

mr. I.W. van der Eijk, voorzitter
mr. drs. R.C.D.E. Hasekamp
mw. dr. N.O.M. Rethmeier
mw. mr. C. Witteman, secretaris

Advies ex artikel 84 Rijksoctrooiwet 1995

Betr.: Nederlands octrooi 1008829

Verzoekster: Cola Dairy Products S.p.A. te Napels, Italië
Gemachtigde: mw. dr. A. Manten

Octrooihoudster: Campina Melkunie B.V. te Zaltbommel
Gemachtigde: dr. T.H. Wittop Koning

1 Het geding

Verzoekster (hierna Cola Dairy) heeft op 2 april 2002 een verzoekschrift met bijlagen ingediend met het verzoek een advies volgens artikel 84 van de Rijksoctrooiwet 1995 (hierna ROW 1995) uit te brengen omtrent de toepasselijkheid van de in artikel 75, eerste lid ROW 1995 genoemde nietigheidsgronden op Nederlands octrooi 1008829.

Octrooihoudster (hierna Campina) heeft op 15 mei 2002 een schriftelijke reactie op het verzoekschrift ingediend.

5

Tijdens de hoorzitting op 11 juni 2002 hebben partijen hun standpunt doen bepleiten bij monde van hun respectievelijke octrooigemachtigden. De gemachtigde van Cola Dairy was daarbij vergezeld van ir. B.J. 't Jong, octrooigemachtigde, jhr. mr. R.E.P. de Ranitz, advocaat, en prof. dr. P. Walstra. De gemachtigde van Campina was daarbij vergezeld van dr. ir. Ch.G.J. Bisperink van DMV International, en mr J.-P. van Nes, mw M.J. Meijer, en mw M. Vanrusselt van Campina.

10

Gemachtigde van Cola Dairy en gemachtigde van Campina hebben beiden ter zitting exemplaren van hun pleitnota overgelegd.

De inhoud van de hiervoor genoemde stukken dient als hier ingelast te worden beschouwd.

2 De feiten

Campina is rechthebbende op Nederlands octrooi 1008829 voor een “Eetbare spuitemulsie”, dat met dagtekening 10 september 1999 voor de duur van twintig jaren is verleend op een aanvraag ingediend op 7 april 1998.

Conclusie 1 luidt als volgt:

In een drukhouder, ingericht voor het afgeven van slagroom, verpakte melkvethoudende emulsie, voor het bereiden van een spuitroomachtig product, met het kenmerk, dat de emulsie eveneens een of meer andersoortige vetbestanddelen omvat, waarbij de deeltjesgrootteverdeling van het melkvet en van de andersoortige vetbestanddelen in hoofdzaak met elkaar overeenkomen.

3 Door Cola Dairy aangevoerde nietigheidsgronden

Cola Dairy heeft in het verzoekschrift gesteld dat het Nederlands octrooi 1008829 dient te worden vernietigd wegens onvoldoende duidelijkheid en volledigheid van de beschrijving (nawerkbaarheid), gebrek aan nieuwheid en gebrek aan uitvindingshoogte (inventiviteit) van alle verleende conclusies.

3.1 Nawerkbaarheid

Cola Dairy heeft aangevoerd dat de uitvinding niet nawerkbaar is. De uniforme deeltjesgrootteverdeling wordt volgens de uitvinding verkregen door homogenisatie van de emulsie. Diverse factoren van het homogenisatieproces kunnen echter deze deeltjesgrootteverdeling beïnvloeden, terwijl in de beschrijving van de uitvinding geen van deze factoren wordt gespecificeerd.

3.2 Nieuwheidsbezwaren

Cola Dairy heeft opgemerkt dat in conclusie 1 de toevoeging “waarbij de deeltjesgrootteverdelingen van de vetbestanddelen overeenkomen” geen onderscheidend kenmerk van de emulsie is, daar dit altijd het geval is na homogenisatie. Een emulsie welke naast melkvet een of meer andere type vetbestanddelen bevat is volgens Cola Dairy onder andere bekend uit de Amerikaanse octrooischriften 3.944.680 (“D3”) en 4.943.443 (“D4”), terwijl uit deze documenten tevens het opnemen van genoemde emulsie in een drukhouder bekend is. Daar het resulterende product in D3 en D4 een spuitroomachtig product is, moet de daarin beschreven drukhouder wel een slagroomsputbus zijn. Bovendien is uit D3 en D4 tevens bekend dat genoemde emulsie gehomogeniseerd wordt, hetgeen met zich meebrengt dat de deeltjesgrootteverdeling van de verschillende vetbestanddelen met elkaar in overeenstemming zullen zijn. Ten aanzien van conclusies 3 tot en met 6 heeft Cola Dairy allereerst opgemerkt dat de aldaar genoemde “D(4,3) waarde” niet een maat is voor de deeltjesgrootteverdeling in een emulsie, waardoor het onderhavige octrooi op dat punt onjuist is. Voorts voert Cola Dairy aan dat de gegeven specificaties van de deeltjesgrootteverdeling aan de hand van de D(4,3) waarde in conclusies 3 tot en met 6, waarbij de

waarde ligt tussen 0,5 en 5 μm (conclusie 3), tussen 1 en 3 μm (conclusie 4), tussen 1,5 en 2 μm (conclusie 5), of overeenkomt met de deeltjesgrootteverdeling van natuurlijke spuitroom (conclusie 6), allen bekend zijn uit het Europese octrooischrift EP 0 469 656 (“D7”). Uit D7 is een gehomogeniseerde emulsie bekend, welke emulsie naast melkvet een ander type vet omvat, waarbij de gemiddelde deeltjesgrootte van genoemde vetdeeltjes kleiner is dan 5 μm .

Voorts heeft Cola Dairy gesteld dat een emulsie, welke naast melkvet tevens een andersoortig vet omvat, waarbij het andersoortige vet een plantaardig vet is (conclusie 7) reeds bekend is uit onder andere D3 en D4. Nu uit D3 ook bekend is om als type plantaardig vet gebruik te maken van gehydrogeneerde plantaardige oliën in het bijzonder, kan gesteld worden dat conclusie 8 eveneens nieuwheid ontbeert.

De verhouding plantaardige vet- en melkvetbestanddelen in de emulsie zoals die voor de onderhavige uitvinding wordt beschreven in conclusies 9, 10 en 11, is volgens Cola Dairy onder andere bekend uit het Europese octrooischrift EP 0 113 535 (“D5”). Dat de emulsie ongeslagen room omvat, zoals beschreven in conclusies 12 en 13, is naar het betoog van Cola Dairy niet nieuw ten opzichte van onder andere D3 en D4.

Conclusies 14 tot en met 16 hebben betrekking op een werkwijze voor de vervaardiging van het product van conclusies 1 tot en met 13, welke conclusies naar het oordeel van Cola Dairy reeds bekend zijn uit D4 en uit het Europese octrooischrift EP 0 667 104 (“D6”), waardoor ook deze conclusies nieuwheid ontberen.

3.3 Inventiviteitsbezwaren

Cola Dairy heeft aangevoerd dat een gehomogeniseerde emulsie zoals beschreven in conclusies 1 tot en met 13 reeds bekend is uit de hierboven genoemde documenten. Het in een drukhouder opgenomen zijn van genoemde emulsie is naar de mening van Cola Dairy allereerst geen onderscheidend kenmerk van deze conclusies. Daarnaast wordt door Cola Dairy opgemerkt dat het verpakken van roomproducten in drukhouders om spuitroom te krijgen al bekend was uit “Aerosols: Science and Technology, Ed. H.R. Sheperd, Interscience Publishers 1961: Hoofdstuk 13, “Food aerosols”, pag. 417-419” (“D2”). Derhalve ontbeert het opnemen van een op zich bekende emulsie in een drukhouder naast nieuwheid ook inventiviteit. Immers, voor het opnemen van een dergelijke emulsie in een drukhouder zijn geen aanvullende inventieve technische handelingen noodzakelijk.

4 Het verweer van Campina

4.1 De stand van de techniek

Campina heeft in haar antwoord uitvoerig de achtergrond van de uitvinding toegelicht en heeft gesteld dat een viertal categorieën producten in de stand van de techniek zijn te onderscheiden, te weten:

1. Slagroomsputbussen, met een emulsie waarvan de vetfase uitsluitend uit melkvet bestaat, welk product door de hoeveelheid melkvet duur is;

2. Toppingspuitbussen, met een emulsie waarin het melkvet volledig is vervangen door andere vetbestanddelen zoals plantaardige vetten, waardoor een slagroomvervangingsmiddel ontstaat. Een dergelijke topping is weliswaar aanzienlijk goedkoper dan conventionele slagroom, maar komt qua smaak en textuur in het geheel niet overeen met die van slagroom;

5 3. Roomemulsie (welke naast melkvet ook een ander soort vetbestanddeel omvat) in een spuitbus, welke emulsie ter verlenging van de houdbaarheid daarvan aangezuurd is, waardoor een dergelijk product in het geheel niet in aanmerking komt voor het predikaat slagroomvervanger;

10 4. Niet in een spuitbus verpakte opklopbare emulsies die zowel melkvet als plantaardig vet omvatten, welke emulsies als nadeel hebben dat zij beperkt houdbaar zijn.

Campina heeft voorts de onderhavige uitvinding toegelicht en gesteld dat de uitvinding een in een drukhouder opgenomen emulsie van melkvet en een of meer andere vetbestanddelen omvat, welke emulsie qua houdbaarheid, smaak, textuur en “mouthfeel” niet te onderscheiden is van de spuitslagroom (hierboven, categorie 1), terwijl de kostprijs door het gedeeltelijk vervangen van het melkvet aanzienlijk
15 verlaagd is. Deze ten opzichte van de stand van de techniek verbeterde eigenschappen van het product van de uitvinding worden verkregen door de deeltjesgrootteverdeling van de verschillende vetbestanddelen in de emulsie van de onderhavige uitvinding met elkaar in overeenstemming te brengen middels homogenisatie.

Ter zitting heeft Campina het Bureau de mogelijkheid geboden om de smaak, textuur en het “mouthfeel”
20 van het product van de onderhavige uitvinding te vergelijken met die van een slagroomvervanger (topping) en met die van spuitslagroom.

4.2 Nawerkbaarheid

Campina heeft aangevoerd dat homogenisatie een geschikte en in het vakgebied alom toegepaste techniek is, terwijl ook het bepalen van de deeltjesgrootteverdeling middels het vaststellen van de D(4,3)
25 waarde een voor de vakman bekende methode is. Alhoewel verschillende factoren zoals temperatuur, druk en het type machine het homogenisatieproces in meer of mindere mate beïnvloeden, zijn deze factoren allen bekend aan de gemiddelde vakman. Derhalve wordt een vakman in staat geacht een homogenisatie uit te voeren op een dusdanige manier dat het beoogde doel, in casu het in overeenstemming brengen van de deeltjesgrootteverdeling van de verschillende vetbestanddelen, wordt
30 bereikt.

4.3 Nieuwheids en inventiviteitsbezwaren

Campina heeft betoogd dat in geen van de door Cola Dairy aangehaalde documenten een in een drukhouder, of meer specifiek in een slagroomspuitbus, verpakte emulsie volgens conclusie 1 of 2 van het onderhavige octrooi wordt beschreven.

De in D3 en D4 beschreven producten hebben weliswaar betrekking op gehomogeniseerde eetbare emulsies, maar deze zijn qua smaak en textuur niet vergelijkbaar met die van het slagroomachtige product van de onderhavige uitvinding. Uit D3 en D4 leert de vakman bovendien dat een roomachtige emulsie op basis van melkvet en plantaardig vetbestanddelen aangezuurd dient te worden voor een adequate houdbaarheid van het product. Uit D6 tot en met D13 is de onderhavige uitvinding eveneens niet af te leiden; alhoewel de aldaar beschreven emulsies vergelijkbaar zijn met die van de onderhavige uitvinding zijn deze emulsies allen bedoeld om handmatig opgeklopt te worden. Ofschoon emulsies vergelijkbaar met die van de onderhavige uitvinding in de stand van de techniek bekend waren, zijn dergelijke emulsies nooit in een spuitbus opgenomen omdat de algemeen heersende opvatting in het vakgebied was dat dergelijke emulsies niet goed houdbaar zijn.

Het product van de uitvinding is derhalve niet bekend of anderszins te herleiden uit de stand van de techniek en beschikt daarnaast over verbeterde eigenschappen, die men op grond van de stand van de techniek niet zou verwachten. Op die gronden worden conclusies 1 en 2 zowel nieuw als inventief geacht. Ten aanzien van de in conclusies 3 tot en met 6 gebruikte parameter “D (4,3) waarde” heeft Campina gesteld dat het in het onderhavige vakgebied zeer gangbaar is om de deeltjesgrootteverdeling van vetdeeltjes in een emulsie uit te drukken middels deze parameter.

Voorts heeft Campina gewezen op de Engelse vertaling van JP-A-61280232 (“D17”) waarin het effect van de deeltjesgrootte van de vetbestanddelen op de stabiliteit van een op plantaardig vet gebaseerde spuitroomvervanger (topping) wordt gemeten. Deze metingen geven aan dat de vetbestanddelen in een dergelijke topping, om aan stabiliteitsvereisten te voldoen, een deeltjesgrootte kleiner of gelijk aan 0.97 μm dienen te hebben. De vakman leidt dit gegeven ook af uit het Europese octrooischrift EP-A-0469656 (“D7”), waar een niet in een spuitbus opgenomen opklopbare emulsie wordt beschreven waarvan de in de emulsie aanwezige vetdeeltjes een deeltjesgrootte hebben tussen de 0,63 μm en 0,9 μm . Indien derhalve een vakman overweegt om een emulsie te vervaardigen welke naast melkvet ook andersoortige vetbestanddelen zoals plantaardige vetten bevat met als beoogd doeleinde deze emulsie in een spuitbus op te nemen, dan zal hij op basis van de stand van de techniek kiezen voor een deeltjesgrootte van de vetbestanddelen welke kleiner is dan 1 μm . Derhalve wordt de emulsie van conclusies 3 tot en met 6 nieuw en inventief geacht.

Ten aanzien van conclusies 7 tot en met 13 heeft Campina gesteld dat aangezien geen van de door Cola Dairy aangevoerde documenten schadelijk is gebleken voor conclusies 1 tot en met 6, deze documenten ook niet schadelijk kunnen zijn voor conclusies 7 tot en met 13.

Tenslotte heeft Campina bestreden dat de werkwijzen zoals neergelegd in conclusies 14 tot en met 16 bekend zijn of anderzijds af te leiden zijn uit enig door Cola Dairy aangevoerde documenten.

5.1 De belangrijkste literatuur

Het Bureau acht D3 (het Amerikaanse octrooischrift 3.944.680), D4 (het Amerikaanse octrooischrift 4.943.443), D7 (de Europese octrooiaanvraag 0 469 656) en D17 (de Japanse ter inzage gelegde octrooiaanvraag (“Kokai”) 61-280232, waarvan tevens een Engelse vertaling is overgelegd, de belangrijkste documenten uit de stand der techniek.

D3 heeft betrekking op een emulsie welke melkvet en een andersoortig (plantaardig) vet bevat, welke emulsie gehomogeniseerd wordt. De emulsie is bedoeld om slagroom te vervangen, want volgens D3 heeft de emulsie een “structure comparable with whipped dairy cream” (zie bijvoorbeeld kolom 1, regels 5-7). De emulsie kan worden opgenomen in een drukhouder: “Such whipping can be carried out by whipping with a conventional household or industrial mixer using air as the gas to be dispersed, but also by applying a pressured gas (...) which whips the emulsion during the simultaneous release (...) as applied in aerosol-packaged creams and whipped creams in use in ice cream shops” (kolom 5, regels 31-39).

D4 heeft eveneens betrekking op een emulsie welke melkvet en een andersoortig (plantaardig) vet bevat, welke emulsie gehomogeniseerd is. Ook deze emulsie is bedoeld om slagroom te vervangen: “The foamed produce may be used as a topping (...) but not limited to applications in which whipped cream is used” (kolom 3, regels 11-14). De emulsie kan worden opgenomen in een drukhouder: “The foamable product formed by this method can be foamed by various means, including (...) by a aerosol container” (kolom 3, regels 40-43).

Ook D7 heeft betrekking op een emulsie welke naast melkvet andersoortig (plantaardig) vet bevat, welke emulsie eveneens gehomogeniseerd is. De uitdrukking “whippable non-dairy cream”, zoals gebruikt in deze publicatie, geeft aan dat ook dit product als een slagroomvervanger gezien wordt. Er zijn in dit document geen aanwijzingen te vinden dat het product wordt opgenomen in een drukhouder. Er is slechts sprake van het handmatig dan wel het machinaal slaan van het product.

In D7 wordt vermeld dat de deeltjesgrootte van de vetdeeltjes kleiner is dan 5 µm, bij voorkeur kleiner dan 2 µm en liefst kleiner dan 1 µm (bladzijde 3, regels 30-33).

D17 heeft betrekking op een als slagroomvervanger bedoelde emulsie, opgenomen in een drukhouder (een “aerosol whip cream”, volgens de titel en tekst van dit document), waarin het vet geheel bestaat uit plantaardig vet. Het product is opgenomen in een drukhouder, en meer in het bijzonder in een spuitbus (“aerosol container”).

De overige door Cola Dairy genoemde documenten liggen naar het oordeel van het Bureau verder van het octrooi af, waardoor een bespreking daarvan achterwege kan blijven.

Ook ter zitting zijn door Cola Dairy en Campina slechts D3, D4, D7 en D17 in detail besproken.

5.2 Beoordeling van de geldigheid van conclusie 1.

Door Cola Dairy is gesteld dat het product volgens conclusie 1 geheel bekend is uit (in het bijzonder) de D3 en D4. De belangrijkste door Cola Dairy aangevoerde argumenten hiervoor zijn dat beide documenten een gehomogeniseerde emulsie beschrijven, die melkvet en een plantaardig vet bevat, welke emulsie in een drukhouder kan zijn opgenomen.

Campina verweert zich hier in hoofdzaak tegen door te stellen dat de emulsie volgens de genoemde documenten een aangezuurde emulsie is, zoals blijkt uit de in de documenten opgegeven waarden voor de pH van 5,0 of lager.

Voorts heeft Campina gesteld dat het product volgens de D3 en D4 geen “spuitroomachtig product” betreft, waarbij Campina gewezen heeft op kolom 2, regels 10-18 van D3 (“... it is generally known that acid creams are not or at least badly whippable if the pH is at a level of 4.9 or below ...”). Ook heeft Campina betoogd dat de emulsie volgens D4 niet alleen zuur is, maar ook alcohol bevat en dat het product volgens dit document daarom geenszins de smaak van een spuitroomachtig product kan hebben. Het Bureau is met Cola Dairy van mening dat het product volgens conclusie 1 letterlijk bekend is uit D3 en D4.

Hiertoe overweegt het Bureau dat alle elementen uit conclusie 1 terug te vinden zijn in de D3 en D4: Er is bij beide documenten, zoals volgt uit de onder 5.1 gegeven beschrijving van die documenten, sprake van een *in een drukhouder verpakte melkvethoudende emulsie* voor het bereiden van een *spuitroomachtig product*, welke emulsie eveneens *een of meer andersoortige vetbestanddelen* omvat, waarbij de *deeltjesgrootteverdeling van het melkvet en de andersoortige vetbestanddelen* in hoofdzaak *met elkaar overeenkomen*.

Het Bureau merkt hierbij op, dat het met Cola Dairy van oordeel is dat het feit, dat de deeltjesgrootteverdeling van de verschillende vetbestanddelen met elkaar overeenkomt volgt uit het feit dat het mengsel volgens de D3 en D4 gehomogeniseerd wordt.

Weliswaar heeft Campina ter zitting betoogd dat in 1949 reeds de eerste slagroomsputbussen op de markt kwamen, doch dat desondanks niemand vóór Campina zich gerealiseerd heeft dat een gedeelte van het melkvet door plantaardig vet vervangen kon worden, en het product in een spuitbus gebracht kon worden, waardoor de term “spuitroomachtig” in conclusie 1 het product volgens deze conclusie wel degelijk nieuw maakt.

Het Bureau acht de term “spuitroomachtig” echter niet zo duidelijk en eenduidig dat het een onderscheidend kenmerk zou kunnen zijn, en het product volgens conclusie 1 hierdoor nieuw zou kunnen worden geacht ten opzichte van de D3 en D4.

Samenvattend is het Bureau van oordeel dat het product volgens conclusie 1 geheel leest op de D3 en D4 en conclusie 1 daarom niet nieuw en dus nietig is.

Het Bureau kan Campina nageven dat er verschillen tussen de producten volgens de aanvraag en die volgens de D3 en D4 bestaan, doch dit is naar het oordeel van het Bureau niet relevant nu in de D3 en D4 een product beschreven wordt dat geheel voldoet aan conclusie 1.

Cola Dairy heeft nog betoogd dat conclusie 1 van het octrooi niet nawerkbaar is, omdat de deeltjesgrootteverdeling die na homogenisatie verkregen wordt afhangt van de omstandigheden waaronder gehomogeniseerd wordt.

Het Bureau is echter van oordeel dat een deskundige zonder meer in staat moet worden geacht een zodanige homogenisatie uit te voeren, dat de deeltjesgrootteverdeling van de verschillende vetdeeltjes met elkaar overeenkomt. Dat de omstandigheden welke de deskundige daarbij moet kiezen wellicht per te gebruiken inrichting en/of werkwijze verschillen doet hieraan niet af. Elke inrichting en/of werkwijze is naar het oordeel van het Bureau zo in te richten dat het beoogde resultaat bereikt wordt, zonder dat daartoe meer nodig is dan routinematige arbeid.

Conclusie 1 wordt daarom nawerkbaar geacht.

5.3 Beoordeling van de geldigheid van conclusie 2

Conclusie 2 voegt aan conclusie 1 toe dat de drukhouder is uitgevoerd als een slagroomsputbus.

Het Bureau leest de termen “aerosol-packaged creams” in D3 en “aerosol container” in D4 aldus, dat hieronder spuitbussen mede begrepen zijn, indien deze termen al niet in de eerste plaats op spuitbussen betrekking hebben. Conclusie 2 is daarom op dezelfde gronden als conclusie 1 nietig.

Het Bureau overweegt nog ten overvloede, voor het geval onder de in D3 en D4 gebruikte termen niet tevens een spuitbus begrepen zou zijn en het product volgens conclusie 2 nieuw geacht zou moeten worden, het volgende.

Ter zitting is zowel door Campina als door Cola Dairy desgevraagd verklaard dat voor het brengen van een (slagroomachtig) mengsel in een spuitbus geen extra maatregelen of toevoegsels nodig zijn. Met andere woorden, het mengsel dat volgens conclusie 1 in een “drukhouder” wordt gebracht, kan zonder extra maatregelen of toevoegsels ook in een spuitbus gebracht worden. Zou -nogmaals- het nieuwigheidbezwaar tegen conclusie 2 niet gelden, dan zou het product volgens conclusie 2 niet inventief zijn na het bekende uit de D3 en D4.

5.4 Beoordeling van de geldigheid van conclusie 3

Het Bureau acht voor conclusie 3 D7 de meest nabij gelegen stand der techniek. Uit D7 is, zoals onder 5.1 weergegeven, een emulsie bekend welke melkvet en een andersoortig vet bevat, die gehomogeniseerd is. De grootte van de vetdeeltjes is kleiner dan 5 µm, bij voorkeur kleiner dan 2 µm en liefst kleiner dan 1 µm is (zie in het bijzonder bladzijde 2, regels 39-40).

Hoewel conclusie 3, door de verwijzing naar conclusie 1, wel nieuw is ten opzichte van D7, omdat deze publicatie geen betrekking heeft op een slagroomachtig product *in een drukhouder*, acht het Bureau conclusie 3 na het bekende uit D7 -zonodig gecombineerd met het bekende uit D3 of D4- niet inventief

omdat het traject voor de deeltjesgrootte, zoals aangegeven in conclusie 3, op zichzelf bekend is uit D7. Conclusie 3 is daarom naar het oordeel van het Bureau nietig.

5.5 Beoordeling van conclusie 4

In conclusie 4 wordt conclusie 3 in die zin nader uitgewerkt, dat het traject voor de deeltjesgrootteverdeling ingeperkt wordt tot 1-3 μm .

Cola Dairy heeft tegen conclusie 4 dezelfde bezwaren als tegen conclusie 3 naar voren gebracht en acht conclusie 4 niet nieuw.

Ter zitting heeft Campina de nieuwigheid en inventiviteit conclusie 4 nader toegelicht en verdedigd door te stellen dat nergens in de literatuur in producten die slagroom kunnen vervangen deeltjes van andere vetten dan melkvet zijn toegepast, die groter zijn dan 1 μm .

Campina heeft verder betoogd dat in D7 het in conclusie 4 geclaimde traject niet genoemd wordt.

Campina heeft voorts –onweersproken door Cola Dairy- gesteld dat tot dusverre in alle gevallen waarin slagroomachtige mengsels bereid zijn die naast melkvetdeeltjes tevens deeltjes van andersoortige (plantaardige) vetten bevatten, de andersoortige vetdeeltjes altijd kleiner dan 1 μm zijn. Campina heeft daarbij ook gewezen op D7, waarin een voorkeur uitgesproken wordt voor plantaardige vetdeeltjes met een deeltjesgrootte, kleiner dan 1 μm , en tevens gewezen op D17, waaruit –zoals onder 5.1 is overwogen- een slagroomvervangende emulsie bekend is welke uitsluitend plantaardige vetten bevat, waarin de plantaardige vetdeeltjes kleiner zijn dan 1 μm .

Voorts heeft Campina ter zitting uiteengezet dat naar haar inzicht het belangrijkste aspect van de uitvinding, die aan het octrooi ten grondslag ligt, moet worden gezien in het inzicht, dat in een slagroomachtig product een gedeelte van het melkvet vervangen kan worden door plantaardig vet, zonder afbreuk te doen aan smaak en mondgevoel van het product, wanneer de deeltjes van plantaardige vet groter zijn dan 1 μm . Dit is tegengesteld aan de leer uit de literatuur (D7 en D17), waaruit juist een voorkeur blijkt voor plantaardige vetdeeltjes, kleiner dan 1 μm in een mengsel als hier bedoeld. Campina zou aldus een vooroordeel overwonnen hebben.

Campina heeft ter zitting door middel van smaakproeven het effect van de grootte van de plantaardige vetdeeltjes op overtuigende wijze aan het Bureau gedemonstreerd.

De vertegenwoordigers van het Bureau zijn ter zitting in de gelegenheid gesteld om naast elkaar de volgende producten (uit spuitbussen) te proeven:

- (i) Een geklopte emulsie die uitsluitend melkvet bevat (met andere woorden slagroom);
- (ii) Een geklopte emulsie volgens het octrooi, dus een emulsie die zowel melkvet als plantaardig vet bevat, waarbij de plantaardige vetdeeltjes –evenals de melkvetdeeltjes- groter zijn dan 1 μm en
- (iii) Een slagroomvervangende geklopte emulsie die als vetdeeltjes uitsluitend plantaardige vetdeeltjes, kleiner dan 1 μm bevat, ofwel een emulsie volgens D17.

Deze smaakproeven bevestigden volgens het Bureau de stelling van Campina dat er geen verschil te proeven is tussen de emulsies (i) en (ii), terwijl emulsie (iii) een duidelijk mindere smaak heeft.

De bovenstaande argumenten en het resultaat van de smaakproeven afwegend, kan het Bureau het betoog van Campina ten aanzien van conclusie 4 volgen.

- 5 Het Bureau beschouwt het in conclusie 4 weergegeven traject voor de deeltjesgrootte (tussen 1 en 3 μm) als een inventieve keuze uit het in conclusie 3 weergegeven traject.

Ook kan het Bureau het betoog van Campina volgen dat zij een vooroordeel overwonnen heeft door een product volgens conclusie 4 te bereiden.

- 10 Cola Dairy heeft verder nog betoogd dat de in conclusie 4 vermelde D(4,3) waarde geen juiste maat is voor de deeltjesgrootteverdeling, omdat deze parameter ziet op de *gemiddelde* deeltjesgrootte zodat in conclusie 4 (evenals in de conclusies 3 en 5) niet duidelijk is wat voor deeltjesgrootte moet worden verkregen

- 15 Het Bureau is echter van oordeel dat het verschil tussen een parameter die de deeltjesgrootteverdeling aangeeft en een parameter die de deeltjesgrootte aangeeft irrelevant is, zolang de D(4,3) waarde maar tot een eenduidige uitkomst leidt. Door Campina is dit –onweersproken- ter zitting gesteld.

Het bovenstaande brengt met zich mee dat het Bureau de van conclusie 1 afhankelijke conclusie 4 geldig acht.

- 20 Campina heeft ter zitting aangeboden om via een akte van afstand conclusie 1 te beperken tot een combinatie van conclusie 1 en 4. Dit zou naar het oordeel van het Bureau op dezelfde gronden waarop conclusie 4 geldig is, tot een geldige conclusie 1 leiden.

Ten aanzien van de nawerkbaarheid van conclusie 4 geldt onverminderd wat dienaangaande is opgemerkt naar aanleiding van conclusie 1. Het Bureau acht conclusie 4 (respectievelijk een combinatie van de conclusies 1 en 4) dus nawerkbaar.

5.6 Beoordeling van de overige conclusies

- 25 In het geval Campina conclusie 1 zou beperken tot een combinatie van de conclusies 1 en 4, dan zouden tevens de huidige conclusies 2, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 en 13, allen verwijzend naar de nieuwe conclusie 1, geldig zijn, zij het dat deze conclusies hun nieuwheid en inventiviteit uitsluitend zouden ontleenen aan conclusie 1, waarvan ze afhankelijk zijn.

- 30 Ten aanzien van conclusie 2 merkt het Bureau nog op, dat ook de keuze voor een slagroomsputbus nieuw is na een (nieuwe en dus geldige) combinatie van de conclusies 1 en 4.

De ongeldigheid van conclusie 3 zou echter, op dezelfde gronden als besproken in 5.4, ook na het combineren van de conclusies 1 en 4 overeind blijven.

De conclusies 14 en 15 zouden nog steeds nietig zijn wanneer conclusie 1 en 4 gecombineerd zouden worden, en zouden naar het oordeel van het Bureau slechts geldig kunnen zijn wanneer “en/of” in stap a)

van die conclusies vervangen zou worden door “en”, en tevens de beperking uit conclusie 4 in de conclusies 14 en 15 zou worden opgenomen.

De van conclusies 14 en 15 afhankelijke conclusie 16 zou niet langer nietig zijn wanneer de conclusies 14 en 15 in bovenstaande zin via een akte van afstand beperkt zouden worden.

5

6 Conclusie

Het advies van het Bureau luidt op grond van het vorenstaande dat de door Cola Dairy aangevoerde bezwaren gegrond zijn voor zover deze conclusies 1 tot en met 3 betreffen en slechts zeer ten dele gegrond zijn voor de conclusies 14 tot en met 16.

Aldus gedaan op 22 augustus 2002 te Rijswijk door mr. I.W. van der Eijk, mr. drs. R.C.D.E. Hasekamp en dr. N.O.M. Rethmeier.

w.g. I.W. van der Eijk

namens deze: R.C.D.E. Hasekamp

w.g. C. Witterman