »Patentbeskrivning« i NIR 1976 s. 348.

Krog, Henning:
– »Straffeprocessen set fra dommersædet« i W.E. von Eyben (red.) Proceduren, Forberedelse og gennemførelse, 2. udg., København, Juristforbundets Forlag, 1980.

Kruuse, Frederik Vinding:
– Ejendomsretten, 1. udg., København, Nyt Nordisk Forlag, 1929-1933.
– Ejendomsretten, 3. udg., København, G.E.C. Gads Forlag, 1951.
– »Til ejendomsrettens grundproblemer« anmeldelse i TfR 1951 s. 8 af O.K. Magnussen, Naboretlige studier.

Langballe, P. O.:
– Afhængighedsbegrebet i patentretlig betydning, København, Nyt Nordisk Forlag, 1961.
– »Om patenterbarhedsbedømmelse på grundlag af lovens »adskiller sig væsentligt fra …«« NIR 1976 s. 199.
– »Om vurdering af opfindelseshøjde i dansk retspraksis« i NIR 1977 s. 155.
– »Skænsmænd – Meddommere eller Respondenter som Vejledere for danske Domstole i Patentretssager?« i NIR 1978 s. 413.

Larsen, Hans Ole:
– Patentbeskyttelse i Danmark og udlandet, København, Larsen & Birkeholm A/S, 1985

Larsen, Rolf Chr. B.:
– Patent-ABC, Oslo, Universitetsforlaget, 1984.
Lassen, Birger

Stuevold:
– Indlæg ved det 18. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse om patentkravs omfang og fortolkning, NIR 1983 s. 554.

Lassen, Erik:
– »Det juridiske skøn i Patentretten« i UfR 1968 B s. 205.

Lauridsen, E.W.:
– Indlæg om patent på kemiske forbindelser, lægemidler og nydelsesmidler på det 11. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse, NIR 1962 s. 221.

Lauridsen, Preben Stuer:
– »Quousque tandem …« i Juristen 1992 s. 6.
– Retslæren, København, Akademisk Forlag, 1977.
– Studier i retspolitisk argumentation, København, Juristforbundets forlag, 1974.

Lettström, Richard:
– »Uppdelning av patentkrav i ingress och kännetecknande del« i NIR 1995 s. 69.

Lind, Gunnar:
– Indlæg ved det 17. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse om patenter på kemiske forbindelser, NIR 1981 s. 174 og 198.
– »Patenter på kemiske forbindelser. Sådanne patenters beskyttelsesområde efter den som følge af Europa-patentkonventionerne gennemførte nordiske lovgivning«, indledningsreferat ved det 17. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse, NIR 1980 s. 19.

Lindegaard, Per:
– »Højesterets Prøvelsesret i straffesager« i Jensen, Torben m.fl. (red.) Højesteret 1661-1986, København, G.E.C. Gads Forlag, 1986.

Lindencrone, Lars m.fl.:
– Dansk Retspleje 2. udg., København, GadJura, 2000.

Linklaters & Alliance:
– Patent Litigation in the United Kingdom, London, Linklaters & Alliance, 1999.

Ljungman, Seve:
– Anmeldelse i NIR 1972 s. 299 af Mogens Koktvedgaard, Patentloven med indledning og kommentarer.
– Anmeldelse i Svensk Juristtidning 1968 s. 640 af Mogens Koktvedgaard, Immaterialretspositioner.
– Indlæg om patent på kemiske forbindelser, lægemidler og nydelsesmidler på det 11. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse, NIR 1962 s. 225.

Lorenzen, Aage:
– »Lidt om forældelse og om professor Illums kritik af domsbegrundelser« i UfR 1970 B s. 277.

Lyngsø, Preben:
– »Om erstatningsansvar for piloterings- og udgravningsskader og syns- og skønsmænds medvirken i retsplejen« i Juristen 1975 s. 481.

Madsen, Claus Høeg m.fl.:
– »Syn og Skøn« i W.E. von Eyben (red.) Proceduren, Forberedelse og gennemførelse, 2. udg., København, Juristforbundets Forlag, 1980.

Madsen, Palle Bo:
– Markedsret Del 2, 3. udg., København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997.

Mathiassen, Jørgen:
– »Højesterets voteringer som retskilde« i UfR 1976 B s. 161.

Merges, Robert:
– »On the complex economics of patent scope« i Columbia Law Review vol. 90 may 1990, No. 4. s. 839.
– »Uncertainty and the standard of patentability« i High Tecknology Law Journal vol. 7 1992, No. 1 s. 1.

Mogensen, Kristian:
– »Om at kommentere domme« i UfR 1970 B s. 272

Mortensen, Knud:
– »Kan Højesteret afsige inkonsekvente domme? – Er byggesager stedbørn i vort retssystem?« i Juristen 1975 s. 245

Munch-Petersen, H.:
– Den Danske Civilproces i Hovedtræk, København, G.E.C. Gads Universitetsboghandel, 1906.
– Den Danske Retspleje 1. udg., København, G.E.C. Gads Forlag, 1918.
– Den Danske Retspleje 2. udg., København, G.E.C. Gads Forlag, 1923.
– »Et Par Bemærkninger vedrørende Behandlingen af borgerlige Sager ved Underret« i UfR 1920 B s. 81.

Møller, Julius:
– Anmeldelse i NIR 1961 s. 39 af P.O. Langballe, Afhængighedsbegrebet i patentretlig betydning.
– Anmeldelse i NIR 1965 s. 82 af Mogens Koktvedgaard, Konkurrenceprægede Immaterialretspositioner.
– Anmeldelse i UfR 1951 B s. 70 af Berndt Godenhielm, Patentskyddets omfång.

– Indlæg om patent på kemiske forbindelser, lægemidler og nydelsesmidler på det 11. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse, NIR 1962 s. 216.

Mølgaard, E.:
– »Patentloven« i Juristen 1968.

Neel, O.T.:
– »Bemærkninger til Patentlovens § 1, Nr. 4« UfR 1941 B s. 338.

Nellemann, J.:
– »Nogle bemærkninger om mundtlig Rettergang i civile Sager og dennes Indflydelse på Retsorganisationen og Sagførervæsenet« i UfR 1868 s. 1.

Nielsen, Gorm

Toftegaard m.fl.:
– Farlig kørsel og frakendelse, retspraksis efter færdselslovens § 126, København, 1992

Nielsen, Ole Bruun:
– Anmeldelse i Juristen 1989 s. 299 af Mads Bryde Andersen, Edb og ansvar.

Nielsen, Ruth:
– Retskilderne, 5. og 6. udg., København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997 og 1999.

Nyberg, Mikael:
– Patenträttsliga bedömningsgrunder, Stockholm, Jure AB, 2000.

Nørager-Nielsen, Jacob og Søren Theilgaard:
– Købeloven med kommentarer, 2. udg., København, G.E.C. Gads Forlag, 1993

Nørgaard, Torsten:
– »Lægemiddelpatenters beskyttelsesomfang« i NIR 1984 s. 8.

Olafsson, H.:
– »Højesterets behandling af straffesager« i Juristen 1961 s. 165.

Onn, Christer:
– Indlæg ved det 18. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse om patentkravs omfang og fortolkning NIR 1983 s. 569.

Onn, Harry:
– Indlæg om patent på kemiske forbindelser, lægemidler og nydelsesmidler på det 11. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse, NIR 1962 s. 225.

Onsager, Per:
– Indlæg ved det 17. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse om patenter på kemiske forbindelser, NIR 1981 s. 197.

Ordover, Janusz A.:
– »A Patent System for Both Diffusion and Exclusion« i Journal of Economic Perspectives, vol. 5 No. 1, Winter 1991 s. 43.

Petrusson, Ulf:
– Patent och industriell omvandling, Stockholm, Nordstedts Juridik AB, 1999.

Plesner, Mogens:
– Anmeldelse i Juristen 1989 af Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret 1. udg.
– Anmeldelse i UfR 1975 B s. 175 af Peter Blok, Patentrettens konsumtionsprincip.
– Indlæg ved det 17. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse om patenter på kemiske forbindelser, NIR 1981 s. 194.
– »Noget om udenlandske retsafgørelsers indflydelse på danske domsafgørelser i patent- og varemærkesager« i Viggo Hagstrøm m.fl. (red.) Ånd og rett – festskrift til Birger Stuevold Lassen, Oslo, Universitetsforlaget, 1997.
– »Om retsskridt inden proces inden for immaterialretten« i Marianne Levin (red.) Vennebog til Mogens Koktvedgaard, Stockholm, Nerenius & Santérus Förlag, 1993.
– »Om samarbejdet mellem jurister og teknikere angående behandling og løsning af patentretlige konflikter« i NIR 1971 s. 111.
– »Om tvangslicens i henhold til Patentloven i Danmark« i NIR 1987 s. 36.

Plesner, Peter Ulrik:
– »Kravene til en effektiv procesordning« i NIR 1998 s. 644.

Plougmann, Ole:
– »Patentkrav – omfang og fortolkning under Europa-patentkonventionen og de nordiske patentlove« indledningsreferat ved det 18. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse, NIR 1983 s. 216.

– Indlæg ved det 18. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse om patentkravs omfang og fortolkning NIR 1983 s. 539 og 576.

Polack, E.:
– »Lidt mere om juridiske responsa« i Juristen 1977 s. 148.

Poulsen, Sune Troels:
– Loyalitetspligt & Erhvervsforbud, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1991.

Rahnasto, Ilkka:
– »Scope of IP Protection – Application of Abstraction Theory« i Viggo Hagstrøm m.fl. (red.) Ånd og rett – festskrift til Birger Stuevold Lassen, Oslo, Universitetsforlaget, 1997.

Ravn, Lene:
– »Indiciebevisets udvikling i dansk strafferetspleje« i UfR 1980 B s. 13.

Riis, Erik:
– Anmeldelse i UfR 1985 B s. 258 af Bernhard Gomard, Civilprocessen 2. udg.
– Anmeldelse i UfR 1986 B s. 179 af W.E. von Eyben, Bevis.

Riis, Thomas:
– »Introduction« i Thomas Riis m.fl. (red.) Law and Economics, København, DJØF Publishing Copenhagen, 1998.
– »Normativitet og den praktiske anvendelighed af retsøkonomi« i TfR 2000 s. 477.
– Ophavsret og retsøkonomi, Immaterielle goder i kulturøkonomisk belysning, København, GadJura, 1996.
– »Patentrettens økonomiske begrundelse og funktion« i Samfundsøkonomen 2000 s. 27
– »Værdier og normer i jura og økonomi« i Juristen 1996 s. 356.

Rising, G.A.:
– Indlæg om patent på kemiske forbindelser, lægemidler og nydelsesmidler på det 11. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse, NIR 1962 s. 211.

Ring, Otto:
– Opfindelsesbegrebets definition og patentskrifters formulering, Gjellerup, 1970.

Rising, G.A.:
– Indlæg om patent på kemiske forbindelser, lægemidler og nydelsesmidler på det 11. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse, NIR 1962 s. 211.

Risku, A.H.:
– Indlæg om patent på kemiske forbindelser, lægemidler og nydelsesmidler på det 11. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse, NIR 1962 s. 214.

Roschier-Holmberg, Åke:
– »Iakttagelser beträffande rättergången i patentmål« i Defensor Legis 1977 s. 136.

Ross, Alf:
– »Kortlægning af immaterialretten« anmeldelse i UfR 1965 B s. 41 af Mogens Koktvedgaard, Immaterialretspositioner.
– Lærebog i Folkeret, 6. udg., København, Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, 1984
– Om ret og retfærdighed, En indførelse i den analytiske retsfilosofi, København, Nyt Nordisk Forlag, 1953 – fotografisk optrykt 3. oplag i 1971.
– »Ophavsrettens Grundbegreber« anmeldelse i TfR 1945 s. 321 af Torben Lund, Billedkunsten i retlig Belysning.
– »Ophavsrettens indhold: et punktum« i TfR 1951 s. 85.
– »Randbemærkninger om ophavsretten – Svar til to kritikere« i TfR 1953 s. 410.
– »Tû-Tû« i Festskritft til Henry Ussing, København, 1951.

Roth, Elsebeth m.fl.:
– »Lov om brugsmodeller m.v.« i UfR 1992 B s. 223.

Ryberg, Annika:
– »Kraven på en effektiv processordning« i NIR 1998 s. 666.

Ryberg, Bjørn:
– »Admiterbarheden af syns- og skønsspørgsmål med særlig henblik på sager om patentkrænkelse« i Juridisk Institut, HHK, Julebog 1999, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999
– »Hvor intetsigende er domme med intetsigende begrundelser?« i Juridisk Institut, HHK, Julebog 1998, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998.

– »Betydningen af udtalelser fra den danske patentmyndighed i retssager vedrørende patenters beskyttelsesomfang« i Juridisk Institut, HHK, Julebog 2000, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000.

Rønnov, Poul:
– »Mere om juridiske responsa« i Juristen 1977 s. 47.
– »Retsplejeloven gennem 50 år« anmeldelse i Juristen 1969 s. 449.

Raaschou-Nielsen, Agnete og Nicolai Juul Foss:
– Indledning til rets- og kontraktsøkonomi, København, GadJura, 1997.

Sandgren, Claes:
– Anmeldelse i SvJt 1982 s. 311 af Måns Jacobsson m.fl. Patentlagstiftningen, en kommentar, 1. udg.
– »Patentprocessen och behovet av en försäkring för patenthavare« i Viggo Hagstrøm m.fl. (red.) Ånd og rett – festskrift til Birger Stuevold Lassen, Oslo, Universitetsforlaget, 1997

Schovsbo, Jens:
– Anmeldelse i UfR 1999 B s. 330 af Lise Dybdahl, Europæisk Patent.

Schäfer, Hans-Bernd:
– »Efficiency as a Legal Norm« fra Thomas Riis m.fl. (red.) Law and Economics, København, DJØF Publishing Copenhagen, 1998.

Schønning, Peter:
– Ophavsretsloven med kommentarer, 1. udg., København, GadJura, 1995.

Selmer, Knut Sejlersted:
– »Noen ord om opphavsmannens enerett« i TfR 1952 s. 204.

Schmidt, Per Håkon:
– »Reform af patentprocessen« i UfR 1997 B s. 551.
– Teknologi og immaterialret, København, G.E.C. Gads Forlag, 1989.

Schmidt, Torben

Svenné Schmidt, Torben:
– »Det nye danske patentlovsforslag« i NIR 1966 s. 204.
– »Ny dansk patentlov« i NIR 1968 s. 291.

Schovsbo, Jens:
– Immaterialretsaftaler – Fra kontrakt til status i kontraktsretten, København, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2001.

Schramm, Carl m.fl.:
– Der Patentverletzungsprozess 4. udgave, Berlin, Carl Heymanns Verlag K.G., 1999.

Sjöö, Lennart:
– Indlæg ved det 18. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse om patentkravs omfang og fortolkning NIR 1983 s. 561 og 575.

Singer, Romuald:
– The European Patent Convention, A Commentary, London, Sweet & Maxwell, 1995.

Smith, Eva:
– Civilproces, Grundlæggende regler og principper 3. og 4. udg., København, GadJura 1996 og 2000.
– Straffeproces, Grundlæggende regler og principper 3. udg., København, GadJura 1995.

Smitt, Sigrid Asbjørn:
– »Application of the Doctrine of Equivalents in Denmark and Japan – a comparative study« i NIR 1998 s. 41.

Spang-Hansen, Aage:
– »Proceduren« i W.E. von Eyben (red.) Proceduren, Forberedelse og gennemførelse, 2. udg., København, Juristforbundets Forlag, 1980.

Spiermann, Ole:
– Moderne Folkeret – efter det 20. århundrede, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.

Spleth, Poul:
– Anmeldelse i UfR 1977 B s. 425 af Bernhard Gomard, Civilprocessen, 1. udg.
– Anmeldelse i Juristen 1959 s. 321 af S. Hurwitz, Tvistemål, 3. udgave.
– Anmeldelse i Juristen 1966 s. 133 af S. Hurwitz og B. Gomard, Tvistemål, 4. udgave.

– »De nye princippers gennemførelse i civilprocessen« i O.A. Borum et al (red.), Retsplejeloven gennem 50 år, København, Juristforbundets Forlag 1969
– »Forhandlingsprincip og domsskrivning« i UfR 1969 B s. 1.
– Kommentar i TfR 1962 s. 158 til UfR 1962 s. 66 H.
– Kommentar i UfR 1969 B s. 244 til UfR 1969 s. 380.
– »Omkring den borgerlige retspleje« i Juristen 1959 s. 321.
– »Tilføjelse til foranstående« i UfR 1970 B s. 267

Steffensen, Hans Erik:
– »Anvendelse af énsidigt indhentede erklæringer og afhøring af sagkyndige vidner« i UfR 1993 B s. 142.

Stenvik, Are:
– Patenters beskyttelsesomfang, Oslo, Cappelen Akademisk Forlag, 2001.
– Patentrett, Oslo, Cappelen Akademisk Forlag, 1999

Stomann, Vilh.:
– »Bemærkninger om Skøn i kunstindustrielle Sager« UfR 1934 B s. 193.

Straus, Joseph:
– »The Development Of Equivalence In Legal Theory And Case Law In Germany Before And After EPC«, NIR 1999 s. 459.

Sørensen, Max:
– »En berigtigelse« i UfR 1971 B s. 17.

Takenaka, Toshiko:
– Interpreting Patent Claims: The United States, Germany and Japan, Weinheim, VCH Verlagsgesellschaft mbh, 1995 (IIC Studies vol. 17).

Tamm, Henrik:
– Anmeldelse UfR 1966 B s. 33 af S. Hurwitz og B. Gomard, Tvistemål, 4. udgave.
– »Ideer og personer bag retsplejereformen« i O.A. Borum et al (red.), Retsplejeloven gennem 50 år, København, Juristforbundets Forlag 1969.

Thorley, Simon m.fl.:
– Terrell on the Law of Patents, 15. udg., London, Sweet & Maxwell, 2000.

Tjur, Carl:
– »Syn og Skøn« i W.E. von Eyben (red.) Proceduren, Forberedelse og gennemførelse, 1. udg., København, Juristforbundets Forlag, 1969.

Trolle, Jørgen:
– »Duplik til professor Illum« i UfR 1971 B s. 85.
– Kommentar i U 1964 B s. 137 til UfR 1963 s. 806 H.
– Kommentar i U 1966 B s. 274 til UfR 1966 s. 566 H.
– »Om at læse domme« i UfR 1970 B s. 261

Tuxen, E.:
– Indlæg om patent på kemiske forbindelser, lægemidler og nydelsesmidler på det 11. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse, NIR 1962 s. 196 og 226.

Tybjerg, Erland:
– Om Bevisbyrden, København, 1904.

Törnroth, Lennarth:
– »Andra medicinska indikationen särskilt i belysning av förarbetena« i NIR 1987 s. 147.

Uggla, Claës:
– Anmeldelse i NIR 1982 s. 53 af Måns Jacobsson m.fl., Patentlagstiftningen – en kommentar.

Ullmann, Eike m.fl.:
– Benkard Patentgesetz 9. udg., München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1993.

Uri, E.:
– Indlæg om patent på kemiske forbindelser, lægemidler og nydelsesmidler på det 11. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse, NIR 1962 s. 214.

Ussing, Henry:
– Anmeldelse i Juristen 1950 s. 259 af O.K. Magnussen, Naboretlige studier.

Verner, Jørgen:
– »Højesterets prøvelsesret og frakendelse af førerbevis efter færdselslovens § 70, stk. 1« UfR 1968 B s. 249.
– »Teorien om den normative adfærdsregulering« i UfR 1977 B s. 334.

Villadsen, Peter:
– »Betænkningen vedrørende nordisk patentlovgivning« i NIR 1962 s. 1.

Vossius, Corinna m.fl.:
– »Germany« i Brian C. Reid (red.) Sweet & Maxwell's European Patent Litigation Hanbook, London, Sweet & Maxwell, 1999.

Wegener, Morten:
– Juridisk metode, 2. og 3. udg., København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1994 / 2000.

Westerlund, Li:
– Biotech Patents – Equivalency and Exclusions under European and U.S. Patent Law.

Westlander, Olle:
– Patent – Almänna domstolars praxis åren 1983-1991, Stockholm, Juristförlaget, 1995.

White, Allan W.:
– C.I.P.A. Guide to the Patents Act, 5. udg., London, Sweet & Maxwell, 2001.

Waaben, Knud:
– Det kriminelle forsæt, København, Juristforbundets Forlag, 1957.

Waaben, Knud:
– »Emotioner i retssproget« i Jon Palle Buhl m.fl. (red.), Festskrift til Folketingets Ombudsmand professor dr. jur. Stephan Hurwitz, København, Juristforbundets Forlag, 1971.

Waaben, Knud:
– Strafferettens almindelige del I. Ansvarslæren 3. udgave, København, GadJura, 1993.

Willadsen, Ole:
– »Konkurrerende syns- og skønsbestemmelser« i UfR 1990 B s. 414.

Wurms, Bengt:
– Indlæg ved det 17. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse om patenter på kemiske forbindelser, NIR 1981 s. 190.

Zahle, Henrik:
– Bevisret, Oversigt, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1994.
– »Forholdets natur – en kommentar« i Juristen 1992 s. 8.
– »Forskningsetik og juridisk forskning« i Juristen 1995 s. 352.
– »Om bevisbedømmelsen« i UfR 1978 B s. 375.
– Om det juridiske bevis, København, Juristforbundets Forlag, 1976.
– Rettens kilder, København, Christian Ejlers' Forlag, 1999.

Zweigbergk, Åke v.:
– Indlæg om patent på kemiske forbindelser, lægemidler og nydelsesmidler på det 11. nordiske møde for industriel retsbeskyttelse, NIR 1962 s. 230.
– »Patentsamarbetet inom Europarådet under 1962« i NIR 1962 s. 231.

Ørgaard, Anders:
– »Ensidigt indhentede erklæringer og førelse af sagkyndige vidner« i UfR 1993 B s. 476.

Østerborg, Lise:
– »Harmonisering af patentret inden for WIPO« i NIR 1988 s. 359.
– »Patenttid à la carte?« i UfR 1985 B s. 59.

Stikordsregister

A

Act Revising the Convention on the Grant of European Patents *48*, *50*
administrativ omprøvning *274*, *312, 325*, *354*, *356, 392*, *393*
administrativ praksis *28*
afskæringsregler *102*, *311, 396*
afvejning *135*
afvejningsmodellen *32*, *101*, *106*
afvejningsregler *102*
almene fortolkningsspørgsmål *157*
almindelig sprogbrug *137*
analog krænkelse *54*, *109*, *216*, *280*, *281*, *339, 398*
analoge beskyttelse *54*, *121, 327, 373*
analogifremgangsmådekrav *369*, *371*, *381*, *390, 391*
analogifremgangsmådepatenter *222*, *224*, *230*, *243*, *248*, *323, 351*, *352*, *356*, *381*, *400*
analysemodel *336, 395*
andre patentkrav *140*, *151*
ansøgningssagen *151*, *155*, *156*, *249*, *262*, *269, 323, 324, 356, 365, 393, 397, 402*
ansøgningssagens akter *131*, *133*, *140*, *195*, *198*, *268*, *348*, *389*
anvendelse *218*, *244*, *280*, *398*
anvendelseskrav *158*
anvendelsesområde *165*, *190*
»apparat til udførelse af fremgangsmåden …« *158*

B

beskrivelsesmodel *32*, *101*, *309*
beskyttelsens bredde *340*, *358*, *384*, *395*
beskyttelsens undergrænse *313, 320, 370*
betingelsesregler *101*
bevisbyrderegler *61*, *67*
beviser *191*, *196*, *197*
beviser uden betydning *75*, *132*, *133*
bevisregler *61*, *67*
bevisvurderingen *59*
bevisvurderingsregler *61*, *67*
bilaterale monopoler *285*
bindende proceserklæringer *273*
brugsmodelregistreringers beskyttelsesomfang *30*

D

definitioner *157*
delbeskyttelse *334*, *400*
delvis ugyldighed *123*
den europæiske patentdomstol *48*
den i et patentkrav beskrevne opfindelse *53*
»Den Moderate Teori« *280*, *298*
den naturlige sproglige forståelse *269*, *314, 363, 365*, *390*
den omtvistede genstand *54, 280, 328*
den omtvistede genstands kvaliteter *279*
den patenterede opfindelse *54*
den påståede krænker *54*
den påståede krænkers subjektive forhold *304*, *323*, *356*, *380*, *394, 403*

»Den Radikale Teori« *279*, *298*
det særegne *267, 334, 342*
dimensioner *167, 277, 326, 35*7, *394*, *398*, *403*
direkte krænkelse *109*
»disclaimer« *159*, *398*

E
EF-patent *48*
EF-retten for Intellektuel Ejendomsret *48*
efterfølgende tekniske udvikling *165*, *299, 302, 312, 354, 368, 391, 399*
eksempler *166, 397*
eksempler i patentkrav *156*
»en krog til en kran« *158*
enerettens indhold *29*
engelsk ret *35*, *47*
entydighed *216*, *217*, *229*
EPK art. *69 33*, *37*, *49*, *50*
EPK art. *69* og fortolkningsprotokollen *33*
EPO *28*
EPO Guidelines *29*, *157*, *397*
essentielle elementer *168, 337*
europæiske patentagenter *378*
europæiske patenter *39*, *361*

F
faktum *30*, *57*, *58*
fejl *138*, *249*
folkeretlige forpligtelser *39*, *48*, *361*
»for eksempel« *157*
fordele *280*, *298, 393, 394, 402, 403*
fordele ved en omtvistet genstand *281*, *327, 328, 357*
forglemmelser *138*
forholdets natur *31*
formodningsregler *61*, *67*
formål *114*, *162*, *165*, *167*, *168*, *190*, *193*, *196*, *256*, *314, 355, 405*
fortolkning *29*, *46*, *53*, *121*, *135*, *337, 338, 353, 354, 359, 365, 389, 390, 396, 410*
Fortolkningsprotokollen *35*, *37*, *39*, *49*, *50*, *51*, *135*, *161*, *364*
»fortrinsvis« *157*
forud kendt teknik *308, 356, 357, 388, 389, 394, 397, 398, 403*
forudgående hændelser *59*
forudsigelig teknik *378*
forvaltningsakter *136*
fravalg *250*, *262*, *325*, 357, *379*, *392*, *399*
fremgangsmådekrav *158*, *223*
fremgangsmåder *190*, *208*, *210*, *221*, *228*, *242*, *350, 352, 357, 375, 393*
fremgangsmåder til terapeutisk behandling *244*
fremover gældende dansk ret *41*, *46*, *361*
funktion *162*
funktionel ligeværdighed *110*, *162*

G
genstand *54*
genstandsmodellerne *107*
geometriske udtryk *156*, *257*, *379, 396*
gældende *189*

H
harmonisering *33*, *41*, *43*, *44*, *49*
hemmeligholdelse *98*, *100*, *209*, *210*, *327, 357, 375, 393*
henvisninger *157*, *397*
hidtil gældende dansk ret *41*, *45*, *309*
hovedregler *101*
højere værdi *314, 319, 355, 391*

I
identifikation mellem patenthaveren *378*
inadækvat affattelse *138*, *249*
incitamentseffekt *207*
innovationsincitamentseffekten *96*, *207*, *363*
»især« *157*

J
juridisk konstruktion *32*, *101*
juridiske responsas admitterbarhed, *81*
jus *30*, *57*, *58*

K
kendetegnende del *193*
kendte teknik, den *46*, *121*, *141*, *155*, *194*, *195*, *198*, *329*, *353, 358, 367*
kerne *163, 260, 302, 331, 342, 366*
klassificering *261*
kommerciel succes *274*, *326*, *394*, *403*
konkurrencebunden relationsbinding *164*
konkurrencemomentet *164*
konkurrencerelationen *167*, *190*
kontekstuel fortolkning *150*, *154*
krigsøkonomi *347*
kriterier *102*, *309, 322, 356*

L
lead time fordele *98*
licenstager *124*
literal infringement *337*
lægemidler *190*, *208*, *210*, *214*, *215*, *218*, *221*, *225*, *229*, *242*, *243*, *323, 325, 350, 357, 373, 381, 393, 400*
løsning *110*, *162*, *165*, *226*

M
materiale *300*
materialevalg *277, 326, 357*, *394, 403*
materielle retsregler *61*, *67*
»Mellemformsteorien« *280*, *298*
middelbar patentkrænkelse *383*

N
nationale danske patenter *39*, *378*
nationale patentmyndigheder *28*
naturlig sproglige forståelse *140*, *150*, *151*
nyhed *110*, *114*, *121*, *281*, *349, 353, 411*
nyt problem *299*

O
objektiv fortolkning *150*
omgåelse *304*
omprøvningssag *399*
omvendt ækvivalenstolkning *290*
opfindelse *53*
opfindelsens betydning *199*, *346*
opfindelsens essentielle elementer *162*
opfindelsens særegne egenskaber *162*
»opfindelsens virkemåde« *162*
opfindelsens værdi *274*, *276*, *323, 375*
opfindelseshøjde *110*, *113*, *121*, *155*, *281*, *298, 314, 315, 319, 349, 353, 355, 391, 399, 403, 411*
opfindelseshøjde hos den omtvistede genstand *279*
opfindelseshøjdeanalogilæren *107*, *113*
opfindelsestanken *110*, *162*, *166*, *226*, *329*
ordret krænkelse *54*, *280*, *342, 354*, *398*
ordrette beskyttelse *54*, *314, 319, 338*
overbestemmelse *329, 331*
overbestemmelseslæren *111*, *329, 334*
overordnet afvejningsparameter *102*, *309, 354*

P
parternes tilskæring af sagen *339*
passende beskyttelse *362, 390*
patentbeskrivelsen *117, 139*, *150*, *155*, *193, 195*, *198, 353, 359, 388*
patenterbar opfindelse *53*
patenterbarhedsbegrundende tekniske effekt *367, 371, 372, 389, 390, 398, 399, 402*
patenteret opfindelse *53*
patentets klassificering *328, 358, 394, 403*
»patenthaveren« *54*
patenthaverens egen udnyttelse *274, 326*

patenthaverens omsætning *115*, *276*, *277*, *328, 358, 394, 403*
patenthaverens subjektive forhold *249*, *258, 377*
patenthaveres egen udnyttelse *357*
patenthavers udtalelser *140, 262, 271, 325, 356, 393*, *403*
patentkrav *117, 193, 353, 359, 365, 388*
patentkravets tekniske effekt *368*
patentkravslæren *107*, *108*, *338, 363*
patentmyndigheden *156*
patentretlig ækvivalens *111*
patentretligt ækvivalent *85*
patentsystemets reale begrundelse *87*
pioneropfindelse *86*, *132*, *133*, *198*, *389*
prioriteringsregler *102*
prioritetskategorier *322*
private viljeserklæringer *136*
problem *110*, *162*, *165*, *168*, *189*, *197*, *216*, *226, 321, 329, 355, 367, 368, 391*
»product X obtainable by process Y« *158*
produktkrav *102, 244*
prototypeteorien *107*, *115*

R
»real merit« *274*
reale hensyn *32*, *45*, *135*, *161*, *207*, *209*, *309*
retlige principper *107, 118*
retlige standarder *119*
retsfaktorer *60*
retsfaktum *60*, *118*, *366*
retsfølge *60*
retskraftslæren *274*
retsregler *59*, *118*
rettighedshaverens omsætning *276*
reverse engineering *100*

S
sammendraget *27*, *262*
sammenligningsobjektet *276*, *310, 354, 370, 372*
samtykke *273*
sekventiel vurdering *335, 358, 395, 400*
selvstændighed *114*
simultan vurdering *335, 358, 395, 400*
småopfindelser *198*, *199*
sprogets naturlige begrænsninger *257*
stofkrav *210, 311, 320, 355, 369, 371, 390, 391, 399*
subjektiv fortolkning *151*, *154*, *365*
supplerende beskyttelsescertifikater *373*
syn og skøn *57*, *151*, *191*, *197*, *205*, *256*, *410*
særegne egenskaber *121*, *163*, *183*, *190*, *191, 196, 268, 303, 312, 321, 324, 330, 349, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 366, 389*
særlig kommission *222*
»såsom« *157*

T
talangivelser *217*, *257*, *328, 379*
teknisk ækvivalens *85, 110*, *111*, *168*
tekniske effekt, den *190*, *197*, *314, 319, 320, 321, 370, 392*
tekniske forskelle og ligheder *323, 356, 372, 392, 402*
teknologispredningseffekten *96*, *99*, *363, 374, 380*
tillidsteori *136*
transaktionsomkostninger *285*
trediemands retssikkerhed *363, 390, 400*
træk *54, 111, 268, 329, 334, 354, 358, 394, 400*
tvangslicens *99, 285, 289, 290*
tysk ret *35*, *47*

U
uagtsomhed hos patenthaveren *251, 327, 357, 377, 393*, *403*
udenlandsk retspraksis *43*
udenlandske domstole *125*
udførelseseksempler *314, 317, 320, 346, 355, 391, 400*
udseende *277, 326, 357*, *394*, *403*
udtalelser *156*, *262*
udtalelser fra den danske patentmyndighed *48*, *405*
udviklingsomkostninger *97*, *208*, *327*, *357, 372, 373*, *374*, *392, 402*
uforudsigelig teknik *378*
ugyldighed *46*, *78*, *82*, *121*, *197*, *308, 349, 354*
ugyldighedspåstand *124*, *127*, *130*, *133*, *155*
ugyldighedssag *140, 272*, *273, 312, 325, 356, 392*, *393*, *399*
uklarheder *137,151*, *154*, *252*, *326, 348, 364, 394, 396, 403*
underkav *157*
undtagelserne fra patentbeskyttelsen *29*
utilsigtet sideeffekt *197, 315, 319, 321, 355, 368, 370, 391, 392*, *399*

V
virkemåde *162*, *256*, *267*
voldgift *124*
værdi *323, 393, 402*
væsentlig lighed *309, 321, 322, 323, 355, 356*

Æ
ækvivalens *85, 109*, *164*, *167*
ækvivalenslæren *53*, *104*, *106*, *107*, *109*, *163*
ækvivalenstolkning *112*, *337*
ækvivalente midler *300*
ændring af patentkravene under ansøgningens behandling *267*
ændringer *156*, *267*

Å
åbenbare fejlskrivninger *138*

1964-betænkningen *154, 348*
anden og efterfølgende medicinske indikationer *246*
2.MI-krav *243*, *246*, *324*, *356*, *369*, *371*, *381*, *390*, *391*, *400*