

Svårtillämpade patentintrångsfall och svåra lösningar

ANNA HORN*

Den materiella patenträttens komplexitet påverkar processrättsliga frågor. Föremålet för artikeln är bevisfrågor kopplade till det så kallade indirekta produktskyddet som regleras i 3 kap. 1 § 3 p. patentlagen (2024:945) (PL). Det indirekta produktskyddet omfattar intrång i förfarandepatent genom användning av produkter som tillverkats genom sådant förfarande. Bestämmelsen medför betydande bevissvårigheter för rättighetsinnehavaren. Bevissvårigheterna har gett upphov till en omvänd bevisbörda som regleras i art. 34 i Världshandelsorganisationens TRIPS-avtal. I detalj har denna artikel syftet att analysera art. 34 TRIPS-avtalet och hur bestämmelsen tillämpas av svenska domstolar och därtill föra en diskussion om tillämpningen är förenlig med internationell rätt och svenska rättsteoretiska uppfattningar om bevisbörda. Artikeln diskuterar samspelet och spänningarna som uppstår mellan nationella och internationella bestämmelser samt teorier. En övergripande slutsats är att den omvända bevisbörda som föreskrivs i art. 34 TRIPS-avtalet och dess tillämpning i svensk rätt ger upphov till betydande rättslig komplexitet.

1. Inledning

Denna artikel fokuserar särskilt på hur komplexa materiella bestämmelser kan påverka bevisbördan och beviskraven i patenträttsliga intrångstvister. Syftet är att analysera och problematisera sambandet mellan bevisrätt och materiell patenträtt, så som de regleras både nationellt och internationellt. Artikeln behandlar därför samspelet – och de spänningar – som uppstår mellan nationella och internationella bestämmelser och rättsteoretiska uppfattningar inom bevisrätten för patentintrångsmål.

Föremålet för denna utredning är det så kallade indirekta produktskyddet som regleras i 3 kap. 1 § 3 p. patentlagen (2024:945) (PL).¹ För att ett intrång ska

* Jur.dr i civilrätt och forskare i juridik vid Svenska institutet för europapolitiska studier (Sieps).

¹ Delar av resonemangen i denna artikel har först publicerats i min avhandling Anna Horn, *Harmonising the Acts of Patent Infringement in Europe* (doktorsavhandling, Stockholms universi-

föreligga enligt bestämmelsen ska tredje person, utan patentinnehavarens samtycke, bjuda ut eller använda en produkt som är tillverkad genom ett patenterat förfarande. Alternativt att en tredje person innehar eller för in i landet en sådan produkt för att använda den eller för att bjuda ut den.

Bestämmelsen medför betydande bevissvårigheter för rättighetsinnehavaren. Svårigheten att bevisa ett intrång beror ofta på att patentinnehavaren endast har den påstådda intrångsgörarens ”slutprodukt” som grund för sina intrångsanspråk och inte har någon bevisning om det förfarande som använts för att tillverka produkten. Det är därför svårt att bevisa att produkten tillverkats genom det patenterat förfarandet i fråga.

Patenträtten är i stora delar internationaliserad genom världshandelsorganisationens (WTO) avtal om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter 1994 (TRIPS-avtalet) och den europeiska patentkonventionen 1973 (EPC). Svensk patenträtt är därför beroende av internationella och europeiska konventioner på området, samtidigt som EU-rätten är förhållandevis begränsad. Det finns få sekundärrättsliga EU regleringar gällande patent.²

Med anledning av de påtagliga svårigheterna för en rättighetsinnehavare att bevisa intrång i ett förfarandepatent genom användningen av en produkt, återfinns det en särskild bevisbörderegeln i art. 34 i TRIPS-avtalet i syfte att avhjälpa rättighetsinnehavarens bevissvårigheter. Bestämmelsen föreskriver i vissa fall en omvänd bevisbörda, vilket innebär att det i stället åligger den påstådda intrångsgörande parten att visa att produkten inte framställts genom det patenterade förfarandet. Motsvarande regleringen finns inte gällande andra patentintrångsfall. Bestämmelsen har i sin tur aktualiserat en rad svårtolkade frågor – både av materiellrättslig och processrättslig karaktär.

I detalj är syftet med denna framställning att analysera art. 34 TRIPS-avtalet och hur bestämmelsen tillämpas av svenska domstolar och därtill föra en diskussion om tillämpningen är förenlig med internationell rätt och svenska rättsteoretiska uppfattningar om bevisbörda.

För att skapa en nödvändig grund för analysen inleds artikeln i avsnitt 2 med en genomgång av centrala patenträttsliga principer, särskilt vad gäller intrång i förfarandepatent genom utnyttjande av produkter. Avsnitt 3 innehåller en analys av art. 34 TRIPS-avtalet och dess förhållande till EU-rätten. I avsnitt 4 behandlas bevisrättsliga aspekter, med fokus på bevisbördans placering och beviskrav. Därefter, i avsnitt 5, granskas hur art. 34 TRIPS tillämpas i svensk rätt. I detta

tet, 2024). Se särskilt kapitel 8 som innefattar en komparation av det indirekta produktskyddet och bevisfrågor i svensk, tysk och engelsk rätt.

² Sedan juni 2023 finns den enhetliga patentdomstolen som utgör ett fördjupat samarbete mellan majoriteten av EU:s medlemsländer. Domstolen regleras genom Avtal om en enhetlig patentdomstol (EUT C 175, 20.6.2013) som utgör ett internationellt avtal mellan flertalet EU-medlemsländer, däribland Sverige. Domstolen ska ses som en gemensam domstol mellan de EU-medlemsländer som deltar i samarbetet och har samma skyldigheter under EU-rätten som en nationell domstol i ett EU-medlemsland.

avsnitt förs en diskussion om den svenska tillämpningen av art. 34 är förenlig med internationell rätt och samtidigt överensstämmer med svenska rätts-teoretiska uppfattningar om bevisbördans placering. I det avslutande avsnittet, avsnitt 6, förs en sammanfattande diskussion och slutsatser dras.

2. Den materiella rätten: intrång i förfarandepatent för tillverkning av en produkt

2.1 Olika typer av uppfinningar – olika intrångsformer

Ett patent innebär en ensamrätt på en teknisk lösning på ett tekniskt problem, en uppfinning. Ensamrätt till uppfinningar legitimeras med att patentsystemet skapar investeringar och tillväxt som genereras genom spridning av innovationer.³ Den grundläggande kärnan i patenträtten är att en ensamrätt ger en belöning till uppfinnare.⁴ Lagstiftningen ska därför skapa en ensamrätt av ekonomiskt värde och ge en möjlighet till uppfinnaren att kontrollera sin uppfinning. Detta ska därtill ge incitament att kommersialisera uppfinningen.⁵

Patentlagstiftningen innehåller även en internaliserad avvägning mellan rättighetsinnehavaren, dess konkurrenter och allmänhetens olika intressen. Naturligtvis strävar rättighetsinnehavaren efter en så vidsträckt ensamrätt som möjligt samtidigt som dess konkurrenter vill beredas en möjlighet att kommersialisera sina produkter utan att göra intrång i patentinnehavarens rättighet. Allmänheten vill kunna nyttja nya uppfinningar. Avvägning mellan dessa intressen är svårbalanserad.

Alla former av teknik kan vara föremål för patentskydd, det föreskrivs i art. 27 TRIPS-avtalet. En uppfinning kan därför inte nekas patentskydd enbart på grund av dess form.

Skyddsomfånget för en patenterad uppfinning definieras av patentkraven.⁶ Detta följer av art. 69 EPC och i svensk rätt av 5 kap. 1 § PL. Patentkraven kan delas in i tre olika typer. De kan vara produktkrav som definierar en produkt, användningskrav som definierar en användning av en produkt eller förfarandekrav som definierar ett förfarande. Patentskyddade förfaranden kan vara förfaranden för tillverkning av en produkt men också förfaranden för exempelvis

³ Se meddelande från Europeiska kommissionen, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, 16 juli 2008 “An Industrial Property Rights Strategy for Europe” COM(2008) 465 final.

⁴ Se exempelvis prop. 2023/24:150 Ny patentlag, s. 77–78.

⁵ Se en utvecklad diskussion i Åsa Hellstadius, A Quest for Clarity Reconstructing Standards for the Patent Law Morality Exclusion (doktorsavhandling, Stockholms universitet, 2015), s. 66–68.

⁶ Patentkrav beskriver uppfinningen och dess exakta formulering utgör patentskyddet.

mätning, kontroll eller vägning. Patent kan däremot inte beviljas för ett förfarande för kirurgisk eller terapeutisk behandling eller för diagnostisering som ska utövas på människor eller djur. Det följer av art. 53 (c) EPC och 2 kap. 4 § PL. Ett och samma patent för en uppfinning kan omfatta flera patentkrav som innefattar exempelvis både produkt- och förfarandekrav.

Det finns i sin tur flera olika former av patentintrång. En uppdelning av intrångsformerna är direkt intrång som regleras i 3 kap. 1 § PL och indirekt intrång (tidigare kallat medelbart intrång) som regleras i 3 kap. 2 § PL.

Relevant för denna analys är det så kallade indirekta produktskyddet som regleras i 3 kap. 1 § 3 p. PL. Det indirekta produktskyddet omfattar direkta intrång i ett förfarandepatent genom en produkt som tillverkats genom det patentskyddade förfarandet.

2.2 Det indirekta produktskyddet

Det indirekta produktskyddet innebär specifikt att ingen utan patenthavarens samtycke får bjuda ut, föra ut på marknaden eller använda en produkt som har tillverkats enligt ett patentskyddat förfarande eller föra in eller inneha produkten för något av dessa ändamål. 3 kap. 1 § 3 p. PL har sin europeiska och internationella motsvarighet i art. 64(2) EPC och art. 28 i TRIPS-avtalet.⁷ Den som uppsåtligt eller av oaktsamhet gör patentintrång ska betala skälig ersättning för utnyttjandet av uppfinningen samt ersättning för den ytterligare skada som intrånget har medfört enligt 15 kap. 10 § PL.

Det indirekta produktskyddet kan hävdas utgöra en särart bland de övriga direkta intrångsformerna. Bestämmelsen skyddar indirekt produkter som inte är patenterade men som tillverkats genom ett patenterat förfarande. På så sätt blir patentskyddet utvidgat att inte enbart omfatta den patenterade uppfinningen (förfarandet) utan också produkter som framställts av en sådan uppfinning. Den intrångsgörande handlingen är inte användning av själva patenterade förfarandet utan av produkten som tillverkats genom ett sådant förfarande. Därtill är skyddet enligt 3 kap. 1 § 3 p. PL territoriellt vidsträckt, eftersom det omfattar inte bara produkter som tillverkats i skyddslandet (Sverige) utan också produkter som tillverkats genom det svenska patenterade förfarandet i utlandet och sedan importerats hit för att nyttjas här.

Det indirekta produktskyddet är av extra betydelse för produkter som inte kan patenteras men vars tillverkningsförfarande uppfyller kraven för patentskydd. Här kan nämnas att innan TRIPS-avtalets ikraftträdande förbjöd många länder, däribland Sverige, patent på livsmedel- och läkemedelsprodukter. I och

⁷ Som de flesta europeiska länderna har den svenska patentlagstiftningen om patentintrång formats efter Agreement relating to community patents 89/695/EEC se här Horn, Harmonising the Acts of Patent Infringement in Europe, s. 62–79.

med TRIPS-avtalets art. 27 kan WTO:s medlemmar inte diskriminera något teknikslag och sådana begränsningar i nationella patentlagstiftningar togs bort. Det indirekta produktskyddet var därav av stor betydelse för läkemedelsbranschen innan ikraftträdandet av TRIPS-avtalet eftersom läkemedelsproducenter indirekt kunde skydda sina läkemedelsprodukter genom det indirekta produktskyddet. I dag har denna bestämmelse betydelse för producenter av produkter som inte uppnår det strikta nyhetskravet för patentskydd som regleras i art. 54 EPC och 2 kap. 8–9 §§ PL. Om tillverkningsförfarandet uppnår alla de kriterier som ställs för patentskydd i art. 54–57 EPC och 2 kap. 8–15 §§ PL kan själva tillverkningsförfarande skyddas trots att produkterna inte uppnår dessa krav.

Det kan hävdas att det, just på grund av det indirekta produktskyddets särart – som innebär ett indirekt skydd för icke patenterade produkter – är särskilt svårt att bevisa intrång. Om bevisbördan placeras på rättighetsinnehavaren ska denne visa att en användning eller ett utbudande skett av en produkt som tillverkats genom det patenterade förfarandet. Det kan vara svårt för rättighetsinnehavaren att lägga fram bevisning för vilket förfarande som använts när denne enbart har slutprodukten som grund för sin intrångstalan. Denna svårighet har gett upphov till den omvända bevisbördan i art. 34 TRIPS-avtalet.

3. Artikel 34 TRIPS-avtalet

3.1 Omvänd bevisbörda

I motsatt till svensk rättstradition som innebär att bevisregler vanligtvis inte är reglerade i civilrättslig lagstiftning föreskriver TRIPS-avtalet en omvänd bevisbörda vid påstådda intrång i förfarandepatent genom användning av produkter.⁸ Art. 34 i TRIPS-avtalet stadgar att WTO:s medlemmar skall tillhandahålla omvänd bevisbörda vid tvister om intrång i det indirekta produktskyddet under minst en av följande två omständigheter:

- (a) Om den produkt som erhålls genom den patenterade förfarandet är ny, eller
- (b) om det finns en betydande sannolikhet för att den identiska produkten har tillverkats genom det patenterade förfarandet och patenthavaren inte genom rimliga ansträngningar har kunnat fastställa vilket förfarandet som faktiskt har använts.

⁸ Lars Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, (2:a upplagan Norstedts Juridik 2022), s. 20; se även uttalande i SOU 1926:33 Processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning D.3, s. 142.

Bestämmelsen i art. 34 TRIPS-avtalet bör definieras som en omvänd bevisbörda som innebär att huvudregeln frångås i ett särskilt fall. Det går inte att hävda att bestämmelsen föreskriver en så kallad ”falsk bevisbörda” som innebär att en part måste lägga fram ytterligare bevisning under en förhandling för att vinna tvisten. En part kan ha falsk bevisbörda medan den andra fortfarande har den ”äkta bevisbördan”.⁹ Om bevisbördan omvänds från patentinnehavaren till den påstådde intrångsgöraren, är det den påstådde intrångsgöraren som måste bevisa att dess produkt inte tillverkats direkt genom det patentskyddade förfarandet, annars kommer målets utgång vara till nackdel för denne.

Eftersom art. 34 i TRIPS-avtalet erbjuder två alternativa tillämpningar och WTO:s medlemsstater är skyldiga att tillämpa minst en av dessa, kan det hävdas att bestämmelsen ger utrymme för en implementering som är förenlig med respektive nations lagstiftning och rättstradition. Denna tolkning stärks av att TRIPS-avtalet fastställer minimistandarder snarare än enhetliga regler.

3.2 TRIPS-avtalet och EU:s befogenheter

Patenträtten är generellt inte harmoniserad genom EU-rätten. TRIPS-avtalet och EPC har i stället på internationell nivå harmoniserat nationell lagstiftning. Det finns därför ett fåtal sekundärrättsliga bestämmelser inom EU på patentområdet. På så sätt är EU-domstolens jurisdiktion på det patenträttsliga området begränsad.

Det finns inte heller någon allmän rättslig grund i fördragen som ger EU behörighet i inhemska civilprocessuella frågor. Art. 81 i FEUF ger unionen behörighet att harmonisera förfaranderegler för civilrättsligt samarbete med gränsöverskridande konsekvenser. Om det inte finns någon EU-lagstiftning i frågan kan EU ändå begränsa den nationella processrätten för att säkerställa EU-rättens fulla verkan och ett effektivt rättsligt skydd av enskildas rättigheter, i enlighet med de krav som anges i EU-rätten.

Vidare uppställer EU-rätten inga allmänna bevisregler i civilrättsliga mål.¹⁰ Den allmänna regeln har traditionellt varit att EU:s medlemsstater, i avsaknad av EU-rätt om processuella frågor, har frihet att reglera sina egna processuella system, förutsatt att medlemsstaterna ska säkerställa ett likvärdigt och effektivt skydd av EU-rätten.¹¹ Medlemsstaterna har därför en så kallad ”processuell autonomi”.

Kravet på ett likvärdigt och effektivt skydd av EU-rätten genom nationella processuella frågor har understötts av ett andra krav. Medlemsstaterna måste

⁹ Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 58–59.

¹⁰ EU-domstolens avgörande den 9 februari 1999 i mål C-343/96 Dilexport Srl och Amministrazione delle Finanze dello Stato, p. 51.

¹¹ EU-domstolens avgörande den 16 december 1976 i mål 33/76 REWE och mål 45/76 Comet.

tillhandahålla ett effektivt rättsligt skydd för en individs rättigheter enligt EU-rätten i enlighet med art. 47 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02) (rättighetsstadgan).¹²

Ghavanini framhåller att EU-rättens effekter i svensk civilprocess är outforskade i flera avseenden. Generellt sett utgår den svenska doktrinen i processrättsliga frågor från att processuell autonomi ger ett stort handlingsutrymme för domstolarna i medlemsstaterna. Detta kan, enligt Ghavanini, vara alltför optimistiskt.¹³

Med tanke på EU:s begränsade befogenhet inom både patenträttens och processrättens område kan det vid första anblick framstå som att EU-rätten och EU-domstolen inte har någon inverkan på tolkningen och implementeringen av den omvända bevisbördan i art. 34 TRIPS-avtalet.

Däremot existerar EU:s gemensamma handelspolitik inom EU:s exklusiva kompetensområde enligt art. 3(1)(e) Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Därtill har EU-domstolen fastställt i målet *Daiichi Sankyo* att art. 207.1 FEUF om EU:s gemensamma handelspolitik och formuleringen ”kommersiella aspekter av immateriella rättigheter” föreskriver att TRIPS-avtalet ligger inom området för unionens exklusiva befogenhet. TRIPS-avtalet betraktas av EU-domstolen som ett avtal som i första hand reglerar liberalisering av den internationella handeln, inte harmonisering av EU-medlemsstaternas immaterialrättsliga lagstiftning.¹⁴

Det finns idag inga avgöranden från EU-domstolen om tolkningen av art. 34 TRIPS-avtalet. Det finns inte heller någon sekundärrättslig lagstiftning som går att hänföra till art. 34.¹⁵ Genom en tolkning av domen i *Daiichi Sankyo* förefaller det sannolikt att TRIPS-avtalet generellt faller under art. 207(1) FEUF eftersom det är ett avtal under WTO.

Bestämmelserna i TRIPS-avtalet har inte direkt effekt.¹⁶ Detta innebär att parterna inte kan åberopa en bestämmelse i TRIPS-avtalet direkt i ett domstolsförfarande utan hänvisning till en nationell rättsakt. För att EU-domstolens jurisdiktion ska aktiveras med avseende på art. 34 TRIPS-avtalet, måste en situation uppstå där en part begär att en viss nationell bestämmelse eller princip ska tolkas i ljuset av art. 34 i avtalet. Detta specifikt eftersom det inte finns någon EU-rätt på området.

¹² EU-domstolens avgörande den 13 mars 2007 i mål C-432/05 *Unibet och Justitiekanslern*.

¹³ Anna Ghavanini, ”Procedural Autonomy in Sweden – Is Materielle Prozessleitung the Answer?” i Bart Krans och Anna Nylynd (red.) *Procedural Autonomy Across Europe* (Intersentia, 2020), s. 205 och s. 224.

¹⁴ Se EU-domstolens avgörande 18 juli 2013 i mål C-414/11 *Daiichi Sankyo och Sanofi-Aventis Deutschland*, p. 60.

¹⁵ Se här art. 55 i avtalet om enhetlig patentdomstol som föreskriver sådan omvänd bevisbörda men bestämmelsen bör inte i sig själv ligga inom EU-domstolens jurisdiktion.

¹⁶ EU-domstolens avgörande den 14 december 2000 i de förenade målen C-300/98 and C-392/98 *Parfums Christian Dior*, p. 44.

Jag skulle därför dra slutsatsen att EU-domstolen har behörighet att ge ett förhandsavgörande gällande tillämpningen av art. 34 TRIPS-avtalet i svensk rättspraxis. Frågan ligger generellt inte inom medlemsstaternas processuella autonomi. Detta på grund av EU:s exklusiva kompetens avseende TRIPS-avtalet. Därutöver bör art. 47 i EU:s rättighetsstadga, om ett effektivt rättsligt skydd för enskilda, vara tillämplig på TRIPS-avtalet i enlighet med art. 51 i rättighetsstadgan. Sammanfattningsvis kan EU-domstolen komma att kräva att nationell processrätt åsidosätts för att säkerställa överensstämmelse med TRIPS-avtalet om domstolen bedömer att det är nödvändigt.

4. Generellt om bevisbörda i svensk rätt

4.1 Definitioner, faktafrågor och rättsfrågor

Detta avsnitt gör inte anspråk på att teckna en fullständig bild av bevisrätten och dess teorier. Avsnittets syfte är snarare att ge en introduktion till två huvudprinciper gällande bevisbördans placering i svensk rätt som tjänar till underlag för diskussionen i denna artikel kring hur den omvända bevisbördan i art. 34 TRIPS-avtalet har tillämpats (eller inte tillämpats) i svensk rätt.

Bevisskyldigheten för den part som bär bevisbördan omfattar rättsfakta, faktiska omständigheter med en rättslig kvalificering som är av omedelbar betydelse för rättsföljden, inte rättsliga bedömningar. Faktafrågor bedöms av en domstol genom den bevisning som parterna lagt fram. Om det efter en domstols bevisvärdering är oklart vilket faktum som föreligger ger bevisningen inget svar om huruvida domen ska grundas på detta faktum eller inte. Det är i stället rättskäl-lorna som talar för om denna osäkerhet kring huruvida ett faktum existerar eller inte ska vara till förfång för den ena eller andra parten.¹⁷ En part bär bevisbördan när osäkerheten för huruvida ett faktum föreligger eller inte, går ut över henne.¹⁸

Detta innebär att föremålet för bevisbördan är ett rättsfaktum, det kan vara en omständighet eller en handling. Heuman framhäver att om en rättslig bestämmelse innehåller flera rekvisit kan varje omständighet som svarar mot ett rekvisit i bestämmelsen vara av omedelbar betydelse för rättsföljden även om ett sådant faktum inte ensamt kan bestämma rättsföljden.¹⁹

Det indirekta produktskyddet förutsätter att flera rekvisit är uppfyllda. Om vi utgår ifrån 3 kap. 1 § p. 3 PL innebär det att de fakta som exempelvis patent-innehavaren (eller dess licenstagare) ska lägga fram för att nå framgång i ett mål, om bevisbördan ligger på henne, är att någon har utnyttjat uppfinningen

¹⁷ Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 21.

¹⁸ NJA 2018 s. 617 p. 9; Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 53–54.

¹⁹ Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 133.

på ett sådant sätt att produkten av ett patenterat förfarande antingen kan anses ha bjudits ut, förts ut på marknaden eller använts utan samtycke av patentinnehavaren. Om patentinnehavaren anses ha bevisbördan i målet ska hon åberopa rättsfakta som uppfyller de kriterier lagrummet ställer. Det är alltså upp till den part som bär bevisbördan att lägga fram tillräckligt stark bevisning för att ett rättsfaktum ska kunna läggas till grund för utgången i målet.²⁰ Som beskrivits bär inte en part bevisbördan för rättsfrågor utan enbart för existensen av de faktiska omständigheter som gör att en rättsregel kan tillämpas eller inte.²¹

Beviskravet preciserar i sin tur bevisbördans innehåll. Generellt är beviskravet i tvistemål att den part som bär bevisbördan ska visa eller styrka att ett visst faktum föreligger.²²

4.2 Två centrala teorier kring bevisbördans placering

Ekelöf beskriver att en civilrättslig regel oftast enbart löser ett civilrättsligt problem men inte frågan om vem som bär bevisbördan. Lagstiftaren har i allmänhet inte tagit ställning till bevisbördefrågor. På grund av detta har det i doktrin utbredd diskuterats flera olika teorier kring hur bevisbördan ska placeras.²³

En princip, som enligt Heuman är av ”dogmatisk karaktär”, är att kâranden ska styrka sin rätt. Heuman menar att principen upprepats så många gånger att man inte längre frågar efter dess berättigande. Därtill är det svårt att avgöra när undantag till denna princip ska tillämpas.²⁴

Den fortsatta framställningen kommer att kortfattat och förenklat diskutera två centrala teorier om bestämmandet av bevisbördans placering – materiella bevisbördeteorin och bevissäkringsteorin.²⁵ Jag har valt ut dessa två av den anledningen att den materiella bevisbördeteorin har haft stor genomslagskraft i doktrinen samtidigt som bevissäkringsteorin är dominerande och används i praxis i hög utsträckning.²⁶

²⁰ Per Olof Ekelöf, Henrik Edelstam och Lars Heuman, Rättegång fjärde häftet (7:e upplagan Norstedts Juridik 2009), s. 79.

²¹ NJA 2006 s. 367, NJA 2012 s. 858 p. 20, NJA 2016 s. 1011 p. 15 och NJA 2019 s. 877 p. 40; Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, 53.

²² NJA 2018 s. 617 p. 10.

²³ Ekelöf, Rättegång fjärde häftet, s. 94.

²⁴ Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 66–67.

²⁵ Heuman och Ekelöf benämner dessa två teorier som plural dvs. materiella bevisbördeteorier och bevissäkringsteorier, detta på grund av att det finns flera uppfattningar inom samma teori-bildning. Min diskussion om dessa teorier är dock kort och lämnar inte utrymme för sådan utläggning. Se Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 189–600 och Ekelöf, Rättegång fjärde häftet, s. 95.

²⁶ Alexander Hardenberger, Åberopsbörda i dispositiva tvistemål (Norstedts Juridik 2023), s. 184–185; Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 237.

Den materiella bevisbördeteorin utgår ifrån att bevisbördan ska bestämmas utifrån den civilrättsliga bestämmelsens innehåll och syfte.²⁷ Det förklaras som att bevisbördan ska fördelas så att bestämmelsens ändamål förverkligas. Detta gör att man måste avgöra vilka funktioner den civilrättsliga regeln har, vilket inte alltid är det lättaste. En civilrättslig bestämmelse kan ha flera funktioner och innebära en intresseavvägning av motstående intressen. Teorin är därför inte ensam utslagsgivande och kan ibland inte tillämpas på samtliga rättsfakta.²⁸

En annan uppfattning inom samma teoribildning är att bevisbördan ska vara handlingsdirigerande. Det relevanta blir då inte enskilda parter intressen utan funktioner på ett allmänt plan såsom omsättningsintresset, samhällsnyttan och systemeffektiviteten. Bevisbördans placering ska alltså påverka handlandet på ett allmänt plan och ha en preventiv funktion på så sätt att bevisbördan ska påverka beteenden hos parterna. Sammanfattningsvis innebär den materiellrättsliga teorin att man hämtar ledning i den materiella regelns syfte. Några processuella hänsyn tas därför inte.²⁹

Det går däremot att hävda att bevissäkringsteorin har mer processrättsliga drag. Teorin utgår ifrån att bevisbördan bör läggas på den part som har möjlighet att säkra bevisning eller har haft lättast att göra det.³⁰ Teorin anses ha en preventiv verkan genom att den verkar tvisteförebyggande, eftersom den syftar till att parterna ska säkerställa bevisning i ett tidigt skede.³¹

Dessa två teorier och frågan om beviskrav kommer i följande avsnitt ställas mot hur Patent- och marknadsdomstolen tillämpat den omvända bevisbördan i art. 34 TRIPS-avtalet.

5. Tillämpningen av Artikel 34 TRIPS-avtalet i svensk rätt

5.1 Bevislättnad framför omvänd bevisbörda

Den svenska patentlagstiftningen saknar en bestämmelse som motsvarar den som finns i art. 34 TRIPS-avtalet. Det finns därför inte någon lagstadgad omvänd bevisbörda i svensk patenträtt vid intrång i det indirekta produktskyddet. Det har dock i rättspraxis slagits fast av Patent- och marknadsdomstolen att en rättighetsinnehavare måste bevisa att det är sannolikt att den intrångsgörande produkten har tillverkats genom det skyddade förfarandet.³²

²⁷ Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 189.

²⁸ Ekelöf, Rättegång fjärde häftet, s. 95–102.

²⁹ Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 198.

³⁰ Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 237.

³¹ Ekelöf, Rättegång fjärde häftet, s. 105.

³² Patent- och marknadsdomstolens dom den 16 november 2018 i mål PMT 1387-16.

Det har med andra ord tillämpats en bevislättning för patentinnehavare i mål om intrång genom produkter som framställts genom ett intrångsgörande förfarande. Stockholms tingsrätt och Svea hovrätt har tidigare, före ovannämnda Patent- och marknadsdomstolens dom, avgjort att patentinnehavaren, för att balansera parternas olika intressen, har att visa att det är sannolikt att det patentskyddade förfarandet har använts av den påstådde intrångsgöraren. Om patentinnehavaren lyckas med det, måste den påstådde intrångsgöraren göra det sannolikt att han eller hon inte har använt det patentskyddade förfarandet.³³ Det ligger därav en ”falsk bevisbörda” på den påstådda intrångsgöraren.

Den svenska patentlagen innehöll tidigare en bestämmelse om omvänd bevisbörda i intrångsmål som avsåg intrång i ett patentskyddat förfarande genom produkter som tillverkats med hjälp av ett intrångsgörande förfarande. I 19 § i 1884 års svenska patentlag fanns en sådan omvänd bevisbörda under förutsättning att produkten var ny.³⁴ Denna bestämmelse avskaffades när produkter, läkemedel och livsmedel, som tidigare inte hade beviljats patentskydd, kunde få sådant skydd. Bestämmelsen om bevisbörda ansågs då onödig. I förarbetena till en ny patentlag från 1963 anges att den allmänna regeln i svensk processrätt om fri bevisvärdering torde leda till samma resultat som en bestämmelse som innehåller en omvänd bevisbörda under vissa omständigheter.³⁵

I ett senare förarbete, som behandlar frågan om processrätt och sanktioner i det svenska patentsystemet, uttalas att patenthavaren först måste visa att produkten från dennes förfarande är densamma som den påstått intrångsgörande produkten. Om patenthavaren lyckas visa att produkten är densamma, måste hon därefter visa att det är sannolikt att produkten framställs genom samma förfarande. Av förarbetena framgår vidare att om patenthavaren inte lyckas göra sannolikt att det patentskyddade förfarandet har använts, är det tveksamt ur rättssäkerhetssynpunkt att gå vidare med presumptionen att produkten har framställts genom det patentskyddade förfarandet. Om den omvända bevisbördan skulle tillämpas i dessa fall, skulle det skada rättssäkerheten.³⁶

5.2 Är den svenska tillämpningen förenlig med TRIPS-avtalet?

Det förhållandet att den svenska lagen inte innebär en omvänd bevisbörda utan en lättning i beviskravet har av Patent- och marknadsdomstolen ansetts förenligt med principerna i art. 34 TRIPS-avtalet.³⁷ Jag skulle vilja hävda att det är korrekt att kravet på att en patentinnehavare ska bevisa att det är sannolikt att

³³ Stockholms tingsrätt avgörande den 7 december 1990 i mål T 7-349-87, 5–6; Svea hovrätts avgörande den 22 januari 1992 i mål T 89/91, s. 4–5.

³⁴ PMT 1387-16, 11.

³⁵ Nordisk utredningsserie 1963:6 Beteckning angående nordisk patentlovgivning, s. 342.

³⁶ SOU 1983:35 Patentprocessen och sanktionssystemet inom patenträtten, s. 103.

³⁷ PMT 1387-16, s. 14.

en produkt är framställd genom det skyddade förfarandet är jämförbart med bestämmelserna i TRIPS-avtalet. I situationer där det finns en betydande sannolikhet för att en identisk produkt har framställts genom det patenterade förfarandet, och patentinnehavaren inte kan fastställa vilket förfarande som faktiskt har använts, föreskriver artikel 34 att produkten ska anses vara framställd genom det skyddade förfarandet. Det finns därför övervägande likhet mellan art. 34 TRIPS-avtalet och Patent- och marknadsdomstolens tillämpning.

Det går dock att kritisera Patent- och marknadsdomstolens avgörande på flera punkter. Till att börja med förklarar inte domstolen på vilket sätt bevislättningen följer TRIPS-avtalets principer. Det konstateras endast att det gör det. Vidare är svenska förarbeten i fokus för Patent- och marknadsdomstolens resonemang snarare än Sveriges internationella åtaganden reglerade i TRIPS-avtalet.³⁸

Patent- och marknadsdomstolens dom överklagades, men parterna nådde en förlikning innan något beslut fattades av Patent- och marknadsöverdomstolen. Som en följd av detta har Patent- och marknadsdomstolens slutsatser inte bekräftats av Patent- och marknadsöverdomstolen.³⁹ Därtill kan man diskutera om EU-domstolen borde ha beretts möjligheten att ge ett förhandsavgörande gällande frågan.

Det kan emellertid, med stöd i uttalandena i förarbetena, hävdas att den svenska lagen i praktiken syftar till att skapa en situation som i det närmaste motsvarar den som föreskrivs i art. 34. i TRIPS-avtalet.

Att ge en bevislättning vid särskilt svåra bevisomständigheter förefaller inte heller ovanligt i svensk rätt.⁴⁰ Samtidigt hävdar Heuman att om en svensk domstol ska tillämpa en konvention ska uttryckliga bevisbörderegler som stadgas i konventionen läggas till grund för avgörandet.⁴¹

Det ter sig inte omöjligt att man med ledning ur den materiella bevisbörde-teorin skulle hävda att bevisbördan ska ligga på den påstådde intrångsgöraren med tanke på att patentlagstiftningens huvudsakliga syfte är att ”belöna” uppfinnaren och skapa en rättighet av ekonomiskt värde. En sådan fördelning av bevisbördan skulle även vara till fördel för omsättningsintresset – intresset av att kommersialisera sin patenterade uppfinning. Det som talar emot att bevisbördan ska placeras på den påstådde intrångsgöraren enligt denna teori är patentlagstiftningens inneboende strävan efter att balansera olika intressen. Att placera bevisbördan på den påstådde intrångsgöraren skulle kunna anses ge patentinnehavaren en alldeles för stark position i förhållande till den påstådde intrångsgöraren.

Frågan är om bevissäkringsteorin skulle ge något annat svar. Den påstådde intrångsgöraren skulle onekligen kunna bevisa vilket tillverkningsförfarande denne har använt för att producera den omtvistade produkten. Samtidigt har

³⁸ PMT 1387-16, s. 14.

³⁹ Patent- och marknadsöverdomstolens dom den 7 februari 2019 i mål PMT 12016-18.

⁴⁰ Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 238 och s. 663.

⁴¹ Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 45.

patentinnehavaren troligtvis den bästa kunskapen om sitt eget förfarande och vilka produkter som framställts genom det förfarandet. Frågan torde vara vem som bäst bevisar intrång eller icke-intrång. Att det föreligger betydande bevisvärigheter för rättighetsinnehavaren att bevisa vilket förfarande som använts för att tillverka den omtvistade produkten talar för att bevissäkringsteorin eventuellt skulle innebära att bevisbördan skulle vara omvänd och placeras på den påstådde intrångsgöraren.

6. Slutdiskussion

Syftet med denna artikel har varit att undersöka hur komplexa materiella rättsfrågor påverkar bevisrätten och hur dessa rättsområden samverkar. Genom att analysera det indirekta produktskyddet enligt 3 kap. 1 § 3 p. PL har jag försökt illustrera hur den materiella rättens utformning kan skapa betydande bevisvärigheter för rättighetshavaren. I förlängningen riskerar detta att försvåra möjligheten att effektivt utöva och försvara den patenträttsliga ensamrätten.

För att avhjälpa dessa svårigheter har det inom ramen för TRIPS-avtalet införts en ordning med omvänd bevisbörda i vissa situationer, reglerad i art. 34. Denna tillämpning ger upphov till rättslig osäkerhet, särskilt i ljuset av att det i dagsläget inte är klart om den svenska ordningen är förenlig med TRIPS-avtalets krav. För att komplicera frågan ytterligare tillämpas inte den omvända bevisbördan i svensk rätt, utan i stället ges en bevislättnad för rättighetsinnehavaren. Eftersom EU-domstolen har exklusiv behörighet att tolka TRIPS-avtalet inom EU-rättens tillämpningsområde, kan frågan inte hänskjutas till medlemsstaternas processuella autonomi. Det finns därför ett tydligt behov av ett förhandsavgörande från EU-domstolen för att klarlägga rättsläget.

Vidare har jag diskuterat två teorier för bevisbördans placering i svensk rätt: den materiella bevisbördeteorin och bevissäkringsteorin. Även om det inte går att dra någon entydig slutsats om hur bevisbördan bör fördelas i frågor som rör det indirekta produktskyddet, talar två faktorer för att bevisbördan i vissa fall bör läggas på den påstådde intrångsgöraren. Den första är att patenträtten syftar till att belöna innovation och främja kommersialisering av tekniska lösningar. Den andra är att konstruktionen av det indirekta produktskyddet i sig ger upphov till särskilda bevisvärigheter för rättighetshavaren.

Samtidigt visar båda teorierna att frågan om bevisbördans placering är långt ifrån självklar. En övergripande slutsats är därför att den omvända bevisbörda som föreskrivs i art. 34 TRIPS-avtalet och dess tillämpning i svensk rätt ger upphov till betydande rättslig komplexitet. Denna framställning har inte syftat till att erbjuda definitiva svar, utan snarare illustrera hur den materiella patenträttens komplexitet påverkar processrättsliga frågor, särskilt vad gäller bevisbörda och beviskrav i intrångsmål.