

Til Folketingets EU-udvalg

3/10-02

### Softwarepatenter – en Uigennemtænkt Politik

I anledning af at Folketingets EU-udvalg skal tage stilling til EU-direktivforslaget om softwarepatenter, skal jeg hermed påpege tre meget alvorlige problemer ved det foreliggende forslag: Det er muligt at patentere standarder, det er muligt at få brede patenter, og man kan opnå patenter inden for områder hvor det hidtil ikke har været muligt at patentere.

Disse tre problemer ændres ikke af det såkaldte "kompromisforslag" som d. 23/9 er fremlagt af repræsentanter for den danske regering under de forhandlinger der foregår i EU for øjeblikket. (<http://swpat.ffii.org/papers/eubsa-swpat0202/dkpto0209/dkpto020923.pdf>) Forslaget fjerner ganske vist de udvidelser i forhold til EPO's patenteringspraksis som EU-direktivforslaget havde lagt op til. I "kompromisforslaget" er det fjernet at nyhed kun behøver være tilsyneladende (prima facie); et teknisk bidrag skal gå ud over hvad der normalt foregår i en computer; algoritmer uden reference til et fysisk miljø kan udtrykkeligt ikke patenteres. Imidlertid overtager kompromisforslaget EPO's praksis som den er udtrykt i EPO-guidelines. Således viser uklarhederne i EPO's praksis omkring grænserne for patentering sig også i kompromisforslaget. Som EPO's appelsager har vist, er der ingen klar afgrænsning mellem teknisk bidrag og ikke-teknisk bidrag. *Det er altså i realiteten helt uklart hvilken software der kan patenteres, og hvilken der ikke kan.*

Men "kompromisforslaget" ændrer ikke ved at interfaces og standarder kan patenteres. Dette vil sandsynligvis betyde at softwarebranchen vil blive domineret af en række lovfæstede monopoler hvilket i høj grad vil afvikle konkurrencen inden for området. Det skal derfor foreslås at man tilføjer følgende til direktivet:

*Medlemsstaterne sikrer at hvor en patenteret teknik er påkrævet for at kommunikere med andre programmer, andre computere eller andre computersystemer, vil anvendelsen af en sådan teknik ikke kunne betragtes som en overtrædelse af patentrettighederne.*

Direktivforslaget og direktivforslagets/kompromisforslagets Art. 6 indebærer at man har ret til oplysninger om interface og standarder, men det gør ikke patenter på disse ugyldige. Dermed sættes "retten" til interoperabilitet i praksis ud af kraft, jf. direktiv 91/250/EØF.

"Kompromisforslaget" tager heller ikke højde for at softwarepatenter har tilbøjelighed til at blive så brede at det er tvivlsomt om man kan finde andre løsninger på samme problem. Et skræmmende eksempel er Microsofts us-patent på digital rights operating system (us6330670) som giver særlige muligheder for sikker informationsudveksling. Patentet vil formentlig forhindre andre i at udvikle et tilsvarende system hvilket rummer en betydelig fare for at Microsoft Windows bliver det eneste fungible operativsystem i verden. Det er et åbent spørgsmål om Microsoft vil kunne få patent på dette system i Europa efter kompromisforslaget, men i givet bør enhver tvivl fjernes om at andre kan forhindres i at gøre lignende opfindelser. Derfor må det foreslås at man fastslår følgende i EU-direktivet:

*Medlemsstaterne sikrer at der ikke opnås patent der udelukker andre måder at opnå tilsvarende funktionalitet på.*

Endelig er det fortsat intentionen at andre undtagelser skal kunne patenteres hvis de udføres ved hjælp af software der yder et teknisk bidrag. For computerimplementerede forretningmetoder og præsentation af information foreligger der EPO-appeldomme som gør disse patenterbare, og EPO-guidelines ønsker også at kunst skal kunne patenteres efter princip. Dette er en grundlæggende ændring af hele det juridiske fundament for samfundsøkonomien – samtidig med at hele samfundet i stigende grad computeriseres. På den baggrund må jeg på det kraftigste **tilråde at man tager en langt mere dybtgående politisk diskussion af hvilke konsekvenser softwarepatenter og andre ændringer i intellektuelle rettigheder vil få** i fremtiden, inden man beslutter sig for EU-direktivet.

Det skal endelig påpeges at open source software som Linux formentlig vil blive ødelagt af softwarepatenter, især brede softwarepatenter og patenter på interfaces. At støtte softwarepatenter er

at støtte afviklingen af open source software. Et nej til softwarepatenter vil derimod ikke afvikle den fortsatte udvikling af privatejet software.

Disse og andre spørgsmål angående softwarepatenter har jeg uddybet i min artikel om softwarepatenter til magtudredningen. Jeg fremsender hermed konklusionen samt enkelte afsnit fra artikelen.<sup>1</sup> Artiklen viser at softwarepatenter formentlig vil hæmme innovationen og fremme monopoliseringen i softwarebranchen. Artiklen viser også at softwarepatenter sammen med ophavsretten og næste generation styresystemer fra Microsoft, *kan* få afgørende negativ indflydelse på demokratiet.

**Flemming Bjerke**  
**Hyldebjerg 67**  
**4330 Hvalsø**  
**flemming@bjerke.dk**

..f

---

<sup>1</sup> Hele artiklen kan rekvireres ved at maile til flemming@bjerke.dk.

# Softwarepatenter og Magt

## Konklusion

Software er undtaget fra patentering i EPK (den Europæiske Patent Konvention) og den danske patentlov. Men ved hjælp af begrebet "teknisk bidrag" har EPO omfortolket EPK og udviklet en praksis så det meste software der kan implementeres på en computer, kan patenteres (hvis det er nyt og har opfindeshøjde) – med mindre EPO støder på EPK's art. 52's andre grænser for patentérbarehed, (især forretningsmetoder eller præsentation af information), men disse undtagelser udhuler EPO tilsyneladende også ved at henvise til at der ydes et teknisk bidrag.

Forslag til EU-direktiv om softwarepatenter pålægger EU-landene en lovgivning som er mere vidtgående end EPO's tvivlsomme borttolkning af EPK's undtagelse af softwarepatenter idet der ikke er klare grænser for patentering af computerimplementeret software mere. Tilmed behøver nyhedsværdien ikke være reel, men blot tilsyneladende (prima facie) hvilket bringer softwarepatentsystemet i retning af amerikanske tilstande. Med de seneste ændringsforslag til EU-direktivet som EU-kommissionen har fremsat 23/9-02, bliver EU-direktiv dog en ren lovliggørelse af EPOs juridisk set tvivlsomme praksis.

Kvaliteten af softwarepatenter og patentundersøgelser tenderer mod at falde, hvormed patenterne bliver brede og svære at opfinde uden om. Dermed omdannes patentsystemet fra at være en godkendelsesordning til at blive en anmeldelsesordning uden de retsgarantier der normalt knyttes til anmeldelsesordninger. Dette er retspolitisk problematisk især for mindre virksomheder. Softwarepatenter er i det store hele ikke en beskyttelse af originale idéer, men af markedspositioner. Det sænker patentkvaliteten yderligere, og gevinsterne ved softwarepatenter afspejler ikke opfindelsesomkostningerne.

*Softwarepatenter beskytter således primært dominerende virksomheders markedspositioner* snarere end idéudvikling, og der foregår allerede en patentportefølgekamp. Konkurrenceretten og bedre rådgivning af mindre virksomheder løser ikke dette problem. Den europæiske softwarepatentering påfører endvidere virksomheder og borgere omkostninger til omfattende bureaukrati, fremmer hemmeligholdelse af programpakkers kildekoder, og lægger kontrollen med softwareinnovationen hos de store patentører – specielt Microsoft.

Patenter er kun en fordel for samfundet hvis innovationerne ellers ikke var blevet gjort, eller hvis det ville være et problem at de bliver holdt hemmelige. Det betyder at softwarepatenter er ubegrundede: Ønsker en virksomhed at beskytte sin software, kan den holde kildekoderne hemmelige og anvende ophavsretten. De store investeringer i software ligger sjældent i idégenerering, men i udvikling, tilpasning og debugging. Derfor er ophavsret passende beskyttelse af software. Derimod er patentbeskyttelse af idéer skadelig for softwareudviklingen idet programmører ikke er frit stillet med hensyn til at bruge relevante idéer under programudvikling.

Softwarepatenter styrker endvidere store virksomheders dominans og hæmmer softwareinnovation af følgende grunde:

1. Softwares abstrakte karakter bevirker at softwarepatenter har tendens til at blive brede og ofte umulige at opfinde uden. *Brede patenter og patenterede fælles standarder* kombineret med netværksfordele vil normalt sikre en eller få virksomheder næsten ubrydelig dominans på et marked – dog vil Microsoft med deres næste generation styresystem, Palladium, få afgørende indflydelse på monopoldannelsen på de enkelte softwaremarkeder.

2. Mindre softwareleverandører til store virksomheder, kan muligvis opnå en vis beskyttelse af patenter, men det vil være *meget vanskeligt for mindre virksomheder at markedsføre programpakker* – undtagen når der åbnes helt nye markeder. Den næsten gratis kopiering og

distribution via internettet bevirker at mindre softwarevirksomheder og open source samarbejde kan true store koncerner konkurrencemæssigt, men med softwarepatenter kan dominerende virksomheder undgå denne trussel – og det innovationspres den indebærer. Dog kan Microsoft med Palladium få afgørende indflydelse på både små og store virksomheders udviklingsmuligheder.

3 Fordi software er næsten gratis at kopiere og ikke slides op, er *softwareproducenter normalt tvunget til at være innovative*. Ellers vil kunderne som regel ikke forny softwaren. Denne "innovationstvang" kan en dominerende virksomhed dog undgå ved hjælp af tidsbegrænset licens til brugerne af kombineret med brede patenter.

Softwarepatenter giver højere softwarepriser og styrker softwaremonopoler som vil få *ret* til at opkræve "gebyrer" uden at behøve at yde en tilsvarende indsats. Med Palladium kan Microsoft blive afgørende for hvilke licenser der kan opkræves af hvilke virksomheder. Der er intet der tyder på at de store softwarefirmaer med god økonomi vil få vanskeligt ved at skaffe tilstrækkeligt *kapital* hvorimod mindre virksomheder der selv vil markedsføre programpakker, vil få sværere ved at skaffe kapital.

Der er intet hverken i EU's udspil, EPO's beslutninger eller Patent- og Varemærkestyrelsens initiativer der afbøder disse ulemper ved softwarepatenter eller sikrer deres kvalitet.

Inden for såvel virksomhederne, det politiske liv, forvaltningerne og videnskaberne har og får software en omfattende indvirkning fordi IT erstatter og mangfoldiggør processer der før måtte udføres af mennesker. Softwarepatenter indebærer en risiko for at retten til at udvikle og distribuere de programmer der indgår i informatiseringen af samfundet, overgår til et mindre antal virksomheder under overordnet kontrol af Microsoft. Samtidig gør softwarepatenter det vanskeligt eller umuligt at træffe visse politiske beslutninger, f.eks. angående fælles standarder.

EPK's undtagelser for patentering er som sagt ved at blive afskaffet for så vidt de udføres delvis af software – ikke mindst hvis EU-direktivet om softwarepatenter vedtages med de ændringsforslag den danske regering har fremlagt i EU. Allerede nu kan IT-understøttede forretningsmetoder og præsentation af information patenteres. Styring og overvågning af produktion, markedsføring og administration kan derfor patenteres, og fremtidens virksomheder vil ikke uden videre kunne lade deres egne programmører udvikle relevante programmer pga. patenter; derfor er der risiko for at programmeringskompetencen overgår til dominerende patenthavere. Samtidig fratages samfundets institutioner *retten til at vide* hvad der foregår i deres institution eftersom de fleste programmer må forventes at have skjulte kildekoder.

*Adgangen til internettet og andre former for IT-formidlet informationsformidling* forudsætter fælles standarder, og nye fælles standarder vil være mulige at patentere. Dermed kan det ikke udelukkes at der vil komme licensbetaling for brug af internettet. Desuden kan det blive vanskeligt at sikre sig mod software som ikke muliggør hemmelig aftapning af information – specielt vil Palladium give Microsoft omfattende *muligheder* for at tappe borgere og institutioner for information – muligheder som Microsoft ganske vist hævder at de ikke vil bruge.

Der er store økonomiske interesser i at få kontrol over opkobling og kopiering via internettet fordi den næsten gratis kopiering og distribution af information truer forlag, forfattere, filmproducenter, pladeselskaber, osv.. Med Palladium vil Microsoft formentlig komme til at få afgørende indflydelse på hvilke programmer der skal muliggøre adgang, søgning og kopiering af information på internettet. Dette giver også Microsoft *mulighed* for at udøve kontrol med og censur over nettets information. Dette fremmes af patenter idet disse kan hindre andre end Microsoft-godkendte programmer i at bruge fælles standarder på internettet. *Softwarepatenter vil altså gøre det meget vanskeligt at fremme alternativer til at Microsoft i fremtiden kommer til at have en afgørende kontrol over internettet.*

*Open source software* er software hvor kildekoden lægges offentligt frem til andres frie anvendelse og videreudvikling. Dette står i modsætning til closed source, f.eks. Windows, hvor kildekoderne holdes hemmelige. Det kan ikke på forhånd afgøres hvad der mest effektivt fremmer udviklingen af software: open eller closed source. Derfor, men også af sikkerhedsgrunde og som

modvægt mod softwarebranchens stærke monopoler, bør begge dele have lov at udvikle sig. Open source software er også vigtigt fordi det fastholder retten til at vide hvad der foregår i institutionernes og hjemmenes EDB-systemer; i den forstand er open source software en mulighed for at fastholde et åbent, demokratisk og liberalt samfund. Men open source software trues af softwarepatenter. Bl.a. forsøger Microsoft at svække open source software ved at håndhæve patenter over for vigtige open source software grupper (Samba og OpenGL). Palladium vil være endnu effektivere til svække open source software idet det vil hindre brugere af Linux og anden open source software i at få adgang til information via egne computere og via computernetværk.

.....

*Microsofts* har taget patent i USA på idéen til den næste generation af Windows, *Palladium*. Microsoft planlægger at de skal have afgørende indflydelse på hvem der har ret til at køre hvilke programmer på fremtidens computere. De er ved at udvikle et system hvis formål er at Windows kontrollerer hvem der får adgang til hvilken information. Det består af godkendte (trusted) brugere og computere, godkendte programmer, og et register over brugernes og computerens rettigheder til at læse beskyttede data med de godkendte programmer. Når computerens styresystem startes op, indlæses der oplysninger der identificerer hardware, bruger, styresystem og drivere. Tilsammen giver dette computerens godkendte identitet. Hvis der indlæses dele, f.eks. drivere der ikke er trustede, mister computeren sin godkendte identitet og overgår til ikke-trusted tilstand. Systemet giver nu informationsudbydere, f.eks. musikproducenter, mulighed for at kontrollere hvilke programmer og systemfunktioner der må køre på computeren således at man ikke mere kan køre de godkendte programmer og ikke kan få adgang til beskyttede data.

En grundpille i *Palladium* er at et specialdesignet bundkort eller processor er en del af systemet. Det sikrer at den identitet som systemet tildeles, ikke kan påvirkes af brugeren, men præcis svarer til kombinationen af hardware, styresystem og godkendte programmer. Hvis brugeren ændrer hardware eller styresystem, vil computeren gå over i ikke-trusted tilstand. I ikke-trusted tilstand vil man ikke kunne se og høre *Palladium*-beskyttede video- og musikfiler – uanset om man har licens til det. Fordi *Palladium* bliver integreret i computerens hardware, vil det blive meget vanskeligt at hacke, samtidig med at det er muligt at sørge for at kun godkendte programmer kan få adgang til beskyttede data. *Palladium* udvikles i samarbejde med de vigtigste processorproducenter: Intel og AMD, og tanken er at nye computere fra omkring 2004 skal have *Palladium* indbygget. Systemet skal også omfatte krypteret forbindelse til tastatur og skærm så uautoriseret tapning af data ikke er mulig fra nogen dele af computerne.

Microsoft forventer at *Palladium* vil blive adopteret af myndigheder og virksomheder, og først senere af private. Systemet kan bruges af afsender til at holde oplysninger fortrolige for alle undtagen de ønskede modtagere. Det har naturligvis interesse for virksomheder at de kan vanskeliggøre industrispionage, og at de kan holde forhandlinger og andre følsomme oplysninger fortrolige. Tilsvarende er det af interesse for det politiske system at man kan sikre at følsomme oplysninger holdes mere effektivt hemmelige – og f.eks. ikke kan lækkes til medierne. Det er også af interesse for både borgere og offentlige myndigheder at personfølsomme oplysninger kan lagres og sendes uden at man risikerer at de kommer i forkerte hænder.

Hvis det går som Microsoft forventer, vil *Palladium* blive standard for fremtidens computere. Ses *Palladium* i sammenhæng med markedsandelene for Microsofts centrale programmer, Officepakken og Internet Explorer, bliver det op til Microsoft at beslutte hvilke programmer der kan køre samtidig med disse programmer – og på netværk med dem.

Med *Palladium*, vil Microsoft sandsynligvis skulle godkende de vigtigste programmer til hovedparten af verdens computere. For at sikre sig denne mulighed har Microsoft indsendt en række WIPO-, EPO- og US-patentansøgninger vedrørende digital rights management, og de har opnået patent i USA på digital rights management operativ systemer, dvs. *Palladium*.

Hvis Palladium kombineret med Microsoft-programmer som Microsoft Office og Internet Explorer bliver standard, kan Microsoft formentlig ved hjælp af patenter i fremtiden udelukke andre programmer fra Microsoft-filer og Windows-netværk og til dels også fra internettets information. Derved kan borgerne blive tvunget til at bruge Microsoft-programmer og Microsoft-godkendte programmer. Det kan dermed i praksis blive umuligt for virksomheder at markedsføre programmer hvis ikke Microsoft godkender det. Palladium kan altså sætte konkurrencen ud af kraft på softwaremarkederne hvorfor det er tvivlsomt at Palladium fremmer innovation. Desuden mister samfundets borgere og institutioner deres mulighed at vide hvad der foregår i deres computersystemer hvorimod Microsoft for at godkende programmer til Palladium, må kende kildekoderne.

Palladium er designet til at regulere borgernes informationsadgang så den er kontrolleret af informationsproducenterne – og Microsoft. Microsoft kan som sagt få afgørende indflydelse på hvilke programmer der vil kunne bruges til at læse hovedparten af internettets information – ikke mindst hvis nettets standarder patenteres. Hvis Palladium bliver standard, vil Microsoft kunne kræve at søgemaskiner godkendes før borgerne kan få nytte af dem. Microsoft og samarbejdspartnere vil få en afgørende beslutningskompetance om hvad der skal kunne distribueres over internettet og dermed kunne udøve censur. Desuden får Microsoft mulighed for at tappe borgernes computere for information – det gælder både privatpersoner, virksomheder og myndigheder (f.eks. efterretningstjenester). Dette erklærer Microsoft at de ikke vil – det afgørende er at de får muligheden. Alene af den grund er det afgørende at der findes open source alternativer til Palladium hvilket softwarepatenter kan forhindre.

Microsoft etablerer med Palladium grundlaget for at udvikle et verdensomspændende censursystem. Ganske vist får borgerne, virksomhederne, institutionerne og myndighederne mulighed for at kontrollere deres indbyrdes kommunikation og undgå uvedkommende adgang samt virus. Det er her afgørende om kommer Microsoft til at checke hard- og softwarens basale identitet. For i så fald vil Microsoft kunne få adgang til borgernes data. Da kriminelles informationsaktiviteter også vil blive beskyttet af Palladium, vil politi og efterretningsvæsen ønske at få deres oplysninger gennem samarbejde med Microsoft, og det vil næppe være muligt at kontrollere om visse efterretningsvæsener (eller kriminelle for den sags skyld) bliver særlig begunstiget i den sammenhæng.

Palladium vil give Microsoft såvel lovgivende (kontrollen over programmer og adgang til information), dømmende (dømmer om overtrædelser) som udøvende (kan forhindre adgang til information) magt – en magtudøvelse der i høj grad vil blive automatiseret. Specielt får Microsoft mulighed for ikke at godkende programmer der menes at overtræde patenter, hvormed de overtager en del af patentsystemets retshåndhævelse hvad angår softwarepatenter.

Kort sagt, hvis Palladium kombineret med programmer som Microsofts Officepakke og Internet Explorer bliver standard, får Microsoft på informationsområdet en afgørende udøvende, dømmende og straffende magt samt mulighed for censur og informationstapning i en verden hvor computerne og internettet bliver borgernes (den rige del af verden) adgang til nyheder, underholdning, information, billige varer, job, privat kommunikation, kæreste, osv., og hvor dagligdagens aktiviteter udøves ved hjælp af computere. Dette statslignende, verdensomspændende monopol vil give Microsoft en formidabel indtjening hvis rimelighed er diskutabel da verden bliver afhængig af Microsoft. Microsoft vil tilmed kunne få mulighed for selv at håndhæve egne og andres licensbetaling.

Microsoft ønsker dog ikke at etablere et sådant verdensomspændende, statslignende monopol. Problemet er imidlertid om Microsoft overhovedet skal have mulighed for at beslutte om de skal være et verdensomspændende, statslignende monopol eller ej. At overdrage dette ansvar, denne magt, til Microsoft er en formidabel politisk ansvarsforflygtigelse – og en del af denne ansvarsforflygtigelse består i at designe et softwarepatentsystem som vil fremme at Microsoft får denne magt. Dette er i sig selv en god grund til at udskyde beslutninger om at gennemføre EU-

direktiv-forslag om softwarepatenter.

## Softwarepatenter i Europa

I EPK's artikel 52.3 bestemmes det at undtagelserne fra patentering kun gør sig gældende i den udstrækning en patentansøgning relaterer sig til undtagelserne som sådan ("subject-matter or activities as such") hvilket svarer til patenlovens §1 stk. 2 hvor det der "*alene* udgør" undtagelserne ikke kan patenteres. Den mest nærliggende fortolkning må være at hvis en opfindelse indeholder både undtagede elementer og ikke-undtagede elementer, skal opfindelsens ikke-undtagede elementer stadig være patentérbare. Som EPO udtrykte det i deres guidelines fra 1978: "If the contribution to the known art resides solely in a computer program then the subject matter is not patentable in whatever manner it may be presented in the claims." (EPO-guidelines, 1978) Software kan altså ikke bidrage til at gøre en opfindelse patentérbare.

I guidelines fra 1985 ændres EPO's opfattelse idet et computerprogram nu kan patenteres hvis det yder et teknisk bidrag til den tekniske viden og kunnen. "If however the subject-matter as claimed makes a technical contribution to the known art, patentability should not be denied merely on the ground that a computer program is involved in its implementation." Med Vicom-appelsagen fra 1986 afgør EPO's appelkammer da også at software der yder et teknisk bidrag, er patentérbart. EPO har siden foretaget en række yderligere omfortolkninger som gradvist har udhulet undtagelsen af software.

.....

Da undtagelsen af programmer fra patentering efterhånden er tvivlsom, retter EP'Os appelkammer i stigende grad deres opmærksomhed mod de EPK's andre undtagelser: Er der tale om præsentation af information (T619/98, T1194/97), eller om der er tale om forretningsmetoder. (T931/95). *I EPO's fortolkning er grænserne for hvilken software der er patentérbare mere eller mindre fjernet med mindre softwaren støder på art. 52's **andre** grænser for patentérbarehed, dvs. om der er tale om forretningsmetoder eller præsentation af information. EPO arbejder på at afvikle de andre undtagelser for patentering i EPK på samme vis som man har gjort det med softwareundtagelsen, nemlig ved at henvise til den pågældende forretningsmetode yder et teknisk bidrag.* (Se Bryde Andersen. Kap 10.1a. <http://www.it-retten.dk/bog/10/01/>)

.....

## Forslag til EU-direktiv om softwarepatenter

EU-kommisionen har 20. februar 2002 fremsat forslag til direktiv der pålægger medlemslandene at indarbejde softwarepatenter i deres patentlovgivning. Direktivet bestemmer en "computer-implementeret opfindelse" som en opfindelse hvis implementering kræver en computer, og som har nye karakteristika. Direktivet fastsætter "teknisk bidrag" som et bidrag til det aktuelle tekniske niveau som ikke er indlysende for en fagmand. Der findes ingen definition af hvad der menes med software i forslaget.

Direktivforslaget pålægger medlemstaterne at sikre følgende i deres lovgivning:

- Ⓢ at computer-relaterede opfindelser betragtes som hørende til det teknologiske område,
- Ⓢ at en computer-relateret opfindelse yder et teknisk bidrag,
- Ⓢ at det tekniske bidrag vurderes ud fra en helhedsbetragtning uanset om opfindelsen indeholder såvel tekniske som ikke-tekniske bidrag, og
- Ⓢ at software i maskiner, computere og processer er patentérbare.

Forslaget refererer til EPO's retspraksis og dermed til appelkammerets afgørelser. Det ses at teknisk bidrag er blevet det centrale begreb for hvornår software kan patenteres. Begrebet sammenfatter alle de fortolkninger som EPO hidtil har udviklet for at gøre software patentérbare efter EPK: at opfindelsen løser et teknisk problem, har en (potentielt) teknisk effekt, involverer tekniske

overvejelser eller anvender tekniske midler.

Hvis direktivforslaget vedtages, udvides det patentérbare område. Det bestemmes nemlig at software som kører på en computer, er teknologi og skal kunne patenteres i medlemslandene. Endvidere benytter direktivforslaget ikke EPO's begreb om yderligere teknisk bidrag; såfremt et program yder et teknisk bidrag, kan det patenteres, og da programmer er teknologi, vil de altid yde et teknisk bidrag (hvis programmet er industrielt anvendeligt, er nyt og har opfindeshøjde). Man opererer dog stadig med software der ikke yder et teknisk bidrag; i bemærkningerne nævnes at hvis det nye består i at man bruger kendt software til at realisere forretningsmetoder, ydes der ikke et teknisk bidrag; det samme gælder formentlig de andre undtagelser for patentering i følge EPK. Men hvis ny software udvikles til at realisere forretningsmetoder, er den patenterbar eftersom softwaren i så fald yder et teknisk bidrag. Dermed er det tvivlsomt om der overhovedet findes ny funktionsdygtig software der ikke kan patenteres (forudsat det er industrielt anvendeligt, er nyt og adskiller sig væsentligt fra tidligere teknologi). Hertil kommer at nyhedskravet er stærkt svækket idet der kun er et krav om tilsyneladende (prima facie) nyhed hvilket mere eller mindre omdanner patentsystemet til en anmeldelsesordning.

Endelig definerer direktivet software-implementerede opfindelser som teknologi hvilket betyder at de falder under TRIPS-aftalerne hvormed det er knæsat at software er internationalt patenterbart. Direktivforslaget stiller dog ikke krav om at medlemslandene skal tillade patentering af programmer der ligger på et bæremiddel (f.eks. en cdrom) hvilket Erhvervsministeren misvisende har betegnet som en indskrænkning.

Disse udvidelser i forhold til EPO-praksis som EU-direktivforslaget lægger op, er dog fjernet i det 'kompromisforslag' som den danske regering har lagt frem. Men der er intet der tyder på at man fra EU's side vil tage skridt i retning af at modvirke de problematiske virkninger af softwarepatenter. Såsom at de i praksis kan blive så brede at de er umulige at opfinde udenom, at fælles standarder patenteres, at monopoldannelse styrkes, at private programmører kan blive afskåret fra at offentliggøre deres arbejde, at innovation hæmmes, etc.

## Forkortelser

DRM: Digital Rights Manament

EPK: Europæiske patentkonvention.

EPO: Europæiske patentkontor.

TCPA: Trusted Computing Platform Alliance

WIPO: World Intellectual Property Organisation