



Kan man patentere software i Europa? Og hvad med Danmark?

Af Peter Borg Gaarde, HØIBERG A/S

I forbindelse med den kommende afstemning om enhedspatentet og patentdomstolen bliver der slynget mange påstande ud om softwarepatenter, primært i form af usaglige argumenter. Meget af modstanden mod softwarepatenter er baseret på et faktisk forkert grundlag.

Ifølge den europæiske patentkonvention EPC er "computer programs *as such*" undtaget fra patentering. I Danmark er det i Patentlovens §1, stk. 2 formuleret som følger: "Som opfindelser anses især ikke, hvad der *alene udgør* (...) programmer for datamaskiner". Dette forhindrer dog ikke at fremgangsmåder der er implementeret i en computer er patenterbare i både Europa og Danmark. Denne skelnen mellem computerprogrammet i sig selv og computerimplementerede fremgangsmåder har skabt megen forvirring gennem årene, og har ført til den vildfarelse, at software ikke kan patentbeskyttes i Europa, og at der er stor forskel mellem amerikansk og europæisk praksis inden for dette område.

Det er korrekt at undtagelsesbestemmelserne vedr. computerprogrammer ikke eksisterer i den amerikanske patentlov. Den amerikanske patentlov blev simpelthen udformet mange år før computeren blev opfundet. Den europæiske patentkonvention blev derimod udformet i 60'erne samtidig med en gryende softwareindustri. De fælles europæiske patentmyndigheder var ikke interesserede i at sagsbehandle computerprogrammer beskrevet i kildekode, derfor undtagelsesbestemmelsen. Denne

undtagelse har skabt forvirring i mange år, og gør det tydeligvis stadigvæk. Men undtagelsesbestemmelser i den Europæiske patentkonvention (EPC) og den danske patentlov vedr. computerprogrammer skal altså fortolkes snævert, dvs. det er alene selve computerprogrammet skrevet i kildekode, der ikke kan patenteres. Retspraksis i Europa inden for computerimplementerede opfindelser er blevet harmoniseret i løbet af 90'erne og 00'erne, og forskellen mellem f.eks. amerikansk og europæisk praksis på området er ikke så stor længere. Men de amerikanske patentmyndigheder (USPTO) og domstole har historisk været hurtigere til at tilpasse praksis i takt med modningen af softwareindustrien allerede i 70'erne og 80'erne, til gavn for den amerikanske softwareindustri, der må betragtes som førende i dag.

Det er også blevet påstået, at der eksisterer en anden (og mere restriktiv) praksis i Danmark end i Europa, repræsenteret ved den Europæiske Patent Organisation (EPO) vedrørende softwarepatenter, og nogle har den opfattelse, at de europæiske patentmyndigheder udsteder "for mange" og "for lette" patenter inden for feltet af computerimplementerede opfindelser. Men det er ikke korrekt, for patentansøgninger der dækker computerimplementerede opfindelser bliver sagsbehandlet ligeså restriktivt som opfindelser inden for andre tekniske felter, og faktisk er der en meget lav godkendelsesrate for softwarepatenter ved EPO.

En grund hertil, er at computerimplementerede opfindelser ofte mangler et "teknisk" indhold. Et computerprogram (eller dele heraf) kan nemlig ses som implementeringen af en fremgangsmåde til at løse et problem. Da man kan patentere en fremgangsmåde der beskriver en teknisk løsning på et teknisk problem, kan man dermed patentbeskytte et computerprogram (eller dele heraf) ved at patentere den tilsvarende fremgangsmåde, hvis man kan knytte det an til en teknisk løsning på et teknisk problem. Og netop dette er faktisk en af de største udfordringer når software skal patentbeskyttes; at overbevise myndighederne om det tekniske indhold af computerimplementeringen.

En yderligere udfordring ved patentering af software er, at det ofte rækker ind over andre undtagelsesbestemmelser. Man kan f.eks. ikke patentere en (abstrakt) matematisk metode, en mental proces eller en forretningsmodel. Et eksempel på dette var, da Realkredit Danmark (med nuværende nationalbankdirektør Lars Rohde som førsteopfinder) forsøgte at patentere flexlånet i Europa i slutningen af 90'erne. I sidste ende blev patentkravene vurderet til at være et ikke-patenterbart mix af abstrakte matematiske beregninger og finansielle transaktioner.

Alt i alt er det altså ikke de snævre undtagelsesbestemmelser i lovgivningen vedr. computerprogrammer "as such" der bestemmer om software kan patentbeskyttes eller ej. Bestemmende er den afbalancerede retspraksis udviklet ved EPO gennem de sidste mange år. En retspraksis der er blevet adapteret af de danske domstole, hvilket har harmoniseret tilgangen til computerimplementerede opfindelser.

Man kan være tilhænger eller modstander af patentsystemet som sådan, og enhver diskussion heraf er velkommen. Historisk er der dog ingen tvivl om at muligheden for at beskytte intellektuel ejendomsret, f.eks. i form af patenter, er afgørende for et samfunds økonomiske udvikling. For bare 40 år siden blev typisk 80% af et firmas værdi udgjort af materielle (fysiske) aktiver som bygninger, maskiner og produkter. I nutidens videnssamfund er billedet vendt på hovedet, og det typiske billede er, at 80% af et firmas værdi udgøres af immaterielle aktiver. En måde at beskytte en virksomheds immaterielle aktiver er at patentere (dele af) den nyudvikling der foregår i virksomheden, for dermed at kapitalisere, og opnå ejerskab af, virksomhedens innovation. Ikke desto mindre er der mange modstandere af patentering i softwaremiljøet. Men det giver ikke mening at diskutere patentering inden for en snæver ramme af

computerimplementerede opfindelser og softwarepatenter. Softwarevirksomheder skal som alle andre virksomheder naturligvis også have mulighed for at beskytte deres immaterielle aktiver, og copyrightbeskyttelsen, der kun omfatter selve kildekoden, er en meget snæver form for beskyttelse og tilmed svær at håndhæve, da man meget sjældent har adgang til konkurrenters kildekode.

Patentbeskyttelsen kan derfor være afgørende for at kapitalisere og beskytte den innovation der foregår i virksomhederne. Den nuværende retspraksis ved EPO giver en fair mulighed for at patentbeskytte computerimplementerede opfindelser, og det kommende enhedspatent letter betragteligt den økonomiske byrde ved patentering i Europa.



Peter Borg Gaarde

Partner, European Patent Attorney

Kontaktinformation:
T: +45 3332 0337
pbg@hoiberg.com