

Norsk medlemskap i den Europeiske Patent Organisasjon – hvilken betydning vil det ha?

Fridtjof Nansens Institutt: Morten Walløe Tvedt, jurist og forsker,
Magnus Finckenhagen, vitenskapelig assistent

Fridtjof Nansens Institutt ønsker å påpeke noen sentrale konsekvenser fra forslagene som er presentert i St.prp.nr.53 (2006–2007) og Ot.prp.nr.33 (2006–2007) samt i det bakgrunnsnotatet som ble utarbeidet av tre departementer og Patentstyret som dannet grunnlag for regjeringens arbeide med spørsmålet om norsk medlemskap i den Europeiske Patent Organisasjon (EPO).

1. Virkningene av norsk EPO-medlemskap for innovasjon i små- og mellomstore norske bedrifter;
2. Bortfall av de avbøtende tiltakene som ble innført ved tiltredelse og gjennomføring av EUs Patent Direktiv;
3. Hvilke konsekvenser et EPO-medlemskap vil få for Norges rolle som brobygger mellom industriland og utviklingsland når det gjelder patenter, internasjonal handel og genetiske ressurser;
4. Valget av form for vedtagelse av norsk EPO-medlemskap.

1. Virkninger for innovasjon i små- og mellomstore norske bedrifter

Verken forslaget fra departementsgruppen eller proposisjonene synliggjør hvilke fordeler Norge vil ha av et EPO-medlemskap. Notatet fra departementsgruppen påpeker “Ved tiltredelse til EPC vil norsk industri og næringsliv få en større tilvekst av gjeldende patenter å forholde seg til.” Et slikt medlemskap innebærer at en oppfinner i Norge vil måtte lese flere patenter for å unngå å krenke det økende antallet eksklusive rettigheter. Videre heter det i notatet at

“Det antas at den økende tilveksten av patenter med rettsvirkning i Norge vil ha størst praktisk og økonomisk betydning for små og mellomstore bedrifter (SMB). Et økende antall patenter med virkning i Norge vil medføre økt konkurranse og derfor nødvendiggjøre behov for større innsikt og forståelse av patenter som et konkurransefremmende virkemiddel.”

Notatet tar ikke opp, og det er vanskelig å forstå, hvordan patenter er *konkurransefremmende* siden et patent nettopp skaper en rett til å forby andre å bruke det patenterte. Notatet sier ikke noe mer om *hvilke* konsekvenser det vil ha for småbedrifter; eller om dette er positive eller negative konsekvenser. For de fleste små og mellomstore bedrifter som driver forskning, utvikling eller produksjon, vil et økende antall patenter bety økte kostnader til advokater og til lisensiering. Flere patenter vil føre til mer byråkrati for små- og mellomstore bedrifter.

Norske småbedrifter som selv utvikler nye patenterbare oppfinnelser har allerede i dag full mulighet til å bruke EPO-systemet for å sikre sine investeringer, slik at deres gevinst ved et norsk medlemskap er begrenset til den besparelsen som ligger i at patent kan søkes for Norge og for EPO samtidig.

Medlemskap “... vil kunne medføre behov for økt språkkompetanse hos de norske brukerne av patentsystemet.” Patenter på fransk, tysk eller engelsk blir rettslig bindende i Norge. Dette

betyr at en liten bedrift uten ansatte som kan fransk og tysk kan komme til å krenke EPO-patenter uten å ha kunnet lese patentene engang. Å krenke et patent skaper grunnlag for erstatningskrav. For de fleste små og mellomstore bedrifter innebærer det en stor kostnad å ha en fransktalende og en tysktalende jurist eller teknisk ansatt til å lese patenter for å undersøke om de krenker noen andres rettigheter. Det patentsøkeren sparer på å slippe oversettelse av patentet til norsk (eller engelsk) må småbedrifter trolig betale for ved å øke sin språkkompetanse for å unngå å krenke det økte antallet patenter. De som tjener på et slik system er de som søker patent i mange land. Fordelen ved EPO-medlemskap vil tilfalle utenlandske selskaper. Kostandene vil måtte bæres av de som vil drive forskning og utvikling i Norge. Dette kommenterer ikke regjeringen i sitt notat eller i proposisjonene.

2. Bortfall av de avbøtende tiltakene av EUs Patent Direktiv

Da Norge gjennomførte EUs Direktiv om bioteknologiske oppfinnelser (det såkalte Patentdirektivet) var de avbøtende tiltakene avgjørende for mindretallet i regjeringen (Bondevik II). De avbøtende tiltakene var særlig innføringen av etisk nemnd, oppfordringen til Patentstyret om å legge seg på en restriktiv praksis og kravet til at patentsøkeren oppgir kilden for det biologiske materialet som er brukt i oppfinnelsen. EPO opererer ikke med noen av disse tre virkemidlene. Det betyr at hvis Norge blir medlem av EPO vil det være lettere å søke EPO-patent enn norsk patent; og i neste omgang vil effekten av disse avbøtende tiltakene forsvinne.

Forslaget om at domstolene skal kunne rådføre seg med etisk nemnd er et forsøk på å videreføre ett av disse tiltakene. Erfaringene fra den tiden Patentstyret har kunnet forespørre etisk nemnd teller én sak. Der ble resultatet at patentet ble innvilget i strid med innstillingen fra etisk nemnd. Effekten av etisk nemnd som et avbøtende tiltak er derfor usikker.

I flere høringsuttalelser har det blitt fremhevet som et motargument mot etisk nemnd at patentsystemet skal være helt likt på alle tekniske områder. EUs Patentdirektiv inneholder imidlertid en rekke særregler for patenter på bioteknologiområdet. Det skjer allerede en forskjellsbehandling av biopatenter. Faktisk er det slik at hvis det alminnelige kravet om at bare tekniske oppfinnelser skulle gjelde på dette området, ville ikke gener som finnes i naturen være patenterbare – siden det er naturlig å anse disse som oppdagelser snarere enn oppfinnelser. Patentdirektivet åpner for patentering av naturlig forekommende gener. Det er altså allerede differensierte regler på ulike innovative områder. Likebehandlinger av alle type oppfinnelser er derfor ikke et gyldig argument mot innføring av en slik etisk nemnd.

3. Konsekvenser for Norges rolle som brobygger mellom industriland og utviklingsland

Alle de siste regjeringer har vært helt samstemte om at Norges rolle som brobygger mellom utviklingsland og industriland i internasjonale forhandlinger om patenter og om biologisk mangfold er viktig. I flere av forhandlingene om ytterligere standardisering av patentjusen opptrer EPO som en selvstendig politisk aktør – ofte sammen med patentkontoret i USA og Japan. Disse tre kontorene sammen forsøkte intenst å få utviklingslandene med på den patentagendaen de ønsket til tross for at utviklingslandene ikke så seg tjent med det forslaget. Grunnen til det er at patentretten er tilpasset OECD-lands teknologiske utviklingsnivå. Når Norge blir medlem av EPO begrenses vår troverdighet som brobygger. Det er vanskeligere for Norge å beholde sin troverdighet og kredibilitet hos utviklingslandene som EPO-medlem,

siden vi indirekte støtter det standpunktet som EPO inntar, som svært ofte er stikk i strid med utviklingslandenes interesser. I den politisk vanskelige situasjonen mellom fattige utviklingsland, land med en gryende industrialisering og rike industriland som dominerer i WTO, Verdens Immaterialrettsorganisasjon WIPO og Konvensjonen om Biologisk Mangfold (CBD) er Norges rolle som brobygger, med troverdighet i alle leire, mer viktig enn på lenge. Et EPO-medlemskap vil utfordre og trolig svekke denne rollen.

4. Valget av form for vedtagelse: Avgivelse av suverenitet – konstitusjonell utvikling

EPO har kompetanse til å innvilge patenter med rettslig bindende virkning mellom norske selskaper og norske forskere. Å overføre kompetansen til å fatte slike vedtak til en internasjonal organisasjon er noe helt særegent i norsk forvaltningsrett. Ikke engang EØS-avtalen inneholder en så stor overføring av forvaltningskompetanse. EPO-medlemskap innebærer at Norge **avgir forvaltningsrettslig suverenitet** på et saklig begrenset område til en internasjonal medlemsorganisasjon. Rettstilstanden, det vil si tolkningen og praktiseringen av traktene som ligger til grunn for EPO, er svært dynamisk. Endringer i praksis eller i fortolkningene innebærer at EPO som organisasjon til en viss grad selv har kompetanse til å endre på grunnlaget som organisasjonen bygger på. Dette innebærer et element av lovendringskompetanse som flyttes fra norske arenaer til EPO.

Grunnloven har, som dere vet, regler for hvordan Stortinget og regjeringen skal gå frem for å melde Norge inn i internasjonale organisasjoner. Grunnloven § 93 lyder:

“For at sikre den internationale Fred og Sikkerhed eller fremme international Retsorden og Samarbeide kan Storthinget med tre Fjerdedeles Flertal samtykke i, at en international Sammenslutning som Norge er tilsluttet eller slutter sig til, paa et saglig begrænset Omraade, skal kunne udøve Beføielser der efter denne Grundlov ellers tilligge Statens Myndigheder, dog ikke Beføielse til at forandre denne Grundlov. Naar Storthinget skal give sit Samtykke, bør, som ved Behandling af Grundlovsforslag, mindst to Trediedele af dets Medlemmer være tilstede.

Den oppstiller en regel som krever $\frac{3}{4}$ av stemmene i Stortinget for å melde Norge inn i en organisasjon som skal overta makt fra en av statsmaktene. En innmelding i EPO er nettopp en slik avgivelse av kompetanse som Grl. § 93 taler om.

Problemet fra et statsrettslig perspektiv er at hvis Stortinget vedtar innmelding og avgivelse av suverenitet ved å bruk den enklere bestemmelsen i Grl. § 26 annet ledd (som bare krever alminnelig flertall 50% i Stortinget) så kan dette skape en sedvane som kan gjøre det enklere neste gang for et knapt flertall i Stortinget å avgi norsk forvaltningsmyndighet, lovgivnings- og/eller domsmyndighet til en eller flere internasjonale organisasjoner. Justisdepartementet har tidligere utredet spørsmålet om Stortinget var rettslig forpliktet til å benytte Grl. § 93 for en innmelding i EPO.

Siden denne typen av konstitusjonelle spørsmål sjelden kommer på spissen, får det valget Stortinget gjør i denne saken stor betydning for fortolkningen av Grunnloven fremover. Å ikke bruke Grl. § 93 ved innmeldelse i EPO vil åpne for at et knapt flertall i Stortinget skal kunne overføre myndighet til internasjonale organisasjoner senere. Fridtjof Nansens Institutt er derfor av den oppfatning at det statsrettslige grunnlaget for innmeldelsen er § 93.

Oppsummering:

1. Kostnader og fordeler for innovasjonen i Norge er ikke analysert i noen av de aktuelle dokumentene for Næringskomitéen. Det er et behov for at Stortinget vet mer om hvilke byrder et EPO-medlemskap legger på forskning og utvikling, særlig på små og mellomstore bedrifter, før siste steg mot medlemskap tas.

2. Et EPO-medlemskap tar bort effekten fra de avbøtende tiltakene fra det Bondevik-II regjeringen samlet mente var negative virkninger av EUs Patentedirektiv. Forslagene som er presentert for Næringskomitéen tar ikke opp nye effektive avbøtende tiltak. Et EPO-medlemskap vil også sette folkerettslige skranker for de muligheter Stortinget i fremtiden har til å innføre lignende avbøtende tiltak.

3. Behov for at Norge tar konkrete skritt for å opprettholde troverdigheten i brobyggerrollen mellom utviklingsland og industriland på dette området. Et område som peker seg ut som aktuelt er forhandlingene om internasjonale regler for hvordan en del av utbytte fra bioteknologisk forskning og utvikling skal fordeles tilbake til landene der ressursene ble hentet ut, slik at utviklingslandene ikke sakker ytterligere akterut på grunn av bioteknologi, men får del i denne velstandsøkningen verden opplever.

4. Hvis Næringskomitéen ønsker å melde Norge inn i EPO, så bør den anbefale Stortinget om å gjøre det etter den bestemmelsen i Grunnloven § 93 som er skreddersydd til å gjøre en slik overføring av suverenitet (forvaltningssuverenitet) og ikke etter den generelle bestemmelsen. Dette vil ivareta behovene til et lite mindretall også i fremtiden.