

## Tien jaar geleden: de Europese richtlijn softwareoctrooien

*Reinier B. Bakels PhD LL.M. MSc*

Op 20 februari is het tien jaar geleden dat de Europese Commissie en Raad kwamen met een voorstel voor een Richtlijn “betreffende de octrooieerbaarheid van in computers geïmplementeerde uitvindingen”. Een voorstel dat eigenlijk bedoeld was als hamerstuk viel ten prooi aan een hevige politieke strijd, die er toe leidde dat het ruim drie jaar later met een overweldigende meerderheid werd verworpen door het Europees Parlement.

De tegenstanders van softwareoctrooien vierden feest. Maar was dat terecht? Zij meenden dat zij een poging hadden verijdeld om software octrooieerbaar te maken, maar in werkelijkheid bleef software voor octrooi vatbaar, onder verwarrende regels die in de jurisprudentie waren ontwikkeld.

Eigenlijk was de richtlijn vooral bedoeld om de Britten – die zoals altijd een eigen mening hadden – dwingend de interpretatie van het Europees Octrooibureau op te leggen, dat eind vorige eeuw had besloten dat de wettelijke uitsluiting van “computerprogramma’s als zodanig” niet altijd in de weg staat aan de octrooiering van computerprogramma’s als zodanig.

In de jaren daarna probeerden de Britse rechters toch de jurisprudentie van het EOB te volgen, omdat zij ook wel begrepen dat het bezwaarlijk was als zij al te veel door het EOB verleende octrooien ongeldig zouden verklaren. Maar zij stuitten daarbij op allerlei ongerijmdheden. Een Britse rechter constateerde zelfs dat bepaalde aspecten van de benadering van het EOB “not intellectually honest” waren (Aerotel, 2006), en hij nam de ongebruikelijke stap een oproep te doen aan de President van het EOB om een aantal vragen over de octrooieerbaarheid van software voor te leggen aan de Grote Kamer van Beroep van het EOB (hierna: GKB). De toenmalige Franse EOB president weigert beleefd, maar twee jaar later is zijn Britse opvolgster toch bereid op de suggestie van haar landgenoot in te gaan. Weer anderhalf jaar later komt de GKB tot de slotsom, dat zij niet bevoegd is te oordelen over de voorgelegde vragen omdat deze niet aan een concrete casus zijn gerelateerd, en dat het bovendien meer op de weg ligt van de wetgever om de grenzen van de octrooieerbaarheid van software te preciseren. Na de chaos rond de verwerping van de Richtlijn zal echter geen politicus het nog wagen om met een nieuw voorstel te komen voor wetgeving op dit gebied.

Weliswaar volgen de Britten tegenwoordig een benadering die min of meer dezelfde resultaten oplevert als de benadering van het EOB, maar tegen de redeneringen van het EOB hebben zij nog steeds bezwaren. Inmiddels klagen zelfs Duitse schrijvers dat de benadering van het EOB niet deugt: Von Hellfeld noemt bijvoorbeeld de curieuze regel dat bepaalde features wel in overweging moeten worden genomen bij de vaststelling van de inventiviteit, maar daar toch niet aan mogen bijdragen (GRUR Int 2008, 1007), en Klaiber meent dat de Beitragsansatz die het EOB in feite nog steeds volgt (zij het meer verhuuld) ronduit in strijd is met de Antragsgrundsatz die het EOV voorschrijft in art 113 lid 2 (GRUR 2010, 561, 566). Al zijn wij misschien minder huiverig voor contra legem interpretaties dan Duitsers, duidelijk zijn die in elk geval niet.

Het EOB volgt de aloude Duitse traditie dat alleen techniek voor octrooi vatbaar is. Is software technisch? Voor een software engineer is alle software technisch, voor een werktuigbouwer is software helemaal niet technisch, en juridisch is alleen bepaalde software technisch. De gordiaanse knoop wordt vervolgens volstrekt onontwarbaar bij vermeend gedeeltelijk technische uitvindingen, bijvoorbeeld bij toepassing van software in de regeltechniek en bij signaalverwerking.

De Amerikanen kampen met soortgelijke problemen. Het Amerikaanse octrooirecht sluit sinds mensenheugenis “abstracte ideeën” uit, maar dat blijkt net als het Europese techniekvereiste een “restatement of the problem in more imprecise terminology”, zoals een Britse rechter ooit fijntjes opmerkte (CFPH, 2005). De afgelopen decennia heeft de Amerikaanse rechtspraak verschillende vruchtloze pogingen gedaan om de uitsluiting van “abstracte ideeën” te concretiseren, laatstelijk met de “machine or transformation test”, die het federale hooggerechtshof echter verwierp (Bilski v. Kappos, 2010). De Amerikaanse worsteling met vermeend gedeeltelijk “abstracte” vindingen lijkt als twee druppels water op de Europese worsteling met beweerdelijk gedeeltelijk “technische” vindingen.

Al deze juridische figuurzagerij gaat voorbij aan de vraag of softwareoctrooien eigenlijk zin hebben. Men zou kunnen menen dat moderne tijden vragen om moderne octrooien, en dat software daar gewoon bij hoort. Elke krantenlezer weet echter, dat octrooien in de ICT vaak worden ingezet voor juridische moddergevechten die niets meer van doen hebben met het oorspronkelijke doel van octrooien: bevordering van de innovatie. Octrooien worden daar vaak strategisch ingezet in patent wars, indachtig het aloude adagium “if you can’t beat them, sue them”. Het jargon in de economische vakliteratuur is onverbloemd militair: agressieve strategieën lokken defensieve strategieën uit, en het gevolg is een wapenwedloop die tot het vooruitzicht van “mutually assured destruction” leidt, een term die oudere lezers zich nog zullen herinneren uit de tijd van de kernwapenwedloop.

Natuurlijk zijn deze problemen niet uniek voor software. Economen constateren ook in sommige andere bedrijfstakken een “patent paradox” (Hall & Ham). Softwaregerelateerde octrooien vertonen echter wel kenmerken die het gevaar op maatschappelijk bezwaarlijk gebruik vergroten. Wie daar meer over wil weten verwijs ik graag naar het hoofdstuk 'Are software patents something special?', dat ik schreef voor het onlangs verschenen boek: Emanuela Arezzo & Gustavo Ghidini (red.), *Biotechnology and software patent law: a comparative review of new developments*, Cheltenham: Edward Elgar 2011.

RBB