



Der findes i USA ingen juridisk hindring for, at en patenttrolde angriber et patent med henblik på at tjene ved short selling af patenthavers aktier. Foto: Michael Barrett Boesen.

Næste generation af patenttrolde

Europa har hidtil været fri for patenttrolde, men den næste generation kan være her allerede med angreb på især medicinalvirksomheder.

Af Anders Heebøll-Nielsen,
European Patent Attorney, Awapatent A/S

Under debatten om EU's enhedspatentdomstol i forbindelse med den danske folkeafstemning blev der rejst bekymring om, at en central patentdomstol vil gøde jorden for patenttrolde, hvilket vi i Europa, modsat USA, har været fri for. Medicinalvirksomheders patenter kan være yderst værdifulde, og denne artikel belyser, hvordan troldeenes arbejdsmetoder har udviklet sig til at søge fortjenester på at angribe patenter, og den sammenligner situationen i USA og Europa.

Baggrund

De seneste år har bragt talrige beretninger fra USA om, hvordan patenthavere har truet "uskyldige" firmaer med sagsanlæg for krænkelse af tvivlsomme patenter og dermed tjent store beløb på indgåede forlig med de påståede krænkere. Sådanne patenthavere betegnes med det negativt ladede begreb "patenttrolde", eller hvis man er venligere stemt, kan de kaldes *non-practicing entities*. Vilkårene i USA har særligt på tre punkter adskilt sig fra de typiske forhold i Europa, så sagsøgere har haft store fordele i forhold til sagsøgte. Den amerikanske lovgivning har tilladt, at slutbrugere af et produkt kan sagsøges for patentkrænkelse, hvor man i Europa er begrænset til

at sagsøge producenten eller udbyderen af produktet. Det er meget kostbart at føre retssager i USA, og man har som sagsøgt ikke kunnet regne med at få dækket sine omkostninger, selv hvis man vinder retssagen. Endelig har det været tilsvarende kostbart at angribe patenter ved en domstol for at være udstedt på et forkert grundlag.

Hvis man således stilles over for en trussel om sagsanlæg, der følges af et forslag om forlig, kan det ofte betale sig at indgå forliget. Også selvom man ikke krænker patentet, eller patentet er ugyldigt.

I sidste halvdel af 90'erne og i første halvdel af 00'erne blev der i USA udstedt mange tvivlsomme patenter på software, og der findes stadig gældende rettigheder, som synes åbenlyst urimelige. Sådanne patenter kan anses som den sidste brik, for at troldeene kan lave forretning. Et af de værste eksempler (*Scanto-Email-sagen*) angik patenter, der grundlæggende beskytter proceduren, at en scanner sender en pdf af et dokument til en computer. Patenthaver sendte breve til små virksomheder, som formodedes at have en scanner, med et forslag om at betale i størrelsesordenen USD 1.000 pr. ansat. Selv med dette beløb var det for mange billigere at betale end at gå i retten.

Patenttrolde generation 2

Patenttrolde har aldrig været populære i USA, og den ame-

rikanske højesteret ændrede i sagen *Octane Fitness v. Icon Health & Fitness* (29. april 2014), fortolkningen af begrebet "exceptionel" til at gøre det lettere for sagsøgte at få dækket udgifter ved en sejr. Højesterets afgørelse i *Alice Corp. v. CLS Bank International* (19. juni 2014) har heller ikke hjulpet patenttoldene, da den væsentligt strammede op for patentering af software. Ydermere indførte den nye amerikanske patentlov i september 2012 administrative procedurer for angreb på udstedte patenter (*Post Grant- og Inter Partes Review*, eller PGR og IPR), som både er billigere og lettere tilgængelige end at gå til domstolen.

Med disse ændringer er troldeens betingelser i USA indsnævret, men de administrative procedurer har åbnet muligheder, der ikke tidligere fandtes i samme grad. Især i medicinalbranchen kan et enkelt patent, som beskytter et lægemiddel, være så værdifuldt, at det kan påvirke ejerens aktiekurs, hvis patentet findes ugyldigt. Efter IPR-procedurens indførelse, begyndte selskabet *Coalition for Affordable Drugs* (CAD) med rund hånd at indlede IPR-angreb på medicinalpatenter under påskuddet, at hvis patenterne ugyldiggøres, vil priserne på de hidtil beskyttede lægemidler falde, da monopolerne ophæves (til alles fordel). De to folk bag CAD er en erfaren patenttroll og en pengemand, som tidligere har haft succes med investeringer i markedsnedgang. Det viste sig også, at IPR-sagerne er knyttet til, at CAD-folkene arbejder med *short selling* af aktier for firmaerne bag de angrebne patenter. CAD "spiller på", at aktierne vil miste værdi på grund af IPR-sagerne. CAD er det mest synlige eksempel på, hvad jeg kalder anden generation af patenttroll: Firmaer, der angriber patenter med henblik på at kunne tjene på en nedgang i patenthavers aktiekurs.

USA eller Europa?

Alle andre end patenthaver kan indlede en PGR eller IPR, men myndigheden (*the Patent Trial and Appeal Board*, PTAB) kan afvise sagen, hvis de ikke overbevises om, at det er overvejende sandsynligt, at man vil få succes med angrebet. Angrebet kan være baseret på, at opfindelsen ikke er ny, eller at den er nærliggende, og bør omfatte materiale, som ikke allerede har været behandlet i sagen, da PTAB næppe vil behandle en sag på kendt materiale. Ydermere kan PTAB afvise sagen, hvis den er indledt af en stråmand. I december 2015 er 17 af CAD's 33 IPR-sager blevet afvist.

CAD's angreb har alle været IPR-sager. En PGR kan indledes indtil ni måneder fra et patents udstedelse. Efter ni måneder kan man starte en IPR. Jo senere i patentforløbet, jo bedre kender man værdien af et patent, og derfor har det været oplagt for CAD at benytte IPR til at angribe medicinalpatenter med erkendt stor værdi. I Europa findes også en administrativ procedure, en indsigelse, hvor et patent kan angribes over for myndigheden (EPO) indtil ni måneder efter udstedelse. En europæisk indsigelse kan ikke startes af patenthaver, men ellers er der frit spil, og der er ingen begrænsninger ud fra det forventede udfald. Patenttrollene har i Europa således "hele tiden" haft en let tilgængelig mulighed for at angribe patenter med henblik på at skade aktiekurser og derved tjene penge. Da en succesrig indsigelse kan slette patentet for alle europæiske lande, er indsigelser et oplagt mål for firmaer som CAD, men med den begrænsning at man ikke nødvendigvis kender den fulde værdi af et patent så kort efter udstedelse. Når enheds-patentdomstolen træder i kraft (måske i 2017), bliver der åbnet for centrale sagsanlæg om europæiske patenters gyldighed, der kan indledes så sent, at et patents værdi er kendt. Dermed får trolde et nyt kort på hånden.

Der findes i USA ingen juridisk hindring for, at en patenttroll angriber et patent med henblik på at tjene ved *short selling*

af patenthavers aktier. I EU vil en sådan procedure anses for insider-handel og dermed være en overtrædelse af Europa-Parlamentets og Rådets Forordning nr. 596/2014 om markeds-misbrug, da en plan om at angribe et patent netop handler om at påvirke aktiekursen, når der indgår *short selling*. Hvordan man skal forholde sig til, at aktiekursen for et firma på eksempelvis den amerikanske børs kan påvirkes af en europæisk indsigelse er ikke klart, og det kan ikke udelukkes, at anden generation af patenttroll allerede er aktive i Europa. CAD og folkene bag er dog ikke endnu registreret som indsigere hos EPO.

Anskaf stærke patenter!

Anden generation af patenttroll er ikke begrænset til at handle over for medicinalfirmaer, men i det mindste sætter EU-lovgivning grænser for at tjene penge på at angribe europæiske firmaers patenter. Det ser derfor ud til, at vi som europæere langt hen ad vejen slipper for disse trolde. Som patentaktiv virksomhed bør man dog altid, eksempelvis i samarbejde med sin patentrådgiver, gennemtænke sin patentstrategi og sikre sig stærkest mulige patenter. Hvis et patent tegner til at blive værdifuldt, må man være beredt på, at patentet bliver angrebet, da ens konkurrenter ganske enkelt er interesserede i, at det bliver udslettet af hensyn til deres handlefrihed på markedet. Med omhyggelig planlægning kan man mindske risikoen for helt at miste rettigheder og dermed sikre virksomheden bedre.

E-mail:

Anders Heebøll-Nielsen: anders.heeboll-nielsen@awapatent.com




MORTALIN

Vores ekspertise - din sikkerhed

Nye tider for bekæmpelse af gnavere.....

Praksis ændres for bekæmpelse af gnavere og der skal tænkes i nye og mere miljørigtige løsninger. Depoter må ikke længere indeholde gnavergift hele tiden og derved kan forskelligt måle- og overvågnings-udstyr monteres. De elektroniske systemer kan kombineres med smækfælder og derved bidrage til en miljørigtig og fortsat effektiv forebyggende sikring.

Mortalin er din kvalitetspartner

Med Mortalin som din samarbejdspartner, kan du være sikker på, at din servicetekniker har uddannelsen og evnerne til fortsat at beskytte din virksomhed mod skadedyrsangreb i samarbejde med dig. Mortalin har altid foretaget – og vil fortsat foretage en grundig risikovurdering af din virksomhed og produktion, så du altid er bedst muligt beskyttet mod skadedyr. Kontakt os og hør mere om dine muligheder for en sikker skadedyrsløsning.

- der er viden til forskel



- Skadedyrssikring
- Elektronisk overvågning af skadedyr
- Døgnservice 24/7
- Kurser & Rådgivning
- Kvalitetsledelse

Elektronisk
overvågning
af skadedyr

Ring: 70 15 10 69
www.mortalin.dk