

Følgebrev til notat: Flemming Bjerke - Patenter uden demokratisk kontrol - 13/5-2014

Kære Medlem af Folketingets Europaudvalg og Erhvervsudvalg

Det er forståeligt at regering og folketing bekymrer sig om Europas og Danmarks konkurrenceevne, og derfor gerne ser en patentdomstol og et enhedspatent der vil *“understøtte europæisk vækst og europæiske virksomheders innovationsevne, samt styrke europæisk erhvervsliv i den globale konkurrence, hvor man er oppe mod mere effektive patentsystemer i fx USA, Japan, Kina og Korea.*”¹

Men med EU-patentdomstolen skaber man et selvstændigt patentbureaukrati der giver et minimum af mulighed for politisk kontrol. Problemet er at patenter også kan hæmme innovation fordi patenter begrænser den fri anvendelse af nye ideer. Hele IT-revolutionen skete netop i kraft af en sådan fri udvikling af ideer, *uden at patenter havde nogen betydning.* På den baggrund er det besynderligt at tage for givet at patenter nødvendigvis fremmer innovation.

Der er derimod brug for *en omhyggelig løbende politisk kontrol med patentsystemet* så det ikke hæmmer innovation og konkurrenceevne, men tværtimod i praksis styrker dem. Det gør man ikke ved at overle hvad der kan patenteres til et autonomt og selvfinansierende patentbureaukrati som er designet til minimal politisk indflydelse.

I vedhæftede notat har jeg ved gennemgang af engelske patentdomme vist at en EU-patentdomstol nærmest frit vil kunne bestemme hvad der kan patenteres. Det er det modsatte af at tage politisk ansvar for udviklingen af patentsystemet. EU-patentdomstolen er en yderligere autonomisering af det selvfinansierende patentbureaukrati som allerede har været i stand gøre en række undtagelser for patentering, patenterbare. Først og fremmest har man gjort anvendelsen af computerprogrammer patenterbare, selvom det er udelukket i følge den Europæiske Patent Konvention.

Europaparlamentet forkastede i 2005 Kommissionens og Rådets forslag til softwarepatent-direktiv. Man havde ikke fundet en balance mellem at hæmme og fremme innovation - og når det gælder computerprogrammer, er et 20 årigt patent nærmest uendelig lang tid.

Bill Gates er en af dem der har sagt det mest præcist i hans Strategy Memo dateret den 16 Maj 1991:

If people had understood how patents would be granted when most of today's ideas were invented, and had taken out patents, the industry would be at a complete standstill today. ... some large company will patent some obvious thing [and use the patent to] take as much of our profits as they want.²

Adskillige ministre har siden Europaparlamentet forkastede softwarepatentdirektivet, forsikret Folketinget om at det stadig ikke var muligt at patentere software, og at den juridiske tekst i den Europæiske Patent Konvention og i den

danske patentlov på det område er uændret. Det sidste er korrekt. Men som jeg viser i notatet, er det misvisende at computerprogrammer ikke kan patenteres!

Patentpraksis har nemlig været at den Europæiske Patent Konventions tekst har været under *konstant omfortolkning*. Når det gælder patentpraksis for computerprogrammer er jura ikke 'frossen politik', men det modsatte - noget der minder om et forhandlingsoplæg eller en henstilling der er til stadig forhandling.

Skredet i hvad der kan patenteres, viser sig klart når man ser på de engelske patentdomme, men det gælder også de tyske. Da England siden 1990 har haft en patentdomstol, har jeg valgt at se på udviklingen af dens domspraksis, specielt efter 2005. Min gennemgang påviser et afgørende skred i domspraksis når det gælder udstedelse af patenter på computerprogrammer - uanset den Europæiske Patent Konvention ikke er ændret.

Der er logisk set to svar på denne udfordring. Det danske Folketing og skiftende regeringer kunne have fulgt udviklingen og formuleret en politisk strategi for hvordan man sikrer sig ikke at kvæle mindre virksomheders innovation - hvilket desværre er risikoen. Det er ikke sket.

Det som man derimod har valgt, er helt at afpolitiserer patentpolitikken og overlade kontrollen med hvad der kan patenteres til en autonom overstatslig patentdomstol. Man kan selvfølgelig se dette som en erkendelse af politikken begrænsning. Men man kan vel ikke fortænke andre i at se det som noget nær en total kapitulation. Politikerne låser sig selv ude af beslutningsrummet og graver nøglen ned.

Vi må ikke håbe at Bill Gates får ret. Siden 1991 har Microsoft indsendt 8816 europapatentansøgninger, formentlig i et forsøg på at beskytte deres monopolområde. Men hvis Gates får ret, har I som politikere ingen muligheder for at korrigere udviklingen. Det var det I stemte om den 29. april 2014, da I vedtog L 22.

Der er ingen tvivl om vigtigheden af Europa som et politisk og demokratisk projekt. Men når de ansvarlige politikere støtter udviklingen af en afgørende politisk indflydelse på innovationen, bliver det desværre meget velbegrunder af stemme "Nej" den 25. maj, selvom man egentlig hellere ville have anbefalet et "Ja" til et velafbalanceret europæisk patentsystem.

Med venlig hilsen

Flemming Bjerke, cand. polit
medlem af IT-Politisk Forenings bestyrelse

Noter

¹<http://www.ft.dk/samling/2011/raadsmoede/535280/bilag/2/1121530.pdf>

²<http://www.nytimes.com/2007/06/09/opinion/09lee.html>

Patenter uden demokratisk kontrol

Flemming Bjerke, cand. polit, medl. af IT-Politisk Forenings bestyrelse

13-05-2014

Det er bekymrende når politikere fraskriver sig politik som en mulighed og overlader det til politisk autonome bureaukratier - med et meget snævert fokus - at træffe afgørende og vidtrækkende politiske beslutninger. Men det er ikke desto mindre hvad de fleste danske politikere gør når de vil overlade det til EU-patentdomstolen at bestemme hvad der under EPK, den Europæiske Patent Konvention, kan patenteres i Danmark, og resten af EU.¹

Ulovligt gøres lovligt

Men hvordan går det egentlig med retstilstanden når man opretter en EU-patentdomstol? Det kan man danne sig et godt indtryk af ved at se på den engelske patentdomstol, og hvordan den har medvirket til at ændre på hvad der kan patenteres. I England og Wales oprettede man i 1990 en patentdomstol som både har en underret og en appelret. På den måde ligner den engelske patentdomstol den EU-patentdomstol som danskerne skal stemme om. Lad os se på hvordan *den engelske patentdomstols appelkammer* har behandlet nogle af undtagelserne for hvad der kan patenteres. Jeg ser ikke på om patenter er ugyldige fordi de ikke er nye eller er indlysende, men udelukkende på det patenterbare område hvor det viser sig at der sker en bemærkelsesværdig ændring af retstilstanden i løbet af 10 år.

I følge EPK Art. 52 er computerprogrammer undtaget fra patentering.² Det fremgår tilsvarende af en engelsk patentdom fra 2006: "*Vi mener at skaberne af EPK virkelig ville udelukke computerprogrammer i en praktisk og fungerende form. De ville udelukke rigtige computerprogrammer, ikke bare en abstrakt række instrukser.*"³

Her gør den engelske patentret det klart at de såkaldte computerimplementerede opfindelser er i strid med EPK. Men dette er modsat af hvad EPO, det Europæiske Patentkontor, fremfører. EPO udsteder europapatenter ud fra deres helt egen beslutning om at man kan patentere computerimplementerede opfindelser hvor "*en eller flere egenskaber realiseres helt eller delvis ved et computerprogram*"⁴.

Bemærk at den engelske patentdom i modsætning til EPO siger at rigtige computerprogrammer udelukkes fra patentering. Det har ikke meget med sagen at gøre når EPO, danske politikere, o.m.a. henviser til at computerprogrammer

ikke kan patenteres, når der dermed menes at man ikke kan patentere selve det nedskrevne/arkiverede program. For alle praktiske formål er det afgørende at rigtige computerprogrammer der bruges erhvervsmæssigt, kan patenteres i følge EPO.

Men EPO har ikke altid ment at computerprogrammer kan patenteres. Den citerede engelske patentdom svarer nøje til hvad EPO skrev i deres vejledning fra 1978 om undtagelsen af computerprogrammer som sådan: *"Hvis bidraget til den kendte teknik alene består i et computerprogram så er emnet ikke patenterbart uanset hvilken måde det præsenteres på i patentkravene."* Kort sagt, lige meget hvad, kan computerprogrammer ikke patenteres!

Men i 1985 muliggjorde EPO under indtryk af en række amerikanske domme patentering af computerprogrammer, *uden at EPK var ændret*. I EPO's vejledning fra 1985 indførtes det at computerprogrammer kan patenteres hvis de *"... yder et teknisk bidrag til den kendte teknik."*

EPO omfortolker således EPK så ulovlige patenter blev lovlige, blot de har en virkning indenfor det patenterbare område. For at opnå denne patenterbarhed af computerprogrammer fandt EPO på begreberne, teknisk bidrag og teknisk effekt, som er kernen i EPO's nyfortolkning af EPK.

EPO's nyfortolkning får efterhånden sin virkning ved nationale domstole, ikke mindst i de engelske patentdomme. I 2008 underkendte den engelske appelret en underretsdom der *"havde anlagt en for snæver betragtning på teknisk effekt og tog fejl i at undtage opfindelsen fra patentering med den begrundelse at der ikke var tale om andet end et computerprogram."*⁵ Dermed blev computerprogrammer patenterbare i England.

EPO's indflydelse er helt åbenlys, f.eks. skriver præsidenten for den engelske appelret i en dom fra 2011: *"Lovmæssigt er computerimplementerede opfindelser lige så patenterbare i UK som i EPO."*⁶ En dom fra 2013 går endnu længere og forkaster EPK's undtagelse af "computerprogrammer som sådan". Idet *" disse øjensynligt simple ord ikke har nogen klar mening, er både vores ret og EPO's appelret holdt op med overhovedet at forstå dem ... I stedet har vi nu engageret os i at søge efter et 'teknisk bidrag' eller 'en teknisk effekt'. ... Så resultatet er at vi nu ignorerer ordene 'computerprogram som sådan' og koncentrerer os om hvorvidt der er et teknisk bidrag ..."*⁷

Det er noget forbløffende at en patentdomstol kan tilsidesætte EPK's ordlyd som uforståelig, mens den selvbestaltede nyfortolkning som det autonome patentbureaukrati EPO har kreeret, opfattes som lov!

EPO's interesser

Hvordan kan det være at EPO ikke bare neutralt forvalter EPK? Forklaringen er ligetil: EPO har en økonomisk interesse i at udstede så mange patenter som muligt. EPO finansieres nemlig af at udstede patenter, og jo flere patenter der udsteder, des flere penge går der til EPO.

Det er derfor ikke mærkeligt at EPO har fundet ud af at omgå forbudet mod at tage patent på computerprogrammer. Det kunne EPO fordi EPO i realiteten

var både lovgivende, udøvende og dømmende magt hvad angår europapatenter: EPO udsteder selv europapatenter som følger EPO's vejledninger der i praksis er fortolkninger af EPK og fungerer som lov vedrørende europapatenter. Desuden har EPO en *intern* klageret som tager sig af klager over EPO's afgørelser.

EPO er altså en selvstændig og udemokratisk institution der kan bøje EPK efter forgodtbefindende. EPO's interne klageret har dog ikke direkte retsvirkning i medlemslandene. Så EU's beslutning om at oprette en europæisk patentdomstol med retvirkning i medlemslandene afrunder EPO som en selvtilstrækkelig og magtfuldkommen organisation som det ikke er meningen at politikere skal blande sig i. Det var tilsyneladende ikke godt nok at de nationale domstole adopterer EPO's selvopfundne diskurs om hvad der kan patenteres. EU-domstolen skal efter eget skøn i fremtiden kunne gennemtvinge EPO's selvopfundne lovgivning direkte i medlemslandene.

Sidst europæiske politikere forholdt sig til om computerprogrammer skulle kunne patenteres var i 2002-05, hvor EU-kommissionen fremsatte et direktivforslag om lovliggørelse af patenter på computerprogrammer. Europaparlamentet besluttede dog i 2005 at præcisere at kun computerprogrammer der realiserede tekniske fremskridt *ved anvendelse af naturvidenskab*, kunne patenteres. Men den begrænsning ville EU-kommissionen ikke vide af, og så blev der ikke mere ud af den sag.

Imens EPO forsatte med at udstede patenter på computerprogrammer. Der findes i dag knap 9000 europæiske patenter og patentansøgninger hvor hvor der står "computer program" i titlen, og 27000 hvor der står "digital" i titlen. Og det er kun toppen af isbjerget! Det er altså til fulde lykkedes EPO at gøre computerprogrammer til genstand for patentering i Europa, uanset hvad der står i EPK.

Andre undtagelser

Men patenter på computerprogrammer er ikke den eneste undtagelse fra patentering som EPO udsteder patenter på. Også matematik, forretningsmetoder, mentale metoder, spil samt præsentation af information kan patenteres hvis de yder et teknisk bidrag, f.eks. fordi der bruges et computerprogram.

Også her har den engelske patentret i høj grad brugt EPO's begreber teknisk bidrag og teknisk effekt. I 2006 konkluderede en dom at forretningsmetoder er patenterbare hvis "*en forretningsmetode involverer brugen af et apparat og derfor er teknisk*"⁸. Langt de fleste forretningsmetoder indebærer brug af apparater, så fra 2006 var nye forretningsmetoder almindeligvis patenterbare i England.

EPO udsteder også gerne patenter på gammelkendte forretningsmetoder hvor det eneste nye er at man bruger en computer. Specielt har EPO godkendt patenter *som blot digitaliserer velkendte forretningsmetoder*. Nogle få eksempler⁹ er:

- Bestilling af serviceydelser over internettet.
- Auktioner på nettet.

- Elektroniske patientjournaler for hospitaler.
- Computerstyret medicindosering med drop direkte ind i patientens blod.
- Betaling over internettet
- Computerstyret brødbagning

Også denne underminering af undtagelsen af forretningsmetoder fra patentering har fundet opbakning i engelsk patentret. En dom fra 2008 fastslår således at der kan udtages patent på en forretningsmetode “*udført ved at køre en passende programmeret computer eller på en computer der udfører metoden*”¹⁰

Noget tilsvarende sker med en anden af EPK's undtagelser fra patentering, nemlig undtagelsen af mentale metoder. I 1997 var det ikke muligt at patentere mentale metoder: “*Det der er undtaget patentering, er et skema, en regel eller en metode til at udføre en mental handling, uanset om der foregår mentale trin eller processer.*”¹¹ At en mental handling udføres af en computer, gør ikke at metoden kan patenteres.

Men i 2009 forkaster en engelsk patentdom denne undtagelse: “*Når et menneske har besluttet sig og trykker på knappen, så opererer maskinen i den fysiske verden og producerer et resultat som en mental handling ikke kan opnå.*”¹² Altså når en computer udfører en mental metode, kan den godt patenteres i England - selvom *både* computerprogrammer og mentale metoder er undtaget fra patentering i følge EPK.

Særlig bemærkelsesværdig er en dom fra 2011 afsagt under forsæde af præsidenten for den engelske patentret.¹³ Præsident Birss slår fast at når en computer er programmeret til en opgave er det teknik og dermed patenterbart. Dermed tilhører al praktisk anvendelse af computerprogrammer til det patenterbare område, og EPK's undtagelse af computerprogrammer fra patentering er *i praksis* helt fjernet. Men Birss går videre endnu. Han forklarer at også undtagelserne forretningsmetoder, mentale metoder og præsentation af information kan patenteres hvis de har en teknisk effekt, og det har de hvis der anvendes computerprogrammer til at udføre dem. Kort sagt, den engelske patentdomstol har i løbet af det sidste årti langt hen ad vejen fjernet mindst 4 undtagelser fra patentering ved at følge EPO's fortolkninger af EPK.

Dommen er tillige bemærkelsesværdig fordi selve patentet handler om hvordan en computer styrer borehovedet ved olieboring. Det var netop den slags moderate patenter på computerprogrammer der anvender naturvidenskab, som Europaparlamentet i 2005 accepterede. Alligevel lykkedes det præsident Birss at tilskynde til patentering af 3 andre undtagelser som ikke havde meget med anvendt naturvidenskab at gøre.

Patenter kan skade udviklingen

Formålet med patenter er *ikke* at give opfindere særlige privilegier og urimelige monopoler, men at fremme en innovation og udvikling som gavner *samfundet* ved at give virksomheder 20 års monopol på at udnytte opfindelser.

Men det gavner *ikke* samfundet at man kan patentere opfindelser der ville være udviklet og udbredt selvom der ikke fandtes patenter. Patenter har jo også samfundsøkonomiske ulemper: Der sker en konkurrenceforvridning med fordyrelse af produkter og produktion til følge, og patenter kan tilmed hæmme udbredelsen af innovationer. Det vil ikke mindst gøre produkterne dyrere og bremse udviklingen at give patenter på "opfindelser" som vil ramme mange, meget forskellige virksomheders arbejde hvilket patenter på computerprogrammer især har tendens til. Også patenter på forretningsmetoder, mentale metoder og præsentation af information kan hæmme udviklingen ved at gøre det vanskeligt for virksomheder at tage nye metoder i anvendelse.

Hele den beskrevne udvidelse af området for patentering er et godt eksempel på hvordan patentlovgivningen i realiteten ændres uden hensyn til samfundet. Man ser f.eks. stort på at alle de banebrydende IT-innovationer blev udviklet *uden* patenter: internettet, e-mails, tekstbehandling, regneark, osv. Den hastige udvikling der er sket på disse områder, bygger på fri og gratis spredning af ideer. Det risikerer man nu at hæmme med stadig flere patenter som ingen normale selvstændige forretningsfolk har tid at overskue.

Stem "Nej"

Et "Ja" til patentdomstolen er en afgørende svækkelse af dansk kontrol med hvad der kan patenteres i Danmark. Men hvis der stemmes "Nej", har danske domstole mulighed for at beskytte danske virksomheder på hjemmemarkedet ved at begrænse virkningerne af udvidelsen af hvad der kan patenteres. Det skyldes at danske domstolene så kan kende patenter ugyldige i Danmark. Selvom Danmark ikke tilslutter sig den europæiske patentdomstol, kan danske virksomheder dog stadig udtage europapatenter, så Danmark melder sig ikke ud af det internationale patentsamarbejde ved at stemme nej.

Danske patentdomme kan trods alt appelleres til højesteret. Den europæiske patentdomstols afgørelser om udvidelse af hvad der kan patenteres, kan derimod kun appelleres til EU-patentdomstolens egen appelret. *Dermed kan EU-patentdomstolen, i endnu højere grad end den engelske patentdomstol, frit beslutte hvad der kan patenteres uden at danske politikere har nogen nævneværdig indflydelse.* Dette bør i sig selv tilsige et "Nej!".

Et "Nej" giver også muligheder for at Folketinget kan tage affære hvis det viser sig at f.eks. små danske virksomheder får svært ved at overleve at skulle betale patentlicenser eller skulle manøvrere helt urimeligt udenom alle mulige patenter. Det danske folketting har dermed mulighed for en dansk underkendelse af EPO samt EU-patentdomstolens beslutninger. Det vil give et godt udgangspunkt for at gå til EU for at få taget patentlovgivningen op i EU.

EU-patentdomstolen er i praksis en afdemokratisering af patentområdet, hvilket kan genere flertallet af danske virksomheder ganske meget. Man bør derfor stemme "Nej, til patentdomstolen."

Noter

¹EPK, som alle EU-lande i dag er tilsluttet, blev ratificeret i 1973. Landene forpligtede sig til at tilpasse deres patentlovgivning til EPK, og det er da også sket i den danske patentlov. Desuden oprettede man det Europæiske Patentkontor, EPO, der kunne udstede europapatenter. Men patenternes gyldighed skulle besluttes af de nationale domstole. Det er det EU har besluttet at lave om på nu så det bliver en EU-patentdomstol der afgør hvad der kan patenteres - udenom politisk indflydelse.

²<http://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epc/2013/e/ar52.html>

³<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/1371.html>

⁴<http://www.epo.org/news-issues/issues/software.html>

⁵<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Patents/2008/518.html>

⁶<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Patents/2011/2508.htm>

⁷<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2013/451.html>

⁸<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/1371.html>

⁹<http://www.iusmentis.com/patents/businessmethods/epoexamples/>

¹⁰<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Patents/2008/85.html>

¹¹<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1997/1174.html>

¹²<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2009/3068.html>

¹³<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Patents/2011/2508.htm>