

Det Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse om »Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om computer-implementerede opfinders patenterbarhed«

(KOM(2002) 92 endelig — 2002/0047 (COD))

(2003/C 61/25)

Rådet for Den Europæiske Union besluttede den 4. marts 2002 under henvisning til EF-traktatens artikel 95 at anmode om Det Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse om det ovennævnte emne.

Det forberedende arbejde henvistes til Sektionen for Det Indre Marked, Produktion og Forbrug, som udpegede Daniel Retureau til ordfører. Sektionen vedtog sin udtalelse den 11. september 2002.

Det Økonomiske og Sociale Udvalg vedtog på sin 393. plenarforsamling af 18. og 19. september 2002, mødet den 19. september, med 43 stemmer for, 18 imod og 9 hverken for eller imod.

1. Indledning — systemer for intellektuel ejendomsret

1.1. Et indusripatent giver patenthaveren midlertidig eneret til på visse betingelser at udnytte en opfindelse i det omfang, der er fastsat i patentkravene. De generelt anerkendte betingelser for patenterbarhed i Europa finder anvendelse på tekniske opfindelser, der ikke er indlysende for en fagmand, og som herved yder et »nyt bidrag til det aktuelle tekniske niveau«. Opfindelsen skal endvidere kunne »anvendes industrielt«. Der kan være tale om et teknisk objekt eller en (fremstillings-) metode, der hører hjemme i den materielle verden i modsætning til den teoretiske verden, idéverdenen eller den immaterielle verden.

1.2. For at opnå patent på en opfindelse skal man kunne bevise, at den er et fremskridt i forhold til det aktuelle tekniske niveau. De store patentkontorer råder over databaser over de udstedte patenter, der bør indeholde beskrivelser og forklaringer, som gør det muligt at rekonstruere den beskyttede opfindelse. Et væsentligt element i patentkonceptet er, at der kompenseres for den midlertidige eneret, som tildeles patenthaveren (i modstrid med opfattelsen af den frie konkurrence og det frie marked), ved at stille teknisk knowhow og ny viden, som opfindelsen har bragt med sig, til rådighed for offentligheden, hvilket bidrager direkte til teknologioverførsler og udbredelse af knowhow.

1.2.1. Kvaliteten af et patent afhænger ud over opfindelsens betydning også af de mangfoldige kompetencer og den knowhow, som opfindere, patenteksperter og -rådgivere og patentkontorer (indgående kendskab til det aktuelle tekniske niveau, undersøgelse af, om opfindelsen allerede er gjort på basis af konstant ajourførte databaser af høj kvalitet) bidrager med. Som følge af den materielle rets territoriale karakter skal der søges om patent i alle de lande, hvor beskyttelsen ønskes. Der er her tale om en langsommelig og dyr proces, som kun er blevet delvist forenklet med München-konventionen fra

1973 for de europæiske deltagerlande og på internationalt plan med PCT (patentsamarbejdsstraktaten), der gør det muligt at udvide beskyttelsen til at omfatte lande, der er medlemmer af relevante konventioner og traktater under Verdensorganisationen for Intellektuel Ejendomsret (WIPO). Det Europæiske Patentkontor har beføjelse til at behandle patentansøgninger, der falder inden for rammerne af PCT.

1.2.2. Udvalget vil gerne benytte denne lejlighed til endnu engang at understrege, hvor vigtigt det er med en effektiv beskyttelse af den intellektuelle og industrielle ejendomsret af hensyn til investeringerne, konkurrenceevnen, innovationen, virksomhedernes vækst og skabelsen af kvalificerede arbejdspladser i EU. Udvalget har allerede insisteret på og fornyet sin anmodning til Rådet om at bevare patentansøgningsomkostningerne og de regelmæssige patentafgifter på et rimeligt niveau, således at patenter er tilgængelige for især SMV og SMI. Omkostningerne stiger imidlertid afhængigt af antallet af lande, hvori der skal indgives patentansøgning og antallet af oversættelser, og det er således vigtigt med reelt tilgængelige EF-patenter.

1.3. Det er almindeligt anerkendt, at intellektuelle frembringelser, grundlæggende videnskabelige opdagelser og teorier om materialers egenskaber, matematiske teorier og metoder (ligninger, algoritmer, mængdelære, sandsynligheds- eller matrixberegning, fuzzy logik etc.), der anvendes direkte inden for IT og softwareprogrammering, ikke kan patenteres. Der kan ikke opnås retsbeskyttelse for relativitetsteoriene eller kvantemekanikken, opdagelsen af radioaktiviteten eller atomspaltningen, eftersom der er tale om abstrakte ideer og grundlæggende videnskabelige opdagelser, selv om f.eks. radioaktiviteten og atomspaltningen kan tjene som teoretisk grundlag for industrielle anvendelser med betydelig økonomisk og social værdi (energi, lægevidenskab).

1.4. Visse intellektuelle frembringelser, der kan markedsføres i diverse materielle former (offentliggørelse i medier) eller præsenteres for offentligheden, er beskyttet under ophavsretssystemet. Der er her tale om f.eks. værker lavet af litterære forfattere, malere, fotografer, plastkunstnere, filminstruktører, musikere, tekstforfattere etc. software har i snart tredive år været beskyttet under systemet for intellektuel ejendomsret (på internationalt plan WIPO, herefter Verdenshandelsorganisationen (WTO) og på europæisk plan under nationale lovgivninger eller undtagelsen for software i Den Europæiske Patentkonvention), mens visse lande som f.eks. USA, Japan m.fl. har ændret deres lovgivning og for nylig er begyndt at anerkende softwarepatenter og intellektuelle metoder. I disse lande skal en opfindelse, for at kunne patenteres, blot være »ny« og »nyttig«, hvilket betyder, at der i mange tilfælde meddeles patent for opfindelser, som i Europa hører ind under brugsmodellen (bekræftelse af e-køb ved at klikke på musen, men også patent på et softwareprogram til at spille musik i supermarkederne, som Det Europæiske Patentkontor også har meddelt patent for).

1.5. Ophavsretten har automatisk en mere direkte international betydning, idet den ikke fremsætter ansøgnings- eller patentrettigheder, selv om den materielle ret ligesom ophavsretten altid hører ind under det enkelte lands lovgivning. Ophavsret meddeles derfor uden problemer, undertiden på betingelse af, at der i visse lande som f.eks. Latinamerika foretages en patentregistrering eller i andre lande en første offentliggørelse (»copyright« i den angelsaksiske lovgivning), eller at der kan fremlægges bevis på, at værket allerede eksisterer samt ophavsmandens identitet. I forhold til patenter, der generelt er dyre (50 000 til 150 000 EUR for et europæisk patent), kan der opnås næsten gratis og global beskyttelse af ophavsret.

1.6. Eftersom grundforskningen og den anvendte forskning spiller en stadig større rolle i industrien, og videnssamfundet og de »immaterielle« elementer i de nye teknologier (indlejret software, programmerede elektroniske elementer, »intelligente« eller »virtuelle« maskiner etc.) indtager en stadig mere fremtrædende plads, synes det undertiden i dag vanskeligere at holde de to vigtigste juridiske systemer for intellektuel ejendomsret klart adskilt uden at røkke ved det grundlag, som de hviler på. Med tilpasninger og en større fleksibilitet inden for visse områder bør patenter fortsat kunne finde anvendelse på metoder og opfindelser med materielle virkninger i den fysiske verden, selv om de har indbygget *ad hoc*-software (ABS-bremser, numerisk styrede maskiner, styringsinstrumenter etc.), der implementeres ved af hjælp af kombinationer af elektroniske elementer og input og output enheder (hvis sammenkobling kan sammenlignes med en computer). Ophavsretten bør fortsat finde anvendelse på intellektuelle frembringelser og offentliggørelser inden for kultur, litteratur, videnskab eller software, selv om de forskellige former på visse områder (multimedier, elektroniske net, fjernsyn) har ændret sig radikalt, samtidig med at det er blevet forholdsvis let at

kopiere og på visse måder gøre ulovlig anvendelse af disse. Dette påvirker metoderne og midlerne til beskyttelse af patentrettigheder, der i øvrigt er blevet styrket i løbet af de sidste par år, men det juridiske system for ejendomsret forbliver med forbehold af tilpasninger hensigtsmæssigt.

1.6.1. Ikke desto mindre drejer det sig om at nå frem til en klarere definition af de tilpasninger, der er nødvendige under de klassiske beskyttelsessystemer, eller til en definition af *sui generis*-beskyttelse for bedst muligt at kunne sikre de intellektuelle ejendomsrettigheder, der vedrører de nye teknologier og informations- og kommunikationssamfundet uden at hindre udbredelsen af knowhow og teknologioverførsler. Overvejelserne går, afhængig af det pågældende tilfælde, i retning af *sui generis*-systemer (halvledertopografier, sortsbeskyttelse) eller mere eller mindre gennemgribende ændringer af de traditionelle juridiske systemer for at gøre dem mere fleksible og tilpasse dem teknologierne og de almene samfundssinteresser (f.eks. indførelse af »nationale licenser« eller obligatoriske licenser til rimelige priser i forbindelse med patenter på lægemidler for at bekæmpe epidemier, eller begrænsninger i beskyttelsen af bioteknologier etc.). Det drejer sig om at finde (dette er i øvrigt et klassisk juridisk og etisk problem) en balance mellem udøvelsen af en legitim ret (intellektuel ejendomsret, der betragtes som en menneskerettighed), og andre personers og samfundets legitime rettigheder og interesser under hensyntagen til almenvellet.

1.7. Der er desuden ved at blive udviklet en fælleslovgivning om intellektuel og industriel ejendomsret (softwaredirektiver, bioteknologier, skema over elektroniske kredsløb, EF-varemærke, geografiske betegnelser og oprindelsesbetegnelser), men denne er endnu i sin vorden. Det skal dog beklages, at det ikke lykkedes at indføre et EF-patent i begyndelsen af 70'erne, hvilket har ført til, at man har udfyldt det juridiske tomrum med stive foranstaltninger på det mellemstatslige plan i form af München-konventionen fra 1973 og oprettelsen af Det Europæiske Patentkontor. Store politiske og juridiske vanskeligheder, der især skyldes sproglige forhold (påskud?) og indvendinger mod oprettelsen af en særlig fælleseuropæisk domstol⁽⁵⁹⁾, i Rådet er med til at forsinke yderligere indførelsen af EF-patentet. Udvalget ønsker at få løst disse vanskeligheder i Rådet.

1.8. Med udviklingen inden for de nye informations- og kommunikationsteknologier, navnlig åbne og interoperable, globale netværk, som udgør Internettet, den vedvarende udvikling af software til driften af diverse former for hardware, som udgør dette netværk, der er et område for ytringsfrihed og kommunikation, og som understøtter sammenkoblede økonomier, samt udviklingen af applikationer inden for områder som f.eks. kommunikation, handel, kapitalbevægelser, uddannelse og administration, er det nødvendigt at stille

⁽⁵⁹⁾ ØSU's udtalelse 282/98, EUT C 129, 27.4.1998.

spørgsmålstegn ved, om patentsystemerne passer til disse nye teknologier. Medens der gives ophavsret til softwareprogrammer (sprogoversættere, styresystemer og applikationer), er der ikke taget patent på Internettet — regulerende instanser skaber normerne og bevarer nettets universelle og interoperable karakter, hvilket unægteligt udgør et vigtigt element i videnssamfundets udvikling af nye teknologier og mange industri- og servicesektorers vækst.

1.9. Universaliteten, interoperabiliteten og de lave omkostninger ved at få adgang til Internettet, som er faktorer med afgørende betydning for demokratiet og økonomien, bringes dog undertiden i fare som følge af patentansøgninger, der påvirker internetstandarderne og det software, der er nødvendigt for driften heraf. Software bør i videst muligt omfang stadig være åbent og under alle omstændigheder gratis. Der er imidlertid tale om et grundlæggende spørgsmål, og Europa bør således spille en mere aktiv rolle, hvis dette værktøj af universel værdi for virksomheder, universiteter og forskningscentre, der spiller en vigtig rolle i udviklingen af Internettet og software, samt administrationer og privatpersoner, fortsat skal være et umisteligt offentligt gode.

1.10. Software er af afgørende betydning for udviklingen af disse netværksteknologier, softwareprogrammer og industrirobotter, der indgår i et stigende antal nyskabende teknologiske tjenester og produkter, hvoraf visse medfører ændringer i hverdagen, kulturen eller de sociale relationer.

2. Kommissionens forslag

2.1. Medlemsstaterne anmodes i direktivet om at indarbejde »computer-implementerede opfinders patenterbarhed« (artikel 1, anvendelsesområde) i deres nationale lovgivning eller retspraksis og således tvinge patentmyndighederne i alle medlemsstaterne til at meddele patenter for disse opfindelser, sådan som Det Europæiske Patentkontor gør til trods for den forventede undtagelse for software i Den Europæiske Patentkonvention, med henblik på at gøre de nationale domstoles retspraksis mere ensartet.

2.2. I artikel 2 i forslaget til direktiv defineres sådanne opfindelser og deres karakteristika.

2.3. Implementeringen af en sådan opfindelse forudsætter en computer, et computernet eller en anden programmeret maskine (artikel 2, første afsnit).

2.4. Definitionen på »teknisk bidrag« — et bidrag til det »aktuelle tekniske niveau« på et teknologisk område (artikel 2, andet afsnit), som ikke er indlysende for en fagmand — er klassisk, men tilføjelsen af det nye udtryk »prima facie« betegner et teknisk bidrag, der »helt eller delvist implementeres ved hjælp af et eller flere edb-programmer«.

2.5. Et program består af en række kommandoer og går i sidste ende ud på at behandle digitale eller analogiske data. Det tekniske bidrag nødvendiggør og er i høj grad — hvis ikke fuldstændig — afhængigt af, at der køres et eller flere programmer på en programmerbar datamaskine eller lignende apparat.

2.6. Men alle »computer-implementerede opfindelser« betragtes »som henhørende under et teknologisk område« (artikel 3). Således hører softwareprogrammet eller -programmerne (opfindelsen kan fuldt ud implementeres ved hjælp af software, dvs. faktisk består af software og metoden eller resultatet af en databehandling, ligesom den kan omfatte databaser) pr. definition til et teknologisk område og anses således for at opfylde nogle grundlæggende betingelser for patenterbarheden (opfindelse af teknisk karakter, bidrag til det aktuelle tekniske niveau).

2.6.1. I artikel 4 (betingelser for patenterbarhed) står det anført, at udstedelsen af et patent ud over de tidligere beskrevne elementer er underlagt en yderligere klassisk betingelse, der lyder på, at opfindelsen skal »kunne anvendes industrielt«.

2.7. Artikel 5 (patentkravs form) omhandler et krav om, at der skal søges om patent på opfindelsen som »produkt«, dvs. som programmeret computer eller computernet eller som proces, der udføres ved kørsel af software.

2.8. I artikel 6 fastholdes dog de betingelser for beskyttelsen af software, som omhandles af EU's ophavsret, og som fremgår af direktiv 91/250/EF. Disse tillader *reverse engineering* eller dekompilering med henblik på interoperabilitet eller personlig sikkerhedskopi af softwaren. Bestemmelserne om halvlederens topografi og varemærker fastholdes ligeledes.

3. Generelle bemærkninger

3.1. Direktivet gør det muligt at udtage patent på en programmeret computer eller et programmeret computernet eller en »proces«, der udføres ved kørsel af software. Alle opfindelser, der udføres på denne vis betragtes nemlig automatisk »som henhørende under et teknologisk område«, selv om resultatet helt opnås ved brug af software. Døren lader således til at stå vidt åben for softwarepatenter, eftersom intet programmeret elektronisk hardware kan fungere uden software, og sondringen mellem software»som sådan« og

»software med teknisk effekt«, der er resultatet af en juridisk kasuistik, i praksis ikke lader sig definere, idet enhver form for software er udviklet til en computer eller elektroniske elementer i form af et system eller en applikation. Hertil kommer, at denne udvidelse af patenters anvendelsesområde herefter ubegrænset vil kunne udvides til også at omfatte software og intellektuelle metoder som resultat af gentagen »retspraksis« ved de tekniske kamre i Det Europæiske Patentkontor, for hermed at se bort fra den forventede undtagelse for software i artikel 52 i Den Europæiske Patentkonvention.

3.1.1. Selv om det af Kommissionen foreslåede direktivs anvendelsesområde i øjeblikket vedrører computer-implementerede opfindelser, der er underlagt de klassiske fælles kriterier, som begrænser patentbarheden, udgør denne tekst ikke desto mindre en accept og retfærdiggørelse af den udvikling i retspraksis, der har fundet sted ved Det Europæiske Patentkontor, hvilket næppe vil glæde dem, der går ind for, at man undlader at fjerne enhver form for begrænsning i patentrettens anvendelsesområde. Direktivet, der ved første øjekast fremlægger en holdning, der er mindre ekstrem end den holdning, der lyder på at afskaffe artikel 52, stk. 2 i Den Europæiske Patentkonvention, sådan som det ledende organ for Det Europæiske Patentkontor og visse medlemmer af Rådet ønsker, åbner ikke desto mindre døren for fremtidig patentering af alt software, navnlig gennem anerkendelse af, at »teknisk effekt« kan være resultatet af softwares effekt på en standardcomputer.

3.1.2. Det ledende organ for Det Europæiske Patentkontor er i øvrigt allerede begyndt at overveje patenter på forretningsmetoder på basis af den interne fortolkningsmodel, der finder anvendelse på software (bilag 6 til de interne regler, der er rettet mod undersøgere, og som har overskriften »Business Methods«, er her utvetydig). I lighed hermed vil andre hidtil udelukkede områder som f.eks. pædagogiske metoder, der ligesom forretningsmetoder kan implementeres ved hjælp af software eller brug af elektroniske net, navnlig Internettet, gradvis kunne gøres til genstand for patentering.

3.2. Flere og flere apparater indeholder imidlertid elektroniske elementer og softwareprogrammer: fotoapparater, digitale videokameraer, fly, satellitter, biler, analyseinstrumenter til det industrielle miljø, automatiske overvågnings- og alarm-systemer, industrielle robotter, programmerbare værktøjsmaskiner osv. Den fuldstændige liste er lang og vokser konstant. Det er således vigtigt at nå frem til en erkendelse af, at »teknisk effekt« kun kan bestå i en materiel frembringelse eller effekt, en opfindelse inden for fysikken.

3.3. Det faktum, at alle computer-implementerede opfindelser (der altså helt eller delvist indebærer anvendelsen af et eller flere programmer) i følge forslaget til direktiv *ipso facto* betragtes som henhørende under et teknologisk område, indebærer i modsat fald risiko for, at al anvendt software

sidestilles med tekniske opfindelser henhørende under patentområdet og vil således i alvorlig grad sløre grænsen mellem de juridiske ordninger, der finder anvendelse på software, alt efter om de betragtes »som en enhed i sig selv«, eller anses for »delvist eller totalt at udføre en teknisk opfindelse«.

3.4. Denne forvirring forværres af artikel 6, der lader til at bibeholde den juridiske ordning for ophavsret, hvad angår de programmer, der styrer de opfindelser, som har en ny »teknisk effekt«, alt imens disse integreres i patentordningen. De bestemmelser, der tillader dekompile, udvikling af interoperable applikationer og kopiering til personligt brug, og som er fastsat i softwaredirektivet og mere overordnet i det juridiske system for ophavsret, kan under patentordningen imidlertid betegnes som patentkrænkelser eller ulovlig kopiering.

3.5. Det er legitimt at spørge om, hvad det egentlige mål med et sådant direktiv er, især med hensyn til begrundelsen, der lægger op til overvejelser om, hvor nødvendigt det er at beskytte softwareindustrien mod piratkopiering, og som i de bilag, der er vedlagt direktivet, næsten udelukkende refererer til software og softwareindustrien, der i øvrigt synes at have haft overdreven og indflydelse på forslaget, selv om det er fuldstændigt irrelevant for emnet, hvis anvendelsesområdet er så begrænset, som Kommissionen ønsker.

3.6. Software er resultatet af en modulopbygget proces, hvor der ofte genbruges hele kodelinjer, der samtidig hele tiden bygges videre på med udgangspunkt i de eksisterende funktioner. Derudover forudsætter interoperabiliteten, at der er en tilstrækkelig stigende kompatibilitet til stede, således at computerne, de gamle komponenter og applikationerne ikke skal erstattes, hver gang styresystemet eller processorerne skiftes ud.

3.7. Softwares nuværende kompleksitet er det naturlige resultat af en proces, hvor viden akkumuleres og udvides, hvilket er en fælles proces for intellektuelle og videnskabelige aktiviteter, der bygger videre på tidligere udviklet viden (eller på deres kritik). Den videnskabelige og tekniske viden, der er indarbejdet i tekniske objekter er ikke af samme art som de materielle elementer. Således kan viden deles, udbredes og videregives uden af miste værdi. Hvad angår software, deltager man på universiteterne eller i offentlige forskningslaboratorier gennem samarbejdsprocedurer for udvikling af software eksempelvis i udbredelsen af den nødvendige viden til videnssamfundet. Patentordningen kan sætte hindringer for dette samarbejde samt for den frie udbredelse af gratis og åben software.

3.8. På grund af softwares karakter, og da der ikke er foretaget en grundig undersøgelse og fremsat et krav om opgivelse af kildekoden i de lande, der accepterer softwarepatentet, vil døren i Europa, som det allerede er tilfældet i de europæiske lande, være åben for fjendtlige juridiske procedurer inden for patentkrænkelser, som ikke kan kontrolleres, uden at

koden offentliggøres, og selv i tilfælde heraf vil mange vigtige kodelinjer nødvendigvis være de samme (løbende kommandoer i programmerne, sorteringsalgoritmer og algoritmer for billede- og tekstkomprimering, filformater osv.). Risikoen for en kraftig stigning i antallet af juridiske procedurer, der kræver dyr og langvarig teknisk og juridisk ekspertise, som man har erfaring med i USA, vil ikke være til fordel for SMV'er, der risikerer at gå til, selv om de vinder en proces, som indledes af en konkurrent, som har tilstrækkelig finansiel kapacitet, eller at blive overtaget eller tvunget til at meddele gensidige licenser og således dele innovationen med en dominerende virksomhed, uden at denne virksomhed nødvendigvis deltager i den oprindelige forskningsinvestering. Disse fremgangsmåder vil fremme konkurrencebegrænsende virksomhedskoncentrationer og fremgangsmåder.

3.9. Kommissionen giver i øvrigt ingen forklaring på, hvorledes patentet skulle beskytte bedre mod kopier af ophavsbeskyttet software end ophavsretten. Ingen effektiv økonomisk analyse kan påvise, om patenter, der vedrører »computer-implementerede opfindelser«, reelt er så positive for SMV'er og SMI'er, som det hævdes. Holdningerne hos producenterne af fri og åben software, hvoraf nogle pegede mod en »sui generis«-ordning, blev afvist under påskud af, at kun ejerskabsmodellen kan skabe rigdom og beskæftigelse, selv om den økonomiske udvikling i sektoren i Europa indtil videre har kunnet gennemføres ved hjælp af ophavsretsordningen, og at denne ordning ikke har hindret investeringer. Den holdning, som man hovedsageligt har taget højde for, er altså fremsat af en mindre gruppe større ikke-europæiske softwarevirksomheder, der er fortalere for patenter. Den modsatte holdning, som andre betydningsfulde virksomheder har fremsat, er blevet ignoreret, hvilket også har været tilfældet med nogle forslag, der gik i modsat retning, og som vedrørte en »sui generis«-ordning eller en tilpasset brugsmodel.

3.10. Begrebet net præciseres heller ikke i forslaget, hvorfor dette begreb kunne dreje sig om internettet. Forslaget til direktiv omhandler et patent, der vedrører en opfindelse, som implementeres på internettet, der er et offentligt område, og som altså ikke kun eksisterer som software. Friheden på internettet, der er en væsentlig støtte for kommunikations- og informationsvidenssamfundet, står på spil.

3.11. Kommissionens forslag tager således stilling i en demokratisk debat og i et marked, hvor forbrugerne endnu har frit valg, og hvor den demokratiske debat ikke er afsluttet. Patenterne bidrager til at forstærke de monopolistiske forhold og truer den frie/åbne models eksistens og de socialøkonomiske og ikke-kommercielle former for udvikling, som skaber innovation og giver et konkurrencemæssigt alternativ, der leverer uvurderlige tjenester til samfundet og økonomien.

3.12. Er det i dag nødvendigt at udvide patenter, som er et redskab fra industrialderen, til også at omfatte intellektuelle frembringelser som f.eks. software og det resultat, som kommer ud af databehandlingen heraf? Forslaget til direktiv og konsekvensanalysen giver eksplicit udtryk for en positiv indstilling over for dette. Det snævre synsfelt, som man har anlagt, og som udelukkende baseres på den juridiske patentordning uden tilstrækkelig hensyntagen til de økonomiske faktorer samt konsekvenserne for forskningen og de europæiske virksomheder, dvs. som ikke tager hensyn til helheden, hænger ikke sammen med vigtigheden af konsekvenserne for samfundet, udviklingen og endda demokratiet (eforvaltning, uddannelse og borgeroplysning), der alt sammen vil blive berørt på lang sigt.

3.13. Det er forkert at tro, at der med hensyn til treårsperioden og den efterfølgende evaluering blot er tale om et reversibelt eksperiment, mens erhvervelsen af ophavsrettighederne står på, og det vil under alle omstændigheder blot føre til en juridisk usikkerhed og måske endda kaos. Der iværksættes i realiteten en uigenkaldelig proces, hvis konsekvenser for vores økonomi og samfund stort set er ukendte, skønt udviklingen synes at gå i retning af følgende: hindring af innovation og interoperabilitet, risiko for opdeling af internettet, højnelse adgangsomkostningerne samt hindring af forbrugernes adgang til åben software og af adgangen til rentabilitetsmodellen for udviklere og leverandører af internettjenester, netværkstjenester og tilpassede applikationer, der gør brug af disse former for software.

3.14. Eftersom der ikke foreligger uafhængige, seriøse og dybtgående undersøgelser af de økonomiske konsekvenser, navnlig for SMV'er og SMI'er, beskæftigelsen og den langsigtede sociale indvirkning, mener EØSU, at det vil være risikabelt at vedtage lovgivning hurtigt med henblik på at udvide anvendelsesområdet for patentsystemet til et ukendt antal af former for software, der anses for at have en »teknisk effekt«, men at det vil være mere hensigtsmæssigt at harmonisere lovgivningen og indirekte medlemsstaternes retspraksis, idet man, som det allerede er gjort i de fleste medlemsstater, skal bekræfte muligheden for patentering af tekniske opfindelser, der har indbygget den særlige kode, som er nødvendig for driften af disse (men ikke opfindelser, der udelukkende eller overvejende består af software, eller som næsten udelukkende køres ved hjælp af standard-software).

3.15. Med forslaget i dets nuværende form er der tydeligvis risiko for at vende op og ned på lovgivningen for software og andre intellektuelle frembringelser, som er til skade for de internationale konventioner, der administreres af WIPO, samt WTO-aftalerne om den intellektuelle ejendomsret i forbindelse med handel. Det patentsystem, som i nogle lande anvendes i meget høj grad i forbindelse med de nye teknologier, har været med til at fjerne og marginalisere mange kreative aktører, der

er beskæftiget med nicheproduktion, navnlig SMV'er, på markeder, der er af afgørende betydning for udviklingen og virkeliggørelsen af informations- og videnssamfundet. Andre former for intellektuelle frembringelser, såsom forretningsmetoder (business methods), undervisningsmetoder eller algoritmer (kryptering og komprimering), er endvidere blevet integreret i patentordningen.

3.16. EØSU mener, at forslaget ligeledes indebærer en stor risiko for forstærkelse af forskellene i de nationale kontors praksis og retspraksis i det indre marked, hvis den fælles lovgivning bliver mere tvetydig. De nationale former for retspraksis synes imidlertid at være på vej til at blive mere homogene. I fremtiden, når det er muligt at fastsætte en klar fællesskabsramme for den intellektuelle ejendomsret, er det nødvendigt at undersøge og tilgodese denne harmonisering på hensigtsmæssig vis, f.eks. ved hjælp af en åben koordinationsmetode.

3.17. En vigtig form for beskyttelse af nyheder inden for software, som endnu ikke er nævnt, er selve markedet. En ny opfindelse kan erobre et marked og bibeholde sin position længe nok til at få godtgjort de udgifter, der har været forbundet med forskningen og markedsføringen, inden andre producenter tilbyder konkurrerende produkter. Denne situation er som softwaremarkedet ser ud rimelig hyppig. Hvis konkurrencen derimod kendetegnes ved større innovation og ved et bedre forhold mellem kvalitet og pris kan den efter et stykke tid opnå markedsandele, hvilket skaber et større udvalg for forbrugeren og i kraft af konkurrencen nedbringer licensomkostningerne.

4. Særlige bemærkninger

4.1. Et vist antal vanskeligheder eller specifikke karakteristika, der nødvendigvis er forbundet med software, sætter hindringer for, at der kan tages patent på software efter nøjagtig samme model som ved teknologiske opfindelser:

4.1.1. Nogle vanskeligheder er forbundet med kendskabet til »det aktuelle tekniske niveau«. Til forskel fra eksisterende databaser for teknologiske opfindelser, såsom Det Europæiske Patentkontor eller USA's patentkontor (United States Patent Office), der er tilgængelige på internettet eller CD-ROM, findes der ikke databaser for software. Et begreb som »det aktuelle tekniske niveau« er i praksis umuligt at fastlægge for software.

4.1.2. SMV'er og SMI'er råder som regel ikke over tekniske, juridiske og finansielle ressourcer, der gør det muligt at tage patent og ikke mindst forsvare sig over for fjendtlige retssager, der indbringes for eftergørelser, og som det er særligt nemt at indbringe på softwareområdet. Der bør oprettes en europæisk fond eller nogle nationale fonde til dette formål. I modsat fald kan indførelsen af muligheden for at tage patent på software sætte disse virksomheder i en meget udsat og ligefrem kritisk situation over for fjendtlige retssager.

4.1.3. Software består af en række kommandoer (kildetekster), der oftere og oftere er uafhængige af den tekniske platform eller af systemplatformen (cross compatibility), hvilket hænger sammen med indsatsen for at fremme portabilitet og interoperabilitet, især på Internettet. Der er derfor mange ligheder mellem de programmer, der er skrevet uafhængigt af hinanden på det samme programmeringssprog på grund af de krav, der kendetegner alle programmeringssprog, deres algoritmiske karakter — en del sprog er afledninger af tidligere sprog eller af sprogkombinationer — og de programmer, der udvikles ved hjælp af udviklingspakker, hvoraf nogle rent faktisk ikke kræver, at der skrives koder, såsom i forbindelse med udformningen af programmer til forvaltning af databaser eller hjemmesider.

4.1.4. Begrebet »innovation« er altså ikke let at definere. Det beror ofte på det mere eller mindre store antal funktioner, som de forskellige programmer indeholder, og som er udtænkt til nogenlunde samme formål, eller på, hvad de »kaldes«. Men brugergrænsefladerne ligner ofte hinanden, dels fordi der bruges de samme programmer til udvikling af software til en eller flere platforme, dels på grund af målet om interoperabilitet. Ellers ville brugerne være nødt til at sætte sig ind i et nyt interface, hver gang der bruges en ny applikation.

4.1.5. En kode bør konstant vedligeholdes for at rette programfejl, sikkerhedsmangler eller for at foretage forbedringer afhængig af brugernes behov. Hovedansvaret for vedligeholdelse er lagt over på programmørerne eller IT-virksomhederne, da sikkerhed inden for nettene er blevet et mere strategisk anliggende. Inden for forsvaret og militærproduktionen og med henblik på i højere og højere grad at udvikle e-forvaltning, opretholde sikkerhed og skabe bæredygtighed inden for software samt sikre fortrolige informationer og betalinger kræver de offentlige myndigheder åbent software, således at kildekoden kendes, og at man derved kan vedligeholde koden og sikre dennes stabilitet og sikkerhed, selv uden udviklerens hjælp. Den juridiske ordning for softwarepatenter ville ikke være tilpasset til disse legitime prioriteter, med mindre der fastsættes mange undtagelsesbestemmelser, hvori mod ordningen for ophavsretten virker mere smidig og lettere at tilpasse (softwaredirektivet).

4.1.6. Koden er ikke klassisk »et teknisk objekt«, der kan være genstand for en eksisterende juridisk standardordning for fysiske teknologier. I de lande, der anerkender softwarepatentet, er der ikke klarhed om begreberne »den tekniske effekt«, »den nyskabende aktivitet« eller »ændring i det aktuelle tekniske niveau« (umuligt at definere — i USA har man opgivet projektet angående oprettelsen af en database for software). Det aktuelle tekniske niveau er umuligt at definere. Dette bør der tages hensyn til, når betingelserne for patenterbarheden fastlægges i Europa.

4.1.7. Man må ligeledes erkende, at de aktuelle betingelser for patentering af »computer-implementerede opfindelser«, særligt hvis de fuldstændigt består af software, ikke svarer til de normale krav for undersøgelse eller indgivelse af patentansøgning på en måde, der virkelig er i overensstemmelse med de europæiske krav for patenter, da kildekoden, eller i det mindste brugergrænsefladen eller filformaterne, for softwaren ikke er offentliggjort med henblik på interoperabilitet. Derudover nævnes der ikke noget om omkostningsfrie licenser på opfindelser, som vedrører driften af internettet.

4.2. I softwareindustrien er der som ved multimedieprodukter problemer med ulovlige kopier, hvilket er relativt nemt at udføre trods de forskellige former for teknisk eller softwaremæssig beskyttelse, der ofte benyttes. De problemer, der er forbundet med beskyttelsen af ophavsretten mod kopier og udsendelsen af kopier, på det tekniske og juridiske plan bringer dem meget tæt på andre intellektuelle og kunstneriske multimedia-produktioner, hvad angår de løsninger, der skal iværksættes, og teknikkerne for ulovlig kopiering og udsendelse, der er meget udviklede, især på internettet. Der er dog meget større forskelle, hvad angår de metoder, der kan bruges til bekæmpelse af eftergørelse af tekniske objekter eller fysiske produkter⁽⁶⁰⁾.

4.3. Det er helt igennem acceptabelt, at et komplekst teknisk objekt, i hvilket en indlejret ikke-standard-software spiller en betydningsfuld rolle i realtid (ABS-bremser, robotteknologi) og faktisk hænger uadskilleligt sammen med objektet, kan legitimere, at der tages patent på hele opfindelsen. Men der er heller ikke noget til hinder for, at bestanddelene adskilles juridisk, således at de hver især hører under hver deres juridiske ordning. Dette er i øvrigt det mest almindelige i praksis. En teknisk opfindelse som en elektronisk kalender i lommeformat (Personal Digital Assistant, PDA) kan være genstand for flere forskellige lovgivninger om intellektuel ejendom: navn og varemærke, design, ophavsret på den indlejede software, skriftgenkendelsessoftware, andre applikationer, særskilte patenter på diverse dele som den berøringsfølsomme skærm, batteritypen, de elektroniske komponenter (hvoraf nogle er forprogrammerede og endda programmerbare) osv. Der findes indlejret standardsoftware, som kan anvendes på mange områder fra lommecomputere til rumfartøjer og til styring i alle former for køretøjer (som QNX, der er en standard i industrien, en åben software, og som er baseret på »Eclipse«, en styresoftware, der er skabt og lagt ud som åben kilde af IBM. Der findes f.eks. ligeledes »indlejret Windows XP«, »Windows CE«, »indlejret BSD«, og »indlejret Linux« — nogle af disse er ophavsbeskyttet, andre åbne).

4.4. I øvrigt tages der ofte ikke engang patent på automater eller software, som er udtænkt til tunge produktioner, og som forbliver interne fabrikationshemmeligheder i virksomheden (der i øvrigt beskyttes i nogle lande og kunne blive det i Europa).

4.5. Der er ingen komparative analyser og ingen argumenter, der viser, at patentet ville give bedre beskyttelse af indlejret eller ikke-indlejret software end ophavsretten. Ifølge Business Software Association foregår mere end 40 % af virksomhedernes samlede forbrug af software på verdensplan ved brug af piratkopier. I nogle lande kommer dette tal helt op til 90 %, eksklusiv de kopier, som personalet i virksomhederne tager til privat brug. Multimedia, musik, biografer, elektroniske spil, der beskyttes under ophavsretten, har lignende problemer med kopiering. Det hverken angives eller bevises, på hvilken måde ophavsretten, der gør det muligt at samle betydelig kapital i biograf- eller musikverdenen, ikke ville være i stand til gøre det samme for software. Den juridiske ordning derfor bør ændres.

4.6. Årsagerne til, at SMV'er og SMI'er ikke i højere grad tager patent, er kendte, men løses ikke engang delvist af forslaget til direktiv om »Computer-implementerede opfinders patenterbarhed«. Som EØSU har understreget i tidligere udtalelser⁽⁶¹⁾, drejer det sig først og fremmest om manglen på et ægte EF-patent, der er teknisk og finansielt tilgængeligt.

4.7. EØSU opfordrer Rådet kraftigt til hurtigt at træffe en beslutning, men det er nødvendigt at revurdere eller supplere nogle af de eksisterende tekster, så de bringes i overensstemmelse med de gældende internationale normer, der ikke hindrer specifikke ordninger, der f.eks. giver mere beskyttelse.

4.8. Hvad angår innovation har EØSU allerede understreget, at indsatsen for finansiering af grund- og udviklingsforskningen tydeligvis var utilstrækkelig.

4.9. EØSU anser disse for at være virkelige prioriteter. EØSU mener altså, at man på objektiv vis og uden fordomme bør foretage nye og mere effektive og uafhængige økonomiske og juridiske undersøgelser samt udarbejde en udtalelse, der repræsenterer alle sektorer og alle aktører, før lovgivningen om den intellektuelle ejendomsret ændres permanent, selv om dette skulle begrænses til at omfatte en del af software-sektoren på grund af vidtrækkende konsekvenser, som initiativet kan have for patentordningens anvendelsesområde.

⁽⁶⁰⁾ EØSU's udtalelse 701/2001, EFT C af 7.8.2001.

⁽⁶¹⁾ CES 411/2001, EFT C 155 af 29.5.2001, og CES 921/2001, EFT C 260 af 17.9.2001.

5. Konklusion

5.1. Man er som i andre sektorer optaget af spørgsmålet om den juridiske ordning for beskyttelse af alle former for software mod ulovlig tilegnelse heraf i form af ulovlig kopiering eller eftergørelse, men bør man af den grund ændre den gældende juridiske ordning permanent, således som det var hensigten med ophævelsen af softwarens undtagelse fra artikel 52 i Den Europæiske Patentkonvention uden forud herfor at tilrettelægge en mere dybtgående debat mellem alle aktører, der tager hensyn til almenvellet? EØSU mener, at der forud for alle grundliggende udviklinger skal tilrettelægges en overordnet debat om den europæiske fremgangsmåde og principperne for harmonisering inden for intellektuel ejendomsret med henblik på at fastlægge en sammenhængende ramme for reglerne i det indre marked.

5.2. EØSU mener, at Kommissionen, Rådet og Parlamentet bør tage højde for spørgsmålene om intellektuel ejendomsret med henblik på at skabe overordnede, sammenhængende og harmoniserede regler for industriel og intellektuel ejendomsret under hensyntagen til de forskellige bestanddele og med EU's politiske og økonomiske mål for øje, herunder de mål som blev fastlagt i Lissabon. Rådet (det indre marked) i maj 2002 mindede atter om, hvor høj prioritet fællesskabspatentet havde.

5.3. Det er hverken bevist i Kommissionens præsentations- og konsekvensdokumenter eller i den eneste undersøgelse, der er foretaget af et nationalt patentkontor, at den juridiske beskyttelse, der ydes gennem ophavsretten, skulle være mindre virkningsfuld, når det drejer sig om softwarepatenter og ikke industripatenter. Der er heller ikke foretaget en vurdering af konsekvenserne for brugerne (forbrugerne). Spørgsmålet er, på hvilken måde en ændring af den juridiske ordning, der vil medføre store omkostninger for virksomhederne, vil komme dem til gode? Endelig mangler man at klarlægge konsekvenserne for beskæftigelsen. Der nævnes heller ikke noget om beskyttelsen af opfindere (som lønmodtagere eller underleverandører), selv om de er af stor betydning for disse immaterielle »produktioner«.

5.4. EØSU foretrækker under disse omstændigheder en grundig gennemgang af direktivforslaget og mener, at Kommissionen snarere bør gå over til den politiske og juridiske etape, der består i at skabe sammenhæng mellem intellektuel og industriel ejendomsret på EU-niveau i forbindelse med forskning og innovation samt finansieringen heraf, og gennemføre i første række EF-patentprojektet under fuld hensyntagen til de internationale forpligtelser, som Fællesskabet har indgået under WTO og medlemsstaterne under WIPO og Den Europæiske Patentkonvention i sin nuværende form. Spørgsmålet er dog, om ikke det er mere hensigtsmæssigt at fællesskabsbasere Den Europæiske Patentkonvention og Det Europæiske Patentkontor. Ellers vil Fællesskabets harmoniseringsforsøg

stadig være forsinkede og vil være afhængige af en ikke-europæisk organisation, der er kompetent inden for et enkelt del af den intellektuelle ejendomsret, og som naturligvis søger at udvide sine specifikke kompetenceområder og sine indtægtskilder, men som naturligvis ikke ud fra sin specifikke synsfelt kan få et samlet overblik over de komplekse spørgsmål inden for intellektuel ejendomsret og eller ikke over behovet for større fleksibilitet eller for mere mangfoldige juridiske ordninger for nye teknologier.

5.5. Der findes uden tvivl nye juridiske løsninger, der er tilpasset det fortsat stigende intellektuelt videnskabelige bidrag og således også den »immaterielle« komponent i de teknologiske innovationer, der kræver en grundig undersøgelse og høringer af alle berørte parter, herunder slutbrugerne, hvor der tages hensyn til alle interesser og den internationale indsats over for WIPO og WTO — både for at beskytte innovationen og sikre teknologioverførsler og udbredelse af knowhow, der er vigtige grundpiller i retsbeskyttelsen af teknologiske innovationer, og som er den eneste grund til, at disse er fritaget fra konkurrencereglerne. Monopolsituationer eller indførelse af unødigt tidskrævende teknologisk kontrol med udviklings- og nyligt industrialiserede lande bør ikke føre til, at disse målsætninger prioriteres mindre højt.

5.6. EØSU mener, at det udelukkende er på baggrund af kvaliteten af de juridiske instrumenter, patenterne eller ophavsretten, effektiviteten af deres beskyttelse og navnlig kvaliteten af innovationerne, at der kan tiltrækkes kapital, som kan anvendes til udvikling af disse. Det er derfor vigtigt, at der i EU indføres ensartede regler for computerimplementerede opfinders patenterbarhed, som kan danne grundlag for opretholdelse af det høje beskyttelsesniveau for ejendomsrettigheder i EU.

5.7. I forhold til Kommissionens forslag anser EØSU det for hensigtsmæssigt at harmonisere medlemsstaternes lovgivning og dermed indirekte domstolenes retspraksis, idet man, som det allerede er gjort i de fleste medlemsstater, skal bekræfte muligheden for patentering af tekniske opfindelser, der har indbygget den særlige kode, som er nødvendig for driften af disse, for så vidt som kravene vedrørende en opfindelses patenterbarhed er opfyldt. For tekniske opfindelser derimod, hvor innovationen tværtimod primært eller fuldstændigt består af software eller hvor innovationen ligger på teknisk plan, men udelukkende eller overvejende køres ved hjælp af standardsoftware, mener EØSU, at det er nødvendigt at foretage dybtgående, retlige undersøgelser, navnlig om de vanskelige definitions- og afgrænsningsproblemer, med henblik på at harmonisere anvendelsen af hver enkelt af de respektive juridiske ordninger til innovationsbeskyttelse i Europa. Der bør ligeledes foretages økonomiske undersøgelser, f.eks. cost-benefit-analyser og konsekvensanalyser, for så vidt angår de finansielle aspekter og beskyttelsens effektivitet, navnlig for SMV'er og SMI'er, samt

angående omkostninger til rettigheder og garantier for forbrugerne.

5.8. EØSU er fuldstændig enig med industri- og servicevirksomheder, der har sæde i Europa, og ophavsmænd og brugere, der forventer en reel sammenhæng mellem den økonomiske politik og forskningen og den lovgivning, der er nødvendig for en effektiv og harmoniseret beskyttelse af de forskellige former for intellektuel ejendomsret.

5.9. De politiske og budgetmæssige foranstaltninger samt de juridiske instrumenter bør sikre et større incitament til henholdsvis videnskabelig og teknologisk innovation, der i dag hænger uadskilleligt sammen, og dermed fremme en bæredygtig vækst og konkurrenceevne, der kan skabe kvalificerede arbejdspladser gennem innovation med henblik på at fremme den videnbaserede økonomi, som EU med udvalgets fulde støtte har til hensigt at virkeliggøre, og som EU i højere grad bør lade udviklingslandene indgå i.

Bruxelles, den 19. september 2002.

Göke FRERICHS

Formand for

Det Økonomiske og Sociale Udvalg

BILAG

til Det Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse

Følgende ændringsforslag blev forkastet under forhandlingerne, men opnåede mindst en fjerdedel af de afgivne stemmer:

Punkt 3.12

Udgår.

Begrundelse

Det foreslåede direktiv udvider ikke patenters anvendelsesområde. Den Europæiske Patentkonvention har allerede givet tusindvis af patenter til computer-implementerede opfindelser. Direktivet er foreslået for at gøre fortolkningen ensartet, fordi der har været divergerende national praksis i visse lande, navnlig Tyskland og Det Forenede Kongerige.

Punkt 3.13

Udgår.

Begrundelse

Teksten er vildledende. Som anført ovenfor har Den Europæiske Patentkonvention givet tusindvis af patenter til computer-implementeret software (i henhold til Kommissionens repræsentant på TEN-sektionsmødet ca. 25 000). Der eksisterer allerede og har altid eksisteret rettigheder i Europa siden Den Europæiske Patentkonvention begyndte at give sådanne patenter efter Sohei-afgørelsen offentliggjort i T 769/92 (Sohei). Det »juridiske kaos«, som direktivet siges at indebære risiko for, må således allerede eksistere, men dette er nu ikke tilfældet. Sigtet med direktivet er som anført på området intellektuel ejendomsret at kodificere den eksisterende praksis, ifølge hvilke patenter til computer-implementerede opfindelser, herunder patenter til computer-software, allerede meddeles i stort omfang.

Punkt 3.14

Udgår.

Begrundelse

Her siges det igen, at direktivet ændrer foranstaltningerne for patenter, men det gør det ikke. Det kodificerer den eksisterende praksis, ifølge hvilken Den Europæiske Patentkonvention (lige som USPTO og JPO) har meddelt patenter til computer-implementerede opfindelser.

Punkt 3.16

Udgår.

Begrundelse

Teksten indeholder vildledende generaliseringer. Der kan tages patent på forretningsmetoder i USA, men ikke under Den Europæiske Patentkonvention eller JPO. En algoritme i betydningen en matematisk formel er i sig selv ikke patenterbar nogen steder i verden. Anvendelsen af en algoritme i en ny opfindelse, som løser et teknisk problem, er en patenterbar opfindelse i de fleste jurisdiktioner. Punkt 3.16 siger, at direktivet fører til patenter for forretningsmetoder, undervisningsmetoder og (rene) algoritmer. Nej, det passer ikke. Det kodificerer den eksisterende praksis, ifølge hvilken der gives patenter for computer-implementerede opfindelser, som er nye, innovative og som har en teknisk effekt. Direktivet ændrer ikke noget ved den nuværende praksis, og det ændrer heller ikke noget ved forretningsmetoders og algoritmers patenterbarhed.

Afstemningsresultat

For: 27, imod: 27, hverken for eller imod: 6.
