

**BUREAU VOOR DE  
INDUSTRIËLE EIGENDOM**

RIJSWIJK, 28 april 1999

mr. J. L. Driessen, voorzitter  
drs. H.J.H. Korfage  
ing. J. de Vries  
mw. ir. A.M.J. van Houtert-Ponssen, secretaris

Advies ex artikel 84 Rijsoctrooiwet 1995  
Nederlands octrooi **1005991**

Verzoeksters : **Triton Yerseke B.V.** te Yerseke  
**Roem van Yerseke B.V.** te Yerseke  
**J. Barbé B.V.** te Yerseke  
**International Shellfish B.V.** te Bergen op Zoom  
**Heiploeg B.V.** te Zoutkamp  
**Lenger Seafoods B.V.** te Harlingen  
**Mieras B.V.** te Arnhem  
**Muschel-Union GmbH**, te Jüchen, Duitsland en  
**Piet Verwijs - Van der Endt B.V.** te Yerseke  
Gemachtigden : mr. drs. W.J. Kruk en mr. drs. S.U. Ottevangers

Octrooihoudster: **Prins & Dingemanse B.V.** te Yerseke

Gemachtigde : ir. A. van Westenbrugge

**1. Het geding**

Verzoeksters hebben op 17 december 1998 een verzoekschrift met bijlagen ingediend, met het verzoek een advies volgens artikel 84 van de Rijsoctrooiwet 1995 (ROW 1995) uit te brengen omtrent de toepasselijkheid van de in artikel 75, eerste lid ROW 1995 genoemde nietigheidsgronden op Nederlands octrooi 1005991.

Op 29 januari 1999 heeft de octrooihoudster een schriftelijk antwoord met een bijlage op het verzoekschrift ingediend.

Ter hoorzitting van 4 maart 1999 hebben partijen hun standpunten doen bepleiten, verzoekster bij monde van haar octrooigemachtigden mr. drs. W.J. Kruk en mr. drs. S.U. Ottevangers, octrooihoudster door haar octrooigemachtigde ir. A. van Westenbrugge; daarbij zijn van beide zijden pleitnotities overgelegd.

Aan de zijde van verzoeksters waren voorts aanwezig mr. ir. J. Huisman, E. Barbé en F. Varkevisser; aan de zijde van de octrooihoudster waren voorts mr. C.A.J. Crul, advocaat, A.J.C. van Oort, K. Prins, R. Ploegaert, mevr. mr. A. Wolters, advocaat te Amsterdam, mr. C.L. Capel, advocaat en mr. G. Kuiper, advocaat, aanwezig.

De inhoud van de vorengenoemde stukken wordt als hier ingelast beschouwd.

## **2. De feiten**

Octrooihoudster (nader te noemen Prins) is rechthebbende op Nederlands octrooi 1005991, voor een “Geconditioneerde verpakking voor schelpdieren of schaaldieren” verleend voor de duur van twintig jaren op een aanvraag ingediend op 6 mei 1997.

Het octrooi omvat vier conclusies, die als volgt luiden:

- 1. Verpakking voor schelpdieren, zoals mosselen, of schaaldieren, omvattende een gesloten houder waarin zich een hoeveelheid levende schelpdieren of schaaldieren bevindt, eventueel water dat afkomstig is van de schelpdieren of schaaldieren, alsmede een beschermende gasatmosfeer die extra  $O_2$  en  $CO_2$  omvat.*
- 2. Verpakking volgens conclusie 1, waarbij de som van de hoeveelheid  $O_2$  en  $CO_2$  50% tot 90% bedraagt van de totale gasinhoud van de houder.*
- 3. Verpakking volgens conclusie 1 of 2, waarbij de hoeveelheid  $O_2$  25% tot 50% bedraagt van de totale gasinhoud van de houder.*
- 4. Verpakking volgens een der voorgaande conclusies, waarbij de houder een zak uit flexibel materiaal is, dat gasdicht en vloeistofdicht is.*

## **3. De nietigheidsgronden aangevoerd door verzoeksters**

Verzoeksters (hierna te noemen Triton c.s.) hebben in het verzoek bepleit, dat het octrooi behoort te worden nietigverklaard op de volgende gronden:

- 1) Het octrooischrift bevat niet een beschrijving van de uitvinding, die zodanig duidelijk en volledig is dat een deskundige deze uitvinding kan toepassen (art. 75(1) sub b);
- 2) De in de conclusie van het octrooi omschreven verpakking is niet inventief (art. 75 (1) sub a).

Ter toelichting hebben Triton c.s., samengevat, naar voren gebracht:

*ad 1) (art. 75 (1) sub b)*

- de beschrijving geeft aan, noch suggereert wat moet worden verstaan onder een beschermende gasatmosfeer, die ‘extra O<sub>2</sub> en CO<sub>2</sub>’ omvat, en hoe een en ander in een verpakking voor schelpdieren of schaaldieren tot stand wordt gebracht; het is voor de deskundige niet duidelijk hoe de uitvinding kan worden toegepast;
- het volume gas dat in de verpakking gaat is niet aangegeven, terwijl de toevoer van het volume gas toch afhankelijk is van de samenstelling van het uitgangsmengsel en van de soort en hoeveelheid van de schelpdieren;
- niet duidelijk is of het woord ‘extra’ ook slaat op ‘CO<sub>2</sub>’;
- uitgaande van de veronderstelling dat de ‘extra O<sub>2</sub> en CO<sub>2</sub>’ wordt toegevoegd aan de omgevingslucht, zal het CO<sub>2</sub> gehalte zonder meer toenemen omdat de schelpdieren levend verpakt worden en hun stofwisseling nog (ca. 8-28; zie resp. Nederlandse octrooiaanvraag 9400652 en Amerikaanse octrooischrift 5165361) dagen voortduurt, welke toename bevestigd wordt door het artikel van Y.C. Ho et al in “Journal of Aquatic Food Product Technology”, Vol. 6 (1), 1997, bladzijde 37 - 51, in het bijzonder figuur 1;
- in de beschrijving van het octrooi wordt gesproken van ‘water dat afkomstig is van de schelpdieren of schaaldieren’, doch schaaldieren geven geen eigen vocht af, zoals algemeen bekend is, en zij ademen bovendien op een andere wijze dan schelpdieren, zodat schaaldieren een andere gassamenstelling vereisen, waarvan de beschrijving geen melding maakt;

*ad 2) (art. 75 (1) sub a):*

- uit het artikel van D.M. Gibson en H.K. Davis “Fish and Shellfish products in sous vide and modified atmosphere packs” op bladzijde 153 - 174 van het boek “Principles of modified atmosphere and sous vide product packaging” onder redactie van J.M. Farber en K.L. Dodds, Lancaster, 1995, is reeds bekend om vis (waaronder ook schaaldieren en schelpdieren worden verstaan) te verpakken onder een beschermende gasatmosfeer, teneinde bacteriegroei en bederf te remmen en daardoor de houdbaarheid te verlengen; de invloed van een CO<sub>2</sub>, O<sub>2</sub>, en mengsels van CO<sub>2</sub> en O<sub>2</sub> op de kwaliteit en de microflora van schelpdieren en het verlengen van de houdbaarheidsperiode ervan door een geschikte keuze van de componenten van de beschermende gasatmosfeer is daaruit eveneens bekend;

- uit de Nederlandse octrooiaanvraag 9400652 is bekend het verpakken van levende mosselen in een gesloten verpakking, zoals luchtdichte zakken, onder toevoer van *lucht* of *zuurstof* aan de verpakking om de stofwisseling op gang te brengen en te houden, zodat ze langer levend en vers blijven;
- het inzicht om het probleem van bacteriegroei bij verpakken van levende schelp/schaaldieren op te lossen door toevoer van lucht of zuurstof was reeds te ontleen aan de laatstgenoemde Nederlandse octrooiaanvraag, dan wel het artikel van Y.C. Ho et al in “Journal of Aquatic Food Product Technology”; dit inzicht werd bevestigd door het eerdergenoemde artikel van Gibson en Davis;
- bovendien wordt een en ander bevestigd in het Amerikaanse octrooischrift 5165361, waarin is beschreven dat de levensduur van levende mosselen in een verpakking wordt verlengd door deze te verpakken in een water- en gasdichte houder, en bij het sluiten van de houder de lucht te vervangen door een beschermingsatmosfeer bestaande uit een gas met gereguleerde samenstelling, bijvoorbeeld zuurstof, of een mengsel van ten minste twee gassen, om bederf tegen te gaan. Door het achterblijven van restanten van de in de lucht aanwezige CO<sub>2</sub> zal in de houder ook ‘extra O<sub>2</sub> en CO<sub>2</sub>’ aanwezig zijn.

#### **4. Het verweer van octrooihoudster**

In het antwoord op het verzoekschrift heeft Prins onder meer het volgende gesteld:

- benadrukt is dat het in het onderhavige octrooi gaat om een verpakking voor levende schelpdieren of schaaldieren, in het bijzonder mosselen, zulks ter onderscheiding van de verpakking van voorgedroogde, dode schelpdieren of schaaldieren, waarbij totaal andere problemen zullen spelen;
- uitgaande van het uitgangspunt in de beschrijving, de Nederlandse octrooiaanvraag 9400391, kan de uitdrukking ‘extra O<sub>2</sub> en CO<sub>2</sub>’ niets anders betekenen dan ‘extra O<sub>2</sub> en CO<sub>2</sub>’ in vergelijking met de normale luchtsamenstelling, d.w.z. dat de componenten O<sub>2</sub> en CO<sub>2</sub> uitgaan boven die welke in lucht voorkomen;
- de specifieke samenstelling van de gasatmosfeer moet optimaal worden gekozen en hangt af van verschillende factoren, zoals de fase van het seizoen waarin de mosselen worden gevangen, gemiddelde omgevingstemperatuur enz. De vakman is zonder meer in staat om de juiste keuze te maken betreffende de O<sub>2</sub> en CO<sub>2</sub> concentratie;
- het artikel van Gibson en Davis beschrijft het verpakken van visproducten, d.w.z. dode visproducten, onder een beschermende gasatmosfeer; uit deze publicatie zal de vakman derhalve geen informatie halen voor de keuze van een gassamenstelling voor levende schaaldieren of schelpdieren;

- de Nederlandse octrooiaanvraag 9400652 betreft het verpakken van mosselen in een krimpfolie waarbij lucht uit de verpakking wordt afgevoerd in plaats van toegevoegd, terwijl over O<sub>2</sub> en CO<sub>2</sub> niets wordt vermeld;
- het artikel van Y.C. Ho et al beschrijft slechts resultaten van proeven gericht op het bepalen van 'respiration rates'; blijkens fig. 1 op blz. 43, neemt bij 'clams' in een gesloten pot het gehalte CO<sub>2</sub> in de tijd toe en de concentratie O<sub>2</sub> in de tijd af, terwijl de uitgangskoncentratie van het CO<sub>2</sub> vrijwel nul was en de aanvangskoncentratie O<sub>2</sub> ongeveer 20%;
- het Amerikaanse octrooischrift 5165316 betreft het verpakken van oesters in (zee)water, dus in hun natuurlijke leefomgeving, waarbij de stofwisseling normaal op gang blijft; om bacterie-ontwikkeling tegen te gaan, wordt zuurstof als bactericide toegevoegd aan het water.

Prins houdt staande dat de inventiviteit van de conclusies van het octrooi niet is aangetast door de door Triton c.s. genoemde publicaties; de nieuwigheid is niet betwist en de beschrijving van de uitvinding is voor een deskundige voldoende duidelijk om deze te kunnen naderen. Prins verzoekt daarom te adviseren dat de nietigheidsgronden ex artikel 75(1) van de Rijksoctrooiwet 1995 niet van toepassing zijn.

## **5. Advies van het Bureau I.E.**

### *5.1. Nawerkbaarheid van de uitvinding?*

De door Triton c.s. naar voren gebrachte bezwaren betreffende het ontbreken van een zodanig duidelijke en volledige beschrijving van de uitvinding dat de deskundige deze kan toepassen, worden door het Bureau niet gedeeld op grond van het navolgende.

5.1.1 In de beschrijving van het octrooi wordt uiteengezet welke verschillende mogelijkheden om schaaldieren en schelpdieren te verpakken vóór de indieningsdatum van de aanvraag bekend waren; geconstateerd wordt dat er twee hoofdcategorieën zijn: levend verpakte schaal/schelpdieren, en dode, voorgekookte verpakte schaal/schelpdieren. Vervolgens wordt aangegeven dat de uitvinding volgens het octrooi betrekking heeft op het verpakken van levende schaal/schelpdieren, met verwijzing naar de uit de stand der techniek bekende verpakking volgens de Nederlandse octrooiaanvraag 9400391.

Naar de opvatting van het Bureau zal het de deskundige enerzijds bij lezing van het gehele octrooischrift, en anderzijds nu niet is vermeld dat er specifieke maatregelen worden genomen om de schaaldieren of schelpdieren in een bijzondere uitgangsgasatmosfeer te verpakken, direct duidelijk zijn dat het verpakken als gebruikelijk plaatsvindt in de omgevingslucht.

Bovendien heeft Prins terecht betoogd dat een deskundige ter bepaling van wat moet worden verstaan onder 'een beschermende gasatmosfeer' te rade zal gaan bij de genoemde octrooiaanvraag 9400391, waar het verpakken plaatsvindt in de omgevingslucht.

De deskundige zal dan ook direct begrijpen dat 'de beschermende gasatmosfeer' volgens het octrooi bestaat uit omgevingslucht met daaraan toegevoegd 'extra O<sub>2</sub> en CO<sub>2</sub>'. Dat ook Triton c.s. zonder problemen tot deze uitleg komen moge blijken uit het verzoekschrift op blz. 3, regel 33 t/m blz. 4, regel 3.

De term 'extra O<sub>2</sub> en CO<sub>2</sub>' zal bijgevolg, naar het oordeel van het Bureau, door de deskundige lezer niet anders worden geïnterpreteerd dan als 'zowel extra O<sub>2</sub> als extra CO<sub>2</sub>' bevattende gasatmosfeer, aangezien de omgevingslucht reeds CO<sub>2</sub> bevat. De uitleg die door Triton wordt voorgestaan zou de toevoeging 'en CO<sub>2</sub>' betekenisloos maken.

5.1.2 Betreffende de samenstelling van het gasmengsel in de verpakking acht het Bureau het uit de beschrijving, zie bijv. blz. 2, regels 2 t/m 4, voor een deskundige duidelijk dat de extra O<sub>2</sub> en CO<sub>2</sub> moeten worden ingebracht in de luchtdicht af te sluiten verpakking vóór het sluiten. Dat ná het sluiten van de verpakking ten gevolge van het stofwisselingsproces van de schaal/schelpdieren het CO<sub>2</sub> gehalte nog verder toeneemt doet daar niet aan af. Met extra CO<sub>2</sub> is blijkens de gehele beschrijving niet bedoeld op de verdere veranderingen in de gasatmosfeer in de verpakking ná het sluiten daarvan tengevolge van de stofwisseling van de verpakte schaal/schelpdieren. De toename van het CO<sub>2</sub>-gehalte is overigens verwaarloosbaar klein gedurende de opslagperiode, zoals uit het artikel van Y.C. Ho et al in "Journal of Aquatic Food Product Technology" blijkt.

5.1.3 Ook de passage 'water dat afkomstig is van de schaal- of schelpdieren' acht het Bureau voor de deskundige lezer voldoende duidelijk. Zoals Prins heeft opgemerkt wordt bij het verpakken van levende schelp- of schaaldieren altijd vocht mee verpakt, hetzij afkomstig van de dieren zelf hetzij aanhangend water. Uit de doelstelling die het octrooi vermeldt blijkt dat, naast het 'eventueel' aanhangende water, geen extra water aan de verpakking (behoeft) te worden toegevoegd. Dienaangaande merkt het Bureau nog op dat naar zijn mening de deskundige ook zonder de toevoeging van deze zinsnede aan de conclusie, zonder meer zal begrijpen dat er enig aanhangend water of water afkomstig van de dieren zelf, in de verpakking aanwezig kan zijn.

5.1.4 Concluderend stelt het Bureau vast dat de nietigheidsbezwaren die Triton c.s. hebben gebaseerd op artikel 75, lid 1 onder b van de ROW 1995 niet worden gedeeld en dat de uitvinding in het octrooi zodanig duidelijk en volledig is beschreven, dat een deskundige deze kan toepassen.

## 5.2. *Bezwaren betreffende de uitvindingshoogte*

Blijkens de beschrijving van het octrooi (zie blz. 1, regel 21 t/m blz. 2, regel 16) heeft het octrooi ten doel verse, niet gekookte, levende schelpdieren of schaaldieren te verpakken in niet lekkende, niet te zware houders, waarin de dieren voldoende vers blijven.

Dit doel wordt bereikt door de levende schaaldieren of schelpdieren te verpakken in een gesloten (luchtdichte) houder, met alleen water dat afkomstig is van de schaal- of schelpdieren, onder een beschermende gasatmosfeer die extra O<sub>2</sub> en CO<sub>2</sub> bevat.

5.2.1 Triton c.s. hebben betoogd dat uit het hiervoor genoemde artikel van Y.C. Ho reeds bekend is dat door toevoeging van lucht of zuurstof aan een verpakking voor levende mosselen de levensduur van de mosselen mogelijkterwijs wordt verlengd.

Het Bureau wijst er echter op dat het artikel van Ho - nog afgezien van de vraag of het vóór de indieningsdatum van de aanvraag voor het octrooi 1005991 is gepubliceerd (de overgelegde kopie vermeldt slechts als jaar van uitgifte 1997) - slechts de resultaten beschrijft van proefnemingen, waarbij levende mosselen werden bewaard in luchtdicht afgesloten potjes, waarin zich een gasatmosfeer bevindt van een aanvangsconcentratie O<sub>2</sub> van ongeveer 20%, en een aanvangsconcentratie CO<sub>2</sub> van ongeveer 0%, d.w.z. concentraties die ongeveer overeenkomen met die van de omgevingslucht. Vervolgens werden bij diverse temperaturen de 'respiration rates' van de mosselen in de gesloten houders bepaald. In het artikel wordt vastgesteld dat weliswaar de 'respiration rate' van de mosselen wordt beïnvloed door het CO<sub>2</sub>-, resp. het O<sub>2</sub>-gehalte van de gasatmosfeer, maar dat onbekend is of er een relatie bestaat tussen de 'respiration rate' en de houdbaarheid van de mosselen. Het artikel noemt voorts geen andere percentages in de gasatmosfeer dan de vorengenoemde en stelt in de conclusie slechts vast dat nader onderzoek nodig is om te kunnen bepalen of de houdbaarheid van levende mosselen beïnvloed kan worden door het wijzigen van de gasatmosfeer.

Naar het oordeel van het Bureau is uit dit artikel niet af te leiden dat extra O<sub>2</sub> en CO<sub>2</sub> dient te worden toegevoegd aan mosselen bij verpakking in een luchtdichte houder met alleen aanhangend en/of eigen water om de houdbaarheid te verlengen en de smaak te bewaren.

Ook een combinatie van de gegevens uit het artikel met de overigens bekende stand van de techniek, zoals die bijv. blijkt uit de in de beschrijving genoemde Nederlandse octrooiaanvraag 9400391, brengt de deskundige naar het oordeel van het Bureau niet tot de maatregel genoemd in het octrooi van Prins.

5.2.2 Triton c.s. hebben voorts gesteld dat uit het artikel van Gibson en Davis bekend was om vis, schaal- en schelpdieren te verpakken in een beschermende gasatmosfeer ten einde bacteriegroei en bederf van de visproducten te remmen. Uit tabel 7.2 van het artikel blijkt volgens Triton c.s. reeds dat door het verhogen van het O<sub>2</sub>- en het CO<sub>2</sub>-gehalte de houdbaarheidsperiode van de visproducten verlengd kan worden. In de tabel worden percentages van het O<sub>2</sub> en CO<sub>2</sub> genoemd die overeenkomen met de percentages in de conclusies 2 en 3 van het octrooi van Prins. Aangezien, aldus Triton c.s., bacteriegroei zowel op dode als op levende producten plaats vindt, zal een deskundige die op zoek is naar de juiste gassamenstelling voor het verpakken van levende visproducten zich ook oriënteren op het verpakken van dode visproducten.

Het Bureau deelt de opvatting van Triton c.s. niet. De deskundige die zich bezighoudt met het verpakken van levende schaaldieren en schelpdieren weet dat het levend houden van de schaal- en schelpdieren en hun stofwisseling belangrijke, bepalende factoren zijn bij de keuze van de daarvoor benodigde gasatmosfeer. Hij zal zich bij die keuze zeker niet laten leiden door de gegevens betreffende de verpakking van dode visproducten in genoemde tabel 7.2; laat staan dat hij op grond daarvan zal komen tot de percentages O<sub>2</sub> en CO<sub>2</sub> genoemd in de conclusies 2 en 3 van het octrooi van Prins. Zoals ook Prins overigens heeft doen opmerken bevat de tabel géén gegevens over schaaldieren en schelpdieren.

5.2.3 Ten overvloede wijst het Bureau er nog op dat ook de periode gelegen tussen de publicatie van de onderzoeksresultaten in het artikel van Gibson c.s. in 1995 en de indiening van de aanvraag die ten grondslag lag aan het octrooi in 1997, een aanwijzing vormt dat de deskundige, ondanks de behoefte aan een verpakking waarin levende schaal- en schelpdieren langere tijd goed gehouden kunnen worden, niet heeft ingezien dat deze resultaten kunnen leiden tot de gewenste verbetering.

Prins heeft er voorts nog op gewezen dat bij dode mosselen een verhoogd CO<sub>2</sub>-gehalte kan leiden tot ongewenste verkleuring van de mosselen, terwijl dit bij levende mosselen slechts tot remming van de bacteriegroei leidt, en dat blijkens blz. 167 van het artikel extra O<sub>2</sub> bij dode visproducten zelfs leidt tot versnelde groei van bederf-veroorzakende micro-organismen en derhalve tot versneld bederf. Daarentegen dient de in de verpakking volgens het onderhavige octrooi toegevoegde 'extra O<sub>2</sub>' voor verbruik door de levende mosselen om de stofwisseling in stand te houden. Ook op grond hiervan kan worden vastgesteld dat de deskundige na kennisneming van de inhoud van het artikel, niet onmiddellijk de maatregelen volgens het octrooi van Prins zal treffen om de houdbaarheid van de levende dieren te verlengen.



5.2.4 Ook het artikel van Y.C. Ho et al, beschouwd in samenhang met het artikel van Gibson en Davis, zal naar het oordeel van het Bureau, zoals uit het bovenstaande moge blijken, de deskundige niet leiden tot de maatregelen tot het verbeteren van de houdbaarheid van levend verpakte schaal- en schelpdieren.

5.2.5 Uit het Amerikaanse octrooischrift 5165361 is volgens Triton c.s. bekend dat de levensduur van mosselen in een verpakking verlengd kan worden door de lucht in de verpakking te vervangen door een beschermingsatmosfeer bestaande uit een gas met een gereguleerde samenstelling, bijvoorbeeld zuurstof, of een mengsel van tenminste twee gassen, teneinde bederf tegen te gaan.

Zoals Prins echter heeft benadrukt wordt aan deze verpakking tevens een aanzienlijke hoeveelheid zeewater toegevoegd om de schelpdieren in hun natuurlijke omgeving te laten voortleven en wordt de zuurstof slechts toegevoegd om als bactericide te dienen; daarnaast wordt niet aangegeven welke gassen het mengsel kan bevatten.

Ook in deze publicatie treft het Bureau, naar zijn oordeel, geen aanwijzingen aan om een beschermende gasatmosfeer volgens het octrooi van Prins, zonder toevoeging van water, in de verpakking aan te brengen.

5.2.6 Op grond van het bovenstaande is het Bureau van oordeel dat de maatregelen volgens de conclusies van het octrooi in hun onderlinge samenhang, voor een deskundige ook na kennisneming van de inhoud, afzonderlijk of in combinatie, van de door Triton c.s. genoemde publicaties niet voor de hand liggend waren.

5.3 Het advies van het Bureau luidt derhalve dat de door verzoekster aangevoerde nietigheidsgronden *niet* van toepassing moeten worden geacht op de conclusies 1 t/m 4 van het octrooi 1005991.

Aldus gedaan door J.L. Driessen, H.J.H. Korfage en J. de Vries op 28 april 1999.

w.g. J.L. Driessen (voorzitter)

w.g. A.M.J. van Houtert-Ponssen (secretaris)