



KFIR

Klagenemnda for industrielle rettigheter

AVGJØRELSE

Sak: 17/00023
Dato: 25. januar 2018

Klager: Mørenot Aquaculture AS
Representert ved: Bryn Aarflot AS

Innklaget: Salgard AS
Representert ved: Onsagers AS

Klagenemnda for industrielle rettigheter sammensatt av følgende utvalg:

Lill Anita Grimstad, Tore Lunde og Tove Aas Helge

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.
- 3 Oppfinnelsen beskriver 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 meddelt den 24. juni 2013 med Calanus AS som søker. Patentet er senere overdratt til Salgard AS. I innsigelsesperioden ble det levert innsigelsener fra Mørenot Aquaculture AS, Plany AS, Botngaard AS og Nordic Aqua Gear AS.
- 5 Angivelse av patentkravene:

Det opprinnelige selvstendige meddelte kravet er:

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 det selvstendige krav 1 hører det 8 uselvstendige krav, kravene 2-9.

Etter rettskraftig dom fra Borgarting lagmannsrett (LB-2015-90322), mellom partene Salgard AS/Calanus AS og Cathay AS/Nordic Aqua Gear AS, ble patentet kjent delvis ugyldig, men opprettholdt ved å trekke det uselvstendige krav 7 inn i krav 1.

7. Anordning ifølge ethvert av de foregående krav, karakterisert ved at det fluidpermeable nettet (1) innehar en maskevidde fra 100 µm til 1000 µm.

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).

- 6 Etter at rettskraftig dom forelå, avsluttet Patentstyret innsigelsesbehandlingen ved avgjørelse av 27. oktober 2016 med virkning for Mørenot Aquaculture AS.
- 7 Mørenot Aquaculture AS leverte klage over Patentstyrets avgjørelse den 27. desember 2016.
- 8 Under innsigelse og klagebehandling har partene vist til følgende dokumenter:
 - D1: Bruk av «luseskjørt» for å redusere påslag av lakselus *Lepeophtheirus Salmonis* (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» – prosjektdetaljer
- 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: Skjermbilde 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»

9 Det ble avholdt muntlige forhandlinger i saken den 11. desember 2017.

10 **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.

11 Klager har for Klagenemnda i korte trekk gjort gjeldende:

- Prinsipalt: Patentet må oppheves fordi patentets innhold som angitt i det nye selvstendige krav 1 i sin helhet er gjort allment tilgjengelig gjennom åpenlys utøvelse før innlevering av patentsøknaden.
- Første subsidiære påstand: Patentet må oppheves fordi det reviderte krav etter begrensningen som ble tatt inn etter lagmannsrettens dom mangler nyhet over D2.
- Andre subsidiære påstand: Patentet må kjennes ugyldig fordi det gjelder en oppfinnelse som ikke er så tydelig beskrevet at en fagkyndig på grunnlag av beskrivelsen kan utøve den.
- Tredje subsidiære påstand: Patentet må oppheves fordi oppfinnelsen etter det reviderte kravsettet mangler oppfinneshøyde over D9 i lys av D10.
- Fjerde subsidiære påstand: Patentet må oppheves fordi oppfinnelsen etter det reviderte kravsettet mangler oppfinneshøyde over D6 og D8.

Prosessuelt

- Selv om Patentstyrets avgjørelse lyder «innsigelsesbehandlingen avsluttes», må det være klart at det Patentstyret i praksis har gjort er å legge dommen fra Borgarting lagmannsrett ukritisk til grunn for sakens realitet, for deretter å forkaste klagers innsigelse. Det er ingen grunn til å anta at Patentstyret vil avgjøre saken på noen annen måte dersom innsigelsesbehandlingen gjenopptas.
- Det skal påpekes at innklagedes ønske om administrativ behandling i to instanser ikke bør tillegges betydelig vekt. Innklagede har selv eksplisitt begjært avslutning av innsigelsessaken, selv om de må ha vært kjent med at lagmannsrettens dom ikke har subjektive rettskraftvirkninger overfor klager, og at Patentstyret dermed har manglet tilstrekkelig hjemmel til å beslutte slik avslutning.
- Det er ikke et vesentlig behov for behandling av foreliggende sak i to administrative instanser. Saken bærer preg å ha vært gjenstand for en forutgående behandling gjennom domstolsbehandlingen av patentets gyldighet, og «tapet» av muligheten for å få saken behandlet i to administrative instanser er ikke på langt nær like inngripende som ellers.
- Det pekes på at enkelte av spørsmålene som er reist i nærværende sak er av utpreget juridisk karakter, og således egner seg langt bedre for behandling i Klagenemnda enn i Patentstyret.
- Videre er patentkravene i det omstridte patentet endret siden klager leverte sin innsigelse til Patentstyret. Det ville være særdeles lite hensiktsmessig om Patentstyret måtte gjenoppta innsigelsesbehandlingen mot det opprinnelige kravsettet, da en avgjørelse naturlig nok ville være verdiløs og overflødig. På den annen side virker det like lite hensiktsmessig at Patentstyret skal legge det nye kravsettet til grunn i en eventuell gjenopptakelse, all den tid den opprinnelige innsigelsen er utformet med det opprinnelige kravsettet for øyet.

- Klager vil også bemerke at den mangelfulle innsigelsesbehandlingen er en saksbehandlingsfeil begått av Patentstyret. Selv om det i klagens ordlyd ikke eksplisitt nevnes saksbehandlingsfeil som klagegrunnlag, er det ingen tvil om at Klagenemnda kan behandle klagen i sin helhet.

Den fagkyndige

- Den fagkyndige må ha kunnskap om oseanografi og marin biologi og innsikt i tekniske konstruksjoner brukt i oppdrettsnæringen. Den fagkyndige vil typisk være en gruppe personer.
- Den fagkyndiges alminnelige kunnskap omfatter videre: Kjennskap til fiske, herunder fiske av raudåte; fiskeoppdrett med merder, hvordan disse er bygget opp og ser ut; kjennskap til planktonduk og hvordan denne ser ut, samt at den typisk har en maskevidde på 0,35 mm eller at man kan skaffe data for planktonduk; kunnskap om at lakselus kun befinner seg i de øvre vannlag og at fisk er avhengig av oksygen i vannet og at vannsirkulasjon bidrar til utskiftning av vann og således oksygenivået i en merd; kunnskap om at et nett kan stenge for marine organismer, er fluidpermeabelt og at det ikke stanser vannsirkulasjon men gir en strømningsmotstand; kjennskap til at maskevidde kan baseres på hvilke marine organismer merden skal isoleres mot; kunnskap om at en presenning kan redusere eller stanse sirkulasjon av vann; kunnskap om at biomassen i en merd må tilpasses etter strømforholdene og oksygenmålinger.

Oppfinnelsen er gjort allment tilgjengelig før innlevering av patentsøknaden

- Patentet må oppheves fordi patentets innhold som angitt i det selvstendige krav i sin helhet er gjort allment tilgjengelig. Det er ikke nødvendig at noen faktisk har skaffet seg tilgang til opplysningene. Nyheten vil være tapt hvis noen har hatt mulighet til å skaffe seg slik tilgang, selv om ingen har gjort det.
- Det anføres tre situasjoner hvor den patenterte oppfinnelse har blitt gjort allment tilgjengelig før innlevering av patentsøknaden:
 - 1) Åpenlys utøvelse ved Fornes i Øksfjorden i perioden mai til desember 2011
 - 2) Søknad om forskningsstøtte til Regionalt Forskningsfond, Fondsregion Nord-Norge (RFFNORD)
 - 3) Tapt kontroll av informasjon meddelt styringsgruppen i Fiskeri- og Havbruksnæringens forskningsfond (FHF)
- Nr. 1 - Åpenlys utøvelse:
- Det er ubestridt at den patenterte oppfinnelsen, før patentsøknad ble inngitt, ble utøvet i en utprøvsperiode. Dette er også beskrevet i patentet. Utøvelsen må anses å ha vært åpenlys, slik at oppfinnelsen er gjort allment tilgjengelig forut for inngivelsen av patentsøknaden. Utprøvingen har pågått påfallende lenge før patentsøknadens innleveringsdato.

- Det vises til D1 av 20. april 2012, og særlig til bildene inntatt på rapportens side 40. Bildene er tatt 26. mai 2011, mer enn et halvt år før søknaden ble levert. Luseskjørtet fremstår som delvis transparent og er innfestet i en ring som forløper rundt merden i en viss avstand over vannoverflaten.
- Under den dokumenterte utprøvingen ble det tilsynelatende ikke truffet et eneste tiltak eller foretatt noen foranstaltninger for å hindre, eller i det minste begrense, offentlighetens adgang til å gjøre seg kjent med oppfinnelsen. Selv da det oppsto problemer med nedlodding av luseskjørtene, hvilket førte til at store deler av skjørtene lå over vannoverflaten, ble disse ikke forsøkt dekket til eller skjult på noen måte.
- Det er krystallklart vann og god sikt i området hvor utprøvingen fant sted, og det arrangeres blant annet utflukter med dykking i nærheten. I slike forhold ville utenforstående også kunne observere oppfinnelsen under vann.
- I D1 (s. 13) er det videre redegjort for hvordan dukene som utgjør oppfinnelsen ble rengjort ved at den ene enden ble heist opp med kran, mens duken manuelt ble høytrykkspytt i en prosess som skal ha tatt 1-2 «vanlige arbeidsdager».
- Det var ikke noe særskilt behov for å gjennomføre utprøvingen før patentsøknaden ble levert. Dette underbygges av at søknaden beskriver nøyaktig den samme oppfinnelsen som hadde vært åpenlyst utprøvd i nærmere ett år. De utfordringene som ble tydeliggjort under utprøvingen må under omstendighetene anses å ha vært av begrenset betydning, og kan derfor ikke begrunne eller rettfærdiggjøre den åpenlyse, langvarige og omfattende utprøvingen som fant sted før søknaden ble innlevert.
- Videre vises det også til at utprøvingen ble gjennomført på en såpass synlig måte, og at den, i henhold til rapporten, skjedde med bistand fra en rekke forskjellige aktører og tilbydere uten videre tilknytning til utviklingen av oppfinnelsen.
- Utprøvingen har også tilsynelatende inngått i innklagedes øvrige virksomhet, og oppfinnelsens påståtte ønskede effekt har således kommet innklagede til gode i utprøvsperioden. Dette kan dermed ikke karakteriseres som *ren* utprøving og eksperimentering, hvilket bør tale for at utprøvsunntaket ikke kommer til anvendelse.
- Det er ingenting ved utprøvingen som skulle tilsi at den for utenforstående ville oppfattes som forsøksvirksomhet fremfor helt alminnelig oppdrettsdrift. Det vises særlig til at utprøvingen har foregått i tre merder, som igjen inngår i et komplett anlegg av elleve merder og tilhørende fôrflåte.
- Foreliggende sak skiller seg vesentlig fra Statfjord A-saken (2. avdelings kjennelse 5178), da oppfinnelsen og samtlige patentbetingende trekk ved denne kan utledes direkte fra bildene D1, som like gjerne kunne vært tatt av en båtfører eller en forbipasserende.
- Planktonduk er kjent innenfor fagområdet og er vanlig benyttet for fangst av raudåte. Det er også kjent brukt i forbindelse med påslag av lakselus (se f.eks. D6 og D25). Det er videre

verdt å merke seg at planktonduk er lysgjennomskinnelig. Den fagkyndige ville derfor identifisere beskyttelsesnettet som en planktonduk og trenger ikke ta stilling til for eksempel maskevidde.

- Trekket «sikrer oksygentilførsel til oppdrettsmerden (17)» er oppgavemessig og har ikke noe teknisk innhold utover det som er angitt som tekniske trekk i kravet. Patentsøknaden inneholder ikke noe som definerer dette utover at friskt og/eller oksygenrikt vann tillates å strømme inn og ut av det fluidpermeable nettet og oppdrettsmerden. Dette er en implisitt egenskap ved et nett. Det er for øvrig ikke angitt noe om hvor stor oksygentilførsel som skal sikres. Ved vurdering av det selvstendige krav 1 kan man derfor se bort fra dette trekket.
- At det for utenforstående er ubeleilig eller ulovlig for en ubestemt krets å komme i en situasjon hvor de kan observere oppfinnelsen og utlede dens tekniske trekk, er ikke tilstrekkelig til å fastslå at oppfinnelsen ikke er gjort allment tilgjengelig.
- En fagkyndig ville ved å kombinere sin alminnelige kunnskap med observasjoner av den åpenlyse utøvelsen av oppfinnelsen, kunne utlede alle tekniske trekk i patentets selvstendige krav 1. Oppfinnelsen mangler derfor nyhet.
 - Nr. 2 - Mangler nyhet i lys av D2 - Søknad om forskningsstøtte til Regionalt Forskningsfond, Fondsregion Nord-Norge (RFFNORD):
- D2 var allment tilgjengelig på søknadstidspunktet. Dokumentet er en søknad om et brukerstyrt innovasjonsprosjekt innlevert av Kunnskapsparken Bodø (KPB), som er oppført som eier av prosjektet, til det Regionale Forskningsfond Nord-Norge (RFFNORD). Nordlaks oppdrett er angitt som institusjon/bedrift. Det er oppgitt som et delmål for prosjektet å formidle resultater og erfaringer. Vesterålens Fiskehelsetjeneste AS (VFH) og Veterinærinstituttet er oppført som samarbeidspartnere.
- Oppfinnelsen mangler nyhet over D2, som under punktet «Beskrivelse av prosjektideen» beskriver at hensikten med prosjektet er å prøve ut en ny teknologi for å hindre det infektive kopepodittstadiet av lakselus å komme inn i merden. Kopepodittstadiet av lakselus må anses som uønskede organismer. Videre fremgår det at anordningen anbringes omsluttende oppdrettsmerden. På figuren er det avbildet et skjørt av planktonnett, og i det første avsnittet er det angitt at planktonduken i utgangspunktet er tenkt å bekle de øverste 10 meterne av oppdrettsnoten, i det vannlaget hvor tettheten av dette stadiet av lakselus erfaringsmessig er størst. Uttrykkene «planktonnett» og «planktonduk» er brukt om hverandre. Nettet sikrer en viss vanngjennomstrømming samtidig som luselarvene steges ute. Det fremgår videre at planktonduken har en maskevidde på under 500 µm og at den er tenkt å være 350 µm. Det fremgår også av figuren at nettet er åpent oppad og nedad. Alle trekk i krav 1 kan dermed utledes av D2.
- I D2-D6 og D11 er det klare og uttrykte mål at dokumentasjonen og informasjonen som viser oppfinnelsen skal deles. Det er ingen eksplisitte eller implisitte forutsetninger om konfidensialitet for prosjektet. Dette underbygger også at utøvelsen av oppfinnelsen forut for

patentets skjæringsdato ble foretatt uten noen form for hemmelighold eller intensjon om hemmelighold, samt at en større eller ubestemt krets av personer er kommet i kontakt med prosjektet.

- Under enhver omstendighet var prosjektets tittel allment tilgjengelig via publikasjon på Forskningsrådets sider allerede kort tid etter tidspunktet for innlevering av søknad om midler (jf. D36). Prosjekttittelen fremkommer også av avslagsbrevet fra Troms fylkeskommune (D38), som har vært allment tilgjengelig fra avslaget.
- Prosjekttittelen som fremgår av D2 er: «Hindre frittlevende luselarver adgang til oppdrettsmerder ved hjelp av planktonduk». Det tilhører den fagkyndiges bakgrunnskunnskap at oppdrettsmerder for fisk kan isoleres mot uønskede organismer ved å omslutte oppdrettsmerden med en anordning som omfatter et skjørt rundt oppdrettsmerden som er åpent oppad og nedad og strekker seg en avstand ned i oppdrettsmerdens dybderetning.
- Kombinert med den fagkyndiges alminnelige kunnskap, vil alle trekk i patentets krav 1 kunne utledes av prosjekttittelen.
 - Nr. 3 - Tapt kontroll av informasjon meddelt styringsgruppen i Fiskeri- og Havbruksnæringens forskningsfond (FHF)
- Oppfinnelsen mangler nyhet i lys av styringsgruppen i NCE Aquaculture (møtereferater fremgår av D4 og D5), og at kontroll over informasjon om utprøving av oppfinnelsen er tapt. Det fremgår av møtereferatene (D4 og D5) at presenningsavskjerming mot smitte av lakselus ved hjelp av planktonduk er diskutert i styringsgruppen.
- Videre fremgår det av erklæringer fra fire av gruppens medlemmer at det ikke forelå noen taushetsforpliktelser (D11, D31-D33), men at det var en felles forståelse om at informasjonen skulle deles med næringen. De retningslinjene for styringsgrupper i FHF som er fremlagt er någjeldende, og gjaldt ikke nødvendigvis på det relevante tidspunktet. At informasjonen ikke var underlagt noen form for konfidensialitet fremgår også av Randi Grøntvedts foredrag (D6) hvor bruk av planktonduk for å hindre påslag av lakselus beskrives.
- Ifølge D2 er et mål med prosjektet at informasjon skal deles mellom aktørene i nettverket NCE Aquaculture. Dette nettverket må anses som en større eller ubestemt krets av personer, og denne kretsen er gitt adgang til å komme i besittelse av opplysninger som ville gjøre det mulig for en fagkyndig å utøve oppfinnelsen som angitt i patentet uten urimelig byrde eller eksperimentering.

Oppfinneshøyde

- Oppfinnelsen mangler oppfinneshøyde over D9 i lys av D10. Fra D9 er det kjent at oksygenbehov er en mulig begrensning ved bruk av et fluidpermeabelt nett for å isolere merden mot uønskede organismer, hvor nettet anbringes omsluttende oppdrettsmerden. D10 beskriver filtrering av lakselus gjennom en håv med maskevidde på 100 µm og et filter

for parasittiske stadier av lakselus på 350 µm. Ved å kombinere disse motholdene ville den fagkyndige komme frem til at det fluidpermeable nettet i D9 i det minste ville kunne ha en maskevidde mellom 100 µm og 350 µm. D9 oppgir videre «crab larvae» som en organisme merden skal isoleres mot. Den fagkyndige vil tilpasse maskevidden etter dette. Denne maskevidden kan være mellom 350 µm og 1000 µm.

- Med utgangspunkt i D8, som identifiserer problemet med redusert oksygentilførsel ved bruk av permaskjørt for å forhindre lusepåslag, kombinert med D6 og læren om at planktonduk (et nett med for eksempel 350 µm maskevidde) slipper gjennom oksygen og kan brukes for å hemme påslag mot lakselus, vil oppfinnelsen mangle oppfinnelseshøyde. Planktonduk er etter tingrettens dom også ansett å foregripe og dermed også beskrive trekket om å sikre oksygentilførsel.
- D6 og D8 bidrar også til å underbygge at bruk av permaskjørt og planktonduk mot påslag av lakselus ikke var underlagt noen form for konfidensialitet, og at det ikke var noen forsøk på å regulere hvem som hadde tilgang til informasjonen.

Utilstrekkelig beskrivelse

- Patentet gjelder en oppfinnelse som ikke er så tydelig beskrevet at en fagkyndig på grunnlag av beskrivelsen kan utøve den. Det gis ingen opplysninger om hvordan det fluidpermeable nettet sikrer oksygentilførsel til oppdrettsmerden. Det oppgis ingen verdier for oksygentilførsel som skal sikres, bare at nettet ikke er avhengig av andre innretninger for å fungere.
- Den fagkyndige vet ikke hvilke parametere eller kombinasjon av parametere som skal brukes, og spesielt ikke hvordan disse parameterne skal oppnås utover at det fluidpermeable nettet sikrer oksygentilførsel til oppdrettsmerden. Det eneste den fagkyndige vet er at maskevidden er fra 100 µm til 1000 µm. Fra D2 side 5, under avsnittet «Oksygenering for Parmaskjørt», fremgår det at man må vite biomassen, fiskestørrelsen, vanntemperatur og volumet i merden for å kunne levere riktig mengde oksygen. Det må også tas hensyn til fiskens oksygenbruk, stressnivå, sulting og oksygenoppløsningen i vannet. Patentet angir ikke hva som er riktig mengde oksygentilførsel eller hvordan denne sikres.

12 Innklagede har for Klagenemnda i korte trekk gjort gjeldende:

- Patent nr. 333479 må opprettholdes med de krav som følger av rettskraftig dom fra Borgarting lagmannsrett, da oppfinnelsen tilfredsstiller kravene til både nyhet og oppfinnelseshøyde.

Prosessuelt

- Innklagede anfører prinsipalt at Klagenemnda ikke kan prøve saken. Patentstyret har ikke realitetsbehandlet innsigelsen, og avslutningen av innsigelsesbehandlingen er ikke et normativt vedtak som kan påklages. Klager har i sin klage heller ikke anført saksbehandlingsfeil som klagegrunn.

- Klagesakens omfang er begrenset av innsigelsen, jf. patentforskriften § 36 nr. 3, jf. patentloven § 24. I realiteten er det her snakk om en ny innsigelse, da ingen av de anførsler som gjenfinnes i innsigelsen er videreført. Det følger blant annet av LB-2017-87560 at det ikke kan introduseres nye rettsstiftende fakta.
- Det følger av praksis fra EPO at klageinstanser skal utvise forsiktighet med å vurdere innsigelsesgrunnlag som ikke er vurdert av første instans (se T 97/90).
- Påstandsgrunnlagene fra den opprinnelige innsigelsen er behandlet i både tingrett og lagmannsrett. Når det gjelder klagens nye grunnlag, ble disse fremmet av en av de øvrige innsigerne. Grunnlaget ble ikke ført for domstolen og anses for å være et ikke prosedabelt grunnlag.
- Klagenemnda må avvise klagen fra realitetsbehandling av ovennevnte grunner, og det vises til at klager har alternativer til å påklage Patentstyrets vedtak, eksempelvis gjennom å levere begjæring om administrativ overprøving eller bringe saken inn for domstolen.

Den fagkyndige

- Den fagkyndige må ha kunnskap om oseanografi og marin biologi og innsikt i tekniske konstruksjoner brukt i oppdrettsnæringen. Den fagkyndige vil typisk være en gruppe personer.
- Innklagede er ikke helt enig i klagers definisjon av fagets alminnelige kunnskap. Ifølge innklagede omfatter den fagkyndiges alminnelige kunnskap: Kjennskap til fiske, herunder fiske av raudåte; fiskeoppdrett med merder, hvordan disse er bygget opp og ser ut; kjennskap til planktonduk og at planktonduk kommer i mange varianter og brukes til varierende forhold, samt at den typisk har en maskevidde; kunnskap om at lakselus kun befinner seg i de øvre vannlag og at fisk er avhengig av oksygen i vannet og at vannsirkulasjon bidrar til utskiftning av vann og således oksygenivået i en merd; kunnskap om at et nett etter forholdene kan gi en strømningsmotstand, men ikke hvilken strømningsmotstand; kjennskap til at maskevidde kan baseres på hvilke marine organismer merden skal isoleres mot, men kan ikke vite om det er mulig samtidig å tillate kvalifisert vanngjennomstrømming, og om dette i det hele tatt er et mulig kompromiss; kunnskap om at en presenning kan endre sirkulasjon av vann; kunnskap om at biomassen i en merd må tilpasses etter strømforholdene og oksygenmålinger.

Oppfinnelsen var ikke gjort allment tilgjengelig før innlevering av patentsøknaden

- Nr. 1 - Åpenlys utøvelse
- Uttellingen ved Fornes medfører ikke at oppfinnelsen var allment tilgjengelig.
- Patentsøknaden ble innlevert 9. februar 2012 og ble meddelt 24. juni 2013. Dokument D1 er datert 20. april 2012, altså etter patentsøknadens innleveringsdato. Prosjektet som ligger til grunn for patentet startet ved at skjørtene ble satt i sjøen i mai 2011 ved Fornes i Lødingen,

og resultatene er rapportert i D1. Dette prosjektet var finansiert og gjennomført som et internt prosjekt ved Nordlaks Oppdrett AS, der ingen søknader om ekstern støtte ble utarbeidet verken før eller under prosjektgjennomføringen. Det var kun et fåtall involverte personer som hadde befattning med utprøvingen, som foregikk i privat regi.

- Allmenheten har ferdselsforbud rundt oppdrettsanlegg, jf. akvakulturforskriften § 18 som sier at «[d]et er forbudt å drive fiske nærmere anlegget enn 100 meter og å ferdes nærmere enn 20 meter. Avstanden måles fra en rett linje trukket mellom anleggets faktiske ytterpunkt i overflaten.» I tillegg til at det er lovforbud mot ferdsel ved oppdrettsanlegget, vil det heller ikke privatrettslig være adgang til å ferdes på anlegget eller å ta opp utstyret. Slik aktivitet ville være en ulovlig tilkomst til tredjeparts driftshemmeligheter.
- En maskevidde på 100 µm til 1000 µm vil ikke være synlig selv om allmenheten ferdes nærmere enn 20 meter fra anlegget. Nettet er dessuten festet innenfor ytterringen, slik at avstanden i praksis vil måtte være over 20 meter fra sonen der allmenheten har adgang til å ferdes. Selve uttestingen i sjø medførte derfor ikke at oppfinnelsen var allment tilgjengelig.
- I den korte perioden da luseskjørtene lå i overflaten eller var heist opp for rengjøring, ville maskestørrelsen eller lysåpningen heller ikke være synlig innenfor den avstand hvor publikum lovlig kunne bevege seg. Dokument D1, vedlegg 1 s. 40, viser to fotografier av not og luseskjørt da problemene med nedlodding oppsto, og bildene ble tatt 26. mai 2011. De demonstrerer «løfting» av noten og luseskjørtet, der noten er presset opp i overflaten og luseskjørtet er liggende under noten grunnet vind- og bølgepåslag kombinert med for liten nedlodding av noten og luseskjørtet. Dette ble korrigert umiddelbart, slik at luseskjørtet og noten ble brakt tilbake i sin ønskede vertikale tilstand under vannoverflaten. Luseskjørtet ville på lovlig avstand fortsatt ikke fortone seg som annet enn en begrodd presenning, slik bildene viser. Fotografiene er tatt av driftsfartøyet ved anlegget i en avstand på mellom 5 m og 10 m fra anlegget.
- Selv om uvedkommende ulovlig skulle ferdes ved anlegget, ville de uansett ikke ha sett den patenterte løsningen, nemlig et fluidpermeabelt nett som er åpent oppad og nedad og strekker seg i en avstand ned i oppdrettsmerdens dybderetning, dannende et skjørt rundt oppdrettsmerden. Uvedkommende ville i stedet ha sett en ubestemmelig duk som var hevet over vannflaten, eller som fløt i vannflaten. Dukens funksjon ville ikke kunne utledes ved observasjon.
- Det vil uansett ikke være tilstrekkelig å identifisere nettet som en planktonduk, da dette ikke gir sentrale elementer ved oppfinnelsen, bl.a. vanngjennomstrømming som sikrer oksygentilførsel. Til klagers anførsel om at planktonduk av domstolen ble ansett å gjøre inngrep i oppfinnelsen, skal det bemerkes at også markedsføringen av den aktuelle duken som et luseskjørt var relevant for denne vurderingen.
- Trekket «sikrer oksygentilførsel til oppdrettsmerden» er ikke et oppgavemessig trekk, men et selvstendig trekk i kravet som man må forholde seg til. Dette trekket vil ikke kunne utledes uten å gjøre nærmere undersøkelser av flere tekniske forhold. Slike undersøkelser ville ikke

kunne utføres uten å krenke privat eiendomsrett og ferdselsforbud. Maskevidde eller lysåpning ville heller ikke være tydelig, selv på nært hold, og sannsynligvis heller ikke med kikkert.

- Når det gjelder rengjøringen, vises det til at dukene befant seg i lasterommet på båten før spylingen begynte. Duken var således ikke anordnet rundt en merd, og en ville ved observasjon ikke kunne utlede nødvendige konstruktive trekk. En utenforstående hadde mest sannsynlig oppfattet duken som en presenning eller lignende, selv om det er usannsynlig at utenforstående har sett duken under rengjøring (se D30).
- På grunn av anleggets plassering i Øksfjorden, er det usannsynlig at utenforstående skal ha hatt tilgang til å se og/eller beskue oppfinnelsen, også sett i forhold til at oppfinnelsen er av en slik art at den ikke kan ses når den er anordnet rundt en merd og i bruk.
- Til klagers anførsel om at det er krystallklart vann og god sikt i området, skal det påpekes at dette ser ut til å være basert på forholdene i Henningsvær. Forholdene i Fornes er ikke tilsvarende.
- Dersom Klagenemnda skulle komme til at det har skjedd en åpenlys utøvelse av oppfinnelsen i foreliggende sak, anføres det at utprøvningsunntaket kommer til anvendelse.
- Det var et legitimt behov for å finne ut om oppfinnelsen hadde teknisk effekt før patentering. I akvakulturforskriften § 20 stilles det også et krav om at «nye metoder og tekniske løsninger skal være utprøvd og dokumentert velferdsmessig forsvarlig før de tas i bruk». Dette medfører at det forelå et reelt behov for å prøve ut ideen om bruk av luseskjørt i fullskalaforsøk, ikke bare for å teste luseskjørtets evne til å skjerme mot lakselus, men også med tanke på hvordan vannmiljøet, særlig oksygen, inne i merden ble påvirket, idet vannmiljøet er avhengig av flere faktorer, blant annet strømforhold på lokaliteten.
- Behovet for utprøving i ulike forhold medfører også at utprøvingen måtte foregå over et lengre tidsrom. Dokumentasjonen kan ikke bare bygge på én årstid og én type miljø, idet oksygen, temperatur og salinitet vil variere i forhold til årstider, vind- og strømforhold, etc.
- Prosjektet bar preg av testing, og medførte ikke en kommersiell utnyttelse av oppfinnelsen. Slik utnyttelse måtte medføre salg av luseskjørtene, hvilket ikke var tilfellet. Utprøvingen måtte skje i et operativt oppdrettsanlegg, og at fisk fra dette anlegget senere ble slaktet og solgt, kan ikke være problematisk.
- I den grad forbipasserende ville kunne observere utprøvingen, ville den fremstå som testing, da kun annenhver merd i anlegget gjorde bruk av luseskjørtet.
- Det er tatt tilstrekkelige forhåndsregler for å begrense allmenhetens tilgang til anlegget, blant annet ved å velge en avsidesliggende lokasjon med lite trafikk. Anlegget ville ikke kunne beskyttes ytterligere mot vær, vind og sjø uten at dette hadde påvirket feltforsøket.

- Nr. 2 - Mangler ikke nyhet i lys av D2 - Søknad om forskningsstøtte til Regionalt Forskningsfond, Fondsregion Nord-Norge (RFFNORD):
- Rapporten «Redusere lusepåslag i oppdrettsmerder ved bruk av planktonduk» i D2, var en del av søknaden til RFFNORD om finansieringsbistand. Prosjektet ble avslått i RFFNORD, slik at det ikke ble startet opp eller gjennomført. D2 var ikke allment tilgjengelig da patentsøknaden ble innlevert.
- På RFFNORD sin hjemmeside (D22), fremgår det under punktet om behandlingsprosedyre at søknadene behandles konfidensielt. Dette er en grunnleggende forutsetning for at forskere, næringsaktører eller andre kan søke om midler til prosjektgjennomføring fra offentlige finansieringsinstitusjoner. Det vises også til D21 hvor det under generelle krav til søknaden angis at Forskningsrådet stiller krav til egenarkivering og åpen tilgang til vitenskapelige artikler som bygger på FoU-midler mottatt fra Forskningsrådet, men hvor det under prosjektdata henvises til offentleglova § 26 fjerde ledd som gir Forskningsrådet hjemmel til å unnta opplysninger om forskningsideer og forskningsprosjekter, blant annet foreløpige resultater, metoder osv.
- Det vises videre til forvaltningsloven § 13 første ledd alternativ 2, hvor det fremgår at «tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår» skal være taushetsbelagt. Det kan ikke være tvilsomt at en ennå ikke patentsøkt teknisk løsning under utprøving omfattes av denne bestemmelsen. Hvorvidt det offentlige, etter prioritetsdagen, kan ha frigitt deler av disse opplysningene etter innsynsbegjæring fra klager eller klagers representanter, er uten betydning. Slike opplysninger inngitt i en konfidensiell søknad om støtte, er ikke allment tilgjengelige.
- Søknaden ble levert med forståelse om at den skulle behandles konfidensielt og være unntatt offentlighet. Det antas at man ikke kunne be om konfidensialitet før søknaden var innvilget.
- Søknaden var under behandling fra 13. oktober 2010 til 31. mai 2011. I dette tidsrommet kunne ingen be om å få innsyn i annet enn tittel og prosjektansvarlig institusjon. Det vises til epostkorrespondanse i D43, hvor det fremgår at også tittel og sammendrag kan klausuleres.
- Prosjekttittelen er den eneste delen av D2 som eventuelt kan anses for å ha vært allment tilgjengelig før patentsøknaden ble innlevert. Det er imidlertid ikke dokumentert at tittelen på søknaden inntatt i D2 skal ha blitt gjort offentlig tilgjengelig, og tidspunktet for dette. Etter det innklagede kjenner til, var det ikke praksis ved RFFNORD i perioden 2010-2012 å publisere prosjekttitler. Prosjekttittelen gir uansett ikke den fagkyndige noen veiledning til å løse patentets problem, nemlig å tilveiebringe en kvalifisert vanngjennomstrømming for slik å sikre god oksygentilførsel til merden. Den fagkyndige får heller ikke noen veiledning om den nærmere utforming av oppfinnelsen.

- En kan heller ikke vite sikkert at avslagsbrevet fra Troms fylkeskommune (D38) var allment tilgjengelig på søknadstidspunktet. I alle tilfelle er det også her bare prosjektets tittel som eventuelt er tilkjenngitt.
- Nr. 3 - Ikke tapt kontroll av informasjon meddelt styringsgruppen i Fiskeri- og Havbruksnæringens forskningsfond (FHF)
- På bakgrunn av uttalelsen fra Tor Anders Elvegård (D26) og det som fremgår av FHF's retningslinjer (D40, D41 og D42), kan ikke referatene fra styringsgruppemøtene (D4 og D5) anses å ha vært allment tilgjengelige dokumenter. Det vises til at det i D4 refereres til to pågående prosjekter. Disse to prosjektene førte til to norske patenter (NO 331345 B1 og NO 340713 B1, henholdsvis D27 og D28). Dette underbygger og styrker oppfatningen av at informasjon fra enkelte prosjekter ikke ble formidlet offentlig.
- Dersom styringsgruppen skulle anses for å være en større og ubestemt krets, eller at gruppens referater er allment tilgjengelige, vil det bety at deltakelse i konsortier etter søknad om støtte vil frarøve muligheten til å oppnå patentbeskyttelse.
- Referatene fra styringsgruppemøtene (D4 og D5) angir ikke noe som avslører eller offentliggjør oppfinnelsen som senere patentsøkt. Styringsgruppen synes ikke å være en gruppe som hadde mandat til å kunne kreve innsyn i enkeltprosjekter, slik som prosjektet initiert av Nordlaks Oppdrett AS som ledet frem til patentet. Det kan derfor ikke legges til grunn at prosjektgruppen hadde innsyn i verken den fortrolige avslåtte søknaden om forskningsmidler (D2), forstudien (D3), eller prosjektrapporten (D1) før den ble offentlig tilgjengelig.
- Taushetsplikten for tekniske innretninger og drifts- og forretningsforhold, står ikke i motstrid til Forskningsrådets eller FHF-styringsgruppens uttalte ønske om at forskningsresultater bør formidles. Poenget er at slik formidling må skje etter at resultatene er fremkommet og etter at det er gitt mulighet for å sikre de immaterielle rettigheter gjennom patentsøknad.
- Møtereferatene gir heller ikke mer informasjon enn øvrige mothold (f.eks. D6). Det vises til lagmannsrettens premisser hvor en generell omtale av planktonduk ikke frarøver patentet verken nyhet eller oppfinneshøyde.

Oppfinneshøyde

- Oppfinnelsen har følgelig oppfinneshøyde overfor D9 kombinert med D10.
- Det ville ikke være nærliggende for en fagkyndig å kombinere en løsning hvor sikring av oksygentilførsel ikke er et problem (D9) med en annen løsning som ikke befatter seg med patentets problem og heller ikke omhandler sikring av oksygentilførsel (D10). Løsningene er også innenfor to forskjellige fagområder, slik at D9 ikke ville ha sporet eller motivert den fagkyndige til å foreta kombinasjon. Dokumentene D6 og D8 angir bruk av en anordning for å tilveiebringe vertikal sirkulasjon i vannlegemet. En kombinasjon av dokumentene ville

derfor ikke lede frem til oppfinnelsen. Innklagede er følgelig av den oppfatning at krav 1 tilfredsstiller kravene til nyhet og oppfinneshøyde overfor D6 og D8.

Tilstrekkelig beskrivelse

- Oppfinnelsen er tilstrekkelig beskrevet til at en fagkyndig kan utøve oppfinnelsen uten urimelig byrde eller eksperimentering. Det meddelte patentet virker, på den måten at det gir en kvalifisert reduksjon av lakselus og kvalifisert oksygentilførsel under normale forhold. Det er ikke noe krav om at oppfinnelsen må fungere i alle sammenhenger, og ikke alle utførelsesformene må virke. Det fremgår tydelige anvisninger i beskrivelsen om konstruksjon, tilpassing av maskevidder, vask, vedlikehold og oksygenmålinger. Disse anvisninger må suppleres med den fagkyndiges alminnelige kunnskap. Den fagkyndige vil vite at man må tilpasse biomassen i merden etter strømforholdene og oksygenmålinger. Det skal også opplyses om at verken Patentstyret eller Oslo tingrett anså at patentet vedrørte en oppfinnelse som ikke er så tydelig beskrevet at en fagkyndig på bakgrunn av beskrivelsen kan utøve den.

13 **Klagenemnda skal uttale:**

14 **Klagenemnda er kommet til et annet resultat enn Patentstyret.**

15 ***Kompetansespørsmålet***

- 16 Klagenemnda skal ta stilling til om klagen skal forkastes slik innklagede anfører, eller om den kan undergis realitetsbehandling. De anførte rettslige grunnlag for at klagen skal forkastes er for det første at nemnda ikke har kompetanse etter patentloven § 26 annet ledd til å prøve Patentstyrets avgjørelse av 27. oktober 2016, og for det andre at klagesakens omfang er begrenset til rammene for innsigelsen slik at nemnda ikke kan realitetsbehandle et helt nytt avgjørelsesgrunnlag for første gang.
- 17 Klagenemnda vil først bemerke at det omstridte patentet i foreliggende sak har vært gjenstand for behandling i domstolene. Ved Høyesteretts kjennelse av 13. oktober 2016 er Borgarting lagmannsretts dom av 16. juni 2016 blitt rettskraftig. Lagmannsretten opprettholdt patentet med endrede krav, se avsnitt 6 ovenfor, og disse kravene ligger til grunn for Klagenemndas behandling av saken. Klager var imidlertid ikke part ved behandling av saken i domstolen, og står heller ikke i et slikt forhold til partene tvisten sto mellom, at den rettskraftige avgjørelsen er bindende for klager. Dette synes partene også å være enig om.
- 18 Patentstyret ble underrettet om at Borgarting lagmannsretts dom var rettskraftig, og innklagede anmodet i brev av 21. oktober 2016 om at innsigelsesbehandlingen ble avsluttet i lys av lagmannsrettens dom. Patentstyret fattet avgjørelse den 27. oktober 2016 om å avslutte behandlingen av i alt fire innsigelser mot patentet. Klagers innsigelse var én av disse.

- 19 Patentloven § 26 annet ledd fastslår at «[d]en endelige avgjørelsen av en innsigelse kan påklages til Klagenemnden av patenthaveren eller innsigeren dersom avgjørelsen har gått vedkommende imot». Patentstyrets avgjørelse om at «innsigelsesbehandlingen avsluttes» må etter Klagenemndas vurdering forstås slik at innsigelsen forkastes etter § 25 tredje ledd ved at resultatet fra Borgarting lagmannsrett legges til grunn. Klagenemnda har på denne bakgrunn kommet til at Patentstyrets avgjørelse har gått klager imot, og kan klages inn for Klagenemnda, jf. patentloven § 26 andre ledd.
- 20 Til innklagedes anførsel om at det ikke er truffet et normativt vedtak som det kan klages over, og at klager formelt ikke har klaget over saksbehandlingsfeil, viser Klagenemnda til følgende merknader i klagen: «Innsigelsen er ansett levert til Patentstyret innen fristen i patentloven § 24, men er avsluttet uten at innsigelsen er realitetsbehandlet og uten at innsigeren er gitt mulighet til å uttale seg i sakens anledning. Patentets selvstendige krav 1 er endret etter at innsigelsen ble innlevert, og innsigeren er heller ikke gitt anledning til å uttale seg om dette.» Etter Klagenemndas vurdering må klagens ordlyd forstås slik at det også er klaget over saksbehandlingsfeil begått av Patentstyret.
- 21 Når det gjelder innklagedes anførsel om at klagen retter seg mot nye forhold utenfor rammene for innsigelsen, bemerkes at Klagenemnda som klageinstans har anledning til å fatte avgjørelser på andre grunnlag enn de som forelå for underinstansen. Dette følger av patentstyrelova § 4 andre ledd, som sier at «Klagenemnda kan ta omsyn til sakstilhøve som ikkje låg føre då Patentstyret fatta sitt vedtak.» Lovgiver har vurdert nemndas kompetansespørsmål og funnet det hensiktsmessig med en ordning hvor klageinstansen kan bli stilt ovenfor et avgjørelsesgrunnlag som klageinstansen blir bedt om å ta stilling til for første gang. Dette er etter Klagenemndas syn en annen løsning enn de prosessuelle reglene fra EPO som i stor grad viser at klageinstanser skal være varsomme med å vurdere grunnlag som ikke har blitt behandlet i lavere instanser.
- 22 I lys av det ovenstående finner Klagenemnda at saken kan tas opp til behandling uten at Patentstyret har foretatt en realitetsvurdering av de opprinnelige innsigelsesgrunnene eller de nye grunnlag klagen omhandler.
- 23 ***Kravet til nyhet som vilkår for patenterbarhet***
- 24 Klagenemnda skal så vurdere og ta stilling til hvorvidt oppfinnelsen som fremgår av patent nr. 333479 tilfredsstillende vilkårene i patentloven § 2 om at oppfinnelser skal være «nye i forhold til hva som var kjent før patentsøknadens inngivelsesdag.» Dersom det patentrettslige nyhetskravet ikke er oppfylt, skal det meddelte patentet oppheves fordi det er meddelt til tross for at vilkårene i patentloven § 2 ikke er oppfylt, jf. patentloven § 25 første ledd nr. 1.
- 25 Klagenemnda viser til partenes anførsler og bevis slik disse fremkommer i den skriftlige dokumentasjonen, supplert under muntlig forhandling avholdt 11. desember 2017.

- 26 Det gjelder ingen særregler om bevis og bevisvurderingen i saker om gyldigheten av et patent som er innvilget av Patentstyret. Tvistelovens regler kommer til anvendelse så langt de passer. Det er klager som hevder at patentet er ugyldig, og det er derfor klager som har bevisbyrden for at oppfinnelsen er gjort allment tilgjengelig forut for patentsøknadens inngivelsesdag slik at oppfinnelsen må anses kjent.
- 27 Ved vurdering av både nyhet og oppfinnelseshøyde skal en tenkt gjennomsnittlig fagkyndig på området brukes som målestokk. Partene anfører at den fagkyndige i foreliggende sak er en person eller et team av personer med kunnskap om oseanografi og marin biologi, og innsikt i tekniske konstruksjoner brukt i oppdrettsnæringen. Klagenemnda er enig i definisjonen av den fagkyndige, og legger dette til grunn for vurderingen.
- 28 I vurderingen av hva som anses som kjent, fremgår det av § 2 annet ledd: «Som kjent anses alt som har blitt allment tilgjengelig, enten dette er skjedd ved skrift, foredrag, utnyttelse eller på annen måte». Det ligger i kravet «allment tilgjengelig» at oppfinnelsen må være kjent for en større eller ubestemt krets av personer før patentsøknadens inngivelsesdag, og at den må være kjent på en slik måte at en fagkyndig ville være i stand til å utøve oppfinnelsen, jf. Ot.prp. nr. 36 (1965-1966) side 21. Patentsøknadens inngivelsesdag er den 9. februar 2012.
- 29 Klager har anført tre grunnlag for at den patenterte oppfinnelse har blitt gjort allment tilgjengelig forut for patentsøknadens inngivelsesdag:
- For det første anføres det at patentet er ugyldig og må oppheves fordi oppfinnelsen ble åpenlyst utøvet forut for søknadstidspunktet.
 - For det andre anføres det at oppfinnelsen er gjort allment tilgjengelig i forbindelse med søknad om forskningsstøtte til Regionalt Forskningsfond, Fondsregion Nord-Norge (RFFNORD).
 - For det tredje anføres det at oppfinnelsen var gjort allment tilgjengelig i forbindelse med at patenthaver har delt opplysninger om oppfinnelsen med styringsgruppen i Fiskeri- og havbruksnæringens Forskningsfond (FHF) sin gruppe «Prosjektkoordinering for lakselusforskning», har tapt kontroll med informasjonen på en nyhetskadelig måte.
- 30 ***Spørsmålet om åpenlys utøvelse***
- 31 Klagenemnda skal vurdere om oppfinnelsen ble åpenlyst utøvet ved Fornes i Øksfjorden, Lødingen kommune i perioden mai til desember 2011.
- 32 Patentloven § 2 andre ledd angir at «[s]om kjent anses alt som er blitt allment tilgjengelig, enten dette er skjedd ved skrift, foredrag, utnyttelse eller på annen måte.» Det er begrepet «utnyttelse» som er aktuelt i denne sammenheng og tilsvarer det som i patentloven fra 1910

§ 2 var kalt «åpenlys utøvelse». Vurderingen knytter seg til faktisk bruk av oppfinnelsen hvor oppfinnelsen fortsatt befinner seg i oppfinnerens rådighet.

- 33 Partene er enige om de faktiske forhold. Oppfinnelsen var i perioden mai – desember 2011 gjenstand for feltforsøk ved Nordlaks Oppdrett AS sitt anlegg ved Fornes. Beskrivelse av feltforsøket er gjengitt i rapporten datert 20. april 2012 med tittelen «Bruk av luseskjørt for å redusere påslag av lakselus *Lepeophtheirus salmonis* (Krøyer) på oppdrettslaks» (D1). I det aktuelle tidsrommet var anordningen montert rundt tre operative oppdrettsmerder ved Fornes. Anlegget besto totalt av elleve merder, hvorav seks inngikk i forsøket. Tre av disse var referansemerder. Det er ikke bestridt at anlegget ligger i offentlig farvann, men innklagede anfører at tredjemanns nærmere undersøkelse av anlegget er ulovlig og at det ikke foreligger «enabling disclosure». Dette blir nærmere vurdert nedenfor.
- 34 Klagenemnda legger til grunn at et vilkår for at åpenlys utøvelse av oppfinnelsen skal anses å ha funnet sted, må være at det har vært mulig for en fagkyndig å observere oppfinnelsen på en slik måte at han/hun, med utgangspunkt i fagets alminnelige kunnskap, ville være i stand til å utøve oppfinnelsen. Klagenemnda legger til grunn at det ikke er tilstrekkelig at den fagkyndige har observert oppfinnelsen, dersom oppfinnelsen ifølge patentkravene ikke kan utledes direkte og utvetydig ved observasjonen (T 1410/14).
- 35 Når det gjelder hva den fagkyndige må kunne observere eller utlede fra fagets alminnelige kunnskap for å kunne utøve (reprodusere) oppfinnelsen, må oppfinnelsens tekniske trekk nærmere konkretiseres. I denne anledning må patentkravene tolkes, og det er særlig spørsmål om trekket «sikrer oksygen» kun er å anse som et oppgavemessig trekk, slik klager hevder. Oppgavemessige trekk forsøker å definere oppfinnelsen gjennom et resultat som ønskes oppnådd, uten at de angir en teknisk løsning. Slike trekk tilfører ikke et patentkrav noe utover de tekniske trekkene, og kan derfor ikke tillegges noen vekt i tolkningen av kravet (jf. T 872/09, pkt. 1.2–1.3).
- 36 Patentkrav 1 lyder: «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).»
- 37 Klagenemnda finner at trekket «sikrer oksygentilførsel til oppdrettsmerden» er uklart, og det er ikke nærmere beskrevet hva det innebærer. I likhet med lagmannsrettens mindretall finner Klagenemnda imidlertid at det må forstås slik at nettet «ikke i vesentlig grad forhindrer oksygentilførsel til oppdrettsmerden». Nettet dekker kun den øvre delen av merden, og er i tillegg åpent oppad og nedad. Det kan derfor legges til grunn at oksygentilførsel også vil finne sted via andre transportveier, og ikke utelukkende horisontalt gjennom nettet. At oksygentilførsel til oppdrettsmerden ikke forhindres, er etter

Klagenemndas oppfatning et resultat av nettets fluidpermeable egenskaper, kombinert med faktorer som fiskens bevegelsesmønster og forholdene i vannet hvor merden er plassert.

- 38 Etter dette finner Klagenemnda at trekket «sikrer oksygentilførsel til oppdrettsmerden» er et oppgavemessig trekk, som ikke tilfører den tekniske løsningen noe utover de andre tekniske trekk som fremgår av kravene. Det som kan utledes direkte og utvetydig er anordningens anvendelse og konstruktive utforming, og ikke det oppgavemessige trekket om «å sikre oksygen».
- 39 Det er tre situasjoner som er anført å utgjøre åpenlys utøvelse. For det første var de fluidpermeable nettene ifølge oppfinnelsen montert på operative merder over lang tid uten avskjerming eller fysiske barrierer. For det andre var nettene synlige i forbindelse med problemer med nedlodningen slik billedokumentasjonen viser, og til sist at nettene under rengjøring ble fremvist i sin helhet ved at de var heist opp av en kran og rengjort med spyling.
- 40 Innklagede har anført at det foreligger et ferdselsforbud etter akvakulturdriftsforskriften § 18 som uttrykkelig begrenser allmenhetens adgang til anlegget, idet bestemmelsen sier at «[d]et er forbudt å drive fiske nærmere anlegget enn 100 meter og å ferdes nærmere enn 20 meter».
- 41 Klagenemnda kan ikke se at det i vurderingen av «åpenlys utøvelse», slik klager har anført, må legges til grunn at bestemmelsen i akvakulturdriftsforskriften er lite kjent, og at det er få holdepunkter for å anta at allmenheten vil være klar over og/eller respektere forbudet. Klagenemnda finner derfor at forbudet som følger av akvakulturdriftsforskriften § 18 må legges til grunn, slik en observatør fra allmenheten ikke kan være nærmere enn 20 meter fra oppdrettsmerdene. Det er for øvrig ikke ført bevis for at utenforstående ulovlig har beveget seg innenfor den tillatte avstanden. Etter Klagenemndas oppfatning vil en observatør kunne beskue nettet som ifølge oppfinnelsen er montert på anlegget, fra omtrent 20 meters avstand.
- 42 Klagenemnda vil så vurdere de tre situasjonene og hva som faktisk kan anses å ha blitt gjort tilgjengelig.
- 43 I den første situasjonen er nettet ifølge oppfinnelsen montert på en oppdrettsmerd i havet over lang tid uten avskjerming eller fysiske barrierer. I denne situasjonen legger Klagenemnda betydelig vekt på at beskyttelsesnettet befinner seg under vann når det er montert rundt oppdrettsmerden, slik at det fremstår som lite sannsynlig at en fagkyndig ville være i stand til å utlede nettets tekniske egenskaper ifølge patentets krav fra 20 meters avstand, selv ved bruk av for eksempel kamera eller kikkert. Dette gjelder både nettets maskevidde og dets evne til å tillate gjennomstrømning av vann (og oksygen) til merden. Uten at nettet observeres i sin helhet, vil det heller ikke direkte kunne utledes at det er åpent oppad og nedad.
- 44 I den andre situasjonen var beskyttelsesnettet synlig, slik billedokumentasjonen i D1 viser, i forbindelse med problemer med nedlodningen. Som det er slått fast over, anser

Klagenemnda at det ville være mulig for en fagkyndig å iaktta anlegget fra omtrent 20 meters avstand. Det er heller ikke iverksatt tiltak i form av avskjerming eller andre fysiske barrierer for å hindre allmennhetens adgang til å beskue oppfinnelsen under utprøvingen. Da problemene med nedlodningen oppsto, ville derfor eventuelle tilskuere kunne studere nettet i vannoverflaten.

- 45 Videre må det dermed vurderes hva en fagkyndig observatør, med utgangspunkt i fagets alminnelige kunnskap, ville være i stand til å utlede av det flytende nettet.
- 46 Etablert praksis fastslår at til fagets alminnelige kunnskap hører kunnskap som fremgår i grunnleggende håndbøker og lærebøker. I tillegg omfatter det innsikt som den fagkyndige vil ha tilegnet seg gjennom sitt arbeid (se Stenvik, 2013, s. 201). Praksis fra EPO viser til at den fagkyndige må inneha kunnskapen, eller i det minste være klar over læren slik at han/hun vet at det kan slås opp i en bok ved behov (jf. bl.a. T 766/91).
- 47 Den fagkyndige ville ved observasjon alene kunne utlede at nettet er montert rundt oppdrettsmerden, samt at det er åpent oppad og nedad. Klagenemnda finner det videre sannsynlig at en fagkyndig tilskuer, ved hjelp av for eksempel kikkert eller kamera, ville være i stand til å utlede at duken montert rundt oppdrettsmerden faktisk er et nett og ikke en tett presenning.
- 48 Det fremstår ikke som sannsynlig at det ville være mulig å utlede maskevidden av observasjon alene, men som en person med erfaring fra oppdrettsnæringen er det rimelig å anta at den fagkyndige ville forstå at nettets funksjon er å skjerme merden mot uønskede organismer. Etter Klagenemndas oppfatning ville fagets alminnelige kunnskap videre omfatte kunnskap om at lakselus er et stort problem for oppdrettsnæringen, og det ville derfor være nærliggende å anta at dette er en av organismene det er ønskelig å skjerme oppdrettsmerder mot. Den fagkyndige ville også være kjent med lakselusens størrelse i det infektive kopepodittstadiet, og at en maskevidde innenfor 100 µm – 1000 µm kan holde denne ute og samtidig tillate vanngjennomstrømming.
- 49 I lys av det ovenstående finner Klagenemnda det ikke usannsynlig at en fagkyndig tilskuer i denne situasjonen ville være i stand til å utlede alle de tekniske trekk i patentets selvstendige krav 1.
- 50 I den tredje situasjonen ble beskyttelsesnettet under rengjøring fremvist i sin helhet da nettet var heist opp av en kran. Rengjøringsprosessen, beskrevet i D1, besto av å fjerne beskyttelsesnettet fra merden og heise det opp med kran på en båt, hvor det så ble spylt manuelt med høytrykksspyler. Selve rengjøringen er opplyst ha tatt «1–2 vanlige arbeidsdager», og duken ble oppbevart i lasterommet på båten når spyling ikke pågikk.
- 51 Klagenemnda finner det bevist at nettet var heist opp i sin helhet og på ingen måte forsøkt skjult eller tildekket under rengjøringen. Rengjøringen har etter Klagenemndas oppfatning tatt forholdsvis lang tid, et forhold som gir en observatør fra allmenheten tilgang til å beskue oppfinnelsen over tid.

52 Når det gjelder hvilke tekniske løsninger som en fagkyndig kan utlede direkte og utvetydig, finner Klagenemnda for det første at det fremstår som observerbart at nettet var lysgjennomskinnelig. Videre er Klagenemnda av den oppfatning at en fagkyndig kunne både observere og utlede masketørrelsen, i det minste ved hjelp av kikkert eller kamera, selv om båten skulle ligge innenfor sikkerhetssonen som følger av akvakulturdriftsforskriften § 18. Ved å observere spylingen ville det også kunne utledes at nettet var fluidpermeabelt, da det ville gjennomtrenges av vannstrålen. Videre vil en fagkyndig kunne observere montering og demontering av nettet rundt oppdrettsmerden, og fra dette utlede at nettet anbringes omsluttende merden, samt at det er åpent oppad og nedad.

53 Etter dette er Klagenemnda kommet til at en fagkyndig ville kunne utlede alle oppfinnelsens tekniske trekk ved observasjon av vaskeprosessen.

54 *Utprøvingsunntaket*

55 Innklagede anfører at utprøvingsunntaket kommer til anvendelse, og at forsøkets utførelse ligger innenfor rammene av unntaket. Klagenemnda skal etter dette vurdere om det såkalte utprøvingsunntaket kommer til anvendelse, slik at nyhetskravet likevel er oppfylt.

56 Klagenemnda viser til at det i forarbeidene (NU 1963: 6 s. 125) omtales et «utprøvingsunntak», som etter nemndas syn er en del av helhetsvurderingen av om oppfinnelsen er blitt allment tilgjengelig. Utprøvingsunntaket innebærer at patent skal meddeles selv om oppfinnelsen har vært tilgjengelig for en større eller ubestemt krets, dersom det har skjedd i forbindelse med nødvendig utprøving av oppfinnelsen og under rimelige adgangsforanstaltninger.

57 Etter Klagenemndas syn fremgår det klart av forarbeidene at et legitimt utprøvingsbehov anerkjennes i patentretten. Dette forutsetter at oppfinnelsens karakter gjør det nødvendig med slik utprøving, at søkeren har truffet nødvendige tiltak for å begrense utenforstående sin tilgang, og at utprøvingens omfang er proporsjonalt til nødvendigheten. Av dette følger en forholdsvis fri skjønnsvurdering av hvorvidt en utprøving skal anses å være nyhetsskadelig eller ikke.

58 Stenvik skriver i Patentrett (2013) s. 186 at «[d]et viktigste momentet i skjønnsvurderingen må være behovet for utprøving». Det følger videre at det kan «være grunn til å legge vekt på om virksomheten har hatt karakter av mer eller mindre ren utprøving eller eksperimentering, eller om det også har vært innslag av økonomisk utnyttelse av oppfinnelsen». Til slutt trekker Stenvik frem som et vurderingsmoment hvordan utprøvingen fremtrer utad.

59 Innklagede anfører at forsøkets utførelse ligger innenfor rammene av utprøvingsunntaket, mens klager på sin side avviser at unntaket får anvendelse.

60 Klager har hevdet at det ikke er tatt noen forhåndsregler for å hindre allmennheten i å få tilgang til anlegget, og har blant annet påpekt at rengjøringen av nettet har skjedd på svært

synlig vis. Innklagede mener at anleggets avsidesliggende plassering i seg selv må anses som et tilstrekkelig tiltak. Det vil også være uheldig å dekke til merdene, da dette blant annet vil kunne påvirke strøm av vann og oksygen.

- 61 At anlegget er plassert i en lite trafikkert fjord, kan etter Klagenemndas oppfatning ikke anses å være tilstrekkelig for å hindre allmennheten tilgang til anlegget. Spesielt i forbindelse med rengjøring av nettene burde det forventes at tiltak for å skjule oppfinnelsen ble satt i verk. For eksempel kunne selve spylingen ha skjedd i et lukket lokale heller enn oppheist i kranen på en båt.
- 62 Til klagers anførsel om at utprøvingen utad ikke har fremstått som ren utprøving, viser klager til at utprøvingen har skjedd i et kommersielt og normalt operativt oppdrettsanlegg med flere oppdrettsmerder. For eventuelle tilskuere ville ikke anlegget fremstå som et forsøksområde. Innklagede har på sin side påpekt at beskyttelsesnettet kun var montert rundt enkelte merder, og at dette oppsettet i seg selv ville være en indikasjon på at det foregikk en utprøving. I tillegg hadde de aktuelle merdene en lav biomasse og en omkrets på 100 meter (mot 160 meter i fullskala drift).
- 63 Det synes for Klagenemnda ikke åpenbart at utprøvingen ved Fornes for utenforstående ville fremstå som ren utprøving. Etter Klagenemndas syn ville ikke størrelsen på forsøksmerkene gjøre det klart at de ikke hovedsakelig var i kommersiell drift, og det ville heller ikke være mulig for en forbipasserende å se at biomassen i merden var lavere enn hva som er normalt i kommersielle anlegg. Forsøkene har skjedd i et operativt oppdrettsanlegg, og det synes derfor mer sannsynlig at forbipasserende ville anta at utprøvingen inngikk i den normale driften.
- 64 Klager har videre bemerket at fordi utprøvingen har skjedd som del av den kommersielle driften, og innklagede derfor har hatt økonomisk fordel av bruken av beskyttelsesnettet, kan den ikke anses å bære preg av ren utprøving. Innklagede har imidlertid påpekt at det ikke er tatt betaling for beskyttelsesnettene, at biomassen i de aktuelle merdene var lavere enn normalt, samt at det ikke kan stilles noe krav om at fisken i forsøksmerkene ikke kunne slaktes og selges etter at forsøket var avsluttet.
- 65 Klagenemnda finner at forsøksaktiviteten ikke har hatt «karakter av mer eller mindre ren utprøving eller eksperimentering». Selv om biomassen i forsøksmerkene har vært lavere enn hva som er normalt i kommersielle oppdrettsmerder, og det ikke ble tatt betalt for beskyttelsesnettene, har forsøkene inngått i den ordinære oppdrettsdriften. Oppfinnelsen må derfor anses å ha blitt kommersielt utnyttet i forsøksperioden.
- 66 Videre hevder klager at utprøvingen har vært mer omfattende enn hva som kan anses å ha vært nødvendig. Blant annet er tidsrommet for forsøkene fra mai til desember, mens det uttrykkelig står i rapporten D1 (s. 6) at lusepåslaget normalt skjer «fra medio august til slutten av oktober». Oppfinnelsen er også testet i tre operative merder uten strømningsforskjeller. Innklagede har påpekt at testing måtte foregå over et lengre tidsrom

for å sikre at merden var tildekket i hele perioden hvor lusepåslag kunne skje. For å oppnå nøyaktige resultater var det også nødvendig å benytte flere merder i forsøket.

- 67 Klagenemnda finner at utprøvingen har vært mer omfattende enn nødvendig, spesielt med tanke på den lange forsøksperioden. Selv om det var nødvendig å sikre at nettet var montert i hele risikoperioden, kan det ikke ha vært nødvendig med en sikkerhetsmargin på fire måneder.
- 68 Det viktigste momentet i vurderingen av om utprøvingen skal anses nyhetshindrende eller ikke, er ifølge Stenvik (2013, s. 186) hvorvidt det faktisk har vært et behov for å utføre forsøkene. Innklagede har vist til akvakulturdriftsforordningen § 20 som sier at «[n]ye metoder og tekniske løsninger skal være utprøvd og dokumentert velferdsmessig forsvarlige før de tas i bruk» og at det derfor var nødvendig å teste oppfinnelsen. Videre vises det til patentloven § 1 og kravet til industriell anvendbarhet, som ifølge innklagede medfører at den tekniske effekten måtte demonstreres før man i det hele tatt visste om oppfinnelsen var patenterbar. Klager har på sin side vist til at anordningen som fremgår av patentet i stor grad samsvarer med den som var gjenstand for forsøkene. Det faktum at utprøvingen ikke har medført noen endringer tilsier ifølge klager at utprøvingen sannsynligvis ikke var nødvendig.
- 69 Klagenemnda vil først bemerke at det ikke kan legges vekt på akvakulturforskriften § 20 og bestemmelsen om at nye tekniske løsninger må være utprøvd før de tas i bruk. Dette kravet gjelder kommersiell utnyttelse av tekniske løsninger i akvakulturdrift, og har ingen relevans for vurdering av patenterbarhet. Når det gjelder anførselen om et behov for å teste industriell anvendbarhet/teknisk effekt, vil Klagenemnda bemerke at det ikke stilles krav til at en oppfinnelse må gjennomgå fullskalatesting før patentsøknaden kan leveres. For at kravet til industriell anvendbarhet skal anses oppfylt, vil det oftest være tilstrekkelig at den tekniske effekten er *plausibel*. Etter Klagenemndas syn ville det i foreliggende sak ha vært tilstrekkelig å vise til nettets maskevidde og lysåpning for å sannsynliggjøre at anordningen både kunne slippe inn vann (og oksygen) og isolere merden mot infektive stadier av lakselus. Det er også på det rene at det ble gjennomført en forstudie (D3) hvor nettets fluidpermeabilitet ble bekreftet. Under alle omstendigheter ville disse forsøkene være tilstrekkelige, og fullskalaforsøk i operative merder var derfor overflødig i forkant av patentsøknaden.
- 70 I lys av det ovenstående finner Klagenemnda at utprøvingen av oppfinnelsen ved Fornes i perioden mai – desember 2011 ikke var nødvendig i forkant av patentsøknaden, samt at tilstrekkelige forhåndsregler for hemmelighold ikke ble iverksatt. Utprøvingsunntaket kommer følgelig ikke til anvendelse.
- 71 Etter dette har Klagenemnda kommet til at oppfinnelsen må anses å ha vært allment tilgjengeliggjort gjennom åpenlys utøvelse før patentsøknadens inngivelsesdag, og at nyhetskravet, jf. patentloven § 2 første ledd, derfor ikke er tilfredsstilt.
- 72 **Søknad om forskningsmidler**

73 Klager har også anført at oppfinnelsen mangler nyhet i lys av D2, en søknad om forskningsstøtte til Regionalt forskningsfond Nord-Norge (RFFNORD). Klagenemnda må i denne anledning vurdere hvorvidt hele eller deler av søknaden kan anses å ha vært allment tilgjengelig før patentsøknadens inngivelsesdag. Søknaden ble levert til RFFNORD den 13. oktober 2010, ca. 16 måneder før patentsøknaden ble inngitt.

74 Klagenemnda viser til at RFFNORD er et forvaltningsorgan underlagt Forskningsrådet, og de regler som følger av blant annet forvaltningsloven og offentleglova gjelder. Hovedregelen i offentleglova følger av § 3, hvor alle dokumenter som håndteres av et forvaltningsorgan i utgangspunktet skal være tilgjengelige for innsyn. Lovens ordlyd er:

«Saksdokument, journalar, og liknande register for organet er opne for innsyn dersom ikkje anna følgjer av lov eller forskrift med heimel i lov. Alle kan krevje innsyn i saksdokument, journalar og liknande register til organet hos vedkommande organ.»

75 Etter dette må søknader tilsvarende D2 normalt anses å ha vært allment tilgjengelige når de er kommet inn til RFFNORD. EPO synes å legge til grunn et lignende utgangspunkt i sin praksis, jf. bl.a. T 381/87 RESEARCH CORPORATION/Publication (premiss 4 (4) (b), hvor følgende ble uttalt:

«It is not necessary as a matter of law that any members of the public would have been aware that the document was available upon request on that day, whether by means of an index in the Library or otherwise. It is sufficient if the document was in fact available to the public on that day, whether or not any member of the public actually knew it was available, and whether or not any member of the public actually asked to see it. In the Board's view, that is the proper interpretation of Article 54 (2) EPC.»

76 I lys av dette finner Klagenemnda at det klare utgangspunktet må være at søknader til Forskningsrådet vil anses som allment tilgjengelige etter innlevering.

77 Innklagede har anført at D2 omfattes av forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, som er et av unntakene til hovedregelen om innsynsrett. Denne bestemmelsen sier at ansatte i forvaltningen har taushetsplikt om «tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår.» Ifølge Stenvik (*Patentrett*, 2013, s. 180) kan dokumenter som omfattes av denne bestemmelsen «åpenbart ikke anses allment tilgjengelige».

78 Etter Klagenemndas syn er det ikke klart at D2 omfattes av unntaket i forvaltningsloven § 13. Det fremgår ikke noe sted i søknaden at anordningen som skal testes «vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår». Søknaden angir etter sin ordlyd at et mål med prosjektet er å dele resultatene med andre i bransjen, noe som for forvaltningens vurdering vil trekke i retning av at det ikke faller inn under unntaket i § 13.

- 79 Av D36 fremgår det at Forskningsrådets praksis er å offentliggjøre prosjektittel, sammendrag og ansvarlig institusjon ved innvilgelse av søknad. Ettersom dette synes å skje mer eller mindre automatisk, må det kunne stilles et krav om at søker selv sikrer at en eventuell patenterbar oppfinnelse ikke kan utledes av tittel eller sammendrag. Eventuelt må hele eller deler av søknaden begjæres unntatt offentlighet allerede ved levering. Å legge hele ansvaret for å vurdere hvorvidt en søknad inneholder forretningshemmeligheter på forvaltningen, uten at ordlyden i søknaden gir noe signal om at søknaden eller deler av denne begjæres unntatt offentlighet, fremstår for Klagenemnda som urimelig.
- 80 Innklagede har påpekt at praksis i Forskningsrådet og RFFNORD normalt er å be søker om bistand ved behandling av innsynsbegjæringer (se D21), og at søknader behandles konfidensielt (D22). Det er også vist til at dette på et tidspunkt også har skjedd i foreliggende sak (D43). Klagenemnda vil imidlertid bemerke at det ikke påhviler forvaltningsorganet noen plikt til å foreta en slik konsultasjon. I tilfeller som det foreliggende, hvor det i søknaden er uttrykt et eksplisitt ønske om å dele informasjonen med andre i bransjen, er det rimelig å anta at en innsynsbegjæring ville innvilges uten å konsultere søker. Etter Klagenemndas oppfatning må ansvaret for å opplyse om at søknaden inneholder sensitiv informasjon i stor grad hvile på søker. Dersom det på et senere tidspunkt kan være aktuelt å søke om patent, bør det derfor informeres om dette allerede på søknadstidspunktet.
- 81 I den foreliggende sak har innklagede ved inngivelse av søknaden ikke gitt uttrykk for noe ønske om å unnta hele eller deler av søknaden fra innsyn. Først da det kom en innsynsbegjæring ble et slikt ønske ytret, på forespørsel fra Troms fylkeskommune. Etter Klagenemndas vurdering innebærer ikke et slikt etterfølgende ønske om unntatt innsyn at dokumentet må anses for å ha vært unntatt offentlighet siden innleveringen.
- 82 I lys av det ovenstående finner Klagenemnda at det foreligger sannsynlighetsovervekt for at en innsynsbegjæring ville ha blitt innvilget, i det minste for tittel og sammendrag. Disse må derfor anses for å ha vært allment tilgjengelig før patentsøknadens inngivelsesdag.
- 83 Klagenemnda må etter denne konklusjonen ta stilling til hvorvidt oppfinnelsen kan utledes direkte og utvetydig av den tilgjengeliggjorte informasjonen.
- 84 Av prosjektsammendraget (D2 s. 3) fremgår det at systemet som skal testes «begrenser vannstrømmen inn i merden i overflatesjiktet med en planktonduk, for på denne måten å hindre det infektive kopepodittstadiet av lakselus å komme inn i merden». Samtidig påpekes det at det er et mål å sikre vannkvaliteten i merden. Det er også oppgitt en maskevidde på 466 µm.
- 85 Etter Klagenemndas oppfatning vil en fagkyndig av sammendraget i D2 kunne utlede at anordningen skal isolere en oppdrettsmerd mot uønskede organismer, at den omfatter et fluidpermeabelt nett med maskevidde mellom 100 µm og 1000 µm, og at den danner et skjørt rundt den øvre delen av merden. Basert på fagets alminnelige kunnskap ville en fagkyndig også være klar over at vannkvaliteten i merden i stor grad avhenger av oksygentilførsel.

86 Etter dette finner Klagenemnda at alle trekk i patentets selvstendige krav 1 kan utledes av sammendraget i D2, og oppfinnelsen tilfredsstillende følger ikke kravet til nyhet, jf. patentloven § 2. Klagenemnda kan heller ikke se at det er noe i de selvstendige kravene som kan medføre at kravet til nyhet oppfylles.

87 *Tapt kontroll med opplysninger/informasjon til FHF-styringsgruppe*

88 Klager har anført at innklagede, gjennom å diskutere oppfinnelsen på FHF-styringsgruppemøter, har tapt kontroll over informasjonen, og at den derved er gjort allment tilgjengelig på en nyhetsskadelig måte.

89 Klagenemnda skal etter dette ta stilling til om styringsgruppens medlemmer har vært forhindret fra å videreformidle informasjonen som har blitt delt på møtene. Vurderingen omfatter ikke bare tilgjengeliggjort informasjon til de personene som direkte har deltatt på møter eller mottatt styremøtereferater, ettersom informasjonen kan være spredt videre, med mindre det foreligger plikt til konfidensialitet eller andre særlig forhold.

90 Den aktuelle styringsgruppen besto av representanter fra næringen, og basert på møtereferatene (D4 og D5) har det vært minst åtte medlemmer i gruppen. For Klagenemnda er det fremlagt erklæringer fra fem av gruppens medlemmer: Randi Nygaard Grøntvedt (Veterinærinstituttet), Knut Staven (Marine Harvest), Arnfinn Aunsmo (SalMar), Kristin Sæther (Norske Sjømatbedrifters Landsforening) og Tor Anders Elvegård (Nordlaks Oppdrett AS). I tillegg til disse var to ytterligere representanter for Marine Harvest (Cato Lyngøy og Olav Breck) og en representant for FHF (Kjell Maroni) medlemmer av gruppen.

91 Det er dokumentert (D40) et mandat og retningslinjer for styringsgrupper i FHF-prosjekter. Dokumentet fremstår som en generell mal, er ikke dokumentert og på ingen måte bekreftet gjeldende for styringsgruppen i foreliggende sak. Klagenemnda finner det imidlertid relevant for vurderingen å se hva som fremgår eller kan utledes fra punktet «Taushetsplikt». Her står det at «[s]tyringsgruppens medlemmer har taushetsplikt og må behandle all intern informasjon som kommer fra prosjektet som konfidensielt.»

92 Klagenemnda finner at det foreligger til dels motstridende opplysninger i annen fremlagt dokumentasjon, blant annet styremøtereferatene og erklæringer. Klagenemnda finner det dermed nødvendig å vurdere medlemmenes forutsetninger individuelt.

93 Randi Nygaard Grøntvedt var Veterinærinstituttets representant og styringsgruppens prosjektleder. I hennes erklæring av 23. desember 2016 (D11) uttaler hun blant annet følgende: «Prosjektet var tuftet på åpenhet og gjennomført som en stor dugnadsinnsats for og av hele næringen. Prosjektet var ikke bundet av konfidensialitet og det var ingen begrensninger i videreformidling, da en av hensiktene med prosjektet var tilgjengeliggjøring av resultater fra FoU prosjekt for rask implementering i næringen. Prosjektet var helfinansiert av FHF og i dette ligger det at informasjon skal komme hele næringen til gode.» Klagenemnda finner det ikke tvilsomt at Grøntvedt ikke har følt seg bundet av

konfidensialitet. Klagenemnda viser blant annet til hennes oppfatning om at det var en felles forståelse at informasjonen som fremkom på møtene, skulle deles videre med bransjen.

- 94 Medlemmet Arnfinn Aunsmo, ansatt i SalMar på tidspunktet for styringsgruppemøtene, har i sin uttalelse datert 21. desember 2016 (D31) gitt uttrykk for: «For meg og SalMar ble prosjektet et sted for å hente kunnskap om nye metoder og samtidig bringe egen kunnskap inn og videre ut til andre aktører i næringa». Klagenemnda finner det ikke tvilsomt at Aunsmo ikke har følt seg bundet av noen form for konfidensialitet. Aunsmo trekker også frem SalMars arbeid med en mekanisk avluser, samt arbeid med en lusereproduksjonsmodell («SalMarmodellen»), som «ble videreutviklet via finansiering fra FHF og publisert av stipendiat Marit Stormoen, brukt i hennes doktorgrad og videre nå inn i strategisk samarbeid med lakselus i Marine Harvest». Klagenemnda peker på at denne type kommersiell informasjon heller ikke synes å være underlagt konfidensialitet for gruppen.
- 95 Knut Staven fra Marine Harvest bekrefter i sin erklæring av 23. januar 2017 (D32) det som fremgår av Grøntvedts uttalelse (D11). Han sier også at forhindring av lusesmitte ved bruk av planktonduk til avskjerming av oppdrettsmerder ble diskutert på styringsgruppemøtet 23. november 2011 (D5), samt at informasjonen kunne «spres fritt og var ikke taushetsbelagt».
- 96 Kristin Sæther, som var fagsjef for oppdrett i Norske Sjømatbedrifters Landsforening (NSL) da hun deltok på styringsgruppemøtene, uttaler i erklæringen av 26. januar 2017 (D33) følgende: «Jeg opplevde ikke at det var knyttet noen form for konfidensialitet eller begrensninger i forhold til formidling av informasjon som fremkom i prosjektet. Snarere tvert imot var det stort fokus på utveksling av informasjon, og jeg oppfattet også at dette var hele hensikten med prosjektet. Informasjon som fremkom i prosjektet ble derfor diskutert både med andre personer og bedrifter, og presentert gjennom artikler og konferanser».
- 97 I motsatt retning trekker erklæringen av 20. mars 2017 fra Tor Anders Elvegård, direktør i Nordlaks Oppdrett AS (D26). Han uttaler følgende: «Referater fra disse møtene var kun til internt bruk i arbeidsgruppen, og ble følgelig håndtert som interne dokumenter ikke beregnet til bruk i det offentlige rom. Det var meningen at resultater skulle formidles til næringen når de forelå, men flere aktører hadde behov for å hemmeligholde ideer og hypoteser, noe som styringsgruppen respekterte fullt ut.»
- 98 Klagenemnda kan ikke se bort fra at Nordlaks Oppdrett AS var direkte involvert i utvikling av oppfinnelsen. Elvegård, som direktør i selskapet, må derfor anses å ha en kommersiell interesse i saken. Som en følge av dette må det legges noe mindre vekt på hans uttalelse.
- 99 Bevismessig finner Klagenemnda det ikke tvilsomt at erklæringene som det er vist til ovenfor, gir dekning for at det ikke forelå konfidensialitetsforpliktelser på deltakerne, heller ikke for møtereferatenes del, og at medlemmene heller ikke var forhindret fra å dele informasjonen videre.

- 100 I lys av ovenstående finner Klagenemnda det tilstrekkelig dokumentert at informasjon delt på styringsgruppemøtene ikke var underlagt konfidensialitet, og videre at det var en felles forståelse om at informasjon kunne formidles videre til andre aktører i oppdrettsnæringen.
- 101 Klagenemnda konkluderer ut fra bevissituasjonen med at patentsøker, ved å gi informasjonen videre til FHF gruppen, har tapt kontroll over informasjonen i forkant av patentsøknadens inngivelsesdag, og at informasjonen har blitt tilgjengelig for en «større eller ubestemt krets av personer».
- 102 Klagenemnda kan heller ikke se at medlemmene i styringsgruppen kan anses å stå i et slikt «særlig forhold» til patentsøkeren, som etter forarbeidene kunne ha vært et unntak fra allmenn tilgjengeliggjøring. Det vises til at fire av FHF gruppens medlemmer representerte store aktører i oppdrettsnæringen, og som potensielle kjøpere av beskyttelsesnett med konkurrerende kommersielle interesser er det ingen holdepunkter for at noen av medlemmene kan anses for å stå i et «særlig forhold» til patentsøkeren.
- 103 Klagenemnda finner imidlertid ikke tilstrekkelige holdepunkter for å konstatere at informasjonen som har blitt delt på styringsgruppemøtene i seg selv kan anses å være nyhetshindrende. Av møtereferatene fremgår at prosjektet ved Fornes har vært diskutert, men det er ikke tydelig hvilke av oppfinnelsens tekniske trekk som eventuelt har blitt beskrevet. Dette fremkommer heller ikke tilstrekkelig klart av de fremlagte erklæringene. Klagenemnda peker på at dette kunne vært belyst for nemnda med vitneførsel. I mangel av konkrete holdepunkter for at informasjonen er tilstrekkelig knyttet mot den patenterte løsningen, finner ikke Klagenemnda å legge til grunn at denne informasjonen isolert sett er nyhetshindrende for patentet.
- 104 **Konklusjon – allmenn tilgjengeliggjøring av oppfinnelsen**
- 105 Klagenemnda har ovenfor vurdert om oppfinnelsen kan anses å ha blitt allmenn tilgjengelig på en nyhetsskadelig måte, og vil i en samlet helhetsvurdering vise til at helhetsinntrykket er at innklagede har hatt mangelfull kontroll med informasjonen forut for patentsøknadens inngivelsesdag.
- 106 Etter Klagenemndas oppfatning har kontrollen med nyhetshindrende informasjon vært mangelfull i forbindelse med alle de omtalte situasjonene. Det ble ikke iverksatt adekvate tiltak for å skjerme forsøksmerdene ved Fornes, og forsøkene ble diskutert i styringsgruppen med forutsetning om at informasjonen skulle videreformidles. Det ble heller ikke bedt om at søknaden om forskningsstøtte (D2) skulle unntas offentlighet. Etter dette finner Klagenemnda at det ikke er iverksatt tilstrekkelige tiltak for å beskytte oppfinnelsen, og innklagede må anses å ha tapt kontroll over informasjon på en nyhetsskadelig måte.
- 107 Kravet om «enabling disclosure», i betydningen at informasjonen har vært tilgjengeliggjort på en slik måte at en fagkyndig ble i stand til å utøve oppfinnelsen på bakgrunn av informasjonen, er også funnet godtgjort for flere av de omtalte situasjonene.

108 Mot denne bakgrunn finner Klagenemnda at den patentsøkte oppfinnelsen anses å ha vært allment tilgjengelig før søknadens inngivelsesdag, og kravet til nyhet etter patentloven § 2 første ledd er derfor ikke oppfylt.

109 Patentet blir dermed å oppheve på dette grunnlag, og Klagenemnda går ikke videre med å vurdere anførselen om at patentet ikke har oppfinnelseshøyde i lys av de fremtrukne mothold (D6, D8, D9 og D10) og at beskrivelsen er utilstrekkelig.

Det avsies slik

Slutning

- 1 Klagen tas til følge.
- 2 Patent nr. 333479 oppheves.

Lill Anita Grimstad
(sign.)

Tore Lunde
(sign.)

Tove Aas Helge
(sign.)