

En rettsøkonomisk analyse av den foreslåtte regelen om dobbel lisensavgift i patentloven § 58 annet ledd



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 671
Leveringsfrist: 25. november 2011

Til sammen 17.944 ord

11.12.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>4</u>
1.1	Emne og problemstilling	4
1.2	Materiale og metode	4
1.3	Særlig om analyseverktøy i rettsøkonomien	6
1.3.1	Innledning	6
1.3.2	Pareto- effektivitet	6
1.3.3	Kaldor- Hicks- kriteriet	7
1.3.4	Samfunnsøkonomisk ønskelige patentinngrep	8
1.3.4.1	Bruk av informasjon tenderer å være optimal uten immaterielle rettigheter	8
1.3.4.2	Frembringelsen av informasjon tenderer å være optimal med immaterielle rettigheter	9
1.4	Det videre opplegget	9
<u>2</u>	<u>RETTSTILSTANDEN I DAG</u>	<u>11</u>
2.1	Immaterialretten	11
2.2	Patentretten	12
2.2.1	Patentsystemets begrunnelse	12
2.2.1.1	Patentretten som motivasjon til frembringelse og utnyttelse av nye oppfinnelser	12
2.2.1.2	Patentretten som informasjonsfunksjon	13
2.2.1.3	Patentretten som styring og koordinering av kunnskapsproduksjonen	14
2.2.2	Interessekonflikter i patentretten	14
2.2.3	Patentrettigheters omfang og beskyttelse	15
2.2.4	Ulike sanksjoner i patentloven	16
2.2.4.1	Forbudsdom, fastsettelsesdom og negativ fastsettelsesdom	16
2.2.4.2	Straff	17
2.2.4.3	Erstatning	17
2.3	Erstatningsretten	17
2.3.1	Bakgrunn og hovedregler	17
2.3.2	Økonomisk og ikke- økonomisk tap	19
2.3.3	Vederlagsretstatning – de immateriellrettslige eneretter	20

2.3.4	Nærmere om utmålingen	21
2.4	Erstatningsrett i patentloven	22
2.4.1	Ansvarsgrunnlag	24
2.4.2	Adekvat årsakssammenheng	26
2.4.3	Skade eller tap	26
2.4.4	Erstatningsutmålingen	27
3	<u>LOVFORSLAGET</u>	29
3.1	Hovedinnholdet i høringsnotatet	29
3.2	Bakgrunnen for forslagene	29
3.3	Dobbel lisensavgift	30
3.3.1	Innføres det her “penal damages” i norsk rett?	32
4	<u>RETTSØKONOMISK ANALYSE</u>	35
4.1	Innledning	35
4.2	Presentasjon av ligning for preventiv effekt	36
4.2.1	Nærmere om oppdagelsesrisikoen	37
4.2.1.1	Type produkt	37
4.2.1.2	Aktørene	39
4.2.1.2.1	Rettighetshavere	39
4.2.1.2.2	Sluttbrukere	39
4.2.2	Nærmere om risikoen for domfellelse	40
4.2.3	Nærmere om uttrykket erstatningsansvar/gevinst	40
4.2.4	Konklusjon	41
4.3	Statisk og dynamisk effektivitet	41
4.3.1	Innledning	41
4.3.2	Statisk effektivitet	43
4.3.3	Dynamisk effektivitet	45
4.3.4	Avveiningen i lovforslaget	46
4.3.4.1	Økt konsentrasjon av markedsrett	48
4.3.4.2	Strategisk oppkjøp av kunnskap	48
4.4	Risikobildet	49

4.4.1	I næringsvirksomhet	50
4.4.2	Til privat bruk	51
4.5	Rettighetshavervirkningen	51
4.5.1	Innledning	51
4.5.2	Valg av rådighetsbeskyttelse	53
4.6	Administrering	55
4.6.1	Patentstyret	55
4.6.2	Patenthaveren	55
4.6.3	Inngriperen	56
4.6.4	Håndhevelseskostnader	56
4.7	Strukturelle skjevheter	58
<u>5</u>	<u>DEN RETTSPOLITISKE DEBATTEN SÅ LANGT</u>	<u>59</u>
5.1	Nærmere om høringsinstansene	59
5.2	Nærmere om høringsuttalelsene	59
5.2.1	Positive til lovforslaget	59
5.2.2	Negative til lovforslaget	61
<u>6</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>65</u>
6.1	Om å bruke konsekvensanalyser	66
6.2	Avslutning	66
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>67</u>
7.1	Bøker og artikler	67
7.2	Lover og forarbeider mm.	68
7.3	Høringsdokumenter	70
7.4	Nettdokumenter	70
7.5	Dommer	71

1 Innledning

1.1 Emne og problemstilling

Emnet for denne analysen er det erstatningsrettslige vernet i § 58 i Lov om beskyttelse av patent av 15. desember 1967 nr. 9. Det er forutsatt i forarbeidene til loven at en rettighetshaver som et minimum kan kreve en rimelig lisensavgift for uberettiget bruk av patent¹.

Oppgaven er skrevet i forbindelse med Lovavdelingens høringsnotat av april 2011 om “Styrking av lovgivningen om håndhevingen av industrielle rettigheter mv.”² Et av forslagene er å innføre en bestemmelse som gir rettighetshaver som blir utsatt for patentinngrep, rett til å kreve et vederlag som svarer til det dobbelte av en rimelig lisensavgift. Denne endringen har fått liten oppmerksomhet i notatets redegjørelse av de økonomiske og administrative konsekvenser.³ Oppgaven er skrevet som et beskjedent bidrag til debatten, med vekt på økonomiske prinsipper som bør vurderes ved en eventuell lovendring. Det er ikke et mål å gi en inngående rettsvitenskapelig analyse av erstatningsrett eller patentrett, men å kartlegge hvilke mulige konsekvenser en styrking av erstatningsvernet kan få. Dette vil gi et bedre grunnlag for å vurdere hvordan rettsreglene bør være, for å oppnå de målsettinger som er ønsket.

1.2 Materiale og metode

Sammen med en rekke andre overordnede samfunnshensyn, som for eksempel rettslikhet, rettssikkerhet, personlig frihet, rasjonell drift og rettferdig fordeling av knappe ressurser, er samfunnsøkonomisk effektivitet en viktig målsetting i et moderne velferdssamfunn.

¹ NU 1963: 6 s. 335-336 og Ot.prp. nr. 36 (1965-66) s. 51.

² Høringsnotat Snr. 201102995

³ Høringsnotat Snr. 201102995 s. 62

Formålsbetraktninger anses som en relevant rettskildefaktor i norsk rett.⁴ Det kan enten være en egen rettskilde som et reelt hensyn eller være utledet av rettskilder som lovt tekst og forarbeider. Reelle hensyn kan videre sies å være pragmatiske argumenter i form av friere vurderinger av en rettsregels innholdsmessige kvalitet.⁵ Høyesterett har kun ved enkelte anledninger uttrykkelig benyttet samfunnsøkonomiske hensyn som relevante.⁶ Det er imidlertid blitt påpekt i rettsøkonomisk teori at selv om ikke effektiv ressursbruk fremkommer som argument i domspremissene, er dommernes standpunkt ofte i godt samsvar med den økonomiske teoriens syn på løsninger som er samfunnsøkonomisk effektive.

Hverken patentloven eller dens forarbeider oppstiller effektiv ressursbruk som det primære hensyn. Likevel kan det i ønsket om å fremme innovasjon, ligge en forståelse av nettopp dette. Det ønskes at ressursene, blant andre hensyn, skal fordeles slik at innovasjon fremmes.

Uavhengig av lovens og forarbeidenes uttalte formål, følger det av utredningsinstruksen for den norske statsforvaltningen⁷ at alle forslag om lover eller forskrifter skal ledsages av økonomiske og administrative konsekvensanalyser. Det er derfor berettiget å se nærmere på nettopp disse konsekvensene.

For å finne frem til hvilke virkninger en ny lovregel har på ressursbruken, kan man søke veiledning i økonomisk teori. Rettsøkonomien benytter samfunnsøkonomiske metoder for å drøfte rettslige reguleringer, tiltak og endringer i lys av effektivt ressursutnyttelse. For en slik konsekvensorientering, kan en benytte en pedagogisk modell som fremhever den betydningen allsidig kartlegging har for god planlegging. Hovedtanken i denne “mål- middel- modellen” er at rettsreglene er formulert for å fungere som virkemiddel i forhold til et overordnet mål om effektiv ressursbruk.

⁴ Boe (1996) s.158

⁵ Bernt (2004) s. 70

⁶ Rt 2006 179, Rt 1996 1415

⁷ FOR 2000-02-18 nr. 108 jfr. FOR 2005-06-24 nr. 692

1.3 Særlig om analyseverktøy i rettsøkonomien⁸

1.3.1 Innledning

Økonomisk teori gir holdepunkter for å forstå og forutsi aktørenes adferd i samfunnet. Aktørene på rettslig regulerte områder antas i denne teorien å tilpasse seg rettsreglene på en rasjonell måte. Med rasjonell adferd menes at den enkelte sammenlikner sine alternative handlingsmåter før vedkommende treffer et valg blant disse ut fra en oppfatning om hva som best samsvarer med vedkommendes egne ønsker og oppfatninger.⁹ Rettsregler kan derfor oppfattes som insentiver for folks adferd.

Ved vurdering og sammenligning av alternative rettsregler er behovet for å utrede konsekvenser av mulige valg viktige. I og med at samfunnets ressurser er begrensede, vil det praktisk talt alltid bli lagt vekt på det reelle hensyn at rettsreglene skal bidra til en effektiv ressursbruk. I økonomisk teori finnes en rekke analyseverktøy som kan anvendes for å vurdere hvorvidt en regulering, en bestemt lov eller bestemmelse med videre, fører til økonomisk effektivitet. Det skilles mellom allokering av ressurser (hvilke goder som skal produseres), og fordeling (hvilke aktører skal nyte av samfunnets goder).

Jeg vil i denne oppgaven vurdere enkelte sider av patentinstituttet og erstatningsreglene ved hjelp av blant annet Pareto- kriteriet og Kaldor-Hicks- kriteriet.

1.3.2 Pareto- effektivitet

En kan skille ut en tenkelig situasjon en økonomi kan havne i, som kalles Pareto- effektiv. Denne situasjonen er karakterisert ved at det ikke er mulig å gjøre forholdene bedre for minst ett individ uten at minst ett annet individ får det dårligere. Pareto- effektivitet innebærer både produksjonseffektivitet og allokeringseffektivitet og er i økonomisk teori ansett som den optimale situasjon hvor fordelingen av samfunnets knappe ressurser gir den høyeste avkastningen sett fra samfunnets side. Da Pareto- effektivitet kun kan oppnås dersom bestemte forutsetninger er oppfylt, er den eneste

⁸ Se Eide (2008) for mer inngående om rettsøkonomiske analyseverktøy

⁹ Eide (2008) s. 27

kjente markedsformen som muliggjør Pareto- effektivitet per i dag modellen for fullkommen konkurranse (også kalt frikonkurranse eller perfekte markeder).¹⁰

Modellens forutsetninger er en overforenkling av hvordan samfunnet fungerer og kan vanskelig oppfylles. Pareto-effektivitet er derfor tilsvarende vanskelig å oppnå i sin rene form. Det er derimot mulig, og ønskelig, å tilstrebe “paretoforbedringer”.

1.3.3 Kaldor- Hicks- kriteriet

Dette kriteriet anvendes i situasjoner der man skal vurdere to situasjoner opp mot hverandre. Ifølge kriteriet er en endring i en aktuell situasjon, for eksempel ved endring av en rettsregel, ønskelig dersom gevinsten for den eller de begunstigede ved endringen overstiger ulempen for den eller de diskrediterte parter, i den grad disse kan kompenseres. Dette er et velegnet verktøy ved partielle økonomiske analyser, da kriteriet hovedsakelig bunner ut i ønsket om å maksimalisere verdiskapningen. En svakhet er imidlertid at rettferdighet ikke tillegges vekt. Det eneste formål kriteriet kan benyttes til å oppnå, er størst mulig økonomisk gevinst for et samfunn som helhet ved at allokeringen av ressurser effektiviseres, mens vurderinger av den påfølgende fordelingen av goder forsømmes. Det er også blitt rettet kritikk for forutsetningen om at alle relevante forhold kan måles. Et effektivt utfall er et utfall som maksimerer det totale nivå av velferd i samfunnet, selv om all velferd ikke nødvendigvis er materiell.

Når endringer forekommer i samsvar med Kaldor- Hicks- kriteriet, kan man også snakke om potensielle paretoforbedringer; det overskudd som genereres ved for eksempel en rettsendring kan, ved fornuftig omfordeling av goder, medføre paretoforbedringer. Anvendelse av Kaldor- Hicks- kriteriet bidrar til å sikre verdiskapning, og bør anvendes ved vurderinger av potensielle endringer i rettstilstanden. Utredningsinstruksen krever da også bruk av dette kriteriet ved reguleringer og andre endringer i rettstilstanden der det er nødvendig og alle forslag om lover eller forskrifter skal ledsages av økonomiske og administrative

¹⁰ Se Eide (2008) s. 75 for en redegjørelse av forutsetningene for et fullkomment marked

konsekvensanalyser.¹¹ En vil se nærmere på hvordan patentinstituttet generelt, og erstatningsreglene spesielt, påvirker det samfunnsøkonomisk optimale resultat, og om lovendringen vil føre til paretoforbedringer.

1.3.4 Samfunnsøkonomisk ønskelige patentinngrep¹²

Patentinngrep kan representere samfunnsøkonomisk effektiv ressursbruk. Man kan tale om effektive immaterialrettskrenkelser, på samme måte som man kan tale om effektive kontraktsbrudd, lovbrudd eller forurensning. Tanken om et samfunnsøkonomisk ønskelig antall patentinngrep hviler på to fundamentale betraktninger:

1.3.4.1 Bruk av informasjon tenderer å være optimal uten immaterielle rettigheter

På den ene siden har samfunnet preferanser for åpen informasjon og innovasjon. Dette gjør at enkelte ønsker at ny informasjon skal være tilgjengelig, de legger til rette for dette og utnytter seg av det. Produksjonen vil under regler om immaterielle rettigheter ikke bli samfunnsøkonomisk optimal, da innehaveren av rettigheten kan kreve en kunstig høy pris på produktet. Den samfunnsmessige verdien av gjenbrukbar informasjon overstiger normalt kostnadene ved utvikling av den, noe som gjør det samfunnsmessig ønskelig å generere slik informasjon. I fravær av immaterielle rettigheter, vil derfor informasjonen så fort den er offentlig, gjøre produktet tilgjengelig til lavere priser. Prisen vil synke ned mot produksjonskostnaden og nivået på produksjonen vil tendere mot det samfunnsmessige optimale.

På den annen side er den opprinnelige informasjonen dyr å frembringe. Dette gjør at ressurser benyttet til å drive forskning og utvikling, samt ressurser benyttet til å unngå inngrep gir opphav til kostnader i form av tap av materielt overskudd eller nytte. Ser man på samspillet mellom disse kostnadene, blir optimal mengde patentinngrep et relevant begrep.

¹¹ FOR 2000-02-18 nr. 108 jfr. FOR 2005-06-24 nr. 692 note 2.3.1

¹² Shavell (2004) s. 138-144

1.3.4.2 Frembringelsen av informasjon tenderer å være optimal med immaterielle rettigheter

Uten immaterielle rettigheter, vil gevinsten for den som utvikler og frembringer informasjon, ofte være lavere enn den samfunnsøkonomiske gevinsten. Dette er fordi produkter basert på informasjonen vil tendere mot å ha en pris tilsvarende produksjonskostnadene alene. En innovatør som har ekstra utgifter til forskning og utvikling av produktet vil i så tilfelle ikke kunne forvente noen gevinst og derfor heller ikke ha noe insentiv til å utvikle informasjon. For å øke mengden av informasjon, kan man benytte seg av immaterielle rettigheter for utviklerne. En enerett på informasjonen man finner frem til, vil være et insentiv for å bedrive denne type virksomhet. Av dette følger at konseptet om rettigheter i informasjon kan ha samfunnsmessig verdi.

Dette viser at patentinngrep kan føre til en positiv samfunnsmessig verdiskapning, noe som for eksempel kan skyldes at inngriperen kan utnytte ressursene mer effektivt, eller at høye transaksjonskostnader hindrer inngåelsen av frivillige avtaler. Videre må man ta i betraktning risikoen for overprevensjon, det vil si at tredjemann vil avholde seg fra å iverksette en lovlig virksomhet, av frykt for et tapsbringende erstatningsansvar. Disse hensynene tilsier altså en viss moderasjon når det gjelder hva som er gjenstand for patentering, samt patentets lengde og rekkevidde, herunder hvilke sanksjoner som er tilgjengelige.¹³

1.4 Det videre opplegget

Oppgaven er strukturert slik at kapittel 2 inneholder en kortfattet beskrivelse av rettstilstanden på området for immaterielle rettigheter og erstatningsrett. Fremstillingen er på ingen måte uttømmende og en henviser til annen juridisk litteratur for en mer grundig redegjørelse.¹⁴ Den primære hensikten med de beskrivende avsnittene om rettstilstanden og presentasjonen av lovforslaget i kapittel 3, er å skape et grunnlag for den etterfølgende rettsøkonomiske analysen i kapittel 4. Etter analysen vil oppgaven i

¹³ Rognstad (2002) s. 520

¹⁴ Lødrup (2009) og Stenvik (2006)

kapittel 5 se nærmere på den rettspolitiske debatten så langt, for så å komme med noen avsluttende bemerkninger i kapittel 6.

2 Rettstilstanden i dag

2.1 Immaterialretten

Immaterialrett er en samlebetegnelse på opphavsrett og industrielle rettigheter. Uttrykket “industrielle rettigheter” omfatter patent, kretsmønsterrett, design og varemerke. Av enkelte regnes også foretaksnavn og beskyttede geografiske betegnelser med til de industrielle rettighetene.¹⁵

En betydelig og økende andel av produktutvikling og verdiskaping i samfunnet knytter seg til utvikling av immaterielle verdier, dvs. kunnskaper og ideer om teknologiske løsninger og produktutvikling, forretningsmetoder, design og lignende. Henry Olsson uttaler i en artikkel utgitt dette året at immaterialretten og dennes effektive implementering har fått en mye større betydning gjennom globaliseringen og den allmenne økonomiske og politiske utviklingen.¹⁶

De rettsområder som hører til immaterialretten, er nokså forskjellige. For eksempel er beskyttelsesbehovet og de spørsmål som reiser seg ved etableringen og fastsettelsen av beskyttelsen av ulik karakter. Det gjør seg imidlertid gjeldende visse likhetstrekk. Tradisjonelt har det vært vist til at de immaterielle rettighetene savner et materielt objekt som rettighetene knytter seg til. Knoph peker på at rettighetene har felles grunnlag – de “bæres... oppe av den naturlige rettsbetraktning at nyttig arbeide bør ha sin lønn, og at den som har sådd bør høste fruktene av sitt arbeide.”¹⁷ Den mest realistiske definisjon er kanskje den Are Stenvik formulerer: “Immaterialretten omfatter hovedsakelig rettsregler som gir *enerett* til resultatene av intellektuell og skapende virksomhet, og til kjennetegn.”¹⁸

¹⁵ Opphavsrettsloven, patentloven, kretsmønsterloven, designloven, varemerkeloven, foretaksnavneloven

¹⁶ Olsson (2011) s. 377

¹⁷ Knoph (1936) s. 4

¹⁸ Stenvik (2006) s. 14

2.2 Patentretten

2.2.1 Patentsystemets begrunnelse¹⁹

Ved meddelelse av patent oppnås en tidsbegrenset enerett til å utnytte en oppfinnelse. Definisjon på patent finnes flere steder i teorien: “Patents are exclusive rights to use, make, and sell inventions for a specified period.”²⁰ En oppfinnelse er kort og litt upresist en praktisk løsning av et teknisk problem. Patentrettens oppgave blir således å beskytte resultatene av åndsproduksjon på det tekniske området. Patentinstituttet er begrunnet ut ifra den hypotese at det stimulerer den tekniske utvikling gjennom økonomiske belønninger til oppfinnere i form av eneretter. Skal eneretten oppfylle sitt formål, må den gis et vern som gjør det mulig å realisere belønningen. Alternative løsninger for å fremme insentivet til utvikling kan være privilegier, pengepremier eller at det offentlige finansierer utviklingskostnadene, slik at selve omsetningen dekker løpende produksjonskostnader. En mulighet kunne være at forskning og utvikling foregår på offentlige forskningsinstitusjoner. Det skal imidlertid mye til for å oppnå like stort “trykk” til å utvikle nye produkter og teknologier hvis profittmotivet fjernes fra systemet. Dagens profittorienterte system, ved hjelp av patentbeskyttelse og monopolisering, scorer derfor høyest når det gjelder å ivareta hensynet til dynamisk effektivitet, og alle utviklede land er blitt stående ved patentsystemet som det mest hensiktsmessige. Jeg vil i oppgaven ikke komme nærmere inn på alternative ordninger for frembringelse av informasjon.

2.2.1.1 Patentretten som motivasjon til frembringelse og utnyttelse av nye oppfinnelser

For det første kan patentretten virke som et insentiv for frembringelse og utnyttelse av nye oppfinnelser. Patentloven gir oppfinnere mulighet til å skaffe seg rådighet over sine oppfinnelser, og skaper dermed en privat rettighet med økonomisk verdi på oppfinnerens hånd. Den økonomiske verdien ligger i at fremtidig etterspørsel etter den patenterte oppfinnelsen kanaliseres til patenthaveren. Det første aspektet av dette er den enkeltes personlige motivasjon til å gjøre oppfinnelser. Med dette menes at personer vil

¹⁹ Stenvik (2006) s. 16-27

²⁰ Shavell (2004) s. 150

tilstrebe å innovere, fordi de vet at de kan oppnå en økonomisk verdifull enerett.²¹ Ved å ha et patentsystem har oppfinneren således fordelene av å kunne utnytte og skape inntjening på sine egne oppdagelser, som kan komme i form av salg eller lisensiering. Det andre aspektet er motivasjonen til innovasjon, det vil si praktisk tilrettelegging og håndtering av oppfinnelser slik at disse faktisk kommer til utnyttelse i økonomisk virksomhet. Her er det ikke oppfinneren som er mest sentral, men de investorer som skal utvikle, produsere, markedsføre og distribuere produktene. Investeringer i produktutvikling og markedsføring er forbundet med risiko, og uten en enerett til å selge det ferdige produktet, ville risikoen sannsynligvis ofte være for stor til at noen ville foreta de nødvendige investeringer.²²

Tradisjonelt har det vært fokusert mest på patentet som en motiverende belønning for oppfinnere. Fra et moderne, samfunnsøkonomisk perspektiv er imidlertid det andre aspektet vel så viktig, særlig på høyteknologiske områder der utviklingskostnadene er høye og risikoen stor, slik som for eksempl på legemiddelområdet.

2.2.1.2 Patentretten som informasjonsfunksjon

For det andre har patentsystemet en informasjonsfunksjon, det fører til spredning av kunnskap.²³ Fra gammelt av har det vært alminnelig enighet om at spredning av kunnskap om patenterte oppfinnelser bidrar til å fremme den samlede tekniske kunnskap i samfunnet. For det første vil andre settes i stand til å utnytte oppfinnelsen etter utløpet av patenttiden. Når patentet etter hvert går ut, kan andre benytte informasjonen fritt til en lavere kostnad og prisene vil etter hvert bli lavere. Selv om en skaper en midlertidig monopol-liknende situasjon, vil det alt i alt være fordelaktig med patentbeskyttelse fremfor alternativet med hemmelighold og lavt utviklingsinitiativ. For det andre kan spredningen i seg selv virke som en katalysator for nye oppfinnelser. Jo mer kunnskap fagmannen har om kjente løsninger, desto lettere vil han finne nye løsninger.

²¹ NU 1963: 6 s. 110

²² Kolstad (1998) s. 360 og 363

²³ NU 1963: 6 s. 110

2.2.1.3 Patentretten som styring og koordinering av kunnskapsproduksjonen

Patentretten kan videre virke som et insentiv til å utvikle substitutter til den patenterte teknologien. En slik aktivitet kan være verdifull for samfunnet, blant annet fordi det kan føre til større allsidighet i tilbudet, for eksempel fordi andregenerasjons produkter ofte har kvalitative fortrinn. Et annet aspekt er at patentretten kan virke som et hinder for forsknings- og utviklingsvirksomhet fra konkurrentenes side, slik at unyttig dobbeltarbeid unngås. Ved å gi én rettighetshaver monopol innenfor et bestemt område, unngår man konkurrerende innovasjon innenfor dette området, slik at ressurser frigjøres til utviklingsarbeid på andre områder.

2.2.2 Interessekonflikter i patentretten

Området for immaterielle rettigheter generelt, og patentretten spesielt, er preget av en bred debatt om eierrettighetene til informasjon kan sies å ha gått for langt.

Formålet med patentlovgivningen sies å være å legge til rette for, og oppmuntre til, innovasjon gjennom å gi en enerett til de som legger ressurser ned i å skape ny informasjon. De interesser som ivaretas av lovgivningen, er i all hovedsak økonomiske.²⁴

De ovenfor nevnte hensyn må imidlertid veies opp mot hensynet til effektiv ressursbruk. Dette hensynet tilsier at immaterialrettskrenkelser ikke bør bekjempes for enhver pris. Rettsøkonomiske modeller viser at det optimale regimet for immaterielle rettigheter er kjennetegnet ved at den avtakende marginale gevinsten av håndheving og den økende marginalkostnaden ved håndheving er like. Så lenge den marginale gevinsten er større enn den marginale kostnaden vil økt håndheving være fordelaktig for samfunnet. Når det motsatte gjelder, vil mindre håndheving være en fordel for samfunnet.

²⁴ Se punkt 2.2.1

Med tidsbegrensede eneretter vil rettighetshaverne ofte sette en høyere pris på informasjonen enn det som ville fremkommet i et hypotetisk fullkomment marked med samme produkt. Dette fører til at det samtidig blir omsatt mindre og resulterer i et effektivitetstap. En styrking av rettighetene kan øke dette tapet ytterligere. En mer intens håndheving øker videre risikoen for såkalt overprevensjon, det vil si risikoen for at immaterialrettspolitikken hindrer atferd som ikke burde vært hindret. Denne formen for ekskludering av informasjon kan for det første innebære en ulempe for samfunnet, ved at kunnskapen ikke blir spredd i tilstrekkelig grad. Det kan være andre enn rettighetshaveren som kan utnytte og anvende den fremskaffede informasjonen bedre, eller patenthaveren har ikke kapasitet til å tilpasse patentet til forskjellige anvendelser. Det er i tillegg en risiko for at konkurrerende selskaper blir overforsiktige i sine innovasjoner, slik at de opphører med samfunnsøkonomisk optimal adferd, for å være på den sikre siden av lovverket.²⁵ Dette er hensyn som bør tas i betraktning ved en eventuell styrking av det industrielle rettsvernet.

2.2.3 Patentrettigheters omfang og beskyttelse

I nyere tid er det nesten ingen som har stilt spørsmålstegn ved patentsystemets berettigelse, men dets *omfang* og nærmere *utforming* diskuteres jevning. I fravær av et patentsystem, ville innovatører og oppfinnere i større eller mindre grad enten ikke hatt insentiv til å investere i forskning og utvikling eller holdt sine oppdagelser hemmelige. Hemmelighold er mindre optimalt enn patentbeskyttelse, samfunnsøkonomisk sett.

Patenter kan tilføre verdi på mange forskjellige måter når det er brukt strategisk og systematisk, som en del av et firmas innsats for fortjeneste fra forskning og utvikling. Å hindre tilgang til patentert kunnskap kan være kun én av flere årsaker til at firmaer eller personer velger å ta ut patent. Verdien og viktigheten av å ta ut patent for å hindre kopiering vil avhenge av mange faktorer. For det første vil omfanget av beskyttelsen, hvor lenge patentet varer og hvor nært andre interessenter kan komme, spille en stor rolle. For det andre vil grad av effektivitet av gjennomføring av beskyttelsen være viktig. Andre faktorer som spiller inn på beslutningen kan være markedsstrukturer,

²⁵ Rognstad (2002) s. 520

hvilken type kunnskap det gjelder og lengden på produksyklusen. Videre vil konkurrentenes patenteringsstrategi spille inn, samt hvor respektert patentene er. Ulike teknologiske forhold, samt markedsaktørens størrelse og styrke gjør at betydning av patenter varierer for ulike områder, og det er bare i noen få industrier hvor patentsystemet vurderes som den viktigste faktor for oppfinnelser og innovasjon.²⁶ Ved å styrke de immaterielle rettighetene i lov og ved strengere håndhevelse av reglene, kan de immaterielle rettighetene få et sterkere vern mot inngrep. Den foreslåtte endringen gjelder en type erstatningsrettslig reaksjon som en ikke finner mange eksempler på i det norske lovverket for øvrig.

2.2.4 Ulike sanksjoner i patentloven

I det følgende vil en kort gjennomgå de ulike sanksjoner som finnes ved patentinngrep i dagens lovverk.

2.2.4.1 Forbudsdom, fastsettelsesdom og negativ fastsettelsesdom

Immaterielle rettigheter generelt, og patentrettigheter spesielt, er først og fremst enerettigheter som gir innehaveren rett til å forby andre å utnytte rettens gjenstand. Patentloven har ingen uttrykkelig bestemmelse om at det kan nedlegges forbud mot handlinger som krenker et patent, men det følger av bestemmelsene om rettighetenes innhold sammenholdt med alminnelige prosessregler, at det kan avsies forbudsdom eller fastsettelsesdom.²⁷ Formentlig kan det også gis dom for at noe er i strid med patentet. En forbuds- eller fastsettelsesdom vil i regelen først tre i kraft etter at krenkelsen har pågått en tid, og den preventive virkning av en slik sanksjon avhenger helt av krenkelsens karakter, særlig av hvor store investeringer som vil gå tapt dersom videre utnyttelse blir forbudt ved dom.

²⁶ Stenvik (2000) s. 658

²⁷ NU 1963: 6 s.331

2.2.4.2 Straff

Alle immaterialrettslovene har bestemmelser om straff, men disse lever en tilbaketrukket tilværelse. I patentretten kan forsettlig patentinngrep og forsettlig medvirkning til patentinngrep, straffes med bøter eller fengsel inntil tre måneder, jfr. patentloven § 57. Bøtestraff er forutsatt å være det normale.²⁸ Patentloven inneholder ikke bestemmelser om utvidet strafferamme ved skjerpene forhold. Forsøk på inngrep i rettigheter etter patentloven er ikke straffbart, jfr. straffeloven § 49 jfr. § 2. Det vil dermed heller ikke være anledning til å nedlegge sivilrettslig forbud når det ikke foreligger noe fullbyrdet inngrep i rettighetene etter denne loven. Etter patentloven § 57 finner offentlig påtale bare sted etter begjæring fra den fornærmede. Det anses altså ikke som en offentlig oppgave å forfølge slike krenkelser av eget tiltak. Da straffeforfølgning av patentkrenkelser sjelden forekommer i praksis er det neppe realistisk å regne med at disse reglene har en særlig stor preventiv effekt.

2.2.4.3 Erstatning

Erstatningssanksjonen er i patentloven av sekundær karakter, og kan ikke fullt ut stille rettighetshaveren i den posisjonen han etter lovgivningen har krav på. Likevel vil erstatningsansvaret i mange tilfelle være den viktigste – og kanskje den eneste – sanksjon med reelt preventivt potensial.

I patentloven finner en reglene om vederlag og erstatning i § 58. En vil etter en nærmere redegjørelse for generell erstatningsrett, komme nærmere inn på erstatning i patentretten under punkt 2.4.

2.3 Erstatningsretten

2.3.1 Bakgrunn og hovedregler

Erstatningsretten er læren om stiftelse og utmåling av erstatningskrav. Erstatningskrav er en rettslig regulert reaksjon – en sanksjon – mot atferd og skadetilføyelse som

²⁸ NU 1963: 6 s.332

rettsordenen betrakter som uønsket. Et erstatningskrav er i utgangspunktet et pengekrav som skal kompensere og forebygge skade eller ulempe.

Erstatningsrettens oppgave og funksjon er blant annet fremhevet i NOU 1977: 33, som ligger til grunn for gjeldende lovgivning om skadeserstatning²⁹. De hovedhensyn som anføres der som begrunnelse for erstatningsretten er dels å gjenoppbygge skaden, dels å forebygge at skade blir voldt. I stikkords form tales det om disse to hovedhensynene som reparasjon og prevensjon.³⁰

Det første hensynet, reparasjonshensynet, går ut på at rettighetshaveren skal kompenseres for det økonomiske tap han er blitt påført ved krenkelsen.³¹ Det er et mål at tilstanden skal gjenopprettes slik den ville vært uten rettsbruddet.

Samfunnsøkonomisk er det imidlertid tilnærmet likegyldig om det er skadevolder eller skadelidte som blir sittende med tapet. Det er i tillegg omkostningskrevende å overføre penger fra skadevolder til skadelidte.

Det andre hensynet er prevensjonshensynet. Tanken er at en regel om erstatningsplikt motiverer potensielle skadevoldere til å unngå å volde skade, også kalt allmennprevensjon. I tillegg ligger det en tanke om individualprevensjon: Den som har betalt erstatning én gang, anstrenger seg for å unngå å måtte gjøre det en gang til. I prevensjonstanken ligger det således et økonomisk motiv – antallet skadetilfelle blir redusert. Prevensjonen er vanskelig å måle, og vil utvilsomt ha ulik styrke på ulike rettsområder.

Hensynet til prevensjon og reparasjon synes imidlertid ikke å virke tilstrekkelig til å begrunne eller forklare erstatningsinstituttet slik man møter det i dets rettslige, økonomiske og sosiale utfoldelse i dag. Disse hensynene må suppleres med interesseavveiende, mer eller mindre rettferds- eller rimelighetsbaserte, risikofordelingspunkter. At det likevel er ønskelig med erstatningsregler, er således

²⁹ Skadeserstatningsloven

³⁰ Se Lødrup (2009) s. 107-119 for generelt om de legislative hensyn bak erstatningsreglene

³¹ Møgelvang-Hansen (2001) s. 181.

begrunnet i visse grunnleggende rettferdsforestillinger som går ut på at voldt skade skal erstattes. I forarbeidene til skadeserstatningsloven heter det videre at “Av de øvrige hensyn eller begrunnelser for erstatningsansvar som er nevnt foran, antar utvalget at folks rettferdsforestillinger bør tillegges atskillig vekt. Folk vil trolig mene at den som har voldt skade eller tap, bør få merke dette i form av erstatningsansvar eller regressansvar når vedkommende har utvist grovere skyld.”³²

Etter erstatningsrettslig tradisjon er det vanlig å operere med tre hovedvilkår for stiftelse av erstatningskrav. For det første må en ha et ansvarsgrunnlag. Det må videre foreligge en skade eller et tap, samt at det må være årsakssammenheng mellom inngrepet og skaden eller tapet for rettighetshaveren.

2.3.2 Økonomisk og ikke- økonomisk tap

Det alminnelige erstatningsrettslige utgangspunktet er at et økonomisk tap vil være et vilkår for erstatningskrav med mindre lov eller avtale sier noe annet. Det er videre et grunnleggende skille mellom økonomiske og ikke-økonomiske tap som en skadelidt er blitt påført. I utgangspunktet er det bare det økonomiske tapet som er gjenstand for erstatning. Det som karakteriserer et ikke-økonomisk tap, også kalt “ideell skade”, er at det ikke kan måles i penger; det har ingen gitt økonomisk målestokk.³³

Økonomisk tap som vilkår for et erstatningskrav er ikke en fast størrelse, men en måte å avgrense erstatningsrettens virkeområde og beregningsgrunnlaget for erstatningskravene på. Vilkåret er en slags domspolitisk variabel, og en nærmere gresnedragning må derfor foretas på grunnlag av hensynene til kompensasjon, prevensjon og ønsket om å sette de riktige symboler på skaden eller ulempen.

Når vi finner hjemmel i lov eller avtale for å lempe på vilkåret om økonomisk tap, er vi innenfor prinsippet omtalt foran. Men prinsippet selv er ikke unntaksfritt. Vi har

³² NOU 1977: 33 s. 24

³³ Lødrup (2009) s. 50

eksempler på at Høyesterett har lempet på vilkåret om økonomisk tap uten forankring i lov eller sedvane.³⁴

2.3.3 Vederlagserstatning – de immateriellrettslige eneretter

En vil i det følgende se hen til hvilke utmålingsprinsipper som legges til grunn ved krenkelse i immaterialretten.

På immaterialrettens område er de hensyn som taler for å tilkjenne vederlagserstatning særlig sterke. Dette skyldes blant annet de vanskelighetene forbundet med å bevise tapet knyttet til hypotetiske utviklingsforløp. Tilsvarende hensyn kan selvsagt gjøre seg gjeldende også ved andre skader som ikke er knyttet til identifiserbare fysiske skader. Det som imidlertid er typisk for krenkelsene på immaterialrettens område, er at de vanligvis også gir inngriperen en direkte økonomisk gevinst. Blant annet som følge av de særlige bevisproblemene, vil gevinsten lett kunne overstige den tapserstatning krenkeren i praksis blir idømt om den krenkede anlegger søksmål. Dermed vil det typisk kunne oppstå en situasjon hvor krenkeren uansett blir sittende igjen med en “nettofortjeneste”, slik at han likevel profitterer på sin rettsstridige atferd. En slik situasjon kan bli sett på som uakseptabel av flere grunner. For det første undergraves erstatningssanksjonens preventive effekt. For det andre «harmonerer [det] dårlig med generell rettsfølelse at noen skal kunne berike seg på ulovlige og straffbare handlinger.»³⁵

På denne bakgrunn har vederlagssynspunktet fått stort gjennomslag i lovgivning og rettspraksis ved krenkelse av de immaterielle enerettene. I tillegg likner fremgangsmåten som benyttes ved de ulovfestede unntakene på den som bør benyttes ved utmåling av for eksempel “rimelig lisensavgift” som man finner henvisning til i forarbeidene til patentloven § 58. Dommer om vederlagserstatning kan derfor brukes som hjelpemiddel ved utmålingen av avgiften.

³⁴ Se bl.a. Rt.1981.1215, Rt.1984.121, Rt.1997.199 og en nærmere redegjørelse i Stavang (2007) s.31

³⁵ Sejersted (2000) s. 576

I Rt. 1940 s. 48 ble det eksempelvis utmålt vederlag ved uberettiget bruk av arkitekttegninger med følgende begrunnelse: “Når forholdet er dette at Coll har tilbudt Waagaard sin tjeneste som arkitekt og Waagaard har avvist ham, men likevel har brukt en del av hans tegninger, har han ved denne uberettigede benyttelse skaffet seg en vesentlig økonomisk fordel som han måtte vite at Coll ikke ville overlate ham vederlagsfritt. Når en på denne måten ved en uberettiget forføyning utnytter en annens arbeid til egen fordel, tilsier rett og rimelighet at det blir ytet vederlag for utnyttingen.” Begrunnelsen framstår som generell og viser etter min vurdering til prinsipper som ikke er begrenset til opphavsretten.

2.3.4 Nærmere om utmålingen

Selv om man legger til grunn at vederlagsersättning, herunder en “rimelig” lisensavgift kan utmåles, betyr ikke det at problemene knyttet til den konkrete erstatningsfastsettelsen er løst. Utmålingen av erstatning på immaterialrettens område er i stor grad skjønnsmessig og det foreligger lite veiledende rettspraksis.³⁶

Vederlagsersättningen tar utgangspunkt i hva som ville ha utgjort et rimelig vederlag for den urettmessige utnyttelsen dersom avtale hadde vært inngått. Man må med andre ord prøve å klarlegge hva krenkeren hadde måttet betale i lisensavgift dersom han hadde inngått en avtale med originalprodusenten som på lovlig vis hadde gitt ham rett til å selge de produktene han nå i stedet selger som ulovlige kopier.

Dersom det foreligger en etablert markedspris for en slik utnyttelse, vil den gi god veiledning ved fastsettelsen av vederlaget. I mange tilfeller vil det imidlertid i liten grad være mulig å innhente klare retningslinjer for vederlaget i en eksisterende markedspris, fordi det ikke fins noe marked for den aktuelle utnyttelsen. Dette skyldes at det i mange tilfeller ikke er aktuelt for den krenkede å tilby andre å selge kopiprodukter i konkurranse med og til eventuell fortrensel for egne produkter. I en normal lisenssituasjon opptrer heller ikke lisensgiver og lisenstaker som konkurrenter i det samme markedet.

³⁶ Sejersted (2000) s. 123

Hvor klare holdepunkter vederlagsregelen gir for skjønnnet, vil derfor avhenge av om det foreligger et etablert marked for lisensiering eller andre former for kommersialisering av de typer utnyttelse som krenkelsen består i.

Selv om erstatningsfastsettelsen også ved utmåling av vederlagserstatning ofte må bli skjønnsmessig, er det likevel en fordel i en del saker, sett fra et håndhevelsessynspunkt, at vederlagsregelen legges til grunn. Dette skyldes for det første at en skjønnsmessig fastsettelse av tapserstatningen forutsetter at det er sannsynliggjort et økonomisk tap. Dersom slikt tap ikke kan bevises i tilstrekkelig grad, er det altså heller ikke grunnlag for å utmåle noen erstatning. Videre er utmåling etter vederlagsprinsipper basert på at oppmerksomheten skifter fra å være knyttet til sannsynliggjøring av den krenkedes tap til hva som er et rimelig vederlag for krenkerens utnyttelse, noe som vil være tidsbesparende for retten og dermed alt i alt være samfunnsøkonomisk mer effektiv utnyttelse av ressursene. Dette vil antakelig gi et bedre grunnlag for å utmåle erstatning av en slik størrelse at den kan ha en preventiv effekt og gi en reell kompensasjon til den krenkede.

I Cirrus- dommen inntatt i Rt. 1997 s. 199 på side 225 ga Høyesterett uttrykk for at erstatningen "... i utpreget grad [må] bli skjønnsmessig." Hvordan retten kom fram til det tilkjente beløp på to millioner, ble i liten grad begrunnet. Så vidt jeg kjenner til, er det også lite konkret veiledning å hente for skjønnnet i rettspraksis knyttet til de andre immaterielle enerettene.

2.4 Erstatningsrett i patentloven

Skal patentrettighetenes formål realiseres, er det nødvendig å sørge for at rettighetene blir respektert. Det skal ikke lønne seg å begå inngrep, og inngriperen må løpe en viss risiko for å bli oppdaget. Dersom ikke dette hensynet vektlegges i tilstrekkelig grad i praksis, kan inngripere fristes til å spekulere, enten i at inngrepet ikke vil bli oppdaget, eller at inngripere får et såpass lavt erstatningskrav at man i verste fall går i null.

Patentretten er et rettsområde hvor erstatningsansvaret kan være det viktigste redskapet for beskyttelse. Dette er fremhevet flere steder i litteraturen: "... man [må] regne med at

risikoen for erstatningsansvar vil være en vesentlig faktor når en næringsdrivende overveier hvor nær han skal legge seg konkurrentenes produkter”.³⁷

Videre har man hensynet til å sikre rettighetshaveren et vederlag for den innsatsen som har resultert i det immaterielle gode. Av og til vil kompensasjon og vederlag falle sammen. Når rettighetshaveren er kompensert for den lidte skade, har han samtidig fått vederlag for innsatsen. Men det hender også man finner det riktig å tilkjenne vederlag selv om noen skade ikke er lidet. Ser man det fra rettighetshaverens side, vil dette være en verdi som har grunnlag i hans innsats. Selv om skade ikke er lidet, kan det være rimelig at andre ikke tjener på hans verk. Ser man på det fra den andre siden, har man erstatningens pønale karakter. Her er tanken at den som på rettstridig måte tilegner seg andres verdier bør betale for det.

I patentloven § 58 finner man reglene om vederlag og erstatning ved patentinngrep. Patentloven § 58 lyder i sin helhet som følger:

“Den som forsettlig eller uaktsomt har begått patentinngrep, er pliktig til å betale erstatning for utnyttelsen av oppfinnelsen samt erstatning for den ytterligere skade som inngrepet måtte ha medført. Erstatningen kan lempes når det bare er lite å legge inngriperen til last.

Er inngrepet skjedd i aktsom god tro, kan retten, i den utstrekning det finnes rimelig, tilplikte inngriperen å betale erstatning for de tap utnyttelsen har medført.”

I bestemmelsen heter det at “den som forsettlig eller uaktsomt har begått patentinngrep, er pliktig til å betale erstatning for utnyttelsen av oppfinnelsen samt erstatning for den ytterligere skade som inngrepet måtte ha medført.” I lovmotivene uttales uttrykkelig at “... hvor full erstatning idømmes, bør den ... alltid i det minste dekke det som en rimelig lisensavgift ville utgjøre.”³⁸

³⁷ Rognstad (2002) s. 520

³⁸ Ot.prp.nr.36 (1965-1966) s. 51

Rettighetshaver skal således ved forsettlig eller uaktsomt inngrep alltid som et minimum ha krav på et vederlag for utnyttelsen. Dette vederlaget skal tilsvare en rimelig lisensavgift for den aktuelle utnyttelsen. Hva som er rimelig lisensavgift fastsettes på grunnlag av bransjepraksis på det aktuelle området. I tillegg har rettighetshaver krav på erstatning for ytterligere tap som inngrepet har medført, det vil si tap som går ut over det en rimelig lisensavgift utgjør.

2.4.1 Ansvarsgrunnlag

Etter patentloven skal skadevolders grad av skyld tas i betraktning med hensyn til hvem som skal bære risikoen i det enkelte tilfellet. Dette gjelder tilsvarende for inngrep i varemerker og design.³⁹

Den som har begått patentinngrep, kan pålegges erstatningsansvar ved forsett eller uaktsomhet etter § 58 første ledd, eller objektivt ansvar etter § 58 annet ledd. For at skyldregelen i første ledd skal komme til anvendelse, må forsettet eller uaktsomheten omfatte de objektive omstendigheter som begrunner ansvaret, det vil først og fremst si patentets eksistens og de handlinger som utgjør patentinngrepet.

“Forsett” beskriver den skyldformen som foreligger når den som utfører en handling gjør det bevisst. Det skilles mellom tre hovedformer for forsett: hensiktsforsett, visshetsforsett/sannsynlighetsforsett og forsett i form av *dolus eventualis* (positiv innvilgelse). Hensiktsforsett foreligger der hvor følgen av handlingen var tilsiktet. Sannsynlighetsforsett foreligger der resultatet ikke var en tilsiktet følge av handlingen, men hvor gjerningsmannen holdt den for å være overveiende sannsynlig, det vil si mer sannsynlig enn at den ikke ville inntreffe. *Dolus eventualis* foreligger der hvor gjerningsmannen holder følgen mulig (men ikke overveiende sannsynlig), og bestemmer seg for å gjennomføre handlingen selv om følgen skulle inntre.

“Uaktsomhet” er en form for skyld som innebærer at man har opptrådt i strid med det en alminnelig fornuftig person ville gjort i en tilsvarende situasjon. Man skiller mellom

³⁹ Varemerkeloven § 58, designloven § 40

liten, vanlig (simpel) uaktsomhet og grov uaktsomhet. Det skilles videre mellom bevisst og ubevisst uaktsomhet. Ubevisst uaktsomhet foreligger når skadevolderen ikke tenker over at handlingen innebærer en fare. Uaktsomheten er bevisst når skadevolderen er klar over at handlingen innebærer en fare, men gjør den likevel (han tar en sjanse). Den bevisste uaktsomheten vil være grensen oppover mot forsett i form av *dolus eventualis*.

I motsetning til det som gjelder for straffbarhet, er det tilstrekkelig for erstatningsplikt at skadevolderen burde ha forstått at han begikk patentinngrep. Hvis den som har begått inngrepet ikke har vært kjent med patentet, blir spørsmålet om han burde vært det. Patenter og patentsøknader er lett tilgjengelige gjennom patentregisteret, slik at dette spørsmålet som oftest må besvares bekreftende.

Lovgiver har sett det slik at det er viktigere å rette oppmerksomheten mot tilfeller der det foreligger et potensial for prevensjon, som vil være der skyldgraden er grov. Dette kan være der inngriperen bevisst har holdt seg uvitende om rettighetssituasjonen, eller der han har tatt en kalkulert risiko og hvor det heller ikke gjør seg gjeldende avgjørende mothensyn.⁴⁰ Prevensjonshensynet vil ha mye mindre betydning der krenkelsene er skjedd i “god” eller “aktsom god” tro. En ser at lovgiveren har tatt hensyn til dette i erstatningsreglene.

For det første kan erstatningen lempes etter første ledd dersom det bare er “lite å legge inngriperen til last.” Hvis uaktsomhetskravet ikke er oppfylt, inngrepet er begått i aktsom god tro, kan patenthaveren kreve erstatning etter § 58 annet ledd. Etter § 58 er det tilstrekkelig at det objektivt sett er gjort inngrep i patentet og retten kan pålegge inngriperen å betale erstatning for de tap utnyttelsen har medført “i den utstrekning det finnes rimelig”.⁴¹

⁴⁰ Rognstad (2002) s. 519-520

⁴¹ Patentloven § 58

2.4.2 Adekvat årsakssammenheng

Patl. §58 hjemler krav på erstatning dels for “utnyttelsen”, dels for “skade” og “tap”. Erstatning for utnyttelsen utmåles som vederlag, og det er ikke nødvendig å påvise at patenthaveren har lidt noe økonomisk tap som følge av patentinngrepet. Hvis det derimot skal utmåles erstatning for skade eller tap, kreves det at de patentkrenkende handlinger har forårsaket et økonomisk tap på patenthaverens hånd. Dette er i hovedsak et faktisk spørsmål. Kravet om årsakssammenheng må i prinsippet vurderes konkret for hver enkelt tapspost. Det økonomiske tapet ved patentinngrep vil i praksis oftest bestå i uteblitt gevinst, ikke i påført kostnad, hvilket skaper åpenbare problemer ved fastsettelsen av erstatningens størrelse.

2.4.3 Skade eller tap

De tapsposter som vanligvis vil være aktuelle i inngrepstilfeller, er omsetningstap, tap knyttet til renommé og goodwill og interne tap. Som vi har sett kommer imidlertid forutsetningen om økonomisk tap ikke alltid til anvendelse som vilkår på ulike rettsområder.⁴² Et område hvor det er lempet på vilkåret om økonomisk tap, er nettopp i patentretten.

Patentinngrep utløser erstatning for utnyttelsen av oppfinnelsen, samt erstatning for den ytterligere skade som inngrepet måtte ha medført. Etter denne bestemmelsen kan flere utmålingsregler være aktuelle, en av dem er erstatning for utnyttelsen i form av en rimelig lisensavgift.

Dersom rettighetshaveren ikke har lidt noe økonomisk tap, eller dette tapet er mindre enn det en rimelig lisensavgift ville utgjort, kan rettighetshaveren likevel kreve vederlag tilsvarende en rimelig lisensavgift for utnyttelsen. Vederlagsregelen er altså ikke betinget av noe økonomisk tap og sikrer dermed at den krenkede alltid vil ha krav på en minimumskompensasjon ved inngrep. Begrunnelsen for vederlagsregelen er at det ved inngrep i industrielle rettigheter ofte vil være vanskelig å føre bevis for størrelsen av det

⁴² Se punkt 2.3.3 og 2.3.4

økonomiske tapet, slik at rettighetshaver uten en slik regel ofte ville blitt underkompensert.

2.4.4 Erstatningsutmålingen

Erstatningsutmålingen vil avhenge av hvilken utmålingsregel som legges til grunn. Etter loven er det fem alternativer:

- I. Erstatning av det fulle økonomiske tap etter § 58 første ledd
- II. Erstatning for utnyttelsen etter § 58 første ledd
- III. Erstatning etter (1) som lempes etter § 58 første ledd siste punktum
- IV. Erstatning etter (2) som lempes etter § 58 første ledd siste punktum
- V. Erstatning av det økonomiske tap i rimelig utstrekning etter § 58 annet ledd

Alternativene 1, 3 og 5 forutsetter at det tas stilling til det faktiske økonomiske tap. Den viktigste tapsposten er tapt fortjeneste. Videre kan inngriperens salg ha ført til et redusert omsetningsvolum for patenthaveren eller til redusert pris. Andre eksempler på tapsposter kan være at prisen reduseres, at patenthaveren har fått økte kostnader eller patentinngrepet kan ha ført til en generell markedssvikt.

Erstatning etter alternativ 2 skal etter forarbeidene utmåles som en “rimelig lisensavgift”.⁴³ Det siktes antakelig til det som må anses å være en rimelig avgift etter vanlig bransjeoppfatning. Fastsettelsen kan baseres på en etablert lisensavgift i bransjen, hvis en slik kan konstateres, eller på en hypotetisk lisensavgift mellom uavhengige parter.

I RG 1998 s. 1021 ble det lagt til grunn at vanlig lisensavgift i møbelbransjen var 3-5 %. Innenfor høyteknologisk industri, for eksempel legemiddelindustrien, kan nivået ligge betydelig høyere. I Borgarting lagmannsrett (LB-2003-9824) ble patenthaveren tilkjent vederlag basert på 25 % lisensavgift.⁴⁴

⁴³ NU 1963: 6 s. 335-336 og Ot.prp. nr. 36(1965-66) s. 51.

⁴⁴ Stenvik (2006) s.428

På bakgrunn av de individuelle forholdene som gjør seg gjeldende i hver enkelt sak må en nok leve med en viss usikkerhet om vederlagsberegningen. Inntil en eventuell nærmere avklaring foreligger, kan det være nærliggende at man ved fastsettelsen av vederlaget tar utgangspunkt i den krenkedes kostnader til utvikling av det aktuelle produkt eller know-how og hvilke besparelser dette har gitt krenkeren, samt hvilket markedspotensial den rettsstridige utnyttelsen hadde for den krenkede. I de tilfeller den krenkede og krenkeren har opptrådt i samme marked, bør det dessuten tas hensyn til den krenkedes sannsynlige omsetningstap som følge av dette.

Dersom det bare er "lite å legge inngriperen til last", kan erstatningen lempes. Bakgrunnen for lempningsregelen er det synspunkt at erstatningen bør tilpasses graden av uaktsomhet. Etter loven er lav skyldgrad et vilkår for å lempe. På bakgrunn av formålet må skyldgraden også være det viktigste momentet ved vurderingen av hvor mye erstatningen skal lempes.

Det vil imidlertid av ulike årsaker ofte være vanskelig å påvise noe konkret tap i denne typen saker. Dersom tap lar seg påvise, vil omfanget av dette ofte være usikkert.

3 Lovforslaget

3.1 Hovedinnholdet i høringsnotatet

Justisdepartementets uttalte formål med de aktuelle lovendringene er “å styrke rettighetshavernes stilling ved rettighetskrenkelser for å bedre rammevilkårene for etablering og investering i kunnskapsbaserte virksomheter, innovasjon og merkevarebygging.”⁴⁵ Departementet ønsker at rammevilkårene for håndheving av industrielle rettigheter i Norge skal bli minst like gode som det som gjelder innen EU og at reglene om håndheving i de forskjellige lovene om det industrielle rettsvern i hovedsak skal utformes likt. Lovforslaget er en delvis gjennomføring av håndhevelsesdirektivet.⁴⁶ Justisdepartementet foreslår en betydelig styrking av reglene om vederlag og erstatning. Av andre viktige endringsforslag kan nevnes innføring av et eget kapittel i tvisteloven om rett til informasjon ved inngrep i immaterielle rettigheter og bestemmelser om at en inngriper kan pålegges å opplyse om opprinnelsen og distribusjonsnettverket for varene eller tjenestene. Det foreslås også at Oslo tingrett skal være tvunget verneting i sivile inngrepssaker.

3.2 Bakgrunnen for forslagene

Det fremgår av lovforslaget at en i lengre tid har vært av den oppfatning at det foreligger et stort behov for å styrke lovgivningen slik at rettighetshavere får en bedre mulighet til å få utmålt høyere erstatning enn det som ligger innenfor dagens sivile lovgivning. Det blir trukket frem at domstolene på basis av dagens lovgivning i liten grad har tilkjent erstatning som er egnet til å ivareta prevensjonshensynet, samt at kompensasjonen som tilkjennes ved inngrep i immaterielle rettigheter heller ikke dekker det faktiske tapet for rettighetshaver. Det er gjennomgående lagt betydelig vekt på at dette “prevensjonshensynet” og dette er den bærende begrunnelse for mange av endringene som foreslås. Det blir blant annet pekt på at økningen i omfanget av inngrep i industrielle rettigheter over den siste tiden tyder på at dagens regler ikke har

⁴⁵ Høringsnotat Snr. 201102995 s. 4

⁴⁶ Rdir 2004/48/EC

tilstrekkelig preventiv effekt. Det er på denne bakgrunn Justisdepartementet ser behov for å endre reglene om vederlag og erstatning slik at rettighetshaverens stilling styrkes.

Dette skal blant annet løses gjennom at reglene får en klarere utforming, slik at potensialet for utmåling av vederlag kommer klarere frem, samt at det skal kunne tilkjennes høyere kompensasjon ved inngrep. Det er i dette lovarbeidet ikke lagt vekt på nordisk rettsenhet, da det ved utformingen av reglene på dette området i Danmark, Sverige og Finland er valgt noe ulike løsninger. Likevel kan en lovgivning som er harmonisert med EUs lovgivning, i større grad kunne gi norske domstoler anledning til å se hen til avgjørelser i andre EU-land som er naturlig å sammenlikne seg med, og hvor erstatningsutmålingene normalt er vesentlig høyere enn i Norge.

Den foreslåtte kompensasjonsordning med fire alternative utmålingsmodeller gir den krenkede mulighet til å velge den mest gunstige og konkrete utmålingsmodellen og gir dommere god veiledning. Det blir trukket frem at dagens bestemmelser har skapt en del uklarheter og har resultert i gjennomgående lave erstatningssummer, ikke nødvendigvis fordi hjemlene ikke har gitt adgang til høyere erstatning, men fordi den immaterielle rettigheten kan være vanskelig håndgripelig ved utmåling for en dommer med lite erfaring med denne type rettigheter. Slike uklarheter som har rådet rundt utmålingsprinsippene er ment å skulle avhjelpe i det nye lovforslaget.

3.3 Dobbel lisensavgift

Patentloven § 58 er i forslaget gitt en helt ny utforming. Paragrafen oppstiller en rekke utmålingsgrunnlag, hvor rettighetshaver har anledning til å velge det utmålingsgrunnlaget som fører til resultatet som er mest gunstig for ham.

Fra høringsnotatet⁴⁷ er det foreslått at ny § 58 skal lyde:

“§ 58 Vederlag og erstatning ved inngrep

⁴⁷ Høringsnotat Snr. 201102995 s. 91-92

Den som forsettlig eller uaktsomt gjør inngrep i et patent, skal betale vederlag eller erstatning til rettighetshaver. Vederlaget eller erstatningen skal utmåles på det av følgende grunnlag som er gunstigst for rettighetshaver:

a) et vederlag svarende til en rimelig lisensavgift for utnyttelsen av oppfinnelsen, samt erstatning for eventuelt ytterligere tap som inngrepet har medført og som ikke ville oppstått ved lisensiering til den aktuelle utnyttelsen,

b) erstatning svarende til det økonomiske tapet som rettighetshaver har lidt som følge av inngrepet, eller

c) et vederlag svarende til fortjenesten som er oppnådd ved inngrepet.

Er inngrepet forsettlig eller grovt uaktsomt, kan rettighetshaver i stedet for vederlag eller erstatning etter første ledd, kreve et vederlag som svarer til det dobbelte av en rimelig lisensavgift for utnyttelsen av oppfinnelsen.

Første og annet ledd gjelder tilsvarende for den som har medvirket til inngrep.

For inngrep som har skjedd i god tro, skal retten i den grad det ikke fremstår som urimelig pålegge inngriperen å betale vederlag svarende til en rimelig lisensavgift for utnyttelsen eller vederlag etter første ledd bokstav c.

Vederlag og erstatning etter første til tredje ledd kan lempes etter lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning § 5-2.”

Som en av endringene foreslås det en ny erstatningsregel som ikke har noen parallell i gjeldende norsk rett i dag. Justisdepartementet mener det er grunn til å innføre en særskilt vederlagsregel for situasjoner der inngriper er særlig mye å bebreide.

Annet ledd foreslås endret til å inneholde et nytt særskilt utmålingsgrunnlag for inngrep der inngriper har handlet forsettlig eller grovt uaktsomt. Regelen er ment å benyttes i

situasjoner der inngrepet har skjedd som ledd i virksomhet som hovedsakelig er basert på å gjøre inngrep i industrielle rettigheter. I slike tilfeller kan rettighetshaver, i stedet for vederlag eller erstatning utmålt etter første ledd, kreve et vederlag som svarer til det dobbelte av en rimelig lisensavgift for utnyttelsen av oppfinnelsen. Formålet med bestemmelsen er i høringsnotatets på side 68 sagt å være "... at vederlags- og erstatningssanksjonen mer effektivt skal motvirke denne typen inngrep."

Hva som utgjør en "rimelig lisensavgift" skal fastsettes på samme måte som etter første ledd bokstav a, som er å anse som en videreføring av gjeldende rett.⁴⁸ Vederlaget skal utmåles helt uavhengig av rettighetshavers økonomiske tap og rettighetshaver vil ha krav på slikt vederlag selv om han ikke har lidt noe tap i det hele tatt.

Beløpet skal fastsettes ut ifra hva som kan synes å være vanlig bransjestandard eller praksis for den aktuelle utnyttelsen. Dette vil normalt være en prosentsats av salgsprisen som vil variere med omsetningsvolum. Det skal i denne fastsettelsen ikke tas hensyn til rimelighet. Dette vil imidlertid komme i betraktning ved anvendelse av annet ledd. I de tilfelle det ikke foreligger noen bransjestandard, er en henvist til å se etter tilknyttede eller sammenliknbare områder. Dersom dette også svikter, er en nødt til å fastsette vederlaget på friere grunnlag ut fra "oppfinnelsens verdi, markedsforholdene, om det finnes brukbare alternativer til oppfinnelsen mm."⁴⁹ Forslaget fremhever videre at det har en klar formodning mot seg at rettighetshaver ville gitt lisens uten å kreve vederlag slik at det vil være svært kurant å tilkjenne vederlag etter første ledd bokstav a, eventuelt annet ledd ved grovere skyld. En viser ellers til redegjørelsen for utmåling av "rimelig lisensavgift" overfor.

3.3.1 Innføres det her "penal damages" i norsk rett?

Departementet og det store flertall av de høringsinstanser som har gitt høringsuttalelse i saken mener prevensjonshensynet tilsier en slik regel som den foreslåtte.

⁴⁸ Høringsnotat Snr. 201102995 s. 65

⁴⁹ Høringsnotat Snr. 201102995 s. 66

Håndhevelsesdirektivet⁵⁰ regulerer sivilrettslige sanksjonsmidler ved inngrep i immaterielle rettigheter og oppstiller minimumsforpliktelser for EU-landene. Medlemsstatene står imidlertid fritt til å innføre ordninger som er mer gunstig for rettighetshaver enn det direktivet krever, jfr. artikkel 2 nr. 1. Direktivet er ikke en del av EØS-avtalen, og Norge er dermed ikke forpliktet etter det. Departementet fremhever imidlertid at det i regjeringens politiske plattform for perioden 2009-2013 fremgår at regjeringen vil føre en næringspolitikk som legger til rette for et nyskapende, kunnskapsbasert og miljøvennlig næringsliv og bidra til gode og konkurransedyktige rammebetingelser for norske bedrifter. For å nå disse målene fremheves viktigheten av å sikre at norsk næringsliv har minst like gode rammevilkår for håndheving av industrielle rettigheter på sitt hjemmemarked som det som gjelder i konkurrentland.

En ordning med dobbelt vederlag er visstnok ikke avskåret etter håndhevelsesdirektivet, og er også innført i en rekke medlemsland, jfr. EU-kommisjonens arbeidsdokument⁵¹, hvor det opplyses dette uten videre kommentarer:

"It should be noted that, in respect of specific infringements (mostly infringements of copyright and rights related to copyright), a significant number of Member States appear to have gone beyond the minimum rules set out by the Directive by introducing lump sum damages set as multiple (mostly double) amounts of royalties (licensing fees) due."

Holdningen i høringsnotatet er at det ved inngrep i industrielle rettigheter ofte er vanskelig å beregne det økonomiske tap, særlig fordi det kan være vanskelig å beregne hvilke virkninger inngrepshandlingen vil ha for fremtidig salg og markedsandeler. Risikoen ved å foreta inngrep er i praksis i mange tilfeller ganske liten, og gir grobunn for samfunnsskadelig virksomhet. Det argumenteres for at når inngrepet er foretatt forsettlig eller grovt uaktsomt kan ikke hensynet til inngriperen tungtveiende. En dobbelt lisensavgift vil i mange tilfeller heller ikke være et særlig høyt beløp og må antas bare delvis å kunne kompensere for tapt fremtidig salg og goodwill-svekkelse

⁵⁰ Rdir 2004/48/EC

⁵¹ SEC (2010) 1589 final s. 24

med videre. Departementet mener på sin side at det i denne forbindelse også må legges betydelig vekt på at håndhevelsesdirektivet⁵² artikkel 3 (2) fastslår at håndhevelsesreglene skal være effektive og ha avskrekkende (preventiv) virkning.

Selv om departementet argumenterer med at lovbestemmelsen er utformet med sikte på å gi tilstrekkelig preventiv effekt, kan det reises spørsmål om en regel om dobbelt vederlag vil innebære en lovfesting av "pønalerstatning" i norsk rett, som av prinsipielle grunner kanskje ikke bør innføres. Flere høringsinstanser reiser spørsmålet, men avviser det. Det blir i høringsbrevet fremhevet at immaterialrettskrenkelser av den art som lovforslaget rammer, vil stå i en erstatningsrettslig særstilling, ved at det ofte dreier seg om organisert og systematisk misbruk av andres rettigheter i vinnings hensikt, og med store samfunnsskadelige konsekvenser for lovlig økonomisk virksomhet og arbeidsplasser. Det blir videre argumentert for at dobbelt vederlag i praksis ofte ikke engang vil tilsvare det reelle tap som en rettighetshaver lider og som han på grunn av bevisproblemer ikke kan føre sannsynlighetsbevis for. Dette kan i og for seg være gode grunner for å innføre en regel som den foreslåtte, men en savner en mer direkte tilnærming til spørsmålet om den pønale erstatningen i de tilfeller rettighetshaver beviselig ikke har lidt noe tap.

⁵² Rdir 2004/48/EC

4 Rettsøkonomisk analyse

4.1 Innledning

En vil i denne delen av oppgaven se på om man kan finne ut av konsekvensene eller effekten av å innføre den nye lovregelen. Hovedformålet med sanksjon ved inngrep og økningen av denne er uttalt å være allmennprevensjon, det vil si å avskrekke aktørene fra å gripe inn i patentrettigheter.

Brudd på patentloven er en type lovbrudd hvor det er grunn til å tro at trusselen om sanksjoner kan lede til at færre velger å begå lovbrudd. Siden aktørene er involvert i forretningsvirksomhet, er de vant med å veie kostnadene av sine handlinger opp mot gevinstene, og til å kunne tenke gjennom konsekvensene av sine handlinger på lengre sikt. Videre er det å bryte patentloven ikke en affekt- eller impulshandling. Dette gir et godt utgangspunkt for å kunne anvende økonomisk teori for rasjonell adferd for å analysere optimale sanksjoner.

En vil foreta en nytte-kostnadsanalyse (heretter NKA), som er en praktisk anvendelse av Kaldor-Hicks-kriteriet og som i prinsippet er en omfattende konsekvensanalyse. Hovedpoenget med en NKA er å samle alle faktorer som er av betydning for en totalvurdering av et prosjekt eller et tiltak. NKA etablerer et beslutningsgrunnlag som gjør det mer overkommelig å nå en godt begrunnet konklusjon på en eventuell styrking av erstatningsansvaret.

Erstatning vil i seg selv bare representere en omdisponering av velferd. Tilbakebetaling av overpris vil ikke direkte realisere noe effektivitetsformål. Dessuten vil kompensasjon medføre kostnader for samfunnet – i form av transaksjonskostnader. Denne ressursbruken vil eventuelt måtte forsvares ut fra en mulig preventiv virkning. Bare på denne måten vil erstatningsutbetalinger bidra til å oppfylle lovens formål.

4.2 Presentasjon av ligning for preventiv effekt

Det er utviklet en enkel ligning som illustrerer hvordan erstatningen bør fastsettes for at en potensiell inngriper vil avstå fra å begå inngrepet.⁵³

$$\text{opdagelsesrisikoen} \times \text{risikoen for domfellelse} \times \frac{\text{erstatningsansvaret}}{\text{gevinsten ved krenkelsen}} = \text{prevensjonseffekt}$$

For å avskrekke fra lovbrudd må forventet tap fra sanksjoner overstige gevinsten ved lovbruddet. Forventet tap vil være det samlede tapet sanksjoneringen påfører bedriften multiplisert med sannsynligheten for å bli avslørt og sanksjonert. Prevensjonseffekten er her fremstilt som produktet av oppdagelsesrisikoen, risikoen for å domfellelse og erstatningsansvarets størrelse i forhold til gevinsten av krenkelsen.

Denne ligningen er en kalkyle over hva som privatøkonomisk vil lønne seg for en som vurderer å gripe inn i patent. Således blir problemstillingen her sett fra den ene aktørens synsvinkel, ikke fra samfunnets synsvinkel.

Ligningen sier ingenting om hva en lovgiver bør gjøre. Den viser imidlertid hvilke virkemidler som rås over, herunder størrelsen på et eventuelt erstatningsansvar, og hvordan disse forholder seg til hverandre.

- 1) Dersom en antar at gjeldende rett er samfunnsøkonomisk ønskelig, hvordan vil innføring av dobbel lisensavgift påvirke ligningen og hva bør da gjøres samfunnsøkonomisk sett?

I det tilfellet at rettsstilstanden allerede er samfunnsøkonomisk ønskelig, vil en økning i erstatningsansvaret gi et dårligere samfunnsøkonomisk resultat. Lovgiver vil i dette tilfellet rå over tre virkemidler i følge likningen; oppdagelsesrisikoen, risiko for domfellelse eller gevinsten kan reduseres

⁵³ Møgelvang- Hansen (2001) s. 182-183

- 2) Dersom gjeldende rett antas å *ikke* være samfunnsøkonomisk effektiv, hvilke tiltak kan gjøres for at dette nås?

Lovgiver vil i dette tilfellet rå over de samme virkemidler og kan øke oppdagelsesrisikoen, risikoen for domfellelse eller senke en inngriperes netto fortjeneste ved å øke erstatningsbeløpet. I så måte ser en at en innføring av dobbel lisensavgift, gitt at de andre faktorene holdes konstant, etter ligningen vil øke prevensjonseffekten.

Hvis man ønsker en full prevensjonseffekt (100%), må oppdagelsesrisikoen og risikoen for domfellelse begge være 1. En vil nå se nærmere på hvorfor disse faktorene mest sannsynlig er mindre enn 1.

4.2.1 Nærmere om oppdagelsesrisikoen

Et kjennetegn ved informasjon som rettssubjekt, er hvor vanskelig det kan være å begrense tilgangen. Dagens teknologi har gjort det mulig innen svært kort tid å kopiere og spre et lovlig kjøpt produkt til alle verdenshjørner. At det skulle være mulig å oppdage alle former for inngrep, er derfor lite sannsynlig.

Oppdagelsesrisikoen vil avhenge av mange faktorer. Blant annet vil type produkt som informasjonen knytter seg til, hvilke salgskanaler som benyttes, hvor dominerende aktøren som eier rettigheten er og hvem som er konsumenter, spille inn på oppdagelsesrisikoen. En vil i det følgende se på et par momenter vedrørende dette.

4.2.1.1 Type produkt

Det er svært ulike objekter som kan være gjenstand for patent. Et patentkrav kan være rettet på et produkt eller en fremgangsmåte.⁵⁴ Etter patentforskriften⁵⁵ § 15 skal patentkravene så vidt mulig henføres til en av kategoriene produkter, anordninger, fremgangsmåter eller anvendelser. Inn under kategorien produkter faller først og fremst

⁵⁴ Patentloven § 3 sonderer mellom eneretten til produkter og fremgangsmåter

⁵⁵ FOR 2007-12-14 nr. 1417 jfr. FOR2011-06-24 nr. 625

stoffer og gjenstander, som kjemiske substanser, materialer, redskaper, bruksgjenstander og lignende⁵⁶. Kategorien anordninger brukes når oppfinnelsen består i en del av en større gjenstand, eller i bestemte konstruktive trekk ved en gjenstand. Fremgangsmåter angår en handling, maskinell eller manuell og kan for eksempel være prosesser for fremstilling av produkter, samt målemetoder og metoder for manøvrering. Anvendelser er en undergruppe av kategorien fremgangsmåter og brukes oftest når produktet eller fremgangsmåten var kjent fra før og det nye består i at produktet eller fremgangsmåten tas i bruk på en ny måte eller på et nytt område.⁵⁷

Rettighetsobjektene er således svært ulike. De kan for eksempel inngå i de fleste faser i produksjonen av et fysisk produkt. En kan se at når oppfinnelsen er skjult, som for eksempel ved at den gjelder en fremgangsmåte eller når den består i en del av en større gjenstand, vil det være vanskelig å oppdage inngrep. Gjelder objektet derimot et produkt som blir solgt på det åpne markedet og hvor den patentkrenkede rettigheten er lett synlig for konsumenter og rettighetshaver, er oppdagelsesrisikoen mye høyere. Et eksempel på det siste er de mange pågående rettssaker om patenter på smarttelefoner og lesebrett mellom Apple og Samsung som pågår i disse dager.

Et eksempel på et produktområde hvor oppdagelsesrisikoen er lav, er ved privat kopiering og spredning av datamaskinprogrammer. Det finnes måter å spore dette på, men her må andre hensyn tas i betraktning, som hensynet til den enkeltes privatliv og personlige livsutfoldelse. Selv om oppdagelsesrisikoen i et slikt tilfelle er lav, bør en likevel neppe kompensere for dette med skyhøye erstatningsbeløp.⁵⁸

Videre vil det spille inn på oppdagelsesrisikoen hvordan samfunnet og rettsvesen ser på det aktuelle produktet. Dersom det er viktig med høy kvalitetssikring og profesjonelle bakmenn, som ved helseprodukter, barnemat, leker, sikkerhetsutstyr, våpen og lignende, vil det typisk være prioritert hos politi- og tollvesen å avdekke illegale produkter av dette slag.

⁵⁶ NU 1963: 6 s. 187

⁵⁷ NU 1963: 6 s. 188

⁵⁸ Rognstad (2002) s.519

4.2.1.2 Aktørene

4.2.1.2.1 Rettighetshavere

Det neste en kan se på, er hvilken type aktør som sitter på rettighetene. Dersom patentrettighetene er representert ved store aktører, kan disse for det første ha en større andel av det aktuelle markedet og besitte en bedre oversikt over konkurrenter og deres produkter. Videre vil den økonomiske handlekraften være stor nok til å sette av midler til aktivt å lete etter patentinngrep og sette inn ressurspersoner til dette arbeidet. For eksempel er patentkrenkelse av et farmasøytisk produkt ikke lett å oppdage i seg selv. Likevel er aktørene innen dette området store, og investerer store summer i å lete etter patentkrenkere. Dette høyner oppdagelsesrisikoen. Små aktører vil på sin side ha mindre oversikt og mulighet til å oppdage inngrep i sine rettigheter.

4.2.1.2.2 Sluttbrukere

Videre vil det ha betydning hvem som er sluttbrukere for det patenterte objektet. Disse kan selv være næringsdrivende, private personer eller det offentlige. Disse vil i ulik grad være oppmerksomme på, og opplyse om, piratkopierte produkter.

Tollvesenet har økt innsatsen mot piratvarer de senere årene, etter at NHO bidro til at Tollvesenet fikk utvidete fullmakter ved grensekontroll. I 2010 beslagla Tollvesenet 220 000 forfalskede merkevarer fordelt på 315 beslag til en anslått verdi av 40 millioner kroner.

I første halvår i 2011 er det allerede tatt 321 beslag og om lag 160 000 varer til en verdi av omkring 35 millioner kroner. Handel med piratvarer er den raskest voksende formen for økonomisk kriminalitet på verdensbasis, ifølge en uttalelse fra Toll- og avgiftsdirektoratet. Tollvesenet har ingen oversikt over hvor stor prosentandel som avdekkes fordi mye import av piratkopier er til privat bruk, hvor Tollvesenet ikke har mulighet til å gjøre beslag. I tillegg er de avhengig av at rettighetshaver følger opp deres tilbakehold, da dette er et sivilrettslig forhold. Om rettighetshaver ikke ønsker å forfølge saken, må varene frigis, selv om det er snakk om piratkopier.

Da innføringen av øremerkede midler fra Stortinget i 2010⁵⁹ ga seg utslag i et langt større beslag av piratprodukter, tilsier dette at det foreligger store mørketall. Det er videre lett å anta at det som ikke tas på grensen, mest sannsynlig er enda vanskeligere å oppdage.

Tolldirektøren Bjørn Røse sier i et intervju med NTB at slike varer må tas på grensa. “I det øyeblikk [piratkopier] kommer inn i landet og havner i garasjesalg, på markeder og på internett er de nesten umulig å finne” sier han til NTB.⁶⁰

At økte midler til Tollvesenet øker antall beslag, samt den store aksepten av piratvarer blant forbrukere, tilsier at sannsynligheten for oppdagelsesrisikoen er langt under 100%.

4.2.2 Nærmere om risikoen for domfellelse

Det er nærliggende å anta at en som krenker immaterielle rettigheter ikke alltid blir domfelt, selv om inngrepet blir oppdaget.

En som tror han har fått sin patentrett krenket, må bringe saken for domstolene av eget tiltak. Det er flere årsaker til at han kan unnlate å gjøre dette. For det første kan det være usikkerhet med hensyn til om han kommer til å vinne saken. Dette kan enten være av usikkerhet med hensyn til patentvernets omfang og bredde, skadevolders skyld, erstatningens størrelse, samt skadevolders betalingsvillighet eller -mulighet. Videre kan de ekstra ressursene som settes inn for å føre en sak for retten gå på bekostning av den daglige virksomheten i bedriften. Dette er noen eksempler på hvorfor risikoen for domfellelse er betydelig lavere enn 100 %.

4.2.3 Nærmere om uttrykket erstatningsansvar/gevinst

Dersom man ser kun på det idømte erstatningsansvaret isolert, vil uttrykket “erstatningsansvar/gevinst” etter dagens lovgivning i beste fall bli 1. Dette fordi

⁵⁹ www.toll.no

⁶⁰ www.e24.no

erstatningen er satt til “en rimelig lisensavgift” og det å la være å betale denne vil gi en minimumsgevinst tilsvarende erstatningsansvaret.

Problemet i dag er derfor at gevinsten ofte er mye større enn erstatningsansvaret.

Dersom man ser på disse faktorene isolert, vil fortjenesten i verste fall være 0, slik at det ikke er noen insentiver for inngriperen å inngå avtale om eventuell lisens med patenthaveren. En økt erstatning vil kunne bøte på dette.

4.2.4 Konklusjon

Etter den oppstilte ligningen, gitt at de resterende faktorer holdes konstant, kan en se at den foreslåtte erstatningsregelen vil føre til en høyere preventiv effekt og i så måte oppfylle det fremhevede formål. Det er imidlertid ønskelig å trekke inn disse andre faktorene for å få et mer fullstendig bilde av mulige virkninger av den foreslåtte lovendringen. Da dette er en ligning kun basert på den ene aktøren, vil den for eksempel ikke gi svaret på hva som er det optimale, i samfunnsøkonomisk forstand.

4.3 Statisk og dynamisk effektivitet

4.3.1 Innledning

Man har en del kostnader forbundet med krenkelser og en del nytte forbundet med krenkelser.⁶¹ En vil i det følgende se på hva den økonomiske teori kan gi som grunnlag for å vurdere om styrking av patentvernet vil medføre størst mulig samfunnsøkonomisk verdi.⁶²

Samfunnsøkonomisk effektivitet kan uttrykkes, og måles i praksis, ved det samfunnsøkonomiske overskuddet. Samfunnsøkonomisk effektivitet definert som Pareto-effektivitet skiller mellom kort og lang sikt. Kortsiktig, statisk effektivitet eller allokeringseffektivitet innebærer effektiv produksjon og omsetning av tilgjengelige ressurser og teknologi på et gitt tidspunkt eller i en gitt periode. Dynamisk effektivitet

⁶¹ Se punkt 1.3.4

⁶² Se nærmere om analyseverktøyene i punkt 1.3 og Eide (2008) s.96-117

innebærer at det frembringes samfunnsøkonomisk ønskelige endringer eller innovasjoner i produksjon og omsetning av informasjon, i form av nye produkter og tjenester eller i fremstillingen av disse gjennom ny teknologi, nye organisasjonsformer eller lignende. Dynamisk effektivitet fanger med andre ord opp effektivitet i ressursbruken over tid, i et mer langsiktig perspektiv. Noen enkle og udiskutable mål for graden av statisk og dynamisk konkurranse finnes ikke. For eksempel kan betegnelsen ”dynamisk effektivitet” også brukes om utviklingen i allokeringseffektiviteten over tid, som i så fall vil være det samme som statisk effektivitet målt på forskjellige tidspunkter.

For å måle det samfunnsøkonomiske overskuddet trenger man å kjenne til alle relevante forhold som betinger tilbuds- og etterspørselskurvene. Dette vil kun være tilnærmet mulig med gode empiriske studier. I alminnelighet kan det være enklere å måle overskuddet ved statisk effektivitet enn ved dynamisk, i det man ved det siste også må ha kjennskap til alle forhold som medfører endringer i tilbuds- og etterspørselsforholdene som følge av innovasjoner og lignende. Dette kan føre til at man oftere ser hen til statiske effektivitetsbetraktninger, selv om det ved markeder som er karakterisert ved raske skift i markedsbetingelsene vil være desto viktigere med en dynamisk effektivitetstilnærming.

Kolstad mener begge hensyn må ses under ett i en patentrettslig analyse: “Nå kan det hevdes at patentretten kun har dynamisk effektivitet som målsetning, og at forholdet til den statiske effektivitet eventuelt må avklares i en konflikt med andre regelsett som skal fremme statisk effektivitet, f.eks. konkurranseloven. Dette er en for snever synsvinkel, som ikke tar konsekvensen av at det økonomiske effektivitetsbegrep består av flere elementer Statisk og dynamisk effektivitet er to dimensjoner av et helhetlig effektivitetsbegrep som kan være i konflikt med hverandre. Den ene størrelsen kan ikke ses uavhengig av den andre. I motsatt fall oppstår det en inkonsistens i den patentrettslige analyse.”⁶³

⁶³ Kolstad (1998) s. 438

Både patentets varighet, omfang og sanksjoneringsmuligheter vil være vesentlige faktorer når hensynene til statisk og dynamisk effektivitet balanseres. Teknologien må være tilstrekkelig beskyttet til at utviklingskostnader dekkes inn i perioden med monopolpris, for deretter å avløses av priskonkurranse og økt statisk effektivitet.

Stenvik foretar en rettsøkonomisk analyse av patentretten generelt i sin artikkel “Patentrett og rettsøkonomi”.⁶⁴ Her skriver han at “(i) forhold til et mål om samfunnsøkonomisk effektivitet, medfører patentretten problemer i to retninger”, hvor det ene er at “patentretten [kan] føre til at produksjonen og omsetningen av *varer* ikke blir samfunnsøkonomisk effektiv.” Den andre utfordringen er ifølge Stenvik at “patentretten [kan] føre til at produksjonen og omsetningen av *kunnskap* ikke blir samfunnsøkonomisk effektiv.”⁶⁵

4.3.2 Statisk effektivitet

Den viktigste siden av denne problemstillingen knytter seg til forholdet mellom tilbud og etterspørsel i et marked. I et marked med fullkommen konkurranse oppnås maksimal statisk konkurranse. Denne konkurransen fører til samfunnsøkonomisk effektivitet, da forholdet mellom tilbud og etterspørsel vil innstille seg i et likevektspunkt hvor grensekostnaden er lik grenseinntekten, som vil være lik prisen. Denne markedsliekevekten vil under bestemte forutsetninger være Pareto-effektiv.⁶⁶ En av de grunnleggende forutsetninger for fullkommen konkurranse er at prisen anses fastsatt slik at ingen enkelt markedsdeltaker, verken tilbyder eller konsument, kan påvirke prisen. Hvis derimot minst en tilbyder har markedsmakt i form av for eksempel patentrett, kan denne påvirke prisen eller omsetningsvolumet, som vil føre til et marked med begrenset konkurranse. Dette fører til høyere pris og lavere konsum, som skaper et samfunnsøkonomisk dødvekttap, også kalt monopolprofitt. Et slikt vedvarende misforhold mellom pris og grensekostnad kan tas som et mål på sviktende konkurranse

⁶⁴ Stenvik (2000) s. 667

⁶⁵ Stenvik (2000) s. 666

⁶⁶ Eide (2008) s. 34

som resulterer i et effektivitetstap, siden markedets betalingsvillighet for økt produksjon i markedslivevekt er høyere enn merkostnaden.⁶⁷

En ser at eneretter i informasjon således ikke vil gi et samfunnsøkonomisk optimalt resultat. Ved immaterielle rettigheter er det imidlertid enkelte spesielle trekk en må ta i betraktning. Informasjonen er et gode som, når den først produsert, kan benyttes og formidles uten særlige kostnader. Videre kan den spres til et stort antall aktører som kan gjøre bruk av informasjonen uten at den blir slitt eller borte. Informasjon har således preg av å være et kollektivt gode.

I modellen for fullkommen konkurranse går man ut ifra et gitt teknisk nivå, hvor en ikke vil ta utgifter til forskning og utvikling av informasjonen i betraktning. For å oppnå maksimal statisk effektivitet bør informasjonen, så snart den er fremskaffet, spres til flest mulig slik at disse kan ta i bruk nye og effektive metoder eller selge tilsvarende produkter i konkurranse med hverandre. Sterkere konkurranse på sluttproduktmarkedet vil redusere fortjenesten av en innovasjon.

Ved en innføring av en konkurransebegrensning, som eneretter i patent, har lovgiveren gjort en avveining mellom hensynet til ekskludering og formidling av informasjon. Patentinstituttet tillater således en monopol- liknende situasjon over en viss periode for å sikre at den som har investert tid og penger i forskning og utvikling får tid til å hente inn gevinst på sine investeringer i form av høyere priser, da grensekostnaden på disse utgiftene ligger mye høyere enn grensekostnadene for ren videresalg. Her er det ønsket om å verne den første innehaveren av patent som har vært utslagsgivende. Viktigheten av dette poenget varierer med forskjellen mellom pris og produksjonskostnadene. Det samfunnsøkonomiske tapet vil være stort dersom forskjellen i pris er betydelig, for eksempel slik det er i dagens situasjon for legemidler, som selges til en pris som er mangedoblet de egentlige produksjonskostnadene. Hvor stort dette konkurransefortrinnet er, vil være avgjørende for innovatørens fortjeneste og er således av sentral betydning for dennes motivasjon.

⁶⁷ Eide (2008) s. 191

Stenvik konkluderer at “En ser dermed at ønsket om en samfunnsøkonomisk effektiv pris står direkte i motsetning til ønsket om å fremme kunnskapsproduksjonen, og den kan dermed ikke oppnås uten at målet om å stimulere kunnskapsproduksjonen oppgis.”

Lovgiverens oppgave blir dermed å finne et fornuftig kompromiss mellom de to målsetningene. Bestemmelser i patentloven som begrenser patentet i omfang og tid kan oppfattes som elementer i et slikt kompromiss.

En styrking av sanksjonsmulighetene vil gi patenthavere større vern i denne monopolsituasjonen og føre til at det i forhold til den statiske effektivitet, skapes et større dødvektstap.

På generelt grunnlag vil det ta noe tid for konkurrenter å få kunnskap om en ny teknologi og sette i gang en produksjon og distribusjon av et identisk eller liknende produkter. I mellomtiden vil den opprinnelige rettighetshaveren kunne ha solgt produkter med gevinst. Særlig for patenterbare produkter, som kan kreve ingeniørtjenester, maskineri, distribueringskanaler og markedsføring vil oppfinneren nyte en relativt tilsvarende monopolsituasjon for en betydelig periode. Videre kan dette føre til at produsenten vil ha et insentiv til å produsere på en måte som gjør produktet vanskelig å kopiere.

Som følge av dette kan produsenter av informasjon forvente fortjeneste, selv uten eller med svakere patentrett på det de skaper. Det er videre verdt å merke seg, at i historisk henseende er et sterkt patentvern et relativt nytt fenomen og at enkelte høyt industrialiserte land ikke vedtok patentrett før mot slutten av 1800-tallet. En kan utlede av dette at det uten beskyttelse av immaterielle rettigheter mest sannsynlig uansett ville foregått betydelig grad av skapervirksomhet, samt at innehaveren ville kunne forventet gevinst.

4.3.3 Dynamisk effektivitet

Anses dynamisk effektivitet som en målsetting, er dette det samme som et ønske om å øke det samfunnsmessige overskudd over tid, i et langsiktig perspektiv.

En har sett at det i høringsnotatet er fremhevet en med lovendringene ønsker å øke insentivet til innovasjon. En optimal bruk av informasjonen i det den er produsert ofres⁶⁸ for at markedet i det hele tatt skal produsere kunnskap. Dette fordi en har antatt at de dynamiske effektivitetsgevinstene veier opp for det statiske effektivitetstap, slik at den enerett et patent gir kan sies å fremme samfunnsøkonomisk effektivitet samlet sett.

En konflikt mellom målsettingen om å maksimere det samfunnsøkonomiske overskudd og eneretter som patent, vil således bare foreligge dersom patentloven gir innovatøren en større profitt enn det som er nødvendig for motivasjonen til å drive med forskning og utvikling.

Selv om en antar at innføring av sterkere rettigheter for patenthavere vil øke insentivet til investering i forskning og utvikling, bør det imidlertid påpekes at å operere med immaterielle rettigheter uansett ikke gir samfunnsøkonomisk perfekte insentiver til å fremme informasjon. Monopolfortjeneste vil generelt ikke klare å basere seg på den fulle samfunnsøkonomiske verdien av produktet. Selgere vil typisk ikke kunne identifisere en pris som helt ut tilsvarer det hver kjøper verdsetter produktet til. Av dette følger at insentivet for informasjonsfremskaffelse ved nærvær av patentrett ikke er samfunnsøkonomisk ideelt, men likevel mest sannsynlig overstiger det resultatet en hadde fått i et tilfelle av ingen rettigheter.

Dette synspunktet overser imidlertid det problem at en maksimal kunnskapsproduksjon ikke nødvendigvis er samfunnsøkonomisk optimal. Dersom innovasjonstakten er for rask, vil dette være samfunnsøkonomisk ineffektivt.

4.3.4 Avveiningen i lovforslaget

Det er stort fokus i lovforslaget at dagens rettstilstand ikke gir et sterkt nok vern for at hensynet til innovatøren blir tilstrekkelig ivaretatt med dagens lovregler.

⁶⁸ Se punkt 4.3.2

I følge høringsnotatet⁶⁹ er formålet med lovforslaget “å styrke rettighetshavernes stilling ved rettighetskrenkelser for å bedre rammevilkårene for etablering og investering i kunnskapsbaserte virksomheter, innovasjon og merkevarebygning”.

Det blir fremhevet et ønske om å innføre lovregler som skal resultere i færre inngrep i rettighetene, slik at rettighetshaverne kan øke sine gevinster i patentperioden og således øke insentivet til innovasjon.

Som vi har sett er det en tendens at produksjon av informasjon øker ved nærvær av immaterielle rettigheter. Omsetning og bruk av fremkommet informasjon i nærvær av immaterielle rettigheter tenderer på den andre siden å være utilstrekkelig.

Selv om en rett krenkes ved inngrep, kan også verdier større enn den som hadde retten skapes. Dette er et argument for at den preventive effekten ikke blir for stor.

Valget av erstatning vil ha som konsekvens at inngriperens beslutning om å gjøre inngrep i en patentrett og derved gjøre skade, og beslutningen om å gjøre inngrep og derved gjøre nytte, blir påvirket av hvor stor erstatningen gjøres. Dobling vil i et slikt aspekt føre til mindre skade for den enkelte rettighetshaver, men også mindre nytte i form av økt bruk og omsetning av informasjon.

Det fremgår ikke nærmere hvordan lovavdelingen har vurdert forholdet mellom en styrking av de enkelte rettighetshavernes stilling, ønsket om økt innovasjon og den statiske effektiviteten. En savner en nærmere redegjørelse i høringsnotatet av avveiningen mellom den statiske og dynamiske effektivitet som her er beskrevet. Det hadde vært ønskelig med en synliggjøring av at et styrket vern kan føre til et større samfunnsøkonomisk dødvectstap⁷⁰. I notatets kapittel 12 konkluderes det kun med at “forslagene samlet sett ikke vil ha vesentlige økonomiske og administrative konsekvenser”⁷¹

⁶⁹ Høringsnotat Snr. 201102995 s. 4

⁷⁰ Se punkt 4.3.2

⁷¹ Høringsnotat Snr. 201102995 s. 62

En vil i det følgende peke på enkelte andre aspekter en burde se nærmere på ved en styrking av patentrettigheter.

4.3.4.1 Økt konsentrasjon av markedsrett

En bør i patentretten søke å unngå større konsentrasjon av markedsrett enn det som er nødvendig for en samfunnsøkonomisk optimal informasjonsproduksjon. En har sett at vareproduksjonen ikke vil være samfunnsøkonomisk effektiv under konkurransehindrende monopolsituasjon. Graden av markedsrett vil blant annet avhenge av hvor stor konkurranse en kan anta at senere oppfinnelser vil gi. Patent vil etter dagens regler sjelden eller aldri gi noen fullstendig beskyttelse mot produkter som utvikles etter søknadsdagen. En bør være oppmerksom på dette aspektet når man innfører lovregler som kan gjøre det vanskeligere for konkurrenter å etablere seg innenfor samme segment i markedet og gi patenthavere en sterkere økonomisk monopollignende stilling.

4.3.4.2 Strategisk oppkjøp av kunnskap

Et foretak kan for det første bremse den teknologiske utvikling på et område, ved å kjøpe opp patenter til ny kunnskap for så ikke å benytte seg av den. Det er gjerne større selskap som benytter seg av denne strategien i møte med konkurranse fra små innovative selskap⁷². En annen utvikling en har sett er oppblomstringen av såkalte patent-troll. Dette er en type holding- selskap for patenter, hvor eierne ikke er interessert i å benytte seg av informasjonen i patentene på annen måte enn å saksøke andre som skulle være så uheldige å gripe inn i dem. En bør være oppmerksom på at en styrking av erstatningsreglene i patent vil gjøre denne type foretak mer lukrativ.

⁷² Kolstad (2008) s. 428

4.4 Risikobildet

En vil videre i den samfunnsøkonomiske analysen foreta en vurdering av risikobildet for pantentkrenkere. Hensikten er å forsøke å kartlegge hvordan dette kan ha innvirkning på en eventuell lovendring som den foreslårte.

I tillegg til rettslige sanksjoner som erstatningsansvar, kan lovbrudd også medføre ikke-økonomiske kostnader som moralsk ubehag, dårlig rykte i markedet og i verste fall sosial fordømmelse. For mange aktører vil disse utenomrettslige kostnadene være betydelige, slik at bedriften opptrer lovlydig selv med ingen eller små rettslige sanksjoner. Det er likevel ikke som på integritetskrenkelsesens område, hvor stigmatiserende eller sjelelige lidelsene ved å volde en skade i stor grad virker preventivt i seg selv. Skadene blir i hovedsak heller ikke voldt av lidenskap eller i affekt. Av dette kan en derfor regne med at det for de fleste næringsdrivende kun er trusselen om erstatning som virker avskrekkende. Dersom en skal avskrekke selv dem som ikke har sosiale eller moralske kostnader, må det forventede tap fra erstatningen overstige gevinsten ved lovbruddet.

En opprettholdelse av erstatning tilsvarende rimelig lisensavgift kan kanskje være tilstrekkelig til å avskrekke lovbrudd dersom alle lovbrudd ble oppdaget og dømt. En må imidlertid være oppmerksom på at inngripere umiddelbart kan inngå forlik med beskjedne juridiske kostnader dersom de oppdages. Dette kan i mange tilfeller ikke være kostnader store nok for å ha preventiv virkning. Alternativet til å frivillig betale lisensavgift eller inngå forlik vil være å bruke tid i en rettssak, bli idømt erstatning tilsvarende lisensavgift og i tillegg tapte sakskostnader. Totalt kan kostnadene i dette tilfellet være tilstrekkelig til å oppmuntre til å innhente rettighetshavers samtykke først.

Som vist overfor er det imidlertid grunn til å tro at det bare en liten del av de samlede lovbrudd som blir oppdaget og sanksjonert, slik at forventet erstatningsansvar tilsvarende lisensavgift alltid vil være lavere enn gevinsten. Dette taler for at erstatningsansvar tilsvarende rimelig lisensavgift ikke er tilstrekkelig til å hindre lovbrudd hos dem med lave moralske og sosiale kostnader. For denne gruppen blir det nødvendig å kunne ilegge et ansvar med et visst pønalt preg.

Dersom for eksempel én av ti blir avslørt og dømt, må det samlede tapet ved å bli tatt være ti ganger så stor som gevinsten ved lovbruddet for at straffetrusselen skal virke avskrekkende på alle. Den preventive effekten ved innføring av dobbel lisensavgift, vil således være avhengig av potensielle inngriperes adferd.

4.4.1 I næringsvirksomhet

Bedrifters risikoholdning vil avhenge av mange ulike faktorer. For det første kan bedriftens eierform spille inn. Der hvor bedriften er liten og eies av mange små aksjonærer har ikke mulighet til å spre risiko i særlig grad. Dette vil for eksempel gjelde enkeltpersonforetak eller familiebedrifter. Næringsdrivende opererer videre i svært ulike markeder. Enkelte firma vil i større grad enn andre måtte bero på sitt renommé i markedet. Disse bedriftene vil som oftest ha risikoaversjon. En risikoavers aktør vil oppleve det å ta risiko som en kostnad. Slike aktører vil kunne foretrekke å være lovlige selv om forventet gevinst fra lovbrudd, målt i kroner, er positiv.

Hvis den forventede nytten er høyere ved illegal virksomhet fremfor legal virksomhet, vil den nyttemaksimerende, risikonøytrale aktøren velge illegal virksomhet. Inngrep oppstår når forventet avkastning ved legal virksomhet er lavere enn forventet avkastning ved illegal virksomhet. Sannsynligheten for å bli oppdaget, og sannsynligheten for å bli ilagt erstatningsansvar, bestemmer forventet avkastning ved illegal virksomhet. En dobling av lisensavgiften kan være det som skal til for at aktører i dette segmentet avstår fra å gjøre inngrep.

En kan imidlertid anta at den største delen av de aktører som opererer i næringsvirksomhet i stor grad er risikovillige. Dette kan være bedrifter hvor lønnsutbetalinger baserer seg på resultatorienterte bonusordninger, bedrifter som har mulighet til å spre risiko og oppstartsbedrifter med stor grad av innhentet kapital. En kan for de risikovillige aktører anta at en økning fra for eksempel 5 til 10 % i lisensavgift ikke vil gi et tilstrekkelig insentiv for disse til å unnlate å gripe inn i patent. Potensialet for gevinst vil for disse være for stort.

4.4.2 Til privat bruk

Eneretten som de industrielle rettighetene gir gjelder etter dagens lovgivning kun i næringsvirksomhet, slik at kjøp til private formål ikke blir møtt med sanksjoner. I Norge er det således ikke forbudt å eie piratkopier til eget bruk, men det er ulovlig å omsette. Det er ikke foreslått noen endring av lovverket på dette punkt. Det er imidlertid interessant å se på private aktørers holdning til piratkopierte produkter, da disse indirekte er med på å finansiere piratvirksomhet.

En undersøkelse gjennomført for Næringslivets Hovedorganisasjon og Toll- og avgiftsdirektoratet i april i år viser at én av fire nordmenn synes det er akseptabelt å kjøpe piratvarer. Videre bryr fire av ti seg lite om at dette krenker rettighetene til merkevareeieren. Det er størst aksept for kjøp av piratvarer blant de under 30 år. Her sier fire av ti spurte at det er akseptabelt å kjøpe piratvarer. I aldersgruppen over 60 år er det bare to av ti som synes dette er greit. 18 prosent av de spurte har kjøpt piratvarer i løpet av de siste 12 månedene. Kopiene er ofte svært gode og gjør de vanskelig å oppdage.

Å selge piratkopier er ulovlig, også om det skjer til venner og kolleger. På samme måte som tyveri og heleri kan fremstilling og salg av piratprodukter være straffbart. Slik det er i dag blir piratvarer omsatt på nettet i stor skala. Etersom det selges på nettet, blir gråsonen mellom privatperson og næringsdrivende visket ut. Da eneretten i patent kun er ment å beskytte mot aktører som opererer “i næringsvirksomhet”, vil denne gruppen mest sannsynlig måtte regnes som en risikosøkende gruppe, i hvert fall så lenge dette skillet i krenkerens karakter opprettholdes i lovgivningen.

4.5 Rettighetshavervirkningen

4.5.1 Innledning

Arbeid med frikonkurransemodellen og annen mikro- og markedsteori dreiet seg tidligere i liten grad om spørsmålet om eierrettigheter⁷³ Slike rettigheter var lite

⁷³ Eide (2008) s. 134

behandlet inntil Ronald H. Coase publiserte sin artikkel om eksterne rettigheter i 1960.⁷⁴ Ut fra det positive Coase-teoremet har vi at veldefinerte rettigheter i fravær av transaksjonskostnader, vil allokere til den som verdsetter dem høyest, uavhengig av initial rådighetsfordeling. Partene vil etter teoremet gjennom samarbeide således frembringe et Pareto-effektivt resultat.

En voksende mengde av juridisk analyse fokuserer nå imidlertid på hvordan menneskelig atferd systematisk avviker fra hva som ville blitt forutsett av økonomiske modeller med rasjonelle parter.

Det har kommet viktige bidrag fra studier i kognitiv psykologi som har betydning for hvordan beslutninger blir tatt av markedsaktørene. De psykologiske egenskapene som kjennetegner vår atferd har dannet grunnlaget for teorier basert på virkninger av initial rådighetsfordeling av goder. Det viktige gjennombruddet kom i 1979 da Kahneman og Tversky kom med sin forespeilingsteori (eng: Prospect Theory), i en artikkel i "Econometrica"⁷⁵. Forfatterne presenterer i artikkelen resultatet fra flere tester hvor deltakerne tok stilling til ulike veddemål med to utfall. Resultatet indikerte at mennesker bryter med forventet nytteteori på den måten at de evaluerer resultater på grunnlag av endringen de representerer fra et innledende referansepunkt, snarere enn på grunnlag av nyttevirkinger i seg selv. I følge teorien vil tap ved å gi avkall på et spesielt gode gi mer kostnad enn nytten ved å anskaffe dette gode og i så måte vil man vise tapsaversjon.

Resultatene av forsøkene viser at mennesker uansett foretrekker tingenes tilstand. Av dette følger at det vil være forskjell på å anskaffe en ting og å gi avkall på en ting da initial rådighetsfordeling kan påvirke verdsettelsen av rådighetene og dermed utgangspunktet for forhandlinger.

⁷⁴ Coase (1960) s. 1-44

⁷⁵ Kahneman (1979) s.263-291

Rådighetsfordelingen avgjør hvem som vinner frem ved uenighet som er kombinert med en interessekonflikt. Hvis man ønsker effektivitet, bør rettsreglene fordele patentrettigheter til den eller de aktører som verdsetter dem høyest.

Den amerikanske økonomen Richard H. Thaler er den som først kom med teoretiserte hypotesen om “The endowment effect”⁷⁶. Dette er en hypotese som sier at mennesker verdsetter et gode høyere med en gang deres eierrett til gode har blitt etablert; man vil verdsette ting man eier høyere enn om man ikke ha eid dem.

Selv om denne hypotesen skiller seg fra teorien om tapsaversjon, vil disse to forsterke hverandre i tilfeller der prisen på eiendelen har falt i forhold til eiers kjøpskurs.

4.5.2 Valg av rådighetsbeskyttelse

Rådighetsbeskyttelsen bestemmer konsekvensene et uberettiget inngrep i tillatt besittelse eller virksomhet vil ha. Christine Jolls og Cass R. Sunstein diskuterer enkelte aspekter ved rådighetsfordeling i immaterialrett i artikkelen “Debiasing through law”.⁷⁷ De stiller spørsmålet om hvilke konsekvenser valget mellom eierbeskyttelse og erstatningsansvar vil ha for “the endowment effect”.

Teoriene tyder på at private transaksjoner innenfor patentretten kan stå overfor betydelige transaksjonskostnader som følge av de overfor beskrevne kognitive skjevheter hos aktørene. Disse skjevheter vil i sin tur drive prisen som skapere og eiere av informasjon sannsynligvis vil kreve, betydelig høyere enn kjøpere vil i gjennomsnitt være villig til å betale. Denne konklusjonen betyr selvsagt ikke at transaksjoner i immaterielle rettigheter ikke vil finne sted, vi ser at slike transaksjoner skjer hver dag. Det teorien imidlertid antyder er at transaksjoner oppstår med en frekvens som er betydelig lavere enn samfunnsøkonomisk optimalt.

⁷⁶ Thaler (1980) s. 39-60

⁷⁷ Jolls (2006) s. 199-241

Dette tyder på at den opprinnelige fordeling av rettigheter spiller en viktig rolle i aktørenes verdivurderinger da primære eiere vil tendere til å overvurdere sin eiendom og transaksjonsfrekvensen vil bli ineffektivt lav. For enhver eiendomsrett er det en viktig forskjell mellom rettsvern hvor ytelsen er beskyttet av eierbeskyttelse og hvor den er beskyttet av erstatningsansvar⁷⁸.

En hovedkonklusjon hos Calabresi og Melamed var at eierbeskyttelse er best hvis transaksjonskostnadene er lave, mens erstatningsansvar er best dersom de er høye. Enten kan man gi skadevolderen, inngriperen, rett til å gjøre den skadevoldende handling mot erstatning. Det andre alternativet er at skadelidte, den som først hadde informasjonen, kan få rett til å slippe inngrep.

Rachlinski og Jourden gjorde noen eksperimenter i 1998 angående dette.⁷⁹ De mener at valget om å nekte å selge kan være en kritisk psykologisk komponent av eierskap og at manipulering av denne komponenten kan vesentlig påvirke verdsettelsen. De fant gjennom ulike undersøkelser at man bare kunne se en «endowment effect» ved eierretter.⁸⁰ Siden muligheten for å nekte å selge spiller en vesentlig rolle i menneskers verdsettelse av eiendom, vil det å eliminere denne muligheten kunne redusere en slik «endowment effect».⁸¹

Dersom en antar at “the endowment effect” leder til ineffektivitet vil dette innebære at å tillegge patenthaver et sett med sterke eierbeskyttelse kan føre til betydelige effektivitetskostnader.

I patentretten er rådigheten over den fremkomne informasjon gitt til den som først søker om patent. Etter det som har fremkommet overfor innebærer dette at en som sitter med patent mest sannsynlig vil kreve en høyere pris for å lisensleie eller for produkt, enn det mange ønsker å betale. Dette kan begrunne noe av det dødvekttapet og de mange

⁷⁸ Calabresi (1972) s. 1089-1128

⁷⁹ Rachlinski (1998) s. 1541-1582

⁸⁰ Rachlinski (1998) s. 1566

⁸¹ Rachlinski (1998) s. 1572

inngrep som gjøres i patent. Det er et større marked for informasjonen til lavere priser enn det patentinnehaveren selv setter.

Rettighetshavervirkningen er derfor noe en bør ha i baktanke når man øker det erstatningsrettslige vernet ytterligere.

4.6 Administrering

En vil her se på om en styrking av det erstatningsrettslige vernet i patentlovgivningen vil innebære kostnader i forbindelse med administreringen av patenter. En skiller i det følgende mellom innehaverens kostnader, inngriperens kostnader og det offentliges kostnader.

4.6.1 Patentstyret

Søknad om patent skal innleveres skriftlig til Patentstyret, som er Styret for det Industrielle Rettsvern her i riket, jfr. patentloven §§ 7 og 8. Et større ønske om patentering vil føre til økt arbeidsmengde for Patentstyret, som vil nødvendiggjøre flere ansettelser slik at det ikke dannes store restanser. De økte kostnadene vil omfatte innregistreringer og letekostnader for denne etaten. Da mengden av patenter øker, vil det i tillegg oppstå en høyere risiko for dobbelpatentering.

4.6.2 Patenthaveren

Bedre beskyttelse av patent vil gi større gevinst for patenthaveren og dermed en økning i insentivet til å patentere ny fremskaffet informasjon. En fordel med patentsystemet som sådant, er at det reduserer kostnader for å beskytte informasjonen for utviklere av informasjon. Den økte pågangen kan imidlertid føre til økte kostnader for den enkelte.

For det første kan bedrifter føle et press på at de må patentere alt de kommer opp med og så raskt som mulig. Et sterkt fokus på anskaffelser av kostnadskrevenne patenter kan komme på bekostning av mer hensiktsmessig fordeling av selskapets ressurser, slik at de sitter igjen med lavere gevinst.

Videre kan en økning i utgifter hos Patentstyret i neste runde veltes over på patentsøkere i form av generelt økte priser for registrering av patentet. Da pris for patent i utgangspunktet er ganske høy, trenger imidlertid ikke den prosentvise økningen være spesielt utslagsgivende. Dersom det er stor gevinst for rettighetshavere i form av erstatningsutbetalinger, har en tidligere i oppgaven sett at det kan bli mer lukrativt å fokusere til, penger og energi på å lete etter inngripere, samt på saker som verserer for rettsvesenet fremfor å fokusere på forskning og utvikling. Samtidig gir det bedre grobunn for ikke- praktiserende enheter og tilsvarende virksomhet.

4.6.3 Inngriperen

En økning i patentregistreringer og villighet til å føre saken for domstolene, kan redusere tiltak for å prøve å kopiere informasjonen.

Et større vern kan imidlertid i ytterste tilfelle gjøre at man sitter man igjen med fagområder som er et eneste stort minefelt av patenter. Dette kan resultere i at andre bedrifter avholder seg fra å bevege seg inn på det aktuelle området for informasjon, i frykt av å trå feil og være potensielle inngripere.

Dagens oppfinnelser står på skuldrene til tidligere kjent informasjon slik at ny informasjon og utviklingen av produkter er kumulative prosesser. Et større vern kan på denne måten kvele insentivet for innovasjon. Jo større beskyttelse på den første oppfinnelsen, jo større insentiv til å finne nye oppfinnelser. På den andre siden vil dette føre til gi lavere insentiv for andre til å generere andre generasjons oppfinnelser.

4.6.4 Håndhevelseskostnader

Med håndhevelseskostnader mener man i det følgende, kostnader ved å avdekke og sanksjonere inngrep.

Å oppdage inngrep kan ofte være lett når produkter blir tilbudt for offentlig salg uten rettigheter. Dersom produkter kan selges eller byttes i hemmelighet, kan oppdagelse bli

problematisk, fordi det innebærer å overvåke aktiviteter bak lukkede dører. Det er i tillegg mer problematisk når informasjon blir brukt i mer indirekte sammenhenger eller når informasjonen kan brukes i kombinasjon med annen informasjon. For eksempel er det vanskelig å oppdage og forfølge bruk av grunnforskning. En har gjennomgått dette nærmere under punkt 4.2.1. En styrking av patentvernet kan føre til at flere inngripere velger å allokere produksjonsressursene på en alternativ måte slik at oppdagelsesrisikoen minsker. Dersom man ønsker å avdekke like mange inngrep vil dette vil føre til at letkostnadene øker.

Videre kan det bli en økt belastning for domstolsapparatet dersom flere benytter seg av adgangen til å gå til sak om sine patentrettigheter. Det er sannsynlig at omfanget vil øke når erstatningen øker og man ikke trenger å dokumentere noe tap. En vil måtte ha flere sakkyndige dommere og annen administrering, samt at det kan bli lengre køer ved domstolene.

En endring i rettsregler kan videre føre til økt tidsbruk i rettssalen. Rettstilstanden er i dag slik at en kan kreve "rimelig lisensavgift". En dobling av denne vil ikke nødvendigvis by på større rettslige utfordringer enn det å finne et beløp på avgiften i seg selv.

Man skal imidlertid her være oppmerksom på at begrepene "rimelig lisensavgift", "vanlig bransjestandard" eller "vanlig lisensavgift" er ganske ubestemte idet lisensavgiften kan variere mye avhengig av teknisk område og bransje. Det foreligger foreløpig ikke tilstrekkelig domsmateriale for enkel behandling av erstatningsutmålingen. For eksempel når det gjelder medisin eller farmasøytisk område, er det ganske vanlig at lisensavgiften ligger mellom 20 og 40 %, men ikke rent sjelden kan den komme godt over 50 %, og for elektroteknisk eller mekanisk område kan avgiften gjerne ligge mellom 0,5 og 5 %. At det innenfor medisin og farmasøytisk område er vanlig med høye royalties beror på den lave suksessfaktoren hvor undersøkelser viser at bare 1 av 25 forskningsprosjekter lykkes. Lisensavgiften fastsettes som oftest på basis av mulig demonstrerbar suksess i markedet og/eller kostnader ved FoU. Dette kan skape lange utredninger i de første sakene for retten.

Over tid vil standarden “rimelig lisensavgift” standardisere seg for ulike produktområder og bransjer og på sikt kan det lette arbeidet.

4.7 Strukturelle skjevheter

Enkelte aktører i samfunnet ser på loven først og fremst som et uttrykk for de dominerende normer i samfunnet. Andre legger hovedvekten på at loven er et styringsinstrument som myndighetene benytter for å nå bestemte målsettinger. I rettsøkonomisk litteratur finnes det to hovedforklaringer på rettsutviklingen. Den ene kalles effektivitetshypotesen, den andre interessegruppeteorien. Effektivitetshypotesen går i korthet ut på at rettsutviklingen preges av et ønske om effektiv ressursbruk. Den sentrale ideen bak interessegruppeteorien er at aktørene forfølger sin egeninteresse. Antagelsen i denne teorien er at aktører benytter sine ressurser best mulig for å endre lovverket til egen fordel. De kan bedrive lobby- virksomhet for å oppnå ulike typer målsetninger for seg selv eller andre. Lover og regler blir til i samspill mellom velgere, interessegrupper, politikere og byråkrater. Interessegruppeteorien har utfordret det demokratiske idealbildet hvor politikere og byråkrater kun tilstreber fellesskapets beste. Enkelte aktører kan for eksempel forsøke å få tildelt eierretter som skaper en større kunstig begrensning av det samfunnsøkonomiske overskudd. De ulike gruppene makter i ufullkommen grad å organisere seg og å rekruttere medlemmer. Noen interesser kan av denne grunn helt mangle organiserte grupper. Ifølge interessegruppeteorien er det derfor liten grunn til å tro at lover har noen sterk tendens til å fremme borgernes felles interesser.⁸²

Lovforslaget og den etterfølgende politiske debatt vitner om at ikke alle de ulike interessene kan sies å være like sterkt representert i arbeidet.

Det er en oppsiktsvekkende skjevhet i listen over høringsinstanser for lovforslaget, i at den stort sett ser ut i bestå av instanser som enten representerer rettighetshaverne eller påtalemyndigheten. En vil i avsnitt 5 derfor se nærmere på denne strukturelle skjevheten.

⁸² Eide (2008) s. 39 og 225

5 Den rettspolitiske debatten så langt

Lovforslaget ble sendt ut på høring i april dette året, med høringsfrist 30. september samme år. Notatet ble ifølge regjeringens nettside⁸³ sendt ut til i alt 137 høringsinstanser, hvor enkelte av disse også har underkategorier av adressater. Av disse, og andre som ikke stod som adressater for høringen, er det per 23. november 2011 kommet 57 høringsuttalelser, hvorav 43 er med merknader og 14 uten.

5.1 Nærmere om høringsinstansene

Adressater for Justisdepartementets høring om styrking av lovgivningen om håndhevingen av industrielle rettigheter m.m. er departementer, offentlige instanser, organisasjoner og andre som kan ha interesse av å kommentere forslaget. Listen er relativt lang og man kunne få inntrykk av at alle som har noe å kommentere i debatten, får muligheten til det. Størstedelen av denne listen består imidlertid av representanter for rettighetshavere, som vil nyte godt av et sterkere vern som det foreslåtte. Det kan stilles spørsmål ved om dette fører til at eventuelle motargumenter blir tilstrekkelig belyst og vurdert i det videre lovarbeidet.

5.2 Nærmere om høringsuttalelsene

Det som er interessant å merke seg, er at det ved en nærmere gjennomgang av listen over høringsuttalelser viser seg at av de 42 uttalelsene med merknader, stiller kun tre seg kritiske til forslaget. To av disse er av privatpersoner som på eget tiltak har tatt til ordet i debatten. Det gjenværende er et fellesskriv av to interesseorganisasjoner.⁸⁴

5.2.1 Positive til lovforslaget

Lovavdelingen og det store flertall av høringsinstansene fremhever at man særlig med piratkopiering i stort omfang må ha reelle preventive sanksjonsbestemmelser. I tillegg

⁸³ www.regjeringen.no

⁸⁴ www.fribit.no og www.efn.no

til at høringsinstansene ønsker en generell styrking av det industrielle rettsvernet velkommen, blir det av flere fremhevet at dobbel lisensavgift kanskje ikke vil være tilstrekkelig for å nå det overordnede målet om "preventiv effekt". Flere nevner at det bør åpnes for "triple damages" også i norsk rett. Argumentet er at dette ville dempet fristelsen til å kopiere eller plagiere rettighetsbelagt materiale. Det blir vist til at immaterialrettskrenkelser normalt blir løst ved sivile søksmål, ettersom Politiet ikke har prioritert denne type kriminalitet. Det fremheves at det da er desto mer viktig at lovgiver utstyres rettighetshaver med sivile sanksjonsmuligheter som er egnet til å dempe problemet med piratkopiering i Norge.

En av de sentrale høringsinstanser på området, Norsk Forening for Industriell Rettsbeskyttelse (NIR) innkalte til møte den 13. september dette året, for å diskutere det nye lovforslaget. NIR arbeider for å spre kjennskap til de immaterielle rettighetene, særlig de industrielle rettigheter; patent, design og varemerker.

Forslaget ble positivt imøtekommet, dog ble det uttrykt skepsis til om forslaget ville være tilstrekkelig til at hensynet til prevensjon ville bli tilstrekkelig ivaretatt. Det ble uttalt at forslaget fra departementet om å innføre en regel om dobbel lisensavgift i og for seg er et positivt og overspenstig forslag. Det ble imidlertid reist spørsmål om det er spenstig nok til at intensjonen bak regelen oppfylles. Bakgrunnen for skepsisen var at flere hadde tatt til ordet for at lisensavgiften kan variere veldig mye fra produkt til produkt og fra bransje til bransje. På noen områder ligger det veldig lavt, for eksempel er 5 % vanlig lisensavgift i mange tilfeller. Spørsmålet er da om det å gi muligheten for en dobling av denne lisensavgiften virkelig vil påvirke tilfellene av kopiering. Foreningen var ikke overbevist om at det er skremmende nok at en inngriper blir nødt til å betale omlag 10 % av verdien i lisensavgift i stedet for fem. Igjen ble det foreslått at man kanskje burde gå enda et skritt videre og for eksempel la en trippel avgift være den ytre ramme. Det står i lovforslaget at det ikke er meningen at innføringen av en slik regel skal ha pønalt effekt, men kommisjonen har heller ikke hatt noen merknader til land som har innført dette. Flere av medlemmene tok således til orde for at rammen burde være enda mer utvidet, nettopp for at reglene skal kunne oppfylle den intensjonen som disse reglene er ment å ha.

5.2.2 Negative til lovforslaget

Da det er stor overvekt av høringsuttalelser som ønsker forslaget velkomment, vil de få som faktisk tar til ordet for det motsatte; at en ikke burde innføre et regelverk for å styrke rettighetene ytterligere, bli fremhevet i det følgende.

Den første høringsuttalelsen, undertegnet Lars Ivar Igesund⁸⁵, uttaler bekymring for at små aktører i markedet vil forsvinne som følge av et styrket behov for å validere ideer og design som vil øke deres innovasjonskostnader. Videre trekker han frem enkelte nye rettssaker på patentområdet, som kan vise at EU kan sies å revurdere sine egne bestemmelser om patentbeskyttelse. Det nevnes også at det har begynt å komme frem uttalelser om ønske om å svekke beskyttelsen i USA, delvis på grunn av de store patentrettssakene som har gått de siste årene, og delvis på grunn av at økonomer har tatt til orde for at kunnskapspatenter svekker innovasjon og på ingen stor måte styrker økonomien i fellesskapet. Det blir påstått at departementet ikke har kontroll på hvordan de overordnede målene som er satt innenfor økt innovasjon skal oppnås, og som etter forfatterens mening beveger seg mot en endring i lovene som mest sannsynlig vil føre til det motsatte resultat – at det alt i alt vil føre til mindre innovasjon.

En annen uttalelse av noenlunde samme oppfatning, er gitt av Roland Kaufmann.⁸⁶ For dennes del er det synspunkt på effekten for patenter på datamaskin-programmer som blir trukket frem. Etter en gjennomgang av enkelte av de konkrete endringene konkluderer han med at dagens beskyttelse av patenter og mønster for programvare fra et kombinert økonomi- og informatikk-synspunkt allerede har uheldige virkninger og at en ytterligere styrking av rettighetshavers stilling således er både unødvendig og lite ønskelig.

FriBit og Elektronisk Forpost Norge (EFN) sendte inn en felles uttalelse til Lovavdelingen.⁸⁷ FriBit er ifølge hjemmesiden deres⁸⁸ “en organisasjon som blant annet

⁸⁵ Høringsuttalelse av 15.08.11

⁸⁶ Høringsuttalelse av 29.09.11

⁸⁷ Høringsuttalelse av 07.10.11

⁸⁸ www.fribit.no

jobber for å sikre at sentrale rettigheter og verdier som har bidratt til å skape det frie, demokratiske samfunnet vi lever i dag, også skal gjelde på Internett.” Videre fremheves det at “Hvordan Internett og digitale rettigheter skal reguleres er i dag er ofte en debatt som domineres av enkelte innflytelsesrike særinteresser. FriBit vil være en motvekt til dette” Ifølge EFN`s vedtekter⁸⁹, er deres formål dette: “EFN er en tverrfaglig og tverrpolitisk organisasjon som er opptatt av medborgerskap, juridiske rettigheter, personvern, og tekniske, politiske, økonomiske og kulturelle aspekter ved IT-samfunnet. EFN arbeider for åpne og demokratiske infrastrukturer for bruk og tilgjengelighet av informasjon i datanett og IT-samfunnet, derunder rettigheter i forhold til ulike typer digitalt materiale. IT-samfunnet omfatter både teknologi, samfunn og kultur: maskinvare, programvare, datalagring, formater, protokoller og datastøttet kommunikasjon såsom Internett, nettsamfunn og digitale og sosiale medier. EFN skal fremme og støtte det fremvoksende økosystemet for fri kultur, kultur- og kunnskapsallmenninger, frie lisenser, og delingskultur.”

Innledningsvis fremkommer det at FriBit og ENF stiller seg kritisk til hele lovendringen og rasjonaliteten som ligger bak den. De mener at “styrket håndheving av patenter og design ikke bare vil ha negativ effekt på innovasjon og konkurranse generelt, men for norsk næringsliv spesielt da en overveldende andel av verdens patenter er registrert av utenlandske selskaper”. At bruk av patenter blir begrunnet med at det skal fremme innovasjon blir møtt med skepsis og det vises til at Apple har fått et konkret patent, og derfor monopol, som gjør dem i stand til å saksøke samtlige som implementerer bevegelser på en skjerm knyttet til sikkerhetsfunksjoner uten deres tillatelse. Mange, deriblant det amerikanske forretnings- og finanstidsskriftet Forbes⁹⁰ har benyttet dette som eksempel på at patentsystemet trenger en annen type reform enn fortsatt styrking av regelverket. Det blir argumentert med at det ikke er dokumentert at patentering fremmer innovasjon, men at fagfellesvurdert forskning faktisk viser det motsatte.⁹¹

⁸⁹ www.efn.no

⁹⁰ www.forbes.com

⁹¹ www.dklevine.com

Høringsuttalelsen ser deretter på programvare-patent, som de oppstiller mange argumenter mot opprettholdelsen av. Spesielt mener de at man aldri vil kunne sikre seg hundre prosent mot at man ikke bryter programvarepatenter. De mener at rettighetene som deles ut er “usynlige” i den forstand at det er uforholdsmessig vanskelig å orientere seg i dette terrenget av patenter. Grensene for rettighetene er særlig uklare med hensyn til programvare, da det er flere komponenter som kan ha blitt patentert og patentkravene kan være bortgjemt i patenter som etter sigende ikke har noen relevans, men som ved en gjennomlesning av kravene viser seg likevel å være relevante. Dette gjør det vanskeligere å finne ut om et patent er relevant innen programvare, enn for tradisjonelle patenter. I tillegg kommer en utfordring ved søking etter slike patenter da kravene kan formuleres på vidt forskjellige måter. Dette er ikke bare unødvendig fordyrende for programvare, det gjør enhver programmerer til en potensiell kriminell. Dette kan føre til svært negative konsekvenser for sivilsamfunnet.

Videre blir samfunnsnyttens trukket frem og markeder med og uten patenter blir beskrevet med økonomiske modeller. Konklusjonen deres er at spesielt området for programvare ikke vil være tjent med styrking av det patentrettslige vernet. Det blir forklart at det kreves større kapitalinvesteringer for å starte opp en økonomisk virksomhet innen andre økonomiske områder enn for programvare og at kostnadene for en juridisk undersøkelse om man vil bryte et patent er dermed forholdsmessig større for programvare. Det menes at når programvarepatenter blir håndhevet hindrer de ikke bare bruken av det patenterte, men også videreutviklingen av programvare innen hele det feltet som er rammet av patentet. Forfatterne er redde for at det på grunn av dette kan oppstå situasjoner der videreutviklingen blir begrenset til den som har patentet. Som eksempel trekkes James Watts dampmaskinpatent frem, som stoppet videreutviklingen av dampteknologien i så mange år som patentet varte.

Avslutningsvis blir det pekt på at høringsnotatet verken nevner noen negative effekter ved patenter eller henviser til fagfellesvurdert forskning som tilsier at patenter har en netto samfunnsøkonomisk gevinst. Det sies videre at “Høringen virker å anta at patenter er flott for den enkelte oppfinner, og utviser ingen forståelse for hvordan patenter brukes av multinasjonale selskaper og ikke-praktiserende enheter for å hindre konkurranse. Høringen begynner med en konklusjon om at patenter er flott og må bare

håndheves sterkere, og fremmer ingen samfunnsøkonomiske bevis slik en lovprosess bør gjøre.” Høringsforslaget blir etter dette avvist av de nevnte organisasjoner.

En siste uttalelse som bør trekkes frem, er i utgangspunktet positiv til de uttalte prinsippene i høringsnotatet og støtter dette arbeidet, men har i tillegg et avsnitt det er verdt å merke seg. Uttalelsen er fra Norges teknisk- naturvitenskaplige universitet (NTNU) og vil her refereres i sin helhet: “Vi er enige i og støtter at en må styrke rettighetshavernes vern, men dette hensynet må balanseres mot samfunnets behov for offentliggjøring og verdiskapning. Vi må være forsiktig med å innføre noe som kan medføre reduksjon i innovasjonsraten. Videre bør en heller ikke innføre regler hvor rettsregler for vern av immaterielle verdier benyttes som konkurransehindrende instrument. Videre må vi påse at vi ikke innfører et lovverk som ikke medfører at kostnadene knyttet til håndhevelse blir så store at rettighetshaverne lar være å bruke rettsapparatet av frykt for uforutsigbare og store kostnadmessige konsekvenser. Dette gjelder spesielt norske SMBer.^{92,93}

Dette er i hovedtrekk den rettspolitiske diskusjonen så langt. Høringsfristen utløp den 30. september, men flere høringsinstanser har fått utsatt denne fristen. Da saken per dags dato fortsatt er under behandling, kan det være mulighet for at det kan komme flere innspill i den nærmeste fremtid.

⁹² Små og mellomstore bedrifter

⁹³ Høringsuttalelse av 07.10.11

6 Konklusjon

En styrking av det erstatningsrettslige vernet vil nok virke preventivt på enkelte potensielle inngripere. Det synes imidlertid rimelig sikkert at erstatning tilsvarende dobbel lisensavgift ved brudd på patentlovens forbudsbestemmelser neppe i seg selv vil være tilstrekkelig belastende for å hindre ethvert inngrep. Da en for enkelte patentområder kan regne med en lav sannsynlighet for oppdagelse og sanksjonering, med risikosøkende aktører, tilsier dette at det i så fall kreves en erstatning av pønål karakter for at den uttalte ønskede preventive virkning skal kunne nås.

Om økt preventiv virkning også vil føre til utvalgets andre målsetting om økt innovasjon, er mer usikkert. En har sett at utvalget har holdt et snevert blikk ved argumenteringen for økt innovasjon. En mener det er viktig å se mer på de totale samfunnsmessige virkninger av økt patentbeskyttelse, fremfor å fokusere på den enkelte oppfinner som sådan.

Om patentrett i seg selv fører til et samfunnsøkonomisk bedre resultat enn ikke å ha slike rettigheter, beror på om fordelene er større enn ulempene. Det må vurderes om enerettens bidrag til å skape høyere produksjon av informasjon, er så stor at det oppveier det samfunnsøkonomiske dødvektstapet som oppstår i form av lavere produksjonen av produkter og lavere omsetning av informasjon.

I den enkle situasjon hvor finansielt motiverte innovatører ikke ville hatt fortjeneste, er det klart at patentrettigheter entydig er samfunnsøkonomisk ønskelig. Da vil immaterielle rettigheter være viktig for at det skulle foreligge insentiv overhodet for forskning og utvikling.

Ser man imidlertid realistisk på det, vil skapere av informasjon uansett motta positiv fortjeneste uten immaterielle rettigheter, slik at svaret er flertydig. Uansett har økonomer til nå, og kanskje også med rette, kommet frem til at det økte insentivet til å generere informasjon under immaterielle rettigheter overstiger ulempene med det. I det minste i et bredt perspektiv. Men selv om det kan sies å være enighet i å ha disse

rettighetene, trenger det ikke være like sikkert at rettighetene bør styrkes enda mer. Det er denne diskusjonen jeg savner å se mer til i lovforslaget.

6.1 Om å bruke konsekvensanalyser

Ikke rent sjelden blir rettsregler innført uten at konsekvensanalyser er gjennomført. Beslutningsgrunnlaget vil ofte være en samling av mer enkeltstående analyser og vurderinger fra utvalgte fagfolk på det aktuelle området. Konsekvensanalyser, som nytte- kostnads- analyser (NKA), kan oppfattes som et mer systematisk opplegg for analytisk arbeid bygget på velferdsteori og empiriske undersøkelser av hvordan folk verdsetter forskjellige goder og ulemper.

NKA har en rekke egenskaper som krever at metoden må brukes med forstand. Blant alle konsekvenser legges det bare vekt på dem som påvirker individenes nytte, slik dette kommer til uttrykk gjennom deres betalingsvillighet. Virkninger på ressursbruk vil sjelden være det eneste argumentet av betydning for fastsettelsen av innholdet i en rettsregel. Hensynet til effektiv ressursbruk må konfronteres med hensyn som tilsier andre tolkningsresultater.⁹⁴

6.2 Avslutning

Ulike økonomiske analyser av et rettsområde gir sjelden ensartede anbefalinger om hvilke løsninger man bør velge. Innenfor rettsøkonomien vil man kunne finne forskjellige syn på om en bestemt type atferd har negative virkninger på ressursbruken, og derved ulikt syn på hvordan en konkret adferd bør reguleres.⁹⁵ Det har ikke vært en målsetning med denne oppgaven å gi anbefalinger om hvordan rettsreglene bør utformes. Dette kan anses som et beskjedent bidrag til å belyse sider ved diskusjonen som kan være mindre dekket enn andre sider.

⁹⁴ Se punkt 2.2.1 og Lødrup (2009) s. 107-119

⁹⁵ Kolstad (2008) 435-436

7 Litteraturliste

7.1 Bøker og artikler

Bøker

Boe, Erik *Innføring i juss, Juridisk tenking og rettskildelære*. 1. utg. Oslo, 1996

Eide, Erling og Endre Stavang *Rettsøkonomi*. 1. utg. Oslo, 2008

Knoph, Ragnar *Åndsretten*. 1. utg. Oslo, 1936

Kolstad, Olav *Fra konkurransepolitikk til konkurranserett*. 1. utg. Oslo, 1998

Lødrup Peter med bistand av Morten Kjelland *Lærebok i erstatningsrett*. 6. utg. Oslo, 2009

Shavell, Steven *Foundations of economic analysis of law*. 1. utg. London, 2004

Stavang, Endre *Erstatningsrettslig analyse*. 1. utg. Oslo, 2007

Stenvik, Are *Patentrett*. 2. utg. Oslo, 2006

Artikler

Bernt, Jan Fridthjof. "Normativisme og pragmatisme i rettsvitenskapen" I: *Jussens Venner* 2/2004 s. 61-73

Calabresi, Guido og Douglas Melamed. "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral" I: *Harvard Law Review*, Vol.85 nr.6, April 1972 s. 1089-1128

Coase, Ronald H. "The Problem of Social Cost." I: *Journal of Law and Economics* 3/1960 s. 1-44.

Jolls, Christine og Cass R. Sunstein. "Debiasing through law" I: *Journal of Legal Studies* 35/2006 s. 199-241

Kahneman, Daniel og Amos Tversky. "Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk" I: *Econometrica* 47(2)/1979 s. 263-291

Kolstad, Olav. "Rettsøkonomi i juridisk argumentasjon" I: *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 04-05/2008 s. 393-440

Møgelvang-Hansen, Peter og Thomas Riis. "Fogedforbud og kompensasjon ved immaterialrettskrænkelser" I: *Festskrift til Bernhard Gomard*. København 2001 s. 177–205

Olsson Henry. "Den internationella immaterialrättsliga utvecklingen första halvåret 2011. En blandad bild men flera positiva element" I: *Nordisk Immateriellt Rättsskydd* 4/2011 s. 377-390

Rachlinski, Jeffrey J. og Forest Jourden "Remedies and the Psychology of Ownership." I: *Vanderbilt Law Review*, 51/1998 s. 1541-1582

Rognstad, Ole-Andreas og Stenvik, Are. "Hva er immaterialretten verd?- Om erstatning og annen kompensasjon ved immaterialrettskrenkelser" I: *Bonus Pater Familias*, Festskrift for Peter Lødrup, 70 år, Kirsti Strøm Bull, Viggo Hagstrøm og Steinar Tjomsland (red.) Oslo, 2002, s. 511–548.

Sejersted, Nils j. "Erstatning som sanksjon på immaterialrettens område- fyller den sin funksjon?" I: *Nordisk Immateriellt Rättsskydd* 4/2000 s. 121-131

Sejersted, Nils J. "Erstatning for immaterialrettskrenkelser. Går utviklingen i riktig retning mot mer effektive erstatningsrettslige sanksjoner?" I: *Nordisk Immateriellt Rättsskydd* 4/2000 s. 572-576

Stenvik, Are. "Patentrett og rettsøkonomi" I: *Tidsskrift for Rettsvitenskap*. 2000 s. 657 – 692

Thaler, Richard. "Toward a positive theory of consumer choice" I: *Journal of Economic Behavior and Organization*, 1/1980 s. 39-60

7.2 Lover og forarbeider mm.

Lover

1961 Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven) av 12. mai 1961 nr. 2

1967 Lov om beskyttelse av patent (patentloven) av 15. desember 1967 nr. 9

1969	Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven) av 13. juni 1969 nr. 26
1985	Lov om enerett til foretaksnavn og andre forretningskjennetegn (foretaksnavneloven) av 21. juni 1985 nr. 79
1990	Lov om vern av kretsmønstre for integrerte kretser (kretsmønsterloven) av 15. juni 1990 nr. 27
2003	Lov om beskyttelse av design (designloven) av 14. mars 2003 nr. 15
2010	Lov om beskyttelse av varemerker (varemerkeloven) av 26. mars 2010 nr. 8

Forarbeider

NOU 1977: 33	Om endringer i erstatningslovgivningen. Utredning avgitt til Justisdepartementet i juni 1977.
NU 1963: 6	Betenkning angående nordisk patentlovgivning, avgitt av samarbeidende danske, finske, norske og svenske komiteer, Nordisk utredningsserie 1963: 6, Oslo 1964
Ot. prp. nr. 36 (1965-1966)	Lov om patenter

Forskrifter

FOR 2000-02-18 nr. 108	Instruks om utredning av konsekvenser, foreleggelse og høring ved arbeidet med offentlige utredninger, forskrifter, proposisjoner og meldinger til Stortinget. (Utredningsinstruksen)
FOR 2005-06-24 nr. 692	Utredningsinstruksen revidert ved kongelig resolusjon 24. juni 2005
FOR 2007-12-14 nr. 1417	Forskrift til patentloven (patentforskriften)

FOR 2011-06-24 nr. 625 Patentforskriften sist endret 24. juni 2011

Utenlandske rettsakter

Rdir 2004/48/EC Directive 2004/48/EC of The European Parliament and of The Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (håndhevelsesdirektivet)

SEC (2010) 1589 final EU-kommisjonens arbeidsdokument av 22. Desember 2010. Analysis of the application of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights in the Member States

7.3 Høringsdokumenter

FriBit og EFN Høringsuttalelse av 21.10.11

Igesund, Lars Ivar Høringsuttalelse av 15.08.11

Kaufmann, Roland Høringsuttalelse av 29.09.11

NTNU Høringsuttalelse av 07.10.11

Høringsnotat Snr. 20110299: Justis- og politidepartementet, Lovavdelingen april 2011

7.4 Nettdokumenter

Boldrin, Michele og David K. Levine: Economic and Game Theory Against Intellectual Monopoly. 02.01.2008. <http://www.dklevine.com/general/intellectual/againstfinal.htm> [23.11.2011]

Elektronisk Forpost Norge: EFN`s vedtekter. 09.02.1995. <http://efn.no/vedtekter.html> [Sitert 23.11.2011]

FriBit: Om FriBit. <http://fribit.no/om-oss/> [Sitert 23.11.2011]

Lovavdelingen: Adressater for Justisdepartementets høring om styrking av lovgivningen om håndhevingen av industrielle rettigheter m.m. 14.04.2011 <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2011/horing---styring-av-lovgivningen-om-hand/horingsinstanser.html?id=640288> [Sisert 23.11.2011]

Norsk Telegrambyrå: Nyheter: Tollerne stanser flere piratkopier enn noen gang. 05.07.2011. <http://e24.no/lov-og-rett/tollerne-stanser-flere-piratkopier-enn-noen-gang/20076616> [Sisert 23.11.2011]

Tollvesenet: Pressemeldinger. Piratvarer skader næringslivet og truer liv og helse. 12.04.11. http://www.toll.no/templates_TAD/PressReleaseitem.aspx?id=219572&epslanguage=no&parentid=118205 [Sisert 23.11.2011]

Worstell, Tim: Apple's Slide to Unlock Patent: Yes, the Patent System Need Reform. 27.10.2011. <http://www.forbes.com/sites/timworstell/2011/10/27/apples-slide-to-unlock-patent-yes-the-patent-system-needs-reform/> [Sisert 23.11.2011]

7.5 Dommer

Rt 1940 48

Rt 1981 1215

Rt 1984 121

Rt 1996 1415

Rt 1997 199

Rt 2006 179

LB-2003-9824

RG 1998 s. 1021