

# Programvare-patenter: Trussel eller nødvendighet?

*“Copyright is fair because it is equally available to all” sier Linus Torvalds, Monty Waldenius og Rasmus Lerdorf i et felles utspill overfor EU-kommisjonen, og fortsetter: “A software patent regime would establish the law of the strong, and ultimately create more injustice than justice.”*

## Kapprustning

Anledningen er at et mye omtalt og debattert forslag til EU-lov om nettopp programvarepatenter står foran en sluttbehandling i EU-kommisjonen. Forslaget, som i utgangspunktet ser bedre ut enn den allerede veletablerte amerikanske varianten, har bivirkninger som mange mener er katastrofale for programvareindustrien.

### Linux, Microsoft, patenter og misforståelser

Det overrasker ingen at Microsoft, i tillegg til å sette stadig nye rekorder med hensyn til patentsøknader, også er den mest aktive støttespiller for programvare-patenter – og dessuten den som rasler mest med sablene overfor markedet. Dermed kom den nærmest som bestilt, rapporten fra “Open Source Risk Management” (OSRM) som i sommer fortalte om 283 mulige patentkonflikter i Linux. Med henvisning til rapporten uttalte Microsofts Steve Ballmer nylig at “en rapport fra en Open Source-gruppe påpekte i sommer at Linux krenker 228 patenter<sup>1</sup> ... så lisensieringskostnadene er langt mer uklare enn folk flest tror i dag.” Rapporten blir også brukt som begrunnelse for utvidelsen av det Microsoft kaller sitt ‘skadesløshets-program’ (*indemnification program*), som kommenteres i rammen på neste side.

Det kan være nærliggende å tro – ut fra tidligere erfaringer – at rapporten faktisk er bestilt og finansiert av Microsoft. Det er den imidlertid ikke. Den er tvert imot et hederlig forsøk på å kartlegge mulige juridiske trusler mot Linux. Microsofts omfavnelser og bruk av rapporten er ganske enkelt forårsaket av en misforståelse – overlatt eller uaktsom. “Dersom Microsoft hadde tatt seg tid til å lese hele rapporten, ville de ha sett at konklusjonen er den motsatte av hva de fremstiller” sier lederen for OSRM i en kommentar til Network World.

Det rapporten i realiteten forteller, utover å konstatere at det finnes potensielle patentrelaterte risikomomenter her, er at “ingen konflikter med patenter som har overlevd en prøve i rettssystemet, ble funnet”. Videre kan den fortelle at situasjonen for Linux er lik eller bedre enn for de fleste kommersielle produkter. Det betyr – blant annet – at Windows i realiteten er vesentlig mer utsatt for patentsøksmål enn et hvilket som helst Open Source-produkt, inklusive Linux.

Forfatteren av rapporten har senere påpekt overfor amerikansk presse at det til dags dato ikke har forekommet patent-søksmål mot noe Open Source-produkt eller program, mens kommersiell programvare, og spesielt Windows, blir saksøkt for misbruk av andres patenter regelmessig – og årlig koster Microsoft milliarder av USD (se egen ramme på side 22). Han legger til – ifølge Linux Today – at det er vanskelig å finne produkter – Open Source eller kommersielle – som ikke er i potensiell konflikt med minst like mange ‘usubstansierte’ patenter som Linux.

Hele scenariet er et glimrende eksempel på hvor mye forvirring og kaos som oppstår på grunn av at dagens patentlovgivning i USA ikke er i takt med virkeligheten. [Se også kommentar i Mellvik-Rapporten nr. 121 side 28.] Det finnes håp om at dette kan forandre seg i overskuelig fremtid, i alle fall dersom EU bestemmer seg for å velge en mer rasjonell og utviklingsvennlig lov-variant enn den som foreligger i dag.

<sup>1</sup> Hvor tallet 228 kommer fra, vet ingen. Tallet rapporten nevner er 283.

De tre ‘kjendisene’ fra Open Source-miljøet representerer opphavet til 3 av de 4 mest kjente og benyttede Open Source-pakkene på markedet, henholdsvis Linux, MySQL og PHP. Sammen med Apache utgjør disse tre grunnstammen for de fleste web-servere i verden, og representerer derigjennom en tyngde som vanskelig kan ignoreres – av lovgivere eller andre.

Opptrekket illustrerer hvilke krefter som er i sving i krigen som nå raser i programvare- og IT-markedet. En rekke av de store og etablerte leverandørene vil ha patenter på programvare også i Europa, og støttes av tallrike juridiske eksperter – samt politikere som lite forstår av hva det hele dreier seg om, og lovpraksis som i beste fall er antikvarisk i forhold til oppgaven. På den andre siden finner vi akademikere, teknologer, utviklingsmiljøer, hele Open Source-miljøet – og minst like mange kom-

mersielle leverandører av programvare og systemer, som mener at både Open Source og innovasjon står i fare for å bli utradert dersom patent-tilhengerne får det som de vil.

“Aha,” er det nærliggende å si etter denne oppsummeringen av frontene. “Det er så enkelt som kommersielle interesser mot akademiske og ideelle.” Nei, det er slett ikke så enkelt. Faktum er at vi finner de fleste kategorier på begge sider: Akademikere som støtter patenter, store programvarehus (for eksempel Oracle og Novell) som er imot og så videre. Noen entydig definisjon av frontene er det med andre ord ikke mulig å lage, hvilket understreker at uenigheten er av grunnleggende, prinsipiell art, og ikke utelukkende handler om penger.

## Hva er problemet?

Patenter har i over 200 år vært en viktig og nødvendig mekanisme for beskyttelse av oppfinnelser mot tyveri, plagiering eller annen misbruk – i vesten og etterhvert også i resten av verden. De representerer en grunnsten i vårt samfunns-system som få tidligere har satt spørsmålstegn ved. Er det ikke innlysende at programvare-produkter må ha den samme rett til beskyttelse som andre produkter?

### Microsoft: Vi holder deg skadesløs

Egentlig er hele problemstillingen så fjern at de fleste av oss har problemer med å forholde oss til den. På praktisk talt samtlige andre områder i næringslivet – for *business-to-business* og konsumenter – fungerer det slik at dersom produsent A krenker en patent tilhørende firma B, så vil B saksøke A, ikke deres kunder. Også innen teknologi er det slik. Dersom Intel krenker et AMD-patent, kan vi være sikre på at AMD ikke kommer til oss, men sender advokatene sine et stykke oppover gaten i Silicon Valley.

Programvare er imidlertid annerledes. Den selges ikke, men lisensieres, og snedige lisensbetingelser som de færreste prioriterer å sette seg inn i og enda færre har forutsetninger for å forstå, reduserer leverandørens ansvar for de fleste tenkelige forhold til et minimum (se leder i Mellvik-Rapporten nr. 111). Faktum er at når disse lisensavtalene leses, fremstår det som underlig at noen overhodet kan akseptere dem. Slik er imidlertid dagens virkelighet, og den lar seg ikke forandre over natten.

Dermed oppstår det en mulighet for leverandørene til å selge eller lokke med ekstratjenester: ‘Vi holder deg skadesløs’ sier den ene etter den andre, og kommer med enda flere dokumenter med uforståelig juss og liten skrift. En rekke aktører i Linux-markedet har gjort det etter at SCO startet sin Microsoft-finansierte Linux-vendetta. Sun har gjort det og Microsoft har lenge hatt en slik ‘beskyttelse’ for stor-kunder.

Nyheten i dette bildet er at Microsoft har utvidet sitt program til å gjelde de fleste av sine kunder, også i konsument-markedet. Programmet er dessuten vesentlig mer omfattende enn tilsvarende fra noen annen leverandør. Hensikten med håndgrepet er i første omgang å distingvere seg positivt fra konkurrentene – spesielt i Open Source-segmentet, som

Microsoft markedsfører som ekstra utsatt (se ramme på foregående side).

Nå hersker det fortsatt stor uenighet blant både leverandører og uavhengige eksperter om verdien av slike ‘skadesløshets-avtaler’, som i realiteten blir en form for forsikring. Med unntak av SCO-saken, som så langt ikke har forårsaket nevneverdig skade for andre enn SCO selv, finnes det knapt noen eksempler på slike saker utenfor Windows-sfæren. Interessen fra markedet kommer i hovedsak fra store internasjonale konglomerater og finansielle institusjoner, som takket være store pengesekker er de mest attraktive mål for eventuelle søksmål. Ikke desto mindre sier HPs Linux-strateg Martin Fink at *“if the customer’s primary concern in their IT solution is intellectual property protection, then Linux and open source software may not be the right answer for them”*.

Kommentaren illustrerer det bisarre i situasjonen: Patentlovgivning og praksis, slik den i dag fungerer i USA, og slik den kan komme til å fungere i Europa, bidrar til å flytte fokus bort fra den egentlige saken, til noe som er helt uvedkommende. På mange måter en krigslignende situasjon som markedet er avhengig av politikeres og juristers innsikt for å komme ut av. I mellomtiden er det vår anbefaling å forholde seg til virkeligheten i stedet for spekulasjoner, hvilket betyr å akseptere Microsofts ‘generøse’ skadesløshetsforsikring, men ikke la den påvirke holdningen til produkter fra andre leverandører. Verden har aldri vært og blir aldri risikofri. Det er ikke mulig å beskytte seg mot alle tenkelige og utenkelige trusler.

[Microsoft har også et annet ‘uimotståelig’ tilbud å komme med til sine kunder i disse dager – følg med i neste utgave!]

### Produkter, kunst og programvare ...

Svaret kommer kontant og unisont fra alle parter: "Ja!" På dette nivå hersker det ingen uenighet. Det er ikke mulighetene til beskyttelse av rettigheter som diskuteres, men mekanismene. Og årsaken til at tradisjonell patentering ikke passer på programvare, er – ifølge motstanderne av slike patenter – at programvare har lite eller ingen ting til felles med 'andre produkter', utover at de omsettes for penger. Programvare har tallrike egenskaper som sammeffaller med det skrevne ord, kunst og musikk blir det påpekt, med henvisning til en lang rekke opplagte likhetspunkter – blant annet at utgangspunktet er å finne på papir – i fysisk eller tenkt forstand, og at verker kan hevdes å være beslektet eller inspirert av hverandre uten å være kopiert eller plagiert.

Knappt noen finner det urimelig at Beethoven, Grieg, Shakespeare og Ibsen hadde kopirett til sine verker, men om de hadde søkt patent på enkeltsetninger, avsnitt eller strofer, ville de neppe ha kommet noen vei. Dessuten har denne kategorien 'produkter' det til felles at de inspirerer hverandre, påvirker hverandre, gjennomgår generasjoner og så videre. Det finnes andre eksempler – arkitektur er én av dem, og ingen har oss bekjent forsøkt å patentere tyrolerhus, funksistil eller vindeltrapper.

"Men programmerere er da ikke kunstnere" får vi – helt korrekt – argumentert tilbake. Det er heller ikke de fleste snekkere eller murere. De implementerer en beskrivelse, en prosedyre, en plan eller en tegning. Derfor tror vi kopibeskyttelse er den riktige mekanismen for å håndtere opphavsrettigheter for programvare – og den eneste som er tilgjengelig for alle, hvilket også er et vesentlig poeng – i alle fall for markedet. Alle – med unntak av enkelte programvare-leverandører – har mye å tjene på å ikke bare opprettholde, men også videreutvikle den modellen Open Source representerer, hvilket neppe vil la seg gjøre dersom

patent-hysteriet fortsetter å utvikle seg i negativ retning.

Videre er det en misforståelse å tro at dette egentlig er en kamp mellom Open Source og kommersiell programvare. Dette er etter vår oppfatning en kamp for fri utveksling av idéer, for åpenhet, kreativitet og innovasjon på den ene siden, og kontroll, penger og makt på den andre. Når problemstillingen fremstilles i sitt rette lys, blir det innlysende hva som er optimalt for markedet i sin alminnelighet og for teknologit utviklingen generelt.

#### Vil du ha kvalitets-søksmål eller kvalitets-programvare?

Et tåpelig spørsmål? Utvilsomt, men dessverre likevel et det er verdt å tenke over. Microsoft truer Asiatiske ledere indirekte med søksmål dersom de går over til Linux (se side 29). SCO har skremt mange og forsinket minst like mange med sin saksøking av Linux-kunder og -leverandører i øst og vest. Microsoft har i dag minst 30 aktive patent-søksmål mot seg, og har betalt mer enn én milliard USD for saker som nå er avsluttet. Kodak saksøker Sun for misbruk av patenterte mekanismer i Java – og fikk nylig medhold i første rettsrunde. Erstatningskravet er i milliardklassen. Microsoft betalte nylig over 500 millioner USD til Novell for å få avsluttet et patent-søksmål. Novell setter samtidig i gang juristene med et nytt søksmål mot Microsoft – som handler om misbruk av selskapets monopol-situasjon. Sun avsluttet for noen måneder siden en krangel med Microsoft – mot et vederlag på USD 900 mill. for misbrukte patenter og USD 700 mill. for maktmisbruk i markedet.

Slik kan vi fortsette – men kan allerede her konstatere at vi har glemt produktene. For det var vel programvare vi egentlig var interesserte i? Eller har markedet akseptert middelmådig programvare så lenge at kvalitetsbegrepet er glemt? Faktum er i alle fall at Microsofts toppledere oftere snakker om juss, patenter, søksmål og trusler enn om programvare og kvalitet.

Denne negative spiralen fortsetter så lenge markedet aksepterer den. På samme måte som vi får de politikerne vi fortjener, får vi den programvaren vi velger – og dermed fortjener. Mon tro om 2005 blir året da markedet går lei av juss og søksmål, og vender seg tilbake til programvare?

Igjen er det viktig å minne om at ingen argumenterer for at verken programvare eller idéer skal være fritt vilt, men at eksisterende copyright-mekanismer sammen med lisensavtaler er vesentlig bedre egnet til å ivareta opphavsrettslige forhold for programvare enn tradisjonelle patenter.

### Oracle som eksempel

I lys av hvordan frontene ofte fremstilles, er det spesielt interessant å stifte bekjentskap med Oracles holdning. Dokumentet sitatet nedenfor er hentet fra, ble publisert tidlig på 90-tallet som element i en oppfordring til amerikanske patentmyndigheter til å revidere sin praksis med hensyn til slike patenter. Arbeidet ga få praktiske resultater, men bidro til å heve oppmerksomheten omkring problemstillingene og til å oppklare en rekke tidligere lite belyste konsekvenser av programvarepatenter.

*Oracle Corporation opposes the patentability of software. The Company believes that existing copyright law and available trade secret protections, as opposed to patent law, are better suited to protecting computer software developments.*

*Patent law provides to inventors an exclusive right to new technology in return for publication of the technology. This is not appropriate for industries such as software development in which innovations occur rapidly, can be made without a substantial capital investment, and tend to be creative combinations of previously-known techniques.*

*Even if patent law were appropriate for protection of software, due to the large volume of recently-granted software patents and the rising number of new applications, the current patent process would continue to be troublesome for the software industry. Software patent examinations are hindered by the limited capability of searching prior art, by the turnover rate among examiners in the Patent and Trademark Office, and by the confusion surrounding novelty and innovation in the software arena. The problem is exacerbated by varying international patent laws, which both raise the cost and confuse the issue of patent protection.*

*Unfortunately, as a defensive strategy, Oracle has been forced to protect itself by selectively applying for patents which will present the best opportunities for cross-licensing between Oracle and other companies who may allege patent infringement.*

Som vi var inne på innledningsvis, har forbausende mange en tilsvarende holdning, og bruker patenter fordi det er nødvendig, ikke fordi det er ønskelig. Andre valgte lenge å ignorere hele patent-problematikken. Sun Microsystems og deres NFS-teknologi er et godt eksempel: Den ble oppfunnet og implementert tidlig på 80-tallet, og ti år senere var det kun IBM og Auspex som hadde NFS-relaterte patenter, alle av uvesentlig karakter i forhold til teknologien og dens alminnelige bruk.

## Innovasjon og patenter

En av de viktigste hensiktene med patenter har alltid vært å stimulere til innovasjon – gjennom å sørge for at oppfinnelser kan beskyttes. Hvorfor fungerer ikke dette for programvare? Det kan føres – og er blitt ført – lange og vidløftige diskusjoner om dette, blant både fagfolk og jurister. Hovedpoenget som de alle kommer tilbake til, og som Oracle

er inne på i sin policy ovenfor, er at i tilfellet programvare handler det om idéer, ikke om produkter. Et stykke programvare implementerer en idé, og i noen tilfeller kan det føres vettige argumenter for at selve implementasjonen eller den resulterende mekanismen er patenterbar. Men å patentere selve idéen, med utgangspunkt i en lite distinkt og ofte temmelig universell beskrivelse, blir åpenbart hemmende.

Etter at ressurssterke aktører har produsert og levert sine tallrike patent-søknader, kan selv små og enkle programmer risikere å komme i konflikt med én eller flere av dem. Bare jobben med å finne ut hvilke patenter som finnes og hva de går ut på vil være mer enn tilstrekkelig til å stoppe privatpersoner og små selskaper fra å forsøke seg på nye produkter. En lang rekke direkte latterlige, men ikke desto mindre alvorlige eksempler på hvordan dette fungerer, finnes, og flere vil det utvilsomt bli.

## Håp i hengende snøre

Med utgangspunkt i erfaringene fra USA er det egentlig forunderlig at EU-kommisjonen i det hele tatt har vurdert, og sågar vært på grensen til å vedta, et regime for programvare-patenter med de fleste av de samme svakhetene. Det normale forholdet for Europa generelt og EU spesielt er å benytte enhver anledning til å distingvere seg fra USA, og å lære av amerikanernes feil.

Ved å legge forholdene til rette for innovasjon, har EU en reell mulighet til både å skaffe Europa<sup>6</sup> en fordel i forholdet til USA, og dernest gjøre verden en stor tjeneste ved å tvinge amerikanerne til å evaluere sin egen politikk enda en gang. Takket være Polen, som blokkerte det foreliggende forslaget fra å bli godkjent tidlig i november, foreligger denne muligheten fortsatt. Og spenningen stiger. ■

<sup>6</sup> Det burde være en interessant observasjon for lovgiverne i EU-kommisjonen at de tre 'Open Source kjendisene' vi nevnte innledningsvis, er europeere og at aktiviteten på Open Source-fronten i Europa, ikke minst i øst, er formidabel.