



KFIR

Klagenemnda for industrielle rettigheter

AVGJØRELSE

Sak: 17/00023-A
Dato: 3. september 2021

Klager: Mørenot Aquaculture AS
Representert ved: Bryn Aarflot AS

Innklaget: Salgard AS
Representert ved: Advokatfirmaet GjessingReimers AS

Klagenemnda for industrielle rettigheter sammensatt av følgende utvalg:

Elisabeth Ohm, Turid Helene Tronbøl og Torger Kielland

har kommet fram til følgende

AVGJØRELSE

1 Kort fremstilling av saken:

- 2 Saken gjelder klage over Patentstyrets avgjørelse av 27. oktober 2016, hvor det ble besluttet å avslutte behandlingen av innsigelse mot patent nr. 333479 som følge av rettskraftig dom hvor patentet ble opprettholdt med begrensede krav. Etter avgjørelse fra Borgarting lagmannsrett 11. september 2020 (LB-2019-81454) er det rettskraftig avgjort at patentet innehar nyhet over kjent teknikk. Klagenemnda vil derfor legge til grunn at kravet til nyhet er innfridd, og den resterende delen av innsigelsen skal behandles.
- 3 Den tekniske løsningen vedrører en anordning for å isolere oppdrettsmerd for fisk mot uønskede organismer. Anordningen omslutter oppdrettsmerden og omfatter et finmasket fluidpermeabelt nett som er åpent oppad og nedad når det er anordnet rundt oppdrettsmerden. Nettet vil strekke seg en avstand ned i oppdrettsmerdens dybderetning, for slik å danne et skjørt rundt oppdrettsmerden.
- 4 Patentet ble opprinnelig meddelt den 24. juni 2013 med Calanus AS som søker. Patentet er senere overdratt til Salgard AS.
- 5 Patentet ble meddelt 24. juni 2013 med følgende selvstendige krav:
 1. «Anordning for å isolere en oppdrettsmerd (17) for fisk mot uønskede organismer, hvilken anordning anbringes omsluttende oppdrettsmerden (17), karakterisert ved at anordningen omfatter et fluidpermeabelt nett (1) som sikrer oksygentilførsel til oppdrettsmerden (17), hvilket fluidpermeabelt nett (1) er åpent oppad og nedad og strekker seg en avstand ned i oppdrettsmerdens (17) dybderetning, dannende et skjørt rundt oppdrettsmerden (17)».

Til krav 1 var det tilknyttet åtte uselvstendige krav.

- 6 Etter rettskraftig dom fra Borgarting lagmannsrett (LB-2015-90322), mellom partene Salgard AS/Calanus AS og Cathay AS/Nordic Aqua Gear, ble patentet kjent delvis ugyldig, men opprettholdt ved å trekke det uselvstendige krav 7 inn i krav 1. Krav 1 slik det står til behandling i Klagenemnda lyder som følger:
 1. «Anordning for å isolere oppdrettsmerd (17) for fisk mot uønskede organismer, hvilken anordning anbringes omsluttende oppdrettsmerden (17), karakterisert ved at anordningen omfatter et fluidpermeabelt nett (1) som sikrer oksygentilførsel til oppdrettsmerden (17), hvilket fluidpermeabelt nett (1) innehar en maskevidde fra 100 µm til 1000 µm, og hvilket fluidpermeabelt nett (1) er åpent oppad og nedad og strekker seg en avstand ned i oppdrettsmerdens (17) dybderetning, dannende et skjørt rundt oppdrettsmerden (17)».

Til krav 1 er det knyttet syv uselvstendige krav.

- 7 I forbindelse med innsigelsesbehandlingen er følgende dokumenter trukket frem:

D1	Bruk av «luseskjørt» for å redusere påslag av lakselus <i>Lepeophtheirus Salmonis</i> (Krøyer) på oppdrettslaks. Martin Næs, Peter Andreas Heuch, Remi Martinsen
D2	Søknad til Forskningsrådet, Regionale Forskningsfond region Nord-Norge med Forstudie til prosjekt forebygging lakselus «Redusere lusepåslag i oppdrettsmerder ved bruk av planktonduk», Kunnskapsparken Bodø, Nordlaks, Norwegian Centres of Expertise Aquaculture (NCE)
D3	Forstudie til prosjekt forebygging av lakselus: Vurdering av vanngjennomstrømning ved tildekking av en enhet med planktonduk i forhold til en åpen enhet, Vesterålen Fiskehelsetjeneste AS
D4	Referat fra styringsgruppemøte i Fiskeri- og Havbruksnæringens forskningsfond (FHF) Koordinering av lakselus FoU 2009-2011 08/09 2010 ved Randi Nygaard Grøntvedt
D5	Referat fra styringsgruppemøte FHF Koordinering av lakselus FoU 2009-2011 24/01 2011 ved Randi Nygaard Grøntvedt
D6	Lakselus og kunnskap: Hvor står vi nå, hva skjer og hva vet vi ikke? (Anført under Patentstyrets nybehandling av patentsøknaden) ved Randi Nygaard Grøntvedt
D7	FHF prosjekt 900329, prosjektkoordinator for lakselusforskning for ved Randi Nygaard Grøntvedt
D8	Sintef Møtereferat, SINTEF Sealab, Oppstartsmøte i prosjekt Permaskjørt med gradering «Åpen», Andreas Myska Lien
D9	Anderson, D.M., P. Andersen, V.M. Bricelj, J.J. Cullen, and J.E. Rensel. 2001. Monitoring and Management Strategies for Harmful Algal Blooms in Coastal Waters, APEC #201-MR-01.1, Asia Pacific Economic Program, Singapore, and Intergovernmental Oceanographic Commission Technical Series No. 59, Paris
D10	Rapport SFH80 A104017, SINTEF Fiskeri og Havbruk, Bruk av Salsnes filterteknologi for fjerning av lakselus fra pumpevann ved et lakseslakteri. Ø. Prestvik, U. Erikson og J. Arff
D11	FHF prosjekt 900329 – Prosjektkoordinator for lakselusforskning. Uttalelse fra Randi Nygaard Grøntvedt
D12	Dom Oslo tingrett – saksnr.: 14-093272TVI-OTIR/02
D13	Dom Borgarting lagmannsrett – saksnr.: 15-090322ASD-BORG/03

D14	Innsigelse mot patent nr. 333479 fra Nordic Aqua Gear AS v/ Acapo AS
D15	Innsigelse mot patent nr. 333479 fra Plany AS v/ Zacco Norway AS
D16	Innsigelse mot patent nr. 333479 fra Mørenot Aquaculture AS
D17	Mørenot – Invitasjon til produktdemonstrasjon
D18	Mørenot – fakturakopi
D19	Epost fra Mørenot
D20	FHF – «Nye metoder for ombordtaking og optimal fangstbehandling for fremtidens trålere, konseptutvikling og økonomisk evaluering» og «Arbeidsmøte (workshop) om sløyemaskin for hvitfisk» – projektdetaljer
D21	Forskningsrådet – «Generelle krav til søknaden», «Prosjektdata: Offentliggjøring, innsyn og informasjonssikkerhet» og «Informasjonssikkerhet»
D22	RFFNORD – Forprosjekt
D23	Avtale om fiskehelsetjeneste mellom Vesterålen Fiskehelsetjeneste AS og Nordlaks Oppdrett AS
D24	Kart over Øksfjorden
D25	Brev fra Kunnskapsparken Bodø til Troms fylkeskommune vedr. avslag på prosjektnr. 208962
D26	Erklæring – Tor Anders Elvegård
D27	NO 331345 B1
D28	NO 332298 B1
D29	Fakturakopi fra Shanghai Everrich International Trade Co., Ltd.
D30	Erklæring fra Remi Mathisen
D31	Erklæring – Arnfinn Aunsmo
D32	Erklæring – Knut Staven

D33	Erklæring – Kristin Sæter
D34	Anmodning fra Grette til Patentstyret om avslutning av innsigelsessak
D35	Epostkorrespondanse mellom Bryn Aarflot og Forskningsrådet
D36	Skjerm bilde Forskningsrådet
D37	Eksempelliste fra Forskningsrådet
D38	Avslagsbrev fra Troms fylkeskommune
D39	Epostkorrespondanse mellom Jupiter Innsyn og Troms fylkeskommune
D40	Mandat og retningslinjer for styringsgrupper i FHF-prosjekter
D41	Standardvilkår for bevilgninger FHF
D42	Overordnet strategi FHF
D43	Epostkorrespondanse mellom RFFNN og Kunnskapsparken Bodø
D44	Calanus brosjyre (10. oktober 2013): Luseskjørt – Fluidpermeabelt beskyttelsesnett mot påslag av lakselus og begroing av oppdrettsnøter – Virkemåte, testresultater og bruk
D45	«Snorkling i krystallklart arktisk vann» (lofoten.info/dykkingsommer/?Article=409) udatert
D46	Rapport L.NR. 6993-2016 (14. mars 2016): «Marin overvåking i Nordland 2013-2015 – Undersøkelser av hydrografi, planteplankton, hardbunnsorganismer og bløtbunnsfauna i 6 fjorder i Nordland»
D47	Helgeland Havbruksstasjon – «Uttesting av NAG merdeskjørt» (juli-august 2014)
D48	Norsk Havbrukssenter – «Rapport uttesting av luseskjørt» (vinteren 2016)
D49	NAG Micro Sieve produktark
D50	Produktark S140
D51	Fotografier av luseskjørtene

D52	Epost fra Norsk Havbrukssenter
D53	SINTEF: «Strategi Lakselus 2017 FHF prosjekt nr.: 901396» (delrapport) – 18. desember 2019
D54	SINTEF: «Sluttrapport - Strategi Lakselus 2017 FHF prosjekt nr.: 901396» - 21. mai 2020
D55	SAFETEC – Evaluering av Fornes
D56	Erklæring fra Randi Grøntvedt 11. mars 2021
D57	SINTEF: «Skjørt for skjerming mot lakselus» (2011)

- 8 Dokumentene D1-D46 er tilsvarende som de var i Klagenemndas avgjørelse 17/00023, avsagt 10. januar 2018. I skriftvekslingen mellom partene (klagers skriv i sitt skriv datert 24. mars 2021) for denne avgjørelsen (17/00023-A) er det presentert 11 nye dokumenter som ble gitt benevnningene D44-D54. For å ikke forveksle med tidligere dokumentasjon i saken, er disse dokumentene gitt den nye nummereringen D47-D57, uten at dette har betydning for innholdet i partenes argumentasjon. Dokumentnummereringen videre i denne avgjørelsen viser til tabellen over.

9 Grunnene for Patentstyrets vedtak er oppsummert som følger:

- Patentstyret har fattet vedtak om å avslutte innsigelsesbehandlingen etter at det forelå rettskraftig dom fra Borgarting lagmannsrett: LB-2015-90322.

10 Klager har for Klagenemnda i korte trekk gjort gjeldende:

- Patentet må oppheves. Det bestrides, med utgangspunkt i Fornes-forsøkene og senere forskning, at patentet har en teknisk effekt, jf. patentloven § 1. Subsidiært anføres det at oppfinnelsen er utilstrekkelig beskrevet og uansett ikke har oppfinnelseshøyde, da løsningen fremstår som åpenbar for fagpersonen, til tross for at oppfinnelsen ikke virker.

Tolkning av krav

- Oppfinnelsen omfatter et fluidpermeabelt nett som skal skjerme oppdrettsfisk mot «uønskede organismer», samt «sikre oksygentilførselen» til oppdrettsmerden. Sikringen av oksygentilførselen står helt sentralt i saken. Trekket «sikre oksygentilførsel» må forstås som at bruken av nettet skal tilveiebringe et reelt og ikke bare teoretisk bidrag til oksygentilførselen til merden.

- Forsøk viser at oksygentilførselen er upåvirket av hvorvidt det brukes en tett duk eller fluidpermeabelt nett. Oksygentilførselen må derfor «sikres» på andre måter, enten ved hjelp av tekniske hjelpemidler (som pumper) eller ved naturlige vanngjennomstrømninger.

Fagpersonen

- Fagpersonen i denne saken er typisk en gruppe av personer med ulik fagbakgrunn som samarbeider om å finne frem til gode løsninger for oppdrettsbransjen, og kunnskapene denne gruppen innehar antas å være:
 - Pest management
 - Fiskens og parasittens biologi (herunder størrelse) og smitteveier
 - Biologiske krav og parametere som er relevante for oppdrett av fisk
 - Konstruksjon og funksjon av oppdrettsmerder
 - Feste og installasjon av anordninger som nøter og lignende på merder
 - Stabilitet maritime konstruksjoner og krefter og påkjenninger på disse
 - Bruk av forskjellige materialer
 - Vannstrøm og vannkvalitet
 - Luseskjørt som en anordning for å sikre mot uønskede organismer (lakselus)
 - Planktonduk for fiske av plankton og duker/nett med ulike maskevidder inkludert nett med maskevidder i området 100 µm-1000 µm
 - Oseanografi, herunder betydningen av begrepet upwelling

Teknisk effekt, jf. § 1.

- Prinsipalt anfører klager at oppfinnelsen ikke virker og således mangler teknisk effekt. Det er gjort en rekke forsøk for å se om det er en forskjell på en tett duk eller et permeabelt nett, hvor konklusjonen er at det ikke foreligger noen signifikant forskjell når det gjelder oksygentilførsel til merden mellom anvendelsen av tett duk og permeabelt nett. Oppfinnelsen har derfor ingen plausibel teknisk effekt. At en eventuell ubetydelig mengde vann går gjennom skjørtet, oppfyller derfor ikke kravet om å «sikre oksygentilførsel» slik det fremgår av patentet.
- Fornes-undersøkelsen i 2010 (D3) gikk ut på å teste vanngjennomstrømningen til fluidpermeabelt nett ved å sette en fluidpermeabel pose over en strømmåler. Rapporten viser en vesentlig reduksjon av gjennomstrømning ved bruk av posen. Det ble brukt en maskevidde som var innenfor patentets rom på 100-1000 µm.

- Fornes-undersøkelsen i 2011 (D1) ble gjennomført ved testing i seks merder, tre med permeabel duk og tre referansemorder uten nett eller duk, i tillegg til manuelle målinger i merdene. De manuelle målingene utgjorde datagrunnlaget for undersøkelsen. Resultatene av de manuelle målingene viser at oksygenmetningen i merdene uten nett var vesentlig høyere. Studien utprøvde ikke nett med maskevidde under 350 μm . Det er ikke kartlagt effekten av å bruke maskevidder ned mot 100 μm .
- I dokumentet Helgelands Havbruksstasjon – «uttesting av Nag merdeskjørt» (D47) – beskrives det tester av luseskjørtet Micro Sieve 350 i Aspviksundet. Nettet hadde en maskevidde på 350 μm . Det ble også her dokumentert signifikant lavere oksygenmetning i merder med fluidpermeable nett.
- Dokumentet Norsk Havbrukssenter – «Rapport uttesting av luseskjørt» (D48) – er en rapport fra Norsk Havbukssenter fra 2016. Her forsøkte fagpersoner å gjenscape en situasjon der et fluidpermeabelt nett skal sikre oksygentilførselen til en merd, og det ble tatt høyde for naturlige variasjoner mellom merdene basert på lokasjon. Ett av hovedfunnene er at oksygentilførselen er sikret uavhengig av om man bruker tett eller permeabelt nett. Rapporten gir ikke et endelig svar på hva som forårsaker oksygentilførsel, men finner ingen målbar forskjell mellom tett duk og permeabelt nett.
- Dokumentene SINTEF – «Strategi Lakselus 2017» (D53 og D54) – er en delrapport utgitt 2019 og en sluttrapport for prosjektet som ble utgitt i mai 2020. Prosjektets mål var å undersøke luseskjørt som ikke-medikamentell metode for forebygging og kontroll av lakselus. I sluttrapporten kommer det blant annet frem at det i studiene i Skjermtek ikke har funnet noe som tyder på gjennomstrømning gjennom den permeable duken, som er av betydning for miljøet innenfor.
- Det er gjennom disse dokumentene vist en rekke forsøk på å stadfeste en forskjell på tett duk og permeabelt nett. Konklusjonen av forsøkene viser entydig at det ikke er funnet noen signifikant forskjell mellom permeabelt nett og tett duk i forhold til oksygentilførsel til merden. Oppfinnelsen innehar dermed ikke en plausibel teknisk effekt.

Tilstrekkelig beskrivelse, jf. § 8 (2) 3.

- Av beskrivelsen får fagpersonen vite at oppfinnelsen gjelder et fluidpermeabelt nett, men får ikke videre spesifisert eller angitt hvordan oppfinnelsen fungerer, altså hvordan oksygentilførselen «sikres» samtidig som uønskede organismer hindres. Fagpersonen får ikke vite hvilke parametere eller kombinasjon av parametere som skal brukes eller hvordan disse parameterne skal oppnås.
- Fagpersonen kan lese av beskrivelsen at maskevidden skal være mindre enn de uønskede organismene, men må selv finne frem til korrekt maskevidde. Patentet angir således ikke hvilken maskevidde fagpersonen skal benytte for å forhindre uønskede organismer utover intervallet 100-1000 μm .

- Ettersom fagpersonen ikke får vite hvordan oppfinnelsen fungerer, er den ikke tilstrekkelig beskrevet, jf. § 8 (2) 3.

Oppfinnelseshøyde, jf. § 2.

- Subsidiært anfører klager at oppfinnelsen mangler oppfinnelseshøyde, da fagpersonen både kunne og ville kommet frem til patentets løsning ved å se til tidligere kjent teknikk sammen med egen fagkunnskap, jf. § 2.
- Trekket om å sikre oksygentilførselen samtidig som uønskede organismer hindres, beskriver kun resultatet som søkes oppnådd, og skal derfor ikke tas med i oppfinnelseshøydevurderingen.
- Fluidpermeable nett var kjent teknikk lenge før søknadstidspunktet og har vært flittig diskutert i fagmiljøet. Fagpersonen ville dermed være godt kjent med bruk av fluidpermeable nett som en løsning for å hindre uønskede organismer og samtidig sikre oksygentilførsel. Det er uomtvistet at bruk av presenning, duk eller nett rundt fiskemerden var kjent som ett av flere mulige tiltak mot lakselus.
- Fornes-undersøkelsene var utprøvingen av nettene over ca. åtte måneder ved Nordlaks' oppdrettsanlegg på Fornes. Lagmannsretten legger til grunn at det var praktisk mulig for allmennheten å ferdes inn mot den grensen som settes av akvakulturforskriften, men at en person eller et team skal befinne seg inntil denne grensen i mer enn noen timer, enn si døgn, fremstår som rent hypotetisk og helt urealistisk. For fagpersonen er begrepet «over tid» ikke relevant. Fagpersonen kunne observere de relevante operasjonene, som omfatter utsett av skjørtet og at det blir tatt opp og vasket. Fagpersonen vil gjennom det arbeidet som er utført her oppfatte at det settes en duk utenfor og rundt merden. Gjennom utprøvingen på Fornes har fagpersonen fått innsikt i alle kravets trekk unntatt trekket relatert til maskestørrelsen og fluidpermeabilitet.
- Botngaard-duken er en tilnærmet tett duk, og var solgt i 2009. Duken ble benyttet uten pumper eller andre tekniske innretninger for å sikre oksygentilførselen. Botngaard-motholdet viser alle kravets trekk med unntak av trekket relatert til maskevidden og fluidpermeabilitet.
- US 6062170 gjelder en fast presenning, og det er lagt til grunn i patentbeskrivelsen at oksygentilgangen vil reduseres ved bruken av presenningen rundt en merd. Av den grunn vil det være nødvendig å benytte en vannsirkulasjonsinnretning for å sikre oksygentilførselen. Motholdet viser alle kravets trekk med unntak av trekket relatert til maskevidden og fluidpermeabilitet.
- Anderson m.fl. (D9) er en studie om overvåkning og strategier for håndtering av oppblomstring av skadelige alger. Her omtales «perimeter skirts» til bruk vertikalt i vannet rundt merder for å skape en barriere mot havet, og at i Washington ble forskjellige former av skjørt, deriblant et «fine mesh» skjørt brukt for å holde «larval crabs or the genus Cancer» ute av merdene. Av motholdet lærer fagpersonen at finmaskede skjørt kan benyttes for å

holde uønskede organismer ute. Motholdet viser alle kravets trekk med unntak av maskevidden.

- SINTEF-rapporten fra 5. mai 2011 (D57) omhandler bruk av luseskjørt for skjerming av lus i laksemerd. I rapporten omtales en bekymring rundt dårlig vannkvalitet ved en «ren skjerming», og en mulig løsning kan være å pumpe vann fra dypere nede eller filtrere vann gjennom skjørtet slik at ikke lusa kommer gjennom. Lagmannsrettens flertall savnet en forklaring på hvordan vannet skulle strømme gjennom skjørtet, herunder om det skulle skje ved strøm i sjøen eller på andre måter. Dette beskrives heller ikke i det foreliggende patentet. Motholdet viser alle kravets trekk med unntak av maskevidden.
- Foredraget av Randi Grøntvedt 1.-2. juni 2010 (D6) var et foredrag som redegjorde for ulike løsninger som ble vurdert og testet ut i tilknytning til et prosjekt finansiert av FHF om bekjempelse av lakselus. Blant løsningene var bruken av et fluidpermeabelt nett kombinert med upwelling. Det var her ikke behov for andre tekniske innretninger, slik som pumper eller annet for å sikre oksygen. Motholdet viser alle kravets trekk med unntak av maskevidden.
- Med utgangspunkt i Anderson (D9) er det differensierende trekket kun skjørtets maskevidde. Fagpersonen, som vet hvilke organismer som det er ønskelig å forhindre fra å komme inn i merden, vil velge en passende maskestørrelse ut fra dette. Herunder en maskestørrelse i intervallet spesifisert i kravet. Patentet mangler derfor oppfinneshøyde basert på Anderson kombinert med den generelle fagkunnskap.
- Alternativt mangler også oppfinnelsen oppfinneshøyde basert på Fornes, Botngaard, US6062170 og/eller SINTEF-rapporten fra 5. mai 2011, i det tilfellet Klagenemnda skulle finne at nærmeste kjente teknikk er et ikke-vanngjennomtrengelig skjørt. Det differensierende trekket i så tilfelle er at skjørtet er permeabelt (100 µm-1000 µm) og ikke tett. Det objektive tekniske problemet kunne da sies å være «hvordan beskytte mot lus, men sikre gode leveforhold mtp. oksygen».
- Dette første objektive tekniske problemet betinger at man faktisk og reelt oppnår effekten av oksygentilførsel gjennom nettet. Som tidligere vist er det ikke plausibelt at denne effekten oppnås. Etter dette blir det objektive tekniske problemet derfor å finne et alternativt materiale for det kjente skjørtet som kan holde uønskede organismer ute, noe som ligger innenfor fagpersonens kunnskap, eksempelvis et raudåtenett.
- Skulle Klagenemnda komme til at nettet faktisk og reelt oppnår effekten av oksygentilførsel gjennom nettet, vil oppfinnelsen likevel være foregrepet. Ved utgangspunktet i Fornes, Botngaard eller US6062170 med forbedret oksygentilførsel som differensierende trekk, vil en fagmann ut fra Grøntvedts presentasjon se at planktonduk kombinert med upwelling gir bedre oksygentilførsel til merden enn en tett duk. Fagpersonen vil derfor se at det vil være fordelaktig å bytte ut den tette duken i ett av de tre motholdene med en som slipper vann gjennom for vannutskifting kombinert med upwelling. Av SINTEF-rapporten fremgår det at permeabel duk kombinert med naturlig upwelling er fordelaktig over tett duk og bruk av

pumpe for å få vann fra dypere hold opp i merden. Maskevidden som tillater vann å trenge gjennom, men som holde uønskede organismer ute, er et fagmessig valg som er innenfor fagpersonens kunnskap.

- Oppfinnelsen mangler i alle tilfeller oppfinnelseshøyde over kjent teknikk.
- Klagen må tas til følge og patentet må oppheves.

11 Innklagede har for Klagenemnda i korte trekk gjort gjeldende:

- Klagen må avvises og patentet må opprettholdes. Oppfinnelsen som beskrevet i patentet oppfyller lovens krav til teknisk effekt, er tilstrekkelig beskrevet og har oppfinnelseshøyde over tidligere kjent teknikk, jf. §§ 1, 8 (2) 3. og 2.
- Innklagede fastholder at nye innsigelsesgrunner ikke kan fremsettes og behandles 7 år etter innsigelsesfristens utløp, at Klagenemnda ikke er kompetent til å behandle klagen all den tid innsigelsen ikke har vært realitetsbehandlet av Patentstyret, samt at Klagenemnda er inhabil som følge av at organet har samarbeidet og utveksle konfidensiell informasjon med klager i saken.

Tolkning av krav

- Klagenemnda må tolke trekket «sikre oksygentilførsel» i samsvar med lagmannsrettens vurdering fra LB-2015-90322. Her uttalte lagmannsretten at:

«Formuleringen om «å sikre oksygentilførsel» kan ikke forstås så absolutt at den nødvendige oksygentilførselen utelukkende skal komme gjennom nettet. Etter lagmannsrettens syn er en slik fortolkning lite nærliggende sett på bakgrunn av at luseskjørtet er åpent oppe og nede, og at det befinner seg i sjøen i et biologisk miljø utsatt for ulike former for påvirkning. På bakgrunn av bevisførselen legger lagmannsretten til grunn at oksygentilførselen til merden skjer som en sum av mange transportveier; direkte fra luften innenfor skjørtet, horisontalt gjennom skjørtets nett i hele dets høyde, horisontalt gjennom nota under skjørtet, vertikal utskifting nedenfra og til slutt horisontal strømning på grunn av den ringformede strømning i merden satt opp av fisken i merden. At oksygen tilføres via ulike transportveier er noe fagmannen vet, og som må få konsekvenser for hvor absolutt man skal tolke formuleringen, jf. Stenvik, Patenters beskyttelsesomfang, 2001, side 543».

- Det bemerkes for øvrig at krav 1 ikke inneholder noe trekk som sier at vanntilførselen skal skje gjennom horisontal forflytning. Det fluidpermeable nettet vil også ha en funksjon i form av å sikre oksygentilførsel dersom det bevirker at oksygenrike vannmasser i noen grad presses ned og under skjørtekanten og opp i merden.

Teknisk effekt, jf. § 1.

- Oppfinnelsen i henhold til patentet virker. Det fluidpermeable nettet med den angitte maskestørrelsen er fordelaktig nettopp fordi oksygentilførsel sikres, samtidig med at anordningen isolerer mot uønskede organismer. Forsøkene på Fornes, og senere forsøk, viser tydelig at oppfinnelsen virker.
- Spørsmålet om oppfinnelsen har teknisk effekt, må vurderes ut fra den kravforståelsen som Oslo tingrett og Borgarting lagmannsrett har kommet frem til. Det er således tale om at nettets beskaffenhet sikrer at et kvalifisert bidrag av oksygen kommer inn i merden. Klagemnda bør videre legge lagmannsrettens bevisvurdering til grunn, herunder at slik sikring i noen grad skjer gjennom horisontal forflytning av vannmassene gjennom nettet, både på grunn av strømmingen i vannet, og på grunn av strømmingen som fiskens egenbevegelse setter opp.
- Klager sammenligner oppfinnelsen med tett duk i sin vurdering av teknisk effekt. Dette er ikke korrekt utgangspunkt for vurderingen. Den tekniske effekten må vurderes ved at det undersøkes om oppfinnelsen sikrer oksygentilførsel i seg selv. De sammenlignbare undersøkelsene som er gjort med forsøksmerder påsatt nett og forsøksmerder uten nett, er derfor egnet til å gjøre det plausibelt at oppfinnelsen virker. Forsøkene viste at skjørt i form av fluidpermeable nett isolerte merden mot uønskede organismer sett i forhold til merder uten slikt skjørt, samtidig som oksygentilførselen var tilstrekkelig sikret, jfr. blant annet patentbeskrivelsen og Nes et al, og etterfølgende forsøk omtalt i Stien et al 2018.
- Undersøkelsen på Fornes i 2010 ble utført med en strømmåler omkranset med fluidpermeabelt nett. Klager viser til at denne undersøkelsen ikke er tilstrekkelig for å påvise at oksygenivået sikres. Dette har ikke vært hevdet av innklagede. Klager har videre vist til en rapport de har bestilt fra SAFETEC, D55, for å vurdere undersøkelsen på Fornes. Ingen av ankepunktene i denne rapporten tilbakeviser at det skjer en kvalifisert gjennomstrømning gjennom duken. Undersøkelsen på Fornes i 2010 viser en verdi på 42 % gjennomstrømning i snitt per døgn gjennom perioden for måleren som var omgitt av duken sammenlignet med måleren som ikke var omgitt av duken.
- Undersøkelsen på Fornes i 2011 hvor oksygenivå og lusepåslag ble undersøkt over en ni måneders periode, er uansett tilstrekkelig for å påvise en teknisk effekt. Undersøkelsen understøtter indikasjonene fra forrige undersøkelse (Fornes 2010), og må være mer enn godt nok grunnlag for å hevde plausibel teknisk effekt. Dette er også støttet av lagmannsretten i LB-2015-90322.
- De øvrige nye dokumentene fremlagt av klager, D47, D48, D53 og D54, tilbakeviser heller ikke en teknisk effekt ved oppfinnelsen.
- D47 viser kun at et luseskjørt med 350 µm ga et signifikant lavere oksygenivå enn om det ikke var benyttet luseskjørt. Forsøket i rapporten hadde for øvrig en kort varighet, ugunstige forhold med lav strømningshastighet, høy temperatur og stor fisketetthet. Rapporten kan ikke danne grunnlag for manglende teknisk effekt.

- D48 viser at det ikke er forskjell mellom tett duk og permeabelt nett. Dette er ikke korrekt utgangspunkt for vurderingen av teknisk effekt. Lagmannsretten kommenterte dette dokumentet, og kom til at rapporten hadde en rekke svakheter: lav fisketetthet, lav temperatur og «også andre forhold ved oppsettet av forsøket tilsier at lagmannsretten er varsom med å trekke slutninger fra det». Rapporten kan ikke danne grunnlag for manglende teknisk effekt.
- D53 viser heller ikke at oppfinnelsen ikke virker. Det er sammenlignet strømmålinger fra to ulike lokaliteter over svært kort tid. Med en så begrenset måleperiode klarer en ikke å fange opp variasjonen i styrken og retning på tidevannsstrømmen (månefasene), variasjon i bakgrunnsstrøm (den norske kyststrømmen) og variasjon i vindfeltene som kan påvirke overflatestrømmen. Anleggenes orientering, merdenes geometri og skjørtedybdene er også forskjellige. Det er også ulik biomasse i de merdene som måleseriene ble hentet fra. Målingene fra Fornes viser lav oksygenmetning sammenlignet med målingene fra Soløy (Fig. 9F). Målingene er imidlertid ikke direkte sammenlignbare. Målingen er gjort over meget kort tid på én dag, i sommermånedene juli, mens målingen på Soløy var i mai. Det lavere oksygennivået kan ha en sammenheng med lav vannutskifting, generelt lavere turbulens og lavere strømhastigheter på Fornes. I tillegg er det tre ganger mer fisk der og skjørtet er ti meter dypt. Lavere oksygenmetning i dette øyeblikksbildet kan ikke tas til inntekt for at det ikke strømmer vann gjennom det fluidpermeable nettet. Rapportens antakelse om at det er lite som tyder på at det kommer vann utenfra og inn i duken i de øverste meterne er gjort ut fra det som er målt, men disse målingene er gjort på en måte og over så kort tid at de ikke kan legges til grunn eller danne grunnlag for en generell konklusjon.
- D54 inneholder ikke noe annen eller mer informasjon om strømming i og utenfor skjørt som kan tilbakevise en teknisk effekt. Forfatterne av rapporten vil ikke selv trekke noen konklusjoner på bakgrunn av forsøkene med hensyn til tett skjørt kontra permeabelt skjørt med tanke på påvirkning av strømningsbildet.
- Oppfinnelsen har en teknisk effekt, og det er ikke noe fremlagt dokumentasjon som bør tilsi at Klagenemnda skal endre sitt syn på dette punktet fra avgjørelsen i 2018.

Tilstrekkelig beskrivelse, jf. § 8 (2) 3.

- Oppfinnelsen er tilstrekkelig beskrevet, jf. § 8 (2) tredje punktum. Fagpersonen vil kunne utøve oppfinnelsen ved å følge patentbeskrivelsens konstruktive trekk, og samtidig måle oksygennivået i merden samt telle lusepåslag, noe som rutinemessig skal gjøres i oppdrettsanlegg.
- Klagenemnda bør følge Oslo tingretts utførlige behandling av det samme spørsmålet. Det er ikke et krav at oppfinnelsens virkning årsaksforklares for at oppfinnelsen skal være tilstrekkelig beskrevet. Det er tilstrekkelig at fagpersonen ut fra patentbeskrivelsen lest i lys av fagets alminnelige kunnskap, kan utøve oppfinnelsen. Ved å måle oksygennivå i merdene samt telle lusepåslag eller på annen måte observere tilstedeværelsen av uønskede organismer, vil fagpersonen på fagmessig vis kunne vite at oppfinnelsen virker.

Oppfinnelseshøyde, jf. § 2.

- Klager legger til grunn at fagpersonens alminnelige kunnskap omfatter luseskjørt som en anordning for å sikre mot uønskede organismer (lakselus). Dette er ikke korrekt. Luseskjørt var under utprøving ved enkelte anlegg, men det var ikke en del av fagets alminnelige kunnskap på prioritetsdatoen 9. februar 2012, enn si under utprøvingen på Fornes i 2011. Luseskjørt var ikke alminnelig kjent som et handelsprodukt, og var heller ikke omtalt i lærebøker. Omtale i vitenskapelig artikkel vil ikke i seg selv være tilstrekkelig til at informasjonen løftes fra teknikkens stand som et ordinært mothold og over i fagpersonens bagasje som fagets alminnelige kunnskap. Noen omtale av luseskjørt i vitenskapelig tidsskrift var uansett ikke skjedd forut for prioritetsdatoen. Luseskjørt var derfor ikke en del av fagets alminnelige kunnskap, selv om luseskjørt laget av tett presenning var en del av teknikkens stand.
- Klager tar også feil i angivelsen av kjent teknikk. Det er ingen holdepunkter for at bruk av duk eller nett rundt fiskemerden var kjent som ett av flere mulige tiltak mot lakselus. Kun tett presenning var i noen grad utprøvd før prioritetsdagen. Det er videre upresist hva som menes med at fluidpermeable nett ble flittig diskutert i fagmiljøet. Det er ikke pekt på noen dokumenter som viser hvor eller når og blant hvem dette skal ha vært flittig diskutert, og på hvilken måte slike nett skal ha vært tenkt anvendt. I den grad det tenkes på fluidpermeable nett til bruk rundt en oppdrettsmerd, så er det ingen holdepunkter for noen slik diskusjon i fagmiljøet. Synspunktet er tilbakevist i så vel tingrett som lagmannsrett, og det er da heller ingen av motholdene som klager trekker frem som kan støtte et slikt synspunkt. Det er heller ikke forsøkt påvist av klager.
- Forsøket på Fornes ble vurdert av Oslo tingrett og Borgarting lagmannsrett til ikke å være nyhetsskadelig. I vurderingen av hva motholdet lærer fagpersonen, må Klagenemnda legge lagmannsrettens bevisvurdering til grunn. Det er derfor fånyttet når klager nå fremholder at lagmannsrettens vurdering er uriktig. Lagmannsretten har ved dom av 11. september 2020 i sak LB-2016-90322 rettskraftig avgjort at det er helt usannsynlig og ikke en gang en teoretisk mulighet for observasjon over tid, og at tilstedeværelse ut over noen timer ville være rent hypotetisk og helt urealistisk. Dette var et korrektiv av Klagenemndas vurdering i forrige vedtak, og Klagenemnda må nå i fortsettelsen legge til grunn lagmannsrettens bevisvurdering og rettsanvendelse på dette punkt.
- Lagmannsrettens vurdering av de to hendelsene under forsøket på Fornes var at fagpersonen ikke kunne se noen av trekkene i oppfinnelsens krav 1, se vurderingene på dommens side 10 og 12. Det er således ingen pekere i dette motholdet mot patentets løsning, og heller ikke mot det problem som patentet løser. Det vil være vanskelig å formulere et adekvat objektivt teknisk problem ut fra en differansebetragtning mellom hendelsene på Fornes og patentets løsning. Det måtte være et helt generelt problem; nemlig hvordan lage en anordning som kan beskytte en merd mot uønskede organismer og samtidig sikre fiskevelferden. Derneft må det da vurderes om fagpersonen basert på forsøket ved Fornes ville med en rimelig forventning

om å lykkes forsøke patentets løsning med et skjørt rundt merden utformet som et nett med en maskevidde mellom 100 – 1000 µm.

- Det hjelper heller ikke å kombinere de øvrige motholdene med forsøket på Fornes. Forsøket på Fornes vil ikke bringe fagpersonen nærmere til å forstå oppfinnelsen, enn for eksempel Botngaard dukens eksistens, SINTEF-rapportens omtale av Botngaard-duken, den i patentet omtalte løsning med tette skjørt - US 6.062.170 -, Anderson m.fl. om innretning for å unngå krabbelarver i en merd, eller Grøntvedts foredrag. Videre vises det til at Oslo tingrett og Borgarting lagmannsrett har behandlet alle disse motholdene i tidligere sak TOSLO-2014-93272 og 15-090322ASD-BORG/03. Lagmannsretten vurderte Botngaard-duken til å utgjøre det nærmeste mothold, ut fra at det hadde flest trekk som samsvarte med patentets løsning. Lagmannsretten kombinerte dette så med alternativt Anderson m.fl. om krabbelarvenett, og SINTEF-rapporten som pekte mot filtrering av vann gjennom duken. Lagmannsrettens flertall kom til at fagpersonen ved en kombinasjon av Botngaard-duken med ett av disse motholdene, ikke ville forsøke patentets løsning med en rimelig forventning om å lykkes. Klagenemnda bør ikke avgjøre dette i motsatt retning enn hva lagmannsretten kom til. Det skal dessuten også tilføyes at den danske Patent- og varemærkestyrelsen har behandlet innsigelse på i de vesentlige de samme grunnlag, og opprettholdt patentet.
- Grøntvedts foredrag fra juni 2010 dreide seg blant annet om diverse tiltak for å hindre påslag av lakselus, og inneholder et kulepunkt «Hemme påslag ved planktonduk og upwelling?». Klager anfører at upwelling ikke skal forstås som et tiltak for oksygentilførsel i form av en teknisk innretning, og har fremlagt en erklæring fra foredragsholder som er utarbeidet i 2021 om hva hun mente i 2010. Det skal vises varsomhet med å legge til grunn vitneforklaring om forhold langt tilbake i tid, jf. Rt. 1990 s. 821 og Rt. 1999 s. 74. Uansett er erklæringen også etter sitt innhold ikke av betydning for hva publikum har fått meddelt og forstått. Det er uten betydning hva Grøntvedt siktet til eller tenkte på. Det som er avgjørende er hva hun sa. Vi har ingen dokumentasjon som kan vektlegges som bevis for at hun har sagt noe annet enn det som fremkommer av presentasjonen.
- Lagmannsretten vurderte innholdet i hennes presentasjon i LB-2015-90322:

«Etter lagmannsrettens syn er det ikke helt klart hvordan uttrykket skal forstås i Grøntvedts publikasjon, men det framstår som mest nærliggende å forstå upwelling som et teknisk tiltak brukt i kombinasjon med luseskjørt. At uttrykket ikke skal forstås som naturlig upwelling har sammenheng med at det er kjent at mengden lus avtar nedover i vannmassene, noe som nettopp er årsaken til bruk av skjørt i de øverste 5-10 meterne i merden. Vann som naturlig kommer opp fra dypere lag vil derfor ikke inneholde lus. I områder med naturlig upwelling vil det derfor være lite behov for å bruke luseskjørt. Uavhengig av hvordan man skal forstå uttrykket upwelling, er det imidlertid lagmannsrettens syn at Grøntvedt ikke er nyhetshindrende. Henvisningen til planktonduk er lite spesifikk og gir ingen konkret beskrivelse av hvordan duken er tenkt utformet.»

- Dette er også i tråd med de sakkyndiges erklæring av 22. mars 2016, FU s. 547. Naturlig upwelling varierer i tid og rom, og det vil være utfordrende å predikere styrke, tid og posisjon. De sakkyndige mente at naturlig upwelling ikke kan beskrives som et tiltak, og videre at:

«Innen litteraturen for oppdrettsteknologi brukes imidlertid begrepet «kunstig upwelling». Dette er en aktiv og menneskeskapt vertikal forflytning av vannmasser oppover. Dette krever energi, og kan kontrolleres eksplisitt i tid og rom, f.eks. ved en pumpe (Aure m.fl. 2007).»

- På denne bakgrunn mente også de sakkyndige at Grøntvedts presentasjon må forstås som en beskrivelse av kunstig upwelling. Klagenemnda bør ikke forstå Grøntvedt foredrag på noen annen måte.
- Oppfinnelsen som beskrevet i krav 1 innehar oppfinnelseshøyde. Klagen må avvises.

12 Klagenemnda skal uttale:

13 Klagenemnda er kommet til at patentet skal opprettholdes.

- 14 Klagenemnda skal vurdere og ta stilling til om løsningen ifølge patentet som meddelt 24. juni 2013, med selvstendig krav 1 som opprettholdt etter dom LB-2015-90322, oppfyller kravene til teknisk effekt, tilstrekkelig beskrivelse og oppfinnelseshøyde etter patentloven §§ 1, 8 (2) 3. og 2.

Tolkning av patentkravet

- 15 I skriftvekslingen mellom partene, samt tidligere runder i rettsapparatet, har betydningen av trekket «sikre oksygentilførsel» vært diskutert. Klagenemnda finner det nødvendig å fastlegge innholdet i trekket før de øvrige vurderingene kan gjøres.
- 16 Ordlyden «sikre oksygentilførsel» er tilsynelatende uklar, både rent språklig og med tanke på hvordan det skal forstås i forbindelse med hvor mye oksygen som skal komme gjennom nettet.
- 17 Lagmannsrettens flertall i LB-2015-90322 uttalte at «[f]ormuleringen om «å sikre oksygentilførsel» kan ikke forstås så absolutt at den nødvendige oksygentilførselen utelukkende skal komme gjennom nettet». Klagenemnda er enig med lagmannsrettens tolkning. Ettersom skjørtet er åpent i toppen og i bunnen, vil det være flere måter for oksygen å komme inn i merden. En tolkning som legger til grunn at eneste kilde til oksygen er oksygentilførselen merden får gjennom vannet som trenger gjennom skjørtet, er ikke en nærliggende tolkning. Klagenemnda finner derfor at trekket «sikre oksygentilførselen» må tolkes slik at vannet som trenger gjennom skjørtet skal bidra til merdens oksygentilførsel på en ikke-ubetydelig måte. Det vil si at dette blir et supplement til merdens øvrige oksygentilførsel, for eksempel gjennom naturlige strømminger og naturlig vannutskiftning som følge av at skjørtet er åpent i topp og i bunn eller gjennom tvungen tilførsel av oksygen.

Fagpersonen

- 18 I de kommende vurderingene skal en tenkt gjennomsnittlig fagperson på området brukes som målestokk. Fagpersonen er fullstendig kjent med teknikkens stand på området på søknadstidspunktet, og har evne til å utnytte alt kjent materiale på en fagmessig måte. Herunder kan fagpersonen foreta nærliggende nye konstruksjoner, men er ikke i besittelse av innovative evner. Fagpersonen evner å prøve ut alle kombinasjonsmuligheter som både var nærliggende og ga en rimelig forventning om å lykkes på en god fagmessig måte. I tillegg innehar fagpersonen fagets alminnelige kunnskap som basis.
- 19 Partene er enige om at fagpersonen i saken er en gruppe av personer med ulike fagbakgrunn som samarbeider om å finne frem til gode løsninger for oppdrettsbransjen. Fagpersonen i saken har de kunnskapene som er gjengitt i denne avgjørelsens punkt 11.

Teknisk effekt, jf. § 1

- 20 Kravet til teknisk effekt kan utledes av patentloven § 1 om at oppfinnelsen må kunne «utnyttes industrielt», jf. § 1 (1). Kravet til teknisk effekt innebærer at oppfinnelsen må kunne løse det problemet den tar sikte på, altså må oppfinnelsen virke, jf. Stenvik, «Patentrett» (2020) s. 120. Klager har anført at oppfinnelsen mangler teknisk effekt ettersom den ikke «sikrer oksygentilførsel».
- 21 I lys av Klagenemndas tolkning av trekket «sikre oksygentilførsel» kan anførselen ikke føre frem. Det kan ikke kreves at gjennomstrømning gjennom skjørtet er eneste tilførsel av oksygen til merden. Også utprøvingene av skjørtet foretatt av innklagede, viser at vannmassene som trenger gjennom det permeable skjørtet bidrar til oksygentilførselen til merden på en ikke-ubetydelig måte.
- 22 Klager har presentert dokumentasjon som vurderer hvor stor effekten av skjørtet er på oksygentilførselen til merden ved ulike maskestørrelser innenfor intervallet angitt i krav 1, hvor effekten blant annet sammenlignes med ikke-permeable duker. Det faktum at innklagedes skjørt uansett tillater en ikke-ubetydelig mengde oksygen gjennom skjørtet er tilstrekkelig til å påvise en teknisk effekt.
- 23 Oppfinnelsen slik den er beskrevet i krav 1, har derfor en teknisk effekt, jf. patentloven § 1 (1).

Tilstrekkelig beskrivelse, jf. § 8 andre ledd, tredje punktum

- 24 Det er videre anført at oppfinnelsen ikke er tilstrekkelig beskrevet til at en fagperson kan utøve den, jf. § 8 (2) tredje punktum. Av patentloven § 8 (2) tredje punktum fremgår det at «beskrivelsen skal være så tydelig at en fagperson på grunnlag av denne skal kunne utøve oppfinnelsen».

- 25 Ordlyden «utøve» tilsier at fagpersonen skal kunne gjennomføre og anvende oppfinnelsen. Oppfinnelsen som sådan er den tekniske løsningen som er definert i patentkravene, jf. patentloven § 8 (2) første punktum. Beskrivelsen må derfor være tilstrekkelig til at fagpersonen kan utøve alt som omfattes av patentkravene, i hele kravets omfang. Samtidig betyr det også at patentkravene ikke kan omfatte mer enn det som kan utøves på bakgrunn av beskrivelsen.
- 26 Det avgjørende for om en oppfinnelse er tilstrekkelig beskrevet, er derfor en fagpersons mulighet til å utøve oppfinnelsen slik den er definert i patentkravene, på grunnlag av beskrivelsen. Det følger av dette at beskrivelsen ikke må gi fagpersonen «det komplette produktet», bare de nødvendige instruksjonene for å realisere den tekniske løsningen som oppfinnelsen angår.
- 27 Klager anfører at fagpersonen ikke settes i stand til å forstå hvordan oppfinnelsen faktisk oppnår målet med å sikre oksygentilførselen samtidig som uønskede organismer holdes ute.
- 28 Kravet og beskrivelsen angir at det er tale om et fluidpermeabelt nett med maskevidde 100-1000 µm. En fagperson på området vil måtte tilpasse maskevidde etter ulike faktorer, som hvilken organisme som søkes å holde ute, vannstrømninger og eventuelt andre lokale forhold som kan påvirke nettet fysisk. Det er etter Klagenemndas syn innenfor fagpersonens kunnskap å tilrettelegge for slike faktorer innenfor det gitte intervallet, enten utelukkende ved bruk av forkunnskaper, eller prøving og feiling. Oppfinnelsens beskrivelse av nettet er derfor tilstrekkelig til at fagpersonen kan utøve den når beskrivelsen suppleres med fagpersonens kunnskap.
- 29 Klagenemnda er derfor kommet til at oppfinnelsen er så tydelig beskrevet at en fagperson på området kan utøve den, og at patentering derfor ikke er i strid med § 8 andre ledd tredje punktum.

Oppfinneshøyde, patentloven § 2 første ledd

- 30 Patentloven § 2 første ledd krever videre at oppfinnelsen «skiller seg vesentlig fra» det som var kjent før patentsøknadens inngivelsesdag; det må foreligge oppfinneshøyde. Dette innebærer at oppfinnelsen ikke må ha vært nærliggende for en gjennomsnittlig fagperson som var kjent med teknikkens stand på søknadstidspunktet, jf. NU 1963:6 s. 127. Vurderingen skal struktureres gjennom problem- og løsning-modellen, hvilket innebærer følgende trinn:
- Fastslå den nærmeste kjente teknikkens stilling på prioritetsdagen,
 - Evaluere forskjellene og de tekniske vinningene til oppfinnelsen sammenlignet med nærmeste teknikk,
 - Fastslå det objektive tekniske problem som skal løses, og
 - Vurdere om oppfinnelsen, ved å starte ved den nærmeste kjente teknikk, ville vært nærliggende for fagpersonen.

- 31 Ved vurderingen av om kravet til oppfinnelseshøyde er oppfylt, skal teknikkens stilling i sin helhet tas i betraktning, og flere mothold kan kombineres. Vurderingen av oppfinnelseshøyde skal foretas ut fra patentkravene. Hvis vilkåret om oppfinnelseshøyde ikke er oppfylt, skal patent ikke meddeles.
- 32 En oppfinnelse anses i henhold til fast praksis for å være nærliggende dersom det må legges til grunn at en fagperson som var kjent med teknikkens stilling forut for søknadsdagen, ville ha forsøkt å løse problemet på den i patentkravene angitte måte med en rimelig forventning om å lykkes.
- 33 Det må først vurderes hvilket mothold som skal anses som nærmeste mothold. Det følger av fast praksis at vurderingen av hva som legges til grunn som det nærmeste motholdet i en sak kan avgjøres på grunnlag av elementer som faktisk likhet eller formålslikhet. Stenvik (2020) s. 229 legger til grunn at det nærmeste motholdet som regel befatter seg med samme tekniske område og samme tekniske problem som oppfinnelsen, og blant flere mothold som gjelder samme tekniske problem velges det motholdet som har flest tekniske trekk til felles med oppfinnelsen.
- 34 Klager anfører at dokument D9, Anderson, kan utgjøre nærmeste kjente teknikk i denne saken, da den omtaler «skirts made of fine mesh» som skjørt rundt en merd. Et skjørt er i sin egenskap av et skjørt åpent i topp og bunn av skjørtet. Lagmannsretten i LB-2015-90322 la til grunn at Botngaard-duken, som ansees som en tilnærmet tett duk, utgjorde nærmeste mothold i saken.
- 35 I likhet med lagmannsretten finner Klagenemnda at et skjørt for en merd av en tilnærmet tett duk, hvor skjørtet er åpen i bunn og topp og hvor duken er en Botngaard-duk, omtalt som «duk B» (dukprøver forelagt Klagenemnda for behandlingen av denne avgjørelsen), og hvor skjørtet har til hensikt å hindre fri vanninnstrømning inn i merden og dermed holde fiskelus ute, utgjør den nærmeste kjente teknikken i saken da den har flest tekniske trekk til felles med oppfinnelsen som beskrevet i krav 1.
- 36 Alternativet, dokument D9, som omtaler et finmasket skjørt rundt merden for å hindre mikroorganismer i å strømme fritt inn i merden kan også utgjøre nærmeste kjente teknikk. D9 omtaler ikke problematikken med oksygentilførselen til merden, og dokumentet for øvrig omhandler i større grad hindringen av algeoppblomstring enn fiskelusproblematikken. Klagenemnda vil påpeke at begge mothold kunne ha vært utgangspunkt for fagpersonen, men valget mellom de to motholdene er ikke avgjørende for denne avgjørelsens resultat.
- 37 Videre vil forskjellene mellom oppfinnelsen og nærmeste mothold, spesielt oppfinnelsens tekniske effekter, måtte vurderes.
- 38 Botngaard-duken ble solgt til flere oppdrettere som luseskjørt forut for søknadstidspunktet, og er en tilnærmet tett duk i betydningen at den er vevd og har en neglisjerbar permeabilitet for vann. Brukt som luseskjørt hvor den er anordnet rundt merden og samtidig er åpen i

bunn og topp, hindrer duken i en viss utstrekning påslag av lakselus, men bidrar ikke til oksygentilførselen til merden ved vanngjennomtrengning gjennom selve duken.

- 39 Innklagedes oppfinnelse er et skjørt for en merd, hvor skjørtet er åpent i bunn og topp og formet av en permeabel duk som både i en viss utstrekning hindrer påslag av lakselus og bidrar til oksygentilførselen til merden gjennom vanngjennomtrengningen maskestørrelsen tillater.
- 40 Forskjellen mellom det nærmeste motholdet og innklagedes oppfinnelse er skjørtets evne til å ivareta hindringen av uønskede organismer samtidig som oksygentilførselen sikres. Teknisk gjøres dette ved et permeabelt skjørt med en maskevidde på 100-1000 µm i duken, en maskevidde som ivaretar begge formålene.
- 41 Et naturlig teknisk problem basert på denne differansen mellom det nærmeste motholdet og den patentsøkte oppfinnelsen er da: *Hvordan forhindre uønskede organismer tilgang til en merd samtidig som merden sikres tilstrekkelige mengder oksygen?*
- 42 Ved å starte med Botngaard-duken brukt som luseskjørt som nærmeste mothold, vil en fagperson ha kunnskap om bruk av en tett duk for å hindre uønskede organismer i merden, Duken ble benyttet til dette formålet uten å måtte kombinere dette med bruken av pumper eller andre innretninger for å sikre oksygentilførsel på andre måter. Det er klart at permeable duker, eksempelvis skjørtet nevnt i D9, også har blitt benyttet til tilsvarende formål, nemlig å hindre uønskede organismer tilgang til merder.
- 43 Oppfinnelsen løser det tekniske problemet ved å benytte en maskevidde fra 100 µm til 1000 µm. Dette begrunner etter Klagenemndas oppfatning i seg selv ikke oppfinneshøyde. Når fagpersonen har kunnskap om størrelsen på uønskede organismer, vil han kunne beregne hvilken maskevidde som vil holde de forskjellige organismene ute, og dette valget må derfor anses å være nærliggende.
- 44 Klagenemnda er imidlertid av den oppfatning at også *formuleringen av oppfinnelsens* problem her kan bidra til oppfinneshøyde. Oppfinnelsen innebærer en avveining mellom hindring av uønskede organismer og å sikre tilførselen av oksygen ved horisontal vannforflytning gjennom et permeabelt nett. Dette kompromisset («trade-off») mellom to ønskede virkninger, er ikke omtalt i noen av de motholdte dokumentene.
- 45 Selv om en fagperson uten oppfinneriske evner *kunne* ha kombinert kjent teknologi i form av permeable nett for å ivareta oksygentilførselen og samtidig holdt maskevidden så liten at den forhindret uønskede organismer, må det likevel foreligge en positiv ansporing for å forsøke en slik kombinasjon. Det er derfor ikke gitt at fagpersonen *ville* kombinert kjent teknikk for å prøve ut patentets løsning.
- 46 Selve identifiseringen av en problemstilling kan etter omstendighetene være en vesentlig del av en oppfinnelse, jf. Stenvik (2020) s. 224. Oppfinneshøyde kan da foreligge selv om løsningen er åpenbar *etter* at problemet er identifisert. Fra EPOs praksis kan nevnes T 2/83

RIDER/Simethicone, som gjaldt kombinasjonen av to kjente virkestoffer i en tablett, hvor det også var kjent at stoffene kunne administreres sammen. Søker hadde oppdaget at formuleringens lagringsbestandighet ikke var tilstrekkelig til å forhindre en svekkelse av effekten, og denne oppdagelsen lå til grunn for den omsøkte løsningen.

- 47 Overført til vår sak er det klart at både hindringen av uønskede organismer i en merd og sikring av oksygentilførsel er to problemstillinger som bransjen har arbeidet med før søknadstidspunktet. Derimot er ikke kompromisset mellom å slippe vann i en horisontal gjennomstrømning gjennom et skjørt og hindring av lakselus gjennom samme nett eller duk, nærmere diskutert eller håndtert. Identifiseringen av problemstillingen og dette kompromisset, og identifiseringen av maskestørrelsen som muliggjør denne effekten som et resultat av oppdagelsen av problemstillingen, utgjør et sprang fra den kjente teknikk som fagpersonen ikke hadde en positiv ansporing til å foreta uten oppfinneriske evner.
- 48 Når fagpersonen blir stilt overfor det objektive tekniske problemet finnes det også andre alternativer til oppfinnelsens løsning, eksempelvis en kombinasjon av Botngaard-duken med en mekanisk løsning, for eksempel en pumpe for å bedre sirkulasjonen av vannet i merden.
- 49 Klagenemnda har etter dette kommet til at i mangel på en peker til problemstillingen som skjørtet tar sikte på å løse, å balansere oksygentilførsel med hindring av organismer, er det ikke slik at fagpersonen på området *ville* kommet frem til oppfinnelsens løsning når vedkommende ble stilt overfor det objektive tekniske problem. Oppfinnelsen har derfor oppfinneshøyde over den kjente teknikken.
- 50 Etter dette finner Klagenemnda at oppfinnelsen som angitt av patentet som meddelt 24. juni 2013, med selvstendig krav 1 som opprettholdt etter dom LB-2015-90322, oppfyller kravene til teknisk effekt, tilstrekkelig beskrivelse og oppfinneshøyde etter patentloven §§ 1, 8 (2) 3. og 2.

Det avsies slik slutning

SLUTNING

1 Klagen forkastes.

Elisabeth Ohm
(sign.)

Turid Helene Tronbøl
(sign.)

Torger Kielland
(sign.)