

- IIW

UDSKRIFT
AF
SØ- & HANDELSRETTENS DOMBOG

DOM

Afsagt den 24. januar 2018

V-20-17

Minkpapir A/S
(advokat Claes Wildfang)
mod
Ankenævnet for Patenter og Varemærker
(advokat Regitze Aalykke Hansen)

Sagens baggrund og parternes påstande

Sagen drejer sig om prøvelse af en afgørelse truffet af Ankenævnet for Patenter og Varemærker, hvorefter en ansøger af et patent ikke med hjemmel i patentlovens § 11 kan afdele en national patentansøgning på basis af en europæisk patentansøgning.

Minkpapir A/S har nedlagt følgende påstande:

1. Ankenævnet for Patenter og Varemærker tilpligtes at anerkende, at Minkpapir A/S' patentansøgning PA201400665 indleveret til Patent & Varemærkestyrelsen den 13. november 2014 skal anses for at være en retmæssig afdelt patentansøgning på basis af EP12075029.4 indleveret den 16. september 2004 med prioritet fra dansk patentansøgning PA200301339 indleveret den 16. september 2003.
2. Sagen hjemvises til Ankenævnet for Patenter og Varemærker med henblik på fornyet behandling af patentansøgning PA201400665.

Ankenævnet for Patenter og Varemærker har nedlagt påstand om frifindelse.

Oplysningerne i sagen

Minkpapir A/S beskæftiger sig blandt andet med salg af udstyr til minkbranchen.

Den 13. november 2014 indgav Minkpapir A/S patentansøgning PA 2014 00665 til Patent- og Varemærkestyrelsen angående "Tane til taning af skind, specielt skind fra mink". Ansøgningen blev indleveret med anmodning om afdeling fra Minkpapirs europæiske patentansøgning EP12075029.4, som blev indleveret den 16. september 2004, og som har prioritet fra den oprindelige danske ansøgning PA200301339 af 16. september 2003.

Ved Patent- og Varemærkestyrelsens brev af 16. februar 2015 med tilhørende behandlingsrapport og nyhedsundersøgelserapport blev Minkpapir A/S orienteret om, at ansøgningen ikke kunne anses som en afdelt ansøgning, da den ikke er afdelt direkte fra en dansk ansøgning. Ansøgningen fik derfor først virkning fra indleveringsdagen den 13. november 2014. Patentansøgningen manglede herefter nyhed og opfyldte ikke kravet om at adskille sig væsentligt fra den kendte teknik.

Minkpapir A/S fremkom med supplerende bemærkninger ved brev af 24. juni 2015. Med brevet var vedlagt en indhentet vurdering af samme dato fra advokat Hans Henrik Skjødt.

Efter yderligere brevveksling mellem Minkpapir A/S og Patent- og Varemærkestyrelsen traf Patent- og Varemærkestyrelsen afgørelse den 19. januar 2016 og meddelte afslag på Minkpapir A/S' patentansøgning PA 2014 00665.

Minkpapir A/S påklagede Patent- og Varemærkestyrelsens afgørelse ved brev af 17. marts 2016 til Ankenævnet for Patenter og Varemærker.

I forbindelse med behandlingen af sagen for Ankenævnet for Patenter og Varemærker fremkom Minkpapir A/S med supplerende bemærkninger og sendte en indhentet vurdering af 13. april 2016 fra advokat Nikolaj Lindgreen.

Patent- og Varemærkestyrelsen fastholdt i en udtalelse af 20. maj 2016 til Ankenævnet for Patenter og Varemærker sin vurdering og konklusion.

Advokat Nikolaj Lindgreen udarbejdede herefter en supplerende vurdering af 10. juni 2016, som Minkpapir A/S sendte til Ankenævnet for Patenter og Varemærker.

Den 18. januar 2017 traf Ankenævnet for Patenter og Varemærker afgørelse, hvoraf blandt andet fremgår:

"Ankenævnet udtaler:

Spørgsmålet er, om patentlovens § 11 er begrænset til danske patentansøgninger, eller om den tillige omfatter europæiske ansøgninger.

Det bemærkes indledningsvis, at bestemmelsen er formuleret i overensstemmelse med det almindelige territorialitetsprincip og princippet om patenters (og ansøgningers) uafhængighed. Behovet for § 11 opstår, fordi patentlovens § 2 fastslår, at indholdet i en før patentansøgningens indleveringsdag her i landet indleveret patentansøgning anses som kendt, såfremt ansøgningen bliver almindeligt tilgængelig i overensstemmelse med reglerne i patentlovens § 22. Da det, som afdeles, fremgår af den tidligere ansøgning (moderansøgningen), er der behov for en særlig hjemmel for at undgå, at moderansøgningen er til hinder for den senere (afdelte) ansøgning.

Det er således ankenævnets opfattelse, at adgangen til afdeling kræver særlig lovhjemmel, og at denne som udgangspunkt findes i patentlovens § 11. Det bemærkes i den forbindelse, at man ikke - som antydtes af klager - kan "vende bevisbyrden om" for eksistensen af en sådan hjemmel. Det er således ikke tilstrækkeligt for at imødekomme klagers synspunkt, at man ikke med sikkerhed kan fastslå, at §§ 11 og 82 (herom nedenfor) ikke giver hjemmel til afdeling fra en europæisk moderansøgning.

Ankenævnet er enig med styrelsen og klager i, at spørgsmålet om § 11's rækkevidde, hvad angår afdeling fra en europæisk moderansøgning, ikke er afklaret hverken i lovens forarbejder, i retspraksis eller i litteraturen. Det synes imidlertid at være forudsat i den danske og nordiske litteratur, at § 11 ikke giver en sådan hjemmel, og at noget tilsvarende gælder i forhold til EPK, jf. dennes artikel 76. Der synes at være enighed om, at udgangspunktet for afdeling skal være en national (for EPK: en europæisk) moder-, henholdsvis stamansøgning. Denne retstilstand, der, som nævnt indledningsvist, svarer til lovens systematiske udgangspunkt, synes ligeledes at være forudsat i Patentbekendtgørelsens §§ 30 og 31. Ankenævnet finder endelig, at det peger i samme retning, at lovgiver ved implementeringen af EPK artikel 135 (om konvertering af en europæisk patentansøgning til en national patentansøgning) alene implementerede stk. 1, litra a, i patentloven, jf. dennes § 88, hvorimod tillige litra b, der giver medlemsstaterne mulighed for at indføre bestemmelser om konvertering af en europæisk ansøgning af andre grunde, blev implementeret i relation til brugsmodelretten, jf. BML § 12. Det er derfor ankenævnets konklusion, at patentlovens § 11 ikke indeholder den fornødne lovhjemmel til, at afdeling af en dansk patentansøgning kan ske på baggrund af en tidligere indleveret europæisk ansøgning.

Der kan endvidere ikke udledes en særlig hjemmel hertil af patentlovens § 82, der med styrelsens ord med rette kan betegnes som en "generalklausul".

På denne baggrund stadfæstes den i sagen foreliggende afgørelse, idet ankenævnet i øvrigt kan tiltræde de af styrelsen anførte grunde.

Herefter bestemmes:

Den påklagede afgørelse stadfæstes.

Sagens baggrund:

Den 13. november 2014 indleverede Budde Schou A/S på vegne Minkpapir A/S en ansøgning om patent angående "Tane til taning af skind, specielt skind fra mink".

Krav: Bilag 1

I brev af 19. januar 2016 meddelte Patent- og Varemærkestyrelsen endeligt afslag på ansøgningen med følgende begrundelse:

"... 1. Konklusion

Vi har tidligere skrevet til dig, at vi ikke kunne imødekomme din ansøgning, da din opfindelse var kendt.

Vi mener stadigvæk, at dette forhold gør, at vi ikke kan imødekomme din ansøgning. Vi har derfor afslået den under henvisning til § 16 i patentloven no. 108 af 24. januar 2012.

Det begrunder vi nedenfor.

2. Begrundelse

Det er fortsat vores vurdering, som angivet i vores breve af 16. februar 2015 og 31. august 2015, at det ikke er muligt, at anvende en europæisk ansøgning som en stamansøgning til en dansk ansøgning.

Vi er enige i, som det fremgår af dine breve af 24. juni og 26. oktober 2015, at Patentlovens § 82 er baseret på Den Europæiske Patentkonvention (herefter EPK) art. 66 og art. 139.

Vi er derimod ikke enige i, at Patentlovens § 82, som det fremgår af dit brev af 26. oktober 2015, *uden forbehold eller indskrænkninger* sidestiller europæiske og danske patentansøgninger.

Som det fremgår af vores brev af 31. august 2015 er det vores opfattelse, at Patentlovens § 82 vedrør ansøgningens juridiske status, særligt prioritets- og modholdstidspunktet. Patentlovens § 82 er ikke en generelklausul, der uden forbehold eller indskrænkninger ligestiller europæiske og nationale patentansøgninger, herunder i relation til spørgsmålet om afdelte ansøgninger i Patentlovens § 11.

Fortolkningen af Patentlovens § 11 skal baseres på den tilsvarende bestemmelse i EPK, som er art. 76 og Regel 36. En konform fortolkning mellem Patentlovens § 11 og EPK art. 76 og Regel 36 indebærer, at man fortolker kravet i Regel 36 om, at der skal være tale en verserende *europæisk* ansøgning, i en dansk kontekst i relation til Patentlovens § 11, det vil sige, at der skal være tale om en verserende *dansk* ansøgning.

Det at hverken EPK eller Patentloven tillader at man anvender PCT ansøgninger, som en stamansøgning til en afdelt europæisk eller en afdelt dansk ansøgning, bekræfter at bestemmelserne i EPK og i Patentloven skal fortolkes konformt.

Det er endvidere vores opfattelse, at EPK og Patentloven er to forskellige ikke sammenblandede regelsæt, og at overgangen mellem disse regelsæt er reguleret. Overgangen sker således ved validering af et udstedt europæisk patent i Danmark, hvorfor der er en formodning imod, at der skulle eksistere andre muligheder for at overgå fra EPK til national lovgivning uden denne mulighed er direkte angivet.

I relation til den i dit brev af 26. oktober 2015 angivne mulighed for at afgrene danske brugsmødelansøgninger fra verserende europæiske patentansøgninger, er vi ikke enige i, at muligheden for at afgrene en dansk brugsmødelansøgning fra en verserende europæisk patentansøgning medfører, at der ligeledes eksisterer en mulighed for at afdele danske patentansøgninger fra europæiske patentansøgninger.

Det er korrekt, at der ved fortolkning af Brugsmødeloven kan hentes inspiration i Patentlovens forarbejder, blandt andet fordi Brugsmødeloven tidligere var en henvisningslov til Patentloven.

Det medfører ikke, at det uden videre kan konkluderes, at de bestemmelser i Brugsmødeloven, som er særegne for denne rettighedstype, kan anvendes ved en fortolkning af Patentloven.

Sigtet med Brugsmødelovens § 12 og Patentlovens § 11 er heller ikke den samme.

Det fremgår af forarbejderne til Brugsmodellovens § 12, at bestemmelsen er ment som en retrætemulighed for en ansøger, såfremt det viser sig, at hans patentansøgning helt eller delvis vil blive afslået på grund af manglende opfindeshøjde.

Patentlovens § 11, har derimod et andet sigte, idet bestemmelsen er møntet på en situation, hvor en patentansøgning indeholder to forskellige opfindelser, hvorfor man har ønsket at give ansøger mulighed for at afdele den ene opfindelse til en ny ansøgning, med samme prioritetsdato.

Da det ikke er muligt at anvende en europæisk ansøgning som stamansøgning til en dansk ansøgning, kan din ansøgning, som meddelt i vores behandlingsrapport, ikke anses som en afdelt ansøgning.

Prioritetsdatoen for din ansøgning er derfor lig med den reelle indleveringsdato 13. november 2014.

På det tidspunkt var indholdet af din ansøgning kendt fra følgende dokument: (D1) WO 2005/026394 A1 (MAJGAARD INVEST APS) 24. marts 2005.

Din ansøgning opfylder således ikke patenterbarhedskriterierne i patentlovens § 2, stk. 1.

Vi har derfor afslået din ansøgning..."

Denne afgørelse blev med brev af 17. marts 2016 fra Budde Schou A/S på vegne klager, Minkpapir A/S, indbragt for Ankenævnet for Patenter og Varemærker med følgende påstand:

"... I medfør af Patentlovens § 24 indklager vi hermed den af Patent- og Varemærkestyrelsen i dansk patentansøgning PA 2014 00665 trufne afgørelse dateret 19. januar 2016 om afslag af ansøgningen, idet vi samtidigt indbetaler klagegebyret på DKK 8.000,- som bedes hævet på konto PVS5.

Vi skal samtidigt anmode om at blive givet en frist på to måneder til at fremkomme med vor ankebegrundelse, idet det er vor opfattelse, at den af Patent- og Varemærkestyrelsen trufne afgørelse er i strid med de i patentlovens § 82 angivne bestemmelser om parallelitet mellem en national dansk patentansøgning og en ved den europæiske patentmyndighed (EPO) indleveret europæisk ansøgning med dansk designering, og tilsvarende den ikke-begrænsede definition i patentkrav 12 af mulighederne for indlevering af en afdelt ansøgning.

Vor begrundelse for disse forhold fremgår af den tidligere korrespondance, og til støtte for vor opfattelse, at det i medfør af patentlovens § 8 2 i kombination med patentlovens § 11 er overensstemmende med patentlovens bestemmelser, at tillade indleveringen af en afdelt dansk patentansøgning på basis af en ved EPO indleveret patentansøgning med dansk designering. Til støtte for vor opfattelse har vi bedt et anerkendt advokatfirma om at udfærdige en skriftlig opinion vedrørende disse forhold, men vi har fra pågældende advokatfirma fået oplyst, at det som følge af travlhed ikke vil være muligt at udfærdige dette responsum før klagefristens udløb den 19. marts 2016, men vi er stillet i udsigt, at vi kan forvente at modtage det pågældende responsum inden for to måneder regnet fra klagefristens udløb..."

Med brev af 18. april 2016 fremsendte Budde Schou A/S på vegne klager, Minkpapir A/S, uddybet klage som følger:

"... Under henvisning til skrivelse af 18. marts 2016 fra Ankenævnet for Patenter og Varemærker fremsender vi hermed udtalelse fra advokat Nicolai Lindgreen, som udtaler i sin konklusion, at der ikke er klar hjemmel til at fortolke bestemmelserne i patentlovens § 11 og § 82 således, at en afdelt dansk patentansøgning ikke kan baseres på en verserende europæisk patentansøgning.

Udtalelsen eller erklæringen fra advokat Nicolai Lindgreen, der – således som det fremgår af erklæringen – er forfatter sammen med professor Jens Schovsbo og patentagent Jesper Thorsen til den seneste version af patentloven med kommentarer udstedt i 2012, støtter således det synspunkt, som vi tidligere har givet udtryk for, nemlig at patentlovens bestemmelser defineret i patentlovens § 11 og § 82 giver hjemmel til, at der kan indleveres en national dansk patentansøgning som afdelt patentansøgning fra en verserende europæisk patentansøgning (med dansk designering). Dette synspunkt, som vi må fastholde har hjemmel i patentlovens § 11 og § 82, betinger rettelig, at den foreliggende danske patentansøgning må anses for at være en afdelt dansk patentansøgning med indleveringsdato den 16. september 2004 svarende til indleveringsdatoen for international patentansøgning WO 2005/026394 A1 og prioritetsdato den 16. september 2003 svarende til indleveringsdatoen for den tilgrundliggende danske patentansøgning PA 2003 01339, der er påberåbt som prioritetsbasis i international patentansøgning WO 2005/026394 A1, og følgelig vil modholdsvirkningen af pågældende internationale patentansøgning være elimineret, ligesom de i nyhedsundersøgelsesrapporten identificerede to skrifter fra 2007 ikke længere vil kunne modholdes, hvorefter den i den foreliggende danske patentansøgning omhandlede opfindelse vil opfylde betingelserne i henseende til såvel nyheds- som opfindeshøjde, og dermed bør den foreliggende danske patentansøgning godkendes og udstedes som dansk patent med ovennævnte indleveringsdato og ovennævnte prioritetsdato.

Vor argumentation for, at patentloven giver hjemmel til indlevering af en afdelt dansk patentansøgning på basis af en verserende europæisk patentansøgning med dansk designering, hvilket synspunkt tidligere er underbygget af advokat Hans Henrik Skjødt i erklæring fremsendt med vort svar af 24. juni 2015 til Patent- og Varemærkestyrelsen, og underbygget af den her fremsendte erklæring fra advokat Nicolai Lindgreen, er begrundet i de tidligere fremsendte svar af 24. juni 2015 og 26. oktober 2015, og vi vil ikke i nærværende ankebegrundelse gentage de argumenter, som vi har fremført tidligere, men blot henvise til disse skriftlige indlæg.

Såfremt Ankenævnet ikke umiddelbart vil omgøre den af Patent- og Varemærkestyrelsen truffene afgørelse af 19. januar 2016, men mener sagen bør yderligere belyses, vil vi anmode om, at der – således som det eksempelvis er praksis ved den europæiske patentmyndighed (EPO) – afholdes en mundtlig forhandling forud for Ankenævnets endelige afgørelse, igen naturligvis under forudsætning af, at Ankenævnet til trods for den her fremsendte dokumentation og de fra vor side tidligere fremsendte argumenter, ikke mener at kunne tilsidesætte Patent- og Varemærkestyrelsens afgørelse..."

Med brev af 20. maj 2016 afgav Patent- og Varemærkestyrelsen følgende udtalelse:

"... Ved brev af 20. april 2016 har Ankenævnet for Patenter og Varemærker anmodet om en udtalelse i ankesagen nr. AN 2016 00004.

Patent- og Varemærkestyrelsen skal i det hele henholde sig til de synspunkter, der allerede fremgår af vores brev af 31. august 2015, samt af afgørelsen af 19. januar 2016.

Klagerens brev af 18. april 2016, og dertil vedlagte udtalelse af 13. april 2016, udarbejdet af advokat Nicolai Lindgreen, giver dog anledning til følgende supplerende og uddybende bemærkninger.

Styrelsen skal i første omgang bemærke, at det fremgår af kommentarerne til Patentlovens § 82 i Lindgreen, Schovsbo og Thorsen, Patentloven, 1. udgave, side 505, note 82.1, at

Denne regel angår virkningen i Danmark af europæiske patentansøgninger med hensyn til bl.a. modholdelighed og provisorisk beskyttelse.

Styrelsen er opmærksom på formuleringen "bl.a." i det citerede. Det er styrelsens opfattelse, at formuleringen, ligesom bestemmelsen generelt, skal læses i overensstemmelse med EPK art. 66 og 139, som bestemmelsen er foranlediget af.

Det er i den forbindelse fortsat styrelsens opfattelse, som angivet i afgørelsen af 19. januar 2016, at EPK art. 66 og 139 vedrører den juridiske status af en europæisk patentansøgning i det nationale system, med særlig fokus på prioritets- og modholdstidspunktet, hvorfor en fortolkning af Patentlovens § 82 til at tillade anvendelse af europæiske patentansøgninger som stamansøgninger til nationale danske patentansøgning i relation til Patentlovens § 11, er for vidtgående og er ikke i overensstemmelse med lovgivers hensigt.

Styrelsen skal endvidere bemærke, i relation til det territoriale virkningsområde, som der henvises til i udtalelsen fra advokat Nicolai Lindgreen, side 4, overskrift 2 "Indskrænkende fortolkning", sidste afsnit, at en afdeling fra en europæisk patentansøgning til en national dansk patentansøgning, vil, efter styrelsens opfattelse, medføre en territorial udvidelse af patentets virkningsområde.

Styrelsen skal i den forbindelse henviser til, at et europæisk patent, valideret i Danmark, ikke har virkning i Grønland eller på Færøerne, idet bestemmelserne i Patentlovens §§ 75-90 ikke er sat i kraft for

Grønland og Færøerne, mens dette omvendt vil være tilfældet for et nationalt dansk patent, uagtet at patentet var afdelt fra en europæisk patentansøgning.

Styrelsen skal endelig bemærke, at styrelsen er enig i, at spørgsmålet om, hvorvidt en europæisk patentansøgning kan anvendes som stamansøgning til en national dansk ansøgning ikke ses at være specifikt beskrevet i Patentloven, lovens forarbejder, eller i juridisk litteratur.

Det er derfor styrelsens opfattelse, at afklaringen af dette spørgsmål må baseres på fortolkning af lovgivers hensigt med bestemmelsen i Patentlovens § 11, herunder

Danmarks internationale forpligtelser, sammenspil med andre bestemmelser i Patentloven, samt hensigten med lovgivningen generelt.

Det er styrelsens opfattelse, at den ovenfor angivne fortolkning må føre til, at det ikke er muligt, at anvende en europæisk patentansøgning, som stamansøgning til en national dansk patentansøgning.

Dette baseres på, som angivet i vores brev af 31. august 2015 og afgørelsen af 19. januar 2016,

- at Patentlovens § 82 af de ovenfor angivne årsager ikke nødvendigvis har direkte indflydelse på fortolkningen af Patentlovens § 11,
- at en fortolkning af Patentlovens § 11, som er konform med EPK art. 76 og Regel 36, medfører, at Regel 36 om, at der skal være tale om en verserende europæisk ansøgning, i en dansk kontekst må føre til, at der skal være tale om en verserende dansk ansøgning, samt
- at EPK og Patentloven er to forskellige ikke sammenblandede regelsæt, og at overgangen mellem disse regelsæt sker ved validering af et europæisk patent i Danmark, hvorfor der er en formodning imod, at der skulle eksistere andre muligheder for at overgå fra EPK til nationallovgivning uden denne mulighed er direkte angivet.

Styrelsen fastholder således sin vurdering og konklusion i denne sag..."

Med brev af 13. juni 2016 kommenterede Budde Schou A/S på vegne klager, Minkpapir A/S, styrelsens udtalelse med følgende:

"... Under henvisning til Ankenævnets skrivelse af 20. maj 2016 skal vi hermed fremkomme med vore bemærkninger til det i høringssvaret anførte, idet vi samtidigt fremsender kopi af en supplerende udtalelse, som vi har modtaget fra advokat Nicolai Lindgreen.

I høringssvaret anføres det aldeles korrekt og ubestridt, at bestemmelserne i § 75-90 ikke er sat i kraft på Grønland og Færøerne, hvorfor den foreliggende afdelte patentansøgning ikke vil have nogen retsvirkning for Grønland og Færøerne. Denne situation er naturligvis helt parallel med den situation, som ville opstå, dersom patentlovens § 88 fandt anvendelse, dvs. i en situation, hvor en national dansk patentansøgning blev indleveret indtil 20 måneder efter prioritetsdatoen på basis af en europæisk patentansøgning, som ikke er blevet fremsendt inden den fastsatte frist til den europæiske patentmyndighed fra den nationale patentmyndighed, ved hvilken ansøgningen oprindeligt blev indleveret. En sådan national dansk patentansøgning indleveret i medfør af patentlovens § 88 vil heller ikke, som allerede anført, få retsvirkning for Grønland og Færøerne.

I høringssvaret fremfører Patent- og Varemærkestyrelsen det synspunkt, at spørgsmålet om, hvorvidt en europæisk patentansøgning kan anvendes som stamansøgning til en national dansk ansøgning ikke er specielt beskrevet i patentloven, lovens forarbejde eller juridiske litteratur, men i lyset af det ovenfor af Styrelsen selv påpegede forhold, nemlig at patentlovens § 75-90 ikke er sat i kraft for Grønlands og Færøernes vedkommende, er der åbenlyst ingen uafklarede forhold i relation til retsvirkningen af en i medfør af patentlovens § 11 indleveret afdelt national dansk

patentansøgning baseret på en europæisk stamansøgning i og med, at patentlovens § 82, jf. det ovenfor anførte og jf. det i høringssvaret anførte, ikke er sat i kraft for Grønlands og Færøernes vedkommende, hvorfor den afdelte patentansøgning åbenlyst ikke vil få retsvirkning for Grønland og Færøerne.

På denne baggrund synes det helt udokumenteret og urigtigt, at der, som det er anført i høringssvaret, skal lægges en fortolkning af lovgivers hensigt med bestemmelsen i patentlovens § 11, herunder Danmarks internationale forpligtelser, samspillet med andre bestemmelser i patentloven samt hensigten med lovgivningen generelt til grund for en vurdering og afklaring af det spørgsmål, om kombinationen af patentlovens § 82 og § 11 giver hjemmel til at indlevere en national dansk patentansøgning alene med virkning for Syddanmarks vedkommende på basis af en europæisk stamansøgning fuldstændig aldeles ækvivalent til tilsvarende indlevering af national dansk patentansøgning, alene med retsvirkning for Syddanmarks vedkommende baseret på bestemmelserne i patentlovens § 88.

Endelig vil vi bemærke, at vel er EPK og patentloven forskellige affattede regelsæt, men patentloven indeholder bestemmelser vedrørende overgangen fra en europæisk patentansøgning til en national dansk patentansøgning og følgelig kan det ikke, som påstået i høringssvaret, have formodning imod sig, at der ikke skulle eksistere andre muligheder for overgang fra EPK til national lovgivning end muligheden for at validere et europæisk patent i Danmark, netop betinget af bestemmelserne i patentlovens § 88.

Lovgiverne har således tydeligvis ment, at der ud over valideringsmuligheden også skulle være anden hjemmel i patentloven til at kunne foretage konvertering fra en europæisk patentansøgning til en national dansk patentansøgning, der, betinget af det forhold, at bestemmelserne i patentlovens § 75-90 ikke er sat i kraft for Grønlands og Færøernes vedkommende, kun vil have retsvirkning for Syddanmark.

Vi må følgelig mene, at de betragtninger, som Patent- og Varemærkestyrelsen er fremkommet med i høringssvaret, på ingen måde kan – således som det også fremgår af den supplerende udtalelse fra advokat Nicolai Lindgreen – tilsidesætte den helt åbenbare og naturlige læsning af patentlovens § 82 som en sidestilling af en europæisk patentansøgning med dansk designering med en national dansk patentansøgning alene med retsvirkning for Syddanmark, og altså uden retsvirkning for Grønland og Færøerne, hvilket igen ækvivalent med bestemmelsen i patentlovens § 88, må føre til, at patentlovens § 11 ikke kan tolkes anderledes, end at den foreliggende afdelte danske patentansøgning har hjemmel i patentlovens § 11 i kombination med patentlovens § 82, som en retmæssigt indleveret afdelt national dansk patentansøgning, der betinget af det forhold, at patentlovens § 75-90 ikke er sat i kraft for Grønlands og Færøernes vedkommende, alene vil have retsvirkning for Syddanmark...”

Den 17. marts 2017 indgav Minkpapir A/S stævning til Sø- og Handelsretten.

Parternes synspunkter

For Minkpapir A/S er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med sammenfattende processkrift og påstandsdokument af 6. november 2017, hvoraf fremgår bl.a.:

”3. Regelgrundlaget og fortolkningen heraf

3.1. Udgangspunktet om ordlydsfortolkning

Kvalificeringen af en europæisk patentansøgning i dansk ret, og dermed hvorledes patentlovens § 11 skal forstås, findes i patentlovens § 82.

Af patentlovens § 82, stk. 1 fremgår, at en europæisk patentansøgning har samme virkning i Danmark, som en dansk indleveret patentansøgning ... Patentlovens § 82, stk. 1 har følgende ordlyd:

”En europæisk patentansøgning, for hvilken Den Europæiske Patentmyndighed har fastsat indleveringsdag, har fra denne dag samme virkning her i landet som en her indleveret ansøgning. Har ansøgningen i henhold til Den Europæiske Patentkonvention prioritet fra en tidligere dag end indleveringsdagen, gælder denne prioritet også her i landet.” ...
[min understregning]

Ordlyden er generel og giver ikke mulighed for, at bestemmelsen kan fortolkes i retning af, at ligestillingen mellem danske og europæiske patentansøgninger skal anses for at være begrænset til alene specifikke forhold.

Der er med udgangspunkt i ordlyden af patentlovens §§ 11 og 82 ikke støtte for den fortolkning, som Ankenævnet har anført i afgørelsen ...

Læses patentlovens § 11 efter ordlyden, er det klart, at bestemmelsen omfatter ”en af ansøgeren tidligere indleveret patentansøgning, der ikke er endeligt afgjort[...]”.

Bestemmelsens ordlyd fastslår entydigt, at bestemmelsen finder anvendelse på en tidligere indleveret patentansøgning. Ordet ”patentansøgning” er ikke indskrænket til alene at vedrøre en dansk patentansøgning. Patentlovens § 11 ... skal derfor læses i samspil med patentlovens § 82, stk. 1 ... for så vidt angår europæiske ansøgninger med designering i Danmark.

Det er udtømmende fastsat i §§ 77-90 ..., hvilke særlige regler, der gælder for europæiske patenter/patentansøgninger i Danmark. Såfremt et forhold ikke er reguleret af undtagelsesreglerne i §§ 77-90, da finder patentlovens almindelige bestemmelser anvendelse på europæiske patenter, jf. §§ 76, 2. pkt. ... samt 82 ... Dette gælder tillige § 11 ... Sammenholdes ordlyden af patentlovens § 11 med ordlyden af patentlovens § 82, stk. 1, kan det konkluderes, at bestemmelsen også omfatter en europæisk patentansøgning, med deraf følgende ret til afdeling af en europæisk patentansøgning til en dansk patentansøgning.

3.2. Juridisk metode ved lovfortolkning.

Udgangspunktet i den juridiske metodelære er, at der skal foretages en ordlydsfortolkning ...

Ankenævnet har til trods for den utvetydige ordlyd anført, at patentlovens § 11 ikke skal fortolkes efter ordlyden, men skal fortolkes indskrænkende.

En indskrænkende fortolkning skal have grundlag i reglens formål eller følge af andre beskyttelsesværdige hensyn ... Der skal kunne konstateres sikre holdepunkter for, at man kan afvige ordlyden af en lovregel. Sådanne holdepunkter kan enten findes i lovreglernes baggrund og historik eller i andre beskyttelsesværdige hensyn.

Det er Minkpapirs anbringende, at der ikke findes nogle holdepunkter for en indskrænkende fortolkning, hverken i lovreglernes baggrund og historik eller i andre beskyttelsesværdige hensyn, jf. nedenfor.

3.3. Bestemmelsernes baggrund og historik kan ikke begrunde en indskrænkende fortolkning

3.3.1. Dansk ret og forarbejder

Patentloven er udarbejdet på grundlag af en fælles nordisk komité og er enslydende i de nordiske lande, Danmark, Norge, Sverige og Finland. Allerede ved indførelsen af patentlov nr. 479 af 20. december 1967, der trådte i kraft den 1. januar 1968, var det intentionen, at loven skulle tilpasses regelsættet fra den Europæiske Patentkonvention ("EPK"). Den fællesnordiske lovkomité var fuldt ud bevidste om, at EPK skulle indarbejdes i patentloven.

Af bemærkningerne til forslag til patentlov fremsat den 9. november 1967 fremgår:

"Inden for EEC (Fællesmarkedet) er udarbejdet et udkast til en patentkonvention, der indeholder en fuldstændig patentlovgivning vedrørende de for konventionslandene fælles patentansøgninger og patenter. Hele konventionsterritoriet betragtes efter udkastet som en enhed i patentretlig henseende med en fælles patentret. De pågældende, såkaldte europæiske, patenter har virkning på alle EEC-staternes territorier og kan kun ophæves eller overdrages for hele området som en enhed. Det europæiske patent er alene underkastet bestemmelserne i konventionen. [...]"

De nordiske komiteer, der har haft lejlighed til at holde kontakt med det inden for EEC foretagne arbejde, har tilstræbt en ret vidtgående overensstemmelse med EEC-udkastet med hensyn til de materielle regler for patenterbarhed, således at et eventuelt fremtidigt samarbejde vil kunne gennemføres." ...

[Min understregning].

Det fremgår af lovbemærkningerne, at lovgiver ønskede at sikre overensstemmelse mellem patentloven og EPK, idet lovgiver forventede en efterfølgende implementering af EPK's bestemmelser efter vedtagelsesprocessen. Man havde derfor allerede på dette tidspunkt tilstræbt "en ret vidtgående overensstemmelse".

I 1978 blev patentloven ændret ved lov nr. 264 af 8. juni 1978, idet loven skulle tilvejebringe hjemmel for Danmarks tiltrædelse af blandt andet EPK. I forbindelse med

lovforslaget til ændringsloven blev patentlovens § 82 introduceret, men først indført i 1989.

Af de generelle bemærkninger til lovforslag nr. 119 af 2. december 1977 om ændring af patentloven fremgår følgende:

"I henhold til artikel 2 i Den europæiske Patentkonvention skal europæisk patent i hver af de stater, for hvilke det er meddelt, have samme virkning og undergives samme bestemmelser som et i vedkommende stat meddelt nationalt patent, medmindre andet er bestemt i konventionen. Det er endvidere foreskrevet i konventionens artikel 64, at et europæisk patent i hver stat, for hvilken det er meddelt, skal give patenthaveren samme ret som et nationalt patent i vedkommende stat. Denne ret indtræder den dag, hvor Den europæiske Patentmyndighed har bekendtgjort, at patent er meddelt. Med hensyn til retsvirkningen af en europæisk patentansøgning bestemmes det i konventionens artikel 66, at sådan ansøgning, for hvilken der er fastsat indleveringsdag, i hver stat, der er designeret i ansøgningen, skal ligestilles med en national ansøgning, eventuelt med den prioritet, der er begæret for den europæiske ansøgning. Der skal endvidere i henhold til artikel 67 fra dens offentliggørelse gives en europæisk patentansøgning en provisorisk beskyttelse i de stater, der er designeret i ansøgningen." ...

[Mine fremhævninger]

Det var i overensstemmelse med EPK lovgivers intention at sidestille europæiske patentansøgninger med danske patentansøgninger, og Danmark var i øvrigt traktatmæssigt forpligtet til sådan sidestillelse.

Danmark ratificerede EPK i 1989, og patentloven blev tilpasset EPK. Dette var baggrunden for indførelsen af patentlovens kapitel 10a om europæiske patenter, herunder bestemmelsen i § 82. Patentlovens § 82 havde på indførelsestidspunktet samme ordlyd som ved lovforslagets fremsættelse i 1978, hvorfor bemærkningerne til ændringsloven i 1977 i denne relation bør tillægges vægt.

Af lovforslag nr. 156 af 11. januar 1989 om ændring af patentloven fremgår af bemærkningerne til patentlovens § 82 følgende:

"Paragraffen indeholder bestemmelser om retsvirkningen her i landet af en europæisk patentansøgning. Den har grundlag i konventionens artikel 66 og 139. Ved bestemmelsen i stk. 1 sidestilles i overensstemmelse med konventionens krav herom europæiske patentansøgninger med nationale ansøgninger. Dette gælder bl.a. i forhold til gældende lovs § 2, idet en europæisk ansøgning, der omfatter Danmark, her i landet skal tages i betragtning ved vurderingen af nyheden af en senere her i landet indgivet national ansøgning." ...

[Mine fremhævninger]

Af bemærkningerne til patentlovens § 82 fremgår, at europæiske patentansøgninger sidestilles med nationale patentansøgninger ... I bemærkningerne henvises til, at retsvirkningen af sidestillingen tillige, men ikke udelukkende, gælder i relation til nyhedskriteriet ...

Ankenævnet har anført, at patentlovens § 82 ikke generelt sidestiller danske - og europæiske patentansøgninger. Ankenævnet har tillige anført, at danske - og europæiske patent-

ansøgninger kun kan sidestilles for så vidt angår modholdstidspunktet (Patentlovens § 2) og prioritetsstidspunktet (Patentlovens § 6). Dette bestrides.

Minkpapier gør gældende, at patentlovens § 82 i overensstemmelse med ordlyden og forarbejderne til bestemmelsen i stk. 1, 1. pkt., generelt sidestiller europæiske og danske patentansøgninger, og at retsvirkningerne heraf ikke kun er begrænset til prioritets- og modholdstidspunktet.

Dette understøttes tillige af patentlovens § 76, 2. pkt. ..., hvorefter et europæisk patent "*har samme virkning som et patent meddelt af patentmyndigheden her i landet og er undergivet samme bestemmelser som sådant patent, medmindre andet fremgår af §§ 77-90*".

Vedrørende modholdstidspunktet, jf. patentlovens § 2 ... har det været nødvendigt at præcisere i patentlovens § 82, stk. 2, at offentliggørelse foretaget af den europæiske patentmyndighed efter EPK i relation til patentlovens § 2 stk. 2, 2. pkt., skal sidestilles med offentliggørelsen af en dansk patentansøgning i henhold til patentlovens § 22 ... Dette understøttes af de ovenfor citerede bemærkninger til lovforslaget, hvoraf det fremgår, at der er tale om en *præcisering*, men ikke en *begrænsning* af anvendelsesområdet.

For så vidt angår prioritetsstidspunktet, er det præciseret i patentlovens § 82, stk. 1, 2. pkt., at hvis ansøgningen i henhold til reglerne i EPK har prioritet forud for datoen for indleveringsdagen, så skal prioriteten også tillægges virkning i Danmark. Præciseringen er nødvendig, idet patentlovens § 6 ..., der omhandler prioritetsvirkning, efter sin ordlyd kun relaterer sig til patentansøgninger indgivet i overensstemmelse med Pariserkonventionen som EPK ikke er en del af da alene nationale stater er medlemmer af Pariserkonventionen.

Eftersom det fremgår af forarbejderne, at det har været lovgivers intention, at en europæisk ansøgning får samme retsvirkning og underlægges samme nationale regler som en national patentansøgning, må dette tillige tillægges betydning når rækkevidden af patentlovens § 11 skal fastlægges. Det er uhjemlet, når Ankenævnet i sin kendelse tolker imod dette og tillægger betragtninger som "Der synes at være enighed om" og "...synes ligeledes forudsat" betydning og herefter foretager en negativ afgrænsning. Grundlaget for disse præmisser er udokumenteret, og det anførte bestrides.

3.3.2. Begrunder Den Europæiske Patentkonvention (EPK) en indskrænkende fortolkning

Reglerne i EPK regulerer europæiske patenter og er alene relevante i de tilfælde, hvor der ansøges om et europæisk patent – ikke nationale patenter. EPK fastsætter ikke regler for nationale patenter.

Ankenævnet finder EPK relevant for pådømmelsen af sagen, hvilket bestrides.

Indleveringen af en afdelt europæisk patentansøgning er begrænset i henseende til designering. Når en national patentansøgning baseres på en afdelt europæisk patentansøgning i det land, hvor den oprindelige ansøgning har designering, er det blot en konsekvens af, at den europæiske patentansøgning med designering i det pågældende land allerede har virkning i den nationale stat. Hvis ansøgningen kun designerer den konkrete nationale stat, opretholdes det territoriale område, og hvis den oprindelige europæiske ansøgning havde flere designeringer begrænses virkningsområdet til den konkrete nationale stat, som den afdelte ansøgning vedrører.

Det omvendte eksempel – at der kunne ske afdeling fra en national ansøgning til en europæisk patentansøgning - vil ikke kunne komme i spil, da denne adgang er uhjemlet og ville udvide det territoriale virkeområde.

Tillige af denne grund er det logisk og naturligt, at der kan ske afdeling på grundlag af en europæisk ansøgning til en dansk ansøgning.

Ankenævnet har anført, at patentlovens § 88 ... vedrørende muligheden for såkaldt "konvertering" skaber en formodning imod muligheden for at afdele på grundlag af en europæisk patentansøgning med hjemmel i patentlovens § 11.

Der er ingen holdepunkter for, at patentlovens § 88 om konvertering skulle udelukke en ret til afdeling på grundlag af en europæisk patentansøgning, jf. patentlovens § 11. Konvertering er en anden handling end en afdeling. Patentlovens § 88 er denne sag uvedkommende, idet sagen ikke vedrører konvertering af en europæisk patentansøgning, men derimod afdeling på grundlag af en europæisk patentansøgning.

Sammenfattende gøres det gældende, at EPK ikke begrunder nogen indskrænkende fortolkning af patentlovens § 11.

4. Beskyttelseshensyn, der kan begrunde en indskrænkende fortolkning af § 11

Indskrænkende fortolkning kan anvendes, såfremt der findes beskyttelsesværdige hensyn, der kan begrunde en afvigelse fra den sædvanlige ordlydsfortolkning ... Dette er ikke tilfældet i denne sag.

Det følger af patentlovens § 82 ..., at den europæiske patentansøgning allerede fra dét tidspunkt, hvor den er blevet antaget af EPO, har virkning i Danmark.

Når en patentansøgning endnu ikke er godkendt, kan der være flere årsager til, at ansøgeren ønsker at indgive en afdelt ansøgning på grundlag af stamansøgningen. Afdelingen til flere ansøgninger er typisk relevant i tilfælde, hvor stamansøgning indeholder mere end én opfindelse, men hvor den oprindelige prioritetsdato bevares.

Da den europæiske patentansøgning allerede *har* virkning i Danmark, er der ikke noget beskyttelseshensyn, der gør, at det ikke skulle være muligt at indgive en national patentansøgning, der er afdelt på grundlag af den europæiske, der er designeret i Danmark.

Tværtimod består der et beskyttelseshensyn over for ansøgeren, der har indleveret en europæisk patentansøgning med designering i Danmark, som vil afdele ansøgningen med virkning i Danmark for at sikre sin ret.

Det understreges, at muligheden for af indlevere en afdelt ansøgning er nødvendig, fordi offentliggørelsen af den oprindelige ansøgning i modsat fald ville medføre, at opfindelsen ansås for at være kendt, jf. patentlovens § 2 ..., og derved blev ansøger selv og andre afskåret fra at ansøge om et nyt patent for en opfindelse, der var indeholdt i den oprindelige ansøgning, selv om denne ikke er endelig.

For fuldstændighedens skyld bemærkes at Minkpapier ikke på grundlag af det europæiske patent kunne have indleveret en brugsmodelansøgning i Danmark, jf. brugsmodello-

vens § 12 ..., da brugsmodeller alene beskyttes i en 10 årig periode og denne frist i det konkrete tilfælde var sprunget.

5. Nærmere om perspektivering til brugsmodelloven

Det er Minkpapirs anbringende, at brugsmodelloven ikke direkte er relevant for nærværende sag jf. nærmere nedenfor.

Brugsmodellovens § 72 ... fastslår, at der kan ansøges om en brugsmodel på grundlag af en verserende patentansøgning, herunder en europæisk patentansøgning. Dette kaldes en "forgrening".

Efter brugsmodellovens § 12 ... kan en brugsmodelansøgning indleveres på grundlag af en patentansøgning, der er *gældende* i Danmark.

Brugsmodeller kan derfor forgrenes på grundlag af en europæisk verserende patentansøgning.

Dette er tillige beskrevet i § 8, stk. 2 nr. 8, litra C i bekendtgørelse nr. 1605 af 8. december 2006 om brugsmodelansøgnings og registrerede brugsmodellens behandling ...

Brugsmodelloven er ikke ... udtryk for en implementering af EPK artikel 135, stk. 1, litra b ..., om mulighed for *konvertering* af patentansøgnings, som anført af Ankenævnet på svarskriftets side 5 ... Brugsmodellovens § 5 vedrører forgrening, ikke konvertering.

Patentloven og brugsmodelloven adskiller sig væsentligt fra hinanden. Brugsmodelloven udgør en særskilt regulering af brugsmodelrettens forhold i national henseende, hvorimod patentloven har indarbejdet både pariserkonventionen, EPK m.fl. og udgør således en regulering af langt flere forhold.

I brugsmodelloven findes der ikke en til patentlovens § 82 svarende bestemmelse, idet loven følger en ganske anderledes systematik end patentloven.

Det har derfor – i modsætning til patentloven – været nødvendigt at præcisere, at der kan forgrenes på grundlag af en patentansøgning, der er *gældende* her i landet.

Præciseringen i brugsmodellovens § 12 ... af, at der sker konvertering af patentansøgnings, der er *gældende* i Danmark, medfører ikke, at der kan sluttes modsætningsvist i relation til patentloven og rækkevidden af patentlovens § 11 ...

6.1 Ankenævnets argumenter

Indledningsvist bemærkes, at Ankenævnet ikke under skriftvekslingen har fundet anledning til at anvende den samme argumentation som Ankenævnet anvendte under den administrative sag.

Ankenævnet gør nu *gældende*, at patentloven alene finder anvendelse på danske patenter forstået som patenter, der enten har basis i Danmark, eller som via PCT systemet har opnået eneret i Danmark. Videre gøres det *gældende*, at patenter, som er baseret på EPK, alene kan anvende den danske patentlov, såfremt dette eksplicit er anført i loven. Anke-

nævnet drager i den forbindelse en analogi fra patentlovens § 82 til §§ 29 ... og 33, stk. 1, 1. pkt. ...

Dette er ikke retvisende.

PCT-systemet er alene et "indleveringssystem". Når en ansøgning indgives via dette system, kan denne enten videreføres som en national - eller europæisk patentansøgning og får først virkning derefter. EPK og den danske patentlov er parallelle systemer forstået på den måde, at EPK primært er et ansøgningssystem som anerkendes af bl.a. Danmark og således at når en ansøgning er godkendt og valideret (oversat) i Danmark, anvendes reglerne i den danske patentlov og ikke EPK.

Ankenævnet har gjort gældende, at idet der forefindes en eksplicit reference til kapitel 2 i § 33, stk.1, 1. pkt. ... for så vidt angår internationale PCT-patentansøgninger, da må en tilsvarende reference til kapitel 2s anvendelighed for så vidt angår europæiske patentansøgninger være påkrævet. Ankenævnet har derved på trods af ordlyden i patentlovens §§ 82 ... og 76, 2. pkt. ... gjort sig til talsmand for, at patentlovens bestemmelser alene finder anvendelse på europæiske patenter valideret i Danmark, hvis det eksplicit fremgår af ordlyden i de enkelte bestemmelser. Dette bestrides.

Såfremt Ankenævnets ræsonnement følges, er konsekvensen, at stort set ingen af bestemmelserne i patentloven finder anvendelse på europæiske patenter valideret i Danmark. Dette på trods af, at det fremgår direkte af § 76, 2. pkt. ..., at et europæisk patent er undergivet samme bestemmelser som et nationalt.

De praktiske konsekvenser af Ankenævnets ræsonnement ses i det følgende illustreret med eksempler fra patentloven.

5.1. Konsekvens såfremt kapitel 3 ikke fandt anvendelse på europæiske patenter

Der findes ingen eksplicit angivelse i patentloven om, at kapitel 3 ... finder anvendelse på europæiske patenter valideret i Danmark.

Ankenævnets snævre fortolkning af patentlovens § 29 ... i kombination med § 31 ... ville yderligere, dersom patentlovens § 82 ikke bliver betragtet som generelt gældende, udelukke, at en europæisk patentansøgning baseres på en international patentansøgning, hvor EPO er designeret i og med, at patentlovens § 29 kun giver hjemmel til etablering af modholdsvirkning i henhold til patentlovens § 2, stk. 2, 2. pkt. ... fra en international patentansøgning under forudsætning af, at der sker national videreførelse i Danmark.

Ankenævnet har anført i duplikken på side 4 ..., at "*en videreført international patentansøgning i realiteten er en dansk patentansøgning, som behandles af Patent- og Varemærkestyrelsen, og som bliver til et dansk patent, på samme måde som en almindelig dansk patentansøgning gør, hvorimod en europæisk patentansøgning undergives behandling af den europæiske patentmyndighed og bliver til et europæisk patent med virkning for Danmark*". Ankenævnet konkluderer videre, at "*patentlovens § 11 finder i overensstemmelse med det almindelige territorialitetsprincip anvendelse på videreførte internationale patentansøgninger, men ikke på europæiske patentansøgninger*".

Ankenævnet overser imidlertid, at internationale PCT-patentansøgninger i realiteten i langt størstedelen af tilfælde videreføres som en europæisk patentansøgning med en

dansk designering og behandles ved den europæiske myndighed EPO, men som efterfølgende valideres i Danmark.

EPO har i sin årlige "Annual Report 2016" vedrørende European patent filings offentliggjort en statistik for indlevering af ansøgninger via PCT (E123). Denne statistik viser, at 78 % af alle de ansøgninger, som indleveres via PCT indleveringssystemet, reelt er europæiske ansøgninger, der behandles af EPO, og som efterfølgende valideres i Danmark.

Følges Ankenævnets ræsonnement, vil det i praksis medføre, at 78 % af de ansøgninger, der indgives via PCT-systemet som internationale ansøgninger er ugyldige i Danmark ...

§ 82 ... tillader, at der via PCT-systemet og via EPO kan etableres et patent i Danmark, hvis virkning kan sidestilles med virkningen for nationale patenter. Et patent, som er videreført direkte i Danmark fra PCT, har samme gyldighed som et patent, der er videreført fra PCT via EPO, jf. patentlovens § 82, og dette gælder uanset, om ansøgningerne er videreført nationalt eller regionalt med efterfølgende validering i Danmark. Såfremt § 82 ikke havde denne betydning, ville det være udtømmende defineret, at en PCT-ansøgning, der skal gælde i Danmark, nødvendigvis og udelukkende kan være indleveret til den danske myndighed.

5.2. Konsekvens såfremt kapitel 4 ikke fandt anvendelse på europæiske patenter

Der findes ej heller nogen eksplicit angivelse i patentloven om, at kapitel 4 ... finder anvendelse på europæiske patenter valideret i Danmark.

Dersom kapitel 4 ikke fandt anvendelse på europæiske patenter valideret i Danmark, ville konsekvensen være, at beskyttelsesomfanget for europæiske patenter valideret i Danmark var ukendt, ligesom den fastsatte gyldighedstid på 20 år i Danmark fra ansøgningen ikke ville gælde for disse.

5.3. Konsekvens såfremt kapitel 6 ikke fandt anvendelse på europæiske patenter

Kapitel 6 ... vedrører licens og overdragelse. Konsekvensen af manglende anvendelse af kapitlet på europæiske patenter valideret i Danmark ville blandt andet være, at § 44 ... ikke fandt anvendelse, og at kravet om, at licens, udlæg eller konkurs skal indføres i patentregistret, ikke gjaldt for europæiske patenter valideret i Danmark.

Ligeledes ville adgangen til at få tvangslicens i medfør af §§ 45-50 ... ej heller finde anvendelse på europæiske patenter valideret i Danmark.

5.4. Konsekvens såfremt kapitel 7 ikke fandt anvendelse på europæiske patenter

Med undtagelse af patentlovens § 53b ... er det ej heller angivet i patentloven, at bestemmelserne i kapitel 7 ... vedrørende patentets ophør og administrativ omprøvning finder anvendelse på europæiske patenter valideret i Danmark.

Såfremt Ankenævnets ræsonnement skulle følges, ville det medføre, at et europæisk patent valideret i Danmark ikke kan kendes ugyldigt i medfør af § 52 ...

Den eneste bestemmelse, der ville finde anvendelse på et europæisk patent valideret i Danmark ville være § 53b ... vedrørende omprøvning, jf. § 75 ...

5.5. Sammenfatning

Allerede fordi langt de fleste af patentlovens kapitler de facto finder anvendelse på europæiske patenter – uden eksplicit henvisning – er en specifik henvisning ikke nødvendig. Størstedelen af patentlovens bestemmelser finder anvendelse på europæiske patenter valideret i Danmark. Dette følger af patentlovens §§ 82 samt 76, 2. pkt. Lovgiver er ikke forpligtet til eksplicit at indføre en reference i de bestemmelser, der skal gælde for europæiske patenter. Denne reference findes allerede i patentlovens § 82, der qua sin karakter overflødig gør en minutios omskrivning af patentlovens foranstående bestemmelser.

6. Patentbekendtgørelsen

Det skal bemærkes, at ordlyden i patentbekendtgørelsen ikke har relevans for sagens spørgsmål. Patentbekendtgørelsen, der er udstedt af Patent- og Varemærkestyrelsen, kan ikke tilsidesætte bestemmelserne i patentloven, herunder § 82.

7. Patentlovens § 82 i samspil med patentlovens almindelige bestemmelser

Patentlovens § 82 ... sidestiller nationale og europæiske patentansøgninger.

Patentlovens § 82 medfører, at patentlovens almindelige bestemmelser tillige finder anvendelse på en europæisk patentansøgning på samme vis, som havde der været tale om en dansk patentansøgning med to undtagelser.

Patentlovens § 6 ... vedrører prioritetstidspunktet og fastslår, at en patentansøgning, der er indgivet i overensstemmelse med reglerne i Pariserkonventionen af 20. marts 1883, kan anses for indleveret på tidspunktet for en tidligere ansøgning (prioritetsvirkning). Pariserkonventionen er en konvention, som alene kan tiltrædes af stater. Europæiske patentansøgninger er derfor ikke omfattet af Pariserkonventionen, og en europæisk patentansøgning vil derfor ikke kunne opnå prioritet i medfør af patentlovens § 6 uanset, at den europæiske patentansøgning sidestilles med en dansk patentansøgning.

Dette har lovgiver ved indførelsen af patentlovens § 82 været opmærksom på, idet prioritetsvirkningen for europæiske patenter er reguleret direkte i patentlovens § 82, stk. 1, 2. pkt., hvoraf følger, at hvis den europæiske patentansøgning i henhold til EPK har prioritet i henhold til artikel 88 fra en tidligere dag end indleveringsdagen, gælder denne prioritet også her i landet.

Patentlovens § 22, stk. 2 ... fastslår, at fra den dag, der er forløbet 18 måneder fra indleveringen af en patentansøgning, skal akterne i ansøgningen holdes tilgængelige for enhver. Hvis der er begæret prioritet, skal 18-måneders fristen regnes fra den dag, prioriteten er begæret. Allerede fordi patentlovens § 6 ... ikke finder anvendelse på prioritet for europæiske patentansøgninger, består der udfordringer med beregninger af 18-månedersfristen i relation til europæiske patentansøgninger.

Lovgiver har ved indførelsen af patentlovens § 82 særskilt taget højde for de mulige udfordringer, der ligger i formuleringen af patentlovens § 22 sammenholdt med reguleringen i EPK, jf. Artikel 93 ... Lovgiver har særskilt reguleret dette forhold i patentlovens § 82, stk. 2 ..., idet det her er fastslået, at der ved anvendelsen af patentlovens § 2, stk. 2, 2.

pkt., skal ske sidestilling med den offentliggørelse, der er sket i medfør af EPK artikel 93 ... eller artikel 153, stk. 3 ...

Lovgiver har dermed forudset, hvilke tilpasninger, der er nødvendige, i forbindelse med tilføjelse af bestemmelser i patentlovens kapitel 10a ... vedrørende europæiske rettigheder efter Danmark tiltrædelse af EPK, herunder tilføjelsen af patentlovens § 82 ...

Ovennævnte dokumenterer, at der med patentlovens § 82 var tilsigtet en sidestilling mellem europæiske og nationale patentansøgninger på alle øvrige områder.

Anbringender

Til støtte for de nedlagte påstande gøres det overordnet gældende, at der kan ske afdeling af en national dansk patentansøgning på grundlag af en europæisk patentansøgning. Dette følger af patentlovens § 11 ... sammenholdt med § 82, stk. 1 ..., idet en europæisk patentansøgning fra indleveringsdagen har samme virkning i Danmark som en national patentansøgning og derfor er omfattet af ordlyden i § 11 som "en af ansøgeren tidligere indleveret patentansøgning".

Det gøres gældende, at patentlovens §§ 11 og 82 skal underlægges en sædvanlig ordlydsfortolkning, idet en indskrænkende fortolkning kræver sikre holdepunkter, hvilket ikke forefindes. Der er ingen holdepunkter for, at lovgiver har haft til hensigt at begrænse anvendelsesområdet for bestemmelserne. Tværtimod er der et vægtigt hensyn at tage til den patentansøger, der jf. ordlyden af patentlovens bestemmelser regner med at kunne foretage en afdeling af sin patentansøgning til en national dansk patentansøgning og derved sikre sine rettigheder.

Patentlovens § 82 sidestiller *generelt* nationale og europæiske patenter, og en følgelig skal en europæisk patentansøgning tillægges samme virkning som en her i landet indleveret ansøgning. Det bestrides, at sidestillingen af europæiske patenter og danske patenter i patentlovens § 82 kun vedrører modholdstidspunktet og prioritetstidspunktet.

Jf. patentlovens §§ 82 og 76, 2. pkt. ... finder patentlovens almindelige bestemmelser anvendelse på europæiske patentansøgninger på samme vis, som havde der været tale om en dansk patentansøgning, medmindre andet eksplicit fremgår af loven. Der ikke findes et eksplicit forbud imod, at § 11 finder anvendelse på europæiske patentansøgninger. Størstedelen af patentlovens bestemmelser finder anvendelse på europæiske patenter valideret i Danmark, og dette er også tilfældet for § 11. Europæiske patenter er kun udelukket fra lovens bestemmelser, hvor dette eksplicit fremgår af loven.

Det gøres derfor gældende, at europæiske patentansøgninger jf. patentlovens § 82, stk. 1, 1. pkt. sidestilles med danske patentansøgninger. Med baggrund i bestemmelsens ordlyd kan det fastslås, at bestemmelsen finder anvendelse på en "tidligere indleveret patentansøgning", hvilken ikke er indskrænket til udelukkende at være en dansk ansøgning.

Formuleringen af patentlovens § 82, stk. 1, 1. pkt. er generel, og der er ikke noget i bestemmelsens ordlyd, der kan fortolkes i retning af, at ligestillingen mellem danske og europæiske ansøgninger skal anses for at være begrænset til alene at omfatte specifikke forhold.

Ordlydsfortolkningen af patentlovens § 82 er endvidere i overensstemmelse med EPK artikel 139..., der ligeledes sidestiller europæisk patentansøgning med en national patentansøgning.”

For Ankenævnet for Patenter og Varemærker er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 6. november 2017, hvoraf fremgår bl.a.:

”Anbringender

FRIFINDELSE

Sammenfatning

Da der ikke i patentlovens § 11 er hjemmel til at afdele danske patentansøgninger af europæiske patentansøgninger, er Minkpapir A/S’ patentansøgning PA 2014 00665 ikke en afdelt af europæisk patentansøgning EP 12075029.4. Ansøgningen har dermed ikke samme prioritetsdato som den europæiske patentansøgning. Patentansøgning PA 2014 00665 er derfor en ny og selvstændig dansk ansøgning med indleverings- og prioritetsdag den 13. november 2014.

Minkpapir A/S’ patentansøgning PA 2014 00665 opfylder således ikke patenterbarhedskriterierne i patentlovens § 2, stk. 1, og skal derfor afslås. På indleveringstidspunktet den 13. november 2014 var indholdet af ansøgningen nemlig kendt fra WO 2005/026394 A1 (MAJGAARD INVEST APS), publiceret den 24. marts 2005.

Som nærmere redegjort for i de følgende afsnit er der ikke grundlag for at fortolke patentlovens § 11 således, at afdeling af en dansk patentansøgning kan ske på baggrund af en tidligere indleveret europæisk patentansøgning.

Patentlovens § 11

Ordlyden

Ifølge patentlovens § 2 skal indholdet i en før patentansøgningens indleveringsdag her i landet indleveret patentansøgning anses som kendt, såfremt ansøgningen i overensstemmelse med reglerne i patentlovens § 22 bliver tilgængelig.

Det kan for en patentansøger være nødvendigt at opdele sin patentansøgning i flere ansøgninger, f.eks. fordi den oprindelige ansøgning i strid med reglerne i patentlovens § 10 omfatter mere end én opfindelse.

Idet reglerne i patentlovens § 2 indebærer, at en tidligere patentansøgning, som ifølge reglerne i patentlovens § 22 er blevet alment tilgængelig, anses for kendt i § 2’s forstand, kræves en særskilt lovhjemmel, hvis det skal undgås, at moder-/stamansøgningen er nyhedshindrende for den senere afdelte ansøgning.

En sådan særskilt lovhjemmel findes i patentlovens § 11, der lyder:

”Søges patent på en opfindelse, som fremgår af en af ansøgeren tidligere indleveret patentansøgning, der ikke er endeligt afgjort, skal den senere ansøgning på ansøgerens begæring og på de af erhvervsministeren fastsatte vilkår anses som indleveret på det tidspunkt, da de akter, hvoraf opfindelsen fremgår, indkom til patentmyndigheden.”

Patentlovens §11 er formuleret i overensstemmelse med det almindelige territorialitetsprincip og princippet om patenters (og ansøgningers) uafhængighed.

Ankenævnet gør gældende, at patentlovens § 11 ikke indeholder hjemmel for afdeling af danske patentansøgninger fra europæiske patentansøgninger. En sådan hjemmel må – lyset af bestemmelsens formål og kontekst – kræve udtrykkelige holdepunkter i bestemmelsens ordlyd.

Sådanne holdepunkter er der ikke i bestemmelsens ordlyd.

Der er derudover ikke i bestemmelsens forarbejder, formål eller øvrig kontekst holdepunkter for en sådan hjemmel.

Patentlovens forarbejder og formål

Der er heller ikke ifølge forarbejderne til patentlovens § 11 hjemmel til at udstrække bestemmelsen til at omfatte danske ansøgninger afdelt af europæiske patentansøgninger.

Af forarbejderne til § 11 fremgår:

”Omfatter en patentansøgning i strid med reglerne i § 10 flere af hinanden uafhængige opfindelser, må ansøgningen begrænses til kun at indeholde en opfindelse. De derved udskilte dele kan da gøres til genstand for en eller flere selvstændige ansøgninger. Nærværende bestemmelse giver i så fald ansøgeren ret til at begære, at de nye ansøgninger, ligesom efter gældende ret, skal anses for indleveret samtidig med den oprindelige ansøgning.

Bestemmelsens indhold er ikke nyt i forhold til komiteernes udkast, idet der i det af disse udarbejdede forslag til administrative forskrifter findes regler om deling og udskillelse. Man har imidlertid fundet at disse forskrifter, der fraviger de almindelige regler om ansøgningstidspunktet, er af en sådan betydning, at de bør have hjemmel i selve loven.

Den nærmere udformning af reglerne skal, som det fremgår af bestemmelsen, ske i de administrative forskrifter.”

Forarbejderne til § 11 understøtter derimod, at bestemmelsen skal ses i lyset af lovens § 10, og at man har fundet det nødvendigt at reglen om at fravige de almindelige regler om ansøgningstidspunkt har hjemmel i loven.

For en dansk patentansøgning finder patentlovens § 10 anvendelse, som handler om, at der ikke i samme ansøgning må søges patent på to eller flere af hinanden uafhængige opfindelser.

Patentlovens § 11 muliggør således, at ansøgninger, der indeholder mere end én opfindelse, kan deles op i flere ansøgninger, uden at reglen i § 10 hindrer registrering, og samtidig uden at moderansøgningen i medfør af § 2, stk. 2, 2. pkt., er nyhedshindrende for den afdelte ansøgning.

Patentlovens § 10 regulerer i sagens natur ikke de europæiske ansøgninger, som derimod er omfattet af den Europæiske Patentkonvention (herefter EPK) artikel 82.

Der eksisterer ikke samme behov for europæiske ansøgninger, idet en sådan adgang allerede eksisterer særskilt inden for det europæiske patentsystem, jf. EPK artikel 76, jf. implementeringsreguleringens regel 36, stk. 1, hvorefter det er muligt at indgive en afdelet europæisk patentansøgning.

Patentlovens § 11s forarbejder og formål taler således imod at bestemmelsen skulle indeholde hjemmel til at afdele en dansk patentansøgning på baggrund af en europæisk ansøgning.

Patentlovens § 11s sammenhæng med patentlovens kapitel 2

Patentlovens § 11 må læses i den kontekst, som bestemmelsen indgår i. Bestemmelsen indgår i patentlovens kapitel 2 (§§ 7-27), som har overskriften "*Patentansøgninger og deres behandling mv.*"

Det følger af patentlovens § 8, at ansøgning om patent indleveres til patentmyndigheden (eller i de i kapitel 3 nævnte tilfælde, som angår internationale patentansøgninger, til patentmyndigheden i fremmed stat eller til en international organisation).

Hvad der i patentloven forstås som "patentmyndigheden" er nærmere defineret i lovens § 7, stk. 1, hvoraf det fremgår at patentmyndigheden her i landet er Patent- og Varemærkestyrelsen. Det fremgår videre:

"Ved patentmyndigheden forstås i denne lov patentmyndigheden her i landet, med mindre andet er angivet".

Det kan heraf udledes, at en "patentansøgning" i patentlovens kapitel 2 enten er en ansøgning indgivet til den danske patentmyndighed eller en ansøgning indgivet i overensstemmelse med reglerne om de internationale patentansøgninger.

Europæiske patentansøgninger nævnes ikke i denne sammenhæng.

Dette taler således imod at patentlovens § 11 også skulle omfatte hjemmel til at afdele en dansk patentansøgning fra en europæisk patentansøgning.

Patentlovens § 11s sammenhæng med internationale ansøgninger

For internationale patentansøgninger, findes der i patentlovens § 29 en bestemmelse, der svarer til patentlovens § 82, om europæiske patentansøgninger.

Patentlovens § 29 har følgende ordlyd:

"En international patentansøgning, for hvilken den modtagende myndighed har fastsat international indleveringsdag, har samme virkning som en her i landet den pågældende dag indleveret patentansøgning. Bestemmelsen i § 2, stk. 2, 2. pkt., finder dog kun anvendelse, såfremt ansøgningen er videreført i henhold til § 31."

Ifølge patentlovens § 31, stk. 1, skal ansøgeren opfylde en række betingelser for at videreføre sin internationale patentansøgning for Danmark.

Først når disse betingelser er opfyldt, følger det af patentlovens § 33, stk. 1, 1. pkt., at betingelserne i patentlovens kapitel 2 finder anvendelse på ansøgningen og dens behandling med de afvigelser, der er fastsat i §§ 33-37.

Alene § 36 angår et spørgsmål relateret til § 11, nemlig internationale ansøgninger, hvoraf to eller flere opfindelser fremgår. Af forarbejderne til bestemmelsen (lovforslag nr. 119 af 2. december 1977) fremgår navnlig:

”I lighed med patentlovens § 10 kræver Patentsamarbejdsstraktaten, at en ansøgning ikke må angå to eller flere af hinanden uafhængige opfindelser (kravet om opfindelsens enhed). Er dette krav ikke opfyldt, skal ansøgeren betale tillægsafgift til den internationale, nyhedsundersøgende myndighed for undersøgelse af den del af opfindelsen, som ikke er »hovedopfindelsen«. Selv om han ikke betaler denne afgift, skal han dog have mulighed for at videreføre også den ikke-nyhedsundersøgte del af ansøgningen her i landet. Denne ret er imidlertid ikke ubetinget. Patentmyndigheden skal i så fald undersøge, om den finder, at kravet om opfindelsens enhed er opfyldt, og kommer patentmyndigheden til samme resultat som den internationale, nyhedsundersøgende myndighed, d.v.s., at ansøgningen angår flere af hinanden uafhængige opfindelser, skal den omhandlede del af ansøgningen anses for tilbagetaget hos patentmyndigheden, medmindre ansøgeren betaler en afgift.” (fremhævet her).

Ifølge bestemmelsen er det således muligt at videreføre en international patentansøgning i Danmark, som omfatter mere end én opfindelse, under forudsætning af, at der betales en afgift.

Henvisningen i § 33, stk. 1, 1. pkt., indebærer, at bestemmelserne i patentlovens kapitel 2 finder anvendelse på den videreførte internationale ansøgning, herunder patentlovens §§ 10 og 11. Videreførte internationale patentansøgninger, der omfatter mere end én opfindelse, kan således afdeles til nye patentansøgninger, jf. også Lindgreen, Schovsbo og Thorsen: Patentloven med kommentarer, 1. udgave, 2012, s. 323.

Når lovgiver har fundet det nødvendigt at supplere bestemmelsen i patentlovens § 29 (internationale patentansøgninger), som svarer til patentlovens § 82 (europæiske patentansøgninger), med en bestemmelse i patentlovens § 33, stk. 1, 1. pkt., om, at bestemmelserne i patentlovens kapitel 2, herunder patentlovens § 11, finder anvendelse, taler dette imod at patentlovens § 11 kan fortolkes således, at bestemmelsen allerede på grundlag af bestemmelsen i § 82 – og uden en supplerende bestemmelse svarende til § 33, stk. 1, 1. pkt. for internationale patentansøgninger – skulle finde anvendelse på europæiske patentansøgninger.

En sådan hjemmel findes ikke i patentlovens kapitel 10 A (§§ 75-90) om europæiske patenter. Der er derfor ikke grundlag for at antage, at patentlovens § 11 skal finde anvendelse på europæiske patentansøgninger.

Dette synspunkt støttes endvidere af, at en videreført international patentansøgning i realiteten er en *dansk* patentansøgning, som behandles af Patent- og Varemærkestyrelsen, og som bliver til et *dansk* patent, på samme måde som en almindelig dansk patentansøgning gør, hvorimod en europæisk patentansøgning undergives behandling af den *europæiske* patentmyndighed og bliver til et *europæisk* patent med virkning for Danmark.

Patentlovens § 11 finder således – i overensstemmelse med det almindelige territorialitetsprincip – anvendelse på videreførte internationale patentansøgninger, men ikke på europæiske patentansøgninger.

Patentlovens § 11 i lyset af patentlovens øvrige bestemmelser

Det fremgår af patentlovens § 82:

”En europæisk patentansøgning, for hvilken Den Europæiske Patentmyndighed har fastsat indleveringsdag, har fra denne dag samme virkning her i landet som en her indleveret ansøgning. Har ansøgningen i henhold til Den Europæiske Patentkonvention prioritet fra en tidligere dag end indleveringsdagen, gælder denne prioritet også her i landet.

Stk. 2. Ved anvendelse af § 2, stk. 2, 2. pkt., skal offentliggørelse af en europæisk patentansøgning i henhold til artikel 93 i den europæiske patentkonvention sidestilles med, at ansøgningen er blevet tilgængelig for enhver i henhold til § 22. Det samme gælder offentliggørelse i henhold til konventionens artikel 153, stk. 3, såfremt denne af Den Europæiske Patentmyndighed sidestilles med offentliggørelse i henhold til artikel 93”

Patentlovens § 82, fastslår bl.a., at europæiske patentansøgninger kan være nyhedshindrende. Bestemmelsen indebærer derimod ikke en generel sidestilling af danske og europæiske patenter.

Patentlovens § 82 er derfor ikke en generalklausul, der uden forbehold eller indskrænkninger ligestiller europæiske og nationale patentansøgninger, herunder i relation til spørgsmålet om afdelte ansøgninger i patentlovens § 11, men vedrører derimod spørgsmålet om prioritets- og modholdstidspunktet.

Minkpapir A/S' synspunkt om, at patentlovens § 82 indebærer en helt uindskrænket sidestilling af nationale og europæiske patentansøgninger er i sagens natur forkert. Eksempelvis foretager Patent- og Varemærkestyrelsen ikke for europæiske patentansøgninger en prøvelse af, om betingelserne for at meddele patent er opfyldt, idet dette er overladt til den europæiske patentmyndighed. Behandlingen af nationale patentansøgninger og europæiske patentansøgninger er således forskellig, fordi behandlingen er baseret på to forskellige og i udgangspunktet uafhængige patentsystemer.

Konsekvensen af en uindskrænket sidestilling af nationale og europæiske patentansøgninger ville føre til, at den enekompetence til at behandle europæiske patentansøgninger, som er tillagt den europæiske patentmyndighed, i princippet ville være illusorisk. Det ville medføre en betydelig uklarhed om, hvor det danske patentsystem starter, og hvor det europæiske patentsystem slutter. Allerede derfor kan der ikke være tale om en uindskrænket sidestilling af nationale og europæiske patentansøgninger.

Minkpapir A/S har i processkriftet af 23. oktober 2017, s. 2, anført, at patentlovens § 11 skal fortolkes i lyset af § 82 sammenholdt med patentlovens § 76, 2. pkt., og at såfremt et forhold ikke er reguleret af undtagelsesreglerne i patentlovens §§ 77-90, da finder patentlovens almindelige bestemmelser anvendelse på europæiske patenter, jf. §§ 76, 2. pkt. og 82.

En sådan fortolkning er der ikke grundlag for.

Patentlovens § 76, 2. pkt., kan ikke føre til den af Minkpapir A/S foreslåede fortolkning, allerede fordi den angår *udstedte patenter* og ikke *patentansøgninger*. Ifølge bestemmelsen har et *meddelt europæisk patent* således samme virkning som et patent meddelt af den danske patentmyndighed, med de modifikationer, der fremgår af patentlovens §§ 77-90.

Minkpapier A/S har endvidere anført, at hvis ankenævnets synspunkt om, at patentlovens § 82 ikke er en generalklausul, følges, vil det medføre, at ingen af bestemmelserne i patentlovens kapitel 3 finder anvendelse på europæiske patenter valideret i Danmark.

Minkpapier A/S har i den forbindelse anført, dette ville udelukke, at en europæisk patentansøgning kunne baseres på en international patentansøgning, og at internationale patentansøgninger i langt størstedelen af tilfældene videreføres som en europæisk patentansøgning med en dansk designering og behandles ved den europæiske patentmyndighed med efterfølgende validering i Danmark.

Der er tale om en urigtig forståelse af patentlovens bestemmelser.

Hvis en international patentansøgning videreføres som en europæisk patentansøgning, bliver ansøgningen til en *europæisk patentansøgning* (en såkaldt *Euro-PCT ansøgning*, jf. EPK, art. 153, stk. 2) omfattet af patentlovens kapitel 10 A og ikke til en *international patentansøgning* omfattet af patentlovens kapitel 3.

Dette er forudsat i lovforslag nr. 119 af 2. december 1977 om ændring af patentloven, bemærkningen til § 28, hvoraf bl.a. fremgår:

”Lovforslagets §§ 29-38 indeholder de bestemmelser, der er nødvendige, for at en international patentansøgning, som omfatter Danmark, kan videreføres her i landet i overensstemmelse med traktatens regler.

I artikel 150 i Den europæiske Patentkonvention er det bestemt, at internationale patentansøgninger, der indleveres i henhold til traktaten, kan behandles af Den europæiske Patentmyndighed i overensstemmelse med de regler, der findes i konventionens artikel 151-158. En international ansøgning, for hvilken Den europæiske Patentmyndighed er designeret myndighed, skal således anses for at være en europæisk ansøgning. Der er derfor i stk. 3 henvist til de bestemmelser i lovforslaget, der angår europæisk patent og fællesskabspatent.” (fremhævet her).

Lovforslagets § 28, stk. 3, lyder således:

”Stk. 3. Bestemmelserne i §§ 29-38 finder anvendelse på internationale patentansøgninger, som omfatter Danmark. Såfremt der ved en sådan ansøgning søges europæisk patent for Danmark eller fællesskabspatent, gælder dog bestemmelserne i henholdsvis kapitel XI og kapitel XII.” (fremhævet her).

Lovforslagets kapitel XI indeholder forslaget bestemmelser om europæiske patenter.

Lovforslagets § 28, stk. 3, 2. pkt., udgik i forbindelse med behandlingen af lovforslaget, fordi der ikke kunne opnås det fornødne flertal efter grundlovens § 20 til at ratificere bl.a. Den Europæiske Patentkonvention, jf. tillægsbetænkning over forslag til lov om ændring af patentloven og forslag til lov om ændring af lov om hemmelige patenter afgivet af erhvervsudvalget den 26. maj 1978 (FT 1977-78 Till. B, sp. 1697-1700).

Da den europæiske patentkonvention senere blev ratificeret, blev der – af ukendte årsager – ikke stillet forslag om en bestemmelse svarende til patentlovens § 28, stk. 3, 2. pkt., jf. lovforslag nr. 156 af 11. januar 1989 om ændring af patentloven (Ratifikation af Den Europæiske Patentkonvention).

Der er dog intet grundlag for at antage, at retsstillingen skulle være anderledes end beskrevet.

Minkpapier A/S har i processkriftet af 23. oktober 2017, s. 5-6, anført, at hvis patentlovens § 82 ikke er en generalklausul, vil det medføre, at bestemmelserne i patentlovens kapitel 4 (patentets omfang og gyldighedstid), kapitel 6 (licens, overdragelse mv.) og kapitel 7 (patentets ophør, administrativ omprøvning mv.) ikke finder anvendelse på europæiske patenter valideret i Danmark.

Ankenævnet bemærker for det første, at § 82 angår *patentansøgninger*, hvorimod bestemmelserne i patentlovens kapitel 4, 6 og 7 angår forhold, *efter at der er meddelt patent*. Allerede derfor vil det ikke medføre at patentlovens bestemmelser i kapitel 4, 6 og 7 ikke finder anvendelse.

For det andet vil bestemmelserne i patentloven i sagens natur finde anvendelse på europæiske patenter, hvis en bestemmelse angiver dette. Dette vil for så vidt angår patentlovens kapitel 4, 6 og 7 følge af patentlovens § 76, 2. pkt., hvor det er relevant.

Minkpapier A/S har endvidere henvist til patentlovens § 81 som en særregel.

Bestemmelsen angiver, at der for et europæisk patent skal betales årsgebyr til den danske patentmyndighed for hvert gebyrår efter det år, hvor Den Europæiske Patentmyndighed har bekendtgjort sin afgørelse om, at imødekomme patentansøgningen. I ansøgningsstiden betales årsafgiften til Den Europæiske Patentmyndighed.

Det forhold, at årsgebyret i ansøgningsperioden skal betales til Den Europæiske Patentmyndighed, og at årsgebyret først efter meddelelse af patent skal betales til den danske patentmyndighed, illustrerer efter ankenævnets opfattelse, at det danske system og det europæiske system er to forskellige og i udgangspunktet uafhængige patentsystemer.

Patentbekendtgørelsen

Følger af patentlovens § 11, at erhvervsministeren fastsætter nærmere vilkår for at en ansøgning kan anses som indleveret på det tidspunkt, hvor stamansøgningen blev indleveret.

Denne hjemmel er udnyttet ved patentbekendtgørelsen, som blandt andet er udsted med hjemmel i § 11.

Af bekendtgørelsens § 1 fremgår:

”Medmindre andet er fastsat, gælder bestemmelserne om patentansøgninger kun

- 1) Danske patentansøgninger,*
- 2) Internationale ansøgninger, som er videreført efter patentlovens § 31 eller er optaget til behandling efter patentlovens § 38, og*
- 3) Europæiske patentansøgninger, som er konverteret til danske patentansøgninger i medfør af § 88 i patentloven.”*

Det må derfor lægges til grund, at patentbekendtgørelsens kapitel 9 (§§ 31-34) om deling og udskillelse og som indeholder vilkårene for anvendelse af patentlovens § 11, alene finder anvendelse på de i bekendtgørelsens § 1 nævnte ansøgninger.

Europæiske patentansøgninger er ikke nævnt i bekendtgørelsens § 1, og bestemmelserne i §§ 31-34 finder derfor ikke anvendelse herpå.

Patentlovens § 11, hvis anvendelse ifølge ordlyden er betinget af opfyldelse af de administrativt fastsatte vilkår, som findes i patentbekendtgørelsens §§ 31-34, finder derfor ikke anvendelse på europæiske patentansøgninger.

Opdelingen mellem på den ene side de i patentbekendtgørelsens § 1 nævnte patentansøgninger og på den anden side europæiske patentansøgninger stemmer også bedst med territorialitetsprincippet, idet de i § 1 nævnte patentansøgninger alle behandles af Patent- og Varemærkestyrelsen som *danske* ansøgninger.

I forhold til de i bekendtgørelsens § 1, nr. 3, nævnte konverterede europæiske patentansøgninger bemærkes det, at en sådan ansøgning er en europæisk patentansøgning, som på grund af forsinket indsendelse til den europæiske patentmyndighed *konverteres* til en *dansk* patentansøgning, som således også skal behandles af Patent- og Varemærkestyrelsen. En konverteret europæisk patentansøgning er dermed ikke sammenlignelig med en europæisk patentansøgning.

Alle de i bekendtgørelsens § 1 nævnte former for patentansøgninger er altså '*danske*' patentansøgninger, idet de behandles af Patent- og Varemærkestyrelsen efter de danske regler (med den modifikation, der følger af patentlovens § 88, stk. 2).

Der er derfor heller ikke udledes af patentbekendtgørelsen, at patentlovens § 11 finder anvendelse på europæiske patentansøgninger.

At patentlovens § 11 skal fortolkes således, at stamansøgningen til en dansk ansøgning skal være en anden dansk ansøgning, er også forudsat i patentbekendtgørelsens §§ 30-31.

Ifølge § 31 kan en ansøgning deles i flere ansøgninger, hvis der i basisdokumenterne er beskrevet flere opfindelser. Ligeledes fremgår det, at en ny ansøgning angående en opfindelse, som hidrører fra den ansøgning, hvorfra den er delt (stamansøgningen), på ansøgerens begæring skal anses som indleveret på stamansøgningens indleveringsdag.

I § 30, stk. 1, henvises der til basisdokumenterne i en *dansk* patentansøgning og dennes indhold. I § 30, stk. 2, henvises der til basisdokumenterne i en *europæisk* ansøgning, som *begæres konverteret til en national ansøgning efter patentlovens § 88*. I § 30, stk. 3, henvises der til basisdokumenterne i en *international* ansøgning, der videreføres efter patentlovens § 31. Derimod nævnes europæiske ansøgninger ikke, hvor de ikke er begæret konverteret efter de særlige regler i patentlovens § 88.

Det er derved forudsat, at der med hensyn til nationale og europæiske ansøgninger alene kan ske afdeling på grundlag af 1) en dansk ansøgning, eller på grundlag af 2) en europæisk ansøgning, som er begæret konverteret til en national ansøgning efter patentlovens § 88.

Systemet er således baseret på de almindelige principper om territorialitet og uafhængighed forstået således, at EPK og patentloven er to forskellige og uafhængige regelsæt. Overgangen imellem disse regelsæt er reguleret særligt og sker navnlig ved validering af

et udstedt europæisk patent i Danmark eller igennem den særlige ordning i patentlovens § 88.

Der må derfor være en formodning imod, at der skulle eksistere andre muligheder for, at en EPK-ansøgning kan overgå til at være en national dansk ansøgning.

EPK og implementeringsreguleringen

Patentlovens § 11 skal endvidere fortolkes i lyset af artikel 76 i den Europæiske Patentkonvention og den heraf følgende regel 36, stk. 1, i implementeringsreguleringen, hvorefter "*The applicant may file a divisional application relating to any pending earlier European patent application.*" (fremhævet her).

Ifølge EPK og den tilhørende implementeringsregulering kan stamansøgningen til en afdelt europæisk ansøgning således hverken være national eller være en Patent Cooperation Treaty (herefter PCT) ansøgning, før den kommer i den europæiske fase.

Derfor er det nærliggende også at fortolke patentlovens § 11 således, at stamansøgningen til en afdelt dansk ansøgning ikke kan være en europæisk ansøgning.

Minkpapir A/S har i replikken, s. 14-15, modsagt sig dette synspunkt, idet en europæisk patentansøgning giver mulighed for designering i flere europæiske lande, hvorimod den nationale patentansøgning alene har virkning for ansøgningslandet. Minkpapir A/S har således anført, at såfremt der kunne indgives europæiske patentansøgninger på grundlag af afdelte nationale patentansøgninger, ville man igennem afdelingen kunne udvide det oprindelige territoriale virkningsområde.

Det af Minkpapir A/S anførte kan ikke forklare, hvorfor det ikke skulle være muligt at afdele en europæisk patentansøgning fra en Patent Cooperation Treaty (herefter PCT) ansøgning, før den kommer i den europæiske fase, i de tilfælde, hvor de designerede lande i den afdelte europæiske ansøgning også er designerede i PCT-ansøgningen. Det af Minkpapir A/S anførte kan allerede derfor ikke føre til et andet resultat.

Derudover bemærkes, at patentloven på linje med EPK heller ikke giver mulighed for at anvende en PCT-ansøgning som en stamansøgning til en afdelt dansk ansøgning, forud for det tidspunkt, hvor PCT-ansøgningen er blevet videreført til Danmark.

Patentlovens § 88 hviler i øvrigt på EPK artikel 135, stk. 1, litra a, som giver mulighed for at omdanne en europæisk patentansøgning til en national patentansøgning, *hvor den europæiske patentansøgning anses for trukket tilbage som følge af, at ansøgningen ikke er fremsendt til EPO rettidigt*, jf. EPK artikel 77, stk. 3.

I EPK artikel 135, stk. 1, litra b, findes en hjemmel for de kontraherende stater til at indføre en lignende adgang, i *andre tilfælde*. Denne hjemmel er imidlertid ikke udnyttet i patentloven, hvilket må forstås som et fravalg, således at den danske lovgiver ikke har ønsket at muliggøre andre konverteringer fra europæiske patentansøgninger til danske patentansøgninger, end dem der følger af lovens § 88.

Patentlovens bestemmelser i lyset af brugsmodelretten

Ovenstående stemmer også med, at lovgiver inden for *brugsmodelretten* har valgt at anvende artikel 135, stk. 1, litra b, og implementere en bredere adgang i brugsmodellovens § 12, hvorefter en tidligere patentansøgning gældende for Danmark kan anvendes helt el-

ler delvist som grundlag for en brugsmodeansøgning vedrørende samme frembringelse med mulighed for at begære, at den indleveringsdag, der gælder for patentansøgningen, skal gælde for brugsmodeansøgningen.

Inden for disse to uafhængige systemer (patentloven og brugsmodelloven) er der således skabt en vid adgang til at anvende ansøgninger fra det ene system som grundlag for ansøgninger i det andet system.

Uden en sådan lovfæstet adgang er der ikke grundlag for at konvertere en ansøgning i det ene system til en ansøgning i det andet system med den virkning, at sidstnævnte får prioritetsvirkning fra førstnævnte.

Litteraturen

Det synes i den danske og nordiske litteratur forudsat, at patentlovens § 11 ikke indebærer hjemmel for afdeling af danske patentansøgninger fra europæiske patentansøgninger, jf. eksempelvis Lindgreen, Schovsbo og Thorsen: Patentloven med kommentarer, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1. udgave, 1, oplag, 2012, s. 243-247.

MINKPAPIR A/S' HJEMVISNINSPÅSTAND

Som anført indledningsvist er det Sø- og Handelsretten skal tage stilling til alene, hvorvidt der er hjemmel til afdeling af danske patentansøgninger fra europæiske patentansøgninger.

Hvis Sø- og Handelsretten finder, at der er hjemmel hertil, kan Minkpapir A/S ikke få medhold i påstand 1, idet påstanden indebærer en stillingtagen til forhold, som myndighederne ikke har taget stilling til, og som parterne er enige om, at sagen ikke angår.

Hvis Sø- og Handelsretten finder, at der er hjemmel til denne afdeling, skal sagen hjemvises til ankenævnet med henblik på myndighedernes nærmere stillingtagen til, hvorvidt ansøgningen PA 2014 00665 har basis i stamansøgningen EP 12075029, og der er grundlag for at meddele patent.

Sø- og Handelsrettens begrundelse og resultat

Spørgsmålet om afdeling af en patentansøgning under dansk ret er reguleret i patentlovens § 11, i patentlovens kapitel 2 om patentansøgninger og deres behandlinger. Det fremgår af § 8 og § 7 i det samme kapitel, at patentansøgninger indleveres til patentmyndigheden, det vil sige til Patent- og Varemærkestyrelsen, eller i det i kapitel 3 nævnte tilfælde (om international patentansøgning) til patentmyndigheden i fremmed stat eller til en international organisation. Patentbekendtgørelsen er i overensstemmelse hermed udformet, så den dækker danske patentansøgninger, de relevante internationale patentansøgninger og europæiske patentansøgninger konverteret til danske ansøgninger, jf. patentlovens § 88.

Af patentlovens § 11 fremgår det, at hvis der søges patent på en opfindelse, som fremgår af en af ansøgeren tidligere indleveret patentansøgning, der ikke er endeligt afgjort, skal den senere ansøgning på ansøgerens begæring og på de af erhvervsministeren fastsatte vilkår anses som indleveret på det tidspunkt, da de akter, hvoraf opfindelsen fremgår, indkom til patentmyndigheden. For en dansk ansøgning, der oprindeligt er indleveret til Patent- og Varemærkestyrelsen, er det således denne ansøgnings indleveringstidspunkt, der også anses for indleveringstidspunktet for den senere afdelte ansøgning. For en international patentansøgning, der er videreført i Danmark, jf. § 31, anses indleveringstidspunktet for det tidspunkt, hvor akterne indkom til patentmyndigheden enten her i landet eller i fremmed stat eller til en international organisation, jf. § 8.

Det følger af bestemmelsens forarbejder, at patentlovens § 11 skal ses i lyset af patentlovens § 10, som kan gøre det nødvendigt at opdele en patentansøgning i flere ansøgninger, fordi der i samme ansøgning ikke må søges patent på to eller flere af hinanden uafhængige opfindelser (lovforslag nr. 42, forslag til patentlov, fremsat i Folketingsåret 1967/68 den 9. november 1967, de specielle bemærkninger til § 11). Patentlovens § 11 har den effekt, at en senere afdelt ansøgning i forhold til spørgsmål om prioritet og modhold bliver bedømt i forhold til tidspunktet for indlevering af stamansøgningen indeholdende den pågældende opfindelse, jf. også patentlovens § 2, jf. § 22.

En europæisk patentansøgning indleveres til Den Europæiske Patentmyndighed og uanset, at Danmark er designeret, er der ikke indkommet nogen relevante akter til patentmyndigheden, som denne forstås af § 7 og § 8, nemlig Patent- og Varemærkestyrelsen eller for internationale patentansøgninger patentmyndigheden i fremmed stat eller international organisation.

Sø- og Handelsretten finder på baggrund af ordlyden, den territoriale udstrækning, forarbejderne og formålet med bestemmelserne om patentansøgninger i patentlovens kapitel 2 ikke grundlag for at fastslå, at patentlovens § 11 indeholder hjemmel til at afdele en dansk patentansøgning fra en europæisk patentansøgning.

Spørgsmålet er herefter, om en sådan hjemmel kan udledes af patentlovens § 82 i kapitel 10 a (om europæisk patent). Af patentlovens § 82 fremgår, at en europæisk patentansøgning, for hvilken den Europæiske Patentmyndighed har fastsat indleveringsdag, fra denne dag har samme virkning her i landet som en her indleveret ansøgning. Dette medfører ifølge bestemmelsens forarbejder, at europæiske patentansøgninger i overensstemmelse med konventionens krav herom "sidestilles" med nationale ansøgninger, og at dette "bl.a." gælder i forhold til patentlovens § 2, idet en europæisk ansøgning, der omfatter Danmark, her i landet skal tages i betragtning ved vurdering af nyheden af en senere her i landet indgivet national ansøgning. Det anføres ligeledes, at bestemmelsen har grundlag i artikel 66 og 139 i den Europæiske Patent Konvention, jf. i det hele lovforslag nr. 156, forslag til lov om ændring af patentloven, fremsat i Folketingsåret 1988/89 den 11. januar 1989, de specielle bemærkninger til § 82.

Dommerne Poul Høg Andersen, Peter Juul Agergaard og Mads Bundgaard Larsen udtaler følgende:

Det er vores opfattelse, at Den Europæiske Patentkonvention og patentloven er to forskellige og uafhængige regelsæt. Overgangen imellem disse regelsæt er reguleret særligt og sker ved validering af et udstedt europæisk patent i Danmark eller igennem den særlige ordning i patentlovens § 88. Der må derfor være en formodning imod, at der skulle eksistere andre muligheder for, at en europæisk patentansøgning kan overgå til at være en national dansk ansøgning, uden denne er direkte angivet.

Vi finder på baggrund af det, der er anført ovenfor om patentlovens kapitel 2, ikke grundlag for en fortolkning, hvorefter det forhold, at en europæisk ansøgning skal have virkning som en dansk patentansøgning, jf. patentlovens § 82, betyder, at den europæiske patentansøgning efter indgivelsen også kan viderebehandles efter de danske regler om patentansøgninger i patentlovens kapitel 2, herunder patentlovens § 11 om afdeling. Der er således ikke grundlag for at fortolke patentlovens § 82 videre end dens ordlyd, som må forstås sådan, at bestemmelsen omhandler virkningen af ansøgningen i sig selv, og ikke efter hvilke regler dens videre behandling skal ske. Særligt bemærkes, at ordet "bl.a." i de ovenfor nævnte forarbejder

ikke kan give grundlag for at fravige ordlyden af § 82 og den territoriale afgrænsning, som fremgår af patentlovens kapitel 2, og den Europæiske Patentkonvention.

Vi finder på den anførte baggrund ikke grundlag for at tilsidesætte Ankenævnets afgørelse og tager derfor nævnets frifindelsespåstand til følge.

Dommerne Jakob Sørensen og Lise Krüger Andersen udtaler følgende:

Efter patentlovens § 11 kan en dansk patentansøgning virke som grundlag for en afdelt patentansøgning. Ifølge ordlyden af patentlovens § 82, stk. 1, 1. pkt., sidestilles en europæisk patentansøgning generelt med en dansk, og lovforslagene til bestemmelsen indeholder ikke indskrænkende fortolkningsbidrag, men bruger tværtimod ordet "bl.a." i sin beskrivelse af, hvilke virkninger en europæisk ansøgning kan have her i landet.

På denne baggrund finder vi ikke grundlag for en fortolkning, som begrænser en europæisk ansøgnings virkning, jf. patentlovens § 82, stk. 1, 1. pkt., til det, der fremgår af bestemmelsen i øvrigt, og som udelukker, at en europæisk patentansøgning kan virke som grundlag for en afdelt dansk patentansøgning efter patentlovens § 11. Den omstændighed, at patentbekendtgørelsen ikke tager højde for patentlovens § 82, kan ikke føre til et andet resultat.

Vi mener derfor, at der i medfør af patentlovens § 11, jf. § 82, er hjemmel til at afdele en dansk patentansøgning fra en europæisk, og vi stemmer for at tilsidesætte Ankenævnets afgørelse og tage Minkpapier A/S' påstand 2 til følge.

Der afsiges dom efter stemmeflertallet, hvorefter Ankenævnet for Patenter og Varemærker frifindes.

Efter sagens udfald skal Minkpapier A/S betale sagsomkostninger til Ankenævnet for Patenter og Varemærker med 30.000 kr. inkl. moms. Beløbet udgør passende udgifter til advokat og er fastsat ud fra sagens værdi, karakter, omfang og forløb.

Thi kendes for ret:

Ankenævnet for Patenter og Varemærker frifindes.

Minkpapir A/S skal inden 14 dage betale 30.000 kr. i sagsomkostninger til Ankenævnet for Patenter og Varemærker. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.

Mads Bundgaard Larsen

Lise Krüger Andersen

Peter Juul Agergaard

Poul Høg Andersen

Jakob Sørensen

(Sign.)

— — —

**Udskriftens rigtighed bekræftes
Sø- og Handelsretten, den 24-01-2018**

**Eva Holmberg
Retssekretær med specialistfunktioner**