

DIGITALE EN ANALOGE VERSPREIDING
VAN AUTEURSWERKEN EN SOFTWARE
VOLUME III

DIGITALE EN ANALOGIE VERSPREIDING VAN AUTEURSWERKEN EN SOFTWARE

Volume I: *Analoge distributie en uitputting*

Volume II: *Digitale verspreiding*

Volume III: *Herverkoop van digitale werken door gebruikers*

DIGITALE EN ANALOGUE VERSPREIDING
VAN AUTEURSWERKEN EN SOFTWARE

VOLUME III
HERVERKOOP VAN DIGITALE
WERKEN DOOR GEBRUIKERS

Simon GEIREGAT

 INTERSENTIA

Antwerpen – Gent – Cambridge

Digitale en analoge verspreiding van auteurswerken en software
Volume III. Herverkoop van digitale werken door gebruikers
Simon Geiregat

© 2020 Intersentia
Antwerpen – Cambridge
www.intersentia.be

ISBN 978-94-000-1170-0
D/2020/7849/155
NUR 827



Omslagontwerp: Danny Juchtmans / www.dsigngraphics.be

Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van de uitgever.

Ondanks alle aan de samenstelling van de tekst bestede zorg, kunnen noch de auteurs noch de uitgever aansprakelijkheid aanvaarden voor eventuele schade die zou kunnen voortvloeien uit enige fout die in deze uitgave zou kunnen voorkomen.

*“Je n’ai fait celle-ci plus longue
que parce que je n’ai pas eu le loisir de la faire plus courte.”*
— Blaise PASCAL, “XVI^{ème} lettre aux révérends pères jésuites”,

uitgegeven in L. DE MONTALTE, *Les Provinciales*, Keulen, P. de la Vallée, 1657, (350) 384.

VOORWOORD BIJ DE REEKS

“Ceterum censeo Carthaginem esse delendam.”

— Marcus Porcius Cato Censorius maior.

Het Bijzonder Onderzoeksfonds van de Universiteit Gent besloot in 2015 om rechtswetenschappelijk onderzoek naar ‘tweedehands’ *digital content* zoals e-boeken en muziekbestanden te promoten. Het resultaat kreeg vorm als een doctoraal proefschrift dat op 28 mei 2019 het voorwerp uitmaakte van een openbare verdediging. Na de verdediging volgde de herwerking. Het proefschrift onderging onder meer wijzigingen om de inhoud te actualiseren en om de geapprecieerde suggesties van de leden van de examencommissie in te bedden. De uitkomst is een drieluik waarvan u momenteel het eerste volume onder ogen heeft.

Het thema van de verspreiding van auteursrechtelijke werken, computerprogramma’s en voorwerpen van naburige rechten liet zich het best behandelen in drie grote stappen. Deze reeks weerspiegelt dat stappenplan. Volume I biedt de lezer een panorama van de uitputtingsleer zoals die tot stand kwam in de klassieke context van de analoge distributie. Volume II gaat uit van een andere insteek. De hamvraag daarin is hoe het privaatrecht digitale verspreidingsvormen behandelt of kan behandelen. De bevindingen uit de eerste twee volumes komen samen in volume III. Het opzet van dat laatste volume is om met een ruime insteek uit te klaren of en in welke mate onze rechtsorde plaats biedt of zou moeten bieden aan ‘tweedehands’ digitale inhoud die intellectueelrechtelijke bescherming geniet. Naar analogie met een Gentse hoogleraar die de studenten op hun examen ooit de score toewenste die zij verdienden, hoop ik dat u als lezer in deze reeks terugvindt waarnaar u op zoek bent.

Het uitspitten van rechtsvragen en de redactie van een proefschrift vormen een unieke leerschool. Juridische argumenten en standpunten over die vragen zijn slechts enkele van de inzichten die een onderzoeker onderweg verwerft. De tijd als doctorandus brengt namelijk ook tal van andere levenslessen mee. Het cliché klopt: het doctoraat is voor een doctorandus in eerste instantie een kennismaking met zichzelf. Een gelijkaardige verrijking was in een andere setting veel moeilijker te bereiken. Ik ben dan ook heel dankbaar dat ik deze kans heb gekregen.

Tijdens mijn predoctoraal mandaat mocht ik vaststellen dat er veel en gedreven juristen zijn die hun leven of een deel ervan in het teken stellen van rechtsonderzoek. Dat is nochtans niet vanzelfsprekend in de hedendaagse juridisch-

academische wereld, waarin de tijdsdruk toeneemt en de financieringsbronnen afnemen. Een tijdperk met bliksemsnelle toegang tot een onmetelijk bronnenarsenaal maakt het jonge onderzoekers daarenboven moeilijk om gehoord te worden. Ik probeer daarom mijn steentje bij te dragen door hieronder waar mogelijk ook te verwijzen naar de bewonderenswaardige doctoraatswerkzaamheden van collega's aan Vlaamse universiteiten.

Het is in een context met academische globalisatie en juridische harmonisatie tot slot niet steeds meer vanzelfsprekend om onderzoek te voeren en te rapporteren in het Nederlands. Die taal is met al haar deugden en gebreken evenwel mijn moedertaal, en dus de taal waarin ik mij het meest genuanceerd kan uitdrukken. Dit onderzoek focust daarenboven in eerste orde op het recht dat van toepassing is in België. Dit alles verantwoordt de keuze voor een Nederlandstalig proefschrift en dito reeks.

Het Nederlands is dan wel mijn moedertaal, het blijft een taal vol valstrikken. Het is in een omvangrijke tekst bovendien onmogelijk om elke typ- of verstrooidheidsfout uit te sluiten. Daarbij komt dat stellingen en argumenten steeds onderhevig blijven aan wijzigingen: er bestaan geen absolute waarheden. Dit onderzoek en de teksten die eruit resulteren, zullen bijgevolg nooit volledig af zijn. De perfectie bestaat niet. U wordt dan ook vriendelijk verzocht de relativiteit van wat volgt in het achterhoofd te houden.

Voor het overige hoop ik dat het Hof van Justitie zijn rechtspraak over de zogenaamde 'digitale uitputting bij computerprogramma's' volledig herziet.

Simon GEIREGAT
1 januari 2020

VOORWOORD

Het is een groot genoegen het voorwoord te mogen schrijven bij dit derde deel uit de reeks 'Digitale en analoge verspreiding van auteurswerken en software'. Met dit derde deel sluit Simon Geiregat zijn diepgaand en fundamenteel doctoraatsonderzoek af over de mogelijkheid om over aangekochte digitale auteursrechtelijk beschermde inhoud te beschikken. Het is ook met trots dat ik dit voorwoord schrijf. Simon slaagde er in zich op zeer korte tijd vertrouwd te maken, niet alleen met alle aspecten van het auteursrecht, maar ook van de algemene, ruime problematiek van de uitputting van intellectuele rechten. Een grondige en kritische analyse van een imponerend aantal juridische bronnen zijn hem eigen. Bovendien slaagt hij er steeds in om zijn gedachten en analyses zeer helder weer te geven. Dit brengt mee dat niet alleen het hier voorliggende derde deel, maar ook de twee reeds verschenen delen in de reeks, uiterst vlot lezen. Door zijn schrijfstijl slaagt Simon er in vanaf het begin van zijn onderzoek tot het einde te boeien. Ook snelheid, die evenwel geen afbreuk doet aan grondigheid, kenmerken Simon. Snelheid, niet alleen in het doornemen en analyseren van bronnenmateriaal, maar ook in het reflecteren en schrijven. In drieënhalf jaar wist Simon zijn doctoraatsonderzoek af te ronden. Het is evenwel ook met een, zij het beperkt, gevoel van tristesse dat ik dit voorwoord schrijf. Door het afronden van de doctoraatswerkzaamheden kwam ook een einde aan het opleidingsproces van een jonge medewerker. Simon was een medewerker zoals men zich alleen kan dromen. Altijd paraat, gedachten lezend en anticiperend, maar ook bereid te luisteren en open voor ideeën en opvattingen van anderen. De leerling is evenwel nu zelf een volwaardig leermeester geworden.

In dit derde deel staat de vraag centraal of, en onder welke voorwaarden, een eerste verkrijger van auteursrechtelijk beschermde digitale content zijn bevoegdheden kan overdragen. In niet-juridische termen uitgedrukt wordt onderzocht of je over aangekochte digitale werken zoals e-books en computerprogramma's vrij kan beschikken. Kunnen gebruikers digitale werken doorverkopen? Dit deel is als het ware het kroonjuweel van het doctoraatsonderzoek en bouwt voort op de bevindingen uit volume I (de uitputtingsleer binnen het kader van analoge distributie) en volume II (de behandeling in het privaatrecht van digitale verspreidingsvormen). Zoals het de recensent van een thriller niet betaamt de plot van het verhaal in zijn bespreking te onthullen, zo is het aan de lezer zelf om via de lectuur van dit derde deel, en op basis van het verrichte onderzoek, zelf te ontdekken in welke mate onze rechtsorde plaats biedt aan de verhandeling van tweedehands

digitale auteursrechtelijk beschermde inhoud. Maar het past hier wel de verdiensten van dit onderzoek van Simon Geiregat te onderlijnen. Zo verrichtte hij een grondig en alomvattend onderzoek naar de beschikkingsbevoegdheden van wie een werk of een voorwerp van naburige rechten in digitale vorm in handen krijgt. In tegenstelling tot wat het geval is bij andere auteurs, blijft de analyse van Simon niet beperkt tot het (geharmoniseerde) auteursrecht en de andere intellectuele rechten, maar strekt het zich uit over het goederen- en verbintenissenrecht. Ook treedt hij, waar nodig, buiten het privaatrecht, met name door in te gaan op het grondbeginsel van de gelijke behandeling en op de rechtspraak van het Hof van Justitie over het primair EU-recht inzake het vrij verkeer van goederen en het vrij verkeer van diensten. De auteur gaat niet alleen in op de moeilijkheid om de positie van verkrijgers van downloads te duiden, maar ook op nieuwe en toekomstige problemen, met name in gevallen van streaming, software-as-a-service en andere situaties waarin werken of computerprogramma's online beschikbaar worden gesteld. In het onderzoek wordt niet alleen aandacht besteed aan computerprogramma's, e-boeken en andere werken in de zin van de Infosoc-richtlijn, maar ook aan databanken, prestaties beschermd door naburige rechten en gemengde werken zoals videogames. In zijn onderzoek werkt Simon de betekenis en de tegenwerpelijheid van gebruikslicenties (of *end-user license agreements*) en van service-overeenkomsten bij standaardsoftware nader uit, evenals, en dit is zeker vernieuwend, het concept van de productsleutel of licentiecode. Niet alleen wordt aandacht besteed aan wat juridisch mag (of zou moeten kunnen) maar ook aan de problematiek dat gebruikers van digitale werken vaak feitelijk-technisch gezien beknot zijn in hun handelingsmogelijkheden wanneer ze een digitaal werk of software aangeleverd krijgen, een onderwerp dat ook deels bekend staat als de problematiek van de technische beveiligingsmaatregelen. De auteur verricht ook (een deel technisch) onderzoek naar de mogelijkheden van blockchaintechnologie voor de overdraagbaarheid van digitaal aangeleverde werken en voorwerpen. Zeker te vermelden is de originele (en uitgewerkte) stelling over het belang om ook rechten op digitale werken of software te kunnen overdragen (cederen), waarbij Simon bij de uitwerking van die stelling alle rechtsgronden is afgegaan en daarbij uitgebreide en gedetailleerde aandacht heeft voor het leerstuk van de onrechtmatige bedingen.

De tekst van het hier voorliggende derde deel wijkt af van de tekst van het op 28 mei 2019 verdedigde proefschrift. Hij werd immers volledig herwerkt. Dit gebeurde niet alleen om het Tom Kabinet-arrest van het Hof van Justitie van 19 december 2019 volledig in het gevoerde onderzoek te betrekken, maar ook om rekening te houden met het de wijziging van het Belgische goederenrecht, met de wetsvoorstellen voor een nieuw verbintenissenrecht en de nieuwe wetgeving over onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen (boek VI WER). Overigens bevat dit volume een eerste, echt uitvoerige bespreking van het vermelde Tom

Kabinet-arrest van het Hof van Justitie, waarbij de auteur verder gaat dan waar dit arrest en het UsedSoft-arrest uit 2012 stoppen. Dit brengt mee dat ook wordt ingegaan op toekomstige vragen, zoals onder meer over digitale uitlening en digitale verhuur.

Prof. Hendrik VANHEES
Gewoon hoogleraar
Universiteit Antwerpen
Hoofddocent
Universiteit Gent

INHOUD

<i>Voorwoord bij de reeks</i>	vii
<i>Voorwoord</i>	ix

Inleiding: ‘digitale uitputting’	1
---	---

Hoofdstuk 1.

Herverkoop naar geldend recht	9
--	---

3.1.1. Werken algemeen	16
3.1.1.1. Kwalificatie van de verspreiding	17
3.1.1.1.1. Levering van opslagmedia	18
3.1.1.1.2. Levering via download	19
3.1.1.1.3. Levering door onlinetoegang	34
3.1.1.2. Overdracht door eerste verkrijger	42
3.1.1.2.1. Gekochte opslagmedia	43
3.1.1.2.2. Gedownloade exemplaren	45
3.1.1.2.3. Onlinetoegang	54
3.1.1.3. Gevolgtrekkingen	55
3.1.2. Computerprogramma's	58
3.1.2.1. Kwalificatie van de verspreiding	61
3.1.2.1.1. Levering van opslagmedia	61
3.1.2.1.2. Levering via download	62
3.1.2.1.3. Levering door onlinetoegang	67
3.1.2.2. Uitputting	73
3.1.2.2.1. Voorwaarden voor uitputting	74
3.1.2.2.1.1. Kopie	76
3.1.2.2.1.2. Verkoop	77
3.1.2.2.1.3. Toepassingen	79
3.1.2.2.2. Gevolgen van uitputting	82
3.1.2.2.2.1. Gevolgen voor de exploitatierechten ..	82
3.1.2.2.2.2. Gevolgen voor verkrijgers	87
3.1.2.3. Commentaar	90
3.1.2.3.1. <i>Modi operandi</i> van het Hof van Justitie	91
3.1.2.3.1.1. Woordenschat	91
3.1.2.3.1.2. Interpretatietechnieken	93
3.1.2.3.1.3. Casuïstiek	95

3.1.2.3.2.	Verkoop van een kopie.	96
3.1.2.3.2.1.	‘Immateriële kopie’	97
3.1.2.3.2.2.	Vergelijking met gemeen recht	98
3.1.2.3.2.3.	Verschil met de Richtlijn Infor- matiemaatschappij	101
3.1.2.3.2.4.	Rol van gebruikslicenties.	111
3.1.2.3.2.5.	Prijs: economische waarde van de kopie.	122
3.1.2.3.3.	Impact op het reproductierecht	126
3.1.2.3.4.	Gevolgen voor verkrijgers.	127
3.1.2.3.4.1.	Overdrachtsrecht	128
3.1.2.3.4.2.	Downloadrecht	134
3.1.2.3.5.	Gevolgtrekkingen.	139
3.1.3.	Overige werken en voorwerpen	143
3.1.3.1.	Gemengde werken	144
3.1.3.1.1.	Computerprogramma-aspect ondergeschikt.	146
3.1.3.1.2.	Computerprogramma-aspect overwegend.	148
3.1.3.1.3.	Bevindingen	151
3.1.3.2.	Databanken.	153
3.1.3.2.1.	Kwalificatie van de verspreiding	154
3.1.3.2.1.1.	Levering van opslagmedia.	154
3.1.3.2.1.2.	Levering via download.	154
3.1.3.2.1.3.	Levering door onlinetoegang	158
3.1.3.2.2.	Reproductierecht	159
3.1.3.2.3.	Bevindingen	161
3.1.3.3.	Naburige rechten	162
3.1.3.3.1.	Levering van opslagmedia.	162
3.1.3.3.2.	Levering via download	163
3.1.3.3.2.1.	Kwalificatie van de verspreiding.	163
3.1.3.3.2.2.	Overdracht door eerste verkrijger ..	168
3.1.3.3.3.	Levering door onlinetoegang.	172
3.1.3.3.4.	Bevindingen	173
3.1.4.	Gevolgtrekkingen	174

Hoofdstuk 2.

<i>Analyse de lege ferenda</i>	181
3.2.1. Wenselijkheid van ‘digitale uitputting’	182
3.2.1.1. Klassieke uitputtingsgrondslagen	185
3.2.1.1.1. Eigendomstheorie.	185
3.2.1.1.2. Verhandelbaarheids- en beloningstheorie	187
3.2.1.2. EU-interne markt.	188
3.2.1.2.1. Rechtsgrondslag	192

3.2.1.2.2.	Nagestreefd doel	194
3.2.1.2.3.	Evenredigheid en subsidiariteit	199
3.2.1.2.3.1.	Subsidiariteitsbeginsel	200
3.2.1.2.3.2.	Evenredigheidsbeginsel	202
3.2.1.2.4.	Kritiek.	221
3.2.1.3.	Functionele gelijkwaardigheid	230
3.2.1.3.1.	Bedoelingen van de normgever	231
3.2.1.3.2.	Beginsel van gelijke behandeling	235
3.2.1.3.2.1.	EU-rechtspraak	236
3.2.1.3.2.2.	Vergelijkbaarheid	244
3.2.1.3.2.3.	Rechtvaardiging	259
3.2.1.3.2.4.	Gevolgen.	281
3.2.1.3.3.	Kritiek op de EU-rechtspraak	284
3.2.1.3.3.1.	Verschil tussen computerpro- gramma's en andere werken	284
3.2.1.3.3.2.	Interpretatie of hogere norm.	285
3.2.1.3.3.3.	Duurvereenkomsten.	289
3.2.1.4.	Gevolgtrekkingen.	293
3.2.2.	Overdrachtsbevoegdheid	294
3.2.2.1.	Levering	297
3.2.2.1.1.	Levering van opslagmedia.	297
3.2.2.1.2.	Levering via download	298
3.2.2.1.2.1.	Na het downloaden.	299
3.2.2.1.2.2.	Voor het downloaden.	304
3.2.2.1.3.	Levering door onlinetoegang	305
3.2.2.1.3.1.	Overdracht van datacreatierecht	305
3.2.2.1.3.2.	Overdracht van betalingsver- plichting	311
3.2.2.1.4.	Levering via productsleutel.	324
3.2.2.1.5.	Accessoire onderhoudsovereenkomsten.	326
3.2.2.2.	Gebruikslicentie	330
3.2.2.2.1.	Tegenwerpelijkheid	331
3.2.2.2.1.1.	Toestemming als rechtsgrond.	331
3.2.2.2.1.2.	Accessoriumtheorie	332
3.2.2.2.1.3.	Gevolgtrekkingen.	334
3.2.2.2.2.	Geldigheid van modaliteiten	337
3.2.2.2.2.1.	Duurtijd	337
3.2.2.2.2.2.	Gebruiksomvang	338
3.2.2.2.2.3.	Grondgebied	339
3.2.2.2.2.4.	Gebruiksdoelen.	344
3.2.2.2.2.5.	Overdraagbaarheid.	346
3.2.2.2.2.6.	Actief controlerecht	347

3.2.2.3.	Gevolgtrekkingen	348
3.2.3.	Overdraagbaarheidsbeperkingen	351
3.2.3.1.	Eigendom versus overdrachtsbeperking	351
3.2.3.2.	Schuldvordering versus cedeerbepanking	356
3.2.3.2.1.	Cessie van schuldvorderingen	357
3.2.3.2.1.1.	Karakter <i>intuitu personae</i>	359
3.2.3.2.1.2.	<i>Pactum de non cedendo</i>	362
3.2.3.2.2.	Cedeerbepankingen bij digitale verspreiding	364
3.2.3.2.2.1.	Gevolgen van cedeerbepankingen	364
3.2.3.2.2.2.	Privatisering van het privaatrecht	366
3.2.3.2.3.	Cedeervrijheid voor verkrijgers	369
3.2.3.2.4.	Mogelijke rechtsgrond voor cedeervrijheid	374
3.2.3.2.4.1.	Gemeen recht	375
3.2.3.2.4.2.	EU-rechtspraak herlezen	377
3.2.3.2.4.3.	Onrechtmatige bedingen	378
3.2.3.2.4.4.	Vaststellingen	400
3.2.4.	Implementering via informatica	403
3.2.4.1.	Rol van informatica-architectuur	404
3.2.4.1.1.	Architectuur als onrechtmatige belemmering	405
3.2.4.1.2.	Architectuur als rechtmatig handhavingsme- chanisme	408
3.2.4.2.	Technische beveiligingsmaatregelen feitelijk	410
3.2.4.2.1.	Bestaande afdwingingsmechanismen	411
3.2.4.2.2.	Blokketentechnologie	414
3.2.4.2.2.1.	Technische achtergrond	414
3.2.4.2.2.2.	Relevante toepassingen	423
3.2.4.2.3.	Beschouwingen	434
3.2.4.3.	Gevolgtrekkingen	441
Hoofdstuk 3.		
Besluit		445
<i>Bibliografie</i>		<i>457</i>
<i>Trefwoordenregister</i>		<i>495</i>