



NORGES HØYESTERETT

Den 17. november 2008 avsa Høyesterett dom i

HR-2008-01991-A, (sak nr. 2008/859), sivil sak, anke over dom,

Staten v/Nærings- og
handelsdepartementet

(Regjeringsadvokaten
(v/advokat Anne Cathrine Haug – til prøve)

mot

Biomar AS

(advokat Svein J. Ruud Johansen – til prøve)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Oftedal Broch**: Saken gjelder gyldigheten av Patentstyrets avslag på patent for tilsetning av en viss mengde histidin i laksefôr i den hensikt å hindre utbrudd av katarakt – grå stær – i oppdrettslaks.
- (2) Patentstyrets 2. avdeling traff 28. november 2005 avgjørelse, der patentsøknad fra Norsk Hydro ASA, inngitt 28. juli 1999, ble avslått. Vedtaket stadfestet 1. avdelings avslag 8. oktober 2003. 2. avdeling fant at det ikke forelå tilstrekkelig oppfinneshøyde, jf. patentloven § 2. Patentsøknaden gjaldt tilføring av histidin i laksefôr slik at det totale fôr inneholdt 1,15–2 vektprosent histidin for å redusere forekomsten av katarakt.
- (3) Katarakt er en øyesykdom som fører til at fisken mister synet og dermed får problemer med å ta til seg næring. Sykdommen ble for alvor et problem i norsk lakseoppdrett fra sommeren 1997, men allerede i 1995 var katarakt et betydelig problem i Irland og Skottland.
- (4) Fiskefôr inneholder blant annet histidin, som er en av flere essensielle aminosyrer, det vil si at de er livsnødvendige og må tilføres fisken fordi organismen ikke kan produsere dem selv. På tidspunktet for patentsøknaden var det antatt at atlantisk laks hadde behov for omkring 0,7 vektprosent histidin i fôret. I patentkravet er altså den påkrevde mengden histidin vesentlig forhøyet. Den patentsøkte løsningen gir ingen anvisning på årsaken til

katarakt hos laks eller svar på hvorfor tilsetning av histidin bidrar til å redusere forekomsten av katarakt.

- (5) Patentsøknaden ble overdratt til det danske selskapet Biomar AS, som er en betydelig produsent av fiskefôr med virksomhet i en rekke land. Selskapet var tidligere en del av Norsk Hydro-konsernet. Biomar fikk 14. oktober 2004 innvilget europeisk patent på oppfinnelsen, effektivt fra 24. november 2004, av Det europeiske patentverket; European Patent Office (EPO). Jeg kommer tilbake til betydningen av det europeiske patentet, men nevner at patentloven ble revidert ved lov 8. juni 1979 nr. 35 og lov 27. november 1992 nr. 113 (EØS-loven), som begge tok sikte på å harmonisere reglene om patentkrav og patentsøknaders behandling med regelverket i den europeiske patentkonvensjon (EPC). Norge har senere sluttet seg til konvensjonen, som for Norge trådte i kraft 1. januar 2008. I forbindelse med tiltredelsen ble patentloven igjen revidert, ved lov 29. juni 2007 nr. 80.
- (6) Biomar reiste søksmål for Oslo tingrett med påstand om at 2. avdelings avslag skulle kjennes ugyldig. Tingretten avsa dom 29. januar 2007 med slik domsslutning:
- ”1. Staten v/Nærings- og handelsdepartementet frifinnes.
2. Biomar AS betaler kr 215.309,50 i saksomkostninger til Staten v/Nærings- og handelsdepartementet innen 2 – to – uker med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd, første punktum fra forfall og til betaling skjer.”
- (7) Biomar anket til Borgarting lagmannsrett, som 1. april 2008 avsa dom med slik domsslutning:
- ”1. Patentstyrets annen avdelings vedtak av 28. november 2005, der norsk patentsøknad 1999 3678 avslås, kjennes ugyldig.
2. Staten v/Nærings- og handelsdepartementet betaler saksomkostninger til Biomar AS for tingretten og lagmannsretten med til sammen 1 153 619 – enmillionetthundreogfemtiretusensekshundreogfemten – kroner innen to uker fra dommens forkynnelse med tillegg av forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer. I tillegg må staten dekke utgifter til fagkyndige meddommere for lagmannsretten som fastsettes særskilt.”
- (8) Dommen er avsagt under dissens. Flertallet fant at oppfinnelsen hadde den nødvendige oppfinneshøyde, og at 2. avdelings vedtak derfor måtte kjennes ugyldig. En av de to fagkyndige meddommerne mente at 2. avdelings vedtak måtte opprettholdes.
- (9) Staten har anket til Høyesterett over lagmannsrettens rettsanvendelse og bevisbedømmelse. Saken står i samme stilling for Høyesterett som for lagmannsretten, dog slik at det europeiske patent, som Biomar ble tilstått av EPO 14. oktober 2004, men som ble anket til the Technical Board of Appeal, nå er endelig. Anken ble avvist. Dette skjedde fordi det ikke ble innlevert nærmere begrunnelse for anken.
- (10) Den ankende part, *staten v/Nærings- og handelsdepartementet*, har sammenfatningsvis gjort gjeldende:
- (11) Patentstyret har konkludert med at patentsøknaden mangler oppfinneshøyde. Det fremgår av Rt. 1975 side 603, Swingball, at domstolene bør vise tilbakeholdenhet ved

overprøving av Patentstyrets patentfaglige skjønn, fordi Patentstyret innehar både høy teknisk ekspertise og stor patentfaglig kompetanse og erfaring.

- (12) Til realiteten anfører staten at hva som ligger i oppfinnelseshøyde i dette tilfellet, må vurderes ut fra hvorledes en gjennomsnittlig fagmann med medisinsk/veterinærmedisinsk fagkyndighet og dessuten kompetanse på ernæring og førsammensetning, ville ha vurdert spørsmålet. Et sentralt mothold å søke i er D 9, E. Bjerkås mfl. "Cataract Development in Atlantic Salmon in Fresh Water". For en fagperson med kompetanse som anført, ville det være nærliggende å gå videre og se hen til kataraktbehandling av andre dyr. Dette er behandlet i mothold D 5, D.D. Quam mfl. "Histidine requirement of kittens for growth, haematopoiesis and prevention of cataracts". Her fremgår det at det er en sammenheng mellom histidin i fôr til katter og forekomst av katarakt. I patentsøknaden er det vist til at det fra et russisk patent er allment kjent at katarakt hos mennesker og dyr kan behandles med "øyedråper som inneholder beta-alanyl-L-histidin". Begge kilder peker mot at økt histidin i fôret kan være egnet til å redusere forekomsten av katarakt i laks. Et ytterligere forhold som styrker denne hypotesen, er at den siste store endringen i laksens førsammensetning på 1990-tallet var fjerning av blodmel. Histidin er en viktig bestanddel i blodmel. En slik sammenheng var pekt på i mothold D 7, A.E. Wall "Papers and Articles – Cataracts in farmed Atlantic salmon in Ireland, Norway and Scotland from 1995 to 1997". Hvor meget histidin som måtte tilsettes, var ikke kjent, men det å eksperimentere seg fram til riktig dosering, innebærer ikke oppfinnelseshøyde.
- (13) Det anføres også at alle tre store fôrprodusenter i Norge gjorde forsøk med henblikk på å tilføre histidin i fôret etter at blodmel ble fjernet. Den korte tid som gikk fra utbruddet i Norge av katarakt til den tekniske løsning var på plass, tilsier at løsningen var nærliggende ut fra allerede eksisterende teknisk kunnskap. Et monopol til Biomar på histidintilførsel i laksefôr ville hindre den vanlige tekniske utvikling og være samfunnsmessig uheldig.
- (14) At Biomar oppnådde europeisk patent gjennom EPO, er uten betydning ved vurderingen av den norske patentsøknaden. Da patent ble meddelt, var Norge ikke tilsluttet den europeiske patentkonvensjonen. EPO kunne på dette tidspunkt ikke gi patent som skulle gjelde i Norge.
- (15) For øvrig er EPOs avgjørelse truffet av førsteinstansen, Opposition Division, hvis avgjørelse har liten rettskildemessig betydning. Vurderingen er også beheftet med vesentlige svakheter både rettslig og faktisk.
- (16) Staten v/Nærings- og handelsdepartementet har nedlagt slik påstand:
- ”1. Oslo tingretts dom av 29. januar 2007 stadfestes.
 2. Staten v/Nærings- og handelsdepartementet tilkjennes omkostninger for lagmannsretten og Høyesterett.”
- (17) Ankemotparten, *Biomar AS*, har sammenfatningsvis anført:
- (18) Det som skal overprøves, er 2. avdelings avgjørelse av patentsaken. Domstolene har full prøvelsesrett fordi patentsøker har krav på patent dersom lovens vilkår er oppfylt. Utgangspunktet fra Rt. 1975 side 603, Swingball, er blitt kritisert i senere tid og bør revurderes. Patentsaker har tvungent verneing ved Oslo tingrett. I praksis settes alltid

tingretten og lagmannsretten med fagkyndige meddommere. De har ofte dypere spisskompetanse enn de teknisk sakkynndige i Patentstyret, siden meddommere oppnevnes for den enkelte sak. Rettsbehandlingen er også grundigere og bedre egnet til å opplyse saken enn behandlingen i Patentstyret. Det er således ugrunnet at domstolene skal være tilbakeholdne ved den rettslige prøvingen av Patentstyrets vedtak.

- (19) Når oppfinnelseshøyden skal vurderes, må utgangspunktet tas i problemet, her å forhindre katarakt hos laks, ikke ut fra den løsning patentsøknaden angir, her tilsetning av histidin i fôret. Dette er sentralt for hvilken fagbakgrunn som skal være utgangspunkt for vurderingen av om oppfinnelseshøyde foreligger. I vårt tilfelle må medisinsk/veterinærmedisinsk ekspertise være grundig dekket. Annen innsikt vil være mer generell og dreie seg om fiskeoppdrett, ernæring og laksens fysiske miljø. Intet tilsier at løsningen i vår sak ville finnes i sammensetningen av laksens fôr. Dermed er kravet om spesialinnsikt i fôr en etterpåklokskap – noe man kommer til etter at løsningen er funnet.
- (20) Generelt gjelder videre at oppfinnelseshøyde bare hindres dersom den imaginære fagmann vil kunne dedusere seg frem til problemets løsning uten for lang vei, for mange kilder eller for stor innsats.
- (21) Ankemotparten er ikke enig i at det var kjent at den store forandringen i fôrsammensetning før kataraktutbruddet i 1997 var fjerning av blodmel. Heller ikke var det kjent at det var en sammenheng mellom fjerning av blodmel og kataraktutbruddet. Det anføres at basert på 2. avdelings beskrivelse, vil fagmannen måtte gå gjennom fem mothold før tilsetning av histidin ville vært ”nærliggende”. En kombinasjon av så mange kilder stenger klart ikke for søknadens oppfinnelseshøyde.
- (22) 2. avdeling bygger på at motholdene D 5 og D 9 ville være nærliggende å kombinere, og at de ville lede til målet om tilsetning av histidin. Det bestrides at det var nærliggende å kombinere disse to. Fagmannen ville i første omgang gå til litteratur om fisk, siden problemet lå der. Det var ingen grunn til å velge katteundersøkelsen i D 5. Spranget fra fisk til katt var for langt, studien var i seg selv svakt underbygget og fagmannen ville først tatt for seg solid underbygde undersøkelser. Histidin-nivået i katteundersøkelsen lå på 0,3 prosent, som var langt under histidin-nivået anbefalt i laksefôr etter at blodmelet var tatt bort. Heller ikke kombinasjonen mellom D 9 og andre mothold ville gitt gjennombrudd.
- (23) Behovet for å finne en løsning på kataraktproblemet hos laks, var relativt nytt i Norge, men problemet oppsto tidligere i Skottland og Irland. Det er derfor ikke riktig at løsningen ble funnet spesielt raskt. Samfunnsmessige hensyn taler ikke imot å gi patentrettslig enerett overensstemmende med søknaden. Fiskeoppdrett er en viktig næring, og kataraktproblemet var særdeles alvorlig.
- (24) Det bør tillegges stor vekt at EPO har gitt Biomar europeisk patent. Det norske regelverket har blitt harmonisert med det europeiske. Å følge EPO er eneste måte å skape patentrettslig enhet i Europa. EPO har stor patentfaglig innsikt. Sammenlignet med Patentstyret har EPO langt større kontaktflate med teknologiske miljøer i Europa.
- (25) Biomar AS har nedlagt slik påstand:

”1. Anken forkastes.

2. **Biomar AS tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett med tillegg av forsinkelsesrente i henhold til forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum, fra forfall til betaling skjer.”**

(26) *Mitt syn på saken:*

(27) *Rettslige utgangspunkter*

(28) Vilkårene for å oppnå patent fremgår av patentloven 15. desember 1967 nr. 9 § 2 første ledd, som lyder slik:

”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.”

(29) Begrepet ”oppfinnelse” er presisert noe i patentloven § 1. Det fremgår her at oppfinnelsen må kunne utnyttes industrielt, og begrepet avgrenses mot ”opdagelser, vitenskapelige teorier og matematiske metoder”. En oppfinnelse er kort fortalt en praktisk løsning av et teknisk problem, jf. Stenvik: Patentrett, 2. utgave side 13.

(30) Oppfinnelsen må være ny i forhold til hva som var kjent før patentsøknadens inngivelsesdag. Hva som stenger for oppfinnelsens nyhet, er angitt i § 2 annet ledd: ”alt som er blitt alment tilgjengelig.” Dette betegnes som teknikkens stand eller stilling. Under behandlingen av patentsøknaden vil tidligere kunnskap på området bli dokumentert ved fagartikler mv. Disse betegnes ”mothold”.

(31) Det siste kravet etter § 2 første ledd er at oppfinnelsen må ”skille seg vesentlig” fra teknikkens stand. Dette er angivelsen av oppfinnelseshøyde og står sentralt i vår sak.

(32) Hva som nærmere ligger i kravet om å skille seg vesentlig fra teknikkens stand, kan være vanskelig å konkretisere. I den felles nordiske patentutredningen fra 1964 som lå til grunn for stort sett likelydende patentlover i de nordiske land, sies om dette på side 127:

”Om den fornødne opfindelseshøjde i de enkelte tilfælde foreligger, må til en vis grad bero på patentmyndighedens og domstolenes skøn. Man har overvejet, om det vil være muligt at angive objektive kriterier til bedømmelse af spørgsmålet. Mange forsøg har været gjort på at opstille sådanne objektive kriterier, men komitéerne har ikke fundet, at det vil være muligt at angive sådanne kriterier i lovtekst.”

(33) I NOU 1976: 49 heter det i merknadene til § 2 på side 102:

”Kravet på oppfinnelseshøyde innebærer at oppfinnelsen ikke bare må være ny, men også må medføre en slik utvikling av teknikken at den ikke kan anses å være nærliggende i forhold til det som allerede er kjent.”

(34) Denne uttrykksmåten er meget parallell med den som finnes i den europeiske patentkonvensjonen (EPC) artikkel 56 første punktum:

”En oppfinnelse anses å ha oppfinnelseshøyde når den for en fagmann ikke fremstår som nærliggende i forhold til teknikkens stand.”

(35) Den fagmann det her refereres til er nærmere omtalt i den nordiske patentutredningen fra 1964 side 127:

”En oppfindelse må således adskille sig væsentlig fra, hvad der må betragtes som nærliggende for en fagmand indenfor det pågældende område. Man sigter herved til, hvad der kan anses for en gennemsnitsfagmand i betydningen af en fagmand, som ikke er i besiddelse af særlige inventive evner, men som på den anden side er fuldt ud kendt med teknikens standpunkt på det pågældende tidspunkt – ansøgnings tidspunktet – og har evne til at udnytte alt det kendte materiale på god fagmæssig måde, herunder også til at foretage nærliggende nye konstruktioner.”

- (36) Patentstyrets retningslinjer, et regelverk som i stor grad er harmonisert med det europeiske regelverket for saksbehandlingen, beskriver ”fagmannen” slik i kapittel 8 avsnitt 5.6:

”5.6 ”Fagmannen”

’Fagmannen’ skal antas å være en gjennomsnittspraktiker som kjenner til hva som var alminnelig kunnskap på området på den aktuelle dato. Vedkommende skal også antas å ha hatt adgang til hele teknikens stand, særlig dokumentene nevnt i granskningsrapporten, og ha hatt til rådighet de vanlige midler og ha hatt evner til å utføre rutinearbeid og eksperimentering. Hvis problemet tilskynder fagmannen på området til å søke dets løsning innenfor et annet teknisk område, er det fagmannen på sistnevnte område som er kvalifisert til å løse problemet.”

- (37) Kravene til et patent er uttrykk for en avveining av de grunnleggende hensyn bak patentinstituttet – ønsket om å fremme den tekniske utvikling ved å beskytte oppfinnerens innsats, samtidig som den allmenne tekniske utviklingen, som stadig finner sted i et samfunn, på sin side beskyttes. Dette er eksempelvis kommet til uttrykk i den nordiske betenkningen fra 1964 side 121 og side 127:

”De hensyn, der ligger til grund for patentretten – såvel det synspunkt, at patentet er et slags vederlag, som samfundet yder den, der tilfører den tekniske udvikling noget nyt, som det synspunkt, at samfundet er interesseret i at fremme åndelige nyskabelser ved at beskytte ophavsmanden i besiddelsen af sin nyskabelse, således at han kan nyde frugterne af sin virksomhed uden frygt for indgreb fra anden side – taler for at gå vidt i kravene til nyhed, idet man ikke kan have nogen samfundsmæssig interesse i at tilgodese den, som blot har bragt noget frem, som sagkyndige allerede kender eller har kunnet skaffe sig kendskab til.

...

Idet der er tale om en jævn, gradvis overgang fra den ubetydelige fagmæssige (håndværksmæssige) ændring eller forbedring af konstruktionsmæssig karakter til den betydningsfulde pioneropfindelse, opstår der spørgsmål om, hvor indenfor denne skala grænsen for den patenterbare opfindelse bør lægges. Der vil her blive tale om en afvejelse af hensynet til ansøgeren, der må ønske beskyttelse for sine idéer, og hensynet til almenheden, hvis adgang til at gøre brug af de tekniske hjælpemidler kun bør begrænses ved enerettigheder gennem patentering i tilfælde, hvor der foreligger en beskyttelsesværdig interesse.”

- (38) Avgjørelsen av et patentkrav vil etter dette bero på et faglig skjønn. Etter loven har oppfinneren krav på å bli tilkjent patent når først vilkårene for patent foreligger. Det dreier seg derfor om et lovbundet skjønn, der domstolene har full prøvingsadgang. Skjønnets fagtekniske karakter tilsier likevel at domstolene viser tilbakeholdenhet ved den rettslige prøvingen. Dette er kommet klart til uttrykk i praksis, jf. Rt. 1975 side 603, Swingball:

”Jeg nevner for øvrig at den skjønnsmessige vurdering som patentmyndighetene utøver i henhold til lovens § 2 må karakteriseres som et subsumpsjonsskjønn. Loven hjemler i

den enkelte sak intet spillerom for hensiktsmessighetsbetraktninger: Er kravet til nyhet og oppfinnelseshøyde oppfylt, har søkeren 'rett til' patent, jfr. §1. Som allerede sagt, finner jeg at dette skjønn kan prøves av domstolene. Jeg understreker imidlertid at det er all grunn for domstolene til å vise tilbakeholdenhet med å fravike Patentstyrets avgjørelser i betraktning av den spesielle sakkunnskap og det brede erfaringsgrunnlag som Styret sitter inne med."

(39) Ankemotparten har vist til at det har vært fremmet en viss kritikk mot at domstolene skal være spesielt tilbakeholdne ved prøvingen av patentsaker. Det er pekt på at avslag på patenter har tvungent verneing ved Oslo tingrett, jf. patentloven § 63, og at tingretten og lagmannsretten vil være satt med fagkyndige meddommere. Synspunktet er videre at disse vil ofte ha en sakkyndighet som er enda bedre tilpasset sakens særlige behov, sammenliknet med Patentstyrets medarbeidere.

(40) Uansett om dette i seg selv skulle være korrekt, peker jeg på at grunnen for domstolenes tilbakeholdenhet ikke minst ligger i at Patentstyret vil ha et bredt erfaringsgrunnlag knyttet til hvor grensene går for de ulike patentvilkår, jf. det jeg har sitert fra Swingball. Jeg finner ikke grunnlag for å fravike den forutsetningen om domstolenes tilbakeholdenhet ved overprøving av Patentstyrets vedtak, som kom til uttrykk i Swingball-saken.

(41) *Sakens faktiske bakgrunn og rettslige vurdering*

(42) I sin avgjørelse 28. november 2005 uttalte Patentstyrets 2. avdeling innledningsvis:

"Bakgrunnen for søknaden er de alvorlige utbruddene av katarakt (stær) hos oppdrettslaks på midten av 1990-tallet, utbrudd som førte til at en stor del av fisken fikk så dårlig syn at de ikke kunne finne føret. Dermed fikk fisken ikke den næring som den behøvde for tilfredsstillende vekst. Problemet var meget alvorlig, og oppgaven med foreliggende søknad var å finne en praktisk løsning på dette problemet. Kjernen i søknaden er at føret, foruten en rekke vanlige bestanddeler, også bør inneholde en viss mengde histidin, som er en essensiell aminosyre."

(43) Ved innledningen til spørsmålet om oppfinnelseshøyde uttalte 2. avdeling:

"Før man diskuterer oppfinnelseshøyden i foreliggende søknad, vil 2. avdeling ta stilling til hva som med rimelighet kan forventes av en gjennomsnittsfagmann på området. I dette tilfellet dreier det seg om å bekjempe en sykdom, og 2. avdeling finner det da rimelig også å trekke inn kompetanse fra medisinsk eller veterinærmedisinsk hold, i tillegg til den innsikt som en førkjemiker vil ha. Gjennomsnittsfagmannen må følgelig anses å være i besittelse av såvel ernæringsfaglig som medisinsk kunnskap. Og det kan ikke være riktig å begrense synsfeltet til kunnskap som er spesifikk for laksefisker, eller for fiskerinæringen; ved bekjempelsen av sykdomstilstand hos fisk må også mer generell veterinærfaglig kunnskap trekkes inn."

(44) Ut fra dette sluttet 2. avdeling:

"Mot denne bakgrunn må det legges til grunn at gjennomsnittsfagmannen, ved løsningen av det problemet søknaden gjelder, ville gjennomført en generell undersøkelse av litteraturen om årsaker til katarakt hos dyr, og eventuelt hos mennesker. I en slik situasjon ville det være helt fagmessig å gå til medisinsk litteratur for å finne slik informasjon, og fagmannen ville da enkelt finne frem til motholdene D5 og D9, som 2. avdeling mener er sentrale i denne forbindelse, og som vi skal kommentere nærmere."

- (45) Mothold D 9 er en artikkel av Bjerkås mfl. med tittel "Cataract Development in Atlantic Salmon in Fresh Water". 2. avdeling trekker frem fra artikkelen at oppdrettslaks er avhengig av godt syn for å finne føret, og at det har vært foreslått at fisk med katarakt får dårligere vekstrate. Videre sies i artikkelen at sykelig forandring i fiskens øyne påminner om den man kan finne hos pattedyr. Det refereres også til en annen forfatter, Kincaid, som har funnet korrelasjon mellom kroppslengde og kataraktdannelse blant annet i ørret, og Kincaid satte det i forbindelse med førmangel. Det var da nærliggende å slutte at kataraktutviklingen kunne være en mangelsykdom. Hensett til den påviste parallell mellom øyesykdommer hos fisk og pattedyr mente 2. avdeling at det var nærliggende å gå til mothold D 5, D.D. Quam mfl. "Histidine requirement of kittens for growth, haematopoiesis and prevention of cataracts". Denne artikkelen syntes å påvise positiv effekt med hensyn til å redusere katarakt hos kattunger med tilsetning av histidin i føret. Det ville da være nærliggende å forsøke en tilsetning av histidin i fiskefôr. 2. avdeling konkluderer:

"Det må videre legges til grunn at en fagmann ville forsøkt en slik tilsetning med en rimelig forventning om suksess, dvs. at han ville regnet med en rimelig grad av sannsynlighet for at tilsetning av histidin ville løst problemet.

...

En slik tanke støttes dessuten av det faktum at den store forandringen i førsammensetning før det store utbruddet av katarakt, var fjerningen av blodmel, hvor histidin var en viktig bestanddel."

- (46) Ankemotparten har hatt flere innvendinger mot 2. avdelings begrunnelse. I utgangspunktet sies at kravet om at gjennomsnittsfagmannen skulle ha førkompetanse/ernæringskompetanse, hviler på etterpåklokskap basert på løsningen av problemet. Da løsningen var funnet, visste man at ernæring var nøkkelen. Men mange andre teorier om kataraktutbruddet var lansert. Det var derfor vilkårlig å forutsette at nettopp ernæringskompetanse var nødvendig for å løse problemet. Mot dette viser jeg til det den dissenterende fagkyndige dommeren i lagmannsretten uttaler om fiskeførets mulige betydning:

"På midten av 1990-tallet ble laksefisk i oppdrett hardt rammet av øyelidelsen katarakt (grå stær). I samme periode endret førproducentene sammensetningen av kommersielle fiskefôr på et vesentlig punkt, nemlig ved å ta ut blodmel som før den tid utgjorde så mye som 5-10 % av ferdigføret.

I årene før blodmel ble tatt ut av kommersielle fiskefôr (på grunn av BSE-trusselen), var forekomsten av katarakt hos oppdrettsfisk sporadisk og av lite omfang. For dem som visste at så mye som 5-10 % av fiskefôrblendingene bestod av blodmel, og at dette førmiddelet nå var blitt erstattet med noe annet, må det derfor ha vært svært nærliggende å gå ut fra at de omfattende kataraktproblemene som oppstod, skyldtes mangel på eller utilstrekkelige mengder av en eller annen essensiell ernæringsfaktor i blodmelet. At katarakt hos oppdrettsfiskene måtte være en mangelsykdom, fremgikk også av det faktum at det var de største fiskene i oppdrettsanleggene – de som hadde vokst raskest – som først ble rammet."

- (47) Jeg bemerker at bortfallet av blodmel midt på 1990-tallet var omtalt i mothold D 7, som jeg tidligere har referert til, A.E. Wall: "Cataracts in farmed Atlantic salmon in Ireland, Norway and Scotland from 1995 to 1997", og antar etter dette at 2. avdeling hadde faglig grunnlag for å inkludere ernæringsfaglig kunnskap hos gjennomsnittsfagmannen. Jeg viser også til hva Stenvik: Patentrett, 2. utgave side 205 uttaler, som etter min mening trekker i samme retning:

”Noen ganger kan det være tvilsomt hvem som skal regnes for fagmann på et område. Hvis f.eks. oppfinnelsen gjelder et leketøy av plast; er det en plastkjemiker eller en leketøyfabrikant som skal anses å sette standarden for evner, utdanning og erfaring? Slike spørsmål må besvares konkret, på grunnlag av en realistisk vurdering av hva slags type fagfolk som er nærmest til å gjøre oppfinnelser av det slag det er snakk om.”

- (48) Videre anfører ankemotparten at kombinasjonen av D 5 og D 9 langt fra var det mest nærliggende. D 9 som det første valget var naturlig, men dernest å gå til D 5 – en meget begrenset undersøkelse av et fåtall kattunger – er ikke overbevisende. Fagmannen ville heller gå til den rikholdige litteraturen om sykdom i fisk. Der ville han ikke finne noe om histidin.
- (49) Jeg er enig med ankemotparten i at dette kan synes som et langt sprang, men når det sammenholdes med det jeg har sitert fra lagmannsrettens mindretall om hvilke vesentlige endringer som hadde skjedd i laksens oppdrettsvilkår, står fjerning av blodmel, som var en hovedbestanddel for tilføring av histidin, sentralt. Dermed blir det også mer aktuelt å søke i materiale som omtaler histidin i forbindelse med katarakt.
- (50) Etter det jeg hittil har behandlet, finner jeg ikke grunnlag for å ta til følge de innvendinger ankemotparten har fremført mot 2. avdelings vurderinger.
- (51) Ankemotparten har også understreket den vekt som bør tillegges at Biomar er tilkjent europeisk patent, selv om dette ikke er bindende for Norge, som ratifiserte EPC med virkning fra 1. januar 2008. Følgelig kunne ikke patentsøknaden omfatte Norge. Men jeg er enig i at også i en situasjon som i saken her er det av stor betydning at utviklingen innen Europa er preget av ensartede regler og praktisering innenfor patentområdet. Likevel må det bero på en selvstendig vurdering og ikke minst på hvilken instans i EPO som har truffet avgjørelsen, hvilken vekt denne skal tillegges. Jeg er enig med Patentstyret i at det europeiske patentet ikke bør tillegges avgjørende vekt i denne saken.
- (52) Jeg tilføyer at etter at EPC trådte i kraft for Norge, og det dermed ble åpnet for europeisk patent med virkning her i landet, er patentloven ved lov 29. juni 2007 nr. 80 blitt endret. I kapittel 10 Rettergangsforordninger er §§ 63 a-d blitt tilføyd. Likeledes er det tilføyd et nytt kapittel 10a: ”Europeiske patenter”. Begge steder gis en rekke bestemmelser om samvirkningen mellom de to patentsystemene.
- (53) Min konklusjon er etter dette at anken må tas til følge, og at tingrettens dom stadfestes.
- (54) Den ankende part har krevd sakskostnader for lagmannsrett og Høyesterett. Kostnadsoppgave er fremlagt med et samlet beløp på kr 487 468, der salær for Høyesterett utgjør kr 247 800, og kostnader for lagmannsretten kr 184 000. Resten er utgifter. Oppgaven legges til grunn. I tillegg kommer ankegebyr for Høyesterett med kr 25 800.

(55) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Tingrettens dom stadfestes.
2. I sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett betaler Biomar AS til staten v/Nærings- og handelsdepartementet 513 268 – femhundreogtrettentusentohundreogsekstiåtte – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

(56) Dommar **Utgård:** Eg er i det hovudsaklege og i resultatet einig med førstvoterande.

(57) Dommer **Bårdsen:** Likeså.

(58) Dommer **Øie:** Likeså.

(59) Dommer **Lund:** Likeså.

(60) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Tingrettens dom stadfestes.
2. I sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett betaler Biomar AS til staten v/Nærings- og handelsdepartementet 513 268 – femhundreogtrettentusentohundreogsekstiåtte – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: