

Softwareoctrooien: een vanzelfsprekendheid of een gevaarlijke ontaarding?

Mr.ir. R.B. Bakels¹

Inleiding

Reeds lang woedt de discussie of software-uitvindingen octrooieerbaar zouden moeten zijn. Tegenstanders zien grote bezwaren, en menen dat software juridisch niet voor octrooi in aanmerking komt omdat die daarvoor niet “technisch” genoeg zou zijn. Is dat niet eigenaardig? Men spreekt toch van informatietechnologie? Onlangs nog had Meijboom het in dit blad over de angst voor softwareoctrooien, een angst die naar zijn mening niet terecht was.²

Toch is er meer aan de hand. Hebben we niet al veel te veel rechten van intellectuele eigendom? Op diverse websites worden de bezwaren tegen softwareoctrooien breed uitgemeten.³ Zo bestaat de vrees, dat de tot dusver zo succesvolle en waardevol geachte ontwikkeling van *Open Source Software*⁴ door een te ver doorgeslagen gebruik van het octrooirecht geruïneerd zou kunnen worden.

En dan zijn er de octrooien op “manieren van zakendoen”, wellicht beter bekend als *business methods*. Terwijl toch menigeen meent dat software-uitvindingen – onder voorwaarden – voor octrooi in aanmerking zouden moeten kunnen komen,⁵ vindt in Europa bijna iedereen dit soort octrooien een belachelijke maar ook gevaarlijke Amerikaanse uitvinding, die wij hier vooral niet moeten overnemen.⁶ Maar zijn deze octrooien niet iets heel anders dan

¹ Reinier Bakels is onderzoeker op het Instituut voor Informatierecht van de Universiteit van Amsterdam. Hij is de eerste auteur van een studie over het octrooieren van computerprogramma's, uitgevoerd in opdracht van het Europees Parlement, zie <<http://www.ivir.nl/publications/other/softwarepatent.pdf>>.

De schrijver dankt prof. mr. P.B. Hugenholtz voor zijn commentaar.

² A.P. Meijboom, 'Bang voor softwareoctrooien', *CR* 2002, p. 66.

³ Er zijn diverse – onderling veelal verwante – actiegroepen actief op dit gebied, zoals: *Eurolinux*, *Förderverein für eine Freie Informationelle Infrastruktur (FFII)*, *Association Francophone des Utilisateurs de Linux et des Logiciels Libres (AFUL)* en de *League for Programming Freedom (LPF)*. Hier te lande hebben wij de *Vereniging Open Source Nederland (VOSN)*.

⁴ Het bekendste, maar lang niet het enige voorbeeld van *Open Source Software* is het “Linux” besturingssysteem.

⁵ Verderop in deze bijdrage zullen wij voorbeelden geven.

⁶ Vooral het “One Click” octrooi van amazon.com heeft veel aandacht getrokken, zie <<http://www.noamazon.com>>. De meningen over *business method* octrooien in Europa zijn systematisch geïnventariseerd in diverse consultaties. Deze komen hierna nog nader aan de orde.

softwareoctrooien? Zijn zulke octrooien niet bij voorbaat onmogelijk in Europa, omdat wij hier verlangen dat een uitvinding “technisch” is? Zoals wij hieronder zullen zien, is de werkelijkheid minder eenvoudig. De angst dat een verruiming van de octrooierbaarheid van software kan “overslaan” op zulke verwerpelijke geachte octrooien is geenszins ongerechtvaardigd.⁷

Op 20 februari 2002 heeft de Europese Commissie een voorstel ingediend voor een Richtlijn⁸ die grenzen van de octrooierbaarheid van “in computers geïmplementeerde uitvindingen” beter probeert vast te leggen door te codificeren dat niet alleen een technisch *karakter*, maar zelfs een technische *bijdrage* vereist is.

Hieronder zullen wij ingaan op de vraag, of dit criterium inderdaad een zinvolle afbakening oplevert van het domein van het octrooirecht voor software. Daartoe zullen wij ons eerst nader verdiepen in de vraag, welke doeleinden met die begrenzing worden nagestreefd en in hoeverre die begrenzingen inderdaad doelmatig en doeltreffend zijn. In het licht van deze bevindingen zullen wij vervolgens nader ingaan op het huidige richtlijnvoorstel, waarbij met name de vraag centraal zal staan, of dit een structurele oplossing biedt voor de gesignaleerde afbakeningsproblemen.

Het probleem

Octrooien zijn al eeuwen controversieel. Het exclusieve recht dat een uitvinder met een octrooi kan verkrijgen kan leiden tot een ongewenst monopolie. Dit nadeel wordt echter aanvaard omdat investeringen in onderzoek en ontwikkeling vaak alleen zullen worden gedaan als er vervolgens ook “geogst” kan worden. Daarnaast verwachten voorstanders van het octrooisysteem dat de – verplichte – openbaarmaking ontwikkelingswerk zal stimuleren dat op de geoctrooierde uitvinding voortbouwt.⁹ Gezien deze zogenaamde informatiefunctie van octrooien acht men het in het algemeen niet noodzakelijk dat er ook daadwerkelijk grote of kostbare inspanningen zijn verricht om tot de te octrooieren uitvinding te komen.¹⁰ Het kan ook zin hebben

Niet iedereen is overigens zo negatief over dit soort octrooien. Vooral octrooigemachtigden plegen deze als een “logische” ontwikkeling te zien, bijvoorbeeld: H.W. Hanneman, 'Over de octrooierbaarheid van "methoden voor de bedrijfsvoering"', *Bijblad Industriële Eigendom* 2000, p. 40-45.

⁷ Sven J.R. Bostyn, 'Ik denk, dus ik krijg een octrooi: octrooierbaarheid van bedrijfsvoeringsmethodes en ideeën in Europa en de VS', *Bijblad Industriële Eigendom* 2001, p. 77-88.

⁸ *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, <http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/comp/com02-92nl.pdf>.

⁹ De openbaarmaking van octrooien is geregeld in art. 25 ROW 1995 en art. 83 EOv.

¹⁰ Men zegt wel dat “*sweat of the brow*” niet vereist is voor een octrooi, met een verwijzing naar de bijbeltekst die zegt dat wij in het algemeen na het teloorgaan van het paradijs wel *in het zweet ons aanschijns* ons brood zullen verdienen (Genesis 3:19).

als een geniale ingeving openbaar wordt gemaakt en niet geheim wordt gehouden.

Steeds weer rijst de vraag, of de voordelen van het octrooisysteem de nadelen nog wel overtreffen. In het bijzonder wordt de vraag gesteld, of deze afweging toch niet wezenlijk anders ligt voor software-uitvindingen dan voor “gewone” uitvindingen.

Was de softwaresector niet ook zonder de recente uitbreidingen van de octrooierbaarheid zoals wij die in de Verenigde Staten hebben gezien zeer succesvol? Voorstanders van softwareoctrooiën merken echter op, dat de softwarewereld misschien geen octrooiën nodig had toen softwareontwikkeling nog een pioniersvak was, maar dat dit tegenwoordig anders ligt nu het een “gewone”, volwassen bedrijfstak is geworden. Software blijft weliswaar ontastbaar, maar dat zou juist pleiten voor een sterkere juridische bescherming. Tegenstanders van softwareoctrooiën stellen dat er heel veel octrooiën zijn verleend op “triviale” uitvindingen.¹¹ Bij nadere beschouwing blijkt dit probleem niet beperkt tot deze octrooiën. Hoewel in ieder leerboek¹² is te lezen dat octrooiën alleen worden verleend als er sprake is van een zekere “uitvindingshoogte”,¹³ blijkt in de praktijk dit vereiste slechts zéér voor de hand liggende uitvindingen uit te sluiten.¹⁴

Een bijzonder voorwerp van zorg vormt de vrees, dat softwareoctrooiën ons op een hellend vlak brengen waarvan het eind niet in zicht is. Deze vrees wordt met name gevoed door het verschijnsel, dat *business methods* heel vaak worden ingekleed als softwareoctrooiën – bijna altijd komt er wel een (speciaal) computerprogramma aan te pas.¹⁵ Door die software te octrooiëren zou dan een exclusief recht op de *business method* verkregen kunnen worden, zo vreest

¹¹ “Triviale” softwareoctrooiën vormen bijvoorbeeld een regelmatig terugkerend thema in discussies in de Tweede Kamer: Vragen van het lid Hindriks (PvdA) aan de staatssecretaris van Economische Zaken over patenten op Hyperlink, *Kamerstukken II* 2001/2002, Kamervragen nr. 764; Vragen van het lid Hindriks (PvdA) aan de staatssecretaris van Economische Zaken over softwarepatenten, *Kamerstukken II* 2001/2002, Kamervragen nr. 766; Economie met open grenzen; Verslag algemeen overleg van 14-3-2001 inzake octrooiëring software in kader Europees Octrooioverdrag *Kamerstukken II* 2001/2002, 21670, nr. 14. Voor uitspraak in de rechtszaak over het hyperlink octrooi zie: United States District Court, Southern District Of New York, *British Telecommunications Plc v. Prodigy Communications Corporation*, 00 Civ. 9451 (CM).

¹² Bijvoorbeeld Ch. Gielen & N. Hagemans (red.), *mr L. Wichers Hoeth Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, nr. 12, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, of: P.A.C.E van der Kooij & S.J.A. Mulder, *Hoofdzaken Mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 31.

¹³ Art. 2 lid 1 jo. Art. 6 ROW 1995, art. 52 lid 1 jo. Art. 56 EOv.

¹⁴ Dit wordt ook uitdrukkelijk voorgeschreven in: European Patent Office, *Guidelines For Examination In The European Patent Office*. (Dit document is beschikbaar via de website van het EPO). Deze *Guidelines* ontberen weliswaar een formele juridische status, maar zij worden wel aangepast als rechterlijke uitspraken daar aanleiding toe geven. Dat is hier kennelijk niet het geval geweest.

¹⁵ Soms worden *business method patents* zelfs met “Internet patents” gelijkgesteld, maar eigenlijk is het eerstgenoemde begrip ruimer.

men. Kan dit probleem worden geadresseerd door een “technisch karakter” c.q. een “technische bijdrage” te verlangen?

Grenzen stellen

Waar ligt de grens tussen “gewenste” en “ongewenste” octrooien? Sommigen bepleiten een categorisch verbod op softwareoctrooien.¹⁶ In de rechtspraak wordt al lang erkend, dat – kort gezegd – een conventionele machine waar toevallig software aan te pas komt daarom niet bij voorbaat van octrooieerbaarheid is uitgesloten.¹⁷ Dit zou ook ongewenste gevolgen kunnen hebben: ontwerpers zouden kunnen kiezen voor een technisch inferieure hardware-implementatie omdat die juridisch beter te beschermen is dan een software-implementatie. Het is daarom gebruikelijk geworden, om wel octrooien op software te verlenen die een “technisch karakter” heeft, maar niet op andere software. Juridisch wordt deze beperking wel gebaseerd op de bepaling dat software *als zodanig* van octrooiëring is uitgesloten (art. 2 lid 2 en 3 ROW 1995, art. 52 lid 2 en 3 EOV). Het tegendeel van software “als zodanig” zou dan technische software zijn.¹⁸

De wet bepaalt niet met zoveel woorden dat alleen technische uitvindingen voor octrooi in aanmerking komen. In de rechtspraak wordt dit echter algemeen aangenomen.¹⁹ Sommigen leiden dit vereiste af uit de *Implementing Regulations* bij het Europees Octrooioverdrag (EOV).²⁰ Hoewel ook deze niet met zoveel woorden een technisch karakter vereisen, verlangen die wel dat de octrooiconclusies toereikend zijn om het “technische probleem” en zijn oplossing begrijpelijk te maken.²¹ Hoewel de *rules* volgens art. 164 lid 1 EOV integraal deel uitmaken van het verdrag, lijkt het mij twijfelachtig daaruit een zo belangrijk materieel vereiste voor octrooieerbaarheid af te leiden als het vereiste van een technisch karakter, omdat bepaalde organen van de Europese Patent Organisatie (EPO) die *rules* zelf kunnen wijzigen (in tegenstelling tot het eigenlijke verdrag).²²

¹⁶ Dit wordt met name bepleit door actiegroepen als vermeld in noot 3.

¹⁷ Octrooiraad, Afd. van Beroep, 12 september 1985, *Bijblad Industriële Eigendom* 1985, p. 435, CR 1986, p. 32 m.nt. Hanneman (p. 11) (*Schakelnetwerk*); T26/86, *Official Journal of the EPO* 1988,19 (*Koch & Sterzel*).

¹⁸ T935/97 en T1173/97, *Official Journal of the EPO* 1999, 609.

¹⁹ Hierover aanstonds meer.

²⁰ Dit gebeurt onder andere door D.W.F. Verkade, D.J.G. Visser & L.D. Bruining, *Ruimere octrooiëring van computerprogramma's: technicality of revolutie?*, ItR series nr. 37, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, p. 8-9, Robert Hart, Peter Holmes and John Reid, *The Economic Impact of Patentability of Computer Programs*, oktober 2000, <http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/study.pdf>, p. 12.

²¹ Rule 27 lid 1. Ook rule 29 wordt in dit verband wel genoemd. De beschrijving van een uitvinding in een octrooiaanvraag wordt “conclusie” genoemd.

²² Art. 33 lid 1b EOV.

Een andere verklaring is, dat het vereiste van een “technisch karakter” voortvloeit uit de wettelijke eis is dat octrooien “toegepast kunnen worden op het gebied van de nijverheid”,²³ maar bestudering van de authentieke tekst van het EOv ondergraaft deze verklaring weer. Het Engelse woord “industry” heeft een veel bredere betekenis dan ons woord “nijverheid”: zo spreken Engelsen rustig van de “Government Industry” (en dat zonder bijbedoeling). Ook het Duitse adjectief “gewerblich”²⁴ duidt op een breder gebied dan het Nederlandse woord “nijverheid”.

Wellicht nog belangrijker is de vraag, hoe het vereiste van een “technisch karakter” vervolgens inhoud wordt gegeven. In de rechtspraak zijn verschillende definities te vinden.²⁵ Doorgaans wordt er een verband gelegd met natuurwetten,²⁶ al zijn er ook stemmen die “techniek” slechts zien als iets dat leidt tot een resultaat met een praktisch nut.²⁷ Uit uitspraken in beroepszaken blijkt dat eigenlijk alleen die software voor octrooiering vatbaar is, welke iets te maken heeft met de werking van de computer *als machine*.²⁸ Software die slechts dient voor pure gegevensverwerking is uitgesloten. Dat lijkt een twijfelachtig onderscheid, en er zijn dan ook casussen die te denken geven. Zo werd het tonen van Arabische schrifttekens op een beeldscherm niet voldoende technisch geacht,²⁹ terwijl een methode om grafieken beter op een beeldscherm weer te geven wel voor octrooi in aanmerking kwam.³⁰

Gezien de behoefte aan softwareoctrooien bieden octrooigemachtigden hun diensten aan om uitvindingen zo “technisch” te formuleren, dat de kans op een octrooi wordt “geoptimaliseerd” (voor de aanvrager wel te verstaan), en ook het Europese Octrooibureau zelf wil hierbij nog wel eens behulpzaam zijn.³¹ Uit deze gang van zaken zou men overigens ook kunnen concluderen dat het hier eigenlijk niet om een materieel vereiste voor octrooierbaarheid gaat maar om

²³ Art. 52 lid 1 EOv (en art. 2 lid 1 ROW 1995). Het vereiste van een technisch karakter vloeit hieruit voort volgens *De juridische en economische aspecten van het softwareoctrooi*, Ministerie van Economische Zaken, december 2001, p. 39.

²⁴ “Gewerbe” betekent volgens mijn woordenboek: beroep, ambacht, bedrijf, nering, nijverheid.

²⁵ De Hoge Raad sprak lang geleden reeds over “een verandering in de natuur”: HR 20 januari 1950, NJ 1950, 274, *Bijblad Industriële Eigendom* 1950, p. 36-39 (*Rooilijnen*). Het Duitse *Bundesgerichtshof* sprak in het befaamde *Rote Taube* arrest van het vereiste van “... planmäßigen Handeln unter Einsatz beherrschbarer Naturkräfte zur Erreichung eines kausal übersehbaren Erfolges ...”. 27 maart 1969, BGHZ 52, 74 = GRUR 1969, 672.

²⁶ Dit is zelfs gecodificeerd in art. 2 lid 1 van de Japanse octrooiwet: “Invention” in this Law means the highly advanced creation of technical ideas by which a *law of nature* is utilized.”

²⁷ A. Louët Feisser, ‘Hoe technisch dient een uitvinding te zijn om geoctrooieerd te kunnen worden?’, *Bijblad Industriële Eigendom* 2000, p. 243.

²⁸ *Case Law of the Boards of Appeal, Part I: Patentability, Chapter A: Patentable inventions, I. Technical nature of inventions, 1.1 Computer-related inventions*, beschikbaar via de website van het EPO.

²⁹ T158/88, *Official Journal of the EPO* 1991, 566.

³⁰ T208/84, *Official Journal of the EPO* 1987, 14.

³¹ Keith Beresford, *Patenting Software under the European Patent Convention*, London: Sweet & Maxwell 2000.

een formeel vereiste voor de documentatie bij een octrooiaanvraag. De tekst van genoemde *rules* wijst ook in die richting.

Intussen dreigt de vraag naar de *zin* van het vereiste van een technisch karakter geheel uit het oog te worden verloren. Corresponderen “technische octrooien” met “goede” octrooien, in die zin dat de afweging van voor- en nadelen waarover wij hiervoor spraken positief uitvalt voor zulke octrooien, terwijl deze negatief uitvalt voor “niet-technische octrooien”? Er is inderdaad wel betoogd dat dit het geval is omdat software zo anders is dan meer conventionele techniek, en softwareontwikkeling bijvoorbeeld minder risico met zich mee zou brengen en minder investeringen zou vergen dan de ontwikkeling van geneesmiddelen.³² Zoals wij reeds bespraken worden zulke omstandigheden echter niet van belang geacht voor de octrooiwaardigheid van uitvindingen: er is geen *sweat of the brow* doctrine.

Het is niet moeilijk voorbeelden te bedenken van ongewenste octrooien op juist wel technische uitvindingen. Zo zou een – gelukkig vooralsnog denkbeeldig – werkwijzeoctrooi op *het* klapschaatsen³³ alleszins technisch zijn, zelfs onder de strengste criteria: verschillende natuurwetten zijn in het geding. En er zijn reeds octrooien verleend op *business methods* met een technisch karakter.³⁴ Het is dus een misverstand dat de combinatie van techniek en “business” een *contradictio in terminis* zou zijn.

Omgekeerd zijn er uitvindingen die niet als “technisch” worden gezien, maar die overigens wel in ieder opzicht lijken op conventionele uitvindingen waarvan de octrooieerbaarheid onbetwist is. Een voorbeeld zijn systemen voor de versleuteling en comprimering van gegevens. Zulke software-uitvindingen blijven soms tientallen jaren van belang.³⁵ Anders dan men veelal meent,³⁶ is de levensduur van software-uitvindingen lang niet altijd wezenlijk korter dan die van “gewone” uitvindingen.

Naar mijn mening is de conclusie gerechtvaardigd, dat een “technisch karakter” of een “technische bijdrage” nodig noch voldoende is als criterium om vast te stellen, of een uitvinding octrooieerbaar zou moeten zijn. De focus op het begrip “techniek” leidt af van het eigenlijke doel: de economische optimalisering van het octrooisysteem binnen rechtspolitieke randvoorwaarden. De vraag hoe het octrooirecht dan wel zou moeten worden afgebakend is echter

³² *Patent Jurisprudence on a Slippery Slope - the price for dismantling the concept of technical invention*, <<http://swpat.ffii.org/analysis/invention/index.en.html>>.

³³ Dus niet: een voortbrengseloctrooi op *de* klapschaats. Dat zouden wij de fabrikant die deze schaatsen uitvond nog wel gunnen.

³⁴ *Case Law of the Boards of Appeal of the EPO, Part I: Patentability, Chapter A: Patentable inventions, 1.4 Methods for doing business*, beschikbaar via de website van het EPO.

³⁵ Een goed voorbeeld is het RSA octrooi voor asymmetrische cryptografie. Dit octrooi is overigens onlangs verlopen, na de volle looptijd van twintig jaar.

³⁶ James Bessen & Eric Maskin, *Sequential Innovation, Patents and Imitation*, No. 00-01, Massachusetts Institute of Technology, januari 2000, <www.researchoninnovation.org/patent.pdf>.

gemakkelijker gesteld dan beantwoord. Voordat wij verder gaan met de juridische kant van dit vraagstuk zullen wij nu eerst nader ingaan op meer economisch gericht onderzoek.

Onderzoek

Klassiek is de uitspraak van Machlup uit 1958 dat we het octrooirecht niet zouden moeten invoeren als het nog niet zou bestaan, maar dat het ook onverantwoord zou zijn om het af te schaffen nu het reeds bestaat.³⁷ Sommige juristen concluderen uit deze uitspraak welhaast opgelucht dat ook economen geen praktisch bruikbaar antwoord kunnen geven op de vraag of octrooirecht zin heeft, laat staan op de vraag wat een goede afbakening is van het octrooirecht.³⁸

Toch is er veel economisch onderzoek uitgevoerd op het terrein van het octrooirecht. De typisch economische afweging die aan het octrooirecht ten grondslag ligt, leent zich uitstekend voor (rechts-)economische modelvorming. De economische wetenschap blijkt echter op dit moment niet in staat te zijn om praktisch bruikbare antwoorden te geven op de vraag, of softwareoctrooien wenselijk zijn, c.q. *welke* softwareoctrooien wenselijk zijn. Daar zijn verschillende redenen voor. In de eerste plaats worden lang niet alle octrooien aangevraagd met het doel om uitvindingen te beschermen. De literatuur staat vol met verhalen over “strategisch” gebruik van octrooien.³⁹ Strategisch denken hoeft niet altijd verwerpelijk te zijn, maar onder strategisch gebruik van octrooien verstaat men doorgaans het doelbewust benadelen van concurrenten met octrooirechtelijke middelen. Zo kan men octrooi aanvragen op uitvindingen zonder enige intentie om deze zelf te gaan toepassen, met het uitsluitende doel om concurrenten te beletten deze uitvindingen te gebruiken.⁴⁰ En er zijn nog veel gecompliceerdere scenario’s.

Daarom is het moeilijk om tot algemeen geldige economische modellen te komen. Een octrooisysteem zou “bedoeld” gebruik moeten aanmoedigen en “verkeerd” gebruik moeten ontmoedigen. Een ernstig probleem bij het onderzoek aan deze verschijnselen is, dat er zo weinig empirische gegevens zijn over het feitelijke functioneren van het octrooisysteem. Bij gebreke aan zulke

³⁷ F. Machlup, *An Economic Review of the Patent System*, Study no. 15 of the Subcommittee on Patents, Trademarks and Copyrights of the Committee on the judiciary, United States Senate, 85th congress, second session, 1958, p. 80. Een klassiek werk op dit terrein is ook: Edith Tilton Penrose, *The economics of the international patent system*, Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1951.

³⁸ D.W.F. Verkade, D.J.G. Visser & L.D. Bruining, *Ruimere octrooiëring van computerprogramma's: technicality of revolutie?*, IteR series nr. 37, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, p. 22.

³⁹ Ove Granstrand, *The Economics and Management of Intellectual Property. Towards Intellectual Capitalism*, Cheltenham, UK/Northampton MA, USA: Edward Elgar 1999.

⁴⁰ In theorie is het mogelijk om op grond van *non-usus* een dwanglicentie te verkrijgen via de rechter (art. 57 lid 2 ROW 1995). In de praktijk gebeurt dit echter vrijwel nooit.

gegevens is het niet mogelijk om theoretische modellen te ijken. Het is welhaast onthutsend te constateren dat toonaangevende economen tot de conclusie komen dat domweg de gegevens ontbreken om ten gunste of ten nadele van softwareoctrooien te pleiten.⁴¹

Zou het dan misschien mogelijk zijn om de node gewenste empirische gegevens te verkrijgen door de situatie in Europa te vergelijken met die in de Verenigde Staten? In de VS zijn de mogelijkheden om octrooien te verkrijgen de laatste jaren sterk verruimd.⁴² Inderdaad kan worden geconstateerd dat deze schoksgewijze veranderingen tot grote organisatorische problemen hebben geleid bij het *U.S. Patent and Trademark Office* (U.S.P.T.O.). Geheel onverwacht is dat niet. Het aantrekken en opleiden van *examiners* die verstand hebben van *business methods* kost tijd, evenals het vergaren van kennis over de *prior art* op dit gebied. Bovendien blijkt veel kennis op dit terrein niet in vakliteratuur te zijn vastgelegd, een moeilijkheid die zich overigens ook bij software voordoet, zij het wellicht in mindere mate.⁴³

Het blijkt echter nauwelijks mogelijk te zijn om de vraag te beantwoorden of de veranderingen in het Amerikaanse systeem de innovatie hebben bevorderd of belemmerd. Terecht wordt opgemerkt,⁴⁴ dat zelfs als het ons niet zou ontbreken aan empirische gegevens, in het gunstigste geval pas over een aantal jaren algemenere beleidsconclusies zullen kunnen worden getrokken, omdat er sprake is van “inschakelverschijnselen” ten gevolge van de vele veranderingen. Men kan zich zelfs afvragen of er ooit een *steady state* zal worden bereikt in het octrooirecht.

Tenslotte dient men naar mijn mening niet uit het oog te verliezen, dat om principiële redenen niet alle vragen van normatieve aard langs (rechts-)economische weg beantwoord kunnen worden. Om een voorbeeld op een aanverwant gebied te geven: methoden voor geneeskundige behandeling en diagnostiek worden categorisch uitgesloten van octrooien,⁴⁵ omdat het ethisch onaanvaardbaar wordt geacht als zulke methoden door juridische beletselen niet voor een ieder beschikbaar zouden komen. De wetgever achtte kennelijk de vraag, of de octrooierbaarheid van zulke methoden misschien wel een geweldige stimulans zou kunnen betekenen voor medische research niet van

⁴¹ Adam B. Jaffe, *The U.S. Patent system in transition: policy innovation and the innovation process*, Working Paper 7820, National Bureau of Economic Research, Cambridge MA, p. 20.

⁴² Deze veranderingen werden ingeluid door de rechter in de uitspraak in de zaak betreffende *State Street Bank and Trust Co. v. Signature Financial Group Inc* (149 F. 3d 1368, 1375 (Fed. Circ. 1998)). In deze uitspraak werd onder andere de in eerdere rechtspraak ontwikkelde “business method exception” als onjuist bestempeld.

⁴³ Het U.S.P.T.O. legt op zijn website overigens uit, dat er letterlijk al eeuwenlang *business method* octrooien zijn verleend, en dat het ook steeds beter gaat met de oplossing van genoemde organisatorische moeilijkheden. Zie <<http://www.uspto.gov/web/menu/pbmethod>>.

⁴⁴ Jaffe 2002, p. 20 (zie noot 41).

⁴⁵ Art. 52 lid 4 EOv.

beslissend belang.⁴⁶ Gezien het gemor over octrooien op *business methods* lijkt het er veel op dat menigeen liefst ook dit soort octrooien categorisch zou willen verbieden, ook als zulke octrooien in bepaalde gevallen wel economische voordelen zouden hebben.

Het gebrek aan empirische gegevens en gevalideerde theorieën was intussen een groot probleem voor beleidsmakers en wetgevers. Er moest toch *iets* gebeuren, al was het maar ter wille van de rechtszekerheid. Daarom zijn er in de laatste jaren een groot aantal studies uitgevoerd, meest gebaseerd op uitgebreide consultaties onder allerlei groeperingen.⁴⁷ Maar ook deze studies blijken de onzekerheid over het te voeren beleid en de gewenste wetgeving niet te kunnen wegnemen. Wat vooral opvalt is dat eigenlijk niemand tot duidelijke aanbevelingen komt: in praktisch alle studies blijken de voor- en tegenstanders elkaar vrijwel in evenwicht te houden. Dat betekent overigens niet dat er geen duidelijke voor- en tegenstanders zijn. In de studies worden diverse pogingen gedaan om tot een indeling in soorten software te komen en die te correleren met de meningen van de ondervraagden, doch dan ontstaat evenmin een duidelijk beeld. Naar mijn mening zou dat er wel eens op kunnen wijzen dat er zoveel verschillende soorten software (en softwareoctrooien) zijn dat het structureel onmogelijk is om tot generieke conclusies te komen met betrekking tot de wenselijkheid van deze octrooien.

Het richtlijnvoorstel

Op 20 februari 2002 is de Europese Commissie met een voorstel gekomen voor een richtlijn “betreffende het octrooieren van in computers geïmplementeerde uitvindingen”.⁴⁸ In grote lijnen streeft dit voorstel drie doeleinden na: het bevestigen en handhaven van de status quo, het vergroten van de rechtszekerheid en het bevorderen van de rechtseenheid.⁴⁹

⁴⁶ Todd Martin, ‘Patentability of methods of medical treatment: a comparative study’, *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, 2000, p. 381-423.

⁴⁷ Alleen in Nederland al zijn twee studies uitgevoerd in opdracht van de overheid: D.W.F. Verkade, D.J.G. Visser & L.D. Bruining, *Ruimere octrooiëring van computerprogramma's: technicality of revolutie?*, IteR series nr. 37, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, [ISBN 90-540-9267-X]; en: *De juridische en economische aspecten van het softwareoctrooi*, Ministerie van Economische Zaken, december 2001. Voor verwijzingen naar Europese, Franse, Duitse en Engelse studies zie R.B. Bakels & P.B. Hugenholtz, *The patentability of computer programs* op <<http://www.ivir.nl/publications/other/softwarepatent.pdf>>.

⁴⁸ *Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de raad betreffende de octrooieerbaarheid van in computers geïmplementeerde uitvindingen (door de Commissie ingediend)*, COM(2002) 92, <http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/comp/com02-92nl.pdf>.

⁴⁹ 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.

Om met het laatste te beginnen: op dit moment eindigt de rechtsgang voor octrooirechtszaken na het moment van de verlening van Europese octrooien bij de hoogste rechters in de afzonderlijke landen. Dat kan er bijvoorbeeld toe leiden, dat onze Hoge Raad een bepaald Europees(!) octrooi vernietigt, terwijl het Duitse *Bundesgerichtshof* dat niet doet, of omgekeerd. Een Europese richtlijn zou althans de EPO staten die tevens leden zijn van de Europese Unie⁵⁰ verplichten tot een uniforme, richtlijnconforme interpretatie, eventueel af te dwingen via het Europese Hof van Justitie.

Of de richtlijn ook de rechtszekerheid bevordert is echter twijfelachtig. De Commissie constateert dat er in brede kring bezwaren zijn tegen *business method* octrooien en bepaalde soorten softwareoctrooien, en stelt daarom voor om niet alleen de eis van een technisch *karakter* te stellen, maar ook de eis dat de betreffende uitvindingen een technische *bijdrage* dienen te leveren. Dat houdt in dat het nieuwe van de uitvinding een technisch karakter moet hebben. Wat dan wel onder “technisch” moet worden verstaan wordt echter niet gedefinieerd. Integendeel, in een begeleidend document wordt juist gesteld, dat zulk een definitie niet *kan* worden gegeven aangezien de techniek zich voortdurend verder ontwikkelt.⁵¹ Dat moge zo zijn, doch dan rijst wel de vraag of het begrip “techniek” nog wel te gebruiken is voor juridische doeleinden.

In het licht van wat wij hiervoor over “techniek” zeiden rijst de vraag, of de problematiek van de softwareoctrooien niet om een meer structurele bezinning vraagt. Ook de reacties die er tot dusver gekomen zijn op het richtlijnvoorstel wijzen in die richting. In de octrooiwereld wordt het voorstel in het algemeen niet als erg bezwaarlijk, maar ook niet als erg zinvol gezien.⁵² De *Open Source Software* gemeenschap staat echter op zijn achterste benen en vermoedt een dubbele bodem. De belangen van de (grote, commerciële) softwarebedrijven zouden voorop hebben gestaan.⁵³

Naar een meer structurele oplossing

Het echte verschil tussen “wenselijke” en “onwenselijke” octrooien lijkt langs heel andere grenzen te lopen dan de grens tussen “technische” en “niet-

⁵⁰ Tot voor kort waren van de EPO lidstaten alleen Zwitserland, Cyprus en enkele kleinere landen niet ook lid van de EU, maar op 1 juli 2002 zijn bovendien Bulgarije, de Tsjechische Republiek, Slowakije en Estland tot het Europees Octrooiverdrag toegetreden. Verdere uitbreiding ligt in het verschiet.

⁵¹ Zie onder ‘What is meant by “technical contribution”?’ in *Proposal for a Directive on the patentability of computer-implemented inventions - frequently asked questions* op <http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/comp/02-32.htm>.

⁵² Zie o.a. A.P. Meijboom, ‘Bang voor softwareoctrooien’, *CR* 2002, p. 66; Erwin J. Basinski, ‘European Union’s proposed Directive on computer-implemented inventions’, *World E-commerce & IP Report* - Vol. 2 (2002) 3 (Mar.), p. 3-5; Friedrich Kretschmer, ‘Richtlinienvorschlag über Software-Patente’, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2002, p. 407-408.

⁵³ Zie de websites van de actiegroepen die werden vermeld in noot 3.

technische” uitvindingen. Als “triviale” octrooien als een probleem worden gezien,⁵⁴ dan zou er vooral meer aandacht moeten worden besteed aan de toetsing op grond van de bestaande wettelijke eis van “uitvindingshoogte”. Als er categorische bezwaren zijn tegen de octrooiering van uitvindingen op bepaalde gebieden, dan kan beter tot een categorische wettelijke uitsluiting over worden gegaan dan dat men, zoals nu, poogt om *business method* octrooien buiten de deur te houden via de omweg van het vereiste van een “technische bijdrage”. Ook zou men de vraag kunnen stellen of het niet tijd is om de mogelijkheden tot niet-vrijwillige licenties te verruimen. De huidige dwanglicentieregeling⁵⁵ blijkt niet meer dan een “noodrem” voor het geval van excessen. Bedrijven die verwachten octrooilicenties van anderen nodig te hebben kunnen zich maar beter voorbereiden door zelf een portefeuille op te bouwen van octrooien die als ruilobject kunnen dienen voor *cross-licensing*, gegeven het feit dat de juridische weg vrijwel onbegaanbaar is. En dat gebeurt dan ook op grote schaal. Voor bedrijven die dit spelletje (kunnen) meespelen wordt het min of meer een *zero sum game*. Maar deze praktijk kan wel de toetreding van nieuwe spelers bemoeilijken. Dikwijls wordt beweerd dat het midden- en kleinbedrijf zoveel baat zou kunnen hebben bij het octrooisysteem.⁵⁶ Genoemde praktijken zouden wel eens op het tegendeel kunnen wijzen, ook al zijn er evengoed spectaculaire voorbeelden van kleine bedrijven die juist zeer profiteerden van het octrooisysteem.⁵⁷

Wat betekent dit nu voor beleidsmakers? Overheden hebben de neiging om industriebeleid gelijk te stellen aan innovatiebeleid, en innovatiebeleid aan octrooibeleid.⁵⁸ Octrooibeleid is naar verhouding goedkoop: er hoeft slechts wetgeving gemaakt te worden, en octrooiverlenende instanties kunnen kostendekkend werken. Subsidieregelingen zijn doorgaans duurder. Maar die overheden moeten zich er ook van bewust zijn, dat octrooirecht evengoed negatief kan uitwerken, en zeker geen panacee is. Ook octrooiverlenende instanties zouden zich meer moeten realiseren, dat zij door het verlenen van octrooirechten aan uitvinders anderen langdurig het recht ontnemen om uitvindingen toe te passen. In dit kader is het verbijsterend om te lezen, dat het U.S.P.T.O. zich ronduit ten doel stelt om uitvinders behulpzaam te zijn om octrooien te verkrijgen.⁵⁹ Opvallend is ook dat het U.S.P.T.O. uitgebreide

⁵⁴ Rik Hindriks (PvdA) en Thijs Udo (VVD) verlangen nieuwheidstoets op softwareoctrooien, beschikbaar via de website van de Vereniging Open Software Nederland.

⁵⁵ Art. 57 ROW 1995.

⁵⁶ Voor een studie specifiek over de belangen van het MKB zie Puay Tang, John Adams & Daniel Paré, *Patent protection of computer programmes*, <http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/sofstudy.pdf>.

⁵⁷ *Stac Electronics v. Microsoft Corp.*, No. C-93-0413-ER (C.D. Cal.).

⁵⁸ Zie bijvoorbeeld de publicatie van het Ministerie van Economische Zaken: *Intellectueel Eigendom en Innovatie. Over de rol van intellectueel eigendom in de Nederlandse kenniseconomie*.

⁵⁹ <<http://www.uspto.gov/web/offices/ac/ahrpa/opa/ptotoday/jan2002.pdf>>, p. 2.

customer satisfaction surveys uitvoert als waren octrooiaanvragers “klanten”.⁶⁰ Gelukkig is zulke taal niet te vinden in de publicaties van het Europees Octrooibureau.

Het meest schokkend is echter naar mijn mening de constatering waar wij reeds over spraken: dat eigenlijk niemand goed weet hoe het octrooisysteem in de praktijk uitwerkt. Zowel voor- als tegenstanders staan met lege handen als het erom gaat hun stellingen feitelijk te onderbouwen. Hoeveel octrooien worden daadwerkelijk gebruikt voor offensieve of defensieve, in plaats van de “bedoelde” doeleinden, dat wil zeggen op een manier die de innovatie ten goede komt? Het is bekend dat er op grote schaal vrijwillig licenties worden verleend,⁶¹ maar hoe vaak komt het voor dat partijen niet tot een bevredigende licentieovereenkomst komen?

Inmiddels is er een begin gemaakt met projecten om meer te weten te komen over het functioneren van het octrooisysteem. De Amerikaanse *Federal Trade Commission* houdt uitgebreide hearings⁶² en ook de *Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling* heeft plannen om op dit terrein meer empirische gegevens te gaan verzamelen.⁶³

Al deze onderzoeken hebben vooralsnog een éénmalig karakter. Maar eigenlijk zou structureel, niet op projectbasis maar routinematig, bewaakt moeten worden hoe het octrooisysteem in de praktijk werkt. *Metten is weten*. Voor bedrijfskundigen is dat welhaast een vanzelfsprekendheid. Natuurlijk is het octrooisysteem geen bedrijf. Maar het is wel zo, dat juist ook bedrijven die een broertje dood hebben aan *management overhead* niet gauw zullen bezuinigen op de meetsystemen die het management van beleidsinformatie voorzien. Daarom hebben Bakels en Hugenholtz de instelling bepleit van een permanente *European Patent Observatory*,⁶⁴ naar analogie van de “observatories” die er al zijn op diverse andere gebieden. De tijd lijkt er rijp voor. Want eigenlijk weet niemand hoe het echt verder moet met het octrooisysteem. En misschien is octrooirecht geen politieke prioriteit, maar het ware toch te vermijden dat er over een jaar of wat een Parlementaire Enquête Octrooimisbruik komt.

Conclusie

Het lijkt er veel op, dat softwareoctrooien niet een gevaarlijke ontaarding of een vanzelfsprekendheid zijn, maar allebei. De vraag is alleen, waar de grens

⁶⁰ Het meest recente is: *U.S.P.T.O. 2001 Customer Satisfaction Report* <<http://www.uspto.gov/web/offices/com/oqm/survey/csrtxt.htm>>.

⁶¹ Zie bij voorbeeld <<http://www.patentauction.com>> en <<http://www.yet2.com>>.

⁶² *Federal Trade Commission/Department Of Justice Hearings on the Implications of Competition and Patent Law and Policy*. Een groot aantal documenten over dit onderwerp is beschikbaar op de website van de FTC.

⁶³ *Current work on patents*, beschikbaar op <<http://www.oecd.org>>.

⁶⁴ 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>>.

getrokken moet worden. Aanscherpen van het vereiste van een technisch karakter, wat de Europese Commissie wil, lijkt weinig zinvol, niet alleen omdat het begrip “techniek” zo moeilijk te definiëren is, maar vooral omdat het geen relevante scheiding oplevert tussen gewenste en ongewenste octrooien, zoals uit tal van voorbeelden blijkt. Het octrooirecht lijkt toe aan een meer diepgaande bezinning.