

Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget
Folketinget, Christiansborg
1240 København K



IT-Politisk Forening
c/o Niels Elgaard Larsen
Århusgade 35, 1.
2100 København Ø

E-mail : bestyrelsen@itpol.dk
Web : <http://www.itpol.dk>

Dato : 2013-01-13

Henvendelse fra IT-Politisk Forening om EU's enhedspatent og softwarepatenter

Hvis Danmark går med i enhedspatentet, vil vi blive underlagt en ny domstol, som hverken er underlagt dansk lov eller EU-regler. Den får hovedsæde i Paris og et kontor i Ljubljana, som kan f.eks. kan beordre ransagninger i bygninger i Danmark. Dommerne i patentdomstolen udpeges af udvalg, der bemannes med patentdommere og patentagenter. Der er ingen instanser højere end patentdomstolen, modsat USA hvor højesteret i vigtige sager ændrer praksis for hvad der kan patenteres.

Softwarepatenter har været et fast arbejdsområde for IT-Politisk Forening siden foreningens stiftelse i 2002. Vi er modstandere af softwarepatenter fordi de blokerer for udvikling af fri software og fordi de begrænser konkurrencen. Samtidig er softwarepatenter direkte skadelige for innovationen i softwareindustrien (det viser erfaringerne fra især USA), og de er unødvendige fordi ophavsretsloven giver en passende beskyttelse af de ressourcer som investeres i softwareudvikling.

Ophavsretten beskytter den konkrete implementering, men det står frit for andre at udvikle deres egen software baseret på de samme ideer. Softwarepatenter blokerer derimod for at andre udvikler software baseret på de ideer som er patenteret. Da det er umuligt at overskue hvilke patenter der er udstedt, kan det være forbundet med betydelig økonomisk risiko at udvikle software, hvis man er så uheldig at de bagvedliggende ideer og metoder er patenteret. Softwarepatenter er derfor den rene gift for specielt små og mellemstore softwarevirksomheder.

Softwarepatenter eksisterer i USA. I Europa skulle den Europæiske Patentkonvention (EPK) i princippet forbyde softwarepatenter, men som vi vil argumentere for i dette notat,

er det ikke så simpelt. Den Europæiske Patentorganisation (EPO) opererer med en meget snæver definition af begrebet "software", hvilket giver EPO mulighed for at udstede hvad der i praksis er softwarepatenter selv om det formelt kaldes noget andet ("computer-implementerede opfindelser").

IT-Politisk Forening har løbende fulgt processen omkring EU's enhedspatent, og vi frygter at en dansk deltagelse i enhedspatentet og den europæiske patentdomstol (som hænger sammen) vil medføre en kraftigt forøget risiko for at softwarepatenter kan håndhæves i Danmark.

Det primære problem er den europæiske patentdomstol, som får kompetence til at afgøre alle ugyldigheds- og krænkelssager om dels det eksisterende europapatent og det kommende enhedspatent (europæisk patent med enhedseffekt). Enhedspatentet skabes via artikel 142 i EPK, som giver en gruppe af lande mulighed for at aftale, at et patent udstedt efter EPK skal have samme beskyttelse i disse lande (enhedseffekt). Forordningen om enhedspatentbeskyttelse 1257/2012 bestemmer i artikel 17, stk. 2 at enhedsbeskyttelsen kun gælder i de lande hvor den europæiske patentdomstol har enekompetencen (dvs. de EU lande som har ratificeret aftalen om patentdomstolen).

I forhold til udstedelse af softwarepatenter er der ikke nogen grund til at tro at enhedspatentet bliver hverken værre eller bedre end det nuværende europapatent. Begge patenter vil blive udstedt af EPO efter det samme regelsæt (EPK), og det er først efter tildelingen af patentet at patentindehaveren skal træffe beslutning om hvorvidt det skal være et europapatent (en samling nationale patenter i de europæiske lande hvor europapatentet ønskes valideret) eller et enhedspatent der har umiddelbar effekt (enhedseffekt) i alle de EU lande som deltager i enhedspatentet.

Den resterende del af dette notat er opdelt i to dele. Først vil vi redegøre for at EPO allerede i dag udsteder softwarepatenter i form af det eksisterende europapatent. Hvis EPO gør dette for europapatentet, må man antage at denne praksis vil blive videreført for enhedspatentet eftersom der er præcist samme regelsæt for patentudstedelsen. Dernæst vil vi argumentere for at en fælles europæisk patentdomstol kraftigt øger risikoen for at softwarepatenter efterfølgende kan håndhæves i Danmark og andre EU lande. Det gælder både de eksisterende EPO patenter under europapatent ordningen og de kommende enhedspatenter.

EPO og softwarepatenter

Artikel 52 i EPK regulerer hvad der kan patenteres ("opfindelser") og hvad der ikke kan patenteres. Artikel 52 stk. 2(c) siger at "...programs for computers" ikke kan patenteres. I den danske patentlov findes en tilsvarende regel om at "programmer for datamaskiner" ikke er opfindelser og altså ikke kan patenteres. Formuleringen i artikel 52 stk. 2(c) synes klar, og på den baggrund er det vanskeligt at forstå at der i Europa er en omfattende diskussion om softwarepatenter i kredse som IT-Politisk Forening i Danmark og europæiske organisationer som Foundation for a Free Information Infrastructure (FFII), men det er ikke desto mindre tilfældet.

Baggrunden for denne diskussion er ganske simpel. På trods af artikel 52 har EPO udstedt en række patenter, som efter vores opfattelse er softwarepatenter (EPO's forklaring på dette diskuteres nedenfor). Ole Tange, der er bestyrelsesmedlem i IT-Politisk Forening, lavede i 2003 en undersøgelse, som viste at en ganske almindelig webshop kunne omfatte mindst 20 softwarekomponenter, hvor der var udtaget et europapatent [1]. Denne undersøgelse fik en del opmærksomhed i specielt "fri software" kredse i Europa, og den refereres ofte blandt modstandere af softwarepatenter.

En af de patenterede softwarekomponenter er indkøbskurven, hvor der den 11. november 1997 er udstedt europapatent nummer EP0807891 til Sun Microsystems (der nu ejes af Oracle). Det som patentet beskriver er tydeligvis software, men alligevel har EPO altså udstedt patentet. I USA har Amazon haft held med at kræve licensafgifter fra andre webbutikker med deres "one click" patent på en indkøbskurv (ikke samme patent som EP0807891). Enhver der driver en webshop i Danmark eller et andet EU land, risikerer altså at blive mødt med krav om betaling af licensafgifter. Det er muligt at en domstol vil underkende dette patent, men hvis den store virksomhed og deres advokatfirma truer med at sagsøge den lille virksomhed og samtidig tilbyder et forlig, vil mange foretrække et forlig med betaling af en lille årlig afgift. I det videre perspektiv er problemet imidlertid at der er rigtigt mange patentindehavere som kan kræve en "lille" årlig afgift, og i sidste ende kan det blive meget dyrt at drive noget så simpelt som en webshop. Mange små softwarevirksomheder starter i dag med "app" udvikling til mobiltelefoner, og dette område er også stærkt truet af softwarepatenter.

Før 1986 udstedte EPO ikke softwarepatenter, men i 1986 ændrede EPO deres vejledninger og retningslinjer for patentudstedelse så der blev mulighed for at udstede softwarepatenter, eller computer-implementerede opfindelser

som EPO formelt kalder dem. Efterfølgende er det gået stærkt. I 2002 vurderede EU Kommissionen at EPO havde udstedt omkring 30000 softwarepatenter [2], og det tal vil være væsentligt højere i 2012.

Det er naturligvis langt fra givet at alle disse patenter vil kunne håndhæves i Europa, men patentindehaverne betaler naturligvis ikke udstedelsesgebyrer og de løbende årlige afgifter til EPO uden grund. For det første er det dyrt at føre retssager om patenter, og mange virksomheder vil vælge at betale licensafgifter i stedet for at tage en retssag med påstand om at patentet er ugyldigt. For det andet er det retslige grundlag for softwarepatenter ikke så klart som man skulle tro ud fra artikel 52 stk. 2(c), og det kan på ingen måde udelukkes at en domstol senere vil anerkende softwarepatentet. Sidstnævnte problem bliver formentlig større med den europæiske patentdomstol.

Det store spørgsmål er naturligvis hvordan det kan komme så vidt når artikel 52 stk. 2(c) i princippet burde udelukke softwarepatenter. I den forbindelse skal man være opmærksom på at EPO reelt har samme interesser som de virksomheder der ansøger om et softwarepatent. Jo flere patenter der udstedes, desto flere udstedelsesgebyrer bliver der betalt til EPO. EPO har således en klar økonomisk interesse i at fortolke "opfindelser" bredt og at fortolke undtagelserne i artikel 52 stk. 2 snævert, således at der kan udstedes så mange patenter som muligt.

Samfundets incitamentsstruktur for et patentsystem må være at patenter fremmer innovation, og at der ved patentudstedelsen er fordele som rækker udover den eneret som man tildeler visse virksomheder. Det er en kompliceret sag, som ikke bare bør handle om antallet af patenter. EPO's incitamentsstruktur er mere simpel: flere patenter, flere indtægter. Hvad der kan patenteres bør være et politisk valg, ikke noget som bestemmes af EPO.

EPO er selvfølgelig underlagt EPK, og EPO kan ikke selv ændre EPK (men EPO fastlægger dog deres egen praksis for patentudstedelse efter EPK). Hvis man spørger EPO om hvorfor de udsteder så mange softwarepatenter, siger EPO at det gør de skam heller ikke. EPO har i 2011 udgivet en 22-siders publikation "Patents for Software? Law and Practice at the European Patent Office" [3] som indleder med en blank afvisning af at EPO udsteder softwarepatenter. EPO's fortolkning af artikel 52 er at software "som sådan" ("software as such") ikke kan patenteres, hvilket sker med henvisning til artikel 52 stk. 3. Siden 1986 har EPO imidlertid anlagt en meget snæver opfattelse af software "som sådan", hvilket har skabt basis for at udstede softwarepatenter.

Hvis software har en "teknisk effekt", er der efter EPO's opfattelse ikke længere tale om software som sådan, men om en "software opfindelse" der kan patenteres (på engelsk "computer-implemented invention", i det følgende forkortet CII). EPO har meget beskedne krav for hvornår der er tale om en teknisk effekt ved software. En teknisk effekt er formentlig at en vare flyttes til en indkøbskurv på en computerskærm, og så har vi et argument for at EP0807891 ikke er et softwarepatent. Hvis software løser en opgave og har en vis fysisk manifestation af dette ("teknisk effekt"), er vejen til patentudstedelse hos EPO tilsyneladende banet.

EPO nævner på side 4 i publikationen en række områder hvor der udstedes CII patenter. Det er blandt andet software til smartphones og computerspil. Efter IT-Politisk Forenings opfattelse er så godt som alt hvad EPO af navn kalder CII reelt softwarepatenter. Software kan ikke patenteres, men hvis man i stedet bruger betegnelsen CII er der pludselig mulighed for at udstede patenter. Hvis den politiske intention med EPK er at software ikke skal kunne patenteres, ligesom matematiske formler eller forretningsmetoder ikke skal kunne patenteres, er EPO's praksis på softwarepatent området udtryk for en massiv omgåelse.

EU Kommissionen fremsatte i 2002 et direktivforslag om softwarepatenter, som ville skabe en EU-retslig basis for EPO's vidtgående praksis med at udstede CII patenter (softwarepatenter). Forslaget blev vedtaget af Ministerrådet, men i 2005 blev det endeligt forkastet af Europaparlamentet med overvældende flertal. Da EPO ikke er en EU institution, og da EPK ikke direkte har noget med EU at gøre, har forkastelsen af softwarepatentdirektivet imidlertid ingen betydning for EPO's praksis med udstedelse af patenter.

EPO er en mellemstatslig organisation, og det begrænser mulighederne for direkte demokratisk kontrol med denne institution. Hvis den danske patent- og varemærkestyrelse havde en praksis, som et flertal i Folketinget fandt uhensigtsmæssigt, kunne dette flertal pålægge den danske regering af ændre denne praksis. Der eksisterer imidlertid ikke tilsvarende muligheder for demokratisk kontrol med EPO.

Den europæiske patentdomstol

Aftalen om enhedspatentet i EU regi består som nævnt ovenfor af to dele: en forordning vedtaget af Europaparlamentet om selve enhedspatentet under "forstærket samarbejde" reglerne, og en mellemstatslig aftale (traktat) mellem de deltagende EU lande om den fælles europæiske patentdomstol, som bliver en

specialiseret patentdomstol.

I forhold til softwarepatenter (eller "computer-implementerede opfindelser", hvis EPO's sprogbrug skal bruges) er domstolsinstitutionen særligt vigtigt. Det eneste, som kan redde Danmark og Europa fra EPO's meget snævre definition af software i forhold til artikel 52 stk. 2(c), er domstole, som fortolker software på samme måde som den øvrige del af samfundet. Det er muligt at EPO's praksis for udstedelse af softwarepatenter ikke kan ændres, men hvis domstolene systematisk underkender EPO's softwarepatenter med henvisning til artikel 52 stk. 2(c), vil interessen for at udstede dem falde af helt naturlige årsager.

Det nuværende europapatent er en samling nationale patenter i de lande hvor patentet ønskes valideret, og alle stridsmål vedrørende patenterne skal afgøres af nationale domstole i de respektive lande. Hvis et softwarepatent skal håndhæves i Danmark, kræver det ultimativt en kendelse herom fra en dansk domstol. Med den europæiske patentdomstol bliver kompetencen til at afgøre retslige stridsmål om udstedte europapatenter overført til den europæiske patentdomstol. Det kommende enhedspatent bliver også underlagt den europæiske patentdomstol.

En fælles domstol skal sikre at patentbeskyttelsen ikke bliver fortolket forskelligt i de deltagende EU lande, og uden en fælles domstol giver det ikke mening at lave et europæisk patent (under EPO) med enhedseffekt. Men der er en betydelig usikkerhed om hvordan det fælles retsgrundlag for patenter skal defineres. Det er begrænset hvor langt EU er kommet med harmonisering af patentlovgivningen i EU landene, og forordningen om enhedspatentet siger slet ikke noget om hvad der skal kunne patenteres. Det overlades reelt til EPO, da enhedspatentet er et almindeligt europapatent efter EPK blot med enhedseffekt.

Artikel 14e i aftalen om patentdomstolen [4] anfører at retskilderne for domstolen er EU lovgivning, selve aftalen, EPK, andre bindende internationale aftaler om patenter, og national lovgivning. Problemet er her at der er relativt lidt EU lovgivning om patenter, og EPK kan ikke direkte anses for at være fælleseuropæisk lovgivning om patenter, idet patenter udstedt efter EPK reelt er nationale patenter når de skal håndhæves ved domstolene.

På områder hvor de deltagende lande reelt har samme lovgivning og retspraksis for hvilke patenter der kan håndhæves, bør det være relativt uproblematisk at sikre en ensartet patentbeskyttelse ved den europæiske patentdomstol,

selv om udgangspunktet i dag er national håndhævelse.

Men hvis der er tale om et område *uden* en sådan ensartet lovgivning og retspraksis for hvad der kan patenteres, synes det endog meget uklart hvad der præcist skal være det retslige grundlag for en europæisk patentdomstol og den fælles patentbeskyttelse. Softwarepatenter må antages at være et sådant område, blandt andet fordi en af EU Kommissionens officielle begrundelser for softwarepatent direktivforslaget fra 2002 var at harmonisere landenes praksis, jf. kommissionens pressemeddelelse [2], men direktivforslaget blev som bekendt ikke vedtaget.

I disse tilfælde vil patentdomstolen nærmest uundgåeligt få meget vide rammer for at afgøre stridsmål om patenter. Det betyder igen at udpegningen af dommerne får meget stor betydning, og på nuværende tidspunkt vides det selvsagt ikke hvem der bliver udpeget som dommere, eller hvorfra dommerne bliver rekrutteret. Hvis dommerne har en fortid i EPO systemet, vil der utvivlsomt ske en øget anerkendelse af softwarepatenter.

Den fælles patentbeskyttelse i EU kan selvfølgelig ske ved at tillægge EPK og EPO's egne afgørelser om patenters gyldighed større vægt, specielt i den situation hvor der ikke er nogen konkret EU lovgivning, og hvor der er forskelle mellem national patentlovgivning eller retspraksis ("case law") i de lande som deltager i patentdomstolen. Men det vil være meget uheldigt i forhold til softwarepatenter, da det utvivlsomt vil føre til at flere softwarepatenter bliver anerkendt ved patentdomstolen.

En fælles patentdomstol er ikke ubetinget en fordel for Danmark hvis det fører til at der bliver anerkendt flere patenter på områder, hvor vi i Danmark ikke mener at der skal kunne udstedes patenter, for eksempel softwarepatenter (ud fra de politiske udmeldinger i tilknytning til enhedspatentet i 2012, vil IT-Politisk Forening antage at et flertal i Folketinget ikke ønsker softwarepatenter). Hvis danske domstole ville afvise softwarepatenter, mens en kommende europæisk patentdomstol i langt højere grad accepterer disse patenter, bliver det danske samfund ringere stillet fordi vi får softwarepatenter ad bagvejen. Det gælder ikke mindst små og mellemstore softwarevirksomheder, som kan blive mødt med en stribe licenskrav fra indehavere af softwarepatenter.

Når en afgørelse om et patent automatisk får retskraft i hele EU (undtagen Spanien som ikke ønsker at deltage i patentdomstolen), vil det blive mere profitabelt at anlægge retssager om patenter. Det vil formentlig betyde at danske og europæiske virksomheder får flere udgifter til at håndtere retsager og andre juridiske stridigheder om patenter, og disse

merudgifter kan meget vel blive større end den besparelse som virksomhederne kan forvente at realisere på de lavere udstedelsesgebyrer når der udtages patenter. Den eneste sikre vinder er patentadvokaterne samt de såkaldte "non-practicing entities", som er virksomheder der specialiserer sig i at opkøbe og håndhæve patenter (uden selv at opfinde noget). Sammenholdt med de amerikanske erfaringer med en specialiseret patentdomstol, som nævnes i det følgende, ser vi en klar risiko for at EU med patentdomstolen risikerer de samme kaotiske tilstande omkring patentretssager som vi kender det fra USA.

IT-Politisk Forening frygter også at en specialiseret patentdomstol i sig selv vil føre til at flere softwarepatenter bliver anerkendt (sammenlignet med situationen i dag hvor almindelige domstole tager stilling til patentsager). Mange softwarepatenter er ganske trivielle, og når almindelige borgere læser patentbeskrivelsen, undrer de sig over at "så lidt" kan patenteres. I USA har Microsoft fået et patent på page up/down funktionaliteten (tryk "page down", og den næste side vises). Dommere ved almindelige domstole vil formentlig i højere grad tænke som almindelige borgere, hvis de en dag skal vurdere om patentet virkelig beskriver en "opfindelse". En specialiseret patentdommer vil måske snarere interessere sig for om der er sket en krænkelse af patentet eller ej. Der er i hvert fald en klar risiko for at specialiserede patentdommere vil anlægge en snæver fortolkning af undtagelserne for hvad der kan patenteres, og det vil føre til et stigende antal patenter, specielt på de marginale områder for patenterbarhed herunder ikke mindst software.

USA oprettede i 1982 en specialiseret domstol til at håndtere appelsager om patentspørgsmål fra alle amerikanske delstater (United States Court of Appeals for the Federal Circuit). Formålet var et få en ensartet domstolspraksis blandt de amerikanske delstater. Efter oprettelse af denne nye patentdomstol kom der en kraftig stigning i andelen af retssager hvor patentindehaveren fik medhold. Den samme domstol ændrede i øvrigt tidligere amerikansk retspraksis, således at software nu kunne patenteres. På grund af domstolens praksis, er der kommet langt flere retssager om patenter, og de amerikanske virksomheders omkostninger til patentadvokater og -retssager er eksploderet, jf. analysen og diskussionen i [5] og [6].

Traktaten om den europæiske patentdomstol indeholder ingen elementer, som kan begrænse udbredelsen af softwarepatenter i Europa. I forhold til softwarepatenter er der kun EPK artikel 52 stk. 2(c), og den retspraksis som den kommende domstol vil anlægge. De europæiske regeringer, der forhandlede aftalen om patentdomstolen på plads, kunne have imødekommet den

betydelige kritik omkring softwarepatenter, og EPO's tvivlsomme praksis på dette område, ved at indsætte en bestemmelse som utvetydigt fastslog at software var undtaget fra patentsystemet.

Artikel 14h i traktaten [4] har overskriften "Limitations of the effects of the European patent", og her anføres en række undtagelser fra patentsystemet med "The rights conferred by a [...] patent shall not extend to any of the following." Det omfatter blandt andet "the use of biological material for the purpose of breeding, or discovering and developing other plant varieties" og "the use by a farmer of the product of his harvest for propagation or multiplication by him on his own holding [...]". Biopatenter er ligesom softwarepatenter et omstridt område, hvor der er frygt for en lempelig praksis ved udstedelsen af patenter.

IT-Politisk Forening beskæftiger sig ikke med biopatenter, og vi har vanskeligt ved at vurdere formålet med de pågældende undtagelser i artikel 14h, men det ser ud til at der er indsat nogle undtagelsesbestemmelser for at beskytte landmænd mod visse biopatenter. Hvis de europæiske regeringer med traktaten ønskede sig en europæisk patentdomstol som ikke anerkender softwarepatenter, kunne man have sikret sig dette ved at indsætte passende undtagelser fra patentbeskyttelsen i artikel 14h. Det er desværre ikke tilfældet.

Referencer

[1] "Patented Webshop - our demonstrator for the legal ambush on e-commerce & freedom of business in Europe"
<http://webshop.ffii.org/>

[2] "Proposal for a Directive on the patentability of computer-implemented inventions - frequently asked questions", pressemeddelelse fra EU kommissionen, 20/2/2002
http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-02-32_en.htm?locale=en

[3] "Patents for software?", EPO 2011
<http://www.epo.org/news-issues/issues/computers/software.html>

[4] "Draft agreement on a Unified Patent Court and draft Statute", 14. november 2012, dokument 16222/12
<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st16/st16222.en12.pdf>

[5] Adam B. Jaffe & Josh Lerner, "Innovation and Its Discontents: How Our Broken Patent System is Endangering Innovation and Progress, and What to Do About It", Princeton University Press, 2004

[6] Timothy B. Lee, "How a rogue appeals court wrecked the patent system: Federal Circuit Appeals Court marks 30 years of spreading the patent gospel", Ars Technica 30/9/2012
<http://arstechnica.com/tech-policy/2012/09/how-a-rogue-appeals-court-wrecked-the-patent-system/>