



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 16.06.2016 i Borgarting lagmannsrett,

Saksnr.: 15-090322ASD-BORG/03

Dommere:

| | |
|-----------------------|------------------------|
| Lagdommer | Ingvild Mestad |
| Konstituert lagdommer | Anette Isachsen Kræmer |
| Lagdommer | Svein Kristensen |

Meddommere:

| | |
|-----------------------------|-----------------|
| European Patent Attorney | Per Roald Fluge |
| Førsteamanuensis | Odd Ivar Lekang |

- | | | | |
|----|--------------|---------------------|--|
| I | Anke | | |
| | Ankende part | Cathay Import AS | Advokat Vidar Johnsen Advokat Katrine Malmer-Høvik |
| | Ankende part | Nordic Aqua Gear AS | Advokat Vidar Johnsen Advokat Katrine Malmer-Høvik |
| | Ankende part | Salgard AS | Advokat Vincent Tsang Advokat Ida Elisabeth Gjessing |
| | Ankemothpart | Calanus AS | Advokat Vincent Tsang Advokat Ida Elisabeth Gjessing |
| II | Anke | | |
| | Ankende part | Salgard AS | Advokat Vincent Tsang Advokat Ida Elisabeth Gjessing |
-

| | | |
|--------------|---------------|--|
| Ankende part | Calanus AS | Advokat Vincent Tsang Advokat Ida Elisabeth Gjessing |
| Ankemospart | Moen Marin AS | Advokat Vidar Johnsen Advokat Katrine Malmer-Høvik |

Saken gjelder gyldigheten av patent på en anordning til bruk i lakseoppdrettsnæringen, spørsmål om det foreligger inngrep i dette patentet, samt krav om midlertidig forføyning og krav om erstatning for uberettiget forføyning.

Framstilling av saken

Om sakens bakgrunn gjengis følgende fra tingrettens dom:

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 viltlevende 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 oppdrettsmerkene for å stenge lakselus ute. Leppesfisk, 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. Trådtykkelsen reduserer lysåpningen men gir likevel en lavere strømpåvirkning på skjørtet enn ved bruk av tett presenning (Gjørund 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 vanngjennomstrømmingen 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 oksygenivået 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.

Feltutprøvingen av planktonduk som skjerming rundt oppdrettsmerder for å redusere påslag av lakselus fortsatte i regi av de samme aktører samt Cermaq ASA i siste halvdel av 2012 og i 2013, ved lokalitetene Dragnes, Horsvåg, Langøyhovden, Storurdvika og Storfjell. Miljø- og helseparametre som oksygen, salinitet, dødelighet, vekst og sykdomsutbrudd ble observert og analysert. Det ble foretatt oksygenmålinger ved fire av forsøkslokalitetene for merder med henholdsvis seks meter og ti meter luseskjørt og merder uten skjørt. Målingene ble utført ukentlig fra en til ti meters dyp ca. 5 meter fra merdringen mot midten av merden. Det ble også foretatt daglige målinger på enkeltdybder. Rapporten fra feltutprøvingen viser verdier for gjennomsnittlig prosentvis oksygenmetning, standardavvik og minimumsmetning. I rapporten punkt 5 er det konkludert slik:

Feltutprøving av planktonduk har gitt resultater som viser at bruk av både 6 og 10 meter dype skjørt av planktonduk betydelig reduserer påslag av kopepoditter, med størst effekt av 10 meter dype skjørt. Det er imidlertid viktig å ta med seg at effekt av planktonduk vil variere fra dag til dag og fra lokalitet til lokalitet. I denne feltutprøvingen har en ikke observert betydelig lave oksygennivåer eller en negativ helsemessig tilstand som følge av bruk av planktonduk, og de praktiske erfaringer har vært gode i dette prosjektet. Det anbefales imidlertid å sørge for god overvåkning av oksygennivå ved bruk av planktonduk, da det kan være ulike forhold ved ulike lokaliteter. God bruk av planktonduk kan effektivt bidra til å redusere smittepress på lokalitetsnivå, som vist gjennom feltutprøving i storskala på lokalitet Storfjell i dette prosjektet. God bruk av planktonduk som en kontinuerlig skjerming mot smittsomme kopepoditter er et nytt verktøy mot lakselus

I oversikt over oppnådde resultater påpekes at viktigheten av god overvåkning av oksygennivå særlig gjelder ved bruk av planktonduk kombinert med stor fisk og høye biomasser.

Calanus startet kommersielt salg av luseskjørt i 2013. I 2014 solgte Calanus 212 skjørt av varemerket "Salgard". I 2015 ble det solgt 130 slike skjørt, og i 2016 er ordresreserven så langt på 90 skjørt. Calanus' luseskjørt har kvadratiske sveisede maskeåpninger med innvendige mål på 350 µm og trådtykkelse i begge retninger på 150 µm.

Calanus' patent NO 333 479

Basert på det foreløpige forskningsarbeidet søkte Calanus om patent for beskyttelsesnett for oppdrettsmerder 9. februar 2012. Snorre Angell, Remi Mathisen, Bjarne Johansen, Trond Larsen og Kurt Steinar Tande er angitt som oppfinnere i patentsøknaden, med Onsagers AS som patentfullmektig. Det selvstendige patentkrav 1 er i søknaden formulert slik:

Anordning for å isolere oppdrettsmerd for fisk mot uønskede organismer, hvilken anordning anbringes omsluttende oppdrettsmerden, karakterisert ved at anordningen omfatter et fluidpermeabelt nett som er åpent oppad og nedad, hvilket fluidpermeable nett strekker seg en avstand ned i oppdrettsmerdens dybderetning, dannende et skjørt rundt oppdrettsmerden.

Det opprinnelige krav 1 angir ikke noe om sikring av oksygentilførsel til oppdrettsmerden. De øvrige patentkravene 2 til 9 er uselvstendige og beskriver ytterligere trekk ved luseskjørtet. Av disse er det kun krav 7 som er av interesse for patentvilkårene. Krav 7 lyder:

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

Symbolet for en mikrometer er μm . 1 mikrometer er lik 0,001 millimeter, det vil si at 1 millimeter er lik 1000 mikrometer.

Det er enighet om at de øvrige uselvstendige krav ikke har noen ytterligere oppfinneshøyde. Om den nærmere beskrivelsen av oppfinnelsen heter det på side én i patentsøknaden:

Den foreliggende oppfinnelsen vedrører en anordning for å isolere en oppdrettsmerd for fisk mot uønskede organismer, hvor anordningen omfatter et åpent nett som festes omsluttende til oppdrettsmerden. Mer spesielt vedrører den foreliggende oppfinnelsen et finmasket fluidpermeabelt nett for å beskytte oppdrettsmerder for fisk mot uønskede organismer, som for eksempel fiskelus og meroplankton, der nettet samtidig sikrer gode leveforhold for fisken, spesielt med hensyn til oksygentilførsel og skadelig begroing på notlin. Nettet er enkelt å montere, fjerne, bytte og vedlikeholde. Gjennom sin utforming vil nettet tillate at vann trenger gjennom nettet, samtidig som de uønskede organismene stoppes utenfor merden. Nettet er ikke avhengig av andre innretninger (som sirkulasjonspumper eller lys) for å fungere, men kan brukes i sammenheng med slike.

Det er videre i patentsøknaden gitt en beskrivelse av problemene knyttet til lakselus, begroing av merder mv. Lakselusas frittlevende stadier og ulike maskevidder er nærmere omtalt. Det samme er fullskalaforsøket på Fornes siste halvdel 2011.

Patentstyret ga en realitetsuttalelse til patentsøknaden 16. august 2012, som konkluderte med at søknadsgjenstanden i henhold til kravene i den foreliggende søknaden ikke oppfyller patenterbarhetskriteriene. Ved nyhetsgranskningen fant Patentstyret fire relevante publikasjoner. Partene er enige om at to av disse, D2 og D3, ikke er til hinder for at patentet oppfyller patenterbarhetskriteriene. De to øvrige motholdene var det amerikanske patentet US 6062170 A (D1 - Finch m.fl.) og en publikasjon knyttet til foredraget "Lakselus og kunnskap: Hvor står vi, hva skjer og hva vet vi ikke?" holdt av Randi Nygaard Grøntvedt fra Veterinærinstituttet (D4 - Grøntvedt) på FHF strategisamling i begynnelsen av juni 2010. Basert på Grøntvedts foredrag uttalte Patentstyret at det er kjent at et tiltak for bekjempelse av lakselus kan være å anvende en planktonduk. Om det som er kjent fra det amerikanske patentet heter det i realitetsuttalelsen:

Fra D1 [Finch mfl.] er det kjent en metode og anordning for å redusere eller eliminere forurensning av alger eller planteplankton i et oppdrettsanlegg. Presenninger henges opp i flyteanordninger rundt oppdrettsmerden, slik at algene/planteplanktonene holdes ute fra oppdrettsmerden. Oksygentilgangen blir redusert når presenningen stikker langt ned i vannet, og oksygen må tilføres. For å lette på dette problemet kan presenningene heves når det er lite forekomst av alger/plankton og senkes ved oppblomstring av alger/plankton

I nyhetsvurderingen la Patentstyret til grunn at presenningene som er anvendt i publikasjonene D1-D3 er tette, det vil si ikke fluidpermeable. Basert på dette kom Patentstyret til at patentets krav 1 tilfredsstilte nyhetskravet. Derimot kom Patentstyret til at kravet til oppfinneshøyde ikke var oppfylt. Konklusjonen var basert på at det var nærliggende for en fagmann å kombinere det amerikanske patentet og Grøntvedts foredrag. Om dette heter det i realitetsuttalelsen:

D1 anses å være nærmeste teknikkens stilling for søknadsgjenstanden i henhold til kravene 1-9. I D1 anvendes en presenning som stikker flere meter ned rundt oppdrettsmerden for å hindre at uønskede organismer skal komme i kontakt med oppdrettsfisken. Det er kjent at oksygenet i den øverste delen av merden reduseres ved anvendelse av en slik presenning, og oksygenet må fornyes. Dette gjøres ved å sirkulere vann fra de nedre partier av merden til de øvre partier. Det objektive tekniske problemet som løses ved oppfinnelsen, sett på bakgrunn av det som er kjent fra D1, kan anses å være hvordan komme frem til en anordning for å holde uønskede organismer ute fra en oppdrettsmerd, hvor oksygentilgangen er sikret på en alternativ måte. Fra D4 er det angitt at et tiltak for bekjempelse av lakselus kan være bruk av planktonduk. Planktonduk vil slippe vann gjennom slik at tilgangen på oksygen i vannet opprettholdes, men vil hindre at uønskede organismer kommer inn i oppdrettsmerdene. Vi anser det derfor nærliggende for en fagmann å kombinere kunnskapen fra D1 med kunnskapen fra D4 for å komme frem til søknadsgjenstanden i henhold til krav 1. Søknadsgjenstanden i henhold til krav 1 anses derfor ikke å oppfylle kravet om oppfinneshøyde, jf. PL § 2, 1. ledd.

Patentstyret presiserte at konklusjonen ikke innebar en endelig avgjørelse av patentsøknaden, og Onsagers ble på vegne av Calanus invitert til å fremme sitt syn på saken.

I svarbrev 25. oktober 2012 fra Onsagers ble det selvstendige patentkrav 1 endret ved å tilføye at det fluidpermeable nettet "sikrer oksygentilførsel til oppdrettsmerden". Onsagers kommenterte videre de to motholdene D1 og D4. Om Finch mfl. ble det påpekt at publikasjonen "beskriver [...] en løsning hvor det benyttes en tett presenning for å redusere planteplankton i et oppdrettsanlegg, der det på grunn av den tette presenningen i tillegg må benyttes en oksygen- og vertikal sirkulasjonsanordning for å tilveiebringe nok oksygen til fisken i oppdrettsanlegget." Om Grøntvedts publikasjon ble det påpekt at beskyttelsestiltaket "[både forutsetter] bruk av planktonduk og en eller annen anordning for å tilveiebringe en vertikal sirkulasjon i vannlegemet, samt at det verken er beskrevet eller antydnet i den gjeldende foilen eller i kompendiet forøvrig hvordan dette foregår, dvs. hvordan planktonduken og en anordning for upwelling benyttes for å oppnå hensikten." Basert på dette ga Onsagers uttrykk for at Grøntvedts løsning var den samme som det som

beskrives i det amerikanske patentet, nemlig en løsning hvor en duk må benyttes sammen med en anordning som tilveiebringer en sirkulasjon i vannmassen.

På denne bakgrunn gjorde Onsagers gjeldende at det foreliggende kravsettet gjelder en ny og patenterbar oppfinnelse. Om hva det ville være nærliggende for en fagmann å komme fram til ved å kombinere Finch m.fl. (D1) og Grøntvedt (D4) heter det:

... Men selv om fagmannen ville kunne komme frem til å kombinere kunnskapen fra de to publikasjonene D1 og D4, så ville ikke fagmannen kommet frem til oppfinnelsen slik den nå er angitt gjennom det foreliggende selvstendige krav 1, idet publikasjon D4 angir, på tilsvarende måte som i publikasjon D1, at det må benyttes både planktonduk og upwelling – hvorved fagmannen gjennom denne kombinasjon ikke ville kommet frem til en løsning som ikke benytter en sirkulasjonsanordning. I forhold til dette skal også bemerkes at publikasjon D4 verken beskriver eller antyder hvordan planktonduken og upwelling skal anordnes, utformes eller benyttes for å oppnå det ønskede formål.

Avslutningsvis er det i brevet framholdt at den foreliggende oppfinnelsen bygger på et diametralt motsatt prinsipp enn de anordninger som er basert på upwelling. Dette er beskrevet slik:

... Den foreliggende oppfinnelsen utnytter adveksjon i kombinasjon med at disse dyregruppene hele tiden søker å holde seg i de øvre fem meterne av vannsøylen som en del av deres planktoniske del av livsfasen. Med adveksjon menes den horisontale forflytningen av vannmasser, som ofte settes opp av krefter gjennom tetthetsforskjeller i sjøvann, vind eller tidevann. Den horisontale transporten av vannmassene vil ovenfor et sylinderformet fluidpermeabelt nett sikre inntrengning av nytt vann i oppdrettsmerden, parallelt med at noe av vannet flyter forbi og tar med seg de organismene som ikke trenger gjennom maskene.

Den 31. oktober 2012 ga Patentstyret uttrykk for at søknaden vil kunne godkjennes til meddelelse, forutsatt at det ble ordnet opp i enkelte formelle forhold. Etter noe ytterligere korrespondanse ble Calanus' patent NO 333 479 for fluidpermeabelt beskyttelsesnett for oppdrettsmerder meddelt 24. juni 2013.

Calanus ervervet Nordlaks' rettigheter til patentet for et vederlag som ikke er nærmere opplyst. Med virkning fra desember 2015 er rettigheten til patentet overført til det nyopprettede selskapet Salgard AS. Denne transaksjonen er resultat av en reorganisering av Calanus' virksomhetsområde innen produksjon og salg av luseskjørt.

Hovedspørsmålet i saken er om dette patentet er gyldig.

Innsigelser mot patentet

I siste halvdel av mars 2014 ble det framsatt tre innsigelser mot det meddelte patentet . Behandlingen av innsigelsene ble stilt i bero i påvente av denne rettssaken om patentets gyldighet.

Plany AS har i sin innsigelse gjort gjeldende at oppfinnelsen har vært åpenlyst utøvet før prioritetsdagen, og at oppfinnelsen er beskrevet i tidligere kjent teknikk, slik at oppfinnelsen ikke oppfyller kravet til nyhet og oppfinnelseshøyde.

Videre innga Nordic Aqua Gear AS og Botngaard AS innsigelse. De gjorde prinsipalt gjeldende at patentkravene mangler nyhet sett i forhold til to nye mothold, Anderson mfl. fra 2001 (D5) og Myskja Lien m.fl. (SINTEF) fra 2011 (D6) kombinert med alminnelig fagkunnskap. Subsidiært gjorde de gjeldende at patentet må oppheves fordi kravene 1 til 9 ikke tilfredsstillt kravet til oppfinnelseshøyde sett i forhold til ett eller flere av en rekke nye dokumenter som ble lagt fram. Det ble også fremmet ytterligere anførsler som det ikke er nødvendig å gjengi her. I innsigelsen er nye dokumenter angitt på denne måten:

- D5 Donald M. Anderson, Per Andersen, V. Monica Bricelj, John J. Cu/Jen, J. E. Jack 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 Technlcaf Series No. 59, Paris, Særlig side 201-203 (Ny)
- D6 Myskja Lien, A. og Høy, E. 05.11.2011. Skjørt for skjerming mot lus i laksemerd. Sintef-rapport for. prosjektnr. A19396, ISBN 978-82-14-05120-9. Prosjektet var finansiert gjennom et akvaArena forprosjekt (nr.1-2011). Rapporten er åpent tilgjengelig (se side 1) og kunne uhindret lastes ned fra hjemmesiden til SINTEF { www.sintef.no } fra 12.05.2011 (publiseringsdato) ... (Ny)
- D7 Tekstbok "Fiskehelse og fiske sykdommer", 2002, Kapittel: Crustacea (krepser). Heuch P.A. og Schram T. A., s. 219-228. Universitetsforlaget (Ny)
- D8 Prestvik Ø. Erikson U., Arff J. 24.02.2010. Bruk av Salsnes filterteknologi for fjerning av lakselus fra pumpevann ved et lakseslakteri. Prosjekt nr. SFH80 A104017. Åpen rapport fra SINTEF. ISBN978-8-2-14-049.41-1. Rapporten er åpent tilgjengelig (se side 1) og kunne uhindret lastes ned fra hjemmesiden til SINTEF (www.sintef.no) fra 24.02.2010 (publiseringsdato). ... (Ny)
- D9 Myskja Lien, A; 10.01..2012. Møtereferat fra "Oppstartsmøte i prosjekt "permaskjørt"; prosjektnr. 900711 (finansiert av FHF) fra SINTEF holdt ved SINTEF Sealab, Trondheim den 10.01.2010. Møtereferatet er åpent tilgjengelig uten noen form for konfidensialitet: se side 1 nederst (åpen gradering). På side 4, andre kulepunkt er det klargjort at hele prosjektet inklusive alle referater er åpent. Referatet ble sendt med epost til alle prosjektdeltakere den 13. januar 2012 (se D10: kopi av epost med alle mottakere). ... (Ny)
- D10 Kopi av epost til alle prosjektdeltakere sendt 13. Januar 2012 med vedlegg av alle presentasjoner holdt under oppstartsmøte den 10.01.2012 for prosjektnr. 900711 samt referat fra møtet (se D9 s. 2 for oversikt over alle presentasjoner). Prosjektet og deltakerne/observatørene var ikke pålagt noen form av konfidensialitet i forhold til det som ble kommunisert, oppnådd eller utlevert i sammenheng med prosjektet. ... Følgende vedlegg fra denne eposten anses å være relevant og anføres i innsigelsen som mothold:

D9 – møtereferat

D11 – presentasjon Sinkaberg Hansen
D12 – presentasjon av Knut Botngaard

- D11 Presentasjon av SinkaBerg Hansen «Erfaringer med permaskjørt». Datert 10.01.2012. Presentert på oppstartsmøte for prosjektnr. 900711, sendt ut med e-post D10. (Ny)
- D12 Presentasjon fra Botngaard 10.01.2010 ved oppstartsmøte 10.01.2012; prosjektnr. 900711, sendt ut med epost D10. (Ny)
- D13 Kopi av faktura for eksempler på solgte permaskjørt fra Botngaard AS før 08.02.2012
- Til Salmonor AS 26. mai 2011
 - Til Sinkaberg-Hansen AS 09. juni 2011
- Ingen av kjøperne var i noen form taushetsbelagt i sammenheng med kjøpet. ... De solgte permaskjørtene tilsvarende de permanente skjørtene som ble testet og dokumentert i forskningsprosjektene omtalt i D6, D9, D10, D11 D12, D18 og D19 (Ny)
- D13a Kopi av bestilling (datert 2.12.2009) for et merdeskjørt hos Botngaard (Botngaard Smie og Salmakeri var forløperen til Botngaard AS) som ble levert til Bremnes Seashore AS. Storvik er en forhandler for Botngaards produkter.
- D14 Email 4. mai 2011 ang. at flere oppdrettere har fått utlevert og anvender et permanent skjørt fra Botngaard AS for redusering av lusepåslag. (Ny)
- D15 Sea Lice Integrated Pest Management, New Brunsvik Canada, Multi-national Sea Lice R&D Meeting, Bergen Norway, Februar 10 &11, 2010. (Ny) ...
- D16 Faktaark fra FHL havbruk, August 2011 (NY)
- D17 Knutsen, G. M. "Nye metoder i kampen mot lakselusa". Aqkvakonferansen 20.01.2011. ... (Ny)
- D18 Botngaard AS, Lakselusseminar, Molde, 29. nov. 2011. I regi av Kystlab AS ... (Ny)
- D18a Dokumentasjon av program og publisering av holdt presentasjon D18
- D19 Henriksen, K., Olafsen, T. 2011. Næringen tar ansvar for utvikling av bærekraftig teknologi. Norsk Sjømat Nr. 5-2011. s. 12-13 (NY)
- D20 SINTEF Notat "Vanngjennomtrengelighet i duk brukt til luseskjørt", Zsolt Volent, 10. Mars 2014 (Ny)"

Flere av disse publikasjonene er også lagt fram som støtte for anførselene om patentets ugyldighet av Nordic Aqua Gear i denne saken.

Luseskjørtene Botngaard har solgt, og som er benyttet i forskningsprosjektene knyttet til dokument D13 ovenfor, er ofte benevnt permaskjørt, men også omtalt som "duk B" i denne saken. Denne duken er et vevd materiale, hvor nærmere spesifikasjoner ikke er oppgitt. Botngaard har også produsert ulike tette presenninger til bruk i avlusningsbehandling og lukket merd.

Den siste innsigelsen kom fra Mørenot Aquaculture AS, som gjør gjeldende at både Mørenot og andre aktører i Norge har markedsført og produsert tilsvarende produkt i perioden før prioritetsdagen. Om Mørenots befatning med luseskjørt og ulike typer beskyttelsesmaterialer heter det i innsigelsen:

Bruk av luseskjørt mot lakselus er en velkjent teknologi og har vært testet av flere oppdrettsaktører og leverandører i lang tid. Både tette presenninger og presenninger med en viss vanngjennomstrømning har vært produsert og levert til kunder. Vi mener derfor at det ikke kan gis beskyttelse i form av patent for produktet «fluidpermeabelt beskyttelsesnett for oppdrettsmerd».

Mørenot Karmsund AS som er et datterselskap til Mørenot AS har produsert luseskjørt og lusepresenning i forskjellige utførelser siden 2009. I desember 2010 testet vi ut flere forskjellige varianter i Sintef sine testfasiliteter i Hirtshals – deriblant luseskjørt med 5m dybde. I testen inngikk forskjellige typer duk / presenning – både med vanngjennomstrømning (180 µm) og helt tett presenning. Testen var en del av et kundearrangement (se vedlegg 1) og dette viser at produktet var offentlig kjent i oppdrettsnæringen før patentsøknaden fra Calanus ble registrert. I etterkant av testen solgte Mørenot Karmsund AS presenninger og skjørt til flere kunder – blant annet til Fylkesnes Fisk (se vedlegg 2) som ble fakturert i juni 2011 for produksjon av skjørt med 12m dybde.

Formålet med testene i Hirtshals var å teste fortøyningskrefter. Det ble ikke foretatt noen målinger av vanngjennomstrømningen. Materialet med mest vanngjennomstrømning var et vevd materiale benevnt TeleEnviro 70/70. Vitnet Roar Østebøvik, som tidligere arbeidet i Mørenot Karmsund AS, forklarte i lagmannsretten at opplysningen i innsigelsen om at det ble testet duk med porestørrelse på 180 µm ikke var riktig. Det korrekte er at materialet i TeleEnviro 70/70 hadde porestørrelse på 90 µm +/- 30 µm. Tråddykkelsen er betydelig bredere enn de som er benyttet i Calanus' (nå Salgards) luseskjørt.

Orient-gruppen og dens salg av luseskjørt

Orient Holding AS er morselskap i Orient-gruppen, og eier samtlige aksjer i datterselskapene Nordic Aqua Gear AS (heretter omtalt som NAG), Cathay Import AS og Nortech Aqua AS. I tillegg eier holdingselskapet 49 prosent av aksjene i Orient Import AS. De øvrige aksjene i dette selskapet eies av Felleskjøpet Agri BA. Stephen Fu og Terje Andreassen eier hver 22,5 prosent av aksjene i Orient Holding. De har kjent hverandre siden studiedagene i Bodø. Fu er styreleder i NAG og både daglig leder og styremedlem i Cathay Import. Daglig leder i NAG er Thomas Talos, som har kjent Fu siden oppveksten i Fredrikstad. Terje Andreassen er daglig leder i Moen Marin AS. Dette selskapet var tidligere en del av Orient-gruppen, men ble solgt ut i 2011. Calanus har frafalt anken mot Moen Marin, slik at ankesaken ikke lenger omfatter spørsmålet om Moen Marin har medvirket til patentinngrep.

Orient-gruppens forretningsidé er å importere et bredt spekter av varer fra Kina for salg i Norge. Gruppen har et representasjonskontor i Kina. Orient-gruppen har vært involvert i avlusningspresenninger for oppdrettsnæringen siden 2009.

NAG har siden februar 2014 markedsført og solgt luseskjørt til oppdrettsnæringen, som er importert fra Kina. NAGs luseskjørt er omtalt som merdeskjørt, og finnes i to varianter, henholdsvis Micro Sieve og Standard 140. Standard 140 er et tilnærmet tett luseskjørt, og partene er enige om at dette produktet ikke representerer noe inngrep i stridspatentet. Salg av dette luseskjørtet er i den senere tid overtatt av søsterselskapet Nortech Aqua. Maskevidden i merdeskjørtet NAG Micro Sieve er angitt å være 350 µm, med stolpebredde på 150 µm. Partene er enige om at merdeskjørtet Micro Sieve omfattes av beskyttelsesomfanget for patentet dersom lagmannsretten kommer til at patentet er gyldig. Produksjon, salg og markedsføring av dette merdeskjørtet vil i så fall utgjøre et patentinngrep. Ifølge talloppstillinger fra NAG er det omsatt merdeskjørt av typen Micro Sieve for nærmere 24 millioner kroner. NAG har både tidligere og i retten anslått en resultatmargin på rundt 15 prosent knyttet til salg av dette skjørtet.

NAG hadde ingen virksomhet fram til 17. januar 2014. Før dette tidspunktet het selskapet Orient Trading AS. Samtidig med endringen av foretaksnavnet ble Orient-gruppens satsning på luseskjørt overført fra Cathay Import til NAG kombinert med at Thomas Talos begynte som daglig leder i NAG. For lagmannsretten er det ikke lenger omtvistet at Cathay Import har medvirket til patentinngrep ved omsetning av merdeskjørtet NAG Micro Sieve dersom patentet er gyldig. Det er derfor ikke nødvendig å gå nærmere inn på Cathay Import sin rolle i utviklingen og omsetningen av disse skjørtene.

Konflikt og søksmål

Calanus ble klar over NAGs markedsføring og omsetning av luseskjørtet Micro Sieve i månedsskiftet mars/april 2014. Ved brev fra advokatfirmaet Grette på vegne av Calanus 7. april 2014 ble det gjort gjeldende at NAGs salg av luseskjørt er i strid med Calanus' enerett som følge av patent. Det ble bedt om bekreftelse på at de anførte patentinngrepene vil opphøre med umiddelbar virkning.

NAG ga i etterfølgende brev uttrykk for at patentet må oppheves som følge av manglende nyhet og oppfinneshøyde, samt at det er uaktuelt å etterkomme det framsatte kravet.

Calanus tok ut stevning i inngrepssaken 2. juni 2014 med krav om at NAG, Cathay Import og Moen Marin blant annet forbys å omsette fluidpermeable luseskjørt samt krav om erstatning for patentinngrep fastsatt etter retten skjønn. Sammen med stevningen fulgte begjæring om midlertidig forføyning. NAG, Cathay Import og Moen Marin tok til motmæle og fremmet også motsøksmål med krav om at Calanus' patent NO 333 479 kjennes ugyldig.

Oslo tingrett avsa 24. mars 2015 dom med slik domsslutning og kjennelse med slik slutning:

I hovedsaken (inngrepssaken og ugyldighetssøksmålet):

1. Det meddelte patent NO 333 479 kjennes delvis ugyldig. Patentet opprettholdes ved å trekke det uselvstendige krav 7 inn i det selvstendige krav 1.

2. Moen Marin AS frifinnes i inngrepssøksmålet.
3. Nordic Aqua Gear AS forbys å importere, utby og bringe i omsetning fluidpermeable luseskjørt.
4. Cathay Import AS forbys å medvirke til å bringe fluidpermeable luseskjørt i omsetning.
5. Som vederlag for patentinngrep betaler Nordic Aqua Gear AS og Cathay Import AS en for begge og begge for en til Calanus AS 3 665 000 – tremillionersekshundreogsekstifemtusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
6. I sakskostnader betaler Nordic Aqua Gear AS og Cathay Import AS en for begge og begge for en til Calanus AS 2 435 000 – tomillionerfirehundreogtrettifemtusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

I forføyningssaken:

1. Moen Marin AS og Cathay Import AS frifinnes.
2. Nordic Aqua Gear AS forbys å importere, utby og bringe i omsetning fluidpermeable luseskjørt.
3. I sakskostnader betaler Calanus AS til Cathay Import AS og Moen Marin AS totalt 50 000 – femtitusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
4. I sakskostnader betaler Nordic Aqua Gear AS til Calanus AS 10 000 – titusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

For nærmere detaljer vedrørende saksforholdet vises til tingrettens dom og lagmannsrettens bemerkninger nedenfor.

Nordic Aqua Gear AS, Moen Marin AS og Cathay Import AS har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Calanus AS har anket dommen for så vidt gjelder frifinnelsen av Moen Marin AS. Salgard AS trådte ved prosesskriv av 9. februar 2016 inn som ankemotpart i hovedanken og ankende part i motanken i tillegg til Calanus AS. Dette skyldtes at Salgard AS da hadde fått overført rettigheten til patentet fra Calanus AS, samtidig som Calanus AS fremdeles anførte å være skadelidende i inngrepssaken. Motanken mot Moen Marin AS ble trukket i sluttinnlegget. Fordi partene har vært uenige om sakskostnadsspørsmålet for så vidt gjelder Moen Marin, avsies hevingskjennelse først samtidig med dommen i nærværende sak.

Ankeforhandling er holdt 5.-14. april 2016 i Borgarting lagmannsretts hus. Nordic Aqua Gear AS og Cathay AS møtte med henholdsvis styreleder og daglig leder Stephen Fu og selskapenes prosessfullmektig. Moen Marin AS møtte med sin prosessfullmektig. Calanus AS og Salgard AS møtte med henholdsvis daglig leder og styreleder Gunnar Rørstad og selskapenes prosessfullmektig. I tillegg møtte forskningsdirektør Kurt Tande for Calanus

AS, jf. tvisteloven § 24-6 andre ledd. Alle partsrepresentantene forklarte seg. Det ble avhørt ti vitner. Av disse var tre sakkyndige vitner. Om bevisføringen for øvrig vises til rettsboka.

Dommen er ikke avsagt innen fristen på fire uker, jf. tvisteloven § 19-4 femte ledd. Det skyldes sakens kompleksitet og dommernes, inkludert meddommernes, andre gjøremål i perioden.

De ankende parter, **Nordic Aqua Gear AS og Cathay Import AS**, har i hovedtrekk anført:

Patentet oppfyller ikke vilkårene i patentloven § 2, og patentet må kjennes ugyldig i sin helhet på grunn av manglende nyhet og oppfinnelseshøyde, jf. patentloven § 52 første ledd nummer 1. Det anføres ikke for lagmannsretten at patentet er ugyldig etter patentloven § 52 første ledd nr. 2 og 3.

Domstolen bør ikke vise tilbakeholdenhet med å prøve patentvilkårene fullt ut. Prinsippet i Swingball-dommen, Rt. 1975 side 603, og Biomar-dommen, Rt. 2008 side 1555, kommer ikke til anvendelse. Det vises særlig til at Patentstyrets avgjørelse hviler på et ufullstendig grunnlag ved at patentet til Anderson m.fl. (D5) og salget av Botngaards duk B ikke er vurdert, og at Patentstyret ikke var klar over teknikkens stilling.

Tingrettens forståelse av patentkravene er i det vesentlige feil. Patentkravene er uklare, og det er uklart hva som utgjør oppfinnelsen. Det er ikke grunnlag for å tolke patentkravet slik at vanngjennomstrømningen gjennom nettet "på kvalifisert vis" bidrar til oksygentilførsel til oppdrettsmerden, som et supplement til vanntilførsel nedenfra, slik tingretten gjør. Dersom man legger tingrettens forståelse av patentkravet til grunn, må dette knyttes opp mot en funksjon, slik at kravet vil være oppfylt dersom fisken har det bra.

Patentet mangler nyhet sett i forhold til to mothold. Mørenot Karmsund AS (heretter Mørenot) tilbød et materiale til skjørt (TeleEnviro 70/70) til sine kunder før prioritetsdagen. Materialet beskytter mot uønskede organismer, er fluidpermeabelt, bidrar kvalifisert til vann nedenfra uten pumper eller andre anordninger, har en maskevidde i spennet mellom 100 µm -1000 µm og er åpent nede og oppe. Det vises til framlagte materialprøver og vitneforklaring fra Roar Østebøvik.

Det andre nyhetshindrende motholdet er Randi Grøntvedts publisering fra en strategisamling i Fiskeri- og havbruksnæringens forskningsfond (FHF) i juni 2010 (D4, heretter Grøntvedt). Hun foreskriver en løsning som vil beskytte mot uønskede organismer. Den omfatter en fluidpermeabel planktonduk, som vil bidra til vann nedenfra uten pumper eller andre anordninger. Den må implisitt forstås å ha en maskevidde i spennet mellom 100 µm -1000 µm og ha form av et skjørt.

Dersom kravet til nyhet er oppfylt, anføres at patentet mangler oppfinneshøyde. Det problemet som er løst ved patentet er hvordan hindre mindre uønskede organismer, så som lakselus, og samtidig sikre noe vann inn gjennom nettet. Det bestrides ikke at patentet virker, men det er et mulig problem at det ikke kommer inn nok vann ved maskeåpning på under 400 μm . Tingretten tar feil når den legger til grunn at mothold med tilnærmet tette beskyttelsesduker i kombinasjon med pumpeanordninger er de nærmeste mothold. Oppfatningen er basert på feil forståelse av Grøntvedt, og tingretten overser at Botngaards duk B ble benyttet uten pumper. For å vurdere teknikkens stilling er det nærliggende å ta utgangspunkt i Botngaards duk B. Dette er også et luseskjørt for skjerming av fiskemerdd, det brukes ikke pumper og oksygentilførselen sikres ved vanngjennomstrømning og vann nedenfra. Når dette motholdet kombineres med Grøntvedt, var det nærliggende for fagmannen å komme fram til den anordningen som følger av patentets krav 1. Dette gjelder uavhengig av om Grøntvedts bruk av betegnelsen "upwelling" må forstås å forutsette bruk av en mekanisk innretning/pumpe eller bare naturlig oppadgående bevegelse av vannet.

Det kan også tas utgangspunkt i andre mothold. I rapport publisert 23. november 2011 fra Tekmar-konferansen 2010, en konferanse om innovasjon i havbruksnæringen (heretter Tekmar-konferansen), ble det blant annet lansert bruk av duk de øverste 5 meterne under havoverflaten for å skjerme mot lakselus. Det vises også til en drøftelse om bruk av andre løsere stoffer enn Botngaards duk B i Sintef-rapporten av 11. mai 2011 (D6), jf. formuleringen "filtrere vann gjennom skjørtet slik at lusa ikke kommer gjennom". Rapporten var allment tilgjengelig. Det kan også legges vekt på Mørenots tilbud til sine kunder.

Et annet alternativ er å ta utgangspunkt i Anderson m.fl. (D5), som gjelder skjerming av fiskemerdd ved bruk av finmasket nett mot uønskede organismer, i dette tilfellet megalopa. Megalopa er større enn lakselus, men det er uklart hvor mye større. Hvis den er 1 mm bred, må planktonnettet ha åpninger under 1000 μm .

Det var nærliggende for fagmannen også å komme fram til patentets løsning basert på hans alminnelige kunnskap kombinert med Anderson m.fl., eventuelt i kombinasjon med de øvrige nevnte mothold.

For øvrig bestrides at det var en fordom i bransjen mot å bruke nettmateriale i luseskjørt. Bransjen var villig til å prøve alt for å få bukt med luseproblemet. Det var dessuten først rundt 2010, da resistens mot kjemikalier ble oppfattet som et stort problem, at behovet for andre løsninger presset seg fram. Det bestrides videre at Calanus har hatt kommersiell suksess med sitt luseskjørt sammenliknet med for eksempel Botngaard.

Det subsidiære kravsett A mangler også oppfinneshøyde av de samme grunner som patentet. Det er trolig mulig å finne en kombinasjon som tilfredsstillende nyhetskravet, men

det gjelder ikke alternativ 2, som skal være det mest aktuelle. Det er heller ikke aktuelt med en løsning som omfatter en maskevidde på under 100 µm, fordi det ikke er motanket over tingrettens dom på dette punktet.

Det erkjennes at NAG har gjort inngrep i patentet dersom det er gyldig. Det erkjennes også at Cathay Import AS i så fall har medvirket til patentinngrep. Dersom det foreligger patentinngrep, er partene også enige om at erstatningen til Calanus beløper seg til 3 568 075 kroner.

Dersom lagmannsretten kommer til at patentet i en eller annen form er gyldig, skal NAG frifinnes i forføyningssaken. Det foreligger ikke sikringsgrunn, jf. tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b. Markedsføring og salg av NAGs luseskjørt medfører ikke vesentlig skade eller ulempe. Tapet vil bli dekket etter en rettskraftig avgjørelse av hovedkravet. Proporsjonalitetsvurderingen etter bestemmelsens andre ledd tilsier også at forføyning ikke bør besluttes, jf. Rt. 1996 side 1625. En midlertidig forføyning med utestengning fra markedet påfører NAG uopprettelig skade. Calanus på sin side vil få full erstatning, som det også er stilt sikkerhet for.

Dersom patentet blir kjent ugyldig, slik at det ikke forelå et hovedkrav da forføyningen ble besluttet, krever NAG dekning av sitt økonomiske tap etter regelen om objektivt ansvar, jf. tvisteloven § 32-11. Forføyningen har medført stans i alle leveranser etter 24. mars 2015. Forføyningen har også medført at salget for 2016 er tapt, fordi innsalget for 2016 allerede er gjort. Luseskjørtene selges basert på ordre, og det er lang leveringstid. Salget dalte allerede etter at Calanus sendte et brev til sine forretningsforbindelser 28. oktober 2014 om den pågående patenttvisten, fordi alle i bransjen visste hvem som var omtalt i brevet selv om NAG ikke var nevnt ved navn. Det ble kun solgt fire luseskjørt i perioden september – desember 2014. Det anføres imidlertid ikke at Calanus er ansvarlig på subjektivt grunnlag for tap oppstått som følge av dette brevet. Med utgangspunkt i et estimat på 50 % økning i omsetningen i 2015 i forhold til 2014, og tilsvarende økning fra 2015 til 2016, kreves det dekket et fortjenestetap på 13,3 millioner kroner.

Det er nedlagt slik påstand:

I hovedanken

I ugyldighetssøksmålet:

1. Patent NO 333 479 kjennes ugyldig.
2. Calanus AS og Salgard AS dømmes in solidum til å erstatte Nordic Aqua Gear AS´og Cathay Import AS´sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

I inngrepssaken:

1. Nordic Aqua Gear AS frifinnes.
2. Cathay Import AS frifinnes.
3. Calanus AS og Salgard AS dømmes in solidum til å erstatte Nordic Aqua Gear AS´og Cathay Import AS´sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

I forføyningssaken:

1. Nordic Aqua Gear AS frifinnes.
2. Nordic Aqua Gear AS tilkjennes erstatning fastsatt etter rettens skjønn for den periode selskapet urettmessig er utestengt fra markedet.
3. Calanus AS og Salgard AS dømmes in solidum til å erstatte Nordic Aqua Gear AS'sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

I motanken:

1. Saken heves.
2. Calanus AS og Salgard AS dømmes in solidum til å erstatte Moen Marin AS'sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

Ankemotpartene, **Calanus AS og Salgard AS**, har i hovedtrekk anført:

Patentet, slik det framgår etter begrensningen i tingrettens dom, oppfyller kravene til nyhet og oppfinneshøyde, jf. patentloven § 2, og er derfor gyldig.

Domstolen bør utvise varsomhet med å overprøve patenterbarhetsvilkårene, jf. Swingball-dommen og Biomar-dommen. Patentet ble begrenset i tingretten, men også det uselvstendige krav 7, som ble trukket inn i krav 1, var vurdert av Patentstyret. Patentstyret har også vurdert mothold med tilsvarende trekk som de lagmannsretten skal ta stilling til. Botngaards duk B tilfører ikke mer enn det som følger av Sintef-rapporten av 11. mai 2011.

Tingrettens forståelse av patentkravene er riktig. Det er fagmannens forståelse av patentkravene lest i lys av beskrivelsen som skal legges til grunn. Patentkravene må forstås slik at de gjelder et fluidpermeabelt nett som sikrer oksygentilførselen. Det må gjøres virkelighetsnære vurderinger, jf. LB-2011-34330. Patentkravene må tolkes slik at de ikke beskriver en løsning som isolerer 100 % mot påslag av lakselus eller som sikrer 100 % vanngjennomstrømning.

Ved vurderingen av hvilke mothold som er nærmest patentet må det tas utgangspunkt i mothold som befatter seg med begge sider av problemet som patentet løser, det vil si både isolasjon mot uønskede organismer og vanngjennomstrømning. De nærmeste mothold er Finch m.fl. (D1), Grøntvedt og Sintef-rapporten av 11. mai 2013. De motholdene som bare gjelder isolasjon mot uønskede organismer er Tekmar-konferansen, Anderson m.fl., Botngaards duk B og Mørenots duk, i den grad sistnevnte utgjør et mothold.

Verken Mørenot eller Grøntvedt er til hinder for at patentet oppfyller kravet til nyhet.

Mørenot er ikke egentlig et mothold. Det er ikke dokumentert at TeleEnviro 70/70 eller TeleVev 70/70 faktisk er utbudt som luseskjørt. Videre er den vevde dukens egenskaper uklare og uegnete, og den utgjør ikke et fluidpermeabelt nett.

Grøntvedts publikasjon gir ikke fagmannen grunnlag for direkte og entydig å utlede patentets løsning. Publikasjonen beskriver en løsning, hvor påslag av lakselus skal hemmes

ved bruk av planktonduk og upwelling i kombinasjon. Upwelling må forstås som et menneskeskapt tiltak og ikke naturlig upwelling.

De anførte motholdene tilsier ikke at patentet mangler oppfinnelseshøyde. Anderson m.fl. er ikke nærmeste mothold. Anderson m.fl. omfatter et nett som skal isolere en oppdrettsmerd for fisk mot uønskede organismer og hindre algeoppblomstring. Dette nettet gir ikke fagmannen veiledning, fordi det ikke er angitt noen løsninger for sikring av oksygen. Oksygentilførsel er derimot påpekt som et problem ved bruk av det beskrevne omkretsskjørtet. Det er videre referert til et nett som skal hindre megalopa (en krabbelarve) fra å komme inn i en fiskemerd. Dette har på grunn av megalopas størrelse for stor maskevidde til at oksygentilførsel er et problem. Fordi patentet er begrenset til en maskevidde på 100-1000 μm , faller nett for å hindre megalopa utenfor patentets problemstilling.

Tette skjørt, som Botngaard duk B, uten bruk av pumper er heller ikke et mothold som gir veiledning, fordi skjørtet ikke er fluidpermeabelt og sikrer dermed ikke oksygentilførsel.

De nærmeste motholdene gjør det ikke nærliggende for fagmannen å komme fram til patentets løsning.

Sintef-rapporten gjelder i utgangspunktet et permanent merdskjørt (Botngaard duk B, senere kalt permaskjørt), som skal hindre påslag av lakselus. Hele publikasjonen forutsetter pumping av vann for å sikre oksygentilførsel, fordi det aktuelle skjørtet innebærer en ren skjerming av merden. Teksten i Sintef-rapporten må ikke leses løsrevet i strid med dokumentets sammenhengende lære, jf. avgjørelse fra European Patent Office, T 0312/94 Philips Electronics N.V. Det er nærliggende å se uttalelsen om å "filtrere vannet gjennom skjørtet" i sammenheng med beskrivelsen av pumpeløsninger som tillater horisontal pumping. Det sies ikke noe i publikasjonen om bruk av løsere skjørt, henvisningen til filtrering er uklar og uansett er en løsning basert på filtrering av vann forkastet i rapporten. Ved forståelsen av publikasjonen er det fagmannens vurdering av rapporten som skal legges til grunn, og ikke hva forfatteren eller deltakeren i diskusjonen som ligger til grunn for rapporten, har ment. Lagmannsretten må derfor se bort fra de forklaringer som er gitt om dette av Knut Botngaard og Andreas Myskja Lien, og som også strider mot hverandre. Sintef-motholdet lærer ikke fagmannen direkte og utvetydig at det skal skje en passiv vanngjennomstrømning gjennom et fluidpermeabelt nett som eneste tiltak for å sikre oksygen. Sintef-rapporten må likestilles med Finch m.fl. og Grøntvedt.

Referatet fra oppstartmøtet i prosjekt Permaskjørt datert 10. januar 2012 var ikke allment tilgjengelig, og lærer uansett ikke mer enn Sintef-motholdet. Sinkaberg-Hansens erfaring med bruk av skjørtet sier ikke noe om horisontal forflytning.

Tekmar-konferansen tar bare opp spørsmål om å hindre lusepåslag. Spørsmålet om vannkvalitet berøres ikke. Publikasjonen gir ikke frampek mot patentets løsning.

Patentet utgjør en enkel innretning i et komplekst miljø, hvor kjent materiale anvendes på en ny måte. Vurderingen i ettertid av om innretningen utgjør en patenterbar oppfinnelse må ikke preges av etterpåklokskap, jf. Guidelines for Examination in the EPO, Part G, Chapter VII punkt 8. Oppfinnelsen virker, men årsakene til det er ikke helt avklart. Oppfinnelsen er en kommersiell suksess og brøt med samtidens tenkning. Det er mange som vil etterlikne oppfinnelsen, men som ikke selv kom på løsningen. Det taler for at oppfinnelsen ikke var nærliggende, jf. Are Stenvik, Patentrett, 3. utgave side 232.

Subsidiært anføres at patentet skal opprettholdes med det begrensede kravsett A, slik at krav 2 tas inn i patentets krav 1, jf. patentloven § 52 første ledd andre punktum. Denne begrensningen vil være aktuell dersom lagmannsretten kommer til at det bare er oppfinneshøyde for beskyttelse mot lakselus og ikke mot andre uønskede organismer.

NAG har gjort inngrep i patentet og Cathay Import har medvirket. Det er enighet om at Calanus' erstatning skal svare til NAGs økonomiske vinning ved salget, beregnet til 3 568 075 kroner.

Forutsatt medhold i spørsmålet om gyldighet av patentet, kreves den midlertidige forføyningen opprettholdt. Sikringsgrunn foreligger både etter tvisteloven § 34-1 bokstav a og b. Vilkårene etter bokstav a er oppfylt fordi det ikke er økonomiske posisjoner som ønskes sikret gjennom midlertidig forføyning, men eneretten til kommersiell utnyttelse. Vilkårene etter bokstav b er også oppfylt. Fortsatt salg av NAGs skjørt vil påføre Calanus tapt goodwill og tapte markedsandeler, som det vil være vanskelig å kompensere økonomisk. I tillegg vil ytterligere etterlikninger utvanne eneretten. Ved interesseavveiningen etter bestemmelsens andre ledd får subjektive forhold betydning. Det må legges vekt på at NAG har tatt en bevisst og kalkulert risiko.

Dersom lagmannsretten kommer til at det ikke er grunnlag for midlertid forføyning, er det enighet om at Calanus og Salgard er erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag for NAGs tap som følge av forføyningen. NAGs erstatningskrav er imidlertid for høyt. Det bestrides at NAG ville ha fått solgt alle de luseskjørtene det var sendt ut tilbud om før forføyningen. Videre skyldes noe av omsetningssvikten til NAG overføring av kunder til søsterselskapet Nortech Aqua, som har solgt luseskjørtet Standard 140. Det er også sterk konkurranse i markedet for luseskjørt. Salgssvikt oppstått som følge av rettstvisten, men før forføyningen ble besluttet, kan ikke kreves på objektivt grunnlag. Slikt tap har ikke årsakssammenheng med den midlertidige forføyningen.

Det er nedlagt slik påstand:

I ugyldighetssaken

Prinsipalt:

1. Anken forkastes.
2. Calanus AS og Salgard AS tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten. De ankende parter hefter solidarisk for kravet.

Subsidiært:

1. Patent NO 333479 opprettholdes med begrenset kravsett som begjært.
2. Calanus AS tilkjennes sakskostnader for tingretten. Calanus AS og Salgard AS tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten. De ankende parter hefter solidarisk for kravet.

I inngrepssaken

1. Anken forkastes.
2. Calanus AS og Salgard AS tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten. De ankende parter hefter solidarisk for kravet.

For Moen Marin AS' vedkommende:

1. Saken heves for så vidt gjelder Moen Marin AS.
2. Moen Marin AS tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten.

I forføyningssaken

1. Anken forkastes.
2. Calanus AS og Salgard AS frifinnes for erstatningskravet.
3. Calanus AS og Salgard AS tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten.

Lagmannsretten bemerker:

Innledning

Det sentrale spørsmålet i saken er om det meddelte patentet NO 333 479 er gyldig.

For lagmannsretten er partene enige om at NAG har foretatt patentinngrep dersom patentet er gyldig. Partene er videre enige om at Cathay Import AS i så fall også har medvirket til patentinngrep. Det er også enighet om utmålingen av det økonomiske tap Calanus har lidt som følge av patentinngrepet og sanksjonene for øvrig.

Rettslige utgangspunkter

I hvilke tilfeller et patent kan kjennes ugyldig framgår av patentloven § 52 første ledd. For lagmannsretten er det ugyldighetsgrunnen som framgår av § 52 første ledd nr. 1, som er aktuell. Bestemmelsen lyder:

Et patent kan kjennes helt eller delvis ugyldig ved dom dersom

- 1) det er meddelt til tross for at vilkårene i §§ 1 til 2 ikke er oppfylt

Vilkårene for å oppnå patent framgår av patentloven § 2, som lyder:

Patent meddeles bare på oppfinnelser som er nye i forhold til hva som var kjent før patentsøknadens inngivelsesdag, og som dessuten skiller seg vesentlig fra dette.

Begrepet "oppfinnelse" er presisert noe i patentloven § 1. Det framgår her at oppfinnelsen må kunne utnyttes industrielt, og begrepet avgrenses mot "opdagelser, vitenskapelige teorier og matematiske metoder". En oppfinnelse er kort fortalt en praktisk løsning av et teknisk problem, jf. Stenvik, op. cit. side 13.

Oppfinnelsen må være ny i forhold til alt som var kjent før patentsøknaden ble inngitt, som i vår sak er 9. februar 2012. For at noe skal være kjent, må det være allment tilgjengelig i form av "skrift, foredrag, utnyttelse eller på annen måte", jf. patentloven § 2 andre ledd. Dette betegnes som teknikkens stand.

Som det framgår av patentloven § 2, må oppfinnelsen skille seg vesentlig fra teknikkens stand. Hva som nærmere ligger i dette vil til en viss grad bero på patentmyndighetenes og domstolens skjønn, jf. Rt. 2008 side 1555 avsnitt 32 med videre henvisning.

Ved vurderingen av om en oppfinnelse har oppfinneshøyde skal det tas utgangspunkt i om den framstår som nærliggende for en fagperson ut fra teknikkens stand på søknadsdagen.

Både ved vurderingen av kravet til nyhet og oppfinneshøyde skal en gjennomsnittlig fagperson brukes som målestokk, jf. Stenvik op. cit. side 196. Denne fagpersonen er en tenkt person, som i Nordisk utredningsserie 1963:6 side 126 er beskrevet slik:

Gennemsnitsfagmanden – d.v.s. gennemsnitsfagmanden på det aktuelle tekniske område – forudsættes således at være bekendt med teknikkens stade på tidspunktet for ansøgningens indgivelse. Han forudsættes at kende alt, hvad der på dette tidspunkt er alment tilgængeligt og at være i stand til ved sin kombinationsevne, f. eks. ved at kombinere flere kendte forhold, at foretage også visse nye, nærliggende konstruktioner.

Lagmannsretten legger videre til grunn at fagpersonen ikke kan forutsettes å ha en ubegrenset kombinasjonsevne, det vil si evne til å kombinere kjente elementer til nye løsninger, jf. Stenvik op. cit. side 198. Dette kan også uttrykkes ved at han ikke har oppfinneriske evner.

For å klarlegge hvilken kunnskap det skal legges til grunn at fagpersonen må ha i vår sak, er det nærliggende å ta utgangspunkt i det tekniske problemet som patentet skal løse. Patentstyret har angitt det tekniske problem slik i realitetsuttalelse 16. august 2012:

... hvordan komme frem til en anordning for å holde uønskede organismer ute fra en oppdrettsmerd, hvor oksygentilgang er sikret på en alternativ måte.

Det sentrale er at oksygen ikke skal tilføres ved hjelp av aktive tiltak, men sikres gjennom naturlige strømminger i vannet.

Partene synes enige om hvilken kunnskap fagpersonen skal ha i vår sak. Vedkommende må ha kunnskap om oseanografi og marin biologi og innsikt i tekniske konstruksjoner brukt i oppdrettsnæringen. En slik tenkt fagperson vil typisk være en gruppe personer.

For Patentstyret vil det bero på et skjønn om patenterbarhetsvilkårene er oppfylt. Det følger av Rt. 1975 side 603 (Swingball) at domstolene skal vise varsomhet med å overprøve Patentstyrets vurdering av disse vilkårene under henvisning til "den spesielle sakkunnskap og det brede erfaringsgrunnlag Styret sitter inne med". Dette prinsippet er senere opprettholdt i Rt. 2008 side 1555 (Biomar). Hvilken gjennomslagskraft prinsippet skal ha i den enkelte sak må vurderes konkret med utgangspunkt i om domstolen har fått seg forelagt et bredere faktisk avgjørelsesgrunnlag enn Patentstyret. Lagmannsretten kommer tilbake til denne konkrete vurderingen.

Forståelsen av patentkravene

Ved vurderingen av om patentet er gyldig, må det tas utgangspunkt i patentkravene og hvordan disse er å forstå. Det er patentkravene som angir patentvernets omfang, jf. patentloven § 39. Det følger videre av bestemmelsen at det ved forståelsen av patentkravene kan hentes veiledning i beskrivelsen. Ved tolkningen skal man basere seg på en fagmanns forståelse av ordlyden og sammenhengen den framgår i, jf. Rt. 1997 side 1749 (Lift-up).

Det selvstendige krav 1 i det meddelte patentet er gjengitt foran på side 5. Krav 1 har etter begrensningen som ble tatt inn i tingrettens dom, følgende innhold:

Anordning for å isolere oppdrettsmerd for fisk mot uønskede organismer, hvilken anordning anbringes omsluttende oppdrettsmerden, karakterisert ved at anordningen omfatter et fluidpermeabelt nett som sikrer oksygentilførsel til oppdrettsmerden, hvilket fluidpermeabelt nett innehar en maskevidde fra 100 µm til 1000 µm, og hvilket fluidpermeabelt nett er åpent oppad og nedad og strekker seg en avstand ned i oppdrettsmerdens dybderetning, dannende et skjørt rundt oppdrettsmerden.

Kravet omfatter både tekniske og ikke-tekniske trekk. Lagmannsretten forstår de tekniske trekk slik at anordningen gjelder et luseskjørt for en fiskemerden. Luseskjørtet skal være innrettet til å anbringes rundt fiskemerden, og det skal strekke seg nedover langs merdens

dybderetning og være åpent oppe og nede. I tillegg skal skjørtet være dannet av et nett med maskevidde fra 100 µm til 1000 µm.

At nettet skal være fluidpermeabelt har etter lagmannsrettens syn ikke selvstendig betydning når patentet er begrenset til å gjelde et nett med maskevidde mellom 100 µm til 1000 µm. Den fluidpermeable egenskapen ved nettet følger av den angitte maskevidden.

Kravet om at luseskjørtet strekker seg nedover langs merdens dybderetning er ikke nærmere bestemt, verken oppad eller nedad. På bakgrunn av beskrivelsen og tegningene forstår lagmannsretten det slik at skjørtet strekker seg fra overflaten, og stikker ganske grunt ned i sjøen, anslagsvis 25 % av merdens dybde, som ifølge beskrivelsen i patentet typisk vil tilsvare 5-15 meter.

Lagmannsretten forstår ikke ordet "isolere" på en slik måte at anordningen skal hindre enhver uønsket organisme, men at den sørger for en kvalifisert nedgang i inntrengningen av uønskede organismer, slik også tingretten la til grunn. En forståelse om at luseskjørtet ikke utgjør et absolutt hinder mot inntrengning er også lagt til grunn i beskrivelsen på patentets side 8, hvor skjørtets dybde kommenteres. Hvilke uønskede organismer som hindres, vil være de som en maskeåpning på 100 µm til 1000 µm stenger for.

Patentkravet inneholder også et ikke-teknisk trekk. Formuleringen "som sikrer oksygentilførsel til oppdrettsmerden" angir oppfinnelsens formål, det vil si hvilken virkning som ønskes oppnådd. Lagmannsretten leser dette trekket slik at virkningen om å sikre oksygentilførsel langt på vei framkommer av det tekniske trekket som angir maskevidden, sammenholdt med forutsetningene om en normalt stor oppdrettsmerd, inneholdende fisk i normale mengder og utplassert i strømmende sjøvann – en forutsetning som framgår av beskrivelsen. Poenget med at nettet skal sikre oksygentilførsel til merden, framgår også flere steder i beskrivelsen.

Formuleringen "å sikre oksygentilførsel" er uklar både rent språklig og med hensyn til i hvilket omfang oksygen skal sikres, det vil si hvor stor andel av merdens totale oksygentilførsel som skal komme gjennom nettet i skjørtet. Formuleringen om "å sikre oksygentilførsel" kan ikke forstås så absolutt at den nødvendige oksygentilførselen utelukkende skal komme gjennom nettet. Etter lagmannsrettens syn er en slik fortolkning lite nærliggende sett på bakgrunn av at luseskjørtet er åpent oppe og nede, og at det befinner seg i sjøen i et biologisk miljø utsatt for ulike former for påvirkning. På bakgrunn av bevisførselen legger lagmannsretten til grunn at oksygentilførselen til merden skjer som en sum av mange transportveier; direkte fra luften innenfor skjørtet, horisontalt gjennom skjørtets nett i hele dets høyde, horisontalt gjennom nota under skjørtet, vertikal utskifting nedenfra og til slutt horisontal strømming på grunn av den ringformede strømming i merden satt opp av fisken i merden. At oksygen tilføres via ulike transportveier er noe fagmannen

vet, og som må få konsekvenser for hvor absolutt man skal tolke formuleringen, jf. Stenvik, Patenters beskyttelsesomfang, 2001, side 543.

Nyhetskravet

Vurderingen av om oppfinnelsen er ny skal skje i forhold til hvert enkelt mothold vurdert hver for seg. Ny er en oppfinnelse hvis den forut for prioritetsdagen ikke kunne utledes direkte og utvetydig av et mothold, sett i lys av fagpersonens alminnelige kunnskap, jf. Stenvik, Patentrett, 3. utgave side 203. Dette innebærer at alle trekk ved oppfinnelsen må framgå av motholdet, enten direkte eller implisitt.

NAG og Cathay Import har for lagmannsretten anført at Mørenot og Grøntvedt er nyhetshindrende.

Som følge av innsigelsen fra Mørenot Aquaculture AS legger lagmannsretten til grunn at det er blitt produsert luseskjørt og lusepresenning i forskjellige utførelser siden 2009, se redegjørelsen foran på side 10. Av disse var det duken betegnet TeleEnviro 70/70, som hadde mest vanngjennomtrengning, og som er påberopt som nyhetshindrende mothold. TeleEnviro 70/70 består av en vevd duk, som er beregnet for bruk på land for å hindre forflytning av jordmasser, men samtidig slippe gjennom vann. Åpningen mellom trådene er angitt til 90 μm +/- 30, og trådene er betydelig bredere enn de som er benyttet i luseskjørtet Salgard. Etter lagmannsrettens syn kan TeleEnviro 70/70 ikke oppfattes som et nett med forutsetningsvis fast maskevidde. Duken er løst vevd og ikke knyttet, sydd eller sveiset slik at maskevidden er fast, slik tilfellet er ved et nett. Duken har en viss permeabilitet, men vesentlig lavere enn et nett med maskevidde 100 μm til 1000 μm . Trådtykkelsen er dessuten vesentlig større enn maske/poreåpning. Den tekniske løsningen for å hindre inntrengning av uønskede organismer er derfor en annen enn den som framgår av patentet. Etter lagmannsrettens syn skiller patentets krav 1 seg fra Mørenots luseskjørt ved ett teknisk trekk: at luseskjørtet omfatter et nett. Mørenots luseskjørt er derfor ikke nyhetshindrende.

I Grøntvedts publikasjon i forbindelse med et foredrag om kunnskapsstatus ved bekjempelse av lakselus, er det nevnt som et tiltak at man kan "(H)emme påslag ved bruk av planktonduk og upwelling". Tiltaket er ikke nærmere berørt i publikasjonen. Hvordan fagmannen skal forstå uttrykket upwelling har av begge parter vært søkt belyst under ankeforhandlingen. Calanus og Salgard mener upwelling her må leses som et teknisk tiltak, mens NAG og Cathay mener det må forstås som naturlig upwelling i form av vann fra dypet som løftes til overflaten av havstrømmer, tidevann eller vind. Etter lagmannsrettens syn er det ikke helt klart hvordan uttrykket skal forstås i Grøntvedts publikasjon, men det framstår som mest nærliggende å forstå upwelling som et teknisk tiltak brukt i kombinasjon med luseskjørt. At uttrykket ikke skal forstås som naturlig upwelling har sammenheng med at det er kjent at mengden lus avtar nedover i vannmassene, noe som nettopp er årsaken til bruk av skjørt i de øverste 5-10 meterne i merden. Vann som naturlig

kommer opp fra dypere lag vil derfor ikke inneholde lus. I områder med naturlig upwelling vil det derfor være lite behov for å bruke luseskjørt. Uavhengig av hvordan man skal forstå uttrykket upwelling, er det imidlertid lagmannsrettens syn at Grøntvedt ikke er nyhetshindrende. Henvisningen til planktonduk er lite spesifikk og gir ingen konkret beskrivelse av hvordan duken er tenkt utformet. Grøntvedt gir etter lagmannsrettens syn fagpersonen lite veiledning om hvordan han skal kunne utøve oppfinnelsen. Grøntvedt er derfor ikke nyhetshindrende.

Nyhetskravet er etter dette ikke til hinder for at patentet er gyldig med den begrensning tingretten fastsatte.

Oppfinnelseshøyde

Ved vurderingen av om kravet til oppfinnelseshøyde er oppfylt skal det tas hensyn til teknikkens stand i sin helhet og ikke bare det nærmeste motholdet. For å gjøre bedømmelsen mest mulig objektiv og realistisk, og for å unngå etterpåklokskap, har det blitt vanlig å strukturere bedømmelsen etter den såkalte problemløsningsmetoden, jf. Stenvik, op. cit. side 225. Dette er i tråd med den "problem and solution"-tilnærmingen som legges til grunn i European Patent Office (EPO), og som etter hvert også har vunnet innpass i Norge. Partene er enige om at dette er riktig tilnæringsmetode.

Metoden innebærer at man først identifiserer det nærmeste motholdet - det som i praksis ville utgjort det mest lovende utgangspunkt for oppfinnelsen. Deretter skal man identifisere det problemet som oppfinnelsen objektivt sett har løst. Dette gjøres ved en såkalt differansebetraktning av hvilke tekniske resultater som oppnås ved oppfinnelsen som ikke ble oppnådd ved utøvelse av det nærmeste motholdet. For å kunne oppnå patent må det påvises en ny eller forbedret virkning. Hvis ikke vil det problemet oppfinnelsen har løst, begrense seg til en alternativ konstruktiv løsning. Til slutt må det vurderes om det for fagpersonen, med utgangspunkt i det nærmeste motholdet, var nærliggende å løse problemet med de midler som er definert i patentkravet. I dette ligger at fagpersonen ville ha valgt den patentsøkte løsningen med rimelig forventning om suksess. Dette innebærer videre at man normalt må kunne påvise en konkret grunn til at fagpersonen ville ha valgt nettopp den patenterte løsningen, som for eksempel at teknikkens stand pekte i retning av løsningen eller at løsningen i alminnelighet er kjent for å gi fordeler av den art som er oppnådd ved oppfinnelsen, jf. Stenvik, op. cit. side 216. Det skal også vurderes om løsningen var nærliggende hvis det nærmeste motholdet kombineres med andre mothold og/eller fagets alminnelige kunnskap.

Lagmannsretten er enig med tingretten i at det er vanskelig uten videre å angi det nærmeste motholdet til patentet. NAG har først og fremst anført Botngaards duk B som mothold, men har vist til at det også kan tas utgangspunkt i Anderson m.fl., og at disse kan kombineres med Grøntvedt, Tekmar 2010, Mørenot og uttalelsen i Sintef-rapporten av 11. mai 2011 om å "filtrere vann gjennom skjørtet slik at lusa ikke kommer gjennom". Calanus

på sin side har som nærmeste mothold vist til mothold som forutsetter bruk av pumper/tekniske anordninger for å sikre oksygentilførsel. Lagmannsretten forstår bakgrunnen for dette slik at de øvrige motholdene ikke anses å befatte seg med vannkvalitet og oksygenbehov.

Lagmannsretten legger til grunn at Botngaard duk B ble solgt til flere fiskeoppdrettere som luseskjørt i 2009 og 2011, og at det ikke ble brukt pumper i kombinasjon med denne duken. Dette er skjørt laget av vevd duk med en viss, men neglisjerbar permeabilitet for vann. Det var altså kjent teknikk å bruke et luseskjørt med tilnærmet tett duk for å hindre påslag av lakselus. Lagmannsretten vurderer dette som nærmeste mothold. Det er da lagt vekt på at det er dette luseskjørtet som har flest tekniske trekk til felles med patentets krav 1. Et tilnærmet tett luseskjørt med bruk av pumper er en alternativ løsning til stridspatentet, og ikke en teknikk patentet bygger videre på.

I Anderson m.fl. er det vist til at en kommersiell aktør i USA hadde prøvd med "a fine mesh" for å hindre krabbelarver fra å komme inn i merder. Krabbelarvene (megalopa) er større enn lakselus, og dette nettet ville derfor hatt større maskeåpning og vanngjennomstrømning enn stridspatentet, og dermed mindre problem med oksygentilførsel enn et nett som skal hindre lakselus.

Betydningen av at disse motholdene ikke beskjeftiger seg med spørsmålet om oksygentilførsel kommer lagmannsrettens flertall tilbake til nedenfor under drøftelsen av om fagpersonen ville ha kommet fram til den patenterte løsningen.

Det objektive tekniske problemet som patentet har løst, er etter lagmannsrettens syn hvordan tilveiebringe en anordning for isolasjon mot lakselus som samtidig ikke i vesentlig grad forhindrer oksygentilførsel til oppdrettsmerden.

Selv om NAG for lagmannsretten ikke opprettholder anførselen om at patentet ikke virker som selvstendig grunnlag for ugyldighet, jf. kravene til beskrivelse av patentet i patentloven § 52 første ledd bokstav c, er det uttrykt et visst forbehold om at patentet ikke virker innenfor hele beskyttelsesområdet fra 100 µm til 1000 µm. Lagmannsretten mener på bakgrunn av bevisførselen at patentet virker i den forstand at den angitte maskevidden sørger for gjennomstrømning av vann som på kvalifisert måte bidrar til oksygentilførsel til merden, som et supplement til oksygentilførsel nedenfra og de øvrige tilførselsveier omtalt foran på side 23, slik at dette samlet sett blir tilstrekkelig.

Lagmannsretten viser til forsøkene på Fornes i Øksfjorden utført i tidsrommet mai-desember 2011 og publisert av Martin Næs m.fl. 20. april 2012. Forsøkene omfattet blant annet oksygenmålinger med og uten bruk av luseskjørt med maskeåpning på 350 µm og skjørt med 10 meter dybde. Det vises også til forsøk med bruk av 10 meter dype luseskjørt av typen Salgard i forbindelse med Mattias Bendiksen Linds masteroppgave i fiskehelse

fra mai 2015, som viser at oksygenverdiene innenfor luseskjørtets volum ble redusert, men ikke i tilstrekkelig grad til at det hadde negativ effekt på fiskens velferd. At vanngjennomtrengningen, og derved oksygentilførselen, er vesentlig større for nett med maskevidder på henholdsvis 111, 215 og 350 μm enn for Botngaards duk B og TeleEnviro 70/70 (Mørenot), er dessuten vist gjennom et enkelt forsøk utført av de sakkyndige vitnene Ole Petter Pedersen og Atle Mortensen.

Under ankeforhandlingen la NAG fram en ny rapport utarbeidet av Norsk Havbrukscenter på oppdrag fra Nortech Aqua AS basert på forsøk med måling av oksygennivåer i merder med tettere luseskjørt (Standard 140) og et luseskjørt med maskevidde på 350 μm . Konklusjonen var at det ikke var nevneverdig forskjell i oksygenkonsentrasjon inne i merdene selv om det ble brukt luseskjørt basert på en tilnærmet tett vevd duk og skjørt med maskevidde på 350 μm . Fisketettheten i merdene i dette forsøket var imidlertid svært lav. Vanntemperaturen var også lav, noe som tilsier at oksygenforbruket er begrenset og innholdet av oksygen i vannet høyt. Også andre forhold ved oppsettet av dette forsøket tilsier at lagmannsretten er varsom med å trekke slutninger fra det. Det vises blant annet til Andreas Myskja Liens vitneforklaring om dette.

Lagmannsretten bemerker videre at det totale bildet av hvordan vannet strømmer gjennom nettet, og derigjennom oppfinnelsens totale funksjon for å få oksygen til fisken, ikke framstår som helt klarlagt. På bakgrunn av bevisførselen, særlig Sintef-rapporten av 11. mai 2011 og forklaringene til de fagkyndige vitnene, legger lagmannsretten til grunn at når fisken svømmer i stim inne i merden, setter den opp en rotasjonsstrøm og derved trykkforskjeller inne i merden. Disse trykkforskjellene vil gjøre at vannet presses ut av merdene/luseskjørtet noen steder og suges inn gjennom merden/luseskjørtet andre steder. Dette vil også gjøre at oksygen tilføres, og det vil være uavhengig av den ordinære horisontale tidevanns- og vindgenererte strømmen i sjøen. Det virkelige hydrodynamiske strømningsbildet knyttet til fiskens bevegelser er vanskelig å kvantifisere på bakgrunn av bevisførselen og derved også dets bidrag til oksygentransport gjennom luseskjørtet. Denne uklarheten om virkemåten er imidlertid ikke til hinder for at kravet til oppfinnelseshøyde kan være oppfylt.

Ved vurderingen av om oppfinnelsen virker, peker lagmannsretten også på at det ikke har betydning dersom vanngjennomstrømning hindres som følge av at det gror på nettet i sjøen. Begroing vil normalt utgjøre et betydelig problem på et finmasket nett. Renhold av dette vil være røkterens oppgave. Det forutsettes at nettet er rent ved vurderingen av om oppfinnelsen virker.

At oppfinnelsen hindrer lakselus i å komme inn i merden, oppfatter lagmannsretten som uomstridt.

Det avgjørende spørsmålet for om det foreligger oppfinneshøyde, blir etter dette om det for fagpersonen var nærliggende å løse problemet med de midler som er definert i patentkravet med utgangspunkt i den nærmeste kjente teknikk og øvrig kjent teknikk sett i lys av fagpersonens bakgrunnskunnskap på prioritetsdagen.

Lagmannsretten har ved vurderingen av dette delt seg i et flertall og et mindretall. *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. Bruk av presenning for å hindre påslag av lakselus var også presentert av Geir Magne Knutsen i Bremnes Seashore AS i januar 2011. Videre var det kjent fra Finch m.fl. og Anderson m.fl. at bruk av tett presenning rundt øverste del av merdene kunne hindre alger/maneter i å trenge inn.

Det var imidlertid skepsis i fagmiljøene til hvorvidt vannkvaliteten ville være tilfredsstillende i det avgrensede volumet bak permaskjørtet. Dette var tema på en workshop i et forprosjekt våren 2011 i regi av Sintef. I sammendraget fra prosjektrapporten av 11. mai 2011 står følgende:

Bakgrunnen for aktivitetene som beskrives her ligger i en idé lansert av Sinkaberg-Hansen, som omfatter bruk av permanente skjørt til forebyggende lusebekjempelse i merdbasert oppdrett. Skjørtet skal kombineres med pumping av vann for å opprettholde godt miljø for fisken. Konseptet har vært gjenstand for beregninger og forberedelser knyttet til en workshop som ble holdt 14. april 2011 i Rørvik. Workshopen ble gjennomført med partnere fra Sinkaberg-Hansen, SINTEF, Botngaard, ITT Flygt og Aqualine for å diskutere konseptets potensiale, samt å jobbe med utforming av en prototyp for test i full skala.

Sinkaberg-Hansen var fiskeoppdretter, Botngaard var leverandør av sin duk B og ITT Flygt var pumpeleverandør. På bakgrunn av workshopen ble det såkalte Permaskjørt-prosjektet satt i gang med formål å videreutvikle og teste ut konseptet. I tillegg til de nevnte aktørene var de sentrale forskningsmiljøene representert ved Sintef, Havforskningsinstituttet og Veterinærinstituttet.

Fra oppstartmøtet 11. januar 2012 ble det sendt ut en rapport med vedlegg per epost til alle deltakerne 13. januar 2012. Det framgår av rapporten at den er gradert som "Åpen". Calanus og Salgard har anført at denne rapporten ikke var allment tilgjengelig, under henvisning til at den ikke ble gjort kjent for en ubestemt eller større krets. En samlet lagmannsrett er ikke enig i dette. Det vises til den åpne graderingen. Mottakerne var verken

underlagt en innforstått eller uttrykkelig taushetsplikt om innholdet, jf. Stenvik op. cit. side 181-182.

I rapporten fra oppstartmøtet vises det til at Botngaard har brukt store ressurser på å utvikle sitt permaskjørt. Det presenteres også resultater fra noen forsøk Sinkaberg-Hansen hadde gjennomført i november og desember 2011 med bruk av permaskjørt uten pumper eller andre tiltak for oksygentilførsel. Sinkaberg-Hansen viste til at oksygenmålinger i og utenfor permaskjørtet ikke viste noen forskjell. Dette er imidlertid ikke dokumentert med målinger, det framgår ikke på hvilke dyp målingene er foretatt og det var begrenset mengde fisk i merden. Målingene er dessuten foretatt i den kalde årstiden.

Lagmannsrettens flertall ser det slik at disse målingene ikke ga grunnlag for en konklusjon i prosjektet om at permaskjørt kunne brukes til skjerming mot lakselus uten tiltak for å sikre oksygentilførsel. Det heter i rapporten:

En avskjerming med Permaskjørt kan føre til at det blir dårlig vanngjennomstrømning i det avgrensede volumet, som igjen kan føre til at fisken bruker opp oksygenet raskere enn det blir tilført nytt. Det vurderes derfor tiltak som å pumpe vann fra dypere nede i merden opp til overflaten og å tilsette oksygen direkte.

Rapporten tar ikke opp spørsmål om oksygentilførsel gjennom duken ved horisontal forflytning av vannmasser. Lagmannsrettens flertall kommer tilbake til en uttalelse om "å filtrere vann gjennom skjørtet" i rapporten fra workshopen av 11. mai 2011 nedenfor.

Problemer med vannkvalitet ved bruk av "perimeter skirt" er også beskrevet i Anderson m.fl. Det framgår at "(T)he method is usually not practised without some or other mitigation technique, such as airlifting pumping or aeration, ...". Finch m.fl. har også beskrevet dette problemet og har gjennom sitt patent vist at en løsning på dette er å bruke pumpe. Tilsvarende synspunkter om for lave oksygenverdier kom fram i en vitenskapelig artikkel som ble mottatt 5. oktober 2011 og akseptert for publisering i juni 2012, det vil si ca. et halvt år etter prioritetsdagen. En av forfatterne var Andreas Myskja Lien, som gjennom Sintef var deltaker i Permaskjørtprosjektet. I sammendraget uttales det at "..., this pilot study shows that putting a tarpaulin skirt around a full scale commercial sea cage may seriously decrease the oxygen saturation levels available for the fish inside the skirt." Artikkelen viser at også etter prioritetsdagen er oppfatningen i et sentralt fagmiljø at mangelfull vannutskiftning bak et permaskjørt var et problem.

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 flertalls syn sto derfor slike løsninger sentralt ved fagpersonens vurdering av problem og løsning.

Selv om ikke Botngaard duk B eller uttestingen av permaskjørtet beskjeftiger seg med spørsmål om horisontal forflytning av vann gjennom skjørtet/duken, må det vurderes om annen kjent teknikk peker i denne retningen. Fra Anderson m. fl. er det som nevnt ovenfor omtalt at et finmasket nett, "a fine mesh" kan brukes for å holde megalopa (krabbelarver) og "the genus Cancer" ute fra merden. Som følge av megalopas størrelse reiser ikke slik bruk problemer med oksygentilførsel, og spørsmålet om oksygentilførsel er ikke nærmere berørt i publikasjonen i tilknytning til dette nettet. Størrelsen på "the genus Cancer" er ikke dokumentert for lagmannsretten, men det har uansett ikke kommet fram holdepunkter for at utestengelsen av denne forutsetter så små maskeåpninger at spørsmålet om oksygentilførsel blir et annet enn for krabbelarvene. Bruk av et finmasket nett, det vil si et planktonnett, for å holde lakselus ute fra merden er også omtalt i Grøntvedt. Her er det imidlertid omtalt som et tiltak sammen med "upwelling", jf. drøftelsen foran. Dette tilsier etter lagmannsrettens flertalls syn at oksygenbehovet ikke kan oppfattes som løst ved bruken av planktonnettet i seg selv. Verken i Anderson m. fl. eller i Grøntvedt sies det noe om mer spesifikke egenskaper eller utforming av de aktuelle nettene.

Horisontal forflytning av vann er også berørt i rapporten av 11. mai 2011 fra Sintefs workshop. Fra rapporten framgår følgende:

Det er bekymring knyttet til hvorvidt en ren skjerming kan gi dårlig vannkvalitet i merden. Flere løsninger er vurdert med hensyn til dette, eksempelvis å pumpe vann fra dypere nede og fordele dette innenfor skjørtevolumet eller å filtrere vann gjennom skjørtet slik at ikke lusa kommer gjennom.

Av interesse i denne sammenheng er spørsmålet om formuleringen om filtrering av vann peker i retning av patentets løsning. Formuleringen er verken nærmere utdypet i rapporten eller fulgt opp senere i Permaskjørtprosjektet. Lagmannsrettens flertall forstår den slik at vann på en eller annen måte skal bevege seg gjennom skjørtet. Om dette skal skje ved strøm i sjøen eller på andre måter er ikke klart. Det sies følgelig heller ikke noe om hva som skal til for å lykkes med en slik filtrering, i den forstand at det ikke vil være behov for pumper eller andre tiltak for å sikre oksygentilførsel. Lagmannsretten kan ved vurderingen av kjent teknikk ikke legge vekt på hva som ble forklart i lagmannsretten av deltakere på workshopen om hvilken løsning som ble diskutert ut over det som framgår av rapporten. Det er hva fagpersonen kan lære av rapporten som er avgjørende. I tillegg til at uttalelsen er uklar, har det betydning for hva fagpersonen kan lære at idéen om filtrering ikke ble fulgt opp i det påfølgende prosjektet. De aktuelle nærings- og fagmiljøene i Permaskjørtprosjektet valgte å satse på bruk av pumper for å sikre oksygentilførsel. Heller ikke senere har det aktuelle miljøet på Sintef forsket på vannstrømning gjennom permeable skjørt, ifølge vitneforklaringen til forsker Andreas Myskja Lien.

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 med 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 oppfinnelseshøyde 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. I Permaskjørtprosjektet, med deltakelse fra sentrale nærings- og forskningsmiljøer, var det Botngaards vevde duk i kombinasjon med pumpe og ikke et nett basert på horisontal vanngjennomstrømning som var utgangspunktet for å søke en løsning på problemet med skjerming kontra oksygentilførsel. Det samme gjelder for Botngaard duk B uten bruk av pumpe i den forstand at heller ikke her er problemet med tilførsel av oksygen løst ved horisontal vanngjennomstrømning.

Lagmannsretten legger videre til grunn at selv om oppdrettsnæringen har vært villig til å teste ut mange virkemidler i bekjempelsen av lakselus, så har det vært en viss skepsis i bransjen mot bruk av nettmateriale etter at denne idéen ble lansert. Dette skyldes problem med begroing, som krever hyppig vasking av nøter til merdene, og som generelt er et stort problem i bransjen. Det vises til vitneforklaringer både fra Calanus' representanter og vitneforklaringen til daglig leder Tore Holand fra Midt-Norsk Havbruk AS, som fremdeles var skeptisk. Han hadde brukt både Calanus' og NAGs luseskjørt og forklarte at vannet ikke kom gjennom fordi det gror så fort på skjørtene. At det fremdeles er skepsis til at luseskjørt basert på et finmasket nett har vesentlig større vanngjennomstrømning enn et tilnærmet tett luseskjørt, har også NAG gitt uttrykk for i lagmannsretten. NAG la under ankeforhandlingen fram en rapport basert på et forsøk Nortech Aqua AS (NAGs søsterselskap) hadde initiert for å sammenlikne vanngjennomstrømningen gjennom selskapets luseskjørt Standard 140 og Micro Sieve. Undersøkelsen viste ikke signifikant forskjell på disse skjørtene, se omtale av denne ovenfor. Daglig leder i Nortech Aqua AS, Tomas Talos, som har vært med på Orient-gruppens satsing i oppdrettsnæringen siden 2009, forklarte videre i lagmannsretten at de hadde mistanke om at filterduken på 350 µm kom til å bli svak rent styrkemessig. Den skepsis som har kommet til uttrykk etter prioritetsdagen taler etter lagmannsrettens syn for at den tekniske fordel som er oppnådd var uventet, og at det ikke er sannsynlig at fagpersonen ville ha funnet fram til den patenterte løsningen.

På grunn av oppfinnelsens enkle karakter, og at alle årsaksfaktorer til det høye oksygeninnholdet innenfor luseskjørtet Salgard ikke framstår som kartlagt, er det ikke grunnlag for å si at oppfinnelsen innebærer en betydelig teknisk verdi. Samtidig legger lagmannsrettens flertall til grunn at luseskjørt basert på patentet har vært kommersielt vellykket. Det vises til salgstallene både for Salgard og omsetningen av NAGs etterlikning Micro Sieve, referert under saksframstillingen foran. Det vises også til NAGs anslag over tapt fortjeneste som følge av forbudet mot omsetning av Micro Sieve, gjengitt under anførselene foran. Selv om det gjøres fradrag på grunn av usikkerheten ved anslag over framtidig omsetning, underbygger både historiske og antatte salgstall at også etterlikningen av luseskjørtet har lyktes i markedet. En slik etterspørsel tilsier at den patenterte løsningen har dekket et behov, som ikke har blitt dekket av andre luseskjørt. Dette underbygges også av at NAG valgte å selge sitt skjørt Micro Sieve i tillegg til Standard 140, og at salget av Standard 140 ikke synes å ha kompensert for det tapte salget av Micro Sieve. Salgstallene av de respektive luseskjørtene utgjør slik sett et moment som taler for at oppfinnelsen har en teknisk verdi, og at den ikke var nærliggende for fagmannen, jf. Stenvik, op. cit. side 232-233.

Lagmannsrettens flertall har ved den skjønnsmessige vurderingen av om patenterbarhetsvilkårene er oppfylt, ikke tatt særlig hensyn til Patentstyrets vurderinger, jf. Swingball-dommen omtalt foran. Dette har sammenheng med at lagmannsretten har fått seg forelagt og vurdert dels andre mothold enn de Patentstyret vurderte. Det siktes her først og fremst til Botngaard duk B og Anderson m.fl., men også Sintef-rapporten av 11. mai 2011. Saken har slik sett stått i en noe annen stilling.

Flertallets konklusjon om gyldigheten av patentet

Lagmannsrettens flertall har etter en samlet vurdering, og under sterk tvil, kommet til at spranget fra teknikkens stand til patentets løsning, slik det er begrenset i tingrettens dom, er tilstrekkelig til at en fagperson ikke ville ha kommet fram til løsningen. Patentet er derfor gyldig med de begrensninger som er fastsatt av tingretten.

Lagmannsrettens flertall trenger etter dette ikke ta stilling til spørsmålet om patentet skal opprettholdes med det begrensede kravsett A, slik at krav 2 tas inn i patentets krav 1.

Patentinngrep og erstatningsutmålingen

Som nevnt innledningsvis under lagmannsrettens bemerkninger er partene enige om at både NAG og Cathay Import har gjort inngrep i eneretten, jf. patentloven § 3 første ledd nr. 1, dersom patentet er gyldig. Partene er heller ikke uenige om sanksjonene som følge av patentinngrepet, slik de er fastsatt av tingretten. Tingretten utmålte erstatning til Calanus etter patentloven § 58 første ledd bokstav c) om vinningsavståelse. Det er da inngriperens nettofortjeneste som utgjør vinningen. Partene er for lagmannsretten enige om at det ved beregningen av vinningen i tingrettens dom er lagt til grunn omsetning av fire skjørt som ikke gjør inngrep i patentet. Det omforente erstatningsbeløpet er etter dette 3 568 075

kroner, og lagmannsrettens flertall legger dette til grunn. NAG og Cathay Import er solidarisk ansvarlige overfor Calanus.

Begjæring om midlertidig forføyning

Som følge av lagmannsrettens flertalls konklusjon om patentets gyldighet, er kravet det begjæres forføyning for sannsynliggjort, jf. tvisteloven § 34-2 første ledd. Spørsmålet er om det foreligger sikringsgrunn, jf. tvisteloven § 34-1 første ledd. Lagmannsretten vurderer først alternativet i bestemmelsens bokstav b, hvor det framgår at midlertidig forføyning kan besluttes blant annet når det finnes nødvendig for å få en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold for å avverge en vesentlig skade eller ulempe.

Lagmannsrettens flertall anser det som uomstridt at NAG sannsynligvis vil markedsføre og selge sitt luseskjørt Micro Sieve dersom det ikke nedlegges midlertidig forbud mot dette. Spørsmålet er om forbud mot slikt salg er nødvendig for at ikke Calanus og Salgard skal påføres en vesentlig skade eller ulempe.

Lagmannsrettens flertall ser det slik at markedsføring og salg av Micro Sieve vil påføre Calanus og Salgard et løpende økonomisk tap, som følge av at en andel av de kundene som ønsker et luseskjørt med de samme egenskaper som det patenterte skjørtet, vil kjøpe NAGs skjørt Micro Sieve. Det synes uomstridt at Calanus og Salgard i så fall vil bli påført et økonomisk tap – uten at størrelsen er nærmere kommentert av partene. På bakgrunn av NAGs salg av Micro Sieve fram til tingrettens beslutning om midlertidig forføyning, og anslag over tapt salg som følge av forføyningen, legger lagmannsrettens flertall til grunn at det dreier seg om betydelige beløp. Dette gjelder selv om det legges til grunn at ikke samtlige av NAGs kunder ville ha kjøpt luseskjørtet Salgard dersom forføyning ikke hadde vært besluttet.

NAG har anført at Calanus og Salgards tap vil kunne dekkes etter en rettskraftig avgjørelse av hovedkravet, og at kravet til sikringsgrunn derfor ikke er oppfylt. Etter lagmannsrettens flertalls syn er ikke dette i seg selv tilstrekkelig til at sikringsgrunnen ikke er oppfylt. Det vises til Rt. 1967 side 124, hvor Høyesterett i en patentsak la til grunn at det ikke var til hinder for forføyning at skaden bare var av økonomisk art og den annen part var søkegod. I Rt. 1996 side 1625 ble det uttalt at erstatningsmuligheten i et slikt tilfelle vil inngå som et moment i den samlede vurderingen.

Lagmannsrettens flertall mener videre det er sannsynlig at fortsatt salg av Micro Sieve vil føre til et goodwilltap i form av utvanning av enerettsposisjonen og fare for ytterligere etterlikninger ved at patentrettighetene ikke håndheves. De tapte markedsandelene som følge av at patentrettighetene ikke håndheves, kan medføre tap også på lengre sikt.

De skadene og ulempene som er beskrevet ovenfor, er etter lagmannsrettens flertalls syn vesentlige og kan ikke påregnes kompensert fullt ut i et etterfølgende erstatningsoppgjør.

For det første medfører noen av krenkelsene av patentrettighetene skader og ulemper som ikke lett lar seg tallfeste. For det andre knytter det seg usikkerhet til om NAG på tidspunktet for et eventuelt erstatningsoppgjør vil være i stand til å dekke et erstatningskrav. Virksomheten i NAG startet i 2014 og har bestått i salg av luseskjørt. Salget av Standard 140 er i den senere tid overtatt av et søsterselskap. Hvordan Orientgruppen organiserer sin virksomhet framover vil ha betydning for om NAG vil være søkegod, og usikkerheten omkring dette taler for at Calanus og Salgard ikke skal være henvist til å søke tapet kompensert i et etterfølgende økonomisk oppgjør.

Lagmannsrettens flertall mener på denne bakgrunn at kravene til sikringsgrunn i utgangspunktet er oppfylt. Det skal imidlertid etter tvisteloven § 34-1 andre ledd foretas en interesseavveining. Midlertidig forføyning skal ikke besluttes dersom ulempen for saksøkte "står i et åpenbart misforhold" til saksøkers interesse i forføyningen. NAG har anført at forføyningen medfører uopprettelig skade for selskapet ved at selskapet vil være ute av markedet i muligens ett år til, og at det kan bli vanskelig å komme inn igjen på markedet. Lagmannsrettens flertall ser at et salgsforbud rammer NAG hardt, men mener likevel ikke at ulempen NAG påføres står i et åpenbart misforhold til betydningen et salgsforbud har for Calanus og Salgard, jf. vurderingen ovenfor. Lagmannsretten legger ved vurderingen vekt på at NAG var kjent med patentet før lanseringen av Micro Sieve og slik sett tok en risiko da dette luseskjørtet ble lansert. Risikoen for at patentet likevel ikke er gyldig, er da NAG nærmest til å bære, jf. tilsvarende synspunkter i LB-2000-2398. Lagmannsretten har også sett hen til at det er NAGs egen beslutning at selskapet er helt ute av markedet for luseskjørt, ettersom rettighetene til salg av Standard 140 er overført til et søsterselskap.

Lagmannsrettens flertall har ved interessavveiningen også tatt i betraktning at ulempene for NAG kan dempes ved at det som vilkår for forføyningen stilles sikkerhet for et erstatningskrav dersom det viser seg at patentet likevel ikke er gyldig, jf. tvisteloven § 34-2 første ledd andre punktum. Avgjørelsen må tas basert på et bredt skjønn, jf. Schei m.fl. Tvisteloven. Kommentirutgave 2. utgave side 1242. Selv om i hvert fall Calanus har flere økonomiske ben å stå på, og at det ikke er konkrete holdepunkter for at Calanus og Salgard ikke vil kunne betale et eventuelt erstatningsansvar, er det lagmannsrettens flertalls syn at det bør stilles sikkerhet i dette tilfellet. Det vises til at det dreier seg om et ganske stort beløp, og at lagmannsretten har gitt uttrykk for sterk tvil om patentet er gyldig, jf. Schei m.fl. op. cit. Sikkerheten bør ta høyde for tap som følge av tapt omsetning fra 15. mars 2015 og ca. to år framover. Et skjønnsmessig anslag tilsier at det stilles krav om sikkerhet med fem millioner kroner, som ikke nødvendigvis vil sikre det maksimale erstatningsbeløpet. Sikkerheten må stilles innen 14 dager. Forføyningen bortfaller dersom sikkerhet ikke stilles innen fristen, jf. tvisteloven § 34-6 bokstav b.

NAG har ikke for lagmannsretten tilbudt seg å stille sikkerhet for et mulig erstatningsansvar for å unngå forføyning, jf. tvisteloven § 34-3 andre ledd sjette punktum. Lagmannsrettens flertall mener uansett at slik sikkerhet ikke kan føre til at forføyning ikke

blir besluttet. Det vises til merknadene ovenfor om utilstrekkeligheten ved økonomisk kompensasjon av skadene og ulempene.

Tingrettens avgjørelse om midlertidig forføyning blir etter dette stående, likevel slik at Calanus og Salgard må stille sikkerhet. Med dette utfallet er det ikke grunnlag for NAGs erstatningskrav og lagmannsrettens flertall går ikke nærmere inn på dette.

Lagmannsrettens mindretall, lagdommer Kristensen og fagkyndig meddommer Fluge, bemerker:

Begrepet "å sikre" oksygentilførsel, som er benyttet i patentkrav 1, er uklart. Det objektive tekniske problemet som patentet løser, er etter mindretallets syn hvordan tilveiebringe et luseskjørt for en fiskemerde av vanlig størrelse utplassert på en lokalitet med strømmende sjøvann, hvor luseskjørtet *ikke i vesentlig grad forhindrer oksygentilførsel* til oppdrettsmerden. I denne sammenheng må det legges til grunn at oksygentilførsel uansett vil forekomme flere andre veier enn via skjørtet. Det er en relativt liten andel av merdens notoverflate som skjørtet skal dekke, og fisken vil ifølge vitner kunne tilpasse sin plassering ved at stimen kan trekke noe dypere, nær eller under skjørtekanten for å få dekket sitt oksygenbehov. At luseskjørtet "sikrer", i betydningen *ikke i vesentlig grad forhindrer* oksygentilførsel, er en passiv virkning av oppfinnelsen. At man får denne virkningen, skyldes delvis fiskens opptreden slik den er beskrevet ovenfor og delvis at skjørtet er fluidpermeabelt.

Det nærmeste mothold benytter ikke pumper, jf. flertallets fremstilling på side 25 ovenfor. Det kan således ikke tillegges den objektive problemstillingen at man skal unngå pumper.

Utgangspunktet er at et luseskjørt for en fiskemerde er kjent for å forhindre påslag av lakselus. Det kjente luseskjørtet har en tilnærmet tett duk. Det eneste nye trekket i Calanus' oppfinnelse er at skjørtet omfatter et nett, ikke en duk, og at nettet har maskevidde 100 µm til 1000 µm. Der finnes tre uavhengige kilder som foreslår å bruke nett for å hindre tilgang for små organismer, alle i oppdrettssammenheng, som man kan kombinere med den nærmeste kjente teknikk. Anderson m.fl. nevner "fine mesh". I Sintef-rapporten av 11. mai 2011 nevnes å filtrere vann gjennom duken. Grøntvedt nevner bruk av planktonduk. Anderson m.fl., Sintef-rapporten av 11. mai 2011 og Grøntvedt beskriver alle i oppdrettssammenheng bruken av det som må oppfattes som et nett. Ingen av dokumentene er skrevet med patenttaktiske hensikter med hensyn til formulering med de eksklusive begrensninger som forekommer i patentdokumenter, men beskriver åpent sideordnede eller alternative tekniske løsninger innen faget.

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. Det henvises her til Nordisk utredningsserie 1963, nevnt ovenfor, hvor det er gitt uttrykk for følgende:

Han [Gennemsnittsfagmanden] forutsettes at kende alt, hvad der på dette tidspunkt er alment tilgængeligt og at være i stand til ved sin kombinationsevne, f.eks. ved at kombinere flere kendte forhold, at foretage visse nye, nærliggende konstruktioner.

Det fremstår derfor som overveiende sannsynlig at fagmannen ville ha kommet frem til den aktuelle kombinasjon, og at fagpersonen ikke behøver å foreta seg noen ytterligere oppfinneriske trinn ut over den rene kombinasjon for å komme frem til den nærliggende konstruksjon. At et slikt luseskjørt dannet av et nett "sikrer", dvs. ikke forhindrer, oksygentilførsel under de aktuelle betingelser for en fiskemerde, gir ingen overraskende effekt for fagmannen ut over det fagmannen ville forvente av kombinasjonen. Oppfinnelsen er derfor åpenbar for en fagmann, den skiller seg ikke vesentlig fra den kjente teknikk, og er dermed ikke patenterbar i henhold til patentloven § 2.

Calanus og Salgard har subsidiært gjort gjeldende at patentet skal opprettholdes med det begrensede kravsett A, slik at krav 2 tas inn i patentets krav 1, jf. patentloven § 52 første ledd andre punktum.

Mindretallet har kommet til at krav 1 har nyhet, men at det ikke har oppfinnelsehøyde.

Det subsidiære kravsettet kalt "Subsidiært kravsett A" har følgende hovedkrav:

1. Anordning for å isolere en oppdrettsmerde (17) for fisk mot frittlevende stadier av lakselus, hvilken anordning anbringes omsluttende oppdrettsmerden (17), karakterisert ved at anordningen omfatter et fluidpermeabelt nett (1) som innehar en maskevidde på omtrent 350 μm eller mindre og 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 subsidiære kravsettet ble under ankeforhandlingen foreslått spesifisert ved det underordnede krav 2, som lyder:

2. Anordning ifølge krav 1, karakterisert ved at det fluidpermeable nettet (1) innehar en maskevidde fra 100 μm til omtrent 350 μm .

Den innførte begrensningen nedad for maskevidden er helt nødvendig for å unngå at det tekniske trekk "en maskevidde på omtrent 350 µm eller mindre " ville være uklart med hensyn til hva som kreves som minste maskevidde, og for at kravet skal kunne ha sin kilde i beskrivelsen.

Den foreslåtte begrensningen ved å innsnevre maskevidden fra området "på omtrent 350 µm eller mindre" til området "100 µm til omtrent 350 µm", tilfører imidlertid ikke noe nytt teknisk trekk til oppfinnelsen. Innsnevring av området for maskevidden har ingen ny og overraskende effekt i forhold til det primære hovedkrav 1 og er fremdeles åpenbart for en fagmann. Den foreslåtte kombinasjonen av krav 1 med spesifiseringen i krav 2 mangler derfor fremdeles oppfinneshøyde. I tillegg er "omtrent 350 µm " uklart og ville være et problem ved påstand om inngrep.

Krav 3 i "Subsidiært kravsett A" lyder:

Anordning ifølge krav 1, karakterisert ved at det fluidpermeable nettet (1) innehar en maskevidde på omtrent 350 µm.

Heller ikke krav 3 tilfører noe nytt teknisk trekk og heller ingen overraskende teknisk effekt. Det utgjør fremdeles en åpenbar kombinasjon av kjent teknikk, og anses ikke patenterbart. Fremdeles er "omtrent 350 µm" uklart og ville være et problem ved påstand om inngrep.

Mindretallets konklusjon om gyldigheten av patentet

Lagmannsrettens mindretall har kommet til at patentet ikke skiller seg vesentlig fra den kjente teknikk fordi man må kunne anta at fagmannen ville ha kommet fram til oppfinnelsen ved enkel kombinasjon av den nærmeste kjente teknikk og ett enkelt trekk fra andre publikasjoner, alt på det samme fagområde og sett i lys av fagmannens bakgrunnskunnskap på det angjeldende fagområde. Der foreligger ingen overraskende eller uventet teknisk effekt. Patentet, slik det er fastsatt av tingretten, er derfor ikke gyldig.

Det samme gjelder patentet slik det er formulert av Calanus og Salgard i den subsidiære påstanden med henvisninger.

Mindretallets syn på forføyningskravet samt NAGs krav om erstatning etter tvisteloven § 32-11 første ledd

Siden mindretallet er kommet til at patentet ikke er gyldig, er kravet det begjæres forføyning for ikke sannsynliggjort, jf. tvisteloven § 34-2 første ledd. Det er da ikke grunnlag for å avsi kjennelse om omsetningsforbud. Mindretallets syn innebærer at NAG burde ha vært frifunnet for forføyningskravet.

For det tilfellet at patentet ble kjent ugyldig, har NAG i medhold av tvisteloven § 32-11 første ledd krevd erstatning for den skade selskapet er påført som følge av sikringen. Kravet gjelder tapet som er påført fra 24. mars 2015 (tidspunktet for tingrettens dom/kjennelse) og ut 2016. Det er nedlagt påstand om erstatning fastsatt etter rettens skjønn, men NAG har beregnet sin tapte fortjeneste til 13,3 millioner kroner.

Det er anført at NAG er påført uopprettelig skade, og at det å gjenoppta salget kunne bli vanskelig etter å ha vært ute av markedet lenge. Den midlertidige forføyningen med omsetningsforbud har i følge NAG medført total stans i alle leveranser etter at tingrettens kjennelse ble avsagt.

Mindretallet bemerker at erstatning etter § 32-11 første ledd tilkjennes på objektivt grunnlag. Det er med andre ord ikke nødvendig at motparten er noe å bebreide.

Mindretallet er kommet til at det ville være riktig å tilkjenne NAG erstatning for det tap selskapet har lidt fra tingrettens dom og kjennelse ble avsagt 24. mars 2015 og ut 2016, men er kommet til at den tapte fortjenesten ikke er så stor som NAG hevder. Mindretallet tar utgangspunkt i at NAG solgte 127 skjørt i 2014 og at det gav en omsetning på 23 787 170 kroner. NAG har anført at hvis det ikke hadde blitt nedlagt et omsetningsforbud, ville salget av deres luseskjørt ha økt med 50 % både i 2015 og 2016.

Lagmannsrettens mindretall legger skjønnsmessig til grunn at økningen ville ha blitt på 5 % i året, slik at omsetningen i 2015 ville ha blitt på ca. 25 millioner kroner og i 2016 på ca. 26 millioner kroner, til sammen ca. 51 millioner kroner. Med en avanse på 15 % gir det et tap på ca. 7,65 millioner kroner.

Mindretallet finner det ikke nødvendig å gå inn på de momentene som er vektlagt i forbindelse med erstatningsutmålingen, som uansett må bli sterkt skjønnsmessig. Mindretallet bemerker likevel at det har lagt en viss vekt på at NAG har henvist noen av sine kunder til søsterselskapet Nortech Aqua. Dette selskapet har solgt ca. 90 luseskjørt hittil i 2016. Det er dessuten et begrenset antall operative laksemerder som egner seg for luseskjørt.

Oppsummering - flertallet

Lagmannsrettens flertall har kommet til at patentet er gyldig med de begrensninger som er fastsatt av tingretten. Det foreligger patentinngrep. Vederlaget for patentinngrepet justeres basert på partenes enighet med et mindre beløp. Anken i hovedsaken har etter dette ikke ført fram.

Den midlertidige forføyningen opprettholdes under forutsetning av at Calanus og Salgard stiller sikkerhet. NAG har ikke vunnet fram med sitt erstatningskrav. Anken i forføyningssaken har etter dette delvis ført fram.

Sakskostnader

Calanus og Salgard har fått medhold i sin prinsipale påstand og har vunnet saken. De har derfor i utgangspunktet krav på full erstatning for sine sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2. Det følger av tvisteloven § 20-2 tredje ledd at motparten helt eller delvis kan fritas for kostnadsansvaret dersom tungtveiende grunner gjør det rimelig, og det legges ved vurderingen særlig vekt på om det var god grunn til å få saken prøvd fordi den var tvilsom. Som det framgår ovenfor er flertallet i sterk tvil om utfallet og mener de ankende parter hadde god grunn til å få saken prøvd. Lagmannsrettens flertall mener derfor at det foreligger slike tungtveiende grunner som tilsier at hver part skal dekke egne sakskostnader.

I forføyningssaken mener flertallet at NAG, som følge av kravet om sikkerhetsstillelse, har fått medhold av betydning uten å vinne saken, jf. tvisteloven § 20-3. Utgangspunktet er da at hver part bærer egne sakskostnader. Det foreligger ikke slike tungtveiende grunner som tilsier at sakskostnader skal tilkjennes. Det vises særlig til den tvil som knytter seg til vurderingen av patentets gyldighet i hovedsaken.

Lagmannsrettens resultat skal også legges til grunn ved vurderingen av sakskostnadene for tingretten, jf. tvisteloven § 20-9. Hver part skal derfor også dekke egne sakskostnader for tingretten.

Begge parter har begjært retten satt med fagkyndige meddommere, og hver part vil bli belastet sin andel av disse kostnadene av retten.

Lagmannsrettens mindretall har kommet til at Calanus' fluidpermeable luseskjørt ikke har tilstrekkelig oppfinnelseshøyde. Patentet er derfor ugyldig. Mindretallet er ut fra sitt syn på saken kommet til at Calanus/Salgard skal betale motpartens sakskostnader for lagmannsretten og tingretten, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd og § 20-9.

Heving av ankesaken mot Moen Marin AS

Calanus og Salgard frafalt anken mot Moen Marin AS i sluttinnlegget, og ankesaken mot Moen Marin AS skal da heves, jf. tvisteloven § 29-19 første ledd og § 19-1 andre ledd bokstav b. Moen Marin AS skal tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten, jf. tvisteloven § 20-2 andre ledd. Det er partene enige om.

Advokat Johnsen har lagt fram en sakskostnadsoppgave på til sammen 154 500 kroner. Av dette utgjør 124 500 kroner salær og 30 000 kroner gjelder reise- og oppholdsutgifter for parten. Lagmannsretten oppfatter at kostnadene gjelder partens tilstedeværelse i ankeforhandlingen.

En samlet lagmannsrett kan ikke se at kostnadene som gjelder utgifter til partens tilstedeværelse i lagmannsretten har vært nødvendige, jf. tvisteloven § 20-5. Anken mot

Moen Marin AS ble frafalt forut for ankeforhandlingen, og det var derfor kun sakskostnadsspørsmålet som ble behandlet under ankeforhandlingen – avslutningsvis under prosedyren. Etter lagmannsrettens syn er også kostnadene til utarbeidelse av et anketilsvar og forberedelse av ankeforhandlingen unødige høye tatt i betraktning at saken for Moen Marin AS var begrenset til å gjelde selskapets medvirkningsansvar. Lagmannsretten legger til grunn at det har vært arbeidet med saken til Moen Marin AS selv om det ikke i nevneverdig grad framgår av prosesskrivene, men kan ikke se at det er sannsynliggjort et behov for bistand i det omfang sakskostnadskravet er basert på. Lagmannsretten setter sakskostnadene for lagmannsretten skjønnsmessig til 80 000 kroner.

Moen Marin AS har krevd dekket sine sakskostnader for tingretten under den forutsetning at patentet kjennes ugyldig. Anførselen er at i så fall har Moen Marin AS vunnet saken fullt ut for lagmannsretten, og at lagmannsrettens resultat skal legges til grunn for sakskostnadsavgjørelsen i tingretten. *Lagmannsrettens flertall* har, som det framgår ovenfor, kommet til at patentet er gyldig. Forutsetningen for kravet er derfor ikke til stede, og kravet om sakskostnader for tingretten kan allerede av den grunn ikke føre fram. Calanus og Salgard har anført at det ikke er prosessuell adgang til å behandle kravet. For flertallet er det, som det framgår ovenfor, ikke nødvendig å ta stilling til de prosessuelle spørsmål denne innsigelsen reiser.

Mindretallet bemerker om Moen Marin AS' krav om sakskostnader for tingretten:

Tingretten uttaler på side 53 i dommen at tvisteloven § 20-2 ikke er anvendelig mellom Calanus og Moen Marin AS basert på det samlede utfallet i tvisteforholdet. Sakskostnadsspørsmålet er ikke avgjort i tingrettens domsslutning, men mindretallet legger til grunn at tingretten var av den oppfatning at hver av partene skulle bære sine sakskostnader.

Mindretallet er ovenfor kommet til at Calanus/Salgards patent er ugyldig. Partene er uenige om Moen Marin AS, hvis man legger mindretallets syn på patentets gyldighet til grunn, kan få behandlet sitt krav på sakskostnader for tingretten. Selskapet ble som nevnt ikke tilkjent sakskostnader for tingretten.

Moen Marin AS har vist til at det i anketilsvaret ble fremmet krav om sakskostnader for tingretten dersom lagmannsretten kommer til at patentet er ugyldig. Det er vist til at det ikke var nødvendig å inngi avledet anke, jf. tvisteloven § 29-7 andre ledd, jf. § 20-9 første ledd. Ut fra mindretallets syn på patentets gyldighet hevder Moen Marin AS å ha vunnet fullt ut for lagmannsretten, og skulle da tilkjennes fulle sakskostnader for begge instanser, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd, jf. annet ledd.

Mindretallet bemerker at Moen Marin AS ikke har påanket tingrettens sakskostnadsavgjørelse. Calanus anket frifinnelsen av Moen Marin AS når det gjelder

inngrepsspørsmålet, samt det forhold at Moen Marin AS ikke ble dømt til å betale sakskostnader. I tilsvaret til anken krevde Moen Marin AS seg frifunnet også for sakskostnadskravet. Ifølge tvisteloven § 29-7 annet ledd er anke eller avledet anke ikke nødvendig hvis en part bare vil kreve sakskostnadsavgjørelsen endret. Moen Marin AS hadde derfor gjort det som var nødvendig for å få ny behandling av sakskostnadene som knytter seg til innleggsspørsmålet, men denne adgangen antas bortfalt da Calanus frafalt anken.

Dommen og kjennelsen i forføyningssaken er avsagt med slike dissenser som framgår ovenfor.

SLUTNING I DOM OG KJENNELSE

I hovedsaken:

1. Anken over tingrettens dom, slutningens punkt 1, 3 og 4, forkastes.
2. Som vederlag for patentinngrep betaler Nordic Aqua Gear AS og Cathay Import AS en for begge og begge for en til Calanus AS 3 568 075 – tremillionerfemhundreogsekstiåttetusenogsyttifem – kroner innen to uker etter forkynning av dommen.
3. Hver part dekker egne sakskostnader for lagmannsretten og tingretten.

I forføyningssaken:

1. Anken forkastes.
2. Calanus AS og Salgard AS skal innen to uker stille sikkerhet for Nordic Aqua Gear AS' mulige erstatningskrav med 5 000 000 – femmillioner – kroner.
3. Hver part dekker egne sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

SLUTNING I KJENNELSE

1. Saken heves for så vidt gjelder Moen Marin AS.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Calanus AS og Salgard AS en for begge og begge for en 80 000 – åttitusen – kroner til Moen Marin AS innen to uker etter forkynning av kjennelsen.
3. Sakskostnader for tingretten tilkjennes ikke.

Ingvild Mestad

Anette Isachsen Kræmer

Svein Kristensen

Per Roald Fluge

Odd Ivar Lekang

Dokument i samsvar med
undertegnet original:

Siw Gravdal (signert elektronisk)