

## Software: octrooi aanvragen of vertrouwen op auteursrecht?

“Software kun je niet octrooieren”, wordt vaak gezegd. Maar dat is een misverstand. Software als zodanig wordt in de wetgeving inderdaad expliciet uitgesloten van octrooibeschermt. Maar uitsluiting op grond van die bepaling is vrij eenvoudig te voorkomen wanneer met de software een nieuw en innovatief technisch effect kan worden gerealiseerd.

Het is alom bekend dat software kan worden beschermd door het auteursrecht. De Auteurswet noemt computerprogramma's (lees: software) in artikel 10 expliciet als een werk dat voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt. Die wettelijke bescherming voor software doet echter vaak geen recht aan de kern van de innovatie die met de software is beoogd. Het auteursrecht biedt namelijk alleen bescherming voor de concrete weergave van de broncode. Voor de functionaliteit van de software is op grond van de Auteurswet geen bescherming mogelijk. En in de praktijk draait het nu juist om de functionaliteiten van de software.

Ter illustratie: Bedrijf A wordt geconfronteerd met Bedrijf B dat een applicatie heeft ontwikkeld met **exact** dezelfde functionaliteiten, maar op een andere wijze geprogrammeerd. De broncode van Bedrijf B heeft dan een andere totaalindruk dan de broncode van Bedrijf A en vormt een zelfstandig auteursrechtelijk beschermd werk. Van inbreuk is dan geen sprake. Het auteursrecht biedt voor Bedrijf A geen uitkomst.

Voor de innovatieve ICT-branche is deze bres in de auteursrechtelijke bescherming van software een doorn in het oog. Maar wat is het alternatief? “Software kun je niet octrooieren” is immers in deze context een veelgehoord misverstand. Een misverstand dat zijn wortel vindt in artikel 52 van het Europees Octrooiverdrag (EOV). In dit artikel is octrooirechtelijke bescherming expliciet uitgesloten voor “programs for computers”. Deze uitsluiting lijkt helder: geen octrooien op software. Deze uitsluiting van software wordt echter geamendeerd in lid 3 van artikel 52 EOv: alleen software als zodanig is van octrooibeschermt uitgesloten. Met andere woorden, er is wel degelijk octrooibeschermt mogelijk voor een softwarematige oplossing, maar dan moet er wel ‘meer’ zijn. Uit de rechtspraak van het Europees Octrooibureau (EOB) kan worden afgeleid wat dat ‘meer’ is: er is niet langer sprake van een computerprogramma als zodanig, indien de software een ‘technisch effect’ heeft.

### Jurisprudentie

Het vereiste van het hebben van een ‘technisch effect’ is niet direct in de wet of het EOv terug te vinden, maar is ontstaan in nationale octrooirechtspraak en in oppositiebeslissingen van de Kamer van Beroep van de verschillende octrooiverlenende instanties. Ook in de Rules van het EOB komt dit vereiste meerdere malen terug. Zo bepaalt Rule 43 onder meer dat de conclusies “technical features” dienen te bevatten en Rule 42 schrijft voor dat de beschrijving een weergave bevat van “the technical problem (...) and its solution”. Dit vereiste raakt de kern van het octrooisysteem. Een octrooi is immers de beloning aan de uitvinder voor technologische vooruitgang.

### Technisch effect

Maar wanneer heeft een softwarematige oplossing nu een ‘technisch effect’? Abstract gezegd, moet de oplossing een technisch effect hebben dat uitstijgt boven de gewone fysieke interactie tussen een programma (software) en de computer (hardware) waarop de software draait? Het gaat dan om alle softwarematige oplossingen die een verbetering van prestatie of efficiency realiseren.

Daarnaast geldt dat er reeds van een technisch effect kan worden gesproken als een uitvinding door of met behulp van een computer of een vergelijkbaar apparaat wordt geïmplementeerd. Kortom, het vermelden dat er sprake is van uitvoering van een computerprogramma op een computer is op zich al voldoende om aan de

uitsluiting 'als zodanig' te ontsnappen. Het EOB spreekt dan ook niet van softwareoctrooien, maar van 'computer implemented inventions'. Fraaier is het echter om de functionaliteit van het geprogrammeerde te vatten in een werkwijze of inrichtingsconclusie, waarbij die laatste gericht kan zijn op een systeem voor het uitvoeren van de werkwijze.

De rechtspraak van het EOB leert dus dat het vrij eenvoudig is om problemen met de uitsluiting van software als zodanig te voorkomen. Een octrooigemachtigde kan van dienst zijn om het effect van de software te helpen formuleren, en een octrooiaanvraag op te stellen waarvan het onderwerp buiten de uitsluiting valt. Veel in software geïmplementeerde innovaties lenen zich daar prima voor. Zo zijn er octrooien verleend voor methoden voor data processing and imaging, ABS-systemen, audiovisuele verwerkingstechnieken, encryptie/decryptiemethoden et cetera, zolang maar wordt voldaan aan het nieuweheids- en inventiviteitsvereiste.

#### Uitzonderingen

Uiteraard zijn er ook hier weer uitzonderingen. Het kan zijn dat een nadere analyse doet blijken dat het effect of beoogde doel van de software het louter representeren van gegevens is, een wiskundig stelsel, of een zogenaamde business method. Dat zijn namelijk andere zaken die SEnD als zodanig SEnD van octrooiering zijn uitgesloten. Maar dat neemt niet weg dat de veelgehoorde misvatting dat het octrooieren van software niet mogelijk zou zijn, geen enkele steun vindt in de feiten. Veel Europese ICT-bedrijven zouden serieuzer moeten kijken naar de mogelijkheid om octrooien aan te vragen voor hun innovatieve softwarematige oplossingen. De bescherming van het octrooirecht past namelijk veel beter bij de ICT-branche dan het auteursrecht. Met een octrooi kan de functionaliteit van een applicatie worden beschermd, terwijl het auteursrecht uiteindelijk alleen van toepassing is op de concrete vormgeving (de broncode) van de software.

Wim Maas, octrooiadvocaat bij Banning NV

Bram van Oeffelt, octrooigemachtigde bij Patentwerk BV