



## BORGARTING LAGMANNSRETT

### DOM

---

**Avsagt:** 29.06.2020

**Saksnr.:** 19-180957ASD-BORG/02

**Dommere:**

Lagdommer  
Lagdommer  
Lagdommer

Espen Sandvik  
Agnar A. Nilsen jr.  
Henrik Westborg Smiseth

---

Ankende part

General Electric  
Technology GmbH

Advokat Turid Oma

Ankemoøpart

Staten v/Klagenemnda for  
industrielle rettigheter

Advokat Anders  
Flaatin Wilhelmsen

Saken gjelder gyldigheten av vedtak om avslag på oppreisning for fristoversittelse etter patentloven § 72.

Klagenemnda for industrielle rettigheter (KFIR) traff 17. januar 2019 avgjørelse om at General Electric Technology GmbH ikke skal gis oppreisning for fristoversittelse. Ved stevning av 15. mars 2019 gikk General Electric Technology til søksmål mot staten v/ KFIR, med påstand om at KFIRs avgjørelse er ugyldig.

Oslo tingrett avsa 17. oktober 2019 dom med slik slutning:

1. Staten v/Klagenemnda for industrielle rettigheter frifinnes.
2. Tandberg Innovation AS dømmes til innen 14 dager å betale 34 800 – trettifiretusenttusen – kroner i sakskostnader til staten v/ Klagenemnda for industrielle rettigheter.

Henvisningen til Tandberg Innovation AS i domsslutningens punkt 2 er en feilskrift. Det er General Electric Technology GmbH som er saksøker og ankende part i saken. Tandberg Innovation AS er prosessfullmektigens firma.

General Electric Technology har anket dommen.

Lagmannsretten besluttet 1. april 2020 at ankesaken skal behandles skriftlig, jf. tvisteloven § 29-16 femte ledd. Det ble vist til at vilkårene i § 29-16 femte ledd er oppfylt, og at ingen av partene har motsatt seg skriftlig behandling.

Etter at skriftlig behandling var besluttet, innga partene hvert sitt skriftlige hovedinnlegg til supplering av tidligere inngitt ankeerklæring og anketilsvar. Partene fikk deretter anledning til å kommentere hverandres hovedinnlegg.

Da det ble besluttet at saken skulle behandles skriftlig, ble det tatt forbehold om at det kunne bli aktuelt å avholde et etterfølgende, kort fjernmøte, som et supplement til den i skriftlige behandlingen. Etter gjennomgang av partenes skriftlige innlegg fant lagmannsretten at saken var tilstrekkelig opplyst, og at det ikke var nødvendig med et slikt fjernmøte.

### **Sakens bakgrunn**

Sakens bakgrunn er beskrevet som følger i tingrettens dom:

General Electric Technology GmbH («General Electric Technology») er EP-innehaver av patent nr. EP2217938 («Patentet»). Fristen for å validere Patentet i Norge utløp 17. august 2017. Begjæring om validering ble først innlevert 15. november 2017 sammen med en begjæring om oppreisning for fristoversittelsen. Bakgrunnen for fristoversittelsen var at patentadministrator forvekslet to saker registrert på samme patenthaver med samme agent i saksbehandlingssystemet og feilaktig lukket feil sak og slettet valideringsfristen.

Tandberg Innovation AS («Tandberg Innovation») mottok 7. juni 2017 instruks fra General Electric Technologys utenlandske agent om å oversette kravene i Patentet fra tysk til norsk. Det ble samtidig opplyst at ny instruks om validering ville følge etter at agenten hadde gjennomgått oversettelsen. I henhold til rutinen ble det opprettet en sak i Tandberg Innovations interne saksbehandlingssystem Patricia med saksnummer V5001NO00 («Valideringssaken»). Det ble samtidig opprettet en frist for validering av Patentet i Norge med korrekt dato 17. august 2017. Fristen ble i henhold til rutinen også lagt i mappen/brukeren «SU» i saksbehandlingssystemet som samler alle eksterne frister for validering på ett sted.

Oversettelsen av kravene ble oversendt den utenlandske agenten 6. juli 2017, og Tandberg Innovation mottok 25. juli 2017 instruks å validere Patentet. Denne instruksen ble lagt inn på Valideringssaken sammen med den tidligere oversettelsen.

Den 7. juli 2017 mottok Tandberg Innovation instruks fra samme agent om å oversette krav for et annet patent (EP 2315889) også tilhørende General Electric Technology. I dette tilfellet ble det opplyst at man *ikke* ville følge opp med instruks om å validere patentet og saken ble opprettet i saksbehandlingssystemet med saksnummer V5110NO00 («Oversettelsessaken») uten frist. Den 8. august 2017 ble oversettelsen av kravene i denne saken sendt med e-post til agenten sammen med slutfaktura for oppdraget. Dokumentene i Oversettelsessaken ble feilaktig registrert på Valideringssaken. Ettersom oppdraget i Oversettelsessaken var avsluttet valgte patentadministrator å avslutte Oversettelsessaken. Ved en feil avsluttet hun i stedet Valideringssaken. Noen minutter senere ble også Oversettelsessaken lukket av samme patentadministrator. E-posten til den utenlandske fullmektigen ble loggført også i Oversettelsessaken.

Tandberg Innovation ble klar over fristoversittelsen 3. november 2017 og innleverte begjæring om validering og oppreisning 15. november 2017. Begjæringen ble avslått av Patentstyret 22. februar 2018. Avgjørelsen ble opprettholdt i KFIRs avgjørelse 17. januar 2019.

Partene er enige om at tingrettens saksfremstilling som gjengitt ovenfor, kan legges til grunn.

**Ankende part, General Electric Technology GmbH**, har i hovedsak gjort gjeldende:

Vilkårene for å ta saken til behandling er oppfylt. Patentfullmektigen har utvist all den omhu som med rimelighet kan kreves.

Det er enighet om at fristoversittelsen skyldes en enkeltstående menneskelig feil begått av underordnet personale. Det som skjedde, var at en erfaren patentadministrator lukket en valideringssak i den tro at hun lukket en ren oversettelsessak. Slike feil er ikke i seg selv til hinder for at det innvilges fortsatt behandling. Det er nettopp denne typen feil oppreisingsbestemmelsen i § 72 er ment å gi beskyttelse mot.

Saksbehandlingssystemet til patentfullmektigen er logisk og overskuelig. Det finnes betryggende kontrollrutiner, herunder rutiner for kryssjekk. Systemet tar høyde for at underordnede ansatte fra tid til annen handler i strid med rutinen. Det er innbakt elektroniske sikkerhetsmekanismer i fristhåndteringssystemet, slik at patentadministratoren får varsel to ganger før fristen kan slettes. Først gis det varsel om at vedkommende er i ferd med å lukke en sak der det er registrert aktive frister. Deretter gis det varsel ved at fristene som sådan får en varseltrekant, før også disse må slettes. Personalet har også fått tilfredsstillende opplæring.

Det kan ikke kreves at patentfullmektigen, i tillegg til å ha betryggende rutiner, også må ha en rutine for å fange opp brudd på rutinene. Avgjørende er om det eksisterer betryggende kontrollrutiner, noe både tingretten og KFIR har kommet til at det gjør. Tingretten har lagt til grunn en for streng aktsomhetsnorm.

Denne typen feilen som her oppsto, er en feil man må anse at oppstår forholdsvis sjeldent, og som det var nærmest umulig å forutse. Det må dessuten tas hensyn til at feilen oppsto kun fordi saksnumrene var meget like – V5001NO00 (valideringssaken) og V5110NO00 (oversettelsessaken), og sakene gjaldt samme utenlandske agent. Feilen kan sees som en unnløst, ved at patentadministratoren unnløst å innlevere valideringen.

General Electric Technology GmbH har nedlagt slik påstand:

1. Klagenemnda for industrielle rettigheter sin avgjørelse i sak 18/00040 oppheves i sin helhet.
2. Staten ved Klagenemnda for industrielle rettigheter dømmes til å erstatte General Electric Technology GmbH sine sakskostnader.

**Ankemotparten, staten ved Klagenemnda for industrielle rettigheter**, har i hovedsak gjort gjeldende:

KFIRs vedtak av 17. januar 2019 er gyldig. Tingrettens dom bygger på korrekt bevisbedømmelse og rettsanvendelse. Det vises til tingrettens dom, som staten fullt ut kan slutte seg til.

Det gjelder en streng aktsomhetsnorm. Denne saken dreier seg om at en medarbeider aktivt slettet en frist som var ført inn i fristovervåkningssystemet. Det var ikke etablert noen manuell kryssjekkrutine ved sletting av fristen, og slettingen kunne gjøres av en medarbeider alene. Det

er da ikke etablert tilfredsstillende kontrollrutiner for å fange opp feilaktig sletting av frister, og det kan ikke gis oppreisning for fristoversittelsen etter patentloven § 72.

I praksis går det et skille mellom rene unnlater og aktive handlinger. Rene unnlater er det vanskelig å etablere kontroll-/kryssjekkrutiner for å fange opp. Aktive handlinger kreves det at det er innført kryssjekkrutiner for. Denne saken gjelder aktive handlinger, der en medarbeider aktivt går inn og sletter en frist som er ført inn i et saksbehandlingssystem. Etter praksis kan ikke fristoversittelse godtas i slike tilfeller. Patentfullmektigen har ikke utvist alle den omhu som med rimelighet kan kreves.

Staten v/ Klagenemnda for industrielle rettigheter har nedlagt slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. Staten v/Klagenemnda for industrielle rettigheter tilkjennes sakskostnadene.

### **Lagmannsrettens syn på saken**

Lagmannsretten har kommet til at KFIRs vedtak er gyldig, og at det ikke skal gis oppreisning for fristoversittelsen.

Når det gjelder de rettslige utgangspunktene og rammene for domstolenes prøving av oppreisningskravet, viser lagmannsretten til tingrettens dom:

For at et europeisk patent skal få virkning i Norge må patenthaveren innen tre måneder etter at et europeisk patent har blitt meddelt, sende inn oversettelse av patentkravene og/eller beskrivelsen til Patentstyret samt betale fastsatt gebyr, jf. patentloven § 66 c. I denne saken ble begjæring om validering ikke innsendt innen fristen. Det er enighet om at øvrige vilkår for validering av Patentet er oppfylt.

Etter patentloven § 72 første ledd – slik bestemmelsen lød på det aktuelle tidspunktet – kan saken likevel tas til behandling:

Dersom en patentsøker, (...), har oversett en frist fastsatt i eller i medhold av denne lov, og som følge av dette har lidt rettstap, skal saken likevel tas under behandling såfremt han godtgjør at han og hans fullmektig har utvist all den omhu som med rimelighet kan kreves. Slik begjæring må fremsettes skriftlig til Patentstyret innen to måneder etter at den hindring som førte til fristoversittelse er opphørt, og senest ett år etter fristens utløp. Innen samme tid skal den unnlatte handling være foretatt. Det skal betales fastsatt avgift.

Bestemmelsen ble endret med virkning fra 1. juli 2019. Det er enighet om at lovendringen ikke har direkte betydning i saken og at forholdet skal vurderes etter den tidligere bestemmelsen.

Avgjørelsen fra KFIR er en lovunden avgjørelse og domstolen har full prøvesrett i saken. Det er faktum på vedtakstidspunktet som skal prøves.

Dersom vilkårene i patentloven § 72 første ledd er oppfylt har søker krav på å få saken behandlet. En oversittelse av fristen i patentloven § 66 c, uten at vilkårene i § 72 første ledd er oppfylt, medfører et rettstap for patenthaveren ved at det europeiske patentet ikke får virkning i Norge. Det er ikke omtvistet at begjæring om oppreisning av fristen ble fremsatt for Patentstyret innen to måneder etter at feilen ble oppdaget og at det er betalt fastsatt avgift. Hovedspørsmålet i saken er derfor om det er «utvist all den omhu som med rimelighet kan kreves».

Hvorvidt patentfullmektigen har utvist slik «omhu» som patentloven § 72 krever, beror på en konkret aktsomhetsvurdering. I aktsomhetsvurderingen skal det i henhold til lovens ordlyd sees hen til hva som «med rimelighet kan kreves» av patentfullmektigen. Vurderingen må gjøres i henhold til det innhold aktsomhetsnormen har blitt tillagt i øvrige rettskilder.

Lovforarbeidene gir uttrykk for at aktsomhetsnormen i § 72 er «streng», jf. Ot.prp. nr. 32 (1978-79) side 41. Det uttales også i forarbeidene at «det stilles ganske store krav til den aktsomhet som kreves av søkeren», jf. NOU 1976: 49 side 132.

Det finnes relativt lite rettspraksis forbundet med patentloven § 72. Høyesterett har ikke behandlet noen oppreisningskrav etter denne bestemmelsen. Borgarting lagmannsrett har tatt stilling til oppreisningskrav etter patentloven § 72 i LB 1994-2836, LB-2010-116367 og LB-2012-24387. I disse sakene var imidlertid faktum i liten grad sammenlignbart med vår sak. LB-2012-24387 gjaldt en utenlandsk patentfullmektig som misforstod en instruks, og derfor trodde at patentet ikke skulle videreføres i Norge. LB-1994-2836 gjaldt en frist som opprinnelig var skrevet korrekt inn i patentfullmektigens årbok, og som ved en feil ikke ble videreført i patentfullmektigens årbok for det påfølgende året. LB-2010-116367 gjaldt et identifikasjonsspørsmål forbundet med aktsomhetsvurderingen, og ikke aktsomhetsnormen som sådan.

Det finnes omfattende administrativ praksis vedrørende patentloven § 72. Denne praksisen omfatter i tillegg til Patentstyrets egne avgjørelser, klagesaker som er avgjort av Klagenemnda for industrielle rettigheter (KFIR), og tidligere Patentstyrets Annen avdeling. Lagmannsretten finner at denne praksisen i utgangspunktet «bør tillegges betydelig vekt så langt denne fremstår som entydig», slik det også ble lagt til grunn i LB-2012-24387.

Det må likevel tas i betraktning at den administrative praksisen ble utsatt for kritikk i forbindelse med en nylig revisjon av patentloven § 72. Norsk forening for Industriens Patentingeniører (NIP) uttalte i høringsrunden at praksis var «veldig streng», og burde mykes opp til å være på linje med praksis fra Det europeiske patentverket (EPO), jf. Prop.52 L (2018-2019) side 15. KFIR uttalte i samme høringsrunde at aktsomhetskravet burde harmoneres med europeiske praksis, og at de nye forarbeidene eventuelt kunne presisere at aktsomhetsnormen som ble praktisert skulle lempes for å oppnå dette, jf. Prop.52 L (2018-2019) side 15.

Det finnes også omfattende praksis fra EPO vedrørende krav på oppreisning etter artikkel 122 i den europeiske patentkonvensjonen (EPC). Patentloven § 72 er utformet med EPC artikkel 122 som forbilde. Tingretten uttalte likevel at praksis fra EPO får «begrenset

betydning som rettskildefaktor i denne saken». Dette ble begrunnet med at det foreligger en konsistent, norsk forvaltningspraksis, og at denne norske praksisen også er lagt til grunn av domstolene. Tingretten har også vist til LB-2012-24387, og uttalelsene der om at Norge ikke har bundet seg til å følge europeisk praksis. I LB-2012-24387 ble det dessuten vist til at forarbeidene ikke angir uttrykkelig at man skal legge seg tettest mulig opp til den europeiske praksisen.

Lagmannsretten finner at også den europeiske praksisen må tillegges betydelig vekt, selv om Norge ikke er folkerettslig forpliktet til dette. Det vises til Stenvik, Patentrett, 3. utgave side 104:

Det er grunn til å merke seg at oppreisningsbestemmelsen i patl. § 72 er utformet med art. 122 EPC som bakgrunn og mønster. Dette betyr at det ved tolkningen er grunn til å legge vekt på praksis fra EPO, selv om vi her står overfor en saksbehandlingsregel, ikke en materiell regel. Det bør kreves gode grunner for å føre en praksis som avviker fra praksis fra EPO, men EPOs praksis er ikke bindende for norske myndigheter.

Lagmannsretten vil også peke på at forarbeidene til den norske patentloven viser til uttalelser på europeisk nivå om tolkningen av konvensjonen, jf. NOU 1976: 49 side 132. Dette tilsier at ikke bare bestemmelsens ordlyd, men også tolkningen av denne, bør søkes harmonisert.

Synspunktet om at en harmonisering med europeisk praksis er ønskelig, har dessuten fått gjennomslag i tidligere praksis. Den norske, administrative praksisen ble myket opp på begynnelsen av 1990-tallet, med den begrunnelse at den hadde utviklet seg til å bli mer restriktiv enn praksis hos EPO, jf. Prop.52 L (2018-2019) side 12. På tilsvarende måte må det også i dag være relevant å se hen til om norsk praksis er på linje med europeisk praksis. Europeisk praksis vil særlig få betydning på punkter der den avklarer spørsmål som ikke er avklart i norsk administrativ praksis.

Ved eventuell motstrid mellom norsk og europeisk praksis, kan det som følge av de momenter som er påpekt ovenfor, heller ikke være noen automatikk i at norsk administrativ praksis skal gis forrang. Både omleggingen av den norske administrative praksisen på begynnelsen av 1990-tallet, samt uttalelsene i Prop.52 L (2018-2019) og fra Stenvik som nevnt ovenfor, tilsier at en harmonisering med europeisk praksis er ønskelig. Dersom norsk administrativ praksis ikke lenger skulle være på linje med europeisk praksis, må det ved domstolsprøvingen også sees hen til hvilken løsning som i størst grad samsvarer med lovens ordlyd og formål, og om den norske praksisen uansett burde ha vært justert for å tilpasse seg den europeiske. Det vil videre være av betydning hvor klar og konsistent den aktuelle praksisen er i henholdsvis Norge og Europa.

Forholdet mellom norsk eller europeisk praksis kommer uansett ikke på spissen i denne saken. Selv om norsk praksis i sin alminnelighet later til å være noe strengere enn europeisk praksis, kan lagmannsretten ikke se at det er påvist noen klare forskjeller av avgjørende betydning for fristoversittelsen i denne saken. Det er ikke påvist praksis fra

verken Norge eller EPO i saker som er fullt ut sammenlignbare med vår sak, der «feil» frist har blitt slettet som følge av at to patenter forveksles.

Den ovennevnte lovrevisjonen, som ble drøftet i Prop.52 L (2018-2019), endte med at aktsomhetskravet ble fjernet i sin helhet. Fra og med 1. juli 2019 kan oppreisning gis etter patentloven § 72 dersom «fristoversittelsen var utilsiktet». Dette innebærer at oppreisning kan gis selv der fristoversittelsen var uaktsom. Det er enighet om at lovendringen ikke får tilbakevirkende kraft på vår sak. Lovendringen, og de avveiningene som ligger bak denne, viser likevel at de underliggende reelle hensynene ikke nødvendigvis gjør at oppreisning bare kan gis i ekstraordinære tilfeller. Dette får også en viss betydning for hvor strengt aktsomhetsnormen må praktiseres.

I så vel norsk som europeisk praksis, er det etablert et skille mellom på en ene siden enkeltstående menneskelige feil, og på den annen side svikt i patentfullmektigens generelle systemer og rutiner. Dersom fristoversittelsen kun skyldes en enkeltstående feil begått av underordnet personale, er feilen ikke til hinder for oppreisning. Det forutsettes da at den menneskelige feilen ikke skyldes mangel på opplæring, for høyt arbeidstempo eller uklare rutiner, jf. LB-2012-24387. I vår sak er det ikke anført at den menneskelige svikten skyldes svikt i opplæring eller arbeidsforhold.

Hvorvidt feilen i dette konkrete tilfellet kan anses som en unnskyldelig og enkeltstående hendelse, har blitt vurdert noe forskjellig av de tidligere instanser.

Patentstyret kom i vedtaket av 22. februar 2019 til at fristoversittelsen skyldtes en enkeltstående feil begått av underordnet personale, og at en slik feil ikke i seg selv er til hinder for oppreisning. Når Patentstyret likevel ikke ga oppreisning, skyldtes det at patentfullmektigens generelle kontrollrutiner ikke ble ansett som tilstrekkelige.

KFIR avgjorde derimot klagesaken på det grunnlag at patentadministratoren, dvs. den enkelte underordnete saksbehandleren, hadde utvist en slik uaktsomhet at denne i seg selv var til hinder for oppreisning. Det ble vist til at det måtte gjelde et skjerpet krav til aktsomhet for den enkelte patentadministrator når vedkommende var gitt adgang til å overstyre det generelle saksbehandlingssystemet.

Tingretten var uenig med KFIR på dette punktet. I tingrettens dom gis det uttrykk for at det ikke kan tillegges vekt at den enkelte patentadministrator ikke har opptrådt med tilstrekkelig aktsomhet. I likhet med Patentstyret, nektet tingretten i stedet oppreisning på det grunnlag at patentfullmektigens generelle kontrollrutiner var for dårlige.

Lagmannsretten er enig med tingretten og Patentstyret i at patentadministratorens feil i dette tilfellet ikke i seg selv kan være til hinder for oppreisning. Patentadministrator var en underordnet ansatt. Hun begikk en menneskelig feil ved at hun forvekslet en sak/patent med en annen.

Feilen må betraktes som enkeltstående. Det er ikke opplyst at patentadministratoren eller andre ansatte hos patentfullmektigen har gjort slike feil ved andre anledninger. Feilen som førte til fristoversittelsen, fant sted da patentadministratoren slettet valideringssaken og



fristen som var lagt inn i denne. Mye taler for at hun burde ha oppdaget feilen da hun ti minutter senere også slettet oversettelsessaken. At hun på dette etterfølgende tidspunktet likevel hadde en ekstra mulighet til å oppdage feilen, innebærer ikke at feilen ikke kan anses som enkeltstående. Slettingen av oversettelsessaken var isolert sett korrekt. Det var uansett en klar sammenheng mellom de to handlingene, og bare få minutter mellom dem. Begge deler ble utført som ledd i patentadministratorens arbeid med det hun trodde var en sletting av «oversettelsessaken». Etter lagmannsrettens syn må slettingen av fristen derfor betraktes som en enkeltstående feil, og ikke som flere etterfølgende feil.

Lagmannsretten går etter dette over til å drøfte om oppreisning må nektes, under henvisning til at patentfullmektigens generelle systemer og kontrollrutiner var mangelfulle.

Kravet til kontrollrutiner er strengt. Dette innebærer likevel ikke at det kreves at kontrollrutinene skal være i stand til å avdekke enhver menneskelig svikt. Et slikt krav ville i praksis innebære at ansvaret for fristoverholdelse var objektivt. Loven oppstiller kun et aktsomhetskrav. Det samme følger av praksis fra EPO, der det stilles krav om et «normally satisfactory system», jf. f.eks. sak T-1269/13. I begrepet «normally» ligger det at det ikke kreves at systemet fanger opp enhver menneskelig feil.

Spørsmålet blir dermed hvilke konkrete former for menneskelige feil kontrollrutinene må sørge for å avdekke, og hvilke typer feil det motsetningsvis kan godtas at systemet ikke er i stand til å fange opp. I flere avgjørelser er det vist til at kontrollrutinene må fange opp enkeltstående menneskelige feil «som man må anta vil forekomme fra tid til annen», jf. f.eks. avgjørelsen fra Patentstyret 2. avdeling PS-2010-7939, som også er gjengitt i LB-2012-24387. Både uttrykket «må anta» og «fra tid til annen», tilsier at det bare kan kreves at kontrollrutinene tar høyde for feil som til en viss grad er forutberegnelige, og som det dessuten er en viss grad av sannsynlighet for at vil forekomme i praksis.

Det vil også være relevant hvor ressurskrevende det hadde vært å etablere og anvende slike kontrollrutiner at feilen hadde blitt avdekket. Det kan ikke kreves at patentfullmektigen skal etablere svært ressurskrevende kontrollrutiner for å avdekke feil som bare vil oppstå i helt ekstraordinære situasjoner.

Det er ikke omtvistet at patentfullmektigens systemer i dette tilfellet var gode nok i sin alminnelighet. Tingretten uttalte om dette:

KFIR kom i sin avgjørelse (punkt 20) til at fristovervåkningssystemet generelt har betryggende rutiner for å sikre at valideringsoppdraget håndteres på en korrekt måte. Retten er enig i dette.

Lagmannsretten legger i likhet med KFIR og tingretten til grunn at fristovervåkningssystemet til patentfullmektigen generelt sett var godt nok. Statens generelle erklæring om at den er fullt ut enig i tingrettens dom, må forstås slik at staten også er enig i dette.

At patentfullmektigens systemer var gode nok i sin alminnelighet, er likevel ikke ensbetydende med at de var tilfredsstillende med tanke på den konkrete risiko som her

materialiserte seg. At kontrollrutinene generelt sett er gode nok, kan med andre ord ikke veie opp for mangler i kontrollrutinene på enkeltpunkter.

I administrativ praksis er det lagt til grunn et krav om «kryssjekk» av saksbehandlerens handlinger. I en avgjørelse fra Patentstyrets Annen avdeling i sak PS-2010-7939 er dette kravet beskrevet som følger:

Etter fast praksis kreves i alminnelighet at patentfullmektiger har innført kontrollrutiner som er i stand til å fange opp enkeltstående menneskelige feil, som man må anta vil forekomme fra tid til annen. Det må med andre ord innføres en form for «kryssjekk», som innebærer at ansvaret for overholdelse av frister ikke overlates til én medarbeider alene. Det har i en rekke avgjørelser vært lagt til grunn at dersom én medarbeider er pålagt å registrere frister, besvare henvendelser fra Patentstyret, gjennomføre betaling av avgifter etc., må det som regel pålegges en annen medarbeider å føre kontroll med at oppgavene blir utført på rett måte og til rett tid. Derimot kreves normalt ikke rutiner som er innrettet til å avdekke et sammenfall av to eller flere menneskelige feil, jf. f.eks. den ovenfor nevnte kjennelsen 7127. Rutiner som kan avdekke slikt sammenfall av feil, vil som regel gi en nokså begrenset gevinst i form av økt sikkerhet, og de kan være uforholdsmessig ressurskrevende.

Liknende uttalelser finnes også i flere andre administrative avgjørelser. I KFIRs avgjørelse i sak 2015-11 ble det uttalt:

Når det gjelder kravet til kontrollrutiner, har det i en rekke avgjørelser vært lagt til grunn at dersom én medarbeider er pålagt å registrere frister etc., må det som regel pålegges en annen medarbeider å føre kontroll med at oppgavene blir utført på rett måte og til rett tid. Derimot kreves normalt ikke rutiner som er innrettet til å avdekke et sammenfall av to eller flere menneskelige feil. Rutiner som kan avdekke slikt sammenfall av feil, vil som regel gi en nokså begrenset gevinst i form av økt sikkerhet, og de kan være uforholdsmessig ressurskrevende, jf. Borgarting lagmannsretts dom LB-2012-24387 og Annen avdelings kjennelse 2010-7939

Kravet til kryssjekk modifieres noe ved formuleringene om at kryssjekk «som regel» må utføres, og er dermed ikke et absolutt krav.

Den ovenfor gjengitte uttalelsen fra PS-2010-7939 er også sitert i LB-2012-24387. Det presiseres samtidig i LB-2012-24387 at det ikke gjelder et generelt krav om kryssjekk. Dette er bare et moment i vurderingen av om det finnes betryggende kontrollrutiner:

Ankende part kan ikke høres med at det ble stilt et generelt krav om kryssjekk. Unnlattelsen av kryssjekk er bare trukket inn som et viktig moment ved totalvurderingen av det mer overordnede kravet som er omtalt i første avsnitt av det siterte fra klagevedtaket, nemlig at det skal finnes betryggende kontrollrutiner.

LB-2012-24387 illustrer likevel at sletting av frister er en type handling der kryssjekk er aktuelt. Lagmannsretten uttalte følgende:

Etter dette er lagmannsretten kommet til at det i klagevedtaket ikke er stilt opp noen uriktige eller lovstridige vurderingskriterier, og at det i denne saken var god grunn, i samsvar med Patentstyrets praksis vedrørende fristovervåkningssystemer ved fullmektigkontorer, til å legge avgjørende vekt på at fullmektigen ikke hadde etablert

rutiner for kryssjekk ved at det ikke var innført rutiner for kontroll med sletting av frister fra overvåkningssystemet.

Lagmannsretten legger i likhet med avgjørelsen i LB-2012-24387, til grunn at det avgjørende vurderingstemaet er om kontrollrutinene kan anses betryggende ut fra en totalvurdering. Denne totalvurderingen må gjøres i lys av forarbeidenes uttalelser om at aktsomhetsnormen er streng. Dette tilsier at det «som regel» må oppstilles et krav til en form for kryssjekk ved sletting av en frist, der denne fristen tidligere er lagt inn i systemet for det formål at valideringsfristen skal overholdes, jf. PS-2010-9739. Det må likevel vurderes konkret ut fra omstendighetene i den enkelte sak om det er grunn til å oppstille et krav til en kryssjekk. Det må også vurderes konkret hva slags kontrolltiltak en eventuell slik kryssjekk skal omfatte.

Det kan etter lagmannsrettens syn ikke oppstilles noe ubetinget krav om at kryssjekken må være menneskelig eller manuell. Også digitale kontrollmekanismer kan være tilstrekkelige, forutsatt at disse er tilstrekkelig effektive. Staten har også uttalt at en digital form for kryssjekk i prinsippet kan være tilstrekkelig, jf. statens prosesskriv av 7. mai 2020.

Hvorvidt det skal stilles krav til kryssjekk, har i praksis vært vurdert under hensyn til blant annet om fristoversittelsen skyldtes en aktiv handling eller en unnlattelse, jf. bl.a. KFIRs avgjørelse i sak 19/00024. Dette skillet er begrunnet med at det ved rene unnlattelser ikke finner sted noen konkret hendelse eller handling som kan utløse relevante kontrolltiltak. Det har derfor vært større adgang til oppreisning der fristoversittelsen skyldes en unnlattelse, enn der fristoversittelsen skyldtes en aktiv handling.

I dette tilfellet skyldtes fristoversittelsen aktive handlinger. Fristen som var lagt inn i systemet ble aktivt slettet av saksbehandleren, og det var denne slettingen som førte til at valideringsfristen ble oversittet. Det hadde vært mulig for patentfullmektigen å etablere kontrollrutiner som hindret slike feil, ved å stille krav til at denne typen sletting først kunne gjennomføres når den var bekreftet av en annen medarbeider. Slike kontrollrutiner var ikke på plass, og dermed kunne feilen finne sted.

General Electric Technology har anført at feilen kan sees på som en unnlattelse. Dette forklares med at man kan se det slik at patentadministrator unnlot å innlevere valideringen, og deretter lukket saken slik at kontrollen ble umuliggjort. Lagmannsretten er ikke enig i dette. Enhver fristoversittelse i en valideringssak forutsetter en unnlattelse, i den forstand at valideringshandlingen ikke foretas i tide. Når praksis skiller mellom aktive handlinger og unnlattelser, siktes det ikke til fristoversittelsen som sådan, men til den bakenforliggende feilen som førte til fristoversittelsen. Avgjørende er da hvilket avvik fra normal prosedyre som førte til fristoversittelsen. I dette tilfellet er det den feilaktige og aktive slettingen av fristen som førte til fristoversittelsen. Det forhold at patentadministrator unnlot å innlevere valideringen umiddelbart etter at oppdraget ble mottatt, er ingen feil i seg selv, og hadde heller ikke ført til fristoversittelse med mindre den registrerte fristen senere ble aktivt slettet.

Lagmannsretten kan heller ikke se at det ville ha vært uforholdsmessig ressurskrevende å etablere og etterleve en kontrollrutine med kryssjekk ved sletting av denne typen frister. Det antas å være et relativt begrenset antall valideringssaker der en tidligere registrert frist skal slettes før patentet er validert. En kryssjekk av at slettingen er riktig i slike tilfeller, kan heller ikke antas å være særlig tidkrevende. Denne relativt begrensede ressursbruken må holdes opp mot de betydelige skadevirkninger det kan ha for patenthaveren dersom patentet ikke valideres i tide, og patenthaveren dermed går glipp av patentbeskyttelse i Norge.

Patentfullmektigens systemer hadde i dette tilfellet innebygget enkelte digitale kontrollmekanismer, som var egnet til å redusere risikoen for feilaktig sletting. Patentadministrator måtte utføre tre etterfølgende og aktive handlinger for å slette fristen. Først måtte saken lukkes, deretter måtte det på forespørsel aktivt bekreftes at saken skulle lukkes, og til slutt måtte selve fristen – som var markert med varseltrekant - slettes manuelt. Patentadministrator ble på denne måten tydelig gjort utvetydig oppmerksom på at hun var i ferd med å slette en frist.

Lagmannsretten kan ikke se at disse kontrollmekanismene i seg selv var tilstrekkelige, når de sammenholdes med den gjeldende aktsomhetsnormen. De digitale kontrollmekanismene var, slik denne saken illustrerer, i liten grad egnet til å avdekke tilfeller av forveksling mellom to forskjellige saker/patenter. Risikoen for slik forveksling var etter lagmannsrettens syn forutberegnelig, og noe som man «må anta» at vil kunne inntre «fra tid til annen». Det er neppe uvanlig at en patentfullmektig på et gitt tidsrom håndterer mer enn ett patent tilhørende en og samme rettighetshaver, og at denne rettighetshaveren dessuten bruker samme agent for alle disse patentene. Kontrollrutinene burde derfor tatt høyde for at slike likheter kan føre til forvekslingsfare, og derfor stilt krav til kryssjekk når en frist ble slettet.

Ankende part har anført at det ikke i tillegg til betryggende rutiner, også kan kreves rutiner som skal fange opp den enkelte medarbeiders brudd på rutinene. Ved å gjøre dette, har tingretten ifølge ankende part oppstilt et nytt og strengere vilkår for oppreisning enn det tidligere praksis legger opp til. Ankende part har i tillegg til å beskrive patentadministrators feil som et brudd på rutinene, også kalt patentadministrators sletting av fristen for en omgåelse av systemet.

Etter lagmannsrettens syn er det lite naturlig å betegne patentadministrators feil som en «omgåelse» av patentfullmektigens systemer, og heller ikke som et brudd på patentfullmektigens «rutiner». Patentadministrator har slik lagmannsretten ser det, i prinsippet fulgt rutinene for sletting av en sak, og brukt patentfullmektigens systemer for dette formål, uten noen form for omgåelse. Fristoversittelsen skyldes at i utgangspunktet korrekte handlinger ble utført på feil sak, som følge av en menneskelig glipp. Poenget med kryssjekk er i tilfeller som dette ikke å fange opp «brudd på rutiner» eller «omgøelser av systemer». Formålet med kryssjekken er å fange opp slike enkeltstående menneskelige feil som her fant sted, og som ble begått innenfor de ordinære rammene for patentfullmektigens systemer og rutiner.

Lagmannsretten finner at det å nekte oppreisning i et tilfelle som dette vil være i samsvar med både lovens ordlyd og forarbeider, samt rettspraksis og administrativ praksis. For så vidt gjelder praksis, vises det særlig til avgjørelsene i LB-2012-24387 og PS-2010-7939 som er omtalt ovenfor.

General Electric Technology har påberopt seg enkelte andre avgjørelser til støtte for sitt syn, herunder særlig KFIR sak 19/00024 og EPO sak T- 1269/13. De påberopte avgjørelsene viser at det ikke alltid kan oppstilles et krav til kryssjekk, noe som også fremgår av lagmannsrettens drøftelse ovenfor. Ingen av de påberopte avgjørelsene er imidlertid parallell med vår sak, da ingen av dem gjelder det tilfelle der en saksbehandler har slettet en frist som følge av at to saker/patenter er forvekslet. Det er derimot avgjørende forskjeller mellom de nevnte sakene og vårt tilfelle.

KFIR avgjørelse i sak 19/00024 gjaldt ikke sletting av en frist for validering som sådan, men sletting av en oppgave for å videresende valideringsinstrukser til patentfullmektiger i andre land. KFIR la avgjørende vekt på at denne feilen måtte karakteriseres som en unnløtelse, «nemlig en unnløtelse av å overføre fristoppgaven og unnløtelse av å endre ansvarlig person for saken». Vår sak gjelder motsetningsvis ikke en unnløtelse, men en aktiv handling, jf. ovenfor.

EPO sak T- 1269/13 gjaldt heller ikke en sletting av en frist på samme måte som i vår sak. Fristoversittelsen skyldtes i T- 1269/13 at en ansatt skrev "Appeal Decision" i stedet for "Decision to refuse the application" i systemet i forbindelse med en videresending av et brev til patentfullmektigens klient. Som følge av denne feilen kansellerte systemet alle frister i systemet. Denne feilen er heller ikke sammenlignbar med en handling hvis ene formål er å slette en frist.

Lagmannsretten har etter dette kommet til at vilkårene for å gi oppreisning etter patentloven § 72 ikke var oppfylt. Anken blir dermed å forkaste.

### **Sakskostnader**

Staten har vunnet saken, jf. tvisteloven 20-2 annet ledd og har dermed i utgangspunktet krav på full erstatning for sine sakskostnader, jf. tvisteloven 20-2 annet ledd.

Lagmannsretten finner ikke at tungtveiende grunner gjør det rimelig å fritta General Electric Technology for sakskostnader, jf. tvisteloven 20-2 tredje ledd.

Staten har inngitt et omkostningskrav for lagmannsretten på 11 600 kroner. Det har ikke blitt fremsatt innvendinger mot kravets størrelse. Lagmannsretten finner kostnadene nødvendige, og tilkjenner sakskostnader i henhold til kravet.

Etter tvisteloven § 20-9 andre ledd legger lagmannsretten sitt resultat til grunn ved avgjørelsen av sakskostnader for tingretten. Lagmannsretten finner ikke grunnlag for å gjøre endring i tingrettens sakskostnadsavgjørelse.

Dommen er enstemmig.

**SLUTNING:**

1. Anken forkastes.
2. General Electric Technology GmbH betaler 11 600 – ellevetusensekshundre - kroner i sakskostnader for lagmannsretten til staten v/Klagenemnda for industrielle rettigheter innen to uker fra forkynnelsen av denne dommen.

Espen Sandvik

Jeg bekrefter at rettens øvrige medlemmer har godkjent avgjørelsens innhold, jf. midlertidig lov av 26. mai 2020 nr. 47 § 8 annet ledd.

Espen Sandvik

Dokument i samsvar med undertegnet original.  
Elza Umarova (signert elektronisk)