

UDSKRIFT  
AF  
HØJESTERETS DOMBOG

**HØJESTERETS DOM**  
afsagt onsdag den 16. maj 2012

**Sag 331/2010**

(1. afdeling)

Power Stow A/S

(advokat Henrik Christrup)

mod

Ankenævnet for Patenter og Varemærker

(kammeradvokaten ved advokat Tomas Ilsøe Andersen)

Hovedintervenient:

RASN A/S

(advokat Peter-Ulrik Plesner)

I tidligere instans er afsagt dom af Sø- og Handelsretten den 10. november 2010.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Lene Pagter Kristensen, Poul Søgaard, Henrik Waaben, Michael Reklings og Jan Schans Christensen.

**Påstande**

Appellanten, Power Stow A/S, har gentaget sin påstand.

Indstævnte, Ankenævnet for Patenter og Varemærker, har påstået stadfæstelse.

Hovedintervenienten, RASN A/S, har påstået stadfæstelse, subsidiært at brugsmødel BR 2005 00245 opretholdes med nogle nærmere omskrevne kravsat.

- 2 -

### **Supplerende sagsfremstilling**

Power Stow A/S har frafaldet at gøre en række modhold gældende. De modhold, der herefter påberåbes for Højesteret, er den internationale patentansøgning WO 98/54073, sagens bilag 16 (D5), det danske patent 170863, sagens bilag 6 (D1), patent US 3,268,099, sagens bilag Hq/28 (D2), og forprojektet.

### **Forklaringer**

Til brug for Højesteret er der afgivet supplerende forklaringer af Klaus Glendorff og Claus Elmeros.

Klaus Glendorff har supplerende forklaret, at han var ansat i CAS indtil begyndelsen af 2001. Derefter var han ansat i Rosti i ca. 2 ½ år, og fra 2004 til 2009 var han ansat i SAS.

Såvel sikkerhedsudvalget som samarbejdsudvalget i CAS var involveret i projektet. Han vil tro, at der var tale om ca. 15 medarbejdere. Det var vigtigt for ledelsen at vise, at man gjorde noget i forhold til det påbud, der var givet af Arbejdstilsynet, og desuden vurderede man også, at man fik den bedste løsning ved at involvere medarbejderne. Han ved ikke med bestemt, hvor mange der var involveret i projektet fra SAS' side, men han vil tro, at der i hvert fald har været tale om lige så mange som fra CAS. SID havde 2 medarbejdere direkte involveret, men han er bekendt med, at projektet tillige blev diskuteret på ugentlige møder i fagforeningen. SID gik meget op i projektet, da det drejede sig om arbejdsmiljøet. I perioden 1996 frem til september 1997 blev der holdt rigtig mange møder, fordi det som sagt var vigtigt at vise medarbejderne, at der skete noget.

Det var CAS, SAS og SID, som sammen havde betalt for forprojektet. Da forprojektet forelå, blev det sendt til virksomhederne. For at komme videre fra forprojektet var der behov for et større millionbeløb fra hver virksomhed til den videre udvikling.

Han ved ikke, hvorfor confidentiality agreement kom frem i marts 1998. Han husker ikke, at der forud for dette tidspunkt var aftalt fortrolighed mellem parterne. Det ville også være i modstrid med, at medarbejderne skulle involveres. Han husker ikke, hvad der er sket med denne erklæring. Han har med sikkerhed ikke underskrevet dokumentet.

Han har ikke kendskab til det foreviste letter of intent, og han har heller ikke set et underkrevet eksemplar.

Med hensyn til organisationsplanen af 20. december 1998 har han forklaret, at der i SAS findes en "cookbook", som er en skabelon for, hvordan man kører projekter. I SAS gør man det på den måde, at man både har en styregruppe, en projektgruppe og en brugergruppe. Brugergruppen er typisk en gruppe af medarbejdere, der ikke har været plads til i projektgruppen. Brugergruppen har den funktion dels at kontrollere projektgruppen, dels at informere de øvrige medarbejdere om de tiltag, der er i gang.

Når han i sin forklaring fra Sø- og Handelsretten har talt om loyalitet, går det på den almindelige samarbejdsform. Det vil sige, at man ikke siger et og gør noget andet i forhold til samarbejdspartnere.

Med hensyn til mødet, hvor forprojektet blev præsenteret af Lars Thøgersen, er det mest sandsynligt, at han ikke har deltaget i mødet. Han har fået orientering fra mødet, men ved ikke præcis, hvad der er blevet sagt på mødet.

Han ved ikke, hvor mange eksemplarer af forprojektet der er blevet lavet. Han ved ikke om alle, som var med i den oprindelige projektgruppe, også har fået kopi af forprojektet. Han ved heller ikke, om alle de personer, som er nævnt på organisationsplanen, har fået kopi af forprojektet, men det er overvejende sandsynligt. Han ved ikke, om forprojektet er udleveret til andre end personer fra CAS, SAS, SID eller Arbejdstilsynet. Det er ikke almindeligt, at man udleverer kopier af et forprojekt til konkurrenter.

Skønsmand Claus Elmeros har supplerende forklaret, at "problem and solution approach"-metoden er en analysemetode udviklet af de europæiske patentmyndigheder. Metoden bruges til at finde ud af, om et patent har opfindeshøjde. Metoden er udviklet i forhold til patenter, ikke i forhold til brugsmødder. Der er flere trin i denne metode. Det første er, at man skal finde den nærmeste kendte teknik. Derefter ser man på, hvorledes den opfindelse, som man har foran sig, adskiller sig fra kendt teknik, og hvilken teknisk effekt denne ændring har. Man kan endvidere se på, hvilket problem der løses i forhold til den kendte teknik, og endelig om det er indlysende for en fagmand at kombinere disse løsninger.

- 4 -

Når man skal vurdere, hvad der er den nærmeste kendte teknik, er der flere kriterier, man kan bruge. Et af dem er, hvad der er det mest egnede springbræt for den opfindelse, man nu har foran sig. Det mest egnede springbræt kan være den tidligere kendte teknik, hvor der er størst fællestræk, og hvor der er behov for færrest konstruktive ændringer. Det er dog en vurderingssag, og det er ikke altid tilfældet, at det er sådan. Men i den konkrete sag var det hans vurdering, at det var det, der var det mest egnede springbræt. Det kan også siges sådan, at det var det skrift, der beskriver et apparat til tilsvarende formål, hvilket apparat fordrer den mindste konstruktive og funktionelle ændring for at føre frem til frembringelsen.

I relation til hans svar på spørgsmål 12 i skønstemaet var hans samlede vurdering på grundlag af de tidligere nævnte kriterier, at DK 170863, sagens bilag 6 (D1), udgjorde den nærmeste kendte teknik. Som sagt kan man ikke give et fuldstændigt entydigt svar på, hvad der er den nærmeste kendte teknik. Det afhænger også af, hvilke kriterier man vægter mest. Han vil dog stadig holde fast i sin vurdering af sagen. Den internationale patentansøgning WO 98/54073, sagens bilag 16 (D5), som af Sø- og Handelsretten er blevet vurderet som den nærmeste kendte teknik, består af et antal transportbånd, hvor DK 170863 er en ledtransportør. Det er hans vurdering, at den opbygning af transportøren, som fremgår af DK 170863, ligger tættere på brugsmodellen end WO 98/54073.

Han er bekendt med EPO's guidelines om, at man ved udfindelse af nærmeste kendte teknik lægger vægt på, om der er en tilsvarende funktion eller effekt. Med andre ord, om opfindelsen søger at løse det samme problem. Dette kan også være et kriterium for at fastlægge den nærmeste kendte teknik. Han er enig i, at det er det kriterium, som er anvendt af Patent- og Varemærkestyrelsen.

Han kan bekræfte, at når man taler om højdeindstilling, er det for at løse problemet med at kunne læsse godset i en ønsket højde og derved undgå løft. Voldbys patent (DK 170863) løser ikke dette problem. Derimod løser WO 98/54073 problemet med at læsse gods i en ønsket højde.

I relation til stridsbrugsmodellens krav 1 er det fortsat hans opfattelse, at DK 170863 opfylder træk a), b), c), e) og f). Det er også fortsat hans opfattelse, således som han har svaret på spørgsmål 43, at træk d) og h) skal læses i sammenhæng. Han kan således bekræfte, at der reelt kun er to træk, som ikke genfindes i DK 170863 i forhold til stridsbrugsmodellens krav

1. Der er dels tale om midler til at variere hældningen, dels om de respektive aktiverbare transportørbaner (træk g)). Det er korrekt, at det ikke er helt klart, hvad der forstås ved træk g).

Hans svar på spørgsmål 46 er hans udlægning af de få steder i stridsbrugsmodellens beskrivelse, som vedrører træk g). Der må være tale om en form for aktiverbarhed på hver enkelt enhed. Han har til forståelsen af træk g) navnlig hæftet sig ved beskrivelsen i stridsbrugsmodellen, side 6, linje 5-9.

I relation til "problem and solution approach"-metoden er det endvidere sådan, at man definerer et objektive teknisk problem. Problemstillingen i den konkrete sag er mere speciel end blot at laste og losse et fly. Der er tale om en løsning af nogle arbejdsforhold i et lastrum. Han er fortsat enig i, at det objektive problem kan defineres således, som han har svaret på spørgsmål 18. Ser man på DK 170863 i forhold til denne formulering af problemløsningen, forholder det sig sådan, at transportøren i DK 170863 kommer fra jorden til lastrummet og også ind i lastrummet, men den løser ikke problemet med at variere højden ved aflæsning af godset inde i flyet. Det er arbejdsbelastningen i forhold til stuveren, som bliver løst ved stridsbrugsmodellen. Han kan ikke sige, om det er vigtigt for løsningen af problemet, at der indgår "en respektiv aktiverbar transportørbane", men han kan se, at det kan indgå som et element i løsningen af problemet, og at det er det, som rent faktisk er sket. Frembringeren har således løst problemet ved, at også den forreste transportørenhed er en selvstændig aktiverbar enhed.

Han kan vedstå sit svar på skønstemaets spørgsmål U. Når han taler om håndtering af bagage, er der både tale om løft og sidelæns bevægelser. Træk d) og f) gælder alle transportørenhederne. De skal både kunne bevæges sidelæns og i højden. Bagagen skal bringes fra et niveau til et andet på en eller anden måde. Den yderste transportørbane skal derfor også være aktiverbar for at bringe bagagen op i den rette højde. Træk g) har derfor også betydning for løsning af problemet.

I relation til den skrå båndløfter, som er vist i forprojektet, side 17, indikerer pilene, at den kan vippe, og at man dermed kan variere hældningen på den. Man kan dog ikke af tegningen på side 17 se, om der er tale om den forreste transportørenhed. Det kan også være et

fritstående apparat. Det skrå stykke ved gulvet kunne indikere, at der er tale om en stand-alone løsning.

Foreholdt Østre Landsrets kendelse af 7. maj 2009 erkender han, at der på den skrå båndløfter ikke er vist drivmidler til at variere hældningen. Det må dog for en fagmand være nærliggende, at der vil være en eller anden form for automatiseringsmekanisme. Det er heller ikke indikeret på tegningen, at der skulle være hjul, ligesom der ikke er vist noget om, at båndløfteren skal bygges sammen med et andet transportbånd. Der er heller ikke på tegningen af båndløfteren vist mulighed for sidelæns bevægelse.

Forevist båndmodul med skrå båndløfter på side 18 i forprojektet, har han forklaret, at det her er angivet, at båndet både kan bevæges op og ned og sidelæns. Han kan bekræfte, at der er tale om en anden tegning, end den der er vist på side 17. Bundrammen på båndløfteren vises således ikke, og en løsning som den angivne vil kræve, at der er et eller andet, der holder båndet. Ellers vil det kunne klappe sammen, hvis der lægges bagage på. Det fremgår ikke af tegningen, om transportbåndet og båndløfteren er sat sammen, eller om de blot er sat ved siden af hinanden, og der er igen ikke vist nogen hjul. Det er heller ikke vist, hvordan båndet styres, og man kan ikke se af tegningen, om båndet kan skydes ud og ind og klappes sammen. Der er heller ikke vist midler til at variere hældningen. Håndtagene på siden af båndløfteren kunne indikere, at der skal ske en manuel håndtering af transportbåndet, når det skal hæves og sænkes. Der kan dog være mange praktiske grunde til, at man har et håndtag. Det kommer an på, hvordan indretningen i øvrigt er lavet, om der skal ske en manuel håndtering. Håndtaget kan også være der for at trække apparatet hen til det sted, hvor det skal benyttes.

Det er korrekt, at hvis man kombinerer DK 170863 med den skrå båndløfter i forprojektet på side 18, så har man de elementer, som opfylder trækkene i krav 1. Det er dog hans holdning, at det ikke på tidspunktet for frembringelsen var nærliggende at kombinere netop de to elementer. På side 17 i forprojektet er angivet flere alternative løsninger på løfteproblemet, og det er ikke givet på forhånd, at en af løsningerne er bedre end en anden, og at man ville vælge nøjagtig den skrå båndløfter. For at nå frem til de elementer, som indgår i brugsmodekravet, er det ikke nok bare at kombinere DK 170863 med båndløfteren i forprojektet, side 17. Der vil være noget på begge apparater, DK 170863 og båndløfteren, som skal tilpasses for at nå frem til brugsmodekravet.

Hvis forprojektet var offentligt tilgængeligt forud for frembringelsen af brugsmodellen, ville en fagmand pr. definition have kendskab til det som del af den kendte teknik.

Et modhold skal vurderes i forhold til det, som var kendt af fagmanden forud for indleveringsdatoen. Senere opfindelser har således ikke betydning for vurdering af et modhold.

Skønsmanden har om "could-would"-tilgangen bemærket, at en fagmand kan mange ting. Men en ting er, hvad en fagmand kan, noget andet er, hvad fagmanden vil gøre. Selv om man har to kendte teknikker, som man kan kombinere, så er spørgsmålet hele tiden, om en fagmand vil eller er tilskyndet til at kombinere de to teknikker. Når han selv skal kigge efter, om der foreligger en tilskyndelse for en fagmand, vil han kigge på, om der ligger en sådan tilskyndelse i den nærmeste kendte teknik. Hvis det forudsættes, at forprojektet var offentligt tilgængeligt, ville en fagmand kunne stå med DK 170863 og finde inspiration og tilskyndelse til sin frembringelse i forprojektet. Det er korrekt, at "could-would"-tilgangen er udviklet af EPO og vedrører patenter.

Forprojektets side 3 giver en introduktion af virksomhederne og baggrunden for forprojektet. På side 4 er der opstillet en række grundlæggende specifikationer for forprojektet. På side 5 og 6 gives en kort introduktion til 6 eksisterende hjælpemidler. Man må formode, at disse hjælpemidler er blevet fundet relevante af de personer, der har været inddraget i projektet. Han kan bekræfte, at flexbåndet er nævnt som et af disse hjælpemidler. Det er korrekt, at side 7 i forprojektet beskriver forfatterens egne undersøgelser, og at man på side 8 får en afgrænsning af forprojektet. Side 9 beskriver de almindelige tilgange til et fly, og på side 10 får man en række oplysninger om de funktioner og den bemanning, der skal være ved lastning af et fly. Side 11 indeholder en oversigt over de arbejdsgange, der er ved lastning og losning af fly. På side 12 beskrives arbejdsbelastningen for de personer, der er involveret i lastningen, henholdsvis lasteren, lugemanden og stuveren, og på side 13 er beskrevet de problemer, der er ved lastning af fly. Side 14 gennemgår forskellige løsningsmuligheder for at få bagagen ind i flyet, det vil sige løsningen på lugemandens funktion. En af løsningerne på side 14 er vist i sort og springer dermed mere i øjnene. På side 15 beskrives forskellige løsninger på problemet med transport af bagagen i flyets cargorum. Også her er en af løsningerne vist i sort. På side

16 vises løsning på problemet med længdefleksibilitet på transportøren. Også en af disse løsninger er vist i sort. På side 17 gives der løsning på højdeproblematikken, altså stuverens arbejde. Her er der flere løsninger, som er fremhævet med sort. Side 18 i forprojektet sammenstiller nogle af de løsningsmodeller, som er præsenteret tidligere i dokumentet, og en af disse er i sort. Han står stadig ved, at man ikke ud af denne kopi kan se, hvad det sorte betyder. Grunden til, at det er sort, kan lige så godt være, at det er en kopi af et farvefoto. Der er ikke i forprojektet entydigt peget på en løsning. Frembringeren skal således selv foretage et valg.

Det er korrekt, at brugsmødder ikke udstedes af de europæiske patentmyndigheder. Registreringen af en brugsmødder beror således på national lovgivning.

Formuleringen i brugsmøddelovens § 5: "tydeligt adskiller sig fra", er blevet præsenteret således, at tærsklen for, hvad der har frembringelseshøjde, er lavere ved en brugsmødder, end tærsklen for, hvad der har opfindelseshøjde, er for et patent. Der mangler en klar retspraksis om, hvor meget lavere tærsklen er for frembringelseshøjden. Han er enig i, at hvis et patent først er godkendt af EPO, vil det være ulogisk, hvis samme frembringelse ikke kunne registreres efter de danske regler om brugsmødder.

Stridsbrugsmøddellens krav 2 er en yderligere specifikation af krav 1. Det er en specifikation, som han ikke har genfundet i nogen af de modhold, som han er blevet præsenteret for. Tilsvarende gælder for krav 16, som han heller ikke har set i nogen af modholdene.

### **Højesterets begrundelse og resultat**

Det er efter den dagældende brugsmøddelovs § 3, stk. 1, (den nugældende lovs § 5, stk. 1) et krav for at opnå registrering som brugsmødder efter lovens § 1, stk. 1, at der er tale om en frembringelse, som er ny i forhold til, hvad der var kendt før ansøgningens indleveringsdag, og at den tydeligt skal adskille sig derfra. Efter § 3, stk. 2, 1. punktum, anses alt, hvad der er blevet almindeligt tilgængeligt, som kendt.

RASN A/S fik den 10. marts 2006 brugsmødderregistreret sit transportbånd til stykgods som brugsmødder DK 2005 00245 U4 med prioritet fra 11. januar 2000.



- 9 -

Spørgsmålet i sagen er, om transportbåndet opfylder nyhedskravet og kravet om frembringelseshøjde i § 3, eller om brugsmodellen skal slettes fra registrering i Patent- og Varemærkestyrelsen, fordi disse krav ikke er opfyldt.

Forprojektet fra september 1997 var resultatet af et projektarbejde, som var iværksat af SAS, Copenhagen Air Services A/S (CAS) og Specialarbejderforbundet i Danmark (SID). Hovedformålet var at afdække, om det var realistisk at udvikle et teknisk hjælpemiddel, der eliminerer eller reducerer arbejdsbelastningen for laste/losse-medarbejdere betydeligt, samt at foretage en økonomisk og tidsmæssig vurdering af et faseopdelt produktudviklingsprojekt.

Højesteret tiltræder, at det efter bevisførelsen må lægges til grund, at projektet kun var kendt inden for en snæver og veldefineret kreds af projektejdere og konsulenter, og at forprojektet herefter ikke kan antages at have været nyhedsskadeligt for brugsmodel DK 2005 00245 U4. Det ændrer ikke herpå, at forprojektet blev sendt til Arbejdstilsynet.

Hertil kommer, at forprojektet alene indeholder et katalog over løsningsmuligheder uden at vælge mellem disse og uden at angive løsninger på tekniske frembringelser.

Det fremgår af forarbejderne til brugsmodelloven, at loven tager sigte på tekniske frembringelser, der ikke har det niveau i forhold til det kendte, at de kan patenteres. Kravet om frembringelseshøjde ligger således på et lavere niveau end patentrettens opfindelseshøjde.

I sager af denne karakter må der kræves et sikkert grundlag for at tilsidesætte Patentankenævnets afgørelse af, om der foreligger den nødvendige frembringelseshøjde, jf. herved Højesterets dom af 21. august 2008 (UfR 2008, s. 2554).

Der er uenighed mellem parterne om, hvorvidt det danske patent 170863, sagens bilag 6 (D1), eller den internationale patentansøgning WO 98/54073, sagens bilag 16 (D5), er den nærmestliggende kendte teknik. Skønsmanden er af den opfattelse, at patent 170863 må anses for den nærmestliggende kendte teknik, jf. svaret på spørgsmål 12, mens Patentankenævnet i sin afgørelse af 7. januar 2008 har tiltrådt Patent- og Varemærkestyrelsens vurdering, hvorefter WO 98/54073 er den nærmestliggende kendte teknik. Nævnet har samtidig vurderet, at der foreligger den nødvendige frembringelseshøjde også, når WO 98/54073 kombineres med de øvrige modhold i sagen.

- 10 -

Det fremgår af skønsmandens besvarelser, navnlig af spørgsmål 4, 5, 31, D, E, F, U, V, og W, samt af hans forklaringer, at det er skønsmandens opfattelse, at brugsmodel DK 2005 00245 U4 rummer ny teknik i forhold til begge modhold.

Højesteret finder på baggrund af det anførte, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Patentankenævnets afgørelse, hvorefter brugsmodel DK 2005 00245 U4 opfylder kravene i den dagældende brugsmodellovs § 3, idet modellen må anses for at have den nødvendige frembringseshøjde i forhold til begge modhold. Modholdet vedrørende patent US 3,268,099, sagens bilag Hq/28 (D2), kan heller ikke føre til en tilsidesættelse af Patentankenævnets afgørelse.

Højesteret stadfæster herefter dommen.

### **Thi kendes for ret:**

Sø- og Handelsrettens dom stadfæstes.

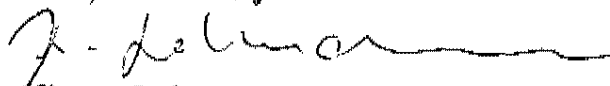
I sagsomkostninger for Højesteret skal Power Stow A/S betale 100.000 kr. til Ankenævnet for Patenter og Varemærker og 100.000 kr. til RASN A/S.

De idømte sagsomkostningsbeløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.

--oo0oo--

**Udskriftens rigtighed bekræftes.**

**Højesteret, den 16. maj 2012.**



**Kirsten Lohmann**

**kontorfuldmægtig**