

Till Erik Nooteboom
Head of Unit
Industrial Property Unit
Internal Market and Services Directorate General
European Commission

Förening för en fri informationsinfrastruktur Sverige översänder härmed sina synpunkter på kommissionens frågor om framtidens patentsystem. Vi har valt att svara på frågorna i avsnitt ett utifrån ett svenskt perspektiv. Vi har avstått från att svara på frågorna som rör gemenskapspatentets och EPLAs juridiska konstruktion eftersom de berör komplexa frågeställningar om EUs konstitution och framtid. Dock vill vi poängtera att de amerikanska erfarenheterna av en centralisering av, och specialisering inom, patenträttsväsendet manar till eftertanke genom att referera president Bill Clintons före detta rådgivare, professor Brian Kahin:

"[...] the new Court of Appeals for the Federal Circuit quickly became a champion for its specialty. It made patents easier to get, easier to enforce, more powerful and available for virtually anything, including software and business methods."

http://news.com.com/How+Washington+reinvented+invention/2010-1028_3-6057761.html

"The CAFC has accorded a high presumption of validity to patents that can only be overcome with 'clear and convincing evidence' that the PTO made a mistake. This strong presumption imposes high transaction costs on those who seek to challenge patents and exacerbates the free-rider problem of invalidating patents." http://www.firstmonday.org/issues/issue6_1/kahin/

Texten består dels av en generell synpunkt följt av svar under respektive frågeställning.

Vänliga hälsningar,

Erik Josefsson, ordf. FFII.se

Section 1 - Basic principles and features of the patent system

Stimulera forskning och utveckling

Kommissionens beskrivning av iden bakom patentsystemet fokuserar på användarna av systemet. En mer balanserad utgångspunkt är att betrakta patentsystemet som en del i en övergripande politik med syfte är att stimulera forskning och utveckling. En naturlig följd av detta synsätt är att betrakta immaterialrättsliga lösningar som ett medel att stimulera forskning och utveckling. Synsättet ställer också krav på vilka frågeställningar kring patentsystemet som är relevanta att besvara, och öppnar för att förutsättningslöst studera andra lösningar än patentsystemet för de sektorer där forskning och utveckling riskerar att stagnera eller utebli.

I Sverige indelas immaterialrätten traditionellt in i upphovsrätten och industriellt rättsskydd. Det gör det lätt att i patentsammanhang undvika naturrättsteorin att en uppfinnare har rätt att äga sin uppfinning (ett argument som annars är vanligt i diskussioner kring upphovsrätten). Dessvärre har fördragets egendomsartikel "Immateriell egendom skall vara skyddad" försvårat urskiljandet av patentsystemet som ett rent forsknings- och utvecklingsinstrument. Teorin att patentsystemet genererar utveckling genom att patenthandlingarna publiceras är också vanlig. En ensamrätt är dock omöjlig att ta i anspråk om den inte är väl beskriven och allmänt känd. Teorin förväxlar därför en nödvändig egenskap hos systemet med dess (önskade) effekter.

I en färsk rapport från analysgruppen Ovum om patent på datorprogram poängterar forskningsledaren Gary Barnett (2006-04-05):

"- Many vendors see patents as a good thing simply because they make money by licensing them" - "This is a short-sighted and fallacious point of view. We believe the economic case for software patents has fundamentally not been made." <http://www.ovum.com/go/content/c,377,62989>

För att kunna bedöma Ovums påstående är valet av teoretisk utgångspunkt viktig. Kommissionens beskrivning verkar utgå från teorin att patentsystemet ska fungera som ett belöningssystem. Vi förordar att istället betrakta ett patent som ett rent konkurrenshinder och ingenting annat, och skulle därför föredra om kommissionen resonerade utifrån ett "polluter pays"-perspektiv.

Patent på datorprogram

Den privata programvarusektorn i Sverige går bra. Det investeras och utvecklas, och marknaden växer. Det föreligger så vitt vi kan bedöma inget behov av att upprätta konkurrenshinder i form av patent. Tvärtom tror vi att marknaden skulle kunna växa ännu snabbare om standarder för kommunikation och utbyte av information kunde göras allmänt tillgängliga.

Vad gäller patent på datorprogram ser vi därför med oro på utvecklingen att Patent- och registreringsverket (PRV) inte längre avslår sådana ansökningar. Som ett exempel kan nämnas "Anordning för indikering av nedladdning av en datapost" (publiceringsnummer 522178). Patentet avser ett Javascript. Det består av en enda programrad som exekveras när man besöker en webbsida som innehåller scriptet:

```
document.write("<img src='http://foo.se/t.gif?r=" + Math.random()+ "'>");
```

Att patentet är beviljat innebär att varje svenskt företag som mäter sin webbtrafik måste ta ställning till patentets skyddsomfång som det definieras i patentkraven:

PATENTKRAV

1. Anordning (1) för indikering av nedladdning av en datapost (3) av en användardator (5) från en första dator (7) genom användning av ett datakommunikationsnätverk (9), anordningen innefattande en processor (13) konfigurerad för:
 - mottagning av en uppladdningsinstruktion för uppladdning av dataposten (3) från en andra dator (15) till användardatorn (5) via datakommunikationsnätverket (9),
uppladdningsinstruktionen genererad av en första markup language tagg hänvisande till dataposten (3), markup language taggen genererad av ett browserexekverbart skript uppladdat till användardatorn (5) från första datorn (7),
första markup language taggen skiljbar från en andra markup language tagg i ett cacheminne i användardatorn (5),
första och andra language taggarna genererade av browserexekverbara skriptet;
 - indikering av att uppladdningsinstruktionen har mottagits.

Det spelar alltså ingen roll om företaget använder Javascript eller något annat programmeringsspråk. Patenthandlingen säger:

"Emellertid är inte [program]språket kritiskt för föreliggande uppfinnings arbetssätt. Godtyckligt annat språk som anses vara lämpligt för fackmannen är tänkbart."

Enligt en studie publicerad 2005-06-02 på institutionen för informatik vid Göteborgs universitet, "I väntan på mjukvarupatent", svarade 32 % av de tillfrågade att de arbetar aktivt med att undvika att använda patenterade lösningar i sin mjukvara, samtidigt som hela 79 % angav att de inte hade någon handlingsplan för om de blev anklagade för patentintrång. Vi tror därför att många svenska företag ser patentkrav av ovan nämnda typ som ett besvärligt konkurrenshinder.

Vi tror inte patentet är ett enstaka undantag. Vår egen patentdatabas Gauss ger för handen att det inom en rad områden finns ett stort antal patent av den här typen.

träffar, sökord, exempel:

281	script+tracking+web	EP657045	Script-based system for testing...
9710	marketing	EP1032923	Subscriber registration
34500	payment	EP1330759	user-to-user payment service
9600	payment + mobile	EP1453012	notifying toll charge information
13300	payment + web	EP1077419	CitiBank distributed e-wallets
13600	shopping	EP1309932	On-line medical shopping system
798	shopping + web	EP1016999	Electronic shopping system
496	shopping + mobile	EP1087312	Sponsored network games
102	wagering	EP1269384	Interactive wagering systems
41	wagering + mobile	EP1195059	Nokia Interactive services
202	betting	EP702313	combined totalizator and fixed odds
192	bidding	EP1020809	Nippon Electronic tender system
94	contract + bidding	EP1385250	OM An energy trading system

En jämförelse mellan beviljade patent och patent under behandling indikerar att den här typen av patent är en relativt ny företeelse:

GRANTED		PENDING	
Siemens	665	Microsoft	882
IBM	505	Matsushita	824
Sun	354	Alcatel	703
Alcatel	322	Sony	674
Philips	241	Nokia	613
AMD	211	Siemens	531
AT&T	186	Samsung	504
Nippon	154	Sun	470
Digital	137	Ericsson	458
Ericsson	118	Canon	441
....Microsoft	86	Philips	425

Offentlig förvaltning i allmänhet och 24-timmarsmyndigheten i synnerhet har redan problem med patent på datorprogram. Statskontoret (numera Verva) lämnade 2003 in en invändning till PRV mot patentet "System och metod för överföring och hantering av elektroniska blanketter" (publiceringsnummer 518978). Statskontoret invände också mot samma patent vid EPO (patentnummer EP1228451).

Statskontoret skriver till PRV:

"Då det inte föreligger någon uppfinning inom det patenterbara området enligt PatL §1 [...] yrkar vi på att patentmyndigheten skall upphäva det meddelade patentet i sin helhet."

och till EPO:

"The patented system and method is just an administrative method of form management. No technical features are presented in the claims as granted. The patent regard a method for performing mental

acts and is thus not a patentable invention according to A52(2)(c). [...] We request that the patent as granted is entirely revoked."

Statskontorets argumentation överensstämmer med det huvudargument Patentbesvärsrätten framförde i 2002-10-10 domen 01-157, "Ett elektroniskt börshandelsystem", registernummer 9804170-0:

"Att datorisering leder till ett snabbare och tillförlitligare genomförande ligger i sakens natur och är ett generellt syfte med datorisering. De fördelar som det patentsökta förfarandet medför i dessa avseenden bidrar således inte heller till att förfarandet får teknisk karaktär."

Trots Statskontorets invändningar och Patentbesvärsrättens dom finns en överhängande risk att de patent PRV numera beviljar i praktiken kommer att användas mot offentlig förvaltning. Exempelvis kommer elektroniska auktioner med stor sannolikhet att införas i den nya lagen om offentlig upphandling (se SOU 2006:28). Vi uppskattar att det i dagsläget finns 500 patentansökningar på sådana förfaranden. Även om en majoritet av dessa kommer att avslås kommer med stor sannolikhet kommuner och landsting som bedriver upphandling med hjälp av elektroniska auktioner att behöva betala patentlicenser för att göra det.

1.1 Do you agree that these are the basic features required of the patent system?

FFII.se anser att definitionen av det patenterbara området, d.v.s vilka prestationer som skall anses vara patenterbara, är patentlagens viktigaste definition. Lagen, och i viss mån svenska domstolars tolkning av den, säger att prestationer som är datorprogram eller metoder för affärsverksamhet inte är uppfinningar. Idag säger patentverkens praktik motsatsen. Vi tror inte att patentverkens praktik stimulerar forskning och utveckling.

Kommissionen frågar i första stycket om patentsystemet ska ha den grundläggande egenskapen att definitionen av det patenterbara området ska väga rättighetsinnehavarnas intressen mot patentsystemets syfte. Det ligger nära tillhands att omformulera frågan till om definitionen av det patenterbara området ska ha den grundläggande egenskapen att väga patentverkens intressen mot patentsystemets syfte.

Svaret på frågan är givetvis nej. Definitionen av det patenterbara området ska när den tillämpas av patentverken stimulera forskning och utveckling. Stimuleras inte forskning och utveckling är det fel på lagen eller dess tillämpning. Patentverkens och rättighetsinnehavarnas intressen är inte relevanta i en diskussion om patentsystemets grundläggande egenskaper.

Kommissionen frågar i fjärde stycket om patentsystemet ska ha den grundläggande egenskapen att ta hänsyn till ett antal allmänpolitiska områden. Frågan är svår att besvara eftersom patentlagen tar hänsyn till flera av dessa områden samtidigt som patentlagen är en del av patentsystemet. Hänsyn till det allmänpolitiska området vård och omsorg (healthcare) återspeglas till exempel i PatL §1 där förfaranden för kirurgisk eller terapeutisk behandling inte anses som uppfinning. Avsnitten i patentlagen om tvångslicens avspeglar hänsyn till ett annat (competition).

Man kan tolka frågan som att kommissionen ställer det allmänpolitiska området forskning och utveckling mot andra allmänpolitiska områden eftersom det inte kan vara en grundläggande egenskap hos patentsystemet att avgöra vilka allmänpolitiska områden som patentsystemet ska ta hänsyn till.

Om man förstår frågan på det sättet och önskar att förfaranden för kirurgisk behandling ska vara patenterbara, blir svaret att hänsyn inte ska tas till det allmänpolitiska området vård och omsorg. På samma sätt blir konsekvensen av att man önskar att datorprogram ska vara patenterbara, enligt vår mening att hänsyn inte ska tas till det allmänpolitiska området forskning och utveckling inom programvarusektorn.

Ovanstående resonemang är avsett att belysa att ett av de kraftfullaste begreppen i patentlagen är definitionen av det patenterbara området. Det är därför av yttersta vikt att studera om patent på datorprogram stimulerar forskning och utveckling.

Patentsystemet måste därför ha den grundläggande egenskapen att patentverkens tillämpning måste kunna korrigeras av ett överordnat organ.

Övriga listade egenskaper i andra och tredje stycket är i grunden självklara målsättningar för all myndighetsutövning.

1.2 Are there other features that you consider important?

FFII.se tror att olika branscher har olika behov. TRIPS tillåter visserligen inte särbehandling av olika områden, men eftersom behovet av konkurrenshinder varierar kraftigt från bransch till bransch borde patentsystemet t.ex. tillåta branschspecifika förnyelseavgifter (ju lägre behov av konkurrenshinder, desto högre förnyelseavgifter).

Detta ska inte förstås som att FFII.se förordar patent på datorprogram. Som nämnts ovan ser vi inget behov av konkurrenshinder inom området.

1.3 How can the Community better take into account the broader public interest in developing its policy on patents?

Kommissionen har självklart en avgörande roll i alla gemenskapens policybeslut, varför vi tolkar frågan som hur kommissionen bättre kan ta tillvara allmänhetens intresse inom patentområdet.

FFII.se anser att kommissionens initiativ till den här konsultationen är lovvärt (om än materialet kunde ha varit mer lättillgängligt och översatt till alla gemenskapens språk) och vår förhoppning är att kommissionen med hjälp av svaren bättre kan ta tillvara allmänhetens intresse.

Vi skulle också önska att kommissionen gör en grundläggande analys av vilka intressen som eventuellt skulle kunna stå emot allmänhetens intresse. Kommissionen har redan identifierat rättighetsinnehavarnas intressen i sin första fråga, men Butler Group skriver 2005-06-05:

"Corporate patent lawyers are the drivers behind legislation that will adversely affect society as a whole – the patent issue is not one affecting just a minority interest."

<http://www.butlergroup.com/company/press/docview.asp?id=159>

och har således identifierat en annan intressegrupp. På grund av att Europeiska patentverket finansieras genom patentavgifter har de självklart också ett särintresse och det är möjligt att nationella patentverk även de har ett identifierbart särintresse.

Europeiska patentverkets särintresse är särskilt viktigt att kartlägga eftersom deras tolkning av europeiska patentkonventionen nyligen utökat det patenterbara området. Jur. kand. Carl Westling skriver i NIR 6/2002 "Patent på datorprogram och affärsmetoder":

"Poängen med den av Technical Board of Appeal tillämpade helhetssynen är att undantaget i art. 52 (2) EPC förlorar sin tillämplighet. Det blir möjligt att godkänna ett patentkrav som riktar sig mot en känd dator styrd enligt ett specifikt program (vare sig det rör sig om mjuk- eller hårdvara) för att utföra eller kontrollera en process, eftersom detta inte anses som datorprogram som sådant."

När allmänhetens intresse på ett tydligt sätt kan ställas mot andra intressen kan kommissionen bättre ta tillvara allmänhetens intresse. Därför önskar vi att en sådan kartläggning genomförs så snart som möjligt.

Vi efterlyser också initiativ till innovationsforskning, samt att kommissionen tar tillvara det arbete Europaparlamentet (och flera nationella parlament) har utfört under arbetet med direktivet om patent på datorprogram.