



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Erik Pilhage

En summarisk rättsfrågeprövning?

Om att pröva komplicerade rättsfrågor vid interimistiska förbudsyrkanden i patentmål

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Peter Westberg

Termin för examen: HT21

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Varför?	7
1.2 Hur?	10
1.2.1 Syfte och frågeställning	10
1.2.2 Avgränsningar	11
1.2.3 Metod	12
1.2.4 Material	14
1.2.5 Forskningsläge	16
1.2.6 Disposition	17
2 INTRODUKTION TILL INTERIMISTISKA FÖRBUD I PATENTRÄTTEN	18
2.1 Allmänt om interimistiska förbudsyrkanden	18
2.2 Bifallsvillkor för ett interimistiskt förbudsyrkande	20
2.2.1 Vad omfattar bifallsvillkoret ”sannolika skäl”?	21
2.2.2 Sammanfattning av kravet på ”sannolika skäl”	31
2.3 Sak- och rättsfrågor	32
3 RÄTTSFRÅGOR VID PRÖVNING AV SLUTLIGA OCH INTERIMISTISKA FÖRBUDSYRKANDEN	35
3.1 Inledning	35
3.2 Vad utgör en fullständig prövning av ett yrkande om slutligt förbud inom patenträtten?	35
3.2.1 Rättsfrågor vid prövning av ogiltighet	36
3.2.2 Rättsfrågor vid prövning av begränsningsyrkanden	39
3.2.3 Rättsfrågor vid prövning av intrångsfrågan	42
3.3 Prövning av interimistiska förbudsyrkanden i praxis	45
3.3.1 PMÖD 2017:4 (Viiv v. Sandoz)	45
3.3.2 NJA 2002 s. 660 (Eli Lilly)	47
3.3.3 PMÖD i PMÖ 12172-18 (Sandoz v. Searle m.fl.)	48
3.3.4 PMÖD i ÖÄ 9614-17 (Söderhamn Eriksson v. Tolé verktyg)	51
3.3.5 PMÖD i PMÖ 4865-18 (Eli Lilly v. Sandoz)	52

3.3.6	Ett särskilt exempel på både slutlig och interimistisk prövning	53
4	EN SUMMARISK RÄTTSFRÅGEPRÖVNING?	55
4.1	Tänkbara sätt att summariskt pröva rättsfrågor	55
4.1.1	Användandet av presumtioner för vissa rättsliga bedömningar	56
4.1.2	Summarisk användning av rättskällor	60
4.1.3	Användandet av bevisbördor för att placera ansvaret för en rättslig bedömning hos parterna	62
4.1.4	Komplicerade rättsfrågor kan innebära att käranden inte visat sannolika skäl	65
4.1.5	Proportionalitetsöverväganden inom ramen för sannolika skäl?	69
4.2	Avslutande slutsatser och kommentarer	71
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	75
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	79

Summary

In order to provide a patent holder a possibility to quickly stop an ongoing patent infringement, the Swedish Patent act (1967:837) includes provisions on *preliminary injunctions*. A preliminary injunction is in effect until a final judgement has been given, or the court has decided otherwise. This procedure is well used in patent law, and in practice often becomes the final solution to a legal dispute.

In examining a claim for preliminary injunction, the court is confronted with the task of making a quick decision based on limited material, as the parties have not yet had the time or the opportunity to gather and present all the evidence that would be available at a full trial. Therefore, there might be questions with uncertain answers. These uncertainties are not limited to questions of evidence but may also be raised in issues of law. In these cases, according to case law, the Swedish Patent and Market Courts (who are exclusive forums for patent cases) shall use what could best be translated to as a “*summary examination*”, to find a preliminary answer to these questions at this early stage of the trial.

To obtain a preliminary injunction, the Swedish Patent act requires the plaintiff to show probable cause for infringement. In case law and legal literature this requirement has been interpreted as containing both issues of facts and issues of law. If true, it means that issues of law should be solved using a “summary examination”. How is such an examination carried out?

This essay asks the question of how a judge, who is ruling on a preliminary injunction claim in a patent case, examines and decides on complicated issues of law. The underlying idea is that, in some cases, there are issues of law that are of such complex nature that, due to the need for an urgent ruling, the judge cannot fully examine the questions at the interim stage of a trial. An example of this would be if the court considers it necessary to

obtain a preliminary ruling from the European Court of Justice to find an answer to the legal question, which would be too time consuming. In these cases, the judge must, using some method, handle the uncertainties related to issues of law.

In investigating the questions of this essay, I have mainly studied legal literature and case law to understand what a “summary examination” is. Issues that are examined includes, *inter alia*, the requirement of the plaintiff’s need to show probable cause for infringement and some key legal issues which typically arise in patent law cases.

This essay concludes that there are three main ways in which the courts seem to use a “summary examination”. *Firstly*, a patent is presumed to be valid at the interim stage. *Secondly*, the judge can limit which sources of law he/she uses. *Thirdly*, certain complicated issues of law may mean that the plaintiff has failed to show probable cause for infringement. In the concluding part of the essay these three ways of using a “summary examination” is problematized in relation to, for example, the legal principle of *iura novit curia* (“the court knows the law”) and rule of law.

Sammanfattning

I syfte att ge innehavaren av en patenträttighet möjlighet att snabbt få stopp på ett pågående patentintrång innehåller patentlagen (1967:837) regler om *interimistiska vitesförbud* mot intrångsgörare. Ett sådant förbud gäller till dess att slutlig dom meddelats eller domstolen beslutat något annat. Detta förfarande är väl använt inom patenträtten, och blir i praktiken ofta ett slutligt avgörande av den juridiska tvisten.

Vid prövningen av ett yrkande om interimistiskt vitesförbud har Patent- och marknadsdomstolarna (som är exklusiva forum för patenttvister) uppgiften att snabbt fatta beslut på ett begränsat underlag. Detta beror på att parterna ännu inte haft tid eller möjlighet att frambringa full bevisning. Det kan alltså föreligga osäkerheter i hur saker och ting verkligen förhåller sig. Dessa osäkerheter är inte begränsade till bevisfrågor, utan kan även aktualiseras i rättsliga frågor. Prövningen som ska göras på detta tidiga stadie av rättegången har i praxis benämnts som ”översiktlig och preliminär”, men kan även kallas ”summarisk”.

För att vinna bifall med ett interimistiskt förbudsyrkande kräver patentlagen att käranden kan visa *sannolika skäl* för att intrång förekommer. I praxis och doktrin har detta krav tolkats som innehållandes både sak- och rättsfrågor. Av detta följer att även prövningen av rättsfrågor ska vara ”översiktlig och preliminär”. Hur går en sådan prövning till?

Denna uppsats frågar sig hur domaren som beslutar om ett interimistiskt förbud i patentmål handlägger och prövar komplicerade rättsfrågor. Den bakomliggande tanken är att det i vissa fall uppkommer rättsfrågor som är av så komplicerad art att domaren av tidsmässiga skäl inte fullt ut kan utreda dem på det interimistiska stadiet. Ett exempel på detta är då domstolen anser sig behöva inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen för att få ett

svar i en rättsfråga, vilket skulle ta alltför lång tid. I dessa mål måste domaren alltså, med någon metod, hantera osäkerheten i rättsfrågan.

För att undersöka uppsatsens frågeställning har jag framförallt studerat doktrin och domstolsavgöranden för att ta reda på vad som gör en prövning *översiktlig* eller *summarisk*. För att göra detta undersöks exempelvis vad som omfattas av bifallsvillkoret att kändanden ska visa sannolika skäl för att intrång förekommer, samt några centrala rättsfrågor som aktualiseras vid en fullständig prövning i patentmål.

Uppsatsens slutsats är att det finns huvudsakliga tre sätt som domaren använder sig av för att översiktligt och preliminärt pröva rättsfrågor. Dessa är att ett patent vid en översiktlig prövning presumeras vara giltigt, att domaren kan begränsa vilka rättskällor denne använder samt att vissa komplicerade rättsfrågor kan innebära att kändanden inte förmått visa sannolika skäl för att intrång förekommer. I uppsatsens avslutande del problematiseras dessa slutsatser i förhållande till exempelvis principen om *jura novit curia* och frågor om rättssäkerhet.

Förord

Jag önskar rikta ett stort tack till alla som hjälpt mig under mina juridikstudier. Detta inbegriper, men begränsar sig inte till, min hund, mina vänner, min familj och min kaffekokare. Inte nödvändigtvis i den ordningen.

Ett särskilt tack riktas till dig som tar dig tid att läsa denna uppsats.

Malmö, januari 2022
Erik Pilhage

Förkortningar

EKMR	Europakonventionen för mänskliga rättigheter
EPO	European Patent Office
EPC	European Patent Convention
HD	Högsta domstolen
IPRED	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter
NJA	Nytt juridiskt arkiv
PL	Patentlag (1967:837)
PMD	Patent- och marknadsdomstolen
PMÖD	Patent- och marknadsöverdomstolen
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
Tilläggskyddsförordningen	Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 469/2009 av den 6 maj 2009 om tilläggskydd för läkemedel
TRIPS	The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
WIPO	World Intellectual Property Organization

1 Inledning

1.1 Varför?

Sverige är ett av världens mest innovativa länder. Att Sverige länge varit ett land i teknikens framkant är någonting vi får lära oss från tidig ålder. Alfred Nobel uppfann dynamiten; Nils Alwall dialysatorn; Sven Wingquist kullagret; John Ericsson propellern. I den ranking WIPO (FN:s immaterialrättsorgan) gör på området placerade sig Sverige år 2021 på andraplats bakom Schweiz. Sverige har under mer än ett decennium placerats sig på topp tre i rankingen.¹ Sverige har exempelvis näst högst antal patentansökningar per invånare i hela världen.²

Patenträtten är en ständigt aktuell samhällsfråga. Teknisk utveckling är en förutsättning för att vårt samhälle ska nå målen som satts i vår tids stora frågor. Hur vi ska lyckas med en grön omställning och tackla pandemier är frågor som diskuteras i politiska debatter, styrelserum och vid köksbordet. Avgörande lösningar kommer att komma ur laboratorier runt om i världen. Uppfinnare kommer med idéer om allt från hur vi ska kunna dricka Cola-Cola på våra framtida resor till Mars³ till att i rekordfart ta fram vaccin mot Covid-19. Det är svårt att inte bli nyfiken på patenträtten. På tal om rätt, kanske är det krokodilägg och fluglarver vi kommer att skölja ner med Coca-Colan?⁴

Immaterialrättigheter (patent, upphovsrätter, varumärkesrättigheter m.m.) sägs ofta utgöra 80 % av ett företags värde.⁵ Exempelvis uppgick Ericssons inkomster från patentlicensavtal tredje kvartalet 2021 till 2,6 miljarder kronor.⁶ I en domstolstvist från mitten av 2010-talet mellan Microsoft och

¹ WIPO (2021), s. 21.

² EPO *Patent statistics* (Key data for selected countries, Sweden).

³ PRV (2020), s. 61 f.

⁴ PRV (2020) s. 61 f.

⁵ PRV (2020), s. 2; Hadzima (2013).

⁶ Ericsson (2021).

Samsung framkom att Samsung årligen betalat Microsoft över en miljard dollar för patentlicenser för sina Android-telefoner.⁷ Det är alltså stora värden som står på spel.

Mot denna bakgrund är det inte någon överraskning att det förekommer att konkurrerande företag ibland använder patenterad teknik utan tillåtelse från patenthavaren – d.v.s. gör sig skyldiga till patentintrång. Detta kan bli ett mycket besvärligt scenario för en uppfinnare, särskilt om denne av ekonomiska skäl inte kan beivra intrånget. Ett välkänt svenskt exempel på detta är uppfinnaren Håkan Lans, som b.la. uppfunnit ett navigationssystem för fartyg och flygplan kallat AIS. Uppfinningen ledde till en långdragen tvist med försvarskoncernen Saab.⁸ Lans har själv uttryckt det som att ”den som får ett värdefullt patent godkänt belönas ofta med ett helvete, och man måste vara beredd att försvara sitt patent i rätten”.⁹ Trots att Lans vann processen i skiljenämnden ville han inte kalla sig själv för en vinnare. ”Allt detta är snarare ett misslyckande för mänskligheten”, menade Lans.¹⁰

Att snabbt få till stånd ett förbud för den som begår intrång i en patenträttighet är oerhört värdefullt för patenthavaren. Det system som används för detta syfte är det *interimistiska förfarandet*. En patenthavare kan yrka att domstolen interimistiskt (d.v.s. till dess att dom meddelats eller annat beslutats) ska förbjuda en intrångsgörare från att, vid hot om vite, fortsätta med sitt intrångsagerande. Den som äger ett patent rörande en viss maskin och som upptäcker att en konkurrent kopierat maskinen kan på detta sätt snabbt få till ett rättsligt förbud mot konkurrenten att fortsätta använda uppfinningen. Förbudet kombineras med hot om höga vitesbelopp om det inte följs.

Det interimistiska förbudet har inom patenträtten kommit att bli en sorts ”snabbprocess” varigenom tvisten i praktiken slutligt löses – parterna

⁷ Fosspatents (2014).

⁸ Cardona Cervantes (2016) i SvD.

⁹ Klingnell (2016) i DI.

¹⁰ Alestig (2016) i SvD.

tenderar nämligen att förlikas efter det interimistiska beslutet. Detta är inte meningen med regleringen, utan en konsekvens av att näringslivet inte har tid att vänta på en slutlig dom. En patenträttighet gäller som huvudregel i endast 20 år.¹¹ Ingen patenthavare är intresserad av att spendera flera av dessa år med att tvista om patentets giltighet.

Den svenska rättegångsbalken bygger på en ansvarsfördelning mellan parter och domstol. Fördelningen i dispositiva tvistemål kan enklast beskrivas som att det är parternas uppgift att berätta för domstolen vad som har eller inte har hänt, och domstolens uppgift att bedöma vilken juridisk betydelse det händelseförlopp som bevisats har. Det kan exempelvis vara kärandens uppgift att berätta att denne köpt en bil som en kort tid efter köpet visade sig ha en trasig motor, trots att säljaren sagt att bilen var fullt fungerande. Köparen behöver inte säga till domstolen att detta innebär att bilen är ”felaktig” i köplagens mening. Det är nämligen domstolens uppgift att, inom ramen för vad parterna yrkat och åberopat, avgöra vilken rättslig betydelse det har att bilens motor var trasig. Denna ansvarsfördelning mellan parter och domstol brukar beskrivas med olika principer, såsom *dispositionsprincipen* och principen om *jura novit curia* (rätten känner lagen).

Det finns i det interimistiska förfaranden skäl att fråga sig om denna ansvarsfördelning verkligen upprätthålls fullt ut. Bifallsvillkoret att käranden ska ”visa sannolika skäl” för sitt civilrättsliga anspråk tolkas nämligen ofta som att det däri ligger en prövning av rättsliga frågor – det vill säga sådant som i vanliga fall förväntas utredas fullt ut av domstolen. Men vad gör en domare som inte hinner utreda en komplicerad rättsfråga innan beslut ska fattas?

¹¹ 40 § PL.

1.2 Hur?

1.2.1 Syfte och frågeställning

Vid ett yrkande om interimistiskt förbud mot en påstådd intrångsgörare ska patent- och marknadsdomstolarna (PMD och PMÖD) fatta ett snabbt beslut på ett begränsat underlag. Syftet med denna uppsats är att utforska en specifik del i detta beslutsfattande, nämligen hur domstolarna handlägger och prövar rättsfrågorna. I grunden för den frågan ligger tanken att rättsfrågor ibland är så komplicerade att det inte går att snabbt finna ett väl underbyggt svar på dessa spörsmål. Man kan fråga sig på vilket underlag och hur noggrant domstolen då reder ut rättsfrågorna.

Uppsatsens övergripande frågeställning är *hur handlägger och prövar domaren komplicerade rättsfrågor på det interimistiska stadiet i patentmål?*

I uppsatsen kommer jag, i syfte att vara mer koncis, använda begreppet *metod* för att beskriva detta arbetssätt. När jag i uppsatsen talar om vilken ”metod” som används vid en summarisk rättsfrågeprövning avses alltså ”på vilket sätt domaren handlägger och prövar”. En poäng med att använda begreppet *metod* för att beskriva detta är att försöka hitta generella karaktärsdrag i prövningen som gör att den kan systematiseras och placeras i ett större sammanhang.

Begreppen *översiktlig prövning* och *summarisk prövning* förekommer i praxis för att beskriva prövningen på det interimistiska stadiet.¹² Det korta svaret på den övergripande frågeställningen vore alltså att domaren handlägger och prövar rättsfrågorna ”översiktligt” eller ”summariskt”. Begreppen avser en snabbare och enklare prövning än en *fullständig*; alltså en *förenklad prövning*. Orden *summarisk* och *översiktlig* används synonymt i uppsatsen. Begreppens närmare innebörd har inte definierats i auktoritativa rättskällor. Ordens definitioner är nära sammankopplade med frågan om vilken metod som används vid ett interimistiskt beslut. Uppsatsens syfte kan

¹² Se t.ex. NJA 2006 s. 380, PMÖD 2017:4 och PMÖD i PMÖ 11561–20.

alltså även sägas omfatta att försöka finna ett svar på vad som gör en prövning ”summarisk” eller ”översiktlig”.

Uppsatsen kan sammanfattningsvis sägas syfta till att utreda vilken metod domaren i ett patentmål använder för att, summariskt/översiktligt, pröva rättsfrågor på det interimistiska stadiet och på vilket sätt den metoden är förenklad i förhållande till en fullständig prövning. För att besvara detta krävs svar på ett antal andra frågor, såsom vad bifallsvillkoret ”sannolika skäl” omfattar och vad som utgör en fullständig prövning av rättsfrågor inom patenträtten.

1.2.2 Avgränsningar

I syfte att göra materialet hanterbart har jag valt att göra vissa avgränsningar. En sådan är att fokus ligger på patenträtten och inte övriga immaterialrättigheter (t.ex. upphovsrätt eller varumärkesrätt). Uppsatsen går tämligen djupt in i frågor om vilka rättsfrågor som aktualiseras i patenträtten. Att göra motsvarande undersökning för fler immaterialrättigheter hade blivit alltför omfattande. Som kommer att framgå, innebär detta ställningstagande dock inte att ingen annan immaterialrättslig praxis än patenträttslig behandlas. Det finns vissa centrala avgöranden från t.ex. varumärkes- och upphovsrätten, men även från den övriga civilrätten, som äger tillämpning även inom patenträtten. Detta är särskilt sant vad gäller att utröna vad kravet på ”sannolika skäl” innebär. Det materiella innehållet i andra immaterialrätter än patenträtten kommer dock inte behandlas.

Uppsatsen har ett processrättsligt fokus. Ibland får den materiella patenträtten därför ge vika för att på ett djupare sätt undersöka de processuella frågorna. Det visar sig exempelvis genom ett starkt fokus på den nationella svenska regleringen, trots att patenträtten är starkt influerad av internationella överenskommelser, särskilt EPC och TRIPS-avtalet. Processuella frågor är dock framförallt en nationell angelägenhet. Uppsatsen gör inte heller anspråk på att ge en heltäckande bild av den juridiskt

komplikerade patenträtten. Syftet i den delen är i stället att behandla så mycket materiell patenträtt att de processuella delarna blir begripliga.

Särskilt viktigt är att uppsatsen fokuserar på summarisk prövning av rättsfrågor – inte sakfrågor. Den översiktliga prövningen av frågor hänförliga till bevisningen kommer därför inte att behandlas mer än ytligt.

1.2.3 Metod

Inom juridiken används ofta termen *rättsdogmatisk metod* för att beskriva vad en jurist gör: att med hjälp av de accepterade rättskällorna finna svaret på juridiska frågor. Vart den yttre gränsen går för en sådan metod är inte helt klart. I sin kärna innehåller en rättsdogmatisk metod en analys av rättskällor med auktoritet i syfte att beskriva rätten *de lege lata* (rätten som den är), eller annorlunda uttryckt, vad som utgör *gällande rätt*.¹³ Detta kan kallas *rättskällevärdet*.¹⁴ Men redan här stöter vi på problem. Hur rangordnar vi rättskällorna? Frågan har inget självklart svar. Det finns skäl att fundera över detta i denna uppsats. Vad har högst auktoritativt värde: ett HD-avgörande eller ett avgörande från PMÖD (d.v.s. Svea hovrätt)? HD, tänker läsaren nu. *Det beror på*, säger jag. För att exemplifiera detta kan nämnas de ingående prövningar HD gjorde i immaterialrättsliga mål, i fråga om interimistiskt beslut, på 90-talet.¹⁵ PMÖD:s mer kontemporära praxis understryker behovet av att vid en interimistisk prövning använda en översiktlig metod.¹⁶ Å andra sidan säger PMÖD detta med hänvisning till ett HD-fall.¹⁷ Hur avgör vi vilket avgörande som ger uttryck för ”gällande rätt”?

Denna uppsats är inte ett försök att endast beskriva innehållet i en rättsregel. Det vore alltför otillfredsställande att göra det grundliga arbetet med att vaska fram ett svar på vissa för uppsatsen centrala juridiska frågor utan att

¹³ Olsen (2004), s. 112.

¹⁴ Olsen (2004), s. 112, 118 ff.

¹⁵ Se NJA 1995 s. 635, NJA 1995 s. 631 och NJA 1998 s. 179 som behandlats av Westberg (2004), bok 4, s. 169.

¹⁶ B.la. PMÖD 2017:4.

¹⁷ NJA 2006 s. 380.

använda det materialet för att göra någon form av analys. Utan att föregripa huvudsaken så kan jag redan nu avslöja att uppsatsens huvudsakliga frågeställning – om och på vilket sätt rättsfrågor summariskt prövas vid interimistiska förbudsyrkanden i patentmål – inte går att besvara endast genom att använda sig av rättskällemetoden. Det finns nämligen ingen rättskälla med tillräcklig auktoritet som ”satt ned foten” på det här området.

Den rättsdogmatiska utredning jag genomför ligger till grund för en analys om rättsreglernas tillämpning. Detta görs genom att jag i avsnitt 4 ställer upp tänkbara sätt att summariskt pröva rättsfrågor. En renodlat rättsdogmatisk metod är inte den bäst lämpade att göra en sådan analys. Begreppet *rättsanalytisk metod* kan omfatta en metod som visserligen har inslag av den rättsdogmatiska, men också omfattar analys och kritik. Här om råder dock delade åsikter om vart gränsen går för vad man ”får” göra inom ramen för en rättsdogmatisk metod.¹⁸

Mitt huvudsakliga syfte är inte att kritisera gällande rätt (så som den definierats i praxis), även om det finns inslag av detta i uppsatsen. Den huvudsakliga poängen är istället att försöka analysera det som framgår av ”gällande rätt”, och i någon mån att erbjuda läsaren några alternativa sätt att lösa de problem domstolarna ställs inför. Frågor och analyser som ställs kan exempelvis vara hur det i praxis används sättet att tolka kravet på ”sannolika skäl” förhåller sig till principen om *jura novit curia*, och vilka alternativa sätt att summariskt pröva rättsfrågor som finns utöver de som domstolarna tillämpar.

Jag väljer att kalla metoden jag använder för rättsanalytisk. Min syn på metoden är att den innebär dels en rättsdogmatisk utredning i syfte att reda ut ”gällande rätt”, dels att dra slutsatser av utredningen och placera dessa i ett större system eller perspektiv.

¹⁸ Jfr Jareborg (2004), som anser att det som här kallas rättsanalytisk metod låter sig göras inom ramen för en rättsdogmatisk metod; för en redogörelse för en snävare syn på rättsdogmatikens metod, se Olsen (2004), s. 116 ff.

1.2.4 Material

Materialet kan grovt sett delas upp i tre delar: det som rör de rent processrättsliga aspekterna, det som rör immaterialrätten specifikt och det som existerar i gränslandet mellan process- och immaterialrätt. Materialet som rör processrätten är till stor del hämtat ur doktrin. Här märks bland annat Peter Westbergs funktionsstudie *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål* (bok 1–4), Per Olof Ekelöfs (m. fl) *Rättegång*, Fitgers (m. fl) *Rättegångsbalken*, Bengt Lindells doktorsavhandling *Sakfrågor och rättsfrågor* och Torkel Gregows *Kvarstad och andra säkerhetsåtgärder*. I det rent processrättsliga materialet används även en hel del domstolsavgöranden, särskilt från HD.

I det immaterialrättsliga materialet märks särskilt Marianne Levins *Lärobok i immaterialrätt*, Bernitz (m. fl) *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* samt en mängd avgöranden från Svea hovrätt, HD och PMÖD. Här ska något sägas om praxisurvalet. Jag övervägde länge att tillföra praxis även från PMD (d.v.s. Stockholms tingsrätt). Ett argument för att göra det är att patentmål ofta stannar i första instans. Jag ansåg dock att argumenten emot var starkare. Dels har avgöranden från PMÖD ett större prejudikatvärde. Dels finns det tillräckligt med avgöranden från PMÖD för att denna uppsats frågeställningar ska kunna utredas.

I det material som omfattar både process- och immaterialrättsliga frågor märks bland doktrinen b.l.a. Henrik Bengtsson och Ralf Lyxells *Åtgärder vid immaterialrättsintrång* och Marcus Norrgårds *Interimistiska förbud i immaterialrätten*.

Vad gäller urvalet av material har jag valt att fokusera på den doktrin och de domstolsavgöranden som huvudsakligen behandlar, på ett eller annat sätt, summarisk rättsfrågeprövning. Det finns härtill flera anknytande frågor som hade varit av intresse i ett mer omfattande arbete än det förevarande. Ett exempel på en sådan fråga är hur domarens processledning påverkas av att osäkerheten föreligger på rättsfrågeplanet och inte i fråga om

sakomständigheter. Finns det skäl att jämföra rättsfrågan med indispositiva element (där domaren typiskt sett är mer aktiv än i dispositiva element)? Ett ytterligare exempel på en fråga jag gärna haft tid och utrymme att gå till botten med är hur PMÖD:s hanterade av osäkerheter i rättsfrågor relaterar till frågor som kärandens rätt till effektiva rättsmedel.

Jag har vidare valt att i så stor utsträckning som möjligt använda domar från nuvarande patent- och marknadsdomstolarna. Dessa infördes 2016, och är numera exklusiva forum för b.la. immaterialrättsliga tvister.¹⁹ Detta motiveras med att det är lättare att hitta en röd tråd i avgörandena då de kommer från samma domstol (och inte sällan författats av samma domare). Därtill är den praxis som arbetas fram i PMÖD nu vägledande på immaterialrättens område, på ett sätt som Svea hovrätts avgöranden tidigare inte var (trots att Svea hovrätt nu är PMÖD²⁰). Skälet till detta är att PMÖD i nästan alla fall är sista instans i dessa mål, då det är upp till PMÖD själva att bestämma om deras domar kan överklagas till HD (d.v.s. om PMÖD lämnar s.k. ”ventil”).²¹ Detta sker mycket sällan. Det har dock inte gått att komma ifrån att använda även en del HD-avgöranden på immaterialrättens område, och något enstaka avgörande från Svea hovrätt, då dessa fortfarande flitigt hänvisas till i praxis och doktrin.

Angående den praxis som används så hade det varit önskvärt att endast behandla patenträttslig sådan. Flera av de frågor jag söker svar på har tyvärr inte behandlats i sådan praxis från högre ort (PMÖD eller HD). Vad gäller det för interimistiska förbud uppställda kravet på sannolika skäl så förekommer det dock som krav även inom andra immaterialrättsliga områden. Samtliga immaterialrättsliga lagar innehåller regler om s.k. informationsföreläggande, som i sin tur har mycket gemensamt med reglerna om interimistiskt förbud. Särskilt relevant är att de båda är

¹⁹ PMD och PMÖD regleras i en särskild lag, lag (2016:188) om patent- och marknadsdomstolar.

²⁰ 2 § andra stycket lag om patent- och marknadsdomstolar.

²¹ 3 § tredje stycket lag om patent- och marknadsdomstolar.

civilprocessuella säkerhetsåtgärder med samma beviskrav (sannolika skäl).²² Vad som därför sagts om sannolika skäl gällande informationsföreläggande äger därför tillämpning även vid interimistiska förbud.²³ Av den anledningen behandlas även viss praxis gällande informationsförelägganden.

1.2.5 Forskningsläge

Denna uppsats huvudsakliga frågeställning är på vilket sätt rättsfrågor prövas summariskt/översiktligt vid interimistiska förbudsyrkanden i patentmål. Summarisk prövning av rättsfrågor är omskrivet i tidigare forskning. I synnerhet har Peter Westberg har i *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål* (bok 4) analyserat den summariska rättsfrågeprövningen och dess för- och nackdelar.²⁴ Kenneth Nordbacks *Interimistiska åtgärder i EG-rättsliga mål* behandlar exempelvis EU-rättens påverkan på det svenska provisoriska rättsskyddet, och diskuterar däri frågan om vad han kallar ”lätnader på rättsfrågeplanet”.²⁵ Marcus Norrgård har behandlat de för immaterialrätten specifika interimistiska förbuden, för den finska rättens del, i *Interimistiska förbud i immaterialrätten*.

Även om flera författare tidigare behandlat till denna uppsats nära angränsande frågor så motiverar jag valet av ämne såhär. Den forskning jag just redogjort för börjar bli gammal – Nordbacks avhandling kom 2005, Westbergs studie 2004, Norrgårds arbete 2002. Immaterialrätten, och då särskilt patenträtten som jag valt att fokusera på, har genomgått stora förändringar sedan dess. Dels har ny EU-rättslig lagstiftning kommit i form av IPRED (det civilrättsliga sanktionsdirektivet), dels har det inrättats patent- och marknadsdomstolar med exklusiv kompetens att behandla immaterialrättsliga mål. En del av de analyser och slutsatser som dragits i tidigare doktrin har visat sig stämma, och en del har visat sig inte göra det.

²² Prop. 2008/09:67, s. 149 ff; NJA 2012 s. 975, p. 39–43.

²³ Jfr NJA 2012 s. 975 med PMÖ 10991–18 (Astra Zeneca v. Sandoz).

²⁴ Westberg (2004), bok 4, s. 162–176.

²⁵ Nordback (2005), s. 246–290.

Det finns sammanfattningsvis enligt mig goda möjligheter att nu undersöka hur PMÖD och HD eventuellt behandlar en summarisk prövning av rättsfrågor, som inte fanns när den tidigare forskningen kom.

1.2.6 Disposition

Uppsatsen har följande disposition. I avsnitt 2 behandlar jag den huvudsakliga bakgrundsinformation som läsaren behöver för att tillgodogöra sig arbetets efterföljande delar. I det avsnittet behandlar därför det interimistiska förbudet och dess bifallsvillkor, i synnerhet vad som ingår i bifallsvillkoret ”sannolika skäl”.

I avsnitt 3 behandlar jag uppsatsens undersökande del. Här behandlas ramarna för en slutlig prövning av ett förbudsyrkande i patenträtten. Vidare redogör jag utförligt för hur prövningen av interimistiska förbudsyrkanden hanterats i praxis.

Avsnitt 4 är arbetets analyserande del. I detta avsnitt använder jag underlaget i avsnitt 2–3 och konstruerar tänkbara sätt att summariskt pröva rättsfrågor. Dessa tänkbara sätt appliceras sedan på den praxis som redogjorts för i avsnitt 3. Syftet är att begripa om det finns inslag av en summarisk/översiktlig rättsfrågeprövning i patenträtten, och vad denna i så fall består av. Uppsatsen sista del innehåller några avslutande tankar och slutsatser.

2 Introduktion till interimistiska förbud i patenträtten

2.1 Allmänt om interimistiska förbudsyrkanden

På yrkande av en patenthavare, eller någon som har en licens från denne, får en domstol vid en slutlig prövning förbjuda en svarande som begår eller medverkar till intrång att, vid hot om vite, fortsätta sitt intrångsagerande.²⁶ Regeln har funnits i den svenska patentlagen sedan 1986.²⁷ Sådana förbud kallas i denna uppsats ”slutligt förbud”.

Om det yrkas kan domstolen besluta om ett förbud att vidta vissa åtgärder interimistiskt, alltså till dess att målet slutligt avgjorts.²⁸ Regler av samma innebörd återfinns också i IPRED:s artikel 9.1. Syftet är att få till ett omedelbart förbud mot ett pågående immaterialrättsintrång. Ett avgörande inslag i det interimistiska förfarandet är alltså att beslutet ska fattas en kort tid efter att yrkandet framställts. Även det interimistiska förbudet kan kombineras med vite. Vitets belopp ska vara så högt att det förmår vitesadressaten att följa föreläggandet som är förenat med vitet.²⁹ Det brukar uttryckas som att vitets storlek ska vara ”verkningsfullt” - mångmiljonbelopp är ingenting ovanligt.³⁰ Det är detta förfarande som i uppsatsen kommer kallas för det ”interimistiska förbudet”.

Förbudsyrkandet omfattar i praktiken att den som påstås begå intrång ska förbjudas att vidta vissa åtgärder. Vanliga sådana åtgärder är exempelvis att bjuda ut, föra ut på marknaden, importera, tillverka och marknadsföra den

²⁶ 57 b § första stycket PL.

²⁷ Prop. 1985/86:86, s. 27 f; se även artikel 44.1 i TRIPS-avtalet.

²⁸ 57 b § andra stycket PL.

²⁹ 3–4 §§ lag (1985:206) om viten.

³⁰ Se exempelvis PMÖD:s dom i PMT 8135–19, där förbudet kombinerades med ett viteshot om 10 miljoner kronor.

intrångsgörande produkten.³¹ Att förelägga en part att vid hot om vite förbjudas vidta vissa åtgärder innebär ett offentlighetsrättsligt maktutövande. Till den del ett mål handlar om vitesförbud är det därför indispositivt.³² Frågan om intrång föreligger är däremot dispositiv.³³

Det interimistiska yrkandet om förbud har karaktären av en civilprocessuell säkerhetsåtgärd.³⁴ Det finns därför skäl att blicka mot rättegångsbalkens 15 kap. för att förstå på vilken grund det i patentlagen speciella interimistiska förbudet vilar. Som huvudregel gäller att tvångsverkställighet inte får ske rörande ett civilrättsligt anspråk innan det meddelats slutlig dom. De civilprocessuella säkerhetsåtgärderna utgör ett undantag till denna huvudregel, och stadgar alltså att domstol kan besluta om vissa åtgärder redan innan domstolen dömt i saken.³⁵ En grundläggande tanke är att det provisoriska rättsskyddet inte ska vara tvistemålsersättande, utan tvistemålsunderstödjande.³⁶ Men som nämnts i tidigare avsnitt blir det interimistiska beslutet i praktiken ofta ett slutligt avgörande av tvisten i patentmål.

Syftet med de civilrättsliga säkerhetsåtgärderna är att säkerställa en meningsfull framtida dom. Typiskt sett betyder det att säkerhetsåtgärden ska trygga verkställigheten av en dom.³⁷ Tanken är alltså att käranden med domstolens hjälp kan se till att det parterna tvistar om finns kvar om käranden slutligt vinner målet. Risker är annars att kärandens talan i praktiken blir meningslös. Motsvarande gäller inom patenträtten. En talan om interimistiskt förbud enligt patentlagens bestämmelser måste föras inom ramen för en process om slutligt förbud.³⁸ Det interimistiska förbudet syftar till att skydda rättighetsinnehavaren från ett omedelbart förestående

³¹ Jfr vad ensamrätten omfattar enligt 3 § PL.

³² NJA 2000 s. 435.

³³ Svea hovrätts beslut den 20 oktober 2008 i mål nummer T 4421–08.

³⁴ Jfr NJA 1995 s. 361 (Sundborn).

³⁵ Fitger (2021), kommentar till 15 kap. RB.

³⁶ Westberg (2004), Bok 1, s. 69, 77 och 82.

³⁷ Ekelöf (2018), tredje häftet, s. 14.

³⁸ Se prop. 2008/09, s. 201 och den däri behandlade möjligheten till interimistiskt förbud med stöd av 15 kap. 3 § RB, som inte uppställer kravet att det pågår en rättegång.

intrång.³⁹ På immaterialrättens område kan det interimistiska förbudet sägas skydda rättighetsinnehavaren från skadeverkningar som skulle ske under rättegången, och som riskerar leda till att en framtida dom vore meningslös eller mindre värdefull.

2.2 Bifallsvillkor för ett interimistiskt förbudsyrkande

För att vinna framgång med ett interimistiskt yrkande krävs att käranden visar *sannolika skäl* för att intrång, eller medverkan till intrång, förekommer. Det ska vidare skäligen kunna befaras att intrångsgöraren genom att fortsätta med intrånget, eller medverkan därtill, förringar värdet av patenträttigheten (*sabotagerisk*).⁴⁰ Käranden ska som huvudregel ställa *säkerhet* för den skada svaranden drabbas av på grund av beslutet.⁴¹

Utöver de i lagtext stadgade kraven krävs det enligt praxis att beslutet är *proportionerligt* i förhållande till de skadeverkningar som riskerar att drabbas den som utsätts för förbudet.⁴² Det finns också en teoretisk möjlighet för käranden att få ett interimistiskt förbud utverkat utan att svaranden får en möjlighet att höras, så kallat *ex parte-förbud*.⁴³ Denna möjlighet är sällan utnyttjad.

Det är särskilt bifallsvillkoret att käranden ska ”visa sannolika skäl för att intrång förekommer” som är av intresse i den vidare framställningen. Frågan är nämligen om det innebär en skillnad i hur domstolen hanterar rättsfrågor vid en prövning av interimistiskt förbud jämfört med prövningen av slutligt förbud.

³⁹ Prop. 2008/09:67, s. 200.

⁴⁰ Se om detta Bengtsson & Lyxell (2006), s. 174 ff.

⁴¹ 57 b § fjärde stycket; se om detta Bengtsson & Lyxell (2006), s. 180 ff.

⁴² NJA 1995 s. 361 (Sundborn). Jfr även NJA 1993 s. 182 och NJA 2005 s. 29; se även Bengtsson & Lyxell (2006), s. 176 ff.

⁴³ 57 b § andra stycket sista meningen PL.

2.2.1 Vad omfattar bifallsvillkoret ”sannolika skäl”?

En förutsättning för att en kärande ska få till en säkerhetsåtgärd – exempelvis kvarstad (15:1–2 RB) eller interimistiskt vitesförbud vid patentintrång (57 b § andra stycket PL) – är att denne kan visa *sannolika skäl* för sin fordran (15 kap. 1 § RB) eller för att intrång förekommer (57 b § andra stycket PL).

Sannolika skäl är ett lägre beviskrav än vad som gäller vid den slutliga prövningen, då käranden som huvudregel har att styrka sitt anspråk.⁴⁴ Detta motiveras med att käranden vid denna tidiga tidpunkt inte har möjlighet att frambringa full bevisning.⁴⁵ I praktiken innebär detta att käranden inte behöver ha lika stark bevisning för att vinna bifall på det interimistiska stadiet som denne behöver vid en slutlig prövning.

I IPRED artikel 9.3 stadgas att det krävs ”skälig bevisning” för att utverka ett interimistiskt vitesförbud. Samma beviskrav framgår av artikel 50.3 TRIPS. I förarbetena vid införandet av IPRED uttalade regeringen att beviskravet ”skälig bevisning” ger ett betydande tolkningsutrymme åt medlemsstaterna att själva bestämma vilken bevisnivå som införs i de nationella reglerna. Regeringen ansåg därför att beviskravet sannolika skäl, som redan innan IPRED gällde i svensk rätt, var i överensstämmelse med direktivets krav.⁴⁶

Det saknas i stort praxis och förarbetsuttalanden som besvarar frågan vad som krävs för att en kärande ska visa sannolika skäl.⁴⁷ Det finns också olika sätt att tolka kravet. Jag delar här upp synsätten i två delar: en som omfattar endast sakfrågor, och en som omfattar både sak- och rättsfrågor.

⁴⁴ Ekelöf (2018), tredje häftet, s. 28 f; vad gäller styrkt, se exempelvis NJA 1993 s. 764.

⁴⁵ Westberg (2004), bok 4, s. 96 f.

⁴⁶ Prop. 2008/09:67, s. 202 ff.

⁴⁷ Ekelöf (2018), tredje häftet, s 29; Westberg (2004), bok 4, s. 90 ff.

Ett första sätt att läsa kravet på ”sannolika skäl” vore att tolka det som (endast) ett för kändanden lägre beviskrav än vad som vanligtvis gäller för att vinna bifall inom civilrätten. Att göra ett visst rättsfaktum *sannolikt* skulle med detta synsätt menas att det inte krävs lika stark bevisning som om samma rättsfaktum ska anses *styrkt*.⁴⁸ Beviskravet sannolikt är exempelvis vanligt förekommande inom den svenska förvaltningsrätten, med just innebörden att det är ett lägre beviskrav än ”styrkt”.⁴⁹ Sannolika skäl skulle i så fall inte omfatta en generell prövning av styrkan i kändandens talan innefattandes både sak- och rättsfrågor utan endast ta sikte på om den bevisning som framlagts är tillräckligt för att nå upp till beviskravet. Detta synsätt skulle innebära att ”sannolika skäl” endast är en bevislättning för kändanden (i förhållande till vad som gäller vid slutlig prövning) – varken mer eller mindre. Domstolens uppgift är med detta synsätt att, precis som vid en gängse slutlig prövning, bevisvärdera vad parterna åberopat i enlighet med principen om fri bevisprövning.⁵⁰ I övrigt skulle domstolen ha att göra en lika ingående prövning som när de slutligt dömer, om än på ett mer begränsat material. Det kan sättas ifråga huruvida detta ger några mätbara tidsvinster. De enda tillfällena en tidsvinst skulle göras skulle nämligen vara då den frambringade bevisningen faller i gränslandet mellan ”sannolikt” och ”styrkt”.

Ett andra sätt att läsa kravet på sannolika skäl är att läsa vilka ord som följer därefter: vad gäller 15 kap. 1 § RB ska således kändanden ”visa sannolika skäl för att *han har en fordran*”; för interimistiskt förbud enligt 57 b § andra stycket PL avkrävs kändanden att ”visa sannolika skäl för att *intrång (...)* förekommer”. Gregow menar, vad gäller 15 kap. 1 § RB, att det räcker med att det framstår som mer troligt än inte att kändanden har det anspråk han hävdar. Det krävs alltså endast minsta sannolikhetsövertikt till kändandens

⁴⁸ Enligt Ekelöf (2018), tredje häftet, s. 28, betecknar ”sannolika skäl” en lägre bevisstyrka än den som allmänhet krävs för att ett käromål ska bifallas; i prop. 2008/09:67, s. 202 ff, behandlas vilket beviskrav som ska vara gällande för svensk rätt i fråga om interimistiska vitesförbud. Resonemanget som förs utgår till synes från att sannolika skäl är just ett beviskrav.

⁴⁹ Lindkvist (2019), s. 87 ff.

⁵⁰ 35 kap. 1 § RB.

fördel för att vinna bifall.⁵¹ Gregow synes alltså ta sikte på om det är sannolikt att en fordran existerar. Gregows synsätt fokuserar därmed på vad käranden sagt om sitt anspråk, och inte på en prognos om hur domstolen kommer att döma slutligt (jfr nedan).⁵² Vad käranden sagt om de faktiska omständigheterna bör exempelvis som utgångspunkt anses vara riktigt, om inte svaranden invänder eller det framstår som orimligt.⁵³ Domaren bör enligt Gregow inte vara alltför restriktiv i sin bedömning.⁵⁴ Ett viktigt element är att Gregow anser att kravet på sannolika skäl inte endast avser sakomständigheter utan även rättsfrågor.⁵⁵ Gregow menar dock att dessa frågor kan ha ett mycket nära samband.⁵⁶

Enligt det i doktrin mest dominerande, *tredje synsättet*, innebär prövningen av om det föreligger sannolika skäl att käranden har att göra sannolikt att denne kommer *vinna målet*.⁵⁷ Synsättet har sitt ursprung i ett uttalande av Ekelöf.⁵⁸ Ekelöf menar att rätten med detta synsätt ska göra en prognos över hur målet (slutligt) kan tänkas gå.⁵⁹ Westberg kallar denna metod en ”översiktlig prima facie-prövning”.⁶⁰ Westberg belyser att denna metod instinktivt verkar gå ut på att domstolen ska tillämpa en överviktsprincip. Det skulle innebära att domstolen har att göra en prövning av den relativa styrkan i kärandens och svaranden respektive talan (alltså: är det mer sannolikt att kärandens talan kommer att bifallas än ogillas?). Detta skapar vissa problem. Ett viktigt sådant är att en ytterst svag talan kan vinna bifall på den grunden att svarandens talan är än svagare, eller att svaranden av någon anledning väljer att inte gå i svaromål.⁶¹ Detta beror på att minsta

⁵¹ Gregow (2014), s. 48.

⁵² Fitger (2021), kommentar till 15 kap. 1 § RB.

⁵³ Gregow (2014), s. 53.

⁵⁴ Gregow (2014), s. 54.

⁵⁵ Gregow (2014), s. 48.

⁵⁶ Gregow (2014), s. 54.

⁵⁷ Ekelöf (2018) tredje häftet, s. 29. Ekelöf hänvisar i sin tur till uppl. 7 av samma titel samt Westberg (2004), bok 4, s. 101.

⁵⁸ Uttalandets ursprung återfinns i äldre upplagor av Ekelöfs Rättegång, tredje häftet, exempelvis uppl. 6, s. 13. Uttalandet återfinns såvitt jag kunnat hitta inte i den senaste, åttonde, upplagan. Istället uttrycks där, s. 15, att domstolen har att ”förutspå utgången av ett kommande tvistemål”, vilket i allt väsentligt svarar mot det tidigare uttalandet.

⁵⁹ Ekelöf (2018), tredje häftet, s. 29.

⁶⁰ Westberg (2004), bok 4, s. 98.

⁶¹ Westberg (2004), bok 4, s. 101.

sannolikhetsövervikt på kändens sida skulle innebära att kravet på sannolika skäl är uppfyllt. Westberg når slutsatsen att detta troligen inte är vad Ekelöf har menat. Istället är det förmodligen så, menar Westberg, att Ekelöfs uttalande ska tolkas som att det står två i sig sannolika påståenden mot varandra, och att domstolens uppgift därefter är att bedöma vilket av de två som är mest sannolikt.⁶² Viktigt är att detta synsätt, likt Gregows, innebär att även rättsfrågor omfattas av prövningen av sannolika skäl.⁶³

Vilket synsätt man anlägger på kravet på sannolika skäl kan få mycket stor betydelse då ett yrkande om interimistiskt förbud ska prövas. Vi kan tänka oss att domaren som ska besluta i ett mål om interimistiskt förbud har hundra enheter som denne har som uppgift att placera på en våg; i "kändens-skålen" och "svarande-skålen". Den sida som har åtminstone femtio enheter har sannolikheten på sin sida. Är detta kändens har denne vunnit bifall med sin talan om säkerhetsåtgärd (förutsatt att övriga bifallsvillkor är uppfyllda, t.ex. kravet på att ställa säkerhet). Om inte så har kändens förlorat.

De olika synsätten skiljer sig åt i fråga om hur domaren ska gå tillväga för att placera ut enheterna – alltså, vilken *metod* domaren ska använda sig av. Om vi inledningsvis tänker oss att kravet "sannolika skäl" endast pekar på ett lägre beviskrav än vid slutlig prövning, så bör domaren endast beakta *sakomständigheter* när denne placerar enheterna. Med vilken styrka talar *bevisningen* för att kändens grund (bestående av ett komplex av rättsfakta) är korrekt? Sannolika skäl skulle i så fall handla om en prövning om styrkan i kändens talan når upp till en viss fixerad punkt, att åberopade rättsfaktum är gjorda "sannolika". I det just behandlade synsättet så förutsätts att domaren, i enlighet med principen om *jura novit curia*, ombesörjer en fullständig rättsutredning för att ta reda på t.ex. vilken civilrättslig regel som åberopade rättsfakta ska subsumeras under och vilken part som ska bära bevisbördan för ett visst påstående.

⁶² Westberg (2004), bok 4, s. 98–101.

⁶³ Westberg (2004), bok 4, s. 99–100.

Som redan behandlats så är en vanligt förekommande slutsats i doktrin (såväl som i praxis, vilket behandlas nedan) att prövningen om det föreligger sannolika skäl omfattar inte bara sakfrågor, utan även *rättsfrågor* (som annars brukar sägas omfattas av principen om *jura novit curia*).⁶⁴ ”Sannolika skäl” förlorar här sin karaktär som endast ett lägre beviskrav för att vinna bifall. När domaren med detta synsätt placerar sina enheter så har han alltså fler frågor framför sig än den domare som endast har att bedöma bevisningens styrka. Domaren måste också, med någon metod, fråga sig hur säker denne är på *den rättsliga frågan*. I förekommande fall (d.v.s. särskilt vid komplicerade rättsfrågor) måste domaren även ställa sig frågan vem av parterna som ska förlora på att en rättsfråga, vid en översiktlig prövning, inte har ett tillräckligt tydligt svar.

Uppgiften skiljer sig plötsligt från den bevisvärderande. Nu ska domaren också ha ett sätt att hantera osäkerheter i rättsfrågan. Detta är principiellt viktigt. Vi är vana vid att domstolar uttalar sig om styrkan i viss bevisning – oavsett om det är sannolikt, styrkt eller ställt bortom rimligt tvivel som är det relevanta beviskravet. I detta ligger outtalat brasklappen att domstolen inte vet om det faktiskt förhåller sig på det sättet man utgått ifrån, men det är vad bevisningen i målet talar för (med olika grader av säkerhet). Detta synsätt används inte för rättsliga frågor. Det går inte att hitta domar där domstolen uttalar sig om säkerheten i den rättsliga frågan och, så att säga, nöjer sig med att ”det sannolikt är så” att en rättsregel ska ges ett visst innehåll. Domaren förväntas känna lagen och parterna förväntar sig således att domstolen applicerar de korrekta rättsreglerna och fyller dem med ett juridiskt korrekt innehåll. Det ska inte spela någon roll om den rättsliga frågan är komplicerad eller enkel. Det är inte heller ett hinder om domaren är säker på sin sak eller tvekar i sitt beslutsfattande – domaren måste alltid besvara rättsfrågan.

⁶⁴ Se t.ex. Ekelöf (2018), tredje häftet, s. 29; PMÖD 2017:4; Lindell (1987), s. 340.

Frågan om vilket synsätt vi ska anlägga på kravet på ”sannolika skäl” är egentligen huvudsakligen relevant just i fall då rättsfrågan är komplicerad och domaren därför inte är säker på dess innehåll. Så kan fallet exempelvis vara om domaren ställs inför en rättslig fråga som det inte finns tid att fullt ut utreda. Extremfallet är då en svensk domare ställs inför en fråga som kräver ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Detta har vid ett flertal tillfällen bedömts inte låta sig göras på det interimistiska stadiet.⁶⁵ En rättsfråga kan även vara komplicerad av andra anledningar – det kan vara för att det saknas ett auktoritativt avgörande om rättsregelns innehåll från lagstiftaren eller HD, det kan handla om ny lagstiftning med oklart innehåll etc. Men domstolen måste givetvis fortfarande fatta ett beslut i själva målet.

På immaterialrättens område har HD i NJA 2012 s. 975 gjort några uttalanden om innehållet i kravet på sannolika skäl för att intrång förekommer. Situationen var att ett antal ljudboks-förlag, däribland Bonnier Audio AB och Piratförlagen Aktiebolag, yrkade att en internetleverantör (ePhone) skulle föreläggas att vid hot om vite lämna ut namn och adress kopplade till vissa IP-nummer (s.k. informationsföreläggande enligt upphovsrättslagen).

I punkterna 39–43 uttalar HD följande om beviskravet för intrång som är relevant även för interimistiska förbudsyrkanden. Beviskravet (sannolika skäl) är nämligen detsamma för informationsförelägganden som för intermistiska förbudsförelägganden. Situationen är även liknande vad gäller förutsättningarna att föra bevis om intrånget, nämligen att de är begränsade. HD uttalar i punkt 41 att *kravet på sannolika skäl innebär att sökande i realiteten måste visa sannolika skäl dels för den påstådda ensamrättens existens, dels att intrång begåtts i ensamrätten.*

Här kan noteras att HD gör uttalandena ovan under rubriken ”Beviskravet för intrång”. Att sannolika skäl pekar ut ett beviskrav är i sig okontroversiellt. Frågan är dock om det är en tillräcklig beskrivning av

⁶⁵ Se t.ex. NJA 1995 s. 635; PMÖ 12172–18 (Sandoz v. Searle m.fl.).

innehållet i sannolika skäl. Att HD för sitt resonemang under den nämnda rubriken kanske bör tolkas som att den uppställda regeln (att kändanden ska visa sannolika skäl för ensamrättens existens och intrång) syftar på *sakomständigheter*.

Det är för övrigt svårt att av annan praxis från HD utläsa någonting om innehållet i kravet på sannolika skäl. I NJA 1986 s. 450 inleder HD exempelvis sina domskäl med:

”Staten har visat sannolika skäl för att den enligt 10 § lagen (1970:741) om statlig lönegaranti vid konkurs har en fordran mot AB Roslagsmarin i konkurs och för att denna fordran till viss del är förenad med sjöpanträtt i Östanå I, som numera ostridigt ägs av Strömma.”

I NJA 1999 s. 644 (fråga om interimistiskt kvarstad i avvaktan på prövning av konkursansökan) förefaller HD göra en prognos av hur den slutliga prövningen skulle falla ut:

”Utredningen ger också vid handen att det är sannolikt att VL har en fordran mot BPN. Det finns således sannolika skäl för att konkursansökningen kommer att bifallas.”

I NJA 2001 s. 533 (kvarstad till säkerhet för fordran) uttalade HD:

”Det får emellertid vid den bedömning som nu skall göras anses att Intertex har visat sannolika skäl för att bolaget har en fordran mot Hot Line-bolagen som svarar mot vad dessa bolag förpliktats att betala enligt punkterna 1, 2 och 5 i TR:ns domslut.”

I PMÖD 2017:4 uttalade domstolen, vars praxis givetvis är särskilt relevant för tillämpningen av sannolika skäl på patenträttens område, att kravet på sannolika skäl för att intrång förekommer omfattar, förutom sakfrågor (d.v.s. att ”sannolika skäl” är ett beviskrav) även *vissa rättsliga bedömningar*. Samma uttalande har gjorts i PMÖ 9614–17. I båda domarna hänvisas till Gregows synsätt på sannolika skäl, som behandlats ovan. PMÖD gör även hänvisningar till två avgöranden från HD, nämligen NJA 2006 s. 380 och NJA 1995 s. 631. Vi ska titta närmare på dessa.

I NJA 1995 s. 631 ("Majblom") tillämpade HD en tidigare skapad presumtionsregel på upphovsrättens område.⁶⁶ Presumtionsregeln lyder att intrång presumeras föreligga om svarandens verk har en *framträdande likhet* med kärandens verk. Svaranden kan bryta presumptionen genom att göra sannolikt att han *självständigt framtagit* sitt alster. Westberg har gjort en ingående analys av rättsfallet och menar för sin del att domstolens prövning ska omfatta två moment svarande mot de två kursiverade leden ovan. Prövningen, på det interimistiska stadiet, ska således innehålla dels en översiktlig prövning av om svarandens alster har en framträdande likhet med kärandens verk, dels en summarisk prövning av om svaranden självständigt framtagit sitt alster. Min slutsats är att prövningen omfattar en översiktlig prövning av bevisningen, d.v.s. *sakfrågor*. Det är alltså inte här HD finner stöd för att "sannolika skäl" omfattar även rättsfrågor.

NJA 2006 s. 380 bör betonas som ett i sammanhanget särskilt viktigt avgörande. Detta HD-fall är ofta citerat i interimistiska beslut. Omständigheterna var i korthet följande. Företaget Orifarm hade importerat ett läkemedel till Sverige, som i exportlandet var märkt med varumärket MADOPAR 62.5 Dispersible. För den svenska marknaden hade företaget märkt om läkemedlet med det skyddade varumärket MADOPARK QUICK MITE, som innehades av företaget Roche. Roche ansökte därför om interimistiskt förbud riktat mot Orifarm på grund av varumärkesintrång.

HD konstaterade att efter ett beslut av Läkemedelsverket stod det klart att det varit nödvändigt för Orifarm att märka om produkterna för att få tillgång till den svenska marknaden. Kortfattat var den fråga HD ställdes inför huruvida denna ommärkning var tillåten på grund av att den var *objektivt nödvändig* (vilket är en rättsfråga) för att Orifarm skulle kunna marknadsföra varan i Sverige. Roche hade invänt att det faktum att suffixet ("62.5 dispersible") inte kunde användas på den svenska marknaden inte

⁶⁶ Se NJA 1994 s. 74.

innebar att prefixet (MADOPAR) behövde bytas ut (till MADOPARK). HD lyfte fram EU-rättslig praxis som uttalat att endast det faktum att det är mer kommersiellt gångbart att byta ut varumärket inte är tillräckligt för att det ska anses objektivt nödvändigt att göra så. När en importör på nu aktuellt sätt byter ut en märkning med stöd av reglerna för s.k. regional konsumtion så får inte agerandet gå längre än vad som kan anses nödvändigt för att få tillgång till, i det här fallet, den svenska marknaden. Å andra sidan har EU-domstolen också, lyfter HD fram, bedömt att ett starkt konsumentmotstånd mot förpackningar som försetts med nya etiketter kan göra det nödvändigt att byta ut en produkts hela förpackning för att importören ska kunna faktiskt sälja produkterna på marknaden. Orifarm hade argumenterat för att det fanns sådana aspekter som bör beaktas, mer specifikt praktiska problem för apotek och sjukvård och äventyrande av patientsäkerheten.

(Rätts)frågan om det varit *objektivt nödvändigt* att märka om produkterna på det sätt som gjorts var komplicerad. HD gjorde följande uttalanden om den metod som då ska användas i dylika fall. Prövningen ska enligt HD vara *översiktlig*. Det kunde vid prövning i huvudsaken bli aktuellt att inhämta ett förhandsavgörande från EG-domstolen, vilket dock inte ansågs lämpligt på grund av behovet av skyndsamhet i beslutsfattandet. Det fanns alltså en osäkerhet i rättsfrågan som HD var tvungna att hantera. HD valde att tillämpa endast en av de flertalet domar från EU-domstolen som man tidigare påpekat kunde vara relevanta i det här fallet, nämligen en dom som gav uttryck för att Orifarm inte haft rätt att vidta mer ingripande åtgärder än nödvändigt för att få faktisk tillgång till den svenska marknaden. Mot detta vägde HD dock Orifarms invändning att det var förenat med risker för b.la. patientsäkerheten att inte ommärka varorna. HD fann det inte sannolikt att varumärkesintrång begicks.

I NJA 2006 s. 380 fanns det alltså en osäkerhet i rättsfrågan och HD fann sig därför nödgade att låta denna osäkerhet vara en del av prövningen av om det förelåg sannolika skäl för att varumärkesintrång begicks. Den tydligaste slutsatsen som kan dras är att en domstol inte behöver inhämta ett

förhandsavgörande för att bringa klarhet i rättsfrågan på det interimistiska stadiet. Därefter förefaller HD ha applicerat den ”mest relevanta” praxis från EU-domstolen och inte gjort någon djuplodande analys av de rättsliga spörsmål som domstolen ställdes inför. Denna prövning torde vara vad HD menar med ”översiktlig”. Metoden är i min mening inte alldeles tydlig. Klart är i vart fall, att det i detta HD-avgörande finns stöd för att även rättsfrågor omfattas av kravet på sannolika skäl.

Nordback har redogjort för hur doktrin accepterar det han kallar sannolikhetsbedömningar gällande rättsfrågor. Enligt Nordback finns stöd för detta i uttalanden från Lindell⁶⁷, Ekelöf⁶⁸ och Eklund.⁶⁹ Nordback belyser att vid fråga om s.k. inhibition i förvaltningsrätten så gör domstolen en prövning av sannolikheten att det överklagade beslutet kommer att ändras. Även där anses rättsfrågor omfattas av ”sannolikhetsbedömningen”.⁷⁰ Till stöd för detta behandlar han det s.k. ”Barsebäcksmålet”.⁷¹ I det målet uttalade dåvarande Regeringsrätten (nuvarande Högsta Förvaltningsdomstolen) att målet aktualiserade flera komplicerade rättsfrågor.

Bakgrunden var att regeringen beslutat om upphörande av rätten att driva kärnkraftsreaktorn Barsebäck 1. BKAB, som ägde kärnkraftverket, ansökte om inhibition (alltså att beslutet tills vidare inte skulle verkställas). Vid prövningen om inhibition ska bifallas ska domstolen göra en bedömning om beslutet sannolikt kommer att ändras. Regeringsrätten uttalade att domstolen måste göra en preliminär bedömning i sakfrågan i syfte att klarlägga vilken grad av sannolikhet som föreligger för att överklagandet kommer att bifallas. Domstolen menade att BKAB:s talan aktualiserade flertalet

⁶⁷ Lindell (1987), s. 340. Lindell menar att beviskravet sannolika skäl ”med nödvändighet” måste ta sikte även på rättsfrågor.

⁶⁸ Ekelöf menar att det vore en illusion att tro att domstolen kan avgöra rättsfrågorna med samma säkerhet som då den dömer i målet. Detta uttalande görs i *Rättegång tredje häftet*, uppl. 6, s. 15. Uttalandet återfinns inte i senaste upplagan av samma titel.

⁶⁹ Eklund (1998), s. 167 f. Eklund menar att det är uppenbart att det inte alltid föreligger fullständig klarhet i rättsfrågan; Nordback (2005), s. 277 ff.

⁷⁰ Nordback (2005), s. 278.

⁷¹ RÅ 1998 not. 93.

komplicerade rättsfrågor, däribland frågor av EU-rättslig karaktär, och att utgången i målet var oviss. Mot bakgrund av de betydande konsekvenser beslutet innebar för BKAB bifölls talan om inhibition.

Inom ett annat rättsområde, arbetsrätten, redogör Nordback för en intressant skrivning ur en dom, då Arbetsdomstolen tillämpade 15 kap. 3 § RB och uttalade att:

” (...) bolaget inte har visat sannolika skäl för att bestämmelsen i 42 § tredje stycket medbestämmandelagen (1976:580) på EG-rättslig grund inte skall tillämpas.”⁷²

Nordback verkar tolka detta som att Arbetsdomstolen tillämpat en sannolikhetsprövning av rättsfrågan.⁷³ Ett annat sätt att läsa skrivningen på är att Arbetsdomstolen lastat käranden för oklarheter i rättsfrågan på ett sätt som närmast liknar en bevisbörda.

2.2.2 Sammanfattning av kravet på ”sannolika skäl”

Så omfattar kravet på sannolika skäl enligt svensk rätt även rättsfrågor? Min slutsats är, mot bakgrund av stödet i både doktrin och praxis som redogjorts för, att så måste anses vara fallet. Därefter blir följdfrågan vad detta innebär. Med beaktande av att prövningen av ett interimistiskt förbudsyrkande ska vara översiktlig och preliminär, så måste slutsatsen bli att även rättsfrågorna (i vart fall komplicerade sådana) ska behandlas översiktligt (eller med ett annat ord, summariskt).⁷⁴ Men vem av parterna förlorar på att tolkningen av en rättsfråga är oklar?

Klart är i vart fall att om en rättsfråga är komplicerad och domstolen inte har tid att fullt ut utreda den, så måste domstolen på något sätt förenkla sin prövning av det rättsliga spörsmålet. Jag återkommer i avsnitt 4 till vilka tänkbara sätt som finns tillhands för att göra en sådan förenklad prövning.

⁷² Arbetsdomstolens beslut nr 111/04 den 22 december 2004 i mål nr A 268/04.

⁷³ Nordback (2005), s. 281.

⁷⁴ Se särskilt redogörelsen för NJA 2006 s. 380 ovan.

Jag tycker dock att det är viktigt att ha med sig att den mer precisa innebörden av kravet på sannolika skäl inte är helt klar. Det påverkar nämligen hur man läser både domskäl och doktrin, och är enligt mig central för att begripa både denna uppsats och vad som sker vid en interimistisk prövning.

Vi ska snart ta oss tillbaka till patenträtten och de där speciella förutsättningarna. Men eftersom jag gjort en så stor poäng av att kravet på sannolika skäl innefattar rättsfrågor är det kanske på sin plats att jag kortfattat förklarar vad en rättsfråga är.

2.3 Sak- och rättsfrågor

En tvist kan delas in sakfrågor och rättsfrågor. *Sakfrågor*, som ibland också benämns *bevisfrågor*, är – som det sistnämnda uttrycket avslöjar – frågor som ska bevisas av parterna.⁷⁵ Sakfrågor kan i sin tur delas upp i *konkreta rättsfakta* och *bevisfakta*, där rättsfakta är sådana omständigheter som parten påstår är av omedelbar betydelse och bevisfakta av medelbar betydelse.⁷⁶ Det handlar här om händelser på vad Fitger m.fl. kallar ”verklighetsplanet”.⁷⁷ Det handlar alltså om vad som har hänt (eller inte har hänt). Som exempel kan följande ges.

”Den 15 december 2020 har läkemedelsföretaget Generisk Farma sålt 1 000 tabletter av läkemedlet Originalprodukt till apoteket Tigern i Malmö.”

Frågan som uppstår här, och som rätten slutligen har att ta ställning till är om käranden som bär bevisbördan för det påstådda, frambringat tillräckligt med bevisning för att det ska anses klarlagt med adekvat styrka att händelseförloppet har skett på det sätt käranden påstår. Det handlar alltså om att käranden har att bevisa *sakfrågor*. Detta kommer till uttryck bland

⁷⁵ Ekelöf m. fl (2019), första häftet, s. 47.

⁷⁶ Ekelöf m. fl (2019), första häftet, s. 42.

⁷⁷ Fitger (2021), kommentar till 17 kap. 3 § RB.

annat genom att det i dispositiva tvistemål är parterna som svarar för bevisningen.⁷⁸ Det kan handla om fakturor, e-postkonversationer, vittnesmål etc.

En *rättsfråga*, även kallat *abstrakta rättsfakta* eller *rekvisit*, är däremot frågan om vilken rättsregel som ska tillämpas i det enskilda fallet och hur rättsregelns bifallsvillkor ska tolkas. Det handlar här även om huruvida ett visst agerande på verklighetsplanet har en viss juridisk betydelse. För att fortsätta på exemplen ovan kan vi ponera följande domskäl:

”Käranden har styrkt att Generisk Farma (Svaranden) har sålt 1 000 tabletter av Originalprodukt till apoteket Tigern i Malmö. Agerandet utgör intrång i Kärandens ensamrätt enligt 3 § patentlagen”.

Vad som utgör *intrång* är en rättsfråga. Det är någonting som ligger i domstolens exklusiva kompetens att bestämma vilket agerande, vilka *konkreta rättsfakta*, som innebär att rekvisitet ”intrång” är uppfyllt. Detta brukar uttryckas med principen om *jura novit curia*.⁷⁹ Principen innebär, b.l.a., att det är domstolen som ombesörjer den rättsliga bedömningen. Detta ska givetvis inte missförstås som att parterna bör förhålla sig passiva i rättsfrågan.

HD har i NJA 2016 s. 1011, där fråga om skäligt pris enligt 36 § konsumenttjänstlagen, uttryckt det som att vad som är skäligt pris visserligen är en rättsfråga som domstolen har att bedöma, men det åligger parterna att föra bevisning om de omständigheter som är relevanta för bedömningen.⁸⁰ Det är alltså av största vikt att parterna argumenterar för och frambringar bevisning om de omständigheter som är relevanta för rättsfrågan. Men domstolen är i sin dömande verksamhet inte bunden av vad parterna har för åsikter om en rättslig bedömning. Inte ens om parterna är överens om att en

⁷⁸ 35 kap. 6 § RB.

⁷⁹ Se 35 kap. 2 § andra stycket RB.

⁸⁰ NJA 2016 s. 1011, p. 15.

rättsregel har ett visst innehåll innebär detta att domstolen måste ge rättsregeln den substans parterna enats om.⁸¹

Uppdelningen i rätts- och sakfrågor är viktig för att förstå ansvarsfördelningen i rättegången. Sakfrågorna är nämligen vad parterna disponerar över enligt dispositionsprincipen. En domstol får inte, i dispositiva tvistemål, döma över andra omständigheter än parterna åberopat. Vad som här åsyftas är alltså *sakomständigheter*. Den grundläggande tanken är att det är parterna, och inte domstolen, som äger processen. Processens ram sätts av käranden och svaranden, inte av domaren.⁸²

Annorlunda förhåller det sig däremot med rättsfrågorna, som ägs av domstolen. Det framgår av 35 kap. 2 § första meningen RB att parterna inte behöver föra bevisning om vad (svensk) lag stadgar.⁸³ Tanken är alltså att sakfrågorna är upp till parterna att både åberopa och föra bevisning om. Rättsfrågorna däremot är det upp till domstolen att förkovra sig i. Det kan uttryckas som att domstolen har att beakta rättsfrågorna *ex officio*.⁸⁴ Domstolen är inte bunden av vilken rättslig betydelse parterna gett ett visst händelseförlopp. Domstolens uppgift är att pröva om de åberopade rättsfaktumen ska subsumeras under relevanta rättsregler. Eller annorlunda uttryckt: har det händelseförlopp som käranden styrkt en viss rättslig betydelse?

Det anförda kan sammanfattas i den enkla modellen att parterna svarar för att åberopa och föra bevisning om vad som har hänt och domstolen avgör vilken juridisk relevans händelseförloppet har.

⁸¹ Här får man dock dra en strikt linje. Parterna kan inte avtala om *innehållet i en rättsregel* – däremot kan parterna, i dispositiva tvistemål, avtala om att någonting visst ska gälla *parterna emellan*. Parternas överenskommelse måste inte vara i linje med vad som följer av dispositiva rättsregler.

⁸² Fitger m.fl. (2021), kommentar till 17 kap. 3 § RB.

⁸³ Jfr dock regelns andra stycke vad gäller utländsk rätt.

⁸⁴ Jfr Fitger m. fl. (2021), kommentar till 17 kap. 3 § RB.

3 Rättsfrågor vid prövning av slutliga och interimistiska förbudsyrkanden

3.1 Inledning

Det här avsnitt syftar till ett flertal saker. Den inledande delen av avsnittet syftar till att läsaren ska få en överblick över hur en slutlig prövning av ett yrkande om förbud enligt 57 b § första stycket PL går till. För att kunna dra några slutsatser om vilken metod för att pröva rättsfrågor som används av domstolarna vid ett interimistiskt yrkande om vitesförbud måste det först kartläggas hur den fullständiga prövningen ser ut. En prövning kan ju endast vara summarisk i förhållande till någonting fullständigt. Avsnittet gör dock inte anspråk att på ett uttömmande sätt beskriva alla de rätts- och bevisfrågor som kan aktualiseras inom patenträtten. Fokus ligger på några av de mest centrala rättsfrågorna.

Efter att ha presenterat överblick av vad som utgör en slutlig prövning i patentmål kommer jag utförligt att redogöra för relevant praxis rörande interimistiska förbud i patentmål. De grundläggande förutsättningarna för att vinna bifall med ett sådant yrkande har behandlats i tidigare avsnitt.

Poängen med avsnittet är att ge förutsättningar för att i nästkommande avsnitt analysera och föra en diskussion kring på vilka sätt svenska domstolar summariskt prövar rättsfrågor i patentmål.

3.2 Vad utgör en fullständig prövning av ett yrkande om slutligt förbud inom patenträtten?

Inledningsvis är det viktigt att bekanta sig med några för patenträtten viktiga kännetecken. När en patenthavare väcker talan om patentinfrång mot en infrångssvarande, är det mycket vanligt förekommande att infrångssvaranden i sin tur väcker talan om att patentet ska

ogiltigförklaras.⁸⁵ Intrångssvaranden blir på detta sätt käranden i ogiltighetsfrågan – och vice versa blir intrångskäranden svaranden i ogiltighetsmålet. Målen handläggs dock gemensamt.⁸⁶

Ett ytterligare kännetecken för patenträtten är att praxis från den europeiska patentmyndigheten EPO kan ha stor betydelse.⁸⁷ Som vi kommer se är det vanligt förekommande att svaret på rättsfrågor söks i EPO:s praxis. Av särskild tyngd är Stora Besvärskammarens (Enlarged Board of Appeal) avgöranden.⁸⁸ EPO ger ut publikationen ”Case law of the Boards of Appeal” för vägledning i dess praxis. Denna publikation är ofta citerad i PMÖD.

Skälet att intrångssvaranden ofta väcker talan om att patentet ska ogiltigförklaras följer av att det inte är möjligt att begå intrång i en ogiltig immaterialrättighet. Detta innebär att domstolen först måste pröva frågan om det aktuella patentet är ogiltigt. Därefter kan domstolen pröva om ett visst agerande från intrångssvaranden begår intrång i patenträttigheten.

3.2.1 Rättsfrågor vid prövning av ogiltighet

De grunder på vilka ett patent kan förklaras ogiltigt är uttömmande reglerat i 52 § PL.⁸⁹ Grunderna för ogiltighetsförklaring är att:

- (1) Patentet har meddelats trots att villkoren i 1–2 §§ PL inte är uppfyllda⁹⁰
- (2) Patentet avser en uppfinning som inte är så tydligt beskriven att en fackman med ledning av beskrivningen kan utöva uppfinningen,
- (3) Patentet omfattar något som inte framgick av ansökan på ingivningsdagen, eller
- (4) Patentskyddets omfattning har utvidgats efter att patentet meddelats.

⁸⁵ Levin (2019), s. 345.

⁸⁶ Se för exempel på detta Svea hovrätts dom målnummer T 6530–14.

⁸⁷ Se NJA 2000 s. 497.

⁸⁸ Bernitz m. fl (2020), s. 160 ff.

⁸⁹ Levin (2019), s. 343.

⁹⁰ 1–2 §§ PL innehåller reglerna för vad som är patentbart. Bland annat ställs krav på uppfinningshöjd och nyhet i förhållande till redan känd teknik.

Enkelt uttryckt kan man säga att patent- och marknadsdomstolarna ställs inför två övergripande rättsfrågor: (1) Existerar en giltig patenträttighet och, om svaret är ja, (2) begår den utpekade motparten intrång i denna rättighet? Under respektive övergripande rättsfråga ryms dock en stor mängd underordnade rättsfrågor. Några i praxis vanligt förekommande sådana frågor är om kravet på nyhet och uppfinningshöjd är uppfyllda. Patenthavaren kan också yrka i första hand att intrång begås i patentets beviljade lydelse, och i andra hand att intrång begås i patentet enligt ett (eller i praktiken flera) s.k. begränsningsyrkanden (se mer nedan). Prövningen kan på detta sätt växa i omfattning och bli mycket komplicerad och omfatta ett stort antal rättsfrågor.

Kravet på uppfinningshöjd och nyhet uttrycks i PL som att patent meddelas endast på en uppfinning som är *ny i förhållande till vad som blivit känt före dagen för patentansökan* (kravet på nyhet) och *tillika väsentligen skiljer sig därifrån* (kravet på uppfinningshöjd).⁹¹ För att ta reda på om kravet på uppfinningshöjd är uppfyllt brukar domstolarna tillämpa den s.k. ”problemlösningssmodellen”⁹², som ställer följande frågor:

1. Vad är närmast kända teknik?
2. Vad är det objektiva tekniska problemet uppfinningen ska lösa?
3. Skulle fackmannen, vid ett beaktande av närmast kända teknik, ha kommit på uppfinningen ställd inför det objektiva tekniska problemet (annorlunda uttryckt: var uppfinningen närliggande för fackmannen)?

Bernitz m.fl. beskriver metoden som ett uttryck för idén att alla patentbara uppfinningar är lösningar på tekniska problem, och att problemlösningssmodellen är ett sätt att bedöma avståndet från redan känd teknik.⁹³

⁹¹ 2 § första stycket PL.

⁹² EPO (2021), *Guidelines for examination Part G, Chapter VII Inventive step, 5*; se om metoden Levin (2019), s. 300 och Bernitz m. fl (2019), s. 180 f.

⁹³ Bernitz m.fl. (2020), s. 180.

För att ta reda på om kravet på nyhet är uppfyllt ställs domstolen inför b.la. följande frågor:

1. Vad har blivit känt/vad har gjorts tillgängligt?⁹⁴
2. Anser fackmannen att uppfinningen är i princip identisk med redan sökt/redan patenterad uppfinning, alternativt i sin helhet svarar mot vad som beskrivits i litteraturen eller redan finns på marknaden?⁹⁵

Det som söks patenteras får inte utgöra del av teknikens ståndpunkt ("state of the art") på ansökningsdagen. Nyhetskravet är strikt, och det saknar betydelse om uppfinningens "avslöjats" på ett annat språk än patentansökan lämnas in på, eller var i världen så skett. Vid patentansökan jämförs den sökandes uppfinning med s.k. *mothåll* från teknikens ståndpunkt, t.ex. artiklar och skrifter som eventuellt kan avslöja att det som söks patenteras redan ingår i vad som är allmänt känt och därför är hinder mot att patent beviljas.⁹⁶

En särskild fråga som påverkar bedömningen av flera andra rättsfrågor vid en intrångs- eller ogiltighetstalan är vem *fackmannen* är. Denna fiktive figur är relevant b.la. för frågan om uppfinningshöjd (jfr p. 3 i problemlösningssmodellen ovan), för frågan om nyhet (jfr p. 2 i listan för "nyhet" ovan), och för frågan om patentet är tillräckligt tydligt beskrivet för att en fackman ska kunna utöva uppfinningen (jfr 8 § andra stycket PL). Fackmannen har i praxis uttalats vara en fiktiv person (eller grupp av personer) med praktisk erfarenhet och genomsnittlig kunskap och förmåga. Fackmannen har tillgång till allt som ger uttryck för teknikens ståndpunkt vid en viss tidpunkt.⁹⁷ Fackmannen har "normal" förmåga att utföra rutinarbete och experiment i syfte att klarlägga oklarheter inom sitt aktuella teknikområde, men saknar egen uppfinningsförmåga och ifrågasätter inte

⁹⁴ 2 § andra stycket PL.

⁹⁵ Levin (2019), s. 292.

⁹⁶ Bernitz m.fl. (2020), s. 177 f.

⁹⁷ PMÖD PMT 585–19.

redan etablerade uppfattningar.⁹⁸ Definitionen av fackmannen är en rättsfråga som faller inom ramen för *jura novit curia*.⁹⁹

3.2.2 Rättsfrågor vid prövning av begränsningsyrkanden

En patenthavare kan yrka en begränsning av patentets skyddsomfång enligt 52 § andra stycket PL. Om ett sådant yrkande vinner bifall upprätthålls patentet i begränsad omfattning. Även detta är ett vanligt förekommande inslag i patenttvister. Dessa yrkanden har skapat särskilda problem på det interimistiska stadiet, vilket jag återkommer till.

Vid prövningen av begränsningsyrkanden aktualiseras b.l.a. följande rättsfrågor:

1. Tillför det begränsade patentet någonting nytt i förhållande till vad som kunde utläsas av patentansökan?¹⁰⁰
2. Är uppfinningen enligt det omformulerade patentkravet tillräckligt tydligt beskriven för att en fackman ska kunna utöva uppfinningen?¹⁰¹
3. Utvidgas patentets skyddsomfång?¹⁰²
4. Faller begränsningsyrkandet inom ramen för den påstådda ogiltigheten?¹⁰³
5. Uppfyller begränsningsyrkandet kravet på bestämda uppgifter om vad som söks skyddas genom patentet?¹⁰⁴

Frågan om ett begränsningsyrkande ska tillåtas är dessutom indispositiv – domstolen har alltså att pröva förutsättningarna för ett begränsningsyrkande

⁹⁸ PMT 5945–18, särskilt tingsrättens dom.

⁹⁹ PMÖD i PMT 5945–18 (Boehringer v. Teva).

¹⁰⁰ 52 § andra stycket andra punkten jämförd med 52 § första stycket tredje punkten PL; jfr 13 § PL.

¹⁰¹ 52 § andra stycket andra punkten jämförd med 52 § första stycket andra punkten PL; jfr 8 § PL.

¹⁰² 52 § andra stycket andra punkten jämförd med 52 § första stycket fjärde punkten PL.

¹⁰³ PMT 4063–16 (Walbro v. SEM).

¹⁰⁴ Svea hovrätt i målnummer T 6530–14; jfr 8 § PL.

ex officio.¹⁰⁵ Kortfattat kan det uttryckas som att ett begränsningsyrkande i sig måste uppfylla de krav som ett ursprungligt patent måste uppfylla, b.l.a. kraven på nyhet och uppfinningshöjd.

Ur praxis kan exempelvis nämnas Svea hovrätts dom i mål T 6530–14. En patenthavare väckte talan på grund av ett påstått intrång i rättigheterna till ett patentskyddat tangentbord. Den påstådde intrångsgöraren väckte å sin sida talan om att patentet skulle ogiltigförklaras. Svea hovrätt bedömde att patentet skulle förklaras ogiltigt i dess beviljade lydelse. Patenthavaren hade dock framfört tolv begränsningsyrkanden som domstolen därför hade att ta ställning till.

Hovrättens prövning omfattade de rättsfrågor som jag tagit upp i p. 1–5 ovan. En fråga som var särskild aktuell i fallet var p. 5, d.v.s. om prövningen av ett begränsningsyrkandes tillåtlighet omfattade en prövning av om patentkraven i ändrad lydelse var tydligt formulerade. I denna del gjorde hovrätten en ingående prövning med hänvisning till sin egen tidigare praxis och praxis från det europeiska patentverket EPO. Hovrätten resonerar även kring betydelsen av EPO:s praxis mot bakgrund av att EPO gör sin prövning gentemot den europeiska patentkonventionen EPC och inte den svenska patentlagen, vilka innehåller vissa materiella skillnader i nu relevant avseende. Hovrätten konstaterar dock mot bakgrund av uttalanden från Högsta domstolen¹⁰⁶ och förarbetsuttalanden¹⁰⁷ att EPO:s praxis har betydelse även för svensk rätt. Hovrättens slutsats var att även frågan om patentkraven är tydligt formulerade omfattades av prövningen. Även denna del av prövningen ansåg domstolen var indispositiv. Hovrätten bedömde att inget av de tolv begränsningsyrkandena kunde tillåtas, av olika skäl.¹⁰⁸ Eftersom patentet av dessa skäl ogiltigförklarades behövde rätten inte ta

¹⁰⁵ Svea hovrätt i målnummer T 6530–14.

¹⁰⁶ NJA 2000 s. 497.

¹⁰⁷ Prop. 2006/07:56, s. 61 och 72.

¹⁰⁸ Yrkande 1 innebar ingen begränsning av skyddsomfånget; 2–6 omfattade någonting som inte framgick av patentet på inlämningsdagen; 7–10 saknade uppfinningshöjd i förhållande till redan känd teknik och 11–12 bedömdes vara oklara om de begränsade skyddsomfånget.

ställning till om intrångssvaranden begick intrång i kändens patenträttighet.

Även i PMÖD i PMT 5945–18 aktualiserades frågor om tillåtligheten av begränsningsyrkanden. I målet hade läkemedelsbolaget Teva väckt en ogiltighetstalan mot ett patent ägt av deras konkurrent Boehringer. Boehringer medgav att patentet i beviljad lydelse var ogiltigt, men framförde sex begränsningsyrkanden. PMD upprätthöll patentet enligt det sjätte begränsningsyrkandet. Boehringer överklagade domen och yrkade i PMÖD att patentet skulle upprätthållas enligt något av begränsningsyrkandena 1–5.

I målet aktualiserades den svåra frågan om ett patentkrav, som var gemensamt för samtliga begränsningsyrkanden, hade stöd i grundhandlingar (vilket är en förutsättning för att begränsningsyrkandena ska tillåtas). Yrkandena innehöll nämligen ett patentkrav som var en kombination av två särdrag i ursprungspatentet. Teva invände att denna specifika kombination av särdrag saknade stöd i grundhandlingarna. PMÖD uttalade att villkoret att ett begränsningsyrkande måste ha stöd i grundhandlingarna innebär att patentkraven inte får tillföras information som fackmannen, med hänsyn till dennes allmänna kunskaper, inte direkt och otvetydigt – explicit eller implicit – kunde utläsa av ansökan när den gjordes. Grundhandlingarna ska inte ses som en reservoar där patenthavaren kan hämta särdrag ur. Om inte fackmannen fått en indikation, eller tydligt incitament, på att två särdrag ska kombineras, så saknar särdragen stöd i grundhandlingarna. Stöd för denna slutsats fann domstolen i beslut från Stora besvärskammaren vid EPO:s praxis, samt ”Case law of the Boards of Appeal”. I det här fallet bedömde PMÖD att fackmannen skulle varit tydligt anvisad att kombinera särdragen. Begränsningsyrkandena var alltså inte otillåtna på grund av bristande stöd i grundhandlingarna.

Sammanfattningsvis kan det sägas att prövningen av begränsningsyrkanden tenderar att bli oerhört omfattande och komplicerade.

3.2.3 Rättsfrågor vid prövning av intrångsfrågan

Först om ett patent överlever en ogiltighetstalan så har domstolen att bedöma om intrång begåtts i patentet. Även under rättsfrågan ”intrång” sorteras ett stort antal underordnade rättsfrågor. Bland dessa ska särskilt nämnas hur patentets *skyddsomfång* ska bestämmas.

Skyddsomfånget bestäms genom en tolkning av 39 § PL, som stadgar att patentkraven bestämmer skyddsomfånget. Tolkning av patentkraven får göras med ledning av material från ansökningsförfarandet.¹⁰⁹ Bestämmelsen ska tolkas i ljuset av artikel 69 i EPC 2000 och det kompletterande tolkningsprotokollet.¹¹⁰ Av tolkningsprotokollets artikel 1 framgår att skyddsomfånget varken ska ges en för strikt eller alltför omfattande tolkning, utan 39 § PL ska ges en tolkning som både ger rättighetsinnehavaren ett skäligt skydd och samtidigt bereder tredje man en rimlig säkerhet. Även den centrala uppfinningstanken är av relevans för prövningen av patentets skyddsomfång.¹¹¹

För att det ska vara fråga om intrång i en patenträttighet, krävs som huvudregel att intrångsföremålet sammanfaller i alla delar med den patenterade uppfinningen, eller annorlunda uttryckt, att samtliga särdrag i patentet också återfinns i intrångsföremålet.

Ur praxis märks PMÖD i målnummer PMT 585–19. I detta mål hade Per Aarsleff A/S (Aarsleff) yrkat slutligt förbud riktat mot Peanta Inventions AB (Peanta) på grund av påstått patentintrång i viss teknik för s.k. relining. Peanta bestred att de nyttjade patentet. I målet uttalade PMÖD att en förutsättning för att kunna bedöma om ett intrångsföremål sammanfaller i alla delar med ett patent är att intrångsföremålet är tydligt definierat. PMÖD konstaterar i det här målet att en uppfinning som enligt sitt patentkrav är

¹⁰⁹ NJA 2002 s. 660.

¹¹⁰ NJA 2000 s. 497.

¹¹¹ PMÖD i målnummer PMT 744–16 (Payazzo v. Easypark).

avsedd för en speciell användning måste vara lämplig för den angivna användningen, med hänvisning till praxis från patentbesvärskammaren¹¹², EPO:s besvärskammare samt till ”Case law of the Boards of Appeal”. Vid en patentansökan innebär det att en patentansökan kan godkännas trots att den använder redan känd teknik, om den kända tekniken inte är avsedd att användas för den speciella användning som patentansökan avser. På motsvarande sätt, menar PMÖD i det här målet, följer att om en uppfinning måste modifieras på något sätt för att uppfylla alla särdrag i ett patentkrav, så brister intrångsföremålet i lämplighet, med hänvisning till praxis från EPO:s besvärskammare. Det rör sig då inte om ett intrång i patentet.

I det här fallet var det just fråga om en uppfinning som visserligen använde sig av viss patenterad teknik men som användes för ett annat användningsområde. Eftersom ”intrångsföremålet” var tvunget att modifieras på ett visst sätt för att uppfylla särdragen, menade PMÖD att det inte förelåg patentintrång.

Det är dock inte så enkelt att skyddsomfånget är lika med patentkravets omfattning. Det finns även möjlighet att intrång begås genom så kallad *ekvivalens*. Grundidén är att vissa uppfinningar förtjänar ett större skyddsomfång därför att de utgör ett större steg i teknologisk utveckling. Sådana uppfinningar brukas benämnas pionjäruppfinningar. För att bedöma om ett föremål begår intrång trots att det inte sammanfaller i alla delar (alltså att intrång begås genom ekvivalens) ska följande frågor bedömas:

- (1) Utnyttjas uppfinningstanken helt och hållet?
- (2) Åstadkommer intrångsföremålet samma tekniska resultat som den patenterade uppfinningen?
- (3) Är skillnaderna mellan intrångsföremålet och den patenterade uppfinningen närliggande för en fackman?
- (4) Är den intrångsgörande lösningen likvärdig med den patenterade?

¹¹² En numera avvecklad specialdomstol för överklaganden av beslut fattade i PRV.

Rörande ekvivalenstolkning kan ur praxis nämnas PMÖD i målnummer PMT 744–16. Målet handlade om ett patent avseende kontrollsystem för köp av parkeringstillstånd, ägt av det finska bolaget Payazzo. Payazzo ansökte om stämning på Easypark, som de menade gjorde intrång i patentet. För att hitta innebörden i ekvivalensläran sökte PMÖD svar i tolkningsprotokollet till den reviderade europeiska patentkonventionen (EPC 2000), inhemsk praxis samt svensk doktrin. PMÖD bedömde, mot bakgrund av tanken med uppfinningen och dess skyddsomfång, att patentkraven skulle tolkas på ett sådant sätt att det påstådda intrångsföremålet inte kunde anses vara helt överensstämmande med den patenterade uppfinningen. Vad gällde frågan om intrång genom ekvivalens redogjorde domstolen först för sin syn på vad som utgjorde närmast kända teknik, någonting som var stridigt mellan parterna. Vad som utgjorde närmast kända teknik avgör hur långt ifrån teknikens ståndpunkt som patentet är, och därmed hur stort skyddsomfång patentet ska anses ha. PMÖD ansåg att Payazzos uppfinning var att anse som en konstruktionsuppfinning som därmed åtnjöt ett mycket begränsat skyddsomfång. Utrymmet för att göra intrång genom ekvivalens var därmed litet. Det ledde till slutsatsen att Easypark inte heller gjorde intrång genom ekvivalens.

Det finns några lagstadgade undantag då ett föremål som visserligen faller inom skyddsomfånget för ett patent trots allt inte begår intrång i rättigheten. Så är exempelvis fallet om uppfinningen används med stöd av det s.k. experimentundantaget, eller om användandet inte sker yrkesmässigt.¹¹³ Dessa frågor aktualiseras sällan i praxis och jag kommer inte att behandla dem mer i detta arbete.

¹¹³ 3 § fjärde stycket PL. Andra sådana undantag finns i 3–4 §§ PL.

3.3 Prövning av interimistiska förbudsyrkanden i praxis

I de tidigare avsnitten har jag behandlat förutsättningarna för att utverka ett interimistiskt och slutligt förbud i patentmål. Jag har också ingående beskrivit olika sätt att läsa kravet på att käranden har att visa sannolika skäl för att intrång förekommer. Tanken med detta har varit att förklara den kontext i vilken patent- och marknadsdomstolarna har att fatta ett interimistiskt beslut. Mot bakgrund av det som behandlats ska jag därför nu redogöra för hur interimistiska förbudsyrkanden hanterats i praxis.

3.3.1 PMÖD 2017:4 (Viiv v. Sandoz)

Omständigheterna i det här fallet var att Sandoz A/S ("Sandoz") hade tillverkat och sålt ett visst läkemedel som, enligt Viiv Healthcare UK Limited ("Viiv"), omfattades av patentet EP 0 817 637. Viiv yrkade därför att Sandoz, vid hot om vite, skulle förbjudas att bland annat föra ut de påstådda intrångsprodukterna på den svenska marknaden. Sandoz hade å sin sida väckt en ogiltighetstalan mot patentet.

Avgörandet är ett centralt rättsfall gällande interimistiska förbud inom patenträtten. I sina domskäl beskriver PMÖD relativt detaljerat hur prövningen av interimistiska yrkanden ska göras. Därtill tar PMÖD ställning till vissa viktiga rättsliga frågor som är centrala för denna uppsats tema.

PMÖD inleder sina domskäl med att konstatera att käranden måste visa sannolika skäl för intrång för att vinna framgång med en interimistisk talan mot en påstådd intrångsgörare. PMÖD uttalar sedan att kravet på att käranden ska visa sannolika skäl inte bara omfattar sakfrågor utan även *åtminstone också vissa rättsliga bedömningar*.

Käranden har att visa sannolika skäl för *dels* att det föreligger en immaterialrättslig ensamrätt, *dels* att det föreligger intrång i denna

ensamrätt.¹¹⁴ I det här aktuella målet bekräftar PMÖD sedan tidigare väletablerad praxis, nämligen att ett patent på det interimistiska stadiet presumeras vara giltigt på grund av den ingående administrativa prövningen som sker i PRV (*giltighetspresumtionen*). Presumtionen kan dock brytas om svaranden t.ex. kan visa på omständigheter av betydelse som inte beaktades vid patentets beviljande. Omständigheterna ska vara sådana att det framstår som sannolikt att patentet kommer att ogiltigförklaras (notera att det lägre beviskravet sannolikt alltså även gäller svarandens ogiltighetsinvändningar). I det aktuella fallet hade Sandoz fört bevisning som sannolikt var nyhetsförstörande (d.v.s. att kravet på nyhet inte var uppfyllt då patentet beviljades), och PMÖD bedömde därför att det var sannolikt att patentet skulle ogiltigförklaras i sin beviljade lydelse.

Viiv hade dock även framfört vissa begränsningsyrkanden. En vidare fråga var därför om Viiv framgångsrikt kunde begränsa sitt patent, och om Sandoz i så fall begick intrång i patentet enligt dess nya, begränsade, lydelse. Gällande detta uttalade PMÖD följande om de rättsliga förutsättningarna. Prövningen av ett interimistiskt yrkande om vitesförbud har karaktären av en civilprocessuell säkerhetsåtgärd och prövningen har ett lägre beviskrav (sannolikt) än den slutliga prövningen. Bevisunderlaget är mer begränsat än vid den slutliga prövningen – särskilt saknas muntlig bevisning. Prövningen är därtill preliminär och domstolen har bara att göra en översiktlig bedömning av om det föreligger sannolika skäl. PMÖD hänvisade sedan till NJA 2006 s. 380, vilken behandlas i avsnitt 2.2.1.

PMÖD uttalade sig sedan om vissa för patenträtten särskilda drag. Dessa består i att prövningen ofta omfattar komplexa frågeställningar och omfattande utredning. Så är fallet ofta redan på det interimistiska stadiet. Trots detta menar PMÖD att ramarna för prövningen är desamma som i övriga interimistiska förfaranden, det vill säga att prövningen av yrkandena endast ska vara översiktlig och preliminär. Att prövningen är preliminär

¹¹⁴ Se NJA 2012 s. 975, p. 41.

innebär att domstolen inte binder sig själv, eller eventuella underinstanser¹¹⁵, i beslutsfattandet. Beslutet om interimistiskt förbud vinner inte intraprocessuell rättskraft.¹¹⁶ Syftet är därtill inte att föregripa den slutliga prövningen, vilket motiverar att beslutsskäl hålls kort.

PMÖD uttalade sig sedan om betydelsen av ett begränsningsyrkande på det interimistiska stadiet. Domstolen påpekar att sådana yrkanden vanligtvis innebär att det måste göras en ingående prövning av om begränsningsyrkandet kan bifallas. Vid en översiktlig och preliminär bedömning krävs därför, enligt PMÖD, att prövningen av begränsningsyrkandet är av förhållandevis enkel beskaffenhet för att patenthavaren ska uppfylla kravet på att ha visat sannolika skäl.

Slutsatsen av dessa uttalanden i det aktuella målet blev att prövningen av begränsningsyrkandena var av för komplicerad beskaffenhet för att kunna vinna bifall på det interimistiska stadiet. Yrkandena aktualiserade nämligen frågor om härledande av prioritet, uppfinningshöjd och nyhet som ”inte är okomplicerade”. Viiv förlorade därför målet, och Sandoz slapp ett vitesförbud.

3.3.2 NJA 2002 s. 660 (Eli Lilly)

I målet ansökte läkemedelsbolaget Eli Lilly om interimistiskt förbud mot företaget Ratiopharma AB med hänvisning till att Ratiopharma sålde ett visst läkemedel. Ratiopharmas läkemedel var inte fullt ut överensstämmande med patentkraven hos Eli Lillys patenterade uppfinning, och Ratiopharma begick alltså inte intrång av den anledningen. Eli Lillys menade dock att Ratiopharmas produkt trots detta gjorde patentintrång genom *ekvivalens*.

¹¹⁵ Frågan om interimistiskt vitesförbud kan vara föremål för prövning i PMÖD samtidigt som huvudmålet fortfarande ligger i PMD. Vad som åsyftas är alltså att PMÖD inte binder PMD när tingsrätten senare ska döma i huvudsaken (ogiltighetsmålet/intrångsmålet).

¹¹⁶ Westberg (2004), bok 4, s. 170.

Som behandlats i tidigare avsnitt får enligt 39 § PL för tolkning av patentkraven ledning hämtas ur patentbeskrivningen. HD uttalade i fallet att även material från ansökningsförfarandet får användas som tolkningsmedel för att tolka oklarheter i patentkrav och beskrivningar, när det är fråga om begränsning av patentets skyddsomfång. Vid detta uttalande gör HD en mängd hänvisningar till doktrin och både tysk och engelsk praxis (både den tyska och den engelska praxisen hade dessutom nått en annan slutsats än den HD nådde¹¹⁷).

Av intresse är att HD, som visserligen lämnade talan utan bifall, inte uteslöt en prövning av intrång genom ekvivalens på det interimistiska stadiet. Det verkar antyda att ekvivalens inte är en rättslig bedömning som är för komplicerad för det interimistiska stadiet. Frågan om vart skyddsomfångets yttre gräns går ställdes dock aldrig på sin spets, eftersom sättet det relevanta patentkravet formulerats innebar att utrymmet för ekvivalenstolkning var begränsat. Frågan om intrång genom ekvivalens på det interimistiska stadiet har inte heller behandlats i PMÖD.

Det kanske är motiverat att nämna att den fråga som framförallt var av intresse i NJA 2002 s. 660 var frågan i vilken utsträckning, om alls, som material från ansökningsförfarandet får/bör beaktas vid tolkning av patentkraven. Tendensen i stora delar av Europa var nämligen den motsatta mot den slutsats HD kom fram till.¹¹⁸ Det kan vara värt att tänka på när man drar slutsatser om i vilken mån avgörandet är prejudicerande vad gäller interimistiska frågor.

3.3.3 PMÖD i PMÖ 12172-18 (Sandoz v. Searle m.fl.)

Searle m.fl. väckte talan och yrkade att Sandoz skulle förbjudas interimistiskt att sälja ett läkemedel innehållande den aktiva ingrediensen daruvanir. Daruvanir skyddades av ett s.k. tilläggsskydd (ett maximalt

¹¹⁷ Sandgren (2003–04), s. 370 f.

¹¹⁸ Jfr Sandgren (2003–04), 373 f.

femårigt tidstillägg för patentskyddet för bland annat läkemedel¹¹⁹). Sandoz hade inte riktat en ogiltighetstalan mot grundpatentet, men däremot mot tilläggsskyddet.

PMÖD uttalar i beslutet att även ett tilläggsskydd ska presumeras vara giltigt, i likhet med vad som gäller för grundpatent.¹²⁰ På samma sätt som för grundpatent kan dock presumptionen brytas, om det kommer fram nya omständigheter eller ny bevisning som inte beaktades under prövningen då tilläggsskyddet meddelades, eller om det framkommer brister eller felaktigheter i tilläggsskyddsbeslutet. PMÖD la även till att ny praxis för att meddela eller upprätthålla rättigheten i vissa fall även kan bryta presumptionen. Sandoz hade alltså bevisbördan för att det inte existerade en ensamrätt, eller med andra ord, att tilläggsskyddet skulle ogiltigförklaras.

PMÖD upprepade sedan den syn man sedan tidigare gett på det interimistiska förfarandet¹²¹, nämligen att:

1. Det har karaktären av en civilprocessuell säkerhetsåtgärd,
2. Prövningen ska ske skyndsamt och som regel med endast det skriftliga underlaget (ett mer begränsat bevismaterial än vid den slutliga prövningen),
3. Prövningen endast är preliminär, samt
4. Syftet inte är att föregripa den slutliga prövningen, varför beslutsskäl bör begränsas.

PMÖD gick därefter vidare till prövningen i sak och prövade en invändning Sandoz riktat mot tilläggsskyddet, vilket var att det inte borde meddelats eftersom den aktiva ingrediensen (daruvanir) inte identifierats i grundpatentet. Av artikel 3 a i tilläggsskyddsförordningen framgår nämligen att produkten som omfattas av tilläggsskydd måste skyddas av ett gällande grundpatent. Av EU-rättslig praxis framgår att artikel 3 a utgör hinder för att

¹¹⁹ Se 13 kap PL; Levin (2019), s. 335 ff.

¹²⁰ Jfr PMÖ PMÖD 2017:4.

¹²¹ Jfr PMÖ PMÖD 2017:4.

bevilja tilläggskydd för aktiva ingredienser som inte anges i patentkraven för det grundpatent som tilläggskyddsansökan vilar på. För att en produkt ska anses anges i patentkraven för grundpatentet på det sätt som här åsyftas, måste produkten uttryckligen nämnas eller med nödvändighet och specifikt avses i patentkraven. En fackman måste, mot bakgrund av beskrivningen och ritningarna i grundpatentet, anse att produkten med nödvändighet omfattas av grundpatentet. Fackmannen måste också kunna specifikt identifiera produkten, mot bakgrund av samtliga de uppgifter som redovisas i patentet och den senaste tekniken på ansöknings/prioritetsdagen (PMÖD hänvisar här till p. 52 i EU-domstolens dom i ”Teva”, C-121/17).

Searle m.fl. invände att den EU-rättsliga praxisen inte hade relevans i målet eftersom praxisen inte berörde patent med s.k. Markush-krav.¹²² Vid tidpunkten för PMÖD:s beslut pågick ett mål om förhandsavgörande i EU-domstolen gällande just Markush-krav (dessutom mellan samma parter).¹²³ PMÖD uttalade dock att domstolen, då det rör sig om ett interimistiskt beslut, inte har en skyldighet att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen. PMÖD ansåg det inte heller lämpligt att göra det på detta stadiet, med hänvisning till b.la. NJA 2006 s. 380. PMÖD gjorde därefter bedömningen att uttalandena som gjorts i Teva- domen som nämnts tidigare var generella och inte begränsade till vissa speciella typer av tilläggskydd. PMÖD använde därför kriterierna som EU-domstolen tagit fram i Teva- domen för att avgöra om tilläggskyddet sannolikt skulle ogiltigförklaras.

Då tilläggskyddet meddelades hade inte EU-domstolen avgjort Teva-målet. Det var alltså fråga om ny rättspraxis, som enligt PMÖD kan vara en sådan ny omständighet som bryter presumtionen att tilläggskyddet är giltigt.

¹²² Ett Markush-krav är en strukturell formel med fasta beståndsdelar och varierande substituer som kan väljas ut från en definierad klass. Den tekniska definitionen saknar betydelse här. Det kan dock vara intressant att veta att i grundpatentet hade cirka 100 föreningar särskilt angetts. Med det s.k. Markush-kravet omfattades, enligt Sandoz, minst 7×10^{135} föreningar. För att begripa detta är 10^{100} ett tal med en etta följt av hundra (!) nollor.

¹²³ C-114/18, Sandoz. Målet avgjordes aldrig i EU-domstolen då den brittiska domstolen återkallade sin begäran om förhandsavgörande. Det är därför tyvärr inte möjligt att jämföra PMÖD:s slutsats med EU-domstolens.

Enligt kriterierna i Teva-domen skulle fackmannen alltså behöva kunna specifikt identifiera produkten mot bakgrund av samtliga uppgifter i patentet. Så bedömdes inte vara fallet här. PMÖD ansåg därför att patentet sannolikt skulle ogiltigförklaras.

3.3.4 PMÖD i ÖÄ 9614-17 (Söderhamn Eriksson v. Tolé verktyg)

Söderhamn Eriksson hade, utan att ha väckt talan om intrång i deras påstådda ensamrätt, yrkat att Tolé skulle föreläggas att lämna ut viss information enligt 35 c § mönsterskyddslagen (1970:485) (informationsföreläggande). För att vinna bifall med ett sådant yrkande ska Söderhamn Eriksson visa sannolika skäl för att Tolé gjort intrång i deras mönsterskydds rättighet.

PMÖD uttalade, av relevans för denna uppsats, följande om de rättsliga förutsättningarna att utverka ett informationsföreläggande. Kravet på att käranden ska visa sannolika skäl innebär i praktiken att denne ska visa sannolika skäl för (1) ensamrättens existens och (2) att intrång begåtts i rättigheten.¹²⁴ Kravet avser inte bara sakfrågor utan även vissa rättsliga bedömningar.¹²⁵

PMÖD går sedan vidare och konstaterar att vissa invändningar som Tolé gjort väcker ett antal komplexa frågeställningar, innefattandes prövningar av sak- och rättsfrågor i flera led, för att kunna dra några slutsatser om de registrerade rättigheternas giltighet. Bland dessa komplexa frågor nämner PMÖD:

1. Vilken tyngd och bevisverkan ska registreringarna av rättigheterna tillmätas vid prövningen av sannolika skäl, med anledningar av de invändningar som gjorts,
2. Hur ska bevisbördan placeras mellan parterna,

¹²⁴ PMÖD hänvisar här till NJA 2012 s. 975.

¹²⁵ Med hänvisning till NJA 1995 s. 631, NJA 2006 s. 380 och Gregow (2014), s. 48.

3. Hur det s.k. reservdelsundantaget ska bedömas (PMÖD lyfter även att det i denna del kan bli aktuellt att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen i denna fråga), och
4. Hur ska vissa övergångsbestämmelser i mönsterskyddslagen tillämpas.

PMÖD gjorde följande bedömning. Prövningen som ska göras om det föreligger sannolika skäl för intrång är översiktlig. De ovan nämnda frågeställningarna är behäftade med flera osäkerhetsmoment. Av den anledningen föreligger det inte sannolika skäl för intrång.

3.3.5 PMÖD i PMÖ 4865-18 (Eli Lilly v. Sandoz)

Eli Lilly förde talan om interimistiskt vitesförbud riktat mot Sandoz med anledning av intrång i visst läkemedelspatent. PMÖD uttalade även här några centrala utgångspunkter som redogjorts för i tidigare praxis, bland annat giltighetspresumtionen för patent på det interimistiska stadiet, att prövningen ska göras skyndsamt och på begränsat underlag samt att prövningen är översiktlig och preliminär.

Det var inte tvistigt huruvida Sandoz intrångsprodukt i sig föll inom patentets skyddsomfång. Sandoz hade däremot invänt att den patenterade uppfinningen saknade uppfinningshöjd och av den anledningen skulle ogiltigförklaras. PMÖD prövade frågan om uppfinningshöjd genom att använda sig av problemlösningsmetoden, vilken innefattar att:

1. Pröva vad som utgör närmast kända teknik (denna fråga var parterna överens om),
2. Definiera det objektiva tekniska problemet,
3. Definiera fackmannen, och
4. Pröva om det var närliggande för fackmannen att komma fram till lösningen enligt patentet.

PMÖD bedömde att den bevisning som frambringats innebar att det var visat sannolikt att patentet saknade uppfinningshöjd. Av den anledningen ogillades talan.

3.3.6 Ett särskilt exempel på både slutlig och interimistisk prövning

I PMÖD:s mål PMT 8135–19 yrkade Sandoz att patentet EP 138 skulle ogiltigförklaras. Astra Zeneca menade för sin del att Sandoz begick intrång i samma patent. Detta avgörande är speciellt eftersom det är det enda avgörande där PMÖD tidigare prövat ett interimistiskt förbudsyrkande, nämligen i mål PMÖ 10991–18.

Ogiltighetsprövningen i det slutliga målet var fokuserad på frågan om patentet hade erforderlig uppfinningshöjd. För att nå en slutsats använde sig PMÖD av problemlösningsmetoden. Patentet hade enligt PMÖD uppfinningshöjd. Vad gällde intrångsfrågan hade Sandoz under förutsättningen att domstolen upprätthöll patentet medgivit intrång. Däremot behandlade PMÖD en annan särskild fråga som rörde korrigeringsåtgärder. Denna kommer inte behandlas här.

I det interimistiska målet aktualiserades utöver EP 138 ett annat patent, som tidigare hade ogiltigförklarats av EPO men där EPO:s besvärskammare upphävt beslutet. Detta andra patent var inte en del av målet vid den slutliga prövningen.

PMÖD inledde sin prövning med att konstatera att patentet presumeras vara giltigt, och att det därför ålåg Sandoz (som kärande i ogiltighetsmålet) att bryta presumtionen. Detta kan göras genom att t.ex. visa på nya omständigheter eller ny bevisning som inte beaktades vid patentets beviljande. Presumtionen kan även brytas om Sandoz påvisar brister eller felaktigheter i beslutet att bevilja patent, som innebär att det är sannolikt att patentet kommer ogiltigförklaras.

Sandoz hade åberopat expertutlåtanden och utlåtanden från partssakkunnig såsom ny bevisning. PMÖD menade att detta inte kan utgöra ny bevisning som bryter giltighetspresumtionen. Sandoz hade även invänt brister i handläggningen vid patentets beviljande, i form av att ingen muntlig

förhandlings hållits vid EPO:s invändningsavdelning. Inte heller detta vann gehör hos domstolen.

Sandoz hade även framfört invändningar mot uppfinningshöjden, vilket alltså var den avgörande frågan vid den slutliga prövningen som gjordes ungefär ett år efter att det interimistiska beslutet kom. Invändningarna var väsentligen desamma som vid den slutliga prövningen, vilket handlade om vissa mothåll som Sandoz menade i kombination innebar att patentet saknade uppfinningshöjd. PMÖD nöjde sig i den delen med att endast konstatera att bevisningen och mothållen var sådant som beaktats i samband med patentets beviljande. Vid en översiktlig prövning som ska göras interimistiskt menade PMÖD därför att det inte påvisats felaktigheter i patentbarhetsbedömningen som bröt giltighetspresumtionen.

Utgången blev densamma i både det interimistiska förfarandet och vid den slutliga prövningen. Vägen dit skiljde sig dock. I det interimistiska beslutet framgår hur viktig giltighetspresumtionen är. Vid den slutliga prövningen var bedömningen betydligt mer ingående, och omfattade b.l.a. problemlösningsmetoden.

4 En summarisk rättsfrågeprövning?

I denna uppsats kärna ligger frågan om hur patent- och marknadsdomstolarna prövar rättsfrågor på det interimistiska stadiet. Mot bakgrund av den redogörelse som gjorts i tidigare avsnitt är syftet nu att se om det går att dra några slutsatser av hur prövningen av rättsfrågor går till.

4.1 Tänkbara sätt att summariskt pröva rättsfrågor

Sedan införandet av patent- och marknadsdomstolarna år 2016 har domstolarna markerat att prövningen av ett interimistiskt förbudsyrkande ska vara översiktlig och preliminär. Även om synsättet inte var nytt, så förfaller det ändå bryta med en praxis från HD som ofta gjort ingående prövningar i fråga om säkerhetsåtgärder inom immaterialrätten. I exempelvis NJA 1998 s. 179, NJA 1995 s. 631 och NJA 1995 s. 635 gjorde HD djuplodade bedömningar av sak- och rättsfrågor på det immaterialrättsliga området.¹²⁶

Men det är en sak att säga att en prövning av rättsfrågor är översiktlig/summarisk och en annan att konkretisera vad som ger prövningen dessa karaktärsdrag. Jag ska i detta avsnitt skissera ett antal sätt man kan tänka sig att en domstol summariskt prövar rättsfrågor. Det kan vara värt att direkt nämna, att vissa av dessa sätt inte i ordets rätta bemärkelse utgör en summarisk prövning alls, utan snarare kan beskrivas som alternativa sätt att snabbare komma till en slutsats i en rättslig bedömning.

Utgångspunkten för analysen är alltså att prövningen av frågan om intrång på det interimistiska stadiet ska vara översiktlig och att bedömningen endast är preliminär. Jag utgår också från att kravet på sannolika skäl omfattar

¹²⁶ Om detta, se Westberg (2004), bok 4, s. 156 ff., 169.

rättsfrågorna. Även prövningen av rättsfrågornas innehåll ska således vara översiktlig/summarisk.

4.1.1 Användandet av presumtioner för vissa rättsliga bedömningar

På det interimistiska stadiet presumeras patenträttigheten vara giltig (*giltighetspresumtionen*). Kan man påstå att skapandet och tillämpandet av denna presumtion är en sorts summarisk prövning av en (eller flera) rättsfrågor?

Vad som är en presumtion kan i sig vara komplicerat att reda ut. När jurister talar om presumtioner kan nämligen en rad olika saker åsyftas. Ekelöf har talat om det som att presumtioner kan ta sikte på rättsliga frågor eller bevisfrågor.¹²⁷ En presumtion kan också syfta på en bevisbörderegel.¹²⁸ Lindell har ingående behandlat presumtioner och de olika karaktärer dessa kan ha.¹²⁹

Jag ska redogöra för hur jag ser på giltighetspresumtionen.

Giltighetspresumtionen baseras på att det vid patentmyndigheterna, i Sverige PRV och för Europapatent EPO, sker en ingående prövning innan ett patent beviljas.¹³⁰ Vid patentmyndigheterna sker en prövning av samtliga de krav som krävs för beviljandet av ett patent, det vill säga en prövning av *både sak- och rättsfrågor*. Detta har framförts av Norrgård, som därtill framhåller att det inte är rationellt att göra en skarp åtskillnad mellan rätts- och sakfrågor när det gäller giltighetspresumtionen.¹³¹ Vad gäller ett nära besläktat rättsområde, mönsterrätten, finns även där en presumtion med innebörden att en registrerad rättighet, på det interimistiska stadiet, gör det

¹²⁷ Ekelöf (2009), fjärde häftet, s. 88 ff.

¹²⁸ Diesen & Strandberg (2012), s. 60.

¹²⁹ Lindell (1987), s. 301–332.

¹³⁰ Se t.ex. PMÖ 3565–17.

¹³¹ Norrgård (2002), s. 252. Det ska poängteras att Norrgårds avhandling utkom 2002 och är baserad på betydligt äldre praxis än den som redovisats i detta arbete. Norrgård argumenterar för en starkare giltighetspresumtion än den som sedan kom att bli gällande i svensk rätt. Vad gäller att presumtionen träffar både sak- och rättsfrågor anser jag dock att hans argument är giltiga även idag.

sannolikt att rättigheten existerar. Levin benämner denna presumtion för en ”rättspresumtion” – vilket är samma begrepp som Ekelöf använder för presumtioner som rör rättsliga frågor.¹³² Samtidigt kallar Levin i ett annat sammanhang den patenträttsliga giltighetspresumtionen för en ”bevislättnad”.¹³³

Det är inte helt lätt att hitta en tydlig linje i vad som i praxis anses omfattas av giltighetspresumtionen. I PMÖ 10991–18 (Sandoz v. Astra Zeneca) bedömde PMÖD, bland annat, att vissa invändningar som ogiltighetskäranden gjort rörande patentbarhetsprövningen inte visade på felaktigheter som skulle bryta giltighetspresumtionen. En möjlig tolkning av detta är att PMÖD ansåg att patentbarhetsprövningen (d.v.s. b.l.a. frågorna om nyhet och uppfinningshöjd) presumerades vara korrekt. Detta vore en presumtion av rättsliga bedömningar – t.ex. att myndigheten gjort en korrekt tolkning av innebörden i rekvisitet ”uppfinningshöjd”. En annan möjlig tolkning är att PMÖD ”tyst” (på ett sätt som inte framgår av de begränsade beslutsskälerna) gjorde en egen prövning av patentbarheten utifrån all fakta som framkommit målet och vid myndigheten, men ansåg att de åberopade sakomständigheterna inte var sådana att de vid en preliminär bedömning ansågs ändra bedömningen om patentbarhet. Detta hade utgjort en presumtion av bevisfrågor – alltså att det som presumerats var att de faktiska omständigheter som framförts inför myndigheten (vilken litteratur som ansågs ingå i fackmannens kunskap exempelvis) var korrekta.

I ett annat mål, Sandoz v. Searle m.fl. (PMÖ 12172–18), uttalade PMÖD att centrala frågeställningar var om de faktiska omständigheter ogiltighetskäranden gjort gällande, eller om det på grund av rättsutveckling efter tilläggsskyddets meddelande, framstod som sannolikt att patentet skulle ogiltigförklaras vid slutlig prövning, när tilläggsskyddet

¹³² Levin (2017), kommentar till 35 b § mönsterskyddslagen; jfr med Ekelöf m.fl. (2009), fjärde häftet, s. 90.

¹³³ Levin (2019), s. 574.

presumerades vara giltigt. Även här verkar både sak- och rättsfrågor omfattas av giltighetspresumtionen.

I ett tredje mål, som ännu inte nämnts i denna uppsats (Stockholms tingsrätt beslut i målnummer 7569–14) uttalade tingsrätten följande gällande giltighetspresumtionen (mina kursiveringar):

”PRV fann under handläggningen att den skillnad som finns mellan patentets lösning och lösningen i WO 150 var patentmotiverande. Det föreligger en stark presumtion för att ett beviljat patent är giltigt efter den administrativa prövningen (se t.ex. Svea hovrätts beslut i mål Ö 4112/97). I detta mål har Flametech åberopat samma dokument till stöd för bristande nyhet och uppfinningshöjd som granskaren anförde mot patentansökan och som efter justering av kraven inte bedömdes utgöra något hinder mot beviljandet av patentet. *Det finns därför ingen anledning för tingsrätten att nu göra en ny och annan bedömning av nyhet och uppfinningshöjd på samma underlag som PRV.*

Patenterbarhetskriteriet att fackmannen med ledning av beskrivningen skulle kunna utöva uppfinningen har även prövats av PRV när patentet beviljades. *Presumtionen för giltighet föreligger även i denna del.”*

Tingsrättens uttalande här visar att, åtminstone denna domstol, anser att rättsliga bedömningar gjorda i PRV omfattas av giltighetspresumtionen.

Min slutsats av den något svårbehandlade praxis angående giltighetspresumtionen är att den omfattar både sak- och rättsfrågor. Det är därför i min mening relevant att tala om giltighetspresumtionen som, bland annat, en form av summarisk prövning av rättsfrågor. Detta understryks, anser jag, av att patent- och marknadsdomstolarna vid den slutliga prövningen *inte* presumerar patentets giltighet.¹³⁴ Detta förefaller således vara en förenkling av den slutliga prövningen.

¹³⁴ Jfr prövningarna i Sandoz v. Astra Zeneca som behandlats i avsnitt 3.3.6.

Presumtionen kan dock motbevisas om svaranden frambringa bevisning som innebär att patentet *sannolikt* kommer ogiltigförklaras.¹³⁵ Man kan därför enligt mig tala om en svag presumtion. Denna svaghet i presumtionen förefaller också ha lett till att många ogiltighetsinvändningar vinner gehör hos patent- och marknadsdomstolarna.¹³⁶ Detta ska problematiseras något.

Giltighetspresumtionen bygger alltså på föreställningen att en patentansökan genomgår en gedigen prövning vid patentmyndigheten. I ansökningsförfarandet finns bland annat möjlighet för andra intressenter (t.ex. konkurrenter) att göra invändningar mot patentbarheten av uppfinningen. I praktiken är ett beviljat patent resultatet av en sorts dragkamp mellan patentsökanden och patentmyndigheten rörande hur uppfinningen ska definieras.¹³⁷ På grund av denna gedigna prövning innan ett patent meddelas, så är alltså utgångspunkten (presumtionen) att patentmyndigheten gjort en korrekt bedömning då patentet beviljades.

Det kan ifrågasättas om ett så lågt ställt beviskrav som sannolikt då bör gälla för att hindra ett interimistiskt förbud. Om en ogiltighetstalan vinner bifall på det interimistiska stadiet följer nämligen att ”den preliminära ogiltigheten” endast gäller parterna emellan (*inter partes*).¹³⁸ Patentet blir alltså inte ogiltigförklarat redan på det interimistiska stadiet, utan det är bara i relation till den påstådda intrångsgöraren som domstolen bedömer att patentet sannolikt kommer att ogiltigförklaras (i meningen att domstolen bedömer att intrångssvaranden sannolikt inte begår intrång). Ett patent som ogiltigförklaras vid slutlig prövning blir givetvis gällande mot alla (*erga omnes*).¹³⁹ Detta skapar ett särskilt gynnsamt läge för den påstådde intrångsgöraren. Lyckas denna att ta fram bevisning som leder till bedömningen att patentet sannolikt kommer ogiltigförklaras vid en slutlig

¹³⁵ PMÖD i PMÖ 12172–18 (Sandoz v. Searle).

¹³⁶ Av de fyra mål om interimistiskt vitesförbud från PMÖD som behandlats biföll domstolen yrkandet i endast ett fall.

¹³⁷ Levin (2019), s. 320.

¹³⁸ Jfr Norrgård (2002), s. 251.

¹³⁹ Jfr Norrgård (2002), s. 251.

prövning, så har patenthavaren ett oerhört starkt intresse av att förlika saken för att undvika att patentets giltighet ogiltigförklaras *erga omnes*.

Ett alternativ vore att kräva en högre grad av bevisning från den utpekade intrångsgörandens sida för att giltighetspresumtionen ska brytas. Mot detta kan givetvis invändas att det är en betungande uppgift för svaranden att redan på det interimistiska stadiet avkrävas full bevisning för att vinna framgång, medan käranden inte behöver visa mer än att denne har ett registrerat patent. Samtidigt talar enligt min mening starka skäl för att patenthavaren ska kunna förlita sig på att myndighetsbeslutet att bevilja patentet var riktigt. Ett sådant skäl är att myndighetsbeslut som huvudregel inte får ändras till enskildas nackdel annat än i vissa undantagsfall.¹⁴⁰ Det relativt lågt ställda beviskravet sannolikt för att trumfa giltighetspresumtionen verkar i praktiken leda till svårigheter för patenthavare att utverka interimistiska förbud. Eftersom det interimistiska beslutet ofta i praktiken innebär ett slutligt avgörande av tvisten är det dessutom förenat med svårigheter att undersöka om det preliminära beslutet står sig vid en slutlig prövning.

4.1.2 Summarisk användning av rättskällor

Ett annat sätt att summariskt pröva rättsfrågor vore att domstolen begränsade den rättsutredning den genomför till att i komplicerade fall bara omfatta vissa rättskällor, och/eller att inte genomföra en alltför djuplodande analys av rättskällorna. Denna tanke har tidigare framhållits av Westberg, som framfört att domstolen kan tänkas ta fasta på en central rättskälla eller dominerande tolkningsmetod och låta denna bestämma ett preliminärt svar på rättsfrågan.¹⁴¹

Tecken på att PMÖD i vissa fall resonerar på detta sätt finns framförallt i fallet PMÖ 12172–18 (Sandoz v. Searle m.fl.). I det rättsfallet fanns det oklarheter kring hur artikel 3 a i tilläggsskyddsförordningen skulle tolkas.

¹⁴⁰ 37 § andra stycket FL.

¹⁴¹ Westberg (2004), bok 4, s. 167 ff.

Den rättsliga frågan var föremål för ett mål om förhandsavgörande i EU-domstolen, men vid tiden för PMÖD:s beslut hade avgörandet ännu inte meddelats. PMÖD hanterade osäkerheten genom att ta fasta på annan praxis från EU-domstolen som rörde artikel 3 a, och som var närliggande den fråga PMÖD ställdes inför. PMÖD använde sedan de kriterier som fastslagits i detta närliggande avgörande och lät de kriterierna avgöra rättsfrågan. Detta sätt att hantera rättsfrågor summariskt förefaller ligga nära den metod som HD använde i NJA 2006 s. 380.¹⁴²

I någon mån är detta sätt det som ligger språkligt närmast till hands när man tänker sig en summarisk prövning av rättsfrågor. Domstolen använder sig här av vad man kan kalla en *summarisk juridisk metod*. Domstolen ”nöjer” sig då med att rättsfrågan inte blir fullt ut utredd, därför att snabbheten i beslutet är viktigare. Detta synsätt vad gäller inhämtandet av förhandsavgöranden har HD tidigare bekräftat.¹⁴³ Det är för övrigt även i överensstämmande med EU-rätten att inte inhämta ett besked om förhandsavgöranden i interimistiska förfaranden, förutsatt att en sådan begäran kan ställas senare (i ett slutligt förfarande).¹⁴⁴

Av den praxis som redogjorts för gällande slutligt förbud kan konstateras att det är mycket vanligt att PMÖD hänvisar till praxis från EPO (inklusive dess besvärskammare och ”Case law of the Boards of Appeal”). I den praxis som finns rörande interimistiska förbud är dessa hänvisningar däremot ovanliga.¹⁴⁵ Dessa hänvisningar förefaller dock vara undantagsfall vid den interimistiska prövningen, medan de vid slutlig prövning snarare är regel.

Det går dock inte att undersöka i vilken mån det utgör en medveten summarisk metod från PMÖD:s håll att inte hänvisa till EPO:s praxis. PMÖD gör ofta, som vi sett, en poäng av att begränsa sina beslutsskäl i interimistiska förfaranden, i syfte att inte föregå den slutliga prövningen.

¹⁴² Avgörandet behandlades i avsnitt 2.2.1.

¹⁴³ NJA 1995 s. 635; NJA 2006 s. 380.

¹⁴⁴ Mål 107/76 Hoffman-La Roche. Se om detta Nordback (2005), s. 88 f.

¹⁴⁵ Ett exempel är dock PMÖD i PMÖ 11561–20, s. 9.

Det kan alltså mycket väl vara så att det sker viktiga överväganden innan interimistiskt beslut fattas som aldrig tar sig uttryck i domskälen. Att inte skriva utförliga domskäl är i sig en tidsbesparande åtgärd.

För egen del tycker jag att det ligger väl i linje med en summariskt metod att undvika en alltför ingående analys av rättskällor på det interimistiska stadiet. Det förefaller dock vara sällsynt tillämpat i praktiken. Av den patenträttsliga praxis jag undersökt är det endast i den nämnda domen Sandoz v. Searle m.fl. som PMÖD tydligt använder sig av denna summariska metod. I vilken mån den används utan att det syns i domskälen kan endast bli föremål för spekulation.

4.1.3 Användandet av bevisbördor för att placera ansvaret för en rättslig bedömning hos parterna

Ett principiellt tvivelaktigt sätt att hantera rättsfrågor på det interimistiska stadiet vore att peka ut vilken av parterna som ska förlora på att frågan inte är tillräckligt tydlig/enkel – alltså att ålägga parterna bevisbördor för rättsliga bedömningar. Det förefaller rimma illa med principen om jura novit curia. Däremot vore det onekligen tidsbesparande för domstolen. Men finns det något stöd för att PMÖD hanterat rättsfrågor på det sättet?

Denna fråga anknyter till avsnitt 2, där jag behandlat olika sätt att se på kravet att käranden ska visa sannolika skäl för sitt anspråk. Som där redogjorts för, så är två sätt att se på kravet att antingen (1) se det som endast ett beviskrav eller (2) se det som en prövning av vilken part som har störst sannolikhet att vinna målet (vid en slutlig prövning). Med detta i åtanke kan vi läsa följande urklipp från domskälen i PMÖD 2017:4 (Sandoz v. Viiv), under rubriken ”Allmänna utgångspunkter för prövningen av interimistiska vitesförbud”:

”På yrkande av patenthavaren får domstolen vid vite förbjuda den som gör eller medverkar till patentintrång att fortsätta med det. Om käranden visar sannolika skäl för att intrång, eller medverkan till intrång, förekommer och

om det skäligen kan befaras att svaranden genom att fortsätta intrånget eller medverka till det förringar värdet av ensamrätten till patentet, får domstolen meddela vitesförbud för tiden till dess att målet slutligt har avgjorts eller något annat har beslutats. (57 b § första och andra styckena patentlagen.)
Kravet på att käranden måste visa sannolika skäl för att intrång förekommer omfattar inte bara de sakfrågor som kan aktualiseras vid prövningen utan åtminstone också vissa rättsliga bedömningar (se t.ex. NJA 1995 s. 631, NJA 2006 s. 380 och Gregow, Kvarstad och andra säkerhetsåtgärder, Norstedts Juridik, 2014, s. 48)."

Den av mig kursiverade meningen kan, om vi anlägger synsättet att sannolika skäl är en bevisregel, läsas som att käranden har bevisbördan för vissa rättsliga bedömningar. Doktrinuttalandet av Gregow som PMÖD hänvisar till säger att lydelsen "visar sannolika skäl" visserligen för tanken till bevisfrågor (d.v.s. sakfrågor) men att i kravet på sannolika skäl ligger, utöver de faktiska omständigheterna (återigen d.v.s. sakfrågor), skäl av rättslig natur. De rättsliga frågorna svarar dock domstolen för, och vad parterna bör göra är att argumentera för den bedömning i rättsligt hänseende de hävdar.¹⁴⁶

I samma dom som citerats ovan gjorde PMÖD följande bedömning under rubriken "Har Viiv gjort sannolikt att Patentet i omformulerad lydelse kommer att stå sig vid en slutlig prövning?":

"Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen är det i och för sig sannolikt att Viiv:s yrkande om omformulering uppfyller de grundläggande kraven i 52 § andra stycket patentlagen. Patent- och marknadsöverdomstolen kan dock konstatera att frågorna om huruvida Patentet i omformulerad lydelse har rätt att härleda prioritet och om det uppfyller kraven på nyhet och uppfinningshöjd inte är okomplicerade. Utredningen i dessa frågor är också förhållandevis omfattande. Vid den preliminära och översiktliga prövning som Patent- och marknadsöverdomstolen gör på detta stadium bedömer domstolen att frågorna var och en för sig är behäftade med sådana osäkerhetsmoment att det sammantaget inte föreligger sannolika skäl för att

¹⁴⁶ Gregow (2014), s. 48.

Patentet enligt omformuleringsyrkandet kommer att stå sig vid en slutlig prövning. Viiv har alltså inte visat sannolika skäl för att Sandoz har begått patentintrång”.

Det går inte, menar jag, av detta uttalande utläsa att PMÖD ålagt kändanden en bevisbörda för de rättsliga bedömningarna. Det förefaller istället vara så, att domstolen gjort en allmän prövning av huruvida kändanden har goda utsikter att slutligt vinna målet. Det ligger alltså närmare till hands att prövningen av sannolika skäl är en prövning av om kändandens yrkande kommer vinna bifall vid en slutlig prövning. Det framgår tydligt av domskälen att PMÖD beaktat rättsfrågornas (och sakfrågornas för den delen) komplexitet inom ramen för om kändanden visat sannolika skäl.

Även i Söderhamn Eriksson v. Tolé Verktyg uttalar PMÖD att vissa rättsliga bedömningar omfattas av kravet på sannolika skäl:

”Högsta domstolen har angående beviskravet ”sannolika skäl” uttalat att vad sökanden i realiteten måste visa är att det finns sannolika skäl dels för den aktuella ensamrättens existens, dels för att intrång i denna ensamrätt har förekommit (jfr rättsfallet NJA 2012 s. 975). Kravet på att kändanden måste visa sannolika skäl för att intrång förekommer omfattar inte bara de sakfrågor som kan aktualiseras vid prövningen utan åtminstone också vissa rättsliga bedömningar (se t.ex. NJA 1995 s. 631, NJA 2006 s. 380 och Gregow, Kvarstad och andra säkerhetsåtgärder, s. 48).”

I det målet aktualiserades flertalet rättsfrågor vars utgång inte var klar.

PMÖD menade därför att:

”Vid den översiktliga prövning som Patent- och marknadsöverdomstolen nu ska göra av frågan om det föreligger sannolika skäl för intrång, bedömer Patent- och marknadsöverdomstolen att utgången i flera av de frågor som uppkommer med anledning av Tolés invändningar är behäftade med sådana osäkerhetsmoment att det sammantaget inte föreligger sannolika skäl för intrång. Söderhamn Erikssons ansökan om informationsföreläggande ska därför lämnas utan bifall. Överklagandet ska alltså avslås.”

Domstolen verkar i det här fallet mena att det av det presenterade materialet inte gick att dra några säkra slutsatser om bland annat de rättsliga bedömningarna. Av den anledningen var kravet på sannolika skäl inte uppfyllt. Slutsatsen måste därför, menar jag, vara att det saknas belägg för att PMÖD ålägger käranden en bevisbörda för de rättsliga bedömningarna. Detta trots att uttalandet att ”kravet på att käranden måste visa sannolika skäl för att intrång förekommer omfattar inte bara de sakfrågor som kan aktualiseras vid prövningen utan åtminstone också vissa rättsliga bedömningar” vid en första anblick verkar peka på just en bevisbörda som placeras hos käranden. Det är trots allt vanligt att ”sannolika skäl” beskrivs i termer av att det är ett lägre ställt beviskrav än vid slutlig prövning, en bevislättning för käranden eller liknande.¹⁴⁷

Ett framträdande karaktärsdrag i domskälen förefaller vara att det då komplicerade rättsfrågor aktualiseras som frågan om sannolika skäl är uppfyllt ställs på sin spets. Detta ska därför behandlas härnäst.

4.1.4 Komplicerade rättsfrågor kan innebära att käranden inte visat sannolika skäl

Ett sätt att översiktligt pröva rättsfrågor vore att kräva att endast utfärda interimistiska förbud i de fall där rättsläget är klart – d.v.s. att domstolen på det interimistiska stadiet inte befattar sig med vad som kan uttryckas som ”komplicerade” rättsfrågor. Även detta sätt att hantera en summarisk rättsfrågeprövning har tidigare behandlats av Westberg.¹⁴⁸

Norrgård har, för den finska rättens del, beskrivit att detta sätt att se på sannolika skäl slagits fast av finska HD. Norrgård menar att detta ligger nära det amerikanska sättet att se på motsvarande process, nämligen att domstolen bedömer ”the likelihood of success on the merits”.¹⁴⁹ Detta synsätt ligger i sin tur nära Ekelöfs tanke om att ”sannolika skäl” är en

¹⁴⁷ Jfr b.la. NJA 2012 s. 975; Åtgärder vid immaterialrättsintrång, s. 169 ff.

¹⁴⁸ Westberg (2004), bok 4, s. 167 f.

¹⁴⁹ Norrgård (2002). s. 214.

prövning av vem som sannolikt kommer att vinna målet, även om det ur det uttalandet inte går att utläsa att endast rättsfrågor som har ett säkert svar bör hanteras inom det summariska förfarandet.

Det ligger i min mening nära till hands att se detta som ett uttryck för en sorts rättssäkerhetsprincip. Den bakomliggande tanken vore i så fall att ingen ska behöva utsättas för den offentlighetsrättsliga sanktionen förbud vid äventyr om vite i situationer då det är osäkert om ens agerande är rättsligt förbjudet. Detta har sannerligen sina fördelar. Bland dessa kan nämnas att en konkurrent som med tillåtna medel försöker komma in på en ny marknad inte ska utsättas för att en redan dominerande kraft på nämnda marknad använder det interimistiska förbudet som ett vapen för att angripa sin konkurrent. Rent principiellt förfaller det också mer godtagbart att använda principen ”hellre fria än fälla” i situationer då en kärande kan utnyttja den statligt sanktionerade åtgärden vite än motsatsen. Det får dock noteras att PMÖD inte vid något tillfälle motiverat sitt beslut att avslå en ansökan om interimistiskt förbud med beaktande av rättssäkerhetsargument.

Samtidigt går det inte att förbise den överhängande risk det innebär att endast rättsfrågor som domstolen redan säkert vet svaret på kan ligga till grund för ett interimistiskt förbud. Utöver att det aktualiserar nya svåra gränsdragningar (när är rättsläget ”klarlagt”, till exempel?) så riskerar käranden att hamna i en alltför ogynnsam situation på grund av sådant man som part inte ansvarar för, nämligen rättsliga bedömningar.

I den praxis som redovisats i tidigare avsnitt kan vi hitta ett par fall då patent- och marknadsdomstolarna resonerar kring ”komplicerade rättsfrågor”. I PMÖD 2017:4 (Sandoz v. ViiV) uttalade PMÖD att det krävs att prövningen av begränsningsyrkandet är av *förhållandevis enkel beskaffenhet* för att patenthavaren ska ha visat sannolika skäl. I 9614–17 (Söderhamn Eriksson v. Tolé verktyg) aktualiserade vissa invändningar från intrångssvaranden ”komplexa frågeställningar”, innefattandes bland annat prövningar av rättsfrågor i ”flera led”. Vilka slutsatser som skulle dras i de

komplexa frågeställningarna ansågs vara behäftade med ”osäkerhetsmoment”, varför kändanden inte ansågs ha visat sannolika skäl. I båda de nämnda avgörandena gick alltså osäkerheter i (b.la) rättsfrågor ut över kändanden. Det framstår som att PMÖD i dessa avgöranden försökt signalera att om en eller flera rättsfrågor aktualiseras som är alltför omfattande eller har en alltför osäker utgång, så föreligger inte sannolika skäl för intrång.

Det framstår dock som oklart vad som utgör en ”komplex frågeställning”, eller vad som ger prövningen karaktärsdraget ”förhållandevis enkel beskaffenhet”. Det finns inget mål från PMÖD där domstolen ansett att prövningen av ett begränsningsyrkande var av sådan enkel beskaffenhet att det interimistiska förbudsyrkandet kunde bifallas. I *Sandoz v. Searle m.fl.* förefaller PMÖD ha prövat något som bör kunna betecknas som en ”komplicerad rättsfråga”, huruvida en viss aktiv ingrediens hade stöd i grundpatentet, på ett helt annat sätt, nämligen genom begränsning av vilka rättskällor som användes för att lösa rättsfrågorna. I den domen finns inga resonemang om att frågan är för komplicerad för att hanteras interimistiskt. I PMÖ 4865–18 (*Eli Lilly v. Sandoz*) använder sig PMÖD av ”problemlösningsmetoden” vid sin översiktliga prövning, trots att denna metod kräver svaret på flera komplicerade rättsfrågor, exempelvis vad som är det objektiva tekniska problemet och vem som är fackmannen. I NJA 2002 s. 660 förefaller HD inte utesluta en bedömning av patentets skyddsomfång genom ekvivalenstolkning, trots att detta torde kvalificeras som en komplicerad rättsfråga.¹⁵⁰ I äldre HD-praxis finns också flera exempel på att den högsta instansen gjort komplicerade rättsutredningar vid yrkande om interimistiskt förbud inom immaterialrätten.¹⁵¹

Ett ytterligare frågetecken är av vilken anledning vissa rättsfrågor bedömts vara för komplicerade för att få ett preliminärt svar, medan andra kunnat

¹⁵⁰ Jfr PMÖD i PMT 744–16 (*Payazzo v. EasyPark*).

¹⁵¹ Se framförallt för immaterialrättens del NJA 1995 s. 635, NJA 1995 s. 631 och NJA 1998 s. 179 som behandlats av Westberg (2004), bok 4, s. 169.

lösas med hjälp av vad jag kallat ”summarisk användning av rättskällor”. I NJA 2006 s. 380 och PMÖ 12172–18 (Sandoz v. Searle m.fl.) så gav HD respektive PMÖD ett *preliminärt svar i rättsfrågan* med hjälp av närliggande rättskällor; i PMÖD 2017:4 och PMÖ 9614–17 (Söderhamn v. Tolé verktyg) gav domstolarna *inget preliminärt svar i rättsfrågan*, utan konstaterade att frågorna var behäftade med osäkerhetsmoment. Varför kunde inte tillåtligheten av begränsningsyrkandena i PMÖD 2017:4 översiktligt och preliminärt avgöras med stöd av tidigare, närliggande, praxis?¹⁵²

Jag tycker det är värt att säga någonting om eventuella problem med detta sätt att hantera rättsfrågorna. Vad som utgör en komplicerad rättsfråga torde skilja sig från domare till domare. Ponera att en erfaren domare på sitt bord får ett mål om interimistiskt förbud, där patenthavaren framfört begränsningsyrkanden efter det att den utpekade intrångsgöraren angripit patentets giltighet. Prövningen som behöver göras framstår prima facie som komplicerad. Nu råkar just denna domare veta, att i Tyskland så avgjordes den här rättsfrågan alldeles nyligen av landets motsvarighet till våra hovrätter. Domaren har redan läst domen då denne behärskar tyska, och anser att den tyska domstolen fört ett mycket välavvägt resonemang. Ingen av parterna har åberopat den tyska domen som ”bevisning” eller rättslig argumentation. Den tyska domen tillät begränsningsyrkandet. Hur gör domaren nu? Frågan kan snabbt, och med hög rättslig kvalitet, avgöras genom att domaren ”lånar” resonemang från den tyska domen. Detta skulle dock innebära att ett begränsningsyrkande tillåts på det interimistiska stadiet. PMÖD:s egen praxis ställer kravet på att prövningen då ska vara av ”förhållandevis enkel beskaffenhet”. Är prövningen det nu?

Att domaren på ett eller annat sätt använder sin kunskap för att bidra till ett materiellt mer korrekt beslut framstår givetvis som önskvärt. Men tänk istället att samma ärende hamnar hos den nyanställda domaren på kontoret

¹⁵² Se t.ex. Svea hovrätt i T 6530–14 och PMÖD i PMT 5945–18.

bredvid. Denne har ingen aning om den tyska domens existens. Denna rådman kommer sannolikt att nå slutsatsen att prövningen är av för komplicerad art för att hanteras interimistiskt.

Detsamma kan sägas gälla även när i tid man bedömer om frågan är komplicerad eller inte. En patenthavare kan ha flera potentiella intrångsgörare att rikta anspråk mot. Säg att patenthavaren drivit en process om slutligt förbud mot en viss intrångsgörare. Patenthavaren vågade inte i den rättegången yrka interimistiskt förbud, på grund av att vissa komplicerade rättsfrågor aktualiserades. Patenthavaren vinner bifall med talan om slutligt förbud och PMD reder ut de rättsliga frågetecknen. Beväpnad med den laga kraftvunna domen tar patenthavaren nu sikte på nästa intrångsgörare och yrkar interimistiskt förbud mot denne. Är de rättsliga frågorna, som var komplicerade innan domen meddelades, nu av ”relativt enkel beskaffenhet”? Frågan har inget givet svar och beroende på hur man väger principiella intressen (lika fall ska behandlas lika) mot intresset av en materiellt riktig rättskipning kan man nå olika slutsatser.

Bör patent- och marknadsdomstolarna hantera osäkerheter i rättsfrågan på det sättet att de skiljer sig från frågan genom att hänvisa till att den är för komplicerad på det interimistiska stadiet? Som jag ser det finns det åtminstone ett alternativ, och det är att låta en annan typ av proportionalitetsprövning än den som används idag avgöra.

4.1.5 Proportionalitetsöväganden inom ramen för sannolika skäl?

Så som proportionalitetsprincipen tillämpas idag, så kan den endast vara till fördel för den svarande. Skälet är att proportionalitetsprövningen sker efter att övriga bifallsvillkor utretts, d.v.s. b.l.a. att käranden har sannolika skäl för sitt anspråk.¹⁵³ Det är dock principiellt möjligt att tänka sig en annan

¹⁵³ I NJA 1995 s. 631 tillämpade HD proportionalitetsprövningen för första gången i ett immaterialrättsligt mål. HD uttalade att ett interimistiskt yrkande kan ogillas med beaktande av de skadeverkningar som kan drabba svaranden.

ordning, nämligen att bedömningen av parternas respektive risk att lida skada skulle få större betydelse då rättsfrågorna har ett oklart svar. Tanken med att använda proportionalitetsbedömningar för att avgöra osäkerheten i rättsfrågan är följande. Om domstolen står inför en komplicerad rättsfråga som inte låter sig utredas på det interimistiska stadiet så skulle domstolen kunna väga parternas respektive positioner och ställa sig frågan om endera av dem riskerar att löpa större skada än den andre om yrkandet bifölls/ogillades.

Tanken är främmande för svensk rätt. I anglosaxiskt rätt tillämpas dock en typ av sådan proportionalitetsprövning, under beteckningen ”balance of convenience”. En sådan prövning går i korthet ut på att domstolen ska (1) pröva om kändanden har en ”seriös sak” (”serious issue to be tried”) och (2) vart ”the balance of convenience lies”. ”The balance of convenience” innebär i huvudsak en proportionalitetsprövning i meningen att domstolen ska väga parternas respektive positioner mot varandra och ställa sig frågan vem som riskerar att förlora mest på att yrkandet bifalls eller ogillas.¹⁵⁴

Denna metod innebär i steg (1) en prognosprövning av utgången av målet men – till skillnad från i svensk rätt – kräver den inte av kändanden att denne ska göra det ”mer sannolikt än inte” att han kommer vinna målet slutligt. Kravet är istället att kändanden ska ha ”a serious issue to be tried”. Detta krav är lågt ställt. Kravet innebär ingenting mer än att kändandens talan inte får vara uppenbart ogrundad.¹⁵⁵ Proportionalitetsprövningen i steg (2) tar vidare sikte på båda parternas risk att drabbas av framförallt irreparabla skador.¹⁵⁶

En för denna uppsats viktig skillnad mellan den svenska proportionalitetsbedömningen och den anglosaxiska ”balance of convenience”-prövningen är att den sistnämnda tillmäter båda parternas intresse av det interimistiska förbudet betydelse. En kändande som har en

¹⁵⁴ Principerna utmejslades i det brittiska målet *American Cyanamid v. Ethicon* från 1975; Se om detta Ramsjö (2009), s. 84 not 31 och i synnerhet Westberg (1990), s. 165 ff.

¹⁵⁵ Westberg (1990), s. 167 f.

¹⁵⁶ Ramsjö (2009), s. 84, not 31.

svag civilrättslig sak kan alltså vinna framgång med ett interimistiskt yrkande på grund av att denne riskerar irreparabla skador. Detta är inte fallet i Sverige. Särskilt intressant blir det att tänka, anser jag, på vad detta innebär för prövningen av rättsfrågorna. Med tillämpande av Cyanamid-fallets metod så hanteras osäkerhet i rättsfrågor redan i steg (1), och torde sällan orsaka problem eftersom kravet på anspråket är så lågt satt. Även vid ett osäkert rättsläge hade käranden tagit sig över detta första hinder. På grund av detta så förflyttas prövningens tyngdpunkt till ”balance of convenience”-testet i steg (2). På så vis kan osäkerheter i rättsfrågan ”ignoreras” och avgörande vikt istället läggas på vilket resultat ett bifall/ogillande av det interimistiska yrkandet skulle få. Ett exempel på en situation där det vore en fördel är då en kärande har ett mycket starkt intresse av att få till ett omedelbart förbud för svaranden, som är mycket kapitalstarkare än käranden, men i ett läge som aktualiserar komplicerade rättsfrågor. Om utgången i rättsfrågan är 50/50, så föreligger inte ”sannolika skäl” om vi tillämpar en sannolikhetsövertviksprincip, men det kan fortfarande finnas en ”serious issue to be tried”. Ansvarsfördelningen i rättegången – att parterna har att åberopa grunder till stöd för sina yrkanden och domstolen har att utreda rättsfrågorna – hade då hållits intakt.

Om det är ett mer lyckat sätt att ”översiktligt” pröva rättsfrågor än det som framkommit av den praxis som behandlats i detta arbete, lämnar jag till läsaren att bilda sig en uppfattning om. Klart är i vart fall att det är ett alternativt sätt att hantera att det interimistiska förfarandet inte är byggt för att hantera komplicerade rättsfrågor.

4.2 Avslutande slutsatser och kommentarer

Detta arbete har syftat till att reda ut om det finns någon metod för en summarisk prövning av rättsfrågor vid interimistiska förbudsyrkanden i patentmål. Min slutsats är att det ur praxis går att urskilja tre huvudsakliga karaktärsdrag i den metod PMÖD använder för att summariskt/översiktligt pröva rättsfrågor. Dessa är (1) tillämpandet av giltighetspresumtionen, (2)

summarisk användning av rättskällor och (3) att komplicerade rättsfrågor kan innebära att kravet på sannolika skäl inte är uppfyllt.

En annan slutsats är att det är svårt att identifiera med vilket djup domstolarna utreder en rättslig fråga på det interimistiska stadiet. Som behandlats har PMÖD å ena sidan bedömt att prövningen av begränsningsyrkanden måste vara förhållandevis enkla för att ”rymmas” i det interimistiska beslutet, men å andra sidan inte funnit hinder att genomföra den s.k. ”problemlösningsmetoden”. Vilka karaktärsdrag som gör en prövning för komplicerad för att käranden ska anses ha visat sannolika skäl har inte klargjorts i praxis. Det framstår som att vad som är en summarisk prövning skiljer sig från fall till fall, vilket skulle förklara svårigheterna i att hitta gemensamma karaktärsdrag i prövningen.

Möjligen kan det formuleras som att kravet på käranden ska visa ”sannolika skäl” pekar ut två saker: för det *första* en anvisning till parterna om vilket som är det relevanta beviskravet för sakfrågorna, och för det *andra* en anvisning till domstolen om vilken säkerhet som krävs i rättsfrågornas innehåll för att det interimistiska vitesförbudet får bifallas. Det är dock fortfarande domstolen som ansvarar för den rättsliga utredningen. Som part gör man sannolikt klokt i att fundera över hur man utformar sin talan på det interimistiska stadiet i syfte att förenkla eller komplicera de rättsliga frågorna, beroende på vilket intresse man har i målet.

En tydlig metod för att summariskt pröva rättsfrågor vore inte bara till hjälp för domaren som beslutar i målet att veta hur denne ska agera, utan även till hjälp för rättslivet i stort. Rättskipningens metod är givetvis av stor betydelse exempelvis när advokater ska ge råd till sina klienter. En oklar metod kan jämföras med ett oklart rättsläge. Advokaten har då problemet att försöka rådge en klient i en situation där det är oklart på vilket sätt domstolen kommer att lösa juridiska problem. I någon mån är detta ett oundvikligt problem i ett komplext rättssamhälle. Samtidigt kan det kritiserats att varken PMÖD eller HD har tagit tillfället i akt, då de hanterat

frågan, att klargöra för rättslivet med vilken metod de beslutar i dessa fall. Jag tycker att denna processuellt viktiga fråga, hur en domstol summariskt/översiktligt ska, bör och får hantera osäkerhet i rättsfrågor vid prövning av säkerhetsåtgärder, förtjänar ett avgörande från högsta ort. Här finns även ytterligare ett problem, nämligen att PMÖD:s beslut inte kan överklagas till HD om PMÖD själva inte tillåter det (s.k. ”ventil”¹⁵⁷). PMÖD har inte lämnat en sådan ventil i något fall av interimistiskt beslut som jag har läst.

Häri ligger denna uppsats huvudsakliga kritik. Vissa av slutsatserna kan, anser jag, ifrågasättas ur rättssäkerhetssynpunkt. Är det tillåtet för en domstol att undvika att fatta ett gynnande beslut i fråga om säkerhetsåtgärd därför att rättsfrågan är komplicerad? Har käranden i dessa fall tillgång till effektiva rättsmedel som b.la. EKMR och IPRED kräver? Ger svensk rätt utrymme för domstolar att lasta käranden för att dennes talan aktualiserar komplicerade rättsfrågor?

Särskilt kan det sättas ifråga hur slutsatserna av detta arbete är i överensstämmelse med principen om *jura novit curia*. Förväntar sig parterna att domstolen, genom att i vissa fall hänvisa till rättsfrågornas komplexitet, inte alltid tillämpar den principen fullt ut vid interimistiska förfaranden? Som förhoppningsvis framgått av uppsatsen så finns det visserligen goda skäl för domstolen att vidta en översiktlig rättsfrågeprövning vid yrkande om interimistiskt förbud inom patenträtten. Målen aktualiserar ofta rättsfrågor av komplicerat slag, som om de skulle utredas fullt ut skulle ta sådan tid att det förtar hela poängen med ett snabbt, omedelbart ingripande i patentintrånget. Men kan en central princip som *jura novit curia* delvis åsidosättas utan att domstolarna är tydliga med det, och i så fall på vilket sätt det görs? Har detta konsekvenser även för andra delar av processen? Har parterna t.ex. rätt att förvänta sig att domaren genom sin processledning lyfter fram dessa rättsliga oklarheter, i syfte att ge käranden möjlighet

¹⁵⁷ 3 § tredje stycket lag om patent- och marknadsdomstolar.

att ”förenkla” sin talan för att undvika dessa svåra rättsfrågor? I dessa frågor erbjuder varken den behandlade praxisen, doktrinen eller denna uppsats några svar.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Bengtsson, Henrik & Lyxell, Ralf (2006), *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, Norstedts juridik.

Bernitz, Ulf, Nordell, Per Jonas, Rosén, Jan, Rosén, Sandgren, Claes (2020) *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, uppl., 15, Jure förlag.

Diesen, Christian & Strandberg, Magne (2012), *Bevisprövning i tvistemål*, Norstedts juridik.

Ekelöf, Per Olof & Andersson, Simon & Bellander, Henrik & Bylund, Torleif & Edelstam, Henrik & Pauli, Mikael (2018), *Rättegång. Tredje häftet*, 8 uppl., Norstedts juridik.

Ekelöf, Per Olof & Edelstam, Henrik & Heuman, Lars (2009), *Rättegång. Fjärde häftet*, 7 uppl., Norstedts juridik.

Ekelöf, Per Olof & Edelstam, Henrik & Heuman, Lars & Pauli, Mikael (2016), *Rättegång. Första häftet*, 9 uppl., Wolters Kluwer.

Eklund, Hans (1998), *Inhibition. Om verkställighetsförbud m.m. i judiciell process, inom förvaltningsrätten och i utökningsförfarandet*, Iustus förlag.

Fitger, Peter & Sörbom, Monika & Eriksson, Tobias & Hall, Per & Palmkvist, Ragnar & Renfors, Cecilia (2021), *Rättegångsbalken*, version 91, JUNO. Senast uppdaterad 2021-11-01.

Gregow, Torkel (2014), *Kvarstad och andra säkerhetsåtgärder*, Norstedts juridik.

Levin, Marianne & Hellstadius, Åsa (2019), *Lärobok i immaterialrätt*, 12 uppl., Norstedts juridik.

Levin, Marianne (2017) *Mönsterskyddslag (1970:485)*, JUNO.

Lindell, Bengt (1987), *Sakfrågor och rättsfrågor. En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt*, Iustus förlag.

Lindkvist, Gustav (2019), *Bevisfrågor i förvaltningsprocessen*, Norstedts juridik.

Nordback, Kenneth (2005), *Interimistiska åtgärder i EG-rättsliga mål. Om gemenskapsrättens inverkan på det provisoriska rättsskyddet i svensk civil- och förvaltningsprocess*, Iustus förlag.

Norrgård, Marcus (2002), *Interimistiska förbud i immaterialrätten*, Kauppakaari Juristförbundets förlag.

Westberg, Peter (2004), *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål. En funktionsstudie över kvarstad och andra civilprocessuella säkerhetsåtgärder. Bok 1–4*, Juristförlaget i Lund.

Artiklar

Jareborg, Nils (2004), *Rättsdogmatik som vetenskap*, i Svensk juristtidning 2004, s. 1.

Olsen, Lena, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, i Svensk juristtidning 2004, s. 105. Tillgänglig 2022-01-04 på <https://svjt.se/svjt/2004/120>.

Sandgren, Claes (2003–04), *Ekvivalenstolkning av patentkrav; interimistiskt förbud på grund av patentintrång*, i Juridisk tidskrift, 2003–04 nr 2.

Ramsjö, David (2009), *Proportionalitetsprövningen vid interimistiska förbud i immaterialrätten*, i Juridisk publikation 1/2009.

Westberg, Peter (1990), *Civilprocessuella säkerhetsåtgärder – ett instrument för konfliktlösning?*, i Svensk juristtidning år 1990, s. 161.

Nyhetsartiklar

Hadzima, Joseph G., (2013), *How to tell what patents are worth*, publicerad 2013-06-25, tillgänglig 2022-01-04, på:

<https://www.forbes.com/sites/forbesleadershipforum/2013/06/25/how-to-tell-what-patents-are-worth/?sh=28475ac16e5b>

Cardona Cervantes, Gabriel (2016), *Håkan Lans tioåriga tvist med Saab avgörs*, publicerad på Svenska Dagbladets webbplats 2016-08-20, tillgänglig 2022-01-04 på: <https://www.svd.se/hakan-lans-tioariga-tvist-med-saab-avgors>

Klingnell, Jesper (2016), *Svenska uppfinnare: ”Man belönas ofta med ett helvete”*, publicerad 2016-12-14 på Dagens Industris webbplats, tillgänglig 2022-01-04 på: <https://www.di.se/nyheter/svenska-uppfinnare-man-belonas-ofta-med-ett-helvete/>

Alestig, Peter (2016), *Saab efter skiljedomen: Lans bild överdriven*, publicerad 2016-11-15 på Svenska Dagbladets webbplats, tillgänglig 2022-01-04 på: <https://www.svd.se/lans-vann-patentstrid-kan-kosta-saab-miljardbelopp>

Övriga källor

World Intellectual Property Organization, WIPO, (2021), *Global Innovation Index 2021*. Hämtad senast 2022-01-04 på: https://www.wipo.int/global_innovation_index/en/2021/

European Patent Office, EPO, (2020), *Patent statistics*. Hämtad senast 2022-01-04 på: <https://www.epo.org/about-us/annual-reports-statistics/statistics.html>

Patent- och registreringsverket, PRV, (2020), *Statistikårsbok 2020, Tema: Klimatsmart teknik. Trerätters i rymden*. Tillgänglig på PRV:s hemsida, senast hämtad 2022-01-04 på: <https://www.prv.se/sv/om-oss/statistik/statistikarsbok/>

Ericsson (2021), pressmeddelande, *Ericsson report third quarter results*, tillgängligt 2022-01-04 på: <https://www.ericsson.com/en/press-releases/2021/10/ericsson-reports-third-quarter-results-2021>

Fosspatents (2014), *Samsung paid Microsoft over \$1 billion in Android patent royalties in 12-month period: court filing*, tillgänglig 2022-01-04 på: <http://www.fosspatents.com/2014/10/samsung-paid-microsoft-over-1-billion.html>

EPO (2021), *Guidelines for Examination in the European Patent Office*, tillgänglig 2022-01-04 på: <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/guidelines.html>

Offentligt tryck

Prop. 1985/86:86 Om ändring i patentlagen (1967:837)

Prop. 2006/07:56 Harmoniserad patenträtt

Prop. 2008/09:67 Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område - genomförande av direktiv 2004/48/EG

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1986 s. 450
NJA 1993 s. 182
NJA 1993 s. 764
NJA 1994 s. 74
NJA 1995 s. 631
NJA 1995 s. 635
NJA 1998 s. 179
NJA 1999 s. 644
NJA 2000 s. 435
NJA 2000 s. 497
NJA 2001 s. 533
NJA 2002 s 660
NJA 2005 s. 29
NJA 2006 s. 380
NJA 2012 s. 975
NJA 2016 s. 1011

PMD och PMÖD (målnummer)

PMT 744–16
PMT 4063–16
PMÖ 9614–17
PMÖD 2017:4 (målnummer PMÖ 3565–17)
ÖÄ 9614–17
PMT 585–19
PMÖ 4865–18
PMT 5945–18
PMÖ 10991–18
PMÖ 12172–18
PMT 8135–19

PMÖ 11561–20

Stockholms Tingsrätt och Svea hovrätt före införandet av PMD/PMÖD

(målnummer)

Svea hovrätts beslut i mål nummer T 4421–08

Stockholms tingsrätt beslut i målnummer 7569–14

Svea hovrätts dom målnummer T 6530–14

EU-domstolen

C-121/17 ”Teva”

C-114/18 ”Sandoz”

Övriga domstolar

American Cyanamid Co (No 1) v. Ethicon Ltd [1975]

RÅ 1998 not. 93

Arbetsdomstolens beslut nr 111/04 i målnummer A 268/04