

Brief

20. maj 2014

Patentreform vil sikre Europa bedre mod "patenttrolle"

Kontakt:

Direktør, Bjarke Møller
+45 51 56 19 15
bjm@thinkeuropa.dk

Analytiker, Eva Maria Gram
+45 26 14 36 38
emg@thinkeuropa.dk

RESUME: Risikoen for patenttrolle, der spekulerer i at afpresse virksomheder med retssager er et stort problem i det amerikanske patentsystem. I debatten om den europæiske patentreform har kritikere udtrykt bekymring for, om disse trolde vil komme til at spille en større rolle, hvis vi siger ja til reformen.

Tænk tanken EUROPA finder ikke denne bekymring berettiget på grund af flere væsentlige forskelle i det amerikanske og europæiske system, som gør, at patenttrolle ikke vil trives i Europa i samme omfang som i USA. Den europæiske patentreform vil derimod gøre livet sværere for patenttroldene, da det vil blive dyrere for dem at sagsøge sagsløse virksomheder. Samtidig bliver muligheden for såkaldt forumshopping i høj grad elimineret med oprettelsen af den fælles patentdomstol, fordi sager afgøres en gang for alle af et korps af specialiserede dommere.

Europa kan dog også lære noget af USA: Det amerikanske system har en appelmulighed med højesteret som øverste retsinstans, som man med fordel kunne overføre til den europæiske model.

HOVEDKONKLUSIONER

- Patenttrolle, der spekulerer i at afpresse virksomheder med retssager, er et udbredt fænomen i USA, hvor de udgør et stort problem, men en patentreform vil holde troldene i skak i Europa.
- Forumshopping, hvor sagsøgere udnytter den varierende retlige procesgang fra stat til stat, foregår i USA. I dag er denne form for spekulation også mulig i Europa, men det vil blive væsentligt sværere under en fælles patentdomstol.
- Højesteret fungerer som sidste instans for patentsager i USA og sikrer dermed det samfundshensyn, der kan mangle ved specialiserede domsto-

le. Samme mulighed findes ikke i det europæiske patentsystem. Der er derfor en vis risiko for, at patentdomstolen kan få "tunnelsyn".

Fælles patent værner mod trolde

Patentsystemet benyttes ikke kun af opfindere og innovative virksomheder. Der findes en særlig gruppe af patentindehavere kaldet "non-practicing entities", som køber patenter uden en hensigt om at producere eller markedsføre den pågældende opfindelse.¹ Disse aktører kaldes oftest for patenttrolde, og de anvender deres porteføljer af ikke-aktive patenter til at sagsøge andre virksomheder for påståede patentkrænkelser. Patenttroldenes forretningsmodel bygger i særdeleshed på truslen om dyre, besværlige og langtrukne domstolssager, hvorfor deres ofre ofte vælger at indgå en licensaftale i stedet. Det kan medføre betydelige omkostninger for både store og små virksomheder, og i mange tilfælde sker denne form for afpresning, uden at en reel patentkrænkelse har fundet sted.

Patenttrolde opererer i dag på alle patentmarkeder, herunder Europa, men problemet er særligt udbredt i USA. Enhedspatentet vil medføre et større og mere integreret europæisk patentmarked, der derved trækker ligheder til det amerikanske. Det har fået flere skeptikere til at udtrykke bekymring for, om patenttroldene vil rykke med over i det nye europæiske patentmarked.

Vi finder dog ikke denne bekymring berettiget på grund af flere væsentlige forskelle i det amerikanske og europæiske system.

I det amerikanske system er det relativt nemt og billigt for en patenttrold at anlægge et søgsmål. Til gengæld er det dyrt, tidskrævende og besværligt for en produktionsvirksomhed at forsvare sig. Derfor ender de fleste retssager med, at "offer"-virksomheden indgår et forlig og betaler erstatning eller licens for at slippe for retssagen. Denne praksis passer patenttroldene glimrende, idet de oftest ender med at tabe de sager, der faktisk kommer for en domstol. Det ses bl.a. i det kendte eksempel om "scan-to-email", hvor en patenttrold sendte en regning til alle virksomheder, der benyttede sig af denne funktion. Mange virksomheder betalte uden videre regningen, og sagen bliver derfor brugt som et skræmmeeksempel på betydningen af patenttrolde. Da en mellemstor amerikansk virksomhed valgte at tage kampen mod patenttrolden op, vandt den imidlertid sagen ved domstolen.²

En af årsagerne til patenttroldenes succes i USA er, at deres forretningsmodel indeholder meget få omkostninger. I det amerikanske retssystem, er der intet krav om større dokumentation eller begrundelse for et sagsanlæg. Advokater arbejder gerne gratis mod at få del i en eventuel erstatning samt bøde. Bøden

¹ "Non-practicing entities" kan også være institutioner som universiteter, der ikke selv udvikler produkter, men patenterer opfindelser, som de ikke er opfindere af.

² [PRWEB \(2012\)](#)

skal ses som en økonomisk straf for at have krænket et patent, og kommer oven i erstatningen, der skal gives til patenthaveren. Det er især disse bøder, der kan afskrække virksomhederne i at tage kampen op mod patenttroidene. Mislykkes afpresningstaktikken og ender sagen hos domstolene, kan en patenttroid uden videre omkostninger udeblive og kaste sig over næste offer. Hver part betaler i de fleste retssager sine egne juridiske omkostninger.

Der er derfor flere elementer i det amerikanske patentsystem, der gør det attraktivt for patenttroider. I Europa ser det dog meget anderledes ud, og den europæiske patentreform indeholder flere strukturelle og juridiske elementer, der vil gøre livet sværere for patenttroidene.

Europa får ikke amerikanske tilstande

Den europæiske patentreform bygger på et regelsæt, der gør det langt mindre fordelagtigt for patenttroidene at anlægge retssag. Først og fremmest kræves der gebyrer for at anlægge en retssag, og en udeblivelse fra retssagen kan medføre tab af det pågældende patent. Sådan er det allerede i dag, men fremover vil en sag ved en domstol betyde, at patenttroiden mister sit patent i alle 25 EU-lande. Truslen om, at patenttroiden kan trække en lille virksomhed rundt ved flere domstole, er således ikke aktuel. Patenttroidene fører ofte retssager på et spinkelt grundlag, men det vil være langt mere risikabelt, efter den fælles patentdomstol træder i kraft.

For det andet opererer patentdomstolen efter et "taberen-betaler"-princip, hvilket øger patenttroidenes omkostninger ved et tab. Og da de ofte taber de sager, der kommer for retten, er det et afgørende knæk i deres forretningsmodel.

For det tredje vil en fælles patentdomstol arbejde langt hurtigere end tilfældet er ved de nationale domstole i dag. En sag om krænkelse eller gyldighed kan nemt tage op til 8 år i Danmark, hvor den forventede behandlingstid ved den fælles domstol bliver 1-2 år. Det minimerer omkostninger for virksomheder ved at føre en retssag. Hurtigere og mere effektive retssager er alt andet lige en fordel for produktionsvirksomheder. Det er derimod en ulempe for patenttroider, der især lever af truslen om omkostningerne ved retssager. Derfor vil selve strukturen i den fælles patentdomstol lægge en kraftig dæmper på patenttroidenes aktiviteter i Europa.

Forskelle i distrikter fører til amerikansk forumshopping

Forumshopping er endnu et fænomen, der er udbredt i USA. Det lægger sig tæt op af problematikken om patenttroider og vækker ligeledes bekymring i Europa. Det indebærer, at patenttroider eller store virksomheder har mulighed for og incitament til at vælge bestemte afdelinger af domstolen frem for andre. I USA kan en sag om patentkrænkelse rejses i ethvert distrikt, hvor sagsøgte er aktiv kommercielt. Er der tale om et produkt, som distribueres nationalt, kan sagsøger der-

for spekulere i, hvilket distrikt af den føderale domstol, der er mest fordelagtigt at føre sagen i. Uden en patentreformen i Europa kan der ligeledes spekuleres i domstole, hvis en virksomhed har patentet valideret i flere europæiske lande. En fælles patentdomstol vil i høj grad gøre forumshopping sværere at udøve.

Det amerikanske domstolssystem er ikke stringent, når det kommer til patenter, og en række specifikke distrikter er langt mere populære blandt patenttrolle end andre. Studier viser, at patenttrolle vinder 46,7 pct. af deres sager i Eastern District of Texas, mens det nationale gennemsnit er på 24,3 pct.³ Blandt de kriterier, som patenttrolle udvælger domstole efter, finder man både succesrate, medianerstatning og anvendelse af juryer til afgørelser.⁴ Brugen af juryer gør det umuligt for USA at skabe en fælles retspraksis og komme den høje grad af uforudsigelighed, der i dag hersker, til livs.

Uforudsigelighed kommer ikke de patentaktive virksomheder til gode, men tjener ofte patenttrollenes fordel. Og noget tyder på, at patenttrolle har nemmere ved at overbevise juryen end de sagsøgte virksomheder. I sager, som afgøres af en jury, har patenttrolle både en større succesrate og får typisk et højere erstatningskrav.⁵ Det amerikanske patentsystem har derfor ikke kun problemer med forskellig retspraksis fra stat til stat, men selve strukturen varierer, hvor nogle domstole bruger juryer til at afgøre de komplicerede sager om patent.

Fælles domstol stopper forumshopping i Europa

I dag er det europæiske system udfordret af forskellige retspraksisser i de enkelte nationalstater. Det betyder, at et patent udstedt af Det Europæiske Patentkontor kan erklæres gyldigt i nogen, men ugyldigt i andre. Det medfører en høj grad af uforudsigelighed for de mange virksomheder, der er afhængige af deres patenter. Patenthavere med store muskler – om end det er patenttrolle eller store virksomheder – kan true små virksomheder med at trække dem rundt i Europa fra domstol til domstol, indtil de ikke længere har råd til at forsvare sig. Samtidig kan ansøgeren ud fra succesraten udvælge de lande, sagen skal føres i. Situationen i Europa inden patentreformen minder derfor meget om den amerikanske, hvor forumshopping er et stort problem.

Patentdomstolen komme denne usikkerhed i møde ved at etablere ens retspraksis i alle de lande, der tilslutter sig patentreformen. I modsætning til USA vil det derfor ikke have nogen betydning, hvor retssagen føres. Den stringente retspraksis skal bl.a. sikres ved at nedsætte et korps af kompetente dommere, der er dybt inde i spørgsmålet om patent. Dette korps vil turnere rundt i Europa, hvor de gældende retssager bliver holdt. Derudover vil enhver lokal eller regional afdeling af patentdomstolen bestå af dommere fra flere forskellige lande. I lande, hvor patentsager hører til sjældenhederne, vil en større andel af dommerpanelet

³ [Patent Litigation Study \(2013\)](#): s. 24

⁴ [Patent Litigation Study \(2013\)](#): s. 9

⁵ [Patent Litigation Study \(2013\)](#): s.10

bestå af udenlandske dommere, hvilket vil sikre en høj grad af erfaring og ekspertise. Dette mobile, erfarne og multinationale dommerkorps, som får fælles træning, vil sikre et homogent retssystem. Det vil samtidig sikre en højere kvalitet i patentafgørelserne, som bl.a. Novo Nordisk har fremhævet i debatten.

Endelig må det nævnes, at juryer ikke kommer til at afgøre sager i en fælles patentdomstol. I stedet vil fokus være på teknisk viden efter dansk eksempel, hvor Sø- og Handelsretten netop har været en specialiseret domstol, der har vist sig kompetent til at varetage de tekniske spørgsmål, som patenter er. Danske virksomheder vil derfor sikres det samme høje juridiske niveau, uanset om en sag føres i f.eks. Tjekkiet, Cypern, Tyskland – eller Danmark. Muligheden for forum-shopping forsvinder således ved, at vi samler patentsagerne hos en fælles domstol.

Tunnelsyn kan blive en udfordring

Der er imidlertid et væsentligt område, hvor en fælleseuropæisk patentdomstol vil adskille sig fra det amerikanske patentsystem på mindre positiv vis. Patentdomstolen vil nemlig fungere som en specialiseret domstol, hvor en afgørelse i første instans (eksempelvis i en dansk afdeling af domstolen) kun kan ankes til anden instans – patentdomstolens ankedomstol – som får sæde i Luxembourg. Den endelige afgørelse i europæiske patentsager vil derfor altid blive truffet af specialiserede jurister inden for det eksisterende patentsystem. Det amerikanske system er opbygget på lignende vis, men i USA fungerer højesteret som tredje instans, hvor dommere kan træffe afgørelser med reference til almen jura.

På den ene side vil det specialiserede domstolssystem sikre meget hurtigere og mere effektive retssager, end tilfældet er i Europa i dag, hvor visse patentsager afgøres af dommere, som aldrig har beskæftiget sig med patenter før. Det er en fordel, og sikrer større retssikkerhed på tværs af kontinentet. Det vil f.eks. være et problem at anke et spørgsmål om patentets gyldighed til en almindelig domstol, der kan tage flere år om sin afgørelse. Som beskrevet er tid en afgørende faktor for virksomhedernes chance for at klare sig i en patentsag. Jo flere trin en domstol har, jo større risiko er der for, at en stor virksomhed kan trumfe den lille på økonomien.

På den anden side er det problematisk, at der ikke er mulighed for at appellere til en generel domstol. Det kan tænkes, at visse patentsager er af så grundlæggende og principiel karakter, at der også skal tages hensyn til mere almene samfundsspørgsmål. I USA har sådanne sager skabt vigtig præcedens. I en større patentsag angående patentering af menneskelige gener fandt førsteinstans, at gener ikke kan patenteres, men appeldomstolen omgjorde denne afgørelse og stadfæstede, at visse dele af genomet kan patenteres. Sagen endte i den amerikanske højesteret, hvor det med enstemmighed blev slået fast, at gener *ikke* kan patenteres. Også i andre patentsager med høj profil har USA's højesteret omgjort kontroversielle afgørelser i patentsystemets anden instans – eksempelvis med hensyn til

patenttrolle. Afgørelserne ved højestetret har stor betydning, da de skaber præcedens for lignende sager.

Tænketanken EUROPA vurderer, at en fælles patentdomstol vil stå stærkere, hvis den er underlagt EU-systemet, hvor EU-domstolen har den endelige kontrol med afgørelserne. Dette ekstra samfundshensyn vil være vigtigt at tage med – også selv om det kunne medføre ekstra udgifter for de patentaktive virksomheder. Manglende tilslutning fra alle EU-lande gør imidlertid dette umuligt i praksis. Spørgsmålet om patent kan derfor kun afgøres inden for patentsystemet, hvilket øger risikoen for, at afgørelser træffes med "tunnelsyn" og uden tilstrækkelig hensyn til almene samfundsspørgsmål.

Det er dog værd at bemærke, at der i oprettelsen af patentdomstolen er taget flere forholdsregler for at imødekomme risikoen for dette tunnelsyn. For det første vil både de nationale, regionale og centrale afdelinger have en sammensætning af juridiske og tekniske dommere. Det betyder, at samfundshensynet vil være til stede fra første instans, da der også vil sidde dommere, der har dømt i helt andre slags sager end patent. For det andet bliver der nedsat et administrativt udvalg, der består af en repræsentant fra hvert medlemsland, der skal overvåge udviklingen af retspraksis. Domstolen vil altså ikke blive overladt til sig selv.

Konklusion: Patentreform gør livet svært for trolde

Med en fælles patentreform vil patenttrolle ikke nyde de samme fordele i Europa, som det er tilfældet i dag. Bekymringen for patenttrolle er derfor et stærkt argument for at stemme ja til den europæiske patentreform.

Modstandere af en patentreform har anført problemet med patenttrolle og forumshopping i USA som et argument for at stemme nej, men markante forskelle i strukturen i det europæiske og amerikanske retssystem betyder, at både risikoen for trolde og forumshopping vil blive væsentlig mindre i Europa under en fælles domstol. Det skyldes bl.a. de retlige regler om, hvordan sager kan føres og hvem der betaler, og at virksomheder sikres en stringent og kompetent rettergang.

Forumshopping har længe været en realitet i Europa. Virksomheder eller trolde med store økonomiske muskler kan trække små patenthavere gennem retssager i mange forskellige lande i Europa og udvælge lande, hvor det er mest omkostningsfyldt, eller hvor der er størst sandsynlighed for et bestemt udfald. Dette problem vil en fælles domstol i store træk løse, da et fast, stærkt og fagligt velfunderet dommerkorps vil minimere muligheden for forumshopping og holde trolde ude af Europa.

Det er dog værd at bemærke, at en fælles europæisk patentreform på enkelte områder bør lade sig inspirere af det amerikanske system. I USA er det muligt at

appellere til højesteret, der er uden for patentsystemet, og hvor dommerne har mulighed for at anlægge brede samfundshensyn. Det er ikke muligt i den europæiske patentreform. Det ville være at foretrække, at patentdomstolen var underlagt EU-systemet med EU-domstolen som øverste kontrolinstans, så der som i USA var en ekstra instans at appellere til i sager af principiel samfundsinteresse.

Tænketanken EUROPA vurderer imidlertid ikke, at det er en tungtvejende grund til at stemme nej til den europæiske patentreform. Samlet set rummer reformen en række konkrete fremskridt, herunder i indsatsen mod patenttrolle og forum-shopping, der bør veje tungere.