

Motorbyte i det europeiska innovationssystemet

– Från ett fragmenterat till ett enhetligt europeiskt patentsystem*

”As a matter of fact, capitalist economy is not and cannot be stationary. Nor is it merely expanding in a steady manner. It is incessantly being revolutionized from within by new enterprise, i.e., by the intrusion of new commodities or new methods of production or new commercial opportunities into the industrial structure as it exists at any moment. Any existing structures and all the conditions of doing business are always in a process of change.”¹

Av jur. dr Jens Andreasson

Efter mer än 60 år av diskussioner ser det nu ut som att stora delar av Europa kommer att få ett enhetligt patentsystem. I denna artikel granskas detta nya, enhetliga patentsystem. Syftet är att undersöka och redogöra för systemets framväxt, den hårda ekonomiska-politiska och konstitutionella debatten kring systemet samt systemets märkliga juridiska konstruktion.

1 Det europeiska innovationssystemet står inför en stor förändring

Tillväxt och välbefinnande är beroende av (ständig) teknisk utveckling.² Marknadsekonomins framgångar beror till stor del på dess destruktiva sida. Nya, mer effektiva och bättre processer, produkter och organisationer ersätter ständigt äldre, mer ineffektiva och sämre. Nya uppfinningar gör gamla uppfinningar värdelösa. Patentsystemet är motorn i detta av kreativ destruktion kännetecknade innovationssystem.³

SvJT 2014 s 543

Det europeiska innovationssystemet står nu inför en stor förändring. Efter mer än 60 års diskussioner och många misslyckade försök ser det nu ut som att Europa till slut kommer att få ett enhetligt patentsystem. I denna artikel ska detta nya enhetliga patentsystem granskas. Syftet är att undersöka och redogöra för systemets framväxt, den hårda ekonomiska-politiska och konstitutionella debatten kring systemet samt systemets märkliga juridiska konstruktion. Förhoppningsvis kan denna undersökning även bidra något till kunskapen kring, och debatten om, huruvida det enhetliga patentsystemet kan antas bli den innovationsmotor som det av ekonomisk kris sargade Europa så väl behöver.

Undersökningen består av följande komponenter. I avsnitt 2 kommer inledningsvis det enhetliga patentsystemets mödosamma framväxt att beskrivas. I avsnitt 3 granskas de huvudsakliga ekonomiskapolitiska argumenten för det nya patentsystemet. I avsnitt 4 granskas de ekonomiska-politiska argumenten emot. I avsnitt 5 granskas den konstitutionella diskussionen kring det nya patentsystemet. Därefter behandlas i avsnitt 6 det nya patentsystemets märkliga juridiska konstruktion. Avslutningsvis i avsnitt 7 diskuteras vilka lärdomar som kan tänkas dras av den föregående undersökningen, inte minst avseende frågan om

* Denna artikel har genomgått kvalitetsgranskning genom s.k. peer review (granskning av jämlike).

1 Schumpeter, Joseph, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper Collins, New York, NY, 2008, s. 31.

2 Därmed givetvis inte sagt att teknisk utveckling är den enda faktorn av betydelse. Det är en avgörande faktor, men långt ifrån den enda av betydelse. Ekonomisk tillväxt är en mycket komplex process. Se till exempel tillväxtforskningsöversikten i Aghion, Philippe & Howitt, Peter, *The Economics of Growth*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2009.

3 Kreativ destruktion ("creative destruction") är Schumpeters kanske mest kända formulering. Schumpeter hämtade insikten om den kreativa destruktionen som ett av kapitalismens och marknadsekonomins mest grundläggande drag från Marx (se Schumpeter, Joseph, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper Collins, New York, NY, 2008, s. 1-59). Marx insåg redan under 1800-talets första hälft vad de kapitalistiska institutionerna och incitamenten var mäktiga: "Bourgeoisien har [...] visat, vad mänsklig verksamhet kan åstadkomma. Den har utfört helt andra underverk än egyptiska pyramider, romerska vattenledningar och gotiska katedraller [...]. Bourgeoisien har under sitt knappt hundraåriga klassvälde skapat kolossala produktionskrafter än alla de föregående generationerna tillsammans. Naturkrafternas underkuvande, maskinerierna, kemiens tillämpande på industrien och jordbruket, ångbåtarna, järnvägarna, de elektriska telegraferna, uppodlandet av hela världsdelen, floderna som gjorts farbara, hela befolkningar, som stampats ur marken – vilket tidigare århundrade anade, att sådana produktionskrafter slumrade i skötet av det samhälleliga arbetet?" (Marx, Karl & Engels, Friedrich, *Kommunistiska manifestet*, Tryckeri-Aktiebolaget Demokraten, Hålsingborg 1909, s. 10-14.)

det enhetliga patentet kan antas komma att bidra till såväl kreativitet som destruktion eller om det i första hand kan antas handla om det senare.

2 Det enhetliga patentsystemets mödosamma framväxt

Det enhetliga patentsystemets framväxt kan delas in i tre faser. Den första fasen inleddes strax efter andra världskriget, då ett enhetligt patentsystem betraktades som en av de institutionella förändringar som skulle kunna bidra till att återuppbygga Europa. Den andra fasen inleddes med EG:s bildande och uppbyggnaden av den gemensamma marknaden, vilket helt naturligt gav ny kraft även åt idén om ett gemensamt och enhetligt patentsystem. De första två faserna såg många misslyckade försök att införa ett enhetligt europeiskt patent. Det var inte förrän i slutet av år 2012 som den tredje fasen inleddes. En majoritet av EU:s medlemsländer lyckades då övervinna de svårigheter som hittills hade stoppat det enhetliga patentsystemet, och det så kallade patentpaketet antogs i form av ett fördjudat samarbete.

SvJT 2014 s 544

2.1 Misslyckade försök att skapa ett enhetligt europeiskt patent som ett led i återuppbyggnaden av Europa efter andra världskriget

De tidiga försöken att skapa ett gemensamt europeiskt patent var en del av arbetet med att skapa institutioner för att återuppbygga (och återupprätta) Europa efter andra världskriget. Det första steget mot europeisk patentintegration togs redan år 1947 då Belgien, Frankrike, Holland och Luxemburg signerade det avtal som etablerade Internationella patentinstitutet ("Institut international des brevets"). Två år senare kom nästa initiativ, då den franske parlamentsledamoten Henri Longchambon i samband med det nybildade Europarådets första församlingssession presenterade en plan syftande till att genom en konvention etablera ett europeiskt patentverk. Enligt Longchambons plan skulle detta patentverk meddela så kallade "nyhetscertifikat", giltiga i alla signatärländer. Europarådet utfärdade också en rekommendation om att ett sådant europeiskt patentverk skulle skapas.⁴ Nyhetscertifikaten skulle enbart garantera just uppfinningens nyhet. I övrigt skulle certifikaten inte på något sätt påverka nationell, materiell patenträtt. Frågan var naturligtvis hur detta skulle gå till, inte minst mot bakgrund av just divergerande nyhetskrav i de olika nationella rättsordningarna. Anledningen till att Longchambon-planen och rådets rekommendation aldrig fick något genomslag var också att de flesta europeiska länder föreföll dela den åsikt som uttrycktes i den engelska rapporten om planen: "it would appear that unless and until there is a Federation of European States with a central legislature having power to adopt a patent law operative throughout the whole of the Federation, a European Patent Office in the full sense of that term is out of the question".⁵

2.2 Misslyckade försök att foga ett enhetligt europeiskt patentsystem till den inre marknaden

Behovet av ett enhetligt patent för den inre marknaden har diskuterats inom ramen för först EG och senare EU sedan år 1959, då EG-kommissionen först initierade förhandlingar om ett EG-patent. Dessa tidiga diskussioner stupade på oenighet kring frågan om även länder utanför EG skulle få delta i patent-samarbetet.⁶

Ett avgörande steg i utvecklingen togs när den europeiska patentkonventionen ("European Patent Convention", "EPC") trädde i kraft den 7 oktober 1977.⁷ EPC samordnade ansökningsproceduren och

SvJT 2014 s 545

det europeiska patentverket ("European Patent Office", "EPO") introducerades, vilket naturligtvis underlättade för dem som ville patentera en uppfinning i flera europeiska länder. EPC harmoniserade

⁴ Se Recommendation 23 (1949). Tillgänglig via <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=13987&lang=en>.

⁵ Se Kranakis, Eda, *Patents and Power: European Patent-System Integration in the Context of Globalization, Technology and Culture*, Vol. 48, Nr. 4, 2007, s. 704-705.

⁶ Se Luginbuehl, Stefan Patrik, *Uniform Interpretation of European Patent Law With a Special View on the Creation of a Common Patent Court: A study on judicial measures supporting the uniform interpretation of patent law in Europe*, Utrecht University, 2009, s. 12.

⁷ Se Convention on the Grant of European Patents of 5 October 1973. Den första europeiska patentansökan lämnades in den 1 juni 1978.

också vissa materiella delar av patenträtten.⁸ EPC resulterade emellertid inte i något enhetligt europeiskt patent. Den sökande som beviljas ett europapatent får istället ett knippe nationella patent (hur många beror på vilka medlemsstater som designerats i patentansökan).

Ursprungligen var dock tanken att EPC redan från starten skulle kunna erbjuda ett patent med enhetlig verkan inom hela den dåvarande gemenskapen, ett så kallat gemenskapspatent. Grunden för gemenskapspatentet skulle vara ett internationellt avtal, den så kallade marknadspatentkonventionen ("Community Patent Convention", "CPC"). CPC presenterades år 1975 men trädde aldrig i kraft eftersom ett tillräckligt stort antal ratifikationer inte uppnåddes. Det stora hindret var bristande samförstånd kring språkfrågan. För att ett enhetligt europeiskt patent ska bli verklighet är de flesta enskilda stater tvungna att gå med på att patent inte ska publiceras på deras nationella språk. Detta är av flera olika anledningar ett mycket bittert piller att svälja.⁹ Sedan 1975 har ytterligare ett antal olika förslag lagts fram.¹⁰ Förslagen har liksom CPC regelmässigt stupat på framförallt

SvJT 2014 s 546

språkfrågan.¹¹ Trots uppbyggnaden av den inre marknaden och all den harmonisering som har skett i övrigt inom först EG och nu EU har det europeiska patentsystemet alltså fortsatt att vara splittrat.¹² Det var inte förrän i slutet av år 2012 som ett av många efterlängtat genombrott uppnåddes.

⁸ Exempelvis tolkningen av patentkrav och därmed bedömningen av skyddsomfång (se artikel 69 samt dess tolkningsprotokoll) samt patentets varaktighet (se artikel 63).

⁹ Språkfrågan är långtifrån bara en fråga om nationell stolthet och symbolik. Den har bäring på patentkonstruktionens grundläggande funktioner. Översättning till samtliga språk kan å ena sidan antas gynna teknikspridningsintresset. Översättning till samtliga språk medför å andra sidan en hög kostnad, som i sin tur skulle kunna antas verka hämmande på patenteringen och därmed i förlängningen även på teknikspridningsintresset. Ytterligare en betydelsefull aspekt av språkfrågan är såklart att det bör vara så lätt som möjligt att informera sig om den ensamrätt som patentet inbegriper. Detta i syfte att undvika ansvar för intrång, vilket som bekant kan resultera i allt från skadestånd till straff. Dessutom, ju fler översättningar desto större risk för att enhetligheten urholkas av misstag eller av inneboende betydelseskilnader i de olika språken. (Se vidare Ullrich, Hanns, *Harmonizing Patent Law: The Untamable Union Patent*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 143, 2012, s. 15.) För övrigt ska man inte heller underskatta betydelsen av överväganden kring språkfrågan avseende EU-patent som ett potentiellt prejudikat i andra EU-sammanhang. Därav punkt 15 i språkförordningens ingress som anger att: "Denna förordning baseras på EPO:s språkförordning och bör inte anses ge upphov till några specifika språkregler för unionen eller utgöra något prejudikat för begränsad språkanvändning i unionens framtida rättsliga instrument".

¹⁰ CPC omförhandlades år 1985 och år 1989 signerades så en andra samarbetskonvention och ett *Agreement on Litigation* adderades. År 1997 publicerade EU-kommissionen *Promoting Innovation through Patents: Green Paper on the Community Patent and the Patent System in Europe*, COM (97) 314. Denna grönbok följdes av EU-kommissionens Förslag till rådets förordning om gemenskapspatent, KOM (2000) 412 slutlig som presenterades den 1 augusti år 2000. År 2004 presenterades EPO:s draft *European Patent Litigation Agreement*. År 2007 upprepade EU-kommissionen sitt stöd för ett patent med enhetlig verkan i kommunikén *Enhancing the Patent System in Europe*.

¹¹ För mer om patentpaketets förhistoria, se Troncoso, Mauricio, *European Union Patents: A Mission Impossible? An Assessment of the Historical and Current Approaches*, *Marquette Intellectual Property Law Review*, Vol. 12, 2013, s. 232-263.

¹² På tal om splittring, så sammanfaller den europeiska patentorganisationens matrikel för övrigt inte heller helt och hållet med EU:s. Till den europeiska patentorganisationen hör samtliga EU-medlemsstater men också ett antal stater som inte är medlemmar i EU: Albanien, Island, Liechtenstein, Makedonien, Monaco, Norge, San Marino, Serbien, Schweiz och Turkiet. På temat splittring kan också nämnas att de europeiska patentaktörerna förutom europeiska patent och nationella patent har att förhålla sig även till internationella patent. Skillnaderna mellan kategorierna är dock mindre än vad beteckningarna kan ge intryck av. Lika lite som nuvarande europeiska patent ger ett enhetligt skydd i hela Europa ger internationella patent ett enhetligt internationellt skydd. Med internationellt patent avses endast att patentet har sökts i enlighet med samarbetskonventionen ("Patent Cooperation Treaty"), det vill säga att sökanden genom en ansökan på ett språk anses ha sökt i samtliga konventionens medlemsländer. Samarbetskonventionen blev bindande för ett flertal europeiska länder under åren 1978 och 1979.

2.3 Ett efterlängtat genombrott

I slutet av år 2012 godkände Europaparlamentet ett fördjupat samarbete mellan 25 av EU:s (dåvarande) 27¹³ medlemsstater avseende det så kallade patentpaketet.¹⁴ Detta paket består av två förordningar (patentförordningen och språkförordningen)¹⁵ och ett internationellt avtal (domstolsavtalet)¹⁶.

SvJT 2014 s 547

Patentpaketet är efterlängtat av många. Det har i ett flertal sammanhang, inte minst i EU-kommissionens kommunikation i frågan, framhållits att det splittrade europeiska patentsystemet leder till alltför höga kostnader. Samtidigt har det enhetliga patentet utsatts för mycket kritik. I det följande kommer först ett antal av de huvudsakliga argumenten för patentpaketet att granskas. Detta följs sedan upp med en närmare granskning av kritiken.

3 Patentpaketet sägs minska kostnaderna och öka unionens konkurrenskraft

Behovet av ett enhetligt patent för den inre marknaden har framförallt motiverats med att detta skulle eliminera en mängd onödiga kostnader samt öka unionens konkurrenskraft.

3.1 Minskade översättningskostnader

Det enhetliga patentpaketet antas minska kostnaderna för översättning av patenthandlingarna.¹⁷ Ett enhetligt patent kommer enligt EU-kommissionen att kosta i genomsnitt mellan fem- och sextusen euro (det finns olika uppgifter), varav 680 euro i översättningskostnader.¹⁸ Detta motsvarar kostnaden för ett genomsnittligt europeiskt patent i England, Frankrike och Tyskland (enligt en vanligt förekommande

13 Numera, med Kroatien som inträdde i EU den 1 juli 2013, 28 stycken.

14 Se Europaparlamentets lagstiftningsresolution av den 11 december 2012 om förslaget till Europaparlamentets och rådets förordning om genomförande av ett fördjupat samarbete för att skapa ett enhetligt patentskydd (COM(2011)0215 - C7-0099/2011 - 2011/0093(COD)); Europaparlamentets lagstiftningsresolution av den 11 december 2012 om förslaget till rådets förordning om genomförande av ett fördjupat samarbete för att skapa ett enhetligt patentskydd när det gäller tillämpliga översättningsarrangemang (COM(2011)0216 - C7-0145/2011 - 2011/0094(CNS)); Europaparlamentets resolution av den 11 december 2012 om jurisdiktion vid patenttvister (2011/2176(INI)) samt Rådets beslut 2011/76/EU.

15 Se Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1257/2012 om genomförande av ett fördjupat samarbete för att skapa ett enhetligt patentskydd samt Rådets förordning (EU) nr 1260/2012 om genomförande av ett fördjupat samarbete för att skapa ett enhetligt patentskydd när det gäller tillämpliga översättningsarrangemang. Översättningsförordningen och patentförordningen har trätt i kraft men ska börja tillämpas först efter det att domstolsavtalet har trätt i kraft, se artikel 7.1 och 7.2 i översättningsförordningen samt artikel 18.1 och 18.2 i patentförordningen.

16 Se Agreement on a unified patent court (2013/C 175/01). Domstolsavtalet signerades den 19 februari 2013 av 24 medlemsländer. Bulgarien signerade avtalet den 5 mars 2013. I skrivande stund (24 juli 2014) har Kroatien, Polen och Spanien inte signerat. Kroatien blev medlem i EU efter det att avtalet signerats. Efter att som ordförandeland i EU ha varit en stor förespråkare för det enhetliga patentet och hårt drivit på förhandlingarna vände Polen och valde att inte signera avtalet. Detta på grund av tveksamhet kring om ett enhetligt europeiskt patentskydd verkligen kan antas komma att gynna den polska ekonomin. (Se vidare avsnitt 4.1.2 nedan.) Spanien är en hårdnackad motståndare till patentpaketets språkförordning. (Se vidare avsnitt 5.1 nedan.) Hittills (24 juli 2014) är det endast Österrike, Frankrike, Sverige, Belgien och Danmark som också har ratificerat avtalet. Se http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/patent/ratification/index_en.htm. Domstolsavtalet ska träda i kraft den första dagen i fjärde månaden efter det att minst 13 signatärländer har deponerat sina ratifikationsinstrument. Bland dessa 13 stater måste finnas de tre medlemsstater som har det största antalet europeiska patent (för närvarande Frankrike, Storbritannien och Tyskland). Avtalet ska dock inte träda i kraft innan den första dagen i fjärde månaden efter det att de till domstolsavtalet kopplade tilläggen i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område har trätt i kraft, se artikel 89 i domstolsavtalet.

17 Innan den så kallade Londonöverenskommelsen (Agreement on the application of Article 65 of the Convention on the Grant of European Patents) krävde samtliga EPO-medlemsländer översättning till sina respektive officiella språk i enlighet med EPC artikel 65. Patenthavare som ville att ett beviljat patent skulle gälla i ett visst land var tvungna att ge in en översättning till det nationella patentverket inom tre månader från det att patentet beviljats av EPO. I det fall översättning inte gavs in betraktades patentet som ogiltigt "ab initio". Detta gäller fortfarande i de länder som inte deltar i Londonöverenskommelsen. Deltagande länder som delar officiellt språk (engelska, franska eller tyska) med EPO kräver ingen översättning. (Europeiska patent meddelas alltid i sin helhet på ett av de tre officiella språken och patentkraven översätts alltid till de två övriga, se artikel 14.6 EPC.) Deltagande länder som inte delar officiellt språk med EPO har föreskrivit ett av de tre officiella språken, vilket betyder att patent ingivna på det språket inte behöver översättas (i varje fall inte i sin helhet) för att gälla i det deltagande landet. Översättning av patentkraven kan dock fortfarande krävas. Jfr 82 § 3 st. patentlagen. Vid tvist om europeiskt patent har domstolen möjlighet att begära in en fullständig översättning av patentet till svenska, se 68 a § patentlagen.

18 Se till exempel följande uttalanden från EU-kommissionen: http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/patent/faqs/index_en.htm.

kostnadsberäkning).¹⁹ Enligt EU-kommissionens beräkningar stiger kostnaderna för att validera ett europeiskt patent i 13 medlemsländer till 12 500 euro och validering i samtliga EU-länder kostar 32 000

SvJT 2014 s 548

euro.²⁰ En stor del av dessa kostnader utgörs av översättningskostnader.²¹ Enligt ytterligare en beräkning från EU-kommissionen kostar ett genomsnittligt europapatent 20 000 euro. Av detta utgörs 14 000 euro av översättningskostnader.

3.2 Minskade kostnader för upprätthållande av patent och agerande i flera jurisdiktioner

Det enhetliga skyddet antas minska kostnaderna för upprätthållande av patent som täcker större delar av den inre marknaden. Det handlar inte endast om att de administrativa kostnaderna, i likhet med översättningskostnaderna, antas bli lägre. Det handlar även om att patenthavare inte längre kommer att behöva förhålla sig till och agera i ett stort antal olika jurisdiktioner. Istället blir det möjligt för den som vill upprätthålla ett patent att förhålla sig till en enhetlig europeisk patenträtt. Detta antas vara kostnadsbesparande eftersom fragmenteringen skapar kostnader i form av tidsutdräkter och duplikation.²² "Samma" patent måste hanteras flera gånger om i olika jurisdiktioner.

Enligt en beräkning uppgick de samlade kostnaderna till följd av duplicering av inträngs- och ogiltighetsmål till mellan 148 och 289 miljoner euro enbart under år 2013.²³ Vidare sägs den osäkerhet kring europeiska patents giltighet och räckvidd – och den här till ackompanjerande komplexitet – som fragmenteringen medför också leda till andra kostnader än direkta kostnader för duplicerade patenttvister, varav den högsta sannolikt är kostnaden för utebliven innovation.²⁴

Kostnaderna kopplade till behovet av att agera i ett flertal jurisdiktioner blir inte mindre av att patenträttens tillämpning ofta skiljer sig

SvJT 2014 s 549

åt i de olika jurisdiktionerna, även i frågor som har varit föremål för harmonisering via EPC.²⁵ Det finns ett antal exempel på hur domstolarna i olika medlemsstater kommer till diametralt olika slutsatser i motsvarande frågor avseende "samma" patent.

19 Se till exempel <http://www.witbersrogers.com/page.php?currentpageref=277>.

20 Se *Commission Staff Working Paper, Summary of the Impact Assessment*, SEC(2011) 483 Final, s. 2.

21 Se a.a.

22 I en ekonomisk utvärdering som beställts av EU-kommissionen konstateras det till exempel: "Patent litigation in a fragmented system with large institutional and cost differences leads to a proliferation of litigation tactics and strategies which may cause hold-up problems and wasteful duplication". (Se Harhoff, Dietmar, *Economic Cost-Benefit Analysis of a Unified and Integrated European Patent Litigation System*, Final Report, MARKT/2008/06/D, 2009, s. 14.)

23 Se a.a., s. 41. Denna beräkning förefaller dock inte inkludera de alternativkostnader som patenthavarnas inriktning på patenttvisterna i fråga inbegriper. Istället för att hantera frågor relaterade till patenttvister hade patenthavarna, eller i de flesta fall snarare personer i ledande ställning i den patenthavande organisationen, kunnat ägna sin tid och uppmärksamhet åt andra frågor. Dessa alternativkostnader överstiger enligt vissa beräkningar ofta de direkta kostnaderna för en patenttvist. (Se Mejer, Malvina & van Pottelsberghe, Bruno, *Economic incongruities in the European patent system*, *European Journal of Law & Economics*, Vol. 34, 2012, s. 218-219.)

24 Se a.a., s. 217: "[...] 'systemic incongruities' induced by national primacy over patent issues in Europe induce a high level of uncertainty regarding the validity of a patent (and its market reach) and considerable managerial complexity. Such a system without doubt reduces the effectiveness and the attractiveness of the European patent system in terms of stimulating more innovation. The clear solution to these incongruities would be to implement the Community patent jointly with a centralized jurisdiction mechanism".

25 Se not 8 ovan för exempel på harmoniserade frågor.

3.2.1 Det mest kända exemplet på europeiska skillnader i patenträttspraxis – Epilady

Det mest kända exemplet på europeiska skillnader i patenträttspraxis är sannolikt fallet *Epilady mot Remington*.²⁶ Improver Corporation började år 1986, efter att ha beviljats patent av EPO, att sälja sin uppfinning, en elektrisk hårborttagare som rycker ut hår med rötterna – benämnd Epilady, till Europas kvinnor. Epilady blev en stor succé.²⁷ Under de två första åren såldes över 5,8 miljoner enheter till ett värde av över 340 miljoner dollar. Succén drog naturligtvis till sig andra aktörer som ville ha en del av kakan. Under de två första åren stämde Improver sammanlagt 28 konkurrenter för patentintrång. Improver vann samtliga fall. År 1988 började det USA-baserade Remington Consumer Products sälja en konkurrerande produkt, ”Smooth and silky”, baserad på en liknande, men inte helt identisk, teknik. Improver stämde Remington i Belgien, Frankrike, Italien, Holland Storbritannien, Tyskland och Österrike. Improver vann i Belgien, Holland, Italien och Tyskland, men förlorade i Frankrike, Storbritannien och Österrike.

3.2.2 Senare exempel på europeiska skillnader i praxis – DSS mot ECB och Senseo

Flera andra fall har under senare tid lyfts fram som exempel på hur divergerande tillämpning av patenträtten utgör ett problem i Europa.²⁸ Bland fall av detta slag som har fått en hel del uppmärksamhet finner vi bland annat *Document Security Systems (DSS) mot Europeiska centralbanken (ECB)* och *Senseo*. De olika utfallen i olika europeiska jurisdiktioner återfinns här dock i första hand på underrättsnivå.

SvJT 2014 s 550

När fallen når högste, ibland högsta, instans har utfallen varit likadana i de olika länderna.

DSS mot ECB gällde ECB:s påstådda intrång i DSS patent på en antiförfälskningssteknologi i samband med produktionen av eurosedlar. ECB svarade med att försöka få DSS patent ogiltigförklarat. Efter olika utgångar i underrätterna i olika europeiska länder förefaller nu, efter att flera överrätter har sagt sitt, DSS patent ha ogiltigförklarats i flertalet europeiska jurisdiktioner.²⁹

Senseo handlade om kapsel-kaffebryggaren Senseo, utvecklad av Douwe Egberts (dotterbolag till Sara Lee) och Philips, vilken blev en stor framgång i början av 2000-talet. Framgången gjorde att flera aktörer började producera konkurrerande kapslar. Sara Lee hävdade att kapslarna utgjorde en integrerad del av Senseo-uppfinningen och stämde ett antal av de konkurrerande producenterna i Belgien respektive Holland för indirekt patentintrång. I Belgien konstaterade underrätten först att intrång inte förelåg, men detta ändrades vid prövning i högre instans, för att sedan ändras igen i högsta instans, som alltså menade att intrång inte förelåg. I Holland ansågs intrång först föreligga, vilket ändrades i högsta instans. Två år efter den holländska domen ogiltigförklarades dessutom Sara Lees patent av EPO på grund av bristande uppfinningshöjd.³⁰

3.3 Minskade kostnader relaterade till ”forum shopping”

Den typ av skillnader som rättsfallen ovan visar på kan antas öka kostnaderna relaterade till fragmenteringen, inte minst på grund av den osäkerhet som orsakas av skillnaderna i tillämpningen. Skillnaderna i tillämpningen av patenträtten i motsvarande fall bidrar också till så kallad ”forum shopping”, det vill säga att käranden väljer att väcka talan vid det forum som antas vara mest fördelaktigt för käranden.

²⁶ Epilady nämns regelmässigt som ett exempel på det problematiska i unionens fragmenterade patentsystem. Se till exempel Harhoff, Dietmar, *Economic Cost-Benefit Analysis of a Unified and Integrated European Patent Litigation System, Final Report*, MARKT/2008/06/D, 2009, s. 15; Mejer, Mahvina & van Pottelsberghe, Bruno, *Economic incongruities in the European patent system*, *European Journal of Law & Economics*, Vol. 34, 2012, s. 226-229; van Pottelsberghe, Bruno, *Lost Property: The European patent system and why it doesn't work*, *Bruegel Blueprint Series*, 2009, s. 66. För en mer detaljerad beskrivning av omständigheterna i Epilady, se till exempel Hatter, John P., *Doctrine of Equivalents in Patent Legislation: An Analysis of the Epilady Controversy*, *Indiana International & Comparative Law Review*, 1994-1995, s. 475 ff.

²⁷ Epiladys stora framgång medförde att den generiska benämningen på den här typen av apparat numera är epilator.

²⁸ Se till exempel Harhoff, Dietmar, *Economic Cost-Benefit Analysis of a Unified and Integrated European Patent Litigation System, Final Report*, MARKT/2008/06/D, 2009, s. 15, n. 20.

²⁹ Se DSS egen beskrivning i rapportering till USA:s finansinspektion, *Securities and Exchange Commission*, http://www.getfilings.com/secfilings/120515/DOCUMENT-SECURITY-SYSTEMS-INC_10-Q/R11.htm

³⁰ Se överklagandekammarens beslut T 0452/05.

”Forum shopping” framställs ofta som ett samhällsekonomiskt problem i sig.³¹ Huruvida detta är korrekt kan diskuteras. ”Forum shopping” kan även ses som i huvudsak ett symptom på underliggande problem. De underliggande reella problemen är då den fragmentering och de olikheter som skapar osäkerhet och ökar transaktionskostnader med mera.³² Den europeiska varianten av ”forum shopping”

SvJT 2014 s 551

i patentmål kan hursomhelst antas medföra kostnader av sådant slag att det är motiverat att beskriva företeelsen som ett problem. Den ”forum shopping” som bedrivs i europeiska patentmål möjliggör bland annat fördröjning och förhaling av intrångsmål. Denna fördröjningstaktik har i första hand inte att göra med skillnader i patenträttspraxis utan utnyttjar det faktum att vissa rättssystem generellt sett lider av särskilt långa handläggningstider. Taktiken betecknas ofta ”den italienska torpeden”.³³

”Den italienska torpeden” går ut på att utnyttja Bryssel I-förordningens regler om litispendens för att fördröja processen.³⁴ Genom att ta initiativet och att i en nationell domstol, där processen vanligtvis tar lång tid, exempelvis i Italien, väcka fastställelsealan om att inget patentintrång har begåtts, kan en påstådd intrångsgörare stoppa upp processer i andra medlemsstater.³⁵ Enligt artikel 27.1 i Bryssel-I förordningen ska övriga domstolar vilandeförklara mål som rör samma sak fram till dess att den första domstolens behörighet har fastställts. Enligt artikel 27.2 ska de övriga domstolarna sedan avvisa målen i det fall den första domstolen konstateras vara behörig. Det kan givetvis ifrågasättas om artikel 27 bör tillämpas avseende europeiska patent. Det rör sig här inte nödvändigtvis om samma sak, utan om ett knippe olika nationella patent baserade på samma europeiska patentansökan.³⁶ Även om artikel 27 inte skulle tillämpas finns dock

31 Se till exempel Swanson, Robert D., *Implementing the EU Unified Patent Court: Lessons from the Federal Circuit, Stanford-Vienna TTLF Working Paper No. 15, 2012*, s. 2. Tillgänglig via <http://www.law.stanford.edu/organizations/programs-andcenters/transatlantictchnology-law-forum/ttlf-working-paper-series>. Swanson talar om ”bejdlos forum shopping” inom dagens Europa och liknar situationen i dagens EU med situationen i USA före år 1982, då Court of Appeals for the Federal Circuit blev exklusivt forum vid överklagande av patentmål.

32 Jfr Atkinson, Scott, Marco, Alan C. & Turner, John L., *The Economics of a Centralized Judiciary: Uniformity, Forum Shopping and the Federal Circuit, The Journal of Law & Economics, Vol. 52, 2008*, s. 441, där kritiken mot den ”forum shopping” som förekom innan Court of Appeals for the Federal Circuit blev exklusivt forum vid överklagande av patentmål i USA diskuteras: ”Much of the rhetoric supporting the establishment of the CAFC criticized the practice of forum shopping. We believe that some of this rhetoric may have been misplaced, in that the root cause of the forum shopping was the non-uniformity of validity outcomes. Forum shopping is not an ill, in and of itself, but is a symptom of non-uniformity”.

33 Se till exempel Swanson, Robert D., *Implementing the EU Unified Patent Court: Lessons from the Federal Circuit, Stanford-Vienna TTLF Working Paper No. 15, 2012*, s. 11. Tillgänglig via <http://www.law.stanford.edu/organizations/programs-andcenters/transatlantictchnology-law-forum/ttlf-working-paper-series>; Luginbuhl, Stefan Patrik, *Uniform Interpretation of European Patent Law With a Special View on the Creation of a Common Patent Court: A study on judicial measures supporting the uniform interpretation of patent law in Europe, Utrecht University, 2009*, s. 87ff.

34 Se Rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område. Den nya Bryssel I-förordningen, Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, har visserligen trätt i kraft, men ska tillämpas först från och med den 10 januari 2015, se artikel 81.

35 Grunden för den italienska domstolens behörighet i dessa fall är artikel 5.3 i Bryssel-I förordningen, det vill säga att skada har inträffat eller kan inträffa i Italien. I ett fall från 2003 – *Windmüller* ./ . BL Macchine, mål nr. 19 550/2003, – gjorde den italienska högsta domstolen det mycket svårt för potentiella ”torpederare” att lyckas få italiensk jurisdiktion med hänvisning till artikel 5.3. I ett nyligen avgjort fall – *General Hospital* ./ . Asclepion, mål nr. 14508/2013 – uppges den italienska högsta domstolen, med hänvisning till EU-domstolens avgörande i mål C-133/11 *Folien Fischer and Fofitec*, dock ha svängt och möjligheterna att framgångsrikt avlossa en italiensk torped förefaller ha ökat betydligt. (Se Giannino, Michele, *Italian torpedo actions can sink crossborder patent infringement proceedings, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2014, Vol. 9, No. 3*, s. 172-173.)

36 Jfr mål C-539/03 *Roche Nederland BV v. Primus*. Med grund i undantaget i artikel 6.1 Bryssel I-förordningen hävdades det att patenthavare kunde stämma in samtliga påstådda intrångsgörare avseende ett europeiskt patent i en och samma domstol, bara en av intrångsgörarna hade sin hemvist i det medlemsland där domstolen var belägen. Enligt artikel 6.1 krävs det i den här typen av fall ett ”tillräckligt nära samband mellan käromålen”. EU-domstolen konstaterade emellertid att eftersom europeiska patent inte är något annat än knippen av nationella patent som vart och ett hyder under nationell patenträtt, så är sambandet inte tillräckligt nära. (En viss öppning för att artikel 6.1 trots allt i vissa fall skulle kunna vara tillämplig vid gränsöverskridande patentintrång ges emellertid i mål C-616/10 *Sohay S.A. v. Honeywell Fluorine Products Europe B.V.* Se Punkt 30 där domstolen konstaterar: ”Av vad som anförts följer att fråga 1 ska besvaras på följande sätt. Artikel 6 led 1 i förordning nr 44/2001 ska tolkas så, att om två eller fler bolag etablerade i olika medlemsstater i ett förfarande vid en domstol i en av dessa medlemsstater vart och ett separat anklagas för intrång i samma nationella del av ett europeiskt patent, en del som är i kraft i en annan medlemsstat, på grund av intrångsgörande handlingar rörande samma produkt, kan det

SvJT 2014 s 552

möjlighet att tillämpa artikel 28. Enligt denna artikel får, när käromål med samband med varandra har väckts i domstolar i olika medlemsstater, samtliga domstolar utom den domstol där talan först väcktes vilandeförklara målet. De i patentsammanhang viktiga tyska domstolarna lär ha varit särskilt benägna att vilandeförklara patentmål på denna grund.³⁷

Bryssel-I förordningens regler om litis pendens och de italienska torpederna kan antas medföra onödiga kostnader. Processer fördröjs och förhalas. Osäkerhet skapas och transaktionskostnaderna ökar. Det kan antas att patenthavaren inte sällan förmås att gå med på förlikning på för den påstådda intrångsgöraren egentligen orimligt gynnsamma villkor. Allt detta skulle kunna bidra till att urholka det europeiska patentsystemets effektivitet. Med ett enhetligt patentsystem är förhoppningen att ”forum shoppingen” och dess negativa konsekvenser elimineras.

Det kan vidare framhållas att tillämpningen av Bryssel-I förordningens lagvalsregler även i övrigt har gett upphov till osäkerhet kring gränsöverskridande patenttvister. Huvudregeln vad gäller forum vid gränsöverskridande tvist återfinns i artikel 2.1 i Bryssel I-förordningen. Svaranden ska enligt artikel 2.1 stämmas där han har sin hemvist. Vid gränsöverskridande patenttvister uppkommer frågan om det är möjligt för en nationell domstol att även pröva påstådda intrång i motsvarande europeiska patent som ett subjekt med hemvist i den medlemsstat där domstolen är belägen hävdas ha gjort sig skyldig till i andra medlemsstater. I mål C-4/03 *GAT v. LuK* konstaterade EU-domstolen att detta i och för sig är möjligt, men att domstolarna i det medlemsland där ett patent är registrerat har exklusiv kompetens att pröva patentets giltighet i enlighet med artikel 22.4. Detta innebär att

SvJT 2014 s 553

svaranden genom att göra en ogiltighetsinvändning trots allt kan splittra upp processen. Vad gäller interimistiska beslut får en ogiltighetsinvändning dock inte nödvändigtvis en splittrande effekt. I mål C-616/10 *Solvay S.A. v. Honeywell Fluorine Products Europe B.V.* konstaterade EU-domstolen att en nationell domstol som inte slutligt avgör frågan om det återopade patentets giltighet, utan gör en bedömning av hur den domstol som är behörig enligt artikel 22.4 kommer att avgöra målet, kan utfärda ett interimistiskt förbud i enlighet med artikel 31.

I samband med gränsöverskridande patenttvister har det även prövats i vilken utsträckning vissa av undantagen i Bryssel I-förordningen skulle kunna användas för att i nationell domstol pröva påstådda intrång i andra medlemsländer. Under en period var det inte helt ovanligt att europeiska domstolar (framförallt i Nederländerna, men i viss mån även i Tyskland) dömde ut gränsöverskridande sanktioner.³⁸ Den gränsöverskridande jurisdiktionen baserades på artikel 5.3, enligt vilken svaranden, om talan avser skadestånd utanför avtalsförhållanden, kan stämmas där skadan har inträffat eller kan inträffa. I och med EU-domstolens dom i mål C-68/93 *Shevill and others v. Press Alliance* upphörde denna praxis. I *Shevill* hade en brittisk medborgare och hennes före detta arbetsgivare blivit utsatta för en påstått ärekränkande artikel i en av ett franskt bolag ägd fransk tidning. Kärandena krävde skadestånd för de exemplar av tidningen som cirkulerats i Frankrike samt övriga europeiska länder, inklusive England och Wales. (Under processens gång inskränktes talan till att avse skadestånd endast för exemplar cirkulerade i England och Wales.) Frågan var vilket som var rätt forum för att pröva tvisten. På begäran av House of Lords förklarade EU-domstolen i förhandsavgörande att domstolarna i varje medlemsland där de eventuellt ärekränkande tidningarna hade cirkulerat hade domsrätt i enlighet med artikel 5.3 i Bryssel I-

medföra att oförenliga domar meddelas som en följd av att käromålen prövas i olika rättegångar i den mening som avses i denna bestämmelse. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida det faktiskt föreligger en sådan risk med hänsyn till alla relevanta omständigheter i målet.”)

³⁷ De tyska domstolarna sägs dra till sig mellan 50 och 70 procent av alla patentmål i Europa. Attraktionskraften kommer sig av att de tyska patent-domstolarna betraktas som såväl särskilt tekniskt kunniga som snabba. Allt till en förhållandevis låg kostnad. Se Harhoff, Dietmar, *Economic Cost-Benefit Analysis of a Unified and Integrated European Patent Litigation System, Final Report*, MARKT/2008/06/D, 2009, s. 13.

³⁸ Se Swanson, Robert D., *Implementing the EU Unified Patent Court: Lessons from the Federal Circuit*, Stanford-Vienna TTLF Working Paper No. 15, 2012, s. 7-8. Tillgänglig via <http://www.law.stanford.edu/organizations/programs-and-centers/transatlanticttechnology-law-forum/ttlf-working-paper-series>. Se även, Dietmar, *Economic Cost-Benefit Analysis of Unified and Integrated European Patent Litigation System, Final Report*, MARKT/2008/06/D, 2009, s. 17.

förordningen. Domstolarna hade dock bara kompetens att pröva de skador som påstods ha uppkommit i det egna medlemslandet.³⁹

3.4 Ökad konkurrenskraft

Allt det som angetts ovan om höga kostnader relaterade till patentering i Europa leder till att införandet av ett kostnadsbesparande enhetligt patent betraktas som nödvändigt för unionens konkurrenskraft. I första hand handlar det om konkurrenskraft i förhållande till USA, Japan och Kina – stora marknader som täcks av enhetliga patent.⁴⁰

SvJT 2014 s 554

Enligt EU-kommissionen kostar exempelvis ett europiskt patent validerat i 13 länder mer än tio gånger så mycket som ett patent i USA.⁴¹

3.5 Sammanfattning – mycket talar för att det enhetliga patentet kan antas bidra till ökad kreativitet och innovation

Sammanfattningsvis finns det mycket som talar för att det enhetliga patentet kan antas bidra till ökad kreativitet och innovation inom den europeiska ekonomin. Minskad fragmentering och ökad enhetlighet kan antas leda till en mängd kostnadsbesparande effekter – översättningskostnader, kostnader för upprätthållande och kostnader till följd av forum shopping är exempel på kostnader som kan antas minska till följd av det enhetliga patentet. Förhoppningsvis kommer de minskade kostnaderna för innovation att bidra till att unionens konkurrenskraft stärks på den globala arenan.

De många argumenten om minskade kostnader och ökad konkurrenskraft till trots, så är patentpaketet långt ifrån okontroversiellt. Många aspekter av paketet har utsatts för hård kritik.

4 Patentpaketet sägs komma att endast gynna redan starka intressenter samt underlätta för ”icke-praktiserande aktörer”

Den ekonomiska-politiska kritiken mot patentpaketet består i huvudsak av två argumentationslinjer. För det första handlar det om varianter av argumentet att de europeiska ekonomierna fortfarande är så olika att ”one size does not fit all”.⁴² För det andra handlar det om argumentet

SvJT 2014 s 555

att det enhetliga patentsystemet kommer att gynna så kallade ”icke praktiserande aktörer”.

³⁹ EU-domstolen frambäller samtidigt att den nationella domstolen i det land där skadegöraren har sin hemvist kan pröva samtliga skador i samtliga jurisdiktioner. Jfr GAT v. Luk ovan.

⁴⁰ Se till exempel Europaparlamentets pressrelease i anledning av godkännandet av patentpaketet, där det frambäls att ”EU inventors will soon be able to get a unitary patent at last. After over 30 years of talks, a new regime will cut the cost of an EU patent by up to 80%, making it more competitive vis-à-vis the US and Japan” (<http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/content/20121210IPR-04506/html/Parliament-approves-EU-unitary-patent-rules>). Se även Commission Staff Working Paper, Impact Assessment, SEC(2011) 482 Final, s. 23: ”European inventors cannot enjoy the full benefits of the Single Market when they need to seek patent protection country-by-country. This situation compares negatively with other major economies such as the United States, Japan or China. Seeking patent protection in economies with large consumer markets and unitary protection systems, such as the United States may prove to be more attractive for inventors. This situation has negative impact on the competitiveness of the Union as innovation-related activities generate human capital that tends to be more mobile than in other areas. The current less advantageous framework conditions for innovation makes the Union a less attractive place to create and innovate, for both European and non-European inventors”.

⁴¹ Se a.a., s. 14. I ytterligare en rapport talas det om ”the overwhelming costs of the European patent system [...]. A patent enforced in ’only’ six countries costs nearly four times more than a patent filed in the rest of the world. If the patent is enforced in 13 countries, it would cost at least seven times more than anywhere else in the world. With the whole European (EPC) geographical area covered a patent would cost at least 15 times more than in the US”. (Se van Pottelsberghe, Bruno & Danguy, Jérôme, *Economic Cost-Benefit Analysis of the Community Patent*, EC DG Internal Market Report, 2009, s. 4-5.)

⁴² Diskussionen kring detta tema brukar annars handla om globala skillnader, se till exempel Dutfield, Graham, *Does one size fits all? The international patent regime*, *Harvard International Review*, Vol. 26:2, 2004, s. 50-54.

4.1 "One size does not fit all" – inte ens inom Europa

Det hävdas ibland att de europeiska ekonomierna fortfarande är så olika att det inte är säkert att ett enhetligt patentsystem gynnar samtliga medlemsländer, eller ens unionen som helhet. De stora skillnaderna mellan de europeiska ekonomierna kan illustreras med statistik från EPO.⁴³ Det råder en mycket ojämn fördelning vad gäller patentansökningar och beviljade patent. Ett fåtal starka nationer och aktörer står för majoriteten av aktiviteten vid EPO.

4.1.1 Ojämn fördelning vad gäller patentansökningar och beviljade patent

Tittar man på vilka aktörer som söker flest patent vid EPO är det ett sydkoreanskt företag, Samsung, som toppar 2013 års lista. De europeiska sökanden som toppar listan är tre tyska och ett holländskt storföretag – Siemens, BASF, Robert Bosch och Philips. Dessa fyra företag sökte år 2013 nästan tjugo gånger så många patent (6 964 stycken) som samtliga polska sökanden (371 stycken). De fyra storföretagen sökte år 2013 också fler patent än samtliga sökanden från Storbritannien (4 567 stycken).

Tittar man på beviljade patent år 2013 ser man att 49 procent av alla beviljade europapatent tillföll icke-europeiska sökanden, varav amerikanska och japanska företag utgör den absoluta majoriteten. Av "EPO-andelen" beviljade patent år 2012 gick drygt 40 procent till tyska sökanden. Av de enskilda aktörer som beviljats flest patent ligger två av de tyska storföretagen i topp. Robert Bosch och Siemens intar plats nummer ett och tre på denna lista med sammanlagt 1 538 beviljade patent för år 2013 – det är mer än 15 gånger så många som samtliga patent som beviljats polska sökanden (95 stycken) och också inte alltför långt ifrån det antal patent som beviljats samtliga svenska sökanden (1 789 stycken).⁴⁴

4.1.2 Patentexportörer och patentimportörer – exemplet Polen

I den mån patentaktivitet är kopplat till underliggande ekonomiska, strukturella faktorer i ett land, är det klart att skillnaderna inom EU fortfarande är mycket stora. Inom EU finns det ett fåtal patentexportörer och ett stort antal patentimportörer. En av Europas patentimportörer – ovannämnda Polen – har, efter att ha låtit revisionsföretaget Deloitte genomföra en utredning om de ekonomiska

SvJT 2014 s 556

konsekvenserna av patentpaketet, valt att backa ur samarbetet och inte signera avtalet om den enhetliga patentdomstolen.⁴⁵

Företrädare för den polska regeringen har uttalat sig just på temat att det är alltför stor skillnad mellan de europeiska ekonomierna för att ett enhetligt patentskydd ska fungera för alla. Den polska regeringen hänvisade bland annat till studien från Deloitte, enligt vilken de polska företagens patentrelaterade kostnader kan antas komma att nästan fördubblas om Polen inför det enhetliga patentet. Den ökade kostnaden hänför sig enligt studien framförallt till att antalet patent som gäller i Polen kommer att öka, vilket kommer att kräva ökade insatser från polska företag för att undvika patentintrång. De ökade kostnader som förutses i rapporten är mycket höga. Det handlar om 19 miljarder euro under loppet av de kommande trettio åren, vilket antas drabba framförallt små och medelstora företag. För många av dessa företag antas kostnaderna komma i form av licenskostnader till utländska patenthavare.

4.1.3 Det enhetliga patentsystemet alltför kostsamt för många små och medelstora företag

Enligt EU-kommissionens beräkningar kommer kostnaden för ett enhetligt patent som sagt att uppgå till mellan fem- och sextusen euro, vilket motsvarar en ofta angiven kostnadsberäkning för ett genomsnittligt europeiskt patent i England, Frankrike och Tyskland.⁴⁶ För de många små eller medelstora fö-

⁴³ Se <http://www.epo.org/about-us/annual-reports-statistics/statistics.html>.

⁴⁴ Sverige kan för övrigt år 2013 uppvisa sammanlagt 3 668 ansökningar och ett företag, Ericsson, som tar sig in på tiondeplatsen för flest sökta och sjätteplatsen för flest beviljade patent.

⁴⁵ Se <http://www.wbj.pl/article-61446-intellectual-property-poland-opposes-single-patent-regime.html> samt <http://www.wbj.pl/article-61747-poland-takes-wait-and-see-approach-on-unitary-patent.html>. Se även https://www.aippi.org/enews/2013/edition30/Marek_Lazewski.html. Om utredningen, se Xenos, Dimitris, *The European Unified Patent Court: Assessment and Implications of the Federalisation of the Patent System in Europe*, Scripted, Vol. 10, Nr. 2, 2010, s. 266-269.

⁴⁶ Se avsnitt 3.1 ovan.

retag som i nuläget aldrig skulle fundera över att skaffa patent i mer än ett fåtal europeiska jurisdiktioner kommer det enhetliga patentet alltså förhoppningsvis inte att innebära en ökad kostnad för att erhålla patent. Avgifterna för att förnya enhetliga patent är dock inte fastlagda än. Detsamma gäller avgifterna för att driva tvister vid den enhetliga patentdomstolen. Man får räkna med att dessa kostnader kan komma att bli betydligt högre än kostnaderna att förnya patent vid ett fåtal nationella patentverk respektive att tvista inför en nationell domstol.

Europas små och medelstora företag måste också förhålla sig till att den enhetliga patentdomstolen kommer att få exklusiv jurisdiktion över samtliga europapatent senast sju år efter det att domstolsavtalet trätt i kraft.⁴⁷ Innehavare av europapatent som har sökts eller beviljats före sju-års-fristens utgång har möjlighet att välja bort ("opt-out") den enhetliga domstolen som exklusivt forum.⁴⁸ Skulle det visa sig att det

SvJT 2014 s 557

enhetliga patentet faktiskt medför stora kostnadsökningar för små och medelstora företag kan det antas att många kommer att utnyttja denna valmöjlighet. I övrigt kan i detta fall många små och medelstora företag antas komma att gravitera mot nationella patentansökningar.

4.1.4 En patenträttslig "brain drain"

Frågan är hur perifera områden ska kunna upprätthålla den lokala kompetensen när den europeiska patentverksamheten centraliseras? Detta är en fråga som har varit högst aktuell för perifera länder under förhandlingen om patentpaketet.⁴⁹ "Priset" som har fått betalas för att få med de mindre länderna på tåget har sannolikt varit upplägget med en stor mängd lokala och regionala patentdomstolar, något som givetvis är mindre än optimalt ur ett enhetlighetsperspektiv.⁵⁰

4.2 Det enhetliga patentskyddet kommer att underlätta för icke praktiserande aktörer

I två öppna brev från ett antal stora, innovativa företag har det framförts farhågor kring att det enhetliga patentskyddet kan komma att leda till att Europa får problem med icke praktiserande aktörer, eller, med ett mer värdeladdat uttryck, patenttroll.⁵¹

Det första brevet publicerades strax innan Europaparlamentet röstade om patentpaketet, avsändarna var BAE Systems, Europas största concern inom försvarsindustrin, samt telekomjättarna Ericsson och Nokia.⁵²

IT-giganterna Google, Microsoft, Apple och ett antal andra stora, innovativa företag vädrade i ytterligare ett öppet brev sina farhågor

⁴⁷ Se avsnitt 6.2 nedan.

⁴⁸ Fristen kan komma att förlängas med upp till ytterligare sju år, se avsnitt 6.2 nedan.

⁴⁹ Se till exempel om de finska farhågorna kring detta, Juthström, Bernt, *Det europeiska patentdomstolsystemet. Status och översyn – särskilt om betydelsen för de nordiska länderna i förhållande till Finland*, NIR 6/2010, s. 587-600.

⁵⁰ Sverige har tillsammans med de baltiska staterna nyligen tillkännagivit sitt intresse för att skapa en regional patentdomstol med säte i Stockholm. Ett av de skäl som angavs var just att detta skulle möjliggöra upprätthållen kompetens i regionen. (Se prop. 2013/14:89, s. 2 samt <http://www.regeringen.se/sb/d/8883/a/235418>.)

⁵¹ Icke praktiserande aktörer är patenthavare som inte själva praktiserar de uppfinningar som täcks (eller påstås täckas) av de patent de innehar. Istället strävar de efter att få in licensavgifter från andra aktörer. De icke praktiserande aktörerna sägs numera stå för en majoritet av stämningarna för patentinfrång i USA, se Schwartz, David L. & Kesan, Jay P., *Analyzing the Role of Non-Practicing Entities in the Patent System*. Cornell Law Review, Vol. 99, Nr. 2, 2014, s. 426. Tillgänglig via SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2117421>. Synen på dessa aktörer skäljer sig kraftigt åt. Där vissa ser i huvudsak parasiterande ekonomisk verksamhet utan något produktivt bidrag till samhället (se till exempel Bessen, James, Ford, Jennifer & Meurer, Michael J., *The Private and Social Costs of Patent Trolls, Regulation*, 2011-12, s. 26-36) ser andra övervägande positiva effekter, framförallt genom att de icke praktiserande aktörerna bidrar till att skapa effektivare marknader för teknologi (se till exempel Myhrvold, Nathan, *Funding Eureka*, Harvard Business Review, 2010, s. 41-53).

⁵² Se https://www.unitary-patent.eu/sites/www.unitary-patent.eu/files/nokia_and_bae_systems_joint_letter.pdf samt https://www.unitary-patent.eu/sites/www.unitary-patent.eu/files/ericsson_2012_12_10.pdf.

SvJT 2014 s 558

angående det enhetliga patentsystemet.⁵³ Det enhetliga patentsystemet hävdades i detta brev underlätta för icke praktiserande aktörer genom att tillåta så kallad bifurkation, det vill säga att i samma ärende kan frågan om intrång respektive frågan om giltighet komma att avgöras i olika processer, av olika domstolsavdelningar.⁵⁴ Detta öppnar upp för möjligheten att, innan en verklig prövning av patentets giltighet har genomförts, snabbt få igenom ett interimistiskt förbud. Detta skulle i sin tur kunna göra det möjligt för käranden att få betalt, i samband med till exempel förlikning, även för patent som är av tvivelaktig kvalitet. I synnerhet eftersom ett interimistiskt förbud i det nya systemet skulle gälla samtliga deltagande medlemsländer.⁵⁵ I brevet hänvisas till situationen i USA där icke praktiserande aktörer sägs ha kostat det amerikanska näringslivet 29 miljarder dollar enbart under år 2011.⁵⁶

Mot bakgrund av det anförda önskade sig brevskrivarna för det första klarhet i hur bifurkerade processer ska hanteras samt ökade möjligheter för svarandena att få intrångsprocesser vilandeförklarade i väntan på avgörande i ogiltighetsfrågan. För det andra önskade sig brevskrivarna en proportionalitetsbedömning i samband med prövningen

SvJT 2014 s 559

av interimistiska förbud samt att icke praktiserande aktörer inte ska tillåtas få igenom interimistiska förbud när syftet endast är att tillförsäkra sig betalning från tillverkande företag som inte vill ta risken att få sina affärer störda under lång tid.⁵⁷

5 Den konstitutionella diskussionen

EU:s grundläggande kompetens på det immaterialrättsliga området följer av artikel 114 respektive 118 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt ("FEUF"). Enligt den förstnämnda artikeln har EU möjlighet att harmonisera medlemsstaternas immaterialrättslagstiftning med hänvisning till att denna lagstiftning påverkar den inre marknadens funktionssätt. Enligt den senare artikeln har EU kompetens att skapa nya europeiska immateriella rättigheter. Enligt artikel 118 andra stycket FEUF ska språkfrågan avseende unionsgemensam immaterialrätt hanteras genom att Rådet enhälligt antar förordningar i frågan. Det konkreta genomförandet av patentpaketet, vars springande punkt hela tiden har varit just språkfrågan, är dock som sagt inte ett resultat av ett inom Rådet enhälligt beslut, utan av ett fördjupat samarbete mellan 25 av EU:s 28 medlemsstater.

⁵³ Brevet var daterat den 26 september 2013 och ställt till EU:s medlemsstater, Europaparlamentets ledamöter, Europeiska kommissionen samt den förberedande kommittén för den enhetliga patentdomstolen. Se <https://docs.google.com/file/d/0BwcyRPFduTN2NkpoN29UVm11OWc/edit?pli=1>.

⁵⁴ Se vidare avsnitt 6.6 nedan.

⁵⁵ Det kan framhållas att bifurkation på det hela taget förefaller fungera bra i Tyskland. Bifurkation kan uppenbarligen bidra till processens effektivitet. Någon särskild dragningskraft på just patenttroll förefaller det tyska systemet inte ha haft. Jfr om de tyska patentdomstolarnas popularitet ovan i not 37.

⁵⁶ Se <https://docs.google.com/file/d/0BwcyRPFduTN2NkpoN29UVm11OWc/edit?pli=1>. Se vidare om patentpaketet och risken för patenttroll Janssens de Bisthoven, Nicolas, Patent Trolls and Abusive Patent Litigation in Europe: What the Unitary Patent Package Can Learn From the American Experience?, Stanford-Vienna TTLF Working Paper No. 19, 2009. Tillgänglig via http://www.law.stanford.edu/sites/default/files/child-page/188509/doc/slspublic/janssens_wp19.pdf. Bisthoven menar att "the unitary patent package effectively will result in a rise of patent trolling in Europe in the next decade". (A.a., s. 63.) Bisthoven framhåller samtidigt (se a.a., s. 63 ff.) att domstolsavtalet innehåller betydelsefulla element som kommer att försvåra för framtida europeiska patenttroll, bland annat följande: (i) Enligt artikel 69 betalar förlorande part, med vissa undantag, motpartens rättegångskostnader. Detta är något som sällan sker vid patenttvister i USA. I "the Saving High-tech Innovators from Egregious Legal Disputes (SHIELD) Act" föreslås visserligen att NPEs i högre utsträckning ska få stå för vinnande motparts rättegångskostnader. SHIELD har dock enligt uppgift fastnat i representanthuset, se <http://www.mondaq.com/unitedstates/x/284410/Patent/10+Ways+Congress+Tried+To+Address+NPE+Litigation+In+2013>. (ii) Enligt artikel 33.1.b får talan väckas mot flera svaranden endast om dessa har affärsmässig koppling till varandra och talan avser samma intrång. NPEs försöker vanligtvis stämma in så många motparter som möjligt, i syfte att minimera sina rättegångskostnader. (iii) Domstolsavtalet föreskriver inte "automatiska" förbuds förelägganden. Enligt artikel 63 "får" domstolen meddela ett förbuds föreläggande i samband med att ett intrång konstateras. Efter den amerikanska högsta domstolens avgörande i eBay Inc. v. MercExchange år 2006 meddelas det inte heller i USA "automatiska" förbuds förelägganden". Vetskapen om att en förlust automatiskt skulle ge upphov till ett förbuds föreläggande bidrog till en ökad förlikningsvilja bland dem som blev stämda av icke praktiserande aktörer.

⁵⁷ Det kan framhållas att domstolsavtalet faktiskt ger domstolen en möjlighet att göra proportionalitetsbedömningar. Enligt artikel 42.1 ska domstolen generellt sett "deal with litigation in ways which are proportionate to the importance and complexity thereof". I vilken mån domstolen kommer att välja att inom ramen för denna regel beakta kärandens status återstår givetvis att se.

5.1 Fördjupat samarbete

Instrumentet fördjupat samarbete infördes genom Amsterdamfördraget 1999. Syftet är att motverka låsningar och möjliggöra ökad integration även i situationer där ett eller ett antal medlemsstater lägger in sitt veto. I ett fördjupat samarbete fördjupas integrationen mellan de deltagande medlemsstaterna, samtidigt som de medlemsstater som är ovilliga att delta står utanför det nya samarbetet. Det här möjliggör vad som kan kallas för ”en flexibel integration” eller ”en integration i flera hastigheter”.

Förutsättningarna för fördjupade samarbeten regleras i artikel 20 i fördraget om Europeiska unionen (”FEU”) samt artiklarna 326-334 FEUF.⁵⁸ Fördjupat samarbete får för det första endast ske på områden där unionen och medlemsstaterna har delad kompetens. Ett fördjupat samarbete måste vidare syfta till att främja unionens mål, stärka integrationen samt hålla sig inom unionsrättens ramar. Ett fördjupat samarbete får till exempel inte snedvrída konkurrensen på den inre marknaden. Rådet får besluta om fördjupat samarbete endast som en sista utväg och efter att ha fastställt att samarbetets mål inte kan uppnås

SvJT 2014 s 560

inom rimlig tid inom hela unionen. Minst nio medlemsstater ska delta i samarbetet och samtliga medlemsstater ska när som helst kunna bli del av samarbetet.

Det har i den juridiska litteraturen förekommit en förhållandevis flitig diskussion om huruvida fördjupat samarbete överhuvudtaget ska anses vara möjligt avseende patentpaketet. Det har dels hävdats att fördjupat samarbete strider mot enhällighetskravet i artikel 118 andra stycket FEUF,⁵⁹ dels att det fördjupade samarbetet inte kommer att leda till en bättre fungerande gemensam marknad och att de grundläggande kraven i fördragen därmed inte är uppfyllda.⁶⁰ Dessa argument har nu, bland andra, prövats av EU-domstolen i förenade målen C 274/11 och C 295/11, i vilka Italien och Spanien förde talan mot Rådets beslut 2011/76/EU om fördjupat samarbete.

Angående enhällighetskravet konstaterade EU-domstolen att artikel 118 andra stycket FEUF inte förhindrar fördjupat samarbete eftersom

⁵⁸ Institutet fördjupat samarbete har endast använts en gång tidigare, avseende reglering av äktenskapskillnad. Nyligen har det dock beslutats om fördjupat samarbete på ett tredje område, nämligen avseende den skatt på finansiella transaktioner som elva medlemsländer anser att införa, se http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/134949.pdf.

⁵⁹ Se till exempel Lamping, Mattias, *Enhanced Cooperation – A Proper Approach to Market Integration in the Field of Unitary Patent Protection*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Nr. 8/2011, s. 26-27.

⁶⁰ Se till exempel Ullrich, Hanns, *Harmonizing Patent Law: The Untamable Union Patent*, *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 143*, 2012, s. 27, n. 88: ”If patent protection differs as to the definition of infringing acts and of its exceptions (such as experimental use), as to the scope and ease of obtaining compulsory licenses, as to the practical availability of injunctive relief in cases of (alleged) infringement and/or as to the reliability of the judicial system regarding patent litigation, would not a firm, depending on its business interests and position as looked at from a perspective of patent law, make its decision where to locate its R&D-facilities and its production plant (rather than only where to distribute its products) dependent upon whether it needs more or less room for experimental use (e.g. in view of improvement), whether it might or might not be exposed to compulsory licensing, whether it may be able to sufficiently protect its R&D facilities and production plants against threats of injunctions by competitors or other market actors, and, more generally, whether judgements on the scope and validity of its patents and of those of other market actors are reliable enough, and the market covered by its patents large enough to thereupon build a production line, let alone an entire business? After all, the unitary patent is considered to be worthless if not combined with a reliable judicial system of patent litigation. These location effects will be reinforced positively as innovative industries attract others (educated staff, sub-contractors, rival improvement or non-rival diversification industries), but they may also be reinforced negatively as early imitators, who are legitimate price competitors, might tend to have their production facilities in territories, where they are less vulnerable to patent based attacks. In sum, territorially defined disparities of the substance and of the operation of the patent system, if effective, do affect factor allocation between Member States and, in their turn, also the level and type of competitiveness of local/ regional industry. These are not, of course, desirable effects in the European Union.” Det finns naturligtvis fler konstitutionella invändningar – fördragen utgör en till synes outtömlig tolkningskälla. En sådan invändning är att artikel 3(2) FEUF stadgar att ”unionen ska också ha exklusiv befogenhet att ingå ett internationellt avtal, om ingåendet av avtalet föreskrivs i en unionslagstiftningsakt eller om ingåendet är nödvändigt för att unionen ska kunna utöva sin befogenhet internt eller i den mån ingåendet kan påverka gemensamma regler eller ändra räckvidden av dessa”, och att detta ska anses medföra att medlemsländerna saknar kompetens att ingå ett avtal som domstolsavtalet. Detta eftersom domstolsavtalet kräver ändringar i Bryssel I-förordningen, se artikel 89. Se vidare Pagenberg, Jochen, *Unitary patent and Unified court – What lies ahead?*, *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, Vol. 8, Nr. 6, 2013, s. 484-485

SvJT 2014 s 561

det inte finns något i artikel 20 FEU eller artiklarna 326-334 FEUF som förbjuder medlemsstaterna att sinsemellan upprätta ett fördjupat samarbete på ett område där unionens befogenheter enligt fördragen ska utövas med enhällighet.⁶¹ Fördjupat samarbete kring det enhetliga patentet är alltså inte uteslutet på grund av att det enligt artikel 118 andra stycket FEUF krävs enhällighet kring språkordningen för nya europeiska immaterialrätter.

Vad gäller att det enhetliga patentsystemet skulle medföra en sämre fungerande inre marknad konstaterade EU-domstolen att det ligger i sakens natur att ett fördjupat samarbete kommer att medföra vissa skillnader mellan deltagande och icke-deltagande medlemsstater. Detta innebär inte i sig att ett beslut om fördjupat samarbete negativt påverkar den inre marknaden eller den ekonomiska, sociala eller territoriella sammanhållningen i unionen.⁶²

EU-domstolen godtog inte heller någon av de övriga grunder som anfördes av Italien och Spanien och ogillade alltså talan.⁶³ Samtliga farhågor kring patentpaketets laglighet har dock inte försvunnit i och med dessa domar. Vad EU-domstolen kommer att komma fram till i målen C-146/13 och C-147/13, i vilka Spanien för ogiltighetstalan mot förordningarna, återstår till exempel att se.

5.2 Domstolsavtalet i strid med EU-rätten?

Ännu en oklar fråga är hur den nuvarande konstruktionen av den enhetliga patentdomstolen förhåller sig till EU-domstolens yttrande 1/09 av den 8 mars 2011. I detta yttrande förklarade EU-domstolen en tidigare version av domstolsavtalet stå i strid med EU-rätten. Det huvudsakliga problemet var enligt EU-domstolen att den tilltänkta patentdomstolen skulle komma att direkt tillämpa EU-rätt och att den nya domstolens exklusiva kompetens på patentområdet därmed skulle innebära att de nationella domstolarna frångavs sina möjligheter att begära förhandsavgörande.⁶⁴ Unionsrättens autonomi skulle därmed vara i fara. Den enhetliga patentdomstolens möjlighet (och appellationsdomstolens

SvJT 2014 s 562

skyldighet) att begära förhandsavgörande var uppenbarligen inte tillräckligt för att läka denna brist.

Till följd av EU-domstolens yttrande 1/09 infördes vissa ändringar i avtalet. Bland ändringarna märks att artikel 1 i domstolsavtalet nu föreskriver att patentdomstolen ska betraktas som domstol gemensam för de deltagande medlemsstaterna och ha samma EU-rättsliga skyldigheter som övriga nationella domstolar. Domstolsavtalet föreskriver nu också ett explicit ansvar för de deltagande medlemsstaterna vad gäller den nya patentdomstolens eventuella brott mot unionsrätten.⁶⁵ Det är dock svårt att se att något väsentligt har förändrats vad gäller den centrala frågan, det vill säga förhållandet mellan nationella domstolar, den enhetliga patentdomstolen och EU-domstolen. Den enhetliga patentdomstolen är fortfarande exklusivt forum vad gäller patentintrång med mera.⁶⁶ Regleringen av patentdomstolens möjlighet att begära förhandsavgörande har heller knappast ändrats i sak. Nuvarande artikel 21 i domstolsavtalet lyder:

61 Se förenade målen C-274/11 och C-295/11, p. 35-37.

62 Se förenade målen C-274/11 och C-295/11, p. 75.

63 De övriga ogiltighetsgrunder som anfördes var: (i) Unionens möjligheter att skapa nya immateriella rättigheter i enlighet med artikel 118 FEUF utgör en del av konkurrensregleringen. Detta innebär att unionen har exklusiv kompetens enligt artikel 3.1 b FEUF och att fördjupat samarbete därmed inte är möjligt. (ii) Språkordningen har inte antagits som en sista utväg och strider därför mot artikel 20.2 FEU. (iii) Det fördjupade samarbetet kommer inte att skapa en högre grad av integration och strider därför mot artikel 20.1 FEU. Till skillnad från EPC, så kommer det fördjupade samarbetet att leda till regler som inte omfattar hela unionen. (iv) Rådets beslut strider mot artikel 118 FEUF, som föreskriver att nya immaterialrätter får skapas "i unionen". (v) Genom att baseras på en språkordning som inte accepteras av Italien och Spanien stred Rådets beslut mot artikel 327 FEUF, och den rätt för Italien och Spanien att i framtiden delta i det fördjupade samarbetet som stadgas däri. (vi) Rådets beslut är ogiltigt eftersom det inte anger vilket system för domstolsprövning som planeras avseende den nya immateriella rättigheten.

64 Se Yttrande 1/09, punkt 89.

65 Se vidare avsnitt 6.1 nedan.

66 Se vidare avsnitt 6.7 och not 91 nedan.

”As a court common to the Contracting Member States and as part of their judicial system, the Court shall cooperate with the Court of Justice of the European Union to ensure the correct application and uniform interpretation of Union law, as any national court, in accordance with Article 267 TFEU in particular. Decisions of the Court of Justice of the European Union shall be binding on the Court.”

Nationella domstolar kommer lika lite som innan att kunna begära förhandsavgörande vad gäller frågor som faller inom patentdomstolens exklusiva kompetens. Det är ju heller knappast någonting som är möjligt att åstadkomma inom ramen för ett system där patentdomstolen ska ha exklusiv kompetens. Huruvida de övriga ändringarna, kanske framförallt att det enligt nuvarande domstolsavtal är möjligt att föra en effektiv fördragsbrottstalan i det fall patentdomstolen skulle åsidosätta EU-rätten (de deltagande medlemsstaterna har som sagt tagit på sig ett solidariskt ansvar i detta avseende) är tillräckliga för att läka de brister som EU-domstolen påtalade i sitt yttrande återstår att se. I ett öppet brev har ett stort antal europeiska professorer och praktiker uttalat sina farhågor i detta avseende. Särskilt framhålls att det är bekymmersamt att det yttrande kring det nuvarande patentpaketets förenlighet med fördragen som Rådets juridiska avdelning avgett är sekretessbelagt.⁶⁷

SvJT 2014 s 563

5.3 Den konstitutionella osäkerheten kastar fortfarande en mörk skugga kring det enhetliga patentsystemet

Sammanfattningsvis om den konstitutionella kritiken kan det konstateras att det framför allt är den strax ovan beskrivna osäkerheten som fortfarande kastar en mörk skugga kring patentpaketet. Skulle EU-domstolen vid en framtida prövning av det enhetliga patentets laglighet komma fram till att det fortfarande strider mot fördraget innebär det givetvis en enorm förlust. Mot bakgrund av de stora investeringar som har gjorts i projektet skulle en sådan utgång, oavsett vad man tycker om projektets övriga förtjänster respektive tillkortakommanden, inte kunna beskrivas som annat än värddeförstöring i närmast grandios skala.

EU:s övriga institutioner och de deltagande medlemsländerna förefaller dock som sagt utgå från att patentpaketet, all kritik och alla invändningar till trots, faktiskt kommer att bli verklighet. Efter mer än 60 års diskussioner förefaller alltså nu ett enhetligt europeiskt patent snart införas.

6 Det enhetliga patentsystemets märkliga konstruktion

Det är nu dags att närmare granska det enhetliga patentsystemets juridiska konstruktion. Det är inte särskilt underligt att konstruktionen kan framstå som något märklig.⁶⁸ Konstruktionen av systemet har varit en stor utmaning. Konstruktörerna har varit tvungna att ta hänsyn inte bara till en mängd olika svårjämkade ekonomiska-politiska intressen och krav utan även till den befintliga, mycket komplexa, juridiska struktur som det enhetliga patentsystemet ska placeras in i. Redan patentpaketets själva grundstruktur, kombinationen av två förordningar (översättningsförordningen och patentförordningen) och ett mellanstatligt avtal (domstolsavtalet), kan framstå som något udda. Varför blanda in ett mellanstatligt avtal i etablerandet av en unionsgemensam immaterialrätt?⁶⁹ En avgörande anledning var den ursprungliga tanken att det nya patentsystemet inte skulle vara en del av EU-rätten.

67 Se ”Motion on the project for a European Patent Court by Law professors and lawyers”, <http://www.unitary-patent.eu/content/motion-project-european-patentcourt-law-professors-and-lawyers>.

68 Uppfattningen att det nya patentsystemets konstruktion på många sätt är märklig är flitigt förekommande i debatten. Se till exempel Hilty, Reto M., Jaeger, Thomas, Lamping, Matthias & Ullrich, Hanns, *The Unitary Patent Package: Twelve Reasons for Concern*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 12-12, 2012. Tillgänglig via SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2169254

69 Detta kan framstå som märkligt inte minst i jämförelse med de redan existerande EU-immaterialrättigheterna, vilka konstitueras endast genom förordningar. (Se Rådets förordning (EG) nr 207/2009 av den 26 februari 2009 om gemenskapsvarumärken samt Rådets förordning (EG) nr 6/2002 av den 12 december 2001 om gemenskapsformgivning.) Det finns visserligen ingen separat domstolsstruktur för dessa immaterialrätter, och EPO etablerades genom EPC. (Se artikel 2a i *Convention on the Grant of European Patents of 5 October 1973*.) Unionens varumärkes- och designmyndighet (OHIM) etablerades dock genom en förordning. (Se artikel 2 i Rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken.)

SvJT 2014 s 564

6.1 Märklighet 1 – Kombinationen av två förordningar och ett internationellt avtal är en rest från ett misslyckat försök att separera det enhetliga patentsystemet från EU-rätten

Upplägget med ett internationellt avtal som grund för den nya domstolsstrukturen var från början tänkt att förlägga det enhetliga patentsystemet utanför EU-domstolens kompetens. Syftet var att skapa en i princip självständig patenträtt och patentdomstol som inte skulle utgöra integrerade delar av det EU-rättsliga systemet.⁷⁰ Med tiden har det blivit uppenbart att detta inte är genomförbart. EU-domstolens ovannämnda yttrande 1/09 är ett uttryck för detta.⁷¹ Det är nu mycket tydligt att det nya enhetliga patentsystemet utgör en integrerad del av EU-rätten. Enligt artikel 20 i domstolsavtalet är patentdomstolen skyldig att tillämpa EU-rätten och respektera dess företräde. Patentdomstolen är också skyldig att, på samma sätt som nationella domstolar, samarbeta med EU-domstolen i syfte att befordra EU-rättens korrekta och enhetliga tillämpning. Enligt artikel 21 i domstolsavtalet har patentdomstolen motsvarande skyldighet som nationella domstolar att begära förhandsavgörande. För patentdomstolens eventuella brott mot EU-rätten har de deltagande medlemsstaterna nu också tagit på sig ett solidariskt ansvar, se artikel 22 i domstolsavtalet.

Den ursprungliga konstruktionen av det enhetliga patentsystemet med två förordningar och ett internationellt avtal ligger dock fast. En uppenbar nackdel med detta är att normsystemet har blivit svåröverskådligt. De grundläggande materiella reglerna kring det enhetliga patentets funktion är till exempel spridda mellan domstolsavtal och patentförordning. Det kan exempelvis tyckas märkligt att konsumtionsregeln i artikel 29 i domstolsavtalet endast reglerar konsumtion av "europeiskt patent", vilket enligt avtalets definitionsavsnitt avser europeiskt patent utan enhetlig verkan. Konsumtion av patent med enhetlig verkan regleras istället i artikel 6 i patentförordningen. Ytterligare ett exempel på svåröverskådlighet är hur den i sammanhanget grundläggande intrångsregleringen är utformad. I artikel 5 i patentförordningen anges effekterna av det enhetliga skyddet. Enligt artikel 5.1 ger det enhetliga patentet patenthavaren rätt att förbjuda tredje part att begå de handlingar som patentet skyddar mot i hela det territorium där det har enhetlig verkan. I artikel 5.2 anges det att denna patenthavarens rätt ska vara enhetlig. I artikel 5.3 anges det att de handlingar som patentet skyddar mot och som avses i artikel 5.1 är de som fastställts i den lagstiftning som tillämpas på europeiska patent med enhetlig verkan i den deltagande medlemsstat vars nationella

SvJT 2014 s 565

lagstiftning är tillämplig på det europeiska patentet med enhetlig verkan som förmögenhetsobjekt i enlighet med artikel 7 i patentförordningen.⁷² Vilka dessa handlingar är regleras i huvudsak inte i patentförordningen. Istället återfinns denna reglering framförallt i artiklarna 25-29 i domstolsavtalet. Det är alltså via det mellanstatliga domstolsavtalet som de enhetliga reglerna om vad som ska utgöra patentintrång gör sitt inträde i de deltagande medlemsstaternas nationella rätt, för att sedan, via artikel 5.3 i patentförordningen tillämpas av den enhetliga patentdomstolen.⁷³

⁷⁰ Ullrich beskriver de här planerna som "the basic concept of establishing a highly specialized, semi-centralized 'patents only' judiciary, which will be organizationally separated and essentially independent from both the national and the European Union's judicial system [...]". (Se Ullrich, Hanns, *Harmonizing Patent Law: The Untamable Union Patent*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 143, 2012, s. 8.)

⁷¹ Se vidare avsnitt 5.2 ovan.

⁷² Se vidare avsnitt 6.7 nedan.

⁷³ I en dualistisk deltagande medlemsstat som Sverige kan domstolsavtalets regler inkorporeras genom hänvisning i patentlagen. Det är också mycket riktigt det patentlagsutredningen föreslog. (Se SOU 2013:48, s. 117 och den föreslagna 65 b § patentlagen.) I propositionen är motsvarande regel införd i 5 a §. (Se prop. 2013/14:89, s. 5.)

6.2 Märklighet 2 – Det enhetliga patentsystemets konstruktion kan komma att bidra till ökad fragmentering och komplexitet

Det kan hävdas att det enhetliga europeiska patentsystemets konstruktion i viss utsträckning paradoxalt nog kommer att medföra ökad fragmentering.⁷⁴ Det nya systemet blir som sagt det fjärde lagret i den patenträttsliga struktur som kommer att omfatta stora delar av Europa. De enhetliga patenten ska samsas med nationella patent, europeiska patent och internationella patent. Antalet domstolar som har jurisdiktion över olika delar av den europeiska patenträtten ökar ytterligare. Nationella domstolar har jurisdiktion över nationella patent, men även över europeiska patent i den mån staten i fråga inte deltar i det fördjupade samarbetet eller är en EPO-stat utanför EU. Den enhetliga patentdomstolen ska visserligen ha jurisdiktion även över europeiska patent utan enhetlig verkan giltiga i de deltagande medlemsstaterna. Under en övergångsperiod om sju år kommer det dock att vara möjligt att väcka talan om intrång eller återkallande av europeiskt patent utan enhetlig verkan vid nationella domstolar.⁷⁵ Efter fem år ska övergångssystemet utvärderas, med möjlighet till upp till sju års förlängning.⁷⁶ En talan vid nationell domstol som ännu inte har avgjorts vid övergångsperiodens slut ska inte påverkas av att perioden löper ut.⁷⁷ Innehavare av patent eller patentansökan som beviljats eller sökts innan övergångsperioden löpt ut kan dessutom välja att

SvJT 2014 s 566

undantas ("opt-out") från domstolens exklusiva behörighet.⁷⁸ Detta innebär att det är möjligt att det under relativt lång tid framöver kommer att förekomma tvister även vid nationella domstolar inom områden som annars faller inom den enhetliga patentdomstolens exklusiva kompetens.

Till splittringen mellan nationella domstolar och den nya patentdomstolen ska läggas att EU-domstolen har att övervaka att den nya patentdomstolen följer EU-rätten, att EPO:s överklagandekammare har att hantera överklaganden av EPO:s administrativa beslut samt att invändningar mot nationella patent även fortsättningsvis kommer att göras vid nationella patentmyndigheter.

6.3 Märklighet 3 – Det enhetliga patentsystemet saknar regler om tvångslicenser

Till skillnad från tidigare versioner innehåller domstolsavtalet numera regler om experimentundantag och för användarrätt.⁷⁹ Regler om tvångslicens saknas dock fortfarande. Enligt punkt 10 i domstolsavtalets ingress ska tvångslicenser regleras på nationell nivå. Även om det är mycket ovanligt att tvångslicens utdöms, så utgör förekomsten av regler om tvångslicens ett viktigt institutionellt korrektiv som kan antas påverka den praktiska hanteringen av patent.⁸⁰ Nationell reglering av tvångslicenser innebär att det kan antas bli svårt att få till stånd tvångslicenser som täcker hela unionen. Resultatet är en institutionell

⁷⁴ Det finns givetvis olika uppfattningar om huruvida detta är en adekvat beskrivning. Det har till exempel framhållits att den enhetlighet som den enhetliga patentdomstolen kommer att skapa kan antas motsvara, eller till och med överstiga, den enhetlighet som skapades i USA i och med införandet av the Federal Circuit. Se Swanson, Robert D., *Implementing the EU Unified Patent Court: Lessons from the Federal Circuit*, Stanford-Vienna TTLF Working Paper No. 15, 2012, s. 25 ff. Tillgänglig via <http://www.law.stanford.edu/organizations/programs-and-centers/transatlantictchnology-law-forum/ttlf-working-paper-series>.

⁷⁵ Se artikel 83.1 i domstolsavtalet.

⁷⁶ Se artikel 83.5 i domstolsavtalet.

⁷⁷ Se artikel 83.2 i domstolsavtalet.

⁷⁸ Se artikel 83.3 i domstolsavtalet.

⁷⁹ Se artikel 27 och 28 i domstolsavtalet.

⁸⁰ I likhet med hur generalklausuler – som 36 § avtalslagen – kan antas påverka den praktiska avtalshanteringen. Det kan dock framhållas att det finns fler institutionella korrektiv än tvångslicensinstitutet. Det främsta av dessa är den konkurrensrättsliga lagstiftningen. Enligt EU-domstolens praxis kan immaterialrättsbavarens utövanderätt begränsas med hänsyn till konkurrensintressen. I vissa fall har rent tvångslicensliknande effekter uppnåtts, se till exempel mål C-241-2/91P *Radio Telefis Eireann v Commission (Magill)*, mål C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co. KG* samt mål T-201/04 *Microsoft Corp v Commission*.

skevheter. Patenthavaren ges skydd för hela unionen, men en av de mest betydelsefulla institutionella begränsningarna av patentskyddets omfattning kommer även fortsättningsvis att vara fragmenterad.⁸¹

6.4 Märklighet 4 – Den enhetliga patentdomstolen har en struktur som knappast är optimal när det gäller att befordra enhetlighet

Patentdomstolen ska omfatta en förstainstansrätt – uppdelad på lokala och regionala avdelningar samt en central avdelning med säte i Paris samt sektioner i London och München – och en överinstansrätt med säte i Luxemburg samt ett kansli.⁸² Lokal avdelning ska inrättas

SvJT 2014 s 567

på deltagande medlemsstats begäran. Regional avdelning ska inrättas på begäran av två eller flera deltagande medlemsstater.⁸³

Man kan lätt föreställa sig hur ett stort antal lokala och regionala avdelningar kan komma att utveckla något olika praxis i skilda frågor. Inte minst eftersom det i vissa fall i de lokala, och alltid i de regionala, avdelningarna kommer att sitta en majoritet domare med bakgrund i den eller de medlemsstater där den aktuella avdelningen är belägen.⁸⁴ Dessa nationella domare kan antas bära med sig och även fortsättningsvis vara influerade av sina respektive patenträttstraditioner.⁸⁵

6.5 Märklighet 5 – Det enhetliga patentsystemet lämnar öppet vissa möjligheter till "forum shopping"

Enligt artikel 33.1.a och b i domstolsavtalet kommer käranden att ha visst utrymme att välja division. Valmöjligheterna består av svarandens hemvist eller platsen för intrång. Eventuella skillnader i praxis kan därmed komma att uppmuntra fortsatt patenträttslig forumshopping inom Europa. Om en viss division till exempel gör sig känd för att utnyttja möjligheten till bifurkation (se vidare strax nedan) i särskilt hög utsträckning kan det dra till sig käranden som ser det som en fördel.⁸⁶

6.6 Märklighet 6 – Det enhetliga patentsystemet tillåter bifurkation

I en kompromiss mellan olika traditioner ger domstolsavtalet patentdomstolen en möjlighet att särskilja intrångstalan från ogiltighetsinvändning. De olika traditionerna är framförallt den engelska, där båda frågorna prövas tillsammans, och den tyska där frågorna skiljs åt, den så kallade bifurkationen⁸⁷.

SvJT 2014 s 568

När en ogiltighetsinvändning görs i samband med ett intrångsmål har, enligt artikel 33.3 i domstolsavtalet, en lokal eller regional avdelning av Förstainstansrätten möjlighet att (a) pröva invändningen och intrång-

⁸¹ Se vidare Ullrich, Hanns, *Harmonizing Patent Law: The Untamable Union Patent*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 143, 2012, s. 37-38.

⁸² Se artiklarna 6 och 7 i domstolsavtalet.

⁸³ Sverige har som sagt tillkännagjort sin intention att tillsammans med de baltiska staterna skapa en regional domstol, se not 50 ovan.

⁸⁴ Enligt artikel 8.1 i domstolsavtalet ska varje panel i Förstainstansrätten ha en multinationell komposition och bestå av tre domare. Enligt artikel 8.4 ska panelerna i regionala divisioner bestå av 2 domare som är medborgare i någon av de stater som den regionala divisionen omfattar och 1 domare som inte är medborgare i någon av dessa stater. Enligt artikel 8.3 ska panelerna i lokala divisioner beläggas i stater vari under de tre åren föregående domstolsavtalets ikraftträdande minst 50 patentmål har avgjorts bestå av 2 domare som är medborgare i den stat som den lokala divisionen omfattar och 1 domare som inte är medborgare i denna stat. Enligt artikel 8.2 ska panel i lokal division beläggas i stat vari under de tre åren föregående domstolsavtalets ikraftträdande mindre än 50 patentmål har avgjorts bestå av 1 domare som är medborgare i den stat som den lokala divisionen omfattar och 2 domare som inte är medborgare i denna stat.

⁸⁵ Jfr Grundén, Örjan, *En europeisk patentdomstol i ett nordiskt perspektiv*, NIR, 6/2010, s. 582.

⁸⁶ Jfr a.a., s. 584 där det framhålls att: "Det är klart att utrymmet enligt domstolsavtalet för käranden att välja division för intrångstalan är en fördel för patenthavare. För patenthavare med osäkra patent kan det ha betydelse att kunna välja en lokal division som normalt överför frågan om giltighet till den centrala divisionen för avgörande och fortsätter att behandla frågan om intrång inbegripet interimistiskt förbud. Samtidigt innebär detta en obalans mellan parterna genom att patenthavarens motpart inte har någon motsvarande valmöjlighet när det gäller direkt ogiltighetstalan eller negativ fastställelsestalan". Se vidare om "forum shopping", avsnitt 3.3 ovan.

⁸⁷ Från latinets *bifurcus* – tvågrenad.

stalan i samma mål, (b) hänvisa invändningen till den centrala avdelningen och vilandeförklara *eller fortsätta med* prövningen av intrångstalan, (c) med parternas godkännande, hänvisa hela målet till den centrala avdelningen.

Argumentet för bifurkation är bland annat att det, i varje fall i Tyskland, har lett till förhållandevis effektiva patentprocesser. Till skillnad från i jurisdiktioner som behandlar intrång och ogiltighet samlat, och där det regelmässigt görs ogiltighetsinvändningar, sägs invändningar om ogiltighet vara ovanliga i Tyskland. Skillnaden har hävdats vara så stor som mindre än 25 procent i Tyskland jämfört med cirka 95 procent i de jurisdiktioner där intrång och ogiltighet behandlas gemensamt.⁸⁸ Möjligheten för domstolen att hänvisa ogiltighetsinvändning till annan process och samtidigt fortsätta med prövningen av intrångstalan kan dock även underlätta för så kallade icke-praktiserande aktörer. Den potentiella möjligheten att innan patentets giltighet har prövats få igenom ett interimistiskt förbud, vilket omfattar hela den europeiska marknaden, kan vara så avskräckande för en patenthavare att denne väljer att förlikas även om bedömningen är att patentet i fråga egentligen är av låg kvalitet. Att domstolsavtalet ger patentdomstolen möjlighet att bifurkera patentprocessen har därför skapat en hel del oro bland europeiska patentaktörer.⁸⁹

Här kan en jämförelse med svensk rätt vara på sin plats. Det fanns enligt patentlagen tidigare en rätt för svaranden i patentmål att få målet vilandeförklarat till dess att frågan om patentets giltighet avgjorts. I syfte att korta de långa handläggningstiderna togs denna rätt bort år 1986.⁹⁰ Enligt 61 § 2 st. patentlagen kan ogiltighet av patent inte prövas invändningsvis i mål om patentintrång.⁹¹ Särskild talan om ogiltigheten måste väckas. Ofta handläggs de båda målen gemensamt i enlighet med 14 kap. 3 § rättegångsbalken. Frågan om intrång kan i detta fall inte avgöras innan frågan om ogiltighet. Rätten kan dock besluta om interimistiskt förbud innan ogiltighetstalan avgjorts. Intrångsfrågan kan också, enligt 61 § 3 st., avgöras innan ogiltighetsfrågan genom mellandom. Det är upp till domstolen att avgöra om mellandom är lämplig.

SvJT 2014 s 569

6.7 Märklighet 7 – Det enhetliga patentsystemet är långt ifrån enhetligt vad gäller patentet som förmögenhetsobjekt

En märklighet som kan antas riskera att få allvarliga negativa konsekvenser är att det enhetliga patentet är allt annat än enhetligt vad gäller patentrelaterade allmänna kontraktuella frågor samt frågor som rör patentet som förmögenhetsobjekt.

I grunden är detta en fråga om kompetensfördelningen mellan patentdomstolen och nationella domstolar. Den enhetliga patentdomstolens förhållande till nationella domstolar framgår av artikel 32 i domstolsavtalet. Enligt artikel 32.2 är nationella domstolar behöriga att pröva sådant som inte faller inom den enhetliga patentdomstolens exklusiva kompetens. Enligt artikel 32.1 omfattar den nya domstolens exklusiva kompetens de flesta typer av mål som rör europeiska patent med enhetlig verkan såväl som europeiska patent utan sådan verkan.⁹² Till de frågor som kommer att falla inom de nationella domstolarnas behörighet hör allmänna kontraktuella frågor kring överlåtelse och licenser samt sakrättsliga, exekutionsrättsliga och konkursrättsliga frågor. Patentpaketet innebär inte heller någon harmonisering av de här frågorna. Vad gäller det enhetliga patentet som förmögenhetsobjekt, så skiljer sig patentförordningen

⁸⁸ Se Pagenberg, Jochen, *Exclusivity, Transitional Arrangements and Opt-out. Risk of financial disaster for small companies in patent litigation*, 2012. EPLAW Patent Blog. Tillgänglig via <http://hdl.handle.net/11858/00-001M-0000-000E-7C73-1>.

⁸⁹ Se vidare avsnitt 4.2 ovan.

⁹⁰ Se prop. 1985/86:86, s. 33.

⁹¹ Det har inte varit möjligt sedan före 1967 års patentlag. (Se a.a.)

⁹² Artikel 32.1: "Domstolen ska ha exklusiv behörighet när det gäller a) talan om faktiskt intrång eller bot om intrång i patent och tilläggskydd samt svaromål i samband med dessa, inklusive invändningar och genkärsmål avseende licenser, b) fastställsetalan om att det inte föreligger något patentintrång respektive intrång i tilläggskydd, c) talan om interimistiska åtgärder och skyddsåtgärder samt förelägganden, d) talan om ogiltigförklaring av patent och tilläggskydd, e) genkärsmål om ogiltigförklaring av patent och tilläggskydd, f) talan om skadestånd eller ersättning på grundval av det provisoriska skyddet knutet till en offentliggjord ansökan om europeiskt patent, g) talan om nyttjande av en uppfinning innan ett patent eller en rättighet beviljats på grundval av ett tidigare nyttjande av uppfinningen, h) talan om ersättning för licenser på grundval av artikel 8 i förordning (EU) nr 1257/2012, och i) talan rörande de beslut som Europeiska patentverket fattar när det utför de arbetsuppgifter som avses i artikel 9 i förordning (EU) nr 1257/2012".

från varumärkesförordningen och formgivningsförordningen i det att patentförordningen inte innehåller ens den mest grundläggande regleringen på området.⁹³

SvJT 2014 s 570

I artikel 7.1 i patentförordningen anges det att ett europeiskt patent med enhetlig verkan ska, som förmögenhetsobjekt, i sin helhet och i samtliga deltagande medlemsstater betraktas som ett nationellt patent. Enligt artikel 7.1 ska det enhetliga patentet behandlas som ett förmögenhetsobjekt i enlighet med rätten i den deltagande medlemsstat där patentet har enhetlig verkan och där sökanden enligt det europeiska patentregistret dagen då ansökan om europeiskt patent gavs in (a) hade sin hemvist eller huvudsakliga säte, eller (b), om (a) inte är tillämpligt, hade ett driftställe. Skulle det finnas två eller flera sökande till patentet ska (a) tillämpas på den sökande som anges först och om detta inte är möjligt på nästa medsökande, och så vidare. Kan (a) överhuvudtaget inte tillämpas ska (b) tillämpas. Om varken (a) eller (b) kan tillämpas, det vill säga att ingen sökande har sin hemvist, sitt huvudsakliga säte eller sitt driftställe i en deltagande medlemsstat, ska det enhetliga patentet behandlas som ett nationellt patent i den stat där Europeiska patentorganisationen har sitt huvudkontor i enlighet med artikel 6.1 i EPC – det vill säga tysk rätt ska gälla.

Här når vi alltså enhetlighetens slutpunkt. Liksom tvångslicenser ska alltså frågor som har att göra med patentet som förmögenhetsobjekt avgöras av nationell lagstiftning. Detta innebär en fortsatt i det närmaste total fragmentering vad gäller frågor som har att göra med överlåtelse, licensiering, pantsättning, sakrätt, konkurs och exekution. Mer i detalj avser splittringen betydelsefulla frågor som till exempel tolkningen av FRAND-klausuler⁹⁴ och tvister om bäst rätt till enhetliga patent samt licenser till sådana patent. Mot bakgrund av hur utvecklad juridiken på dessa områden tenderar att vara och hur svårt det ofta är att göra tillförlitliga prognoser kring olika scenarier kan avsaknaden av enhetlighet på detta område antas medföra osäkerhet och ökade transaktionskostnader.⁹⁵

7 Kreativitet och destruktion eller mest destruktion?

Det är naturligtvis omöjligt att säkert veta hur det enhetliga patentsystemet kommer att inverka på de europeiska ekonomierna. De ekonomiska studier som har gjorts är inte många och ekonomi- och samhällsvetenskaperna har som bekant hursomhelst notoriskt svårt att pricka rätt med sina prognoser. Samhället är helt enkelt ett alltför komplext system för att säkra förutsägelser ska vara möjliga, parametrarna

SvJT 2014 s 571

är för många och oftast omöjliga att testa.⁹⁶ Det finns dock skäl att vara såväl hoppfull som något tveksam.

93 Det finns i detta avseende vissa skillnader mellan varumärkesförordningen och formgivningsförordningen. Det finns emellertid också stora likheter. Bland dessa likheter märks bland annat: (i) Överlåtelse av rättigheterna kan registreras, se artikel 17.5 varumärkesförordningen respektive artikel 28.a formgivningsförordningen. (ii) Registreringen är förutsättningen för att göra gällande vissa anspråk, se artikel 17.6 i varumärkesförordningen respektive artikel 28.b formgivningsförordningen. (iii) Rättigheterna kan ställas som säkerhet, se artikel 19.1 i varumärkesförordningen respektive artikel 29.1 i formgivningsförordningen. (iv) Licensanspråk i rättigheterna kan registreras, se artikel 22.5 i varumärkesförordningen respektive artikel 32.5 i formgivningsförordningen. (v) Rättigheterna kan bli föremål för exekutiva åtgärder, se artikel 20.1 i varumärkesförordningen respektive artikel 30.1 i formgivningsförordningen. (vi) Rättigheterna kan endast ingå i insolvensförfarande i den medlemsstat där gäldenärens huvudsakliga intresse finns, se artikel 21.1 i varumärkesförordningen respektive artikel 31.1 i formgivningsförordningen. (vii) Överlåtelse, pantsättning och licens gäller inte mot godtroende tredje man förrän registrering har skett, se artikel 23 i varumärkesförordningen respektive artikel 33.2 i formgivningsförordningen.

94 FRAND, Fair Reasonable and Non-Discriminatory, är en företeelse som har blivit mycket betydelsefull under de senaste åren. FRAND är de villkor som sätts av olika standardorganisationer för deltagande i patentpooler. Tvister kring vad som ska anses vara i överensstämmelse med FRAND har blivit allt vanligare. FRAND-klausuler kan i vissa fall komma att falla inom patentdomstolens kompetens. Tvist som rör kompensation för licens till patent vars innehavare har argett en förklaring om licensberedskap till EPO är enligt artikel 32.1.b i domstolsavtalet en fråga för patentdomstolen.

95 Frågan är om inte detta är en så allvarlig brist att det är motiverat att beskriva det nya patentet som en europeisk skrivelse. Mer om detta i en kommande artikel.

96 Jag skall endast ge ett exempel på hur detta har vidkänts inom samhällsvetenskapen och det exemplet återknyter till denna artikels inledning och Schumpeter. I det verk där begreppet kreativ destruktion myntades drev Schumpeter tesen att kapitalismen inom sig bar fröet till sin egen undergång; koncentration av den ekonomiska verksamheten, korporativism och antikapitalistiska värderingar med mera skulle slutligen leda till socialism. Schumpeter framböll dock om förutsättningarna för sin prognos: "The process of social life is a function of so many variables many of which are not amenable to anything

Hoppfullheten kommer sig av att det onekligen finns en logik i att en gemensam, enhetlig marknad omfattas av ett gemensamt och enhetligt patentsystem. Det enhetliga patentsystemet kan inte minst antas sänka kostnader relaterade till översättning och upprätthållande av patent. Minskad fragmentering kan också antas minska kostnaderna relaterade till "forum shopping". Förhoppningsvis leder detta till att EU:s innovationssystem och globala konkurrenskraft stärks.

Tveksamheten gäller de många risker som förefaller vara förknippade med det enhetliga patentsystemet. En sådan risk är att kostnadsbesparingarna kan komma att bli mycket ojämnt fördelade. Ett fåtal stora och starka aktörer kommer att kunna dra nytta av det enhetliga patentet, medan många mindre och perifera aktörer kan komma att råka ut för ökade kostnader. Denna risk har i grunden att göra med att det fortfarande råder stora skillnader mellan olika europeiska länders ekonomier. Det är till exempel mycket stor skillnad på Polens och Tysklands tekniska utvecklingsgrad, vilket inte minst avspeglas i patenteringsfrekvensen. Det finns också stora skillnader inom de enskilda nationella ekonomierna. Stora och små företag och olika branscher har olika behov. Många små och medelstora företag har kanske inte behov av skydd i större delen av unionen. I sju (plus möjligen sju till) år kommer det att finnas en möjlighet till "opt out" från patentdomstolens exklusiva jurisdiktion över europeiska patent utan

SvJT 2014 s 572

enhetlig verkan. Sedan är det nationella patent som gäller för de aktörer som inte har resurser nog att ge sig in i den enhetliga-patentmatchen. Kanske är detta inte någon jättelik nackdel. Det hade dock sannolikt varit bättre för många små och medelstora företag om de nationella domstolarnas kompetens att hantera frågor kring europapatent utan enhetlig verkan hade bestått under överskådlig framtid.

Många större företag med verksamhet i hela eller större delar av Europa är oroliga för att det enhetliga patentet ska leda till att Europa får motsvarande problem som USA med så kallade icke praktiserande aktörer. När ett förbud omfattar hela den europeiska marknaden, vilket det kommer att göra när det enhetliga patentet är på plats, kan svarandens incitament att gå med på förlikning öka, även om kärandens patent egentligen framstår som svagt. Det kan vara så att det helt enkelt inte är värt att riskera ett interimistiskt förbud som omfattar hela europamarknaden. Oron för att den här typen av utpressningsliknande situationer ska bli en realitet förstärks av att det enhetliga patentsystemet medger så kallad bifurkation. Intrångstalan och ogiltighetsinvändning kan komma att prövas i två olika processer. Detta innebär att det inte är säkert att en intrångstalan vilandeförklaras i väntan på att en ogiltighetsinvändning ska prövas. Detta kan göra det svårare för svarandena att värja sig mot anklagelser om patentintrång. Risken förknippad med eventuella interimistiska förbud kan framstå som det primära hotet. Därmed ökar risken för att egentligen svaga patent kan komma att användas för att pressa patenthavare till förlikning.

Ytterligare en risk utgörs av att det ännu i viss mån är oklart om det enhetliga patentsystemet står i överensstämmelse med EU-fördragen. I yttrande 1/09 konstaterade EU-domstolen att det tidigare utkastet till domstolsavtal inte var kompatibelt med EU-rätten. Orsaken var att den enhetliga patentdomstolens exklusiva kompetens inom patentområdet frantog de nationella domstolarna deras möjlighet att begära förhandsavgörande från EU-domstolen. Detta hotade enligt EU-domstolen EU-rättens autonomi. Det återstår att se om de ändringar som har gjorts i domstolsavtalet är tillräckliga för att tillfredsställa EU-domstolen. Patentdomstolen har visserligen fortfarande exklusiv kompetens inom centrala delar av patentområdet och de nationella domstolarna har fortfarande ingen möjlighet att begära förhandsavgörande inom detta område. I det nuvarande domstolsavtalet har de deltagande medlemsstaterna dock tagit på sig ett solidariskt ansvar för patentdomstolens eventuella brott mot EU-rätten. Kanske kan detta utgöra en avgörande skillnad mot tidigare.

like measurement that even mere diagnosis of a given state of things becomes a doubtful matter quite apart from the formidable sources of error that open up as soon as we attempt prognosis". (Se Schumpeter, Joseph, Capitalism, Socialism and Democracy, Harper Collins, New York, NY, 2008, s. 61.) Det skall tilläggas att Schumpeter trots detta menade att han hade fog för vissa slutsatser om framtiden: "[...] the dominant traits of the picture clearly support certain inferences, which, whatever the qualifications that may have to be added, are too strong to be neglected on the ground that they cannot be proved in the sense in which a proposition of Euclid's can". (Se a.a.) Det kan också framhållas att till skillnad från hos Marx, så föregicks Schumpeters tanke inte av en önskan, tvärtom. Socialismen var knappast något som Schumpeter såg fram emot. Som (styr)son till en av kejsardömet Österrike-Ungerns främsta generaler var han fast förankrad i en traditionell, konservativ och höghorgerlig europeisk livsform. Det berättas att han förargade kollegorna på flera universitet genom att komma iklädd riddräkt till kollegierna. (Se Heilbroner, Robert L., Utopister och samhällsodanare – stora ekonomiska tänkares liv och idéer, SNS Förlag, Stockholm, 2006, s. 302.) Något som givetvis i det närmaste per definition utesluter all slags vänsterradikalism. Schumpeter fick år 1919 frågan varför han hade accepterat att sitta med i en utredning, tillsatt av den nyutträdde socialdemokratiska regeringen, om förstärkande av den österrikiska industrin. Han svarade: "Om någon vill begå självmord är det bra om det finns en läkare tillhands". (Se a.a., s. 307-308.)

Slutligen kan det framhållas att det enhetliga patentsystemets i många avseenden märkliga konstruktion kan antas medföra olika risker. Främst bland dessa risker är sannolikt att enhetligheten i det enhetliga patentsystemet har sina begränsningar. Kontraktuella, sakrättsliga, exekutionsrättsliga och konkursrättsliga frågor med koppling till

SvJT 2014 s 573

det enhetliga patentet faller utanför patentdomstolens kompetens. Det handlar delvis om för patentmarknaden mycket betydelsefulla frågor, som till exempel tolkning av FRAND-klausuler och frågor om bättre rätt till patent och patentlicenser. Patentpaketet innebär inte heller någon harmonisering av dessa frågor. Den här typen av frågor kommer alltså att hanteras av nationella domstolar enligt nationell rätt. Denna brist på enhetlighet riskerar att leda till osäkerhet, höjda transaktionskostnader och ineffektivitet.