



## BORGARTING LAGMANNSRETT

### DOM

---

**Avsagt:** 11.09.2020

**Saksnr.:** 19-081454ASD-BORG/01

**Dommere:**

Lagdommer	Marit Bjørånesset Frogner
Lagdommer	Halvor Aas
Lagdommer	Per Racin Fosmark
Førstemanuensis	Tore Seternes
Patentingeniør	Camilla Kiørboe

---

Ankende part	Staten v/Klagenemnda for industrielle rettigheter	Advokat Stein-Erik Jahr Dahl
Partshjelper	Mørenot Aquaculture AS	Advokat Mikkel Lassen Ellingsen
Ankemoøpart	Salgard AS	Advokat Ida Elisabeth Gjessing Advokat Yngve Øyehaug Opsvik

## Sakens spørsmål og bakgrunn

Saken gjelder gyldigheten av vedtak om opphevelse av patent truffet av Klagenemnda for industrielle rettigheter (KFIR). Det sentrale spørsmålet i saken nå er om kravet til nyhet i patentloven § 2 er oppfylt.

Patent NO 333 479 ble meddelt sommeren 2013.

Patentets selvstendige krav 1 er slik:

Anordning for å isolere en oppdrettsmerd (17) for fisk mot uønskede organismer, hvilken anordning anbringes omsluttende oppdrettsmerden (17), karakterisert ved at anordningen omfatter et fluidpermeabelt nett (1) som sikrer oksygentilførsel til oppdrettsmerden (17), hvilket fluidpermeabelt nett (1) er åpent oppad og nedad og strekker seg en avstand ned i oppdrettsmerdens (17) dybderetning, dannende et skjørt rundt oppdrettsmerden (17).

Patentet ble opprinnelig meddelt Calanus AS, men det har senere blitt overdratt til Salgard AS.

Patentet ble opphevet av KFIR 25. januar 2018. Saken ble bragt inn for Oslo tingrett av Salgard AS. Oslo tingrett opprettholdt patentet ved at det uselvstendige krav 7 om maskevidder fra 100 til 1000 mikrometer ble trukket inn i det selvstendige krav 1. Avgjørelsen ble anket til lagmannsretten av Staten v/Klagenemnda for industrielle rettigheter. Lagmannsretten forkastet anken. Videre behandling av innsigelsene mot patentet ble deretter innstilt av Patentstyret. Denne avgjørelsen ble påklaget av Mørenot Aquaculture AS, og KFIR tok klagen til følge. KFIRs avgjørelse er sammenfattet slik av tingretten:

Klagenemnda mente at oppfinnelsen hadde blitt åpenlyst utøvet ved to anledninger under utprøvingen av luseskjørtene på Fornes. I tillegg mente klagenemnda at søknaden til RFFNORD om forskningsstøtte også måtte anses som allment tilgjengelig, og at sammendraget av forskningsprosjektet i søknaden ville gjøre en fagkyndig i stand til å utøve oppfinnelsen. På denne bakgrunn mente KFIR at nyhetsvilkåret i patentloven § 2 ikke var oppfylt og at Patentstyrets tidligere innvilgelse av søknaden om patentbeskyttelse var ugyldig.

Oslo tingrett avsa 13. mars 2019 dom med slik slutning:

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

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

Staten v/Klagenemnda for industrielle rettigheter har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Ankeforhandling er holdt 18. – 21. august 2020 i Borgarting lagmannsretts hus. Partene møtte sammen med sine prosessfullmektiger og avga forklaring. Det ble avhørt seks vitner, hvorav fire sakkyndige vitner. Om bevisføringen for øvrig vises til rettsboken.

### **Partenes syn på saken**

Den ankende part, **staten v/Klagenemnda for industrielle rettigheter**, har i hovedtrekk anført:

Vedtaket bygger på et rettslig skjønn som domstolene kan prøve fullt ut, men domstolene skal vise tilbakeholdenhet med å overprøve patentmyndighetenes faglige skjønn, jf. Rt. 1975 side 603 (Swingball) og Rt. 2008 side 1555 (Biomar). Det er ikke grunnlag for å relativisere dette prinsippet eller fravike det.

Det er faktum på prioritetsdagen som skal legges til grunn. Prioritetsdagen er her 9. februar 2012.

EPOs praksis har betydelig vekt i norsk patentrett, og etter EPC-konvensjonen skal patentretten være lik i konvensjonsstatene.

Det sentrale spørsmål i saken er om oppfinnelsen i patentet allerede var kjent i patentrettslig forstand på prioritetsdagen. Det er forsøkene på Fornes i 2011 som gjør at oppfinnelsen var kjent, og som dermed var nyhetsødeleggende.

Trekket «sikre oksygentilførsel» i patentets krav 1 er et oppgavemessig trekk. Oksygentilførselen skyldes nettets fluidpermeable egenskaper, kombinert med andre faktorer som forhold i vannet, fiskens bevegelser m.v.

Ved forskjellsvurderingen er ikke oppgavemessige trekk relevante. Dette støttes av praksis fra Boards of Appeal of EPO, og av norsk teori. Det vises til Are Stenvik patentrett, 4. utgave 2020.

KFIRs lovforståelse i avgjørelsens avsnitt 35 er riktig.

Det patenterte luseskjørt ble brukt i forsøk over flere måneder på oppdrettsanlegget ved Fornes i 2011. Denne bruken var nyhetsskadelig, idet oppfinnelsen da var allment tilgjengelig og en «enabeling disclosure».

Ved denne vurderingen må det ta utgangspunkt i om en fagperson ved å observere bruken kunne utledet de tekniske trekk i patentets krav 1. I og med at trekket «sikre oksygentilførsel» er uklart og et ikke-teknisk trekk skal man se bort fra dette. Fagpersonen skal derfor kunne utlede at det var tale om et fluidpermeabelt nett, at nettet hadde en maskevidde mellom 100 og 1000 mikrometer og at nettet dannet et skjørt rundt oppdrettsmerden.

Allment tilgjengelig innebærer at en større eller en ubestemt krets av personer har hatt muligheten til å observere det. Det er nok at én person har hatt muligheten, dersom ingen konfidensialitetsplikt kan innfortolkes. Det er ikke nødvendig at noen faktisk har skaffet seg tilgang til opplysningene, hvis det har vært en teoretisk mulighet. Board of Appeal of EPO har uttrykt dette som at «Board of appeal case law has established that the theoretical possibility of having access to information renders it available to the public».

Bruken av skjørtene skjedde i et offentlig farvann, der allmennheten har tilgang med de begrensninger som følger av akvakulturforskriften § 18. Den naturlige farled for fritidsbåter gikk forbi anlegget, som ikke lå mer avsides enn andre oppdrettsanlegg. Det var heller ingen uttrykkelig eller underforstått plikt til konfidensialitet slik staten vurderer bevisene.

«Enabling disclosure» innebærer at oppfinnelsen må være utøvd slik at en fagperson er i stand til å utøve den. *Stenvik* beskriver dette som to spørsmål, hvilke tekniske løsninger som var tilgjengelig under den åpenlyse utøvelsen og søknaden, og hvilke tekniske løsninger fagpersonen kunne utøve på grunnlag av denne informasjonen, jf. *Stenvik* side 201.

Utprøvingen på Fornes kan sees i sammenheng som én offentliggjøring. I sak T83/84 vurderte EPO bruk av bilspeil i offentlig trafikk over seks måneder samlet som nyhetsskadelig.

Ved vaskingen av luseskjørtene på Fornes ble de heist opp med kran, og spylt manuelt med høytrykksspyler. Vaskingen tok 1 – 2 arbeidsdager. KFIR har korrekt lagt til grunn at en fagperson kunne observere montering og demontering, og dermed slutte at det var anbragt omsluttende rundt merden, og var åpent oppad og nedad. Skjørtene ble skiftet flere ganger. Videre har KFIR korrekt lagt til grunn at ved å observere vaskingen ville fagpersonen observere at nettet var fluidpermeabelt, og han ville både kunne observere og utlede maskestørrelsen.

Bruken av oppfinnelsen i 2011 innebærer dermed at den ikke var en nyhet på prioritetsdagen.

KFIR hadde kompetanse til å avgjøre nyhetsspørsmålet. Forvaltningsloven gjelder ikke, jf. patentloven § 5. Saken er indispositiv, og patentmyndighetene er ikke bundet av partenes faktiske anførsler, jf. blant annet patentloven § 25 og § 27 annet ledd.

Tingretten har tilkjent ankemotparten for høye saksomkostninger. For det første var det ikke grunnlag for godtgjøring for parten selv ved Kurt Tande. For det andre er salæret satt for høyt.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Staten v/Klagenemnda for industrielle rettigheter frifinnes.
2. Staten v/Klagenemnda for industrielle rettigheter tilkjennes saksomkostnader for tingretten og lagmannsretten.

Partshjelper for ankende part, **Mørenot Aquaculture AS**, har i hovedtrekk anført:

Trekket «sikrer oksygentilførsel» i patentets krav 1 er oppgavemessig og uklart. Det er ikke et teknisk eller strukturelt trekk. Det vises til *Stenvik* side 71, med videre henvisning til patentretningslinjene avsnitt C, III, punkt 4.6. Videre vises til EPO sak T68/85 hvor det heter «the effort to define a feature in functional terms must stop short where it jeopardises the clarity of a claim as required by Article 84 EPC. That clarity demands not only that a skilled person be able to understand the teaching of the claim but also that he be able to implement it».

Videre vises til lagmannsrettens dom i den tidligere saken om samme patent, der en enstemmig lagmannsrett fant at trekket var et «ikke-teknisk» trekk, og at det var uklart i hvilket omfang oksygen skal sikres.

KFIR har korrekt lagt til grunn at trekket er oppgavemessig og uklart, og at oksygentilførsel skyldes «nettets fluidpermeable egenskaper, kombinert med faktorer som fiskens bevegelsesmønster og forholdene i vannet hvor merden er plassert».

I nyhetsvurderingen skal det sees bort fra trekk som er oppgavemessige og uklare. Det vises til *Stenvik* side 196. Dette samsvarer med praksis fra Board of Appeal of EPO, blant annet sak T872/09, og KFIRs lovforståelse slik den er kommet til uttrykk i vedtaket avsnitt 35, jf. 37. Hvis det skal tas hensyn til et oppgavemessig og uklart trekk, vil det ikke være mulig å vite om man krenker et patent.

Trekket om å sikre oksygentilførsel må det dermed sees bort fra i nyhetsvurderingen. Når det gjelder spørsmålet om oppfinnelsen var ny, vises for øvrig til ankende parts syn.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Staten v/Klagenemnda for industrielle rettigheter frifinnes.
2. Staten v/Klagenemnda for industrielle rettigheter tilkjennes sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.
3. Mørenot Aquaculture AS tilkjennes sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.

Ankemotparten, **Salgard AS**, har i hovedtrekk anført:

Utgangspunktet er at domstolen har full prøvelsesrett. Prinsippet knesatt i Swingball-avgjørelsen om tilbakeholdenhet, får ikke anvendelse ved spørsmålet om hva som er allment tilgjengelig, jf. Harald Irgens-Jensens artikkel «Ugyldighetssøksmål i Patentretten: [...]», publisert i Nordiskt immateriellt Rättsskydd 2016 side 604.

Salgard er enig i at patentkravet må tolkes for å ta stilling til spørsmålet om bruken på Fornes var nyhetsskadelig. Men KFIR trår feil når trekket om å sikre oksygentilførsel tolkes bort. Irgens-Jensen viser i nevnte artikkel til tingrettens dom i tidligere sak om samme patent. Tingretten skriver der blant annet:

At patentbeskrivelsen må suppleres med fagmannens kunnskap på denne måten, er ikke til hinder for at patentet er tilstrekkelig tydelig beskrevet. I motsatt fall måtte patentet formuleres så snevert, at det ville gi urimelig dårlig patentbeskyttelse.

Irgens-Jensen uttaler i artikkelen at disse synspunktene er i samsvar med EPOs praksis om hvordan fagpersonen uten urimelig byrde ville finne frem til løsninger som passer sitt formål innenfor kravene.

Det er uansett ikke riktig at oppgavemessige trekk generelt skal sees bort fra. De øvrige trekk gir ikke all informasjon, og patentet kan ikke defineres uten trekket uten å begrense patentets beskyttelse til en konkret situasjon.

Patentet kan utøves av en fagperson på bakgrunn av trekkene. Tilstrekkelig oksygentilførsel er lett å måle selv om det er mange faktorer som påvirker den totale oksygentilførselen.

Patentrettens, og særlig nyhetskravets, formål må få betydning ved tolking og anvendelse av nyhetskravet.

Kravet til nyhet betyr ikke at enhver måte man teoretisk kunne få tilgang til informasjon rammes. Det vises blant annet til avgjørelse T1553/06 om dokumenter som var tilgjengelige på internett via world wide web. Det korrekte vurderingstemaet er om det er en teoretisk mulighet for at allmenheten i praksis kan få tilgang. I saken om et bilspeil i T84/83 var det tale om en «ikke alt for fjern mulighet» («Daher bestand insoweit die nicht zu entfernte Möglichkeit»).

Utprøvingen på Fornes var ingen åpenlys utøvelse. For det første var det ulovlig å ferdes nærmere enn 20 meter fra anlegget, jf. akvakulturforskriften § 18. I tillegg er stedet avsidesliggende, og uten alminnelig ferdsel, og den naturlige farleden lå langt fra forsøksmerdene og fôrflåten. Vaskingen av nettene skjedde ved flåten, som er en del av anlegget. Her var man bak en 10 meter høyt bygg på den ene siden, og bak styrhuset på båten på den andre siden. Det ble spylt nordover, og en eventuell tilskuer kunne dermed ikke se vanngjennomstrømming. Det er all grunn til å tro at arbeidet ville blitt avbrutt om det kom noen til, og at de som arbeidet med vaskingen forsikret seg om at det ikke var noen der.

Det avgjørende i T0834/09 var at det var «no longer anything that restrains or obstructs access». Det er ikke tilfellet her. Allmenheten hadde i realiteten ingen mulighet til å gjøre seg kjent med oppfinnelsen.

Også formålet med aktiviteten, utprøving, taler mot at den skal ha vært nyhetshindrende.

Norsk rettspraksis støtter heller ikke KFIRs lave terskel for en abstrakt og teoretisk tilgjengelighet. Det vises til LB-2009-40658 og TOSLO-1987-1771.

Uansett kunne en fagperson ikke utlede oppfinnelsen om det rent teoretisk skulle befinne seg noen der. Det kreves at alle patentets trekk må gjenfinnes i motholdet for at det skal foreligge en «enabling disclosure». Her skal ett mothold vurderes av gangen, og det skal ikke foretas en helhetsvurdering.

Fagpersonens kunnskap er den kunnskap fagpersonen har som kan kalles paratkunnskap, jf. Stenviks kommentar i Gyldendal rettsdatas lovkommentar.

De aktuelle hendelsene skjedde 26. mai 2011– problemer med nedsenking – og 2. september 2011 – vasking av nettene.

Ut fra det som kunne observeres må de tekniske trekk i patentets krav 1 direkte og utvetydig kunne utledes. Dette må suppleres med fagets alminnelige kunnskap.

De tekniske trekk i patentet krav 1 var ikke mulig å utlede fra eventuelle observasjoner i mai og september 2011.

Subsidiært anføres at KFIR ikke hadde kompetanse til å fatte vedtaket som står til prøving.

Selv om forvaltningsloven ikke gjelder direkte, er det et generelt forvaltningsmessig prinsipp at forvaltningsorganet har plikt til å sørge for at saken er tilstrekkelig opplyst. To-instansbehandling er også et generelt forvaltningsmessig forsvarlighetsprinsipp.

Klagen fra Mørenot Aquaculture AS er basert på et annet mothold enn forsøket på Fornes. Å behandle et annet spørsmål er i strid med lovens system. Det følger av patenloven at en innsigelse må være inngitt og begrunnet innen ni måneder. Når dette sees i sammenheng med forarbeidene til lovendringen i 1995 – hvor systemet ble slik at innsigelser fremsettes etter at patentet er innvilget – må resultatet være at det riktige her ville være en administrativ overprøving, ikke en innsigelsesbehandling. Innsigelsen knyttet til det mothold som ligger til grunn for KFIRs vedtak ble fremsatt for Patentstyret av Plany AS, men aldri behandlet fordi saken gikk videre til KFIR og deretter rettsvesenet på annet grunnlag. Når KFIR så bruker motholdet i denne innsigelsen som grunnlag for Mørenots innsigelse, og uten at Patentstyret har behandlet den, strider det både mot den alminnelige regel om to-instansbehandling og at innsigelser skal være fremsatt og begrunnet innen ni måneder.

Når det gjelder saksomkostningene for tingretten, var det nødvendig å ha med partsrepresentanten som eksperthjelp for prosessfullmektigene. Dekning av en parts utgifter kan være, og var i dette tilfellet, berettiget.

Når det gjelder salærkravet var det ikke høyt sett hen til sakens omfang og art, og betydningen for parten.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. Salgard AS tilkjennes sakens omkostninger for lagmannsretten.

**Lagmannsretten** bemerker:

Lagmannsretten er enstemmig kommet til at anken skal forkastes.

Saken gjelder prøving av et forvaltningsvedtak som bygger på rettsanvendelsesskjønn, og hvor lagmannsretten i utgangspunktet har full prøvingskompetanse. Prøvingsintensiteten begrenses noe av prinsippene knesatt av Høyesterett i Rt. 1975 side 603 (Swingball) og Rt. 2008 side 1555 (Biomar).

En ikke uvesentlig del av argumentasjonen i saken har vært knyttet til rene rettslige vurderinger hvor dette prinsippet må komme noe i bakgrunnen. Slik lagmannsretten vurderer bevisene i saken, jf. nedenfor, er det imidlertid ikke grunn til å vurdere grensene for prøvingsintensiteten. Det bemerkes for øvrig at saken fremstår som ikke uvesentlig bedre opplyst for lagmannsretten enn for KFIR når det gjelder faktum.

KFIR kom til at utprøvingen ved Fornes var nyhetsskadelig, altså at patentet på prioritetsdagen ikke var en ny oppfinnelse. Det rettslige grunnlaget for dette i norsk rett er patentloven § 2 første og annet ledd, 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.

Som kjent anses alt som er blitt alment tilgjengelig, enten dette er skjedd ved skrift, foredrag, utnyttelse eller på annen måte. Også innholdet i en her i riket før nevnte dag inngitt patentsøknad anses som kjent dersom denne søknad blir alment tilgjengelig etter bestemmelsene i § 22. Vilkåret i første ledd om at oppfinnelsen skal skille seg vesentlig fra hva som var kjent, gjelder dog ikke i forhold til innholdet i en slik søknad

Spørsmålet er om oppfinnelsen var ny i forhold til hva som var kjent på prioritetsdagen. De to mothold KFIR fant at gjorde at oppfinnelsen ikke var ny i forhold til hva som var kjent, er et tilfelle i mai 2011, hvor luseskjørtene fløt opp på grunn av problemer med nedlodding, og at de i september 2011 ble tatt opp og vasket. Oslo tingrett var ikke enig i KFIRs syn på søknaden om tilskuddsmidler, men disse anførselene er ikke gjort gjeldende av staten i ankebehandlingen.

En oppfinnelse er ikke ny dersom den før prioritetsdagen er gjort allment tilgjengelig. Hva som ligger i dette, har vært gjenstand for betydelige diskusjoner i teorien og i norsk og internasjonal rettspraksis.

Det er enighet mellom partene, og lagmannsretten er enig i, at oppfinnelsen er kjent dersom en fagperson har kunnet observere oppfinnelsen og derigjennom direkte og utvetydig utlede alle de tekniske trekk i patentets krav 1. Det er ikke enighet om hvorvidt trekket «sikre oksygentilførsel» er ett trekk som må kunne utledes, men lagmannsretten finner det ikke nødvendig å ta stilling til dette.

Det er enighet om at den teoretiske størrelsen «fagpersonen» som skal kunne utlede de tekniske trekk i patentets krav 1 i denne saken, er en person eller et team av personer med kunnskap om oseanografi og marin biologi, og innsikt i tekniske konstruksjoner brukt i oppdrettsnæringen.

Utprøvingen av nettene ble foretatt over cirka åtte måneder ved Norlaks' oppdrettsanlegg på Furnes sommeren 2011. De ble da montert på tre merder på et oppdrettsanlegg. Partene er ikke enige om hvorvidt denne plasseringen i seg selv gjør det rent teoretisk at en ubestemt eller større krets av personer kunne observere utprøvingen. Lagmannsretten bemerker at det, uavhengig av den faktiske båttrafikk i området, var praktisk mulig for allmenheten å ferdes i området inn mot den grense som er fastsatt i akvakulturforskriften. Selv om det fremstår som relativt lite sannsynlig at noen ville bevege seg så vidt nærme, er det tilstrekkelig dersom dette ville føre til at man kunne utlede alle de tekniske trekk i patentets krav 1 av observasjonene.

Staten har under ankeforhandlingen brukt noe tid på å påpeke at tiden for forsøkene var lang, og at en slik tidsperiode ikke var nødvendig. Dette har ikke betydning for lagmannsrettens konklusjon, men lagmannsretten vil bemerke at den ikke finner forsøkene særlig omfattende i tid eller omfang. Det er tale om forsøk som varte rundt 40% av laksens vekstperiode, noe som må anses som nødvendig for å avkrefte eventuelle negative konsekvenser av oppfinnelsen på laksen.

Imidlertid er det helt usannsynlig, og ikke en gang en teoretisk mulighet for, at en person eller et team av personer ville observere forsøket over tid. Det ville være praktisk mulig å observere problemene med nedsenkning eller vaskingen, men at en person eller et team skulle befinne seg 20 meter fra akvakulturforskriftens grense over mer enn noen timer, enn si døgn, fremstår som rent hypotetisk og helt urealistisk.

Lagmannsretten finner det derfor uansett riktig å vurdere de to situasjoner tingretten har vurdert som selvstendige mothold.

Den fagperson som kunne observere de to situasjonene, må vurderes ut fra den kunnskap en fagperson den gang hadde.

Slik lagmannsretten vurderer bevisene, var luseskjørt den gang en kjent, men ikke utbredt teknikk. Det var velkjent at luseskjørt også skapte problemer med vanntilførsel og dermed oksygentilførsel, idet de kjente luseskjørt var tette, som Botngaard eller andre utført i presenning.

For fagpersonen må lakselus åpenbart ha vært et kjent problem innen lakseoppdrett. Fagpersonen må imidlertid også ha vært klar over andre utfordringer innen oppdrett, som rømming, blåskjellpåslag, virus m.v.

Fagpersonen har vært kjent med at det brukes planktonduk til fangst av for eksempel raudåte, men det er ingen holdepunkter for at fagpersonen skulle tenke tanken om at fangstredskapet her kan brukes som substitutt for et tett luseskjørt.

Spørsmålet er så hva denne fagpersonen kunne utlede av observasjoner i mai eller september 2011. Lagmannsretten bemerker for øvrig at den er enig med tingretten i at det ikke vil være mulig for fagpersonen å observere noe av betydning i den tid luseskjørtene kun sto i merdene, idet de da ville være under vann.

Ferdselsforbudet etter akvakulturforskriften § 18 er 20 meter fra en rett linje trukket mellom anleggets faktiske ytterpunkt i overflaten. De faktiske ytterpunkt er i praksis bøylene til fortøyningene, som eksempelvis sees i det faktiske utdraget side 303. For så vidt gjelder problemene med nedlodding, skjedde det ved ett tilfelle som er dokumentert ved fotografier i utdraget side 303.

Lagmannsretten er enstemmig kommet til at en fagperson som befant seg på 20 meter avstand her ikke vil se verken at det var tale om et skjørt, et fluidpermeabelt nett, eller hvilken maskevidde nettet hadde.

For det første fremstår duken rent visuelt – ut fra de fremlagte bilder – som en tett presenning og ikke et nett. At den er oppblåst, og dermed holder på luft, forsterker dette inntrykket. Det fremstår på ingen måte som væskegjennomtrengelig når det ikke synes å slippe gjennom særlig luft.

For det andre er ikke duken montert som et skjørt. Det er utfordrende å se om duken ligger innenfor eller utenfor noten. Hvis man oppfatter at den ligger innenfor noten, er det naturlig å anta at den ikke er åpen nedad, i og med at luften ikke forsvinner ut innover i merden. Dersom man oppfatter at den ligger utenfor noten, løfter den noten i ikke ubetydelig grad, noe som ytterligere forsterker inntrykket av at den er lufttett.

Når en tenkt fagperson i tillegg befinner seg 20 meter utenfor i samsvar med akvakulturforskriftens grense, er det lagmannsrettens klare syn at det er få, om noen, av trekkene i patentets krav 1 som kunne utledes. Dette gjelder selv om fagpersonen skulle bruke kikkert eller kamera, som KFIR var inne på.

Lagmannsretten er også enstemmig kommet til at den fagperson som befant seg utenfor akvakulturforskriftens grense heller ikke ville kunne utlede alle trekk i patentets krav 1 i forbindelse med vaskingen.

Det er mulig at en fagperson ville kunne oppfatte at det var tale om et luseskjørt dersom hun i tillegg til å observere selve vaskingen også observerte at nettene ble montert eller demontert. Dette forutsetter at fagpersonen på det tidspunktet befant seg ved merdene, utenfor den fastsatte grense, men så må ha flyttet seg til sydsiden av fôrflåten i forbindelse med vaskingen. Om denne kombinasjonen gjør en observasjon for hypotetisk til at den er praktisk mulig, er det ikke nødvendig for lagmannsretten å ta stilling til, jf. nedenfor.

Lagmannsretten finner det klart mest sannsynlig at en fagperson på denne avstanden ikke ville kunne se eller utlede noe om maskestørrelse på duken. Det gjelder selv om duken skulle være hengt opp med motlys slik det er vist i reklamemateriell inntatt på side 364 i det faktiske utdraget.

Ved selve vaskingen er det mulig at en fagperson ville kunne se at stoffet til en viss grad var væskegjennomtrengelig. Forsøk filmet og vist for lagmannsretten viser imidlertid at også andre materialer, som ikke først og fremst skal være væskegjennomtrengelige slik som en «airbagduk», slipper forstøvet vann gjennom når de spyles med høyt trykk.

Hvilket trykk vaskevannet rent faktisk traff duken med under vaskingen, ville det ikke være mulig for fagpersonen å vite. Det ville blant annet avhenge av høytrykkspylers arbeidstrykk, slangelengde med trykktap, dyseutforming og avstand til duken.

Forsøkene viste etter lagmannsrettens syn at det var liten visuell forskjell på duk med maskestørrelse innenfor og utenfor patentets intervall (krav 1) når avstanden mellom høytrykksdyse og duk ble variert.

Den tenkte fagpersonen partene er enige om hadde som nevnt kunnskap om oseanografi og marin biologi, og innsikt i tekniske konstruksjoner brukt i oppdrettsnæringen. Ut fra bevisene i saken er det vanskelig for lagmannsretten å se at en fagperson innen et hvilket som helst område kunne utlede maskestørrelsen ut fra observasjon av spylingen, men en fagperson med den beskrevne kunnskapen hadde i alle fall ikke kunnskap til å utlede at maskestørrelsen var mellom 100 og 1000 mikrometer på bakgrunn av det som kunne observeres fra lovlig avstand. Også her finner lagmannsretten at resultatet må være det samme om fagpersonen skulle nytte tekniske hjelpemidler som kikkert eller kamera. Det er tale om et intervall på mellom en tidels og én millimeter, og nettet var heist opp med kran, og strukket manuelt for spylingen. Det er da ikke praktisk mulig å holde det stramt. En fagperson ville ikke ha noen referanser for bedømmelsen, og på den lovlige avstand er det etter lagmannsrettens syn ikke mulig å foreta noen slik vurdering med noen grad av sikkerhet ut over gjetting. Bevisene gir heller ikke holdepunkter for at en fagperson skulle gjenkjenne det som ble spylt som en duk som vanligvis brukes til et helt annet formål, nemlig fangst av raudåte.

Som tidligere påpekt ville en fagperson være kjent med lakselusproblemer, men også kjent med andre utfordringer for oppdrettsnæringen. Det er ikke holdepunkter for at kjennskap til lusenes størrelse i seg selv skulle medføre at fagpersonen utledet maskestørrelsen angitt i patentets krav 1 fra observasjonen.

Når patentkravets maskevidde mellom 100 og 1000 mikrometer ikke kunne utledes av en fagpersons teoretiske observasjon, innebærer ikke noen av de omstridte mothold en nyhetsskadelig offentliggjøring.

Anken blir etter dette å forkaste, og det er ikke nødvendig for lagmannsretten å ta stilling til ankemotpartens subsidiære anførsel om saksbehandlingsfeil ved manglende vedtakskompetanse.

#### *Saksomkostninger for tingretten*

I og med at staten har anket særskilt over saksomkostningene for tingretten, finner lagmannsretten det naturlig å vurdere dette spørsmålet før omkostningsspørsmålet for lagmannsretten.

Det er anført at salæret er utmålt for høyt, og at det ikke var nødvendig med dekning av kostnader til partsrepresentant Kurt Tande, samt at utgiftene til de sakkyndige må anses å gjelde forhold av perifer betydning.

Tingretten var enig i at salærkravet var høyt, men fant under tvil, og etter en konkret vurdering som fremkommer i tingrettens dom side 18 tredje avsnitt, at salæret ikke skulle settes ned. Lagmannsretten slutter seg til tingrettens drøftelse på dette punkt.

Etter det som er opplyst fra ankemotparten om bistanden fra partsrepresentanten Tande, finner lagmannsretten også at utgiftene til ham var nødvendige. Lagmannsretten er ikke enige i at de sakkyndige vitnene som ble ført fra ankemotpartens side, som var de samme i lagmannsretten, var perifere for saken, og finner at også disse tilkjente utgiftene var nødvendige.

Anken blir dermed å forkaste også på dette punkt.

#### *Saksomkostninger for lagmannsretten*

Ankemotparten har vunnet saken, og har etter tvisteloven § 20-2 første ledd krav på å få dekket sine nødvendige utgifter. Lagmannsretten har ikke funnet saken tvilsom, og finner ikke grunnlag for å anvende noen av unntakene i tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

Advokat Gjessing har levert omkostningsoppgave på samlet 1 341 502,60 kroner. Av dette er 1 086 100 kroner salær.

Staten har anført at også salæret for lagmannsretten er for høyt, og at det ikke var nødvendig med utgiftene til de sakkyndige Mortensen og Pedersen.

Lagmannsretten er enig i at også salæret for denne instans er høyt. Når det samlede timeforbruk på ankemotpartens side holdes opp mot ankende part og dennes partshjelpers timeforbruk, sammenholdt med sakens omfang, kompleksitet og betydning for parten, finner lagmannsretten at timeforbruket er innenfor det som må anses som nødvendig. Lagmannsretten har ikke merknader til de timesatser som er benyttet, som i gjennomsnitt ligger litt under 3 150 kroner.

Når det gjelder utgiftene til Mortensen og Pedersen, ser lagmannsretten disse kostnadene som nødvendige kostnader for ankemotparten for å få saken tilstrekkelig belyst.

Lagmannsretten legger etter dette omkostningsoppgaven til grunn.

Staten må i tillegg dekke utgifter til fagkyndige meddommere. Avgjørelse om disse utgiftene utstår til egen avgjørelse. Avgjørelsen er enstemmig.

## DOMSSLUTNING:

1. Anken forkastes.
2. I sakskomkostninger for lagmannsretten betaler staten v/Klagenemnda for industrielle rettigheter 1 341 502,60 – enmilliontrehundreogførtientusenfemhundreogto 60/100 – kroner til Salgard AS innen to uker fra dommen er forkynt.
3. Staten v/Klagenemnda for industrielle rettigheter dekker lagmannsrettens utgifter til fagkyndige meddommere, som fastsettes i egen avgjørelse.

Marit Bjørånesset Frogner

Halvor Aas

Per Racin Fosmark

Tore Seternes

Camilla Kiørboe

Avgjørelsen er undertegnet av lagdommer Aas alene, som bekrefter at de øvrige dommere har godkjent avgjørelsens innhold, jf. midlertidig lov 26. mai 2020 nr. 47 § 8 annet ledd.

Halvor Aas

Dokument i samsvar med undertegnet original:

Ingerid Helene Sandberg (signert elektronisk)