



PROGRAMMA OSOSS

Software-octrooien

Stoppen of doorgaan met open source software?

Versie: 1.1 Definitief
Datum: oktober 2004
Auteur: mr. drs. B.S.J. Knubben

ICTU / Programma OSOSS
Nieuwe Duinweg 24-26
Postbus 84011
2508 AA DEN HAAG
E: info@ososs.nl
I: <http://www.ososs.nl>

Inhoudsopgave

1. Inleiding.....	3
2. De richtlijn inzake software-octrooien.....	3
2.1 Octrooirecht en auteursrecht.....	3
2.2 Achtergrond en inhoud.....	4
2.3 Status.....	5
3. Relevante factoren voor inventarisatie risico.....	5
4. Slotsom.....	8

1. Inleiding

De Europese Commissie presenteerde begin 2002 een voorstel voor een richtlijn inzake software-octrooien. Het doel was om duidelijkheid en rechtszekerheid te scheppen. Het voorstel heeft voor veel commotie gezorgd. De open source gemeenschap heeft ernstige bezwaren tegen de voorgestelde richtlijn geuit.

Ook buiten de open source gemeenschap houdt de voorgestelde richtlijn de gemoederen bezig. Vooraanstaande economen hebben er herhaaldelijk op gewezen dat het allerminst zeker is dat software-octrooien een positief effect hebben op innovatie. Ook in overheidsland is men niet gerust.¹ De voorgestelde richtlijn en de commotie daaromheen zorgen voor onzekerheid bij overheidsinstellingen die open source gebruiken of van plan zijn te gaan gebruiken. De vraag is dan of *de voorgestelde richtlijn inzake software-octrooien reden is om te stoppen of op zijn minst terughoudend om te gaan met het gebruik van open source software?* Een illustratie hiervan is bijvoorbeeld de gemeente Munchen waar de introductie van Linux een maand is uitgesteld omdat de gemeenteraad vragen stelde over de juridische risico's als gevolg van deze richtlijn.

Dit document wil onzekerheid wegnemen. We zullen onderbouwen dat naar ons idee de voorgestelde richtlijn voor software-octrooien op dit moment voor overheidsorganisaties geen reden hoeft te zijn om te stoppen met het gebruik van open source software.

Daartoe wordt eerst de stand van zaken uiteengezet. De achtergrond, de inhoud en de status van voorgestelde richtlijn komen daarbij aan de orde. Vervolgens wordt een aantal factoren genoemd die relevant zijn om het mogelijke risico dat software-octrooien voor open source software vormen, goed in te schatten. Tot slot zal aan overheidsinstellingen een advies worden gegeven. In dit document zal niet of nauwelijks worden ingegaan op de voors en tegens van de voorgestelde richtlijn. Hiervoor zij verwezen naar diverse bronnen op internet.²

2. De richtlijn inzake software-octrooien

2.1 Octrooirecht en auteursrecht

Software wordt sedert ongeveer 20 jaar primair beschermd door het auteursrecht. Het kopiëren van (delen van) software is daarom verboden zonder toestemming van de auteur. Het auteursrecht biedt echter geen bescherming tegen het kopiëren van functionaliteit. Zo kan het auteursrecht niet verhinderen dat iemand een (anders gecodeerd) programma met een identieke werking ontwikkelt en exploiteert. Het octrooirecht voorziet wel in een dergelijke bescherming indien de functionaliteit kan worden gekwalificeerd als een uitvinding. Vatbaar voor octrooi zijn namelijk "uitvindingen die nieuw zijn, op uitvinderswerkzaamheid berusten en toegepast kunnen worden op het gebied van de nijverheid".³ De octrooihouder heeft in beginsel voor 20 jaar het alleenrecht om de uitvinding te gebruiken en te exploiteren. Hij kan deze handelingen aan anderen verbieden.⁴ Dit geldt zelfs als de ander geheel onafhankelijk tot dezelfde uitvinding is gekomen. Een "ik wist het niet"-verweer bij inbreuk houdt dus binnen het octrooirecht in beginsel geen stand. Dit in tegenstelling tot het auteursrecht dat het uitgangspunt kent dat men onafhankelijk tot eenzelfde werk kan komen.

1 Zie bijvoorbeeld <http://www.researchineurope.org/policy/patentdirltr.htm> en <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/patentreform.pdf>.

2 http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/comp/index.htm, <http://www.softwarepatenten.be>, <http://www.ffii.org>, <http://www.vrijschrift.org>.

3 Artikel 2 lid 1 ROW 1995.

4 Nederland kent ook het registratieoctrooi dat een geldigheidsduur heeft van 6 jaar. Voorafgaand aan de toekenning van een dergelijk octrooi vindt geen nieuwheidstoets plaats. Deze nieuwheidstoets is wel een verplicht onderdeel bij de aanvraag van 20 jaar durende octrooien die worden verleend door het EOB.

2.2 Achtergrond en inhoud

Twee decennia geleden ontstond de behoefte aan bescherming van software op basis van het intellectueel eigendomsrecht. Na een uitgebreide discussie heeft men toen besloten dat software primair wordt beschermd door het auteursrecht. Begin jaren '90 is dit vastgelegd in de Europese software-richtlijn.⁵

In het Europees Octrooi Verdrag (EOV) en in de Nederlandse Rijsoctrooiwet staat dat computerprogramma's "als zodanig" niet octrooieerbaar zijn.⁶ Aanvankelijk werden octrooiaanvragen op software dan ook afgewezen. Medio jaren '80 vond er echter een omslag plaats. Onder bepaalde voorwaarden verleenden de bevoegde instanties, te weten het Europees Octrooibureau (EOB) en de Nederlandse Octrooiraad⁷, voor het eerst octrooien op software.⁸ Software "als zodanig" is niet octrooieerbaar. Hieruit heeft men afgeleid dat wanneer sprake is van software *niet* "als zodanig" dit blijkbaar wel vatbaar is voor octrooi. Het EOB heeft bepaald dat als de software een "technisch effect" heeft, deze vatbaar is voor octrooi. Software met een "technisch effect" is dus niet software "als zodanig".

Deskundigen zijn het er over eens dat de mogelijkheden om octrooi op software aan te vragen met de jaren steeds ruimer zijn geworden. De eisen die aan een software gerelateerde uitvinding worden gesteld om voor octrooi in aanmerking te komen lijken met de jaren steeds lager geworden.⁹ "Computerprogramma's hebben al snel iets technisch [...]", zo wordt opgemerkt.¹⁰ Het EOB heeft naar schatting tussen de 20.000 en 30.000 octrooien op software verstrekt. Veel van deze octrooien roepen echter vraagtekens op. De uitvindingen zouden teveel voor de hand liggen en daarom hadden de octrooien nooit verleend mogen worden. Deze octrooien worden ook wel als triviaal bestempeld.¹¹

Hoewel het EOB bovenbeschreven praktijk in gang heeft gezet, heeft deze instantie niet het laatste woord met betrekking tot de geldigheid van octrooien. Het EOv is namelijk een verdrag en geen Richtlijn van de Europese Unie. Daardoor bepaalt uiteindelijk de nationale rechter van een bij het EOv aangesloten land of een octrooi rechtskracht heeft in het desbetreffende land. Het is daardoor onzeker of de redenering van het EOB wel overeind blijft voor de verschillende nationale rechters. Het is zelfs mogelijk dat een software-octrooi in het ene land wel rechtskracht heeft, terwijl het in een ander land niet door een rechter wordt erkend.

Hoewel software-octrooien in Europa ondertussen bijna twee decennia bestaan, laat het voorgaande zien dat de wettelijke basis onduidelijk is en tot onzekerheid leidt. De Europese Commissie heeft hierin aanleiding gezien om de gegroeide praktijk in een richtlijn vast te leggen, opdat de rechtszekerheid toeneemt. Om in aanmerking te komen voor bescherming moet software aan de drie eerder genoemde voorwaarden voor octrooi voldoen. Daarnaast stelt het voorstel dat een in een computer geïmplementeerde uitvinding beschermd zou kunnen zijn, indien deze een technische bijdrage levert. "Technische bijdrage" wordt gedefinieerd als een bijdrage tot de stand van de techniek op een technisch gebied die voor een deskundige niet voor de hand ligt. Echter, noch het begrip "techniek" noch het adjectief "technisch" worden

5 Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's. Zie http://europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/prot-comp-progs/prot-comp-progs_en.htm.

6 Artikel 52 EOv lid 2 en 3, en artikel 2 lid 2 en 3 Rijsoctrooiwet 1995.

7 Overigens is de Octrooiraad per 1 september 2004 opgeheven. Zie: http://www.bie.minez.nl/algemeen/producten_en_diensten/persberichten/opheffingoctrooiraad.asp.

8 Technische Kamer van Beroep EOB, 15 juli 1986, T 208/84 (Vicom).

9 R.B. Bakels, 'Softwareoctrooien: een vanzelfsprekendheid of een gevaarlijke ontaarding?' Computerrecht 2002, p. 347-352; R.B. Bakels, 'Van software tot erger: op zoek naar de grenzen van het octrooirecht', IER 2003, p. 213-221; R.B. Bakels, 'Software: werkwijze of voortbrengsel?', BIE 2003, p. 428-434. Voor digitale versies van deze documenten zie: <http://www2.law.uu.nl/priv/cier/inhoudned/CV/ReinierBakels.asp>.

Voor de huidige eisen van het EOB zie *Guidelines for Examination in the European Patent Office*, http://www.european-patent-office.org/legal/gui_lines.

10 Koelman, K.J., Octrooi op software, I&I 2003-6, p.20-27, <http://pubs.cli.vu/pub174.php>.

11 Zie <http://swpat.ffii.org/patents/index.en.html> en <http://webshop.ffii.org>.

nader gedefinieerd in de het voorstel.

Tegenstanders van het voorstel zijn bang dat het voorstel de mogelijkheden voor het aanvragen van software-octrooien vergroot, doordat het allesbepalende begrip techniek niet is gedefinieerd. De open source beweging vreest dat commerciële software-bedrijven de verruimde mogelijkheden zullen aanwenden om de ontwikkeling en het gebruik van open source software te frustreren. Voorstanders daarentegen geven aan dat het voorstel niet meer is dan een codificering van een inmiddels gegroeide praktijk.

2.3 Status

De door de Europese Commissie voorgestelde richtlijn is nog niet aangenomen en staat ook in de Europese en Nederlandse politiek nog ter discussie. Het is momenteel onzeker of en in welke vorm de richtlijn eventueel wordt aangenomen. De behandeling van het voorstel vindt plaats volgens de zogeheten co-decisie procedure. Dit is een complexe, vaak langdurige procedure waarin het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie (voorheen Raad van ministers) tot overeenstemming moeten komen met betrekking tot het voorstel van de Europese Commissie.

Na het initiële voorstel van de Europese Commissie in februari 2002 heeft het Europees Parlement de richtlijn in sterk gewijzigde vorm op 23 september 2003 aangenomen.¹² De wijziging bestond uit een groot aantal ingrijpende amendementen. Ondertussen heeft de Raad van de Europese Unie op 18 mei 2004 een standpunt ingenomen waarbij een aanzienlijk aantal van deze amendementen ter zijde is geschoven.¹³ De Nederlandse Tweede Kamer heeft te kennen gegeven het niet eens te zijn met het feit dat Minister Brinkhorst dit aangepaste voorstel heeft gesteund.¹⁴ Ongeacht de beslissing van de Raad, buigt het Europees Parlement zich in tweede lezing in ieder geval nogmaals over de richtlijn.

3. Relevante factoren voor inventarisatie risico

Software-octrooien beschermen uitvindingen in software. Deze octrooien kunnen daardoor worden ingezet om van gebruikers van software die inbreuk maakt op een octrooi schadevergoeding te eisen. Software-octrooien vormen daarmee een risico voor gebruikers van software, of het nu gaat om open source software of closed source software. Echter, om dit risico op de juiste waarde te schatten dient een aantal relevante factoren in ogenschouw te worden genomen. Naar het oordeel van het programma OSOSS is er gelet op deze factoren geen reden voor overheden om in het licht van de richtlijn software-octrooien af te zien van het gebruik van open source software.

1. *Het risico van inbreuk op software-octrooien is niet uniek voor open source software.* Software-octrooien vormen eveneens een bedreiging voor gesloten, proprietary software. Software-octrooien maken namelijk geen onderscheid tussen open source en gesloten software. Gesloten software kan dus net zo goed inbreuk maken op een software-octrooi. Hiertegen wordt regelmatig ingebracht dat achter gesloten software een commercieel bedrijf staat dat de gebruikers zal beschermen tegen claims. Hoewel een dergelijke bescherming uitkomst kan bieden, blijken leveranciers van gesloten software op basis van juridische, financiële en praktische redenen lang niet altijd bereid of bij machte om een afdoende bescherming te bieden. Bovendien staan gebruikers van open source software niet met lege handen. Zoals uit de volgende punten zal blijken, kunnen zij in de regel langs verschillende wegen rekenen op bescherming.

12 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de octrooieerbaarheid van in computers geïmplementeerde uitvindingen, Brussel, 20.02.2002, COM(2002) 92 definitief, 2002/0047 (COD).

13 De Raad van Ministers moet zijn standpunt overigens nog formeel bekrachtigen. Dit werd onlangs uitgesteld (zie <http://www.webwereld.nl/nieuws/19574.phtml>).

14 Zie <http://www.ososs.nl/article.jsp?article=12642>.

2. *Software-octrooien zijn niet nieuw en de voorgestelde nieuwe richtlijn is nog onderwerp van politieke discussie.*

In de Verenigde Staten heeft de wetgever al veel eerder mogelijk gemaakt dat software vatbaar is voor octrooi. Zoals eerder uiteengezet, is ook in Europa een bestaande praktijk gegroeid waarin het mogelijk is om octrooi op software aan te vragen. De basis en kaders van deze praktijk zijn echter allerm minst helder. Daardoor is de status van bestaande software-octrooien onzeker. Dit vormt een risico voor de houder van een octrooi. De voorgestelde richtlijn inzake software-octrooien kan dit veranderen. Echter, het is nog niet duidelijk of en in welke vorm de richtlijn wordt aangenomen. Hoewel het goed is om de ontwikkelingen rondom de richtlijn te volgen, is het te vroeg om conclusies te verbinden aan de voorgestelde teksten.

3. *De open source gemeenschap is niet weerloos.*

De open source gemeenschap is zich al sinds lange tijd bewust van mogelijke risico's van software-octrooien. De GNU GPL¹⁵, de meest gebruikte open source licentie, stelde bijvoorbeeld reeds in 1991 het volgende: "elk vrij programma wordt voortdurend bedreigd door softwareoctrooien". Op verschillende wijzen toont de open source gemeenschap zijn weerbaarheid.

Verschillende open source licenties bevatten bijvoorbeeld defensieve clausules met betrekking tot software-octrooien. Zo verbiedt de GNU GPL de licentienemer om de software verder te verspreiden, indien hij op basis van het octrooirecht beperkingen oplegt aan licentienemers.¹⁶ De MPL¹⁷ verplicht eenieder die een bijdrage levert om een gratis octrooilicentie op die desbetreffende bijdrage te verschaffen. Eenieder die een dergelijke bijdrage levert, verliest volgens de MPL zijn licentierechten op de open source software indien hij een actie instelt op grond van octrooi-inbreuk. De gedachte achter deze defensieve clausules is dat houders van relevante software-octrooien minder snel geneigd zijn om juridische actie tegen de open source software te beginnen, omdat ze wat te verliezen hebben.

Hoewel de beschermingsomvang van het octrooirecht het vaak moeilijk maakt om een volwaardig alternatief te ontwikkelen, is dit lang niet altijd onmogelijk. De open source gemeenschap heeft dat bijvoorbeeld met de ontwikkeling van het PNG-formaat ter vervanging van het door octrooirecht beschermde GIF-formaat aangetoond.¹⁸ Het is daarom in de toekomst ook niet ondenkbaar dat de open source gemeenschap alternatieve oplossingen vindt indien een open source product inbreuk maakt op een octrooi.

Tot slot kan worden gewezen op het feit dat de open source gemeenschap zeer goed op de hoogte is van de ontwikkelingen in softwareland. In ieder geval zorgt de openheid van broncode ervoor dat deze ontwikkelingen voor wat betreft open source software relatief goed zijn gedocumenteerd. Daardoor kan men in de regel goed nagaan of een uitvinding waarop een software-octrooi rust wel voldeed aan het vereiste van nieuwheid op het moment dat de aanvraag voor octrooi werd ingediend. Voor nieuwheid is de stand der techniek (in het Engels *prior art*) van belang. Aan de eis van nieuwheid is niet voldaan als de uitvinding reeds eerder door een ander is gedaan. Daarnaast kan er op gewezen worden dat goed georganiseerde open source projecten een buitengewoon goed georganiseerd change-management systeem hebben voor de ontwikkeling van software. Nieuw toe te voegen codes worden dus ook heel erg scherp beoordeeld op een mogelijke inbreuk op octrooien.

15 GNU General Public License. Voor uitleg over de GPL en een niet-officiële Nederlandse vertaling zie <http://www.ososs.nl/index.jsp?page=807>.

16 Zie bepaling 7 GNU GPL.

17 Mozilla Public License. Voor uitleg over de MPL zie <http://www.ososs.nl/index.jsp?page=809>.

18 Voor meer informatie over octrooien op het GIF-formaat zie <http://www.gnu.org/philosophy/gif.html>.

4. *U staat niet alleen; Open source software heeft veel "vrienden".*

Verschillende partijen, waaronder bedrijven en overheidsinstellingen, hebben als gebruiker of distributeur een belang bij open source software. De aard van de open source licenties, die het vrije gebruik, aanpassing en distributie waarborgen, brengt met zich mee dat het aantal belanghebbenden in de regel groot is. Vaak zelfs groter dan in het geval van gesloten software die meestal door één partij aan een beperkt aantal andere partijen wordt verstrekt. Als voorbeelden kan worden gewezen op Apache, de open source webserver-software met een marktaandeel van 67% en op Sendmail, een open source emailserver die een aandeel in de markt heeft van ongeveer 28%.¹⁹ In het geval een houder van een software-octrooi een juridische actie start tegen een gebruiker van open source software, staan de belangen van alle andere gebruikers en distributeurs ook op het spel. Een rechterlijke uitspraak kan namelijk een precedent vormen op basis waarvan zij zelf ook worden aangesproken. Het is daarom zeer waarschijnlijk dat al deze vele belanghebbenden zich niet afzijdig zullen houden, ondanks het feit dat zij niet direct worden aangesproken.

Veel open source producten, zoals Linux, Apache en Samba, worden ondersteund door vooraanstaande ICT-leveranciers, die zelf beschikken over software-octrooien. Deze bedrijven zullen open source software eerder verdedigen dan aanvallen. Red Hat, een bekende distributeur, beschikt bijvoorbeeld over een aantal octrooien. Het bedrijf heeft echter formeel verklaard deze nooit tegen open source software in te zullen zetten.²⁰ Ook IBM heeft onlangs aangegeven dat het zijn octrooiportefeuille nooit zal inzetten tegen Linux.²¹

5. *Onderzoek en gedrag van andere overheidsinstellingen tonen dat het risico acceptabel is.*

Open Source Risk Management (OSRM), een vanuit de open source gemeenschap geïnitieerd initiatief om de juridische risico's voor open source software beheersbaar te maken, heeft een inventarisatie gemaakt van mogelijk inbreuken op octrooien door Linux.²² Uit het onderzoek kwam naar voren dat Linux op geen enkel octrooi, dat reeds getoetst is door een rechter, inbreuk maakt. Er zouden wel 283 octrooien bestaan die mogelijk een risico vormen voor Linux. Een groot deel, namelijk 98 software-octrooien, zouden in handen zijn van bedrijven die positief staan ten opzichte van Linux, zoals onder andere Cisco, HP, IBM, Intel, Novell, Oracle, Red Hat en Sony. Microsoft, dat Linux ziet als een belangrijke concurrent, zou beschikken over 27 van de software-octrooien waarop Linux mogelijk inbreuk maakt. Het OSRM kwalificeert het juridische risico voor Linux derhalve als normaal. Voor gebruikers van Linux, die het zekere voor het onzekere willen nemen, biedt het OSRM een vrijwaring in de vorm van een verzekering tegen het juridische risico van octrooi-inbreuk.

De gemeente München heeft zijn LiMux-project²³, waarin 14.000 pc's worden voorzien van open source software, project onlangs tijdelijk stilgelegd, omdat gesteld werd dat aan het project in verband met software-octrooien te grote juridische risico's met zich mee zou brengen. Uit deze inventarisatie is naar voren gekomen dat het juridische risico gering is.²⁴ Ondertussen is het project weer in volle gang doorgezet.

Tot slot staat de Europese Commissie, die het voorstel voor de richtlijn inzake software-octrooien heeft gedaan, zeer positief ten opzichte van open source software. Dit blijkt wel uit het feit dat Europese Commissie sinds 1998 vele initiatieven op het gebied van open

19 Zie respectievelijk http://news.netcraft.com/archives/web_server_survey.html en http://www.falkotimme.com/projects/survey_smtp_032004.php.

20 EP1312195 en EP1358577. Voor het beleid inzake hun software-octrooien van Red Hat zie http://www.redhat.com/legal/patent_policy.html.

21 Zie <http://www.informationweek.com/story/showArticle.jhtml?articleID=26806088>.

22 <http://www.osriskmanagement.com>.

23 Voor het LiMux-project zie <http://www.muenchen.de/linux>.

24 Zie <http://www.heise.de/newsticker/meldung/51022>.

source software actief ondersteunt²⁵ en uit het feit dat een Europees Open Source Observatory is opgericht.²⁶

4. Slotsom

De in het vorige hoofdstuk beschreven relevante factoren tonen aan dat software-octrooien voor gebruikers van open source software een normaal, acceptabel risico vormen. Aangezien software-octrooien uitvindingen in software beschermen, is het mogelijk dat het vrije gebruik van open source software in gevaar komt, indien de open source software inbreuk maakt op een software-octrooi. Echter, hetzelfde geldt voor het gebruik van gesloten software.

Het is bij open source software net als bij gesloten software van belang om een uitgebreide productselectie uit te voeren. In een dergelijke selectie dient ook de afkomst en de populariteit, welke een indicatie vormt voor het aantal belanghebbenden, van het product bekeken te worden. Deze aspecten kunnen bepalend zijn voor de hoogte van het juridisch risico. Gezien het voorgaande bestaat er op dit moment in het algemeen geen reden voor overheidsorganisaties om te stoppen met het gebruik van open source software. Wel geeft het nogmaals aan hoe belangrijk het is om je goed bewust te zijn van de juridische aspecten van het gebruik van (open source) software. En dat je als gebruiker niet alleen moet kijken naar de software zelf, maar ook naar hoe de community er omheen is opgebouwd en welke afspraken je maakt met een eventuele implementatiepartner die de (open source) software aanbiedt.

Dat het juridische risico momenteel als acceptabel kan worden gekwalificeerd, neemt niet weg dat het van belang blijft dat belanghebbende partijen, waaronder de open source gemeenschap en gebruikers van open source software, de ontwikkelingen rondom de voorgestelde richtlijn inzake software-octrooien kritisch blijven volgen. Dit kan de kwaliteit van een eventuele richtlijn alleen maar ten goede komen.

²⁵ Voor een overzicht van initiatieven die de Europese Commissie ondersteunt zie:

http://europa.eu.int/information_society/activities/opensource/european_activities/index_en.htm.

²⁶ Zie <http://europa.eu.int/ida/oso/>.