

Roland Kaufmann  
siv.øk., cand.scient., forsker

Justis- og politidepartementet  
Lovavdelingen

201102995 EO MHG/bj

29. sept. 2011

Uttalelse til høring om styrking av lovgivningen om håndhevingen av industrielle rettigheter m.m.

Jeg vil med utgangspunkt i mine fagfelt gi mitt synspunkt på hvilken effekt endringsforslaget vil ha for patenter på datamaskin-programmer.

Bakgrunnen for min uttalelse er at Patentstyret tildeler eksklusive rettigheter for bruk av programvare dersom den er av «teknisk karakter». I praksis betyr det at den bare trenger å referere til noe utenforliggende, f.eks. et annet program (Patentretningslinjene del C, kap. IV, §2.3.6.1). Dette utgjør en vesentlig uthuling av patl. §1, 2. ledd, pkt. 3 siden all anvendbar programvare på en eller annen måte nødvendigvis innebærer en modellering av et fysisk domene. Praksisen åpner videre opp for misbruk ved at datasystemet selv utgjør den fysiske enheten ved kommunikasjon mellom ulike deler av algoritmen. Uten å overdrive kan man si at:

*Programvare som omhandler fysiske entiteter har like mye teknisk karakter som juridiske resonnement som omhandler personer, og burde vært beskyttet i samme omfang!*

Ved å innføre industrielle rettigheter på selve modelleringen har man samtidig lagt begrensninger på hvilke funksjoner som kan realiseres uavhengig av den konkrete utførelsen, som forøvrig likevel ville vært beskyttet av åndsverksloven. Resultatet er at det er vanskelig å unngå å bryte patenter og allerede i dag er dette et hinder for innovasjon. En skjerpet strafferamme vil etter alt å dømme gjøre dette større.

Svakheten i systemet har også ført til fremveksten av såkalte patent-«troll». Dette er aktører som patenterer funksjoner som er åpenbare, grunnleggende og trivielle innenfor fagfeltet, med den primære hensikt å drive utpressing.

Det er etter mitt skjønn utilstrekkelig å basere seg på at Patentstyret kommer til å luke ut disse under søknadsbehandlingen.

Spesielt forslaget til ny patl. §58, 1. ledd, bokstav (c), beskrevet på f.o.m. s. 67 siste avsnitt t.o.m. s. 68 annet avsnitt om vederlag tilsvarende fortjenesten som er oppnådd vil gi insentiver for denne typen adferd. Problemet er at det her ikke er tatt hensyn til markedsrisiko. Man kan ta ut en bred patent på generelle programvare-komponenter og deretter selektivt gå til sak mot aktører som har oppnådd suksess i markedet. Nedsiden er da kun en liten prosess-risiko, mens oppsiden er markedsrisikoen som motparten allerede har tatt ut.

Tilsvarende har ordlyden i forslaget til ny patl. §58, 1. ledd, bokstav (b) om erstatning tilsvarende det økonomiske tapet rettighetshaver har lidt ikke noen provisjon for at etterspørselen som oftest er avhengig av pris. En strategi er da å ta ut patent samtidig som man «tilbyr» et fåtall enheter til en høy pris for å så i etterkant prosedere på at man har tapt denne prisen ganget med antall enheter som inngriper faktisk har fått solgt til en billigere penge. Grunnleggende økonomisk teori tilsier at dette er absurd, men det vil samtidig være vanskelig å anslå hvilken mengde av det opprinnelige produktet som er fortrent og det kan da være lett å ty til denne løsningen.

Videre er det slik at inngripen i en immateriell rettighet i forbindelse med programvare som oftest kun gjelder en liten del av produktet, og det vil være veldig uklart hvor stor del av fortjenesten eller tapet som kan tilskrives denne delen alene.

De samme innvendingene gjelder analogt for kretsmønsterloven og designloven.

Min konklusjon blir derfor at dagens beskyttelse av patenter og mønster for programvare er fra et kombinert økonomi- og informatikk-synspunkt allerede har uheldige virkninger og at en ytterligere styrking av rettighetshavers stilling således er både unødvendig og uønskelig.

Med vennlig hilsen,

Roland Kaufmann