

Ontwikkelingen Sturen

Reactie van Vrijschrift / FFII op rapport van de Adviescommissie Software Octrooien (Commissie Giskes)

Op 28 mei 2005 heeft de Adviescommissie Software octrooien (hierna: de Adviescommissie) haar advies inzake de Softwareoctrooien richtlijn uitgebracht.

Conclusies

De Adviescommissie constateert zeer ernstige problemen bij het verlenen van octrooien op software.

De Adviescommissie schrijft: “Het is belangrijk om in de discussie te erkennen dat er wel degelijk sprake kan zijn van octrooien op computerprogramma's.” Dit is een belangrijke constatering.

De Adviescommissie constateert een waslijst aan problemen. En toch meent zij dat software patenteerbaar dient te zijn. Het Europees Octrooi Verdrag sluit software als zodanig uit, dit uitgangspunt wordt door de Adviescommissie verlaten. Deze stellingname van de Adviescommissie mist alle redelijke onderbouwing, en gaat voorbij aan economisch onderzoek en economische gegevens. Zie hoofdstuk 3.

De Adviescommissie stelt intrekken richtlijn voor. Dit betekent dat de gewraakte praktijk voortgezet kan worden. Om de zeer ernstige problemen die de Adviescommissie geconstateerd heeft - “Het feit dat veel toegekende octrooien eigenlijk geen nieuwe uitvindingen betreffen” - op te lossen stelt zij flankerend beleid voor, ook voor de interoperabiliteit. De kardinale vraag is of de geconstateerde ernstige problemen inherent zijn aan het verlenen van octrooien op software. Indien dit zo is, kan flankerend beleid niet werken. In dat geval is er geen andere oplossing dan accepteren dat octrooiering van software uit de hand loopt, of kiezen voor de amendementen van Rocard, die dataverwerking uitsluiten, terwijl uitvindingen die de natuurkrachten op nieuwe wijze manipuleren wel toegelaten worden. Naar de mening van Vrijschrift / FFII zijn de geconstateerde problemen inherent aan het verlenen van octrooien voor software. Zie hiervoor hoofdstuk 5.

Om deze reden steunt Vrijschrift / FFII de amendementen van Rocard. Indien we nu voor deze amendementen kiezen, kunnen we over 5 jaar nog altijd anders beslissen. Indien we dit niet doen, hebben we over 5 jaar een berg softwareoctrooien waar we 20 jaar aan vast

zitten.

Maar ook wie, zoals de Adviescommissie, flankerend beleid wil ontwikkelen, heeft een sterke stok achter de deur nodig – gezien de ernst van de problemen, de fundamentele koerswijziging die nodig is, de fundamentele problematiek die opgelost dient te worden en de vraag of er genoeg politieke wil aanwezig is. Ook in deze situatie zijn de amendementen van Rocard noodzakelijk. De amendementen van Rocard kunnen overigens uitstekend gecombineerd worden met het flankerende beleid dat de Adviescommissie wenst.

De karakteristieken van de softwaresector worden ernstig geschaad door octrooien op software. De octrooienwedloop in de softwaresector is begonnen. Octrooien op software zullen de transactiekosten enorm verhogen. Het meeste licentiegeld zal uit Europa stromen. De regio met de laagste transactiekosten zal de meest succesvolle regio zijn. Europa dient deze regio te zijn. Zie hoofdstuk 4.

Zonder octrooien op software zullen bedrijven blijven investeren in materieel onderzoek, en zo de kans vergroten dat er een Europese maakindustrie overeind blijft.

Juist het MKB, een belangrijke bron van innovaties en schepper van zo'n 80% van de nieuwe werkgelegenheid in Europa moest vertegenwoordiging in de Adviescommissie ontberen. In haar huidige samenstelling omvatte de Adviescommissie naast twee onafhankelijke leden, een werknemer van Philips en een oud-werknemer van Akzo Nobel.

In tegenstelling tot het rapport meent Vrijschrift / FFII dat het Europees Octrooi Verdrag de juiste benadering kent: functionaliteit in software die slechts de software zelf betreft of de presentatie van informatie dient niet patenteerbaar te zijn. Alle studies wijzen er op dat dergelijke patenten onnodig zijn en innovatie hinderen ipv stimuleren.

Aan de andere kant, technische computer-gestuurde processen, zoals weven of antiblokkeringsremsystemen dienen patenteerbaar te zijn. Dit zijn geen computerprogramma's als zodanig, maar technische uitvindingen die software bevatten.

Deze grens kan en moet aangebracht worden en de amendementen van Rocard doen dat.

De beste oplossing is een richtlijn die bevestigt dat pure software functionaliteit niet patenteerbaar is, en Vrijschrift / FFII heeft een uitgesproken voorkeur voor een dergelijke richtlijn.

Een richtlijn echter gebaseerd op de tekst van de Raad van Ministers, die zonder meer groen licht geeft aan patenteerbaarheid van software, zou desastreus zijn. In dat geval is geen richtlijn beter.

1 Ernstige problemen bij verlening softwareoctrooien

De Adviescommissie beschrijft zeer ernstige problemen bij de verlening van octrooien op software.

“Het is de Adviescommissie bij haar rondgang gebleken dat de belangrijkste problemen in de huidige praktijk zijn:

Het feit dat er te veel octrooien op software-uitvindingen worden verleend die in de ogen van praktijkmensen geen, of slechts een zeer beperkte bijdrage leveren aan de stand van de techniek.

Het feit dat veel toegekende octrooien eigenlijk geen nieuwe uitvindingen betreffen, maar dat het hij de octrooibeoordelaars ontbreekt aan de voldoende kennis van de stand van de techniek ('prior art') om dit te kunnen vast stellen.

Het feit dat octrooien op software en/of computerprogramma's in onvoldoende mate voldoen aan het octrooirechtelijke vereiste van 'nawerkbare' openbaarmaking, waardoor de bijdrage aan de stand van de techniek ook voor een deskundige verborgen blijft en het aan het octrooirecht ten grondslag liggende 'quid pro quo' principe geweld wordt aangedaan.

Het feit dat er toch octrooien worden verleend op methoden van zakendoen.

Het feit dat de triviale octrooien worden misbruikt en een afschrikwekkend en innovatieremmend effect hebben op veel software-ontwerpers.

Het feit dat veel gebruikte standaarden voor interfaces worden geoctrooieerd, wat interoperabiliteitsproblemen veroorzaakt[1].

Het feit dat gebruik maken van bestaande oppositieprocedures tegen dubieuze octrooien (octrooien die juridisch aanvechtbaar zijn) kostbaar, tijdrovend en riskant is, waardoor vooral het MKB zich vaak gedwongen ziet te schikken.

[1] In tegenstelling tot andere software, kunnen bij standaarden voor interfaces vrijwel onmogelijk alternatieve oplossingen worden ontwikkeld met eenzelfde acceptatiegraad. Het is tegelijkertijd voor de software-industrie heel verleidelijk om standaarden te beheersen (door octrooien of geheimhouding).”

2 Computer Implemented Inventions (CII) = software

De Adviescommissie schrijft: “Het is belangrijk om in de discussie te erkennen dat er wel degelijk sprake kan zijn van octrooien op computerprogramma's.”

Dit is een belangrijke constatering. Tot nu toe werd dit door de Nederlandse regering ontkend. Zie bijvoorbeeld de brief van de staatssecretaris van EZ van 16 juni 2004.

3 Software patenteerbaar?

De Adviescommissie schrijft: "De Adviescommissie is van mening dat software en computerprogramma's tot de techniek behoren, en dat er in die zin geen goede rechtvaardigingsgrond bestaat om software of computerprogramma's uit te sluiten van octrooieerbaarheid of anders te behandelen dan andere velden van de technologie."

De Adviescommissie stelt dat software technisch is en meent dat software om deze reden patenteerbaar moet zijn. Er kan met evenveel recht gesteld worden dat software niet technisch is, dit is een woordenspel.

Het is bovendien een drogredenering. Of software technisch genoemd kan worden of niet is irrelevant. Van belang is dat octrooien de competitie verminderen, en dat er een bijzonder goede reden moet zijn om ze in een sector toe te laten, zij dienen ondanks de verminderde concurrentie de innovatie te verhogen.

We wijzen op het Empirisch onderzoek van Bessen en Hunt (2004):

- * Softwarepatenten in de VS geleid hebben tot een transfer van Onderzoek & Ontwikkeling budgetten naar budgetten voor het verkrijgen en afdwingen van octrooien.

- * Patenten hinderen innovatie in plaats van haar aan te moedigen in velden waar de innovatie hoofdzakelijk incrementeel is, zoals bij softwareontwikkeling.

De onderzoeken die er zijn wijzen op negatieve gevolgen van octrooien op software, niet op positieve [Studies].

De Business Software Alliance lobbyt voor octrooien op software. Zij trachtte aan te tonen dat softwareoctrooien goed zijn voor het MKB. De conclusie die er uit het onderzoek getrokken kan worden is echter dat het Europese MKB amper over softwareoctrooien beschikt [bijlage]. Commentaar van de FFII: "Another interesting point is that only about 37% of the identified SME patents belong to traditional pure data processing patent categories. The rest belongs to classes such as "other physics", "electricity", "human necessities" and "performing operations". Most of these patents would probably pass the proposed forces of nature and data processing tests." Vanwege het lage aantal spelen octrooien op software geen grote rol voor het MKB als het gaat om bescherming, zij creëren wel een juridisch mijnveld voor het MKB.

Deutsche Bank Research wees op de negatieve gevolgen van de Raadsversie voor het MKB [Studies]. Ook Graham Vickery, hoofd onderzoek ict-beleid bij de OESO, wees op de negatieve gevolgen voor MKB-bedrijven [OESO].

De Adviescommissie constateert een waslijst aan problemen. En toch meent zij dat software patenteerbaar dient te zijn. Het Europees Octrooi Verdrag sluit software als zodanig uit, dit uitgangspunt wordt door de Adviescommissie verlaten. Deze stellingname van de Adviescommissie mist alle redelijke onderbouwing, en gaat voorbij aan economisch onderzoek en economische gegevens.

4 Ontwikkelingen sturen

De softwaresector kent lage instapkosten, lage distributiekosten, veel aanbieders, hoge concurrentie, snelle opeenvolgende innovatie, korte levensduur van producten en een extra bron van innovatie: open source. Anders dan in andere sectoren is interoperabiliteit van kardinaal belang. Deze karakteristieken worden ernstig geschaad door octrooien op software.

Microsoft heeft de aandeelhouders beloofd 3000 octrooien per jaar aan te zullen vragen. In Nederland heeft Microsoft 88 octrooien, Microsoft heeft er 886 in aanvraag. De distributeur van open source software Red Hat is tegen octrooien op software, Red Hat heeft echter aangekondigd ze aan te zullen vragen, uit defensieve overwegingen. De octrooienwedloop in de softwaresector is begonnen. Octrooien op software zullen de transactiekosten enorm verhogen.

Multinationals verplaatsen banen naar andere werelddelen, het MKB schept banen hier. Het MKB schept 80% van de nieuwe banen in Europa en is een belangrijke bron van innovatie. Octrooien op software schaden het MKB.

De softwaresector heeft een onstuimige groei door kunnen maken zonder octrooien. Ze zijn niet nodig. Het zijn bedrijven in de maakindustrie die op octrooien aandringen. Deze kunnen echter ook materiële octrooien aanvragen, en octrooien op uitvindingen die op vernieuwende wijze natuurkrachten manipuleren. Zonder octrooien op software zullen ze blijven investeren in materieel onderzoek, en zo de kans vergroten dat er een Europese maakindustrie overeind blijft. Zonder deze aanpak zullen vele Europese maakbedrijven over 10 jaar softwarebedrijven geworden zijn.

70% van de softwareoctrooien is in niet-Europese handen, het meeste licentiegeld zal uit Europa stromen.

Octrooien op software zullen de transactiekosten enorm verhogen. Laten we naar de wereldkaart kijken. De regio met de laagste transactiekosten zal de meest succesvolle regio zijn. Europa dient deze regio te zijn.

5 Inherente problemen

De Adviescommissie stelt voor de uitsluiting van “software als zodanig” op te heffen. Voortaan zal alle software die aan de gewone eisen van het octrooirecht voldoet patenteerbaar zijn – ook “pure software”.

Om de zeer ernstige problemen die de Adviescommissie geconstateerd heeft - “Het feit dat veel toegekende octrooien eigenlijk geen nieuwe uitvindingen betreffen” - op te lossen stelt zij flankerend beleid voor, ook voor de interoperabiliteit. De kardinale vraag is of de geconstateerde ernstige problemen inherent zijn aan het verlenen van octrooien op software. Indien dit zo is, kan flankerend beleid niet werken. In dat geval is er geen andere oplossing dan accepteren dat octrooiering van software uit de hand loopt, of kiezen voor de amendementen van Rocard, die dataverwerking uitsluiten, terwijl uitvindingen die de natuurkrachten op nieuwe wijze manipuleren wel toegelaten worden.

Wij menen dat de problemen inherent zijn:

Het verkleinen van de inventieve stap is gedaan ten behoeve van grote bedrijven. Het doel was alle kleine stappen in een cumulatief ontwikkelproces patenteerbaar te maken. "So we can see that the reforms that sought to protect corporate cumulative innovation were successful, but had built-in defects from the perspective of competitors seeking to enter the market either as imitators or innovators. The killing of the flash of genius concept served as an enabler to anti-competitive behaviour by allowing firms to raise the cost of follow-on innovation and raising barriers to market entry that could become excessive. And it still appears to do this." [DUT99] Dit is de kern van het probleem van het octrooisysteem. Het is de reden dat het octrooisysteem grote bedrijven bevoordeelt. Het is de reden dat octrooien en software - veel kleine aanbieders, en software is bijzonder cumulatief - niet goed samengaan. Het betekent tevens dat aanpakken van trivialiteit geen aanpakken van te lage kwaliteit is, geen aanpakken is van incidenten en misbruik, maar vraagt om een fundamentele koerswijziging. Een fundamentele koerswijziging die de bevoorrechte positie van grote bedrijven aantast, zodat uit die hoek weerstand te verwachten is.

De ontwikkeling van computerprogramma's vindt vooral op incrementele wijze plaats, grote innovaties zijn vrijwel altijd de cumulatie van vele kleine. Het patenteerbaar maken van kleine stapjes en bijdragen heeft geleid tot fragmentatie, een stortvloed aan ongewenste octrooien. Het verhogen van de drempel leidt tot oneerlijkheid. Wie krijgt het octrooi, het bedrijf dat 100 stapjes toevoegde, of het bedrijf dat één grotere bijdrage leverde? Het octrooisysteem werkt niet goed in velden waar de ontwikkeling sterk cumulatief is. Het octrooirecht heeft hier geen oplossing voor.

Er zijn miljoenen producenten van software over de hele wereld. Het is onbekend wat er al gebeurd is, wat nieuw is. Ook omdat van veel software de bouwtekeningen, de

broncode, geheim is. Als je al niet weet wat nieuw is, is het onmogelijk te weten wat werkelijk vernieuwend is. De schaalgrootte en snelheid van softwareontwikkeling zijn zodanig, dat het octrooisysteem hier niet anders kan dan falen. Anderzijds, vanwege schaalgrootte en snelheid van softwareontwikkeling is de stimulans die van octrooiering uit zou gaan ook helemaal niet nodig – dat heeft het verleden wel bewezen.

Om deze reden steunt Vrijschrift / FFII de amendementen van Rocard. Indien we nu voor deze amendementen kiezen, kunnen we over 5 jaar nog altijd anders beslissen. Indien we dit niet doen, hebben we over 5 jaar een berg softwareoctrooien waar we 20 jaar aan vast zitten.

Maar ook wie, zoals de Adviescommissie, flankerend beleid wil ontwikkelen, heeft een sterke stok achter de deur nodig – gezien de ernst van de problemen, de fundamentele koerswijziging die nodig is, de fundamentele problematiek die opgelost dient te worden en de vraag of er genoeg politieke wil aanwezig is. Ook in deze situatie zijn de amendementen van Rocard noodzakelijk. De amendementen van Rocard kunnen overigens uitstekend gecombineerd worden met het flankerende beleid dat de Adviescommissie wenst.

6 Kosmetische amendementen

Voor het geval er onverhoopt wel een richtlijn tot stand komt beveelt de Adviescommissie een aantal punten aan.

De Adviescommissie geeft in bijlage 2 “Belangrijke punten voor Nederland indien een richtlijn tot stand komt” aanbevelingen. Deze zijn naar onze mening volstrekt onvoldoende.

Inhoudelijk triviale softwareoctrooien zitten in de Raadsversie ingebakken. Hier wordt niets aan gedaan. Het is verbijsterend dat de Adviescommissie een krachtige aanpak op het gebied van triviale vindingen voorstaat zonder in te gaan op de ruime faciliteiten die dergelijke triviale vindingen geboden worden in de huidige Richtlijn. De Adviescommissie maakt haar werk niet af.

Methoden van zakendoen worden patenteerbaar.

Interoperabiliteit wordt niet in de richtlijn geregeld. We moeten er maar op hopen dat het ooit nog eens ergens geregeld zal worden.

Zie bijlage

7 Samenstelling Commissie

Juist het MKB, een belangrijke bron van innovaties en schepper van zo'n 80% van de nieuwe werkgelegenheid in Europa moest vertegenwoordiging in de Adviescommissie ontberen. In haar huidige samenstelling omvatte de Adviescommissie naast twee onafhankelijke leden, een werknemer van Philips en een oud-werknemer van Akzo Nobel.

Bijlage 1

FFII: BSA study concludes European SMEs barely own software patents

9 June 2005 - The Business Software Alliance has published a study which concludes that only 20% of the identified European "computer-implemented invention" patents belong to small and medium-sized enterprises (SMEs), and that this percentage has remained constant between 1998 and 2004. Additionally, half of those 20% are owned by US and Japanese enterprises. In the end, about 1,200 EU SMEs own such patents according to their data, which roughly corresponds to the total number of Slovenian IT companies in 2002.

Interestingly, the paper starts out by stating "we wished to define computer-implemented inventions (usually referred to as 'software patents' in United States)". This confirms what the FFII has always said: there is no inherent difference between US-style software patents and patents on "computer-implemented inventions" as granted by the EPO. The study also literally includes "computer-aided", "computer-assisted" and "computer-controlled" inventions, which the European Parliament explicitly wants to keep patentable.

Moreover, the author admits that his selection of SMEs probably includes several companies larger than the generally accepted SME threshold of 250 employees. Thorough interpretation of the presented numbers is also hard because the study does not look at why patents were obtained and whether or not the owners feel they have benefited from their patent investments. Nevertheless, some key figures do stand out.

The most striking fact is that 80% of the identified patents belong to large companies and government organisations, and that this fraction has remained stable throughout the entire observed period. Of the patents identified as belonging to SMEs, another 50% belongs to US and Japanese companies. Given that the study concludes that about 2,000 to 2,200 SMEs (both foreign and European) own such patents, this means there are at best about 1,200 involved European SMEs. This equals more or less the number of Slovenian IT companies in 2002.

Another interesting point is that only about 37% of the identified SME patents belong to

traditional pure data processing patent categories. The rest belongs to classes such as "other physics", "electricity", "human necessities" and "performing operations". Most of these patents would probably pass the proposed forces of nature and data processing tests.

Finally, the study again demonstrates the difficulty in identifying software patents. The comparison of his results with a collection supplied by M-CAM, a specialised patent searching and evaluation company, showed that the author only identified 60% as many patents (17,000 vs 30,000). Moreover there was an overlap of only 9,000 patents among both sets.

Jonas Maebe, Board member of the FFII, concludes "In the light of this information, the touted fact that 81% of those patent-owning SMEs own only one patent seems to be largely irrelevant. The growth of such patent request by small companies is also offset by the same growth in patent applications from large companies, so they mainly remain a big companies' playground."

<http://wiki.ffii.org/Bsa050609En>

BSA rapport

<http://www.bsa.org/eupolicy/loader.cfm?url=/commonspot/security/getfile.cfm&PageID=25161>

Bijlage 2

Bespreking bijlage 2 van de Adviescommissie, "Belangrijke punten voor Nederland indien een richtlijn tot stand komt"

In punt 4 wordt aandacht gevraagd voor de kwaliteit van octrooiverlening. We merken op dat de ondergrens in de Raadstekst voor een technische bijdrage "andere technisch effecten" zijn. Elk technisch effect boven wat we al kennen, is hiermee voldoende. Wat niet octrooieerbaar is, wordt octrooieerbaar door een minimale efficiëntiewinst [CONS]. Door het concept "andere technisch effecten" (art 4a2) zitten inhoudelijk triviale softwareoctrooien in de Raadstekst ingebakken. Een minimale efficiëntiewinst levert de maatschappij zo goed als niets op. De maatschappelijke kosten zijn echter zeer hoog: monopolies, uitsluiting, royalty's, transactiekosten, hogere prijzen, bedreiging interoperabiliteit, en een overmaat aan octrooien. Tegenover een minimale maatschappelijke winst staan dus zeer hoge maatschappelijke kosten. Een maatschappij die een dergelijke overeenkomst sluit, benadeelt zichzelf.

Het is verbijsterend dat de Adviescommissie de trivialiteit aan wil pakken maar in de Raadstekst verzuimt "andere technische effecten" te vervangen. De Adviescommissie maakt haar werk niet af.

In punt 1 wordt er gesteld dat methoden van zakendoen niet patenteerbaar moeten zijn. Dit wordt gesteld zonder beperking. In punt 3 blijkt dat zij wel patenteerbaar worden. Inderdaad maakt de Raadstekst methoden van zakendoen die een technische bijdrage leveren patenteerbaar. We merken op dat technisch een kardinaal verschil uitmaakt, en dat zonder gedefinieerd te zijn. Omdat volgens de Adviescommissie software technisch is, kan elke combinatie van een methode van zakendoen met software een octrooi opleveren. Tevens merken we op dat de ondergrens in de Raadstekst voor een technische bijdrage een “ander technisch effect” is. Zo zijn methoden van zakendoen niet patenteerbaar, tenzij er een minimale efficiëntiewinst geboekt wordt. Methoden van zakendoen moeten ons inziens nooit patenteerbaar zijn. Het is onnodig - mensen willen heus wel rijk worden. Methoden van zakendoen patenteerbaar maken levert geen maatschappelijke winst op (omdat het onnodig is), er is wel maatschappelijk verlies: monopolies, uitsluiting, royalty's, transactiekosten, hogere prijzen. Methoden van zakendoen moeten volledig worden uitgesloten. Indien de uitvinding waarmee de methode van zakendoen wordt gecombineerd een werkelijke uitvinding is, kan hij eigenstandig gepatenteerd worden.

In punt 2 wordt de uitsluiting van software als zodanig opgegeven, zonder dat er iets voor in de plaats komt dan goede voornemens.

Punt 3 beoogt algoritmen vrij te houden in andere toepassingen dan de geoctrooieerde. Echter, andere toepassingen zijn andere technisch effecten, en dus ook weer patenteerbaar. Niet alleen zijn alle algoritmen in software in principe patenteerbaar, ze zijn ook meerdere malen patenteerbaar. Hetzelfde geldt voor methoden van zakendoen.

Last but not least willen we opmerken dat indien er een richtlijn tot stand komt, de Nederlandse regering er klaarblijkelijk niet op staat dat de interoperabiliteit geregeld wordt. Dat komt dan hopelijk nog wel eens in ander verband... Wij achten deze houding lichtzinnig. Interoperabiliteit dient direct goed geregeld te worden.

Noten

[DUT99] THE INNOVATION DILEMMA: INTELLECTUAL PROPERTY AND THE HISTORICAL LEGACY OF CUMULATIVE CREATIVITY Graham M. Dutfield & Uma Suthersanen Intellectual Property Quarterly 2004 p. 379-421

[CONS] <http://www.elis.ugent.be/~jmaebe/swpat/cons.html>

[Studies] <http://www.elis.ugent.be/~jmaebe/swpat/nlstudies/studies.pdf>

[OESO] <http://www.softwarepatenten.be/oeso>