

(Henvendelse til Europaudvalget af 15/9 2004 fra Digital Forbruger Danmark. Henvendelsen er fremsendt af foreningens formand, Peter Mogensen)

Et spørgsmålstegn ved ministeriets holdning til softwarepatentdirektivet

Nærværende notat gennemgår flere af økonomi- og erhvervsministeriets udtalelser om softwarepatentdirektivet og konkluderer at der er alvorlige mangler i den information ministeriet har givet til Folketinget.

Det er med stor undren, at man læser Økonomi- og Erhvervsministeriets svar på spørgsmål 71 og 72 til Europaudvalget [sp.71,72].

Først og fremmest vækker det undren, at ministeriet vedbliver at kalde det direktivforslag, der blev fremsat af det irske formandskab og med mindre rettelser vedtaget på rådsmødet for et "kompromisforslag".

Der har aldrig været tale om et kompromis. Ganske vist skriver ministeren i sit svar på spørgsmål 63 [sp.63], at 24 af parlamentets 60 ændringsforslag er blevet indarbejdet, men der er tale om ændringer af mindre betydning. Alle ændringsforslag, der indeholder essensen af parlamentets ønsker er blevet fejlet af bordet. Specielt er EU-parlamentets meget klare formulering om definitionen af "teknisk bidrag" og at interoperabilitet ikke er en patentkrænkelse blevet fuldstændig afvist. Der er med EU-parlamentets forslag tale om klare formuleringer, der står i skarp kontrast til ministerrådets vage formulering om "teknisk bidrag" [Tech]. Erhvervsministerens begrundelse om, at parlamentets ændringer "ikke medvirkede til det overordnede formål med direktivet, nemlig at skabe klare regler på området" [sp.63], er derfor uforståelig.

Den hollandske minister har også overfor det hollandske parlament kaldt direktivet et "kompromis" [Hol. Misinform.]. Det hollandske parlament er imidlertid kommet til den konklusion, at der ikke er tale om et kompromis, men derimod en konflikt mellem parlamentet og rådet og, at deres minister dermed har vildledt parlamentet i den henseende. Det hollandske parlament har derfor bedt deres minister trække den hollandske stemme tilbage [Hol. Parl. Beslutning].

Ovenstående er ikke det eneste forhold i Økonomi- og Erhvervsministeriets udtalelser om direktivet, der vækker kilde til undring. I det efterfølgende vil nogle af disse blive beskrevet.

Ang. svar på spørgsmål 71

Ministeriet skriver at direktivet efter rådsbehandlingen svarer til de danske ønsker. Man kan så spørge om det var et helhjertet arbejde der blev lagt i at få imødekommet kritikken ang. definitionen af "teknisk bidrag" og beskyttelsen af interoperabilitet. På ingen af disse kritikpunkter er direktivteksten blevet forbedret.

Der skal bl.a. man tage følgende i betragtning:

Det tyske forslag

Når ministeren skriver at det tyske forslag "delvist" blev imødekommet, så er der tale om at man fjernede 50 ord i den engelske tekst og efterlod kun 2 ! Disse to ord var "new and" [Rådsbeslutning]. Den eneste tilføjelse til definitionen af "teknisk bidrag" var altså at, det skulle være "nyt". Det er en triviell tilføjelse, da det i forvejen er et krav, for at noget kan patenteres, at det er nyt.

Interoperabilitet og konkurrenceret

Kommissionen og ministeriet mener åbenbart at interoperabilitet er beskyttet alene med betragtning 17, der blot henviser til konkurrenceretten. Som eksempel på hvor effektiv konkurrenceretten er, fremhævede Kommissær Bolkestein gentagne gange den verserende Microsoft-sag. F.eks. i sin indledende tale på rådsmødet:

"Furthermore, recital number 17 on the preamble explicitly states that competition law can be used to ensure operators give access to information needed to ensure interoperability. The commission has not been afraid to put this principle into practice as shown by its recent decision on Microsoft."

Man bliver nød til at stille spørgsmålstegn ved effektiviteten af konkurrenceretten på IT-markedet. Den aktuelle sag har været undervejs i 4 år og er blevet anket med potentiale til at trække ud i endnu flere år. Hvis EU-domstolen ikke også suspenderer sanktionerne under retsforløbet er der yderligere ankemuligheder [Microsoft appel]. Oven i det skal man tage i betragtning, at det er sandsynligt, at dommen under alle omstændigheder ikke vil have nogen praktisk effekt [Microsoft-sagen].

Der er absolut ingen grund til at konkludere at interoperabilitet er beskyttet ud fra kommissær Bolkesteins eksempel med Microsoft-dommen.

Så længe man ikke sikrer, at det ikke er en patentkrænkelser, vil mindre softwarevirksomheder løbe betydelige risici ved at udvikle og markedsføre selvstændige produkter, der kan integreres med vores digitale infrastruktur.

Ang. svar på spørgsmål 72

Økonomi- og erhvervsministerens svar på spørgsmål 72 efterlader flere spørgsmål end det besvarer. Ministeren tydeliggør, at han mener at "kompromisforslagets" eneste effekt vil være at gøre reglerne gennemsigtige og at ikke vil være nogen ændring i vilkårene for patentering.

Man bliver nød til at spørge om ministeren dermed mener, at direktivet ikke vil ændre på retsgrundlaget, eller om han mener, at det ikke vil ændre på den faktiske praksis fra EPO²?

Førstnævnte er åbenlyst forkert. Den Europæiske patentkonvention og den danske patentlov siger at software "som sådan" ("hvad der alene udgør programmer for datamaskiner") ikke kan patenteres. Imidlertid siger rådets direktiv i artikel 2a at en "computerimplementeret opfindelse" kan være enhver opfindelse, der involverer en computer og har en eller flere egenskaber, der **helt** eller delvist er realiseret v.h.a. en

¹På samme måde som man i ophavsretten sikrer, at interoperabilitet ikke er en krænkelser.

²Det Europæiske patentkontor.

computer *eller et computerprogram*.

Samtidig siger artikel 5.2, at et patentkrav på et program skal tillades, *hvis* programmet, når det køres på en computer udfører en proces beskrevet i et patentkrav. Begge dele må netop siges alene at være ”programmer for datamaskiner”.

Hvis ministeren mener at direktivet ikke vil medføre ændringer i EPOs praksis, så må det være tegn på at ministeren er tilfreds med den nuværende praksis, der tydeligt udsteder patenter på selv forretningsmetoder. F.eks. Amazons ”gift ordering” patent, der gør patentkrav på, at man ved bestilling af en gave til en person, man kun kender email-adressen på, kan bede leverandøren sende en email til vedkommende og udbede sig en post-adresse som en del af forsendelsesproceduren [Amazon].

Ministeren skriver at ”kompromisforslaget” vil gøre reglerne mere gennemsigtige og lettere at forstå. Det i sig selv virker underligt, når der tydeligvis er dyb uenighed om hvad det faktisk er direktivteksten betyder.

Man har konsekvent afvist at definere hvad der menes med ”teknisk”. Uden en klar definition vil enhver proces kunne virke ”teknisk” bare man sætter en computer til at gøre det. - som f.eks. det ovennævnte Amazon-patent. Dette vil føre til patentering af alle programmerbare ideer. Hvilket netop er ”software som sådan”.

”Ligestilling” af store og små

Ministeren fremhæver, at man med direktivet har stillet store og små virksomheder lige ”*når det gælder forståelsen af reglerne for patentering*”.

Det kan man gøre på mange måder, men det skulle også gerne være en måde så reglerne ikke bare forstås lige nemt af alle, men også giver alle lige vilkår. Det er værd at bemærke at fortalere for kommissionens og rådets direktivforslag hovedsageligt er meget store firmaer, hvorimod mindre firmaer er tilhængere af parlamentets ændringsforslag. Senest har den den Ungarnske IT-brancheforening, IVSZ i en offentlig udtalelse anmodet den Ungarnske regering om at støtte EU-parlamentets ændringer til direktivet [IVSZ].

Interoperabilitet

Det er på tide at mane en stor myte i jorden. Erhvervsministeriet, kommissær Bolkestein m. fl. har gentagne gange fremhævet, at ophavsrettens regler om interoperabilitet ikke berøres af direktivforslaget og, at det fremgår tydeligt af direktivet. Det er også rigtigt. Det er bare ikke relevant!

Et patent er – med patentlovens ord – en eneret til *erhvervsmæssig* udnyttelse. Det ophavsretten tillader er ikke *erhvervsmæssig* udnyttelse. Ophavsretten tillader kun selve *udviklingen* af et edb-program, der er interoperabelt med et andet ophavsretsbeskyttet program. Interoperabilitet er altså med rådets direktiv ikke sikret længere end til forsknings- og hobbybrug – områder som patentsystemet alligevel ikke berører. Den vigtighed interoperabilitet har for konkurrencen på selve markedet er på ingen måde beskyttet af disse formuleringer. Patenter og ophavsret er to uafhængige størrelser. Det EU-parlamentets ændringsforslag gør, er at beskytte interoperabilitet på samme måde i patentretten som det er beskyttet i ophavsretten, nemlig, at det ikke er en krænkelse.

Ministeren skriver at standardiseringsorganisationer har samme vilkår som tidligere. Det er korrekt. Disse organisationer vil forsat blive nød til at fravælge løsninger p.g.a.

patenter. Fremover vil det blot ikke være hovedsageligt p.g.a. amerikanske patenter, men i stigende grad også p.g.a. europæiske. Man bør læse hvad opfinderen af WWW og direktør for standardorganisationen W3C, Tim Berners-Lee, mener om softwarepatenter: <http://comon.dk/index.php/news/show/id=18150>

I den forbindelse er det værd at bemærke nylige begivenheder i flere standardiseringsorganer hvor softwarepatenter har sat en kæp hjulet på vigtige processer i klar modstrid med de samfundsmæssige interesser. Softwarepatenter er f.eks. i disse dage ivejen for enighed om et vigtigt element i kampen i mod "spam" (under IETF). I FN giver softwarepatenter problemer for e-handels-standarder og et firma forlanger nu licens for brug af billeder på Internettet [Standardisering].

Ministerens tidligere svar til spørgsmål 63.

Det kan undre at Erhvervsministeriet generelt undlader at forholde sig til kritikken. Bortset fra ovenstående utilfredsstillende svar finder man flere lignende eksempler i ministeriets svar på spørgsmål 63 ang. henvendelse fra Forbrugerrådet, PROSA og IT-Politisk forening [sp.63].

Forholdet til USA

Under overskriften "Forholdet til USA" omformulerer ministeriet foreningernes kritik til at handle om, at man (som i USA) kan patentere "ikke-tekniske" opfindelser. En kritik, der derefter afvises med, at der i "kompromisforslaget" står at der skal være et "teknisk bidrag".

Det burde, efter talrige høringssvar og notater, være klart, at kritikken går på, at "teknisk bidrag" ikke er defineret ordentligt – ikke at ordet "teknik" ikke anvendes! Den manglende definition tillader – som foreningerne siger og som beskrevet ovenfor med Amazons europæiske patent – at noget (f.eks. en forretningsmetode) bliver "teknisk" bare, det kører på en computer.

Ministeren fremhæver at kravet om "teknisk bidrag" adskiller Europa fra USA, men det er ikke nogen hemmelighed i patentbranchen, at det tolkes, så det – med det danske patentbureau Chas.Hudes ord – "I praksis er ensbetydende med, at et program, der tjener et nyttigt formål, vil kunne patentbeskyttes." [Chas.Hude].

Og "nyttigt" er netop et kriterie for patentering i USA!

Interoperabilitet

Problemerne omkring interoperabilitet og at det kun er beskyttet af konkurrenreglerne er berørt tidligere. Ministeren afslutter dog med at nævne at man har brugt formuleringer fra Europaparlamentets artikel 6a i betragtning 17. Det er meget svært at se relevansen af dette. Der er tale om to vidt forskellige betydninger. Artikel 6a siger, at interoperabilitet ikke er en patentkrænkelse og artikel 17 siger, at det er det, men at konkurrencereglerne stadig gælder. Det er ihvertfald ikke her vi skal lede efter "kompromiset".

Tekniske standarder

Ministeren hævder at mulighederne for at etablere tekniske standarder på IT-området hverken forbedres eller forværres.

Korrektigheden af den påstand afhænger af om der kommer en stigning i mængden af patenter på protokoller, formater og interfaces. Da mængden af udstedte

softwarepatenter er steget drastisk de seneste år og ministeren mener at direktivet ikke ændrer på vilkårene for patentering, må man antage at antallet af udstedte patenter vedbliver at stige.

Ministeren nævner at IETF, tillader patenter under ”rimelige og ikke diskriminerende vilkår”. Det er korrekt. Hvad ministeren ikke nævner er at IETFs ”best current practice” [RFC3668] siger, at man generelt foretrækker patent-frie løsninger, eller – hvis der er patenter – royalty-frie licenser. På nogen områder (sikkerhed) er der konsensus om kun at afvige fra kravet om royalty-frie standarder under exceptionelle omstændigheder.

Om formålet med patenter

Ministeriet svarer med en længere udredning, der tager udgangspunkt i de forkerte og udokumenterede antagelser om

- at erfaringerne med patentering på andre områder uden videre kan overføres på softwareområdet. Der foreligger ingen dokumentation for dette og antagelsen er farlig alene af den grund at software (ligesom musik, film og litteratur) som produkt er immaterielt til forskel fra produkterne i andre brancher hvor patenter bruges. Desuden har software afgørende betydning for interoperabiliteten i vores digitale infrastruktur. En faktor af afgørende betydning for konkurrenceforholdene.
- at der foreligger en klar definition af ”teknisk”, der gør at rene softwareprogrammer ikke er et teknisk område. Rådets vedtagne formulering er særdeles vag og selvreferende.
- at der i dag ikke eksisterer europæiske patenter på hvad der alene udgør software. Der kan påvises talrige eksempler på Europæiske patenter som man kan krænke ved at køre software på en almindelig PC.
- At patenter på software er vigtige for vidensspredning i softwarebranchen. Dette lader ikke til at være tilfældet.
- At patenter i softwarebranchen har været dominerende praksis siden 1980'erne. Dette er specielt for Internettet uden hold i virkeligheden.

Påstanden fra de skrivende foreninger er, at der ikke foreligger dokumentation for at patenter på software er til gavn for samfundet. Man ville forvente at ministeriet i deres svar ville komme med henvisninger til sådanne eksempler, men læser man svaret vil man se, at det kun indeholder en udtalelse om hvad formålet med patentsystemet er og ministeriets intuitive fornemmelse for hvordan forholdene på softwaremarkedet er. Der er ingen referencer til dokumentation for at det faktisk er sådan.

Dokumentation for effekten på samfundet

Derimod referer de skrivende foreninger til økonomiske undersøgelser, der viser at softwarepatenter har negative effekter på softwareindustrien. Undersøgelserne afvises blankt af ministeriet som værende uanvendelige med det argument, at der er tale om amerikanske forhold og der i USA ikke er krav om ”teknisk bidrag”.

Det virker som en utrolig letkøbt afvisning, da det **netop** er den vage definition af ”teknisk bidrag”, der er et af hovedankepunkterne i kritikken af rådets direktiv.

Konklusion

Der er for mange huller i informationen fra Økonomi- og Erhvervsministeriet og for lidt dokumentation for påstande. Folketinget burde følge det Hollandske eksempel og kræve at ministeriet trækker opbakningen til den nuværende direktivtekst tilbage og arbejde for at interoperabilitet beskyttes og ”teknisk bidrag” defineres - som det er tilfældet i EU-parlamentets forslag. [ChangeVote]

Referencer

[sp.63]

Svar på Europaudvalgets spørgsmål 63 om softwarepatenter.

http://eu-oplysningen.dk/dokumenter/ft/bilag/2003_2004/20040945/

[sp.71,72]

Svar på Europaudvalgets spørgsmål 71 og 72 om softwarepatenter.

http://eu-oplysningen.dk/dokumenter/ft/bilag/2003_2004/20041075/

[Amazon]

Gennemgang af Amazons Europæiske patent på en metode til at sende gaver

<http://swpat.ffii.org/patents/samples/ep927945/index.en.html>

[Tech]

En analyse af forskellen på parlamentets og rådets definition af ”teknisk bidrag”

<http://swpat.ffii.org/papers/europarl0309/cons0401/index.en.html#tech>

[Rådsbeslutning]

En analyse af ministerrådet resultat:

<http://kwiki.ffii.org/?Cons040518En>

[Microsoft-sagen]

http://www4.gartner.com/DisplayDocument?doc_cd=120139

http://www.theregister.co.uk/2004/03/25/ec_erects_toll_booth/

[Microsoft appel]

<http://www.computerworld.dk/default.asp?Mode=2&ArticleID=24368>

[IVSZ]

<http://kwiki.ffii.org/IVSZ040826En>

[Hol. Misinform.]

Den hollandske ministers ord:

"De Raad en Europees Parlement zijn zeer recent tot een akkoord gekomen over de tekst van de richtlijn. Derhalve zal dit punt als hamerstuk op de agenda van de Raad komen te staan. Nederland zal het richtlijnvoorstel zoals dat door het Voorzitterschap is voorbereid, steunen."

Oversættelse til engelsk:

"The Council and the European Parliament recently achieved a compromise about the text of the directive. This point will be on the schedule of the Council for confirmation. The Netherlands will support the proposal for a directive as prepared by the presidency."

Oversættelse til Dansk af første paragraf:

”Rådet og det Europæiske parlament har for nylig nået et kompromis ang. direktivteksten...”

[Hol. Parl. Beslutning]

Det Hollandske parlaments beslutning om at trække ministerens mandat tilbage:
<http://kwiki.ffii.org/?NIMot040701En>

[Standardisering]

Licenskrav mod brugere af digitale billeder nu når standarden er blevet udbredt:

<http://comon.dk/index.php/news/show/id=17537>

<http://comon.dk/index.php/news/show/id=18767>

Kampen imod spam:

http://www.circleid.com/article/730_0_1_0_C/

http://www.circleid.com/article/732_0_1_0_C/

Standarder for elektronisk handel:

<http://www.comon.dk/index.php/news/show/id=18914>

[Chas.Hude]

Patentbureauet Chas.Hudes brochure til overblik over udviklingen indenfor softwarepatenter:

http://chashude.dk/Broch2001-01_Software.pdf

[ChangeVote]

Der er ikke noget, der forhindrer at et eller flere lande ændrer deres stemme i forhold til rådsmødet d. 18/5. Som det fremgår af denne analyse:

<http://kwiki.ffii.org/VrijschriftHowto040817En>