



KFIR

Klagenemnda for industrielle rettigheter

AVGJØRELSE

Sak: 21/00155
Dato: 25. mai 2023

Klager: AWA Sweden AB
Representert ved: Onsagers AS

Innklaget: Neste Oyj
Representert ved: Zacco Norway AS

Klagenemnda for industrielle rettigheter sammensatt av følgende utvalg:

Gunhild Giske Skyberg, Yngve H. Stenstrøm og Hanne Bonge-Hansen

har kommet fram til følgende

AVGJØRELSE

1 Kort fremstilling av saken:

- 2 Saken gjelder klage på Patentstyrets avgjørelse av 1. oktober 2021, hvor patent nr. 343028 ble opprettholdt i endret form med følgende slutning:

«Patent nr. 343028 opprettholdes i endret form med patentkrav mottatt 2020.03.16, beskrivelse mottatt 2021.04.09 og tegninger som opprinnelig meddelt, samt med oversettelse av kravene til norsk mottatt 2021.04.09.»

- 3 Den tekniske løsningen i patentsøknaden gjelder en dieseldieselblanding med forbedrede kuldeegenskaper og metoder for å fremstille denne.
- 4 Saken har sin bakgrunn i to innsigelser som ble fremsatt av AWA Sweden AB og UPM-Kymmene Corporation, jf. patentloven § 24. Under innsigelsesbehandlingen leverte patenthaver Neste Oyj et endret kravsett datert 16. mars 2020. Det ble avholdt muntlig høring den 23. mars 2021. Patenthaver leverte et nytt endret kravsett den 22. april 2021, men som Patentstyret avskjærte fordi det ikke var anledning til å tilføye et nytt vurderingsgrunnlag så sent i innsigelsesprosessen.
- 5 Klage på Patentstyrets avgjørelse innkom 1. desember 2021 fra Onsagers AS på vegne av AWA Sweden AB (heretter kalt klager). Partene har levert skriftlige innlegg og muntlig høring ble avholdt den 2. mars 2023. Klagers nye anførsler fremsatt for første gang under den muntlige høringen, ble kommentert av innklagede i brev av 13. mars 2023.
- 6 Tittelen på patent nr. 343028 (heretter omtalt som stridspatentet) er «Fuel compositions with enhanced cold properties and methods of making the same». Stridspatentets opprettholdte kravsett av 16. mars 2020 består av 4 selvstendige krav og 14 uselvstendige krav. De uselvstendige kravene 2-9 tilhører selvstendig krav 1, og de uselvstendige kravene 11-16 tilhører selvstendig krav 10.
- 7 Klagen knytter seg til alle de selvstendige kravene, men hvor klagers argumentasjon tar utgangspunkt i krav 1. Partene er enige om at krav 1 kan deles inn i følgende fire trekk, og som Klagenemnda finner at er hensiktsmessig. Med slik inndeling lyder krav 1:
- i. A diesel fuel blend comprising a blend of a renewable fuel and a mineral middle distillate fuel
 - ii. in which the renewable fuel and mineral middle distillate fuel are present in a ratio of amounts by volume of 10:90 to 90:10,
 - a. wherein the renewable fuel is a hydrotreated renewable middle distillate
 - b. having isomerization ratio of at least 50%, and
 - iii. the diesel fuel contains 10–25 wt% n-paraffins in the C14–C20 range and
 - iv. an amount of isoparaffins in the C14–C20 range such that the ratio of the sum of wt% amounts of isoparaffins in the C14–C20 range to the sum of wt% amounts of n-paraffins in the C14–C20 range is less than 2.2.

Det opprettholdte krav 1 skiller seg fra det meddelte krav 1 ved å tilføye kriteriene a og b. Et tilsvarende trekk er innført i krav 10 og det uselvstendige krav 9 er tilpasset kriteriet i trekk b om en isomeriseringsgrad på minst 50%.

8 Før saken ble tatt opp til behandling i Klagenemnda leverte innklagede inn et subsidiært krav 1 den 4. februar 2022. Dette subsidiære krav 1 er identisk med krav 1 av 22. april 2021 som Patentstyret avskjærte. Forskjellen mellom krav 1 av 4. februar 2022 og krav 1 av 16. mars 2020 er at trekk a og b er tatt ut og at trekk iv er definert ved intervallet 1,1 til 2,2. Det subsidiære krav 1 kan deles inn i følgende fire trekk:

- i. A diesel fuel blend comprising a blend of a renewable fuel and a mineral middle distillate fuel
- ii. in which the renewable fuel and mineral middle distillate fuel are present in a ratio of amounts by volume of 10:90 to 90:10, and
- iii. the diesel fuel contains 10–25 wt% n-paraffins in the C₁₄–C₂₀ range and
- iv. an amount of isoparaffins in the C₁₄–C₂₀ range such that the ratio of the sum of wt% amounts of isoparaffins in the C₁₄–C₂₀ range to the sum of wt% amounts of n-paraffins in the C₁₄–C₂₀ range is from 1.1 to 2.2.

9 Klagenemnda har kun gjengitt det engelske kravsettet, men er enig med Patentstyret i at det ikke er noen substansiell forskjell mellom det engelske og den norske oversettelsen. Partene fremstår å være enig i dette.

10 Grunnene for Patentstyrets vedtak er oppsummert som følger:

- Det meddelte kravsettet og kravsettet i de norske basisdokumentene er identiske med hverandre, og oppfyller dermed vilkåret i patentloven § 13. Beskrivelsen er imidlertid utilstrekkelig, jf. patentloven § 8 andre ledd tredje punktum. Fagpersonen får ingen indikasjon i beskrivelsen på hvordan oppfinnelsen skal forstås i tilfellet der isomeriseringsgraden er 0, altså der forholdet mellom n- og isoparafiner med kjedelengder C₁₄–C₂₀ (trekk iv) er 0. Det er dermed ikke tilstrekkelig beskrevet hvordan fagpersonen skal oppnå den tekniske effekten i hele omfanget av krav 1, og det meddelte patentkravet kan derfor ikke godkjennes. Tilsvarende gjelder for krav 10.
- Det subsidiære kravsettet av 16. mars 2020 fremkommer entydig av basisdokumentene, innebærer ingen ulovlig utvidelse og er tilstrekkelig beskrevet, jf. patentloven §§ 13, 19 andre ledd og 8 andre ledd tredje punktum. Tilføyelsene i krav 1 medfører at problemstillingen rundt den manglende nedre grenseverdien for trekk iv) ikke lenger er til stede som hinder for å godkjenne patentkravet. Tilsvarende gjelder for krav 10. Ordlyden i krav 1 og 10 medfører at fagpersonen kan utøve oppfinnelsen i hele sin bredde med grunnlag i beskrivelsen.
- Nyhetskravet er oppfylt, jf. patentloven § 2 første ledd. Krav 1 og de tilhørende uselvstendige kravene 2-9 innehar nyhet ovenfor D7, D8, D12 og D14, hvor D7 anses som nærmeste kjente teknikk. De numeriske verdiene i trekk iii og iv, altså 10-25 vekt% n-parafiner i området C₁₄-C₂₀ og et forhold mellom n- og iso-parafiner med kjedelengder i

området C14-C20 på mindre enn 2,2 i brenselblandingen, kan ikke direkte og utvetydig utledes fra den kjente teknikken i D7 eller D14. Stridspatentet og D12 vedrører ulike grupper fornybare drivstoff (hhv. HVO og FAME) og SPD-dieselkomponenten i D8 skiller seg vesentlig fra stridspatentets brenselblandinger omfattende fornybare HVO-dieselkomponenter.

- Trekkene iii og iv regnes ikke som «uvanlige», og skal derfor ikke ses bort ifra ved nyhetsvurderingen av krav 1. Parameterne i trekk iii og iv benyttes ikke for å direkte måle kuldeegenskapene. Opplysningene om hydrokarbonsammensetningen benyttes som parametere for å tilveiebringe et produkt med forutsigbare kuldeegenskaper, som deretter kan måles etter veletablerte teknikker som tåkepunktanalyse. Slike analyser forekommer flere steder i beskrivelsen. Parameteren hydrokarbonsammensetning i krav 1 må dermed forstås som å komme «i tillegg til» og ikke «i stedet for» parameteren tåkepunkt. Det å definere drivstoff ved hydrokarbonsammensetningen er kjent fra relevant teknisk litteratur, D14. Karakteriseringsmetoder som gasskromatografi for å undersøke hydrokarbonsammensetningen, bør regnes som tilgjengelige for fagpersonen.
- Stridspatentet kan ikke vurderes som utvalgsoppfinnelse ovenfor D12, fordi D12 gjelder FAME-drivstoffkomponenter mens stridspatentet gjelder HVO-drivstoffkomponenter. D7 adresserer ikke eksplisitte mengder iso- og n-parafiner i brenselblandingen, og krav 1 innehar derfor nyhet som utvalgsoppfinnelse overfor D7.
- Kravet til oppfinneshøyde er oppfylt, jf. patentloven § 2 første ledd. Krav 1 skiller seg vesentlig fra teknikkenes stilling i forhold til D7 og D14. Kravene 2-9 er avhengig av krav 1 og innehar derfor også oppfinneshøyde.
- Det objektive tekniske problemet som løses av dieselbrenselblandingen i krav 1, med utgangspunkt i D7, kan formuleres som hvordan tilveiebringe et dieseldrivstoff omfattende en mineralsk og fornybar komponent med forbedrede kuldeegenskaper.
- D7 antyder fordelaktige blandingsforhold mellom den fornybare og fossile komponenten, men angir ikke detaljert informasjon om isomeriseringsgraden til det blandede produktet eller den spesifikke hydrokarbonsammensetningen. Patentstyret kan ikke se at fagpersonen som står overfor det objektive tekniske problemet ville kommet frem til de numeriske verdiene for n- og isoparafiner som angitt i det selvstendige krav 1, med utgangspunkt i D7 alene, uten bruk av oppfinnerisk innsats.
- Blant de fremtrukne dokumentene er D14 mest relevant å vurdere i sammenheng med D7. Den fornybare komponenten i D14 er sammenlignbar med den fornybare komponenten i krav 1. D14 omtaler isomeriseringsgrad, signifikansen av denne på kuldeegenskapene og tåkepunktverdier. Særlig kan det leses i D14 at en isomeriseringsgrad på 0,7 eller høyere er nødvendig for å oppnå tilfredsstillende kuldeegenskaper. D14 beskriver dermed en egnet nedre grense for isomerisering, men sier ikke noe om den øvre grensen slik som angitt i stridspatentets trekk iv i krav 1. D14 gir ikke fagpersonen informasjon om hva som kan være et passende innhold av n-parafiner med hensyn til kuldeegenskaper. Det vil ikke

være nærliggende for en fagperson som står ovenfor det objektive tekniske problemet å kombinere kjent teknikk fra D7 og D14 for å komme frem til trekkene iii og iv i krav 1.

- Selvstendig krav 10 gjelder en fremgangsmåte og selvstendig krav 17 og 18 gjelder anvendelser, som alle uunngåelig leder til brenselblandingen i krav 1. Argumentasjonen for krav 1 vil derfor også gjelde for krav 10, 17 og 18, som følgelig har nyhet ovenfor D7, D8, D12 og D14 og oppfinnelseshøyde ovenfor D7 og D14. De selvstendige kravene 11-16 er avhengig av selvstendig krav 10 og innehar derfor også nyhet og oppfinnelseshøyde.

11 Klager har for Klagenemnda i korte trekk gjort gjeldende:

- Norsk patent NO 343 028 B1 (stridspatentet) må oppheves på grunn av manglende nyhet og subsidiært manglende oppfinnelseshøyde, jf. patentloven § 2 første ledd.
- Klager anfører i tillegg at stridspatentet må oppheves som følge av utilstrekkelig beskrivelse etter patentloven § 8 andre ledd tredje punktum eller at tilføyelsene a og b innebærer en ulovlig utvidelse etter patentloven § 13 og § 19 andre ledd.
- Stridspatentet må oppheves som følge av manglende nyhet i forhold til D7, som er nærmeste kjente teknikk.
- D7 beskriver (s. 2, linje 8-20) blandinger av et fornybart brensel og et mineralsk mellomdestillatbrensel (trekk i). Det fornybare brenselet tilsvarende den hydrobehandlede fornybare mellomdestillatkomponenten som beskrives på s. 7, linje 19-s. 8, linje 4 i stridspatentet (trekk a). D7 beskriver (s. 5, linje 10-16) at blandingene kan inneholde opptil 75 eller opptil 40 vol% av det fornybare brenselet (trekk ii). Det fremgår av tabell 4, linje 4 at det fornybare brenselet har et isoparafinnhold på 70 eller 80 % (trekk b).
- Blandingene i D7 inneholder C14-C20 n-parafiner og C14-C20 iso-parafiner fra i det minste det fornybare brenselet. D7 nevner ingen numeriske verdier for blandingenes innhold av C14-C20 n-parafiner (trekk iii) eller for forholdet mellom C14-C20 iso-parafiner og C14-C20 n-parafiner (trekk iv), men trekk iii og iv må anses implisitt angitt av den eksplisitte beskrivelsen i D7. Trekk iii og iv er et resultat av blanding av utgangsmaterialene innenfor områdene anvendt i D7, og representerer dermed kun identifikasjon av ytterligere, iboende egenskaper ved kjente produkter.
- Utgangsmaterialene og fremstillingsprosessene er identiske i stridspatentet og D7. Både stridspatentet og D7 består av et fornybart brensel og mineralsk mellomdestillatbrensel og fremstilles gjennom hydrodeoksygenering, hydroisomering og blanding. Blandingene har samme tekniske effekt som beskrevet i stridspatentet. I tillegg er blandingenes egenskaper identiske ved at begge senker tåkepunktet til en verdi som er 1-5 °C lavere enn det vektete gjennomsnittet av det fornybare brenselets tåkepunkt og det mineralske mellomdestillatbrenselets tåkepunkt. Forskjellen er at D7 ikke nevner enkelte parametere, nærmere bestemt mengden n-parafiner og iso-parafiner. Det oppstår da en formodning om manglende nyhet, jf. patentretningslinjene del C, kapittel IV punkt 4.3.2.

- Klagers utførelseseksempler viser at fagpersonen som utfører oppfinnelsen fra D7 i praksis vil havne innenfor de rammer som angis i stridspatentets trekk iii og iv. Patenthaver har ikke presentert en sammenligning som viser at blandingenes innhold av C14-C20 n-parafiner (trekk iii) eller forholdet mellom C14-C20 iso-parafiner og C14-C20 n-parafiner (trekk iv) i stridspatentet er ulikt det som følger av D7. Innklagede har bevisbyrden for dette, se EPO Guidelines del G, kapittel VI, punkt 6.
- Det er uvanlig å benytte parameterne som angis i trekk iii og iv, inkludert det spesifikke intervallet C14-C20, for å karakterisere blandinger av fornybart brensel og mineralsk mellomdestillatbrensel. Parameterne i trekk iii og iv må derfor sees bort i fra ved nyhetsvurderingen. Fagpersonen forventer ikke å finne disse parameterne i omtalen av denne typen blandinger. Diesalbrensel med mineralsk innhold karakteriseres tradisjonelt med hjelp av et antall standardiserte fysikalske og kjemiske egenskaper, se f.eks. tabell 6 i D7. Det er ingen tradisjon for å karakterisere slike diesalbrensel med hjelp av deres hydrokarbonsammensetning på detaljnivå. Den kjente teknikk inneholder derfor ikke opplysninger om innholdet av n- og iso-parafiner av viss kjedelengde for mineralsk diesalbrensel eller for diesalbrenselblandinger som inneholder mineralsk diesalbrensel. For eksempel så fokuserer D14 på intervallet C15-C18 for å karakterisere en brenselblanding. Dermed forvanskes sammenligninger mellom patentkravene og den kjente teknikken fordi ulike kjedeintervaller benyttes.
- De numeriske verdiene i trekk iii og iv kan anses som et utvalg av det som fremgår i D7. Det står klart at intervallene, for de parameterne som angis i trekk iii og iv, blir veldig brede i D7 fordi både isomeriseringsgraden og blandingsforholdet mellom fornybar og fossil komponent kan variere kraftig. Kuldeegenskapene i stridspatentet og D7 er imidlertid de samme, og intervallet tilveiebringer derfor ikke en annen oppfinnelse enn den som oppnås for diesalbrenselblandinger i D7. Intervallet fra stridspatentet er dermed kun tilfeldig valgt fra den kjente teknikk, og slike intervall mangler nyhet.
- Subsidiært anfører klager at de selvstendige kravene 1, 10, 17 og 18 mangler oppfinneshøyde i forhold til D7 eller i kombinasjon med D14 eller D10.
- Fagpersonen er kjemiingeniør med mastergrad eller doktorgrad som arbeider med tilvirkning av brensel og produktutvikling innenfor dette området. Fagpersonen forventes å kunne gjøre fagmessige tilpasninger og forbedringer. Vedkommende har kunnskap om hvordan kjemiske egenskaper hos brenselkomponenter påvirker fysikalske egenskaper og London-interaksjoner/van der Waals-krefter som forekommer hos n-parafiner. Fagpersonen har et nettverk av kollegaer og har tilgang til all offentlig informasjon.
- Både stridspatentet og D7 tilkjennegir brenselblandinger med gode kuldeegenskaper. Ingen nye eller forbedrede effekter er oppnådd sammenlignet med D7, men frembringer kun en alternativ løsning av samme objektive tekniske problem, se patentretningslinjene del C, kapittel IV, 5.5.2.

- Stridspatentet mangler oppfinnelseshøyde i forhold til D7 alene. Ved å følge anvisningene i D7 ville fagpersonen kommet frem til en brenselblanding ifølge stridspatentet uten å utøve noen oppfinnerisk innsats. Klagers beregninger viser at fagpersonens rutinemessige implementering av det som følger av D7 ville føre til en blanding ifølge stridspatentet. Det tilhører fagpersonens allmenne kunnskap at kjedelengdeintervallet C14–C20 er typisk for dieselbrensel/mellomdestillatbrensel, jf. for eksempel figur 16 og 18 i utdanningsmaterialet som fremgår av D6. Stridspatentets trekk iii og iv er nærliggende for en fagperson, som vil finne dem gjennom rutineforsøk basert på informasjonen i D7.
- I alle fall vil trekk iii og iv være nærliggende for en fagperson som gjør rutinemessige forsøk basert på informasjonen i D7 i kombinasjon med D10 eller D14.
- D14 vedrører dieselbrensel med gode kjøleegenskaper, og inneholder trekk i, ii, a og b. Fra eksempel 8 i kan fagpersonen lese at brenselblandingen inneholder ca. 20,7 vekt% n-parafiner i området C14-C20, som er innenfor intervallet 10-25 vekt% (trekk iii), og at forholdet mellom n- og iso-parafiner i området C14-C20 er ca. 1,0, som er innenfor intervallet <2,2 (trekk iv). En fagperson som med utgangspunkt i D7 leter etter et alternativt dieselbrensel som omfatter en mineralsk og en fornybar komponent finner i D14 en dieselbrenselblanding ifølge krav 1. I både D7 og D14 har det fornybare brenselet og det mineralske mellomdestillatbrenselet tåkepunkter som skiller seg med mindre enn 17 °C. D14 beskriver at forholdet mellom iso- og n-parafiner spesielt skal være 1,0 eller høyere. D10 beskriver at forholdet mellom iso- og n-parafiner skal være > 1, for eksempel 1,30. Krav 10, 17 og 18 mangler derfor oppfinnelseshøyde i lys av D7 kombinert med D14.
- D10 gir fagpersonen slike kunnskaper at han eller hun gjennom rutinemessige forsøk vil fremstille blandinger med ulike innhold av n-parafiner, og med et forhold mellom innholdet av iso- og n-parafiner som tilsvarende det som er angitt i de selvstendige patentkravene. Derfor er det nærliggende for fagpersonen å modifisere de blandningene som beskrives i D7 slik at innholdet av n-parafiner og forholdet mellom innholdet av iso-parafiner og n-parafiner faller innenfor de intervallene som angis i de selvstendige patentkravene. Krav 1 mangler dermed oppfinnelseshøyde i lys av D7 kombinert med D10.
- Stridspatentets sammenligningseksempler er ikke representativt fordelt. I stridspatentets sammenligningseksempel skiller komponentenes tåkepunkter seg fra hverandre med >17,5 grader. I eksemplene i D7 skiller komponentenes tåkepunkter seg fra hverandre med <5,5 grader. Man kan ikke vite om en virkning eller effekt skyldes trekkene iii og iv eller forskjellen i tåkepunkt. Sammenligningen i stridspatentet er derfor utilstrekkelig for å sannsynliggjøre en ny eller forbedret virkning eller effekt i det definerte området. Kuldeegenskapene forbedres i samme grad utenfor trekkene iii og iv. Forskjellen i målt og beregnet tåkepunktverdi på henholdsvis +0,03 og +0,13 °C er utilstrekkelig for å sannsynliggjøre en ny eller forbedret virkning eller effekt i det definerte området.
- Det subsidiære kravsettet av 4. februar 2022 er fremsatt for sent. Subsidiært mangler dette nyhet og oppfinnelseshøyde og er mangelfullt beskrevet. Den begrensningen som er innført gjør ikke at søknadsgjenstanden oppfyller vilkårene for patentering.

12 Innklagede har for Klagenemnda i korte trekk gjort gjeldende:

- Patentet oppfyller kravene til nyhet og oppfinnelseshøyde, jf. patentloven § 2. Klagen må derfor forkastes og patentet opprettholdes med patentkravene av 16. mars 2020, jf. Patentstyrets konklusjon. Subsidiært må patentet opprettholdes med det subsidiære kravsettet av 4. februar 2022.
- Det som kreves beskyttet ifølge stridspatentets krav 1 kan ikke utledes direkte og utvetydig av D7. Trekkene iii og iv gjenfinnes ikke i D7. Innholdet av isoparafiner i D7 angis ikke. Tabell 2 i D7 viser et mellomprodukt av den fornybare komponenten før isomerisering. n-Parafininnhold og kjedelengder vil ikke være de samme før og etter isomerisering. Det blir ikke riktig å anta at det er 30 % n-parafin, i alle fall ikke n-parafiner i det angitte kjedelengdeområdet.
- Klagers utførelseseksempler baserer seg på mange antagelser. Klager antar minimal forekomst av isoparafiner med kjedelengde C12–C13 i den fornybare komponenten. Klager antar også at summen av isoparafiner og n-parafiner i den fornybare komponenten er 100 %, slik at det ikke er andre HC-forbindelser til stede. Videre antar klager at C5–C20 og C12–C20 har samme isomeriseringsgrad på 70 %. Når det gjelder den fossile komponenten, så antar klager at Diesel Cut B ifølge D7 og Diesel 7 ifølge stridspatentet har samme innhold av isoparafiner og n-parafiner med kjedelengde C14–C20. Disse antagelsene er spekulative og baserer seg på informasjon i stridspatentet. Dette representerer etterpåklokskap, noe som ikke er tillatt ved vurderingen av nyhet. Vurderingen må baseres på det som var kjent før patentets inngivelsesdag og ut ifra ett dokument.
- Klagers argumentasjon baserer seg på formuleringer i patentretningslinjene. Patentretningslinjene er generelle instruksjoner som ikke er juridisk bindende, slik for eksempel patentloven og patentforskriften er. Retningslinjene er verken lov eller forskrift.
- Det stemmer ikke at trekk iii og iv er uvanlige parametere. Det er vanlig praksis innen teknikken å anvende mengde n-parafin og isoparafin, og å angi kjedelengder. Innklagede viser til motholdet D7 på side 42, D8 på side 4 og D14 på side 29. Trekk iii og iv er strukturelle trekk som definerer sammensetningen ifølge oppfinnelsen. Trekkene er ikke først og fremst parametere.
- Innklagede er uenig i at bevisbyrden ligger hos patenthaver. Klager viser til avgjørelsen til EPO i sak T 1764/06 til støtte for sitt syn. Det kan imidlertid ikke trekkes generelle konklusjoner om bevisbyrde fra denne avgjørelsen, ettersom den gjelder en sak under behandling i første instans. Til sammenligning fastslår avgjørelsen i T 1350/18 at bevisbyrden ligger hos den ankende part i en sak på ankestadiet. Klager har ikke lyktes i å vise at alle trekkene i stridspatentet er til stede i D7.
- Innklagede fastholder at kriteriene for utvalgsoppfinnelse ikke er aktuelle i saken. En utvalgsoppfinnelse angår utvalg av individuelle underintervaller innenfor et større kjent

intervall. D7 adresserer imidlertid ikke eksplisitte mengder isoparafiner og n-parafiner i brenselblandinger. Dersom Klagenemnda finner at stridpatentet representerer en utvalgsoppfinnelse, er det likevel ingenting om ødelegger nyheten.

- Videre er kriteriene for utvalgsoppfinnelser ikke basert på patentloven eller EPC, og de er derfor ikke bindende for klageinstanser. Kriteriene for utvalgsoppfinnelser er sterkt saksavhengige og har endret seg over tid.
- Krav 1 i stridpatentet har oppfinneshøyde i forhold til D7 alene, og i kombinasjon med D10 eller D14.
- Det objektive tekniske problem som løses ved oppfinnelsen er hvordan forbedre kuldeoppbevaringsegenskapene til dieselprenselblandinger.
- Fagpersonen kjenner til at kommersiell diesel er blandinger og at den dårligste komponenten i blandingen dominerer kuldeegenskaper. Eksperimentelt er det vist at dieselprenselblandingen har et tåkepunkt som er lavere enn det vektete gjennomsnittet av tåkepunktene til det mineralske mellomdestillatbrenselet og det fornybare brenselet som brukes som blandingskomponenter (Patentet B2 s. 4, l 25-27). Dette er overraskende fordi det er kjent at en komponent med dårlige kuldeegenskaper vil dominere blandingen (Patentet s 1, l. 21), og at tåkepunktet for en blanding vil normalt være dårligere (dvs. høyere) enn hver av komponentene (Patentet s. 3, l. 22-23 og s. 4, l. 28-30).
- Med utgangspunkt i nærmeste kjente teknikk D7 alene eller i kombinasjon med D14 eller D10, er det ingen av dokumentene som motiverer fagpersonen til å gjøre endringer slik at det oppnås en dieselprenselblanding ifølge krav 1. Innklagede er enig med Patentstyret i at en fagperson som står ovenfor det objektive tekniske problemet ikke ville kommet frem til de numeriske verdiene for iso- og n-parafiner som angitt i krav 1, med utgangspunkt i D7 alene, uten bruk av oppfinnerisk innsats, og heller ikke hvis kjent teknikk fra D7 og D14 kombineres. Det er ikke nærliggende å kombinere D7 med D10 siden D10 er mindre relevant enn D14.
- Teknisk effekt er allerede dokumentert i de opprinnelige søknadsdokumentene. Patentstyret vurderte både under søknadsbehandlingen og innsigelsesbehandlingen at tekniske effekt var vist. Ytterligere sammenligningseksempler ble innlevert med innklagedes første svar på innsigelsen. Først etter dette var klager i stand til å presentere sine forsøksdata. Disse dataene baserer seg på informasjon og resultater fra foreliggende oppfinnelse, og kunne ikke vært frembrakt uten anvendelse av læren i patentet.
- Det subsidiære kravsettet av 4. februar 2022 skiller seg fra det Patentstyret opprettholdt ved at trekk a og b i krav 1 er tatt ut, og at trekk iv er definert ved intervallet 1,1 til 2,2. Endringen har basis i de uselvstendige kravene og beskrivelsen. Endringen begrenser patentet, og vurderingen av nyhet og oppfinneshøyde vil være analog med vurderingen som allerede er gjort for det prinsipale kravsettet.

13 Klagenemnda skal uttale:

14 Klagenemnda er kommet til et annet resultat enn Patentstyret.

- 15 Klagenemnda skal ta stilling til om vilkårene for å oppheve stridspatentet er oppfylt, jf. patentloven § 25 første ledd. Klagers anførsler knytter seg til om stridspatentet oppfyller vilkårene i patentloven §§ 2 første ledd, 8 andre ledd tredje punktum og 13, jf. henholdsvis § 25 første ledd nr. 1, 2 og 3.
- 16 Klagenemnda vurderer først det opprettholdte kravsettet av 16. mars 2020 (heretter kalt det opprettholdte kravsettet), og deretter innklagedes subsidiære kravsett av 4. februar 2022 (heretter kalt det subsidiære kravsettet).
- 17 Patenterbarhetsvilkårene er i det vesentlige sammenfallende med de som følger av Den europeiske patentkonvensjonen (EPC) av 5. oktober 1973. Norge ratifiserte konvensjonen i 2007, og patentloven er tilpasset dens materielle bestemmelser. Konvensjonen og praksis fra Den europeiske patentorganisasjonen (EPO) har derfor betydning ved tolkningen av patentlovens bestemmelser, jf. for eksempel Rt-2008-1555 Biomar avsnitt 34 og 51 og Rt-2009-1055 Donepezil avsnitt 26.
- 18 Klagenemnda er i likhet med Patentstyret kommet til at det opprettholdte kravsettet ikke omfatter noe som ikke fremgikk av søknaden da den ble inngitt, jf. vilkåret i patentloven jf. § 13. Klagenemnda er i tillegg enig med Patentstyret i at det opprettholdte kravsettet tilfredsstiller patentloven § 19 andre ledd, idet patentvernets omfang ved de endrede kravene ikke er blitt utvidet i forhold til kravene i det meddelte patentet. Stridspatentet kan derfor ikke oppheves med grunnlag i patentloven § 25 første ledd nr. 3.
- 19 Etter Klagenemndas vurdering er beskrivelsen i stridspatentet med det opprettholdte kravsettet, så tydelig at en fagperson på grunnlag av denne kan utøve oppfinnelsen, jf. § 8 andre ledd tredje punktum. Stridspatentet kan derfor ikke oppheves med grunnlag i patentloven § 25 første ledd nr. 2.
- 20 Klagenemnda går derfor over til å vurdere om de materielle patenterbarhetsvilkårene er oppfylt, jf. patentloven § 25 nr. 1, jf. § 2 første ledd. Det følger av patentloven § 2 første ledd at patent bare meddeles på «oppfinnelser som er nye i forhold til hva som var kjent før søknadens inngivelsesdag, og som dessuten skiller seg vesentlig fra dette.» Bestemmelsen oppstiller to grunnleggende vilkår for å oppnå patent – frembringelsen må være en nyhet, og den må ha oppfinnelseshøyde.
- 21 Ved vurderingen av både nyhet og oppfinnelseshøyde skal en tenkt gjennomsnittlig fagkyndig på området brukes som målestokk. Fagpersonen er en «utøvende faglært innen det relevante fagområdet, som har gjennomsnittlig kunnskap og evner og som kjenner til hva som var alminnelig kunnskap på området på den aktuelle dato. Vedkommende skal også antas å ha hatt adgang til hele teknikkens stilling, særlig dokumentene nevnt i granskningsrapporten, og ha hatt til rådighet de midler og kapasitet til å utføre rutinearbeid og eksperimentering som er normalt innenfor fagfeltet. Hvis problemet tilskynder fagpersonen på området til å søke dets løsning innenfor et annet teknisk

område, er det fagpersonen på sistnevnte område som er kvalifisert til å løse problemet», jf. Patentstyrets retningslinjer del C, kapittel 4, avsnitt 5.3, som er harmonisert med praksis fra EPO. Fagpersonen kan foreta nye nærliggende konstruksjoner, men er ikke i besittelse av oppfinneriske evner. Den fagkyndige evner å prøve ut på en god fagmessig måte alle kombinasjonsmuligheter som både var nærliggende og ga en rimelig forventning om å lykkes. I tillegg innehar den fagkyndige fagets alminnelige kunnskap som basis.

- 22 I denne saken anser Klagenemnda fagpersonen for å være en kjemiker med master- eller doktorgrad som har erfaring med brenseltilvirkning.

Nyhetskravet

- 23 I kravet til nyhet ligger at oppfinnelsen må skille seg fra all kjent teknikk forut for søknadsdagen, eventuelt prioritetsdagen etter patentloven § 6. En oppfinnelse mangler nyhet dersom en fagperson klart og direkte, enten eksplisitt eller implisitt, kan utlede alle trekkene til oppfinnelsen av et eksisterende mothold, jf. PS-2010-7886, T 411/98 KIMBERLEY-CLARK punkt 4.1 og T 1523/07 NIPPON SHOKUBAI CO., LTD punkt 2.4. Trekk som ikke er uttrykkelig beskrevet, men som tilhører fagets alminnelige kunnskap, vil også være foregrepet i motholdet. Oppfinnelsen er som helhet ny hvis minst ett av trekkene skiller seg fra kjent teknikk.
- 24 D7 gjelder en dieselmotorblanding og beskriver eksplisitt trekkene i, ii, a og b i krav 1. Partene fremstår ikke å være uenig i dette.
- 25 Det avgjørende i saken knytter seg derfor til om stridspatentets trekk iii og iv skiller seg fra D7. Klagenemnda finner at D7 ikke beskriver eksplisitt at dieselmotorblandingen inneholder 10–25 vekt% n-parafiner i området C14–C20 (trekk iii) og en mengde isoparafiner i området C14–C20, slik at forholdet mellom summen av vekt%-mengden av isoparafiner i området C14–C20 og summen av vekt%-mengden av n-parafiner i området C14–C20 er mindre enn 2,2 (trekk iv). D7 oppgir nemlig ingen numeriske verdier for blandingenes innhold av n-parafiner i området C14-C20 (trekk iii) eller forholdet mellom n- og isoparafiner i det samme området (trekk iv). Klager fremstår å være enig i dette. Klager anfører imidlertid at trekkene iii og iv følger implisitt av beskrivelsen i D7.
- 26 Klagenemnda bemerker at i praksis fra EPO er det lagt til grunn at trekk som følger implisitt av et mothold kan være nyhetshindrende, jf. f.eks. T 95/97 punkt 3.3 og T 1523/07 NIPPON SHOKUBAI CO., LTD punkt 2.4. I sistnevnte sak uttaler EPOs appellkammer at:

«... it is a generally applied principle that for concluding lack of novelty, there must be a direct and unambiguous disclosure, either explicit or implicit, in the state of the art which would inevitably lead the skilled person to subject-matter falling within the scope of what is claimed. In this context "implicit disclosure" means disclosure which any person skilled in the art would objectively consider as necessarily implied in the explicit content, e.g. in view of general scientific laws»

- 27 På denne bakgrunn legger Klagenemnda til grunn at et trekk kan anses å følge implisitt av motholdet, dersom fagpersonen ved å utøve den løsningen som motholdet beskriver *nødvendigvis* ville komme til et resultat som faller *innenfor* patentkravet. For å konkludere med at et trekk følger implisitt av den kjente teknikken, kan det ikke være noen rimelig tvil om den praktiske virkningen av motholdet, jf. Patentstyrets retningslinjer del C, kapittel IV, punkt 4.3.2 og EPO Guidelines del G, kapittel VI punkt 6.
- 28 Etter Klagenemndas oppfatning følger trekk iii og iv ikke klart og direkte av D7. Den nærmere sammensetningen til de to komponentene som skal blandes – dieselbrenselet og det fornybare brenselet – er ikke presist angitt i D7. Det finnes også flere alternative utgangsstoffer som fagpersonen kan ta utgangspunkt i. Om fagpersonen vil komme til et resultat som faller innenfor trekk iii og iv, avhenger derfor av hvilke utgangsstoffer han eller hun velger. Det er dermed rimelig tvil om fagpersonen vil få en blanding som har trekk iii og iv, og trekkene kan dermed ikke sies å følge implisitt av D7. På denne bakgrunn finner Klagenemnda at fagpersonen som utøver læren i D7 ikke nødvendigvis vil komme til et resultat som faller innenfor stridspatentets krav 1. Etter Klagenemndas vurdering oppfyller derfor stridspatentet med kravsettet av 16. mars 2020 nyhetskravet i patentloven § 2 første ledd.
- 29 Klager anfører at trekk iii og iv inneholder uvanlige parametere og derfor skal sees bort i fra i nyhetsvurderingen. Klager viser til EPO Guidelines G-IV, 6 som gir samme veiledning som Patentstyrets retningslinjer del C, kapittel IV, avsnitt 4.3.2:
- «I den relevante tidligere kjente teknikk kan det hende at en forskjellig parameter, eller ingen parameter overhodet er nevnt. Hvis de kjente og de beskyttelseskrevede produktene er identiske i alle andre henseender (som kan ventes hvis for eksempel startproduktene og fremstillingsprosessene er identiske), oppstår i første rekke en innvending om manglende nyhet.»
- 30 Klagenemnda kan ikke se at disse retningslinjene kan få avgjørende betydning for nyhetsvurderingen i foreliggende sak. Spørsmålet om et trekk fremgår implisitt av et mothold må avgjøres konkret, og beror på om fagpersonen ved utøvelsen av motholdets løsning med nødvendighet ville ende opp innenfor patentets krav. Dersom det søkte patentet og det aktuelle motholdet består av identiske utgangsstoffer og fremstilles på akkurat samme måte, vil riktignok fagpersonen i mange tilfeller lande på det samme resultatet. I denne saken er det imidlertid ikke gitt at fagpersonen vil benytte identiske utgangsstoffer som i stridspatentet ved utøvelsen av D7, ettersom D7 ikke angir presist hvilke typer diesel og fornybart brensel fagpersonen skal benytte. Når Klagenemndas vurdering er at det er rimelig tvil om fagpersonen vil få en blanding som har trekk iii og iv, kan trekkene ikke sies å følge implisitt av D7.
- 31 Partene er uenige om stridspatentet er en utvalgsoppfinnelse overfor D7 og betydningen av dette. Etter Klagenemndas oppfatning har dette ikke avgjørende betydning for vurderingen av nyhet i foreliggende sak. Som forklart over er det rimelig tvil om fagpersonen ut ifra den generelle beskrivelsen i D7 ville fremstille noe som faller innenfor

stridspatentets krav 1. Som nevnt finnes det flere valgmuligheter med hensyn til utgangsstoffer som fagpersonen kan ta utgangspunkt i ved utøvelsen av D7, og fagpersonen vil ikke uten videre oppfatte den brede angivelsen i D7 som siktede til den konkrete blandingen i stridspatentet. Blandingen fremgår derfor ikke implisitt av D7 og må derfor anses som nytt. Klagenemnda viser i denne sammenheng til Annen avdelings sak nr. 7886, hvor Annen avdeling presiserer at selv for utvalgsoppfinnelser er nyhetskravet kun oppfylt om det aktuelle kravet fremgår eksplisitt eller implisitt av motholdet.

- 32 Når det gjelder partenes anførsler om hvem som har bevisbyrden, bemerker Klagenemnda at det ikke gjelder noen særregler for bevisbyrde i patentsaker etter norsk rett. Tvistelovens regler gjelder så langt de passer. De prosessuelle reglene fra EPO er ikke nødvendigvis overførbare til norsk rett, slik at uttalelser knyttet til disse har betydelig mindre vekt. Hvilken betydning et bevis skal tillegges, vil være opp til Klagenemndas skjønn.
- 33 Klagenemndas konklusjon er etter dette at stridspatentet med det opprettholdte kravsettet av 16. mars 2020 oppfyller nyhetskravet i patentloven § 2 første ledd.

Oppfinneshøyde

- 34 Det neste spørsmålet er om stridspatentet med det opprettholdte kravsettet av 16. mars 2020 oppfyller kravet til oppfinneshøyde, jf. patentloven § 2 første ledd. Etter bestemmelsen må oppfinnelsen skille seg vesentlig fra hva som allerede var kjent før søknadens inngivelsesdag. Kravet sammenfaller med EPC artikkel 56 første punktum, og innebærer at en oppfinnelse har oppfinneshøyde dersom den ikke fremstår som nærliggende for en fagperson, jf. Rt-2008-1555 Biomar avsnitt 32–34.
- 35 Avgjørelsen av om et patentkrav har oppfinneshøyde beror på et faglig skjønn, jf. Rt-2008-1555 Biomar avsnitt 38. Ved den konkrete vurderingen av om et patent skal meddeles benytter norske patentmyndigheter samme fremgangsmåte som EPO – den såkalte «problem og løsning-metoden» – som går ut på å:
- a) bestemme den «nærmeste kjente teknikk»;
 - b) formulere det «objektive tekniske problem» som patentet løser;
 - c) vurdere om oppfinnelsen ifølge patentkravene ville ha vært «nærliggende» for fagpersonen på området ved å starte fra den nærmeste kjente teknikk og det objektive tekniske problem.
- 36 Klagenemnda vil først ta stilling til om stridspatentet oppfyller kravet til oppfinneshøyde i forhold til D7 alene, og deretter kombinert med D10 og D14.

- 37 Klagenemnda legger til grunn at D7 er nærmeste kjente teknikk, fordi D7 omhandler en dieselbrenselblanding og adresserer problemet med å forbedre kuldeegenskaper, og i tillegg eksplisitt beskriver trekkene i, ii, a og b i krav 1. For å formulere det objektive tekniske problem som stridspatentet løser, er det nødvendig å sammenligne forskjellene mellom trekkene til D7 og stridspatentets patentkrav, for deretter å identifisere den tekniske effekten disse trekkene resulterer i, jf. patentretningslinjene kapittel 4 punkt 5.5.2.
- 38 Det er trekk iii og iv som skiller stridspatentets krav 1 og D7, jf. ovenfor under nyhetsvurderingen. Klagenemnda legger til grunn at effekten av disse trekkene er å senke tåkepunktet til blandingen, slik at tåkepunktet blir lavere enn det vektete gjennomsnittet av tåkepunktene til blandingens individuelle komponenter. Stridspatentet forklarer på side 3 at en blanding typisk vil ha et høyere tåkepunkt enn det vektete gjennomsnittet av tåkepunktene til blandingens komponenter. Videre følger det på side 4 linje 28 at «det ble oppdaget at en kombinasjon av et mineralsk mellomdestillatbrensel med et fornybart brensel resulterte i en forbedring av tåkepunktet», og at tåkepunktet for enkelte blandinger var lavere enn tåkepunktet for begge av blandingens komponenter. Dette omtales som en overraskende synergistisk effekt. Eksempel 1–6 viser ulike blandinger der enkelte har lavere tåkepunkt enn det vektete gjennomsnittet av komponentenes tåkepunkter, og enkelte der tåkepunktet også er lavere enn tåkepunktene til de individuelle komponentene.
- 39 Et lavt tåkepunkt innebærer at brenselblandingene i stridspatentet tåler kulde bedre enn blandinger med høyere tåkepunkt. D7 beskriver imidlertid også en brenselblanding med gode kuldeegenskaper, og på side 2 linje 8–20 og i Tabell 7 beskriver D7 blandinger med lavere tåkepunkt enn de individuelle komponentene. Tåkepunktforbedringene er av samme størrelsesorden i stridspatentet og i D7. Klagenemnda kan derfor ikke se at stridspatentets kuldeegenskaper er *forbedret* sammenlignet med blandingene som er kjent fra D7. På denne bakgrunn finner Klagenemnda at det objektive tekniske problemet som stridspatentet løser, kan formuleres som å tilveiebringe en alternativ brenselblanding med senket tåkepunkt sammenlignet med det vektete gjennomsnittet av blandingens individuelle komponenter.
- 40 Det neste spørsmålet er om oppfinnelsen ifølge patentkravene ville ha vært «nærliggende» for fagpersonen på området ved å starte fra den nærmeste kjente teknikk og det objektive tekniske problem. Det avgjørende er om fagpersonen ville valgt den patentsøkte løsningen med en rimelig forventning om suksess, jf. for eksempel T 867/13 DUKE UNIVERSITY/pompe disease punkt 11. Fagpersonen vil ta utgangspunkt i det nærmeste motholdet, men kan etter omstendighetene hente inspirasjon fra annen kjent teknikk. I hvert tilfelle må det gjøres en konkret vurdering av hvilken veiledning fagpersonen vil finne i teknikkens stand, jf. Stenvik, *Patentrett*, 2020, 4. utgave på side 230.
- 41 Fra D7 vil fagpersonen allerede være kjent med at et lavt tåkepunkt kan oppnås ved å blande et fornybart brensel og et mineralsk mellomdestillatbrensel. D7 nevner ikke

verdier for blandingenes innhold av n-parafiner i området C14-C20 eller forholdet mellom n- og isoparafiner i det samme området. Fagpersonen som søker å lage en alternativ brenselblanding med gode kuldeegenskaper, vil dermed ikke finne noe eksplisitt i D7 som peker i retning av at mengden n- og isoparafiner har betydning for blandingens kuldeegenskaper. Vedkommende vil imidlertid naturlig starte med å ta utgangspunkt i eksperimenter fra Tabell 7 i D7, som fra før har gitt gode resultater. Fagpersonen vil da se at alle unntatt ett av forsøkene har omtrent 90 volum% av en dieselkomponent og 10 volum% hydroisomerisert soyaolje. Det vil derfor være nærliggende å utføre enkelte eksperimenter med 10 volum% hydroisomerisert soyaolje og noen ulike typer diesel.

- 42 Når det gjelder den fornybare soyaoljen, følger det av Tabell 7 i D7 at oljen inneholder 70 % isoparafiner. Den kan da maksimalt inneholde 30 % n-parafiner. Parafinene er i området C12-C20. Det spesifiseres ikke hvor stor andel som er innenfor kjedelengdeintervallet C14-C20. I Tabell 2 står det imidlertid at innholdet av n-parafiner før hydroisomeriseringen var 90,1 vekt%. Det fremkommer også av tabellen at 87,6 % var C14-C20, mens 0,85 % var C11 eller lavere. Etter hydroisomeriseringen inneholdt oljen 10 vekt% C11 eller lavere, som ble fjernet, jf. stridspatentet på side 44, linje 1-10. Det skjedde altså en viss forskyvning mot lavere kjedelengder, uten at det er klart akkurat hvor mye.
- 43 Forholdet mellom n- og isoparafiner i diesel kan variere, men er ofte til stede i omtrent like store mengder. Det er flere eksempler fra litteraturen på at dette forholdet er målt i ulike typer dieselblandinger. I *Diesel Fuel Analysis by GC-FIMS: Aromatics, n-Paraffins, and Isoparaffins* av Y. Briker et al., Energy Fuels 2001, 15, 1, 23-37 er det funnet 5,84 vekt% isoparafiner og 3,44 vekt% n-parafiner i området C14-C20 (Tabell 2). I *Prediction Of Resourse Base Increase Of Catalytic Dewaxing By A Mathematical Modeling Method* av E. V. Frantsina et al., Pet Coal (2017); 59(1): 82-88 er det totale innholdet av isoparafiner og n-parafiner målt til henholdsvis 21,05 vekt% og 18,31 vekt%. S. Ganesan et al. skriver i sin bok *Production of Biodiesel from Non-Edible Sources*, 2022, Technological Updates, kapittel 1.2 at dieselbrensel typisk inneholder rundt 24 % n-alkaner og 46 % av iso- og sykloalkaner.
- 44 Klagenemnda finner at fagpersonen som tar utgangspunkt i eksperimentene fra D7 og tester noen forskjellige dieseltypen, vil bruke svært få forsøk før han eller hun har en blanding der forholdet mellom summen av vekt%-mengder av isoparafiner i området C14-C20 og summen av vekt%-mengder av n-parafiner i området C14-C20 er mindre enn 2,2. Regner man på de spesifikke dieseltypene hentet fra den nevnte litteraturen i en 90:10-blanding med soyaoljen beskrevet i D7, blir forholdet i området mellom 1,1 og 2,2 i de aller fleste tilfellene. Dette gjelder selv om man varierer mengdene av n- og isoparafiner i soyaoljen relativt mye (for å hensynta lavere kjedelengde). Klagenemnda kan ikke se at slik eksperimentering vil være spesielt tids- eller kostnadskrevende. Denne typen rutinemessig eksperimentering vil heller ikke kreve noen oppfinnerrisk innsats.
- 45 Etter Klagenemndas syn får fagpersonen mye veiledning fra kjent teknikk når den skal gå i gang med å lage en brenselblanding med lavt tåkepunkt. Klagenemnda bemerker at D7

beskriver hvordan fagpersonen kan gå frem for å oppnå en brenselblanding med lavt tåkepunkt og gode kuldeegenskaper, og at stridspatentet bygger på samme prinsipp. Begge blandingene omfatter et fornybart brensel og et mineralsk mellomdestillatbrensel, der det fornybare brenselet og det mineralske mellomdestillatbrenselet er til stede i et volum-mengdeforhold fra 10:90 til 90:10. Det fornybare brenselet er et hydrobehandlet fornybart mellomdestillat med en isomeriseringsandel på minst 50 %, og den resulterende dieselbrenselblandingen har gode kuldeegenskaper i form av et lavt tåkepunkt. Selv om D7 ikke klart og direkte beskriver verdier for blandingenes innhold av n-parafiner i området C14-C20 eller forholdet mellom n- og isoparafiner i det samme området, kan fagpersonen som gjør enkle forsøk basert på D7 få blandinger som ligger nært opptil eller til og med innenfor omfanget av blandingen som er beskrevet i stridspatentet. Fagpersonen vil raskt forstå at blandingens tåkepunkt kan variere avhengig av sammensetningen til utgangsstoffene man velger, og vil teste ulike dieselkomponenter for å se hvilken teknisk effekt disse gir.

- 46 På denne bakgrunn er det Klagenemndas oppfatning at en fagperson med utgangspunkt i D7 ville forsøkt å lage en blanding som ligger innenfor stridspatentet, og det med en rimelig forventning om at også denne blandingen ville medføre et lavt tåkepunkt og gode kuldeegenskaper. Oppfinnelsen ifølge patentkravene er derfor nærliggende for fagpersonen. Klagenemnda legger til grunn at det samme gjelder de selvstendige kravene 10, 17 og 18 som beskriver henholdsvis en fremgangsmåte og to anvendelser for lignende brenselblandinger. I kravene er det presisert at tåkepunktforskjellen mellom det fornybare brenselet og det mineralske mellomdestillatbrenselet er mindre enn 17 °C. Tåkepunktforskjellen til eksemplene fra Tabell 7 i D7 er alle under 17 °C, og dermed kan ikke denne presiseringen medføre at krav 10, 17 eller 18 har oppfinneshøyde.
- 47 Klagenemndas konklusjon er at den tekniske løsningen som stridspatentet med det opprettholdte kravsettet av 16. mars 2020 ikke skiller seg vesentlig fra teknikkens stand i D7, og at det dermed ikke oppfyller kravet til oppfinneshøyde, jf. patentloven § 2 første ledd.
- 48 Når det gjelder det subsidiære kravsettet av 4. februar 2022, kan Klagenemnda ikke se at endringene som er gjort medfører at patentet kan opprettholdes. Endringene består i at trekk iv er endret fra «range is less than 2,2» til «range is from 1,1 to 2,2», der sistnevnte faller innenfor førstnevnte. Nyhetsvurderingen blir derfor lik som for kravsettet av 16. mars 2020, og kravet til nyhet er oppfylt, jf. patentloven § 2 første ledd. Når det gjelder kravet til oppfinneshøyde, vil fagpersonen som forklart over, gjennom rutinemessige forsøk der han eller hun kombinerer soyaoljen fra D7 og noen forskjellige dieseltyper, komme frem til et blandingsforhold i området mellom 1,1 og 2,2 i de aller fleste tilfellene. Klagenemnda legger derfor til grunn at løsningen beskrevet i det subsidiære kravsettet også var nærliggende for en fagperson, og at stridspatentet heller ikke har oppfinneshøyde med det subsidiære kravsettet av 4. februar 2022 i forhold til D7 alene.

49 Siden Klagenemnda er kommet til at stridspatentet både med kravsettene av 16. mars 2020 og 4. februar 2022 ikke oppfyller kravet til oppfinnelseshøyde i lys av D7 alene, er det ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet i lys av noen av de andre anførte motholdene.

50 På denne bakgrunn tas klagen til følge, og Patentstyrets vedtak omgjøres. Patent nr. 343028 oppheves, jf. patentloven § 25 første ledd nr. 1, jf. § 2 første ledd.

Det avses slik slutning

SLUTNING

- 1 Klagen tas til følge.
- 2 Patent nr. 343028 oppheves.

Gunhild Giske Skyberg
(sign.)

Yngve H. Stenstrøm
(sign.)

Hanne Bonge-Hansen
(sign.)