

Justitiedepartementet

L3

Anders Olin

103 33 Stockholm

Vår referens/dnr:

2023-81

Er referens/dnr:

Ju2023/01196

2023-06-22

Svenskt Näringslivs yttrande över EU-kommissionens patentpaket

1. Några inledande ord

Föreningen Svenskt Näringsliv har givits möjlighet att lämna synpunkter på EU-kommissionens olika förslag som är del av det så kallade patentpaketet.

Svenskt Näringsliv är en organisation som har 60 000 medlemsföretag från alla typer av branscher. Det gör att Svenskt Näringsliv inte företräder en enskild branschs syn på de aktuella frågorna utan har ett brett näringslivsperspektiv.

Patenträtten är central för kunskapsekonomin. För Svenskt Näringsliv är mycket välkommet att EU-kommissionen så tydligt beskriver patenträttens betydelse. Detta ligger helt i linje med Svenskt Näringslivs syn på patenträtten. Det innebär dock inte att Svenskt Näringsliv är positivt inställt till patentpaketet som helhet.

Svenskt Näringsliv kommer i det följande att fokusera på följande:

- EU:s handlingsplan för immaterialrätt – behov av harmonisering
- Den rättsliga röran på patentområdet
- Några gemensamma brister
- Specifika kommentarer om förslagen

2. EU:s handlingsplan för immaterialrätt – behov av harmonisering

När EU-kommissionen presenterade att en handlingsplan för immaterialrätt skulle tas fram var det något som var mycket välkommet. Det innebar inte minst att en grundläggande analys hade gjorts som visade att de kunskapsbaserade tillgångarna är avgörande för EU:s konkurrenskraft. Välkommet var också att handlingsplanen inte bara såg till de rättsliga reglerna utan också till den faktiska hanteringen av dessa tillgångar.

Självklart är också att patentfrågor måste vara en del av en sådan handlingsplan. Sett i det ljuset är det välkommet att EU-kommissionen tagit fram något som kan ges rubriken "patentpaket". Det kommissionen har presenterat i de olika delarna av hela handlingsplanen lider dock en stor brist på helhetssyn. Ett paket blir aldrig bättre än de ingående delarna.

En sak som behöver lyftas kopplat till handlingsplanen, som har beröring på frågan om EU:s konkurrenskraft är frågan om harmonisering. I flera av de förslag som hittills lagts fram har harmonisering varit ett huvudmål. Detta är i grunden bra. De kunskapsbaserade tillgångarna är centrala i kunskapsekonomin, harmonisering gör att dessa tillgångar kan bli del av den inre marknaden. Harmonisering är dock inte fullt ut ett självändamål. Insatser för harmonisering ska göras där de verkligen behövs. Hit är det en lång bit kvar.

3. Den rättsliga röran på patentområdet

Globala värdekedjor – territoriella regler

Nästan alla företag är idag del av globala värdekedjor. Det gör att allt, såväl fysiska produkter som immateriella rättigheter, måste förhålla sig till dessa globala värdekedjor. Samtidigt bygger immaterialrätten på en princip om territorialitet. Sättet att hantera detta har varit en strävan efter harmonisering, något som redan tog fart i det sena 1800-talets stora immaterialrättskonventioner.

På patentområdet har de stora internationella regelverken tillträtts av ett stort antal länder i världen. Pariskonventionen av 179 länder, Patent Cooperation Treaty av 157 länder och TRIPS-avtalet av 164 länder för att nämna några. Det innebär dock inte att reglerna är lika i samtliga länder, inte ens inom EU. Så fort man börjar gräva sig ner i detaljer dyker saker som Portugals nyhetsfrist eller liknande upp.

Detta är en verklighet som många företag behöver lägga ansemliga resurser på att hantera. För en del företag blir dessa rättsliga skillnader något de kan använda till sin fördel, för andra leder det till kostnader och osäkerhet.

EU:s roll i patentsystemet

Klart är att EU-kommissionen, inte minst genom handlingsplanen för immaterialrätt och nu patentpaketet, vill ta sig en tydlig roll på patentområdet. Problemet för Europa är att vi har ett annat system parallellt i form av europeiska patentkonventionen, som ligger till grund för Europeiska patentorganisationen (EPO) med 39 medlemsländer.

Europeiska patentkonventionen, och EPO, har varit en formidabel succé, men 39 länder är fler än EU:s 27 medlemsländer. EPO betonar på många olika sätt sin självständighet, inte minst i relation till EU. Det betyder att EU på många sätt är vingklippta när det gäller det

patenträttsliga regelverket. EU har svårt att vara en aktiv aktör när det gäller den rättsliga utvecklingen av centrala frågor, såsom det patenterbara området.

Detta har redan blivit tydligt genom hanteringen av det så kallade biotech-direktivet (98/44/EG). Genom det direktivet skulle EU få fram ett enhetligt regelverk, inte minst när det gäller det patenterbara området. När det blev skarpt läge markerade EPO sin självständighet och valde att inte följa den tolkning som EU-kommissionen ansåg skulle gälla.

Med tanke på den snabba utvecklingen av digitala innovationer kommer de europeiska regelverken att behöva ses över. Problemet just nu är att EU inte har mandat att göra det samtidigt som det för den form av samverkan som EPO utgör också kan vara svårt att genomföra en sådan rättsutveckling. Det kan konstateras att Europa, inom och utom EU, har satt sig i en rättslig rävsax.

4. Några gemensamma brister

Brister i helhetsperspektiv

Det finns några övergripande brister i patentpaketet, som delvis hänger samman med den rättsliga röran på området. En sådan är att paketet präglas av att EU-kommissionen gärna tycks vilja göra mycket på patentområdet, eftersom patent är så viktiga, men att den bara kan agera på vissa områden där inte andra regelverk lägger hinder.

För det som kallas för ett patentpaket innebär det att paketet lider en brist av helhetsperspektiv på patentsystemet. Även om strävan vad gäller många av förslagen handlar om harmonisering är det små öar av harmonisering, ibland till och med på områden där harmonisering inte tycks fylla reella behov.

Brister i grundläggande analyser

Patentpaketet består av en stor mängd handlingar, där det görs referenser till en stor mängd gjorda undersökningar och liknande. Det är ändå märkligt att det tycks finnas stora brister när det gäller grundläggande analyser. Ett sådant exempel rör förslaget om tvångslicenser. En grundläggande analys skulle behöva peka på ett konkret behov. Finns exempel på att nuvarande system inte har fungerat?

Bristande förståelse för komplexiteten

Patent hanteras alltmer sällan som enskilda patent. Det är länge sedan en produkt bestod av en innovation som täcktes av ett enda patent. Det handlar idag snarare om hantering av patentportföljer. Inte minst handlar handel med rättigheter ofta om korslicenser där köpare också är säljare och säljare också är köpare.

Denna världsbild lyser med sin frånvaro i beskrivningarna av potentiella situationer. De regelverk som föreslås kan komma att bli svårtillämpbara i dagens patenträttsliga verklighet.

Kommissionens roll

EU bygger på en maktbalans mellan olika institutioner. En institution som, inte minst som en följd av pandemin, har kommit att ta sig och få mer makt är EU-kommissionen. På många sätt kan detta vara välkommet, i och med att kommissionen verkligen ska driva unionens intressen.

EU-kommissionen ger sig dock även genom de nu aktuella förslagen en stor roll. För näringslivet är det viktigt med tydliga regler där man förutse tillämpningen. Regler som bygger på att EU-kommissionen blir sittande med rätten att fatta avgörande beslut bör till stor del undvikas. Detta är en del av en större problematik, EU-kommissionen kommer med allt fler förslag där den praktiska tillämpningen ska hanteras i delegerade akter. Detta är en olycklig utveckling.

5. Specifika kommentarer om förslagen

Standardessentiella patent

Bland Svenskt Näringslivs medlemmar råder inte enighet om förslaget som är lagt. Svenskt Näringsliv väljer därför att inte yttra sig över förslaget.

Tvångslicenser

Behovet av regler

Vid en genomläsning av motiven till förslaget ter det sig vällovligt. Det kan dock samtidigt konstateras att det vi lärt av oss pandemin var att nuvarande system faktiskt fungerade: "As evidenced by the COVID-19 crisis, voluntary agreements remain the most efficient tool to enable rapid manufacturing of patent-protected products, including in crises." (Explanatory memorandum, s. 1.)

De argument som sedan följer på att regler ändå behövs förtar inte det faktum att reglerna kan komma att undergräva hela patentsystemet. Vad kan komma att vara att betrakta som en kris? Vad kan komma att anses behövas licensieras via tvång och inte via frivilliga överenskommelser?

Det finns farhågor kring vilken makt som EU-kommissionen kan komma att ta sig med detta regelverk som grund.

Regelverkets konstruktion

En bra sak med förslaget är att det lägger sig som en harmonisering mellan existerande regelverk på olika nivåer. Det påverkar inte de nationella regelverk som redan finns i medlemsstaterna, som därmed kan finnas kvar. Förslaget ska inte heller inverka på tillämpningen av artikel 31 i TRIPS-avtalet på internationell nivå.

Normalt sett är Svenskt Näringsliv för alla former av harmonisering. I sig skulle det kunna vara motiverat med harmonisering. Det finns dock när det gäller förslaget brister i analysen av behovet vilket i kombination med risken för att systemet kan komma att missbrukas, inte minst av politiska skäl, kan bli problematiskt.

Omfattningen av licenserna

En del av förslaget som är bristfälligt är när det gäller omfattningen av själva tvångslicensen. Denna brist hänger samman med synen på patent. Det är sällan fråga om en produkt – ett patent – en patenthavare. De regler som föreslås tycks bygga på en förenklad bild av verkligheten.

Detta blir särskilt tydligt vid en läsning av artikel 8 i förslaget i ljuset av texten i artikel 13. Å ena sidan, i artikel 8.1 (a), handlar det om patentet, tilläggsskyddet eller bruksmönstret. Det handlar därmed inte om att licenstagaren ska få del av företagshemligheter kring exempelvis optimeringsteknik.

Å andra sidan, i artikel 13, ska det finnas en lojalitet mellan de olika parterna. De ska samarbeta och ta hänsyn till motpartens intressen. När det gäller företagshemligheter i relation till patent kan knepiga situationer uppkomma. Ska patenthavarens intresse av att bevara företagshemligheter väga över licenstagarens intresse av att få del av information som gör det möjligt att faktiskt använda det som omfattas av patentet?

I anslutning till detta kan skäl 22 läggas. Där anges att konfidentiell information kan komma att behöva delas med EU-kommissionen. Här kan det vara fråga om företagshemligheter som representerar stora värden. Det skydd som ska finnas för dessa företagshemligheter behöver vara betydligt starkare än det som antyds i skäl 22.

Ersättning

Licenstagaren ska utge ersättning enligt artikel 9. I vanliga licensavtal är frågan om ersättning något som parterna förhandlar om och där de kan välja olika konstruktioner för att hitta balanserade lösningar. Konstruktioner kan exempelvis bygga på olika ersättningsnivåer över tid beroende på var man är i en kommersialiseringscykel.

Det förslag som ligger på bordet i form av artikel 9 är mycket olyckligt. Det ter sig orimligt att EU-kommissionen ska kunna ha tillräcklig kompetens för att avgöra vilken nivå som ska gälla för olika typer av tvångslicenser. Det tak som ställs upp i artikel 9.2 ter sig också orimligt.

Grunden för att det är orimligt är inte minst det som anges i artikel 9.3 (a) om att kommissionen ska ta hänsyn till det ekonomiska värdet av aktiviteten under tvångslicensen. Den som exempelvis läst domar om skadestånd i mål om immaterialrättsliga intrång vet att detta är något som är oerhört svårt.

Tilläggsskydd

Förslagen om tilläggsskydd ligger till stora delar inom vissa specifika branscher. Det gör att Svenskt Näringsliv avstår från att i detalj kommentera förslagen. I sig kan konstateras att med enhetligt patent behövs också en form av enhetliga tilläggsskydd.

Den farhåga som dock finns gäller kompetensen hos EU:s immaterialrättsmyndighet (EUIPO). Det faktum att frågan måste hamna hos EUIPO hänger samman med den patenträttsliga röran inom Europa (och EU). Kompetens finns i huvudsak på andra håll, men dessa andra håll är inte inom EU-myndigheter. Det är viktigt att säkerställa att EUIPO verkligen tillställs tillräcklig kompetens och inte minst tillräckliga resurser.

SME Fund

EU har de senaste åren gjort stora satsningar i relation till de små och medelstora företagens användning av de immaterialrättsliga systemen. I samband med lanseringen av patentpaketet meddelades att det avsätts mer medel för 2023 EU SME Fund. Området för vad som kan få ersättning ökas också.

Risken finns dock att dessa satsningar skjuter helt vid sidan av målet. De satsningar som redan har gjorts behöver utvärderas. Risken finns att detta blir stora och dyra satsningar utan att faktiskt hjälpa de som behöver hjälpen som mest. Här vill Svenskt Näringsliv peka på bland annat behovet av ökad kunskap på immaterialrättsområdet.

Christina Wainikka

Policyexpert för immaterialrätt