



OSLO TINGRETT

DOM

Avsagt: 13.03.2019 i Oslo tingrett,

Saksnr.: 18-039917TVI-OTIR/04

Dommer: Tingrettsdommer Ingebjørg Tønnessen

Meddommere: Patentingeniør/Siviling. Arild Tofting
Patentingeniør/Siviling. Anne Keysan

Saken gjelder: Overprøving av vedtak fra Klagenemnda for industrielle rettigheter

Salgard AS Advokat Ida Elisabeth Gjessing

Rettslig medhjelper:
Advokat Yngve Øyehaug Opsvik

mot

Staten v/Klagenemnda for industrielle rettigheter Advokat Stein-Erik Jahr Dahl

Partshjelper:
Mørenot Aquaculture AS Advokat Mikkel Lassen Ellingsen

DOM

Saken gjelder gyldigheten av et vedtak fra Klagenemnda for industrielle rettigheter hvor et patent for luseskjørt til oppdrettsanlegg ble opphevet etter innsigelse. Opphevelsen var begrunnet med at kravet til nyhet i patentloven § 2 ikke var oppfylt.

Sakens bakgrunn

Saken handler om det norske patentet NO 333 479 som ble meddelt av Patentstyret sommeren 2013 og senere opphevet av Klagenemnda for industrielle rettigheter (KFIR) i vedtak av 25. januar 2018. Patentet ble opprinnelig meddelt Calanus AS, men det har senere blitt overdratt til saksøker, Salgard AS. For enkelthets skyld vil retten i det videre omtale patenthaver som Salgard – uavhengig av om omtalen gjelder tidsperioden før patentet ble overdratt eller ikke.

Stridspatentet er et finmasket fluidpermeabelt nett til bruk rundt oppdrettsmerder. Nettet skal beskytte fisken mot uønskede organismer, herunder lakselus. Den dagligdagse betegnelsen på anordningen er luseskjørt eller Salgardskjørt.

Gyldigheten av Salgards patent har også tidligere vært prøvd av norske domstoler, under henvisning til andre ugyldighetsgrunner enn de som nå ligger til grunn for KFIRs opphevelse. I disse tidligere rettsavgjørelsene er det gitt en beskrivelse patentets historie som retten finner grunn til å gjengi her (Oslo tingretts dom av 24. mars 2015):

Om bekjempelse av lakselus

Lakselus (Lepeophtheirus salmonis) er et parasittisk krepsdyr på laksefisk som i flere tiår har vært en stor utfordring for fiskeoppdrettsnæringen. Det er gitt en egen forskrift om bekjempelse av lakselus i akvakulturanlegg, som har til formål å redusere forekomsten av lakselus slik at skadevirkningene på fisk i akvakulturanlegg og i villlevende bestander av laksefisk minimaliseres, samt redusere og bekjempe resistensutvikling hos lakselus. Et lusepåslag kan påvirke oppdrettsfiskens trivsel og vekst, og dermed også verdiskapningen i havbruket. Det er derfor i næringens interesse å holde lusenivået i anleggene lavest mulig.

Lakselusas livssyklus består av ti stadier med skallskifte i mellom. De første livsstadiene, de to naupliusstadiene og copepodittstadiet, svever fritt i vannet som dyreplankton og sprer seg med havstrømmene. De frittlevende stadiene av lakselus er mellom 500 og 700 mikrometer (μm) lange og mellom 200 og 300 μm brede. Én mikrometer tilsvarer én tusendels millimeter. Copepoditt er det smittsomme stadiet som fester seg på fisken. Lakselus tiltrekkes av lys og oppholder seg i de øvre vannmasser. Lakselus er nærmere omtalt av Peter Andreas Heuch og Thomas A. Schram i boken «Fiskehelse og fiskesykdommer» (2002) og av Thomas A. Schram i artikkelen «Practical identification of pelagic sea lice larvae» (2004).

Det benyttes en rekke ulike virkemidler for å beskytte oppdrettslaks mot lakselus. Bruk av kjemikalier har i lengre tid vært det sentrale virkemidlet. I tilknytning til bruk av kjemikalier og legemiddelbehandling anvendes gjerne en tett avlusningspressing for å holde tilsetningene inne i oppdrettsmerden under behandlingen. De siste årene har de anvendte kjemikaliene fått redusert virkning som følge av resistensutvikling. Allerede på slutten av 1980-tallet ble det ved enkelte oppdrettsanlegg benyttet beskyttelsesduk rundt oppdrettsmerdene for å stenge lakselus ute. Leppefisk, som spiser lakselus fra oppdrettsfisken, benyttes i dag ofte i kombinasjon med kjemikalier. De siste årene har oppdrettsnæringen forsøkt å finne nye alternative midler for å bekjempe lakselus, slik som for eksempel bestråling, spyling, brakklegging, bruk av lukkede anlegg mv. Bransjens samlede kostnader knyttet til bekjempelse av lakselus er anslått til flere milliarder kroner. Dette tilsvarer flere kroner per kilo fisk.

Utviklingen av Calanus' luseskjørt

*Calanus AS er et biomarint industriselskap med hovedkontor i Tromsø og avdelingskontor på Sortland. Selskapet ble etablert i 2002 og virksomheten tar i hovedsak utgangspunkt i fangst av det marine krepsdyret raudåte (*Calanus finmarchicus*). Calanus har opparbeidet spisskompetanse om høsting av raudåte, herunder om filtrering av store vannmengder for små krepsdyr. Selskapets primære produkt basert på raudåte er en omega-3 rik olje.*

I 2010 kom Bjarne Johansen og Remy Mathisen med en ide om utvikling av luseskjørt til oppdrettsmerder basert på planktonduk bestående av finmasket netting, som både kunne hindre lakselusa i å komme inn i oppdrettsmerden, samtidig som vannet kunne strømme gjennom nettingen, slik at oksygenivået i merden ikke blir for lavt. De var begge to på dette tidspunktet ansatt i Nordlaks Opprett AS. Samme året ble det gjennomført et pilotstudium med strømmålinger gjennom det aktuelle nettet. I samarbeid mellom NCE-Aquaculture, Nordlaks Oppdrett, Calanus, Vesterålen fiskehelsetjeneste AS og Veterinærinstituttet ble det utviklet en prototype for luseskjørtet, som fra mai til desember 2011 ble testet på lokaliteten Fornes i Øksfjorden i Løddingen kommune. Prosjektet var initiert av Nordlaks Oppdrett og ble blant annet finansiert av NCE-Aquaculture og SkatteFunn. I rapporten fra feltforsøket heter det i punkt 2.4 om spesifikasjoner på skjørt:

*Innkjøp og rådgiving om konstruksjon av skjørt ble gjort av Calanus AS. Selskapet driver med høsting av raudåte (*Calanus finmarchicus*), og har utviklet betydelig kompetanse og teknologi for høsting av dyreplankton med tilnærmet samme størrelse som infiserende stadier av lakselus. Vi opprettet kontakt med selskapet i en tidlig fase for å søke råd for å utvikle anordninger som kunne egne seg til å stenge ute lakseluslarver. Høsten 2010 ble det første skjørtet bestilt. Dette var prototypen som skulle testes ut før de resterende skjørtene ble bestilt. Planktonduken som er brukt er laget av Polyester (PET) med en maskevidde på 350 µm som sikrer vanngjennomstrømming. Tråddykkelsen reduserer lysåpningen men gir likevel en lavere strømpåvirkning på skjørtet enn ved bruk av tett presenning (Gjøsund og Enerhaug, 2010). Skjørtene er utprøvd med en lengde på 110 m og en dybde på 10 m.*

For å få indikasjoner på mulige effekter på vannutskifting ved bruk av et luseskjørt, ble det gjennomført et forstudium i mars-april 2010. Den praktiske gjennomføringen av forstudien ble gjennomført ved at en strømmåler av typen SD-6000 ble omsluttet av en planktonduk av samme type som ble brukt i dette studiet. Strømmåleren stod ute på 5m dyp i 4 uker, og viste at vanngjennomstrømningen ble redusert i forhold til det normale strømbildet med ca. 50-55 % ved svak til moderat strøm (Johansen, 2010). Denne undersøkelsen viste at ved økende strøm ble reduksjonen forholdsvis større.

Oppdrettsmerdene som var testet med bruk av luseskjørt viste klart lavere omfang av lakselus enn merdene uten luseskjørt. Den gjennomsnittlige abundansen av lakselus i merdene uten luseskjørt varierte mellom 0,17 og 0,23 lus per fisk mens den gjennomsnittlige abundansen av lakselus i merdene med luseskjørt varierte mellom 0,05 og 0,07 lus per fisk.

Det ble foretatt kontrollmålinger av oksygennivået i oppdrettsmerdene, både ved automatisk måleutstyr og manuelle målinger. Som følge av avvik mellom disse måleresultatene, valgte man å legge de manuelle målingene til grunn. Også tilvekst, dødelighet, sjøtemperaturer og begroing ble undersøkt. I rapportens punkt «4.0 Diskusjon» står det:

Oksygenmålingene viste signifikant høyere oksygenmetning i merdene uten luseskjørt. I merdene med luseskjørt ble det registret generelt lavere minimumsnivåer enn hva som ble målt i merden uten luseskjørt. Det er mulig at luseskjørt reduserer tilførselen av friskt vann så mye at dette kan ha gitt lavere oksygenmetning, men 75% av målingene viste oksygenmetning på 99,4% og oppover i merdene med luseskjørt, og bare én måling viste laveste verdi, 75% metning. Det var ingen systematisk forskjell i tilvekst på fisk i merder med og uten luseskjørt, og gjennomsnittlig dødelighet var 0,8% i merder med og uten luseskjørt. Mulige forklaringer på disse funnene blir i det følgende diskutert ut fra biologiske og fysiske fakta.

Utprøvingen av luseskjørtene på Fornes fra mai til desember i 2011 er et sentralt tema i vår sak fordi KFIR har lagt til grunn at utprøvingen var nyhetshindrende ved to anledninger. Den ene anledningen var under vasking av skjørtene og den andre anledningen var da skjørtene skulle loddet ned – og hvor ett av skjørtene i en periode ble liggende synlig i vannoverflaten. Salgard foretok også ytterligere utprøving av skjørtene etter Fornes. Denne utprøvingen er også beskrevet i tingrettens dom fra 2015, men retten finner ikke grunn til å gjengi disse delene av dommen her.

I perioden før patentsøknad ble inngitt søkte Salgard også om forskningsstøtte hos Regionalt forskningsfond Nord-Norge (RFFNORD). Søknaden ble avslått. Søknaden til RFFNORD har også blitt ansett nyhetshindrene av KFIR.

Søknad om patent ble inngitt i februar 2012. I korrespondansen med Patentstyret ble det selvstendige kravet endret noe, slik at kravet som ble meddelt av Patentstyret i 2013 hadde følgende ordlyd:

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).

Det ble levert flere innsigelser til patentet etter at det ble meddelt. En av innsigelsene kom fra Mørenot Aquaculture AS, som er partshjelper i vår sak. Vedtaket som vår sak gjelder handler om Patentstyret og KFIRs senere behandling av innsigelsen fra Mørenot.

I tillegg til innsigelsene gikk tre aktører også til søksmål om gyldigheten av patentet. Patentstyrets behandling av innsigelsene ble stilt i bero i påvente av denne rettslige prosessen.

Oslo tingrett avsa dom i saken 24. mars 2015. I dommen ble patentet kjent delvis ugyldig, men opprettholdt ved at det uselvstendige krav 7 – om maskevidder fra 100 til 1000 µm – ble trukket inn i det selvstendige krav 1.

Avgjørelsen ble anket til Borgarting lagmannsrett. Anken ble forkastet av lagmannsretten ved dom av 16. juni 2016. Lagmannsretten avsa sin avgjørelse under dissens. Et mindretall på to dommere mente at luseskjørtet ikke hadde tilstrekkelig oppfinneshøyde, og at patentet derfor måtte kjennes ugyldig. Salgard ble heller ikke tilkjent sakskostnader fordi flertallet hadde vært i sterk tvil om resultatet.

Etter at lagmannsrettens dom ble rettskraftig besluttet Patentstyret å innstille den videre behandlingen av innsigelsene knyttet til stridspatentet. Mørenot klaget denne avgjørelsen fra Patentstyret inn for KFIR. Det ble avholdt muntlige forhandlinger for klagenemnda 17. desember 2017, og 25. januar 2018 avsa klagenemnda avgjørelse hvor klagen ble tatt til følge og innsigelsen førte fram. Klagenemnda mente at oppfinnelsen hadde blitt åpenlyst utøvet ved to anledninger under utprøvingen av luseskjørtene på Fornes. I tillegg mente klagenemnda at søknaden til RFFNORD om forskningsstøtte også måtte anses som allment tilgjengelig, og at sammendraget av forskningsprosjektet i søknaden ville gjøre en fagkyndig i stand til å utøve oppfinnelsen. På denne bakgrunn mente KFIR at nyhetsvilkåret i patentloven § 2 ikke var oppfylt og at Patentstyrets tidligere innvilgelse av søknaden om patentbeskyttelse var ugyldig.

Salgard krevde rettslig overprøving av KFIRs vedtak ved stevning til Oslo tingrett av 9. mars 2018. Mørenot erklærte partshjelp til støtte for staten v/KFIR. Hovedforhandling ble avholdt 21. – 25. januar 2019. Retten hørte sju parts- og vitneforklaringer, fikk framvist ulike duker og nett og fikk også se videoer med ulike forsøk med spyling av disse. I rettsboken er det gitt en mer detaljert oversikt over de bevis som ble ført.

Saksøker – Salgard – har i hovedtrekk argumentert slik:

KFIRs konklusjon om at nyhetskravet ikke er oppfylt er feil. Verken forsøket på Fornes eller søknaden om forskningsstøtte kan ansees nyhetshindrene. Det er vanskelig å få klarhet i hva som egentlig har vært utslagsgivende for klagenemndas konklusjon. I vedtaket går det fram at konklusjonen er basert på en samlet helhetsvurdering av ulike forhold som klagenemnda har ansett problematiske i forhold til nyhetskravet. Dette er uriktig rettsanvendelse idet hvert av de påståtte motholdene skulle vært vurdert for seg.

Et forsøk er bare nyhetshindrende dersom allmennheten kan overvære forsøket. Anlegget på Fornes er avsidesliggende, og det er ingen personer som naturlig vil passere anlegget, hverken på land eller til sjøs. Det foreligger heller ingen opplysninger om at noen uvedkommende skal ha vært i nærheten av oppdrettsanlegget mens utprøvingen av luseskjørtene pågikk. De som var til stede ved nedloddingen og vaskingen av skjørtene har tvert imot bekreftet at ingen var i området på de aktuelle tidspunktene. Dersom en tenkt tilskuer likevel skulle valgt å passere så tett på anlegget som han har lov til etter akvakulturforskriften § 18, ville han uansett ikke direkte og utvetydig kunne utlede oppfinnelsen fra det han observerte. Han ville ikke kunne se den angitte maskestørrelsen på nettene, og han ville heller ikke kunne utlede det funksjonsbestemte trekket «sikre oksygentilførselen» fra det han så. KFIRs konklusjon om at forsøket på Fornes innebar en tilgjengeliggjøring av oppfinnelsen er derfor feil. Dersom retten skulle være uenig i dette, vil forsøket uansett være omfattet av det såkalte utprøvingsunntaket og derfor ikke nyhetshindrende.

Søknaden til RFFNORD innebar heller ingen tilgjengeliggjøring av oppfinnelsen. Opplysningene i søknaden var forretningshemmeligheter som RFFNORD ikke kunne gitt ut dersom noen hadde bedt om innsyn i søknaden. Søknaden ble avslått og RFFNORD mottok ingen begjæringer om innsyn i søknaden før prioritetsdatoen for patentet. Søknaden ble heller ikke publisert på annen måte. Innsynsbejæringen som ble sendt lenge etter at patentsøknaden var innvilget viser at RFFNORD forholdt seg til forvaltningslovens regler om taushetsplikt ved at fondet stilte Salgards fullmektig spørsmål om man ønsket å unnta deler av dokumentet fra innsyn.

Dersom retten ikke er enig med Salgard i at nyhetskravet er oppfylt gjøres det subsidiært gjeldende at KFIRs vedtak uansett er ugyldig fordi nemnda opphevet patentet på et annet grunnlag enn det som var omfattet av Mørenots opprinnelige innsigelse. For øvrig er det også mange andre svakheter ved patentmyndighetenes behandling av saken som tilsier at retten ikke bør vise tilbakeholdenhet ved overprøvingen av nemndas vurderinger.

Salgard har lagt ned slik påstand:

1. Staten v/Klagenemnda for industrielle rettigheter sitt vedtak av 25. januar 2018 i sak 17/00023 kjennes ugyldig.
2. Staten v/Klagenemnda for industrielle rettigheter dømmes til å erstatte Salgard AS sakens kostander.

Saksøkte – staten v/KFIR – og partshjelperen Mørenot har i hovedtrekk argumentert slik:

Salgards oppfinnelse oppfyller ikke nyhetskravet i patentloven § 2 fordi den ble gjort allment tilgjengelig før prioritetsdagen. KFIR har korrekt lagt til grunn at det er tre forhold som hver især må anses nyhetsskadelige. To av dem fant sted på Fornes – henholdsvis ved vaskingen av skjørtene og ved episoden da det ene nettet fløt på overflaten. Det tredje nyhetsskadelige forholdet er informasjonen som ble gitt om oppfinnelsen i søknaden til RFFNORD. Det er ikke riktig at KFIR har sauset disse tre forholdene sammen i en helhetsvurdering – tvert imot går det fram av vedtaket at hvert av motholdene isolert sett er ansett nyhetshindrende.

Rettslig sett er det ikke avgjørende om allmennheten faktisk fikk tilgang til oppfinnelsen før prioritetsdagen, spørsmålet er om fagmannen hadde mulighet til å overvåke utprøvingen og om en slik overvåking ville gjort ham i stand til å utøve oppfinnelsen i alle trekk. Oppdrettsanlegget på Fornes er ikke avskjermet fra innsyn, og fagmannen ville hatt mulighet til å observere både vaskingen og episoden med nedlodding av skjørtene fra båt utenfor anleggets beskyttelsessone på 20 meter. Både i båt og på land ville fagmannen kunne benyttet kikkert og andre hjelpemidler – som for eksempel droner – ved sin observasjon av anlegget. Fagmannen ville kunne sett at luseskjørtene var permeable, og at skjørtene hadde en annen innretning enn de ulike dukene som så langt hadde blitt brukt i tilknytning til oppdrettsmerder. Med en slik observasjon av nettets innretning og permeabilitet ville det være enkelt for fagmannen – ut fra sin bakgrunnskunnskap om luseproblematikken i oppdrettsnæringen – å forstå hva som var formålet med nettet og dermed også slutte seg fram til maskestørrelsen. Trekket «sikre oksygentilførsel» er et funksjonelt trekk som ikke bidrar med noe mer enn det som framgår av maskestørrelsen. Det gir derfor ikke mening å kreve at fagmannen skulle kunne slutte seg fram til dette trekket ut fra sine observasjoner.

Salgard kan ikke påberope noe utprøvingsunntak for forsøkene på Fornes. For det første gjelder det ikke noe utprøvingsunntak i norsk rett. For det andre vil et eventuelt utprøvingsunntak ikke kunne gis anvendelse her, både på grunn av forsøkets kommersielle karakter og på grunn av Fornes-utprøvingens lange varighet.

Søknaden om forskningsmidler til RFFNORD inneholdt nok opplysninger til at fagmannen ville være i stand til å utlede oppfinnelsens tekniske trekk i lys av fagets alminnelig

kunnskap. Taushetsplikten etter forvaltningsloven var ikke til hinder for publisering. Det framgikk ikke av søknaden at den inneholdt forretningshemmeligheter og luseskjørtene ble heller ikke behandlet av Salgard som noen forretningshemmelighet.

Det foreligger ingen feil ved KFIRs saksbehandling. Det følger av loven at klagenemnda har adgang til å oppheve patentet på andre grunnlag enn de som er omfattet av innsigelsen.

Staten v/KFIR har lagt ned slik påstand:

1. Staten v/Klagenemnda for industrielle rettigheter frifinnes.
2. Staten v/Klagenemnda for industrielle rettigheter tilkjennes sakskostnader.

Rettens vurdering

Innledning

Hovedspørsmålet i saken er om Salgards utprøving av luseskjørtene på Fornes og/eller søknaden om forskningsstøtte til RFFNORD innebar at oppfinnelsen allerede var kjent da patentsøknaden ble inngitt. Dersom oppfinnelsen allerede var kjent vil patenterbarhetsvilkåret om nyhet i patentloven § 2 ikke være oppfylt. Patentstyrets tidligere meddelelse av patentet vil i så fall være feil, slik KFIR har konkludert med i sitt vedtak.

Salgard har subsidiært gjort gjeldende at KFIRs opphevelse av patentet uansett er ugyldig fordi KFIR ikke hadde anledning til å gå utenfor de ugyldighetsgrunnlagene som opprinnelig var framsatt i innsigelsen fra Mørenot. Denne anførselen om saksbehandlingsfeil vil det bare være aktuelt for retten å vurdere dersom retten er enig med KFIR i at patentet ikke skulle blitt meddelt fordi nyhetsvilkåret ikke var oppfylt.

Ved prøvingen av et patents gyldighet kan retten prøve alle sider av patentmyndighetenes avgjørelse, også det konkrete skjønnet. Høyesterett har imidlertid slått fast at domstolene bør vise forsiktighet ved prøvingen av patentmyndighetenes fagtekniske skjønn. Det vises til avgjørelsen i Rt. 1975 side 603 (Swingballdommen) og til Rt 2008 side 1555 (Biomardommen). Dersom patentets gyldighet beror på spørsmål som i liten grad kan sies å være fagtekniske vil det ikke være naturlig for domstolen å utvise samme forsiktighet ved overprøvingen. Det samme vil være situasjonen dersom saken har blitt bedre opplyst under hovedforhandlingen enn den ble for patentmyndighetene.

Patentsaker reiser i alminnelighet problemstillinger hvor vurderingene til en gjennomsnittlig fagperson skal brukes som målestokk. Hvem som skal regnes som fagperson på et område, må bero på en vurdering av hva slags type fagpersoner som er

nærmest til å gjøre oppfinnelser av det slag som det er tale om. Salgard har ikke hatt sterke innvendinger mot KFIRs beskrivelse av fagpersonen, og retten tar derfor utgangspunkt i samme beskrivelse av fagpersonen som klagenemnda har gjort i vedtaket, avsnitt 27:

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.

Forholdet til de tidligere rettsavgjørelsene om patentets gyldighet

Gyldigheten av patentet har – som nevnt under gjennomgangen av sakens bakgrunn – vært prøvd tidligere av både Oslo tingrett og Borgarting lagmannsrett. Det er på det rene at disse avgjørelsene ikke er formelt bindende for retten nå. Enhver har mulighet til å reise søksmål om gyldigheten av et patent, og den rettslige avgjørelsen vil bare være bindende for partene i den aktuelle saken. Domstolene vil – som den klare hovedregel – likevel forsøke å behandle like saker likt, uavhengig av hvilken formell, subjektiv rettskraft som kan utledes av hver avgjørelse. Det har stor egenverdi for samfunnet å få en endelig løsning på uavklarte rettsspørsmål, også der hvor spørsmålet er tvilsomt og/eller beror på skjønnsmessige vurderinger. Retten mener derfor det er viktig å komme fram til en avgjørelse som – ikke bare formelt, men også reelt – er forenlig med den rettskraftige avgjørelsen som allerede foreligger om stridspatentets gyldighet. All den tid det er innretningshensyn som begrunner hvorfor like saker bør behandles likt, har det mindre betydning at lagmannsretten kom fram til sin konklusjon under både dissens og sterk tvil.

De tre motholdene som KFIR har vurdert som nyhetshindrende i vår sak var ikke påberopt som ugyldighetsgrunnlag i den tidligere rettsprosessen om patentet. De to motholdene knyttet til utprøvingen på Fornes var også kjent den gangen fordi informasjonen om disse er hentet fra Salgards egen rapport om utprøvingen: «Bruk av «luseskjørt» for å redusere påslag av lakselus *Lepeophtheirus Salmonis* (Krøyer) på oppdrettslaks.» Det tredje anførte motholdet – søknaden til RFFNORD om forskningsmidler – var ikke tema under forrige rettsbehandling. Siden ingen av motholdene var påberopt som ugyldighetsgrunnlag foretok hverken lagmannsretten eller tingretten noen vurdering av om de tre forholdene kunne anses som nyhetshindrende.

Tingretten og lagmannsretten foretok derimot grundige vurderinger av oppfinnelseshøyden til patentet opp mot en rekke andre mothold. Om oppfinnelseshøyden skriver lagmannsrettens flertall følgende på side 28 - 32 i dommen:

Flertallet, lagdommer Mestad, konstituert lagdommer Kræmer og fagkyndig meddommer Lekang, har kommet til at patentet er gyldig med de begrensninger som er fastsatt av tingretten, og bemerker:

Gjennom salg av Botngaards duk B (betegnet permaskjørt), som er dokumentert i 2009 og 2011, var det kjent at vevd duk med neglisjerbar permeabilitet kunne brukes for å hindre lakselus i å komme inn i merden. [...]

Det var imidlertid skepsis i fagmiljøene til hvorvidt vannkvaliteten ville være tilfredsstillende i det avgrensede volumet bak permaskjørtene. [...]

[...]

Ut fra tilgjengelig informasjon på søknadstidspunktet var den allmenne kunnskap at mangelfull oksygentilførsel tilsa varsomhet med bruk av permaskjørt, det vil si luseskjørt med tilnærmet tett duk, og at bruk av pumper eller annen teknikk for oksygentilførsel var det sentrale nærings- og forskningsmiljøer arbeidet med som løsning på denne utfordringen. Etter lagmannsrettens syn sto derfor slik løsninger sentralt ved fagpersonens vurdering av problem og løsning.

[...]

Selv om fagpersonen ikke skal tillegges oppfinneriske evner forutsettes han å kunne foreta nærliggende konstruksjoner. Løsningen med et permeabelt nett med en maskeåpning liten nok til å hindre lakselus i å komme gjennom, og samtidig sørge for tilstrekkelig oksygen, framstår i ettertid som enkel. Det er maskestørrelsen som skiller stridspatentet fra et planktonnett beskrevet foran. Slik sett er det lagmannsrettens flertalls syn at en fagperson trolig kunne ha kombinert kunnskapen fra krabbenettet hos Anderson m.fl. med erfaringene fra permaskjørt og dermed ha kommet fram til patentets løsning.

Lagmannsrettens flertall har imidlertid under sterk tvil kommet til at en fagperson ikke ville ha kommet fram til patentets løsning. Man skal være varsom med å trekke konklusjoner på bakgrunn av at løsningen framstår som enkel, jf EPO-Guidelines kapittel VII, punkt 8. Det framholdes der at en tilsynelatende enkel oppfinnelse kan ha oppfinneshøyde for eksempel dersom den er «of considerable technical value» eller hvis den «provides a technical advantage which is new and surprising».

Lagmannsrettens flertall mener at oppfinnelsen representerer en annen og ny tilnærming sett i forhold til Botngaard duk B – enten denne kombineres med bruk av pumper eller brukes som luseskjørt uten andre innretninger for tilførsel av oksygen. [...]

Lagmannsrettens mindretall gir uttrykk for en annet syn på side 35 – 36 i dommen:

Mindretallet legger til grunn at fagmannen kunne ha foretatt en direkte kombinasjon av det eksisterende luseskjørt og erstattet den tette duken med et nett. Det legges videre til grunn at fagmannen, med kjennskap til lakselusens vanlig forekommende størrelse i dens mobile fase, kunne ha valgt et nett med maskevidde 100 µm til 1000 µm. Nett med maskevidde 350 µm er av vitner beskrevet som handelsvare. Nett med maskestørrelse i det angitte området vil være fluidpermeable. Å kombinere et vanlig forekommende luseskjørt med et nett av den angitte maskestørrelse vil kun kreve fagmannens kombinasjonsevne og ingen oppfinnerisk aktivitet ut over den rene kombinasjon; å erstatte tett duk med nett.

I tråd med føringene foran er det den siterte begrunnelsen fra flertallet i lagmannsretten som vil være styrende for rettens vurdering av hva fagpersonen kunne forventes å undersøke (vilkåret om at den nyhetshindrende informasjonen skal ha vært allment tilgjengelig) og i relasjon til vurderingen av hvilken mulighet fagpersonen hadde til å utøve oppfinnelsen på bakgrunn av den informasjonen han/hun eventuelt fikk (vilkåret om «enabling disclosure»). Rettens utgangspunkt er følgelig at fagpersonen – til tross for sin kunnskap om lakselus, tette luseskjørt og problemene med oksygentilførsel ved bruk av disse – ikke selv var i stand til å komme på løsningen med å erstatte den tette duken med en mer permeabel variant. Utover dette ser retten ikke behov for å gå inn på noen nærmere drøftelse av hvilket selvstendig meningsinnhold som eventuelt kan legges i patenttrekket «sikre oksygentilførselen».

Generelt om kravet til nyhet

Retten går så over til å drøfte nyhetsvilkåret i patentloven § 2. Av første ledd i bestemmelsen går det fram at en oppfinnelse ikke er patenterbar dersom den allerede er kjent når patentsøknaden inngis. I andre ledd av bestemmelsen står det:

Som kjent anses alt som er blitt alment tilgjengelig, enten dette er skjedd ved skrift, foredrag, utnyttelse eller på annen måte.

Det er på det rene at en oppfinnelse kan anses allment tilgjengelig selv om ingen faktisk har tilegnet seg informasjonen. Det avgjørende for nyhetsvurderingen er om noen har hatt mulighet til å tilegne seg informasjonen. For at en tilgjengeliggjøring skal kunne anses nyhetshindrende er det i tillegg et krav om at tilgjengeliggjøringen har gjort fagpersonen i stand til å utøve oppfinnelsen – på engelsk omtalt som kravet til «enabling disclosure». Siden kravet om «enabling disclosure» avhenger av hvilken informasjon som er tilgjengelig, vil det være en glidende overgang mellom vurderingen av dette vilkåret og vilkåret om at oppfinnelsen skal ha vært allment tilgjengelig.

En viktig begrunnelse for vilkåret om nyhet (og vilkåret om oppfinneshøyde) har vært å sikre samfunnet vederlagsfri tilgang til oppfinnelser som samfunnet uansett ville hatt tilgang til. Stenvik skriver i «Patentrett» (3. utgave) på side 170:

Den opprinnelige begrunnelse for kravet om oppfinneshøyde var knyttet til gjensidighetssynspunkter. Belønning i form av patent forutsette at oppfinneren ytet gjengjelde ved å stille en ny teknisk løsning til almennhetens disposisjon. I dag må kravet om oppfinneshøyde først og fremst anses forankret i formåls- og hensiktsmessighetsbetraktninger. Patentretten skal fremme den tekniske utvikling. Samfunnet har ingen interesse av å tilgodese den som søker patent på noe som allerede var kjent eller som lå nær det kjente.

Som retten vil komme tilbake til, må disse formålsbetraktningen også få betydning for vurderingen av hvilke opplysninger som kan anses allment tilgjengelige.

KFIR har konkludert med at det foreligger tre nyhetshindrende mothold. To av dem knytter seg til forsøket på Fornes og det tredje er knyttet til søknaden om forskningsmidler. Alle tre skriver seg fra perioden før Salgard søkte om patent. Det omtvistede spørsmålet er om informasjonen som kan trekkes ut fra de tre episodene kan anses som nyhetshindrende mothold. For vurderingen av dette spørsmålet finner retten det hensiktsmessig å behandle de to kategoriene av mothold hver for seg. Retten starter med å vurdere de to anførte motholdene knyttet til forsøket på Fornes.

Forsøket på Fornes

KFIR har lagt til grunn at oppfinnelsen ble tilgjengeliggjort for allmenheten ved to anledninger under utprøvingen på Fornes i perioden mai til desember 2011. Den ene anledningen var under nedloddningen – hvor ett av skjørtene ble liggende å flyte i overflaten – og den andre anledningen var under vasking av skjørtene. Informasjonen om de to påberopte motholdene er hentet fra Salgards egen rapport om feltforsøkene. I denne rapporten er det blant annet tatt inn fotografier som viser hvordan ett av skjørtene ble liggende i vannoverflaten. Det har ikke kommet fram opplysninger om at representanter fra allmenheten faktisk tilegnet seg informasjon om utprøvingen mens den pågikk. Vurderingstema i klagenemndas avgjørelse er om noen har hatt mulighet til å tilegne seg denne informasjonen.

Ved vurderingen av allmenhetens tilgang til anlegget tar KFIR følgende utgangspunkt (avsnitt 41):

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.

KFIR legger til grunn at problemene med nedloddningen av skjørtene innebar at allmenheten fikk følgende informasjon om oppfinnelsen:

Da problemene med nedloddningen oppsto, ville derfor eventuelle tilskuere kunne studere nettet i vannoverflaten. (avsnitt 40)

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. (avsnitt 47)

Om vaskingen uttaler KFIR blant annet følgende i avsnitt 51 og 52:

Rengjøringsprosessen [...] 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. 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.

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 maskestørrelsen, 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.

Slik retten tolker KFIRs begrunnelse er den fagkyndiges observasjon av skjørtets vanngjennomtrengelighet (permeabilitet) en sentral del av begrunnelsen for konklusjonen om at fagpersonene ville kunne utlede alle oppfinnelsens tekniske trekk, både ved nedloddingen og under vaskingen. Eksempelvis skriver nemnda i avsnitt 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.

Retten er enig med KFIR i at en observasjon av skjørtets permeabilitet vil være en sentral nøkkel til forståelsen av oppfinnelsen. Som det går fram av både flertallet og mindretallets votum i den tidligere siterte lagmannsrettsavgjørelsen om patentets gyldighet, er det grunn til å tro at fagpersonen ville kunne klart å resonnerer seg fram til mange av trekkene i patentet – herunder maskestørrelsen – dersom han/hun først hadde innsett at det er mulig å

bruke et skjørt rundt merdene som både holder lakselus ute samtidig som det sikrer en viss horisontal vanngjennomstrømning.

Retten er derimot ikke enig med KFIR i at allmennheten gjennom observasjon av de to episodene under forsøkene på Fornes ville forstå at det var vanngjennomtrengelige skjørt som ble benyttet. Etter rettens syn er klagenemndas rettslige tilnærming til spørsmålet om hvordan allmennheten ville observere anlegget for generell og virkelighetsfjern. Retten er også uenig med KFIR i at det var mulig å se at skjørtene var vanngjennomtrengelige fra den posisjonen hvor klagenemnda mener at allmennheten kunne forventes å oppholde seg.

Spørsmålet om hvilken vanngjennomtrengelighet som kan utledes gjennom observasjon av skjørtene ved de nevnte anledningene er i liten grad et spørsmål som krever særlig teknisk fagkyndighet. Problemstillingen har dessuten blitt langt bedre belyst gjennom en ukes hovedforhandlingen i retten enn hva den ble under klagenemndas behandling. Det skal også nevnes at Patentstyret ikke har vurdert spørsmålene i denne saken, som normalt vil tilfellet i saker som behandles av KFIR. Retten ser derfor ikke grunn til å vise særlig tilbakeholdenhet ved overprøvingen av KFIRs vurderinger.

KFIRs rettslige tilnærming til spørsmålet om hvilken informasjon allmennheten ville kunne hente ut gjennom observasjon av forsøket på Fornes går til dels fram av begrunnelsen i vedtaket. Under hovedforhandlingen ble nemndas tilnærming ytterligere klargjort gjennom vitneforklaringen til nemndsmedlem Tove Aas Helge og i innleggene fra statens prosessfullmektig. Slik retten oppfatter klagenemnda har den tatt utgangspunkt i en tenkt situasjon hvor representanter fra allmennheten – i form av et team med fagpersoner – oppholder seg kontinuerlig utenfor oppdrettsanleggets beskyttelsessone. Som team har fagpersonene mulighet til å fokusere på ulike elementer i de prosessene man kan observere, og én fagperson kan derfor ha full oppmerksomhet rettet mot nettets konstruksjon og permeabilitet. Nemnda legger til grunn at denne fagpersonen kan ta i bruk ulike tekniske hjelpemidler under sine observasjoner – som for eksempel kikkert og droner. Med denne inngangen til vurderingstemaet er klagenemndas konklusjon at fagpersonen ville sett at skjørtene var vanngjennomtrengelige.

Selv om det rettslige utgangspunktet er at en oppfinnelse er tilgjengelig dersom den kan observeres – og at det er muligheten for slik observasjon som er avgjørende – mener retten at vilkåret om allmenn tilgjengeliggjøring må vurderes mer konkret opp mot omstendighetene i den enkelt sak enn KFIR har gjort i sitt vedtak. Etter rettens syn må det både tas hensyn til hva slags oppfinnelse det er tale om, måten den har blitt synlig på og til risikoen for at en synliggjøring av oppfinnelsen faktisk vil føre til at noen observerer den. Det er ikke gitt at grensene for allmennhetens ferdselsrett vil være avgjørende for hva som skal anses observerbart – og dermed tilgjengelig. I noen tilfeller kan det tenkes at en oppfinnelse må anses tilgjengeliggjort selv om den bare har vært mulig å se innenfor et område hvor allmennheten ikke har fri ferdselsrett, fordi sannsynligheten er stor for at noen

utenforstående likevel ville få tilgang til området. Motsatt kan man tenke seg at en oppfinnelse ikke kan anses som tilgjengeliggjort selv om den har vært mulig å observere fra et sted hvor allmenheten i prinsippet har hatt lovlig tilgang, fordi det anses helt usannsynlig at noen faktisk ville komme dit. Konkurransesituasjonen knyttet til den aktuelle oppfinnelsen vil også kunne tenkes å spille inn i vurderingen, slik at en oppfinnelse fortore må anses tilgjengeliggjort dersom den aktuelle bransjen er preget av kappløp mellom konkurrenter om å utvikle løsninger på et allerede definert problem.

Begge parter har under sine prosedyrer pekt på norske og europeiske rettskilder som handler om vilkåret om allmenn tilgjengeliggjøring. Ingen av disse rettskildene gir noen entydig veiledning på hvordan vilkåret bør tolkes når en oppfinnelse har blitt gjort synlig på et avsidesliggende sted. Retten finner imidlertid en viss støtte for sin tolkning av vilkåret om allmenn tilgjengeliggjøring i Stenviks Patentrett på side 191:

I praksis oppstår det ofte spørsmål om de strukturelle trekk ved et produkt, slik som produktets innhold og sammensetning, skal anses kjent. Utgangspunktet og hovedregelen er at slike trekk anses kjent hvis de ville latt seg avdekke ved en undersøkelse av produktet, og det gjelder selv om en fagmann ikke hadde noen særlig oppfordring til å foreta undersøkelser. Det kan diskuteres om man bør unnta tilfelle der det er helt usannsynlig at noen ville komme til å undersøke produktet. På den ene side kan det anføres at tilgjengeligheten i et slikt tilfelle ikke er så mye av en realitet, og at den derfor ikke bør komme patentsøkeren til skade. Dessuten vil samfunnet i et slikt tilfelle ha interesse av at oppfinneren søker patent, og dermed på en effektiv måte gjøre oppfinnelsen kjent for allmenheten. På den annen side vil det retts teknisk være enklere å se bort fra graden av sannsynlighet for at noen ville ha undersøkt produktet. Noe sikkert svar er det vanskelig å gi, men det bør neppe utelukkes at man helt unntaksvis kan anse strukturelle trekk som nye, selv om de rent teoretisk kunne vært avdekket.

I vår sak er det ikke bestridt at Salgard hadde valgt et avsidesliggende sted for utprøvingen av luseskjørtene. Salgards opplysninger om at ingen uvedkommende ble observert i nærheten av anlegget under hele testperioden er heller ikke bestridt. Utprøvingen ble foretatt i en bransje og en periode preget av stort fokus på å finne løsninger på problemene med lakselus, men hvor ingen hadde tenkt på / tro på løsningen med å bruke permeable luseskjørt. Retten legger derfor til grunn at ingen hadde særlig oppfordring til å rette fokus mot permeabiliteten på de innretninger man kunne observere i bruk på anlegget på Fornes. Siden det allerede er slått fast i lagmannsrettens dom at fagpersonen ikke var i stand til å resonnerer seg fram til løsningen med å benytte permeable skjørt rundt merdene blir det etter rettens syn derfor feil å ta utgangspunkt i at en tenkt fagperson skulle observere anlegget med kontinuerlig fokus rettet mot skjørtenes permeabilitet. En fagperson som var i stand til å forstå at fokuset skulle rettes mot nettopp denne egenskapen ville jo også være i stand til å utøve oppfinnelsen. Retten er derfor uenig i KFIRs tilnærming til vurderingen av hva som kunne anses allment tilgjengeliggjort fra forsøkene på Fornes. Etter rettens syn vil en riktig tilnærming være at den allment tilgjengelige informasjonen fra forsøkene er

det som ville kunne observeres ved en passering forbi anlegget – utenfor beskyttelsessonen – og hvor observatøren ikke har hatt særlig fokus rettet mot skjørtenes permeabilitet.

Etter rettens syn ville en person som passerte anlegget på Fornes ikke se at nettet var permeabelt – hverken under nedlodningen eller vaskingen. Retten har fått framvist det aktuelle nettet som ble benyttet, og legger til grunn at man gjennom en isolert observasjon av skjørtet – fra en avstand på noen meter – ikke vil være i stand til å se at det har masker.

Bildene som er tatt fra nedlodningen viser et skjørt som ikke synker ned, og hvor det har kommet store luftbobler mellom vannoverflaten og skjørtet. Ansamlingen av luft under skjørtet gjør det nærliggende å tenke at skjørtet ikke er særlig permeabelt. Retten kan heller ikke se at det er andre forhold ved det flytende nettet som gir indikasjon om at det er vanngjennomtrengelig.

Etter rettens syn ville nettets vanngjennomtrengelighet heller ikke være synlig under vaskingen av skjørtene. Retten har fått framvist videoer fra forsøk som er gjort med spyling av ulike nett/duker med ulikt trykk og fra forskjellige avstander. Forsøkene viser at nettene med stor maskevidde slipper gjennom mer vann enn nettene/dukene med mindre maskevidde. Retten har også fått demonstrert hvordan lyset fra en lampe plassert på baksiden av ulike nyproduserte nett/duker blir mer synlig desto større maskevidde nettet/duken har. Selv om disse forskjellene kunne observeres under framvisning i retten ville en person som passerte anlegget mens vaskeprosessen pågikk etter rettens syn likevel ikke klare å gjøre seg opp noen mening om skjørtenes permeabilitet. For det første ville den forbigående observatøren mangle alle de referansepunkter og sammenligningsgrunnlag som retten har hatt når den har fått framvist forsøkene. Den forbigående ville for eksempel ikke vite hva slags trykk som ble benyttet under spylingen. For det andre var skjørtene som ble spylt til dels skitne og begrodd, noe som vil ha gjort dem mindre lys- og vanngjennomtrengelige. For det tredje er det grunn til å tro at høytrykksspylingen også førte til mye vannsprut generelt – slik at det ikke har vært lett å se hvor mye vann som faktisk slapp gjennom skjørtet. Spylingen ble også gjort ombord på en båt som var delvis skjult av en forflåte med bygning og der overbygg og annet utstyr på båten også hindret innsyn. En observatør måtte derfor velge observasjonspunkt med omhu for i det hele tatt å kunne observere at det var vasking av duk som ble utført.

Rettens konklusjon er etter dette at en person som passerte anlegget på Fornes mens utprøvingen pågikk ikke ville være i stand til å se at skjørtene var vanngjennomtrengelige. Selv om retten er uenig i KFIRs tilnærming til vurderingen av hvordan allmennheten ville observere anlegget, vil retten likevel bemerke at det også med KFIRs tilnærming er høyt usikkert om skjørtets vanngjennomtrengelige egenskaper ville være synlig for en fagperson som hadde kontinuerlig fokus rettet mot nettopp denne egenskapen.

Utprøvingen på Fornes kan etter dette ikke anses nyhetshindrende etter patentloven § 2.

Søknaden om forskningsstøtte

Retten går så over til å vurdere søknaden til RFFNORD om forskningsmidler. I søknaden ble det søkt om støtte til et forskningsprosjekt med tittelen «*Hindre luselarver adgang til oppdrettsmerder ved hjelp av planktonduk*». Søknaden ble inngitt høsten 2010 og ble avslått våren 2011. KFIR har lagt til grunn at prosjektsammendraget i søknaden er nyhetshindrende og at søknaden ble allment tilgjengelig ved inngivelsen fordi RFFNORD er et forvaltningsorgan som er bundet av offentleglova. Salgard har på sin side anført at søknaden inneholdt forretningshemmeligheter som RFFNORD hadde taushetsplikt om.

Retten er enig med Salgard i at søknaden om forskningsmidler inneholdt opplysninger som er underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13. Etter denne bestemmelsen har forvaltningen blant annet 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.

Forskning på og utvikling av nye produkter og framgangsmåter ligger i kjerneområdet for hva som må anses konkurransesensitivt. Etter rettens syn er det klart at forvaltningen har taushetsplikt om slike opplysninger, i hvert fall så lenge eventuelle immaterielle rettigheter knyttet til prosjektet ikke er forsøkt sikret og forskningsmidler heller ikke er innvilget. Forvaltningen har en selvstendig plikt til å vurdere om den informasjonen den mottar er underlagt taushetsplikt, og søkers manglende forhåndsklassifisering av søknaden som et dokument «unntatt offentlighet» har derfor ingen betydning for vurderingen av om RFFNORD kunne gi andre personer innsyn i søknaden. All den tid opplysningene må anses taushetsbelagte mener retten det ikke er grunn til å gå inn på noen kontrafaktisk spekulasjon om hvorvidt Salgard likevel ville samtykket til at opplysningene ble gitt ut dersom noen hadde bedt om innsyn i søknaden. Den faktiske situasjonen er at ingen ba om innsyn, at innsyn ikke ble gitt og at RFFNORD heller ikke hadde adgang til å gi innsyn i søknaden i den perioden hvor et innsyn kunne blitt ansett nyhetshindrende.

Retten konkluderer etter dette at søknaden om forskningsmidler til RFFNORD ikke kunne anses allment tilgjengelig før patentets prioritetsdato. Søknaden kan av den grunn heller ikke anses nyhetshindrende etter patentloven § 2.

Konklusjon

Oppsummert er rettens vurdering at ingen av KFIRs anførte mothold kan anses nyhetshindrende etter patentloven § 2. Konklusjonen om at patentet må oppheves er derfor feil, og KFIRs vedtak må kjennes ugyldig.

Sakskostnader

Salgard har vunnet saken og skal etter tvistelovens hovedregel få erstattet sine nødvendige sakskostnader. Retten kan ikke se at det foreligger tungtveiende grunner som tilsier at det bør gjøres unntak fra denne hovedregelen.

Salgards sakskostnadskrav er på kroner 2 250 115,-. Merverdiavgift inngår ikke i dette kravet. Kroner 1 621 050,- er salær til Salgards prosessfullmektiger mens de resterende delene av kravet er godtgjørelse til sakkyndige vitner, tapt arbeidsfortjeneste for partsrepresentanten m.v. Staten har protestert mot Salgards krav.

Retten er enig med staten i at Salgards omkostningskrav er svært høyt, og har vært i tvil om kravet bør settes ned fordi utgiftene ikke kan anses rimelige og nødvendige. Fra Salgards side har saken vært lagt opp bredt, og retten legger advokat Gjessings opplysninger til grunn om at de oppførte utgiftene er reelle utgifter i forbindelse med rettsbehandlingen av saken. En reduksjon i de tilkjente sakskostnadene vil dermed ha som konsekvens at Salgard har hatt kostnader med saken som selskapet ikke får erstattet. Sett i lys av forhistorien, hvor Salgard allerede har vært gjennom en omfattende rettsprosess om patentets gyldighet – og hvor selskapet ikke fikk erstattet sine sakskostnader – framstår det lite rimelig om KFIRs uriktige opphevelse av det samme patentet på nytt skulle innebære at Salgard blir påført kostnader selskapet ikke får erstattet. På denne bakgrunn har retten – under tvil – kommet til at sakskostnadskravet ikke skal settes ned.

Retten kan ikke se at Mørenots partshjelp i saken har ført til at Salgards kostnader med søksmålet mot KFIR har blitt noe særlig høyere enn de ville blitt uten denne partshjelpen. Av den grunn mener retten at staten v/KFIR må stå erstatningsansvarlig for hele det tilkjente sakskostnadsbeløpet.

Staten må også betale rettens kostnader. Utgiftene til de fagkyndige meddommerne vil bli fastsatt i en egen avgjørelse i etterkant av domsavsigelsen.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING:

1. Vedtaket av 25. januar 2018 fra Klagenemnda for industrielle rettigheter er ugyldig.
2. Staten v/Klagenemnda for industrielle rettigheter dømmes til å betale kroner 2 250 115,- i sakskostnader til Salgard AS innen to uker etter at dommen er forkynt.

Retten hevet

Ingebjørg Tønnessen

Arild Tofting

Anne Keysan

Veiledning om anke i sivile saker vedlegges.

Veiledning om anke i sivile saker

I sivile saker er det reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 som gjelder for anke. Reglene for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger er litt ulike. Nedenfor finner du mer informasjon og veiledning om reglene.

Ankefrist og gebyr

Fristen for å anke er én måned fra den dagen avgjørelsen ble gjort kjent for deg, hvis ikke retten har fastsatt en annen frist. Disse periodene tas ikke med når fristen beregnes (rettsferie):

- fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag
- fra og med 1. juli til og med 15. august
- fra og med 24. desember til og med 3. januar

Den som anker, må betale behandlingsgebyr. Du kan få mer informasjon om gebyret fra den domstolen som har behandlet saken.

Hva må ankeerklæringen inneholde?

I ankeerklæringen må du nevne

- hvilken avgjørelse du anker
- hvilken domstol du anker til
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hva du mener er feil med den avgjørelsen som er tatt
- den faktiske og rettslige begrunnelsen for at det foreligger feil
- hvilke nye fakta, bevis eller rettslige begrunnelser du vil legge fram
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det kravet ankesaken gjelder, og hvilket resultat du krever
- grunnlaget for at retten kan behandle anken, dersom det har vært tvil om det
- hvordan du mener at anken skal behandles videre

Hvis du vil anke en tingrettsdom til lagmannsretten

Dommer fra tingretten kan ankes til lagmannsretten. Du kan anke en dom hvis du mener det er

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i dommen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Hvis du ønsker å anke, må du sende en skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har behandlet saken. Hvis du fører saken selv uten advokat, kan du møte opp i tingretten og anke muntlig. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater, anker muntlig.

Det er vanligvis en muntlig forhandling i lagmannsretten som avgjør en anke over en dom. I ankebehandlingen skal lagmannsretten konsentrere seg om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet, og som det er knyttet tvil til.

Lagmannsretten kan nekte å behandle en anke hvis den kommer til at det er klart at dommen fra tingretten ikke vil bli endret. I tillegg kan retten nekte å behandle noen krav eller ankegrunner, selv om resten av anken blir behandlet.

Retten til å anke er begrenset i saker som gjelder formuesverdi under 125 000 kroner

Hvis anken gjelder en formuesverdi under 125 000 kroner, kreves det samtykke fra lagmannsretten for at anken skal kunne bli behandlet.

Når lagmannsretten vurderer om den skal gi samtykke, legger den vekt på

- sakens karakter
- partenes behov for å få saken prøvd på nytt
- om det ser ut til å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket, eller ved behandlingen av saken

Hvis du vil anke en tingretts kjennelse eller beslutning til lagmannsretten

En *kjennelse* kan du som hovedregel anke på grunn av

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i kjennelsen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Kjennelser som gjelder saksbehandlingen, og som er tatt på bakgrunn av skjønn, kan bare ankes dersom du mener at skjønnsutøvelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan du bare anke hvis du mener

- at retten ikke hadde rett til å ta denne typen avgjørelse på det lovgrunnlaget, eller
- at avgjørelsen åpenbart er uforsvarlig eller urimelig

Hvis tingretten har avsagt dom i saken, kan tingrettens avgjørelser om saksbehandlingen ikke ankes særskilt. Da kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Kjennelser og beslutninger anker du til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anken avgjøres normalt ved kjennelse etter skriftlig behandling i lagmannsretten.

Hvis du vil anke lagmannsrettens avgjørelse til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke gis bare når anken gjelder spørsmål som har betydning utover den aktuelle saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta anker over *kjennelser* og *beslutninger* til behandling.

Hvis de blir tatt til behandling, er det som regel hvis spørsmålet har betydning utover den aktuelle saken, hvis andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller hvis saken reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelser og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.