



***CLS v. Alice*: gaat het U.S. Supreme Court zich uitspreken over de octrooierbaarheid van software?**

Alice Corporation is een Australisch bedrijf dat zich toelegt op de ontwikkeling van "innovaties op financiële markten". Het heeft octrooi verkregen op het inschakelen van een "trusted third party" bij bepaalde financiële transacties en beschuldigt CLS van inbreuk, een instelling die banken vereveningsdiensten biedt op de valutamarkt ("Continuous Linked Settlement"). CLS is ook te onzent bekend in de bankwereld.

In 2010 heeft het U.S. Supreme Court in Bilski v. Kappos beslist dat een toepassing van "hedging" in de brandstoffenhandel niet voor octrooi vatbaar is omdat deze *business method* te "abstract" is, overigens zonder aan te geven hoe concreet een *business method* moet zijn om wel voor octrooi in aanmerking te komen. Eén van de rechters bepleit met een indrukwekkend betoog een categorisch verbod op het octrooieren van *business methods*, maar daar is geen meerderheid voor. Alice meent haar *business method* voldoende concreet gemaakt te hebben door in de aanvraag een – overigens allerminst innovatieve – computerimplementatie te vermelden.

Op het eerste gezicht lijkt dat een al te doorzichtige truc. Maar de lagere rechter kwam er volstrekt niet uit: tien rechters "en banc" leverden zes verschillende "opinions", waarvan geen enkele met voldoende stemmen om als precedent te kunnen gelden. Dat zal voor het Supreme Court reden zijn geweest deze zaak in behandeling te nemen ("certiorari"). Dit is iets bijzonders, want de negen rechters van het Federale Hoogerechtshof behandelen maar ongeveer één op de honderd aanvragen inhoudelijk. Het partijbelang is hier volstrekt ondergeschikt aan de rechtsontwikkeling.

Op het eerste gezicht lijkt die computerimplementatie "insignificant post-solution activity", en het Supreme Court [besliste](#) al in 1978 dat die buiten beschouwing moet blijven bij de beoordeling van de vraag of een octrooi geldig is. Een hoofdregel van het octrooirecht is echter dat aanvragen altijd *als geheel* moeten worden beoordeeld. Dat de vermelde computerimplementatie op zich niet inventief is zou dus geen rol mogen spelen. Daarom legt Alice de rechter nu de [vraag](#) voor of "computer-implemented inventions" in beginsel octrooieerbare materie vormen. Maar het zal duidelijk zijn dat het eigenlijk om een heel andere vraag gaat, namelijk of zo'n handelsmethode octrooieerbaar is, geautomatiseerd of niet.

Inmiddels hebben [tientallen amici curiae](#) hun licht laten schijnen op deze zaak. Tegenstanders van softwareoctrooien nemen de gelegenheid te baat om eraan te herinneren dat die te vaak worden gebruikt om *patent wars* uit te vechten welke allerminst bijdragen aan innovatie, voorstanders klagen zoals gebruikelijk dat investeringen in onderzoek en ontwikkeling niet lonen bij onvoldoende octrooibeschermt.

Dat laatste argument *kan* niet algemeen geldig zijn. Niet alle resultaat van denkwerk kan octrooieerbaar zijn, ook niet als dit nieuw en inventief is. Het lastige is echter dat het niet duidelijk is *waarom* het octrooirecht bepaalde materie uitsluit, zoals abstracte ideeën (of niet-technische materie in Europa). In rechtspraak en literatuur worden de uitsluitingen vooral gepresenteerd als een traditie, die beargumenteerd wordt met holle woorden als "vanzelfsprekend". Bij gebrek aan een duidelijke *ratio legis* onttaardt de betreffende rechtspraak in een woordenspel dat alle kanten uit blijkt te kunnen gaan. Intussen is louter traditie natuurlijk geen argument: rechtspraak kan recht legitiem moderniseren zolang de essentie van de wet maar wordt gerespecteerd.

Maar wat is die essentie dan? De vermaarde econoom [Machlup](#) maakte gehakt van de gangbare vier rechtvaardigingstheorieën van octrooien. Naar mijn mening gaan octrooien meer over exclusiviteit dan over beloning: zij hebben nog veel weg van de privileges waar zij in vroeger eeuwen uit zijn voortgekomen, zij het dat tegenwoordig regels in plaats van de discretie van een vorst de verlening bepalen. Soms is exclusiviteit nodig om een bedrijf in staat te stellen zijn R&D investeringen terug te verdienen. Maar in een vrijmarkteconomie past het niet dat een bedrijf in zijn handel – door middel van octrooien – beschermd wordt tegen concurrentie. In mijn [proefschrift](#) heb ik dat uitgewerkt.

Op 31 maart 2014 heeft de [mondelijke behandeling](#) van *CLS v. Alice* bij het U.S. Supreme Court plaatsgevonden. In dat uurtje werd het nog bijna "truly gezellig", maar de discussie doet wel vrezen dat commentatoren gelijk krijgen die voorzien dat andermaal niet voldoende duidelijk zal worden wat precies de regel is, net als in *Bilski* voornoemd. Sommigen betwisten overigens de noodzaak van strikte regels,

maar dat is een vergissing, aangezien octrooiverlenende instanties snel en trefzeker moeten kunnen beslissen.

Naar verwachting zullen wij vóór de zomervakantie weten hoe het Supreme Court over deze zaak denkt, als het huidige zittingsjaar eindigt.

Reinier B. Bakels – april 2014