

Van software tot erger: op zoek naar de grenzen van het octrooirecht¹

Reinier B. Bakels

Inleiding

Octrooirecht is een vlijmscherp mes. Octrooien kunnen iemand een twintig jaar durend alleenrecht geven op de exploitatie van een uitvinding. Als dat echt nodig is om de innovatie te bevorderen, dan moet het maar. Al kan zo'n alleenrecht de markt behoorlijk verstoren en tot zeer bezwaarlijke monopolies leiden. Scherpe messen kunnen maar beter opgeborgen blijven, tenzij zij echt nodig zijn.

Zijn octrooien noodzakelijk om de innovatie van computersoftware te bevorderen? Ja, zeggen de voorstanders, want het auteursrecht levert onvoldoende bescherming omdat hiermee slechts een concrete realisatie kan worden beschermd, terwijl er ook behoefte is om juridische bescherming te verkrijgen voor een achterliggende methode.² Nee, zeggen de tegenstanders, waar moet het heen als wij zouden toestaan dat softwarebedrijven programmeertrucs zouden gaan octrooieren. De kans dat iemand anders zo'n truc opnieuw 'uitvindt' is veel te groot. Toch is er ook dan sprake van inbreuk, want het octrooirecht kent geen uitzondering voor het geval er geen sprake is van 'ontlening', in tegenstelling tot het auteursrecht.³ De softwarewereld zou een slagveld worden, een gruwelijk *lawyers paradise* waar geen programmeur zich meer in waagt die goed bij zijn hoofd is. Het bedrijfsleven wordt van oudsher al geteisterd door lieden die octrooien niet primair gebruiken om hun uitvindingen te beschermen, maar er vooral op uit zijn hun concurrenten een hak te zetten. En het risico dat dat ook gebeurt in de wereld van de softwaretechnologie is levensgroot.

Al met al lopen de meningen over softwareoctrooien uiteen van 'vanzelfsprekend' tot 'volstrekt verwerpelijk'.⁴

Wettelijk kader

Het Europees Octrooiverdrag en de Rijsoctrooiwet 1995 verbieden beide het octrooieren van programma's voor computers 'als zodanig'.⁵ Meestal wordt aangenomen, dat computerprogramma's 'als zodanig' het tegendeel zijn van programma's die een 'technisch' karakter hebben, al spreekt deze uitleg geenszins vanzelf.⁶

Maar waarom moet een uitvinding dan wel 'technisch' zijn om voor octrooi in aanmerking te komen? En wat betekent het woord 'technisch' eigenlijk in het octrooirecht, in het bijzonder met betrekking tot computerprogramma's?

Om met de eerste vraag te beginnen: het staat *niet* met zoveel woorden in de wet dat alleen technische uitvindingen octrooieerbaar zijn. Het vereiste dat een

octrooi moet kunnen worden 'toegepast op het terrein van de nijverheid'⁷ kan niet als zodanig gelden.⁸ Volgens sommigen zou het gebruik van het woord 'techniek' in diverse octrooirechtelijke bepalingen⁹ erop wijzen dat octrooirecht 'vanzelfsprekend' slechts voor technische uitvindingen bestemd is.¹⁰ Overigens spreekt de Engelse tekst van het Europees Octrooiverdrag over de 'state of the art' in plaats van de 'stand van de *techniek*',¹¹ wat erop zou kunnen wijzen dat de verdragswetgever geen eng techniekbegrip voor ogen stond.

Maar als we er dan toch van uitgaan, dat alleen 'technische' uitvindingen geoctrooieerd kunnen worden, dan rijst de vraag wat het woord 'technisch' *betekent*, in juridische zin. Rechters hebben zich daar vooral in

Mr. ir. R.B. Bakels is promovendus aan het Instituut voor Informatierecht van de Universiteit van Amsterdam. Momenteel voert hij onderzoek uit aan het Max Planck Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht in München.

1. Deze bijdrage werd afgesloten op 29 mei 2003.

De schrijver dankt mr. J.J.C. Kabel voor zijn nuttige commentaar.

2. Bijvoorbeeld een methodiek om grote hoeveelheden gegevens efficiënt op volgorde te sorteren. In essentie gaat het dan om een *algoritme*, en (nog) niet om de realisatie daarvan in een programma. Mede omdat het octrooieren van algoritmen tot voor kort taboe was, spreekt men toch van softwareoctrooien (of octrooien op computerprogramma's), wat de begrenzing met het auteursrecht onnodig onduidelijk maakt. Voor een hiërarchie van zes niveaus van realisatie van computerprogramma's zie Hans Beyer, 'Der Begriff der Information als Grundlage für die Beurteilung des technischen Charakters von programmbezogenen Erfindungen', *GRUR* 1990, p. 408.

3. Het klassieke arrest op dit gebied is het Barbie-arrest, HR 21 februari 1992, *NJ* 1993, 164 m.nt. JHS.

4. R.B. Bakels, 'Softwareoctrooien: een vanzelfsprekendheid of een gevaarlijke ontaarding?', *Computerrecht* 2002, p. 347-352.

5. Art. 2 lid 2 en 3 ROW 1995, art. 52 lid 2 en 3 EOV.

6. Zo is zelfs wel beweerd dat met een computerprogramma 'als zodanig' de auteursrechtelijk beschermde realisatie wordt bedoeld. Zie bijvoorbeeld Wolfgang Tauchert, 'Zur Beurteilung des technischen Charakters von Patentanmeldungen aus dem Bereich der Datenverarbeitung unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung', *GRUR* 1999, p. 154.

7. Art. 2 lid 1 ROW 1995. Art. 57 EOV.

8. E.A. van Nieuwenhoven Helbach, J.L.R.A. Huydecoper & C.J.J.C. van Nispen, *Industriële eigendom. Deel 1: Bescherming van technische innovatie*. Deventer: Kluwer 2002, p. 105.

9. Bijvoorbeeld art. 4 en 6 ROW 1995, en art. 54 en 56 EOV.

10. Wolfgang Bernhardt & Rudolf Krasser, *Lehrbuch des Patentrechts*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1986, p. 79-104; A. Troller, *Immaterialgüterrecht: Patentrecht, Markenrecht, Muster- und Modellrecht, Urheberrecht, Wettbewerbsrecht*, Basel: Helbing & Lichtenhahn 1983-1985, p. 149.

11. Art. 56 EOV. De authentieke teksten zijn te vinden via <<http://www.european-patent-office.org/legal/epc>>.

direct over uitgelaten. De Hoge Raad bepaalde reeds lang geleden dat een werkwijze slechts octrooieerbaar is als deze leidt tot een *verandering in de natuur*.¹² Het Duitse *Bundesgerichtshof* stelde in het Rote Taube-standaardarrest:

‘Dem Patentschutz zugänglich ist eine Lehre zum planmäßigen Handeln unter Einsatz beherrschbarer Naturkräfte zur Erreichung eines kausal übersehbaren Erfolges (...).¹³

Vooral in de Duitse rechtspraak en literatuur wordt veelvuldig naar die ‘natuurkrachten’ verwezen. De fixatie op natuurkrachten neemt bij sommige schrijvers groteske vormen aan.¹⁴ De argumentatie is veelal natuurrechtelijk getint: het octrooirecht zou ‘gewoon nooit’ voor andere soorten uitvindingen bedoeld zijn.¹⁵ In de literatuur wordt overigens ook gesteld, dat nergens een deugdelijke ratio wordt gegeven om het octrooirecht te beperken tot technische uitvindingen: noch in de verdrags- of wetgeschiedenis, noch in de literatuur of de rechtspraak.¹⁶ Wanneer is een computerprogramma nu ‘technisch’? De Technische Kamer van Beroep van de Europese Patentorganisatie heeft bepaald dat de elektrische stroompjes die door de computerchips vloeien op

zichzelf software nog niet ‘technisch’ maken: daarvoor is een *further technical effect* noodzakelijk.¹⁷ Zulk een effect wordt aangenomen als er – heel kort gezegd – een conventioneel apparaat in het spel is.¹⁸ Dat kan in bepaalde gevallen toch ook weer de computer zelf zijn. Een duidelijk criterium is het allerm minst. Opvallend in de uitgebreide casuïstiek over dit onderwerp is dat een werkelijk inhoudelijke redengeving ontbreekt.¹⁹ Het lijkt vooral een woordenspel.

Business Method-octrooien

Een handelaar heeft geen betere spullen dan zijn concurrent, maar is hem wel te slim af door zijn *manier van zakendoen*. De concurrent wil terugvechten. Maar dat wordt hem bemoeilijkt doordat eerstgenoemde handelaar een octrooi heeft op zijn *business method*.

Dat beeld hebben veel mensen van *business method*-octrooien. Het beruchte ‘one click’-octrooi van *amazon.com*²⁰ geeft inderdaad die indruk. De ‘uitvinding’ kwam er in dit geval op neer dat één enkele muisklik voldoende kan zijn voor een bestelling over het internet (tegen het gangbare vooroordeel in).

Hoewel sommigen beweren dat het al veel eerder begonnen is,²¹ worden in de Verenigde Staten op grote schaal *business method*-octrooien verleend sinds een baanbrekende rechterlijke uitspraak uit 1998.²² De uitvinding waar het hier om ging – een ingewikkeld geautomatiseerd systeem voor het optimaliseren van beleggingen – toont overigens meteen ook aan dat zeker niet alle *business method*-octrooien over één kam moeten worden geschoren.²³

Niettemin bestaat er in Europa in brede kring een grote afkeer tegen dit soort octrooien.²⁴ Maar zulke ‘Amerikaanse toestanden’ zijn hier toch onmogelijk, omdat deze octrooien niet ‘technisch’ zijn? Helaas, zo eenvoudig is het niet. Een *business method* kan wel degelijk een voldoende ‘technisch’ karakter hebben om in aanmerking te komen voor een Europees octrooi. Dat wordt al gauw aangenomen als er een computer aan te pas komt.²⁵ Tegenstanders van softwareoctrooien roepen dan ook dat het toestaan van zulke octrooien ons op een hellend vlak brengt dat eindigt bij deze verfoeide *business method*-octrooien.

De eigenlijke vraag

Intussen wordt nog steeds elke aanvraag voor een softwareoctrooi langs de hiervoor geschetste lijnen beoordeeld op haar technisch karakter. De moeilijkheden met de toepassing van het criterium van een *further technical effect* leiden tot rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid.²⁶ Bovendien komt dit criterium enigszins willekeurig voor, getuige alleen al vernoemde ‘technische’ *business methods*. Dat wijst erop dat het probleem niet slechts een afbakeningsvraagstuk is. De eigenlijke vraag is: hoe kunnen maatschappelijk gewenste octrooien – op een inzichtelijke manier – worden onderscheiden van ongewenste octrooien?

12. HR 20 januari 1950, NJ 1950, 274 (Rooilijnen).

13. Uitspraak van het Bundesgerichtshof van 27 maart 1969 – X ZB 15/67, BGHZ 52, 74 –, GRUR 1969, 672 (Rote Taube). Dit arrest gaat ook over de vraag of biologische uitvindingen octrooieerbaar kunnen zijn. Dat aspect valt buiten het kader van deze bijdrage.

14. Gert Kolle, ‘Technik, Datenverarbeitung und Patentrecht – Bemerkungen zur Dispositionsprogramm – Entscheidung des Bundesgerichtshofs’, GRUR 1977, p. 58-74.

15. Een gangbare drogredenering is ook: octrooirecht moet grenzen hebben, en ‘techniek’ is een grens, dus moet het octrooirecht beperkt blijven tot ‘techniek’.

16. E.A. van Nieuwenhoven Helbach, J.L.R.A. Huydecoper & C.J.J.C. van Nispen, *Industriële eigendom. Deel 1: Bescherming van technische innovatie*. Deventer: Kluwer 2002, p. 119.

17. T935/97 en T1173/97, *Official Journal of the EPO* 1999, 609.

18. Octrooiraad, Afd. van Beroep 12 september 1985, BIE 1985, p. 435, CR 1986, p. 32 m.nt. Hanneman (p. 11) (*schakelnetwerk*); T26/86, *Official Journal of the EPO* 1988, 19 (Koch & Sterzel).

19. *Case Law of the Boards of Appeal, Part I: Patentability, Chapter A: Patentable inventions, 1. Technical nature of inventions, 1.1 Computer-related inventions* <http://www.european-patent-office.org/legal/case_law/e1_A_1-1.htm>.

20. Zie <<http://www.noamazon.com>> voor kritiek.

21. Het United States Patent and Trademark Office zelf gaat terug tot 1799 in zijn *Business Methods White Paper*, <<http://www.uspto.gov/web/menu/busmethp>>.

22. State Street Bank and Trust Co. v. Signature Financial Group Inc., 149 F. 3d 1368, 1375 (Fed. Circ. 1998).

23. H.W. Hanneman, ‘Over de octrooieerbaarheid van “methoden voor de bedrijfsvoering”’, BIE 2000, p. 40-45.

24. Dit blijkt onder andere uit diverse enquêtes, waarover straks meer.

25. Keith Beresford, ‘European patents for software, E-commerce and business model inventions’, *World Patent Information* 2001, p. 253-263.

26. Roman Sedlmaier, ‘Verwirrung durch Klarstellungen im Softwarepatentrecht’, *Mitteilungen der deutschen Patentanwälte* 2002, p. 55-65.

Hoe gaan wetgevers hiermee om?

Alweer enkele jaren geleden kondigde de Europese Commissie aan 'zo spoedig mogelijk' met een voorstel te komen voor een richtlijn teneinde de wetgeving van de lidstaten op het gebied van de octrooierbaarheid van computerprogramma's te harmoniseren.²⁷

Op 20 februari 2002 is het voorstel eindelijk uitgebracht.²⁸ De voorgestelde richtlijn beoogt in de eerste plaats de rechtszekerheid te vergroten door te codificeren aan welke eisen 'in computers geïmplementeerde uitvindingen' moeten voldoen om voor octrooi in aanmerking te komen. Bovendien zou de richtlijn de rechtseenheid bevorderen.²⁹ Materieel gezien wordt er in grote lijnen naar gestreefd, de mogelijkheden tot het verkrijgen van softwareoctrooien te verruimen noch te beperken.³⁰

Voordat de Commissie tot dit voorstel kwam is er heel wat afgestudeerd, zowel op Europees niveau als in verschillende lidstaten.³¹

In Nederland werd de wenselijkheid van de verruiming van de mogelijkheden om octrooien te verkrijgen op software al in 1999 onderzocht³² in opdracht van het ministerie van Economische Zaken.³³ In het kader van dit onderzoek is niet alleen gekeken naar de juridische situatie in verschillende geografische gebieden (Nederland, Europa, Verenigde Staten, Japan), maar is er ook een enquête gehouden naar de wensen en de ideeën van diverse spelers in 'het veld'. Aangezien deze enquête niet tot een duidelijke uitkomst leidt, bevelen Verkade c.s. uiteindelijk aan om vooral terughoudend te zijn met een eventuele verruiming van het octrooirecht, omdat dit toch eigenlijk nimmer bestemd zou zijn voor 'niet-technische' uitvindingen.

Diverse andere onderzoeken in binnen- en buitenland tonen een vergelijkbaar beeld met betrekking tot de economische observaties. Er blijken maar weinig empirische gegevens beschikbaar te zijn, en de enquêtes die worden gehouden om in de leemte aan zulke gegevens te voorzien geven doorgaans allerm minst een duidelijk beeld. Ik vermoed dat dat ook te maken heeft met methodologische problemen door de grote diversiteit in 'software', zowel begripsmatig³⁴ als naar toepassingsgebied. Ook vormen de geraadpleegde belanghebbenden een zeer heterogeen gezelschap, waarbij overigens als regel de uiteindelijke gebruikers ontbreken.

En dan is de politiek aan zet. Intellectuele Eigendom geniet geen grote belangstelling van politici, zeker als het om octrooirecht gaat.³⁵ Maar in dit geval bleken de toenmalige Tweede-Kamerleden Hindriks (PvdA) en Udo (VVD) toch niet ongevoelig voor de signalen die hun bereikten van met name de *Vereniging Open Source Nederland* (VOSN) en de *Federatie Nederlandse IT Industrie* (FENIT). In het bijzonder uit de hoek van de *Open Source Software*-beweging komt scherpe kritiek, ook omdat men vreest dat het octrooirecht wel eens door commerciële softwarebedrijven gebruikt zou kunnen worden om deze oncommerciële 'spelbederver' het leven zuur te maken.³⁶ Bovendien meent de 'politieke vleugel' van

deze beweging dat softwareoctrooien op gespannen voet staan met hun opvattingen over informatievrijheid, en zij wijzen zulke octrooien dan ook radicaal af.³⁷

Genoemde kamerleden gingen iets minder ver, en stelden (letterlijk!):³⁸

'De conclusie van PvdA, VVD, VOSN en FENIT is dat het verbod op octrooiering van software mag niet worden opgeheven tenzij:

1. voor octrooiering van software een nieuwheids-toets vooraf opnieuw wordt ingevoerd;

27. *Follow-up van het Groenboek over het Gemeenschaps-octrooi en het octrooistelsel in Europa*, 5 februari 1999, COM(1999)42.

28. *Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de raad betreffende de octrooierbaarheid van in computers geïmplementeerde uitvindingen* (door de Commissie ingediend), COM(2002)92.

29. Het Europees Octrooi-overdrag centraliseert slechts de *verlening* van octrooien. Nadien beslissen nationale rechters over zaken als inbreuk en nietigheid. Rechters in EU-lidstaten zijn verplicht tot richtlijnconforme interpretatie.

30. Later in deze bijdrage zullen wij nader ingaan op de manier waarop aan dit streven ('technisch') vorm is gegeven. Voor een analyse door een medewerker van de Commissie zie: Anthony Howard, 'Patentability of Computer-Implemented Inventions. A concise analysis of the Commission's Proposal for a Directive on the patentability of computer-implemented inventions', *Computer und Recht international* 2002, p. 97-104.

31. Zie vooral het zeer *gründliche* werk van onze oosterburen: Knut Blind, Jakob Edler, Ralf Nack & Joseph Straus, *Software-Patente. Eine empirische Analyse aus ökonomischer und juristischer Perspektive*. Heidelberg: Physica-Verlag 2003 (het betreffende onderzoek is al eerder uitgevoerd). Een uitgebreid overzicht van andere onderzoeken is te vinden in R.B. Bakels & P.B. Hugenholtz, *The patentability of computer programs*, studie in opdracht van het Europees Parlement, <<http://www.ivir.nl/publications/other/software patent.html>>.

32. D.W.F. Verkade, D.J.G. Visser & L.D. Bruining, *Ruimere octrooiering van computerprogramma's: technicality of revolution?*, *ITeR* nr. 37. Den Haag: Sdu Uitgevers 2000. Deze uitgave zal verder worden aangehaald als 'Verkade, Visser & Bruining'.

33. Met steun van het ITeR, het Nationaal Programma Informatietechnologie en Recht.

34. Hans Beyer, 'Der Begriff der Information als Grundlage für die Beurteilung des technischen Charakters von programmbezogenen Erfindungen', *GRUR* 1990, p. 408.

35. Tweede-Kamerlid Weisglas verklaarde daags na zijn verkiezing tot kamervoorzitter er ook wel voordeel van te hebben gehad woordvoerder te zijn geweest op een gebied dat veel publieke belangstelling geniet, namelijk het buitenlands beleid, *en niet het octrooirecht of zo*. Televisieprogramma *Buitenhof*, 26 mei 2002.

36. *Linux*-distributeur *Red Hat* heeft reeds alle MP3-software uit zijn distributie verwijderd uit vrees te worden aangeklaagd voor indirecte ('middellijke') inbreuk op octrooien op het MP3-licentieprogramma van Thomson Multimedia. Zie A. Engelfriet, 'Open source software en octrooien; een moeilijke combinatie', *BIE* 2003, p. 204-208.

37. *Förderverein für eine Freie Informationelle Infrastruktur*, met een zeer uitgebreide website, zie <<http://www.ffii.org>>. Zie bijvoorbeeld ook de website van de Amerikaanse *League for Programming Freedom* op <<http://lpf.ai.mit.edu>>.

38. *Rik Hindriks (PvdA) en Thijs Udo (VVD) verlangen nieuwheidsstoets op softwareoctrooien*, VOSN website 16 februari 2001.

2. tot de ingangsdatum van de wijziging het verbod op softwareoctrooien geldig blijft. Bestaande aanmeldingen kunnen dus slechts geldigheid krijgen nadat alsnog een nieuweidstoets is uitgevoerd;
3. in plaats van het verbod op octrooiering van software komt er een verbod op octrooiering van "business practices" en algemene kennis al of niet in de vorm van software;
4. Voor de nieuweidstoets worden harde criteria geformuleerd en in de wet- en regelgeving opgenomen. VOSN en FENIT zullen de onder 4 vermelde harde criteria samen opstellen en aan de fracties van PvdA en VVD ter beschikking stellen. Daarmee kan de vrees voor 30.000 triviale octrooien worden weggenomen. Het is wat de PvdA betreft een eerste stap op weg naar een goed Europees softwareoctrooibeleid.'

Het moge de octrooirechtsspecialisten onder de lezers duidelijk zijn, dat toenmalig staatssecretaris Ybema deze regels toch niet zomaar in wetgeving om kon zetten, en deze verlangens ook niet zonder nadere uitwerking naar 'Brussel' door kon sturen. Dit zal voor hem mede de aanleiding zijn geweest om opdracht te geven voor een nieuwe studie.³⁹

Het verslag van die studie is eind 2001 verschenen.⁴⁰ In dit rapport wordt het vraagstuk opnieuw van alle kanten beschouwd, beklopt en betast. Origineel is het idee om te kijken of het begrip 'technisch karakter' wellicht beter gedefinieerd kan worden in het octrooirecht door te kijken hoe dat gebeurd is in de *Wet Bevordering Spuurwerk en Ontwikkeling*. Deze

39. Staatssecretaris Ybema kondigt deze studie op 14 maart 2001 aan tijdens een Algemeen Overleg van de vaste commissie voor Economische Zaken en de algemene commissie voor Europese Zaken, waarin het onderwerp softwareoctrooien uitgebreid aan de orde komt. *Kamerstukken II* 2000/01, 21 670, nr. 14.

40. *De juridische en economische aspecten van het software-octrooi*, Den Haag: Ministerie van Economische Zaken 2001, <<http://www.ez.nl/publicaties/pdfs/01121.pdf>>.

41. Uitgebreide informatie over de WBSO is te vinden op de website van SENTER (een agentschap van het ministerie van Economische Zaken), <<http://www.senter.nl>>.

42. *Handelingen II* 2001/02, p. 1605-1606.

43. Brief van Staatssecretaris voor Europese zaken Benschop, *Kamerstukken II* 2001/02, 22 112, nr. 232: Nieuwe Commissievoorstellen en initiatieven van de lidstaten van de Europese Unie; brief van staatssecretaris Ybema, niet-dossierstuk ez02000268.

44. Benschop verliet de Kamer pas in september 2002.

45. R.B. Bakels & P.B. Hugenholtz, *The patentability of computer programs*, studie in opdracht van het Europees Parlement, <<http://www.ivir.nl/publications/other/softwarepatent.pdf>>.

46. R.B. Bakels, L.M.C.R. Guibault & P.B. Hugenholtz, *European Parliament Hearing on Software Patentability (Contribution Institute for Information Law University of Amsterdam)*, <http://www.europarl.eu.int/hearings/20021107/juri/bakels_en.pdf>.

47. <http://www.europarl.eu.int/hearings/2002_en.htm>.

48. Ralph Nack, *Die patentierbare Erfindung unter den sich wandelnden Bedingungen von Wissenschaft und Technologie* (diss. München LMU). Keulen, Berlin, Bonn, München: Heymans 2002. Dit boek zal hierna kortweg als 'Nack' worden geciteerd.

49. Art. 2 lid 2 sub a ROW 1995, art. 52 lid 2 sub a EOV.

WBSO is een fiscale faciliteit voor ondernemers en zelfstandigen die speur- en ontwikkelingswerk verrichten. Dat moet dan wel 'technisch' zijn. Maar programmatuur wordt hier niet bij voorbaat uitgezonderd.⁴¹ De conclusie is dat het voorbeeld van de WBSO ons helaas ook niet verder helpt om de grenzen van de octrooieerbaarheid van computerprogramma's vast te stellen. Wederom wordt vastgesteld dat er weinig empirische gegevens zijn. Dus wordt er weer geënquêteerd. Maar de geïnterviewden zijn wederom te verdeeld om tot bruikbare conclusies te komen, waarschijnlijk alweer omdat 'het' softwareoctrooi niet bestaat. Hoogstens is er eensgezindheid dat *business method*-octrooien ongewenst zijn. Terecht wordt vastgesteld, dat veel bezwaren tegen softwareoctrooien evengoed gelden voor octrooien op andere gebieden.

Maar toen kamerlid Hindriks daags na het uitkomen van het richtlijnvoorstel van de Commissie wederom met vragen kwam, kon staatssecretaris Ybema tevreden naar het kort tevoren verschenen rapport verwijzen.⁴² Er volgden nog enkele brieven van bewindslieden aan de kamer,⁴³ maar spoedig daarna werd het hier stil rond deze materie. Onze Nederlandse politici kregen toen wel andere zaken aan hun hoofd. De verkiezingen kwamen eraan. En na die verkiezingen verlieten alle genoemde spelers de politiek.⁴⁴

De Europese politiek draaide echter gewoon door. Het Europees Parlement ging zich ook met deze materie bemoeien, gaf opdracht tot een studie,⁴⁵ en hield op 7 november 2002 een officiële hearing over dit onderwerp.⁴⁶ Het aantal bij deze hearing aanwezige parlementariërs was op de vingers van twee handen te tellen. Gezien de kakofonie aan meningen is hun taak niet te benijden.⁴⁷ De tijd zal leren wanneer verantwoordelijk Eurocommissaris Bolkestein een kruisje achter dit actiepunt op zijn *things to do*-lijstje kan zetten.

Eerder vermeldde ik al dat het richtlijnvoorstel er grofweg naar streeft, de bestaande situatie te codificeren. De manier waarop dat is gebeurd vraagt echter nadere aandacht. Ter inleiding maken wij eerst een korte excursie naar een eind vorig jaar verschenen proefschrift.

Een interessant promotieonderzoek

Hoe kan het octrooirecht op een zinvolle manier worden afgebakend? Een interessante poging om die vraag te beantwoorden heeft Ralph Nack in zijn promotieonderzoek gedaan.⁴⁸ Nack heeft onderzocht welke positieve en negatieve uitspraken wetgevers en rechters in de Verenigde Staten, Europa en Duitsland in de loop der jaren hebben gedaan over de vraag of uitvindingen op bepaalde gebieden wel of niet octrooieerbaar zijn.

Op onderhoudende wijze maakt hij de kachel aan met tal van opvattingen die toch min of meer gemeengoed waren in het octrooirecht. Zo verwijst hij het gebruikelijke onderscheid⁴⁹ tussen ontdekkingen en uitvindingen naar de prullenmand, want deze woorden verwijzen veeleer naar het proces dat tot de

te octrooieren vinding heeft geleid dan naar de aard van het resultaat van dit proces. In de praktijk zijn er talloze voorbeelden van 'ontdekkingen' (naar het gangbare spraakgebruik) waarvan de octrooierbaarheid boven iedere redelijke twijfel verheven is. Denk aan de *ontdekking* van ether als verdovingsmiddel, een belangrijke medische *uitvinding*.⁵⁰

Het vereiste dat een uitvinding 'nuttig' is (al dan niet met toevoegingen als 'economisch', 'maatschappelijk', of 'sociaal') zoals dat zelfs gecodificeerd is in het Amerikaanse octrooirecht⁵¹ roept bij Nack slechts vragen op: nuttig voor wie? wanneer? in welke zin?⁵² Ooit iets gezien dat nooit voor wie dan ook in enig opzicht nuttig is?⁵³ En als dan toch volstrekt nutteloze uitvindingen zouden bestaan: wat kan het dan voor kwaad om daar een octrooi voor te verlenen? Er is niets op tegen om anderen te beletten om (bedrijfsmatig) nutteloze dingen te doen. Vaak openbaart het werkelijke nut van een uitvinding zich ook pas na verloop van tijd. Hoe zouden rechters dan het 'nut' van een uitvinding *ex ante* moeten vaststellen? Zij zijn niet helderziend!⁵⁴ Wie een ogenschijnlijk nutteloze uitvinding bewust toch octrooieert, neemt een zakelijk risico en verspilt hoogstens wat geld aan de aanvraag en de verschuldigde 'taksen'.

Welke octrooiverboden blijven er dan nog overeind? Nack concludeert dat octrooirechters maar zelden begrijpelijke algemene regels formuleren.⁵⁵ Meestal blijkt pas uit de casuïstiek wat zij eigenlijk bedoelen. Niettemin ontwaart deze schrijver een rode draad, die hij uitbouwt tot zijn *Konzept der Wissenstradition*. Hij ziet in de uitspraken van wetgevers en rechters het patroon, dat uitvindingen slechts octrooierbaar geacht worden als zij een bijdrage leveren op een gebied dat – op zijn minst – aansluit bij de 'traditionele ingenieurs- en natuurwetenschappen'. Naar zijn idee dient de rechter ook in de toekomst binnen deze grens te blijven bij de interpretatie van de wet. Octrooirecht is niet bedoeld als 'vuilnisvat' van de Intellectuele Eigendom, voor alles wat niet bij een ander IE-recht onder te brengen is. De wetgever heeft stellig altijd een begrensde octrooirecht voor ogen gehad. Welnu, die *Wissenstradition* bepaalt de grens, zo stelt hij.

Kritiek

De manier waarop Nack zo het domein van het octrooirecht denkt te begrenzen is stellig een vooruitgang ten opzichte van formuleringen zoals die bijvoorbeeld in voornoemd Rote Taube-arrest werden gegeven. Maar Nack volgt de methode van de inductieve redenering, en zulke redeneringen hebben het bezwaar dat zij uiteindelijk niets verklaren, en ook slecht overweg kunnen met uitzonderingen. Zo is de realiteit van *business method*-octrooien in strijd met die traditie. Nu zijn er veel tegenstanders van zulke octrooien. Maar op de keper beschouwd is er geen principiële reden om een breuk met het verleden op voorhand af te wijzen, als de omstandigheden daar reden toe geven. Integendeel, rechters moeten juist ook oog hebben voor veranderende omstandigheden.

Om te beoordelen of een uitvinding past binnen de *Wissenstradition* is het in Nacks opvatting noodzakelijk om na te gaan, of een bepaalde uitvinding een *bijdrage* levert op een in die traditie passend gebied. Hij noemt dat de *leistungsbezogene Betrachtung*.⁵⁶ Zulk een benadering lijkt niet meer dan consequent. Het is een tijdlang in zwang geweest om het technische karakter van software-uitvindingen slechts te beoordelen op grond van de *aanwezigheid* van technische aspecten, of zelfs alleen maar de vraag te stellen, of technische *overwegingen* een rol hadden gespeeld bij de ontwikkeling van de uitvinding.⁵⁷ Een dergelijk vereiste stelt hoogstens bepaalde eisen aan de manier waarop de octrooiconclusies geformuleerd worden, en niet aan de aard van de te octrooieren uitvinding.⁵⁸ Aangezien octrooirecht dient om de innovatie te bevorderen, mag en moet toch de vraag worden gesteld welke *bijdrage* een uitvinding levert aan de stand van de techniek, en dan wel op een relevant geacht gebied?

De moeilijkheid doet zich echter voor, dat een dergelijke benadering in het geheel niet strookt met het systeem van het huidige octrooirecht. Van oudsher is het gebruikelijk om eerst vast te stellen of een uitvinding zich beweegt op een gebied dat niet in beginsel al is uitgesloten van het octrooirecht, om daarna pas vast te stellen of ook aan de vereisten van nieuwigheid en uitvindingshoogte is voldaan.⁵⁹ Als de octrooierbaarheid echter afhankelijk wordt gesteld van de vraag op welk gebied de uitvinding een *bijdrage* levert, is het noodzakelijk de toets op nieuwigheid vooraf te laten gaan aan de beoordeling op de andere criteria. Deze aanpak staat bovendien op gespannen voet met de gangbare opvatting, dat een uitvinding *als geheel* moet worden bekeken voor de beoordeling van de octrooierbaarheid.⁶⁰

50. Nack, p. 230.

51. Het staat vóór in de Amerikaanse octrooiwet bij 'Inventions Patentable', 35 U.S.C. § 101.

52. Nack, p. 22-36.

53. Spreken over 'nut' in absolute zin impliceert 'interpersonele nutsvergelijking'. Voor economen is dat volstrekt taboe. Zij zien nutsvergelijking slechts als factor voor *persoonlijke* keuzes.

54. Nack, p. 222.

55. Nack, p. 144-145 en 291-292.

56. Deze lijkt op de vroegere *Kerntheorie*. Die is afkomstig uit het *Dispositionsprogramm*-arrest van het *Bundesgerichtshof* van 22 juni 1976, *GRUR* 1977, p. 96-97.

57. T769/92, *Official Journal of the EPO* 1995, p. 525 (*Sobei*).

58. Keith Beresford, *Patenting software under the European patent convention*, London: Sweet & Maxwell 2000.

59. Zo staat het ook in de wet: art. 2 ROW 1995 en art. 52 EOV geven duidelijk aan welke toets vooropstaat bij het beoordelen van de octrooierbaarheid van uitvindingen. *Guidelines for Examination in the European Patent Office* (beschikbaar op de website van het Europees Octrooibureau).

60. Meer specifiek: alle elementen in de octrooiaanvraag die tot de realisatie van de uitvinding bijdragen dienen in beschouwing te worden genomen. Zie bijvoorbeeld: *Guidelines for Examination in the European Patent Office*, paragraaf IV.C.9.3a. De rechter heeft zich ook meermalen uitgesproken tegen benadering waarbij naar een bijdrage wordt gekeken, bijvoorbeeld de TBA van de EPO in zaak T 0931/95 (*OJ* 2001, 413) (*Pension Benefits System*) en het
(vervolg p. 218)

Tot welk een kromme resultaten deze aanpak leidt blijkt uit het reeds genoemde richtlijnvoorstel, dat deze benadering in de praktijk brengt. In art. 1a van dit voorstel wordt gedefinieerd dat een 'in computers geïmplementeerde uitvinding' (onder andere) 'op het eerste gezicht nieuwe kenmerken heeft die geheel of gedeeltelijk door middel van computerprogramma's worden gerealiseerd'. Hiermee wordt een soort voorlopige nieuwheidstoets geïntroduceerd, met het doel om te bepalen of een uitvinding binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt. In art. 4 lid 2 komt de gewraakte 'technische bijdrage' aan de orde, maar in lid 3 van datzelfde artikel wordt toch weer verlangd dat de octrooiconclusie in haar geheel wordt beschouwd.

Bundesgerichtshof in 11.5.2000 – X ZB 15/98 (Sprachanalyseeinrichtung). Voor een nadere analyse van deze zaken zie: S.J.R. Bostyn, 'Ik denk, dus ik krijg een octrooi: octrooieerbaarheid van bedrijfsvoeringsmethodes en ideeën in Europa en de VS', *BIE* 2001, p. 77-88.

61. Roman Sedlmaier, 'Der Richtlinienvorschlag für die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen – eine Anmerkung', *Mitteilungen der deutschen Patentanwälte* 2002, p. 97-101.
62. Alternatieve voorstellen zoals die van het Deense presidentschap en europarlementariër (en voormalig Frans premier) Michel Rocard verschillen in dit opzicht niet wezenlijk.
63. Zie *Proposal for a Directive on the patentability of computer-implemented inventions – frequently asked questions*, onder 'What is meant by 'technical contribution?'' <http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/comp/02-32.htm>.
64. 'Abschied vom Erfindungsbegriff', Nack, p. 317.
65. De Japanse octrooiwet geeft in art. 2 lid 1 wel een definitie: "Invention" in this Law means the highly advanced creation of technical ideas by which a law of nature is utilized.' (Bron van deze vertaling: <<http://www.jpo.go.jp>>). Afgezien van de opmerkelijke verwijzing naar natuurwetten brengt ons dit ook niet veel verder.
66. Deze zijn voor Nederland te vinden in art. 53 ROW 1995. Het Europees Octrooiverdrag verwijst voor deze rechten in art. 64 naar de nationale wetgeving, aangezien het Europees Octrooibureau zich slechts bezighoudt met de procedure tot en met de verlening van octrooien.
67. In de oude Rijsoctrooiwet van 1910 stond dit wat prominenter reeds in art. 1 vermeld. Het Europees Octrooiverdrag kan hier niets (rechtstreeks) over zeggen omdat (volgens art. 64 lid 1 EO) nationale wetten bepalen welke exclusieve rechten de houder van een Europees octrooi toekomen.
68. Zie voornoemd *Rote Taube*-arrest. Veelal spreken zij over een 'Lehre zum *technischen* Handeln'. In dit verband gaat het echter speciaal over het 'Handeln'. Zie ook: Wolfgang Bernhardt & Rudolf Krasser, *Lehrbuch des Patentrechts*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1986, p. 85.
69. Art. 83 EO, art. 25 lid 1 ROW 1995. De 'deskundige' is een juridische fictie met bepaalde kenmerken. Engelsers spreken van een 'person skilled in the art', Fransen over een 'homme du métier', en Duitsers hebben het kortweg over een 'Fachmann' (in de literatuur vindt men ook 'Durchschnittsfachmann'). Ter vergelijking: Amerikanen kennen de 'PHOSITA': de 'Person Having Ordinary Skill In The Art' (35 U.S.C. § 103).
70. Zie met name Rule 27 en Rule 29.
71. De Technische(!) Kamer van Beroep van de Europese Patentorganisatie verwijst evenwel regelmatig in die zin naar deze *Rules*, zie o.a. de uitspraken T208/84 (*OJ* 1987, 14), T22/85 (*OJ* 1990, 12), T163/85 (*OJ* 1990, 379), en T209/91.

Hoe zinnig het ook mag lijken om niet slechts de *aanwezigheid* van een technische component te verlangen, maar ook een technische *bijdrage*, deze codificering is op zijn minst onduidelijk.⁶¹ De vraag of het richtlijnvoorstel zijn eigen doelstelling waarmaakt aan de rechtszekerheid bij te dragen wordt daarmee welhaast retorisch.⁶²

Het richtlijnvoorstel volgt Nack overigens niet in zijn opvatting van 'techniek'. In plaats daarvan betoogt de Commissie, dat het helemaal niet mogelijk is om een toekomstbestendige juridische definitie van 'techniek' te geven, omdat het octrooirecht nu juist bij uitstek bestemd is voor nieuwe, dus thans nog onbekende technieken.⁶³ Dat moge zo zijn, maar dan leidt het stellen van de eis van een *technische* bijdrage er ook niet toe dat de interpretatieruimte noemenswaardig wordt beperkt.

Het lijkt erop dat de Commissie in haar voorstel slecht juridisch handwerk heeft afgeleverd. Maar naar mijn idee steekt het probleem dieper: omdat het uitgangspunt van een 'technische bijdrage' niet past in het systeem van het octrooirecht, is een consistente uitwerking bij voorbaat illusoir.

Een geheel andere benadering

Nack trekt in zijn proefschrift de conclusie, dat het octrooirecht dan maar op zijn kop moet om plaats te bieden aan het vereiste van een 'technische bijdrage' (op een passend geacht gebied).⁶⁴ Maar ik denk dat het meer voor de hand ligt om de conclusie dat zo'n 'revolutie' noodzakelijk is te zien als een bewijs uit het ongerijmde voor de stelling dat het toch géén goed idee is zulk een technische *bijdrage* te verlangen. Dat uitgangspunt moet dus verworpen worden, en niet het huidige octrooirechtelijke systeem.

Laten wij nog eens goed kijken naar de structuur van dat systeem. Dogmatisch staat daarin het uitvindingsbegrip centraal. De meeste wetgevers, waaronder de Nederlandse, de Europese en de Amerikaanse, wagen zich echter niet aan een expliciete definitie van dit begrip.⁶⁵ Wat meer duidelijkheid verschaffen de bepalingen die vastleggen welke rechten aan de octrooihouder worden voorbehouden.⁶⁶ Hier is te lezen dat het bij octrooieerbare uitvindingen gaat om *voortbrengsels* of *werkwijzen*.⁶⁷

De Duitsers zeggen treffend dat een octrooi een *Lehre zum Handeln* moet openbaren.⁶⁸ Dit moet zo gebeuren dat een 'deskundige' die de conclusies van het octrooi leest precies weet hoe hij te werk moet gaan.⁶⁹ Deze bepaling spreekt niet over techniek, maar de *Implementing Regulations* bij het Europees Octrooiverdrag geven uitvoeringsvoorschriften waarin het woord 'technisch' niet van de lucht is.⁷⁰ Naar mijn mening wijst de plaats in het EO en de formulering van deze bepalingen er echter op dat hier slechts eisen worden gesteld aan de kwaliteit van de beschrijving, en niet aan de aard van de uitvinding. Het zou ook merkwaardig zijn als zulk een ingrijpend materieel vereiste voor octrooieerbaarheid als dat van een 'technisch karakter' in uitvoeringsvoorschriften verstopt zou zijn⁷¹ – die een orgaan van de Euro-

pese Patentorganisatie bovendien zelf kan veranderen.⁷²

Het is ook mogelijk dat iemand (nog) niet zover is dat hij een beschrijving *kan* geven van een *Lebre zum Handeln*, omdat hij (nog) niet weet hoe zijn 'vinding' kan worden toegepast in een werkwijze of voortbrengsel. Er is dan geen sprake van een uitvinding, maar van een pure theorie, een onuitgewerkt idee of iets dergelijks. Ook zulke 'pure kennis' (puur in de zin van: (nog) niet op een toepassing gericht) heeft waarde, en er kan dan ook de behoefte rijzen om deze juridisch te beschermen. In het octrooirecht is daarvoor echter *principeel* geen plaats.⁷³ Octrooien op pure kennis of een pure theorie zouden een breed gebied van toepassingen bestrijken, terwijl zij niet aangeven hoe deze toepassingen gerealiseerd kunnen worden. Zij zouden ook voor een deskundige maar een beperkte waarde hebben omdat deze die kennis niet zonder meer zal kunnen toepassen. Zou dat wel het geval zijn, dan had de uitvinder wel een regulier werkwijze- of voortbrengseloctrooi kunnen aanvragen. Het uitgangspunt van het octrooirecht is *quid pro quo*. Maar in dit geval zou het evenwicht zoek zijn tussen de geleverde prestatie en het verleende recht. Dat recht mag zich niet uitstrekken tot wat de 'uitvinder' zelf (nog) niet kan.

Bovendien zouden zulke octrooien iemand kunnen verbieden om iets te *weten*. Nog afgezien van principiële vragen zou dat het bewijs van inbreuk heel moeilijk kunnen maken.

Het is opmerkelijk dat Nack meermalen constateert dat als octrooien op bepaalde vindingen verleend zouden worden, meer beschermd zou worden dan daadwerkelijk is uitgevonden.⁷⁴ Ogenschijnlijk gaat het hier om heel verschillende gevallen. Nack doet geen poging, deze nader onder een gemeenschappelijke noemer te brengen. Maar naar mijn mening illustreert al deze gevallen dat in het octrooisysteem *structureel* geen plaats is voor de juridische bescherming van kennis als deze niet (voldoende) is uitgewerkt tot een toepassing in een voortbrengsel of werkwijze, kortom als het gaat om zulke 'pure kennis'.

Laten wij eens kijken hoe dat precies in de wet staat. Art. 2 ROW 1995 luidt (passages die in dit kader speciaal van belang zijn heb ik onderstreept):⁷⁵

'1. Vatbaar voor octrooi zijn uitvindingen die nieuw zijn, op uitvinderswerkzaamheid berusten en toegepast kunnen worden op het gebied van de nijverheid.

2. In de zin van het eerste lid worden in het bijzonder niet als uitvindingen beschouwd:

a. ontdekkingen, alsmede natuurwetenschappelijke theorieën en wiskundige methoden;

b. esthetische vormgevingen;

c. stelsels, regels en methoden voor het verrichten van geestelijke arbeid, voor het spelen of voor de bedrijfsvoering, alsmede computerprogramma's;

d. presentaties van gegevens.

3. Het tweede lid geldt alleen voor zover het betreft de aldaar genoemde onderwerpen of werkzaamheden als zodanig.'

Onze aandacht gaat vooral uit naar de leden 2 en 3. De zinsnede 'in het bijzonder' geeft aan, dat de lijst die volgt niet limitatief is. Naar mijn mening wijst dit erop dat deze uitsluitingen niet stuk voor stuk moeten worden bezien, maar kunnen worden opgevat als voorbeelden die de contouren van een systeem schetsen. Ook lid 3 wijst in die richting. In het licht van het voorgaande zouden deze bepalingen zo kunnen worden gelezen dat de genoemde onderwerpen uitgesloten zijn van octrooiering *als zij niet zijn uitgewerkt in de vorm van een werkwijze of voortbrengsel*.⁷⁶

Zo is scheikunde een tak van de natuurwetenschap. Het octrooieren van werkwijzen om chemische stoffen te vervaardigen is echter volstrekt geoorloofd, omdat het daarbij niet slechts om een natuurwetenschappelijke theorie *als zodanig* gaat. En evengoed is een werkwijze te octrooieren om katoen een zilverglans te geven, ook al is dat een 'esthetische vormgeving', maar niet *als zodanig*.

Daarom moet naar mijn overtuiging bij de beoordeling van octrooiaanvragen vooral ook goed onderzocht worden, of er wel sprake is van uitvindingen in juridische zin, dat wil zeggen van werkwijzen of voortbrengsels (die in voldoende mate zijn uitgewerkt).⁷⁷

Zulk een vereiste zou in de plaats kunnen komen van het vereiste van een 'technisch karakter'.⁷⁸ Naar het spraakgebruik is immers een 'maken' of 'doen' min of meer hetzelfde als het toepassen van 'techniek', voorzover het gericht is op een concreet, tevoren voldoende bepaald resultaat.⁷⁹ Men zou dus ook kunnen stellen dat een technisch karakter aldus wordt *gedefinieerd*. Dan staat het vereiste van een technisch karakter dus toch in de wet!

72. Art. 33 lid 1 sub *b* EOV.

73. F.K. Beier & J. Straus, *Der Schutz wissenschaftlicher Forschungsergebnisse*, Weinheim: Verlag Chemie 1982.

74. Nack, p. 118-119, 139, 140-141, 145, 214, 234, 236.

75. De eerste drie leden van art. 52 EOV zijn nagenoeg gelijk-luidend.

76. Of de verdragswetgever zulk een interpretatie heeft bedoeld doet niet ter zake voor de vraag of in de bepalingen een dergelijk systeem kan worden onderkend.

77. Ook het auteursrecht vereist een zekere 'uitwerking' (zie bijv. J.F. Haeck, *Idee en programmaformule in het auteursrecht* (diss. Amsterdam UvA 1998), Deventer: Kluwer 1998 p. 85-128). In het auteursrecht spreekt men wel van de 'idee-expressie dichotomie', een verwarrende en omstrede terminologie. Wellicht is het onderscheid tussen de 'uitvinder' en de (niet-inventieve) 'deskundige' in het octrooirecht duidelijker.

78. Min of meer in dezelfde richting denken A.A.A. Louët Feisser, 'Hoe technisch dient een uitvinding te zijn om geoctrooierd te kunnen worden?', *BIE* 2000, p. 243-244; en: Felix Klopmeier, 'Zur Technizität von Software', *Mitteilungen der deutschen Patentanwälte* 2002, p. 65-70.

79. De aard van het beoogde resultaat markeert de begrenzing met het auteursrecht, waar de 'maker' ook een prominente rol speelt. Quaedvlieg heeft dit fraai uitgewerkt in zijn 'leer van het subjectieve werk'. A.A. Quaedvlieg, *Auteursrecht op techniek: de auteursrechtelijke bescherming van het technisch aspect van industriële vormgeving en computerprogrammatuur* (diss. Nijmegen). Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1987.

Om misverstanden te voorkomen: deze 'mate van uitwerking' heeft niets van doen met de uitvindingshoogte.⁸⁰ Een hoogst briljante, maar niet uitgewerkte theorie ligt stellig 'niet voor de hand', en omgekeerd is een ontwerp dat is uitgewerkt in een gedetailleerde werktekening zeker niet zonder meer een uitvinding.

Een uitvinding die aan genoemd vereiste van 'uitwerking' voldoet geeft een (gemiddelde) deskundige de mogelijkheid *waarde* toe te voegen door daadwerkelijk iets te 'maken' of te 'doen'. Hiermee wordt de motivering van de begrenzing van het octrooi-recht teruggebracht waar deze naar mijn mening thuishoort. Recht gaat over belangen en maatschappelijke doelen, kortom hoofdzakelijk over economische waarde. De vraag of er 'natuurkrachten' in het spel zijn kan juridisch nimmer relevant zijn.⁸¹

Consequenties

Natuurlijk zal onmiddellijk de vraag rijzen, of mijn verwerping van het traditionele techniekbegrip betekent dat ik mij schaar onder de onverlaten, die een verloedering van ons octrooisysteem naar Amerikaans model voorstaan. Is de prijs van het dogmatisch zuiver houden van het systeem niet te hoog? Is het hek niet van de dam, als er geen 'technische bijdrage' wordt verlangd? Moet het octrooi niet een uit-

zondering blijven op de regel van de informatievrijheid?

Mijn antwoord zou dan zijn, dat ik om te beginnen geenszins een octrooirecht zonder beperkingen bepleit. Natuurlijk blijven nog steeds de aloude vereisten van nieuwigheid en uitvindingshoogte gelden.⁸² En het – meer uitdrukkelijk te stellen – vereiste dat het om een voortbrengsel of een werkwijze moet gaan is wel degelijk een afzonderlijke drempel die lang niet alle vindingen voetstoots zullen passeren.

De angst voor *business method*-octrooien wordt vooral hierdoor ingegeven, dat met zulke octrooien zakelijke *ideeën* gemonopoliseerd zouden kunnen worden. De realiteit is echter, dat – zelfs in de Verenigde Staten – voor een octrooi toch méér dan slechts een 'idee' wordt verlangd.⁸³ De Amerikanen maken tegenwoordig een verschil tussen *abstracte business methods* en *business methods die in computers geïmplementeerd zijn*.⁸⁴ Alleen laatstgenoemd type *business method*-uitvindingen komt daar nog voor octrooi in aanmerking. Indien een computerimplementatie wordt beschreven geven de octrooi-conclusies inderdaad concreet aan hoe iemand iets kan 'doen',⁸⁵ want computers nemen met een half woord geen genoegen.⁸⁶

Laten wij naar een voorbeeld kijken. De 'producten' van banken en verzekeringsmaatschappijen kunnen heel gemakkelijk door hun concurrenten worden gekopieerd. Zo gemakkelijk, dat de kosten om bijvoorbeeld een nieuwe hypotheekvorm of een nieuw bonus-malussysteem te ontwikkelen wellicht niet zullen kunnen worden terugverdiend. Actuarissen en fiscalisten kosten ook geld. Dat zou ertoe kunnen leiden dat die nieuwe hypotheekvorm dan maar niet wordt geïntroduceerd. En dat zou uiteindelijk tot gevolg kunnen hebben, dat iemand met een minder mooi huis genoeg moet nemen dan anders het geval zou zijn geweest. Kortom, dat kan leiden tot concreet nadeel voor consumenten.⁸⁷

Afgezien van het feit dat het hier niet om 'techniek' gaat in de gebruikelijke zin, is de situatie hier beslist vergelijkbaar met die van een conventioneel octrooi. Net als in de 'technische' wereld bestaat het gevaar dat (particuliere) innovatie niet loont als er geen octrooi-bescherming is. En aan de andere kant moet hier natuurlijk net zo goed geëist worden dat de octrooi-aanvraag vergezeld gaat van een gedetailleerde, 'nauwkeurige' beschrijving, en zich niet beperkt tot een 'ideetje'.

Samenvatting

Octrooien zijn er alleen voor techniek, en dat moet ook zo blijven, zo luidt de gangbare opvatting. Maar de toepassing van dit criterium leidt tot allerlei ongerijmdheden.

Maar wet noch verdrag verlangen met zoveel woorden dat een uitvinding 'technisch' moet zijn om voor een octrooi in aanmerking te komen. Aan de andere kant dreigt te worden vergeten, dat octrooien wettelijk alleen voor *uitvindingen* mogen worden verleend. Uitvindingen hebben *waarde* omdat zij *praktisch toepasbaar* zijn door een (gemiddelde) deskun-

80. De wettelijke term 'uitvinderswerkzaamheid' is verwarrend omdat de wet in mijn opvatting klaarblijkelijk van een uitvinder méér werkzaamheid verwacht dan de uitvinderswerkzaamheid zoals die in art. 6 ROW 1995 is omschreven.

81. Er zijn meermalen voorstellen gedaan om informatie 'dan ook maar' als natuurkracht op te vatten, gezien de behoefte aan softwareoctrooien. Zelfs de beroemde rode duif wordt daarvoor uit de doos gehaald, zie: Lutz van Raden, 'Die Informatische Taube: Überlegungen zur Patentfähigkeit informationsbezogener Erfindungen', *GRUR* 1995, p. 451-458.

82. Of deze steeds adequaat worden getoetst is een vraag van andere orde.

83. F.N. Ferro, 'Het land van de onbeperkte mogelijkheden, het octrooieren van business methods in de Verenigde Staten', *BIE* 2002, p. 369-373. Hij baseert zich vooral op een nieuwe versie van het *Manual of Patent Examination Procedure* van het US Patent and Trademark Office (uit 2001).

84. Volgens de interne richtlijnen van het US Patent and Trademark Office dienen business methods niet als een apart soort uitvindingen te worden beschouwd, maar moeten zij in een meer conventionele categorie worden ingedeeld, bijvoorbeeld als *computer-related invention*. § 2106, 'Patentable Subject Matter – Computer-Related Inventions', in *Manual of Patent Examination Procedure*, p. 2100-5. Beschikbaar onder <<http://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/index.html>>.

85. De premisse is wel, dat de beschrijving voldoet aan de wettelijke eis dat deze voor een deskundige volstaat om de uitvinding toe te passen.

86. Wel kan men zich afvragen of een *business method*-uitvinding niet ook heel concreet kan zijn zonder dat een computerimplementatie wordt beschreven. Maar dat zou betekenen dat de Amerikanen nog te restrictief zijn.

87. Voor een enigszins vergelijkbaar voorstel zie: F.A.T. van Loojengoed, 'Anything under the sun? Over de wenselijkheid van octrooien op methoden voor de bedrijfsvoering', *AA* 2001, p. 604-613.

dige, in tegenstelling tot pure theorieën en dergelijke, die hooguit na uitwerking door, inderdaad, een uitvinder (een 'bovengemiddelde' deskundige) pas praktisch toepasbaar zijn. Theorieën en ideeën *als zodanig* zijn wel nodig, maar niet voldoende om te komen tot voortbrengsels en werkwijzen in octrooi-rechtelijke zin.

Naar mijn mening zou het goed zijn, als octrooiaanvragen behalve op de gangbare criteria als nieuwheid en inventiviteit ook getoetst zouden worden op die rechtstreekse toepasbaarheid, kortom: als de vraag zou worden gesteld, of het wel waarlijk om uitvindingen gaat. Dan zouden zeker heel wat pseudo-uitvindingen afvallen.

In afwijking van het gangbare denken in het octrooi-recht, maar in overeenstemming met het spraakgebruik kan worden gezegd dat 'technisch' min of meer overeenkomt met: 'rechtstreeks praktisch toepasbaar'. Goed beschouwd is een 'technische uitvinding' dan een pleonasme.

Doordat een aldus gedefinieerd technisch karakter aansluit bij de economische ratio van het octrooi-recht, wordt het ook veel inzichtelijker welke uitvindingen wel en niet voor een octrooi in aanmerking zouden moeten komen. Het traditionele octrooi-rechtelijke techniekbegrip leidt bij gebrek aan een derge-

lijk fundament vooral tot ingewikkelde woordenspelletjes waarbij de ratio vaak ver te zoeken is.

Ten slotte

De realiteit van het moment is helaas, dat de voorstellen voor een Europese richtlijn voor 'in computers geïmplementeerde uitvindingen' het octrooi-recht zo ingewikkeld maken, dat bijna niemand het meer begrijpt. Het gevolg is, dat de discussie vooral een emotioneel karakter heeft – omdat men bij gebrek aan een goede vraagstelling voortdurend flink langs elkaar heen blijft praten.⁸⁸

Misschien bemoeien zich ook te veel technici met het octrooi-recht. Die vinden recht ingewikkeld, en denken dat dat ook zo hoort. Ik denk dat veel meer aandacht zou moeten worden besteed aan een consistent, doorzichtig fundament van het octrooi-rechtelijke systeem. Dan kunnen politici ook beter begrijpen wat het eigenlijke dilemma is waar zij over moeten beslissen!

88. Zie ook: R.B. Bakels, *Een grote verantwoordelijkheid voor het Europees Parlement. Voorgestelde Europese richtlijn helpt softwareontwikkelaars van de regen in de drup*. <<http://www.breekpunt.nl/artikel.asp?Artikel=863&art=Yes>>.