

Patentrettens økonomiske begrundelse og funktion

Patentretten er et retsområde, der fra et tidligt tidspunkt har interesseret fagøkonomer og derfor er blevet gjort til genstand for økonomiske analyser. I denne artikel skal der redegøres for visse af de væsentligste bidrag til denne specialisering inden for den retsøkonomiske litteratur med henblik på at kunne vurdere, på hvilke punkter og i hvilket omfang de økonomiske analyser har bidraget til større indsigt i patentrettens økonomiske begrundelse og funktion.



Lektor Thomas Riis,
cand.merc.(jur.), LL.M., Ph.D.,
Juridisk Institut,
Handelshøjskolen i København

Indledning

Ifølge neoklassisk teori er immaterialrettens økonomiske begrundelse at skabe økonomiske incitamenter til frembringelse af nye opfindelser, litterære og kunstneriske værker m.v. Uden en særlig beskyttelse af sådanne immaterielle goder ville der i mange tilfælde være en formodning for, at skaberen af et immaterielt gode ikke havde mulighed for ved udnyttelse af godet på markedet at kunne opnå en indtjening, der dækkede omkostningerne ved skabelsen af godet. Det skyldes, at frembringelsen af et immaterielt gode ofte er forbundet med betydelige omkostninger, mens andres udnyttelse af godet f.eks.

ved kopiering almindeligvis kan foretages uden væsentlig omkostninger. For medicinalproducenten, der overvejer at investere 10 mio. kr. i udvikling af et nyt medikament, vil det være af stor betydning for beslutningen, om den pågældende har eneret til at sælge medikamentet, såfremt udviklingsarbejdet måtte give det ønskede resultat.

Selv uden immaterialretlig beskyttelse ville der utvivlsomt være incitamenter – herunder økonomiske incitamenter – til skabelse af nye opfindelser, værker m.v., men den økonomiske analyse af immaterialretten er almindeligvis baseret på en antagelse om, at der i givet fald ville være utilstrækkelige incitamenter med det resultat, at markedet blev underforsynet af disse frembringelser sammenlignet med den samfundsmæssigt set optimale situation. Immaterialrettens incitamentskabende effekt har været flittigt debatteret i litteraturen. Der synes at være nogenlunde enighed om, at en sådan eksisterer, men når det kommer til dens størrelse, hører enigheden op.

Immaterialretligt beskyttede frembringelser, hvad enten det drejer sig om opfindelser, kunstneriske og litterære værker e.a., består af information, og information har – i modsætning til andre værdifulde gode

– det særlige karakteristikon, at det ikke er et knapt gode, når det én gang er skabt: Der er *ikke-rivalisering* i forbruget af godet. Det betyder, at én persons brug af godet begrænser ikke andres brug af det samme gode. Efter traditionel økonomisk visdom bør ingen udelukkes fra forbrug af goder, der ikke er knappe. Konsekvensen af dette synspunkt er, at ikke-knappe goder bør stilles gratis til rådighed for alle. De marginale omkostninger er lig nul, og samfundet er i udgangspunktet bedst tjent med, at prisen sættes lig de marginale omkostninger. Drager man den her nævnte konsekvens, opstår imidlertid problemet med, at der ikke skabes tilstrækkelige økonomiske incitamentter til skabelse af nye immaterielle goder. Det centrale samfundsmæssige problem i en analyse af immaterialrettens økonomiske funktion er at sikre, at flest mulige brugere har adgang til de ikke-knappe goder, og samtidig via ordninger som f.eks. immaterialretten, der skaber eksklusivitet i forbruget,¹ at fastholde økonomiske incitamentter til fremskaffelse af nye goder. For så vidt angår opfindelser formuleres problemet ofte som en afvejning mellem de dynamiske fordele ved opfindelser og innovationer på den ene side og de statiske omkostninger ved den markedsstyrke, som følger af patentbeskyttelsen, på den anden side. Dette problem er en variant af den normative retsøkonomis hovedinteresse, der er rettet mod forslag til udformning af gældende ret inden for et bestemt område, således at de samfundsmæssige omkostninger ved en bestemt udformning af gældende ret ikke overstiger de samfundsmæssige fordele.

Normativ analyse af patentsystemet

Den samfundsmæssige afbalancering af fordele og ulemper har i tidens løb ført til en række analyser, der beskæftiger sig med hensigtsmæssigheden af patentbeskyttelsen som sådan, og hensigten har været at vurdere, om samfundet er godt tjent med patentbeskyttelse eller var bedre stillet uden.

I et historisk perspektiv findes et antal tidlige teoretikere (*Jeremy Bentham*, *Jean Baptiste Say*, *John Stuart Mill* og *John Bates Clark*), som var af den opfattelse, at patentbeskyttelse er absolut nødvendig med henblik på at tilskynde til innovationer. Argumentet, som blev fremført af disse teoretikere, var, at patentbeskyttelse i kraft af de økonomiske incitamentter resulterer i opfindelser, som ellers ikke var blevet skabt, og selvom monopoler anses for at være skadelige for samfundsøkonomien, så var

monopolets genstand ikke blevet skabt uden patentbeskyttelsen (»something-for-nothing«-tesen). Beskyttelsens samfundsmæssige omkostninger tillagdes således ingen væsentlig betydning.²

Andre har præsenteret en langt mere negativ vurdering af patentsystemets hensigtsmæssighed. Kritikken af patentsystemet er delvis baseret på en opfattelse af, at mange patenterbare opfindelser var blevet skabt uden patentbeskyttelse. Det hævdes, at selv hvis enkelte opfindelser ikke var blevet skabt uden patentbeskyttelse, opvejer fordelene ved disse opfindelser ikke patentsystemets samlede omkostningerne, som tillige stammer fra beskyttelse af de opfindelser, som var blevet skabt under alle omstændigheder.

Den af det 20. århundredes fagøkonomer, der fremstår som den mest markante kritiker af patentsystemet, er formentlig *Arnold Plant*. Han tager udgangspunkt i det faktum, at opfindelser ikke er knappe goder, når de én gang er skabt. I det omfang patentbeskyttelsen har en incitamentskabende effekt – hvilket *Plant* mener, at den i vid udstrækning har – fremmes bestemte former for produktion på bekostning af andre. Dette indebærer ifølge *Plant* en generel misallokering af ressourcer til skade for samfundet: »What grounds are there for concluding that the output induced by this type of monopoly has any greater claim to be regarded as 'generally useful' than that which would have been induced in its absence by the price conditions of the open market? ... The only conceivable line for such an argument to take would seem to be that ultimately the inventions of a patentable type which will be made in response to the grant of a temporary monopoly will possess a sufficiently greater general usefulness than would result from the other inventions or other output immediately foregone, to outweigh the immediate loss. There surely exists no scientific reason for making any such claim for *patentable* inventions in general, as compared with alternative output.«³

Heroverfor er det gjort gældende af *Arrow* (1962), at sammenlignet med en *ideal* verden må der forventes at blive foretaget utilstrækkelige investeringer i frembringelse af nye opfindelser på grund af særlige egenskaber ved informationsgodet. Dels er opfinderen ikke i stand til at tilegne sig (*appropriere*) den fulde samfundsmæssige værdi af opfindelsen. Patentrettigheder til opfindelsen afhjælper problemet, men løser det ikke, fordi rettigheder-

ne aldrig vil kunne defineres præcist. Dette ses tydeligst ved opfindelsens bidrag til den teknologiske udvikling, og dens indflydelse på fremtidige opfindelser skabt af andre; eksisterende information spiller således en større eller mindre rolle i frembringelsen af ny information. Fuldstændig approprierbarhed ville kræve, at der kunne stiftes partielle patentrettigheder af alle grader i fremtidige opfindelser. Dels er information et udeleligt gode, som gør det vanskeligt at omsætte på markedet. Udbyderen af et informationsgode kan ikke tilbyde en interesseret køber en »vareprøve«, men må enten afsløre informationen eller prøve at afsætte informationsgodet på trods af, at den potentielle køber kun har begrænset kendskab til godets indhold. Såfremt opfindelsen var fuldstændig approprierbar, eksisterede problemet ikke – så også i denne forbindelse afhjælper patentretten problemet, men løser det ikke. Dels er frembringelse af opfindelser en risikofyldt aktivitet, og der må forventes underinvestering i risikofyldte aktiviteter, fordi markedet kun i begrænset omfang er i stand til at håndtere sådanne risikoproblemer. *Arrow* konkluderer, at patentretten således afhjælper underinvestering i frembringelse af nye opfindelser, men optimal ressourceallokering kræver, at staten eller et andet organ, der ikke er styret af gevinst- og tabskriterier subsidierer frembringelse af opfindelser.

Den nyere retsøkonomiske litteratur om patentbeskyttelse er fra en generel betragtning ikke orienteret mod spørgsmålet om, hvorvidt samfundet er bedst stillet med eller uden patentbeskyttelse. Sædvanligvis accepteres patentbeskyttelsen som en del af samfundsordenen og de omgivelser, hvori opfindelser skabes – enten på grundlag af en implicit eller eksplicit antagelse om, at den nok indebærer flere fordele end ulemper,⁴ eller ud fra en opfattelse af at hidtidige forsøg på at fremkomme med entydige svar synes mislykkede.⁵ Sidstnævnte opfattelse kan føres tilbage til *Fritz Machlups* analyse fra 1958 af det amerikanske patentsystem, hvor det konkluderes, at det ikke med sikkerhed kan siges, om patent-systemet fra en økonomisk synsvinkel er til gavn eller skade for samfundet.⁶ I stedet er analyserne mere partielle med fokus på beskyttelsens sekundære problemer – ofte med henblik på hvorledes patentbeskyttelsens samfundsmæssige omkostninger kan reduceres: »While the student of the economics of the patent system must, provisionally, disqualify himself on the question of the effects of the system

as a whole on a large industrial economy, he need not disqualify himself as a judge of proposed changes in the existing system.«⁷

Samfundsmæssige fordele

Incitamenter

De samfundsmæssige fordele ved patentbeskyttelse ligger i de produktivitets- og forbrugsforbedringer, der følger af skabelsen af nye opfindelser.

De økonomiske incitamenter til frembringelse af nye opfindelser består i forventningen om at kunne udnytte eneretten til at opnå en overnormal gevinst ved udnyttelse af opfindelsen og herved få dækket omkostningerne ved skabelse af opfindelsen. Opfinderen skaber et gode, der er værdifuldt for samfundet, og uden patentbeskyttelse kan han have vanskeligt ved at tilegne sig værdien af det gode, han har skabt. Opfinderen har et *approprieringsproblem*, som patentbeskyttelsen har til formål at løse. Denne forestilling om patentbeskyttelsens formål refererer til individuelle og selvstændige opfindere; men i den moderne industrialiserede verden fylder sådanne opfindere ikke meget. De er i stedet ansat i store virksomheders forsknings- og udviklingsafdelinger, og de fleste opfindelser frembringes derfor i virksomheder, hvoraf mange – navnlig inden for kemi- og elektronikbranchen – indehaver større patentporteføljer.⁸ Dette gør billedet mere komplekst og ræsonnementet måske knap så overbevisende. For det første er selve opfindelsen (patentrettens beskyttelsesobjekt) blot en del, ofte en mindre del, af de samlede aktiviteter, der er nødvendige for at kunne udnytte ny teknologi på markedet. Den patenterede opfindelse skal som regel videreudvikles, testes og gøres egnet til markedsføring, og denne kommercialisering af opfindelsen (industriel innovation) vil typisk være såvel tids- som omkostningskrævende. For det andet vil virksomheden have alternative måder, hvorpå den kan løse sit approprieringsproblem – først og fremmest hemmeligholdelse. Store virksomheder drager måske fordel af adgangsbarrierer til markedet, og i givet fald reduceres risikoen for, at nye virksomheder imiterer opfindelsen eller den efterfølgende industrielle innovation.⁹ Forskellige empiriske undersøgelser peger da også på, at små virksomheder tillægger patentbeskyttelse større betydning end store virksomheder.¹⁰

Inspireret af *Joseph Schumpeter* er den hypotese fremført, at gevinsten som hidrører fra patenthaverens markedsstyrke, er en væsentlig kilde til finan-

siering af virksomhedens risikobetonede forsknings- og udviklingsaktiviteter. Fremfor at se patentbeskyttelse som en ordning, der skaber økonomiske incitamenter til frembringelse af nye opfindelser, ses patentbeskyttelse således i stedet som en finansieringskilde. *Scherer & Ross* (1990) konkluderer, at en vis markedsstyrke fremmer virksomhedens opfinderiske og innovative aktiviteter, men at en meget stor markedsstyrke kun sjældent vil have en sådan positiv effekt og derfor sædvanligvis vil begrænse teknologiske fremskridt.¹¹

Spredning af teknologiinformation

Patentrettens krav om, at opfindelsen nøje skal beskrives i patentdokumenterne, bidrager til spredning af information om teknologiske fremskridt, idet patentdokumenterne er offentligt tilgængelige. Dette opfattes til tider som en byttehandel mellem patenthaveren og samfundet: Patenthaveren delagtiggør omverdenen i de af ham gjorte teknologiske fremskridt, mod at han får eneret til at udnytte disse fremskridt kommercielt i en periode på 20 år. Såfremt den herved offentliggjorte information alene kan anvendes til reproduktion af den patenterede opfindelse, og ikke vil bidrage til skabelse af nye opfindelser, som ikke krænker den patenterede opfindelse, har samfundet kun fordel af byttehandlen, hvis patenthaveren alternativt havde hemmeligholdt opfindelsen i længere tid end den 20-årige beskyttelsesperiode. Men hvis opfinderen mente sig i stand til at hemmeligholde sin opfindelse i 20 år eller mere og samtidig kunne udnytte den erhvervsmæssigt, ville der ikke være økonomiske incitamenter til at ansøge om patentbeskyttelse, fordi hemmeligholdelse ifølge sagens natur udelukker andre fra at anvende opfindelsen, og til forskel fra eneretsbeskyttelse efter patentloven ville den eksklusive udnyttelse af opfindelsen ikke være begrænset i tid eller af de særlige indskrænkninger i patentlovgivningen. Derfor må man forvente, at mange opfindere ansøger om patentbeskyttelse, fordi de forventer enten ikke at kunne hemmeligholde opfindelsen, eller at andre uafhængigt gør den samme opfindelse.¹² Almindeligvis vil der være gode økonomiske grunde til at patentere en opfindelse, hvis patenthaveren kun kan opnå den optimale udnyttelse af patentet ved at give licenser til andre, men begrundelsen for patentering vil da netop være frygten for ikke kunne bevare opfindelsens karakter af erhvervshemmelighed i forholdet til licenstagere. Der kan således ar-

gumenteres for, at spredning af teknologiinformation ville være mere omfattende i en verden uden patentbeskyttelse.¹³ Hvis samfundet isoleret set skal have fordel af patentsystemet i form af informationsspredning, så forudsætter det, at den ved patentet offentliggjorte information bidrager til skabelse af nye opfindelser, som ikke krænker den patenterede opfindelse.

Patentsystemets praktiske administration har dog den fordel, at teknologisk information er samlet og ordnet ét sted nemlig hos patentmyndigheden. Dette er dog blot et biprodukt af patentsystemet, og i verden uden patentbeskyttelse kunne en lignende ordning sagtens organiseres f.eks. i et dertil oprettet offentligt organ.

Samfundsmæssige omkostninger

Der identificeres almindeligvis tre forskellige typer af samfundsmæssige omkostninger ved patentbeskyttelse. For det første giver patentet patenthaveren en monopolstilling med hensyn til den patenterede opfindelse. Det patentretlige monopol skaber traditionelle monopolproblemer, hvilket først og fremst vil sige et dødvægtstab. Patentbeskyttelsen har naturligvis også fordelingsmæssige konsekvenser til fordel for opfinderen og til skade for brugerne af opfindelsen. For det andet skaber patentbeskyttelse et »rent seeking«-problem, idet virksomheder investerer ressourcer i forskning og udvikling med henblik på at opnå patentbeskyttelse af opfindelser med risiko for, at de efterstræbte patenter inden da er blevet meddelt til andre. Denne situation kan beskrives som et »patent race« mellem konkurrerende virksomheder. For det tredje kan patentet virke som en hindring for videre udvikling af den teknologi, som patentet vedrører. Patentbeskyttelsens kerne er muligheden for at udelukke andre fra at anvende den patenterede opfindelse, men beskyttelsen begrænser samtidig mulighederne for og de økonomiske incitamenter til at videreudvikle den patenterede opfindelse.

Det traditionelle monopolproblem

En del af den retsøkonomiske litteratur om patentret advarer mod at bruge termen »monopol« om den markedsposition patenthaverne opnår i kraft af patentbeskyttelsen. Argumentet er i mindre grad, at betegnelsen er inadaquat i økonomisk teori, men derimod at den har et andet indhold i konkurrenceretten, og der er risiko for forveksling af det økono-

miske og konkurrenceretlige begreb.¹⁴ I en teoretisk model kan der være god grund til at betegne patenthaverens markedsposition som et monopol, idet patentet muliggør monopolistisk prissættelse, og det indebærer et dødvægtstab.¹⁵ I praksis er patentbeskyttelsen almindeligvis så snæver, at patentet ikke giver patenthaveren nogen nævneværdig styrke på markedet. Med andre ord er markedsstyrken bestemt af en lang række faktorer hvoraf den konkurrencefordel, som patentet medfører, blot er én af mange. Det gælder dog ikke alle former for patenter. For så vidt angår patenterede medicinalprodukter, vil patenthaveren i mange tilfælde have meget stor markedsstyrke. Desuagtet synes der i den nyere litteratur at være en gennemgående opfattelse af, at betydningen af dødvægtsabet har været overvurderet af tidligere teoretikere.¹⁶

»Rent seeking«

»Rent seeking«-problemet udspringer af patentbeskyttelsens karakter af en prioritetsret. Den, som først søger om beskyttelse af en opfindelse, får meddelt patent på opfindelsen, hvis ellers patentlovens beskyttelsesforudsætninger er opfyldt; uanset om en anden samtidigt eller tidligere uafhængigt har frembragt den samme opfindelse. Der vil mellem virksomheder forekomme parallelle forsknings- og udviklingsaktiviteter med henblik på først at nå frem til en bestemt patenterbar opfindelse, der er relevant inden for den pågældende branche. Vinderen af dette »patent race« vil få meddelt patent på opfindelsen, mens taberne må imødesee, at deres investeringer i forskning og udvikling i vid udstrækning er tabt.¹⁷ Jo stærkere patentbeskyttelse, jo gunstigere markedsposition tilkommer patenthaveren, og jo mere intens må rivalisering om at udtage patent antages at være.

Der kan ligeledes opstå et samfundsmæssigt tab ved at andre end patenthaveren opfinder »uden om« den patenterede opfindelse. Det kan ske, når der iværksættes parallelle forsknings- og udviklingsaktiviteter med henblik på at skabe en opfindelse, der på forskellige punkter ligner den patenterede, men alligevel adskiller sig tilstrækkeligt herfra til ikke at krænke patentet.

Teknologihindring

Næsten alle teknologiske fremskridt bygger på tidligere opfinderes fortjenester. Denne sammenhæng blev identificeret af Arrow (1962) som en del af op-

finderens approprieringsproblem. Såfremt opfinderen ved hjælp af patentbeskyttelsen skal aflønnes for sit bidrag til den teknologiske udvikling, opstår der risiko for, at patentbeskyttelsen bliver så bred, at den forhindrer enhver videre udvikling af den pågældende teknologi uden patenthaverens samtykke.¹⁸ Hvis opfinderen ikke aflønnes for sit bidrag til senere opfindelser, vil der ikke være tilstrækkelige økonomiske incitamenter til skabelse af den første opfindelse, men samtidig må der sikres økonomiske incitamenter til, at andre skaber nye, sekundære opfindelser, som drager fordel af den første opfindelse. Den første opfinders mulighed for at give licens kan skabe utilstrækkelige incitamenter til sekundære opfindelser på grund af sekundære opfinderes svage position i en forhandling om licensaftale. Ifølge Suzanne Scotchmer kan kombinationen af patentbeskyttelse og licensering aldrig føre til optimale incitamenter, fordi dette ville kræve, at den sekundære opfinder kunne tilegne hele værdien af de samfundsmæssige fordele ved den sekundære opfindelse; men optimale incitamenter forudsætter tilfælde, at den første opfinder kan tilegne sig en del af denne værdi for den første opfindelses bidrag til den sekundære opfindelse.¹⁹ Problemet med patentbeskyttelse som teknologihindring stiger i takt med beskyttelsens bredde. Ved meget smal beskyttelse vil patentet kun forhindre egentlige forbedringer af den patenterede opfindelse. Ofte vil sådanne forbedringer gøre det oprindelige patent værdiløst, fordi den forbedrede opfindelse vil foretrækkes frem for den oprindelige. Ved meget bred beskyttelse kan patentet forhindre, at opfindelsen anvendes i produktion af varer, som ikke konkurrerer med patenthaverens.

Patentbeskyttelsens indhold

Beskyttelsens indhold er afgørende for patentets værdi, som er nærmere bestemt af den konkurrencefordel, som beskyttelsen medfører, samt længden af den periode, hvori denne fordel eksisterer.

Beskyttelsestidens længde

Machlup konstaterede allerede i 1958, at økonomer almindeligvis argumenterede for en reduktion i beskyttelsestidens længde. Heri lå alene en opfattelse af, at en beskyttelsesperiode på 17-20 år ikke var påkrævet til at skabe passende økonomiske incitamenter.

William Nordhaus præsenterede i 1967 en model

for patentets optimale beskyttelsestid, som har haft stor indflydelse på de senere økonomiske analyser af patentbeskyttelse.²⁰ Herved introduceredes formel økonomisk modellering med dens fordele (stringens) og ulemper (forenkling) med henblik på at fastsætte den optimale patentbeskyttelse. *Nordhaus* baserede sin model på patent til produktionsprocesser, som havde en omkostningsminimerende effekt. *Nordhaus'* konklusion på grundlag af den teoretiske model var – måske ikke overraskende – at den optimale beskyttelsestid kan være både ganske kort og meget lang afhængig af en række forskellige økonomiske variable. Ved løs estimering af disse variable drog *Nordhaus* tre mere generelle konklusioner: (1) med en beskyttelsesperiode på 6-10 år vil en forøgelse af beskyttelsestidens længde ikke i væsentlig grad påvirke patentbeskyttelsens velfærdsmæssige effekt hverken positivt eller negativt; (2) ved beskedne opfindelser, som reducerer produktionsomkostningerne med mindre end 5%, er de skadelige effekter af patenthaverens monopolstilling små; (3) der lader ikke til at være overbevisende økonomiske argumenter for større ændringer i patentbeskyttelsen – dog synes beskyttelsesperioden for »lette« opfindelser (d.v.s. opfindelser, som medfører en forholdsmæssig stor reduktion i produktionsomkostningerne sammenholdt med mængden af investeringer i forskning og udvikling, der er nødvendige for at frembringe opfindelsen) at være for lang.

Frederic M. Scherer videreudviklede *Nordhaus'* model og har i den forbindelse fremhævet, at den optimale patentretlige beskyttelsestid må udmåles konkret tilpasset de økonomiske karakteristika ved den underliggende opfindelse. Også *Nordhaus* mente, at dette var den optimale løsning, men anså den for urealistisk i praksis. Flexibiliteten kan ifølge *Scherer* opnås ved, at patenthaveren 3-5 år efter patentet er blevet meddelt skal godtgøre, at opfindelsen tilhører en kategori, hvor længere beskyttelse er nødvendiggjort i henhold til nærmere specificerede økonomiske kriterier. Såfremt patenthaveren ikke kan løfte denne bevisbyrde, bør beskyttelsen ophøre, eller patenthaveren bør tilpligtes at meddele licens til andre erhvervsdrivende mod en beskeden royalty (tvangslicens).²¹

Beskyttelsens bredde

Muligvis er det arven fra *Nordhaus*, der har bevirket, at økonomiske analyser af patentbeskyttelse

sædvanligvis har været rettet mod spørgsmålet om den optimale beskyttelsestid.²² Synspunktet i teori-dannelsen, der udspringer heraf, har været, at det er beskyttelsestidens længde, der skal justeres, såfremt patentbeskyttelsen ikke anses for at have det optimale niveau – uagtet at patentbeskyttelsen måske mere hensigtsmæssigt kunne ændres på anden vis.²³

En ensidig fokusering på beskyttelsestidens længde resulterer ifølge *Gilbert & Shapiro* (1990) i et alt for snævert billede af patentbeskyttelsens økonomiske funktion. De analyserer i stedet patentbeskyttelse som et valg mellem beskyttelsestidens længde og dens bredde givet et bestemt beskyttelsesniveau. Ved ikke at tage stilling til, hvorvidt opfinderisk virksomhed aflønnes tilstrækkeligt, undgår *Gilbert & Shapiro* at skulle estimere udbudselasticiteten for opfindelser og herunder patentbeskyttelsens incitamenteffekt.²⁴ *Gilberts & Shapiros* hovedtese er, at de samfundsmæssige omkostninger ved patentbeskyttelse minimeres, når markedsprisen for den patenterede opfindelse er så tæt som muligt på de marginale omkostninger, givet at opfinderens skal aflønnes for sin opfindelse, og denne situation opnås bedst ved at gøre patentbeskyttelsen snæver og langvarig – eventuelt uendelig. Det skyldes, at dødvægtstabet ved en styrkelse af patentbeskyttelsen almindeligvis stiger forholdsmæssigt mere ved at øge beskyttelsens bredde sammenlignet med dens længde. Modellen er et bidrag fra traditionel industriøkonomi vedrørende de samfundsmæssige omkostninger ved monopolpriser, og problemerne vedrørende »rent seeking« og teknologihindring tages ikke i betragtning. *Klemperer* (1990), der har et noget lignende udgangspunkt, beskriver produktvarianter i en lokaliseringsmodel (spatial produkt-differentiering) og konkluderer, at smal patentbeskyttelse med uendelig løbetid bør foretrækkes, hvis omkostningerne ved substitution mellem det patenterede produkt og ikke-patenterede produktvarianter er ens mellem forbrugerne, mens bred patentbeskyttelse kombineret med kort beskyttelsesperiode bør foretrækkes, hvis vurderinger af den foretrukne produktvariant i forhold til muligheden for slet ikke at købe en variant inden for den pågældende produktgruppe er ens mellem forbrugerne. Det skyldes, at det samfundsmæssige tab ved patentbeskyttelse ifølge *Klemperer* er knyttet til omkostninger ved enten substitution til en produktvariant, der ikke er den foretrukne, eller ved substitution helt ud af produktgruppen; og når forbrugerne har ens omkost-

ninger ved enten substitution mellem produktvarianter eller ved substitution ud af produktgruppen, vil patenthaveren via sin prispolitik sikre, at den pågældende form for substitution ikke forekommer.

»Prospect theory«

»Rent seeking«-problemet ville ikke opstå, hvis opfindelser blev skabt af unikke individer med enestående idéer. Dette var antagelsen i f.eks. *Nordhaus*' model.²⁵ I givet fald ville der ikke være rivalisering mellem forskellige virksomheder om at komme først med en bestemt opfindelse. *Kitch* (1977) antager, at ensartede opfindelser og efterfølgende industriel innovation kan finde sted i mange forskellige virksomheder givet en bestemt mængde investeringer i forskning og udvikling, og der er derfor en stor forekomst af parallelle forsknings- og udviklingsaktiviteter. Ifølge *Kitch* tjener patenter en »prospect«-funktion. Ved et »prospect« forstås en bestemt adgang til at udvikle en kendt teknologisk mulighed. Patentet giver indehaveren mulighed for inden for visse grænse at udvikle og udnytte de muligheder, der ligger i en ny teknologi, uden andres indblanding. Patentet bruges således til at markere patenthaverens krav på at udnytte opfindelsens økonomiske muligheder. Herved afskæres andre fra at udføre parallelle forsknings- og udviklingsaktiviteter, og »rent seeking«-problemet reduceres. Ud fra denne tankegang kan man opfatte fremtidig teknologisk udvikling som bestående af et stort antal teknologiske muligheder, og »prospect«-teoriens normative indhold er så hurtigt som muligt at meddele eneret til opfinderen, så de teknologiske muligheder kan udvikles på den mest effektive måde – og navnlig undgå at andre spilder ressourcer ved forskning og udvikling inden for samme teknologiske mulighed.

Opfattelsen af patentbeskyttelse som et aflønningssystem anfægtes for så vidt ikke af *Kitch*, men han finder ikke, at den giver et fuldstændigt billede af patentsystemets funktioner, der tillige omfatter »prospect«-funktionen. »Prospect«-teorien er et radikalt brud med tidligere økonomisk analyse af patentbeskyttelse som et middel til aflønning af opfinderisk virksomhed, der samtidig kobler den økonomiske analyse af patentbeskyttelse til økonomisk ejendomsretsteori.²⁶ *Kitch*'s »prospect«-teori tager

højde for, at en stor del af virksomhedernes investeringer i forskning og udvikling vedrører den efterfølgende industrielle innovation, og ikke selve opfindelsen. Patent meddeles, når opfindelsen er skabt og altså på et tidspunkt inden en stor del af virksomhedernes investeringer er foretaget i den industrielle innovationsproces. Herefter kan patenthaveren fortsætte udviklingen på en måde, der ligner et konventionelt marked med veldefinerede ejendomsrettigheder.

Afslutning

Efter mange årtiers teoriudvikling må man ligesom *Machlup* (1958) konkludere, at økonomisk teori endnu ikke har besvaret spørgsmålet om, hvorvidt samfundet er godt tjent med patentsystemet som helhed; men de økonomiske analyser har skabt et langt mere nuanceret billede af patentbeskyttelsens funktion og effekter. De senere års teoretiske arbejder har været rettet mod patentbeskyttelse som teknologihindring og »rent seeking«-problemet, og det har bl.a. affødt »prospect«-teorien. Men også det gammelkendte, traditionelle monopolproblem ved patentbeskyttelse er blev yderligere belyst med forholdsvis nye bidrag (*Gilbert & Shapiro* (1990) og *Klemperer* (1990)) – uagtet at disse teoretikere hver især advarer mod, at resultaterne af deres analyser uden videre anvendes som begrundelse for politiske ændringer af den relevante lovgivning.

Et af retsøkonomiens hovedformål er netop at give et nuanceret billede af retsinstitutioners funktioner og effekter, for det sætter lovgiver i stand til bedre at kunne forfølge politiske mål ved ændringer i en bestemt retsinstitution. Retsøkonomi kan ikke give entydige svar på spørgsmål af retlig karakter, men kan bidrage til et mere kvalificeret beslutningsgrundlag for de retsanvendende enheder.

Den retsøkonomiske teori har udviklet sig nogenlunde parallelt med almindelig økonomisk teori. Perspektiverne for en mere egenartet teoriudvikling er knyttet til inddragelse af retsteoretiske elementer. Det er således stadig sjældent, at retsøkonomiske analyser forholder sig til retlige implementerings- og håndhævelsesproblemer endsige spørgsmål om retssikkerhed (forstået som forudsigelighed i den retlige regulering) samt fundamentale rettigheder.

Noter

1. Om ikke-rivalisering og eksklusivitet i forbruget se *Riis* (1996), s. 48 ff.

2. Jf. *Machlup* (1958) s. 19 ff, *Plant* (1974), s. 43 ff, og *Cheung* (1986), s. 5 ff.

3. *Plant* (1974), s. 47. Se også *Barzel* (1968), der dog ikke finder sådanne misallokeringsproblemer uløselige.

4. Jf. således f.eks. *Dam* (1994), s. 247, *Grady & Alexander* (1992), s. 309 f, og *Kaufers* (1989), s. 24.

5. Se dog *Shavell & van Ypersele* (1998), der finder, at et skattefinansieret aflønningssystem er mere effektivt end patentsystemet.

6. For en særlig pessimistisk vurdering af nytten af økonomisk analyse på immaterialrettens område se *Priest* (1986).

7. *Machlup* (1958), s. 80.

8. Den eneste måde, hvorpå den væsentlige risiko, der er opfinderisk virksomhed iboende, kan reduceres uden statsintervention, er netop ved at organisere mange forsknings- og udviklingsprojekter i én stor virksomhed, jf. *Arrow* (1962), s. 617.

9. Se i det hele *Kaufers* (1989), s. 19 ff.

10. Jf. blandt andre *Taylor & Silberston* (1973), s. 313 ff.

11. Jf. ligeledes *Dasgupta & Stiglitz* (1980).

12. Hemmeligholdelse er imidlertid en risikofyldt strategi sammenlignet med patentbeskyttelse, og visse opfindere vælger måske derfor patentering for at reducere risikoen. I givet fald kan patentbeskyttelse øge spredningen af teknologiinformation. Samme gunstige effekt opstår, hvis opfinderne gennemgående undervurderer mulighederne for hemmeligholdelse, men umiddelbart er der ikke støtte for en sådan antagelse.

13. Jf. *Machlup* (1958), s. 24 f, og 76. Se også *Scotchmer & Green* (1990) og *Horstmann, MacDonald & Slivinski* (1985).

14. *Dam* (1994), s. 248 og 257, og *Kitch* (1986).

15. Jf. *Scherer & Ross* (1990), s. 622 ff.

16. Jf. *Dam* (1994), s. 249 ff.

17. Se *McFetridge & Rafiqzaman* (1986), *DeBrock* (1985), *Mortensen* (1982), *Beck* (1981), s. 96 ff, *Loury* (1979), *Kamien & Schwartz* (1974), *Barzel* (1968), s. 352, *Machlup* (1958), s. 50 ff, og *Plant* (1974), s. 50.

18. Se *Cheung* (1986), s. 12 f.

19. Jf. *Scotchmer* (1991), s. 32 ff.

20. *Nordhaus* (1967) og *Nordhaus* (1969).

21. *Scherer* (1972). Se også *Nordhaus* (1972).

22. Jf. *Dam* (1994), s. 257. Se således f.eks. *DeBrock* (1985), og *Kamien & Schwartz* (1974).

23. Jf. således *Ordover* (1991), s. 44.

24. Se tilsvarende hos *Klempere* (1990).

25. *Mansfield m.fl.* (1977), s. 227, har fundet en vis empirisk støtte for denne antagelse. Se dog hertil *McFetridge & Rafiqzaman* (1986), s. 99.

26. Se også *Grady & Alexander* (1992), *DeBrock* (1985) og *Beck* (1983).

Litteratur

Kenneth J. Arrow (1962): »Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention«, i »The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors«, National Bureau of Economic Research, Princeton University Press.

Yoram Barzel (1968): »Optimal Timing of Innovations«, 50 *Review of Economics and Statistics* 348.

Roger L. Beck (1981): »Competition for Patent Monopolies«, 3 *Research in Law and Economics* 91.

Roger L. Beck (1983): »The Prospect Theory of the Patent System and Unproductive Competition«, 5 *Research in Law and Economics* 193.

Steven N. S. Cheung (1986): »Property Rights and Invention«, 8 *Research in Law and Economics* 5.

Kenneth W. Dam (1994): »The Economic Underpinnings of Patent Law«, 23 *Journal of Legal Studies* 247.

Partha Dasgupta & Joseph Stiglitz (1980): »Industrial Structure and the Nature of Innovative Activity«, 90 *Economic Journal* 266.

Lawrence M. DeBrock (1985): »Market Structure, Innovation, and Optimal Patent Life«, 28 *Journal of Law and Economics* 223.

Richard Gilbert & Carl Shapiro (1990): »Optimal Patent Length and Breadth«, 21 *RAND Journal of Economics* 106.

Mark F. Grady & Jay I. Alexander (1992): »Patent Law and Rent Dissipation«, 78 *Virginia Law Review* 305.

- Ignatius Horstmann, Glenn M. MacDonald & Alan Slivinski* (1985): »Patents as Information Transfer Mechanisms: To Patent or (Maybe) Not to Patent«, 93 *Journal of Political Economy* 837.
- Morton I. Kamien & Nancy L. Schwartz* (1974): »Patent Life and R and D Rivalry«, 64 *American Economic Review* 183.
- Erich Kaufner* (1989): »The Economics of the Patent System«, Harwood Academic Publishers, Chur, Switzerland.
- Edmund Kitch* (1977): »The Nature and Function of the Patent System«, 20 *Journal of Law and Economics* 265.
- Edmund W. Kitch* (1986): »Patents: Monopolies or Property Rights?«, 8 *Research in Law and Economics* 31.
- Paul Klemperer* (1990): »How Broad Should the Scope of Patent Protection Be?«, 21 *RAND Journal of Economics* 113.
- Glenn C. Loury* (1979): »Market Structure and Innovation«, 93 *Quarterly Journal of Economics* 295.
- Fritz Machlup* (1958): »An Economic Review of the Patent System«, Study No. 15 of the Senate Subcommittee on Patents, Trademarks and Copyrights, Government Printing Office, Washington D.C.
- Edwin Mansfield, John Rapoport, Anthony Romeo, Samuel Wagner & George Beardsley* (1977): »Social and Private Rates of Return from Industrial Innovations«, 91 *Quarterly Journal of Economics* 221.
- D. C. McFetridge & M. Rafiquzzaman* (1986): »The Scope and Duration of the Patent Right and the Nature of Research Rivalry«, 8 *Research in Law and Economics* 91.
- Dale T. Mortensen* (1982): »Property Rights and Efficiency in Mating, Racing, and Related games«, 72 *American Economic Review* 968.
- William D. Nordhaus* (1967): »The Optimal Life of a Patent«, Cowles Foundation Discussion Paper No. 241, Cowles Foundation for Research in Economics, New Haven.
- William D. Nordhaus* (1969): »Invention, Growth and Welfare: A Theoretical Treatment of Technological Change«, MIT Press, Cambridge, Massachusetts.
- William D. Nordhaus* (1972): »The Optimum Life of a Patent: Reply«, 62 *American Economic Review* 428.
- Janusz A. Ordover* (1991): »A Patent System for Both Diffusion and Exclusion«, 5 *Journal of Economic Perspectives* 43.
- Arnold Plant* (1974): »The Economic Theory concerning Patents for Inventions« i »Selected Essays and Adresses«, London. Oprindeligt publiceret i *Economica*, New Series vol. 1 (1934), s. 30-51.
- George L. Priest* (1986): »What Economists can Tell Lawyers about Intellectual Property«, 8 *Research in Law and Economics* 19.
- Thomas Riis* (1996): »Ophavsret og retsøkonomi«, GadJura, København.
- Frederic M. Scherer* (1972): »Nordhaus' Theory of Optimal Patent Life: A Geometric Reinterpretation«, 62 *American Economic Review* 422.
- Frederic M. Scherer & David Ross* (1990): »Industrial Market Structure and Economic Performance«, Houghton Mifflin Company, Boston.
- Suzanne Scotchmer & Jerry Green* (1990): »Novelty and Disclosure in Patent Law«, 21 *RAND Journal of Economics* 131.
- Suzanne Scotchmer* (1991): »Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law«, 5 *Journal of Economic Perspectives* 29.
- Steven Shavell & Tanguy van Ypersele* (1998): »Rewards versus Intellectual Property Rights«, Harvard Law School, Olin Center for Law, Economics & Business, Discussion Paper No. 246 (<http://www.ssrn.com>).
- C. T. Taylor & Z. A. Silberston* (1973): »The Economic Impact of the Patent System«, Cambridge University Press, London.