

Det offentliga ansvar för immaterialrätter i innovativ verksamhet

– ansökan om medel för en forskningsförstudie

1. Inledning

Det följande beskriver en angelägen förstudie angående förhållandet mellan det offentliga¹ verksamhet och immaterialrätt i innovationsdriven verksamhet, som föranletts av ett antal praktiska fall och visat att behov av forskning inom området är stort. Praktikfallen visar på intressekonflikter mellan immaterialrätter och utövandet av offentlig verksamhet som tydligt framträder i olika typsituationer. Det fick en grupp immaterialrätts- och upphandlingsrättsintresserade forskande jurister på Stockholms universitet att enas om att området måste studeras vidare och till en början engagera sig i en ansökan om medel till en förstudie (Projektgruppen).²

Förstudien syftar till att identifiera och kartlägga ett antal problemområden och konfliktytor, som aktualiserar frågor om hur olika författningar i tillämpning förhåller sig till varandra. Därmed beskrivs också det offentliga ansvar för immaterialrätter i skilda roller och verksamheter inklusive konkurrensrättsliga implikationer. Studien sätter fokus på behovet av kunskap och insikt om samspelet mellan olika rättsområden, och inte enbart inom ett visst rättsområde. Den inbegriper en spännvidd avseende rättsområden, och föranleds av behovet av en nyanserad helhetssyn.

Resultatet av förstudien kommer bestå i en rapport som identifierar prioriterade problemområden. Den utgör utgångspunkt för möjliga åtgärder av olika slag, exempelvis vidare forskning. Till förstudien kommer också knytas en referensgrupp med intressenter såsom representanter från det offentliga med intresse för förstudiens innehåll och resultat.

2. Behovet av forskning

Den offentliga sektorn svarar för cirka en tredjedel av alla svenska arbetsplatser och utgör således en betydelsefull del av svensk ekonomi. Offentlig verksamhet upphandlar varor och tjänster m.m. till ett värde över 600 miljarder SEK årligen, som således utgör en sjättedel av Sveriges BNP.³ Ett stort antal olika författningar av generellt och speciellt slag reglerar myndigheternas verksamheter, internt och externt. Till de interna hör samverkan, samarbete och informationsutbyte mellan myndighetens olika avdelningar som är mer eller mindre väldefinierade och specialiserade för sina uppgifter. Till de externa relationerna hör myndigheters förhållande till och samspel med andra myndigheter men också myndigheters samspel och transparens i förhållande till privata tredje män.

¹ Begreppet ”det offentliga” används i bred bemärkelse i denna ansökan för att omfatta utövande av offentlig verksamhet i många olika situationer.

² Docent, jur. dr Åsa Hellstadius, doktorand, jur. kand. Anna Horn, professor, jur. dr, dr h.c. Marianne Levin, doktorand och advokat Pernilla Norman, docent, jur. dr Björn Lundqvist och docent, jur. dr Frantzeska Papadopoulou.

³ Statistik om offentlig upphandling 2017, Konkurrensverkets rapport 2017:11 tillika Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:5.

Bland problemen märks den tröghet som alltid finns i organisationsstrukturer som ”det offentliga” och sådana problem blir än mer kännbara med dagens snabba teknikskiften. Ett sådant exempel är den särskilda lagen (2010:566) om vidareutnyttjande av handlingar från den offentliga förvaltningen (PSI-lagen) som men ännu inte har skapat det förväntade informationsutbytet och där myndigheternas kunskaper alltså förefaller att vara låg.⁴ Oavsett myndigheters huvuduppgifter hör det till undantagen att det i personalen, inklusive juristerna, finns särskild immaterialrättskunskap. Här bortses från specialdomstolar och Patent- och registreringsverket.

Olika regelverk är ofta tillämpliga samtidigt, också i det offentliga verksamheten. Ett exempel på detta är offentlig upphandling där upphandlingslagen (LOU) kan vara tillämplig tillsammans med konkurrenslagen, avtalslagen, dataskyddsförordningen, immaterialrättsliga lagar etc. Detta innebär i sig en stor komplexitet, inte minst på grund av att myndigheternas kunskaper och erfarenhet ofta är begränsade inom ett antal av de rättsområden som aktualiseras i det enskilda fallet. Till detta kommer ytterligare komplexitet i form av teknik och den snabba tekniska utvecklingen. Teknikens betydelse kan ofta helt eller delvis vara upphandlingsföremålet (dvs det som upphandlas i den aktuella upphandlingen), men också myndighetens egen teknik och upphandlingsföremålets samspel med denna.

Systemet är omvittnad komplext och utan särskild kunskap och uppmärksamhet finns det en uppenbar risk för att värden inte tas till vara, körs över och förstörs. Med immaterialrätters konstaterat allt större betydelse i samhället, ökar dessa risker.⁵ Exempelvis finns i avtal mellan privata företag och det offentliga risk för att respekten för immaterialrätter inte bevakas lika noggrant som i avtal inom den privata sektorn. Andra problemområden där behov av forskning föreligger avser systemets funktion i dagsläget, inklusive möjligheterna för rättshavare att beivra intrång samt effekten av olika försäkringslösningar.

3. Utgångspunkter

Utgångspunkten för förstudien är hypotesen att när det offentliga agerar i olika roller och verksamheter riskerar immaterialrättsliga intressekonflikter att uppstå och även de konkurrerensrättsliga effekterna kan ibland diskuteras. Exempelvis kan det offentliga komma att uppmana till och/eller begå intrång i immaterialrätter eller konkurrerensrätt. Intressekonflikterna uppkommer i skärningspunkten mellan olika lagstiftnings- och rättsområden och gäller särskilt frågor om intrång i immaterialrätt och åsidosättande av konkurrerensrätt samt det offentliga eventuella ansvar. Det finns ett behov av att identifiera sådana konflikter som är av flera slag för att även identifiera sätt på vilka sådana kan åtgärdas och motverkas i en framtid. De Dessa konfliktsituationer är inte tidigare analyserade eller vetenskapligt belysta. De tycks inte heller utredas internt av myndigheter, trots att de ingår i daglig hantering hos många myndigheter och immaterialrätter står för mycket stora värden i det moderna samhället.⁶

⁴ Enligt den s.k. PSI-lagen, som bygger på ett EU-initiativ, ska handlingar kunna vidareutnyttjas av offentlighet och allmänhet och främja utvecklingen av en informationsmarknad genom att underlätta enskildas användning av handlingar som tillhandahålls av myndigheter. Men Statskontorets undersökning bland 310 statliga och kommunala myndigheter visar att myndigheterna inte kommit särskilt långt i att tillgängliggöra denna information. Var femte myndighet känner inte till lagens betydelse enligt Statskontorets aktuella rapport.

⁵ Exempelvis slutade antalet patentansökningar globalt år 2016 på över 3 miljoner. Tio år tidigare var de 1,7 miljoner (statistik från WIPO).

⁶ I EU anses immaterialrättsintensiva industrier stå för 42 procent av BNP och för 38 procent av alla arbetstillfällena, se EUIPO/EPO 2016.

Till bakgrunden hör att Conny Gustafsson/Dellcron vände sig till professor Marianne Levin för att diskutera upplevda kränkningar av patent i samband med stadsnätsupphandlingar av fiber-nedläggning. Hans inventering av problem och situationer gjorde att Projektgruppen fortsatte diskussionen kring problemställningar i skärningspunkter mellan olika rättsområden vid offentlig verksamhet. Den identifierade ett antal situationer som faller sig särskilt naturliga att lyfta fram i ett vetenskapligt sammanhang och som oss veterligen inte tidigare varit föremål för vetenskaplig utredning: upphandling, utvecklingsbidrag/-stöd, informationsgivande och rådgivning, samt hantering av immaterialrätter i konkurrenssituationer.

För att peka på några sådana situationer där det offentliga agerande riskerar att kränka immaterialrätter kan nämnas att i offentliga upphandlingar ställa krav och villkor på "likvärdighet" utan att beakta och respektera immaterialrätter som aktualiseras i sammanhanget. Agerandet ger också upphov till konkurrensrättsliga frågeställningar. Ett exempel med risk för både upphovsrätts-, mönster- och varumärkesintrång är att beskriva upphandlingsföremålet i en offentlig myndighet i ett upphandlingsunderlag som krav anger upphandling av kontorsmöbler, genom att möblera upp en viss immaterialrättsligt skyddad standardarbetsplats från en viss leverantör (vissa varumärken) och ange att offererade kontorsmöbler ska vara de därvid uppställda. Ett annat exempel är att en offentlig myndighet i ett upphandlingsunderlag som krav anger en viss immaterialrättsligt skyddad teknik eller teknisk standard. Ett tredje exempel är när offentligt stöd delas ut (exempelvis genom Almi eller andra organ) till kopierade innovationer som riskerar göra intrång i någon annans rätt. Ett fjärde exempel är de svårigheter som uppkommer när ett offentligt organs verksamhet omfattar såväl myndighetsutövning som informationsgivande och till och med rådgivning. Hur sker gränsdragningen mellan olika verksamheter?

I de angivna situationerna agerar det offentliga i olika roller: som beställare i offentliga upphandlingar och efterföljande avtal, som finansiär av innovation och som informationsförmedlare. Att se det offentliga verksamhet utifrån ett rollperspektiv är en utgångspunkt för att identifiera olika rättsområden som aktualiseras i verksamheten och där skärningspunkter ger upphov till konfliktsituationer.

4. Ansats

Som exemplifieras ovan har vi identifierat tre huvudsakliga roller som det offentliga verkar i och som tydligt aktualiserar de påpekade konflikterna, främst i form av att immateriella rätter kränks eller att konkurrensrätten åsidosätts. Dessa roller är det offentliga som *beställare*, *finansiär* och *informationsförmedlare*. Förstudien kommer utgå från de preliminära konfliktsituationer som beskrivs i följande avsnitt (4.1-4.3).

4.1 Det offentliga som beställare

Det offentliga som beställare inriktas på frågor om hantering av immaterialrätter, företags-hemligheter, och konkurrensrätt i offentliga upphandlingar och efterföljande avtal. Det kan exempelvis vara fråga om att något som är immaterialrättsligt skyddat förekommer i upphandlingsdokumenten i kravställning, vid definition av upphandlingsföremålet eller att det aktualiseras i genomförande av avtalsföremålet. Det kan även vara fråga om att de krav som uppställs i upphandlingen kränker en immateriell rätt; krav uppställs på att viss teknik ska användas vid genomförandet av ett uppdrag och den tekniken är patenterad. Ett annat exempel har beskrivits ovan (se avsnitt 3) där upphandlingsföremålet beskrivs genom att utrustning från viss leverantör ställs ut, med tillägget att det som efterfrågas är det som visas "eller liknande". Det kan också vara fråga om att i text i upphandlingsdokumenten ange att kraven avser visst varumärke "eller liknande". LOU ger utrymme för detta sätt att utforma krav. Förhållandet

mellan LOU och immaterialrätt är således just en sådan skärningspunkt där konflikter mellan rättsregler kan aktualiseras. Det kan även skapa problem från konkurrensrättslig synpunkt, eftersom endast immaterialrättshavaren har möjlighet att lägga ett anbud.

En annan fråga av intresse i sammanhanget är hur sekretess behandlas. Under upphandlingsförfarandet råder absolut sekretess. Efter att tilldelningsbeslutet i en upphandling (dvs ”resultatet”) har tillkännagivits, råder inte längre absolut sekretess utan sekretessprövning sker i det enskilda fallet. Detta kan föranleda att information som är sekretesskyddad i andra sammanhang, företagshemligheter etc. inte bedöms som skyddsvärd av en enskild upphandlande myndighet utan offentliggörs. Därigenom kan exempelvis företagshemligheter spridas på ett sätt som uppfattas som lagligt genom att det sker av ett offentligt organ. Det är av klart intresse att identifiera problem där sådana och liknande situationer och frågor aktualiseras. Offentliga myndigheters ansvar i sådana situationer är också värd uppmärksamhet.

4.2 Det offentliga som finansiär

Det offentliga stöder innovativ verksamhet genom finansiering i olika former (stöd, bidrag, lån etc.) och skilda syften (utveckling, innovation, studier etc.), genom ett antal olika aktörer. Ett exempel på fråga som uppkommer vid offentlig finansiering är huruvida det projekt som avses finansieras kränker någon immateriell rätt. Därvid uppkommer frågan om finansiären eller den sökande bär eller borde ha ansvar för att genomföra en due diligence i samband med ansökan, och om så är fallet, hur sådan undersökning lämpligen finansieras. Även frågor om det offentliga ansvar för finansierade innovationer är högaktuella och av stort intresse. Möjligheter att utge stöd att upprätthålla och försvara innovationer som kommit fram genom statligt stöd, är i sammanhanget av intresse att identifiera och undersöka.

4.3 Det offentliga som informationsbärare/förvaltare/förmedlare

I det rådande samhällsklimatet med stark inriktning på innovationsfrågor har vi identifierat potentiella svårigheter med gränsdragningen mellan offentliga organs (myndigheter) myndighetsutövning, informationsgivning och rådgivning. Offentlighetsprincipen ger allmänheten rätt att få del av information från myndigheterna. PSI-lagstiftningen har dessutom infört krav på myndigheterna att dela med sig av information till utomstående för kommersiella ändamål. Samtidigt kan information som finns hos myndigheten, och som i princip kan omfattas av offentlighetsprincipen och/eller PSI-lagen, ha att göra med immateriella tillgångar vars rättskydd kan påverkas negativt av att delges tredje man. Det finns alltså stor risk för konflikter, med ekonomiska skador för enskilda aktörer och i förlängningen samhället som följd, som har sin grund i regelverkets olika delar.

Andra och påtagliga konfliktrisker rör det offentliga ”identitetsproblem” som behöver närmare studeras och utredas. Det gäller särskilt för agerande i gränssnitt som: information och rådgivning; granskning, beviljning, tillsyn och rådgivning; samt ansvaret för rådgivning (speciellt felaktig sådan).

5. Resultat

Som redan framgått av denna beskrivning är det offentligas ansvar för immaterialrätter i innovativ verksamhet såsom beställare, finansiär, informationsförmedlare etc. komplext, mångfacetterat och ganska gränslöst. I förstudien sker därför en identifiering av ett antal problemområden som särskilt lämpar sig för vidare utredning.

En rapport med en sådan probleminentifiering har ett flertal möjliga användningsområden. Rapporten i sig riktar strålkastarna på sådana risker eller brister i offentlig verksamhet som kräver åtgärder. Åtgärderna kan vara av olika slag, exempelvis vidare forskning och därmed en prioritering av projektidéer.

För att uppnå nödvändig spridning och anknytning till offentlig verksamhet samt möjligheter till diskussion, samt att rikta och initiera åtgärder kommer en referensgrupp att knytas till förstudien. I referensgruppen ingår intressenter såsom representanter för det offentliga med intresse av förstudiens innehåll och resultat. Projektgruppen har exempelvis redan knutit kontakter med Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten, som visat ett intresse för studien.

6. Budget och tidplan

I projektgruppen ingår sex forskare (en återanställd professor, tre docenter och två doktorander) som beräknas arbeta med förstudien på 16,6 % av heltid (en månad) under en period om sex månader (direkta lönekostnader inkl. LKP). Den totala kostnadsberäkningen inkluderar även institutionens påslag för indirekta kostnader (56%) samt lokalpåslag (8 %). Doktorand Pernilla Norman kommer att arbeta i projektet på 33,4 % av heltid (två månader under sex månader). Vi önskar finansiera hennes deltagande i form av stipendium (Alt. 1). Om det inte är möjligt bilägger vi även ett alternativ 2 med kostnaderna som lön.

Alt. 1	Kostnadsuträkning
Professor Marianne Levin (60 000)	70 440
Docent Åsa Hellstadius (48 000)	72 169
Docent Frantzeska Papadopoulou (48 000)	72 169
Docent Björn Lundquist (48 000)	72 169
Doktorand Anna Horn (26 000)	36 748
Summa totala direkta lönekostnader inkl. LKP	323 695
Lokalpåslag (8 %)	25 895
Summa totala direkta kostnader	349 590
Institutionens påslag för indirekta kostnader (56 %)	181 269
Summa totala kostnader	530 859
Doktorand Pernilla Norman (stipendium)	52 000
Totalt sökt belopp i denna ansökan	582 859

Alt. 2	Kostnadsuträkning
Professor Marianne Levin (60 000)	70 440
Docent Åsa Hellstadius (48 000)	72 169
Docent Frantzeska Papadopoulou (48 000)	72 169
Docent Björn Lundquist (48 000)	72 169

Doktorand Anna Horn (26 000)	36 748
Doktorand Pernilla Norman (26 000)	78 183
Summa totala direkta lönekostnader inkl. LKP	401 878
Lokalpåslag (8 %)	32 150
Summa totala direkta kostnader	434 028
Institutionens påslag för indirekta kostnader (56 %)	225 052
Summa totala kostnader	659 080
Totalt sökt belopp i denna ansökan	659 080