

BRIEF

12. maj 2014

Softwaremyte i patentafstemning holder ikke

Kontakt:

Direktør, Bjarke Møller
+45 51 56 19 15
bjm@thinkeuropa.dk

Analytiker, Eva Maria Gram
+45 26 14 36 38
emg@thinkeuropa.dk

RESUME *Det er en myte, at den europæiske patentreform ikke vil komme til at berøre software, som det er blevet hævdet i den offentlige debat. Flere af de patentansøgninger, som Det Europæiske Patentkontor¹ (EPO) hvert år modtager, er allerede møntet på forskellige typer af computerrelaterede opfindelser, hvor nogle tenderer til software. Grænsen for, hvad der må udstedes patenter på, er dog sløret, viser Tænk tanken EUROPA's analyse.*

På den anden side er det heller ikke korrekt, når nej-sigere hævder, at den europæiske patentreform og den nye europæiske patentdomstol kan åbne en glidebane. Tværtimod taler meget for, at reformen faktisk kan føre til en strammere fortolkning end den, der hidtil er lagt til grund i Det Europæiske Patentkontor. Både i Danmark og EU er der nemlig bred enighed blandt politikere og regeringer om, at man ikke ønsker patenter på rene softwareopfindelser, og en fælles patentdomstol kan være med til at skabe den juridiske klarhed, der alt andet lige mangler i dag.

HOVEDKONKLUSIONER

- Risikoen for softwarepatenter i Danmark bliver hverken større eller mindre ved et ja til patentdomstolen. Det Europæiske patentkontor har allerede godkendt mange computerrelaterede patenter med software i.
- Frygten for, at patentdomstolen kan føre til en løsere praksis i forhold til softwarepatenter er overdrevet og bygger mere på fornemmelser og følelser end fakta.
- Der mangler i dag klarhed om fortolkningslinjen i Det Europæiske Patentkontor mht. softwarepatenter, men meget tyder på, at den nye europæiske patentdomstol vil være med til at lægge en klarere linje.
- En tredjedel af de computerteknologiske patenter kommer fra USA og Kina. Europa oplever et globalt pres for at tillade flere softwarerelaterede

¹ Det Europæiske Patentkontor omfatter 38 lande

patenter. Med en ny fælles patentdomstol får EU-landene bedre muligheder for at dæmme op over for den kinesiske og amerikanske linje med at acceptere softwarepatenter.

ANALYSE

I 2013 blev der ansøgt om ca. 9.000 patenter på computerteknologi i Europa. Nogle af disse patenter indeholder elementer af software, ligesom der er elementer af software i nogle opfindelser som f.eks. pumper, turbiner, nanoteknologi og biotek. Hver gang en computerrelateret ansøgning bliver sendt af sted, skal Det Europæiske Patentkontor (EPO) afgøre, om ansøgningen overholder reglerne i den europæiske patentkonvention om, at der ikke må udstedes patent på rene software opfindelser. Denne proces ændrer patentreformen ikke på. Til gengæld tyder alt på, at den fælles patentdomstol kan være med til at skabe mere klarhed om, hvad EPO udsteder patenter på, og om grænsen for, hvad der regnes for rene softwareopfindelser, krydses.

I dag er det netop klarhed, der mangler. I Europa er eksemplerne på computerrelaterede patenter, der tenderer til software, mange. Nogle af de mest kendte er patent på at "oprette nyt faneblad" i sin browser og på den digitale indkøbskurv, som anvendes i stort set alle webshops. Disse patenter er i dag aktive i bl.a. Tyskland. Det er eksempler, modstandere af patentreformen bruger til at påvise, at EPO overskrider de nuværende regler, når de udsteder patenter. Andre forsvarer EPO og siger, at disse patenter er inden for de nuværende regler. Striden handler kort sagt om, hvad der defineres som rene softwareopfindelser, og om opfindelser med software elementer må patenteres eller ej. Disse patenter bliver i dag ikke håndhævet på et omfang, der påvirker den enkelte forbruger. Men bekymringen er, at der er udtryk for en glidebane, der før eller siden vil medføre amerikanske tilstande, hvor små virksomheder kan blive ramt af sagsanlæg om patentkrænkelse.

Fra politisk side er der ingen tvivl. Der må ikke tages patenter på software. Det blev senest slået fast i Europa-Parlamentet i 2005, hvor et stort flertal stemte nej til et direktivforslag, der netop ville lempe på reglerne om softwarepatenter. Også i flertallet af medlemslande er der modstand mod at lempe reglerne for softwarepatenter, og derfor taler meget for, at Europa vil anlægge en anden linje end den, der er fremherskende i USA og Kina.

Sager om softwarepatenter har været oppe i USA, og en række domme har under stor mediebevågenhed været med til at etablere en retspraksis, der er fjernt fra den linje, som det politiske flertal i Europa har anlagt. Samtidig findes der flere smuthuller i den amerikanske lovgivning, der bl.a. gør det muligt at tegne patent på software, så længe det kun bruges til at beskytte egne opfindelser og ikke til at retsforfølge andre. Den amerikanske lovgivning på patentområdet ligger i dag langt fra den europæiske linje.

Som Tænketanken EUROPA's første notat om patentdomstolen viser², er ikke bare USA, men også Kina blevet en dominerende patentaktør, der også er ved at gøre sig gældende på det europæiske marked. Når EU-landene rykker tættere sammen gennem den europæiske patentreform og med en fælles patentdomstol, vil landene også få lettere ved at lægge en strammere linje over for softwarepatenter, og som adskiller sig fra den kinesiske og amerikanske linje i patentsager.

På spørgsmålet om softwarepatenter læner Kina sig i høj grad op af USA³. Europa er således presset fra både øst og vest. Faktisk er lidt over en tredjedel af de 9.000 ansøgninger, som indleveres på computerteknologi på det europæiske marked enten fra Kina eller USA. Det understreger, hvilken udfordring EU-landene står overfor på området. Med et ja til patentreformen vil det blive lettere for de enkelte europæiske lande at forsvare sig mod Kina og USA, fordi de får en stærk og fælles domstol. EPO modtager i dag mange ansøgninger, der på sigt kan være med til at skubbe til fortolkningerne af software og skabe usikkerhed på det europæiske marked. Vækstøkonomier som Brasilien og Indien støtter foreløbig op om den europæiske fortolkningsstil på softwarepatenter, og de er vigtige allierede i det globale patentkapløb. Men som nationer er disse lande for små til at spille en reel rolle i den globale kamp om patenter. Derfor står Europa alene med sin fortolkning af reglerne for software. Patentreformen kan ses som en reaktion mod denne udvikling, hvor det globale pres øger behovet for at styrke det europæiske patentsystem og få etableret en stærk domstol, der kan sikre klare grænser ved spørgsmålet om software.

Situationen i dag

Ifølge it-fagforeningen PROSA er der i dag ca. 40.000 patenter på computerrelaterede opfindelser, der tenderer eller er deciderede softwarepatenter. Blandt eksperter er der delte meninger om, hvad der kan tælles med som softwarepatenter, og de vurderer, at det i realiteten er langt færre. PROSA har valgt at anbefale et nej til patentdomstolen ud fra den opfattelse, at Danmark med de nuværende regler er bedst beskyttet mod softwarepatenter.

Argumentet er dog ikke overbevisende, for allerede i 1990 tilsluttede Danmark sig den europæiske patentkonvention, og det betød, at vi i praksis overgav kompetence til EPO, der kan udstede patenter. Alle patenter udstedt af EPO kan med de nuværende regler blive aktive i Danmark. Hvis vi ønsker en begrænsning af softwarepatenter, bør vi derfor ikke debattere, hvordan Danmark kan lukke sig inde, men i stedet hvordan vi ændrer de nuværende europæiske regler. I praksis er der langt større sandsynlighed for, at man kan få en strammere fortolkning af softwarepatenter ved at sige ja til den europæiske patentreform.

Software er grænseoverskridende og bruges i alle brancher. Den usikkerhed, der er i dag, om hvad der må patenteres, skader derfor ikke kun patentaktive virk-

² Se notatet [Patentdomstolen kan styrke Danmark i patentkapløbet](#)

³ [Redwrtie \(2013\)](#)

somheder, men også alle andre virksomheder i Danmark, der kan være i tvivl om, hvorvidt de benytter sig af et produkt, der kan blive beskyldt for patentkrænkelser. Her er det vigtigt at understrege, at der ikke foreligger nogen domstolssager i Europa, hvor et computerrelateret patent er blevet erklæret ugyldigt med henvisning til reglerne om softwarepatent.

Folkeafstemningen d. 25. maj har været med til at sætte fokus på området og synliggøre de udfordringer, Europa står overfor på softwareområdet. Det er en vigtig debat. Her er det vigtigt at forstå, at folkeafstemningen – uanset om det bliver et ja eller et nej – ikke vil ændre patentkonventionen eller nødvendigvis føre til en ændring i EPO's praksis. Men den europæiske patentdomstol kan komme til at spille en meget vigtig rolle i bestræbelserne på at lægge en skrappe linje og forsvare europæiske interesser på softwareområdet. Kina og USA's løsere regler på software lægger pres på den europæiske fortolkning, og her kan den europæiske patentdomstol få en nøglerolle i bestræbelserne på at skabe en mere velkonsolideret europæisk retspraksis og en strammere fortolkning på softwareområdet.

PATENTREFORMENS BETYDNING

Software har i sagens natur en grænseoverskridende karakter, og derfor er det vigtigt at finde grænseoverskridende løsninger, også på patentområdet. Tænk tanken EUROPA vurderer, at en fælles patentdomstol kan være med til at skabe klarhed om de computerrelaterede patenter, der er til gavn for både softwarevirksomheder og almindelige virksomheder. Patentdomstolen vil være en ny aktør på området, der kan sikre en europæisk strømning af gyldighedskrav for computerrelaterede patenter. Det vil reducere den nuværende tvivl og skabe klarhed på området.

Politikerne bag den europæiske patentkonvention har som nævnt slået fast, at man ikke ønsker patent på rene software opfindelser. Det er et politisk betændt område, hvor debatten får stor bevågenhed. Ligesom i USA vil en domstolsafgørelse derfor ikke gå stille for sig. Hvis patentet på f.eks. en digital indkøbskurv skulle testes for gyldighed ved den fælles patentdomstol, er der derfor to mulige udfald:

For det første et scenarie, hvor patentdomstolen kender patentet på den digitale indkøbskurv ugyldigt. Det kan skabe præcedens for andre domsafgørelser på computerrelaterede patenter, der i sidste ende kan betyde en ændring i EPO's fortolkningspraksis. Det vil være en fordel for de softwarevirksomheder, der i dag er bekymrede for patentpraksis.

Det andet scenarie er, at patentdomstolen kender patentet på indkøbskurven gyldigt. Det vil slå fast, at EPO's tolkning er i overensstemmelse med patentkonventionen. På papiret vil det være et nederlag for dem, der ikke ønsker softwarepatenter. Men en domsafgørelse vil efter alt at dømme sætte endnu mere fokus

på området og øge muligheden for et politiske indgreb i patentkonventionen, da der er et bredt politisk flertal for ikke at acceptere softwarepatenter i Europa.

I dag er situationen den, at der dømmes forskelligt i de europæiske lande, når det kommer til spørgsmålet om gyldighed af et patent, der er udstedt af EPO. Det samme patent udstedt af det fælles kontor kan altså i dag blive erklæret gyldigt i et land og ugyldigt i et andet. Denne uforudsigelighed har patentdomstolen til formål at rette op på, og det betyder, at en type retspraksis vil vinde over en anden – en gang for alle.

Når det kommer til retspraksis omkring den fælles patentdomstol, må det vurderes, at løsningen skal findes mellem de tre store lande, økonomier og patentaktører – Tyskland, Storbritannien og Frankrig. Alle tre lande har været medlem af EPO siden dens begyndelse i 1977 og alle tre lande følger EPK. Alligevel ser vi forskelle ved deres behandling ang. software patenter. Ift. hvor mange software patenter PROSA påstår, at der i dag er aktive i Europa er det overraskende, at der har været meget få sager om software gennem årene. Samtidig har ingen sager medført en ugyldighedskendelse med reference til reglerne om software. I dommerkendelserne finder man dog referencer til både EPK og de specifikke regler om software, der kan give et billede af forskellene.

Domstolene i Storbritannien har i både spørgsmål om opfindelseskriteriet og det tekniske kriterium lagt sig anderledes end EPO. Der er juridiske uenigheder i den reelle konsekvens af disse forskelle, men eksperter vurderer, at Storbritanniens fortolkning af software er mere lempelig – altså at flere opfindelser falder ind under definitionen software og ikke er patenterbare.⁴ Omvendt ser det ud i Tyskland, hvor praksis i højere grad følger EPO og flere software patenter tyder på at være erklæret gyldige. Frankrig har ikke haft nogle nævneværdige sager, hvor spørgsmålet om software er blevet bragt op. Historisk er Frankrig dog kendt for sine strikse krav om, at patent på software ikke må forekomme. Frankrig havde længe før EPK og som det første land i Europa patentregler om, at software ikke må patenteres. Frankrig var samtidig én af de største kritikere ved debatten om software direktivet i 00'erne, både i Rådet og i Europa-Parlamentet.⁵ Direktivet blev som sagt forkastet i 2006, bl.a. grundet den massive mængde ændringsforslag indgivet af franske socialister.

Ved første blik har vi derfor fronterne trukket op mellem det tyske domstolssystem på den ene side og det britiske på den anden, hvor det må forventes at Frankrig også ville lægge sig, hvis de havde haft lignende sager. Tyskland er det største "patentmarked" i Europa og stort set alle patenter, der udstedes af EPO er aktive i Tyskland, hvilket også betyder, at det er her langt de fleste domstolssager føres. Det forventes derfor, at tysk praksis vil have stor betydning på den fælles patentdomstolspraksis. Dette betyder dog ikke, at nuværende tysk domstols-

⁴ [Patentlyo \(2013\)](#)

⁵ [Computerworld \(2002\)](#)

praksis vil blive ført med over i den nye fælles patentdomstol. Der er et stærkt ønske fra politisk side i Tyskland til at stramme op over for EPO's fortolkning og tysk domstolspraksis, så software patenter begrænses i langt højere grad.⁶ Oprettelsen af den fælles patentdomstol vil derfor give Tyskland muligheden for at sikre en retspraksis, der lægger sig mere op af den britiske og således følger det politiske ønske i Tyskland.

Der er derfor en overvejende sandsynlighed, at den kommende retspraksis for den fælles patentdomstol vil beskytte software-virksomheder i højere grad end tilfældet er i dag. Analysen viser, at problematikken ikke ligger i de nuværende regler for den europæiske patentkonvention, men i EPO's fortolkninger og netop her kan en fælles patentdomstol spille en afgørende rolle. Der er altså tale om, at EPO på nuværende tidspunkt ikke overholder patentkonventionen i spørgsmålet om udstedelse af patenter på software.⁷

Begge scenarier er under alle omstændigheder bedre end situationen i dag, hvor patenter bliver udstedt uden ordentlig domstolskontrol og uden politisk eller offentlig fokus. Patentreformen er ikke en garanti for, at praksis for udstedelse af computerrelaterede patenter vil blive lavet om, men patentreformen vil give en langt bedre og mere offentlig kampplads om fortolkningspraksis, end vi har i dag.

KONKLUSION

Folkeafstemningen om patentdomstolen har sat fokus på det europæiske patentkontor og startet en debat om, hvad der er patenterbart, og hvad der ikke er. Spørgsmålet om software har spillet en afgørende rolle i debatten, der har været præget af bekymringen for, om et dansk ja til patentdomstolen vil skabe større usikkerhed for danske virksomheder og deres brug af softwareprodukter.

Tænketanken EUROPA vurderer, at der ikke er solidt fagligt, praktisk og politisk grundlag for at frygte konsekvenserne af patentreformen. Den giver også på softwareområdet langt større sikkerhed og tryghed end den nuværende retstilstand. Det europæiske patentkontor har siden 1990 haft beføjelse fra Danmark til at udstede patenter, og den europæiske patentkonvention er en del af dansk ret. Det betyder, at de patenter, som udstedes af EPO, kan få virkning i Danmark efter en valideringsproces.

De computerrelaterede patenter, der i dag findes, er derfor allerede en potentiel trussel for Danmark. Ønsker man at få bedre styr på denne udvikling, så er der gode argumenter for at gå ind for en fælles europæisk patentdomstol til at håndhæve denne praksis. Patentdomstolen kan nemlig være med til at skabe den klarhed, der i dag mangler på området. Et ja til patentdomstolen vil skabe mere

⁶ [German Bundestag 17th Legislative Period \(2013\)](#)

⁷ [Techrights \(2013\)](#)

fokus på computerrelaterede patenter, mere ensartet retspraksis og en fælles kampplads med større gennemsigtighed for de kritikere, der frygter EPO's praksis på software.

Notatet er udarbejdet med støtte fra Europa-nævnet