



SVENSKT NÄRINGSLIV

Upphandling och immaterialrätt

NOVEMBER 2021

Innehåll

1. Inledning	3
2. Immaterialrätt och offentlig upphandling	5
2.1 Inköpsprocessen och immaterialrätten	5
2.2 Några exempel från verkligheten	8
2.3 Några tips på vägen	11
3. Introduktion till immaterialrätten	13
3.1 En hel palett av rättigheter	13
3.2 Upphovsrätten	14
3.3 Patenträtt	16
3.4 Mönsterrätt	19
3.5 Varumärkesrätt	21
3.6 Företagshemligheter	23
4. Immaterialrättsliga avtal	26
4.1 Som vanliga avtal – men ändå inte	26
4.2 Upphovsrättsliga avtal	27
4.3 Avtal om patent	28
4.4 Avtal om mönsterrätt	29
4.5 Avtal om varumärken	30
4.6 Avtal om företagshemligheter	30
5. Några saker att tänka på från upphandlarens perspektiv	31
5.1 De immaterialrättsliga avtalen styr vad som får göras	31
5.2 När i processen aktualiseras immaterialrättsfrågorna?	32
5.3 Tänk på hela kedjan!	33
5.4 Rättigheter = tillgångar = värde = prislapp	34
6. Några saker att tänka på från företagets perspektiv	35
6.1 Immaterialrätten ger möjlighet till kontroll	35
6.2 Avtalen kan styra möjligheter till fortsatta affärer	36
6.3 Tänk på hela kedjan!	37
6.4 Rättigheter = tillgångar = värde = prislapp	37
7. Olika skrivningar får väldigt olika effekter	39
7.1 Välj rätt formulering för rätt situation	39
7.2 Exempel på skrivningar där full nyttjanderätt förvärfas	39
7.3 Exempel på skrivningar där alla rättigheter överläts	41
8. Vilka faktorer ska balanseras?	44
9. Rätten till det som skapas hos det offentliga	46

10. Slutsatser	47
10.1 Upphandling i kunskapsekonomin – en fråga om immaterialrätt	47
10.2 Några saker att göra	48
10.3 Några saker att absolut inte göra	49
11. För dig som vill veta mer!	51
11.1 Om immaterialrätt	51
11.2 Om immaterialrättsliga avtal	51
11.3 Om offentlig upphandling	51

1. Inledning

Offentlig upphandling är en central del i ekonomin. Offentliga aktörer, som myndigheter och kommuner, utannonserar varje år 18 500 upphandlingar till ett värde av knappt 800 miljarder kronor. I dessa siffror ingår inte det som kallas för direktupphandling. En kommun upphandlar varor och tjänster för 25 % av sin budget, i genomsnitt.

Det är väldigt många olika saker som kan vara föremål för offentlig upphandling. Det kan handla om allt från vardagliga varor som pennor till avancerade IT-tjänster. Immaterialrättigheter aktualiseras i många typer av upphandlingar. Det handlar om allt från vem som äger rätten till ett datorprogram till vem som kan söka patent för det som är resultatet av en innovationsupphandling. Syftet med denna skrift är att öka kunskapen kring immaterialrättsfrågorna för alla olika typer av professioner i upphandlingsförfarandena.

För de som är involverade i upphandling är det dock inte de immaterialrättsliga reglerna i sig som behöver stå i centrum. Allra viktigast är hur det i avtalen styrs vem som får göra vad. Syftet med denna skrift är att visa vilka konsekvenser olika vanliga skrivningar om immaterialrätt får för konsekvenser vid offentlig upphandling.

Det kan också i det här sammanhanget vara värt att påminna om att det för olika centralt framförhandlade avtal som omfattar immaterialrättigheter. Hit hör till exempel avtalen med Bonus Copyright Access som innebär en avtalslicens för kopiering av upphovsrättsligt skyddade verk på skolor och lärosäten.¹ Hit hör också avtalslicenser med STIM och SAMI som handlar om ersättning för musik som spelas.² Strukturen för avtalslicenser finns i upphovsrättslagen och själva villkoren för de offentliga aktörerna i de här fallen förhandlas fram centralt. Till villkoren hör till exempel ersättningsnivåer och omfattning.

Tanken är att denna skrift ska kunna tjäna som stöd för båda sidor av upphandlingsprocessen: Upphandlande myndigheter och leverantörer. Det är lika viktigt för båda sidor att de fullt ut förstår vad olika skrivningar om immaterialrättigheter får för inverkan på hela avtalsrelationen.

Det är lika illa att göra för omfattande rättighetsförvärv i onödan som att göra för små rättighetsförvärv. Allra bäst är om det finns en tydlig plan för vilka typer av avtalsvillkor som lämpar sig för vilken situation och också en plan för om, och i så fall hur, stora rättighetsförvärv ska påverka prislappen.

¹ <https://www.bonuscopyright.se/>

² <https://www.stim.se/sv> och <https://www.sami.se/>

En del av syftet är också att sätta in immaterialrätten i just det här sammanhanget, så att de som arbetar med immaterialrättsfrågor förstår de särskilda förutsättningarna i just upphandlingssituationen. Det är därför själva upphandlingsprocessen beskrivs så att det blir tydligt hur offentlig upphandling skiljer sig från andra typer av sätt att sluta avtal.

Svenskt Näringsliv har tagit fram skriften eftersom det enligt vår uppfattning finns brister i kunskapen om immaterialrätt hos både leverantörer och myndigheter. För att kunna göra medvetna val behöver båda parter lära sig mer om de särskilda förutsättningar som gäller kring immaterialrättsliga avtalsvillkor.

Vårt mål är att den offentliga upphandlingen ska tillgodose myndigheternas behov på ett så effektivt och rättssäkert sätt som möjligt. En del av detta är att de immateriella rättigheterna behandlas både effektivt och rättssäkert. Ett annat viktigt mål från vår sida är att näringslivet hela tiden ges möjlighet att utvecklas och att innovationskraften som finns får förutsättningar att blomma. Leverantörer som inte fullt ut förstår konsekvensen av olika skrivningar i samband med offentlig upphandling kan riskera att inte längre kunna använda sådant som de själva tagit fram.

Eftersom Svenskt Näringsliv vill bidra till dessa mål har vi tagit fram denna skrift.

Christina Wainikka och Ellen Hausel Heldahl

2. Immaterialrätt och offentlig upphandling

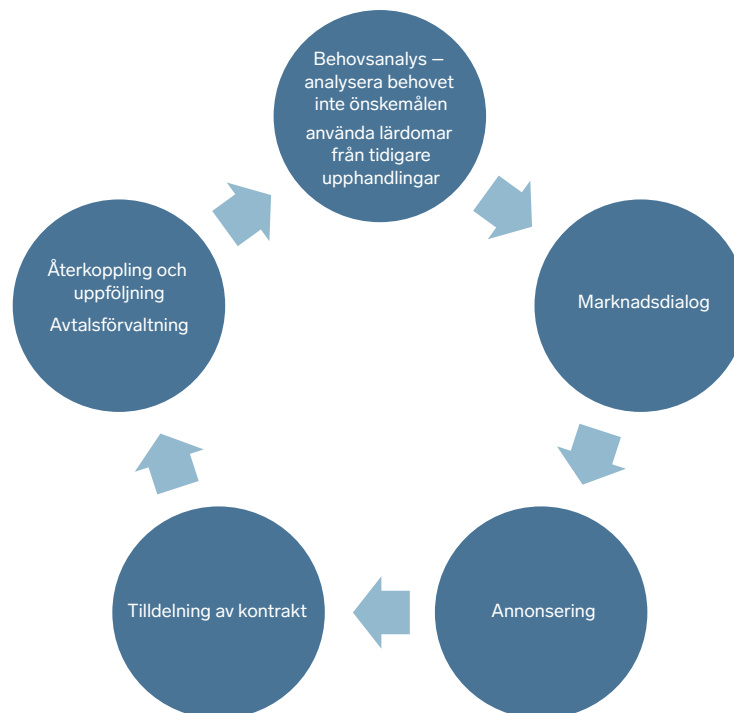
2.1 Inköpsprocessen och immaterialrätten

Det kan tyckas att det inte finns så många situationer där immaterialrättsfrågor aktualiseras i samband med upphandling. Som en introduktion till frågeställningarna kommer senare i detta avsnitt ett par exempel där frågorna kan komma upp och då kanske inte heller alltid hanteras på bästa sätt.

För att kunna sätta in immaterialrättsfrågorna i relation till offentlig upphandling behöver först hela inköpsprocessen beskrivas. Skälet till att tala om inköpsprocessen är att begreppet inte bara omfattar själva upphandlingen utan även det nödvändiga för- och efterarbetet.

Inköpsprocessen är just en process och denna process är inte linjär utan snarare cirkulär.

I processen ingår följande moment:



Vissa delar av processen är i huvudsak interna. Hit hör att göra en behovsanalys och utforma upphandlingsdokumenten. I och med att upphandlingsdokumenten till stora delar sen blir styrande för hela avtalet är det viktigt att detta görs med analyser av viktiga frågor.

Den interna processen att göra behovsanalysen och utforma upphandlingsdokumenten kan se lite olika ut, men är vanligtvis ett samarbete mellan beställarna (förvaltningarna) och inköps/upphandlingsenheten. Viktiga frågor att analysera är:

- Vilka resurser och kompetens har vi för att arbeta fram upphandlingsdokumenten?
Till detta hör frågor om vilka immateriella rättigheterna som behöver regleras i avtalet och hur sådana skrivningar bör se ut för att motsvara de behov som finns för att nå upphandlingens syften och mål. Här behöver immaterialrättsligt kompetens ofta kopplas in.
- Hur man på marknaden tillgodose behovet?
Beroende på vad upphandlingen gäller kan det finnas etablerad kutym om hur rättighetsförvärven ser ut. Detta kan till exempel vara kopplat till skrivningar i olika standardavtal, avtalslicenser eller liknande. För den överblicken behöver ofta immaterialrättskompetens kopplas in.
- Hur ska upphandlingen genomföras?
Här behöver till exempel frågor kring om det finns utrymme för att förhandla om de immateriella rättigheterna, såsom omfattningen av en licens.

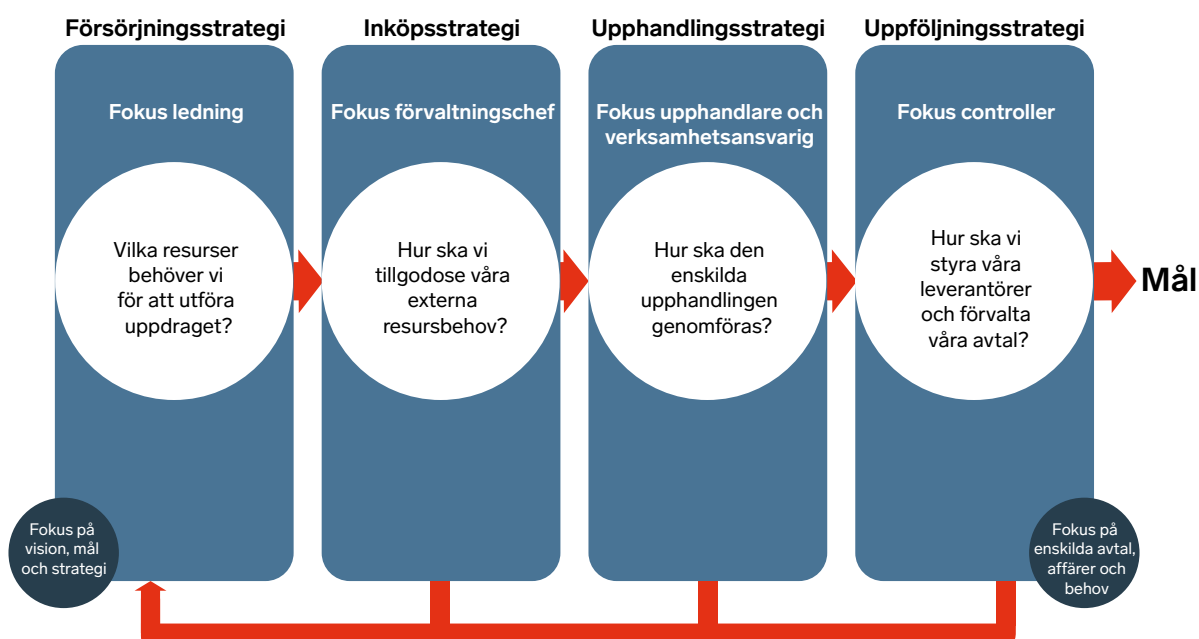
Alla krav som ställs vid en upphandling ska vara möjliga att följa upp och det ska vara möjligt att förstå innebörden av de avtal som ingås. De medarbetare som ska använda avtalen måste exempelvis känna till och fullt ut förstå omfattningen av rättighetsförvärven.

I de olika delarna av processen kan olika personer behöva vara involverade. Det handlar om allt från politiker till beställarna, ekonomienheten, upphandlarna, kommunjuristen (intern juristen), avtalsförvaltare/controller men även i vissa fall externa konsulter med expertkompetens. För att få fram relevanta upphandlingsdokument krävs helt enkelt ett teamarbete. Alla dessa behöver ha någon insikt i de immaterialrättsliga frågeställningarna eftersom de behöver känna igen de immaterialrättsliga aspekter som kan finnas i den aktuella situationen. Det räcker dock inte att alla har viss kompetens. Det behöver också finnas någon inblandad som har högre kompetens på området.

En väg som kan användas är att skicka en remiss till leverantörer (RFI). Det kan vara rätt väg i vissa situationer, men inte alltid. Stora företag som får en sådan remiss kan förväntas ha viss kunskap i immaterialrätt, men tyvärr saknar många mindre kunskap tillräcklig kunskap på området.

Försörjningsprocessen ser inte alltid likadan ut, vilket gör att de immaterialrättsliga frågorna aktualiseras i olika delar av processen.

Försörjningsprocessen – strategierna skiljer sig åt:



Några exempel på när i processen frågorna om immaterialrättigheter bör aktualiseras och av vilka.

- Den politiska ledningen
Olika immaterialrättsliga frågor kan behöva uppmärksammas av den politiska ledningen redan i samband med försörjningsstrategin, vid fastställandet av mål och budget med mera. Vissa skrivningar om immaterialrätt kan få stor betydelse för exempelvis kostnader över tid, såsom om stora system anpassas med licensen för nödvändig programvara bara skrivs för kort tid.
- Förvaltningscheferna
Då övergripande frågor som kan behöva uppmärksammas av den politiska ledningen behöver självklart också hanteras av förvaltningscheferna. Här kan frågor behöva hanteras som om saker ska utvecklas internt eller om upphandling ska ske.
- Upphandlare och verksamhetsansvariga (beställaren)
Den praktiska hanteringen av upphandlingsdokumenten ställer höga krav på att se över de konkreta formuleringarna. Detta ligger till stora delar hos upphandlare och verksamhetsansvariga (beställare).
- Avtalsförvaltningen
Under själva avtalsförvaltningen är det viktigt att uppmärksamma att det som görs ligger i linje med skrivningarna i upphandlingen. Står det till exempel att en viss text ska användas i ett visst sammanhang får inte texten sen börja användas på andra sätt, om det inte täcks av avtalet.

En sak som är viktig att ta i beaktning är att offentlig upphandling består av regelstyrda processer som ofta innebär långa ställtider. Det här är viktigt att ha i åtanke för alla parter i systemet. Den som gör upphandling behöver tänka på att ta in de immaterialrättsliga aspekterna tidigt, så att de blir korrekt hanterade direkt. För den som är leverantör är det viktigt att eventuella påpekanden kring immaterialrättsfrågor behöver göras tidigt i processen. Det går inte att komma med ändringar sent i upphandlingsprocessen eftersom sådana ändringar kan ställa hela upphandlingen på ända. Om leverantörer ser skrivningar om immaterialrätt som ter sig konstiga är det bra att påpeka detta så tidigt som möjligt.

2.2 Några exempel från verkligheten

2.2.1 Såväl avskräckande som förebilder

Det finns många exempel på hur immaterialrättigheter har hanterats i olika upphandlingssituationer. När man talar om ett så pass komplext område kan det vara bra att ta avstamp i några fall från verkligheten. De här fallen är bland annat sådana som landat i domstol, men också sådana där parterna inte tagit frågan till domstol.

Vid urvalet av de här exemplen har det valts sådana där det finns någon form av problem med det/de val som gjorts kring immaterialrättigheterna i samband med upphandling. Det finns självklart också många positiva exempel och sådana är ofta de som ligger bakom de exempel på skrivningar som finns längre fram i den här skriften.

Urvalet av exemplen är alltså gjort för att visa på konkreta problem som kan uppkomma om de immaterialrättsliga aspekterna inte hanteras korrekt i samband med upphandling. En del är sådant som borde hanterats tidigt i upphandlingsprocessen, medan en del är sådant som borde hanterats i avtalsförvaltningen. Detta i sig visar hur viktigt det är att tänka in de immaterialrättsliga frågorna i alla delar av upphandlingsprocessen.

2.2.2 Exempel 1: För stort rättighetsförvärv

En konsultfirma genomförde ett LOU-upphandlat fastprisuppdrag gällande framtagande av en beskrivning åt en kommun. Efter det att konsultfirman levererat materialet publicerade kommunen denna på sin officiella hemsida.

Någon månad senare initierade en annan kommun en upphandling där konsultfirmans material användes, rakt av. Underlaget var nedladdat från den första kommunens hemsida och ingenting hade ändrats, till och med konsultfirmans namn var fortfarande med.

I ett första skede valde konsultfirman att lämna ett anbud i den nya upphandlingen, men talade också om att det var firman som tagit fram materialet. De påpekade också att de inte godkände det sättet att använda materialet. Kommunen som gjorde denna andra upphandling tog inte hänsyn till konsultfirmans invändning eftersom de inte tyckte att firman kunde visa att de ägde upphovsrätten.

Vid en närmare granskning av villkoren för den första upphandlingen visade det sig att det i villkoren innehöll en skrivning om att kommunen förvärvade "samtliga rättigheter" till materialet. Om någon skulle driva frågan om upphovsrättsintrång var det alltså den första kommunen. Vad värre var för konsultfirman var att de inte längre kunde använda något av materialet. De hade räknat med att kunna bygga vidare på materialet i andra uppdrag. De hade inte heller tagit in priset för upphovsrättigheterna när de satte sitt pris.

Från kommunens sida kan också sägas att de förmodligen inte hade ett behov av att äga upphovsrätten till materialet. Det hade förmodligen räckt för dem att ha en omfattande nyttjanderätt.

Konsekvenserna här är många. När den andra kommunen använder materialet i strid mot upphovsrätten, utan att den första kommunen agerar, kan passiviteten från den kommunens sida skapa misstroende mellan parterna. Även om kommunen inte är skyldiga att agera mot den andra kommunen så är det viktigt att skapa affärsmässig relationerna med sina leverantörer. Det är därför viktigt att fundera på varför man vill ha fulla rättigheter och vad man avser att göra om någon (till exempel kommun) gör ett upphovsrättsintrång. Målet måste vara att framstå som en prioriterad och trovärdig köpare.

2.2.3 Exempel 2: För litet rättighetsförvärv

En organisation behövde en ny hemsida och upphandlar framtagandet av den, även i det här fallet var det ett fastprisuppdrag. Hemsidan blir klar och lanseras. I avtalet står en del om upphovsrätt. Avtalsparterna är överens om vem som äger upphovsrätten och vem som är ansvarig för att klarera alla rättigheter bakåt.

En hemsida kan dock behöva uppdateras. När det gäller upphovsrättsliga avtal finns särskilda krav i upphovsrättslagen. Ett sådant krav är att om man vill bearbeta något, till exempel förkorta en text eller beskära en bild, måste detta avtalas uttryckligen. Detta gäller även om hela rättigheten har överlåtits.

Organisationen kontaktar då företaget som gjort hemsidan och säger att de vill avtala om rätten att göra bearbetningar. Skälet är enkelt, en hemsida ska ju inte vara statisk. Företaget ser dock sitt förhandlingsläge och begär rejält betalt för att ta in en sådan skrivning i avtalet.

Det hela resulterar i en förhandling som inte når fram. Företaget kräver en i organisationens tycke alldeles för hög ersättning för den nya avtalsklausulen. Slutet blev att organisationen beslutar sig för att upphandla en ny hemsida, den här gången med en klausul om att bearbetning är tillåten.

I samband med framtagande av upphandlingsdokumenten bör man försöka blicka framåt och se hur användningen av avtalsföremålet kan se ut över tid. Finns behov av till exempel bearbetning måste den frågan tas in i avtalet.

2.2.4 Exempel 3: Innovationsupphandling – innovationsvänlig upphandling

En region ser ett problem i vården som behöver lösas. De är lite osäkra på vilka lösningar som redan finns och funderar också på om det skulle kunna finnas nya lösningar. De bestämmer sig för att undersöka frågan närmare och anlitar ett företag för att hjälpa till.

Företaget kommer med flera bra och konstruktiva förslag. Förslagen ligger sen tydligt till grund för den upphandling som initieras.

När upphandlingen initierats blir dock flera andra aktörer irriterade. De menar att upphandlingen är utformad på ett sådant sätt att företaget som var med i det tidiga skedet får en otillbörlig konkurrensfördel. En del av det som upphandlingen pekar på är också sådant där företaget har olika immaterialrättigheter. Visserligen kan andra företag kanske föreslå andra lösningar, men detta är endast tillåtet om det framgår av upphandlingsdokumentet.

Om upphandlingen är en innovationsupphandling, som innebär att myndigheten i samverkan med leverantören utvecklar en helt ny produkt (vara eller tjänst), är det särskilt viktigt att det immateriella rättigheterna regleras i ett tidigt stadium. Generellt kan sägas att rättigheterna bör ligga hos leverantören medan myndigheten får en nyttjanderätt/licens. Orsaken är att en myndighet i princip aldrig kan vidareutveckla produkten, eftersom det inte ligger i myndigheten kompetens eller uppdrag. Till saken hör också att innovationer ofta bygger på att vidareutveckling kan ske.

2.2.5 Exempel 4: Intrång i immaterialrättigheter

När något som varit föremål för en offentlig upphandling används på ett sätt som inte täcks av avtalet kan det bli så att agerandet innebär intrång i en immaterialrättighet. Här finns det många olika typer av exempel.

En kommun köper en tjänst i form av utformningen av en katalog för blivande gymnasieelever. När avtalet löper ut bestämmer sig kommunikationsavdelningen i kommunen att detta arbete istället kan göras internt. Kommunikationsavdelningen förnyar katalogen, men bara i sådan liten utsträckning att när den trycks innebär det ett upphovsrättsintrång i rättigheten till den första katalogen.

En socialförvaltning köper in ett verktyg för schemaläggning av personal. När avtalet löper ut bestämmer sig förvaltningen att detta kan göras internt. Förvaltningen använder därefter i princip samma utformning för schemaläggning, som företaget hade tillhandahållit. Detta innebär ett intrång i upphovsrätten.

Dessa är exempel på fall där det blir en bedömning frågan om intrång kan aktualiseras. Risken för kommunerna i det här fallet är att de riskerar att bli stämda, med risk för att få betala såväl rättegångskostnader som skadestånd för själva intrånget i rättigheten.

2.2.6 Exempel 5: Uppmuntran till intrång?

Ibland bygger upphandlingen på något som man vet finns på marknaden. Utformningen av beskrivningen av det som ska upphandlas kan då tyvärr bli sådan att det i praktiken antingen bara finns en enda möjlighet leverantör (det vill säga rättighets-havaren) eller uppmuntrar andra till att göra immaterialrättsintrång.

Ett äldreboende behöver nya stolar som fungerar bra för äldre som kan ha svårt att använda vissa typer av stolar. När upphandlingen görs beskrivs de önskade stolarna tämligen ingående.

Upphandlingen genomförs och stolarna levereras. Nu vaknar ett annat företag. De levererade stolarna ser ju ut som stolar som de har lagt ner pengar och tid på att formge. Nog borde de stolar som företaget designat omfattas av ett upphovsrättsligt skydd?

Det initieras därför en tvist om upphovsrättsintrång, där företaget som designat originalet väcker talan i domstol mot leverantören. Domstolen tycker till sist att det inte är fråga om upphovsrättsintrång, framförallt beroende på att det var några skillnader mellan de olika stolarna.

I samband med rättsprocessen uppkommer dock en annan diskussion som rör om det inte i upphandlingen rent av uppmuntrats till upphovsrättsintrång. Det fanns i princip bara en design som låg nära det som beskrevs. Alla som svarade på upphandlingen kommer antingen göra intrång eller behöver göra ändringar för att få en ny design som faller utanför originalets skyddsomfång.

2.3 Några tips på vägen

2.3.1 Men vad ska man göra?

När och hur immaterialrättsfrågor ska aktualiseras i samband med upphandling kan te sig svåröverblickbart. Redan här kan några tips på vägen ges, något som sedan följs upp med en mer utförlig lista över vad som kan göras i olika skeden. Denna lista återfinns i avsnitt 10.

2.3.2 Några saker att göra

- Gör en genomgång om rättigheter som kan aktualiseras
Immaterialrättigheter aktualiseras inte vid alla typer av upphandlingar. Det är dock viktigt att redan i de inledande skedena gå igenom och se om immaterialrättsliga frågor kan aktualiseras.
- Gör en genomgång om vilka rättigheter det kan vara
Alla immaterialrättigheter kan inte hanteras på samma sätt i en avtalsrelation. Det bör därför särskilt göras en genomgång av vilka rättigheter som kan aktualiseras.

- Undersök särskilt om det är upphovsrätt som kan aktualiseras
Eftersom det finns särskilda regler om hur upphovsrättigheter får hanteras i avtal måste det särskilt undersökas om upphovsrättigheter kan aktualiseras.
- Undersök om det finns framförhandlade avtal som kan vara tillämpbara
Det finns många gånger framförhandlade branschavtal, som även omfattar skrivningar om immaterialrättigheter. Det kan vara värt att se om sådana avtal kan användas.
- Undersök om det finns standardavtal som kan vara tillämpbara
Det kan finnas standardavtal av olika slag som kan användas.
- Bestäm hur rättigheterna behöver regleras
Eftersom upphandlingar kan ha olika ändamål måste också skrivningarna om immaterialrättigheterna anpassas så att de motsvarar de behov som finns.
- Vad kostar olika alternativ – vad blir konsekvenserna
Immaterialrättigheter kan ha ett värde. Det gör att olika avtalsskrivningar kan leda till olika kostnader. Dessa, potentiella, kostnader behöver beaktas.
- Vilket stöd behövs
Beroende på hur situationen ser ut kan särskilt stöd behöva tas in för just de immaterialrättsliga frågorna.

2.3.3 Några saker att absolut inte göra

- Inte göra genomlysning
Om man inte tidigt gör en genomlysning av om det immaterialrättigheter kan komma att omfattas av upphandlingen hamnar man lätt fel.
- Ingå avtal som omfattar rättigheter utan att reglera rättighetsfrågorna
Om upphandlingen kan komma att omfatta rättigheter måste dessa frågor hanteras. Finns inga skrivningar kan det som omfattas av upphandlingen kanske inte alls användas som det var tänkt.
- Inte ha uppföljning
När upphandlingen genomförts är det viktigt att alla som kan komma i kontakt med det som upphandlingen gällde förstår vad som får göras.

3. Introduktion till immaterialrätten

3.1 En hel palett av rättigheter

Immaterialrätten består av flera olika rättigheter, som alla fungerar på olika sätt. Med det menas att det som skyddas ser olika ut, det skiljer sig åt hur skyddet uppkommer och det skiljer sig åt vad skyddet innebär samt hur länge det varar.

I det följande kommer de olika immaterialrättigheterna beskrivas utifrån de enkla frågorna vad, hur, vem och innebörd. Dessa saker är det viktigaste att hålla isär, till exempel kan det som får skydd i patenträtten oftast inte få skydd i upphovsrätten. Och tvärtom.

Det finns dock några gemensamma faktorer för alla rättigheter. En sådan är att varje immaterialrätt är ett undantag från ett normalläge. Normalläget är att det är helt fritt att imitera det andra gjort. Immaterialrätten är undantaget från detta normalläge. Undantaget innebär en inskränkning i bland annat konkurrensfriheten, vilket gör att det ställs krav på det som ska få skydd. Allt sådant som inte uppfyller kraven, till exempel att skyddstiden löpt ut, är fritt att använda sig av.

En genomgång kommer göras av de allra vanligaste rättigheterna:

- Upphovsrätt
- Patenträtt
- Varumärkesrätt
- Mönsterrätt

Samtliga dessa rättigheter innebär en ensamrätt. Under skyddstiden, och inom skyddsomfånget, har den som äger rättigheten ett monopol. Alla andra som vill använda sig av det som är skyddat måste antingen hitta en regel som ändå gör deras användning tillåten eller ingå ett avtal med rättighetshavaren.

Det kommer också göras en beskrivning av något som ligger nära immaterialrätten, men som faktiskt inte innebär en ensamrätt. Det är samtidigt något som är viktigt för många företag, nämligen skyddet för företagshemligheter. För att balansera intresset av informationsfrihet med intresset för företag att kunna skydda affärskritisk information har skyddet för företagshemligheter utformats som ett skydd mot vissa typer av angrepp, inte en ensamrätt till informationen som sådan.

3.2 Upphovsrätten

3.2.1 Vad skyddas?

Upphovsrätten omfattar väldigt många olika saker. Det omfattar allt från ritningar till konsultrapporter, från tavlor till datorprogram. I nästan alla företag och organisationer skapas mängder av upphovsrättsligt skyddat material dagligen.

I Sverige finns en upphovsrättslag som skyddar det som i lagen kallas litterära och konstnärliga verk, se 1 § upphovsrättslagen. Själva uttrycket läggs fast i en internationell konvention som heter Bernkonventionen.

Med litterära och konstnärliga verk i lagens mening avses inte bara litteratur och konst. Till de litterära verken räknas datorprogram, databaser, kartor och konsult-rapporter. Till de konstnärliga verken hör verk av byggnadskonst och formgivning.

Det som kan få skydd i upphovsrätten är alltså vitt skilda företeelser. Det gäller även till exempel underlag för upphandling, olika typer av avtal samt olika typer av utredningar. Enligt 9 § upphovsrättslagen görs undantag från upphovsrättsligt skydd gällande till exempel offentliga utredningar (SOU:er) och propositioner, men motsats-vis betyder den regeln att andra texter omfattas av det upphovsrättsliga skyddet.

För att det skapade ska kunna få skydd krävs att det är originellt. Tidigare talades i Sverige om verkshöjd. Kravet för att något ska få upphovsrättsligt skydd har dock kommit att ändras genom rättspraxis från EU-domstolen, vilket gör att det är tydligare att tala om ett originalitetskrav.

Tröskeln för originalitet är inte särskilt hög. Kravet är inte ett kvalitetskrav. Kravet är istället att den som stått för skapandet ska ha ställts inför olika val och aktivt gjort valen. Det kan handla om att välja färg eller material, det kan också handla om att välja olika ord.

Det kan vara värt att påpeka att detta innebär att även saker som upphandlings-dokument, kollektivavtal med mera omfattas av upphovsrättsligt skydd.

3.2.2 Hur får man skyddet?

Det upphovsrättsliga skyddet uppkommer helt utan registrering.

En central del i det upphovsrättsliga skyddet är att det uppkommer formlost. Det innebär att när verket finns har det också ett skydd. I lagtexten uttrycks det som att den som skapat ett verk har upphovsrätten till det, se 1 § upphovsrättslagen. Det krav som uppställs är att verket är originellt, som beskrevs ovan. Det ställs också ett krav på att det måste vara skapat av en människa.

Det lite besvärliga med upphovsrätten är alltså inte att få själva rättigheten utan att hålla ordning på att den finns och vem eller vilka som äger rättigheten.

3.2.3 Vem får rättigheten?

Upphovsrätten uppkommer alltid hos den fysiska person som skapar verket. Alla som är delaktiga i skapande av verket får en vetorätt över hur detta ska användas.

Upphovsrätten uppkommer i svensk rätt alltid hos den som faktiskt skapar verket, det vill säga den som håller i pennan eller sitter vid datorn. Detta följer faktiskt av svensk grundlag, se 2 kap. 16 § regeringsformen. Det här gäller även för sådant som skapas av anställda eller på uppdrag.

För att någon annan ska få använda verket krävs att det finns en obruten kedja av avtal tillbaka till den fysiska person som skapat verket. Det är därför det är så viktigt med korrekt utformade avtal, inte minst vid offentlig upphandling. Mer om detta i kapitel 4.

Om det är flera som varit med i skapandet av verket får alla en parallell rättighet. Ingen av upphovsmännen kan göra något utan de andras tillstånd. Parallella rättigheter kan också uppkomma när någon bearbetar någon annans verk.

3.2.4 Innebörden

Upphovsrätten ger en möjlighet att styra över hur det man skapat används. Det ger en bra grund för att bygga upp olika affärsmodeller med rättigheten som grund.

Det upphovsrättsliga skyddet innebär en ensamrätt för den som innehar rättigheten. Skyddet består av två delar, förfoganderätten och ideella rättigheter.

Förfoganderätten, eller de ekonomiska rättigheterna, omfattar en rätt att göra verket tillgängligt och att framställa fler exemplar, se 2 § upphovsrättslagen. Att göra verket tillgängligt kan handla om att lägga ut verket på nätet eller att sälja verket. Rätten att framställa fler exemplar gäller oavsett teknik. Ett fotografi av en ritning är att se som ett exemplar av ritningen. Vill man göra något sådant, och det inte finns någon regel i upphovsrättslagen som gör användningen tillåten, måste man be rättighetshavaren om lov.

Det går inte att ursäkta ett upphovsrättsintrång med att en handling omfattas av offentlighetsprincipen. Bara för att till exempel ett underlag lämnas in till en myndighet innebär inte det att det upphovsrättsliga skyddet försvinner, även om handlingen i sig kommer att bli en allmän offentlig handling. Sådana handlingar är det alltså inte fritt fram att kopiera.

Den ideella rätten, 3 § upphovsrättslagen, innebär en rätt att bli namngiven och ett förbud mot kränkande ändringar/förbud mot tillgängliggörande i ett kränkande sammanhang. Den här delen av upphovsrätten kan inte överlåtas till andra utan tillhör den som ursprungligen skapade verket, se 27 § upphovsrättslagen.

Den som utnyttjar annans upphovsrättsligt skyddade verk utan lov kan dömas till fängelse och/eller tvingas att betala skadestånd. En annan sanktion som kan vara väl

så jobbig är ett förbud mot fortsatt användning. Det är det som gör att hela upplagor av böcker kan dras in för att förstöras.

Som en upplysning om att ett skydd finns och vem som är rättighetshavare kan © användas. Den som utnyttjar ett upphovsrättsligt skyddat verk i ond tro ska betala ett högre skadestånd än den som är i god tro. Genom att använda © är det svårt för någon att hävda god tro.

Det upphovsrättsliga skyddet gäller bara inom ramen för det som kallas skyddsomfång. En viktig aspekt av det är att upphovsrätten inte skyddar själva idén bakom ett verk och till exempel inte heller själva informationsinnehållet i en text. Det som får skydd är hur idén har uttryckts och hur informationsinnehållet har formulerats. En konsekvens av detta är att det kan vara ganska lätt att kringgå det upphovsrättsliga skyddet genom att till exempel skriva om en text eller flytta på några designelement i en formgivning. Skälet till att upphovsrätten ser ut så här är att det är viktigt att få en gränsdragning gentemot informationsfriheten och att det ska finnas en öppning för att bli inspirerad av det som andra har skapat. Gränsdragningen kan förstås vara väldigt svår i konkreta fall.

Det upphovsrättsliga skyddet har en lång skyddstid, hela 70 år efter att upphovspersonen har gått bort. Är det flera som skapat något tillsammans så räknas de 70 åren från när den siste av upphovspersonerna går bort.

Sammanfattning – upphovsrätt

Upphovsrätten skyddar litterära och konstnärliga verk. Det innebär att skydd fås för allt från texter till datorprogram, från fotografier till powerpointpresentationer.

Skyddet uppkommer direkt när något originellt har skapats. Ingen registrering behöver göras, ingen annan formalia behöver uppfyllas.

Upphovsrätten uppkommer alltid hos den fysiska person som stod för skapandet, även om det är personen är anställd och även om det sker på uppdrag. Det innebär att avtal behövs för att säkerställa att man får använda det som är skyddat av upphovsrätten.

Skyddet som upphovsrätten ger är en ensamrätt. Det är den som äger upphovsrätten som får bestämma till exempel om något ska kopieras eller läggas ut på nätet. Gör någon sånt utan att fråga om lov är det ett upphovsrättsintrång, med upp till 6 års fängelse i straffskalan och ett skadeståndsansvar.

3.3 Patenträtt

3.3.1 Vad skyddas?

Patent kan man få på uppfinningar, det vill säga nya tekniska lösningar.

Enligt patentlagen är det uppfinningar som kan tillgodogöras industriellt som kan få patent, se 1 § patentlagen. Utanför det som kan få patenträttsligt skydd faller bland annat datorprogram, presentationer av information och konstnärliga skapelser. Exempel på sådant som kan få patent är läkemedel, nya lösningar för telekommunikation och nya mekaniska lösningar.

Många har en bild av att ett patent gäller för hela produkter. Så kan det vara, men inte alltid. I en modern mobiltelefon kan det finnas flera hundra olika patenterade uppfinningar. Det kan handla om allt från lösningen bakom ansiktsgenkänningen till tekniken bakom hur högtalarna fungerar.

3.3.2 Hur får man skyddet?

För ett patenträttsligt skydd krävs att registrering har gjorts. Utan registrering, inget patent.

Till skillnad från det upphovsrättsliga skyddet krävs registrering för att en patenträttighet ska uppkomma, se 1 § patentlagen. Om en ansökan om ett nationellt patent lämnats till svenska Patent- och registreringsverket uppkommer, efter beviljandet, en rättighet i Sverige. I hela den övriga världen finns ingen patenträtt för uppfinningen.

Vill man söka patent i flera länder finns några olika möjligheter. En är att lämna in så kallad PCT-ansökan, vilket alltså är en internationell ansökan. En sådan kan lämnas in till svenska Patent- och registreringsverket. En annan möjlighet är att söka patent via den europeiska patentorganisationen (EPO) i München. EPO har 38 medlemsstater.

En patentansökan kostar. Kostnaderna består till en del av kostnader för registreringen i form av ansökningsavgifter och årsavgifter. Ju fler länder man söker patent i, desto högre kostnader. Det kostar också att göra en tillräckligt tydlig patentansökan. Detta behöver man normalt hjälp med. Söker man skydd i flera länder behöver också ansökan översättas, vilket så klart också kostar.

För att patentansökan ska beviljas måste uppfinningen vara ny i förhållande till sådant som är känt före ansökningsdagen. Detta krav gör att om man vill söka patent så måste man hålla uppfinningen hemlig fram till dess att ansökan lämnats in. Ett annat krav är att uppfinningen väsentligen ska skilja sig från det som är känt tidigare. Det här brukar beskrivas som att uppfinningen måste ha uppfinningshöjd.

3.3.3 Vem får rättigheten?

Enklast uttryckt får den patenträttigheten som ansöker om rättigheten, det är den person eller det företag som gör registreringen som får patentet. För sådant som skapats av anställda finns en lag om arbetstagares uppfinningar. Det finns också kollektivavtal som reglerar frågan om sådant som anställda uppfinnar.

Patenträtten tillfaller normalt den som lämnar in patentansökan och får den beviljad. Det gör att en patenträttighet kan uppkomma för såväl privatpersoner som för företag. Enligt 8 § st 4 i patentlagen ska det i patentansökan stå vem som är uppfinnare. Om det är någon annan än uppfinnaren/uppfinnarna som lämnar in patentansökan ska det stå vilken rätt denne har att lämna in patentansökan.

Mycket uppfinningar görs av personer som är anställda. Därför finns en särskild lag som styr vilken rätt arbetsgivaren har till de uppfinningar som anställda gör. Denna lag är till stora delar möjlig att avtala bort, vilket för stora delar av arbetsmarknaden

har gjorts genom det så kallade uppfinnaravtalet. Väldigt enkelt uttryckt kan man säga att ju närmare koppling det finns mellan arbetsuppgifterna och uppfinningen, desto större rätt har arbetsgivaren.

3.3.4 Innebörden

Patenträtten är en ensamrätt. Ensamrätten kan användas för att skydda sig mot att andra "snor" tekniska lösningar, den kan också användas för att licensiera ut tekniken till andra.

Patenträtten innebär en omfattande ensamrätt, se 3 § patentlagen. Ingen annan får tillverka, sälja, marknadsföra den patenterade uppfinningen utan patenthavarens tillstånd.

Rättigheten är i sig begränsad till yrkesmässig användning, så allt som privatpersoner gör faller utanför.

Det så kallade skyddsomfånget styr hur omfattande patentskyddet blir, det vill säga hur nära andra får lägga sig den patenterade uppfinningen. Skyddsomfånget styrs av de patentkrav som ska anges i patentansökan. Det är det här som gör att professionell hjälp för att formulera patentkraven är så viktig. En patentansökan som inte är rätt utformad riskerar att inte alls beviljas och om den beviljas kan skyddet bli svagare än nödvändigt.

Skyddstiden i patenträtten är som längst 20 år, men det är under förutsättning att årsavgifterna betalas. För de allra flesta uppfinningar betalas inte årsavgifterna under så många år som 20, vilket gör att den genomsnittliga skyddstiden är betydligt kortare. Skälet kan vara att intäkterna som patentet genererar inte motsvarar kostnaderna eller att tekniken helt enkelt har sprungit förbi uppfinningen.

Sammanfattning – patent

Patent kan man få på uppfinningar, det vill säga nya tekniska lösningar.

Patenträttsligt skydd kan man bara få genom att ansöka om det hos en registreringsmyndighet, såsom Patent- och registreringsverket. Skydd finns bara i de länder/regioner där man fått patentet beviljat. Bara uppfinningar som är nya och når uppfinningshöjd kommer att beviljas patent. Patentansökningar är omgärdade av höga krav så det behövs stöd för att göra en sådan ansökan. Patent är förknippade med kostnader, såsom årsavgifter.

Patentet tillfaller normalt den som gör patentansökan, såsom ett företag.

Ett patent innebär en ensamrätt till främst yrkesmässig användning. Den som till exempel vill tillverka något som omfattas av ett patent måste fråga om lov. Det är vanligt med olika typer av patentlicenser, så att rätten att använda uppfinningen ges mot till exempel royalty.

3.4 Mönsterrätt

3.4.1 Vad skyddas?

Mönsterrätten skyddar design av olika slag. Det kan vara allt från möbler till skorstenshuvar, från typsnitt till lastbilar.

Det mönsterrättsliga skyddet är till stora delar harmoniserat inom EU. Skyddet regleras i mönsterskyddslagen. Det som skyddas är formgivning, men i en ganska vid bemärkelse. Det är inte bara fysiska föremål som omfattas utan även formgivning i en digital miljö. Dit hör exempelvis typsnitt, ikoner för appar och skärmbildslayout.

Formgivning kan vara både estetisk och fylla en viss funktion. Mönsterskyddet är inte till för att skydda funktion, det skyddet finns i patenträtten. Det innebär, enkelt uttryckt, att om något ser ut som det gör för att det ska fungera så kan inte mönsterrättsligt skydd komma ifråga. Det måste finnas element i formgivningen som gjorts av rent utseendemässiga skäl.

3.4.2 Hur får man skyddet?

Det finns två olika vägar för att få ett mönsterrättsligt skydd, vilket egentligen leder till två olika typer av skydd. Det ena skyddet är att registrera, det andra är ett oregistrerat skydd.

Det oregistrerade skyddet får man när det som ska skyddas görs tillgängligt, till exempel genom att man börjar sälja produkten. Detta är reglerat i EU-förordningen om gemenskapsformgivning.

Den andra vägen till ett mönsterskydd är att söka om en registrering. Detta kan göras via Patent- och registreringsverket eller via EU:s immaterialrättsmyndighet (EUIPO). En registrering via svenska Patent- och registreringsverket ger ett skydd i Sverige, men den via EUIPO ger ett skydd i hela EU.

För den som står i valet och kvalet om ett mönsterrättsligt skydd kan användas kanske undrar varför man ska göra en registrering om det finns ett oregistrerat skydd. I praktiken är det dock fråga om två olika skydd. Det oregistrerade skyddet har ett snävare skyddsomfång och en kortare skyddstid. Valet kan därför få stor praktisk betydelse.

3.4.3 Vem får rättigheten?

Den registrerade rättigheten tillfaller den som gör registreringen. Den oregistrerade tillfaller den som tar steget ut på marknaden.

Mönsterrättigheten uppkommer ofta hos ett företag, eftersom det helt enkelt är företag som gör registreringen eller som släpper produkten på en marknad. Till skillnad från patenträtten finns ingen särskild lag som reglerar när arbetsgivaren får registrera den formgivning som arbetstagare skapat. Detta är dock sällan ändå källa till tvist,

många av de som skapar formgivning är anställda för just det. Parterna är därmed helt införstådda med att resultatet ska tillhöra arbetsgivaren.

När en ansökan om registrering lämnas in ska det anges vem som är formgivaren och vilken rätt den sökande har att lämna in ansökan, se 10 § st 2 mönsterskyddslagen. Här kan man till exempel skriva in att det är en anställd som gjort formgivningen.

3.4.4 Innebörden

Mönsterrätten är en ensamrätt som till stora delar liknar patenträtten.

Mönsterrätten innebär en omfattande ensamrätt, se 5 § mönsterskyddslagen. Ingen annan får tillverka, sälja, marknadsföra den skyddade formgivningen utan rättighets-havarens tillstånd.

Rättigheten är i sig begränsad till yrkesmässig användning, så allt som privatpersoner gör faller utanför.

Det så kallade skyddsomfånget styr hur omfattande mönsterskyddet är. Skyddsomfånget för det registrerade mönsterskyddet styrs av den registrering som görs, så det är viktigt att bilderna i ansökan motsvarar det man verkligen vill skydda. Otydliga bilder ger ett svagare skydd. Bedömningen görs utifrån att allt som inte väsentligen skiljer sig från det som registrerats innebär intrång i rättigheten.

För den som förlitar på det oregistrerade mönsterskyddet är skyddsomfånget betydligt snävare. Tanken är att skyddet i princip bara ska gälla mot direkta plagiat. I rätts-praxis har det dock ansetts vara intrång även när mindre förändringar gjorts.

Skyddstiden varierar också mellan de två olika mönsterskydden. En registrering som görs gäller i fem år och kan sedan förnyas fem gånger. Det registrerade skyddet kan alltså vara som längst i 25 år. Det oregistrerade mönsterskyddet gäller bara i tre år.

Sammanfattning – mönster

Mönsterskydd kan fås för olika typer av formgivning. Det kan vara vaser, skottkärror och stolar.

Det finns två sätt att få mönsterskydd. Det finns ett oregistrerat mönsterskydd som gäller i max 3 år och ett registrerat skydd som kan gälla i max 25 år.

Mönsterskydd tillfaller den som gör registreringen, till exempel ett företag. En komplikation kan vara att ett upphovsrättsligt skydd och ett mönsterrättsligt skydd kan finnas parallellt för samma formgivning. Upphovsrätten ägs normalt av fysiska personer.

Det mönsterrättsliga skyddet är en ensamrätt, främst inriktad på yrkesmässig användning. Om någon äger mönsterrätten krävs avtal för att till exempel tillverka det som omfattas av skyddet.

3.5 Varumärkesrätt

3.5.1 Vad skyddas?

Varumärken är bland annat namn och loggor, men också till exempel utseendet på förpackningar och ljud.

Varumärkesrätten är den immaterialrätt som kanske är mest harmoniserad inom EU. Det finns en möjlighet att registrera varumärken som får en giltighet i hela EU, men även de nationella varumärkesreglerna är harmoniserade. Det finns alltså en nationell varumärkeslag, ett EU-direktiv och en EU-förordning.

Många tänker främst på namn och loggor när de tänker på varumärken. Juridiken har dock utvecklats så det är väldigt mycket mer som kan få varumärkesskydd. Genom de senaste ändringarna häromåret kan även till exempel hologram vara varumärken. Ljudmärken och rörliga kännetecken har kommit att blir allt vanligare, till exempel när man startar ett datorprogram eller en filmtjänst.

Varumärkesrätten är inte bara viktig för att skydda till exempel namnet på en produkt. Idag är varumärken kanske allra viktigast för att kommersialisera olika former av tjänsteinnovationer. Det gäller allt från tv-format, som Idol, till förskoleverksamhet, som Ur&Skur. Det gäller digitala tjänster, som olika appar, och franchiseföretag, som McDonald's. Det konceptägaren säljer är till en del en varumärkeslicens, kopplad med vissa villkor.

I upphandlingssituationer kan varumärkesfrågor komma att aktualiseras när det gäller de som vinner upphandlingarna. Det gäller till exempel användning av varumärkena för NCC och Skanska, som ofta vinner upphandlingar för kommuner och regioner.

3.5.2 Hur får man skyddet?

Skydd för varumärken kan man få antingen genom registrering eller inarbetning.

En väg till skydd för varumärken är genom registrering hos en registreringsmyndighet. Registreringen kan göras via Patent- och registreringsverket, för en nationell svensk registrering. Görs registreringen via EU:s immaterialrättsmyndighet (EUIPO) får man ett skydd i alla 27 medlemsstater. Varumärkesregistreringen kostar väsentligt mindre än en patentregistrering.

Det andra sättet att få en svensk varumärkesrätt är inarbetning. Med det förstås att tillräckligt många i den så kallade omsättningskretsen ska känna igen kännetecknet, som ett kännetecken. Omsättningskretsen består av kunder (inklusive potentiella), leverantörer, distributörer med flera, det vill säga personer som har någon form av koppling till varan eller tjänsten. För att kännetecknet ska ses som inarbetat ska ungefär en tredjedel av omsättningskretsen känna igen kännetecknet.

Ett registrerat varumärke börjar gälla när ansökan har beviljats. Inarbetningen börjar gälla när tillräckligt många känner igen kännetecknet. Det betyder att om man börjar

sälja och inte har en registrering finns inte ett skydd från början. En del tänker att det är en besparing att inte göra en registrering, men om det blir en tvist kostar det ofta betydligt mer att säkra bevisning kring inarbetningen än det skulle ha kostat att göra registreringen.

3.5.3 Vem får rättigheten?

Varumärkesrätten tillfaller den näringsidkare som gör registreringen, eller gör inarbetningen. Varumärken blir kopplingen mellan övriga aktörer på marknaden och den specifika näringsidkaren.

När en ansökan om registrering görs är det för själva företaget. Vem som tagit fram varumärket, om det till exempel är en anställd, spelar ingen roll i varumärkesrätten. Det behöver inte ens anges i ansökan.

När det gäller inarbetade rättigheter kan det vara lite klurigare. Ibland kan det vara flera aktörer som är inblandade och har de inte diskuterat något kring kännetecknen kan det senare uppstå tvister. För att ge ett exempel. Om det är en tv-kanal som sänder en tv-serie som ett produktionsbolag skapat kan det senare uppstå diskussioner om titeln är ett kännetecken för kanalen eller produktionsbolaget. För att undvika sådana tvister, och för att vara säker på att ett skydd uppkommer, är det bra om en överenskommelse träffas om vilken av aktörerna som ska göra en registrering.

3.5.4 Innebörden

Varumärkesrätten innebär en ensamrätt, främst en ensamrätt till att använda märket som kännetecken för en vara eller tjänst.

Varumärket ger primärt en ensamrätt till att använda det skyddade kännetecknet just som kännetecken. Annat, såsom att använda varumärken i en roman för att beskriva en karaktär – kör huvudpersonen Kia eller Jaguar – faller utanför skyddet.

Varumärkesrätten gäller normalt för den typ av vara eller tjänst som registreringen, eller inarbetningen, gjorts för. För andra varor eller tjänster är varumärket fritt att använda, kunder och andra förstår att det är olika näringsidkare bakom resetidningen Vagabond och skorna Vagabond.

En del av skyddsomfånget, för vilken vara eller tjänst skyddet ska gälla, bestäms alltså av vilken klass registreringen gjorts i. En annan del av skyddsomfånget bestäms av om det finns en förväxlingsrisk. Finns det en risk att kunden tror att det är samma näringsidkare som står bakom eller inte?

Vissa märken når en så hög grad av igenkänning och så högt anseende att de får ett skydd även mot att andra använder dem för andra varor. Om till exempel det skulle dyka upp Rolls Royce skor eller Chanel-bilar skulle de som säljer varorna dra nytta av varumärkenas goodwill även om det är helt andra varor än originalen.

Om en varumärkesregistrering görs gäller den i 10 år, men registreringen kan förnyas hur många gånger som helst. Det gör att skyddstiden i princip kan vara i vad som kan uppfattas som en evighet.

Sammanfattning – varumärke

Varumärken är kännetecken av olika slag. Det kan vara namn på en vara eller tjänst, men även helt andra saker såsom formgivning av förpackningar eller ljud av olika slag. Varumärken har kommit att bli allt viktigare i samband med tjänsteinnovation.

Ett skydd enligt varumärkesrätten kan uppkomma genom registrering eller genom inarbetning.

Rätten till ett varumärke tillfaller den som antingen gör registreringen eller den för vilket varumärket är inarbetat. Rättigheten finns därmed normalt hos ett företag.

Varumärkesrätten är en ensamrätt, så ingen annan får använda märket på ett sätt som till exempel ger sken av att en vara eller tjänst kommer från det företag som äger rätten. Varumärkeslicenser är vanliga, där ersättningen ofta är någon form av royalty.

3.6 Företagshemligheter

3.6.1 Vad skyddas?

Information som hålls hemlig av affärsmässiga skäl kan få skydd som företagshemligheter. Detta gäller dock inte för de som omfattas av offentlighetsprincipen.

För de som inte omfattas av offentlighetsprincipen kan hemlig information omfattas av skydd för företagshemligheter, enligt en lag om företagshemligheter.

Huvudregeln är att uppgifter om leverantörernas ekonomiska intressen omfattas av sekretess, enligt offentlighet och sekretesslagen 31 kap. 16 §. Sekretess för leverantörernas ekonomiska intressen är en viktig bestämmelse i offentlig upphandling. Bestämmelsen är avsedd att skydda uppgifter som kan förekomma i leverantörernas anbud och som innebär skada för leverantören om uppgifterna skulle offentliggöras.

Exempel på företagshemligheter kan vara information om sådant görs på en forskningsavdelning, som senare kanske ska bli föremål för en patentansökan. Andra exempel kan vara affärsstrategier och kundlistor.

För att en företagshemlighet ska finnas krävs att informationen på något aktivt sätt hålls hemlig. Det kan vara att bara ha informationen bakom IT-säkerhetslösningar och/eller att skriva tydliga sekretessavtal.

I relationen mellan näringsidkare och offentliga aktörer kan näringsidkaren dock inte kräva att till exempel en myndighet ska hålla informationen hemlig, om det inte finns rättsligt stöd i lagen om offentlighet och sekretess. Mellan näringsidkare och i relation till anställda räcker det med en önskan om att informationen ska hållas hemlig, mer rättsligt stöd än så behövs inte.

För många företag är företagshemligheterna av stor betydelse. De kan ligga bakom viktiga strategier, styra hur företaget kommunicerar med kunderna och hur tjänster utförs. De kan också omfatta till exempel beräkningsmodeller som är avgörande för prissättning, vid till exempel offentlig upphandling.

3.6.2 Hur får man skyddet?

Skyddet fås för näringsidkare om information hålls hemlig.

Skyddet för företagshemligheter bygger på att en näringsidkare håller information hemlig. Det krävs ingen registrering och lagen ställer inte heller några formella krav på åtgärder som måste ha vidtagits för att hålla informationen hemlig.

Avgörande för om skydd fås är istället om de olika kraven i lagen uppfylls. Det viktigaste kravet är att det ska vara fråga om en näringsidkare eller forskningsinstitution. Näringsidkare ska tolkas brett, så det kan även vara till exempel en ideell förening. Det kan dock inte vara kommuner, myndigheter och andra som omfattas av offentlighetsprincipen.

Informationen måste ha en koppling till verksamheten och ha betydelse för verksamhetens konkurrensförmåga. Det gör att exempelvis privat information om företags ledning inte kan vara företagshemligheter.

3.6.3 Vem får skyddet?

Den näringsidkare som håller informationen hemlig får skyddet.

Skyddet för företagshemligheter tillfaller den som håller informationen hemlig. Det kan igen vara värt att påpeka att det offentliga inte kan åberopa lagen om företagshemligheter, eftersom det offentliga i Sverige omfattas av offentlighetsprincipen.

3.6.4 Innebörden

Skyddet för företagshemligheter innebär inte en ensamrätt. Det är ett skydd mot otillbörliga ageranden, såsom till exempel företagsspioneri.

Skyddet för företagshemligheter innebär inte en ensamrätt till själva informationen. Detta är en viktig gränsdragning gentemot informationsfriheten. Det skyddet däremot innebär är att den som gör vissa saker kan ha ett straff- och/eller skadeståndsansvar.

Den som till exempel skaffar sig företagshemligheter genom företagsspioneri har ett straffansvar. Den som i en affärsförbindelse röjer en företagshemlighet som lämnats i förtroende har ett skadeståndsansvar. Arbetstagare har också ett skadeståndsansvar.

Skyddet hindrar dock inte till exempel en konkurrent från att försöka skapa informationen själva. Vill man exempelvis testa sig fram till att få fram en dryck som smakar precis som Coca-Cola får man alltså göra det. Det man inte får göra är till exempel att bryta sig in i kassaskåpet där receptet förvaras.

Skyddet för företagshemligheter varar så länge som informationen hålls hemlig och uppfyller de andra kraven som ställs. Gäller till exempel informationen en uppfinning så kan den inte längre vara en företagshemlighet när patentansökan blivit offentlig.

Å andra sidan får en upphandlande myndighet genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering (direktupphandla) om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att

1. syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation,
2. det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens, eller
3. det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör.

Förfarandet får inte missbrukas utan bara användas om det saknas rimliga alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning.

Se 6 kap. 14 § LOU.

Sammanfattning – företagshemligheter

Företagshemligheter är information som hemlighålls av affärsmässiga skäl. Offentliga aktörer lyder under offentlighetsprincipen och kan därför inte ha företagshemligheter.

Skyddet för företagshemligheter uppkommer genom hemlighållandet, det vill säga när informationen valts till att hemlighållas och någon åtgärd vidtagits för att hålla informationen hemlig.

Företagshemligheter kan finnas hos främst näringsidkare, inte hos privatpersoner.

Skyddet för företagshemligheter är inte en ensamrätt utan är ett skydd mot vissa typer av angrepp. Till angreppen hör att en avtalspart felaktigt utnyttjar eller röjer hemligheten. Ansvaret är främst ett skadeståndsansvar.

4. Immaterialrättsliga avtal

4.1 Som vanliga avtal – men ändå inte

Immaterialrättsliga avtal följer vanliga avtalsrättsliga regler, såväl de i avtalslagen som i lagen om offentlig upphandling. Det finns dock ett par faktorer som gör att immaterialrättsliga avtal inte fungerar riktigt som andra avtal.

En central faktor är att immaterialrättigheterna skiljer sig från fysiska föremål. Säljer man en stol till någon och denne tar med sig stolen så har man inte stolen kvar. Rättigheterna kan dock licensieras ut, på olika villkor, till hur många som helst.

Avtal kring immaterialrättigheter är kringgärdade av särskilda uttryck. Ett sådant uttryck är "licens". Med licens avses att rättighetshavaren fortfarande äger hela rättigheten, men att motparten får rätt att använda det som omfattas av skyddet. Det är till exempel licenser som gör att H&M kan tillverka tröjor med Hello Kitty tryck. När man talar om en överlåtelse av en rättighet är det hela rättigheten som går över till motparten, den som stått för skapandet eller av annan anledning hade rättigheten från början har då inte längre rätt att använda det skyddade.

Många gånger sluter rättighetshavaren avtal med flera olika parter. Rovio, företaget bakom Angry Birds, har till exempel slutit avtal med allt från Fazer om godis till leksakstillverkare om att de ska få använda deras figurer.

Ett annat uttryck som ofta förekommer i immaterialrättsliga avtal är "royalty". Med det avses att ersättningen till rättighetshavaren inte erläggs som en engångssumma utan istället kopplas till exempelvis hur mycket det som omfattas av avtalet utnyttjas eller säljer. Royalty används ofta för att balansera riskerna i avtal. Blir en bok framgångsrik är det rimligt att författaren får del av vinsten, hade den inte blivit framgångsrik hade ett stort engångsbelopp kunnat innebära en stor förlust för förlaget.

Det finns också några specialregler för de olika rättigheterna. Det gör exempelvis att avtal som gäller upphovsrättigheter måste se annorlunda ut än avtal som gäller patenträttigheter.

4.2 Upphovsrättsliga avtal

Upphovsrättsliga avtal ställer särskilda krav på avtalsparterna. Det finns bland annat delar av upphovsrätten som överhuvudtaget inte går att överlåta.

I upphovsrättslagen finns flera regler som påverkar hur avtalen får utformas och hur de ska tolkas. Dessa regler har till syfte att skydda upphovspersonen och dennes rätt till sitt verk.

De regler som är särskilt viktiga är de som gäller:

- Den ideella rätten
- Specifikationsgrundsatsen
 - Bearbetningar
 - Vidaröverlåtelseförbudet

Den ideella rätten tillfaller upphovspersonen i och med skapandet av verket, se 3 § upphovsrättslagen. Den ideella rätten består av två delar, namngivningsrätten och respekträtten. Namngivningsrätten innebär att upphovspersonen ska anges, i enlighet med god sed, när verket publiceras. Respekträtten innebär att verket inte ska tillgängliggöras i ett kränkande sammanhang och inte heller bli utsatt för kränkande ändringar.

Det som är speciellt med den ideella rätten är att den inte kan överlåtas, se 27 § upphovsrättslagen. Det går inte för en arbetsgivare eller en uppdragsgivare att förvärva den ideella rätten till exempelvis en konsultrapport. Den ideella rätten ligger kvar hos den fysiska person som skapat verket. Detta även när det är fråga om något som varit en del i en offentlig upphandling.

Det finns ett undantag från denna princip, som dock bara gäller datorprogram som en arbetstagare skapat antingen som ett led i sina arbetsuppgifter eller efter instruktion från arbetsgivaren enligt 40 a § upphovsrättslagen. I sådant fall övergår hela upphovsrätten till arbetsgivaren om inte annat avtalats. Som framgår är det en tämligen snäv undantagsregel.

Upphovspersonen kan alltså inte i de allra flesta fall överlåta den ideella rätten, men det går däremot att efterge den ideella rätten. Eftergiften kan bara göras för begränsad användning, inte för alla typer av nyttjanden och för all framtid. Se 3 § st 3 upphovsrättslagen.

Eftersom en arbetsgivare, förutom när det gäller datorprogram, inte kan förvärva de anställdas ideella rättigheter kan arbetsgivaren inte heller ingå avtal där den ideella rätten överlåts till en beställare. Om sådana avtal ingås är den delen av avtalen ogiltiga.

Specifikationsgrundsatsen är en princip vars kärna innebär att upphovsrättsliga avtal vid tvekan ska tolkas till fördel för upphovspersonen. Följden blir att upphovsrättsliga avtal måste innehålla klart specificerade över- eller upplåtelser för att kunna fylla avsedd funktion. Det är bara det som klart anges som omfattas av avtalet.

Följden av specifikationsgrundsatsen är att beställaren har ett särskilt ansvar att utforma avtalen så att otydligheter undviks. För det fall att avtalen anses otydliga kommer annars avtalen tolkas till nackdel för beställaren.

Det som uttryckligen regleras i upphovsrättslagen är rätt att göra bearbetningar och att överlåta rätten vidare, se 28 § upphovsrättslagen. I regeln anges att om detta inte uttryckligen har avtalats får vare sig bearbetningar eller vidareöverlåtelse ske. Det innebär till exempel att om det inte uttryckligen står i avtalet får man inte kopiera förfrågningsunderlag hur som helst med några mindre ändringar.

De allra flesta upphovsrättsliga avtal ger en begränsad nyttjanderätt. Ett avtal mellan en författare och ett bokförlag innebär normalt en rätt att under en begränsad tid ge ut boken på ett språk. För fotografier köps ofta loss en rätt till ett begränsat antal publiceringar. Denna typ av begränsade förvärv gäller även normalt i anställningsförhållanden.

Om det inte finns en tydlig skrivning i avtal mellan arbetsgivaren och arbetstagaren får arbetsgivaren bara en rätt att använda verket i sin normala verksamhet. Det är alltså arbetstagaren som äger upphovsrätten. Det innebär att arbetsgivaren inte kan överlåta hela upphovsrätten utan att skriva särskilda avtal om det med arbetstagaren.

Att tänka på kring upphovsrättsliga avtal

Eftersom upphovsrätten omfattar så många olika företeelser kan upphovsrätt behöva regleras i nästan alla typer av upphandlingssituationer.

Särskilt viktigt är det att reglera de upphovsrättsliga frågorna i avtal eftersom rättigheten normalt finns hos den fysiska person som stått för skapandet, oavsett om det skett i anställning eller på uppdrag.

De särskilda reglerna om upphovsrättsliga avtal gör att vissa skrivningar bör tas in redan i upphandlingsdokumenten. Detta gäller särskilt avtalets omfattning och rätten att göra bearbetningar.

4.3 Avtal om patent

Patent är en registrerad rättighet. Äganderätten till patentet hör samman med registreringen. Avtal kan träffas om både överlåtelse och licens.

I 6 kap. patentlagen finns regler om patentlicenser och överlåtelser. Enligt 43 § patentlagen finns, på samma sätt som i upphovsrättslagen, ett vidareöverlåtningsförbud om inte detta avtalats särskilt.

I och med att patentet är en registrerad rättighet finns också regler om att ändra i registret när avtal träffats, se 44 § patentlagen.

Det är dock inte bara reglerna i patentlagen som styr hur avtal om patenträttigheter får se ut. Långtgående avtal skulle kunna komma att anses som konkurrensbegränsande avtal i konkurrensrättens mening. Av den anledningen finns ett gruppundantag som rör avtal om tekniköverföring, vilket gäller både patent- och know-howlicenser. Detta gruppundantag är på EU-nivå och innehåller skrivningar om hur avtalen ska vara utformade för att vara tillåtna.

Patent söks ofta av företag, där uppfinnarna kan vara anställda. Lagen om arbets- tagares uppfinningar styr vilken rätt arbetsgivaren har till det som arbetstagare uppfunnit. För stora delar av arbetsmarknaden gäller ett kollektivavtal på området, det så kallade uppfinnaravtalet. Om uppfinningen är resultatet av ett samarbete mellan flera parter kan situationen bli något rörig, då behöver en överenskommelse träffas om vem eller vilka som ska äga patenträtten.

Att tänka på kring avtal om patent

När patent kan aktualiseras i en upphandlingssituation kan den första frågan att behöva hanteras vara vem av avtalsparterna som ska ansöka om patent.

Patentlicenser får inte vara utformade hur som helst och det är viktigt att bland annat de konkurrens- rättsliga reglerna följs.

Om anställda är inblandade i framtagandet av en uppfinning finns särskilda regler om anställdas rättigheter.

4.4 Avtal om mönsterrätt

Mönsterrätten liknar i det här hänseendet till stora delar patenträtten, särskilt när det gäller det registrerade skyddet. Äganderätten hör samman med registreringen och det kan träffas avtal om överlåtelse och licens.

Det finns även i mönsterskyddslagen regler om licenser och överlåtelse. En första sådan regel är att vidareöverlåtelse bara är tillåten om det avtalats särskilt, se 26 § mönsterskyddslagen. Den regeln kan få betydelse inte minst när det är långa avtals- kedjor. Om en upphandlande myndighet vill förvärva en mönsterrätt kan frånan av en vidareöverlåtelse tidigare i avtalskedjan omöjliggöra ett sådant förvärv.

Träffas avtal om licens eller överlåtelse är detta något som ska tas till registret, se 27 § mönsterskyddslagen. Det har inte någon sakrättslig verkan utan ska ses som en upplysning.

Att tänka på kring avtal om mönsterrätt

Om mönsterrätt kan aktualiseras i en upphandlingssituation är den första frågan normalt vem av parterna som ska lämna in en ansökan om mönsterskydd.

Det finns betydligt färre regler inriktade på avtal om mönsterrätt, jämfört med avtal om patent och upphovsrätt.

Kravet på tydlig skrivning om vidareöverlåtelse gör att en skrivning om det bör övervägas.

4.5 Avtal om varumärken

Varumärken förekommer ofta i licenser och det finns också i varumärkeslagen regler om licenser och överlåtelse av varumärken, se 6 kap. varumärkeslagen. Det står särskilt att rätten helt eller delvis kan överlätas.

En klurighet med avtal om varumärken är att själva den varumärkesrättsliga registreringen bara representerar en bråkdel av det som parterna vill avtala om. Varumärken förknippas med olika typer av goodwill och det är ofta denna goodwill som i själva verket står i centrum i avtalen. Detta bör speglas i avtalets klausuler.

När det gäller de registrerade rättigheterna finns likartade regler som kring patent och mönster för att göra anteckningar i registret, se 6 kap. 2 §. Görs inte en sådan anteckning så påverkas inte giltigheten i avtalet, men anteckningarna kan få stor betydelse som till exempel presumtion om vem som får göra vad.

Avtal om varumärken kan också få en konkurrensbegränsande verkan, inte minst om avtalet är del av ett franchiseavtal. Det finns även kring franchise ett särskilt gruppundantag som får betydelse för hur avtalen får vara utformade. Dimensionen av att varumärken är centrala för många tjänsteinnovationer gör att reglerna om franchising kan komma att aktualiseras i många situationer.

Att tänka på kring avtal om varumärken

Avtal om varumärken kan ta sin startpunkt i en överenskommelse om vem som ska göra registreringen.

I avtal om varumärken är det viktigt att beakta att varumärkenas värde inte ligger bara i det som finns hos registreringsmyndigheten utan kanske snarast i den goodwill varumärket är laddat med. Detta måste speglas i avtalen.

4.6 Avtal om företagshemligheter

Avtal om företagshemligheter kan dyka upp i flera olika skepnader. En typ av avtal är sekretessavtal, vilka kan vara ett sätt att uppfylla hemlighetsrekvisitet i lagen. En helt annan typ av avtal är licenser, då ofta i skepnaden av know-howlicenser. Som nämnades ovan omfattas även sådana licenser av gruppundantaget om tekniköverföring.

I samband med offentlig upphandling är viktigt att komma ihåg att för offentliga aktörer gäller offentlighetsprincipen. Ett företag kan inte avtala om sekretess med till exempel en kommun, även om det kanske är rutin när två företag sluter ett avtal.

Att tänka på kring avtal om företagshemligheter

I näringslivet är det vanligt med sekretessavtal och andra avtal om företagshemligheter. Det allmänna kan inte ingå sådana avtal eftersom det som kan hemlighållas hos offentliga aktörer är reglerat i lagen om offentlighet och sekretess.

5. Några saker att tänka på från upphandlarens perspektiv

5.1 De immaterialrättsliga avtalen styr vad som får göras

Genom klausulerna om immaterialrätt i avtalet styrs vad som får göras med resultaten kopplade till upphandlingen.

Det immaterialrätten ger rättighetshavaren är en ensamrätt. Denna ensamrätt gör det möjligt att kontrollera hur något används. Vill någon, såsom en kommun som köpt något via offentlig upphandling, göra något med ett resultat som kan omfattas av immaterialrättsligt skydd, måste ett avtal finnas som gör detta tillåtet.

Som beskrevs i tidigare avsnitt måste klausulerna om immaterialrättigheter anpassas till den specifika rättigheten. Avtal om upphovsrättigheter kan inte se riktigt likadana ut som avtal om patenträttigheter.

Det finns en missuppfattning om att det bästa är att förvärva hela äganderätten till samtliga rättigheter, att det är en enkel typ om skrivning som gör att man inte behöver bekymra sig om något mer.

Detta stämmer inte riktigt med verkligheten. Det ena, som kommer beskrivas nedan, är att förvärv av hela äganderätten kan komma att kosta mycket. Det andra är att även om alla rättigheter förvärvats får man inte göra vad som helst. Detta sista gäller framförallt om upphovsrättigheter omfattas av avtalen.

För alla avtal som omfattar upphovsrättigheter är det viktigt att de särskilda reglerna om upphovsrättsliga avtal speglas i avtalen. Även om hela upphovsrätten förvärvas får till exempel inte några ändringar göras om detta inte avtalats särskilt. Står inget om till exempel rätten att ge ut en rapport i avkortad form får det inte göras, trots att det i upphandlingen betalats en massa pengar för att få samtliga förfoganderätter.

Det kan finnas en poäng för de som arbetar med offentlig upphandling att ta fram en strategi för hur de immaterialrättsliga förvärven ska se ut och vad som bör regleras

i avtalen om användningen. Det kan till exempel vara en strategi där olika typer av rättighetsförvärv regleras och där vissa klausuler alltid ska vara med.

Ett första steg i en strategi kan vara att se vilka immaterialrättsliga frågor som behöver aktualiseras var i processen.

5.2 När i processen aktualiseras immaterialrättsfrågorna?

I avsnitt 2.1 beskrevs inköpsprocessen och något om när immaterialrättsfrågorna aktualiseras. Här kommer en mer ingående beskrivning av vilka immaterialrättsfrågor som kan behöva hanteras i de olika delarna av inköpsprocessen.

Behovsanalys

I samband med behovsanalysen finns det flera frågor som behöver lyftas ur ett immaterialrättsperspektiv. Den första är i vilken mån det finns tillgängliga resurser för att hantera frågor om hur immaterialrättigheter kan behöva hanteras i avtalen. Till detta hör så klart frågan om det överhuvudtaget kan komma att aktualiseras några immaterialrättsliga frågor.

Ett stort problem är att de som inte själva kan något om immaterialrätt kan ha lätt att missa när immaterialrättsfrågor aktualiseras. Det bör alltså säkerställas att det finns någon som kopplas in i det här steget för att göra en genomlysning.

Till behovsanalysen kan också höra att göra en analys av vilken typ av rättighetsförvärv som behöver göras. Är det sådant som är skyddat av upphovsrätten kan frågor om till exempel behovet av att avtala om rätten till framtida bearbetningar vara en sådan fråga som aktualiseras.

Marknadsdialog

När en upphandling ska genomföras måste frågor om till exempel vad som finns på marknaden tas upp. Här kan till och med dialog föras med olika aktörer på marknaden, inte bara potentiella leverantörer utan också sådana som agerar som olika typer av mellanhänder.

I det här skedet kan det vara viktigt att se vad som finns tillgängligt på marknaden och inte minst att se om någon äger rättigheter till sådant som finns på marknaden. Är det till exempel så att man önskar en viss lösning måste det ses om denna lösning kan vara patenterad.

Här kan vara värt att påminna om 9 kap. 6 § lagen om offentlig upphandling där står att om vissa leverantörer gynnas eller missgynnas får de tekniska specifikationerna inte innehålla hänvisningar till varumärke eller patent. Hänvisningar får göras om det inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt på något annat sätt.

I samband med marknadsdialogen kan det alltså krävas att sökningar görs i patentdatabaser, för att se om den tekniska lösningen är patenterad eller inte. Här kan branschpraxis och liknande behöva beaktas.

Annonsering

I samband med annonsering är viktigt att det tydliggörs vilken typ av rättighetsförvärv som avses att göras. Om detta saknas i annonsen kan de som ska lämna anbud inte göra beräkningar av vad som är rimligt pris.

Ett enkelt exempel är vad som kan gälla vid fotograferingsuppdrag. Om inga upphovsrättigheter alls omfattas ska prislappen i princip täcka den tid det tar att ta bilderna. Om samtliga ekonomiska rättigheter ska omfattas ska priset täcka även rättighetsförvärvet. Låt säga att det handlar om fotografering av kommunhuset i en stad, fotografier som fotografen annars också skulle kunna låta andra använda, så innebär försäljningen av rättigheterna att fotografen förlorar möjligheter till intäkter.

Tilldelning av kontrakt

När analysen ska göras av vilken aktör som ska tilldelas kontrakt kan det vara viktigt att se om alla aktörer verkligen satt pris på samma saker. I listan av dåliga exempel i avsnitt 2 har aktörer vunnit upphandlingar för att de lagt in ersättning för rättighetsförvärv i sina anbud. För den som läser anbudet med immaterialrättigheterna för ögonen kan i många fall se detta ganska tydligt.

Återkoppling och uppföljning – Avtalsförvaltning

Risken är att de som ska agera utifrån existerande avtal inte har full insikt i hur rättighetsförvärven ser ut. Har till exempel ett snävt rättighetsförvärv gjorts blir det upphovsrättsintrång varje gång en upphovsrättsligt skyddad text hamnar i kopieringsmaskinen. Intrång i immaterialrättigheter medför såväl ett straffansvar som ett skadeståndsansvar. Ett juridiskt ansvar finns även om den som utför själva handlingen inte har uppsåt eller ens aktivt förstår att ett intrång görs.

Det är alltså viktigt att det på ett tydligt sätt informeras om vad som får göras med det som täcks av avtalet. Hit hör kanske särskilt frågor kring upphovsrättigheter, inte minst med tanke på att det finns gränser för möjligheterna till bearbetning.

5.3 Tänk på hela kedjan!

För att kunna sälja omfattande rättigheter måste företaget först förvärvat dem!

Avtalsparterna vid offentlig upphandling är organisationer medan de som skapar sådant som kan vara skyddat av olika immaterialrättigheter är enskilda, fysiska personer. För att det som skapats ska kunna omfattas av en offentlig upphandling måste en kedja finnas hela vägen till den person som stod i labbet eller höll i pennan.

Denna kedja måste täcka hela det rättighetsförvärv som ska omfattas av upphandlingen. Företaget kan aldrig ge beställaren en mer omfattande rättighet än de själva har förvärvat. I många anställnings- och kollektivavtal görs inte fullständiga rättighetsförvärv. Det gör att företag sällan äger samtliga rättigheter, utan bara har till exempel förvärvat en viss nyttjande rätt. En konsekvens av detta är att om det i en upphandling står att samtliga rättigheter ska övergå måste företaget gå tillbaka och förhandla om avtalen med samtliga anställda som varit med i skapandet av det som omfattas av upphandlingen.

I avtalen kan det därför vara bra att skriva in ett ansvar bakåt, det vill säga att företaget är ansvarigt för att rätt förvärv har gjorts. Skulle det sen visa sig att det finns brister i dessa avtal är det lättare att hantera om ansvaret bakåt står med uttryckligen i avtalet.

5.4 Rättigheter = tillgångar = värde = prislapp

I en upphandlingssituation är lätt att fokusera på uppdraget som sådant och ersättningen för det. Beroende på hur rättighetsförvärvet ser ut kan den också komma att påverka det pris som sätts i anbudet.

Om det i underlagen skrivs in onödigt stora rättighetsförvärv kan det leda till att de som lämnar anbud tar höjd för att få betalt inte bara för arbetet utan också för det rättighetsförvärv som görs. En konsekvens blir då att upphandlingen blir onödigt dyr. Om sådana stora förvärv görs utan att det är nödvändigt läggs alltså pengar på något som inte behövs. Stora förvärv som ligger med i annonser kan också göra att företag undviker att överhuvudtaget lämna anbud, vilket gör att själva syftet med att göra offentliga upphandlingar inte uppnås.

Att tänka på som upphandlare

De immaterialrättsliga aspekterna på upphandlingen bör tas in i alla de olika skedena av upphandlingsprocessen. För att kunna göra det behöver immaterialrättslig kompetens säkerställas.

Det är viktigt att de som ska använda olika saker med det som har upphandlats får tydlig information om vad de får göra. Risker är annars stora att de, omedvetet, gör sig skyldiga till immaterialrättsintrång.

6. Några saker att tänka på från företagets perspektiv

6.1 Immaterialrätten ger möjlighet till kontroll

Genom immaterialrätten får rättighetsinnehavaren en möjlighet att kontrollera hur något används.

Det immaterialrätten ger rättighetshavaren är en ensamrätt. Denna ensamrätt gör det möjligt att kontrollera hur något används. Kontrollen över detta kan, om den används rätt, medverka till att skapa möjligheter till intäkter.

Möjligheten till kontroll över det skyddades användning kan tjäna som en utgångspunkt för hur företaget ska tjäna sina pengar. Hur ska affärsmodellen se ut? Ska det tjäna pengar på royalty eller på en nyförsäljning av det som är skyddat av en immaterialrätt?

Som ett led i att se vad som kan och bör göras med de rättigheter som uppkommer i verksamheten skapas ofta strategier kring själva rättigheterna. Dessa strategier kan sedan ligga till grund för hur affärsmodeller konstrueras, vilka avtal som företaget ingår och vilka pris som begärs.

En första utgångspunkt i en strategi för rättigheterna är att också se över de egna förvärven. För att veta vilka avtal som företaget kan gå in i utan att behöva omförhandla avtal med de anställda eller med uppdragstagare måste företaget ha en överblick över sina rättighetsförvärv.

Ett centralt moment i en strategi om förvärv av rättigheter kan vara att försöka samla rättigheter i företaget på ett överblickbart sätt. Ett sätt att göra det är att alltid använda standardavtal för rättighetsförvärv som görs. Det gör att företaget alltid själva vet vilka rättigheter som har förvärvats och vad dessa förvärv innebär.

Hur själva avtalen ska konstrueras beror på vilka typer av avtal beställare brukar vilja ingå. Befinner företaget sig i en situation där beställarna kräver att få full nyttjanderätt måste det se till att ha avtal med anställda och uppdragstagare som ger full nyttjanderätt. Befinner det sig i en situation där beställarna ofta kräver att

få förvärva alla ekonomiska rättigheter bör det se till att förvärva dessa rättigheter från anställda och uppdragstagare.

I en del fall kan det vara möjligt att förvärva optioner till större rättighetsförvärv. Optionen kan konstrueras så att företaget har en rätt att förvärva olika delar av rättigheterna på vissa i förhand uppställda villkor. Fördelen med denna konstruktion är att företaget inte riskerar att betala för en massa rättigheter som det sedan inte behöver.

6.2 Avtalen kan styra möjligheter till fortsatta affärer

För det fall att företaget alltid släpper alla ekonomiska rättigheter kan möjligheter att göra affärer i fortsättningen påverkas. Vilka risker innebär olika typer av avtal för affärsverksamheten?

Ett viktigt led i en strategi kring immaterialrättigheter är också att bestämma sig för vilka typer av avtal företaget är beredda att gå in i. Vill företaget verkligen gå in i avtal som innebär att släppa all kontroll över hur ett verk eller en uppfinning används? Är det ens en fråga om ersättning?

De avtal som tecknas om immaterialrättigheter kan vara avgörande för möjligheter att bedriva företags verksamhet. För det fall att det träffas avtal som innebär att det frångår sig alla rättigheter till det som skapats kan det till sist bli svårt att fortsätta göra affärer.

Såsom beskrevs ovan är det viktigt att se över strategierna för hur rättigheterna ska hanteras i verksamheten. Det gäller både de förvärv av rättigheter som företaget gör och de avtal som ingås med beställare.

När det gäller förvärv av rättigheter som företag gör kan det vara bra att redan vid förvärven fundera över hur företags verksamhet kan utvecklas. Möjligheter till affärsutveckling med utgångspunkt i sådant som skapats inom företaget är ofta helt beroende av hur rättighetsförvärven sett ut. Det allra mest centrala är dock att ha en överblick över vilka verk som får användas på vilka sätt.

Ett sätt att göra det är att ha olika markeringar för olika dokument beroende på hur rättighetsförvärven ser ut. Markeringen kan bygga på vilka möjligheter företag har att använda materialet vidare. Material som köpts in från uppdragstagare som bara gett en begränsad nyttjanderätt kan svårigen ligga till grund för utvecklade affärer hos företaget.

När företaget arbetar fram en strategi bör det fundera över vilka konsekvenser det får att träffa olika typer av avtal. Det kan vara så att för vissa delar av verksamheten är det inga problem att släppa alla ekonomiska rättigheter, men att det för andra delar skulle det vara helt förödande. Skillnaden kan ligga i vilken användning företaget har för materialet utanför ett visst enskilt uppdrag.

Oavsett vilken strategi företag bestämmer sig för är viktigt att det försöker se vad olika rättigheter har för ekonomiskt värde. Det gör att företaget har lättare att se hur rättighetsdelen av avtalet ska påverka priset för hela uppdraget.

6.3 Tänk på hela kedjan!

För att kunna sälja omfattande rättigheter måste företaget först förvärvat dem!

Det finns en utgångspunkt som hela tiden måste ligga till grund för vilka avtal företaget går in i. Företaget kan aldrig ge en beställare mer omfattande rättigheter än det själv förvärvat.

Varje gång företag går igenom ett underlag för offentlig upphandling måste det kontrollera så att det har avtal om förvärv av rättigheter som stämmer överens med de villkor som finns i underlaget. Stämmer det inte får de antingen träffa tilläggsavtal med rättighetshavarna eller avstå från att lämna ett anbud.

Det är viktigt att företaget tänker på samtliga rättigheter som omfattas. Om det gäller till exempel en informationsfilm så finns det en mängd upphovspersoner. Allt från foto och manus till musik. Alla avtal måste tillåta den typ av rättighetsövergång som upphandlingen omfattar, annars innebär det ett upphovsrättsintrång.

6.4 Rättigheter = tillgångar = värde = prislapp

I en upphandlingssituation är det lätt att fokusera på uppdraget som sådant och ersättningen för det. Det är lätt att glömma rättighetsfrågorna, eftersom de i den konkreta situationen kanske inte ter sig lika viktiga. För att undvika att senare hamna i problem på grund av hur upphovsrättsfrågorna är reglerade i avtalen är det viktigt att även se över dessa delar.

När avtal kommer till genom upphandling finns frågan om rättighetsförvärven normalt redan i underlaget. Det gör att det redan vid en genomläsning av förfrågningsunderlaget blir tydligt hur rättighetsförvärvet ser ut och hur det påverkar andra delar av avtalet.

Några frågor som är av särskild betydelse kan vara värda att uppmärksamma. Vissa skrivningar, såsom beskrivits ovan, innebär att leverantören helt förlorar kontrollen över det som skapats. Vilken inverkan har det? Är det något som företaget anser att de ska ha mer betalt för att släppa?

En sak som kan inverka på bedömningen av värdet av att lämna ifrån sig kontrollen över verket är att det kan innebära förlorade möjligheter till intäkter längre fram. För det fall att det går att se att intäkter kan gå förlorade bör en kalkyl göras över vilka intäkter det kan vara frågan om. Risken att förlora intäkter kanske ska leda till att ett högre pris begärs.

Om rättighetsförvärvet som anges i förfrågningsunderlaget är mycket omfattande kan leverantören förlora möjligheter att själva vidareanvända materialet. Det kan innebära förlorade möjligheter att i fortsättningen bedriva sin verksamhet. För det fall att avtalet kan ha en sådan inverkan kan frågan tas upp om det påverkar priset som sätts.

I förlängningen landar det hela i affärsmässiga bedömningar. I vissa fall kan bedömningen vara att skrivningarna kan kompenseras genom att mer ersättning kan fås när rättigheter släpps. I andra fall kanske bedömningen blir att det rättighetsförvärv som beställaren vill göra kan få sådan inverkan på möjligheterna att i fortsättningen bedriva verksamheten att det är bäst att avstå från att lämna in anbud.

Det förekommer också att företag känner sig tvingade att acceptera att släppa mer omfattande rättigheter. De upplever att de antingen måste gå med på att motparten gör omfattande rättighetsförvärv eller inte alls agera på vissa marknader, nämligen de som omfattas av offentlig upphandling.

Att tänka på som företag

Var alltid noggrann att läsa villkoren i underlagen för att se hur omfattande rättighetsförvärv som ingår. Är något oklart i underlagen kring rättighetsförvärv måste detta tydliggöras av de upphandlande myndigheterna. Detta kan till exempel göras i frågor och svar..

Var också alltid noggrann i att göra medvetna val. Ska till exempel rättighetsförvärvens omfattning påverka nivån på anbudet?

Lämna inte anbud som innebär att företaget säljer rättigheter som inte förvärvats. Det måste vara tydligt vilka rättighetsförvärv som gjorts från anställda och uppdragstagare.

7. Olika skrivningar får väldigt olika effekter

7.1 Välj rätt formulering för rätt situation

Klausuler om immaterialrättigheter kan se ut på olika sätt. Det är alltid viktigt att se vad olika typer av skrivningar får för konsekvenser för avtalsparterna. Skrivningar som vid en första anblick kan se väldigt lika ut får helt olika konsekvenser, vilket får betydelse bland annat under avtalsförvaltningen. Det som en avtalsskrivning gör tillåtet kan en annan avtalsskrivning blockera helt. Om inte alla som hanterar det som omfattas av immaterialrättigheter förstår betydelsen av de olika skrivningarna riskerar de att göra fel.

I det följande ges några exempel på olika typer av skrivningar och också vad dessa skrivningar får för konsekvenser.

7.2 Exempel på skrivningar där full nyttjanderätt förvärvas

"Beställaren förvärvar full nyttjanderätt till resultatet av uppdraget, oavsett vilken teknik som används vid nyttjandet och oavsett var nyttjandet sker."

"Beställaren har full och oinskränkt nyttjanderätt till allt arbete och allt material, inklusive rätten att ändra i och korrigera material."

"Beställaren ska ha fri och oinskränkt nyttjanderätt till samtliga inom uppdraget redovisade resultat, exempelvis idéskisser, förslag, modeller, ritningar och andra handlingar. Detta gäller även om uppdragsresultatet åtnjuter skydd enligt upphovsrättsliga eller andra immaterialrättsliga regler."

"Beställaren har rätt att använda resultatet av respektive uppdrag för att genomföra åtgärd. Beställaren ska ha äganderätt till originalhandlingar, liksom de datafiler och elektroniska konfigurationer som handlingarna framställs ur, samt full nyttjanderätt till resultatet av uppdraget. Med full nyttjanderätt avses att beställaren har rätt att framställa och fritt nyttja arbetsresultatet i såväl ursprungligt som av beställaren ändrat skick utan ersättning till konsulten."

7.2.1 Konsekvens: Förlorar kontrollen

Upphovsrätten ger rättighetsinnehavaren en möjlighet att kontrollera hur det skyddade används. Förvärvar någon full nyttjanderätten går den möjligheten förlorad.

Den som är rättighetsinnehavare till ett upphovsrättsligt skyddat verk har en ensamrätt. Ensamrätten innebär dels möjligheter att tjäna pengar på verket, dels möjligheter att kontrollera hur verket används.

När beställaren förvärvar full nyttjanderätt innebär det att upphovspersonen visserligen har immaterialrätten kvar, men att beställaren själv får avgöra hur det skyddade utnyttjas. Beställaren behöver inte fråga upphovspersonen för att trycka nya upplagor, lägga ut material på nätet, använda materialet som grund för vidare arbeten och så vidare.

Konsekvensen blir att det är beställaren som har kontrollen. Upphovspersonen kan inte komma med synpunkter på att verket överutnyttjas eller används på ett sätt som han inte tänkt sig vid skapandet av verket.

Det finns en borte gräns för vad beställaren kan göra när full nyttjanderätt har förvärvats, nämligen den ideella rätten. Den ideella rätten innebär bland annat att verket inte får tillgängliggöras i ett kränkande sammanhang. Det kan till exempel handla om sånger som används för att illustrera massmord eller barnpornografi. Det går inte att åberopa den ideella rätten när det är nyttjanden som visserligen inte ligger i linje med upphovspersonens intentioner och önskemål, men som inte kan anses utgöra tillgängliggörande i kränkande sammanhang.

7.2.2 Konsekvens: Ersättningen samma oavsett hur det skyddade faktiskt används

Beställaren betalar samma summa oavsett hur mycket eller lite det skyddade används.

När beställaren får full nyttjanderätt till något betalas samma ersättning vare sig det skyddade aldrig kommer till användning eller används dagligen av hundratusentals människor.

Konsekvensen blir alltså att den satta prislappen kan slå väldigt fel. I vissa fall betalas för nyttjanderätter som aldrig används. I andra fall kan företaget i sitt anbud satt ett alldeles för lågt pris i förhållande till de nyttjanden som faktiskt sker.

Det kan vara möjligt att undvika denna konsekvens genom att komplettera avtalet med någon form av royaltyregel eller att tidsbegränsa den fria nyttjanderätten.

7.3 Exempel på skrivningar där alla rättigheter överläts

"Beställaren har rätt att fritt använda resultatet av uppdraget. Efter uppdragets avslutande ska samtliga originalritningar/datafiler överlämnas till beställaren. Beställaren har äganderätten till originalhandlingar liksom till de datafiler och elektroniska konfigurationer som handlingarna framställts ur."

"Resultatet av uppdraget (beräkningar, ritningar, modeller, datorprogram etc) tillkommer med oinskränkt ägande- och nyttjanderätt Beställaren för användning inom sin verksamhet. Beställarens ovan angivna nyttjande- och äganderätt innefattar bl a att Beställaren äger sprida, publicera och framställa exemplar av sådant resultat samt att Beställaren äger göra de ändringar i resultatet som Beställaren önskar."

"Beställaren ska ha full ägande- och nyttjanderätt till samtliga handlingar samt datafiler som upprättats inom projektet. Beställaren ska ha fri tillgång till materialet, under och efter avslutad projektering och möjligheter till kopior i form av filer i CAD-systemets originalformat. Av konsulter utarbetade ritningar, program och andra texthandlingar, förslag, idéskisser eller annan dokumentation, ska efter eget slutfört uppdrag förbli beställarens egendom. Beställaren äger att fritt, efter eget gottfinnande, använda och nyttja materialet. Beställarens rätt enligt detta avtal om fritt nyttjande av konsultens resultat av uppdraget, berättigar icke konsulten till särskild ersättning utöver den ersättning som utgår för själva uppdraget."

7.3.1 Konsekvens: Får inte ens använda själv...

Immaterialrättigheterna innebär en ensamrätt. Överläts ensamrätten har inte skaparen och företaget rätten kvar.

Idag har det blivit allt vanligare med skrivningar om att beställaren förvärvar hela rättigheterna. Här är det viktigt att komma ihåg upphovsrättens särart. Eftersom det enligt upphovsrättslagen inte går att överlåta den ideella rätten är det bara de ekonomiska rättigheterna som överläts. Detta gäller även om det i avtalet står att hela upphovsrätten går över. Den ideella rätten överläts inte.

Konsekvensen av att hela rättigheterna överläts är att den som förvärvar rättigheterna kommer i den position som skaparen och/eller företag hade från början. Den ursprunglige rättighetshavaren har ingen rätt kvar.

En beskrivning av detta kan ges från upphovsrätten. En central del av upphovsrätten är rätten att göra fler exemplar. Det kan handla om att göra kopior av resultatet av ett tidigare utfört uppdrag för att använda som referensmaterial. Det kan också handla om att göra bilder på tidigare utförda uppdrag för att sätta upp på kontoret.

När upphovsrätten har överlåtits har inte upphovspersonen större rätt att framställa exemplar än andra, helt utomstående, personer. Det innebär att upphovspersonen normalt sett inte får göra kopior av materialet. Rätten att framställa fler exemplar ligger hos den som förvärvat upphovsrätten.

En annan del av ensamrätten är att tillgängliggöra verket för allmänheten, genom att exempelvis lägga ut det på internet. När alla de ekonomiska rättigheterna överläts förlorar upphovspersonen denna rätt. Det gör att om beställaren förvärvar hela

upphovsrätten kan inte de som utfört uppdraget lägga ut materialet på nätet. För att få lägga ut material som referensmaterial på nätet krävs tillstånd från beställaren.

När alla ekonomiska rättigheter överläts till beställaren kan också möjligheter att använda material i andra uppdrag gå förlorade. För många som arbetar med uppdrag som liknar varandra kan det innebära problem. Det kan till exempel handla om modeller och lösningar. När alla ekonomiska rättigheter släpps kan beställaren i vissa fall påtala upphovsrättsintrång om dessa modeller och lösningar används i andra uppdrag.

7.3.2 Konsekvens: Säljer ibland mer än förvärvat

Immaterialrättsliga avtal måste bilda en komplett kedja ända tillbaka till de som stått för skapandet för att fungera. För att kunna överlåta samtliga rättigheter krävs att samtliga rättigheter förvärvats.

När ett avtal sluts om att överlåta samtliga rättigheter till en beställare innebär det att beställaren avser att förvärva alla rättigheterna som rör det som omfattas av avtalet. Vilka som har bidragit i processen fram till det slutgiltiga verket är ofta inte av särskilt stort intresse för beställaren.

När många arbetar med ett gemensamt projekt och bidrar till resultaten får dessa sin del av rätten till det slutgiltiga materialet. För att kunna överlåta samtliga rättigheter till en beställare krävs att samtliga rättigheter förvärvats av alla de som varit inblandade.

I praktiken förvärvas sällan samtliga rättigheter från alla de som varit med i olika projekt, vare sig de som varit inblandade har varit anställda eller gjort det som uppdragstagare.

Som beskrevs ovan ser rättighetsförvärv från anställda olika ut beroende på vilken rättighet det är fråga om. När det gäller anställda finns i en del kollektivavtal regler om hur omfattande arbetsgivarens rättighetsförvärv är. Det är sällsynt med kollektivavtal som överlåter alla rättigheter till arbetsgivaren.

På upphovsrättens område gäller att om inget kollektivavtal, eller anställningsavtal, finns som reglerar upphovsrätten förvärvar arbetsgivaren bara en begränsad nyttjanderätt. När det gäller uppdragstagare som bidragit till verket måste avtalen vara tydliga i att samtliga ekonomiska rättigheter överläts. Har så inte skett ligger upphovsrätten kvar hos uppdragstagaren.

Konsekvensen är att om avtal ingås om att överlåta samtliga rättigheter måste först alla rättigheter förvärvas bakåt. Har inte avtal tidigare träffats med de anställda och med uppdragstagare måste samtliga dessa avtal omförhandlas. I en del fall kräver dessa personer extra ersättning för att gå med på överlåtelse av samtliga rättigheter. Detta eftersom det påverkar även deras möjligheter att exempelvis göra kopior av material för att använda som referensmaterial.

Det är också viktigt att beställaren upplyses ordentligt om vilka som varit delaktiga i skapandet av upphovsrättsligt skyddade verk. Detta eftersom beställaren vid utnyttjande av verket måste namnge upphovsmännen i enlighet med god sed, se 3 § upphovsrättslagen.

7.3.3 Konsekvens: Förvärv av rättigheter – möjlighet att beivra intrång

Den som inte äger rätten kan inte heller stämma den som gör intrång.

Det händer då och då att någon använder material på ett sätt som de inte har rätt till. Det kan handla om att publicera det, göra kopior eller att lägga ut det på nätet. Det kan då finnas anledning att beivra intrånget genom att gå till domstol.

Det är den som äger rättigheterna som främst har möjlighet att ta frågor om intrång i rättigheterna till domstol. I vissa fall när företag sluter avtal om immaterialrättigheter skrivs det in att parterna ska informera varandra om de upptäcker intrång och också diskutera hur frågan om intrånget ska hanteras. I offentlig upphandling är denna typ av skrivningar inte lika vanligt förekommande.

Det finns dock några möjligheter att påtala intrång även om samtliga rättigheter överlåts. En möjlighet är att helt enkelt göra en polisanmälan om immaterialrättsintrång. I de immaterialrättsliga lagarna finns även regler om straffansvar, vilket gör att polisanmälan kan göras. En polisanmälan om intrång kan vem som helst göra, även någon som inte äger immaterialrätten. Problemet med polisanmälan är att dessa många gånger inte leder till åtgärder från polisens håll om inte rättighetsinnehavaren trycker på.

Även här kan det vara värt att påtala upphovsrättens särskilda konstruktion. En möjlighet att påtala vad som händer med verket har upphovspersonen kvar i och med att den ideella rätten ligger kvar hos honom. Det innebär att om upphovspersonen inte blir namngiven kan han påtala att den ideella rätten kränkts. Detta gäller dock bara den fysiska personen, inte det företag där han var anställd när verket skapades.

Att tänka på kring olika skrivningar

Välj skrivningar om olika rättigheter aktivt och säkerställ att alla som behöver förstå vad avtalet innebär faktiskt får tillräcklig kunskap om vilka nyttjanden som får göras.

8. Vilka faktorer ska balanseras?

När avtalsparterna går in i ett avtal där de delar på rättigheten kan båda parter få det som är intressant för just dem. Beställaren kan få den nyttjanderätt som behövs för att uppdraget ska kunna tjäna sitt syfte. Faktum är att om beställaren inte får någon nyttjanderätt alls blir uppdraget ofta förfelat. Resultatet av ett uppdrag är ofta tänkt att omsättas på något sätt.

Leverantören kan genom att dela rätten också få del av något som är intressant. En sak är förstås att beställaren kan utnyttja det skyddade, vilket också kan vara en fördel för leverantören. Genom den ideella rätten finns krav på att upphovspersonen ska anges, vilket kan ses som marknadsföring av leverantören och dennes anställda.

Vid denna typ av avtalskonstruktion får beställaren en nyttjanderätt, medan rätten i övrigt ligger kvar hos leverantören. Leverantören har då full frihet att fortsätta använda de modeller, databaser och så vidare som tagits fram. Genom att få behålla rätten till resultaten av många uppdrag kan dessa sammantaget bli en stor tillgång för företaget. Det kan sägas utgöra företagets egentliga kärna och därigenom ligga till grund för affärsutveckling.

Det finns några olika faktorer som kan balanseras i relation till varandra för att få balanserade avtal. Till dessa faktorer hör:

- **Kontroll**

Vem av avtalsparterna har störst behov av att kunna kontrollera hur det framtagna materialet använts? För beställaren är det ofta viktigare att själv få nyttja materialet än att hindra andra från att nyttja samma material. För leverantören finns ofta ett stort behov av att kunna kontrollera nyttjandena. Varje otillåtet nyttjande kan konkret innebära en förlorad intäkt.

- **Intäkter**

I en del fall kan nyttjandet av materialet leda till vidare intäkter. I den konkreta situationen måste avgöras hur dessa intäkter ska fördelas. I en del avtalskonstruktioner väljer parterna att fördela intäkter med hjälp av royalty. I andra fall bestäms att en av parterna ska ha rätt till samtliga intäkter.

- **Materialets livslängd**

En del material som tas fram av konsulter har en kort livslängd. De hanterar en konkret fråga som genom materialet hanteras slutgiltigt. Det finns dock också material som konsulter tar fram som har en mycket lång livslängd. Det

kan handla om en långsiktig planering för att lösa problem i en viss miljö eller beskrivningar om hur ett område kan utvecklas över tid. För det fall att ett material har lång livslängd kan konsulten ha ett intresse av materialet under en längre tid. Det är lättare att släppa mer omfattande rättigheter till ett material som har kort livslängd.

- Behov av förändringar

En del material som tas fram av konsulter kommer att nyttjas under en längre tid och på flera olika sätt. Det kan handla om material som i grunden handlar om en viss fråga, men som också används för exempelvis medborgardialog eller behöver göras tillgängligt på olika sätt. Konsulten kan i vissa fall ha ett starkt intresse av att kontrollera hur dessa förändringar påverkar materialet, vilket gör att det han inte har ett intresse av att släppa rätten till förändringar. I andra fall kan konsulten nöja sig med att konstatera att den ideella rätten innebär ett skydd mot i alla fall kränkande ändringar.

- Fördelning av ansvar

En typ av skrivningar som är vanliga i avtal där immaterialrättigheter berörs är skrivningar om vem som ska ha ansvar för eventuella intrång. Dessa skrivningar innebär ofta friskrivningar för den starkare parten. En konstruktion som ibland valts är att beställaren förbehåller sig rätten att göra bearbetningar samtidigt som leverantören ska ha ansvar för de eventuella intrång som görs. För det fall att beställarens bearbetningar kränker upphovspersonens ideella rätt ska enligt sådana skrivningar leverantören betala skadeståndet. Detta utan att ha haft möjlighet att påverka bearbetningarna. Frågan om fördelning av ansvar bör styras så att den som har möjlighet att kontrollera verket, bearbetningarna och nyttjanden också bör ha huvuddelen av ansvaret.

- Försäkring

Beroende på hur avtalen konstrueras kan finnas anledning att se över hur företagets försäkringsskydd ser ut. I en del fall kan ansvarsklausulerna i avtalen vara så konstruerade att det kräver en diskussion med försäkringsbolaget. Försäkringsbolagen är experter på att bedöma och beräkna värdet av olika risker. Skulle avtalet vara så konstruerat att avtalet inte går att försäkra finns starka skäl för att inte gå in i avtalet. Detta kan inte minst gälla skrivningar om immaterialrättigheter, som ofta hanteras på andra sätt i försäkringsavtal än många andra delar.

För vissa branscher finns etablerade standardavtal. Dessa innehåller ofta skrivningar som även omfattar immaterialrättigheter. Standardavtalen kan många gånger vara framförhandlade mellan flera aktörer vilket gör att de ofta är balanserade och dessutom särskilt anpassade till vad som normalt gäller för den specifika branschen.

9. Rätten till det som skapas hos det offentliga

Det skapas inte bara saker hos företag. Det skapas också en mängd saker hos det offentliga, sådant som kan omfattas av olika typer av immaterialrättsliga skydd.

När det gäller sådant som skyddas av upphovsrätten ligger rätten normalt kvar hos den person som stått för skapandet, även om det är fråga om en anställd. Arbetsgivaren får en rätt att använda det som skapats inom ramen för den normala verksamheten.

Tar till exempel en lärare på en kommunal skola fram ett undervisningsmaterial äger läraren upphovsrätten till materialet. Skulle en annan kommun vilja köpa rätten till undervisningsmaterialet får inte kommunen sälja det utan att träffa ett avtal om det med läraren.

För registrerade rättigheter kan andra typer av diskussioner uppkomma. En fråga som har diskuterats är om till exempel kommuner kan, och i så fall bör, äga patent. Det regelverk som styr vad kommuner kan göra förhindrar kommuner från att kommersialisera en patenterad uppfinning. Detta vare sig det handlar om att sälja licenser eller att tillverka det skyddade för att sedan sälja själva produkten. Det samma gäller även för upphandlingsdokument som är framtagna av tjänstepersoner i myndigheter.

10. Slutsatser

Immaterialrättigheter kan vara en central tillgång för båda avtalsparterna. Bra avtal balanserar båda avtalsparternas intressen, på kort och lång sikt.

10.1 Upphandling i kunskapsekonomin – en fråga om immaterialrätt

Immaterialrättigheter och andra kunskapsbaserade tillgångar är en allt viktigare del av kunskapsekonomin. Det gör att frågor kring dem måste beaktas i allt fler typer av situationer, inte minst när det gäller offentlig upphandling.

Svenskt Näringsliv har tagit fram en immaterialrättsstrategi. Strategin har en bred ansats och tittar inte bara på själva den immaterialrättsliga lagstiftningen. Kunskapsekonomin förutsätter att de kunskapsbaserade tillgångarna tas tillvara på bästa sätt. I strategin har fem olika utmaningar identifierats, såsom kunskapsbrist och bristande tillvaratagande av tillgångar.

Flera av utmaningarna har koppling till offentlig upphandling. Det är långt ifrån alla som arbetar med offentlig upphandling som har tillräcklig kunskap om immaterialrätt. Dessvärre är det samtidigt så att många som arbetar med immaterialrätt inte heller alltid förstår hur offentlig upphandling fungerar.

Bristande tillvaratagande av tillgångar innebär att de kunskapsbaserade tillgångar som finns faktiskt inte tas tillvara på bästa sätt. Det kan till exempel handla om att en myndighet gör ett stort rättighetsförvärv som gör att företaget inte kan arbeta vidare med det som de anställda på företaget skapat. Varje gång företag ska göra en viss typ av leverans måste de därför börja om på noll och också ta betalt för att göra det. Från samhällsperspektiv vore det bättre om de kunskapsbaserade tillgångarna användes på ett betydligt mer effektivt sätt.

10.2 Några saker att göra

10.2.1 Gör en genomgång om rättigheter som kan aktualiseras

Immaterialrättigheter aktualiseras inte vid alla typer av upphandlingar. Det är dock viktigt att redan i de inledande skedena gå igenom och se om immaterialrättsliga frågor kan aktualiseras. Hela upphandlingssituationen behöver gås igenom. Även om själva kärnan i upphandlingen inte omfattas av några immaterialrättigheter kan det ändå finnas delar som kan omfattas av immaterialrättsliga skydd.

En upphandling kan till exempel innehålla moment om dokumentation eller instruktioner. Dessa omfattas normalt av immaterialrättsliga skydd och rättigheterna till dem behöver hanteras. Viss dokumentation kan till exempel behöva publiceras på ett sätt som innebär ett upphovsrättsligt nyttjande. Utan att ha förvärvat rätten till det innebär en sådan publicering ett upphovsrättsintrång.

10.2.2 Gör en genomgång om vilka rättigheter det kan vara

Alla immaterialrättigheter kan inte hanteras på samma sätt i en avtalsrelation. Det bör därför särskilt göras en genomgång av vilka rättigheter som kan aktualiseras. Denna genomgång kan göras samtidigt som den övergripande genomgången.

Till denna genomgång bör kopplas att undersöka vilka rättigheter som kan existera före upphandlingen och vilka som kan komma att uppkomma som en konsekvens av upphandlingen. När det gäller undersökningen av vilka rättigheter som kan existera gäller det att tänka brett. Beställs exempelvis ett fotomaterial som ska illustrera något särskilt kan det både vara fråga om att leverantören använder bilder som fanns innan och att de tar nya bilder. Båda situationerna behöver hanteras i avtalen, men kan inte per automatik hanteras på samma sätt.

10.2.3 Undersök särskilt om det är upphovsrätt som kan aktualiseras

Eftersom det finns särskilda regler om hur upphovsrättigheter får hanteras i avtal måste det särskilt undersökas om upphovsrättigheter kan aktualiseras. Det går inte att förvärva samtliga delar av upphovsrätten eftersom den ideella rätten inte kan överlätas till andra.

Det är också viktigt att andra särskilda regler om immaterialrättsliga avtal beaktas, inte minst specifikationsgrundsatsen. Många gånger kan det komma att behöva göras förändringar i levererat material och om man inte avtalat om den rätten blockerar upphovsrätten sådana förändringar. Låt säga att det som upphandlats är en text som man har för avsikt att översätta till olika språk. Har inte det skrivits in i avtalet får materialet inte översättas.

10.2.4 Undersök om det finns framförhandlade avtal som kan vara tillämpbara

Det finns många gånger framförhandlade branschavtal, som även omfattar skrivningar om immaterialrättigheter. Det kan vara värt att se om sådana avtal kan

användas. Branschavtal har fördelen att de är balanserade i förhållande till olika aktörers intressen. De har också fördelen att de som gjort avtalen har god bransch-kännedom och förstår vilka frågor som kan behöva regleras i avtalen.

10.2.5 Undersök om det finns standardavtal som kan vara tillämpbara

Det kan finnas standardavtal av olika slag som kan användas. En del standardavtal är framförhandlade avtal, men det finns också standardavtal som ensidigt tagits fram av en aktör på marknaden. En del sådana standardavtal kan vara en bra genväg till att själv konstruera avtal från början. Ett sådant exempel är ALOS 05.³ En del standardavtal är dock utformade så att de ensidigt gynnar en aktör. Det innebär att det inte per automatik är bäst att alltid välja standardavtal. Standardavtalen behöver analyseras ordentligt.

10.2.6 Bestäm hur rättigheterna behöver regleras

Eftersom upphandlingar kan ha olika ändamål måste också skrivningarna om immaterialrättigheterna anpassas så att de motsvarar de behov som finns. Inga rättighetsförvärv ska ske som inte behöver ske. Det är dock lika fel att inte göra förvärv som är nödvändiga för att syftet med upphandlingen ska uppnås.

10.2.7 Vad kostar olika alternativ – vad blir konsekvenserna

Immaterialrättigheter kan ha ett värde. Det gör att olika avtalsskrivningar kan leda till olika kostnader. Dessa, potentiella, kostnader behöver beaktas. Skrivningar om immaterialrättigheterna kan också komma att få effekten att en del väljer att inte ens lämna anbud. Det är en viktig konsekvens att väga in.

10.2.8 Vilket stöd behövs

Beroende på hur situationen ser ut kan särskilt stöd behöva tas in för just de immaterialrättsliga frågorna. De immaterialrättsliga frågorna är så pass komplexa att det inte alltid räcker med hög kompetens på upphandlingsområdet. En genomgång av handlingarna utifrån immaterialrättsperspektiv kan göra att många problem undviks.

10.3 Några saker att absolut inte göra

10.3.1 Inte göra genomlysning

Om man inte tidigt gör en genomlysning av om det immaterialrättigheter kan komma att omfattas av upphandlingen hamnar man lätt fel. I de exempel på vad som kan gå fel har de ofta som gemensam nämnare att det inte gjorts en ordentlig genomlysning av vilka immaterialrättigheter som kan komma att aktualiseras.

³ <https://skr.se/skr/ekonomijuridik/juridik/underlagochmallar/alos05.3138.html>

10.3.2 Ingå avtal som omfattar rättigheter utan att reglera rättighetsfrågorna

Om upphandlingen kan komma att omfatta rättigheter måste dessa frågor hanteras. Finns inga skrivningar kan det som omfattas av upphandlingen kanske inte alls användas som det var tänkt. En upphandling som till exempel rör texter måste innehålla skrivningar om hur texten får användas.

10.3.3 Inte ha uppföljning

När upphandlingen genomförts är det viktigt att alla som kan komma i kontakt med det som upphandlingen gällde förstår vad som får göras. Ett exempel kan vara att om upphandlingen rör fotografier måste alla i organisationen förstå hur bilderna får användas. Risken är annars att någon tror att bilderna är helt friköpta och använder dem i strid med avtalet. En annan risk är att bilderna används utan att den ideella rätten respekteras.

11. För dig som vill veta mer!

Upphandlingsmyndigheten: <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/>

Svenskt Näringslivs immaterialrättsstrategi: <https://www.svensktnaringsliv.se/fraga/Immaterialr%C3%A4tt>

Svenskt Näringsliv om offentlig upphandling: https://www.svensktnaringsliv.se/fraga/Offentlig_upphandling

11.1 Om immaterialrätt

Bernitz, Ulf m fl, Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens – upphovsrätt, patent, mönster, varumärken, namn, otillbörlig konkurrens, 15:e uppl, Jure 2020

Levin, Marianne, Lärobok i immaterialrätt: Upphovsrätt, patenträtt, mönsterrätt, känneteckensrätt i Sverige, EU och internationellt, 12:e uppl, Norstedts juridik 2019

Wessman, Richard m fl, Immaterialrättens struktur, Norstedts juridik 2019

11.2 Om immaterialrättsliga avtal

Wainikka, Christina, Att skydda innovationer – affärer, risker och möjligheter, 2:a uppl, Norstedts juridik 2020

11.3 Om offentlig upphandling

Falk, Jan-Erik, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 4:e uppl, Jure 2020

Lindahl Toftegaard, Eva, Offentlig upphandling – LOU och upphandlingsprocessen, Studentlitteratur 2020

Mühlenbock, Eva-Maj m fl, Lagen om offentlig upphandling – en kommentar, Norstedts Juridik 2021

www.svensktnaringsliv.se

Storgatan 19, 114 82 Stockholm

Telefon 08-553 430 00

Tryck: Arkitektkopia AB, Bromma, 2021