

De bescherming van software: auteursrecht en/of octrooirecht?

Door Jan-Karel Pinxten

Onder wetenschappelijke begeleiding van Prof. Dr. F. Gotzen

1. INLEIDING

De laatste decennia onderging de wereld een ware technologische evolutie die leidde tot de ontwikkeling van vele nieuwe producten en technologieën. Software¹ is een van deze belangrijke nieuwigheden.

De ontwikkeling van computerprogramma's noodzaakt enorme investeringen maar van nature uit zijn zij zeer eenvoudig te kopiëren. De bescherming van software was en is dus van kapitaal belang. Niet iedereen wil immers enorm veel tijd, moeite en middelen investeren in de ontwikkeling van een innovatief software programma, zonder de zekerheid dat men de vruchten van zijn arbeid kan plukken.² Aangezien software een niet-materieel goed is, diende men wel een beroep doen op de intellectuele rechten. Het doel van de intellectuele rechten is, zoals het in de Amerikaanse grondwet geformuleerd wordt « *to promote the progress of science and useful arts, by securing over limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries* »³. Maar welk type intellectuele rechten is het meest geschikt voor de bescherming van dit nieuwe baanbrekende product?

Op Europees niveau hadden niet alle lidstaten een nationale regelgeving omtrent de bescherming van software en was er dus geen sprake van een geharmoniseerde aanpak.⁴ In de meeste lidstaten ontbrak een duidelijke rechtsbescherming. Gedurende een hele tijd lobbyden de grote softwareproducenten dan ook om op Europees niveau een adequate bescherming van computerprogramma's te bekomen. De Europese Commissie

¹ Software en computerprogramma worden in dit werkstuk als volwaardige synoniemen gebruikt.

² De open source gemeenschap is hier echter een uitzondering op. Deze stelt namelijk de broncode van het programma kosteloos open voor het grote publiek. Voor meer info zie: Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, "Open source software: een analyse naar Belgisch recht", *IRDI* 2007, 369.

³ U.S. Const., art. 1, section 8, cl. 8.

⁴ A. STROWEL en J-P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia : droit belge, droit européen, droit comparé*, Cahiers du Centre de recherches Informatique et droit, t. XI, Diegem, Kluwer, 1997, 137.

besloot uiteindelijk om, rekening houdend met het toenemende belang van software in de maatschappij, de softwarebescherming op Europees niveau te harmoniseren. In 1988 publiceerde de Europese Commissie uiteindelijk het Groenboek over het auteursrecht en de uitdaging der technologie, een eerste stap in de richting van auteursrechtelijke bescherming van software (hierna het **Groenboek** genoemd).⁵ Vervolgens werd op 14 mei 1991 de richtlijn betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's aangenomen (hierna de **Richtlijn** genoemd).⁶ De Raad verwierp de voorstellen om software te beschermen via het octrooienrecht alsook een *sui generis* bescherming en koos voor een auteursrechtelijke bescherming. Dit type van bescherming had het voordeel dat op een snelle en goedkope manier een complete en internationale bescherming werd geboden. Anderzijds houdt de auteursrechtelijke bescherming ook ernstige tekortkomingen in, zoals hierna zal worden uiteengezet, en we kunnen ons de vraag stellen of het auteursrecht wel geschikt is om software op een adequate manier te beschermen. Hoe dan ook werd de Richtlijn in België uiteindelijk (en laattijdig) omgezet door de wet van 30 juni 1994 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (hierna de **Softwarewet**)⁷. Op dezelfde dag werd ook de wet betreffende het auteursrecht en de naburige rechten aangenomen (hierna de **Auteurswet**).⁸ De Auteurswet omvat de principes van het algemeen auteursrecht en is op subsidiaire wijze van toepassing op software.⁹

Dit werkstuk vangt aan met een analyse van de auteursrechtelijke bescherming van software. Vervolgens wordt de evolutie van de octrooieerbaarheid van software en zijn principiële uitsluiting besproken. Ten slotte concluderen we met een schets van wat de toekomst zou moeten brengen om software in de 21^{ste} eeuw adequaat te beschermen.

⁵ *Le livre vert sur le droit d'auteur et le défi technologique*, COM(1988)172, juni 1988.

⁶ Richtl. Raad nr. 91/250, 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *Pb. L.* 17 mei 1991, afl. 122, 42.

⁷ Wet 30 juni 1994 houdende omzetting in Belgisch recht van de Europese richtlijn van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *BS* 27 juli 1994.

⁸ Wet 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten, *BS* 27 juli 1994.

⁹ A. PUTTEMANS, "Au bout du bout du droit d'auteur: la nouvelle protection juridique des programmes d'ordinateur", *R.D.C.* 1995, 769-770.

2. DE AUTEURSRECHTELIJKE BESCHERMING VAN SOFTWARE

2.1. HET VOORWERP VAN DE BESCHERMING

Het voorwerp van de auteursrechtelijke bescherming is het computerprogramma alsook alle voorbereidende materialen. Maar wat dient nu precies verstaan te worden onder de begrippen ‘software’ en ‘voorbereidende materialen’?

2.1.1. Software

Noch de Softwarewet, noch de Richtlijn voorzien in een definitie van het begrip ‘software’. Het ontbreken van een heldere definitie is te verklaren door de angst voor snelle technologische ontwikkelingen, die elke definitie op korte termijn achterhaald zou maken. Een precieze definitie van het begrip ‘software’ zou na verloop van tijd als resultaat kunnen hebben dat bepaalde nieuwe technologieën buiten de bescherming zouden vallen, hetgeen uiteraard nefaste gevolgen zou hebben voor de bereidwilligheid van ontwikkelaars om te investeren in steeds performantere software.

De enige aanwijzing omtrent een mogelijke definitie kan in het Groenboek gevonden worden. Hierin wordt een computerprogramma omschreven als een « ensemble d’instructions qui a pour but de faire accomplir des fonctions par un système de traitement de l’information »¹⁰.

De Softwarewet preciseert verder dat de bescherming de uitdrukkingwijze zelf, in welke vorm ook, van het computerprogramma betreft.¹¹ Het is dus van geen belang of het programma in de broncode¹² of de objectcode¹³ wordt uitgedrukt. De drager waarop het computerprogramma zich bevindt, is evenmin van belang. Het programma kan bijvoorbeeld worden opgeslagen op papier, een diskette of een CD. Hierbij dient een onderscheid gemaakt te worden tussen enerzijds de materiële drager van het computerprogramma en anderzijds het computerprogramma op zich als immaterieel goed.¹⁴

¹⁰ *Le livre vert sur le droit d’auteur et le défi technologique*, COM(1988)172, 5.1.1, 7 juni 1988.

¹¹ Art. 2, al. 2 wet 30 juni 1994 houdende omzetting in Belgisch recht van de Europese richtlijn van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma’s, BS 27 juli 1994.

¹² De broncode is de weergave van het computerprogramma zoals het geschreven is door de auteur.

¹³ De objectcode is binaire weergave van het computerprogramma en is dus hetgeen door de computer wordt gelezen en begrepen.

¹⁴ De intellectuele rechten hebben enkel betrekking op het immateriële goed zijnde het computerprogramma. Het computerprogramma moet hier als een immateriële creatie worden gezien. Het eigendomsrecht betreft de materiële drager van het programma. Dit kan bijvoorbeeld een CD of diskette zijn.

2.1.2. Voorbereidend materiaal

Ook het begrip ‘voorbereidend materiaal’ wordt niet gedefinieerd. De rechtsleer stelt dat alle documenten van de voorbereidende fase beschermd worden, op voorwaarde dat deze documenten noodzakelijk waren voor de ontwikkeling van de software.¹⁵ De Belgische rechtspraak stelt ook dat bijvoorbeeld de *flow-charts* (de schematische weergaves van de gegevensoverdracht (de *flows*) binnen het computerprogramma) tot het voorbereidend materiaal behoren.¹⁶

2.1.3. Ideeën

De ideeën en beginselen aan de grondslag van het computerprogramma worden daarentegen niet beschermd.¹⁷ De auteursrechtelijke bescherming betreft, overeenkomstig het principe van het auteursrecht, enkel de vorm en uitdrukking van de ideeën. Zo is het dus aan iedereen toegestaan om een programma te schrijven met exact dezelfde functionaliteit op voorwaarde dat dit gebeurt op basis van een zelf ontwikkelde broncode.¹⁸ De Commissie koos voor deze wijze van bescherming om te vermijden dat er beslag zou worden gelegd op algemene functionele aspecten van een computerprogramma en dat zo de technische vooruitgang afgeremd zou worden. Een voorbeeld toont dit aan: op het gebied van tekstverwerking bestaan er verschillende concurrerende programma’s: Microsoft Word, Abiword, openoffice.org, etc. Het idee aan de grondslag van deze programma’s is hetzelfde: via een klavier worden tekens ingegeven, die op het scherm verwerkt en opgemaakt kunnen worden tot een coherente en leesbare tekst. Het idee op zich van tekstverwerking wordt uiteraard niet beschermd. Dit zou, zoals de Commissie heeft aangegeven, de concurrentie en technische vooruitgang afremmen. De broncode van deze verschillende programma’s is echter wel beschermd.

De Softwarewet stelt vervolgens dat computerprogramma’s worden gelijkgesteld met werken van letterkunde in de zin van de Conventie van Bern

¹⁵ A. PUTTEMANS, “Au bout du bout du droit d’auteur: la nouvelle protection juridique des programmes d’ordinateur”, *R.D.C.* 1995, 769-770.

¹⁶ Brussel 30 juni 2003, *AM* 2004, 153. Voor een overzicht van rechtspraak zie P. LAURENT, “Protection des programmes d’ordinateur” in C. TERWAGNE en S. DUSOLLIER, “Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l’information (2002-08)”, *RDTI* 2009, 50.

¹⁷ Art. 2, al. 2 wet 30 juni 1994 houdende omzetting in Belgisch recht van de Europese richtlijn van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma’s, *BS* 27 juli 1994; F. GOTZEN, “Intellectuele eigendom en nieuwe technologieën”, *R.W.* 1983-1984, 2386, nr. 19; A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d’auteur et les droits voisins.*, Création Information Communication, t. I, Brussel, Larcier, 2008, 277.

¹⁸ Cass. (FR) (3de k.) 13 december 2005, beschikbaar op : <http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php?id_article=1620> (consultatie 15 november 2009) ; A. VAN ROOIJEN, noot onder Inter IT/Webcash, “Auteursrechtelijke bescherming van software in Europa en Nederland”, *AMI* (Ned.) 2007, 193.

voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst¹⁹. Er zijn twee redenen voor deze gelijkstelling. Enerzijds schrijft de programmeur zijn programma in broncode en in die zin kan het programma worden beschouwd als een litterair werk. Anderzijds beoogde de Richtlijn een snelle en complete bescherming van software op internationaal niveau. De Conventie van Bern was de beste optie om zo een bescherming te bieden.

Deze gelijkstelling geeft blijk van een uiterst materiële opvatting van software zonder functionele aspecten in rekening te nemen. Een functionelere opvatting over software (m.a.w. met accent op de idee achter een programma en de functionaliteit ervan) leidt ons meteen weg van het auteursrecht en in de richting van het octrooirecht. Hier komen we later op terug in het tweede deel van dit werkstuk waarin de octrooierbaarheid van software wordt besproken.

2.2. VOORWAARDE VOOR DE AUTEURSRECHTELIJKE BESCHERMING

De voorwaarde om van auteursrechtelijke bescherming te kunnen genieten is dat het computerprogramma oorspronkelijk (of origineel) is wat betreft zijn vormgeving. Artikel 2 van de Softwarewet bepaalt dat een computerprogramma bescherming geniet indien het oorspronkelijk is in die zin, dat het “een eigen intellectuele schepping van de auteur” is. Deze formulering helpt ons echter niet op weg om de inhoud van het concept ‘oorspronkelijkheid’ (‘originaliteit’) te verduidelijken. Verder stelt hetzelfde artikel 2 dat om te bepalen of het programma voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt, geen andere criteria mogen worden gebruikt.²⁰

Aangezien de definitie van het begrip ‘originaliteit’ in de Softwarewet kort is, is het nuttig deze te verduidelijken op basis van een analyse van de Belgische rechtsleer en rechtspraak.

2.2.1. Belgische rechtsleer en rechtspraak

Er zijn vele verschillende strekkingen binnen de Belgische rechtsleer omtrent de exacte inhoud van het begrip ‘originaliteit’. De oudste opvatting stelde het begrip ‘originaliteit’ gelijk aan ‘nieuwheid’. POIRER bijvoorbeeld stelde dat een werk enkel origineel kon zijn indien het nieuw was.²¹ Deze gelijkstelling tussen nieuwheid en oorspronkelijkheid werd later volledig verworpen in de

¹⁹ Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst van 9 september 1886, aangevuld te Parijs op 4 mei 1896, herzien te Berlijn op 13 november 1908, aangevuld te Bern op 20 maart 1914, herzien te Rome op 2 juni 1928, te Brussel op 26 juni 1948, te Stockholm op 14 juli 1967 en te Parijs op 24 juli 1971, *BS* 10 november 1999.

²⁰ Art. 2, al. 1 wet 30 juni 1994 houdende omzetting in Belgisch recht van de Europese richtlijn van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *BS* 27 juli 1994.

²¹ P. POIRIER, “Le droit d’auteur”, in *Les Nouvelles, Droits intellectuels*, Brussel, Larcier, 1936, 833.

rechtsleer. Een nieuw werk is immers niet origineel louter door het feit dat het nieuw is.²² Oorspronkelijkheid moet dan ook van de nieuwigheid worden losgekoppeld. Zo bevestigen VAN HECKE en GOTZEN bijvoorbeeld dat in het merendeel van de gevallen een nieuw werk origineel is maar dat het ook mogelijk is dat een werk origineel is zonder dat het nieuw is.²³ De nieuwigheid van een werk kan dus de oorspronkelijkheid helpen bewijzen maar het is geen *conditio sine qua non* opdat het werk oorspronkelijk zou worden geacht.²⁴

Een andere strekking hecht reeds van oudsher veel belang aan de intellectuele inspanning die nodig was voor de creatie van het werk.²⁵ Deze intellectuele inspanning van de auteur kan zowel inhoudelijk als vormelijk tot uitdrukking komen. VAN ISACKER stelt dat een werk dat per toeval of door een louter technische handeling tot stand komt, niet oorspronkelijk kan zijn.²⁶ GOTZEN stelt dat de intellectuele inspanning een band legt tussen de auteur en zijn werk, waarbij de omvang van de inspanning zonder belang is.²⁷ Een werk kan zonder veel inspanning gecreëerd worden en toch oorspronkelijk zijn.

De intellectuele inspanning van de auteur wordt vaak niet voldoende geacht opdat een werk oorspronkelijk wordt bevonden. De vereiste van een intellectuele inspanning wordt ook gekoppeld aan de vereiste van een persoonlijke stempel van de auteur. Het werkt moet m.a.w. getekend zijn door de persoonlijkheid van de auteur.²⁸ De persoonlijkheid van de auteur moet worden teruggevonden in vormgeving en dus niet in de inhoud van het werk.²⁹ Om de persoonlijke stempel te dragen moet de creatie van het werk bepaalde keuzemogelijkheden inhouden. De auteur maakt zelf bepaalde keuzes rekening houdend met zijn eigen persoonlijkheid. Wanneer zulke keuzemogelijkheden ontbreken, kan het werk niet oorspronkelijk zijn. Iedere andere auteur zou in dit geval namelijk identiek hetzelfde resultaat bekomen. Volgens BUYDENS

²² F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Brussel, Bruylant, 2000, 21, nr. 23 ; J. DEENE, "Originaliteit in het auteursrecht", *IRDI* 2005, 223 et seq. ; A. STROWEL, "L'originalité en droit d'auteur : un critère à géométrie variable", *J.T.* 1991, 513 et seq. ; J. CORBET, *Auteursrecht*, Algemeen Praktische Rechtsverzameling, Antwerpen, E. Story-Scientia, 1997, 27, nr. 71.

²³ G. VAN HECKE en F. GOTZEN, "Overzicht van rechtspraak (1970–1975). Industriële Eigendom. Auteursrecht", *T.P.R.* 1977, 696.

²⁴ A. STROWEL en J.-P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia : droit belge, droit européen, droit comparé*, Cahiers du Centre de recherches Informatique et droit, t. XI, Diegem, Kluwer, 1997, 12.

²⁵ P. WAUWERMANS, *Le droit des auteurs en Belgique*, Brussel, Société belge de librairie, 1894, 105.

²⁶ F. VAN ISACKER, *Kritische synthese van het Belgische auteursrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1985, 4.

²⁷ F. GOTZEN, "Het hof van cassatie en het begrip 'oorspronkelijkheid' in het Belgische auteursrecht. Van foto's en catalogi naar computerprogramma's en databanken?", *Computerr.* 1990, 161–162.

²⁸ A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins.*, Création Information Communication, t. I, Brussel, Larcier, 2008, 53, nr. 31 ; zie ook : Turnhout 12 september 1994, *Computerr.* 1995, 65 noot M. TAYMANS ; Hasselt 16 februari 1999, *IRDI* 1999, 34.

²⁹ Brussel 19 december 2003, *AM* 2004, 144, met noot J. ENGLEBERT.

moet de auteur scheppingsvrijheid gehad hebben en moet hij deze vrijheid op een doorslaggevende manier gebruikt hebben.³⁰

Een ander criterium voor de oorspronkelijkheid was de toetsing van de artistieke waarde van het werk. Deze archaische en subjectieve visie is vandaag de dag volledig verworpen in de rechtsleer.³¹ De vereiste van artistieke waarde creëert immers een grote onzekerheid over de toekenning van oorspronkelijkheid. De toetsing aan de vereiste van artistieke waarde gebeurt op een uiterst subjectieve manier en hangt dus volledig af van de persoon die erover moet oordelen. Deze maatstaaf is dan ook volledig verworpen door het Hof van Cassatie.³²

Zoals hierboven reeds vermeld heeft Hof van Cassatie met haar arrest van 27 april 1989 expliciet de vereiste van de artistieke waarde verworpen.³³ De Belgische rechtspraak bleef echter verdeeld over welk criterium dan wél moest worden toegepast om na te gaan of een werk oorspronkelijk is.³⁴ Was dat (i) het criterium van de intellectuele inspanning, (ii) het criterium van de persoonlijke stempel van de auteur of (iii) een combinatie van beide criteria?

In verschillende arresten sloot het Hof van Cassatie zich aan bij de vereiste van een intellectuele inspanning.³⁵ Deze vereiste is een objectief criterium dat in mindere mate gekoppeld is aan de creativiteit die aan de basis ligt van het werk. In andere arresten gaf het Hof echter de voorkeur aan het criterium van de persoonlijke stempel van de auteur. Dit is bijvoorbeeld het geval in het arrest van 25 oktober 1989 waarin het Hof de bescherming van een catalogus van elektronische producten verwerpt wegens het gebrek van de persoonlijke stempel van zijn auteur.³⁶ Deze rechtspraak creëerde dan ook onzekerheid omtrent welk criterium toegepast moest worden.

Ook de rechtsleer bleef verdeeld tussen de aanhangers van een cumulatieve toepassing³⁷ en zij die stelden dat de persoonlijke stempel van de auteur

³⁰ M. BUYDENS, *La protection de la quasi-création*, Création Information Communication, t. II, Brussel, Larcier, 1993, 252.

³¹ A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins.*, Création Information Communication, t. I, Brussel, Larcier, 2005, 77 ; J. CORBET, *Auteursrecht*, APR, Antwerpen, E. Story-Scientia, 1997, 28, nr. 74 ; A. STROWEL en J.-P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia : droit belge, droit européen, droit comparé*, Cahiers du Centre de recherches Informatique et droit, t. XI, Diegem, Kluwer, 1997, 12, nr.13.

³² Cass. 27 april 1989, *Pas.* 1989, I, 108.

³³ Cass. 27 april 1989, *Pas.* 1989, I, 108; F. GOTZEN, "Het hof van cassatie en het begrip 'oorspronkelijkheid' in het Belgische auteursrecht. Van foto's en catalogi naar computerprogramma's en databanken?", *Computerr.* 1990, 162.

³⁴ J.P. BUYLE, L. LANOYE, Y. POULLET, & V. WILLEMS, "Chronique de jurisprudence. L'informatique (1987-1994)", *J.T.* 1996, 221.

³⁵ Cass. 27 april 1989, *Pas.* 1989, I, 108; Cass. 2 maart 1993, *Pas.* 1993, I, 234.

³⁶ Cass. 25 oktober 1989, *Arr. cass.* 1989-90, 272.

³⁷ F. GOTZEN, "Het hof van cassatie en het begrip 'oorspronkelijkheid' in het Belgische auteursrecht. Van foto's en catalogi naar computerprogramma's en databanken?", *Computerr.*

volstond³⁸. Uiteindelijk heeft het Hof van Cassatie pas in een arrest van 25 september 2003 een duidelijk standpunt ingenomen.³⁹ Het Hof stelde dat slechts een gecombineerde lezing van beide criteria een correcte oorspronkelijkheidstoetsing kan verzekeren. Opdat een werk origineel is, moet er dus sprake zijn van zowel een intellectuele inspanning van de auteur als zijn persoonlijke stempel op het werk in kwestie.

Uit de voorgaande analyse van de verschillende stromingen binnen de rechtsleer en rechtspraak blijkt dat het begrip originaliteit niet eenduidig is. De vereiste verschilt van het ene werk tot het andere, en het past zich in zekere zin aan aan het werk waarop het wordt toegepast.⁴⁰ Originaliteit toegepast op een foto verschilt zonder twijfel van originaliteit toegepast op een literair werk. Dit alles toont ons dat een onderscheid tussen verschillende categorieën van werken nodig is.

STROWEL omschrijft originaliteit als ‘un critère à géométrie variable’ dat zich aanpast in functie van het werk waarop het wordt toegepast.⁴¹ Hij verwijst naar een Amerikaanse studie om een onderscheid te maken tussen drie categorieën van werken.⁴²

In de eerste plaats zijn er de artistieke werken zoals romans, schilderijen of beelden. Deze zijn gemaakt voor hun intrinsieke waarde. Dit kan bijvoorbeeld om esthetische of educatieve redenen zijn, ofwel voor ontspanningsdoeleinden.⁴³ Deze categorie van werken wordt sterk getekend door de persoonlijkheid van zijn auteurs. Volgens STROWEL moet originaliteit voor deze categorie dan ook gezien worden als een uiting van de persoonlijkheid van de auteur.

Vervolgens is er de categorie van de feitelijke werken. Hieronder vallen bijvoorbeeld catalogussen, databanken, wetenschappelijke werken, enz. De waarde van deze werken hangt af van hun vermogen om de werkelijkheid waarheidsgetrouw weer te geven.⁴⁴

1990, 162; F. GOTZEN, “Overzicht van rechtspraak – Auteurs- en modellenrecht 1990-2004”, *T.P.R.* 2004, 1447, nr. 12 et seq..

³⁸ F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du droit d’auteur et des droits voisins*, Brussel, Bruylant, 2000, 15, nr. 18.

³⁹ Cass. 25 september 2003, *AM* 2004, 29.

⁴⁰ A. STROWEL en J.-P. TRIAILLE, *Le droit d’auteur, du logiciel au multimédia : droit belge, droit européen, droit comparé*, Cahiers du Centre de recherches Informatique et droit, t. XI, Diegem, Kluwer, 1997, 18.

⁴¹ A. STROWEL, “L’originalité en droit d’auteur : un critère à géométrie variable”, *J.T.* 1991, 517.

⁴² Office of Technology Assessment, *Intellectual Property Rights in an Age of Electronics and Information*, Washington, 1986, 64 – 66; beschikbaar op <<http://books.google.be>>.

⁴³ J. KEUSTERMANS, “Auteursrecht Recente evoluties in capita selecta”, in *Cahiers Antwerpen Brussel Gent*, Brussel, Larcier, 2009, 11, nr. 20.

⁴⁴ A. STROWEL, “L’originalité en droit d’auteur : un critère à géométrie variable”, *J.T.* 1991, 517.

De laatste categorie is die van de functionele werken. Voor deze werken speelt het vervullen van hun taken een belangrijke rol.⁴⁵ Dit zijn bijvoorbeeld computerprogramma's, puzzels, bepaalde modellen, enz.

De categorieën van de feitelijke en de functionele werken hebben een meer objectief criterium nodig voor de oorspronkelijkheidstoetsing. Het spreekt voor zich dat deze laatste twee categorieën van werken minder de persoonlijkheid van hun auteur zullen weergeven.⁴⁶ Zo zal de maker van een catalogus in mindere mate zijn persoonlijke stempel op zijn werk kunnen drukken dan een auteur van een roman. Voor de categorieën van de feitelijke en de functionele werken moet dan ook het criterium van de intellectuele inspanning (in plaats van het criterium van de persoonlijke stempel van de auteur) doorwegen. Dit betekent niet dat er helemaal geen persoonlijke stempel van de auteur nodig is maar wel dat zijn persoonlijkheid subtieler in het werk verwerkt zal zijn. Zijn persoonlijkheid wordt vooral gereflecteerd in de keuzes die de auteur gedurende het ontwikkelingsproces heeft gemaakt.

We hebben nu een analyse van het algemene begrip originaliteit gemaakt. Het is nuttig om ons vervolgens toe te spitsen op de specifieke toepassing van dit begrip op software. Zoals hierboven vermeld, dient men een objectievere lezing van het begrip originaliteit te maken met betrekking tot software. Vinden we een dergelijke toepassing ook terug in de Belgische rechtspraak en hoe zit het in de andere lidstaten van de Europese Unie?

2.2.2. Originaliteit toegepast op software

Gedurende lange tijd hebben de verschillende rechtsinstanties niet de kans gekregen om zich uit te spreken over de originaliteit waaraan software moet voldoen om auteursrechtelijk beschermd te worden. In vele gevallen oordeelden rechters dat een registratie van het computerprogramma bij het US Copyright Office voldeed om als origineel te worden bevonden.⁴⁷ De registratie houdt echter geen enkel onderzoek naar het originele karakter in⁴⁸. Deze rechtspraak is dan ook zeer jammerlijk.

Recentere rechtspraak van het Hof van Beroep van Gent en Antwerpen toont duidelijk aan dat er van eenduidigheid in de rechtspraak geen sprake is. In een

⁴⁵ A. STROWEL en J.-P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia : droit belge, droit européen, droit comparé*, Cahiers du Centre de recherches Informatique et droit, t. XI, Diegem, Kluwer, 1997, 18, nr. 20.

⁴⁶ Cass. (FR.) 7 maart 1986, *R.I.D.A* juli 1986, n° 129, 137, noot A. LUCAS.

⁴⁷ Luik (KG) 30 augustus 1994, *Computerr.* 1995, 63, noot H. TAEYMANS ; Antwerpen 2 maart 1999, *AM* 1999, 365 ; Hasselt (13° K.) 16 februari 1999, *IRDI* 1999, 34 ; Antwerpen 28 februari 2002, *AM* 2002, 340; S. DUSOLLIER, "Protection des programmes d'ordinateur" in *Les Droits Intellectuels – Répertoire Notarial*, 2007, 352 ; A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins.*, Création Information Communication, t. I, Brussel, Larcier, 2008, 277.

⁴⁸ J. KEUSTERMANS, "Auteursrecht Recente evoluties in capita selecta", in *Cahiers Antwerpen Brussel Gent*, Brussel, Larcier, 2009, 47.

arrest van 3 april 2006 stelt het Hof van Beroep van Gent dat: “een computerprogramma bescherming geniet indien het oorspronkelijk is in die zin, dat het een eigen intellectuele schepping van de auteur is, zonder dat er wordt vereist dat het werk origineel is in de zin van de Auteurswet van 30 juni 1994”.⁴⁹ In dit arrest opteert het Hof voor een uiterst laag niveau van originaliteit. Het subjectieve element van originaliteit, namelijk de vereiste van een persoonlijke stempel van de auteur, wordt volledig en expliciet verworpen.

Het Hof van Beroep van Antwerpen verdedigt een tegenovergestelde visie. In een arrest van 19 december 2005 beslist het Hof het volgende: “Het computerprogramma moet aan het originaliteitsvereiste niet enkel in objectieve zin doch ook in subjectieve zin beantwoorden. Het dragen van de persoonlijke stempel van de auteur is eveneens vereist.”⁵⁰ Ook verduidelijkt het Hof dat “de originaliteit moet worden beoordeeld zoals bij eender welk ander werk”. Hiervoor verwijst het Hof naar artikel 1 van de Softwarewet waarin computerprogramma’s worden gelijkgesteld met werken van letterkunde.

De verdeeldheid binnen de rechtsleer vinden we dus ook terug in de recente rechtspraak. De vraag of het originaliteitsvereiste in de Softwarewet dezelfde invulling krijgt als die van in de Auteurswet bleef tot voor kort onopgelost. FLAMÉE verdedigt een objectieve invulling van het originaliteitscriterium voor de bescherming van software.⁵¹ Dit, in tegenstelling tot het vereiste van de persoonlijke stempel van de auteur voor andere categorieën van werken. Ook DEENE en VANHEES zijn van oordeel dat het begrip oorspronkelijkheid wat betreft software een eigen invulling noodzaakt.⁵² Er mag geen gelijkstelling zijn met het begrip oorspronkelijkheid toegepast op andere werken beschermd door de Auteurswet. De Softwarewet moet worden geïnterpreteerd volgens het oogpunt van de bescherming van computerprogramma’s. Een computerprogramma zou een te specifiek product zijn waarvoor de algemene invulling van originaliteit tekortschiet.

Deze stelling wordt nu echter verworpen door een recent arrest van het Hof van Justitie. In het *Infopaq*-arrest van 16 juli 2009 stelt het Hof namelijk dat de Richtlijn 2001/29/EG de rechtsregels op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten volledig heeft geharmoniseerd.⁵³ Enerzijds houdt deze harmonisatie in dat de invulling van het originaliteitsbegrip identiek moet zijn

⁴⁹ Gent (7^e K.) 3 april 2006, A.R. 2004/AR/966, aangehaald door J. DEENE, “Het originaliteitscriterium in de Softwarewet”, *Computerr.* 2007, 151.

⁵⁰ Antwerpen 19 december 2005, *AM* 2007, 85.

⁵¹ M. FLAMMÉE, “Droit de l’informatique. La protection juridique du logiciel”, *Droit de l’informatique : enjeux. Nouvelles responsabilités*, éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1993, p. 91.

⁵² J. DEENE, “Het originaliteitscriterium in de Softwarewet”, *Computerr.* 2007, 151-152; H. VANHEES, “Nieuwigheden in de Auteurswet van 30 juni 1994 en de Wet houdende de bescherming van computerprogramma’s”, *Intellectuele eigendomsrechten*, ed. Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel, Biblio, 1995, pp. 73-74.

⁵³ HvJ 16 juli 2009, C-5/08, *Infopaq International AS/Danske Dagblades Forening*, *AMI* 2009, 198-205.

voor alle soorten werken die auteursrechterlijk beschermd worden.⁵⁴ Dit was ook het standpunt van de meerderheid van de Belgische rechtsleer.⁵⁵ Anderzijds stelt het Hof ook dat de drempel voor de auteursrechterlijke bescherming in heel Europa dezelfde dient te zijn.⁵⁶

Het Hof legt in haar arrest een link tussen de Conventie van Bern en het auteursrechtelijke Gemeenschapsrecht. De definities van oorspronkelijkheid die men terugvindt in de richtlijnen betreffende de auteursrechterlijke bescherming van software, databanken en foto's baseren zich namelijk op de Conventie van Bern. Deze "specifieke" definities worden zo door het Hof veralgemeend en dienen bijgevolg toegepast te worden op alle categorieën van auteurswerken.⁵⁷

Wat betreft de specifieke inhoud van het oorspronkelijkheidsbegrip blijft het *Infopaq*-arrest zeer beperkt. Er wordt geen duidelijke kant gekozen, noch voor een objectieve, noch voor een subjectieve invulling van originaliteit. Hoewel er nergens in het arrest wordt verwezen naar de persoonlijkheid of de persoonlijke stempel van de auteur, kan men toch aannemen dat het Hof aan deze invulling de voorkeur heeft gegeven. In de kern van de redenering verwijst het Hof namelijk meermaals naar het vereiste van "een intellectuele schepping van de auteur" opdat er sprake kan zijn van oorspronkelijkheid.⁵⁸ MICHAUX verwijst in dit kader naar de richtlijn betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht. Daar wordt gesteld dat een foto "*als oorspronkelijk moet worden beschouwd wanneer het gaat om een eigen schepping van de auteur die de uitdrukking vormt van diens persoonlijkheid*".⁵⁹ En aangezien het originaliteitsbegrip uniform op alle categorieën van werken dient te worden toegepast, geldt deze subjectieve interpretatie ook voor alle soorten auteurswerken.⁶⁰

⁵⁴ J. DEENE, "Hof van Justitie harmoniseert auteursrechtelijke beschermingsvoorwaarde", *Juristenkrant*, afl. 198, 25 november 2009, 3.

⁵⁵ A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Brussel, Larcier, 2008, 60, nr. 33b en 276, nr. 175; A. STROWEL en J.-P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur du logiciel au multimédia*, Brussel, Bruylant, 1997, 10, nr. 11; F. GOTZEN, "Overzicht van rechtspraak – Auteurs- en modellenrecht 1990-2004", *T.P.R.* 2004, 1446, nr. 11; F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Brussel, 2008, 17, nr. 19.

⁵⁶ D. VISSER, "Endstra ingehaald door *Infopaq*", *Boek 9*, beschikbaar op: <http://www.boek9.nl/www.delex-backoffice.nl/uploads/file/Boek9%20/Artikelen/Endstra%20ingehaald%20door%20Infopaq%2001.pdf>.

⁵⁷ B. MICHAUX, "L'originalité en droit d'auteur, une notion davantage communautaire après l'arrêt *Infopaq*", *AM* 2009, 481.

⁵⁸ HvJ 16 juli 2009, C-5/08, *Infopaq International AS/Danske Dagblades Forening*, para. 37, 39, 44, 45, 47, 50 en 51; V. BENABOU, "Jurisprudence *Infopaq*: que reste-t-il au juge national pour dire le droit d'auteur?", *RDTI* 2009, 77-78.

⁵⁹ Richtlijn 2006/116/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten, *Pb. L* 27 december 2006, afl. 372, 12, considerans 16.

⁶⁰ B. MICHAUX, "L'originalité en droit d'auteur, une notion davantage communautaire après l'arrêt *Infopaq*", *AM* 2009, 482.

Dit uitgangspunt strookt echter niet met de huidige feitelijke situatie want op een effectieve harmonisatie, die wellicht zal vereisen dat het Hof zelf de exacte invulling van het originaliteitsbegrip geeft, is het dus nog wachten. Het Hof kan deze invulling geven naar aanleiding van prejudiciële vragen waarin nationale rechtsinstanties naar de definitie van de Europese beschermingsdrempel vragen. Zoals hierna verder wordt toegelicht kan men voorlopig in de praktijk niet spreken van een uniforme invulling van de beschermingsdrempel, omwille van de twee verschillende invullingen van het originaliteitsbegrip.

DEENE beklemtoonde deze Europese verscheidenheid en stelde dat de auteursrechtelijke bescherming van software gekaderd moest worden in een harmonisatieproces op Europees niveau.⁶¹ De juiste inhoud en interpretatie van de beschermingsvoorwaarde moest volgens hem dus ook gezocht worden in een compromis tussen de verschillende invullingen van het oorspronkelijkheidsbegrip in Europa. Deze twee uitgangspunten vinden we terug in het Verenigd Koninkrijk en in Duitsland. Een korte analyse van de respectievelijke invulling van originaliteit verduidelijkt dan ook de harmonisatie gezocht via de Europese Richtlijn.

2.2.3. *Originaliteit in het buitenland*

Op internationaal niveau kunnen we twee grote rechtsstromingen onderscheiden met elk een eigen invulling van het begrip originaliteit.⁶² Aan de ene kant vinden we de Angelsaksische strekking die een zeer lage originaliteitsdrempel verdedigt⁶³. Aan de andere kant vinden we de romaans-germaanse invulling van originaliteit.⁶⁴ Hierin wordt er meer aandacht gehecht aan de rol die de persoonlijkheid van de auteur speelt in de creatie van het werk. Alhoewel in ons nationaal recht de romaans-germaanse traditie de overhand heeft, is er ook rechtspraak en rechtsleer die de lat later legt.

De Britse beschermingsdrempel ligt zeer laag. De Britse rechtspraak volgt de stelling volgens dewelke een werk origineel is wanneer het om een

⁶¹ J. DEENE, "Het originaliteitscriterium in de Softwarewet", *Computerr.* 2007, 151-152.

⁶² M. FLAMEE en F. BRISON, "Auteursrecht toegepast op computerprogrammatuur: een grondslagenprobleem", *T.B.B.R.* 1992, 473; voor een algemene bespreking zie: A. STROWEL, "« Droit d'auteur et copyright ». *Divergences et convergences. Etude de droit comparé*", Brussel, Bruylant, 1993, 722 p.

⁶³ J. HUET en J.C. GINSBERG, "Computer programs in Europe: a comparative analysis of the 1991 EC software directive", *Colum. J. Transnat'l L.* 1992, afl. 30, 338; L.J. RASKIND, "Protecting computer software in the European Economic Community: the innovative new directive", *Brook. J. Int'l L.* 1992, afl. 18, 734-735; G. DWORKIN, "United Kingdom", in Stewart S.M. e.a., *International copyright and neighbouring rights*, Londen, Butterworths, 1989, 490, nr. 18.15.

⁶⁴R. JAMES, "Computer software and copyright law: the growth of intellectual property rights in Germany" *Dick. J. Int'l L.* 1996-1997, afl. 15, 571; T. DREIER, "The council directive of 14 may 1991 on the legal protection of computer programs", *EIPR* 1991, afl. 9, 320.

onafhankelijke creatie gaat.⁶⁵ Zolang werk geen kopie is van een ander werk, is het voldoende origineel om auteursrechtelijk beschermd te worden.

De Duitse rechtspraak en rechtsleer handhaafden een heel andere standaard voor computerprogramma's. Het subjectieve element speelde hierin een grote rol. De auteur moest zijn persoonlijke stempel op het werk hebben achtergelaten opdat dit werk beschermd kon worden. Wat betreft computerprogramma's geeft het *Inkasso*-arrest van 9 mei 1985 de standaard aan die gehanteerd moest worden.⁶⁶ Volgens het Duitse Bundesgerichtshof dienden twee voorwaarden te worden vervuld opdat een computerprogramma origineel was en beschermd kon worden. Enerzijds moest het computerprogramma bepaalde kenmerkende aspecten hebben die verschillend zijn van reeds bestaande programma's. Anderzijds moest het programma van een bepaald niveau zijn zodat enkel een programmeur die het gemiddelde niveau overstijgt, het zou hebben kunnen schrijven.⁶⁷

Dit is het conflictuele kader waarin de Richtlijn werd aangenomen. De Commissie heeft steeds een compromis tussen deze uitersten voor ogen gehad. De Richtlijn verwierp echter uitdrukkelijk de in Duitsland heersende beschermingsdrempel voor software. Dit vindt men terug in artikel 1 van de Richtlijn waarin elk bijkomend criterium voor de oorspronkelijkheidstoetsing wordt uitgesloten. Het evaluatieverslag over de tenuitvoerlegging van de Richtlijn bevestigt dat een Europees compromis werd gezocht. Hierin stelde de Commissie dat 12 lidstaten hun beschermingsdrempel moesten verlagen en dat de overige 3 deze drempel moesten verhogen.⁶⁸ Het is dus duidelijk dat de door de Richtlijn gezochte beschermingsdrempel een middenweg is tussen deze twee uitersten. Waar kunnen we deze "gulden" middenweg vinden?

DEENE maakt hiervoor de sprong naar het Amerikaanse recht en beschouwt de *Feist*-doctrine als de correcte invulling van het originaliteitsbegrip. In het arrest *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Co.* van het Amerikaanse Hooggerechtshof hanteert het Hof een gematigde beschermingsdrempel wat betreft de invulling van het originaliteitsvereiste.⁶⁹ Dit arrest betreft echter de auteursrechterlijke bescherming van databanken. Wanneer men deze standaard zou toepassen op een computerprogramma, zou dit betekenen dat, opdat het computerprogramma origineel zou zijn, het geen

⁶⁵ M. FLAMEE en F. BRISON, "Auteursrecht toegepast op computerprogrammatuur: een grondslagenprobleem", *T.B.B.R.* 1992, 473.

⁶⁶ BGH 9 mai 1985, *GRUR* 1985, 1041.

⁶⁷ M. BUYDENS, *La protection de la quasi-création*, Création Information Communication, t. II, Brussel, Larcier, 1993, 222 et seq.

⁶⁸ *Verslag over de tenuitvoerlegging en de effecten van Richtlijn 91/250/EEG betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's*, COM(2000)199, 6, 10 april 2000.

⁶⁹ *FEIST PUBLICATIONS, INC. V. RURAL TEL. SERVICE CO.*, 499 U.S. 340 (1991), beschikbaar op: (<http://supreme.justia.com/us/499/340/case.html>).

kopie vormt van een ander programma maar ook een minimum aan creativiteit bevat.⁷⁰

De vraag blijft dan natuurlijk wat een minimum aan creativiteit is. Hierover bestaat er logischerwijze ook betwisting. GOTZEN stelt dat de keuzemogelijkheid tijdens de vormgeving nodig, doch niet voldoende, is opdat het werk origineel kan worden bevonden. Indien die keuzemogelijkheid ontbreekt en iedereen noodgedwongen voor dezelfde vormgeving kiest, kan er geen sprake zijn van creativiteit.⁷¹ Ook BUYDENS is van oordeel dat de keuzevrijheid niet noodzakelijk originaliteit meebrengt.⁷² Voor originaliteit is er inderdaad een keuzemogelijkheid nodig maar andersom is dat niet altijd het geval. Slechts het Hof van Cassatie en het Hof van Justitie kunnen een duidelijke en uniforme invulling geven van het originaliteitsbegrip voor de bescherming van software.

We kunnen in tussentijd concluderen dat het laatste woord nog niet geschreven is over het originaliteitsbegrip. Het Hof van Justitie bevestigde wel dat de invulling van het originaliteitsbegrip dezelfde is als die geldt voor andere werken van letterkunde. Dit zegt echter weinig over de exacte invulling van dit begrip. In Europa is er namelijk nog geen sprake van een eenduidige invulling van het oorspronkelijkheidsbegrip. Het blijft dus zoeken naar een compromis tussen de verschillende Europese invullingen. Het Hof van Justitie heeft met haar *Infopaq*-arrest duidelijk te kennen gegeven dat zij de instelling is die kan bijdragen tot een effectieve harmonisering van het originaliteitsbegrip. De nationale rechtsinstanties kunnen nu dus prejudiciële vragen stellen over de exacte invulling van het oorspronkelijkheidsbegrip.⁷³ Een uniforme invulling kan dus slechts van onze hoogste Europese rechtsinstantie komen. Tot op heden beperkte het Hof van Justitie zich tot het verwoorden van algemene principes. De lagere rechtbanken passen die op wisselende wijze toe op de feitelijke situaties die zij dienen te beoordelen. Op dat vlak situeren zich de grootste verschillen, ook tussen de lidstaten. Zolang het Europees Hof van Justitie het bij algemene principes houdt, lijkt een feitelijke harmonisering niet voor morgen.

⁷⁰ J.C. GINSBERG, “L’affaire américaine Feist et la notion d’originalité: à propos des banques de données et des compilations”, *Cahiers de propriété intellectuelle* 1992, 233-245 ; J. DEENE, “Het originaliteitscriterium in de Softwarewet”, *Computerr.* 2007, 153.

⁷¹ F. GOTZEN, “Het hof van cassatie en het begrip ‘oorspronkelijkheid’ in het Belgische auteursrecht. Van foto’s en catalogi naar computerprogramma’s en databanken?”, *Computerr.* 1990, 161 ; F. GOTZEN, ‘Overzicht van rechtspraak – Auteurs- en modellenrecht 1990-2004’, *T.P.R.* 2004, 1449, nr. 17.

⁷² M. BUYDENS, “Quelques réflexions sur le contenu de la condition d’originalité”, *AM* 1996, 387 ; een vergelijkbare opvatting vindt men terug in : A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d’auteur et les droits voisins*, Création Information Communication, t. I, Brussel, Larcier, 2008, 276.

⁷³ D. VISSER, “Endstra ingehaald door Infopaq”, *Boek 9*, beschikbaar op: <http://www.boek9.nl/www.delex-backoffice.nl/uploads/file/Boek9%20/Artikelen/Endstra%20ingehaald%20door%20Infopaq%2001.pdf>.

2.3. VERKRIJGER VAN DE VERMOGENSRECHTEN

De Auteurswet stelt: “de oorspronkelijke auteursrechthebbende is de natuurlijke persoon die het werk heeft gecreëerd”.⁷⁴ De Softwarewet maakt hier echter een uitzondering op en creëert een vermoeden van overdracht van de vermogensrechten ten gunste van de werkgever. Dit vermoeden is te verklaren door het feit dat de Belgische wetgever rechtspersonen heeft uitgesloten om houder van de vermogensrechten te zijn. De meeste software wordt echter ontwikkeld binnen een rechtspersoon, meestal een softwareproducent. Het vermoeden van overdracht van vermogensrechten aan de werkgever probeert zo het economische evenwicht te herstellen ten voordele van de softwareproducent.⁷⁵

Dit vermoeden van overdracht kent niettemin enkele beperkingen. Zo kan er contractueel of statutair afstand van worden genomen en het vermoeden geldt enkel voor de software ontwikkeld bij het uitoefenen van de taken of opdrachten voor de werkgever.⁷⁶

De vermogensrechten op de randproducten, die niet onder het begrip computerprogramma vallen, blijven in de handen van zijn auteur.⁷⁷

Een analyse van de morele rechten wordt in dit werkstuk niet gemaakt. Hiervoor verwijst de Softwarewet naar artikel *6bis* van de Conventie van Bern.

2.4. DE DUUR VAN DE BESCHERMING

Voor de termijn van de bescherming verwijst de Softwarewet naar het algemene principe in de Auteurswet: De bescherming blijft tot 70 jaar na het overlijden van de auteur bestaan.⁷⁸ Dit is een zeer lange bescherming in vergelijking andere intellectuele rechten op technologie zoals het octrooirecht. Het risico op een monopolie is echter klein aangezien enkel de concrete vormgeving van het programma wordt beschermd. De technologische vooruitgang zorgt er bovendien voor dat software snel verouderd en dus moet worden vervangen.⁷⁹

⁷⁴ Art. 6, al.1 Auteurswet.

⁷⁵ A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins.*, Création Information Communication, t. I, Brussel, Larcier, 2005, 221.

⁷⁶ Art. 3, Softwarewet; A. STROWEL en J.-P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia : droit belge, droit européen, droit comparé*, Cahiers du Centre de recherches Informatique et droit, t. XI, Diegem, Kluwer, 1997, 207 et seq..

⁷⁷ A. PUTTEMANS, “Au bout du bout du droit d'auteur: la nouvelle protection juridique des programmes d'ordinateur”, *R.D.C.* 1995, 782.

⁷⁸ Art. 2 Auteurswet.

⁷⁹ A. STROWEL en E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique : logiciels, bases de données, multimédia : droit belge, européen et comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, 244.

2.5. TUSSENTIJDSE CONCLUSIE

De auteursrechterlijke bescherming van software is snel, goedkoop en eenvoudig. Deze bescherming is echter enkel gerechtvaardigd indien ze wordt toegepast op de vormgeving van software. Wanneer we de louter materiële bescherming van het computerprogramma (namelijk de geschreven broncode, zonder rekening te houden met de technische oplossingen die het programma bevat) nastreven, is het auteursrecht geschikt.

Een computerprogramma is echter meer dan een geschreven broncode of objectcode die door een computer wordt gelezen. Een meer functionele visie van software (rekening houdend met de technische oplossingen van het programma) leidt ons tot de vraag of een andere vorm van bescherming mogelijk is, namelijk die van het octrooirecht. Een computerprogramma is functioneel gezien bestemd om bepaalde problemen op te lossen of tot een bepaald resultaat te bekomen. Wanneer men verder gaat op deze denkspoor kan men verdedigen dat een computerprogramma een uitvinding kan zijn. Artikel 9 van de Software Richtlijn bevestigt daarenboven dat de andere wettelijke bepalingen zoals die van octrooien onverlet worden gelaten.⁸⁰ Is software dan geen ‘uitvinding’ van de 21ste eeuw?

3. DE OCTROOIEERBAARHEID VAN SOFTWARE

De octrooierbaarheid van software is gedurende lange tijd onmogelijk geweest. Computerprogramma's werden namelijk uitgesloten voor deze vorm van bescherming. De algemene perceptie was dan ook duidelijk: “software is niet octrooierbaar”. Na verloop van tijd is hierin verandering gekomen en geleidelijk aan werden er meer en meer softwareoctrooien toegekend. We beginnen nu met een bespreking van de toepasselijke wetgeving. Vervolgens gaan we dieper in op het begrip ‘octrooi’ en de materiële voorwaarden voor zijn toekenning om ten slotte enige rechtspraak en controverse in deze materie te bespreken.

3.1. WETGEVING

Een octrooi is een territoriaal gebonden beschermingstitel voor de exploitatie van een uitvinding. De bescherming van het octrooi heeft enkel betrekking op de landen waarvoor het octrooi wordt toegekend. Het Belgische octrooi wordt toegekend overeenkomstig de wet van 28 maart 1984 op uitvindingsoctrooien (hierna de **Octrooiwet**).⁸¹ Op Europees niveau wordt de materie geregeld door

⁸⁰ Dit wordt ook bevestigd in artikel 8 van de Richtlijn n° 2009/24/EG van 23 april 2009 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *Pb. L. 5 mei 2009*, afl.111.

⁸¹ Wet van 28 maart 1984 op de uitvindingsoctrooien, *BS 9 maart 1985*.

het verdrag van München van 5 oktober 1973 (hierna het **EOV**).⁸² Dit is het verdrag inzake de verlening van Europese octrooien dat tot stand kwam in het kader van de Raad van Europa. De term ‘Europees octrooi’ mag niet verward worden met de pogingen van de Europese Unie om een Communautair octrooi te creëren. Het EOV had tot doelstelling om met één octrooiaanvraag in verschillende Europese landen een apart octrooi te verkrijgen. Het is dus geen Europees octrooi maar slechts een Europese aanvraagprocedure waarna verschillende nationale octrooien kunnen worden toegekend. De landen waarvoor het octrooi dient te gelden, worden in de octrooiaanvraag vermeld. Deze toekenning gebeurt door het Europees Octrooibureau (hierna het **EOB**). Dit bureau is opgericht door het Verdrag van Straatsburg van 27 november 1963.⁸³ Er dient benadrukt te worden dat op de concrete effecten/gevolgen van het octrooi het nationale recht van toepassing is.

Op het internationale niveau dient ook de TRIPs-overeenkomst te worden vermeld. Dit is de overeenkomst inzake handelsaspecten van de intellectuele eigendom die deel uitmaakte van het verdrag van Marrakech tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie.⁸⁴

Wij zullen ons echter concentreren op de regelgeving in het EOV en de Octrooiwet.

3.2. WAT BESCHERMT EEN OCTROOI? EEN ANALYSE VAN HET BEGRIP UITVINDING⁸⁵

Zoals eerder vermeld is een octrooi een intellectueel recht dat de exclusieve en tijdelijke exploitatie toekent van een uitvinding die tot het technische domein behoort. Het voorwerp van een octrooi is dus een uitvinding. We beginnen met een bondige analyse van het begrip ‘uitvinding’ om vervolgens de specifieke voorwaarden voor de octrooieerbaarheid te bespreken.

De Octrooiwet en het EOV geven geen definitie van het begrip ‘uitvinding’. Wel bepalen ze wat niet als een uitvinding kan worden beschouwd, onder andere computerprogramma’s. Algemeen gezien zijn er twee regels van toepassing om te bepalen of het om een uitvinding gaat.

⁸² Verdrag van München inzake de verlening van Europese octrooien van 5 oktober 1973, *BS* 30 september 1977 en *BS* 7 oktober 1977.

⁸³ Verdrag van Straatsburg betreffende de eenmaking van enige beginselen van het octrooirecht van 27 november 1963, *BS* 30 september 1977.

⁸⁴ Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de Intellectuele Eigendom van 15 april 1994; bijlage 1C bij de Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie, *BS* 23 januari 1997.

⁸⁵ F. GOTZEN en M.- C. JANSSENS, *Wegwijs in het Intellectueel eigendomsrecht*, Collectie Bedrijfsrecht, Brugge, Vanden Broele, 2007, 193 ; M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Brussel, Larcier, 1999, 52 et seq. ; K. MALFLIET en B. PONET, *Industriële eigendomsrechten*, Kalmthout, Biblio, 1994, 28 et seq.

Een uitvinding (i) mag geen ontdekking zijn en (ii) heeft een technisch karakter nodig. Opdat er van een uitvinding sprake kan zijn, is er dus een menselijke tussenkomst nodig die verder gaat dan een loutere ontdekking van iets wat reeds in de natuur bestaat. Wat betreft software is deze menselijke inbreng een evidentie. Het vereiste van een technisch karakter wordt niet vermeld in het EOV maar komt voort uit de rechtspraak van het EOB en wordt ook vermeld in de richtlijnen voor het onderzoek van het EOB.⁸⁶

Het technisch karakter houdt in dat de uitvinding een oplossing moet bieden voor een technisch vraagstuk. De vereiste van een technisch karakter voor software zal besproken worden in het deel over de rechtspraak van het EOB.

3.3. DE MATERIËLE VOORWAARDEN VOOR DE OCTROOIEERBAARHEID

Artikel 52 EOV verbindt drie materiële voorwaarden aan de octrooieerbaarheid. Het moet gaan om een nieuwe uitvinding die op uitvindingswerkzaamheid berust en die toepasbaar is op het gebied van de nijverheid.

3.3.1. Nieuwheid⁸⁷

De nieuwheid van een uitvinding houdt in dat ze verschillend moet zijn van hetgeen reeds bestaat. De nieuwheid wordt geapprecieerd aan de hand van de stand van de techniek. Deze wordt gevormd door al hetgeen vóór de datum van indiening van de Europese octrooiaanvraag openbaar toegankelijk is gemaakt.⁸⁸ Deze openbaarmaking kan op allerlei manieren gebeuren, zij het op schriftelijke of mondelinge wijze. Voor software betekent dit concreet gezien dat er geen enkel ander programma mag bestaan met dezelfde functionaliteiten op het moment van de octrooiaanvraag.⁸⁹ Opdat een programma niet als nieuw beschouwd kan worden moet er dus een ander programma bestaan dat in zijn geheel dezelfde functionaliteiten heeft en hetzelfde resultaat bekomt als het programma waarvoor de octrooiaanvraag is gebeurd. Het volstaat niet, opdat er geen sprake van nieuwheid is, dat er verschillende programma's bestaan die elk een deel van de functies kunnen uitvoeren of een deel van de resultaten bekomen.

⁸⁶ *Guidelines for the examination in European Patent Office*, laatste publicatie april 2009, deel C, hoofdstuk IV, nr. 1. Deze *Guidelines* hebben geen formele juridische waarde maar de rechtspraak van het EOB zit er wel in verwerkt.; Art. 42 en 43 van het Uitvoeringsreglement van het Verdrag inzake de verlening van Europese octrooien, zoals laatst gewijzigd op 7 december 2006.

⁸⁷ Art. 5 Octrooiwet en Art. 54 EOV; M. FLAMEE, *Octrooieerbaarheid van Software*, Brugge, Die Keure, 1985, 148 et seq.; F. GOTZEN en M.- C. JANSSENS, *Wegwijs in het Intellectueel eigendomsrecht*, Collectie Bedrijfsrecht, Brugge, Vanden Broele, 2007, 197 et seq.; M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Brussel, Larcier, 1999, 54 et seq.; K. MALFLIET en B. PONET, *Industriële eigendomsrechten*, Kalmthout, Biblio, 1994, 31 et seq.

⁸⁸ Art. 54 EOV.

⁸⁹ Cass. (FR.) 12 maart 1996, *PIBD* 1996, n°611, III, 273.

3.3.2. *Uitvinderswerkzaamheid*⁹⁰

Artikel 56 EOv stelt dat “van een uitvinding wordt aangenomen dat zij op uitvinderswerkzaamheid berust indien zij voor een deskundige niet op een evidente wijze voortvloeit uit de stand van de techniek”. Uit deze definitie zijn drie toetsingcriteria te distilleren: de deskundige, de stand van de techniek en de niet-evidentie.

De deskundige is een fictief figuur gebruikt om de niet-evidentie van de uitvinding te toetsen. De deskundige is een normaal gekwalificeerde expert op het domein van de uitvinding en die op basis van zijn eigen kennis hetzelfde probleem kan oplossen als de uitvinding beweert te doen.⁹¹

De stand van de techniek is gelijkaardig aan degene die in rekening wordt gebracht voor de toetsing van de nieuwigheid. Hier, in tegenstelling tot wat het geval is voor de nieuwigheid, omvat ze enkel de gepubliceerde octrooien zonder de ingediende octrooiaanvragen in rekening te nemen.

Wat betreft de niet-evidentie van de uitvinding stellen de Richtlijnen van het EOB het volgende: “het begrip evident omvat alles wat de normale technische vooruitgang niet overstijgt en dus op een logische wijze voortvloeit uit de stand van de techniek”.

Het EOB gebruikt ook de zogenaamde ‘*problem-solution approach*’.⁹² Deze bepaalt eerst de stand van de techniek die het dichtste ligt bij het moment van de octrooiaanvraag. Vervolgens wordt het probleem dat de uitvinding beweert op te lossen, geanalyseerd. Tenslotte wordt er bepaald of de uitvinding, vertrekkende van de stand van de techniek, evident is voor een deskundige.

3.3.3. *Toepassing op het gebied van de nijverheid*⁹³

Artikel 57 EOv stelt dat ‘een uitvinding wordt beschouwd als zijnde vatbaar voor toepassing op het gebied van de nijverheid indien het onderwerp ervan in elke nijverheid kan worden vervaardigd of gebruikt, met inbegrip van de landbouw’. Dit houdt in dat de uitvinding operationeel en functioneel moet

⁹⁰ Art. 6 Octrooiwet en Art. 56 EOv; *Guidelines for the examination in European Patent Office*, laatste publicatie april 2009, deel C, hoofdstuk IV, nr. 11; F. GOTZEN en M.- C. JANSSENS, *Wegwijs in het Intellectueel eigendomsrecht*, Collectie Bedrijfsrecht, Brugge, Vanden Broele, 2007, 199 et seq.

⁹¹ S. DUSOLLIER, *Droits Intellectuels*, Namen, *FUNDP*, 2008, 131.

⁹² *Guidelines for the examination in European Patent Office*, laatste publicatie april 2009, deel C, hoofdstuk IV, nr. 11.7.

⁹³ Art. 7 §1 Octrooiwet en Art. 57 EOv; *Guidelines for the examination in European Patent Office*, laatste publicatie april 2009, deel C, hoofdstuk IV, nr. 5; M. FLAMEE, *Octrooieerbaarheid van Software*, Brugge, Die Keure, 1985, 176 et seq.; F. GOTZEN en M.- C. JANSSENS, *Wegwijs in het Intellectueel eigendomsrecht*, Collectie Bedrijfsrecht, Brugge, Vanden Broele, 2007, 200.

zijn. Deze voorwaarde leunt aan bij de vereiste van het technische karakter van de uitvinding, doch mogen ze niet met elkaar verward worden.

3.4. DE UITSLUITING VAN COMPUTERPROGRAMMA'S⁹⁴

Artikel 52(2) van het EOV bevat enkele uitsluitingen voor de octrooieerbaarheid, waaronder computerprogramma's. Computerprogramma's worden niet als uitvindingen beschouwd omdat ze een te abstract of te conceptueel karakter hebben.⁹⁵ De uitsluiting geldt trouwens enkel voor de octrooiaanvraag voor een computerprogramma *als zodanig*.⁹⁶ De term 'als zodanig' betekent dat uitvindingen waarin een computerprogramma verwerkt zit niet onder de uitsluiting vallen zolang de octrooiaanvraag niet enkel het erin verwerkte computerprogramma betreft. Dit vinden we ook terug in de evolutie van de rechtspraak van het EOB: er zijn vele voorbeelden te vinden van toekenningen van octrooien voor producten met daarin een computerprogramma verwerkt.⁹⁷ De toekenning slaat in dit geval op het product als geheel en niet louter op het daarin verwerkte computerprogramma.

De uitsluitingen van artikel 52(2) EOV zijn te wijten aan een gebrek aan technisch karakter van deze voornoemde zaken. Het uitvoeringsreglement van het EOV herhaalt het belang van het technisch karakter van de uitvinding.⁹⁸ Artikel 42 van het uitvoeringsreglement betreft de inhoud van de beschrijving in de octrooiaanvraag. In dit artikel wordt meerdere keren benadrukt dat de aanvraag het technisch gebied van de uitvinding moet vermelden. Ook moet het technisch vraagstuk dat de uitvinding beoogt op te lossen, in deze beschrijving te vinden zijn. Artikel 43 van het uitvoeringsreglement betreft dan weer de vorm en de inhoud van de conclusies. Dit artikel stelt ook dat de technische kenmerken van de uitvinding in de conclusies vermeld moeten worden. Dit herhaaldelijk beklemtonen van "het technische" toont nog maar eens het belang van het technisch karakter van de uitvinding aan.⁹⁹

Een computerprogramma voldoet *in se* niet aan deze vereiste van technisch karakter dat noodzakelijk is om als een uitvinding te worden beschouwd. De richtlijnen voor het onderzoek van het EOB maken echter een theoretisch onderscheid. Ze stellen dat computerprogramma's deel uitmaken van een

⁹⁴ M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Brussel, Larcier, 1999, 78.

⁹⁵ J. PILA, "Dispute over the meaning of 'Invention' in Art. 52(2) EPC – The Patentability of Computer-Implemented Inventions in Europe", *IIC* 2005, 173 et seq.

⁹⁶ Art. 52(3) EOV.

⁹⁷ *Koch & sterzel*, T 26/86, 21 mei 1987, *OJ EPO* 1988, 19; *IBM*, T 6/83, 6 oktober 1988, *OJ EPO* 1990, 5; *Siemens*, T 158/88, 12 december 1989, *OJ EPO* 1991, 566.

⁹⁸ M.- C., JANSSENS, "Bescherming van computerprogramma's: (lang) niet alleen maar auteursrecht", *TBH* 1998, 423-424.

⁹⁹ D.W.F. VERKADE, D.J.G. VISSER, en L.D. BRUINING, *Ruimere octrooiëring van computerprogramma's: technicality of Computers Programs*, ITeR reeks nr. 37, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2000, 8-9.

ruimere categorie van computer-geïmplementeerde uitvindingen.¹⁰⁰ Hiermee maakt het EOB een eerder artificieel onderscheid tussen deze twee begrippen, enerzijds computerprogramma's en anderzijds computer-geïmplementeerde uitvindingen. Deze computer-geïmplementeerde uitvindingen kunnen daarentegen wel een voldoende technisch karakter hebben om een uitvinding te zijn. Dit onderscheid creëert een denkpiste om de principiële uitsluiting van computerprogramma's in het EOV te omzeilen door de computerprogramma's in de conclusies van de octrooiaanvraag te beschrijven als een computer-geïmplementeerde uitvinding. Bijgevolg vallen deze programma's dan niet onder de uitsluiting van artikel 52(2) EOV.

Het onderscheid tussen computerprogramma's en computer-geïmplementeerde uitvindingen vloeit voort uit een jarenlange evolutie van de rechtspraak van het EOB waarin stapsgewijs steeds meer softwareoctrooien werden toegekend.¹⁰¹ Een analyse van de rechtspraak van het EOB is hier dan ook op zijn plaats.

3.5. EVOLUTIE IN DE RECHTSPRAAK VAN HET EOB

In dit deel bespreken we enkele belangrijke beslissingen van de technische Kamer van Beroep (hierna **KvB**). Deze beslissingen tonen duidelijk de evolutie richting de feitelijke octrooieerbaarheid van software en de manier waarop deze is gebeurd.

In *Vicom/Computer Related Invention* betrof de octrooiaanvraag een technisch proces, namelijk een digitale bewerking van satellietbeelden. Dit was de eerste beslissing omtrent de interpretatie van de uitsluiting van artikel 52(2) EOV. De KvB maakte een onderscheid tussen een wiskundig algoritme op zich en een algoritme dat in een technisch procedé wordt gebruikt. Een wiskundig algoritme op zich wordt uitgevoerd in getallen en bekomt ook een resultaat in getallen. Wanneer een algoritme echter in een technisch procedé is verwerkt kan het octrooieerbaar zijn indien het procedé is uitgevoerd op een fysische entiteit door bepaalde technische middelen. Daarenboven dient het procedé als resultaat een verandering van de fysische entiteit te bekomen.¹⁰² De KvB stelt ook dat het feit dat in het technisch procedé een computerprogramma verwerkt is de octrooieerbaarheid niet uitsluit aangezien de aanvraag niet het programma als zodanig beslaat doch wel het gehele technisch procedé.¹⁰³ Met deze beslissing opende het EOB de weg naar de octrooieerbaarheid van computer-geïmplementeerde uitvindingen voor zover deze een fysische verandering met zich meebrengen.

¹⁰⁰ *Guidelines for the examination in European Patent Office*, laatste publicatie april 2009, deel C, hoofdstuk IV, nr. 2.3.6.

¹⁰¹ R.B. BAKELS, "Van software tot erger: op zoek naar de grenzen van het octrooirecht", *IER* 4 augustus 2003, nr. 4, 214; A.P. Meijboom, "Bang voor software-octrooien", *Computerr.* 2002, 66.

¹⁰² *Vicom/Computer Related Invention*, T 208/84, 15 juli 1986, *OJ EPO* 1987, 19, nr. 5.

¹⁰³ *Vicom/Computer Related Invention*, T 208/84, 15 juli 1986, *OJ EPO* 1987, 21, nr. 15.

In *Koch & sterzel* kende de KvB een octrooi toe voor een röntgenapparaat waarin software verwerkt zat om de straling beter te kunnen berekenen en zo meer bescherming te bieden aan de patiënt.¹⁰⁴ Deze beslissing bevat twee belangrijke principes. Ten eerste hecht de KvB vooral aandacht aan de vraag of de computer-geïmplementeerde uitvinding een voornamelijk technisch probleem oplost of voornamelijk technische middelen gebruikt.¹⁰⁵ In beide gevallen, kan een octrooi worden toegekend. Ten tweede analyseert de KvB de uitvinding in haar geheel. Dit is de zogenaamde ‘whole content’-benadering.¹⁰⁶

In twee beslissingen betreffende een octrooiaanvraag van IBM maakt de KvB een onderscheid tussen de vereiste van een technisch karakter van de uitvinding en de andere materiële voorwaarden voor de octrooierbaarheid.¹⁰⁷ De nieuwheid en de uitvindingswerkzaamheid moeten ook enkel gezocht worden in de technische aspecten van de uitvinding. Wegens het ontbreken van een definitie van het technisch karakter besloot de KvB om geval per geval te oordelen over het al dan niet bestaan van dat technisch karakter.¹⁰⁸ Ook scherpte de KvB de vereiste van technisch karakter aan door een verdergaand technisch effect dan de loutere interactie van de software met de hardware te vereisen. Toch blijft het octrooieren van software mogelijk indien deze enkel zorgt voor het functioneren van de computer zelf.¹⁰⁹ Door de werking van de computer te garanderen heeft het computerprogramma dus een verdergaand technisch effect.

In *Clipboard formats I/Microsoft* werd een digitale presse-papier omschreven als proces dat in een informaticasysteem verwerkt zat. De KvB stelde eerst dat een computerprogramma opeenvolgende instructies aan een computer geeft. Vervolgens maakte de KvB een onderscheid door te stellen dat de digitale presse-papier daarentegen bestond uit een opeenvolging van stappen die effectief werden uitgevoerd en die een bepaald resultaat nastreefden.¹¹⁰ De KvB besloot zo dat het hier niet ging om een computerprogramma maar om technisch proces dat een technisch probleem oplost. Zelfs met veel verbeelding en inlevingsvermogen kan men niet anders dan concluderen dat het hier om een zeer moeilijk te hanteren onderscheid gaat. De KvB besloot dat wanneer bepaalde instructies effectief worden uitgevoerd het om een proces gaat en dit

¹⁰⁴ *Koch & sterzel*, T 26/86, 21 mei 1987, OJ EPO 1988, 19; B. DE VUYST, *Handboek octrooien : Een kort begrip voor juristen en wetenschappers*, Brugge, die Keure, 2006, 125.

¹⁰⁵ S. DUSOLLIER, “Le brevet logiciel qui ne dit pas son nom”, *IRDI* 2007, 244; *IBM*, T 6/83, 6 oktober 1988, OJ EPO 1990, 5; *Siemens*, T 158/88, 12 december 1989, OJ EPO 1991, 566.

¹⁰⁶ M.- C., JANSSENS, “Bescherming van computerprogramma’s: (lang) niet alleen maar auteursrecht”, *TBH* 1998, 426.

¹⁰⁷ *Computer program I/ IBM*, T 1173/97, 1 juli 1998, OJ EPO 1999, 609; *Computer program II/ IBM*, T 935/97, 9 februari 1999, beschikbaar op <<http://legal.european-patent-office.org/dg3/biblio/t970935eu1.htm>>.

¹⁰⁸ S. DUSOLLIER, “Le brevet logiciel qui ne dit pas son nom”, *IRDI* 2007, 245.

¹⁰⁹ T.F.W. OVERDIJK, “Europees Octrooibureau verruimt mogelijkheden voor octrooiering van computersoftware”, *Computerr*. 1999, 159.

¹¹⁰ *Clipboard formats I/Microsoft*, T 424/03, 26 februari 2006, beschikbaar op <<http://legal.european-patent-office.org/dg3/pdf/t030424eu1.pdf>>

zelfs wanneer de instructies door een computer worden uitgevoerd. Een dergelijk door een computer uitgevoerd proces lijkt echter zeer veel op een gewoon computerprogramma.¹¹¹

Na deze analyse van de rechtspraak van het EOB merken we dat de uitsluiting in artikel 52(2) EOV wel erg restrictief wordt geïnterpreteerd. Het EOB heeft dan ook geprobeerd om stapsgewijs af te stappen van deze uitsluiting van software. Dit heeft het gedaan door de letterlijke bewoording van het EOV uit te rekken en te bespelen. Zo is men gekomen tot een situatie die niet strookt met de geest van de bewoordingen van het EOV. Wil men nu een computerprogramma octrooieren dan moet men het gewoon anders omschrijven in de aanvraag.¹¹² Zo is dat ook gebeurd voor de meer dan 30.000 softwareoctrooien die reeds zijn toegekend door het EOB.¹¹³ Rekening houdend met deze constante praktijk heeft het de Europese Unie enkele pogingen gedaan om orde te scheppen in deze warboel.

3.6. VOORSTEL VAN DE EUROPESE SOFTWAREOCTROOI RICHTLIJN

De Europese Unie heeft in het laatste decennium getracht orde te scheppen op het gebied van softwareoctrooien. Van enige rechtszekerheid was er voordien immers geen sprake. Het EOB bleef steeds meer softwareoctrooien toekennen terwijl verschillende nationale octrooibureaus vasthielden aan de principiële uitsluiting van computerprogramma's. Deze afwijkende rechtspraak kwam vooral van het UK Patent Office en het Duitse Bundes Patent Gericht.¹¹⁴ In 1997 publiceerde de Commissie het Groenboek over het Gemeenschapsoctrooi en het octrooistelsel in Europa.¹¹⁵ Hierin beklemtoonde ze het belang om de innovatie te blijven stimuleren. Daarvoor was er nood om orde te stellen in het ingewikkelde octrooisysteem in Europa.

Er zijn drie voorstellen voor een richtlijn betreffende de octrooieerbaarheid van in computers geïmplementeerde uitvindingen ingediend geweest.¹¹⁶ Het eerste voorstel was afkomstig van de Europese Commissie en bracht weinig

¹¹¹ S. DUSOLLIER, "Le brevet logiciel qui ne dit pas son nom", *IRDI* 2007, 246.

¹¹² K. BERESFORD, *Patenting software under the European patent convention*, Londen, Sweet & Maxwell, 2000, nr. 4-5.

¹¹³ K. BERESFORD, *Patenting software under the European patent convention*, Londen, Sweet & Maxwell, 2000, 1; F. PETILLION, "Patentability of Software: Status Questionis – An incentive to be inventive?", *IRDI* 2004, 219.

¹¹⁴ C. HULME., "Software Patents: Everybody's Losing", *Computer & Law* 2006-2007, afl. 4, 21.

¹¹⁵ *Groenboek over het Gemeenschapsoctrooi en het octrooistelsel in Europa*, COM(97)314, 24 juni 1997.

¹¹⁶ *Voorstel voor een richtlijn van het Europees parlement en de raad betreffende de octrooieerbaarheid van in computers geïmplementeerde uitvindingen (door Commissie ingediend)*, COM(2002)92, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0092:FIN:NL:PDF>>; vervolgens volgden er nog twee voorstellen van het Europees Parlement in 2003 en van de Raad in 2004. Voor een uitgebreidere behandeling zie: F. PETILLION, "Patentability of Software: Status Questionis – An incentive to be inventive?", *IRDI* 2004, 204-224.

verandering omtrent de octrooierbaarheid van software. Het was een loutere codificatie van de bestaande praktijk van het EOB.¹¹⁷ In 2003 diende het Europese Parlement het tweede voorstel in. Hierin werd de mogelijkheid tot het octrooieren van software stevig aan banden gelegd.¹¹⁸ Er werd namelijk een restrictievere definitie gegeven van het technische karakter waaraan een computerprogramma moest voldoen.¹¹⁹ Tenslotte volgde er in 2004 het voorstel van de Raad.¹²⁰ Deze had echter geen rekening gehouden met de wijzigingen die Europees Parlement had aangebracht. De restrictieve definitie van het technisch karakter werd achterwege gelaten zonder dat er een andere definitie in de plaats kwam. Zo werd er weer een opening gelaten voor de octrooierbaarheid van banale programma's.¹²¹ Op 6 juli 2005 protesteerde het Europees Parlement hier tegen en stemde het met een overweldigende meerderheid tegen dit voorstel. Tot op heden is er geen andere actie meer genomen op Europees niveau.

De hele Europese procedure werd beheerst door hevige discussies tussen de aanhangers van de huidige octrooierbaarheid en de tegenstanders van deze vorm van monopolisering. Beide kampen hebben hele lijsten vol argumenten om hun standpunt te verdedigen. Een bondige analyse van enkele belangrijke argumenten is hier dan ook op zijn plaats.

3.7. ARGUMENTEN VOOR EN TEGEN DE OCTROOIEERBAARHEID VAN SOFTWARE

Zoals gezegd hebben zowel de voorstanders als de tegenstanders van software octrooien een heel arsenaal aan munitie. Deze gaan van zuivere economische analyses tot grootschalige complottheorieën.

Men mag echter niet uit het oog verliezen dat het debat vooral door juristen wordt gevoerd. Economisten hebben zich zonder resultaat gemoed in dit debat over de meest geschikte bescherming van computerprogramma's. Er is dus ook geen enkele zekerheid omtrent de gevolgen die een algemene erkenning van softwareoctrooien op onze economie zou hebben.

¹¹⁷ A.P. MEIJBOOM, "Bang voor software-octrooien", *Computerr.* 2002, 66.

¹¹⁸ A.P. MEIJBOOM, "Europees Parlement wijzigt de conceptrichtlijn voor softwaregerelateerde octrooien wezenlijk", *Computerr.* 2003, 375.

¹¹⁹ Art. 4 §4 van het voorstel voor de richtlijn zoals gewijzigd door het Europees Parlement, T5-0402/2003;

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P5-TA-2003-0402>>

¹²⁰ Gemensch.Standp. nr. 11979/1/2004 van de Raad van Ministers betreffende het voorstel voor een richtlijn betreffende de octrooierbaarheid van in computers geïmplementeerde uitvindingen; <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/04/st11/st11979.en04.pdf>>

¹²¹ F. PETILLION, "Patentability of Software: Status Questionis – An incentive to be inventive?", *IRDI* 2004, 216.

Hier beperken ons tot een korte bespreking van de meest relevante argumenten.

3.7.1. Argumenten voor de octrooierbaarheid van Software

Een eerste argument van de voorstanders van softwareoctrooien baseert zich op het gebrek aan adequate bescherming door het auteursrecht.¹²² Zoals in het eerste deel van dit werkstuk werd vermeld, heeft men reeds lange tijd beslist om de bescherming van software aan het auteursrecht toe te vertrouwen. Het auteursrecht beschermt een computerprogramma als een litterair werk en beschermt zo enkel de originele uitdrukking en vormgeving van het computerprogramma. Het achterliggende idee wordt helemaal niet beschermd. Het octrooirecht beschermt daarentegen wel de onderliggende ideeën en beschermt zo de echte waarde van het computerprogramma.

Een ander argument betreft het belang om de innovatie te blijven stimuleren. Enkel wanneer er een volwaardige bescherming bestaat is men bereid om tijd en geld te investeren in innoverende technologieën.¹²³ Er is ook het feit dat software wel octrooierbaar is in landen zoals de Verenigde Staten en Japan. Men stelt dat indien Europa wil dat zijn software-industrie kan opboksen tegen de concurrentie van die uit de Verenigde Staten¹²⁴ of Japan, ook hier de octrooierbaarheid van software officieel erkend zal moeten worden.

Een laatste juridisch argument betreft de coherentie tussen de bestaande praktijk en het juridische verbod. Het EOB heeft reeds tienduizenden softwareoctrooien toegekend terwijl andere nationale octrooibureaus weigeren deze te erkennen.¹²⁵ Het is dan ook van belang voor de rechtszekerheid om een eenduidig antwoord omtrent deze problematiek te krijgen. Een algemene erkenning van softwareoctrooien is hiervoor, volgens de voorstanders, de beste oplossing.

¹²² G. YANG, "Continuing Debate of Software Patents and the Open Source Movement", *Tex. Intell. Prop. L.J.* 2004-2005, afl. 13, 192.

¹²³ A. GUADAMUZ, "The Software Patent Debate", *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2006 Vol. 1, No. 3, 200-203. beschikbaar op: <<http://ssrn.com/abstract=886905>>; G. YANG, "Continuing Debate of Software Patents and the Open Source Movement", *Tex. Intell. Prop. L.J.* 2004-2005, afl. 13, 195-197.

¹²⁴ Het Amerikaanse octrooirecht kent namelijk niet de vereiste van een technisch karakter. Opdat een uitvinding octrooierbaar is wordt er enkel vereist dat het om een nuttige uitvinding gaat die een concreet en tastbaar resultaat heeft. Zie: A.P. MEIJBOOM, "Bang voor software-octrooien", *Computerr.* 2002, 66.

¹²⁵ K. BERESFORD, *Patenting software under the European patent convention*, Londen, Sweet & Maxwell, 2000, 1; F. PETILLION, "Patentability of Software: Status Questionis – An incentive to be inventive?", *IRDI* 2004, 219.

3.7.2. Argumenten tegen de octrooierbaarheid van Software

De tegenstanders baseren zich vooral op het risico dat softwareoctrooien met zich meebrengen, meer bepaald het risico dat er een monopolie wordt gevestigd op triviale programma's en zo de innovatie wordt afgeremd.¹²⁶ De softwareoctrooien zouden namelijk voorkomen dat de achterliggende ideeën gebruikt kunnen worden door andere programmeurs.¹²⁷ Indien programmeurs verder willen bouwen op deze ideeën zal hiervoor de toestemming van de octrooigemachtigde nodig zijn.¹²⁸ Dit zou een enorme rem op de vrije innovatie zijn.¹²⁹

Ook stellen de tegenstanders dat de huidige vereiste van uitvinderswerkzaamheid niet geschikt is om het octrooieren van triviale programma's te voorkomen.¹³⁰ In zijn huidige vorm is deze vereiste voor een te ruime interpretatie vatbaar. Er zou dus eerst een herziening van de vereiste van uitvinderswerkzaamheid nodig zijn.

Daarenboven stelt men dat softwareoctrooien enkel in het voordeel van de grote spelers zou spelen. Een octrooiaanvraag vereist namelijk een behoorlijke som geld.¹³¹ Deze kostelijke procedure is een zeer moeilijke stap voor vele programmeurs. De tegenstanders verdedigen zo de auteursrechterlijke bescherming van software. Deze biedt namelijk gratis bescherming van het programma en is bovendien zonder enige formaliteit te verkrijgen.

Een praktisch tegenargument betreft de knowhow die nodig is voor de analyse van een softwareoctrooi.¹³² Software is namelijk een zeer specifiek product en vereist veel training en vaardigheden van de octrooi-onderzoekers.¹³³ Wanneer softwareoctrooien algemeen erkend worden zal ook het aantal aanvragen

¹²⁶ R.E. THOMAS, *Debugging Software Patents: Increasing Innovation and Reducing Uncertainty in the Judicial Design of Optimal Software Patent Law* Maart 2008, 63 beschikbaar op: <<http://ssrn.com/abstract=1114065>>.

¹²⁷ E. GRATTON, "Should Patent Protection Be Considered for Computer Software-Related Innovations?", *Computer Law Review & Technology Journal* 2003, afl.7, 230-237; J. SWINSON, "Copyright or Patent or Both: An Algorithmic Approach to Computer Software Protection", *Harv. J.L. & Tech.* 1991, afl. 5, 157.

¹²⁸ J. SWINSON, "Copyright or Patent or Both: An Algorithmic Approach to Computer Software Protection", *Harv. J.L. & Tech.* 1991, afl. 5, 171.

¹²⁹ E. CROFT, "Introduction to the Software Patent Debate", *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 1991-1992, afl. 14, 310.

¹³⁰ F. PELLIGRINI, *Legal analysis of Software Patentability*, beschikbaar op: <<http://www.abul.org/Analysis-of-software-patentability.html>>.

¹³¹ Voor een analyse deze risico's zie: <<http://www.nosoftwarepatents.com/en/m/dangers/investment.html>>.

¹³² E. GRATTON, "Should Patent Protection Be Considered for Computer Software-Related Innovations?", *Computer Law Review & Technology Journal* 2003, afl.7, 240.

¹³³ E. CROFT, "Introduction to the Software Patent Debate", *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 1991-1992, afl. 14,300; X, "Against Software Patents: The League for Programming Freedom", *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 1991-1992, afl. 14, 297. Ook beschikbaar op: <<http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/lpf.pdf>>.

aanzienlijk toenemen en bijgevolg zal er nood zijn aan nieuwe gespecialiseerde onderzoekers.¹³⁴

4. CONCLUSIE

Er bestaat weinig discussie over het feit dat zowel het auteursrecht als het octrooirecht niet de perfecte bescherming bieden voor software. Maar software is in geen geval een doorsnee auteurswerk. Het auteursrecht is oorspronkelijk bedoeld voor de bescherming van alles wat met cultuur en informatie te maken heeft.¹³⁵ Sommige deelaspecten van software horen dus wel door het auteursrecht te worden beschermd. We kunnen dan denken aan de verschillende iconen en vormgevingen van het computerprogramma. Maar andere onderdelen van software beogen echter het bekomen van een bepaald technisch resultaat. De bescherming van deze aspecten komt eerder toe aan het octrooirecht. Zoals eerder gesteld, ligt de belangrijkste waarde van een computerprogramma niet in de programmeertekst zelf van het programma maar wel in de functies die het uitvoert, namelijk de instructies die het aan de computer geeft om een bepaald resultaat te bekomen.¹³⁶

Het octrooirecht is dus geschikter om de bescherming van bepaalde technische oplossingen van software op zich te nemen.¹³⁷ Dit betekent echter niet dat dit idealiter gebeurt onder de huidige regels. Het verdient de voorkeur duidelijkheid te brengen door de uitsluiting van de octrooieerbaarheid van software te schrappen, en tezelfdertijd de materiële voorwaarden voor de bescherming strikt toe te passen.

De vereiste van uitvinderswerkzaamheid dient ook voor software te worden toegepast vanuit haar oorspronkelijk doel, namelijk vermijden dat er octrooien worden toegekend aan triviale technische oplossingen. De evolutie in de uitspraken van verschillende octrooibureaus toont echter aan dat men wellicht te snel octrooien toekent en dat men te weinig uitvindingshoogte vereist.¹³⁸

¹³⁴ C. HULME, "Software Patents: Everybody's Losing", *Computer & Law* 2006-2007, afl. 4, 22.

¹³⁵ A. QUAEDVLIET, "Auteursrecht en techniek: Fuzzy functionality en subjectieve anorexia tarten de banvloek", *BIE* 2008, 182-183.

¹³⁶ P. SAMUELSON, R. DAVIS, M. KAPOR en J. REICHMAN, "A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs", *Columbia Law Review* december 1994, 2315.

¹³⁷ D. KARJALA, "The Relative Roles of Patent and Copyright in the Protection of Computer Programs", *John Marshall Journal of Computer and Information Law* 1998, 43 zoals verwezen in R. WATT, "Patent and/or copyright for software: what has been done so far?", *Review of Economic Research on Copyright Issues* 2007, afl. 4/1, 3-14.

¹³⁸ K. CAMPBELL en P. VALDURIEZ, "A Technical Critique of Fifty Software Patents", *Marq. Intell. Prop. L. Rev.* 2005, afl. 9, 249; V. SIBER, "The Technical Character of Software Invention: Why Continental and United States Patent Law Should be Consistent in Analyzing Patentability", *Fed. Cir. B.J.* 1999-2000, afl. 9, 555; J.R. ALLISON en R.J. MANN, "The Disputed Quality of Software Patents", *U of Texas Law, Law and Econ Research Paper* maart 2007, No. 97, beschikbaar op: <<http://ssrn.com/abstract=970083>>.

De vereiste van uitvinderswerkzaamheid moet er namelijk voor zorgen dat er een selectie plaatsvindt om de triviale technische oplossingen van de octrooieerbaarheid te weren. Er is geen enkele reden om deze vereiste te verlagen voor wat betreft computerprogramma's. Net zoals dat geldt voor alle andere soorten van uitvindingen moet het om iets baanbrekends gaan, en niet iets wat de doorsnee vakman doet om een probleem op te lossen. Het handhaven van een normale vereiste van uitvinderswerkzaamheid zal voorkomen dat de poorten tot de octrooieerbaarheid verder open worden gezet door het schrappen van software uit de lijst van niet-octrooieerbare zaken.

De erkenning van softwareoctrooien moet dus niet worden gezien als een verruiming van de octrooieerbaarheid maar eerder als een zuivering van de actuele toestand waar octrooien op software te makkelijk worden toegekend, ondanks de "formele" uitsluiting. De vrees van sommigen voor een monopolisering van de grote spelers van de software-industrie kan men immers ook verklaren door de huidige toekenningpolitiek van het EOB.

Tenslotte mag men niet vergeten dat de uitsluiting van computerprogramma's geschetst moet worden in een heel ander tijdperk. Toen de uitsluiting begin de jaren '70 in het EOV werd toegevoegd was men van oordeel dat computerprogramma's louter mathematische en abstracte formules waren.¹³⁹ In de 21^{ste} eeuw kunnen we deze simplistische visie niet meer delen. Software is in onze huidige maatschappij een belangrijk werktuig dat in bijna alle sectoren terug te vinden is. Computerprogramma's vervullen vandaag de dag vergelijkbare handelingen en bekomen vergelijkbare resultaten als de toenmalige uitvindingen die men vanaf de 19^{de} eeuw voor ogen had te beschermen.¹⁴⁰ Computerprogramma's kunnen daarom niet langer van de octrooieerbaarheid worden uitgesloten indien de materiële voorwaarden voor de octrooieerbaarheid worden gerespecteerd.

We zien dus dat ondanks het feit dat de octrooieerbaarheid van software nog vele vragen en problemen met zich meebrengt, de toekomstige weg naar een adequate bescherming van software toch deels in deze richting ligt. Dit kan enkel in goede banen worden geleid indien de nodige aanpassingen gebeuren. Na deze aanpassingen zullen softwareoctrooien toch een evenwicht kunnen behouden tussen het belang van de uitvinder en het algemene belang van de maatschappij.

Mits aan de specifieke voorwaarde van bescherming te voldoen, is de auteursrechtelijke en octrooirechtelijke bescherming van software dus geen "OF" maar een "EN" verhaal.

¹³⁹ K. BERESFORD, *Patenting software under the European patent convention*, Londen, Sweet & Maxwell, 2000, 14-20.

¹⁴⁰ We kunnen verwijzen naar het Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom van 20 maart 1883, BS 29 januari 1975.