



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 24.10.2016 i Borgarting lagmannsrett

Saksnr.: 15-161262ASD-BORG/01

Dommere:

Lagdommer
Lagdommer

Kyrre Grimstad
Ragnar Eldøy

Meddommere:

Patentingeniør
Forsker/professor

Morten Balle
Ole Bent Samuelsen

I Anke

Ankende part

Ecolice AS

Advokat Anne Marie
Sejersted
Advokat Per Conradi
Andersen

Ankemospart

Sinkaberg-Hansen AS

Advokat Ida Espolin Johnson
Advokat Christian Steen
Eriksen
Advokatfullmektig Sarah-Ann
Kvam

II Anke

Ankende part

Sea Lice Research
Norway AS

Advokat Anne Marie
Sejersted
Advokat Per Conradi
Andersen

Ankemoþpart	Sinkaberg-Hansen AS	Advokat Ida Espolin Johnson Advokat Christian Steen Eriksen Advokatfullmektig Sarah-Ann Kvam
Ankemoþpart	Bindalslaks AS	Advokat Ida Espolin Johnson Advokat Christian Steen Eriksen Advokatfullmektig Sarah-Ann Kvam
III Anke Ankende part	Ecolice AS	Advokat Anne Marie Sejersted Advokat Per Conradi Andersen
Ankemoþpart	Bindalslaks AS	Advokat Ida Espolin Johnson Advokat Christian Steen Eriksen Advokatfullmektig Sarah-Ann Kvam

Tvistetema

Saken gjelder gyldigheten av patent NO 330244, jf. patentloven § 52. Dette patentet angir en metode for bekjempelse av multicellulære ektoparasitter med eksoskjellletter (hvorav den viktigste er lakselus) på oppdrettsfisk.

Forutsatt at patentet er gyldig, gjelder saken også vederlag for patentinngrep, jf. patentloven § 58.

Sakens bakgrunn i korte trekk

Lakselus og andre parasitter er naturlig forekommende på vill fisk. I oppdrettsanlegg samles fisk på begrensede områder og i et stort antall, noe som gir lakselusene gunstige vilkår. Som det fremgår av den utførlige beskrivelsen i tingrettens dom, er et stort antall lus svært skadelig for fisken, og konsentrasjonen av lus er også et problem for villfisk i området. Fra myndighetenes side er det satt grenser for hvor mye lus det kan være i et anlegg, med tilhørende krav til rapportering. Det er videre stilt krav til tiltak for å sikre at grensen ikke overskrides, og om nødvendig må fisken slaktes. Slik nødslakting vil innebære et betydelig tap for oppdrettsanlegget. Bekjempelse av lakselus har derfor vært et tilbakevendende tema for oppdrettsnæringen, og bransjen er fortsatt på jakt etter effektive metoder. Frem til i dag har det blant annet vært benyttet mekanisk rensing i form av spyling/børsting av den enkelte fisk, leppefisk som går sammen med laksen og spiser parasittene, og kjemiske midler. Kjemiske midler gis enten i fiskeforet eller som "badebehandling", dvs. bruk av giftstoffer oppløst i vannet som fisken oppholder seg i (topisk eksponering). Det er sistnevnte metode som er aktuell i denne saken.

Badebehandling kan skje ved at fisken tas opp i en brønnbåt, men i praksis er det mer vanlig at merdene som fisken svømmer i blir snevret inn og omgitt av en presenning mens behandlingen pågår. Giftstoffene tilsettes i vannet, og fisken oppholder seg i dette "badet" tilstrekkelig lenge til at parasittene dør, men ikke så lenge at fisken selv skades. Skader på fisken kan både skyldes virkningen av giftstoffene som tilsettes, oksygenmangel og stressreaksjoner som følge av at merdene snevres inn.

De kjemiske midlene som har vært godkjent til avlusing av laks, er i stor grad de samme giftstoffene som har vært benyttet mot insekter på land. Det som er aktuelt i denne saken, er dels ulike typer organofosfater og pyretroider. Både organofosfater og pyretroider er nervegifter som blokkerer signaloverføring i nervesystemet og forårsaker lammelse og død. I praksis har ingen midler vært 100 % effektive, og overlevende lus vil over tid utvikle resistens. I perioden 2002 til 2007 ble det kun brukt tre medikamenter til lusebekjempelse (emamektin, cypermetrin og deltametrin). Dette førte til at lakselus utviklet nedsatt følsomhet og resistens. Fra 2008 ble flere midler tatt i bruk (azametifos, fluben-

zuroner og hydrogenperoksid). Likevel har både frekvensen av resistente lus og forbruket av lusemidler økt frem til i dag.

Baard Johannessen har en mastergrad i biologi fra Universitetet i Oslo. Han har blant annet arbeidet for FN-organisasjonen Food and Agriculture Organization (FAO) med bekjempelse av gresshopper i Mauritania og Mali. I tilknytning til dette arbeidet mente han å ha registrert at nervegiftene pyretroider virket vesentlig bedre på gresshoppene hvis de først var eksponert for en mindre dose organofosfat, med andre ord at behandlingen med organofosfat medførte en synergisk/potensierende effekt på den etterfølgende behandlingen med pyretroider. Johannessen fikk senere et engasjement på Veterinærhøgskolen i Oslo, hvor han kom i kontakt med forskermiljøet som jobbet med akvakultur. Han tok da opp ideen han hadde om kombinasjon av organofosfat og pyretroid. Professor Tor Einar Horsberg var blant de som fant ideen interessant. Horsberg satte Johannessen i kontakt med legemiddelfirmaer, og i samarbeid med blant annet Marine Harvest ble det også satt i gang praktiske forsøk samt laboratorieforsøk på Veterinærmedisinsk Oppdragscenter (VESO).

Samarbeidet med legemiddelfirmaene førte ikke frem, og også samarbeidet med Marine Harvest ble avsluttet. Baard Johannessen videreførte imidlertid arbeidet selv, og den 16. juli 2007 innleverte han patentsøknad i Storbritannia gjennom selskapet Nettforsk AS. Den 16. juli 2008 ble det innlevert en internasjonal patentsøknad (PCT-søknad), PCT/GB2008/002444, som krevde prioritet fra den første søknaden. PCT-søknaden ble videreført gjennom søknad til den europeiske patentorganisasjonen EPO om europeisk patent i henhold til den europeiske patentkonvensjonen, og er der publisert som EP2178378A1. Søknaden er også videreført i Norge 18. desember 2009 som norsk patentsøknad 20093556. Søknaden i EPO er meddelt som EP2178378B1, og den norske søknaden er meddelt som NO 330244. Rettighetene til patentet er overført fra Nettforsk AS til datterselskapet Sea Lice Research Norway AS, som er nåværende patenteier og saksøkt i gyldighetssøksmålet. Et annet datterselskap, EcoLice AS, har lisens til viderelicensiering og til å forfølge patentinngrep. Dette selskapet er saksøker i inngrepssaken som er en del av saken her.

Det norske patentet omfatter behandling med organofosfat eller det tilsvarende stoffet karbamat før behandling med pyretroid eller pyretrin. Patentet omfatter behandling som skjer i sekvens, slik at organofosfatet (eller karbamat) tilsettes før pyretroidet. EPO-patentet angir i tillegg at det skal være et tidsintervall på mellom 10 minutter og 12 timer fra det første stoffet tilsettes og til stoff nr. 2 blandes inn. Spørsmålet om EPO-patentets gyldighet er imidlertid ikke tema i saken her.

Det fremkom innsigelse mot meddelelsen av patent både mot det norske patentet NO330244 og det europeiske patentet EP2178378B1, uten at dette har ført frem. Patentstyret forkastet innsigelsen mot det norske patentet den 27. februar 2014. Vedtaket er gjengitt i tingrettens dom. Denne avgjørelsen er klaget inn for Klagenemnda for Industri-

elle Rettigheter (KFIR), som har stilt saken i bero i påvente av lagmannsrettens dom. Det ble også innlevert innsigelse mot det meddelte europeiske patentet EP2178378B1, hvor patentet ble opprettholdt etter muntlige forhandlinger. Denne avgjørelsen er anket inn for EPOs Board of Appeals, men det er ikke ventet noen snarlig avgjørelse.

Søknaden om norsk patent er med andre ord innvilget, med prioritetsdato fra 16. juli 2007. Det vises til beskrivelsen i patentsøknaden og patentkravene, som begge er gjengitt i tingrettens dom. Det bemerkes at patentkravene er rettet mot all behandling av oppdrettsfisk mot multicellulære parasitter, hvor fiskene eksponeres topisk overfor først et organofosfat eller karbamat, og deretter overfor et pyretroid eller pyretrin. Spesielt bemerkes det at kravene ikke er begrenset til det som er angitt som spesielt foretrukket, nemlig at det behandles med en lav dose organofosfat før behandling med pyretroider. Det norske patentet har heller ingen begrensning knyttet til at det må være et tidsintervall mellom behandlingene. I forbindelse med rettstvisten er det imidlertid fremlagt alternative kravsett, og det er lagt ned subsidiær påstand om at patentet opprettholdes i henhold til ett av disse, jf. patentloven § 52 annet ledd.

Den 3. august 2009 var det et oppslag i fagbladet Intrafish om metoden som var utviklet og patentsøkt av Baard Johannessen. Metoden ble beskrevet som at det ble brukt to eksisterende medikamenter fra to forskjellige farmasøytiske selskaper. Ved å benytte en bestemt rekkefølge, dosering og behandlingstid hevdet Johannessen å oppnå effektiv behandling samtidig som giftbruken kunne reduseres, også der preparatene ikke hadde virkning hver for seg. Dette falt sammen med at det på dette tidspunkt var problemer med resistent lakselus, uten at det var nye preparater på markedet som kunne tas i bruk. Oppslaget medførte derfor stor interesse fra oppdrettsnæringen. Baard Johannessen tilbød demonstrasjon av metoden, og at oppdretterne kunne ta den i bruk mot betaling av lisensavgift.

Sinkaberg-Hansen AS, som i denne sammenheng også omfatter datterselskapet Bindalslaks AS, var ett av oppdrettsselskapene som ønsket å prøve ut metoden. Gjennom Nettforsk AS fremsatte Baard Johannessen et tilbud om behandling med resultatgaranti, som ble akseptert. Deretter ble det gjennomført behandling av tre merder ved anlegget Nord-Gjæslingen i Rørvik i september 2009, med godt resultat. Disse behandlingene er betalt i henhold til avtalen, og er ikke en del av tvisten. Senere ble det gjennomført ytterligere to behandlingene ved et anlegg i Bindal. Også ved disse behandlingene ble det brukt en redusert dose organofosfat (Salmosan) før behandling med pyretroid (Alphamax). Resultatet her var vesentlig dårligere. Etter dette har Sinkaberg-Hansen etter råd fra sin veterinær sluttet å benytte lavdose Salmosan. I de tilfellene de har benyttet en kombinasjon av Salmosan og Alphamax ved avlusning av laksen, har de benyttet fulle doser og full behandlingstid i samsvar med produsentenes anbefalinger. Fisken skal oppholde seg lengst i Salmosan, og dette middelet har derfor vært tilsatt først. Senere er Alphamax blandet inn, før presenningen ble fjernet da total holdetid for preparatene var oppnådd.

Baard Johannessen og hans selskaper har med henvisning til at patentet omfatter all sekvensiell behandling med organofosfat og pyretroider der organofosfatet tilsettes først, anført at Sinkaberg-Hansens bruk av kombinert behandling innebærer et inngrep i deres patent. Sinkaberg-Hansen har bestridt dette, og har nektet å inngå lisensavtale.

Prosesshistorikk

Uenigheten har resultert i et søksmål fra EcoLice mot Sinkaberg-Hansen med krav om vederlag for patentinngrep. Sinkaberg-Hansen har på sin side anlagt sak vedrørende gyldigheten av patentet. Sakene ble forent til felles behandling i Oslo tingrett, og det ble oppnevnt to fagkyndige meddommere.

Mens saken verserte la Statens legemiddelverk den 10. september 2013 ned forbud mot markedsføring av kombinasjonsmetoden under henvisning til at det dreide seg om et legemiddel som ikke var godkjent. EcoLice AS klaget over vedtaket, men klagen ble ikke tatt til følge av Helsedepartementet. Videre klage til EFTAs overvåkingsorgan førte heller ikke frem.

Oslo tingrett avsa 2. juni 2015 enstemmig dom med slik domsslutning:

I ugyldighetssøksmålet:

1. Patent NO 330244 kjennes ugyldig.
2. I sakskostnader betaler Sea Lice Research Norway AS 1 350 888 – en milliongrehundreogfemtitusenåttehundreogåttitåtte – kroner til SinkabergHansen AS og 736 586 – sjuhundreogtrettisekstusenfemhundreogåttiseks – kroner til Bindalslaks AS innen 2 – to – uker fra forkynnelsen.

I inngrepssaken EcoLice AS mot SinkabergHansen AS:

1. SinkabergHansen AS frifinnes.
2. I sakskostnader betaler EcoLice AS 1 782 479 – enmillionsjuhundreogåttitotusenfirehundreogsøttini – kroner til SinkabergHansen innen 2 – to – uker fra forkynnelsen.

I inngrepssaken EcoLice AS mot Bindalslaks:

1. Bindalslaks AS frifinnes.

2. I sakskostnader betaler EcoLice AS 764 937 – sjuhundreogsekstifiretusennihundreogtrettisju – kroner til Bindalslaks AS innen 2 – to – uker fra forkynnelsen.

Tingrettens dom i så vel ugyldighetssøksmålet som inngrepssaken ble anket inn for Borgarting lagmannsrett. I første omgang opptrådte Baard Johannessen selv som prosessfullmektig for både Sea Lice Research Norway AS og EcoLice AS. Senere har advokatene Anne Marie Sejersted og Per Conradi Andersen kommet inn som nye prosessfullmektiger for de ankende parter. Sinkaberg-Hansen AS og Bindalslaks har gjennom sine prosessfullmektiger tatt til motmæle. Ankeforhandling ble avholdt i tidsrommet 23. august – 2. september 2016 (8 rettsdager). I tillegg til de tre juridiske dommerne, var lagmannsretten satt med patentingeniør Morten Balle og forsker/professor Ole Bent Samuelsen som fagkyndige meddommere. En av de tre juridiske dommerne, konstituert lagdommer Thomas Christian Poulson, fikk forfall mens ankeforhandlingen pågikk. Saken fortsatte imidlertid med to fagdommere og to fagkyndige meddommere, jf. domstoloven § 15.

De ankende parter har i hovedsak anført:

Gyldigheten av patentet

Innledning

Det er uomtvistet at domstolene har full overprøvesrett. Det er likevel slik at Patentstyrets vurdering da patent ble innvilget er basert på et faglig skjønn som domstolene skal utvise tilbakeholdenhet med å overprøve, jf. Rt 1975 side 603 (Swingball) og Rt 2008 side 1555 (Biomar). Dette gjelder spesielt i et tilfelle som dette, hvor patentsøknaden har vært undergitt en spesielt grundig behandling etter at det ble fremmet innsigelser.

Det norske patentet NO 330244 tilfredsstillter alle krav til et patent, og Oslo tingretts dom på ugyldighet er følgelig feil.

Ankende part er enig i tingrettens rettslige utgangspunkt med henvisning til Rt 2008 side 1555 (Biomar) avsnitt 28 – 40. Det mest sentrale her er at det må dreie seg om en oppfinnelse som er ny, og som atskiller seg vesentlig fra det som er teknikkens stilling på prioritetstidspunktet. Oppfinnelsen må heller ikke være nærliggende for en fagperson ut fra det som var kjent kunnskap. Den kjente kunnskap må dokumenteres gjennom publikasjoner, fagartikler eller andre bevis for hva som var allment kjent innenfor faget. Dette kalles mothold. "Fagpersonen" er en hypotetisk person som er fullt ut kjent med teknikkens stand på vedkommende felt, men som ikke selv har innovative evner. Ankende part er enig med tingretten i at den tenkte fagpersonen her vil være en veterinær med spesialkunnskap om fiskehelse i oppdrettsanlegg, herunder badebehandling mot lakselus og god kjennskap til

resistensproblematikk. Det bestrides at fagmannens kunnskaper også omfatter bekjempelse av landbaserte insekter.

Selv om det rettslige utgangspunktet er korrekt, tar tingretten feil når den kom til at oppfinnelsen var nærliggende for fagpersonen, og at den således manglet oppfinnerhøyde. Dette skyldes primært en feilaktig vurdering av hva som var nærliggende, men også at tingretten har tatt utgangspunkt i feil mothold. Ankemotpartens anførsler om at ugyldighet også følger av andre grunner, bestrides. Dette gjelder både at patentets omfang er for bredt, at det rammes av forbudet i patentloven § 1 sjette ledd mot patentering av medisinske anvendelser, at manglende markedsføringstillatelse har betydning for gyldigheten, at beskrivelsen ikke er tilstrekkelig til å kunne anvende oppfinnelsen, og at den tekniske effekt ikke er godtgjort.

Patentets beskrivelse og omfang

Patentets beskrivelse er tilstrekkelig til å kunne fremstille og anvende oppfinnelsen. Det vises til at det ikke har vært noen anvendelsesproblemer i praksis, verken hos Lerøygruppen som har inngått lisensavtale, eller hos ankemotpartene.

Det sentrale i oppfinnelsen er at sekvensiell bruk der organofosfat benyttes først, har den overraskende virkning at dette har en synergisk/potensierende virkning på den etterfølgende behandlingen med pyretroid. Dette gir muligheter for å benytte reduserte doser, men patentet er ikke begrenset til bruk av spesielle doser. Sekvensiell bruk vil i praksis innebære at det er et visst intervall mellom behandlingene. Subsidiært angir de alternative kravsettene et slikt intervall, og patentet må opprettholdes i henhold til disse. Samtidig tilsetning er ikke omfattet av patentet. Produsentene har forutsatt separat bruk av hvert enkelt middel. Patentet stenger heller ikke for dette.

Generaliseringer i kravene er tillatt, jf patentretningslinjene pkt. 5.1. Det er uansett angitt i patentkravene at det skal dreie seg om fiskelusbehandlingsmidler.

Avgrensningen til sekvensielle behandlinger skiller patentet fra den kjente teknikk på en adekvat og tilstrekkelig måte. Det er ingen rimelig grunn til å begrense patentet ytterligere.

Lovligheten av oppfinnelsen

Det bestrides at oppfinnelsen rammes av patentloven § 1 sjette ledd. Det dreier seg ikke om en terapi som skal foretas på mennesker eller dyr, men om et produkt som skal brukes i fremgangsmåter for terapi, noe som er akseptert i henhold til patentloven § 1 sjette ledd

annen setning, jf. § 2 fjerde ledd. Patentkravene er for øvrig vurdert og godtatt både av Patentstyret og EPO.

Spørsmålet om markedsføringstillatelse ble tatt opp med Legemiddelverket, og Baard Johannessen fikk opprinnelig bekreftet at slik tillatelse ikke var nødvendig. Legemiddelverket har senere endret oppfatning, slik at markedsføring ikke lenger er tillatt. Forbudet mot markedsføring rammer imidlertid ikke lisensavtalene, og har heller ikke betydning for spørsmålet om patentets gyldighet.

Bruken av oppfinnelsen er heller ikke i strid med veterinærlovgivningen. Mattilsynet har oppfordret til forsiktighet, men har ikke sagt at metoden er ulovlig. Det vises også til at flere aktører innen oppdrettsnæringen, Sinkaberg-Hansen inkludert, har benyttet metoden. Veterinær Kari Lervik, som er ansatt i Sinkaberg-Hansen, uttalte i sin vitneforklaring at hun mente å ha opptrådt innenfor lovens rammer da hun administrerte kombinerte behandlinger mot lakselus (Salmosan og Alphamax).

Teknisk effekt

Kravet om teknisk effekt følger av patentloven § 1. Ved patentsøknader stilles det ikke strenge krav til dokumentasjon. Normalt vil søkerens egne opplysninger være tilstrekkelige, men patentmyndighetene kan be søkeren om å inngi flere opplysninger eller sende inn dokumentasjon.

I dette tilfellet er oppfinnelsens tekniske effekt troverdig og sannsynliggjort for Patentstyret, EPO og for lagmannsretten. Oppfinnelsen relaterer seg til stoffer med kjent og ubestridt virkning mot fiskelus. Det er sendt inn forsøksdata som viser at den sekvensielle, rekkefølgebestemte kombinasjonen av stoffene gir en forbedret effekt, og både Patentstyret og EPO har akseptert dataene etter en grundig gjennomgang.

At oppfinnelsen var troverdig, underbygges også av de positive reaksjonene den ble møtt med, og er ytterligere sannsynliggjort gjennom omfattende bruk av metoden helt frem til og med våren 2016. Etterfølgende forsøk motbeviser ikke at oppfinnelsen har teknisk effekt. Det er flere usikre forhold knyttet til disse forsøkene, blant annet høy dødelighet på lus i kontrollgruppen og ulik resistens i de lusestammer som ble benyttet.

Nyhet og oppfinnelseshøyde

Utgangspunktet for oppfinnelsen var nye tanker fra Baard Johannessens side. Han var en outsider i miljøet som forsket på lakselus, og hadde sin erfaring og tekniske kunnskaper fra

andre områder. Han er også offensiv, kreativ og innovativ, og var ikke preget av rådende tanker om behandling av lakselus.

Ved vurderingen av om kravet til oppfinnelseshøyde er oppfylt, må det vurderes både hva som var kjent teknikk (mothold) og hva som var nærliggende for en fagperson å slutte ut fra den kjente teknikken.

Nærmere om oppfinnelseshøyde i forhold til hva som var kjent teknikk (motholdet):

Tidligere har det ikke vært bestridt at erklæringen fra McHenry datert 26. juni 2010 som tingretten viste til, var nærmeste mothold. Det fremgikk av denne at kombinert bruk av organofosfat (Salmosan) og pyrotroid (den gang Excis) ble praktisert ved blant annet Marine Harvest sine anlegg i Skottland på begynnelsen av 2000-tallet, og at metoden ble presentert og diskutert i et fagforum i Skottland i 2001. Presentasjonen ble gjort av veterinæren Colin Johnston, som den gang jobbet i Marine Harvest. Han ble etterfulgt i Marine Harvest av Chris Wallace, og metoden med kombinert bruk av de to medikamentene er senere blitt betegnet som "Wallace-metoden". Fagforumet het Integrated Sea Lice Management Group, forkortet til ISLM. Det bestod av representanter for forskningsmiljøene, næringen, veterinærer og selskaper innen veterinærmedisin. Ifølge erklæringen møttes gruppen regelmessig og hadde åpne diskusjoner om faglige spørsmål. Gruppen har også stått som utgiver av en brosjyre om anbefalte metoder for bekjempelse av lakselus.

For lagmannsretten bestrides det at Wallace-metoden kan regnes som nærmeste mothold. Referatene fra ISLM-møtene gir ikke holdepunkter for at slike kombinerte behandlinger har vært et tema. Det vises også til vitneforklaringen fra Julian Braidwood, som den gang jobbet for legemiddelfirmaet Novartis. Han var til stede på de aktuelle møtene, og kan ikke huske at dette var et tema. I den grad problemstillingen har vært oppe, har det dreid seg om en intern praksis hos Marine Harvest som senere var forlatt, og en muntlig presentasjon i et lukket forum. Dette er ikke tilstrekkelig til at kombinert bruk kan regnes som å inngå i den kjente teknikk.

Det er ingen eksempler på kombinert eller sekvensiell bruk av organofosfat og pyretroider i de publikasjoner som finnes i det aktuelle tidsrom, og heller ingen ting som peker i den retning.

Nærmeste mothold blir da enten brosjyren utgitt av ISLM første gang i 2002, eller oversikten over lakselusmidler og metoder utgitt i 2002 av Shering-Plough Animal Health som produserte SLICE (et fôr-basert lakselusmiddel). Oversikten fra Shering-Plough Animal Health nevner ikke kombinert bruk, og ISLM-brosjyren fraråder det. Med utgangspunkt i dette, er det ingen tvil om at patentet tilfredsstillt kravene til nyhet og oppfinnelseshøyde.

Det var ingen forhold som tilsa at fagpersonen ville tatt i bruk en kombinert, sekvensiell behandling med organofosfat og pyretroider.

Subsidiært anføres at nyhet og oppfinnelseshøyde foreligger også dersom det tas utgangspunkt i Wallace-metoden som mothold. Denne metoden var ikke lenger i bruk i 2007, og fagpersonen ville ikke tatt utgangspunkt i en forlatt metode. Det var kommet nye medisiner som ikke ble brukt i kombinasjon, men heller i form av alternerende behandlinger. Utviklingen for øvrig gikk i retning av andre, ikke kjemiske behandlingsmetoder. ISLM-brosjyren frarådet som nevnt kombinasjonsbruk.

Uansett har den patenterte metoden nyhet og oppfinnelseshøyde over "Wallace". Frarådingen av kombinerte behandlinger i blant annet ISLM-brosjyren var basert på risikoen ved bruk av fulldose av begge medikamentene. Dette ble løst ved den sekvensielle behandlingen, som ga muligheten for lavere doser og dermed senere utvikling av resistens. Motholdet ga ikke disse fordelene. Fagpersonen kunne nok ha kommet frem til oppfinnelsen, men det er ikke gitt at han ville ha gjort det.

Uansett mothold medfører dette at patentet tilfredsstillende kravene til oppfinnelseshøyde. Herunder bemerkes at de momenter som er nevnt i Stenviks artikkel i Tidsskrift for forretningsjuss (TFF) 1996-4 pkt. 4 følgende taler for at kravet til oppfinnelseshøyde er oppfylt. Subsidiært anføres at kravet er oppfylt ved de subsidiære kravsettene som er fremlagt for lagmannsretten.

Inngrepssaken

Forutsatt at patentet er gyldig, innebærer ankemotpartenes bruk av Salmosan og Alphamax i kombinasjon et inngrep i patentet. Omfanget av inngrepet fremgår av den omforente oppstillingen som er fremlagt for lagmannsretten. Det er gruppe 1 og 2 som innebærer sekvensielle behandlinger, og som rammes av patentet. Gruppe 3 gjelder samtidig tilsetting, noe som ikke er omfattet av patentet.

Det kreves erstatning i medhold av patentloven § 58, som gir krav på vederlag tilsvarende rimelig lisensavgift. For bruken etter 1. april 2013 er det hjemmel for dobbelt lisensavgift forutsatt at inngrepet har skjedd forsettlig eller grovt uaktsomt. Sinkaberg-Hansen har bevisst valgt å ikke inngå lisensavtale selv om de har vært gjort kjent med patentet, og har således opptrådt forsettlig. Feilbedømmelse av inngrepsspørsmålet er ikke ansvarsbefriende. Ca. 50 % av behandlingsvolumet har skjedd etter 1. april 2013.

Det er lagt ned påstand om erstatning etter rettens skjønn, idet utmålingen uansett må baseres på skjønn. Partene har fremlagt et hjelpedokument som viser hvilke beløp som er

aktuelle avhengig av hvilken lisensavgift som retten finner sannsynliggjort. I tillegg kommer avsavnsrente beregnet suksessivt etter bruken hos ankemotpartene.

De ankende parter har lagt ned slik påstand:

I ugylldighetsspørsmålet:

1. Prinsipalt: Sea Lice Research Norway AS frifinnes.
2. Subsidiært: Sea Lice Research Norway AS frifinnes mot at patent NO 330244 opprettholdes med ett av de subsidiære kravsett anført for lagmannsretten.
3. Sea Lice Research Norway AS tilkjennes sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.

I inngrepssøksmålene:

a) Inngrepssøksmålet mot Sinkaberg-Hansen AS:

1. Sinkaberg-Hansen AS dømmes til å betale erstatning med tillegg av avsavnsrente til Ecolice AS fastsatt etter rettens skjønn med tillegg av forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.
2. Sinkaberg-Hansen AS dømmes til å erstatte Sea Lice Research Norway AS' sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.

b) Inngrepssøksmålet mot Bindalslaks AS:

1. Bindalslaks AS dømmes til å betale erstatning med tillegg av avsavnsrente til Ecolice AS fastsatt etter rettens skjønn med tillegg av forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.
2. Bindalslaks AS dømmes til å erstatte Sea Lice Research Norway AS' sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.

Ankemotpartene har i det vesentlige anført:

Ankemotpartene bestrider at patentet er gyldig, og prinsipalt anføres at anken må forkastes. Selv om lagmannsretten skulle komme til at patentet er gyldig, anføres subsidiært at ankemotpartene må frifinnes i inngrepssaken.

Gyldigheten av patentet

Innledning

Det er ingen grunn til å vise tilbakeholdenhet ved overprøving av Patentstyrets vedtak i denne saken. Vedtakene i både Patentstyret og EPO er førsteinstansvedtak, riktignok etter at det hadde fremkommet innsigelser. Lagmannsretten har videre et bedre avgjørelsesgrunnlag enn det Patentstyret hadde, idet saken nå er vesentlig bedre opplyst. Patentstyrets begrunnelse for vedtaket er også meget knapp.

Patentet gjelder anvendelse av kjente produkter til det produktene er ment å brukes til, bekjempelse av fiskelus. Dersom patentet anses som gyldig, vil dette innebære et stort innhugg i det som ellers ville være fritt tilgjengelig. Det vil også innebære en vesentlig innskrenking i det terapeutiske handlingsrommet for fiskehelsepersonell.

Teknisk effekt

Oppfinnelsens tekniske effekt ligger i påstanden om at de sekvensielle behandlingene gir et bedre resultat enn det som kan forventes når man benytter medikamentene samtidig eller i andre kombinasjoner. Mereffekten må foreligge i hele patentets bredde. Vanlige beviskrav gjelder, og det er ikke tilstrekkelig med en "educated guess". Etter de ankende parters mening kan det ikke påvises noen potensierende eller synergisk effekt av patentet. Det er et krav at patentet skal ha en teknisk effekt, og manglende dokumentasjon for dette innebærer at patentet er ugyldig.

Det er avdekket svakheter ved de undersøkelsene som Nettforsk AS sendte inn sammen med patentsøknaden. Blant annet er flere av gruppene i undersøkelsene utelatt, og det er uklart om resultatet av de to mest sentrale gruppene i forsøket er byttet om. I de etterfølgende undersøkelsene som er gjort, er det ingen som har kunnet bekrefte at patentet har den oppgitte tekniske effekt. Oppfinnelsen er dermed ikke reproducerbar.

Patentet omfatter all sekvensiell behandling der organofosfatet tilsettes først. Det som har vært kjent i bransjen som "EcoLice-metoden", har imidlertid hele tiden vært behandling med en lav dose organofosfat forut for en normal/høy dose pyretroid. Teorien bak er at organofosfatet hemmer enzymene som bryter ned pyretroidet, og derved øker effekten av dette. Det er imidlertid lite sannsynlig at organofosfatet faktisk har en slik virkning. Som nevnt har heller ikke videre undersøkelser kunnet bekrefte teorien. Det er få i bransjen som har benyttet metoden med lavdosebehandling først. Et mulig unntak er Lerøy-gruppen, men det er uklart under hvilke forutsetninger de har utøvet sin lisens.

Det er uansett ikke sannsynliggjort at oppfinnelsen har effekt i hele sin bredde. I tilknytning til dette vises det til at det bare er gjort forsøk på et lite utvalg av doser, mens patentet dekker alt. Tidsrommet mellom behandlingene vil også ha betydning. Det samme gjelder hvilket insekticid man benytter, hva slags fisk det dreier seg om, hvilken parasitt som skal fjernes, hvilke konsentrasjoner som benyttes, holdetider og vannkvalitet.

Patentet må uansett begrenses til de doser som retten finner sannsynlig at det kan forventes en synergisk/potensierende effekt av. Dette kan ikke omfatte produsentenes anbefalte doser.

Ankemotpartene anfører på bakgrunn av dette at oppfinnelsens tekniske effekt ikke er godtgjort og at patentet dermed er ugyldig. Subsidiært anføres at patentet eventuelt må begrenses til de doser som det er sannsynliggjort at har slik effekt.

Fagpersonen

Også ankemotpartene er som et utgangspunkt enig i tingrettens definisjon av hvem den tenkte fagpersonen er. Det må imidlertid også tas hensyn til at en veterinær også besitter grunnleggende veterinærkunnskaper, herunder kjennskap til landbaserte dyr og insekter.

Kravet til oppfinneshøyde sett i forhold til teknikkens stand (mothold)

Hva som er mothold, baseres på en objektiv bedømmelse av hva som var kjent et eller annet sted i verden uten å være taushetsbelagt. Dette trenger ikke å være en utgitt publikasjon, men kan for eksempel dreie seg om foredrag eller faktisk bruk.

Det fastholdes at behandling mot lakselus som kombinerte bruk av pyretroider og organofosfat var kjent og utbredt i Skottland på begynnelsen av 2000-tallet. Veterinæren Colin Johnston har i sin forklaring for lagmannsretten og i de fremlagte erklæringer uttalt at han benyttet slike kombinerte behandlinger i sitt arbeid for Marine Harvest i denne perioden, og at han holdt en presentasjon av metoden i faggruppen ISLM. Hans etterfølger i Marine Harvest, Chis Wallace, fortsatte denne praksisen etter at Johnston sluttet. Både behandlingsregimet og presentasjonen i ISLM er bekreftet i vitneforklaringen og erklæringene fra veterinæren John McHenry. Han har forklart at han selv har observert metoden i bruk på ulike anlegg i Skottland, og at han var til stede på møtet i ISLM og hørte på presentasjonen. Også veterinæren Dave Cockerill har i en avgitt erklæring bekreftet at metoden var i bruk, og han har også fremlagt ulike dokumenter fra Marine Harvest hvor slike behandlinger er innrapportert til skotske miljøvernmyndigheter. Endelig har Horsberg forklart at han hørte om metoden fra Chris Wallace i et seminar han deltok på.

Det er korrekt at presentasjonen til Johnston ikke fremgår av referatene fra ISLM-møtene. Det er imidlertid slik at ikke alle temaer ble referatført, og det kan ha vært slik som McHenery antydte at man ikke ville skape reaksjoner hos miljøvernmyndighetene på at flere medikamenter var i bruk samtidig. Braidwoods manglende erindring kan skyldes at han ikke var til stede på det møtet hvor presentasjonen ble holdt, eller at han rett og slett ikke husker at temaet var oppe. Braidwood bekreftet for øvrig at møtene ikke var undergitt noen form for konfidensialitet.

ISLM-gruppen utga en brosjyre om hvordan man skal unngå resistens hos lakselus. Brosjyren er kommet i flere utgaver, første gang visstnok i 2002, mens den som er fremlagt i saken er fra 2005. Når brosjyren advarer mot kombinert bruk av flere midler på grunn av faren for samtidig resistensutvikling, er dette en bekreftelse på at problemstillingen var kjent.

De ankende parter har selv akseptert at McHenerys erklæring utgjorde nærmeste mothold helt frem til ankeforberedelsen for lagmannsretten. Dette ble også gjort i forberedelsen til klagebehandling i EPO, og det var først under den muntlige høringen der at dette ble endret etter initiativ fra EPOs side.

På bakgrunn av dette, kan det etter ankemotpartenes syn konstateres at det på prioritetsdagspunktet var kjent teknikk å kombinere midler inneholdende organofosfat og pyretroider i behandlingen av lakselus. Det som var kjent teknikk, forsvinner ikke selv om tilgang til nye midler i en periode gjør bruken mindre aktuell.

Johnston kombinerte bruken av Excis (som er et pyretroid) og Salmosan. Fisken skulle holdes lengst i Excis-oppløsningen, og dette middelet ble derfor tilsatt først. Det sentrale ved metoden var den samlede effekten av behandlingen, ikke i hvilken rekkefølge midlene ble tilsatt. Når fagpersonen fikk andre midler med pyretroider med kortere holdetid (Alphamax) tilgjengelig, var det nærliggende å bytte om på rekkefølgen slik at organofosfatet ble tilsatt først. Dette er en logisk konsekvens av produsentenes anbefalinger med hensyn til behandlingstider. I den grad tilsetning av organofosfat først har en potensierende eller synergisk effekt, er dette en uventet følge av å benytte en metode som uansett er nærliggende for fagpersonen. En slik uventet effekt er ikke tilstrekkelig til å gi oppfinnelseshøyde.

I den grad lagmannsretten skulle komme til at Wallace-metoden ikke var allment tilgjengelig, anføres subsidiært at det likevel var nærliggende for fagpersonen å bruke kombinert behandling med organofosfatet tilsatt først. ISLM-brosjyren gir en peker på at slik behandling kan være effektiv. Det var videre et begrenset antall medikamenter tilgjengelig. Kombinering av andre midler enn badebehandlingsmidler var ikke aktuelt, og bruk av organofosfat først er en konsekvens av produsentenes anbefalinger. Heller ikke dette gir oppfinnelseshøyde for patentet.

Med hensyn til hva som var kjent teknikk, må det også sees hen til hva som var kjent av kombinert bruk av medikamenter både i human- og veterinærmedisin. Bruk av flere medikamenter var velkjent blant annet ved bekjempelse av insekter på land, og fagpersonen ville også tatt dette i betraktning.

De objektive skjønnsmomenter som er nevnt av Stenvik i Tidsskrift for forretningsjuss (TFF) 1996-4 pkt. 4 taler etter ankemotpartenes syn mot at patentet tilfredsstillende kravet til oppfinnelseshøyde.

Lovligheten av oppfinnelsen

Patentet innebærer et sterkt inngrep i veterinærens eller fiskehelsepersonellet muligheter for å behandle oppdrettsfisk mot lakselus med tilgjengelige godkjente midler, jf. patentloven § 1 sjette ledd. Patentet er også regnet som et legemiddel, men mangler godkjennelse som sådan. Dette innebærer at det er forbudt å markedsføre det, jf. det forbudet Baard Johannessen og hans selskaper er ilagt. Manglende markedsføringstillatelse innebærer imidlertid også at det er forbudt å omsette legemiddelet, jf. legemiddeloven § 8. Disse forholdene har betydning for patentets gyldighet, men også for det økonomiske kravet som er reist i inngrepssaken og som omtales nærmere nedenfor.

Subsidiært påstandsgrunnlag, patentloven § 52 første ledd nr. 2

Dersom lagmannsretten skulle komme til at kravet til nyhet og oppfinnelseshøyde er oppfylt, anføres subsidiært at patentet ikke er så tydelig beskrevet at en fagkyndig på grunnlag av beskrivelsen kan utøve oppfinnelsen.

Det patenterte konseptet – altså den synergiske effekten – må kunne utøves i hele patentets bredde. Selv om det ikke er nødvendig at alt som dekkes av patentet er listet opp, må det likevel være mulig å finne de kombinasjoner av organofosfater (evt. karbamat) og pyretroider i de konsentrasjoner, med de holdetider og med de administrasjonsintervaller som gir en slik synergisk effekt. Dette er ikke mulig ut fra det foreliggende patentet og patentbeskrivelsen, og patentet må derfor kjennes ugyldig.

Inngrepssaken

Forutsetningen for inngrepssaken er at det foreligger et gyldig patent.

Spørsmålet i inngrepssaken er om Sinkaberg-Hansen og Bindalslaks har utnyttet den patenterte oppfinnelsen ved å anvende en fremgangsmåte som er beskyttet ved patentet, jf. patentloven § 3 første ledd nr. 2

Det bestrides at Sinkaberg-Hansen har utnyttet noen oppfinnelse. Patentvernet omfatter ikke kjent teknikk, og kan ikke hindre andre i å benytte kjente produkter på nærliggende måter, selv om den patentbegrunnende effekt oppnås. Sinkaberg-Hansen bestemte seg tidlig for at de ikke ville anvende behandling med lavdose organofosfat (Salmosan) før behandling med pyretroid (Alphamax), slik de oppfattet at var den bærende ideen bak det som er kalt Ecolice-metoden. De har isteden brukt tilgjengelige midler ut fra produsentenes anbefaling, med enkelte terapeutiske justeringer. Dette er ikke å utnytte et patent.

Kravet om vederlag for patentinngrep må også sees i lys av forbudet i patentloven § 1 sjette ledd om patent på terapeutisk behandling, samt at patentet mangler godkjenning som legemiddel. Konsekvensen av manglende godkjenning er som nevnt foran både at det er forbudt å markedsføre produktet, men også at det er forbudt å omsette det. Å selge lisenser omfattes av omsetningsforbudet. Det kan ikke kreves erstatning for et reprobert rettsforhold, jf. at det er forbudt å omsette det produktet man hevder å ha lidt et tap på å ikke få lisensiert. "Rimelig lisensavgift" etter patentloven § 58 må av samme grunn settes til null, og det påståtte patentinngrepet har heller ikke forårsaket noe tap (manglende årsaks-sammenheng).

I den grad det kan kreves vederlag for patentinngrep, må det tas hensyn til at skyldgraden fra Sinkaberg-Hansens side ligger i nedre del av uaktsomhet. Det vises herunder til at det gjelder et uvanlig og uklart patent basert på kjente og brukte legemidler, og at de fikk opplæring av Baard Johannessen og bevisst valgte å ikke bruke metoden. Patentet ble kjent ugyldig i Oslo tingrett, noe som understreker den lave graden av uaktsomhet.

Ved fastsetting av en evt. erstatning må det tas hensyn til at prisen for lisensene normaliserte seg på ca. 15.000 kr. for de store laksemerdene, dvs. ca. 0,75 kr/m³.

Ankempotpartene har lagt ned slik påstand:

Prinsipalt:

1. Anken forkastes.
2. Sinkaberg-Hansen AS og Bindalslaks AS tilkjennes sakens omkostninger for lagmannsretten.

Subsidiært:

1. Sinkaberg-Hansen AS frifinnes.
2. Bindalslaks AS frifinnes.

3. Sinkaberg-Hansen AS og Bindalslaks AS tilkjennes sakens omkostninger for lagmannsretten.

Lagmannsretten bemerker:

Innledning

EcoLice AS' søksmål mot Sinkaberg-Hansen AS og Bindalslaks AS med krav om vederlag for patentinngrep og deres anke over tingrettens frifinnende dom, forutsetter at det foreligger et gyldig patent. Lagmannsretten ser derfor først på spørsmålet om patentets gyldighet.

Gyldigheten av patent NO 330244

Sinkaberg-Hansen har prinsipalt anført at patentet er ugyldig etter patentloven § 52 første ledd nr. 1, dvs. at patentet er meddelt til tross for at vilkårene i patentloven §§ 1 og 2 ikke er oppfylt. Subsidiært er det anført at patentet også er ugyldig etter patentloven § 52 første ledd nr. 2, dvs. at oppfinnelsen ikke er så tydelig beskrevet at en fagperson kan utøve den.

Patentloven § 52 første ledd nr. 1, rettslige utgangspunkter

Tingretten har tatt utgangspunkt i Rt 2008 side 1555 avsnitt 28 – 40, og det er ingen uenighet om at dette gir uttrykk for de rettslige utgangspunktene for saken. Lagmannsretten viser til dette. For oversiktens skyld gjentas de sentrale punktene stikkordsmessig.

Vilkåret for å oppnå patent fremgår av patentloven § 2, hvor det heter at patent bare meddeles for oppfinnelser som er nye i forhold til hva som var kjent før prioritetsdagen, og som dessuten skiller seg vesentlig fra dette. For at noe skal kunne regnes som en oppfinnelse, er det også et krav etter patentloven § 1 at oppfinnelsen kan utnyttes industrielt.

Prioritetsdagen er i dette tilfellet 16. juli 2007, da søknad om britisk patent ble innlevert. Denne søknaden er som nevnt innledningsvis senere fulgt opp med en internasjonal patentsøknad, som igjen ble videreført som en europeisk og en norsk patentsøknad. Begge de sistnevnte er meddelt som patent.

Oppfinnelsen skal både innebære noe nytt og atskille seg vesentlig fra det som var kjent på prioritetsdagen, dvs. det som var teknikkens stand. Sistnevnte krav benevnes som krav til oppfinneshøyde, og ved denne vurderingen må det sees hen til hva som fremstod som nærliggende for en fagperson på vedkommende område på prioritetsdagen. Fagpersonen er

en tenkt person som har kjennskap til teknikkens stand, men som ikke selv har oppfinneriske evner. Lagmannsretten er enig med tingretten i at den tenkte fagpersonen i dette tilfelle er en veterinær med spesialkunnskap om fiskehelse i oppdrettsanlegg, herunder badebehandling mot lakselus, og god kjennskap til resistensproblematikk knyttet til kjemisk bekjempelse av lakselus. Dette har også begge parter lagt til grunn. Lagmannsretten tilføyer at en veterinær også vil ha med seg grunnleggende kunnskaper fra veterinærstudiet.

Forståelsen av patentkravene

Ved vurderingen av om patentet er gyldig, må det tas utgangspunkt i patentkravene, jf. patentloven § 39. Av samme bestemmelse følger det at beskrivelsen i patentsøknaden gir veiledning for forståelsen av kravene. Patentkravene og beskrivelsen er i sin helhet gjengitt i tingrettens dom side 5 – 7 og gjentas ikke her.

Innledningsvis bemerkes at patentet gjelder anvendelse av kjente kjemiske midler til bekjempelse av parasitter på oppdrettsfisk, hvor også måten fisken eksponeres for midlene på ("badebehandling"), ble gjort på samme måte som ved anvendelse av midlene hver for seg. Selv om utgangspunktet er kjente midler anvendt på samme måte som tidligere, kan det likevel foreligge en patenterbar kombinasjonsoppfinnelse forutsatt at midlene kombineres på en ny måte og denne måten gir en uventet teknisk effekt, jf. patentretningslinjene del C kapittel IV punkt 5.2, som er gjengitt i tingrettens dom på side 22.

I dette tilfellet er patentet basert på at fisken eksponeres for organofosfat (eller karbamat) utblandet i vann før den på samme måte eksponeres for pyretroid (eller pyretrin). Det sentrale er at midlene anvendt i denne rekkefølge skal gi en vesentlig bedre effekt enn midlene brukt hver for seg, samtidig eller i en annen rekkefølge. Ideen bak patentet er at organofosfatet skal svekke parasittene, med den følge at den etterfølgende behandlingen med pyretroid blir betydelig mer effektiv også mot parasitter som ellers er resistente mot dette. Når hensikten med den innledende behandlingen ikke nødvendigvis er å ta livet av parasittene, kan det brukes vesentlig lavere doser med organofosfat enn produsentens anbefaling. Dette gjør det mulig å redusere den totale giftbruken samtidig som utviklingen av resistens bremses, noe som har vært fremhevet som fordelen ved den patenterte metoden i omtalen av den. Patentkravene omfatter imidlertid all sekvensiell bruk der organofosfat (eller karbamat) tilsettes først, uavhengig av hvilke doser som brukes. Det er ikke omtvistet at Sinkaberg-Hansens bruk av Salmosan (som er et organofosfat) før Alphamax (som er et pyretroid) dekkes av patentkravene.

Teknisk problem

Som beskrevet innledningsvis, gir oppdrettsanlegg hvor mye fisk samles på et begrenset område gunstige vilkår for lakselus og andre parasitter. Selv om lakselus er naturlig forekommende, er et stort antall lus svært skadelig for fisken. Høy konsentrasjon av lus er også et problem for villfisken i området. Det er derfor satt grenser for hvor mye lus det kan være i et anlegg. Ved overskridelse av kravene må det settes inn tiltak, om nødvendig nedslaktning av fisken.

Ved kjemisk behandling av fisken anvendes midler som er giftige for lakselusene, men som også er giftige for fisken. Det er også kjent at parasittene utvikler resistens mot de midler som benyttes. Partene er enige om at det tekniske problem som oppfinnelsen skulle løse, kan formuleres slik:

"Hvordan tilveiebringe en forbedret fremgangsmåte for å bekjempe multicellulære ektoparasitter, herunder lakselus".

Kravet til at patentsøknaden skal vise teknisk effekt

For at det skal kunne gis patent, må patentsøknaden dokumentere at det er gjort en oppfinnelse som kan utnyttes industrielt, jf. patentloven § 1 første ledd. I dette ligger et krav om at oppfinnelsen skal ha teknisk effekt, dvs. at den gir en løsning på det tekniske problem den tar sikte på å løse. I prinsippet kreves det sannsynlighetsovervekt for at oppfinnelsen har slik teknisk effekt. Kravet til dokumentasjon for teknisk effekt er imidlertid ikke spesielt strengt når søknaden om patent behandles, jf. Stenvik: Patentrett (3. utgave) side 125 - 126. Det fremgår her at Patentstyret er henvist til å bygge på søkerens opplysninger, og at hvis styret er i tvil kan de oppfordre søkeren til å gi nærmere opplysninger eller sende inn informasjon.

I dette tilfellet var Patentstyret forelagt undersøkelser utført av patentsøker som etter lagmannsrettens mening oppfylte kravet til dokumentasjon av teknisk effekt på dette stadiet. Resultatene fra disse undersøkelsene har imidlertid ikke blitt bekreftet av andre undersøkelser, og i den etterfølgende rettsprosess er det stilt spørsmålsteget ved kvaliteten av og mulige feilkilder ved de resultater som ble fremlagt av patentsøker. Det fremlagte materialet gir dessuten ikke grunnlag for å ta stilling til om oppfinnelsen har teknisk effekt i hele patentets bredde, uavhengig av dosering og tidsintervall mellom behandlingene. Det at flere i bransjen – herunder ankemotpartene – over lang tid har anvendt en kombinasjon av organofosfat og pyretroid som dekkes av patentkravene, gir imidlertid en klar indikasjon på at oppfinnelsen har en teknisk effekt.

Lagmannsretten kommer tilbake til dette under drøftelsen av oppfinnelseshøyde nedenfor.

Kravet til nyhet og oppfinneshøyde – patentloven § 2

Etter patentloven § 2 første ledd kan patent bare meddeles på "oppfinnelser som er nye i forhold til hva som var kjent før patentsøknadens inngivelsesdag, og som dessuten skiller seg vesentlig fra dette". I dette ligger det for det første et krav om at oppfinnelsen må være noe nytt i forhold til det som var kjent tidligere, og for det annet et krav om at den må skille seg vesentlig fra dette – et krav om oppfinneshøyde.

Kjent teknikk på prioritetsdagen – det nærmeste motholdet

For å kunne ta stilling til kravene om nyhet og oppfinneshøyde, må det først fastlegges hva som kan anses kjent på patentsøknadstidspunktet, det vil si hva som var den nærmeste teknikkens stilling eller det nærmeste motholdet. Etter patentloven § 2 annet ledd anses som kjent "alt som er blitt allment tilgjengelig, enten dette er skjedd ved skrift, foredrag, utnyttelse eller på annen måte".

Tidligere har de ankende parter akseptert at nærmeste mothold var at midlene Excis (som er et pyretroid) og Salmosan (som er et organofosfat) ble brukt i kombinasjon på oppdrettsanlegg i Skottland på begynnelsen av 2000-tallet, og at metoden også ble presentert på et møte i faggruppen ISLM i 2001 av veterinæren Colin Johnston som den gang var ansatt i Marine Harvest. Dette fremgår av en skriftlig erklæring fra John G. McHenery datert 26. juni 2010. Erklæringen ble utdypet i McHenerys forklaring som sakkyndig vitne for lagmannsretten, og det er også fremlagt en ny skriftlig erklæring fra ham, datert 8. august 2016. ISLM var en faggruppe som hadde jevnlig møter for å diskutere problemet med lakselus, som var et felles problem for hele bransjen. Deltakerne var ikke pålagt noen form for konfidensialitet.

Som en ny anførsel for lagmannsretten er det bestridt at kombinasjonsbehandlingen med Excis og Salmosan var kjent teknikk. Lagmannsretten kan ikke se at denne anførselen kan føre frem. Colin Johnston har forklart seg som sakkyndig vitne, og det er også fremlagt en skriftlig erklæring. Det fremgikk klart av dette at han hadde prøvd ut behandling med pyretroid og organofosfat i kombinasjon med godt resultat. Hans begrunnelse for å behandle med begge midler, var primært at de virket ulikt på de ulike stadier av lakselusas livs- syklus. Han antok derfor at begge midler brukt sammen ville fungere bedre enn hvert middel for seg. Fisken tålte behandlingen, og den ga gode resultater på lakselusene, men det var faglig omstridt å bruke flere midler i kombinasjon. Colin Johnston har forklart seg i detalj om den presentasjonen han som relativt fersk veterinær holdt i faggruppen, og de innvendinger han ble møtt med fra blant annet universitetshold. Marine Harvest fortsatte med å bruke slike kombinerte behandlinger også etter at Johnston sluttet, da med Chris Wallace som ansvarlig. Professor Horsberg forklarte for lagmannsretten at Wallace senere fortalte ham om denne kombinasjonsbruken, noe som har gitt opphav til betegnelsen

"Wallace-metoden" som en beskrivelse av bruk av pyretroid og organofosfat i kombinasjon.

Rekkefølgen av stoffene brukt i Wallace-metoden var en annen enn i patentet i saken her, idet pyretroidet Excis ble tilsatt først. Dette skyldtes at fisken i henhold til produsentens anbefalinger skulle holdes i Excis-oppløsningen i en time, mens anbefalt holdetid for Salmosan var langt kortere. Colin Johnston forklarte at han var nøye med å følge produsentens anbefalinger om holdetid for de ulike stoffene, fordi dette hadde vært grundig testet ut og var offisielt godkjent. Etter hvert ble denne kombinasjonsmetoden mindre aktuell, fordi det kom nye midler som var mer effektive, særlig fôrbaserte midler.

Vitnet John McHenery har bekreftet både at han overhørte presentasjonen i faggruppen ISLM, og at han har sett metoden anvendt på ulike oppdrettsanlegg i Skottland. Lagmannsretten legger ikke avgjørende vekt på at et annet medlem av ISLM-gruppen, Julian Braidwood, har forklart at han ikke kan huske noen slik presentasjon, eller at presentasjonen ikke fremgår av referatene. Dette kan både skyldes at Braidwood ikke var til stede under presentasjonen, og at han ikke husker dette foredraget spesielt. Det var heller ikke slik at alt som ble tatt opp i faggruppen ble referatført. Braidwood bekreftet for øvrig at det som ble tatt opp i møtene ikke var regnet som konfidensielt.

Videre foreligger det en erklæring fra veterinæren Dave Cockerill datert 22. juni 2010. Han var tidligere veterinær i privat praksis for oppdrettsnæringen i Skottland, og det fremgår av erklæringen at han bekrefter å ha kjent til at metoden var i bruk. Han har videre lagt fram diverse dokumenter som viser at Marine Harvest (hans nåværende arbeidsgiver) i perioden rapporterte inn bruk av "combined treatment" til skotske miljøvernmyndigheter.

Johnstons presentasjon i et åpent fagforum kombinert med opplysninger om omfattende faktisk bruk og rapportering av kombinert behandling i skotske oppdrettsanlegg, gir etter lagmannsrettens syn grunnlag for å konstatere at behandling med pyretroid og organofosfat i kombinasjon var kjent teknikk forut for patentets prioritetsdag, men da i omvendt rekkefølge av det patentet angir. Det forhold at metoden etter hvert ble mindre aktuell fordi det kom andre midler på markedet, innebærer ikke at dette forsvinner som mothold. Den tenkte fagpersonen skal forutsettes å kjenne til eksisterende teknikk selv om bruken har vært begrenset i en periode. I følge McHenery var kombinasjonsmetoden en vanlig praksis i bransjen også etter at Johnston forlot Skottland i 2004, og den må da anses for å ha vært kjent da Johannessen innga sin patentsøknad i 2007. Lagmannsretten mener på denne bakgrunn at Wallace-metoden slik denne ble brukt i Skottland på begynnelsen av 2000-tallet, må anses som det nærmeste motholdet.

Kravet om nyhet

Som nevnt gikk Wallace-metoden ut på behandling med et pyretroid før tilsetning av et organofosfat. Lagmannsretten legger til grunn at kombinert bruk av organofosfat (eller karbamat) og pyretroid (eller pyretrin), der organofosfattet tilsettes før pyretroidet, ikke var beskrevet tidligere slik at dette ikke var en kjent metode for bekjempelse av lakselus da patentsøknaden ble inngitt i 2007. Kravet om at oppfinnelsen må være en nyhet, er derfor oppfylt.

Kravet om oppfinnelseshøyde

Som nevnt må oppfinnelsen ikke bare være ny i forhold til det nærmeste motholdet, den må også "skille seg vesentlig" fra dette.

På prioritetsstidspunktet var det begrenset hvilke kjemiske midler som var tilgjengelig for bekjempelse av lakselus. Utviklingen av resistens hos lakselusene gjorde at virkningen av enkeltbehandlinger etter hvert ble dårligere. Selv om det var faglig omstridt å behandle fisken med flere preparater samtidig, var det ikke noe forbud mot det. De økonomiske interessene er svært store når det er snakk om å få ned antall lakselus slik at myndighetenes krav tilfredsstilles og nødslakting unngås. Lagmannsretten finner det på denne bakgrunn nærliggende for fagpersonen å forsøke å kombinere de midler som var tilgjengelige for badebehandling av oppdrettsfisken for å oppnå et best mulig resultat.

Fagpersonen ville normalt følge produsentens anvisninger for doser og holdetid for fisken i den hensikt at det skulle bli færrest mulig overlevende lus. Colin Johnston forklarte at det var de anbefalte holdetidene for Excis og Salmosan som var styrende for hans bruk av disse to stoffene i kombinasjon. Anbefalte holdetider og doser for Salmosan har variert noe. Ifølge produktarket for Salmosan er anbefalt holdetid 30 til 60 minutter, mens den ifølge Felleskatalogen for veterinærmedisin fra 2004 var 30 – 40 minutter.

I Norge var det tilgjengelig et annet pyretroid enn Excis, nemlig Alphamax. Dette ble ikke godkjent i Skottland før på slutten av 2000-tallet, men var kjent og brukt i Norge fra slutten av 1990-tallet. Alphamax har i følge felleskatalogen en anbefalt holdetid på bare 30 minutter, altså halvparten av anbefalt holdetid for Excis.

Salmosan hadde gått ut av bruk i Norge mot slutten av 1990-tallet på grunn av store problemer med at lakselusa ble resistent. Deretter var det forskjellige pyretroider som ble mest brukt ved kjemisk behandling mot lakselus. I følge Kari Lervik, veterinær ansatt i Sinkaberg-Hansen, merket de omkring 2007 at også pyretroidene hadde fått dårligere effekt. Selv om Salmosan ikke lenger var i bruk i Norge i 2007, kunne veterinærer få tillatelse til å importere det fra Storbritannia der det fortsatt var et godkjent middel. Slike tillatelser ble gitt fra 2008 av, men også før dette var Salmosan et middel mot lakselus som var kjent for fagpersonen, som var tilgjengelig på verdensmarkedet, og som det var mulig å

få tillatelse til å benytte. Gitt at behandling med et pyretroid og et organofosfat i kombinasjon var en kjent behandlingsmetode, var det nærliggende at fagpersonen ville bruke Salmosan som organofosfat. I Norge ville det være nærliggende å bruke Alphamax, alternativt Betamax, som pyretroid, ettersom det var dette som var vanligst å bruke i Norge på den tiden.

Lagmannsretten legger til grunn at en fagperson som ville gjøre en kombinasjonsbehandling, ville bruke de anbefalte doser og maksimal holdetid etter produsentens anvisning for å få størst mulig effekt og minst risiko for utvikling av resistente lakselus. Ut fra vitneforklaringene for lagmannsretten legges det til grunn at det ikke er praktisk å gjennomføre to separate behandlinger med de to legemidlene. Dette ville innebære to badebehandlinger i løpet av kort tid, noe som er svært arbeidskrevende og utsetter fisken for mye stress som igjen kan medføre betydelig fiskedød. Det mest praktiske er derfor at de to midlene brukes samtidig, i én badebehandling. Når pyretroidet Alphamax kom på markedet med en anbefalt holdetid som var kortere enn organofosfatet Salmosan, er lagmannsretten enig med tingretten i at det ligger implisitt i dette at organofosfatet må tilsettes først, deretter pyretroidet, slik at det oppnås maksimal holdetid for begge midlene.

For fagpersonen ville det altså vært nærliggende å kombinere bruken av Salmosan og Alphamax slik at fisken ble eksponert for Salmosan – organofosfatet – først. Fagpersonen ville neppe vært klar over at tilsetning av organofosfat først kunne ha en potensierende eller synergisk effekt, noe som er ideen bak patentet. Det har imidlertid ikke betydning for vurderingen av oppfinneshøyde at den kombinerte bruken med organofosfatet tilsatt først eventuelt har en uventet teknisk effekt, så lenge selve metoden er nærliggende for fagpersonen. Det vises i denne sammenheng til Stenvik: Patentrett, side 229, hvor det fremgår at dersom en bestemt teknisk løsning var nærliggende for å oppnå en påregnelig effekt, så kan det normalt ikke legges avgjørende vekt på at løsningen samtidig medfører en ytterligere, overraskende effekt.

Videre kan det på bakgrunn av bevisførselen i ankeforhandlingen være grunn til å stille spørsmålsteget ved om en slik overraskende, ytterligere effekt faktisk blir oppnådd. Det er ikke omtvistet at kombinert bruk virker mot lakselus, og at bruken av begge midler gir et bedre resultat enn midlene anvendt hver for seg. Grunnlaget for patentet er imidlertid at organofosfatet tilsatt først medfører at etterfølgende behandling med pyretroid virker vesentlig bedre enn det fagpersonen ville forvente, dvs. hva en ren additativ effekt skulle tilsi. Når det er grunn til å stille spørsmålsteget ved om dette faktisk oppnås, er det på grunnlag av at de resultater som ble fremlagt under søknadsbehandlingen i EPO og i Norge, ikke er blitt bekreftet gjennom de undersøkelser og forsøk som er gjort i ettertid. Det er også påpekt svakheter i de data som har vært fremlagt i tilknytning til behandlingen av patentsøknadene, jf. det som er sagt om dette ovenfor.

Det er imidlertid unødvendig for lagmannsretten å ta stilling til dette. Når det var nærliggende for fagpersonen å kombinere bruken av Salmosan og Alphamax i samme badebehandling, og dette i tråd med produsentenes anbefalinger innebærer at organofosfatet Salmosan bør tilsettes først, mener lagmannsretten at metoden som patentet gir anvisning på ikke kan sies å ha tilstrekkelig oppfinneshøyde. Oppfinnelsen tilfredsstillende da ikke vilkåret i patentloven § 2 første ledd om at den må "skille seg vesentlig" fra det som tidligere var kjent. Patentet er derfor ugyldig.

Alternative kravsett

De ankende parter har fremsatt fire alternative kravsett, og har subsidiært anført at patentet må opprettholdes i henhold til ett av disse.

Alle de fire alternative kravsettene gjelder varienter av sekvensiell behandling med organofosfat (eller karbamat) først, deretter pyretroid (eller pyretrin). Forskjellen ligger dels i at kravene er mer spesifikke med hensyn til hvilke ektoparasitter som omfattes (fiskelus), dels i hvilke legemidler som omfattes og dels i at det er angitt et tidsintervall for tilsetting av de to stoffene. I det snevreste kravsettet er det angitt at det første behandlingsmiddelet skal tilsettes ti minutter til tolv timer før det andre.

Etter lagmannsrettens syn ligger samtlige av de alternative kravsettene også innenfor det som ville vært nærliggende for fagpersonen ut fra det som var kjent på søknadstidspunktet. En begrensning av det generelle begrepet "ektoparasitter" til det mer praktisk forekommende "fiskelus" er uten betydning for hva som var nærliggende for fagpersonen. Det samme gjelder begrensningen av legemidler/virkestoffer og opphold mellom behandlingene. Som nevnt er holdetiden i følge produktarket for Salmosan 30 til 60 minutter, mens holdetiden for Alphamax er 30 minutter. For å oppnå maksimal holdetid for begge stoffene er det da nærliggende å tilsette Salmosan mer enn ti minutter før Alphamax. Lagmannsretten kan derfor ikke se at kravet til oppfinneshøyde er oppfylt for noen av de alternative kravsettene. Patentet kan da heller ikke opprettholdes i henhold til noen av disse.

Oppsummering – konklusjon

Lagmannsretten er etter dette kommet til samme resultat som tingretten, nemlig at patent NO 330244 er ugyldig på bakgrunn av manglende oppfinneshøyde, jf. patentloven § 52 første ledd nr. 1. Anken i gyldighetssaken blir følgelig forkastet.

Det er da unødvendig for lagmannsretten å gå inn på om patentet også ville vært ugyldig etter patentloven § 52 første ledd nr. 2.

Inngrepssakene

I og med at anken over tingrettens dom om at patentet er kjent ugyldig er forkastet, representerer ikke ankemotpartenes kombinasjonsbruk av legemidler til bekjempelse av lakselus et inngrep i noe gyldig patent. Også anken i inngrepssaken må derfor forkastes.

Sakskostnader

Anken har vært forgjeves, og Sinkaberg-Hansen AS og Bindalslaks AS har i utgangspunktet krav på å få sine nødvendige sakskostnader fullt ut erstattet fra motparten. Lagmannsretten kan ikke se at det foreligger tungtveiende grunner til å gjøre unntak fra dette, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

Salær oppgaven fra ankemotpartene er på 2 642 090 kroner i salær for ankeforhandlingen. I tillegg kreves utgifter til kopiering av utdrag med 73 312,65 kroner, reise og opphold for partsrepresentant med 35 973,50 kroner, diett og transportutgifter for prosessfullmektigene med 15 733,75 kroner samt utgifter til sakkyndige vitner med 87 797 kroner. Samlet sakskostnadsoppgave er på 2 854 907 kroner. I tillegg kommer utgiftene til de fagkyndige meddommerne. Utgiftene til disse er i egen avgjørelse i dag fastsatt til henholdsvis 44 906 kroner i tapt arbeidsfortjeneste og diett til patentingeniør Morten Balle, og 31 084 kroner i utgifter til reise, opphold og diett for forsker/professor Ole Bent Samuelsen. Samlede sakskostnader utgjør dermed 2 930 897 kroner.

Sakskostnadskravet er høyt, i det alt vesentlig på grunn av salærkravet fra prosessfullmektigene. Det bemerkes at saken har vært grundig prosedert fra begge sider, og det har vært lagt ned et betydelig arbeid både med hensyn til sakens faktiske og juridiske sider. Det er ikke fremmet innsigelser mot sakskostnadsoppgaven, og det er også fremmet tilsvarende høye salærkrav fra den annen side. På bakgrunn av dette legges omkostningsoppgaven til grunn.

Dommen er enstemmig.

Prosessfullmektigene er blitt orientert om at fristen for domsavsigelse i tvisteloven § 19-4 femte ledd ville bli overskredet. Årsaken til dette var at den avsluttende domskonferansen ble forsinket på grunn av ulikt reisefravær hos rettens medlemmer.

D o m s s l u t n i n g :

1. Ankene forkastes.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Sea Lice Research Norway AS og EcoLice AS i fellesskap 2 930 897 – tomillionernihundreogtrettitusenåttehundre-ognittisju – kroner til Sinkaberg-Hansen AS og Bindalslaks AS innen to uker etter at dommen er forkynt.

Ragnar Eldøy

Kyrre Grimstad

Morten Balle

Ole Bent Samuelsen

Dokument i samsvar med undertegnet original:
Beate Kyung Næss (Signert elektronisk)