

# Van bits naar atomen: naar een opensourcemodel voor fysieke objecten?\*

*Pauline Geentjens*

*Onder wetenschappelijke begeleiding van:  
Prof. dr. G. Van Overwalle*

## 1. INLEIDING

### 1.1. SITUERING VAN HET ONDERWERP

#### 1.1.1. Opensourcesoftware

1. Het concept ‘open source’<sup>1</sup> roept wellicht associaties op met het tech-equivalent van geitenwollensokken-idealisten. Eenentwintig jaar na het ontstaan van het Open Source Initiative, is dit echter niet (meer) waar.

78% van alle bedrijven wereldwijd gebruikte in 2015 een vorm van opensourcesoftware, zoals bijvoorbeeld Linux<sup>3</sup>, Mozilla Firefox<sup>4</sup>, LaTeX<sup>5</sup>, Drupal CMS<sup>6</sup>, Oracle<sup>7</sup>, VLC Media Player<sup>8</sup>, Joomla!<sup>9</sup> of Apache.<sup>10</sup>

2. Een van de eerste voorbeelden van de keuze door bedrijven voor het opensourcesoftwaremodel, was evenmin ideologisch geïnspireerd, maar zuiver

---

\* Dit werk werd eveneens gepubliceerd in de reeks *Scripta Falconis*: GEENTJENS, P., *Van bits naar atomen: naar een opensourcemodel voor fysieke objecten?* in *Scripta Falconis*, Antwerpen, Intersentia, 2020, xix + 202 p. De bijlagen waarnaar verwezen wordt in dit werk zijn daar terug te vinden.

<sup>1</sup> Voor de leesbaarheid van dit werk wordt het veelvoorkomende Engelse begrip ‘open source’ niet gecursiveerd. Hetzelfde geldt voor de begrippen ‘software’, ‘hardware’, ‘closed source’ en ‘copyleft’.

<sup>2</sup> Recentere data zijn niet beschikbaar. M. VON HALLER GRØNBÆK, “Enforcement of open source licenses?”, *Lexology* 2017, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0fc634fb-f236-425c-81f2-24c6f44414a6>, laatst geraadpleegd op 30 april 2018.

<sup>3</sup> <https://www.linux.org/>, laatst geraadpleegd op 29 april 2018.

<sup>4</sup> <https://www.mozilla.org/en-US/firefox/new/>, laatst geraadpleegd op 29 april 2018.

<sup>5</sup> <https://www.latex-project.org/>, laatst geraadpleegd op 29 april 2018.

<sup>6</sup> <https://www.drupal.org/>, laatst geraadpleegd op 29 april 2018.

<sup>7</sup> <https://developer.oracle.com/opensource>, laatst geraadpleegd op 29 april 2018.

<sup>8</sup> <https://www.videolan.org/vlc/index.html>, laatst geraadpleegd op 29 april 2018.

<sup>9</sup> <https://www.joomla.org/>, laatst geraadpleegd op 29 april 2018.

<sup>10</sup> <https://www.apache.org/>, laatst geraadpleegd op 29 april 2018.

pragmatisch.<sup>11</sup> IBM, een van 's werelds grootste computerproducenten, gaf tijdens de jaren 1950 en 1960 de broncode van haar software vrij aan haar klanten-eindgebruikers. De reden hiervoor was dat computers en (basis)software in die tijd altijd samen werden verkocht. IBM zelf richtte zich hoofdzakelijk op de ontwikkeling van computers en niet van software. IBM bood dus slechts basissoftwarepakketten aan die moesten worden aangepast aan de behoeften van de eindgebruikers. Bij gebrek aan andere softwareontwikkelaars had IBM dus de keuze om zich ofwel zelf verder toe te leggen op softwareontwikkeling, of om dit aan haar klanten-eindgebruikers zelf over te laten, waarbij dezen de software telkens aan hun specifieke behoeften konden aanpassen. IBM koos voor het laatste en om dit mogelijk te maken stelde zij de broncode van al haar programma's vrij ter beschikking aan haar klanten-eindgebruikers (publiek domein).<sup>12</sup> Zo ontstond een gebruikersgemeenschap (*user community*) die zowel onderling alsook in samenwerking met IBM, verder kon bouwen op de uitgewisselde kennis en verbeteringen, om zo tot een steeds beter eindproduct te komen dat bovendien steeds op maat gemaakt was van de individuele behoeften.

In de jaren 1970 evolueerde IBM vervolgens naar een opensourcemodel dat aan bepaalde voorwaarden onderworpen was. De broncode was weliswaar nog steeds toegankelijk voor de klanten-eindgebruikers van IBM, maar met behulp van een licentiesysteem, gesteund op het auteursrecht op computerprogramma's, werden voorwaarden opgelegd die het gebruik door derden moesten verhinderen.<sup>13</sup> Deze evolutie viel namelijk samen met de bescherming van computerprogramma's onder het auteursrecht door de *US Copyright Act*<sup>14</sup> in 1976.

Deze evolutie mondde begin 1980 uiteindelijk uit in een 'closed source'-model waarbij IBM de broncode voor zichzelf hield. CAMPBELL-KELLY en GARCIA-SWARTZ verklaren dit doordat IBM in de jaren 1980 een spectaculaire stijging zag van de software-inkomsten bij andere closedsource-ontwikkelaars, in combinatie met dalende inkomsten uit computers.<sup>15</sup> IBM concludeerde hieruit dat opensourcesoftware geen succesvol businessmodel

---

<sup>11</sup> M. CAMPBELL-KELLY en D.D. GARCIA-SWARTZ, "Pragmatism, not ideology: Historical perspectives on IBM's adoption of open-source software", *Information Economics and Policy* 2009, 229-244.

<sup>12</sup> D. ROWLAND, U. KOHL en A. CHARLESWORTH, *Information Technology Law*, Londen, Routledge, 2017, 517-518; S. VAN CAMP, "OSS: de ondraaglijke lichtheid van een concept", *TBH* 2006, (487) 489.

<sup>13</sup> D. ROWLAND, U. KOHL en A. CHARLESWORTH, *Information Technology Law*, Routledge, Londen, 2017, 518.

<sup>14</sup> Copyright Act (VS) 19 oktober 1976, <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>.

<sup>15</sup> M. CAMPBELL-KELLY en D.D. GARCIA-SWARTZ, "Pragmatism, not ideology: Historical perspectives on IBM's adoption of open-source software", *Information Economics and Policy* 2009, (229) 239.

was.<sup>16</sup> Inderdaad, door over te schakelen naar een closedsourcemodel stegen de inkomsten van IBM uit software van 4% naar 15% doorheen de jaren 1980, ook al was dit niet de spectaculaire stijging waarop IBM gehoopt had.<sup>17</sup>

3. In 1991 gebeurde iets wat voor veel niet-IT'ers vaak het enige is wat ze al over opensourcesoftware weten. De naam Linus Torvalds doet vermoedelijk niet meteen een belletje rinkelen. De kans is echter groot dat zijn geesteskind, het open besturingssysteem Linux, meer zegt.<sup>18</sup> Grote spelers als de New York Stock Exchange<sup>19</sup> en zelfs NASA<sup>20</sup> gebruiken immers Linux als besturingssysteem. In 2018 was Linux zelfs het populairste platform voor IT-developers, vóór Microsoft Windows en Mac OS.<sup>21</sup>

Wat heeft Linux met IBM te maken? Linux betekende voor IBM de (gedeeltelijke) terugkeer naar een opensourcemodel.<sup>22</sup> Vanaf 2001 investeerde IBM, gespreid over drie jaar, één miljard dollar om Linux te optimaliseren voor bedrijfstoepassingen. Hoewel dit als een enorm bedrag klinkt, is dit een peulschil in vergelijking met de *research & development*-kost (hierna: R&D) die IBM zou moeten uitgeven om tot eenzelfde stabiel besturingssysteem te komen.<sup>23</sup>

4. Hierin schuilt de kracht van opensource-innovatie. Opensource-innovatie zorgt enerzijds voor een enorme gedeelde kennispool met doorgedreven specialisering, waarbij de gebruiker vaak bijdraagt aan de ontwikkeling van het product (*private-collective innovation*).<sup>24</sup> Anderzijds biedt dit model eindeloze mogelijkheden om door de combinatie en/of optimalisatie van de reeds

---

<sup>16</sup> M. CAMPBELL-KELLY en D.D. GARCIA-SWARTZ, "Pragmatism, not ideology: Historical perspectives on IBM's adoption of open-source software", *Information Economics and Policy* 2009, (229) 239.

<sup>17</sup> M. CAMPBELL-KELLY en D.D. GARCIA-SWARTZ, "Pragmatism, not ideology: Historical perspectives on IBM's adoption of open-source software", *Information Economics and Policy* 2009, (229) 239-240.

<sup>18</sup> J. TIROLE, *Economics for the Common Good*, Princeton, Princeton University Press, 2017, 447.

<sup>19</sup> J. JACKSON, "How Linux mastered Wall Street, 15 augustus 2011", [https://www.pcworld.com/article/238068/how\\_linux\\_mastered\\_wall\\_street.html](https://www.pcworld.com/article/238068/how_linux_mastered_wall_street.html), laatst geraadpleegd op 1 april 2018.

<sup>20</sup> S. ANTHONY, "International Space Station switches from Windows to Linux, for improved reliability", 9 mei 2013, <https://www.extremetech.com/extreme/155392-international-space-station-switches-from-windows-to-linux-for-improved-reliability>, laatst geraadpleegd op 1 april 2018.

<sup>21</sup> X., "Developer Survey Results", 2018, <https://insights.stackoverflow.com/survey/2018>, laatst geraadpleegd op 18 april 2018.

<sup>22</sup> M. CAMPBELL-KELLY en D.D. GARCIA-SWARTZ, "Pragmatism, not ideology: Historical perspectives on IBM's adoption of open-source software", *Information Economics and Policy* 2009, (229) 241-242; B. MONEGAIN, "IBM launches blockchain tool on Linux Hyperledger Fabric, 20 maart 2017", <http://www.healthcareitnews.com/news/ibm-launches-blockchain-tool-linux-hyperledger-fabric>, laatst geraadpleegd op 1 april 2018.

<sup>23</sup> M. CAMPBELL-KELLY en D.D. GARCIA-SWARTZ, "Pragmatism, not ideology: Historical perspectives on IBM's adoption of open-source software", *Information Economics and Policy* 2009, (229) 241-242.

<sup>24</sup> E. VON HIPPEL, *Democratizing Innovation*, Cambridge, The MIT Press, 2005, 2 en 68.

bestaande technologie, de producten exact aan te passen aan de noden van de consument, zonder opnieuw alle R&D te moeten doorlopen en waarbij, tot slot, deze producten (meestal) interoperabel zijn. Open source-innovatie zorgt zo voor een flexibel product dat snel verbetert en innoveert met bovendien een veel lagere R&D-kost.<sup>25</sup> Om economisch werkbaar te zijn, vereist dit echter een aangepast businessmodel.<sup>26</sup> In de jaren 1980 had IBM reeds aan den lijve ondervonden dat dit anders financieel niet houdbaar is. IBM schakelde daarom over naar een businessmodel dat enerzijds meer gericht was op diensten en ondersteuning, en anderzijds op andere complementaire producten.<sup>27</sup> Als kers op de taart kondigde IBM in oktober 2018 de overname van Red Hat aan, voor 34 miljard dollar. Red Hat is de grootste producent van opensourcesoftware.<sup>28</sup>

5. Naast IBM floreert ook Google grotendeels op opensourcesoftware.<sup>29</sup> Het opensourcebesturingssysteem voor smartphones van Google, Android, dat eveneens deels is gebaseerd op de *Linux-kernel*<sup>30</sup>, domineerde in 2017 met een zeer ruime voorsprong de markt, met een marktaandeel van 85,9% tegenover 14% voor de tweede grootste speler: het closedsourcebesturingssysteem van Apple, iOS. Hierbij deed Android het nog 1,1% beter dan in 2016.<sup>31</sup> Microsoft, enkele jaren geleden nog een virulent

---

<sup>25</sup> B. HOFFSTEIN, "From bits to atoms: co-creating the third industrial revolution", s.d., <http://bigthink.com/inside-singularity-university/from-bits-to-atoms-co-creating-the-third-industrial-revolution>, laatst geraadpleegd op 16 april 2018; E. VON HIPPEL, *Democratizing Innovation*, Cambridge, The MIT Press, 2005, 2 en 68.

<sup>26</sup> M. MORITZ, T. REDLICH, J. WULFSBERG, "Best Practices and Pitfalls in Open source Hardware" in A. ROCHA en T. GUARDA (eds.), *Proceedings of the ICITS 2018*, Heidelberg, Springer, 2018, (200) 207.

<sup>27</sup> M. CAMPBELL-KELLY en D.D. GARCIA-SWARTZ, "Pragmatism, not ideology: Historical perspectives on IBM's adoption of open-source software", *Information Economics and Policy* 2009, (229) 242; P.G. CAPET, "A history of IBM's open source involvement and strategy", *IBM Systems Journal* 2005, (249) 252.

<sup>28</sup> P. MOURDOUKOUTAS, "3 things IBM sees in Red Hat that others missed", *Forbes*, 3 november 2018, <https://www.forbes.com/sites/panosmourdukoutas/2018/11/03/3-things-ibm-sees-in-red-hat-that-others-missed/#459bd00024cf>, laatst geraadpleegd op 10 november 2018.

<sup>29</sup> M. MORITZ, T. REDLICH, J. WULFSBERG, "Best Practices and Pitfalls in Open source Hardware" in A. ROCHA en T. GUARDA (eds.), *Proceedings of the ICITS 2018*, Heidelberg, Springer, 2018, 200; S. SIJBRANDIJ, "How open source became the default business model for software", *Forbes*, 16 juli 2018, <https://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/07/16/how-open-source-became-the-default-business-model-for-software/#234269e24e72>, laatst geraadpleegd op 19 juli 2018.

<sup>30</sup> K. FINLEY, "Linux took over the web, now it's taking over the world", 25 augustus 2016, <https://www.wired.com/2016/08/linux-took-web-now-taking-world/>, laatst geraadpleegd op 1 april 2018.

<sup>31</sup> GARTNER, "Gartner Says Worldwide Sales of Smartphones Recorded First Ever Decline During the Fourth Quarter of 2017" (tabel 3), 22 februari 2018, <https://www.gartner.com/newsroom/id/3859963>, laatst geraadpleegd op 28 februari 2018.

tegenstander van opensourcesoftware, telt ondertussen het grootste aantal werknemers dat actief is in de opensourcegemeenschap.<sup>32</sup>

### 1.1.2. Andere toepassingen van het opensourcemodel

6. Opensourcesoftware is allicht het bekendste voorbeeld van het opensourcemodel. Dit model wordt echter ook voor andere, bekende en minder bekende, toepassingen gebruikt.

Wikimedia Foundation bijvoorbeeld, gebruikt het opensourcemodel voor het verspreiden van informatie door Wikipedia en Wiktionary (een voorbeeld van *open content*). Maar ook de medische wereld, de farmaceutische industrie en de biotechnologie ontwikkelden opensourcetoepassingen (voorbeelden van *open science*<sup>33</sup>), zoals bijvoorbeeld het Tropical Disease Initiative<sup>34</sup>, Open Source Drug Discovery<sup>35</sup> en Human Genome Project.<sup>36</sup> Ook opensource-auto's (een voorbeeld van *opensourcehardware*), zoals Local Motors<sup>37</sup>, Wikispeed<sup>38</sup> en Open Motors<sup>39</sup> maken hun opmars. In samenwerking met deze laatste ontwikkelde Renault in 2017 de eerste open-source-auto die geschikt is voor massaproductie wereldwijd.<sup>40</sup> Een voorbeeld uit de autowereld dat voor velen waarschijnlijk meer tot de verbeelding spreekt is de aankondiging in juni 2014 door Elon Musk, CEO van Tesla, "*dat Tesla, met het oog op het stimuleren van technologische vooruitgang, haar geoctrooieerde technologie vrij ter beschikking stelt, in de geest van de open source beweging*".<sup>41</sup> De wijze waarop Tesla haar geoctrooieerde technologie vrij ter beschikking stelt, is evenwel niet volledig in lijn met 'de geest van de opensourcebeweging'; Tesla behoudt immers haar octrooien en verleent geen octrooilicenties. In haar aankondiging doet ze enkel de belofte om "*geen rechtszaken te beginnen tegen eenieder die in goed vertrouwen onze technologie wil gebruiken*".<sup>42</sup> Het gebruik van de

<sup>32</sup> N. VAN HOOFF, "Waarom is open source opeens zo populair", 27 maart 2018, <https://www.smartbiz.be/achtergrond/174310/waarom-opensource-opeens-zo-populair/>, laatst geraadpleegd op 29 maart 2018.

<sup>33</sup> M. TRUYENS, "Open source software: een stand van zaken", *Computerr.* 2011, (193) 207.

<sup>34</sup> <http://tropicaldisease.org/>, laatst geraadpleegd op 1 april 2018.

<sup>35</sup> <http://www.osdd.net/>, laatst geraadpleegd op 1 april 2018.

<sup>36</sup> <https://www.genome.gov/10001772/all-about-the-human-genome-project-hgp/>, laatst geraadpleegd op 1 april 2018.

<sup>37</sup> <https://localmotors.com/>, laatst geraadpleegd op 1 april 2018.

<sup>38</sup> <http://wikispeed.org/>, laatst geraadpleegd op 1 april 2018.

<sup>39</sup> <https://www.openmotors.co/>, laatst geraadpleegd op 20 juni 2018.

<sup>40</sup> J. HIREL, "Renault passe sa Twizy électrique en open source", *Le Point*, 11 januari 2017, [http://www.lepoint.fr/automobile/innovations/renault-passe-sa-twizy-electrique-en-open-source-11-01-2017-2096323\\_652.php](http://www.lepoint.fr/automobile/innovations/renault-passe-sa-twizy-electrique-en-open-source-11-01-2017-2096323_652.php), laatst geraadpleegd op 13 maart 2018.

<sup>41</sup> E. MUSK, "All our patent are belong to you", 12 juni 2014, [https://www.tesla.com/nl\\_BE/blog/all-our-patent-are-belong-to-you?redirect=no](https://www.tesla.com/nl_BE/blog/all-our-patent-are-belong-to-you?redirect=no), laatst geraadpleegd op 28 februari 2018.

Opmerking: het betreft hier een bewuste grammaticale fout door Musk.

<sup>42</sup> E. MUSK, "All our patent are belong to you", 12 juni 2014, [https://www.tesla.com/nl\\_BE/blog/all-our-patent-are-belong-to-you?redirect=no](https://www.tesla.com/nl_BE/blog/all-our-patent-are-belong-to-you?redirect=no), laatst geraadpleegd op 28 februari 2018.

geotrooieerde technologie steunt dus enkel op deze belofte (een zogenaamde *patent pledge*)<sup>43</sup> en niet op een (opensource)licentie. Wat wel en niet behoort tot gebruik 'in goed vertrouwen', beoordeelt Tesla.

De verklaring van Musk toont het groeiend succes van het opensourcemodel aan, waar iedereen op wil mee surfen.<sup>44</sup> 'Open source' zorgt immers voor een ethische connotatie bij klanten die GIBB vergelijkt met het gebruik van 'fair trade' of 'bio' in de voedingssector.<sup>45</sup>

7. En er zijn nog tal van andere voorbeelden van opensourcehardware. Binnen het begrip opensourcehardware valt de creatie van zeer uiteenlopende fysieke objecten.<sup>46</sup> Naast opensource-auto's zijn ook Poppy Project<sup>47</sup>, een *humanoid* robot met Arduino-microcontroller<sup>48</sup> en 3D-printbare onderdelen; Precious Plastic<sup>49</sup>, machines voor plasticrecyclage; Open Bionics Labs<sup>50</sup>, medische protheses; Glia<sup>51</sup>, een 3D-printbare stethoscoop; Axiom<sup>52</sup>, een camera; FarmBot<sup>53</sup>, een robot voor precisielandbouw; Mycroft<sup>54</sup>, een *AI-voice assistant*; OpenDesk<sup>55</sup>, *open design* van meubels; Open Structures<sup>56</sup> en Wikihouse<sup>57</sup>, modulaire constructiesystemen, voorbeelden van opensourcehardware. Vele van deze projecten gaan uit van de inclusieve benadering van opensourcehardware, waarbij enerzijds de materialen voor het vervaardigen van het fysieke object eenvoudig en lokaal te vinden zijn en waarbij anderzijds

---

<sup>43</sup> De afdwingbaarheid van 'patent pledges' of 'non-assertion covenants' is nog niet door de rechtspraak beoordeeld. In het Amerikaanse recht zou een 'estoppel' kunnen worden ingeroepen ingeval Tesla haar belofte ontloopt. Voor meer hierover zie: J. L. CONTRERAS en M. JACOB, *Patent Pledges: Global perspectives on patent's law private ordering frontier*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, 368 p.

<sup>44</sup> J. PEARCE, "Emerging business models for open source hardware", *Journal of open hardware* 2017, afl. 1, (1) 6.

<sup>45</sup> A. GIBB, *Building open source hardware*, London, Pearson, 2015, 241; J. PEARCE, "Emerging business models for open source hardware", *Journal of open hardware* 2017, afl. 1, (1) 6.

<sup>46</sup> Zie bijlage XI ter illustratie.

<sup>47</sup> <https://www.poppy-project.org/en/>, laatst geraadpleegd op 1 april 2018.

Opgenomen in bijlage XI, b.

<sup>48</sup> Een soort van basis-minicomputer. Opgenomen in bijlage XI, h.

<sup>49</sup> <https://preciousplastic.com/>, laatst geraadpleegd op 1 april 2018.

Opgenomen in bijlagen X, a. en XI, a.

<sup>50</sup> <https://openbionicslabs.com/>, laatst geraadpleegd op 4 juli 2018.

<sup>51</sup> <https://glia.org/>, laatst geraadpleegd op 1 april 2018.

<sup>52</sup> <https://www.apertus.org/axiom>, laatst geraadpleegd op 22 november 2018.

<sup>53</sup> <https://farm.bot/>, laatst geraadpleegd op 2 april 2018.

Opgenomen in bijlage X, e. en XI, f.

<sup>54</sup> <https://mycroft.ai/>, laatst geraadpleegd op 14 november 2018.

Opgenomen in bijlage XI, c.

<sup>55</sup> <https://www.opendesk.cc/>, laatst geraadpleegd op 1 april 2018.

Opgenomen in bijlage X, f. en XI, g.

<sup>56</sup> <http://openstructures.net/>, laatst geraadpleegd op 2 april 2018.

<sup>57</sup> <https://wikihouse.cc/>, laatst geraadpleegd op 2 april 2018.

de documentatie om dit fysieke object te vervaardigen, wordt gedeeld onder een opensourcelicentie.<sup>58</sup>

Om deze documentatie te delen maken opensourcehardwareprojecten gebruik van internetdeelplatformen.<sup>59</sup> Volgens onderzoek door MORITZ, REDLICH en WULFSBERG zijn internetdeelplatformen de belangrijkste partner voor opensourcehardwareprojecten, gevolgd door *crowdfunding*.<sup>60</sup>

8. Opensourcesoftware, *open content*, *open science* en opensourcehardware (*le matériel libre*) zijn allen toepassingen van het opensourcemodel.<sup>61</sup> In tegenstelling tot opensourcesoftware, dat reeds een gevestigde waarde is, valt het af te wachten of opensourcehardware dezelfde evolutie kent, maar het gegeven dat Tesla en Renault mee op de opensource-*car* springen, lijkt aan te tonen dat opensourcehardware een groeiende populariteit kent. Of opensourcehardware dezelfde evolutie kent als opensourcesoftware en ‘*the next big thing*’ wordt, zoals opensourcesoftware dit was in 1998, zal enkel de tijd kunnen uitwijzen. De technologie rondom ons evolueert namelijk voortdurend.

De convergentie van *crowdfunding*, opensource-R&D en 3D-printen wijst volgens ANDERSON, SUNDARAJAN en HOFFSTEIN op een verandering in de manier waarop we met de productie van fysieke objecten omgaan.<sup>62</sup> Volgens de bovenstaande auteurs zal deze disruptie te vergelijken zijn met de verandering die de digitalisering van muziek in haar sector teweeg heeft gebracht.<sup>63</sup>

DEMIL en LECOCQ gaven in 2006 het aanwezig zijn van schaalvoordelen bij de productie van fysieke objecten aan als de grootste reden

<sup>58</sup> J. BONVOISIN, R. MIES, J.-F. BOUJUT en R. STARK, “What is the ‘source’ of open source hardware”, *Journal of open hardware* 2017, afl. 5, (1) 2.

<sup>59</sup> Dit kunnen algemene platformen zijn (o.a. Youmagine (<https://www.youmagine.com/>), laatst geraadpleegd op 2 april 2018), Myminifactory (<https://www.myminifactory.com/>), laatst geraadpleegd op 2 april 2018), Thingiverse (<https://www.thingiverse.com/>), laatst geraadpleegd op 2 april 2018), Github (<https://github.com/>), laatst geraadpleegd op 2 april 2018)) of een platform op de eigen website (o.a. Opendesk, Open Structures, FarmBot en Open Bionics Labs).

<sup>60</sup> Bv. Kickstarter (<https://www.kickstarter.com/>), laatst geraadpleegd op 2 april 2018).

C. JASSERAND, “Creative Commons licenses and design: are the two compatible?”, *JIPITEC* 2011, (131) 131-132; M. MORITZ, T. REDLICH, J. WULFSBERG, “Best Practices and Pitfalls in Open Source Hardware” in A. ROCHA en T. GUARDA (eds.), *Proceedings of the ICITS 2018*, Heidelberg, Springer, 2018, (200) 207.

<sup>61</sup> J. PENIN, “Open source innovation: Towards a generalization of the open source model beyond software”, *Rev. d'économie industrielle* 2011, (65) 65.

<sup>62</sup> C. ANDERSON, “In the new industrial revolution, atoms are the new bits”, *Wired* 2010, [https://www.wired.com/2010/01/ff\\_newrevolution/all/1/](https://www.wired.com/2010/01/ff_newrevolution/all/1/), laatst geraadpleegd op 17 april 2018; B. HOFFSTEIN, “From bits to atoms: co-creating the third industrial revolution”, s.d., <http://bigthink.com/inside-singularity-university/from-bits-to-atoms-co-creating-the-third-industrial-revolution>, laatst geraadpleegd op 16 april 2018; A. SUNDARAJAN, *The sharing economy: the end of employment and the rise of crowd-based capitalism*, Cambridge, MIT Press, 2016, 57.

<sup>63</sup> *Ibid.*

waarom het opensourcemodel geen succes zou kennen voor hardware.<sup>64</sup> Dit obstakel is echter door innovatieve productietechnieken als 3D-printen ten dele verdwenen. Wanneer een onderneming gebruikmaakt van het opensourcemodel, kan de gebruiker, consument, mee nadenken over aanpassingen aan het product. Deze aanpassingen kunnen gebeuren door zowel de onderneming (op vraag van de consument), als door de gebruiker zelf.<sup>65</sup> Doordat deze aanpassingen, door zowel de consument als de onderneming, eenvoudigweg digitaal gebeuren, maken schaalvoordelen niets meer uit voor de kostprijs. Het produceren van één aangepast product is dan immers niet duurder dan het produceren van duizend dezelfde producten.<sup>66</sup> Het concept wint alvast aan interesse in de academische wereld.<sup>67</sup>

## 1.2. PROBLEEMSTELLING EN ONDERZOEKSVRAGEN

9. Dit werk richt zich op de mogelijke toepassing van het opensourcemodel op de productie van fysieke objecten. Dit houdt een transitie in van de toepassing van het opensourcemodel in een zuiver digitale omgeving (bits) naar een (deels digitale, deels) fysieke omgeving (atomen).<sup>68</sup>

Elke totstandbrenging van een product komt op individueel niveau tot stand met een zekere R&D-kost, vooral voor de initiële ontwikkelaar. Dit geldt evenzeer voor open source ontwikkelde producten. De gebruiker, licentienemer, van zijn kant, beschikt over de mogelijkheid en de nodige documentatie om het product verder aan te passen en te exploiteren, zonder zelf substantiële investeringen te hebben gedaan in de ontwikkeling ervan.<sup>69</sup> Het is cruciaal dat de initiële ontwikkelaar, licentiegever, in ruil voor deze ruime gebruikshandelingen, gebruiksmodaliteiten kan opleggen die hij belangrijk vindt, zodat het fysieke object niet kan worden geëxploiteerd, zonder dat deze voorwaarden worden nagekomen. Licentiegevers die voor een

---

<sup>64</sup> D. DEMIL en X. LECOCQ, “Neither market nor hierarchy nor network: the emergence of bazaar governance”, *Organization Studies*, 2006, (1447) 1461.

<sup>65</sup> G. VAN OVERWALLE en R. LEYS, “3D printing and patent law: a disruptive technology disrupting patent law?”, *IIC* 2017 (onuitg.), (1) 2-3.

<sup>66</sup> Bij ‘klassieke’ productiemethodes daarentegen vereist elke aanpassing immers vaak een nieuwe mal.

<sup>67</sup> J. PEARCE, “Mainstream academia embraces open source hardware”, 6 april 2018, <https://opensource.com/article/18/4/mainstream-academia-embraces-open-source-hardware>, laatst geraadpleegd op 13 april 2018.

<sup>68</sup> K. BALKA, *Open Source Product Development: The Meaning and Relevance of Openness*, Wiesbaden, Gabler Verlag, 2011, 20; J. BONVOISIN, R. MIES, J.-F. BOJUT en R. STARK, “What is the ‘source’ of?”, *Journal of open hardware* 2017, afl. 5, (1) 15; C. HERSTATT en D. EHLS, *Open Source Innovation: The Phenomenon, Participant’s Behavior, Business Implications*, New York, Routledge, 2015, 9.

<sup>69</sup> Y. VAN COUTER en B. VANBRABANT, *Handboek Licentieovereenkomsten*, Brussel, Larcier, 2008, 5.



opensourcelicentie kiezen, hechten meer belang aan de manier waarop met hun werk wordt omgegaan dan aan het verkrijgen van pecuniaire voordelen.<sup>70</sup>

De meeste opensourcehardwareprojecten (her)gebruiken bestaande opensourcelicenties die voor opensourcesoftware werden ontwikkeld. Er zijn echter beduidende technisch-economische en juridische verschillen tussen opensourcesoftware en opensourcehardware. Het laatstgenoemde mondt namelijk uit in de productie van een fysiek object.

De overgrote meerderheid van het reeds bestaande onderzoek richt zich op de technisch-economische verschillen.<sup>71</sup> Er zijn evenwel ook belangrijke juridische verschillen, vooral inzake de intellectuele-eigendomsrechten. Zo kan men zich afvragen of, auteursrechtelijke, opensourcesoftwarelicenties een adequaat juridisch instrument zijn om de rechten van de gebruikers en van de ontwikkelaars van opensourcehardwareprojecten te waarborgen. Het is belangrijk dat juristen op tijd naar de juridische problematiek kijken en erop anticiperen. Een leemte in het recht wordt namelijk gauw ingevuld door ingenieurs en technici vanuit een praktijkgerichte oplossing die juridisch niet altijd even sluitend is.

10. De centrale onderzoeksvraag luidt:

“Zijn opensourcelicenties adequate juridische instrumenten om zowel de rechten van de gebruikers, als de rechten van de ontwikkelaars van opensourcehardwareprojecten, te waarborgen?”

Om deze vraag te kunnen beantwoorden worden twee beschrijvende sub-vragen gesteld:

---

<sup>70</sup> M. LAMBRECHT, “Première decision Creative Commons: contrats de licence et modèles économiques du libre accès”, *RDTI* 2011, (70) 72J; J. LERNER en J. TIROLE, “The economics of technology sharing: open source and beyond”, *Journal of Economic Perspectives* 2005, (99) 103; J. TIROLE, *Economics for the common good*, Princeton, Princeton University Press, 448-453.

<sup>71</sup> N. ABDELKAFI en T. BLECKER, “From open source in the digital to the physical world: a smooth transfer?”, *Management Decision* 2009, (1610) 1613; C. ANDERSON, “In the new industrial revolution, atoms are the new bits”, *Wired* 2010, [https://www.wired.com/2010/01/ff\\_newrevolution/all/1/](https://www.wired.com/2010/01/ff_newrevolution/all/1/), laatst geraadpleegd op 17 april 2018; K. BALKA, *Open Source Product Development: The Meaning and Relevance of Openness*, Wiesbaden, Gabler Verlag, 2011, 20; J. BONVOISIN, R. MIES, J.-F. BOUJUT en R. STARK, “What is the ‘source’ of open source hardware”, *Journal of open hardware* 2017, afl. 5, (1) 15; C. HERSTATT en D. EHLS, *Open Source Innovation: The Phenomenon, Participant’s Behavior, Business Implications*, New York, Routeledge, 2015, 9; B. HOFFSTEIN, “From bits to atoms: co-creating the third industrial revolution”, s.d., <http://bigthink.com/inside-singularity-university/from-bits-to-atoms-co-creating-the-third-industrial-revolution>, laatst geraadpleegd op 16 april 2018.

- “Welke intellectuele-eigendomsrechten kunnen van toepassing zijn op opensourcehardware?”

- “Zijn opensourcelicenties verbintenisrechtelijk en auteursrechtelijk, geldig en afdwingbaar?”

Vervolgens worden ook drie evaluerende sub-vragen geformuleerd:

- “Zijn opensourcesoftwarelicenties, wanneer zij volgens het verbintennisrecht en het auteursrecht, geldig en afdwingbaar zijn, adequaat, voor het open, maar gecontroleerd delen van opensourcehardwareprojecten?” Een adequaat juridisch instrument moet namelijk bijdragen tot het open maar gecontroleerd delen<sup>72</sup> van een opensourcehardwareproject, zodat de rechten van zowel de gebruiker als de ontwikkelaar gewaarborgd worden.

- Wanneer het antwoord hierop negatief is, moet de vraag gesteld worden: “Zijn de reeds bestaande licenties voor opensourcehardware, de CERN-licentie, TAPR-licentie en Apache + Solderpad licentie, geschikt?”

- Wanneer blijkt dat de rechten van een van beide partijen ook niet afdoende gewaarborgd kunnen worden door deze licenties, stelt zich de vraag: “Welke andere, al dan niet juridische, strategieën, kunnen (aanvullend) gebruikt worden ter bescherming van de rechten van de ontwikkelaar van een opensourcehardwareproject?”

## 1.3. BEGRIPPENKADER

### 1.3.1. Opensource-innovatie

11. De kracht van opensource-innovatie schuilt in snelle, flexibele en efficiënte innovatie met een veel lagere R&D-kost, waarbij producten bovendien exact zijn aangepast aan de behoeftes van de gebruiker zonder dat dit noodzakelijk voor een meerkost zorgt.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> Dit concept werd ingegeven door de *Statement of Principles* van OSHWA (Bijlage IX.) “(...) gives people the freedom to control their technology while sharing knowledge (...) through the open exchange of designs” en A. KATZ, *Open Hardware Licensing*, onuitg. Presentatie OSS Watch Open Source Junction, 2013, [http://oss-watch.ac.uk/events/2013-03-14\\_open\\_source\\_junction\\_4/presentations/andrew\\_katz.odp](http://oss-watch.ac.uk/events/2013-03-14_open_source_junction_4/presentations/andrew_katz.odp), laatst geraadpleegd op 3 november 2018.

<sup>73</sup> B. HOFFSTEIN, “From bits to atoms: co-creating the third industrial revolution”, s.d., <http://bigthink.com/inside-singularity-university/from-bits-to-atoms-co-creating-the-third-industrial-revolution>, laatst geraadpleegd op 16 april 2018.

De hoofdverklaring hiervoor is het ruime netwerk van innovators dat een gedeelde technologische basis uitbouwt die beschikbaar is voor allen.<sup>74</sup> Er wordt bottom-upinnovatie gerealiseerd door een (wereldwijd) gedeelde kennispool en cocreatie.<sup>75</sup> De eindeloze mogelijkheid van variaties, adaptaties en combinaties van producten die hierdoor mogelijk is, betekent dat ontwerpers van opensourcehardware meteen kunnen verder bouwen op de kennis en ontwikkelingen van de ontwerpers voor hen, in plaats van telkens van nul te moeten beginnen. Hierdoor kunnen zij hun tijd en middelen gebruiken voor het voortdurend aanpassen, optimaliseren en personaliseren van wat reeds bestaat.

Dit stimuleert de concurrentie omdat het enerzijds eenvoudiger wordt om als startende onderneming een markt te betreden en omdat anderzijds bestaande bedrijven gedwongen worden om constant de prijs-kwaliteit en gebruiksvriendelijkheid van hun producten te verbeteren.<sup>76</sup>

12. Men moet 'opensource-innovatie' onderscheiden van 'open innovatie'.<sup>77</sup> Open innovatie werd in 2003 geïntroduceerd door CHESBROUGH.<sup>78</sup> Beide concepten stellen een vorm van gedeelde kennis en samenwerking voorop, maar bij opensource-innovatie gebeurt dit op een bredere manier. Bij open innovatie vindt in de regel eerder gestructureerde bilaterale of multilaterale kennisuitwisseling plaats, terwijl bij opensource-innovatie een ruimere collectieve uitwisseling van kennis met de gebruikersgemeenschap tot stand komt. Het grootste verschil is dat deze kennis vrij beschikbaar is voor iedereen, mits naleving van de (licentie)voorwaarden. Bedrijven in het open innovatiemodel kiezen daarentegen met wie zij hun kennis delen.<sup>79</sup>

Het opensourcemodel stelt het delen en vrij beschikbaar stellen van kennis en informatie centraal, waarbij niemand gehinderd mag worden om deze kennis en informatie te gebruiken, te (re)produceren en aan te passen.<sup>80</sup>

---

<sup>74</sup> J. BOYLE, "Open source Innovation, Patent Injunctions, and the Public Interest", *Duke Law & Technology Rev.* 2012-2013, (30) 31; C. RAASCH, C. HERSTATT, K. BALK, "On the open design of tangible goods", *R&D Management* 2009, (382) 383.

<sup>75</sup> V. N. VASUDEVA, *Open source software and intellectual property rights*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2014, 9.

<sup>76</sup> A. M. GIBB, "Hardware, the next step toward open source everything", *The Bridge* 2017, afl. 3, 7; B. HOFFSTEIN, "From bits to atoms: co-creating the third industrial revolution", s.d., <http://bigthink.com/inside-singularity-university/from-bits-to-atoms-co-creating-the-third-industrial-revolution>, laatst geraadpleegd op 16 april 2018.

<sup>77</sup> J. PENIN, "Open source innovation: Towards a generalization of the open source model beyond software", *Rev. d'économie industrielle* 2011, (65) 73.

<sup>78</sup> H. CHESBROUGH, *Open innovation: the new imperative for creating and profiting from technology*, Boston, Harvard Business School Press, 2003, 272 p.

<sup>79</sup> J. PENIN, "Open source innovation: Towards a generalization of the open source model beyond software", *Rev. d'économie industrielle* 2011, (65) 74-75.

<sup>80</sup> N. SHEMTOV en I. WALDEN (eds.), *Free and Open Source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 440-441.

Het opensourcemodel is een licentiefilosofie en is niet gelijk aan het publiek domein.<sup>81</sup>

### 1.3.2. Opensourcesoftware

13. De meest gekende toepassing van het opensourcemodel is (*free and*) opensourcesoftware (FOSS). FOSS omvat zowel free (vrije, *libre*) software als opensourcesoftware. Deze verschillen zijn ideologisch. *Free* software, vertegenwoordigd door de Free Software Foundation (hierna: FSF) van Richard Stallman, benadrukt meer het belang van het vrijhouden van de software (*anti-closure*) (d.i. vermijden dat (aanpassingen aan) de software niet worden gedeeld) en moedigt daarom het gebruik van copyleftlicenties aan, die ervoor moeten zorgen dat aanpassingen aan de software niet 'opgesloten' worden maar telkens opnieuw gedeeld worden.

14. Voor opensourcesoftware daarentegen, vertegenwoordigd door het Open Source Initiative (hierna: OSI), draait het vooral rond het zoveel mogelijk delen en verspreiden van software, los van wat er verder met deze software gebeurt (*use-maximisation*).<sup>82</sup> Eric S. Raymond en Bruce Perens, oprichters van het OSI, wilden (*free and*) opensourcesoftware aanpassen voor commercieel gebruik door bedrijven.<sup>83</sup> Hiertoe achtten zij het begrip 'opensourcesoftware', geschikter dan '*free software*', aangezien deze benaming minder getuigt van morele drijfveren zoals vrijheid.<sup>84</sup> Om diezelfde reden benadrukt het OSI minder het gebruik van copyleftlicenties. Een copyleftverplichting zou een bedrijf er namelijk van kunnen weerhouden om voor opensourcesoftware te kiezen.<sup>85</sup>

15. Zowel de FSF als de OSI hanteren de volgende vier criteria om van (*free and*) opensourcesoftware te spreken: de gebruiker moet hoofdzakelijk in staat

---

<sup>81</sup> A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur*, Brussel, Larcier, 2008, 279; B. FRAZER, "Open source is not Public Domain: Evolving Licensing Philosophies", *Idaho Law Rev.* 2008-2009, (349) 350.

<sup>82</sup> N. SHEMTOV en I. WALDEN (eds.), *Free and Open Source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 440-442.

<sup>83</sup> K. BALKA, C. RAASCH en C. HERSTATT, "How Open is *Open source*? Software and beyond.", *Creativity and Innovation Management* 2010, (248) 248-251; D. ROWLAND, U. KOHL en A. CHARLESWORTH, *Information Technology Law*, Routledge, Londen, 2017, 528; J. TIROLE, "The economics of technology sharing: open source and beyond", *Journal of Economic Perspectives* 2005, (99) 102.

<sup>84</sup> B. FRAZER, "Open source is not Public Domain: Evolving Licensing Philosophies", *Idaho Law Rev.* 2008-2009, (349) 352; N. SHEMTOV en I. WALDEN (eds.), *Free and Open Source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 85.

<sup>85</sup> J. PENIN, "Open source innovation: Towards a generalization of the open source model beyond software", *Rev. d'économie industrielle* 2011, (65) 72; P. RUBENS, "What the rise of permissive open source licenses means", *CIO* 15 september 2016, <https://www.cio.com/article/3120235/open-source-tools/what-the-rise-of-permissive-open-source-licenses-means.html>, laatst geraadpleegd op 8 oktober 2018; N. SHEMTOV en I. WALDEN (eds.), *Free and Open Source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 451.

zijn om door middel van het vrijgeven van de broncode de software (i) te bestuderen, (ii) te gebruiken, (iii) aan te passen en (iv) vrij te kunnen verspreiden.<sup>86</sup> Dit zijn de 'vier vrijheden'. Aangezien deze vier vrijheden zowel voor 'free' als voor 'opensource' software worden gebruikt en het onderscheid tussen beide vooral filosofisch en ideologisch is, doelt de praktijk, en dit werk, met het begrip 'opensource software', eveneens op *free* software. Bijna alle *free* software kwalificeert als opensourcesoftware. Deze overlapping geldt nog meer bij andere toepassingen van het opensourcemodel, zoals opensourcehardware.<sup>87</sup>

16. Het begrip 'source' staat, voor wat betreft opensourcesoftware, voor de broncode. Software bestaat namelijk uit twee te onderscheiden bestanddelen: broncode en binaire code. De broncode, die wordt geschreven in een door mensen verstaanbare programmeertaal (bv. Python, C++ of Java) wordt omgezet naar een binaire, gecompileerde, objectcode die de computer kan uitvoeren.<sup>88</sup> Beschikking over de broncode is dus vereist om de software aan te passen.<sup>89</sup> In een closedsourcemodel beschouwen de ontwikkelaars de broncode daarentegen als een bedrijfsgeheim.<sup>90</sup>

17. De inleiding besprak reeds de evolutie van IBM van een opensource- naar een closedsourcemodel. Het is mede door die evolutie van IBM en van andere softwareontwikkelaars in de jaren 1980 dat FOSS ontstond zoals we het nu kennen. Geavanceerde informatici waren het namelijk gewend om aanpassingen te kunnen doen aan de broncode om deze optimaal aan te passen aan hun behoeften.<sup>91</sup> De latere terugkeer van een gevestigde waarde als IBM naar een (gedeeltelijk) opensourcemodel, zorgde dan ook voor een enorme *boost* voor de geloofwaardigheid van opensourcesoftware. Opensource-informatici werden niet langer aanzien als idealisten of amateurs,

---

<sup>86</sup> A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur*, Brussel, Larcier, 2008, 279; Y. COOL en P. LAURENT, "Introduction générale: repères pour comprendre le mouvement du logiciel libre" in Y. COOL, F. DE PATOUL, D. DE ROY, H. HAUIDEG, P. LAURENT en E. MONTERO (eds.), *Les logiciels libres face au droit*, Brussel, Bruylant, 2005, (1) 10; M.M. GROENENBOOM, "Software licenties: van closed source tot *open source*", *Computerr*. 2002, (21) 27; J. HOPE, "Open source genetics: conceptual framework", in G. VAN OVERWALLE (ed.), *Gene Patents and Collaborative Licensing Models*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, (171) 174.

<sup>87</sup> N. SHEMTOV en I. WALDEN (eds.), *Free and Open Source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 442 en 446.

<sup>88</sup> R. W. GOMULKIEWICZ, "How copyleft uses license rights to succeed in the open source software revolution and the implications for article 2B", *Houston Law Rev.* 1999, (179) 181; L. GUIBAULT en O. VAN DAALEN, *Unravelling the Myth around Open source Licences: An Analysis from A Dutch and European Law Perspective*, Den Haag, TMC Asser Press, 2006, 6.<sup>[1]</sup>

<sup>89</sup> J. SPERES, "The enforceability of *Open source* Software: Can copyright licenses be granted non-contractually", *SA Merc LJ* 2009, (147) 175; M. TRUYENS, "Open source software: een stand van zaken", *Computerr*. 2011, (193) 193.

<sup>90</sup> R. W. GOMULKIEWICZ, "How copyleft uses license rights to succeed in the open source software revolution and the implications for article 2B", *Houston Law Rev.* 1999, (179) 181.

<sup>91</sup> D. ROWLAND, U. KOHL en A. CHARLESWORTH, *Information Technology Law*, Routledge, Londen, 2017, 518.

maar als gewilde informatici tewerkgesteld bij mainstreambedrijven.<sup>92</sup> Opensourcesoftware bleek bovendien veel stabiel, omdat fouten sneller werden opgespoord en opgelost dan in de closedsourcevariant.<sup>93</sup>

### 1.3.3. Opensourcehardware

#### a. Ontstaan, definitie en criteria

18. Opensourcehardware is een relatief jong fenomeen dat de principes van het opensourcesoftwaremodel toepast op andere fysieke objecten.<sup>94</sup> Opensourcehardware ontstond rond 1997 vanuit de doe-het-zelf-beweging. Het heeft echter nog een decennium geduurd vooraleer enkele grotere projecten, zoals RepRap<sup>95</sup>, Arduino<sup>96</sup> en Adafruit<sup>97</sup> opkwamen en men echt van opensourcehardware als fenomeen kon spreken.<sup>98</sup>

De oprichting in 2012 van de Open Source Hardware Association (hierna: OSHWA), als hardware-equivalent van het OSI, heeft zeker bijgedragen aan de verdere ontwikkeling van opensourcehardware. De belangrijkste verwezenlijking van OSHWA is evenwel de formulering van een eenvormige opensourcehardwaredefinitie en de creatie in 2016 van een OSHWA-certificaat. Projecten die voldoen aan de OSHWA-definitie en aan de twaalf criteria<sup>99</sup> die OSHWA vooropstelt, kunnen een certificaat verkrijgen dat aantoont dat het project de opensourcehardwarestandaarden vervult.<sup>100</sup> Dit

<sup>92</sup> M. CAMPBELL-KELLY en D.D. GARCIA-SWARTZ, "Pragmatism, not ideology: Historical perspectives on IBM's adoption of open-source software", *Information Economics and Policy* 2009, (229) 241.

<sup>93</sup> B. HOFFSTEIN, "From bits to atoms: co-creating the third industrial revolution", s.d., <http://bigthink.com/inside-singularity-university/from-bits-to-atoms-co-creating-the-third-industrial-revolution>, laatst geraadpleegd op 16 april 2018.

<sup>94</sup> K. BALK, *Open Source Product Development: The Meaning and Relevance of Openness*, Wiesbaden, Gabler Verlag, 2011, 20; J. BONVOISIN, R. MIES, J.-F. BOJUT en R. STARK, "What is the 'source' of open source hardware", *Journal of open hardware* 2017, afl. 5, (1) 2 en 15; C. HERSTATT en D. EHLS, *Open Source Innovation: The Phenomenon, Participant's Behavior, Business Implications*, New York, Routeledge, 2015, 9.

<sup>95</sup> <https://reprap.org/wiki/RepRap>, laatst geraadpleegd op 19 april 2018. (3D-printer waarvan de onderdelen ook 3D-printbaar zijn) Opgenomen in bijlage XI, i.

<sup>96</sup> <https://www.arduino.cc/>, laatst geraadpleegd op 19 april 2018. (microcontroller) Opgenomen in bijlage XI, h.

<sup>97</sup> <https://www.adafruit.com/>, laatst geraadpleegd op 19 april 2018. (microcontroller en toebehoren)

<sup>98</sup> J. BONVOISIN, R. MIES, J.-F. BOJUT en R. STARK, "What is the 'source' of open source hardware", *Journal of open hardware* 2017, afl. 5, (1) 2; C. JASSERAND, "Creative Commons licenses and design: are the two compatible?", *JIPITEC* 2011, (131) 131.

<sup>99</sup> Deze criteria werden opgenomen in bijlage IX.

<sup>100</sup> OSHWA, "OSHW Certification", s.d., <https://certification.oshwa.org/>, laatst geraadpleegd op 12 oktober 2018; OSHWA, "OSHW Definition", s.d., <http://www.oshwa.org/definition>, laatst geraadpleegd op 1 april 2018; J. PEARCE, "Emerging business models for open source hardware", *Journal of open hardware* 2017, afl. 1, (1) 6.

moet 'werkelijke' opensourcehardwareprojecten onderscheiden van o.a. *patent pledges*, zoals bij Tesla.<sup>101</sup>

De definitie en de twaalf criteria waaraan een opensourcehardwareproject moet voldoen, zijn een herinterpretatie van de opensourcesoftwaredefinitie van het OSI en de vier vrijheden, aangepast aan de specificiteit van opensourcehardware.<sup>102</sup>

De definitie van opensourcehardware luidt als volgt: "een fysiek object - een machine, toestel, of ander fysiek object - en de bijbehorende documentatie, die het ontwerp van dit object omvat, die publiek bekend gemaakt is [via een deelplatform], zodat iedereen deze documentatie, of een fysiek object dat gebaseerd is op deze documentatie, kan bestuderen, aanpassen, (re)produceren en verdelen".<sup>103</sup>

Binnen de documentatie onderscheidt men twee verschillende onderdelen: het ontwerp en de bijkomende documentatie. Het ontwerp, de blauwdruk, is een digitale 2D- of 3D-weergave van het fysieke object, op basis waarvan het fysieke object vervaardigd kan worden.<sup>104</sup> Dit ontwerp wordt vaak met behulp van een CAD<sup>105</sup>-programma gemaakt en in een CAD-, STL<sup>106</sup>-of

<sup>101</sup> OSHWA, "OSH FAQ", s.d., <https://www.oshwa.org/faq/>, laatst geraadpleegd op 1 april 2018.

<sup>102</sup> J. BONVOISIN, R. MIES, J.-F. BOUJUT en R. STARK, "What is the 'source' of open source hardware", *Journal of open hardware* 2017, afl. 5, (1) 3; B. DE VUYST, "GPLv3 en octrooien", *IRDI* 2009, (248) 248; OSI, "The open source definition", s.d. <http://opensource.org/osd>, laatst geraadpleegd op 1 april 2018; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, "Open source software: een analyse naar Belgisch recht", *IRDI* 2007, (369) 372-373.

<sup>103</sup> Afhankelijk van het type project kan het zijn dat het opensourcehardwareproject ook software bevat (bv. robotica en elektronische toestellen). Aangezien dit echter geen basisonderdeel van opensourcehardware is en er reeds veel literatuur bestaat over opensourcesoftware, wordt dit niet verder besproken. De software kan eenvoudig in licentie worden gegeven met de reeds bestaande opensourcelicenties.

J. BONVOISIN, R. MIES, J.-F. BOUJUT en R. STARK, "What is the 'source' of open source hardware", *Journal of open hardware* 2017, afl. 5, (1) 3; M. MORITZ, T. REDLICH, J. WULFSBERG, "Best Practices and Pitfalls in *open source hardware*" in A. ROCHA en T. GUARDA (eds.), *Proceedings of the ICITS 2018*, Heidelberg, Springer, 2018, (200) 202; OSHWA, "OSHA Definition", s.d., <http://www.oshwa.org/definition>, laatst geraadpleegd op 1 april 2018; G. VAN OVERWALLE, "Inventing inclusive patents. From old to new open innovation" in P. DRAHOS, G. GHIDINI en H. ULLRICH (eds.), *Kritika: Essays on Intellectual Property*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015, (206) 227.

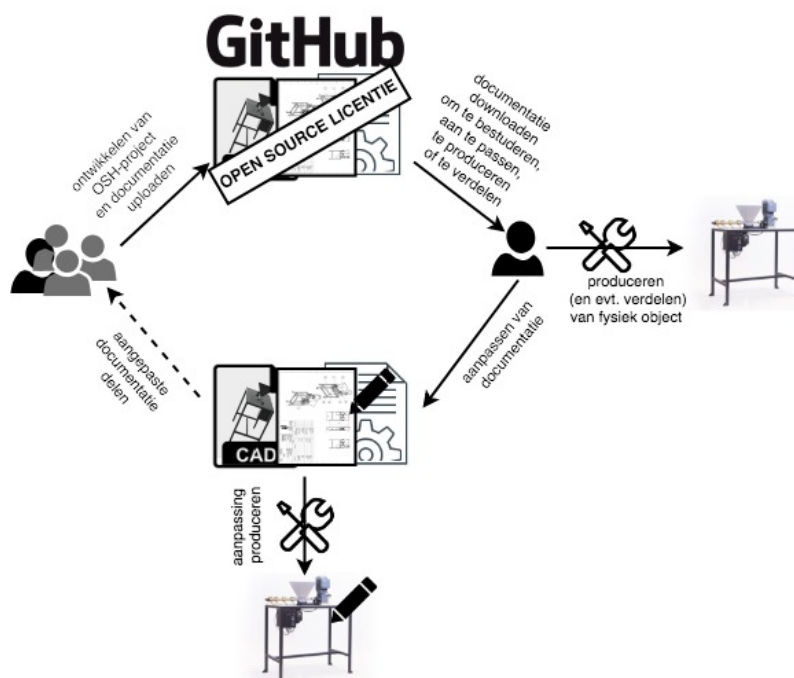
<sup>104</sup> V. ELAM, "CAD files and European design law", *JIPITEC* 2016, (146) 151; C. JASSERAND, "Creative Commons licenses and design: are the two compatible?", *JIPITEC* 2011, (131) 136.

<sup>105</sup> Een *Computer-Aided Design*-programma is een computerprogramma waarmee een ontwerp kan worden gemaakt in zowel 2D als 3D. Dit programma kan vaak ook op basis van een 2D-ontwerp een 3D-ontwerp weergeven en omgekeerd.

<sup>106</sup> Een STL-bestand wordt gebruikt voor stereolithografie en staat voor *Surface Tessellation Language of Standard Tessellation Language*.

CNC<sup>107</sup>-bestand weergegeven (hierna: CAD-bestand<sup>108</sup>).<sup>109</sup> De bijkomende documentatie bestaat meestal uit een handleiding, assemblage-instructies en een materiaallijst.<sup>110</sup> Als fysiek object of hardware wordt beschouwd “*alles wat opgebouwd is uit atomen en niet uit bits*”.<sup>111</sup>

19. De volgende visuele weergave<sup>112</sup> (Figuur 1) verheldert één en ander. Het voorbeeld gaat ervan uit dat er intellectuele rechten gelden op alle onderdelen van het OSH-project en dat de gebruikte opensourcelicentie gebruiksrechten verleent op al deze intellectuele rechten.



**Figuur 1.** Visuele weergave opensourcehardware

<sup>107</sup> De computergestuurde regeling van werktuigmachines maakt gebruik van een *Computerized Numerical Control* bestand om precieze bewerkingen uit te voeren in bv. hout of metaal.

<sup>108</sup> Hoewel er tussen deze bestandstypes een technisch verschil bestaat zal voor de leesbaarheid in wat volgt van ‘CAD-bestanden’ worden gesproken. Juridisch is het onderscheid immers irrelevant. Een 3D-printer of andere *rapid prototyping* machine zal het fysieke object rechtstreeks op basis van deze bestanden kunnen vervaardigen.

<sup>109</sup> M. GIBB, “Hardware, the next step toward open source everything”, *The Bridge* 2017, afl. 3, 5.

<sup>110</sup> J. BONVOISIN, R. MIES, J.-F. BOUJUT en R. STARK, “What is the ‘source’ of open source hardware”, *Journal of open hardware* 2017, afl. 5, (1) 7.

<sup>111</sup> A. M. GIBB, “Hardware, the next step toward open source everything”, *The Bridge* 2017, afl. 3, 5.

Illustraties van fysieke objecten werden toegevoegd in bijlage XI.

<sup>112</sup> Er wordt geen rekening gehouden met mogelijke uitzonderingen, noch wordt er een onderscheid gemaakt in de handelingen die ieder afzonderlijk intellectueel recht verbiedt.



In een eerste stap zal een ontwerper zijn OSH-project uitwerken door alle verschillende opensourcehardware-onderdelen te ontwikkelen. Reeds in deze eerste fase kan er sprake zijn van cocreatie door een gebruikersgemeenschap, dit hangt af van project tot project.

Vervolgens zal de ontwikkelaar de documentatie publiek bekendmaken en verspreiden via een online-deelplatform zoals GitHub.<sup>113</sup> Iedereen die dit deelplatform raadpleegt, krijgt deze documentatie dus feitelijk ter beschikking gesteld. Iemand kan er vervolgens voor kiezen om deze documentatie te downloaden, te bestuderen of te gebruiken om een fysiek object te (laten) produceren in bijvoorbeeld een FabLab. Eveneens mag iedereen de documentatie en/of het fysieke object verdelen. Het juridische instrument dat ervoor zorgt dat dit allemaal mogelijk is, zonder een inbreuk te plegen op mogelijke intellectuele rechten, is de opensourcelicentie die op het OSH-project werd toegepast. Deze licentie laat de gebruiker daarnaast ook toe om de documentatie (en het fysieke object) aan te passen aan zijn eigen noden. Zo kan een afgeleid werk tot stand komen.

De gebruiker kan ervoor kiezen om zijn aanpassingen te delen met de rest van de gebruikers.<sup>114</sup> In dat geval wordt zijn aangepaste creatie ook beschikbaar voor anderen om verder te gebruiken en aan te passen. Hij is dan niet enkel een gebruiker maar hij draagt bij tot, en wordt ook deel van, de gebruikersgemeenschap. Sommige licenties verplichten om aanpassingen te delen, andere licenties laten de keuze vrij.<sup>115</sup>

## **b. Veel voorkomende begrippen**

**20.** Er bestaat momenteel nog geen Nederlandstalige rechtsleer over het gebruik van opensourcelicenties in een hardwarecontext. Hier introduceren we enkele begrippen, zoals zij verder in dit werk aan bod zullen komen. Deze begrippen zijn vertalingen uit de Engelstalige literatuur, overgenomen concepten uit opensourcesoftware, of eigen voorstellen.

**21.** In wat volgt verwijst opensourceproject (hierna: OS-project) naar een individuele toepassing van het opensourcemodel *sensu lato*.

---

<sup>113</sup> Enkel de documentatie zal ter beschikking gesteld kunnen worden via een online deelplatform, dit bevat het ontwerp van het fysieke object. In die zin wordt het fysieke object dus ook feitelijk ter beschikking gesteld.

<sup>114</sup> Voor het publiek mededelingsrecht (art. XI.165, § 1 lid 4 WER) is ook een licentie vereist. Dit werk focust echter op de problematiek rond de (re)productie van de opensourcehardware onderdelen, niet op de publieke mededeling.

<sup>115</sup> Dit wordt aangegeven op de figuur door de stippellijn.

*Opensourcehardwareproject* (hierna: OSH-project), daarentegen, duidt op een individuele toepassing van het opensourcemodel in een hardwarecontext.<sup>116</sup>

**22.** De werking van opensourcehardware rust op twee mechanismen: een technisch mechanisme en een juridisch mechanisme.<sup>117</sup>

*Technisch mechanisme* – Het technisch mechanisme bestaat uit twee stadia: de *creatie* van de verschillende *opensourcehardware-onderdelen* of *componenten* (d.i. de documentatie, bestaande uit het ontwerp en de bijkomende documentatie en het fysieke object, de hardware), gevolgd door de *feitelijke terbeschikkingstelling, het delen*, ervan.<sup>118</sup>

*Juridisch mechanisme* – Het juridisch mechanisme omvat twee aspecten: de *intellectuele-eigendomsbescherming* van de verschillende onderdelen van opensourcehardware (via auteursrecht, modellenrecht en/of octrooirecht) en vervolgens de toekenning van (zeer ruime) *gebruiksrechten* op deze intellectuele eigendomsrechten.

De bescherming door het auteursrecht en het niet-geregistreerd Gemeenschapsmodel vindt plaats door een rechtsfeit. Deze intellectuele rechten ontstaan door de loutere creatie van de onderdelen (voor zover de afzonderlijke beschermingsvoorwaarden vervuld zijn). Octrooibeschermt<sup>119</sup> vereist daarentegen wel een rechtshandeling.

De verlening van gebruiksrechten op deze rechten vereist eveneens een rechtshandeling. Uit de exclusieve en verbiedende aard van de intellectuele eigendomsrechten volgt namelijk dat derden geen gebruiksrechten kunnen ontleen uit de enkele feitelijke terbeschikkingstelling van de componenten (d.i. de technische component).<sup>120</sup>

---

<sup>116</sup> J. ACKERMANN, “Toward Open Source Hardware”, *University of Dayton Law Rev.* 2009, (183) 192.

<sup>117</sup> In die zin voor opensourcesoftware: J. PENIN, “Open source innovation: Towards a generalization of the open source model beyond software”, *Rev. d'économie industrielle* 2011, (65) 67-68; VAN CAMP, S. “OSS: de ondraaglijke lichtheid van een concept”, *TBH* 2006, (487) 488.

<sup>118</sup> Enkel de documentatie zal ter beschikking gesteld kunnen worden via een online deelplatform, dit bevat het ontwerp van het fysieke object. In die zin wordt het fysieke object dus ook feitelijk ter beschikking gesteld.

<sup>119</sup> Dit geldt eveneens voor het Benelux-model en het geregistreerde Gemeenschapsmodel. Wegens het bestaan van het niet-geregistreerde Gemeenschapsmodel zijn ze in een opensourcehardwarecontext minder relevant.

<sup>120</sup> Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, “Open source software: een analyse naar Belgisch recht”, *IRDI* 2007, (369) 377.

23. Een adequaat juridisch instrument voor een OSH-project moet bijdragen tot het 'open, maar *gecontroleerd* delen'<sup>121</sup> van het OSH-project, zodat de *rechten van zowel de gebruiker, als de ontwikkelaar, gewaarborgd* worden.<sup>122</sup>

Dit betekent dat wie de componenten van het gedeelde project feitelijk ter beschikking gesteld krijgt, (i) *gebruiksrechten* toegekend krijgt waardoor hij ruime gebruikshandelingen (met name de vier vrijheden) kan stellen (d.i. het 'open' delen)<sup>123</sup>, en (ii) de ontwikkelaar van het OSH-project project, deze gebruiksrechten aan *afdwingbare gebruiksvoorwaarden* kan koppelen<sup>124</sup> (d.i. het '*gecontroleerd*' delen<sup>125</sup>). 'Controle' moet hierbij begrepen worden als het verhinderen van 'misbruik' (*misuse*). 'Misbruik' betekent dat het juridisch mogelijk is om de ruime gebruikshandelingen van de vier vrijheden te stellen zonder naleving van de door de ontwikkelaar

---

<sup>121</sup> Dit concept werd ingegeven door de *Statement of Principles* van OSHWA (Bijlage IX.) ("*... gives people the freedom to control their technology while sharing knowledge (...) through the open exchange of designs*") en A. KATZ, *Open Hardware Licensing*, onuitg. Presentatie OSS Watch Open Source Junction, 2013, [http://oss-watch.ac.uk/events/2013-03-14\\_open\\_source\\_junction\\_4/presentations/andrew\\_katz.odp](http://oss-watch.ac.uk/events/2013-03-14_open_source_junction_4/presentations/andrew_katz.odp), laatst geraadpleegd op 3 november 2018.

<sup>122</sup> M. LAMBRECHT, *Licences ouvertes et exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique, subvertir ou réformer?*, Brussel, Larcier, 2018, 128; N. SHEMTOV en I. WALDEN (eds.), *Free and Open Source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 2, 21 en 451.

<sup>123</sup> A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur*, Brussel, Larcier, 2008, 279; Y. COOL en P. LAURENT, "Introduction générale: repères pour comprendre le mouvement du logiciel libre" in Y. COOL, F. DE PATOUL, D. DE ROY, H. HAOÛIDEG, P. LAURENT en E. MONTERO (eds.), *Les logiciels libres face au droit*, Brussel, Bruylant, 2005, (1) 10; N. SHEMTOV en I. WALDEN (eds.), *Free and Open Source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 20 en 441.

<sup>124</sup> S. DUSOLLIER, "Sharing Access to Intellectual Property through Private Ordering", *Chicago-Kent Law Rev.* 2007, (1391) 1408; M. LAMBRECHT, *Licences ouvertes et exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique, subvertir ou réformer?*, Brussel, Larcier, 2018, 128; N. SHEMTOV en I. WALDEN (eds.), *Free and Open Source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 2, 21 en 451.

<sup>125</sup> Het 'gecontroleerd delen' van OS-projecten is niet gelijk aan het bewerkstelligen van 'bestendige openheid' (*sustainable access*) zoals geponoerd in G. VAN OVERWALLE, "Inventing inclusive patents. From old to new open innovation" in P. DRAHOS, G. GHIDINI en H. ULLRICH (eds.), *Kritika: Essays on Intellectual Property*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015, 206-277. 'Bestendige openheid' vereist het gebruik van copyleftlicenties, zodat aanpassingen telkens opnieuw moeten worden gedeeld en niet closed source kunnen worden gemaakt, waardoor open source (hardware) bestendig open blijft. Dit is echter geen noodzakelijk onderdeel van de opensourcedefinitie, copyleftlicenties en permissieve licenties voldoen beiden aan de definitie van het OSHWA. De copyleftverplichting bij copyleftlicenties is een bijkomende gebruiksvoorwaarde naast bijvoorbeeld attributie. Er werd daarom gekozen om 'gecontroleerd delen', te gebruiken als aanduiding van het delen op een manier dat de gebruiksvoorwaarden die opgelegd werden door de licentiegever, door de licentienemer worden nageleefd. Dit kan al dan niet een copyleftvoorwaarde zijn, naar keuze van de licentiegever. Deze afgeving moet iedere ontwikkelaar van een project zelf maken, aangezien voor het ene project een permissieve licentie geschikter zal zijn dan een copyleftlicentie en omgekeerd.

opgelegde gebruiksvoorwaarden. KATZ vergelijkt dit met het niet-betalen van de licentievergoeding bij propriëtaire software of hardware.<sup>126</sup>

De verkrijging van *gebruiksrechten* op de intellectuele-eigendomsrechten maken het mogelijk om bepaalde gebruikshandelingen te stellen m.b.t. de door deze intellectuele-eigendomsrechten beschermde onderdelen van opensourcehardware. Namelijk om deze te bestuderen, aan te passen, te produceren en te verdelen.<sup>127</sup>

In ruil voor de gebruiksrechten kan de houder van de intellectuele-eigendomsrechten *gebruiksvoorwaarden* of -modaliteiten afdwingen, zoals bijvoorbeeld een attributieverplichting of de verplichting om aanpassingen opnieuw te delen onder dezelfde licentievoorwaarden.

**24.** Tot slot moet vermeld worden dat dit werk opgevat is vanuit de aanname dat de uitzonderingen van de privékopie uit het auteursrecht<sup>128</sup> en het particulier en niet-commercieel gebruik uit het modelrecht<sup>129</sup> en octrooirecht<sup>130</sup>, niet van toepassing zijn. Zodoende kan dit werk een vollediger kader bieden dat ook geldt voor gebruikers van opensourcehardwareprojecten buiten de particuliere sfeer, en voor gebruikers die rechtspersoonlijkheid hebben of commerciële activiteiten uitoefenen.

---

<sup>126</sup> A. KATZ, Open Hardware Licensing, onuitg. Presentatie OSS Watch Open Source Junction, 2013, [http://oss-watch.ac.uk/events/2013-03-14\\_open\\_source\\_junction\\_4/presentations/andrew\\_katz.odp](http://oss-watch.ac.uk/events/2013-03-14_open_source_junction_4/presentations/andrew_katz.odp), laatst geraadpleegd op 3 november 2018, slide 10-11.

<sup>127</sup> J. BONVOISIN, R. MIES, J.-F. BOUJUT en R. STARK, "What is the 'source' of open source hardware", *Journal of open hardware* 2017, afl. 5, (1) 3; VAN CAMP, S. "OSS: de ondraaglijke lichtheid van een concept", *TBH* 2006, (487) 494; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, "Open source software: een analyse naar Belgisch recht", *I.R.D.I.* 2007, (369) 371.

<sup>128</sup> Art. XI.190, 9° WER.

Het downloaden van een CAD-bestand uit een geoorloofde bron en de digitale reproductie ervan, kan onder de uitzondering van de privékopie vallen. Wellicht zou de materiële reproductie eveneens onder deze uitzondering kunnen vallen, hierover heerst momenteel nog onenigheid in de rechtsleer. Zie hierover A. DE BLEECKERE, "3D-printing onder het Belgisch intellectueel eigendomsrecht", *Computerr.* 2017, (285) 286 en 288-289; T. MARGONI, "Not for designers: on the inadequacies of EU design law and how to fix it", *JIPTEC* 2013, (1) 40-41.

<sup>129</sup> Art. 3.19, lid 1, a) BVIE; art. 20 VOGMO. Beide voorwaarden moeten cumulatief vervuld worden. Een rechtspersoon valt nooit onder deze uitzondering, ook niet wanneer hij geen commerciële activiteiten uitoefent (bv. een universiteit). Zie hierover C. SPINTIG, "Art. 20 CDR" in G. HASSELBLATT (ed.), *Community Design Regulation, A Commentary*, München, C.H. Beck, 2015, (183) 184; D. STONE, *European Union Design Law, A Practitioners' Guide*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 490.

<sup>130</sup> Art. XI.34 WER.

## 2. OPENSOURCEHARDWARE

### 2.1. OPENSOURCESOFTWARE EN OPENSOURCEHARDWARE: GELIJKENISSEN EN VERSCHILLEN

25. Opensourcehardware is "net als opensourcesoftware een IT-geënbeld internet-fenomeen"<sup>131</sup>, aldus BONVOISIN, MIES, BOUJUT en STARK. Het wezenlijke essentiële verschil tussen de ontwikkeling van opensourcesoftware en de ontwikkeling van opensourcehardware, bestaat uit het uiteindelijke uitmonden in een fysiek object bij die laatste. Opensourcesoftware blijft daarentegen, net als open content, beperkt tot een digitale omgeving.<sup>132</sup> Opensourcehardware onderscheidt zich hiervan doordat het een transitie betekent van de toepassing van het opensourcemodel in een zuiver digitale omgeving (bits) naar een (deels digitale, deels) fysieke omgeving (atomen).<sup>133</sup>

26. De belangrijkste eigenschap van software is zijn digitale aard die maakt dat deze snel geproduceerd en vrijwel zonder kost gedistribueerd kan worden.<sup>134</sup> Software is hierdoor uitermate geschikt voor cocreatie. Hoewel hardware, in tegenstelling tot software, onder meer in principe noch snel te produceren, noch vrijwel zonder kost te distribueren is<sup>135</sup>, besluiten RAASCH, HERSTATT en BALKA dat "[vanuit technisch-economisch oogpunt] het ontwikkelingsproces van opensourcesoftware en opensourcehardware gelijkaardig is, en dat het opensourcemodel dus ook op hardware toepassing kan vinden".<sup>136</sup> Opensourcesoftware bestaat immers uit het ontwikkelen en delen van instructies, bestaande uit broncode, die later door een computer kunnen worden uitgevoerd, en opensourcehardware bestaat uit het ontwikkelen en delen van instructies, bestaande uit documentatie, om een fysiek object te kunnen vervaardigen.<sup>137</sup>

<sup>131</sup> J. BONVOISIN, R. MIES, J.-F. BOUJUT en R. STARK, "What is the 'source' of open source hardware", *Journal of open hardware* 2017, afl. 5, (1) 2.

<sup>132</sup> J. BONVOISIN, R. MIES, J.-F. BOUJUT en R. STARK, "What is the 'source' of open source hardware", *Journal of open hardware* 2017, afl. 5, (1) 3.

<sup>133</sup> K. BALKA, Open Source Product Development: *The Meaning and Relevance of Openness*, Wiesbaden, Gabler Verlag, 2011, 20; J. BONVOISIN, R. MIES, J.-F. BOUJUT en R. STARK, "What is the 'source' of open source hardware", *Journal of open hardware* 2017, afl. 5, (1) 15; C. HERSTATT en D. EHLS, *Open Source Innovation: The Phenomenon, Participant's Behavior, Business Implications*, New York, Routeledge, 2015, 9.

<sup>134</sup> K. BALKA, *Open Source Product Development: The Meaning and Relevance of Openness*, Wiesbaden, Gabler Verlag, 2011, 138.

<sup>135</sup> K. BALKA, Open Source Product Development: *The Meaning and Relevance of Openness*, Wiesbaden, Gabler Verlag, 2011, 23.

<sup>136</sup> K. BALKA, Open Source Product Development: *The Meaning and Relevance of Openness*, Wiesbaden, Gabler Verlag, 2011, 138; C. RAASCH, C. HERSTATT en K. BALKA, "On the open design of tangible goods", *R&D Management* 2009, (382) 383; M. MORITZ, T. REDLICH, J. WULFSBERG, "Best Practices and Pitfalls in Open source Hardware" in A. ROCHA en T. GUARDA (eds.), *Proceedings of the ICITS 2018*, Heidelberg, Springer, 2018, (200) 203.

<sup>137</sup> K. BALKA, Open Source Product Development: *The Meaning and Relevance of Openness*, Wiesbaden, Gabler Verlag, 2011, 24.

Volgens VON HIPPEL en BALKA lijkt hardware bovendien “meer en meer op software”<sup>138</sup>, waarbij de realisatie van een toenemend aantal fysieke objecten “zo data gestuurd wordt, dat de fysieke vervaardiging slechts eenvoudige uitvoerende handelingen zijn aan het einde van een keten van digitale manipulatie”.<sup>139</sup> Dit komt het sterkst tot uiting bij 3D-printen.

BALKA concludeert in diezelfde zin dat “fysieke objecten meer en meer worden ontwikkeld zoals software; men zou zelfs kunnen stellen dat men het ontwerp als broncode van het fysieke object beschouwt, waarbij men het fysieke object aanpast door aanpassingen in deze documentatie. Het fysieke object zelf is, in zekere zin, slechts software die is omgezet in hardware.”<sup>140</sup> Of nog: “Wat we in bits ontwerpen, kunnen we in atomen printen”.<sup>141</sup>

Een belangrijke nuancering hiervan is dat in het geval van software beschikking over de broncode noodzakelijk, maar voldoende, is om de software feitelijk<sup>142</sup> aan te passen.<sup>143</sup> Een aanpassing aan de door de mens verstaanbare broncode is *de facto* een rechtstreekse aanpassing aan de objectcode, aangezien de objectcode bestaat uit een gecompileerde versie van de broncode. Bij hardware daarentegen, verkrijgt men door de digitale documentatie niet rechtstreeks het fysieke object, en brengt een feitelijke aanpassing aan deze documentatie geen rechtstreekse aanpassing aan het fysieke object met zich mee.<sup>144</sup>

---

<sup>138</sup> C. ANDERSON, “In the new industrial revolution, atoms are the new bits”, *Wired* 2010, [https://www.wired.com/2010/01/ff\\_newrevolution/all/1/](https://www.wired.com/2010/01/ff_newrevolution/all/1/), laatst geraadpleegd op 17 april 2018; K. BALKA, Open Source Product Development: *The Meaning and Relevance of Openness*, Wiesbaden, Gabler Verlag, 2011, 24 en 138; C. THOMPSON, “Build it. Share it. Profit. Can open source hardware work?” *Wired* 2008, <https://www.wired.com/2008/10/ff-openmanufacturing/>, laatst geraadpleegd op 17 april 2018.

<sup>139</sup> N. ABDELKAFI en T. BLECKER, “From open source in the digital to the physical world: a smooth transfer?”, *Management Decision* 2009, (1610) 1613; K. BALKA, Open Source Product Development: *The Meaning and Relevance of Openness*, Wiesbaden, Gabler Verlag, 2011, 24; P. TROXLER, “Libraries of the peer production era” in B. VAN ABEL, L. EVERS, R. KLAASSEN en P. TROXLER (eds.), *Open Design Now: Why design cannot remain exclusive*, Premssela, Bis Publishers, 2011, <http://opendesignnow.org/index.html%3Fp=411.html>, § 4, laatst geraadpleegd op 17 april 2018.

<sup>140</sup> K. BALKA, Open Source Product Development: *The Meaning and Relevance of Openness*, Wiesbaden, Gabler Verlag, 2011, 138.

<sup>141</sup> B. HOFFSTEIN, “From bits to atoms: co-creating the third industrial revolution”, s.d., <http://bigthink.com/inside-singularity-university/from-bits-to-atoms-co-creating-the-third-industrial-revolution>, laatst geraadpleegd op 16 april 2018.

<sup>142</sup> We hanteren het begrip ‘feitelijk’ om aan te tonen dat dit vanuit technisch oogpunt mogelijk is. Dit betekent niet noodzakelijk dat het ook vanuit juridisch oogpunt toegestaan is.

<sup>143</sup> J. ACKERMANN, “Toward Open Source Hardware”, *University of Dayton Law Rev.* 2009, (183) 192; J. BONVOISIN, R. MIES, J.-F. BOUJUT en R. STARK, “What is the ‘source’ of open source hardware”, *Journal of open hardware* 2017, afl. 5, (1) 3.

<sup>144</sup> 3D-printen zou men als een uitzondering hierop kunnen zien.

A. M. GIBB, “Hardware, the next step toward open source everything”, *The Bridge* 2017, afl. 3, (5) 6.

Ondanks de groeiende convergentie tussen de technische ontwikkeling van opensourcesoftware en opensourcehardware zorgt het feit dat opensourcehardware niet beperkt blijft tot een digitale omgeving maar uiteindelijk uitmondt in de productie van een fysiek object op juridisch vlak nog voor belangrijke verschillen.<sup>145</sup>

Beiden bestaan ze materieel weliswaar uit twee te onderscheiden bestanddelen: de broncode en objectcode voor opensourcesoftware en de documentatie en het fysieke object voor opensourcehardware.

In het eerste deel van dit werk zal echter worden uiteengezet dat de documentatie en het fysieke object onder verschillende intellectuele-eigendomsrechtelijke beschermingsregimes vallen, terwijl de bescherming van de broncode en de objectcode zich in beginsel voor beiden in het auteursrecht situeert.<sup>146</sup> Daarnaast gelden er ook binnen de broncode zelf geen te onderscheiden beschermingsregimes, binnen de documentatie van opensourcehardware daarentegen wel.

## 2.2. INTELLECTUELE-EIGENDOMSRECHTEN OP OPENSOURCEHARDWARE-ONDERDELEN

**27.** Intellectuele-eigendomsrechten zijn uitzonderingen op het principe van vrije mededinging. Het zijn exclusieve verbodsrechten die een immateriële (intellectuele) prestatie tot voorwerp hebben. Intellectuele rechten zijn bedoeld als drijfveer voor innovatie en creativiteit vanuit de gedachte dat uitvinders, designers of auteurs *sensu lato* zo beloond worden voor hun werk.<sup>147</sup> Intellectuele-eigendomsrechten worden onderverdeeld in twee grote subcategorieën van beschermingsstelsels: auteursrechten en industriële rechten. Binnen deze laatste categorie onderscheiden we verder nog het tekening- en modelrecht, het octrooirecht, het merkenrecht, het kwekersrecht en de bescherming van topografieën van halfgeleiderproducten.<sup>148</sup> Dit werk

<sup>145</sup> A. KATZ, "Towards a Functional Licence for Open Hardware", *IFOSS L. Rev.* 2012, (41) 42.

<sup>146</sup> Een belangrijke nuance hierop is dat software eveneens onder octrooirecht kan beschermd worden. Dit is in de Verenigde Staten zonder meer het geval. In Europa werd na lange discussies door de rechtsleer uiteindelijk aanvaard dat software octrooibeschermt geniet wanneer dit computerprogramma onderdeel is van een 'industriële procedé' met technisch karakter. Hierbij wordt de bescherming niet verleend aan het programma op zich, maar aan de 'in computer geïmplementeerde uitvinding' (CGU) als geheel. Computerprogramma's als zodanig blijven uitgesloten van octrooibeschermt. Zie hierover A. CLERIX, V. PEDE, N. D'HALLEWEYN, H. KRAFT, P. CALLENS en M. BECK, *Octrooien in België, een praktische leidraad*, Brugge, die Keure, 2016, 79-80.

<sup>147</sup> F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Wegwijs in het intellectuele eigendomsrecht*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 33-34; M. LEVIN, "Challenges in IP" in A. JOLLY (ed.), *The handbook of European intellectual property management: developing, managing and protecting your company's intellectual property*, Londen, Kogan Page, 2009, (45) 45; L. S. OSBORN, "Reevaluating intellectual property law in a 3D printing era", *The Bridge* 2017, afl. 3, (18) 20.

<sup>148</sup> Art. XI.4-5 Wetboek van Economisch recht van 28 februari 2013, *BS* 29 maart 2013, 19.975. (hierna: WER).

bespreekt uit de categorie van de industriële rechten enkel het tekening- en modelrecht en het octrooirecht.<sup>149</sup>

**28.** Auteursrechten en industriële rechten verschillen op drie punten. Auteursrechten hebben in beginsel een cultureel uitgangspunt, terwijl de industriële rechten een economisch uitgangspunt hebben. Bij het culturele doeleinde staat de uitdrukking van de persoonlijkheid van de auteur centraal. Hiermee hangt ook het tweede verschil samen: aan de (materiële) auteursrechten hangen ook morele rechten vast. Deze persoonsgebonden rechten zitten niet vervat in de industriële rechten.<sup>150</sup> Tot slot ontstaan de auteursrechten door een rechtsfeit. De industriële rechten daarentegen vereisen, in beginsel, een rechtshandeling. Dit laatste onderscheid is belangrijk voor opensourcehardware.

**29.** Opensourcehardware is opgebouwd uit twee grote bestanddelen: de documentatie en het fysieke object. Deze twee grote bestanddelen vallen beiden onder verschillende regimes van intellectuele rechten, en zelfs binnen de documentatie moet men nog een onderscheid maken tussen de bescherming van het ontwerp enerzijds, en de bijkomende documentatie anderzijds. Aangezien OSH-projecten zeer uiteenlopend kunnen zijn, zullen de toepassingsvoorwaarden van elk intellectuele-eigendomsrecht steeds onderdeel per onderdeel, en project per project *in concreto* nagegaan moeten worden. De onderdelen van een opendesignproject zullen namelijk niet noodzakelijk op dezelfde manier beschermd (moeten) worden als elektronica- of robotica-projecten. Dit deel poogt een algemeen theoretisch kader te bieden. Doorheen dit deel zal op het einde van de bespreking van elk intellectuele-eigendomsrecht telkens worden teruggekoppeld aan de verschillende opensourcehardware-onderdelen.

### 2.2.1. Auteursrecht

#### a. Algemeen

##### a.1. Voorwerp

**30.** Het auteursrecht beschermt ieder werk van letterkunde of kunst dat (i) uitgedrukt is in een concrete vorm en (ii) voldoet aan de originaliteitsvereiste.<sup>151</sup> Deze voorwaarden zijn cumulatief.

<sup>149</sup> Wanneer verder gesproken wordt over ‘industriële rechten’, wordt hiermee dus het tekening- en modelrecht en het octrooirecht bedoeld.

<sup>150</sup> Uitzondering hierop is het ‘vaderschapsrecht’ bij uitvindingen, in dit werk verder niet besproken. Zie hierover S. DUSOLLIER en A. DE FRANCCQUEN, *Manuel de droit intellectuels*, Limal, Anthemis, 2015, 159; F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Wegwijs in het intellectuele eigendomsrecht*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 240.

<sup>151</sup> Art. XI.165, § 1 WER.



## a.2. Voorwaarden

### a.2.1. Concrete vorm

**31.** Het auteursrecht beschermt nooit ideeën maar enkel de vorm waarin deze ideeën zijn uitgedrukt (d.i. de idee-expressiedichotomie).<sup>152</sup>

Hoewel artikel XI.165 WER spreekt van 'werken van letterkunde of kunst' moet het culturele uitgangspunt van het auteursrecht worden genuanceerd: iedere originele uitdrukking in een concrete vorm kan worden beschermd. Zo ook bijvoorbeeld software en databanken, ondanks hun meer economische doeleinde.<sup>153</sup> Dit blijkt eveneens uit de niet-limitatieve opsomming van artikel 2 van de Berner Conventie<sup>154</sup> die eveneens wetenschappelijke en utilitaire werken in het auteursrecht insluit.<sup>155</sup>

### a.2.2. Originaliteit

**32.** Sinds het arrest *Infopaq*<sup>156</sup> van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie), daarna gevolgd door de arresten *SAS Institute*<sup>157</sup> en *Painer*<sup>158</sup>, is het originaliteitscriterium vervuld wanneer het werk "*bestanddelen bevat die de uitdrukking vormen van de eigen intellectuele schepping van de auteur en een uitdrukking vormt van zijn persoonlijkheid*".<sup>159</sup> Het Hof van

<sup>152</sup> A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur*, Brussel, Larcier, 2008, 62-64; S. DUSOLLIER en A. DE FRANCQUEN, *Manuel de droit intellectuels*, Limal, Anthemis, 2015, 69-70; J. KEUSTERMANS, P. BLOMME, M. FLAMME, *Auteursrecht, Capita Selecta*, Brussel, Larcier, 2015, 7; V. PEDE en J. VANHERPE, "Gezakt of niet gezakt, that is the question" (noot onder Cass. 17 februari 2017), *RABG* 2017, (1562) 1562.

<sup>153</sup> A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur*, Brussel, Larcier, 2008, 273; S. DUSOLLIER en A. DE FRANCQUEN, *Manuel de droit intellectuels*, Limal, Anthemis, 2015, 61-63; J. KEUSTERMANS, P. BLOMME, M. FLAMME, *Auteursrecht, Capita Selecta*, Brussel, Larcier, 2015, 22.

<sup>154</sup> Art. 2 Conventie van Bern 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, laatste versie van Parijs gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad, *BS* 10 november 1999, 41.901. (hierna: Conventie van Bern en Bernerconventie).

<sup>155</sup> F. GOTZEN, "Artikel XI.165" in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet, De Belgische Auteurswet, Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2018, (48) 48.

<sup>156</sup> HvJ 16 juli 2009, *Infopaq/DDF*, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465, ro. 32-45.

<sup>157</sup> HvJ 2 mei 2010, *SAS Institute*, C-406/10, ECLI:EU:C:2012:259, ro. 45 en 67.

<sup>158</sup> HvJ 1 december 2011, *Painer*, C-145/10, ECLI:EU:C:2013:138, ro. 88-89.

<sup>159</sup> *Ibid.*; P. BLOMME, "On the meaning of 'originality' required for the protection of authorial works, Case C-5/08" in P. CLAASSEN en J. KEUSTERMANS, *Landmark IP Decisions of the European Court of Justice (2008-2013)*, Gent, Uitgeverij Larcier, 2014, 34-40; S. DUSOLLIER en A. DE FRANCQUEN, *Manuel de droit intellectuels*, Limal, Anthemis, 2015, 66; J. KEUSTERMANS, P. BLOMME, M. FLAMME, *Auteursrecht, Capita Selecta*, Brussel, Larcier, 2015, 12.

Cassatie nam de bewoordingen uit het arrest *Painer* over<sup>160</sup> en voegt hier nog aan toe dat “aan de basis van het werk een aanwijsbare activiteit van de menselijke geest moet liggen”.<sup>161</sup> De originaliteitsvereiste is, tot slot, niet gelijk aan de nieuweheidsvereiste van het modelrecht of van het octrooirecht.<sup>162</sup>

33. Uit artikel 2 van de Berner Conventie<sup>163</sup> volgt dat fysieke objecten als dusdanig niet zijn uitgesloten van auteursrechtelijke bescherming. De vormgeving van het uiterlijk van het fysieke object is namelijk een uitdrukking in een concrete vorm.<sup>164</sup> Voor zover ook aan de originaliteitsvoorwaarde is voldaan en de vormgeving niet louter technisch bepaald is, zal bescherming door het auteursrecht mogelijk zijn.

De Belgische hoven en rechtbanken achtte dan ook bescherming mogelijk voor<sup>165</sup>: een *design*stoel uit sferische vormen<sup>166</sup>, de ‘ball chair’, een onvolmaakt bolvormige stoel<sup>167</sup>, een regendouche<sup>168</sup>, een reclamebord met twee geïnclineerde steunen<sup>169</sup>, de grafische gebruikersinterface van een tolkenpost<sup>170</sup>, een geurverstuiver en zijn verpakking<sup>171</sup>, een inventieve

---

<sup>160</sup> Cass. 31 oktober 2013, *RW* 2014, 1464-1465, noot H. VANHEES; J. KEUSTERMANS, P. BLOMME, M. FLAMME, *Auteursrecht, Capita Selecta*, Brussel, Larcier, 2015, 13.

<sup>161</sup> O.a. Cass. 14 december 2015, *ICIP* 2016, 193; Cass. 17 maart 2014, *A&M* 2015, 65-67, noot Y. VANDENDRIESSCHE; Cass. 11 maart 2005, *A&M* 2005, 396, noot F. DE VISSCHER; Cass. 10 december 1998, *RW* 1999-2000, 325.

<sup>162</sup> Brussel 18 december 2008, *ICIP* 2009, 707.

<sup>163</sup> Art. 2 Conventie van Bern.

<sup>164</sup> F. GOTZEN, “Artikel XI.165” in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet, De Belgische Auteurswet, Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2018, (48) 48; J. MUYLDERMANS, “De originaliteitstoets voor de auteursrechtelijke bescherming van gebruiksvoorwerpen” (noot onder Brussel 26 juni 2012), *IRDI* 2013, (113) 114; V. PEDE en J. VANHERPE, “Gezakt of niet gezakt, that is the question” (noot onder Cass. 17 februari 2017), *RABG* 2017, (1562) 1565.

<sup>165</sup> In deel 2.2.4 volgen nog een aantal andere voorbeelden van fysieke objecten waarop volgens de rechtspraak auteursrecht, in samenloop met modelrecht of octrooirecht, rust.

<sup>166</sup> Kh. Antwerpen 12 december 2014, A/14/02415, Johnstone Finnbar, bvba XL/bvba RAMBLAZ, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be).

<sup>167</sup> Kh. Antwerpen 25 september 2012, A/11/10734, Johnstone Finnbar, bvba XL/bvba Altarego, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be).

<sup>168</sup> Antwerpen 13 februari 2012, 2009/AR/2294, onuitg., aangehaald door S. FLECIJN en E. VAN MELKEBEKE, “Intellectuele rechten kroniek 2012”, *NJW* 2013, (526) 528.

<sup>169</sup> Brussel 19 april 2012, 2010/AR/537, onuitg., aangehaald door J. MUYLDERMANS, “De originaliteitstoets voor de auteursrechtelijke bescherming van gebruiksvoorwerpen” (noot onder Brussel 26 juni 2012), *IRDI* 2013, (113) 116 en S. FLECIJN en E. VAN MELKEBEKE, “Intellectuele rechten kroniek 2012”, *NJW* 2013, (526) 528.

<sup>170</sup> Kh. Brussel 24 mei 2018, A/16/04961, Televic Conference nv/Taiden Industrial Co. Ltd, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be).

<sup>171</sup> Antwerpen 8 januari 2018, 2016/AR/253, nv Casa International/Innobiz sarl, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be).

brilmontuur<sup>172</sup>, een landbouwmachine<sup>173</sup>, een wandcontactdoos met een origineel afdekplaatje<sup>174</sup>, en afrasteringsgaas.<sup>175</sup>

34. Wat de rechtspraak echter nooit als een originele uitdrukking in een concrete vorm zal beschouwen zijn louter technisch of functioneel bepaalde werken, en stijlen of modetrends. Aangezien de tweede uitsluiting minder van toepassing zal zijn bij opensourcehardware wordt deze niet besproken.

De redenering van het Hof van Justitie achter de eerste uitsluiting is dat een auteur onmogelijk uitdrukking heeft kunnen geven aan zijn persoonlijkheid “*wanneer de uitdrukking van het werk louter door de technische functie wordt bepaald, aangezien de verschillende manieren om een idee uit te voeren dan zodanig beperkt zijn dat het idee samenvalt met de uitdrukking ervan*”, oordeelde het Hof in het arrest *BSA*.<sup>176</sup>

Uit het arrest *Football Dataco* van het Hof van Justitie volgt dat auteursrechtelijke bescherming slechts mogelijk is wanneer er voldoende ruimte is voor de auteur om zijn persoonlijkheid uit te drukken in zijn werk, en dus niet “*wanneer er technische overwegingen, regels of beperkingen gelden die geen ruimte [meer] laten voor creatieve vrijheid*”.<sup>177</sup> Des te groter het aantal beperkende factoren gelden bij de creatie, des te kleiner de kansen voor de auteur om de nodige originaliteit in het werk te brengen.<sup>178</sup> Wanneer enige creatieve ruimte onbestaande is en “*de vorm puur functioneel van aard is, is originaliteit uitgesloten*”, aldus ook het Hof van Cassatie.<sup>179</sup> Dit is de leer van de scheidbaarheid van de vorm: het technische effect kan niet op een soortgelijke manier worden bereikt met een gewijzigde vormgeving; de functie

<sup>172</sup> Gent 18 december 2017, 2014/AR/3222, M&M/Mathieu Duchene Design, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be), ro. 9. (brilmontuur 'Menthe').

<sup>173</sup> Rb. Dendermonde 5 oktober 2007, A/05/2631, BVBA Bugnac/BVBA Ninotrac, *IRDI* 2008, 375-389.

<sup>174</sup> Antwerpen 5 november 2007, 2007/AR/450, onuitg., aangehaald door J. MUYLDERMANS, “De originaliteitstoets voor de auteursrechtelijke bescherming van gebruiksvoorwerpen” (noot onder Brussel 26 juni 2012), *IRDI* 2013, (113) 116.

<sup>175</sup> Gent 3 januari 2002, *AM* 2003, 216-220, noot MICHAUX, B. en RIJCKENBERG, N; J. MUYLDERMANS, “De originaliteitstoets voor de auteursrechtelijke bescherming van gebruiksvoorwerpen” (noot onder Brussel 26 juni 2012), *IRDI* 2013, (113) 116-117.

<sup>176</sup> HvJ 22 december 2010, *BSA*, C-393/09, ECLI:EU:C:2010:816, ro. 49-50 (grafische gebruikersinterface voor programma's); F. GOTZEN, “Artikel XI.165” in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet, De Belgische Auteurswet, Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2018, (48) 50; H. VANHEES, *Handboek intellectuele rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 29.

<sup>177</sup> HvJ 1 maart 2012, *Football Dataco/Yahoo*, C-604/10, ECLI:EU:C:2012:115, ro. 39 (samenstelling van een databank); F. GOTZEN, “Artikel XI.165”, in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet, De Belgische Auteurswet, Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2018, (48) 50; H. VANHEES, *Handboek intellectuele rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 29.

<sup>178</sup> K. VAN DER MAAT, “Bescherming van ‘spuitmondmodellen’ door rechten van intellectuele eigendom” (noot onder Voorz. Kh. Brussel 17 november 2010), *IRDI* 2011, (382) 385-386.

<sup>179</sup> Cass. 24 februari 1995, *Pas*. 1995, 211.

bepaalt de vorm op absolute wijze.<sup>180</sup> Indien bescherming toch mogelijk zou zijn, zou dit neerkomen op het creëren van een monopolie op een bepaalde techniek, bij gebrek aan een andere technisch efficiënte wijze waarmee hetzelfde resultaat bereikt kan worden. Dit behoort niet tot het doel van het auteursrecht.<sup>181</sup>

Van zodra de ontwerper echter een creatieve ruimte benut heeft om vrije en subjectieve keuzes te maken die een uitdrukking vormen van zijn persoonlijkheid, is het werk niet uitsluitend door zijn objectieve technische vereisten bepaald.<sup>182</sup> Bescherming door het auteursrecht is dan mogelijk voor deze originele vormgeving die niet louter door de functie werd gedictieerd.<sup>183</sup>

35. Over de volgende fysieke objecten oordeelde de Belgische rechtspraak dat de karakteristieken geen blijk gaven van creatieve inbreng, maar zuiver functioneel ingegeven waren: een titanium 'standaard' brilmontuur<sup>184</sup>, de grafische gebruikersinterface van een programma voor klantenbeheer<sup>185</sup>, een product-display met vijf schappen<sup>186</sup>, een spuitmond voor slagroom van

---

<sup>180</sup> J. KEUSTERMANS, P. BLOMME, M. FLAMME, *Auteursrecht, Capita Selecta*, Brussel, Larcier, 2015, 18-19 en 51-52; J. MUYLDERMANS, “De originaliteitstoets voor de auteursrechtelijke bescherming van gebruiksvoorwerpen” (noot onder Brussel 26 juni 2012), *IRDI* 2013, (113) 115.

<sup>181</sup> Dit behoort wel tot het doel van het octrooirecht.

J. KEUSTERMANS, P. BLOMME, M. FLAMME, *Auteursrecht, Capita Selecta*, Brussel, Larcier, 2015, 18-19; J. MUYLDERMANS, “De originaliteitstoets voor de auteursrechtelijke bescherming van gebruiksvoorwerpen” (noot onder Brussel 26 juni 2012), *IRDI* 2013, (113) 115.

<sup>182</sup> Brussel 28 juni 2012, 2010/AR/384, *IRDI* 2012, 207-209 (de Apple iPod nano); Antwerpen 5 november 2007, 2007/AR/450, onuitg., aangehaald door J. MUYLDERMANS, “De originaliteitstoets voor de auteursrechtelijke bescherming van gebruiksvoorwerpen” (noot onder Brussel 26 juni 2012), *IRDI* 2013, (113) 116. (een wandcontactdoos met origineel afdekplaatje); J. KEUSTERMANS, P. BLOMME, M. FLAMME, *Auteursrecht, Capita Selecta*, Brussel, Larcier, 2015, 18-19 en 52; J. MUYLDERMANS, “De originaliteitstoets voor de auteursrechtelijke bescherming van gebruiksvoorwerpen” (noot onder Brussel 26 juni 2012), *IRDI* 2013, (113) 114-116; Kh. Brussel 24 mei 2018, A/16/04961, Televic Conference nv/Taiden Industrial Co. Ltd, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be) (de grafische gebruikersinterface van een tolkenpost).

<sup>183</sup> J. KEUSTERMANS, P. BLOMME, M. FLAMME, *Auteursrecht, Capita Selecta*, Brussel, Larcier, 2015, 18-19 en 52.

<sup>184</sup> Gent 18 december 2017, 2014/AR/3222, M&M/Mathieu Duchene Design, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be), ro. 10. (brilmontuur 'Basilic')

<sup>185</sup> Kh. Antwerpen 13 juni 2018, A/17/5669, bvba The Brokery/ nv ERA Belgium, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be).

<sup>186</sup> Kh. Gent 27 maart 2014, A/13/0057, nv Digipack/nv Promeco, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be).

Friesland Campina<sup>187</sup>, een reclamebord met twee verticale steunen<sup>188</sup>, de Fatboy Original zitzak<sup>189</sup>, een lastenboek<sup>190</sup> en een krantendisplay.<sup>191</sup>

**36.** Uit het voorgaande kunnen we besluiten dat hoe groter het aantal technische vereisten bij de creatie van het werk, hoe kleiner de kans dat het werk origineel zal zijn. Het gevolg van een beperkte creatievrijheid voor het vervullen van de originaliteitsvoorwaarde in het auteursrecht, is omgekeerd aan het gevolg voor de vervulling van de beschermingsvoorwaarde van het eigen karakter in het modelrecht.<sup>192</sup> In het modelrecht zal een beknotting van de creatievrijheid wegens technische vereisten namelijk resulteren in een grotere kans dat kleine verschillen leiden tot een eigen karakter, en dus tot modelbescherming.

### *a.3. Verrijking*

**37.** Het auteursrecht ontstaat van rechtswege door het maken van een werk en behoeft geen registratie.<sup>193</sup> Meer nog, artikel 5.2 van de Berner Conventie verbiedt zelfs dat lidstaten formaliteiten zouden opleggen.

### *a.4. Beschermingsomvang*

#### *a.4.1. Materiële en morele rechten*

**38.** Het auteursrecht omvat zowel materiële<sup>194</sup> als morele rechten<sup>195</sup> die wereldwijd gelden tot 70 jaar na het overlijden van de auteur.<sup>196</sup>

De materiële auteursrechten of vermogensrechten bestaan hoofdzakelijk uit een ruim reproductierecht en een publiek

<sup>187</sup> Ook het modelrecht en het octrooirecht werden vernietigd. Brussel 4 november 2014, 2011/AR/950 en 2012/AR/2401, Friesland/Incopack, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be); Voorz. Kh. Brussel 17 november 2010, A/10/06198, *IRDI* 2011, 375, noot K. VAN DER MAAT.

<sup>188</sup> Brussel 19 april 2012, 2010/AR/537; S. FLECIJN en E. VAN MELKEBEKE, "Intellectuele rechten kroniek 2012", *NJW* 2013, (526) 528.

<sup>189</sup> Rb. Antwerpen 31 oktober 2008, 04/6468/A, ZET/Fatboy, onuitg., aangehaald door J. MUYLDERMANS, "De originaliteitstoets voor de auteursrechtelijke bescherming van gebruiksvoorwerpen" (noot onder Brussel 26 juni 2012), *IRDI* 2013, (113) 117.

<sup>190</sup> Gent 14 november 2016, 2014/AR/1461, Studieburo A/Studiebureau B, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be).

<sup>191</sup> Brussel 16 oktober 2009, 2007/AR/2272, onuitg., aangehaald door J. MUYLDERMANS, "De originaliteitstoets voor de auteursrechtelijke bescherming van gebruiksvoorwerpen" (noot onder Brussel 26 juni 2012), *IRDI* 2013, (113) 118.

<sup>192</sup> K. VAN DER MAAT, "Bescherming van 'spuitmondmodellen' door rechten van intellectuele eigendom" (noot onder Voorz. Kh. Brussel 17 november 2010), *IRDI* 2011, (382) 387.

<sup>193</sup> Art. 5.2 Berner Conventie.

Krachts art. XI.290 WER is de Berner Conventie rechtstreeks van toepassing in het Belgische recht.

<sup>194</sup> Art. XI.165, § 1 en XI.167, § 1 WER.

<sup>195</sup> Art. XI.165, § 2 WER.

<sup>196</sup> Art. XI.166 WER.

mededelingsrecht.<sup>197</sup> Het reproductierecht *sensu lato* houdt onder meer in: het kopiëren (inclusief het downloaden) (reproductierecht *sensu stricto*), het distribueren (distributierecht) en het aanpassen (adaptatierecht) van het werk, alsook het verlenen van toestemming aan anderen om deze handelingen te stellen. Het reproductierecht is technologie-neutraal. Dit betekent dat er een verveelvoudiging van het werk kan zijn, ongeachte de wijze waarop, of de vorm waarin, deze verveelvoudiging plaatsvindt.<sup>198</sup> Het publiek mededelingsrecht, omvat het recht om het werk waarneembaar te maken voor het publiek in een niet-tastbare vorm.<sup>199</sup>

De morele auteursrechten hebben, tot slot, betrekking op de band tussen de auteur en zijn werk.<sup>200</sup>

#### a.4.2. Afgeleide werken

**39.** Het begrippenkader van dit werk stelde dat het opensourcemodel zich kenmerkt door een gedeelde kennispool en cocreatie. Ten gevolge hiervan zal opensourcehardware na verloop van tijd vaak een afgeleid werk zijn.<sup>201</sup> Een afgeleid werk is een werk dat zich baseert op het oorspronkelijke werk maar ook een originele bijdrage toevoegt, waardoor het zelf in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming.<sup>202</sup>

**40.** De auteurs van de originele aanpassingen hebben als enigen een zelfstandig en volwaardig auteursrecht op hun aanpassingen. De voorgaande auteurs (d.i. de oorspronkelijke auteur en alle voorgaande auteurs die een originele bijdrage hebben geleverd aan het werk) verwerven zelf geen auteursrechten

---

<sup>197</sup> Art. XI.165, § 1, lid 1 WER; art. XI.165, § 1, lid 4 WER. H. VANHEES, *Handboek intellectuele rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 33.

Dit omvat eveneens het (omstreden) bestemmingsrecht.

<sup>198</sup> Art. 9, lid 1 Berner Conventie; art. XI.165, § 1 WER; A. DE BLEECKERE, "3D-printing onder het Belgisch intellectueel eigendomsrecht", *Computerr.* 2017, (285) 288.

<sup>199</sup> Dit werk focust op de problematiek rond de (re)productie van de opensourcehardware-onderdelen, niet op de publieke mededeling die zich bv. zou kunnen voordoen door het uploaden van het ontwerp van een fysiek object. Voor werken van beeldende of grafische kunst geldt (impliciet uit art. XI.173, lid 1 WER) ook een tentoonstellingsrecht.

<sup>200</sup> H. VANHEES, *Handboek intellectuele rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 33 en 83.

<sup>201</sup> S. VAN CAMP, "OSS: de ondraaglijke lichtheid van een concept", *TBH* 2006, (487) 494-495; Y. VAN DEN BRANDE, "Introduction to software protection under Belgian Law" in X., *The International Free and Open Source Software Law Book*, <http://ifosslawbook.org/belgium/>, laatst geraadpleegd op 30 april 2018; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, "Open source software: een analyse naar Belgisch recht", *IRDI* 2007, (369) 376; P.-A. VAN MALLEGHEM, "Open source software licenties", *Jura Falconis* 2008-09, (557) 564.

<sup>202</sup> F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Brussel, 2000, 41; J. KEUSTERMANS, P. BLOMME en M. FLAMME, *Auteursrecht, Capita Selecta*, Brussel, Larcier, 2015, 36; P.-A. VAN MALLEGHEM, "Open source software licenties", *Jura Falconis* 2008-09, (557) 564;

op deze aanpassingen.<sup>203</sup> Hoewel zij geen auteursrechten verwerven op de aanpassingen, is hun toestemming wel vereist voor de exploitatie van het afgeleid werk.<sup>204</sup>

## b. Toepassing op opensourcehardware

41. Uit artikel 2.1 Berner Conventie volgt dat het auteursrecht het *uiterlijk van het fysieke object* van een OSH-project kan beschermen, voor zover dit niet enkel uit zuiver functionele elementen bestaat en de originaliteitsvoorwaarde voldaan is. De verschillende onderdelen van de documentatie worden eveneens beschermd door het auteursrecht. Uit de *bijkomende documentatie* zal vaak duidelijk de persoonlijkheid van de auteur blijken, die deze documenten in een bepaalde creatieve en herkenbare huisstijl van zijn project zal opmaken. Ook het meer technische *ontwerp* zal in beginsel beschermd worden. Dit bespreekt de volgende paragraaf.

De bescherming van schetsen, plannen of technische tekeningen volgt eveneens uit artikel 2.1 Berner Conventie.<sup>205</sup> Zoals blijkt uit de eerder genoemde arresten ligt de originaliteitsvereiste niet erg hoog. Hierdoor worden enkel zeer technisch gebonden ontwerpen zonder enige originele toevoeging van de auteur, uitgesloten van bescherming. Zodra de auteur echter kiest hoe hij de elementen van een bepaalde blauwdruk rangschikt of vormgeeft, is deze keuze een aanwijsbare activiteit van de menselijke geest en een uitdrukking van zijn persoonlijkheid en is dit voldoende voor bescherming door het auteursrecht.<sup>206</sup>

Hetzelfde geldt wanneer een auteur dit ontwerp maakt met behulp van een CAD-programma. Dit verandert niets aan het feit dat dit nog steeds een aanwijsbare activiteit van de menselijke geest uitmaakt. “*Werken die worden gemaakt met behulp van een instrument, zijnde een computerprogramma, blijven nog steeds de persoonlijke keuzes van de maker ervan weergeven*”, bepaalde het hof van beroep te Brussel in een arrest dat handelde over de tekening van een hemdenstof die met behulp van een computerprogramma werd gerealiseerd.<sup>207</sup>

<sup>203</sup> S. DUSOLLIER en A. DE FRANCOUEN, *Manuel de droit intellectuels*, Limal, Anthemis, 2015, 59; F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Brussel, 2000, 41-43.

<sup>204</sup> F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Brussel, 2000, 41.

<sup>205</sup> C. JASSERAND, “Creative Commons licenses and design: are the two compatible?”, *JIPITEC* 2011, (131) 136; KEUSTERMANS, P. BLOMME en M. FLAMME, *Auteursrecht, Capita Selecta*, Brussel, Larcier, 2015, 57.

<sup>206</sup> T. MARGONI, “Not for designers: on the inadequacies of EU design law and how to fix it”, *JIPITEC* 2013, (1) 39.

<sup>207</sup> Brussel 28 juni 2011, *IRDI* 2012, 395-399; A. DE BLEECKERE, “3D-printing onder het Belgisch intellectueel eigendomsrecht”, *Computerr.* 2017, (285) 287; J. KEUSTERMANS, P. BLOMME, M. FLAMME, *Auteursrecht, Capita Selecta*, Brussel, Larcier, 2015, 13.

### 2.2.2. Tekening- en modelrecht

#### a. Algemeen

42. De toepasselijke wetgeving voor België is te vinden in het voor de Benelux geharmoniseerde Benelux Verdrag inzake de intellectuele eigendom<sup>208</sup> (hierna: BVIE), en in een Europese Richtlijn en een Europese Verordening. De Europese Richtlijn 98/71/EG<sup>209</sup> (hierna: Modellenrichtlijn) heeft het tekening- en modelrecht geharmoniseerd. De Europese Gemeenschapsmodellenverordening<sup>210</sup> (hierna: VOGMO), heeft daarnaast een uniform communautair beschermingssysteem in het leven geroepen in de 28 lidstaten van de Europese Unie, het Gemeenschapsmodel. Logischerwijs biedt het Benelux-model bescherming binnen de Benelux en het Gemeenschapsmodel binnen de 28 EU-lidstaten.<sup>211</sup>

Het tekening- en modelrecht illustreert de economische finaliteit van de industriële rechten: het beschermt het uiterlijk, de kenmerkende vormgeving van een voortbrengsel.<sup>212</sup> Deze bescherming gaat uit van de gedachtegang dat een extra investering in het *design* van een product als economische meerwaarde beschermd moet worden.<sup>213</sup>

#### a.1. Voorwerp

43. Het tekening- en modelrecht (hierna: modelrecht<sup>214</sup>) heeft enkel betrekking op het uiterlijk van voortbrengselen; waarbij het uiterlijk onder meer de lijnen, omtrek, kleuren, vorm, textuur of materialen van het voortbrengsel of van zijn versiering, omvat.<sup>215</sup>

---

Dit zal evenwel niet het geval zijn wanneer het computerprogramma meer dan een instrumentele functie heeft gehad.

<sup>208</sup> Benelux Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom van 25 februari 2005, *BS* 26 april 2006, 21.867 (hierna: BVIE).

<sup>209</sup> Richtlijn 98/71/EG van 13 oktober 1998 van het Europees Parlement en de Raad inzake de rechtsbescherming van modellen, *Pb.L.* 28 oktober 1998, afl. 289, 28.

<sup>210</sup> Verord.Raad (EG). nr. 6/2002, 12 december 2001 houdende Gemeenschapsmodellen, *Pb.L.* 5 januari 2002, afl. 3, 1. (hierna: VOGMO)

<sup>211</sup> Ook het Unieverdrag van Parijs tot bescherming van de Industriële Eigendom en de TRIPs-overeenkomst zijn van toepassing. Voor Europese landen houden zij echter geen noemenswaardige verschillen in met het BVIE en de VOGMO, zij worden daarom niet verder besproken.

<sup>212</sup> Art. 3.1, lid 2 BVIE; art. 3 *juncto* art. 4 VOGMO; H. VANHEES, *Het Beneluxmodel*, Brussel, Larcier, 2006, 7-8.

<sup>213</sup> A. QUAEDEVLIET, "Shapes which give substantial value to the goods. Towards a systematic and homogeneous protection of designs in the EU" in M.-C. JANSSENS en G. VAN OVERWALLE (eds.), *Harmonisation of European IP Law*, Brussel, Bruylant, 2012, (177) 180.

<sup>214</sup> Aangezien de verschillende onderdelen van opensourcehardware niet door het tekeningrecht kunnen worden beschermd, zal voor het vervolg van dit werk enkel nog over het modelrecht en niet over het tekening- en modelrecht worden gesproken.

<sup>215</sup> Art. 3.1, lid 3 BVIE; art. 3, b) VOGMO.

Dit is een niet-limitatieve lijst.



De artikelen 3.1, lid 4 BVIE en 3, b) VOGMO definiëren een voortbrengsel als “*elk op industriële of ambachtelijke wijze vervaardigd voorwerp*”.<sup>216</sup> Een tweedimensionale tekening moet aangebracht zijn op een oppervlakte van een voorwerp om bescherming te genieten.<sup>217</sup> Een model daarentegen slaat op de driedimensionale vormgeving van (een onderdeel van) een object.<sup>218</sup>

Bovengenoemde artikelen sluiten computerprogramma's expliciet uit van bescherming.<sup>219</sup> Daarnaast wordt ook het uiterlijk van verbindingstukken uitgesloten van bescherming, krachtens de artikelen 3.2, lid 1, b) BVIE en 8, lid 2 VOGMO. Een uitzondering op de uitzondering maakt de bescherming van het uiterlijk van verbindingstukken echter wel mogelijk indien zij deel uitmaken van een modulair systeem.<sup>220</sup>

### *a.2. Voorwaarden*

44. Om voor modelrechtelijke bescherming in aanmerking te komen moet het model nieuw zijn en een eigen karakter vertonen.<sup>221</sup> Beide beschermingsvoorwaarden moeten cumulatief vervuld zijn, waarbij het vervuld zijn van iedere voorwaarde afzonderlijk moet worden onderzocht.<sup>222</sup>

In het mijlpaalarrest *Easy Sanitary Solutions* (hierna: *ESS*) verduidelijkte het Hof van Justitie dat zowel voor de beoordeling of deze twee beschermingsvoorwaarden vervuld zijn, als voor de beschermingsomvang van het modelrecht, enkel het uiterlijk, de vormgeving op zich, van tel is, los van het voortbrengsel waarop of waarin het verwerkt is.<sup>223</sup> Het modelrecht beschermt de vormgeving van een voortbrengsel, *op zich*.<sup>224</sup> Dit is niet het uiterlijk zoals voorgesteld in een bepaald voortbrengsel, en al zeker niet het voortbrengsel zelf.<sup>225</sup> Hoewel het Hof zich in het *ESS*-arrest uitsprak over het geregistreerd Gemeenschapsmodel, geldt dit alles volgens VANHEES en

---

<sup>216</sup> Art. 3.1, lid 4 BVIE; art. 3, b) VOGMO.

<sup>217</sup> Bv. het weefpatroon van een tapijt.

<sup>218</sup> Bv. de vorm van een stoel.

<sup>219</sup> Art. 3.1, lid 4 BVIE; art. 3, b) VOGMO.

<sup>220</sup> Art. 3.2, lid 2 BVIE; art. 8, lid 1 VOGMO.

<sup>221</sup> Art. 3.1 BVIE; art. 4, lid 1 VOGMO.

<sup>222</sup> Dit is de zogenaamde ‘tweefasentest’.

Voorz. Kh. Brussel 20 april 2016, A/15/06246, Barber/bvba Leuke Dinges, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be), ro. 22.

<sup>223</sup> HvJ 21 september 2017, *Easy Sanitary Solutions bv en EUIPO/Group Nivelles nv*, C-361/15 P, ECLI:EU:C:2017:720, ro. 62; H. VANHEES, “Europese rechtspraak in kort bestek”, *RW* 2017-2018, 1236 (1236).

<sup>224</sup> HvJ 21 september 2017, *Easy Sanitary Solutions bv en EUIPO/Group Nivelles nv*, C-361/15 P, ECLI:EU:C:2017:720, ro. 62-63.

<sup>225</sup> H. VANHEES, “Europese rechtspraak in kort bestek”, *RW* 2017-2018, (1236) 1236.

GEERTS wegens de algemene bewoordingen van het Hof, ook voor het Benelux-model en het niet-geregistreerd Gemeenschapsmodel.<sup>226</sup>

#### a.2.1. Nieuwheid

45. Bij de beoordeling van de nieuwheid, moet het model dat voor bescherming in aanmerking wenst te komen, vergeleken worden met alle voor het publiek beschikbaar gestelde modellen vóór de depot-datum van het model (i.g.v. een geregistreerd Benelux- of Gemeenschapsmodel)<sup>227</sup> of vóór de datum waarop het model voor het eerst beschikbaar gesteld is voor het publiek (i.g.v. een niet-geregistreerd Gemeenschapsmodel) (d.i. het vormgevingserfgoed).<sup>228</sup>

Een eerder model wordt geacht voor het publiek te zijn beschikbaar gesteld na de publicatie, de tentoonstelling, het in de handel brengen of een andere openbaarmaking van het model.<sup>229</sup> Het model kan evenwel niet worden geacht beschikbaar te zijn gemaakt voor het publiek, wanneer de feiten van de openbaarmaking redelijkerwijs niet ter kennis konden komen van de ingewijden in de betrokken sector in de Europese Unie.<sup>230</sup> De betrokken sector is niet beperkt tot de sector van het voortbrengsel waarop of waarin het 'nieuwe' model zal worden toegepast.<sup>231</sup> In het *ESS*-arrest verduidelijkte het Hof van Justitie bovendien dat 'de kennis in de betrokken sector in de EU', enkel betrekking heeft op de uitzondering. Deze kennisname is dus niet vereist opdat het model geacht zou worden voor het publiek te zijn beschikbaar gesteld.<sup>232</sup>

Het model zal aan de nieuwheidsvereiste van de artikelen 3.3, lid 1 BVIE en 5 VOGMO voldoen indien het niet identiek is aan een ouder model. Luidens deze artikelen zal een model identiek zijn wanneer dit slechts in onbelangrijke details verschilt.<sup>233</sup> Hierbij moet een globale vergelijking plaatsvinden tussen het 'nieuwe' model en "*een of meer precieze, individueel beschouwde, welbepaalde en omschreven oudere modellen*", aldus het Hof.<sup>234</sup>

<sup>226</sup> P.G.F.A. GEERTS, noot onder HvJ 21 september 2017, *IER* 2017, (459) 462 en 467; H. VANHEES, "Europese rechtspraak in kort bestek", *RW* 2017-2018, (1236) 1236.

<sup>227</sup> Art. 3.3, lid 1 BVIE; art. 5, lid 1, b) VOGMO.

<sup>228</sup> Art. 5, lid 1, a) VOGMO.

<sup>229</sup> Art. 3.3, lid 3 BVIE; art. 7, lid 1 VOGMO.

<sup>230</sup> Art. 3.3, lid 3 BVIE; art. 7, lid 1 VOGMO.

<sup>231</sup> HvJ 21 september 2017, *Easy Sanitary Solutions bv en EUIPO/Group Nivelles nv*, C-361/15 P, ECLI:EU:C:2017:720, ro. 103-104; H. VANHEES, "Europese rechtspraak in kort bestek", *RW* 2017-2018, (1236) 1237.

<sup>232</sup> HvJ 21 september 2017, *Easy Sanitary Solutions bv en EUIPO/Group Nivelles nv*, C-361/15 P, ECLI:EU:C:2017:720, ro. 98-101; H. VANHEES, "Europese rechtspraak in kort bestek", *RW* 2017-2018, (1236) 1237.

<sup>233</sup> Art. 3.3, lid 1 BVIE; art. 5, lid 2 VOGMO.

<sup>234</sup> HvJ 21 september 2017, *Easy Sanitary Solutions bv en EUIPO/Group Nivelles nv*, C-361/15 P, ECLI:EU:C:2017:720, ro. 61; P.G.F.A. GEERTS, noot onder HvJ 21 september 2017, *IER* 2017, (459) 461.

Bij de vergelijking tussen het 'nieuwe' model en het oudere model, moet abstractie gemaakt worden van de voortbrengselen waarop of waarin deze modellen zijn verwerkt.<sup>235</sup> Het modelrecht slaat namelijk op de vormgeving op zich. Een model dat is toegepast op een bepaald voortbrengsel, bijvoorbeeld een speelgoedauto, zou dus nieuwheidsschadelijk kunnen zijn voor de verwerking van dit uiterlijk in een ander voortbrengsel, bijvoorbeeld een snoepverpakking, ongeacht of deze voortbrengselen tot een verschillende Locarno-classificatie behoren.<sup>236</sup>

De nieuwheidsvereiste in het modelrecht is, tot slot, niet gelijk aan de originaliteitsvereiste in het auteursrecht: wat origineel is kan ook nieuw zijn en andersom, maar dit is zeker niet altijd zo. De nieuwheidsvereiste in het modelrecht<sup>237</sup> is ook niet zo absoluut als in het octrooirecht: deze slaat niet op het voorwerp zelf of op de gebruiksfunctie van het voorwerp, maar op de uiterlijke vormgeving van dit voortbrengsel.<sup>238</sup>

#### a.2.2. Eigen karakter

46. Nadat de nieuwheid van de kenmerkende vormgeving werd vastgesteld, zal moeten worden geëvalueerd of het model dat voor bescherming in aanmerking komt daarenboven ook voldoet aan de tweede beschermingsvoorwaarde, met name: de vertoning van een eigen karakter. In tegenstelling tot bij de nieuwheidsvoorwaarde, gebeurt de beoordeling van het eigen karakter aan de hand van de geïnformeerde gebruiker.

Deze 'geïnformeerde gebruiker', situeert zich ergens tussen de gemiddelde consument, zonder enige voorkennis, uit het merkenrecht en de sectorale deskundige, met uitgebreide kennis, uit het octrooirecht.<sup>239</sup> In het arrest *PepsiCo* definieerde het Hof de geïnformeerde gebruiker als "*een gebruiker die niet slechts gemiddeld, maar in hoge mate, aandachtig is*".<sup>240</sup>

47. *Algemene indruk.* Opdat de kenmerkende vormgeving van het voortbrengsel, naast de vereiste nieuwheid, ook een eigen karakter zou vertonen, moet het bij de geïnformeerde gebruiker een algemene indruk wekken die verschillend is van zijn algemene indruk bij andere reeds

<sup>235</sup> HvJ 21 september 2017, *Easy Sanitary Solutions bv en EUIPO/Group Nivelles nv*, C-361/15 P, ECLI:EU:C:2017:720, ro. 68 en 126-134; H. VANHEES, "Europese rechtspraak in kort bestek", *RW* 2017-2018, (1236) 1236.

<sup>236</sup> HvJ 21 september 2017, *Easy Sanitary Solutions bv en EUIPO/Group Nivelles nv*, C-361/15 P, ECLI:EU:C:2017:720, ro. 90 en 96; H. VANHEES, "Europese rechtspraak in kort bestek", *RW* 2017-2018, (1236) 1236.

<sup>237</sup> Art. 3.3, lid 1 BVIE; art. 5 VOGMO.

<sup>238</sup> H. VANHEES, *Het Beneluxmodel*, Brussel, Larcier, 2006, 40.

<sup>239</sup> HvJ 19 juni 2014, *Karen Millen/Dunnes Store*, C-345/13, ECLI:EU:C:2014:2013, ro. 25; HvJ 20 oktober 2011, *C-281/10P, PepsiCo Inc./Grupo Promer Mon Graphic*, C-281/10P, ECLI:EU:C:2011:679, ro. 53 en 59.

<sup>240</sup> *Ibid.*; D. STONE, "European Union Design Law – Highlights of recent case law from the Court of Justice", *IP Litigator* 2013, (32) 33.

bestaande modellen.<sup>241</sup> De geïnformeerde gebruiker mag geen ‘*déjà vu*’ hebben met een ouder voor het publiek beschikbaar gesteld model, in zijn geheel.<sup>242</sup> Hierbij is volgens het Hof van Justitie<sup>243</sup> niet vereist dat de geïnformeerde gebruiker het oudere model effectief kent. Net als bij de beoordeling van de nieuwigheid, is het voortbrengsel waarop of waarin het model is verwerkt, van geen belang.<sup>244</sup> Het lijkt evenwel denkbaar dat de verwerking van een bepaald uiterlijk in een ander voortbrengsel, de nodige aanpassingen met zich meebrengt, die voor een verschillende algemene indruk zullen zorgen bij de geïnformeerde gebruiker.

**48. Ontwerpvrijheid.** Bij de beoordeling of het model zorgt voor een verschillende algemene indruk, zal de geïnformeerde gebruiker krachtens de artikelen 3.3, lid 2 BVIE en 6, lid 2 VOGMO, rekening moeten houden met de mate waarin de ontwerper ontwerpvrijheid had.<sup>245</sup> De confrontatie met een groot aantal technische beperkingen, functionele eisen of wettelijke voorschriften waaraan het model moet voldoen, zal de creatievrijheid van de ontwerper aanzienlijk beknotten. De specifieke eisen waaraan het model moet voldoen, zullen er bovendien voor zorgen dat dit model veel overeenkomsten zal vertonen met eerdere modellen.<sup>246</sup> De dwingende beperkingen leiden namelijk tot een normalisatie van bepaalde elementen die al deze modellen

---

<sup>241</sup> Art. 3.3, lid 2 BVIE; art. 6 VOGMO.

De beoordeling *in concreto* van dit eigen karakter vindt plaats aan de hand van de vier beoordelingscriteria uit het arrest *Danuta Budziewska/BHIM*: de sector, de geïnformeerde gebruiker, de creatievrijheid van de ontwerper en het resultaat van deze vergelijking. Ger.EU 7 november 2013, *Danuta Budziewska/BHIM*, T-666/11, ECLI:EU:T:2015:103, ro. 21.

<sup>242</sup> HvJ 21 september 2017, Easy Sanitary Solutions bv en EUIPO/Group Nivelles nv, C-361/15 P, ECLI:EU:C:2017:720, ro. 96-99 en 126-134; HvJ 19 juni 2014, Karen Millen/Dunnes Store, C-345/13, ECLI:EU:C:2014:2013; J. BRUCKNER-HOFMANN, “Art. 6 CDR” in G. HASSELBLATT (ed.), *Community Design Regulation, A Commentary*, München, C.H. Beck, 2015, 102; D. STONE, *European Union Design Law, A Practitioners’ Guide*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 252.

<sup>243</sup> HvJ 21 september 2017, Easy Sanitary Solutions bv en EUIPO/Group Nivelles nv, C-361/15 P, ECLI:EU:C:2017:720, ro. 126 *a contrario* Kh. Brussel 26 februari 2018, A/16/04136, www.ieforum.be, p. 15.

<sup>244</sup> HvJ 21 september 2017, Easy Sanitary Solutions bv en EUIPO/Group Nivelles nv, C-361/15 P, ECLI:EU:C:2017:720, ro. 126-134.

<sup>245</sup> HvJ 20 oktober 2011, PepsiCo Inc./Grupo Promer Mon Graphic, C-281/10P, ECLI:EU:C:2011:679, ro. 29; Ger. EU 4 juli 2017, Murphy/EUIPO en Nike Innovate, T-90/16, ECLI:EU:T:2017:464, ro. 32; Ger. EU 22 juni 2010, Shenzhen Taiden/BHIM, T-153/08, ECLI:EU:T:2010:248, ro.51-56; J. BRUCKNER-HOFMANN, “Art. 6 CDR” in G. HASSELBLATT (ed.), *Community Design Regulation, A Commentary*, München, C.H. Beck, 2015, 83-87; M. MOUNCIF MOUNGACHE, “Le degré de liberté du créateur précisé par le juge (noot onder Ger. EU 4 juli 2017)”, *Rev. Aff. Eur.* 2017, (543) 547.

<sup>246</sup> A.G. MENGOZZI verwoordt dit treffend in zijn conclusie in de zaak *PepsiCo Inc.*: “Tussen twee modellen keukentafels zou het gegeven dat beide tafels vier poten hebben, bijvoorbeeld in de regel geen betekenisvol element zijn, omdat vier poten in de overgrote meerderheid van de gevallen een vast kenmerk van keukentafels zijn. Bij modellen waarvoor de creatieve vrijheid van de ontwerper aanmerkelijk beperkt is, kunnen [daarom] kleine verschillen volstaan om een andere algemene indruk te wekken”. HvJ 20 oktober 2011, PepsiCo Inc./Grupo Promer Mon Graphic, C-281/10P, ECLI:EU:C:2011:302, concl. P. MENGOZZI, punt 29.

gemeen zullen hebben, waardoor hun gelijkenis niet als beduidend kan worden beschouwd.<sup>247</sup>

49. Des te beperkter de ontwerpvrijheid, des te sneller zullen kleine verschillen met eerdere modellen derhalve voor een verschillende algemene indruk kunnen zorgen en volstaan om een eigen karakter uit te maken.<sup>248</sup>

Des te beperkter de ontwerpvrijheid, des te beperkter zal echter de reikwijdte van de bescherming, zijn. Dit is de keerzijde van de medaille. Kleine verschillen in een latere vormgeving zullen namelijk zelf ook voldoende zijn om een verschillende algemene indruk te wekken bij de geïnformeerde gebruiker. Het is aannemelijk dat deze zelfde verschillen in een context met grote(re) ontwerpvrijheid, niet voor een eigen karakter zouden zorgen en het model dus niet voor bescherming in aanmerking zou komen.<sup>249</sup> Meer nog; indien de verschillen tussen de ontwerpen die worden vergeleken, zo gering zijn, zou het nieuwe model zelfs als inbreuk makend kunnen worden beschouwd.

50. De geïnformeerde gebruiker moet dus rekening houden met de mate van ontwerpvrijheid, wanneer de ontwerper beperkt wordt, en de vormgeving deels bepaald wordt, door, een aantal technische vereisten, maar de ontwerper desalniettemin nog creatievrijheid aan de dag kan leggen.<sup>250</sup> Wanneer de vormgeving echter uitsluitend door de technische functie is ingegeven, zal deze uitgesloten zijn van modelrechtelijke bescherming.<sup>251</sup> In dat geval is er namelijk sprake van de techniekrestrictie in de zin van de artikelen 3.2, lid 1 (a) BVIE en 8, lid 1 VOGMO.

### a.2.3. Techniekrestrictie

51. De *ratio legis* achter de techniekrestrictie van de artikelen 3.2, lid 1, a) BVIE en 8, lid 1 VOGMO is dat de wetgever technologische innovatie niet heeft willen hinderen door de monopolisering van een bepaalde techniek, via een

<sup>247</sup> Ger. EU 4 juli 2017, Murphy/EUIPO en Nike Innovate, T-90/16, ECLI:EU:T:2017:464, ro.36; Ger. EU 25 april 2013, Bell&Ross/BHIM, T-80/10, ECLI:EU:T:2013:214, ro. 112; Voorz. Kh. Brussel 20 april 2016, A/15/06246, Barber/bvba Leuke Dinges, www.ie-forum.be, ro. 47-48; M. MOUNCIF MOUNGACHE, "Le degré de liberté du créateur précisé par le juge (noot onder Ger.EU 4 juli 2017)", *Rev. Aff. Eur.* 2017, (543) 545.

<sup>248</sup> Ger.EU 25 april 2013, Bell&Ross/BHIM, T-80/10, ECLI:EU:T:2013:214, ro. 72 en 113; Ger.EU 22 juni 2010, Shenzen Taiden/BHIM, T-153/08, ECLI:EU:T:210:248, ro.51-56; D. STONE, *European Union Design Law, A Practitioners' Guide*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 229. K. VAN DER MAAT, "Bescherming van 'spuitmondmodellen' door rechten van intellectuele eigendom" (noot onder Voorz. Kh. Brussel 17 november 2010), *IRDI* 2011, (382) 387; H. VANHEES, *Handboek intellectuele rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 211.

<sup>249</sup> Ger.EU 4 juli 2017, Murphy/EUIPO en Nike Innovate, T-90/16, ECLI:EU:T:2017:464, ro. 37.

<sup>250</sup> M. MOUNCIF MOUNGACHE, "Le degré de liberté du créateur précisé par le juge (noot onder Ger.EU 4 juli 2017)", *Rev. Aff. Eur.* 2017, (543) 546.

<sup>251</sup> Art. 3.2, lid 1, a) BVIE; art. 8, lid 1 VOGMO.

Dit zou wel het voorwerp kunnen uitmaken van octrooibescherming.

andere weg dan het octrooirecht.<sup>252</sup> Het Hof van Justitie verschaftte enkele maanden geleden duidelijkheid over de interpretatie van dit autonoom Unierechtelijk begrip in het arrest *Doceram/Ceramtec*.<sup>253</sup>: de welbepaalde vormgeving van het voortbrengsel mag weliswaar nuttig zijn voor een bepaalde technische functionaliteit, maar het vervullen van deze technische functie mag niet de *enige bepalende factor* zijn geweest bij de keuze voor deze uiterlijke kenmerken (d.i. de apparaatgerichte leer).<sup>254</sup> Het gaat hierbij om een objectieve beoordeling *in concreto*.<sup>255</sup>

52. In deel 2.2.4 over de cumul van auteursrecht en modelrecht, en modelrecht en octrooirecht komen een aantal voorbeelden aan bod waarover de rechtspraak oordeelde dat de vormgeving niet uitsluitend door de technische functie is gegeven.

### *a.3. Verrijking*

53. Industriële rechten vereisen in beginsel een rechtshandeling alvorens zij ontstaan. De enige uitzondering op dit registratiebeginsel is de introductie in 2003 van een niet-geregistreerd Gemeenschapsmodel dat bescherming biedt in alle lidstaten van de Europese Unie. In België is de bescherming van niet-geregistreerde modellen een zuiver communautair bepaalde bescherming; enkel het Verenigd Koninkrijk kent ook vanuit haar nationaal recht bescherming toe aan ongeregistreerde modellen.<sup>256</sup>

Artikel 11 VOGMO bepaalt dat de bescherming door het niet-geregistreerd Gemeenschapsmodel van rechtswege ontstaat zodra het model voor het eerst binnen de Europese Unie is bekendgemaakt. De titularis van dit modelrecht verkrijgt een exclusief exploitatierecht van het model gedurende

<sup>252</sup> Considerans 10 VOGMO; HvJ 8 maart 2018, *Doceram/CeramTec*, C-395/16, ECLI:EU:C:2018:172, ro. 30; L. DEPYPERE, "Hof van Justitie verduidelijkt de techniekrestrictie in het modellenrecht", *IEF* 2018, afl. 2571, <https://www.ie-forum.be/artikelen/lisbeth-depyperere-hof-van-justitie-verduidelijkt-de-techniekrestrictie-in-het-modellenrecht>, laatst geraadpleegd op 10 juni 2018.

<sup>253</sup> Voordien heerste namelijk een tegenstelling tussen de apparaatgerichte leer en de resultaatgerichte leer. HvJ 8 maart 2018, *Doceram/CeramTec*, C-395/16, ECLI:EU:C:2018:172, ro. 20-21; L. DEPYPERE, "Hof van Justitie verduidelijkt de techniekrestrictie in het modellenrecht", *IEF* 2018, afl. 2571, <https://www.ie-forum.be/artikelen/lisbeth-depyperere-hof-van-justitie-verduidelijkt-de-techniekrestrictie-in-het-modellenrecht>, laatst geraadpleegd op 10 juni 2018.

<sup>254</sup> HvJ 8 maart 2018, *Doceram/CeramTec*, C-395/16, ECLI:EU:C:2018:172, ro. 25, 31-32; Kh. Brussel 10 januari 2017, A/16/03552, NEOZ PTY Ltd/IMAGILIGHTS bvba, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be); EUIPO 30 april 2018, Mystic Products Import & Export/Tinnus Enterprises, ICD 10 298, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be); H. VANHEES, *Het Beneluxmodel*, Brussel, Larcier, 2006, 33-34, 47-48.

<sup>255</sup> HvJ 8 maart 2018, *Doceram/CeramTec*, C-395/16, ECLI:EU:C:2018:172, ro. 36-38.

<sup>256</sup> Art. 213, lid 2 Copyright Designs and Patents Act (VK) 15 november 1988, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48>; J. SCHAAP, J. VAN DEN BERG, I. GEORGE, "Art. 11 CDR" in G. HASSELBLATT (ed.), *Community Design Regulation, A Commentary*, München, C.H. Beck, 2015, 154; D. STONE, *European Union Design Law, A Practitioners' Guide*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 444.

drie jaar vanaf deze bekendmaking.<sup>257</sup> Gedurende de eerste twaalf maanden na deze bekendmaking bezit de houder van dit modelrecht desalniettemin over de mogelijkheid om over te schakelen naar een geregistreerd Gemeenschapsmodel dat bescherming biedt in alle lidstaten gedurende vijf jaren na het depot.<sup>258</sup> Deze vijfjarige bescherming kan, net zoals voor het Benelux-model, worden verlengd tot maximaal 25 jaar.<sup>259</sup> Na de gratietermijn van twaalf maanden kan men het model niet meer registreren bij het Bureau voor Intellectuele Eigendom binnen de Europese Unie (EUIPO), aangezien het dan niet meer aan de vereiste van nieuwheid zal voldoen.<sup>260</sup>

#### *a.4. Beschermingsomvang*

**54.** Het modelrecht beschermt de vormgeving op zich. Deze verduidelijking door het Hof van Justitie in het *ESS*-arrest heeft ook belangrijke gevolgen voor de beschermingsomvang. De exclusieve rechten die de houder van een geregistreerd Gemeenschapsmodel toekomen, strekken zich volgens het Hof namelijk niet enkel uit tot het in het depot vermelde voortbrengsel, maar tot elk soort voortbrengsel waarin of waarop het model zou worden verwerkt.<sup>261</sup> Deze niet mis te verstane bewoordingen van het Hof zorgen voor een ruime beschermingsomvang, daar de houder van het geregistreerd Gemeenschapsmodel zich zal kunnen verzetten tegen het gebruik van zijn model in om het even welk voortbrengsel, althans voor zover geen verschillende algemene indruk gewekt wordt bij de geïnformeerde gebruiker.<sup>262</sup> VANHEES en GEERTS stellen dat, hoewel het Hof zich in het *ESS*-arrest uitsprak over het geregistreerd Gemeenschapsmodel, dit ook geldt voor het niet-geregistreerd Gemeenschapsmodel.<sup>263</sup>

**55.** De beschermingsomvang van het niet-geregistreerd Gemeenschapsmodel blijft evenwel kleiner dan die van het geregistreerd model: de houder van een niet-geregistreerd model kan enkel optreden tegen zuivere namaak en niet tegen het model van een derde dat voortvloeit uit onafhankelijk scheppend werk.<sup>264</sup> “*Het toevallig gelijken van twee [onafhankelijk gecreëerde] producten*

<sup>257</sup> Art. 11 VOGMO; J. SCHAAP, J. VAN DEN BERG, I. GEORGE, “Art. 11 CDR” in G. HASSELBLATT (ed.), *Community Design Regulation, A Commentary*, München, C.H. Beck, 2015, 154.

<sup>258</sup> Art. 7, lid 2, b) VOGMO.

<sup>259</sup> Art 3.14 BVIE; art. 12 VOGMO.

<sup>260</sup> D. STONE, *European Union Design Law, A Practitioners’ Guide*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 447.

<sup>261</sup> HvJ 21 september 2017, Easy Sanitary Solutions bv en EUIPO/Group Nivelles nv, C-361/15 P, ECLI:EU:C:2017:720, ro. 90-95; H. VANHEES, “Europese rechtspraak in kort bestek”, *RW* 2017-18, (1236) 1237.

<sup>262</sup> H. VANHEES, “Europese rechtspraak in kort bestek”, *RW* 2017-18, (1236) 1237.

<sup>263</sup> P.G.F.A. GEERTS, noot onder HvJ 21 september 2017, *IER* 2017, (459) 462 en 467; H. VANHEES, “Europese rechtspraak in kort bestek”, *RW* 2017-18, (1236) 1236.

<sup>264</sup> Art. 19, lid 2 VOGMO; Hoge Raad (NL) 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:268, X./Basil BV, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl); D. STONE, *European Union Design Law, A Practitioners’ Guide*, Oxford,

*vormt geen zuivere namaak*”, zo stellen ENGELFRIET, SCHAAP, VAN DEN BERG en GEORGE vast uit considerans 21 *juncto* artikel 19, lid 2 *in fine* VOGMO.<sup>265</sup> In 2016 oordeelde de Hoge Raad der Nederlanden<sup>266</sup>, in navolging van het arrest *Gautzsch/Duna* van het Hof van Justitie<sup>267</sup>, dat er enkel sprake kan zijn van onafhankelijk scheppend werk, wanneer redelijkerwijze kan worden aangenomen dat de ontwerper het eerder openbaar gemaakte niet-geregistreerde model niet kende. Het is volgens het Hof, bij ontstentenis van door de VOGMO uitdrukkelijk bepaalde bewijsregels, aan de houder van het niet-ingeschreven model om aan te tonen dat het betwiste gebruik voortvloeit uit namaak<sup>268</sup>, en het is aan de potentiële inbreukmaker om te bewijzen dat hij het niet-geregistreerde model niet kende en dat het dus weldegelijk om onafhankelijk scheppend werk gaat.<sup>269</sup> Wanneer de overeenkomsten dermate talrijk en opvallend zijn, zal weliswaar moeilijk worden aangenomen dat het om een onafhankelijk scheppend werk gaat waarbij de inbreukmaker het niet-geregistreerde model niet kende.<sup>270</sup>

56. Een geregistreerd model daarentegen biedt wel bescherming tegen een (onafhankelijk gecreëerd) gelijkend model.<sup>271</sup> Dit is te verklaren doordat een ongeregistreerd Gemeenschapsmodel nergens centraal terug te vinden is, terwijl de houder van een geregistreerd Gemeenschapsmodel zijn model bekendmaakt in het Register van Gemeenschapsmodellen en een vergoeding betaalt in ruil voor exclusiviteit.<sup>272</sup>

---

Oxford University Press, 2016, 452; C. JASSERAND, “Creative Commons licenses and design: are the two compatible?”, *JIPITEC* 2011, (131) 133.

<sup>265</sup> Considerans 21 *juncto* art. 19, lid 2 *in fine* VOGMO; A.-P. ENGELFRIET, “3D printen: revolutie of de nieuwe Napster?”, *Tijdschrift voor Internetrecht* 2011, (141) 142; J. SCHAAP, J. VAN DEN BERG, I. GEORGE, “Art. 11 CDR” in G. HASSELBLATT (ed.), *Community Design Regulation, A Commentary*, München, C.H. Beck, 2015, 178.

<sup>266</sup> Hoge Raad (NL) 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:268, X/Basil BV, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), ro. 3.5.

<sup>267</sup> HvJ 13 februari 2014, *Gautzsch/Duna*, C-479/12, ECLI:EU:C:2014:75, ro. 37-38.

<sup>268</sup> Het HvJ laat echter ruimte aan de nationale rechter om op grond van het doeltreffendheidsbeginsel de bewijslast volgens het nationale recht om te keren of minder zwaar te maken, indien deze van vaststelt dat de bewijslast onredelijk zwaar is. HvJ 13 februari 2014, *Gautzsch/Duna*, C-479/12, ECLI:EU:C:2014:75, ro. 42-44.

<sup>269</sup> HvJ 13 februari 2014, *Gautzsch/Duna*, C-479/12, ECLI:EU:C:2014:75, ro. 38-42.

<sup>270</sup> Hoge Raad (NL) 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:268, X/Basil BV, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), ro. 3.5.; Voorz. Rb. Den Haag (KG) 26 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:733, Filling Pieces BV/De Schoenenfabriek BV, [www.ie-forum.nl](http://www.ie-forum.nl), ro. 4.20.; Voorz. Rb. Den Haag (KG) 17 oktober 2007, KG ZA 07-1168, G-Star International BV/Esprit Europe BV, [www.ie-forum.nl](http://www.ie-forum.nl), ro. 4.7.4.; Voorz. Kh. Brussel 2 maart 2018, A/17/02135, Obumex nv en JAD sarl/Algemene bouwonderneming nv, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be), ro. 25; G. PHILIPSEN, “Het niet-ingeschreven gemeenschapsmodel en de mode: onbekend is onbemind... of is er meer?”, *JRDI* 2012, (351) 357-358.

<sup>271</sup> Art. 19, lid 1 VOGMO.

<sup>272</sup> J. SCHAAP, J. VAN DEN BERG, I. GEORGE, “Art. 11 CDR” in G. HASSELBLATT (ed.), *Community Design Regulation, A Commentary*, München, C.H. Beck, 2015, 178.



## b. Toepassing op opensourcehardware

57. Uit bovenstaande paragrafen volgt dat de *bijkomende documentatie* niet vatbaar is voor bescherming als model.

Het *uiterlijk van het fysieke object* kan wel door het modelrecht worden beschermd voor zover het niet uitsluitend door de technische functie is ingegeven en onderscheidend vermogen bezit.

Het *ontwerp* volgt logischerwijs het lot van het uiterlijk van het fysieke object. Het modelrecht slaat namelijk op de vormgeving van het fysieke voortbrengsel. Wanneer de vormgeving van het fysieke object zelf voldoet aan de voorwaarden voor modelbescherming, wordt ook het ontwerp beschermd dat de vormgeving van het uiteindelijke product weergeven.<sup>273</sup>

Dit geldt eveneens voor het ontwerp dat door een CAD-bestand weergegeven wordt en digitaal tot stand gekomen is door het gebruik van een *computer-aided* designprogramma. Het tekening- en modelrecht sluit computerprogramma's uit van bescherming, aangezien zij geen 'voortbrengselen' zijn.<sup>274</sup> CAD-bestanden zelf zijn echter geen computerprogramma's. Zoals MARGONI het treffend uitlegt "*hebben computerprogramma's sensu stricto, als digitaal immaterieel object slechts een functie op een computerscherm. Een CAD-bestand daarentegen kan perfect de vormgeving en uitstraling van een fysiek object weergeven*".<sup>275</sup>

### 2.2.3. Octrooirecht

#### a. Algemeen

##### a.1. Voorwerp

58. Het octrooirecht beschermt 'uitvindingen'. Artikel XI.4 WER somt echter enkel op wat niét als een uitvinding kan worden beschouwd. Bij ontstentenis van een wettelijke definitie van een 'uitvinding', omschrijft de vaststaande rechtspraak een uitvinding als "*een technische oplossing voor een technisch*

<sup>273</sup> Gent 13 maart 2006, *IRDI*2006, 220 (schetsen van meubels); T. MARGONI, "Not for designers: on the inadequacies of EU design law and how to fix it", *JIPITEC* 2013, (1) 43.

<sup>274</sup> Art. 3.1, lid 4 BVIE; art. 3, b) VOGMO.

<sup>275</sup> M. DRIESSEN, "3D-printen: een (r)evolutie in het modellenrecht", *BMM Bulletin* 2015, 78 (80); V. ELAM, "CAD files and European design law", *JIPITEC* 2016, (146) 151; E. GREENBAUM, "Three-dimensional printing and opensourcehardware", *NYUJ. Intell. Prop. & Ent. L.* 2013, (257) 274; T. MARGONI, "Not for designers: on the inadequacies of EU design law and how to fix it", *JIPITEC* 2013, (1) 19.

De hypothese van 'reverse engineering' wordt niet besproken. Zie hierover o.a. G. VAN OVERWALLE en R. LEYS, "3D printing and patent law: a disruptive technology disrupting patent law?", *IIC* 2017 (onuitg.), 1-31.

*probleem, dankzij technische middelen die herhaald kunnen worden*".<sup>276</sup> In tegenstelling tot het auteursrecht en het modelrecht mag de vorm volledig bepaald worden door de technische functionaliteit.<sup>277</sup> Louter esthetische vormgevingen als zodanig, zijn daarentegen uitgesloten van bescherming.<sup>278</sup> Het uitvindingsoctrooi beschermt als enig intellectueel eigendomsrecht de (achterliggende) technische functionaliteit van een voortbrengsel.

## a.2. Voorwaarden

Opdat een uitvinding octrooieerbaar zou zijn, moet cumulatief aan drie materiële voorwaarden worden voldaan.<sup>279</sup>

### a.2.1. Nieuwheid

**59.** Ten eerste, kan de registratie van het uitvindersoctrooi enkel plaatsvinden zolang de uitvinding 'nieuw' is.<sup>280</sup> Om aan deze nieuweheidsvoorwaarde te voldoen mag de uitvinding niet tot 'de stand der techniek' (*prior art*) behoren. Volgens artikel XI.6, § 2 WER is de stand der techniek "*al hetgeen vóór de datum van indiening van de octrooiaanvraag openbaar toegankelijk is gemaakt door een schriftelijke of mondelinge beschrijving, door toepassing, of op enige andere wijze*".<sup>281</sup> Om van een openbaarmaking te spreken is het voldoende dat het publiek, dat slechts uit één persoon kan bestaan, de mogelijkheid tot kennisname heeft gehad. Daadwerkelijke kennisname is niet vereist. Deze openbaarmaking (bv. een document) mag bovendien waar ook ter wereld hebben plaatsgevonden. De nieuweheidsvereiste wordt weliswaar enkel aan een 'compacte anterioriteit' getoetst. Dit betekent dat er enkel geen sprake meer zal zijn van nieuwheid, wanneer alle elementen van de uitvinding, zowel qua technische kenmerken als qua technisch effect, volledig overeenkomen met een eerdere openbaarmaking.<sup>282</sup> Verschillende openbaarstellingen kunnen dus niet worden gecombineerd om een gebrek aan nieuwheid aan te tonen (d.i. de mozaïekmethode) en "*zelfs als alle elementen wel in één*

<sup>276</sup> Kh. Antwerpen 20 december 2013, *IRDI* 2014, 386; Kh. Antwerpen 18 oktober 2013, *RABG* 2013, 1438; Voorz. Kh. Antwerpen 15 oktober 2013, *ICIP* 2013, 751; S. DUSOLLIER en A. DE FRANCOUEN, *Manuel de droit intellectuels*, Limal, Anthemis, 2015, 165; F. GOTZEN en M.C. JANSSENS, *Wegwijs in het intellectueel eigendomsrecht*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 230.

<sup>277</sup> Art. XI.3 WER *a contrario* art. XI.4 WER; art. 3.2, lid 1, a) BVIE; art. 8, lid 1 VOGMO.

<sup>278</sup> Art. XI.4 WER.

<sup>279</sup> Art. XI.3 WER. Het mag ook niet gaan om een van de van bescherming uitgesloten uitvindingen uit art. XI.5 WER.

<sup>280</sup> Art. XI.6, § 1 WER.

<sup>281</sup> A. CLERIX, V. PEDE, N. D'HALLEWEYN, H. KRAFT, P. CALLENS en M. BECK, *Octrooien in België: een praktische leidraad*, Brugge, die Keure, 2016, 59 en 64.

<sup>282</sup> Brussel 15 september 2015, 2015/AR/885, Puratos/Dum Dum Doughnuts, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be); A. CLERIX, V. PEDE, N. D'HALLEWEYN, H. KRAFT, P. CALLENS en M. BECK, *Octrooien in België: een praktische leidraad*, Brugge, die Keure, 2016, 64.

*openbaarmaking worden beschreven maar niet als combinatie, is de combinatie nieuw*”.<sup>283</sup>

#### a.2.2. Uitvinderswerkzaamheid

60. Ten tweede moet de uitvinding ook berusten op uitvinderswerkzaamheid. Dit betekent dat de uitvinding voor een deskundige niet op een voor de hand liggende wijze mag voortvloeien uit de stand der techniek.<sup>284</sup> Hier is echter geen sprake van ‘compacte anterioriteit’: een uitvinding berust niet op uitvinderswerkzaamheid wanneer zij “*op een voor de hand liggende wijze volgt uit een combinatie van twee of meerdere documenten*”.<sup>285</sup> Om zo objectief mogelijk over de uitvinderswerkzaamheid te oordelen, passen de hoven en rechtbanken de drie-stappen test of de probleem-oplossingtoets (*problem-solution-approach*) toe.<sup>286</sup> Op deze wijze oordeelde de rechtspraak bijvoorbeeld dat Friesland Campina's spuitmond voor slagroom<sup>287</sup> en een baktechniek voor donuts<sup>288</sup>, uitvinderswerkzaamheid misten. Een vakman zou namelijk dezelfde techniek gebruiken bij een confrontatie met het op te lossen probleem.

#### a.2.3. Industriële toepasbaarheid

61. Ten derde moet de uitvinding, luidens artikel XI.8 WER, vatbaar zijn voor industriële toepassing.<sup>289</sup> Het is echter eerder zeldzaam dat het voorwerp van een uitvinding niet voldoet aan deze derde voorwaarde.<sup>290</sup>

### a.3. Verkrijging

62. Het uitvindersoctrooi ontstaat slechts na een rechtshandeling onder de vorm van een registratie.

---

<sup>283</sup> A. CLERIX, V. PEDE, N. D’HALLEWEYN, H. KRAFT, P. CALLENS en M. BECK, *Octrooien in België: een praktische leidraad*, Brugge, die Keure, 2016, 64; F. GOTZEN en M.C. JANSSENS, *Wegwijs in het intellectueel eigendomsrecht*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 237.

<sup>284</sup> Art. XI.7 WER.

<sup>285</sup> A. CLERIX, V. PEDE, N. D’HALLEWEYN, H. KRAFT, P. CALLENS en M. BECK, *Octrooien in België: een praktische leidraad*, Brugge, die Keure, 2016, 74.

<sup>286</sup> 1. Wat is de meest nabije stand van de techniek? 2. Wat is het objectief technisch probleem dat de uitvinding wil oplossen? 3. Is de uitvinding, gelet op de stand van de techniek, voor de hand liggend voor een vakman?

<sup>287</sup> Kh. Antwerpen 15 oktober 2013, AR/13/0084, Friesland/Incopack, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be).

<sup>288</sup> Brussel 15 september 2015, 2015/AR/885, Puratos/ Dum Dum Doughnuts, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be).

<sup>289</sup> Dit omvat de handel, industrie of landbouw.

<sup>290</sup> F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Wegwijs in het intellectuele eigendomsrecht*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 239.

#### a.4. Beschermingsomvang

62. Een uitvindersoctrooi is een door de overheid verleend tijdelijk en exclusief recht op de exploitatie van een uitvinding. Het is een negatief recht dat derden, gedurende twintig jaar na de aanvraag<sup>291</sup>, verbiedt om de uitvinding te exploiteren zonder toestemming van de octrooihouder.

Het territorialiteitsbeginsel impliceert dat de octrooibeschermer enkel geldt op het grondgebied van de staat waar het octrooi werd geregistreerd.<sup>292</sup>

#### b. Toepassing op opensourcehardware

63. Hoewel het octrooi het enige intellectueel eigendomsrecht is dat de *technische functionaliteit* van een object beschermt<sup>293</sup>, moet na deze theoretische uitleg over het octrooi, worden opgemerkt dat in de praktijk de ontwerpers van opensourcehardware zelden een beroep doen op een octrooi, vermits deze een dure registratie vereist.<sup>294</sup>

Bovendien is de nieuwe vereiste uit het octrooirecht moeilijk te verenigen met het open source R&D-model van cocreatie. Zodra een ontwikkelaar het ontwerp dat zijn uitvinding weergeeft, publiek bekend maakt op een opensourcedeelplatform, al dan niet met het oog op verdere cocreatie aan zijn uitvinding door andere ontwerpers, zal de nieuwe vereiste niet meer vervuld kunnen worden.<sup>295</sup> Indien een octrooi gewenst is, zal dit aangevraagd moeten worden, alvorens het ontwerp openbaar te maken.

#### 2.2.4. Cumul van intellectuele eigendomsrechten

64. De vorige delen tonen aan dat opensourcehardware zelf niet alleen uit diverse onderdelen bestaat, maar dat al deze diverse onderdelen op hun beurt ook nog eens door uiteenlopende intellectuele rechten kunnen worden beschermd. Meer nog, een onderdeel kan aan de voorwaarden van meerdere onafhankelijke beschermingsregimes voldoen. Er is geen bepaling in het EU-

---

<sup>291</sup> Art. XI.47, § 1 WER.

Behoudens uitzonderingen zoals het Aanvullend Beschermingscertificaat (ABC) voor geneesmiddelen dat voorziet in een mogelijke verlenging.

<sup>292</sup> Indien wordt gekozen voor een 'Europees Octrooi' bij het Europees Octrooibureau (EOB) verkrijgt men een bundel van nationale octrooien.

<sup>293</sup> A. DE BLEECKERE, "3D-printing onder het Belgisch intellectueel eigendomsrecht", *Computerr.* 2017, (285) 288.

<sup>294</sup> E. GREENBAUM, "Three-dimensional printing and *opensourcehardware*", *NYUJ. Intell. Prop. & Ent. L.* 2013, (257) 274; N. SHEMTOV en I. WALDEN (eds.), *Free and Open Source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 441.

<sup>295</sup> Dit probleem kan verholpen worden door te werken met afgeschermd deelplatformen waarbij de toegang en samenwerking verbonden is aan het ondertekenen van een NDA. In een dergelijk geval bevindt men zich echter niet meer in het open source innovatiemodel maar in het open innovatiemodel.

recht die de cumul van al deze verschillende intellectuele rechten op eenzelfde voorwerp verbiedt.<sup>296</sup>

In de volgende paragrafen komen achtereenvolgens de cumul van het auteursrecht met de twee industriële rechten, namelijk het modelrecht en het octrooirecht, en de cumul tussen de twee industriële rechten onderling, aan bod. Opdat de cumulregeling uit de volgende paragrafen van toepassing zou zijn, moeten uiteraard alle afzonderlijke beschermingsvoorwaarden, en een eventuele registratie, voldaan zijn.

#### a. Auteursrecht en modelrecht

65. Indien het uiterlijk van het voortbrengsel niet uitsluitend door de technische functie is ingegeven en daarenboven ook nog eens getuigt van een zekere originaliteit, zal dit naast het modelrecht ook door het auteursrecht beschermd kunnen worden.<sup>297</sup>

Een bescherming door het auteursrecht kan gecumuleerd worden met een bescherming door het modelrecht.<sup>298</sup> De Modellenrichtlijn en de VOGMO verplichten de lidstaten zelfs om deze beschermingscumulatie toe te laten.<sup>299</sup> De vraag die de rechtsleer zich hier echter bij stelt, is of deze verplichting enkel geldt voor geregistreerde modellen of eveneens voor niet-geregistreerde modellen.<sup>300</sup> Onder het BVIE lijkt het er alvast op dat de rechtspraak in de Benelux de cumul met het auteursrecht ook voor niet-geregistreerde modellen moet toelaten.<sup>301</sup> In die zin bevestigden de Belgische

<sup>296</sup> E. DERCLAYE en M. LEISTNER, *Intellectual Property Overlaps: A European Perspective*, Portland, Hart Publishing, 2011, 8.

<sup>297</sup> S. BECHTOLD, “3D printing, intellectual Property and Competition Law”, *JIC*2016, (517) 528; J. KEUSTERMANS, P. BLOMME en M. FLAMME, *Auteursrecht, Capita Selecta*, Brussel, Larcier, 2015, 49-51.

<sup>298</sup> Gent 13 maart 2006, *IRDI* 2006, 220; T. MARGONI, “How to apply Creative Commons Licences to 3D Printed Products in the light of the most recent developments of the European Court of Justice Case Law” in B. VAN DEN BERG (ed.), *3D Printing*, Den Haag, TMC ASSER, 2016, (37) 39.

<sup>299</sup> Art. 17 en 96, lid 2 VOGMO; HvJ 27 januari 2011, Flos SpA/Semeraro Casa e Famiglia SpA, C-168/09, ECLI:EU:C:2011:29; D. STONE, *European Union Design Law, A Practitioners' Guide*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 81; H. VANHEES, *Handboek intellectuele rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 244.

<sup>300</sup> Aangezien art. 17 van de Modellenrichtlijn enkel melding maakt van een cumul voor ingeschreven modellen.

C.H. MASSA en A. STROWEL, “Le cumul du dessin ou modèle et du droit d’auteur: orbites parallèles et forces d’attraction entre deux planètes indépendantes mais jumelles” in A. CRUQUENAIRE, S. DUSOLLIER (eds.), *Le cumul des droits intellectuels*, Brussel, Larcier, 2009, (20) 31; H. VANHEES, *Handboek intellectuele rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 244.

<sup>301</sup> Art. 3.28 BVIE (*juncto* art. 3.8 en 3.29 BVIE); Beneluxhof 22 juni 2007, A 2006/3/13, Electrolux/Sofam, *RW* 2007-08, noot H. VANHEES; Hoge Raad (NL) 25 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:10036, S&S Import en Export/Esschert Design BV, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl); Kh. Brussel 12 april 2018, A/15/3515, Kozmoz Design & Display bvba/Eurodisplay nv, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be); Voorz. Kh. Brussel 2 maart 2018, A/17/02135, Obumex nv en JAD sarl/Algemene bouwonderneming nv, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be); T. LAURENS, *Interpretatie en bewijs van*

hoven en rechtbanken de cumul van het auteurs- en modelrecht op onder andere het originele uiterlijk van: een verpakking van chocoladepoeder<sup>302</sup>, een snoerloze tafellamp<sup>303</sup>, een product-display voor keukengerei<sup>304</sup>, de *Le Pliage*-geldbeugel<sup>305</sup>, de *Matilde*-handtas<sup>306</sup>, de Fatboy *Lamzac*-ligzak<sup>307</sup>, de Apple *iPod nano*<sup>308</sup>, kleding<sup>309</sup>, keukens<sup>310</sup> en diverse meubels<sup>311</sup> en verlichtingsarmaturen.<sup>312</sup>

## b. Modelrecht en octrooirecht

66. Op het eerste zicht lijkt een dubbele bescherming door het modelrecht en het octrooirecht niet evident: het modelrecht beschermt immers de concrete kenmerkende vormgeving van een object slechts voor zover deze niet uitsluitend door de technische functionaliteit is ingegeven. Het octrooirecht, daarentegen, heeft net wel de bescherming van de technische functionaliteit

---

*overeenkomsten inzake auteursrechten*, Gent, Larcier, 2011, 51; C.H. MASSA, A. STROWEL, "Le cumul du dessin ou modèle et du droit d'auteur: orbites parallèles et forces d'attraction entre deux planètes indépendantes mais jumelles" in A. CRUQUENAIRE, S. DUSOLLIER (eds.), *Le cumul des droits intellectuels*, Brussel, Larcier, 2009, 84; H. VANHEES, "De bescherming van auteursrechtelijk beschermde, niet gedeponeerde modellen door het Beneluxmodellenrecht", *A&M* 2009, (489) 490-491; H. VANHEES, *Het Beneluxmodel*, Brussel, Larcier, 2006, 145-147; H. VANHEES, "Overzicht van de Gemeenschaps- en Benelux rechtspraak inzake Gemeenschaps- en Beneluxmodellen (2013-2014)", *ICIP* 2015, (1) 62-63.

<sup>302</sup> Voorz. Kh. Brussel 15 mei 2013, Baru/Party Partners, *IRDI* 2013, (186) 192 (niet-geregistreerd Gemeenschapsmodel).

<sup>303</sup> Kh. Brussel 10 januari 2017, A/16/03552, NEOZ PTY Ltd/IMAGILIGHTS bvba, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be) (Het geregistreerd Gemeenschapsmodel werd nietig verklaard o.g.v. art. 25, lid 1, f) VOGMO wegens een eerder bestaand auteursrecht).

<sup>304</sup> Kh. Brussel 12 april 2018, A/15/3515, Kozmoz Design & Display bvba/Eurodisplay nv, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be) (niet-geregistreerd Gemeenschapsmodel).

<sup>305</sup> Kh. Brussel 26 februari 2018, A/16/04136, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be) (geregistreerd Gemeenschapsmodel).

<sup>306</sup> Brussel 8 mei 2012, *IRDI* 2012, 431 (niet-geregistreerd Gemeenschapsmodel); S. FLECIJN en E. VAN MELKEBEKE, "Intellectuele rechten kroniek 2012", *NJW* 2013, (526) 528; G. PHILIPSEN, "Het niet-ingeschreven gemeenschapsmodel en de mode: onbekend is onbemind... of is er meer?", *IRDI* 2012, (351) 351.

<sup>307</sup> Voorz. Kh. Brussel 11 mei 2017, AR/17/00347, Fatboy/Makro, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be) (geregistreerd Gemeenschapsmodel).

<sup>308</sup> Brussel 28 juni 2012, 2010/AR/384, *IRDI* 2012, 207-209 (geregistreerd Gemeenschapsmodel).

<sup>309</sup> Brussel 21 juni 2016, 2013/AR/1036, Sadlers & Sadlers Ltd/Nil's Fashion cvba, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be) (niet-geregistreerd Gemeenschapsmodel).

<sup>310</sup> Brussel 1 maart 2011, 2011/AR/15, *RABG* 2011, 1138; Voorz. Kh. Brussel 2 maart 2018, A/17/02135, Obumex nv en JAD sarl/Algemene bouwonderneming nv, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be) (niet-geregistreerd Gemeenschapsmodel).

<sup>311</sup> Gent 13 maart 2006, *IRDI* 2006, 220 (Benelux-model); Voorz. Kh. Brussel 2 maart 2018, A/17/02135, Obumex nv en JAD sarl/Algemene bouwonderneming nv, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be) (niet-geregistreerd Gemeenschapsmodel); Kh. Brussel 30 december 2016, A/16/01739, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be) (niet-geregistreerd Gemeenschapsmodel).

<sup>312</sup> Brussel 26 juni 2012, 2011/AR/1448, *IRDI* 2013, 96-113, noot J. MUYLDERMANS (geregistreerd Gemeenschapsmodel); Voorz. Kh. Brussel 2 maart 2018, A/17/02135, Obumex nv en JAD sarl/Algemene bouwonderneming nv, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be) (niet-geregistreerd Gemeenschapsmodel).

van het object; de uitvinding, tot doel en sluit een esthetische vormgeving als zodanig uit.<sup>313</sup>

*De facto* heeft dit tot gevolg dat, ten eerste, het voortbrengsel als geheel alleszins niet onder beide beschermingsregimes zal vallen en dat enkel het uiterlijk van dit object voor cumulatief kan zijn. Ten tweede, kan in het licht van het recente *Doceram/Ceramtec* arrest<sup>314</sup> van het Hof van Justitie geconcludeerd worden dat cumulatief mogelijk zal zijn indien de ontwerper kan onderbouwen dat het geïntegreerde technische effect van de vormgeving niet de enige bepalende factor was om te komen tot deze kenmerkende vormgeving, en dat deze weldegelijk ook uit visuele overwegingen is ingegeven.<sup>315</sup> Of zoals VAN DER MAAT het nog zegt: “*cumul zal dus maar mogelijk zijn in de mate dat het esthetische [lees: visuele<sup>316</sup>] het louter technische overstijgt*”.<sup>317</sup>

67. Een toegekend octrooi kan een contra-indicatie zijn voor bescherming onder het modelrecht, aangezien een octrooi op de wezenlijke vormkenmerken van een object de technische functie van deze vormgeving aantoonbaar.<sup>318</sup> Na het arrest *Doceram/Ceramtec* gebruikte het EUIPO in het kader van een nietigheidsprocedure in april 2018 bijvoorbeeld de specificaties in een octrooiaanvraag voor zelfsluitende-waterballonnen om de techniekrestrictie te beoordelen in het kader van een modelrechtelijke nietigheidsprocedure. Op basis van deze informatie concludeerde het EUIPO dat de vormgeving louter door de technische functie bepaald werd.<sup>319</sup>

Een octrooi op de wezenlijke vormkenmerken sluit volgens de rechtspraak eventuele modelbescherming echter niet automatisch uit, aangezien dit niet noodzakelijkerwijze aantoonbaar dat de gehele vormgeving uitsluitend technisch zou zijn bepaald.<sup>320</sup> De Belgische hoven en rechtbanken

<sup>313</sup> K. VAN DER MAAT, “Bescherming van ‘spuitmondmodellen’ door rechten van intellectuele eigendom” (noot onder Voorz. Kh. Brussel 17 november 2010), *IRDI* 2011, (382) 385.

<sup>314</sup> HvJ 8 maart 2018, *Doceram/CeramTec*, C-395/16, ECLI:EU:C:2018:172, ro. 32.

<sup>315</sup> Voorz. Kh. Brussel 20 april 2016, A/15/06246, Barber/bvba Leuke Dinges, www.ie-forum.be, ro. 61-62;

H. VANHEES, “Overzicht van de Gemeenschaps- en Benelux rechtspraak inzake Gemeenschaps- en Beneluxmodellen (2015-2016)”, *ICIP* 2017, (1) 38, 40-41 en 83.

<sup>316</sup> Considerans 10 VOGMO bepaalt namelijk uitdrukkelijk dat een model geen esthetische waarde hoeft te bezitten. Dit werd bevestigd in HvJ 8 maart 2018, *Doceram/CeramTec*, C-395/16, ECLI:EU:C:2018:172, ro. 23.

<sup>317</sup> K. VAN DER MAAT, “Bescherming van ‘spuitmondmodellen’ door rechten van intellectuele eigendom” (noot onder Voorz. Kh. Brussel 17 november 2010), *IRDI* 2011, (382) 384.

<sup>318</sup> Voorz. Kh. Brussel 7 november 2010, A/10/06198, *Incopack/Friesland*, *IRDI* 2011, 375-382; K. VAN DER MAAT, “Bescherming van ‘spuitmondmodellen’ door rechten van intellectuele eigendom” (noot onder Voorz. Kh. Brussel 17 november 2010), *IRDI* 2011, (382) 383.

<sup>319</sup> EUIPO 30 april 2018, *Mystic Products Import & Export/Tinnus Enterprises*, ICD 10 298, www.ie-forum.be, p. 10 en 12.

<sup>320</sup> Voorz. Kh. Brussel 20 april 2016, A/15/06246, Barber/bvba Leuke Dinges, www.ie-forum.be; D. STONE, *European Union Design Law, A Practitioners’ Guide*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 86-87.

stelden in die zin dan ook cumul vast bij een boekensteun in de vorm van een minizitzak<sup>321</sup>, een verlichtingsproduct uit akoestisch schuim<sup>322</sup>, een scharnier van een koelkamer<sup>323</sup> en een houder voor betaalkaarten.<sup>324</sup> De cumul bestaat in dat geval uit een octrooi dat de technische functie van de vormgeving van het voortbrengsel als uitvinding beschermt, en modelrechtelijke bescherming voor het visuele uiterlijk van het voortbrengsel.<sup>325</sup>

### c. Auteursrecht en octrooirecht

**68.** Tot slot bekijkt deze derde paragraaf of een cumul van auteursrecht en octrooirecht<sup>326</sup>, ondanksde zeer verschillende finaliteit van beide rechten, mogelijk is. Bij ontstentenis van enige wettelijke regeling die dit verbiedt, kan worden besloten dat een cumul van auteursrecht en octrooirecht op eenzelfde object theoretisch mogelijk is.<sup>327</sup>

Uit de uitsluiting uit het auteursrecht van zuiver technisch bepaalde werken, kan geenszins worden afgeleid dat een origineel werk niet tevens een technisch gebruik mag hebben.<sup>328</sup>

**69.** Het bestaan van een octrooi zou evenwel het vervullen van de originaliteitsvoorwaarde (voor een deel van het voorwerp) kunnen bemoeilijken.<sup>329</sup>

De technische invalshoek van het octrooi zou namelijk kunnen bewijzen dat de techniciteit de auteur ervan weerhield om nog enige creatieve

---

<sup>321</sup> Voorz. Kh. Brussel 20 april 2016, A/15/06246, Barber/bvba Leuke Dinges, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be) (geregistreerd Gemeenschapsmodel).

<sup>322</sup> Kh. Brussel 16 november 2017, A/15/3925, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be) (geregistreerd Gemeenschapsmodel).

<sup>323</sup> Brussel 13 januari 2017, 2016/AR/40, Castel/Fermod, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be) (geregistreerd Gemeenschapsmodel) (Er is beroep ingesteld bij het Hof van Cassatie).

<sup>324</sup> Voorz. Kh. Brussel 13 februari 2018, C/17/00087, Griffie J/Secrid, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be) (Benelux-model).

<sup>325</sup> K. VAN DER MAAT, “Bescherming van ‘spuitmondmodellen’ door rechten van intellectuele eigendom” (noot onder Voorz. Kh. Brussel 17 november 2010), *IRDI* 2011, (382) 383.

<sup>326</sup> Hierbij wordt enkel gekeken naar de cumul van het auteursrecht en het octrooirecht *sensu stricto* en niet naar het bijzondere regime van softwarebescherming en CGU's.

<sup>327</sup> T. LAURENS, *Interpretatie en bewijs van overeenkomsten inzake auteursrechten*, Gent, Larcier, 2011, 54; K. VAN DER MAAT, “Bescherming van ‘spuitmondmodellen’ door rechten van intellectuele eigendom” (noot onder Voorz. Kh. Brussel 17 november 2010), *IRDI* 2011, (382) 386.

<sup>328</sup> J. MUYLDERMANS, “De originaliteitstoets voor de auteursrechtelijke bescherming van gebruiksvoorwerpen” (noot onder Brussel 26 juni 2012), *IRDI* 2013, (113) 119.

<sup>329</sup> Brussel 4 november 2014, 2011/AR/950 en 2012/AR/2401, Friesland/Incopack, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be); Voorz. Kh. Brussel 17 november 2010, A/10/06198, *IRDI* 2011, 375, noot K. VAN DER MAAT; K. VAN DER MAAT, “Bescherming van ‘spuitmondmodellen’ door rechten van intellectuele eigendom” (noot onder Voorz. Kh. Brussel 17 november 2010), *IRDI* 2011, (382) 386.



keuzes te kunnen maken, waardoor het voorwerp louter technisch bepaald is en dus niet onder het auteursrecht valt.<sup>330</sup>

Indien de auteur echter kan aantonen dat hij ondanks de technische restricties nog voldoende vrije en creatieve keuzes heeft kunnen maken, dan zal het auteursrecht de originele vorm van de uitvinding beschermen, en zal het octrooirecht de achterliggende technische functie in het werk beschermen. Het Gentse hof van beroep erkende bijvoorbeeld de mogelijkheid tot auteursrechtelijke bescherming van het ontwerp van, en octrooirechtelijke bescherming van de techniek achter, een hydraulische verlengingsnagel.<sup>331</sup>

Daarnaast kunnen de niet-uitgesloten bestanddelen van het voorwerp in hun onderlinge combinatie voor voldoende originaliteit zorgen, waardoor het werk als geheel auteursrechtelijk beschermd kan zijn. Ondanks het bestaan van een geoctrooieerd element waarmee wegens zijn techniciteit, geen rekening mag gehouden worden bij de beoordeling van de auteursrechtelijke bescherming.<sup>332</sup> De rechtbank van koophandel te Antwerpen concludeerde dat het bestaan van een octrooi voor de techniek van een plooibare tas, niet uitsluit dat de combinatie van andere elementen kan zorgen voor de auteursrechtelijke bescherming van de *Le Plage*-handtas als geheel.<sup>333</sup>

### 2.2.5. Tussenconclusie

70. Samenvattend kan men stellen dat een OSH-project waarvan de onderdelen niet louter functioneel zijn ingegeven, zónder registratie, onder twee verschillende beschermingsregimes kan vallen.

Het auteursrecht kan van toepassing zijn op de bijkomende documentatie, het ontwerp en het uiterlijk van het fysieke object. Het ontwerp kan op zichzelf beschermd worden en/of het auteursrechtelijk beschermde uiterlijk van het fysieke object weergeven.

Het uiterlijk van het fysieke object en het ontwerp dat deze vormgeving schetst, kunnen als niet-geregistreerd Gemeenschapsmodel beschermd worden. De voorbeelden uit de rechtspraak tonen aan dat een beoordeling telkens project per project *in concreto* moet gebeuren. Het ene reclamebord, product-display of handtas, werd wel beschermd door het auteursrecht en/of modelrecht, en het andere niet.<sup>334</sup>

<sup>330</sup> K. VAN DER MAAT, “Bescherming van ‘spuitmondmodellen’ door rechten van intellectuele eigendom” (noot onder Voorz. Kh. Brussel 17 november 2010), *IRDI* 2011, (382) 386.

<sup>331</sup> Gent 2 november 2015, 2013/AR/1572, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be).

<sup>332</sup> J. MUYLDERMANS, “De originaliteitstoets voor de auteursrechtelijke bescherming van gebruiksvoorwerpen” (noot onder Brussel 26 juni 2012), *IRDI* 2013, (113) 114.

<sup>333</sup> *In casu* ging het om een oud (vervallen) octrooi dat niet in handen was van Longchamp. Kh. Antwerpen 6 november 2017, A/16/8494, [www.ie-forum.be](http://www.ie-forum.be), ro. 5, 8 en 9.

<sup>334</sup> Zie hoger.

71. De technische functie van het fysieke object, kan enkel door het octrooirecht worden beschermd, wat een (dure) registratie vereist.

De ontwikkelaar van een OSH-project moet dus goed voor ogen houden welke onderdelen door welke intellectuele rechten kunnen worden beschermd, en of deze exclusiviteitsrechten van rechtswege ontstaan door de creatie van de onderdelen of pas na registratie.

72. Cumul tussen al deze beschermingsregimes is mogelijk en toegelaten. Onderstaande tabel (Tabel 1) geeft een samenvattend overzicht van de verschillende cumulmogelijkheden, uitgaande van de hypothese dat de voorwaarden voor elk intellectueel recht afzonderlijk, vervuld zijn.

		zonder registratie		na registratie	
		auteursrecht	modelrecht	octrooirecht	
documentatie	bijkomende documentatie		✓		
	ontwerp	op zichzelf	✓		
		als weergave fysiek object	✓	✓	✓
hardw. fysiek object	uiterlijk	✓	✓		
	technische functie			✓	

**Tabel 1** - Cumul van intellectuele rechten op opensourcehardware-onderdelen

### 2.3. MOGELIJKE STRATEGIEËN VOOR HET OPEN, MAAR GECONTROLEERD DELEN VAN OPENSOURCEHARDWARE

73. De werking van opensourcehardware rust op een technisch en juridisch mechanisme.<sup>335</sup> Nadat de ontwikkelaar de verschillende opensourcehardware-onderdelen gecreëerd heeft, zal hij deze componenten publiek maken en feitelijk ter beschikking stellen (d.i. het technisch mechanisme). Dit maakt een juridische strategie die rust op geheimhouding niet relevant voor opensourcehardware, waar het bekendmaken en delen van informatie centraal staat.<sup>336</sup>

74. De volgende delen onderzoeken welke juridische strategieën gebruikt zouden kunnen worden, om wie het project feitelijk ter beschikking gesteld

<sup>335</sup> Zie hoger.

<sup>336</sup> Op 30 juli 2018 werd in Boek XI. WER een afzonderlijke titel 8/1 ingevoegd die de bescherming van bedrijfsgeheimen regelt. J.-P. FERDINAND, *Entrepreneurship in Innovation Communities*, Heidelberg, Springer, 2018, 29 en 159; F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Wegwijs in het intellectuele eigendomsrecht*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 33-31.

krijgt ook toe te laten om de vier vrijheden te benutten. Een adequaat juridisch mechanisme moet niet enkel in staat zijn om het project 'open' te delen, maar moet ook het 'gecontroleerd' delen van het project bewerkstelligen.<sup>337</sup>

Een juridisch instrument zal dus slechts adequaat bevonden worden wanneer het niet enkel ruime gebruikshandelingen mogelijk maakt, maar ook juridisch afdwingbare gebruiksvoorwaarden kan opleggen, zodat de gebruikshandelingen niet kunnen worden 'misbruikt' maar enkel kunnen worden uitgeoefend voor zover de gebruiksvoorwaarden ook worden nageleefd. Enkel op deze manier kunnen zowel de rechten van de gebruiker als van de ontwikkelaar gewaarborgd worden.

### 2.3.1. Publiek domein?

75. Intellectuele rechten zijn in beginsel exclusieve uitsluitingsrechten. Op het eerste gezicht lijken deze rechten zich dus niet te lenen voor het opensourcemodel. 'Open' lijkt namelijk te suggereren dat een werk grenzeloos door iedereen gebruikt kan en mag worden?<sup>338</sup>

76. Een eerste mogelijke juridische structuur die daarom wordt afgetast is het publiek domein.

Onderdelen van een OS-project kunnen in het publiek domein terechtkomen, doordat zij niet (meer) door een intellectuele-eigendomsrecht beschermd worden. Dit kan zich voordoen wanneer de beschermingsvoorwaarden niet vervuld zijn, of wanneer de beschermingstermijn verstreken is. Elementen die enkel na registratie beschermd kunnen worden door een intellectueel recht, kunnen bijkomend in het publiek domein terechtkomen door de beslissing van de ontwikkelaar om de elementen openbaar te maken en niet te laten registreren.<sup>339</sup> Wanneer de ontwikkelaar afziet van zijn intellectuele rechten op een creatie en deze toevertrouwt aan het publiek domein, wordt deze creatie een publiek goed.<sup>340</sup>

77. Strikt genomen kan het in het publiek domein brengen van de onderdelen inderdaad beschouwd worden als het 'open' delen van een OS-project.<sup>341</sup> Op

<sup>337</sup> Zie hoger.

<sup>338</sup> S. DUSOLLIER, "Sharing Access to Intellectual Property through Private Ordering", *Chicago-Kent Law Rev.* 2007, (1391) 1413; G. VAN OVERWALLE en E. VAN ZIMMEREN, "Recente ontwikkelingen in het octrooirecht", *Themis – Intellectuele Rechten* 2011, (53) 74.

<sup>339</sup> G. VAN OVERWALLE, "Creating universal and sustainable access to plants and seeds: The role of clearinghouses, open source licenses and inclusive patents" in F. GIRARD en C. FRISON (eds.), *The Commons, Plant Breeding and Agricultural Challenges for Food Security and Agrobiodiversity*, New York, Routledge, 2018, (88)-96.

<sup>340</sup> De civiele rechtstelsels laten het afstaan van de (morele) auteursrechten aan het publiek domein niet toe. Hier wordt verder niet op ingegaan. Zie hierover: N. SHEMTOV en I. WALDEN (eds.), *Free and Open Source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 17.

<sup>341</sup> S. DUSOLLIER, "Sharing Access to Intellectual Property through Private Ordering", *Chicago-Kent Law Rev.* 2007, (1391) 1407.

deze manier is de creatie immers vrij beschikbaar, en mag al wie het werk feitelijk ter beschikking gesteld krijgt dus ruime gebruikshandelingen stellen.

Wie een goed in het publiek domein gebracht heeft, kan echter geen verplichtingen scheppen bij de gebruikers ervan. De initiële ontwikkelaar kan dus geen gebruiksvoorwaarden opleggen en verliest alle controle hierop.<sup>342</sup> Iedere mogelijke handhaving van opgelegde verplichtingen is in rechte onbestaande. Er is geen toestemming vereist en er moeten geen gebruiksvoorwaarden worden nageleefd in ruil voor gebruiksrechten.<sup>343</sup> Een publiek goed is in beginsel van niemand. Niets verbiedt een derde om het publiek goed te exploiteren, of zelfs om dit aan te passen en daar vervolgens zelf wél intellectuele rechten op te vestigen.<sup>344</sup> Zo kan deze derde een creatie eveneens terug uit het publiek domein halen en afschermen van verder gebruik.<sup>345</sup> Deze problematiek heet *public domain grabbing*.

### 2.3.2. Zuiver verbintenisrechtelijke overeenkomst?

78. Een andere optie die DUSOLLIER, ELKIN-KOREN en VAN OVERWALLE aftasten, is om handhaving van gebruiksmodaliteiten te bereiken via een zuiver verbintenisrechtelijke overeenkomst, zonder dat er een onderliggend intellectuele-eigendomsrecht aanwezig is.<sup>346</sup> Op grond van de wilsautonomie kan een partij inderdaad het downloaden en vervolgens gebruiken van, de onderdelen van het project, afhankelijk stellen van de aanvaarding en naleving van contractueel opgelegde voorwaarden.

<sup>342</sup> A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur*, Brussel, Larcier, 2008, 326; N. SHEMTOV en I. WALDEN (eds.), *Free and Open Source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 17; G. VAN OVERWALLE, "Inventing inclusive patents. From old to new open innovation" in P. DRAHOS, G. GHIDINI en H. ULLRICH (eds.), *Kritika: Essays on Intellectual Property*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015, (206) 232-233.

<sup>343</sup> L. S. OSBORN, "Reevaluating intellectual property law in a 3D printing era", *The Bridge* 2017, afl. 3, (18) 21; N. SHEMTOV en I. WALDEN, (eds.), *Free and Open source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 15.

<sup>344</sup> J. PENIN, "Open source innovation: Towards a generalization of the open source model beyond software", *Rev. d'économie industrielle* 2011, (65) 71; S. DUSOLLIER, "Sharing Access to Intellectual Property through Private Ordering", *Chicago-Kent Law Rev.* 2007, (1391) 1407.

<sup>345</sup> J. LERNER en J. TIROLE, "The economics of technology sharing: open source and beyond", *Journal of Economic Perspectives* 2005, (99) 102; N. SHEMTOV en I. WALDEN (eds.), *Free and Open Source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 17; Y. VAN DEN BRANDE, "Introduction to software protection under Belgian Law" in X., *The International Free and Open source Software Law Book*, <http://ifosslawbook.org/belgium/>, laatst geraadpleegd op 30 november 2017; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, "Open source software: een analyse naar Belgisch recht", *IRDI* 2007, (369) 371; G. VAN OVERWALLE, "Inventing inclusive patents. From old to new open innovation", in P. DRAHOS, G. GHIDINI en H. ULLRICH (eds.), *Kritika: Essays on Intellectual Property*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015, (206) 232-233.

<sup>346</sup> S. DUSOLLIER, "Sharing Access to Intellectual Property through Private Ordering", *Chicago-Kent Law Rev.* 2007, (1391) 1408; N. ELKIN-KOREN, "What contracts cannot do: the limits of private ordering in facilitating a creative commons", *Fordham Law Rev.* 2005, (375) 404; G. VAN OVERWALLE, "Inventing inclusive patents. From old to new open innovation" in P. DRAHOS, G. GHIDINI en H. ULLRICH (eds.), *Kritika: Essays on Intellectual Property*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015, (206) 227-229 en 242.

Om bewijsrechtelijke redenen zal dit een *browse-wrap*-overeenkomst moeten zijn, om te vermijden dat de gebruiker achteraf zou beweren dat er geen contract tot stand gekomen zou zijn. In tegenstelling tot bij de intellectuele-eigendomlicentieovereenkomst, zijn de handelingen die de zuiver verbintenisrechtelijke overeenkomst toelaat, niet in beginsel verboden. De betwisting van de overeenkomst heeft dan ook niet tot gevolg dat er nooit een geldige toestemming geweest zou zijn om deze handelingen te stellen. Bij gebrek aan een onderliggend intellectuele-eigendomsrecht blijft enkel een contractueel recht over, door het verbintennisrecht beheerst.<sup>347</sup> Dit bindt enkel de partijen bij de overeenkomst en is niet afdwingbaar tegenover derden-verkrijgers van de onderdelen.<sup>348</sup>

### 2.3.3. *Op Intellectuele rechten gebaseerde licentieovereenkomst?*

**79.** Intellectuele rechten omvatten een verbodsrecht: de houder heeft een uitsluitend exploitatierecht en kan anderen verbieden bepaalde handelingen te stellen met betrekking tot het beschermde werk. Ditzelfde exclusieve recht geeft de houder eveneens de mogelijkheid om een intellectuele-eigendomlicentieovereenkomst (hierna: licentie of licentieovereenkomst) te sluiten met anderen. Een licentie is dus de andere kant van dezelfde medaille. Door anderen een licentie toe te kennen, verleent de houder van het intellectuele-eigendomsrecht hen een tijdelijk gebruiksrecht op dit intellectuele-eigendomsrecht. Hierdoor kunnen zij de in beginsel verboden handelingen toch stellen.<sup>349</sup>

---

<sup>347</sup> N. ELKIN-KOREN, "What contracts cannot do: the limits of private ordering in facilitating a creative commons", *Fordham Law Rev.* 2005, (375) 404; M. LAMBRECHT, *Licences ouvertes et exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique, subvertir ou réformer?*, Brussel, Larcier, 2018, 128-129; Y. VAN COUTER en B. VANBRABANT, *Handboek Licentieovereenkomsten*, Brussel, Larcier, 2008, 14.

<sup>348</sup> S. DUSOLLIER, "Sharing Access to Intellectual Property through Private Ordering", *Chicago-Kent Law Rev.* 2007, (1391) 1408; N. ELKIN-KOREN, "What contracts cannot do: the limits of private ordering in facilitating a creative commons", *Fordham Law Rev.* 2005, (375) 404 en 406; G. VAN OVERWALLE, "Inventing inclusive patents. From old to new open innovation", in P. DRAHOS, G. GHIDINI en H. ULLRICH (eds.), *Kritika: Essays on Intellectual Property*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015, (206) 233.

<sup>349</sup> E. DE GRUYSE, "Licentieovereenkomsten" in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, 2003, (9) 13; A. KATZ, "Towards a Functional Licence for Open Hardware", *IFOSS L. Rev.* 2012, (41) 44-45; M. MORITZ, T. REDLICH, J. WULFSBERG, "Best Practices and Pitfalls in *Open source Hardware*" in A. ROCHA en T. GUARDA (eds.), *Proceedings of the ICITS 2018*, Heidelberg, Springer, 2018, (200) 202; M. LAMBRECHT, *Licences ouvertes et exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique, subvertir ou réformer?*, Brussel, Larcier, 2018, 121; M. LAMBRECHT, "Première decision Creative Commons: contrats de licence et modèles économiques du libre accès", *RDTI* 2011, (70) 72; Y. VAN COUTER en B. VANBRABANT, *Handboek Licentieovereenkomsten*, Brussel, Larcier, 2008, 11; H. VANHEES, "Artikel XI.167" in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet, De Belgische Auteurswet, Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2018, (77) 78.

Aangezien intellectuele rechten exclusieve *erga omnes* verbodsrechten die enkel de maker van het werk toekomen, kan hij deze rechten ook aanwenden om gebruiksvoorwaarden of -modaliteiten te koppelen aan de verleende gebruiksrechten.<sup>350</sup> De licentienemer mag zijn gebruiksrechten enkel uitoefenen op de wijze die hem werd toegestaan.

Intellectuele rechten zijn bovendien afdwingbaar ten aanzien van zowel de licentienemer als de derden-verkrijgers. Ook zonder contractuele rechtsband tussen de derde-verkrijger en de licentiegever behoudt deze laatste controle.<sup>351</sup> Dit is niet het geval wanneer hij zijn werk afstaat aan het publiek domein of wanneer er enkel sprake is van een zuiver verbintenisrechtelijke overeenkomst.<sup>352</sup>

**80.** Licenties kunnen worden onderverdeeld in twee grote categorieën: enerzijds de gewone, klassieke, *propriétaire* (*proprietary*) of closedsourcelicenties en anderzijds de opensourcelicenties. Een licentie is al dan niet exclusief, naargelang er een of meerdere licentienemers zijn.

De benaming ‘propriëtair’ als tegenovergestelde van ‘open source’ is eigenlijk misleidend aangezien ook opensourcelicenties steunen op een ‘propriëtair’ recht, namelijk een onderliggend intellectuele-eigendomsrecht.<sup>353</sup>

De wijze waarop de houder van een intellectueel recht zijn recht uitoefent is quasi-discretionair. Afhankelijk van het doel waarvoor, en de voorwaarden waaronder, hij de onderdelen van zijn project ter beschikking wilt stellen, kan hij een aangepast licentiebeleid uitstippelen.<sup>354</sup> Het type licentieovereenkomst dat op het project wordt toegepast (nl. closedsourcelicentie of opensourcelicentie), bepaalt of dit project al dan niet

---

<sup>350</sup> S. DUSOLIER, “Sharing Access to Intellectual Property through Private Ordering”, *Chicago-Kent Law Rev.* 2007, (1391) 1408; M. LAMBRECHT, *Licences ouvertes et exceptions au droit d’auteur dans l’environnement numérique, subvertir ou réformer?*, Brussel, Larcier, 2018, 128; N. SHEMTOV en I. WALDEN (eds.), *Free and Open Source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 2 en 451.

<sup>351</sup> N. SHEMTOV en I. WALDEN (eds.), *Free and Open Source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 444.

<sup>352</sup> A. KATZ, “Towards a Functional Licence for Open Hardware”, *IFOSS L. Rev.* 2012, (41) 45; M. LAMBRECHT, “Première decision Creative Commons: contrats de licence et modèles économiques du libre accès”, *RDTI* 2011, (70) 71; G. VAN OVERWALLE en E. VAN ZIMMEREN, “Recente ontwikkelingen in het octrooirecht”, *Themis – Intellectuele Rechten* 2011, (53) 74.

<sup>353</sup> R. W. GOMULKIEWICZ, “Clarifications and complications in enforcing open source software” in J. DE WERRA (ed.), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, (76) 78; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, “Open source software: een analyse naar Belgisch recht”, *IRDI* 2007, (369) 371.

<sup>354</sup> G. VAN OVERWALLE en E. VAN ZIMMEREN, “Recente ontwikkelingen in het octrooirecht”, *Themis – Intellectuele Rechten* 2011, (53) 75.

een OS-project zal zijn, ongeacht de ontwikkelaar van het project of de aard van het fysieke object.<sup>355</sup>

**81.** Logischerwijs heeft de licentieovereenkomst enkel betrekking op het/de intellectuele-eigendomsrecht(en) waarop zij verleend is. Ze laat de mogelijks overig geldende intellectuele-eigendomsrechten op het onderdeel dus onverlet.<sup>356</sup> Hiervoor geldt nog steeds een verbodsrecht.

#### a. Klassieke licenties

**82.** Bij ontstentenis van een wettelijke definitie stellen VAN COUTER en VANBRABANT de volgende definitie voor. De (klassieke) “licentieovereenkomst van intellectuele rechten is een vermogensrechtelijke overeenkomst waarbij de titularis van een intellectueel eigendomsrecht, licentiegever, aan een derde, licentienemer, in beginsel onder bepaalde voorwaarden, toestemming geeft om handelingen te stellen die zonder die toestemming een inbreuk zouden inhouden op het betrokken intellectueel eigendomsrecht”.<sup>357</sup> Een licentie is dus een contract binnen het intellectuele-eigendomsrecht waarin de rechten en plichten van beide partijen worden bepaald.<sup>358</sup> Klassieke licenties voldoen echter niet voor toepassingen van het opensourcemodel. De gebruiksrechten die zij verlenen zijn, ten eerste, vaak niet erg ruim, en ten tweede, verlenen zij deze gebruiksrechten slechts aan enkelen (tegen een eventuele vergoeding).<sup>359</sup>

#### b. Opensourcelicenties

**83.** De definitie van een licentieovereenkomst die in het bovenstaand randnummer gegeven werd, geldt ook voor opensourcelicenties. Het opensourcemodel gebruikt immers het conventionele licentiemechanisme, maar met een verschillende insteek: niet de verspreiding van creaties onder

<sup>355</sup> E. VON HIPPEL, *Democratizing Innovation*, Cambridge, The MIT Press, 2005, 99-100.

<sup>356</sup> T. MARGONI, “Not for designers: on the inadequacies of EU design law and how to fix it”, *JIPITEC* 2013, (1) 44.

<sup>357</sup> Y. VAN COUTER en B. VANBRABANT, *Handboek Licentieovereenkomsten*, Brussel, Larcier, 2008, 19.

<sup>358</sup> In tegenstelling tot in de *common law*-landen (die het beginsel van ‘*consideration*’ kennen) heerst in de civielrechtelijke landen eensgezindheid dat intellectuele-eigendomslicenties contracten zijn.

V. CASSIERS, M.-C. JANSSENS en E. VAN ZIMMEREN, “License Contracts, Free Software and Creative Commons – An Overview of the State of Play in Belgium” in A. METZGER (ed.), *Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models, a Comparative Analysis*, Heidelberg, Springer, 2016, (51) 58; M. LAMBRECHT, *Licences ouvertes et exceptions au droit d’auteur dans l’environnement numérique, subvertir ou réformer?*, Brussel, Larcier, 2018, 120 en 128; Y. VAN COUTER en B. VANBRABANT, *Handboek Licentieovereenkomsten*, Brussel, Larcier, 2008, 7.

<sup>359</sup> G. VAN OVERWALLE, “Inventing inclusive patents. From old to new open innovation” in P. DRAHOS, G. GHIDINI en H. ULLRICH (eds.), *Kritika: Essays on Intellectual Property*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015, (206) 218.

restrictieve voorwaarden, maar onder voorwaarden die toegankelijkheid vooropstellen.<sup>360</sup> Licentienemers krijgen ruimere gebruiksrechten toevertrouwd, dan die welke zij toevertrouwd zouden krijgen door een klassieke licentie.<sup>361</sup>

#### 2.3.4. Tussenconclusie

**84.** Een adequaat juridisch instrument moet bijdragen tot het 'open' delen van een project: wie volgens het technisch mechanisme, het werk feitelijk ter beschikking gesteld gekregen heeft moet ook juridisch de vier vrijheden mogen uitoefenen. Dit is echter niet voldoende, het project moet ook 'gecontroleerd' gedeeld worden. De ontwikkelaar moet kunnen vermijden dat de vier vrijheden juridisch mogen worden uitgeoefend zonder naleving van zijn gebruiksvoorwaarden. Het enige juridische raamwerk dat dit in een opensourcemodel kan realiseren, is een combinatie van intellectuele rechten op alle onderdelen van het project, en vervolgens het in licentie geven van al deze rechten. Vanuit de hypothese dat de ontwikkelaar van het OS-project intellectuele-eigendomsrechten geniet op de verschillende onderdelen (en dus ook een eventuele registratieverplichting volbracht heeft), kan hij deze uitsluitingsrechten aanwenden als hefboom voor openheid. Deze openheid kan hij dan begrenzen door gebruiksvoorwaarden.<sup>362</sup>

**85.** Omwille van het *erga omnes* karakter van intellectuele rechten zullen de gebruiksvoorwaarden die de licentie oplegt, niet enkel de partijen binden maar zullen deze ook afdwingbaar zijn ten aanzien van derden-verkrijgers.<sup>363</sup>

<sup>360</sup> S. DUSOLLIER, "Sharing Access to Intellectual Property through Private Ordering", *Chicago-Kent Law Rev.* 2007, (1391) 1407 en 1421; V. N. VASUDEVA, *Open source software and intellectual property rights*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2014, 9, 30-31 en 44.

<sup>361</sup> Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, "Open source software: een analyse naar Belgisch recht", *IRDI* 2007, (369) 371.

<sup>362</sup> R. W. GOMULKIEWICZ, "Clarifications and complications in enforcing open source software" in J. DE WERRA (ed.), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, (76) 79; R. W. GOMULKIEWICZ, "How copyleft uses license rights to succeed in the open source software revolution and the implications for article 2B", *Houston Law Rev.* 1999, (179) 186; M. LAMBRECHT, *Licences ouvertes et exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique, subvertir ou réformer?*, Brussel, Larcier, 2018, 83; L. S. OSBORN, "Reevaluating intellectual property law in a 3D printing era", *The Bridge* 2017, afl. 3, (18) 21; G. VAN OVERWALLE, "Inventing inclusive patents. From old to new open innovation" in P. DRAHOS, G. GHIDINI en H. ULLRICH (eds.), *Kritika: Essays on Intellectual Property*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015, (206) 233; G. VAN OVERWALLE en E. VAN ZIMMEREN, "Recente ontwikkelingen in het octrooirecht", *Themis - Intellectuele Rechten* 2011, (53) 75; V. N. VASUDEVA, *Open source software and intellectual property rights*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2014, 29.

<sup>363</sup> A. CRUQUENAIRE en J.-F. HENROTTE, "Le mécanisme de la licence 'libre' et le droit d'auteur", *JLMB* 2011, (778)-781; K.-J. KOELMAN, "Brothers in arms: open source en auteursrecht", *Computerx.* 2004, (1) 1; G. VAN OVERWALLE, "Inventing inclusive patents. From old to new open innovation" in P. DRAHOS, G. GHIDINI en H. ULLRICH (eds.), *Kritika: Essays*



Derden-verkrijgers die het beschermde werk feitelijk ter beschikking gesteld krijgen, kunnen niet louter uit deze feitelijke terbeschikkingstelling, gebruiksrechten putten die hen in staat zouden stellen om de vier vrijheden uit te oefenen. Indien zij toch een van de vier vrijheden zouden (willen) stellen, kan de initiële maker hen dwingen om zich te schikken naar zijn gebruiksmodaliteiten.<sup>364</sup> Zonder intellectuele rechten, daarentegen, heeft de originele licentiegever geen controle over de *downstream*-gebruikers.<sup>365</sup>

**86.** Het publiek domein en de zuiver verbintenisrechtelijke overeenkomst, strategieën zonder intellectuele rechten, schieten te kort. In het eerste geval, verliest de ontwikkelaar iedere zeggenschap. Er zal dus hoogstens sprake kunnen zijn van 'open' delen. De zuiver verbintenisrechtelijke overeenkomst kan wel contractuele verplichtingen scheppen in hoofde van de partijen bij de overeenkomst. Derden-verkrijgers kunnen hier echter geen gebruiksrechten, noch -plichten uit putten.

**87.** Het opensourcemodel laat de principes van intellectuele eigendom dus niet los, integendeel, het steunt volledig op de combinatie van publiekrechtelijke afdwingbaarheid (een intellectuele-eigendomsrecht) en privaatrechtelijke afdwingbaarheid (een licentieovereenkomst).<sup>366</sup> “*De kwalificatie van opensourcelicenties als contracten biedt hen een dubbele bescherming: enerzijds door het contractenrecht en anderzijds door het intellectueel eigendomsrecht. Elk van beide regimes kan de tekortkomingen van het andere regime compenseren*”, aldus LAMBRECHT.<sup>367</sup> Enkel zo gaan de ruime toegelaten gebruikshandelingen niet ten koste van de rechten van de ontwikkelaar.

**88.** Aangezien de gebruiksrechten verleend door een licentie enkel betrekking hebben op het intellectuele recht waarop de licentie slaat, blijft voor de andere mogelijks geldende intellectuele rechten op het onderdeel een verbod bestaan. Een opensourcelicentie is dus slechts adequaat voor het ‘open’ delen van een project, voor zover zij gebruiksrechten verleent op alle geldende rechten op de onderdelen van het project. Opdat zij ook adequaat zou zijn voor het

---

on *Intellectual Property*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015, (206) 233; G. VAN OVERWALLE en E. VAN ZIMMEREN, “Recente ontwikkelingen in het octrooirecht”, *Themis – Intellectuele Rechten* 2011, (53) 75.

<sup>364</sup> M. LAMBRECHT, “Première decision Creative Commons: contrats de licence et modèles économiques du libre accès”, *RDTI* 2011, (70) 70, 73-73; L. S. OSBORN, “Reevaluating intellectual property law in a 3D printing era”, *The Bridge* 2017, afl. 3, (18) 20-21.

<sup>365</sup> K.-J. KOELMAN, “Brothers in arms: *open source* en auteursrecht”, *Computerr.* 2004, (1) 6; M. LAMBRECHT, “Première decision Creative Commons: contrats de licence et modèles économiques du libre accès”, *RDTI* 2011, (70) 72; L. S. OSBORN, “Reevaluating intellectual property law in a 3D printing era”, *The Bridge* 2017, afl. 3, (18) 20.

<sup>366</sup> M. LAMBRECHT, “Première decision Creative Commons: contrats de licence et modèles économiques du libre accès”, *RDTI* 2011, (70) 76.

<sup>367</sup> M. LAMBRECHT, *Licences ouvertes et exceptions au droit d’auteur dans l’environnement numérique, subvertir ou réformer?*, Brussel, Larcier, 2018, 128-129.

'gecontroleerd' delen van een project, moet zij steunen op een onderliggend intellectuele-eigendomsrecht, zodat de ontwikkelaar de gebruiksrechten op het intellectuele recht kan onderwerpen aan gebruiksvoorwaarden.

**89.** Opensourcesoftware wordt enkel door het auteursrecht beschermd, zonder dat registratie nodig is. Hier zal een auteursrechtelijke licentie dus voldoende zijn voor de verkrijger van het project om de vier vrijheden uit te oefenen. De ontwikkelaar van het project behoudt op zijn beurt controle, daar de gebruiker enkel toestemming heeft voor zover hij binnen de opgelegde grenzen van de ontwikkelaar blijft.

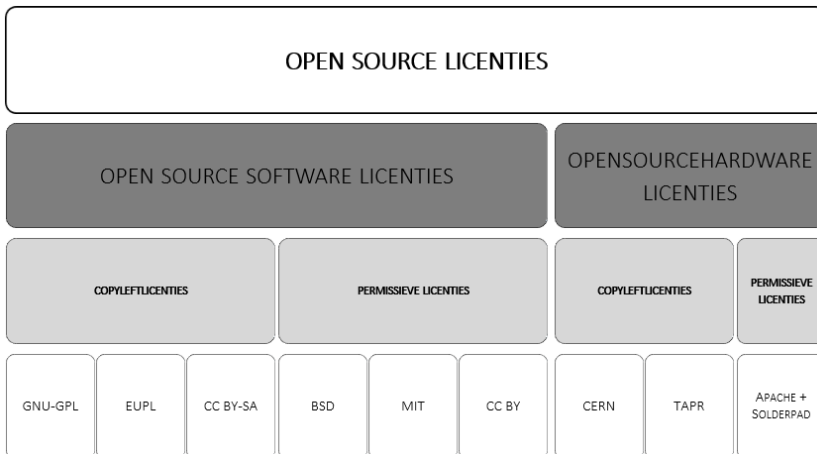
Deel 2.2.5 concludeerde reeds dat de onderdelen van opensourcehardware, in tegenstelling tot software, onder verschillende intellectueelrechtelijke regimes kunnen vallen, waarbij het afhangt van het regime of de exclusiviteitsrechten van rechtswege ontstaan of pas na registratie. De vraag of opensourcelicenties ook voor opensourcehardware een adequaat juridisch instrument vormen, komt aan bod in deel 4.

### 3. OPENSOURCELICENTIES

90. Het opensourcemodel gebruikt het conventionele licentiemechanisme om de realisatie van OS-projectente bewerkstelligen.<sup>368</sup> Het deel 3 van dit werk geeft een overzicht van de verschillende opensourcelicenties, waarna hun geldigheid en afdwingbaarheid in het Belgische recht getoetst wordt.

#### 3.1. SOORTEN OPENSOURCELICENTIES

Om als OSH-project te worden beschouwd, moet de gebruikte licentie voldoen aan de twaalf criteria van OSHWA. Het onderstaande schema geeft een niet-exhaustief overzicht van opensourcelicenties die voldoen aan de twaalf criteria van OSHWA.<sup>369</sup>



**Tabel 2.** Overzicht opensourcelicenties

Naargelang het product waarvoor de opensourcelicentie in beginsel werd ontwikkeld, onderscheiden we opensourcesoftwarelicenties en opensourcehardwarelicenties. Het is niet omdat een licentie voldoet aan de criteria van OSHWA, dat deze licentie ook specifiek voor opensourcehardware werd opgesteld.

Uit studies van BALKA en KATZ blijkt dat de meeste OSH-projecten geen licenties gebruiken die specifiek voor opensourcehardware werden

<sup>368</sup> V. N. VASUDEVA, *Open source software and intellectual property rights*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2014, 30 en 44.

<sup>369</sup> Bijlage IX. De *Statement of Principles* ("(...) to maximize the ability (...) to make and use hardware (...) and encouraging commerce (...)") en criterium 8 geven de 'use-maximisation' visie van OSHWA weer. A. KATZ, "Towards a Functional Licence for Open Hardware", *IFOSS L. Rev.* 2012, 41-62.

ontwikkeld. Ze kopiëren de licenties die werden ontwikkeld voor zuiver auteursrechtelijke werken, namelijk opensourcesoftware en *open content*.<sup>370</sup>

**91.** Strikt genomen is een *Creative Commons* licentie geen softwarelicentie. Het is een auteursrechtelijke licentie die oorspronkelijk was bedoeld voor 'creatieve werken' *sensu stricto*, zoals muziek en geschriften (*open content*).<sup>371</sup> Gelet op het feit dat de *Creative Commons*-licentie net als de softwarelicenties haar oorsprong vindt in het auteursrecht, behandelt dit werk de *Creative Commons* licentie als een auteursrechtelijke opensourcesoftwarelicentie.

**92.** Zowel de opensourcesoftware licenties als de opensourcehardwarelicenties delen de volgende twee principes. Ten eerste, is een opensourcelicentie niet gericht op het verkrijgen van *royalties* maar op het opleggen en afdwingen van een bepaald gedrag met behulp van gebruikersvoorwaarden.<sup>372</sup> De licentie zal, in tegenstelling tot de onderdelen van de software of hardware zelf, altijd gratis beschikbaar moeten zijn.<sup>373</sup> Ten tweede verplichten alle opensourcelicenties om minstens altijd de auteur te vermelden en een afschrift van de licentieovereenkomst bij te voegen.<sup>374</sup>

**93.** Naargelang welke gebruiksvoorwaarden uit de opensourcelicentie voortvloeien, onderscheiden we twee grote groepen: de copyleftlicenties en de permissieve licenties.<sup>375</sup> Naast de minimale attributieplichting en de verplichting om een afschrift van de licentietekst toe te voegen, vereist een copyleftlicentie bijkomend dat aanpassingen verder onder een copyleftlicentie worden verspreid. De keuze voor een permissieve licentie of copyleftlicentie zal iedere ontwikkelaar afzonderlijk moeten maken. Voor sommige OS-projecten zal het belangrijk zijn dat aanpassingen gedeeld worden en dat dit ook in rechte kan afgedwongen worden. Voor andere OS-projecten kan de copyleftvoorwaarde afschrikwekkend zijn en een reden om helemaal geen

<sup>370</sup> A. KATZ, "Towards a Functional Licence for Open Hardware", *IFOSS L. Rev.* 2012, 41-62.

<sup>371</sup> G. VANDENDRIESSCHE en K. MEUL, "Creative Commons licenties naar Belgisch auteursrecht", *A&M* 2011, (534) 534-535; P.-A. VAN MALLEGHEM, "Open source software licenties", *Jura Falconis* 2008-09, (557) 561.

<sup>372</sup> F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Wegwijs in het intellectuele eigendomsrecht*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 106; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, "Open source software: een analyse naar Belgisch recht", *IRDI* 2007, (369) 376; G. VAN OVERWALLE, "Individualism, Collectivism and openness in patent law: from exclusion to inclusion through licensing" in J. ROSEN (ed.), *European Intellectual Property Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, (194) 204.

<sup>373</sup> 5<sup>e</sup> criterium (Bijlage IX).

Y. COOL en P. LAURENT, "Introduction générale: repères pour comprendre le mouvement du logiciel libre" in Y. COOL, F. DE PATOUL, D. DE ROY, H. HAOUIDEG, P. LAURENT en E. MONTERO (eds.), *Les logiciels libres face au droit*, Brussel, Bruylant, 2005, (1) 10.

<sup>374</sup> 6<sup>e</sup> criterium (Bijlage IX).

Daarnaast bevatten alle open source licenties een vrijwaringsbeding en een exonatiebeding. Dit komt echter niet aan bod in dit werk.

<sup>375</sup> M. LAMBRECHT, *Licences ouvertes et exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique, subvertir ou réformer?*, Brussel, Larcier, 2018, 88-89.

opensourcemodel na te streven. Het delen van aanpassingen steunt hier op *goodwill*. Voor deze ontwikkelaars zal het belangrijker zijn om onderdelen van het OS-project te kunnen combineren met of hergebruiken in closedsource-(bedrijfs)toepassingen.<sup>376</sup>

94. In de delen 3.1.1 en 3.1.2 komen enkel de opensourcesoftwarelicenties aan bod. Het algemene kader en de toepassing van de TAPR-, CERN- en Apache + Solderpad licenties die specifiek voor openourcehardware werden opgesteld<sup>377</sup>, komen later aan bod in deel 4.1.2.

95. Bij de bespreking van de verschillende opensourcesoftwarelicenties, hanteren de volgende twee delen de klassieke tweedeling op basis van de opgelegde gebruiksmodaliteiten, namelijk: de copyleftlicenties en de permissieve licenties. Beide delen geven een algemeen kader van deze licenties weer. De gevolgen van het gebruik van deze opensourcesoftwarelicenties in een hardware omgeving, behandelt deel 4.1.1.

### 3.1.1. Copyleftlicenties

96. De copyleftlicenties vormen een woordspeling op het Engelse begrip voor auteursrecht (*copyright*). In zekere zin is dit de meest 'verregaande' categorie. Zij vereist dat software (lees: een auteursrechtelijk beschermd werk) die onder een copyleftlicentie is verkregen, en daarna werd aangepast of samengevoegd, opnieuw onder dezelfde copyleftvoorwaarden moet worden vrijgegeven.<sup>378</sup>

97. LAMBRECHT verkiest, in navolging van ROSEN, de term 'wederkerige licentie' (*licence réciproque; reciprocal license*), boven de term 'copyleft'.<sup>379</sup> ROSEN meent, met reden, dat het begrip 'copyleft' afschrikkend zou kunnen werken wegens de (pejoratieve) allusie op het tegenovergestelde van auteursrecht.<sup>380</sup> Dit is bovendien juridisch niet correct. Zoals reeds veelvuldig herhaald, steunt deze licentie net op het auteursrecht. LAMBRECHT van zijn kant vindt dat 'wederkerigheid' bovendien goed de verhouding weergeeft, tussen de rechten en plichten van de licentiegever en -nemer.<sup>381</sup> De wederkerige licentie verleent de licentienemer namelijk gebruiksrechten maar

<sup>376</sup> D. ROWLAND, U. KOHL en A. CHARLESWORTH, *Information Technology Law*, Routledge, Londen, 2017, 521-522 en 528.

<sup>377</sup> De Apachelicentie is eigenlijk een opensourcesoftwarelicentie. Aangezien de Solderpad hardwarelicentie echter als *wraparound* bij de Apachelicentie is opgevat, werd ervoor gekozen om deze licenties samen te behandelen bij de openourcehardwarelicenties in deel 4.

<sup>378</sup> Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, "Open source software: een analyse naar Belgisch recht", *IRDI* 2007, (369) 378.

<sup>379</sup> M. LAMBRECHT, *Licences ouvertes et exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique, subvertir ou réformer?*, Brussel, Larcier, 2018, 91-93; L. ROSEN, *Open source licensing*, New Jersey, Prentice Hall PTR, 2005, 105-107.

<sup>380</sup> L. ROSEN, *Open source licensing*, New Jersey, Prentice Hall PTR, 2005, 106.

<sup>381</sup> M. LAMBRECHT, *Licences ouvertes et exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique, subvertir ou réformer?*, Brussel, Larcier, 2018, 91.

stelt hier een wederkerige voorwaarde aan.<sup>382</sup> In 'ruil' voor deze gebruiksrechten zal de licentienemer bij de verspreiding van een aanpassing aan het werk, een gelijkwaardige licentie moeten gebruiken. LAMBRECHT noemt dit 'indirecte wederkerigheid' (*réciprocité indirecte*), aangezien de licentienemer de aanpassing niet specifiek, of enkel, aan de oorspronkelijke licentiegever moet teruggeven, maar aan de gebruikersgemeenschap.<sup>383</sup> Een bijkomend voordeel van het meer neutrale begrip 'wederkerige licentie' is dat deze ook meer geschikt is om te gebruiken wanneer dit licentiemechanisme betrekking heeft op een ander intellectuele-eigendomsrecht dan het auteursrecht.

Permissieve licenties zouden in zekere zin echter ook als wederkerige licenties kunnen worden gezien. De wederkerigheid zit hier evenwel niet in het delen van aanpassingen, maar bijvoorbeeld in het verlenen van attributie. In die zin zal elke opensourcelicentie een wederkerige licentie zijn: in ruil voor gebruiksrechten, verbindt de licentienemer zich ertoe om een bepaald gedrag (niet) te stellen.

**98.** De copyleftlicentie dwingt niet tot het verplicht moeten vrijgeven van de aanpassingen. Door te kiezen voor een copyleftlicentie dwingt de licentiegever de licentienemer wel om indien deze de aanpassingen of het tot stand gekomen afgeleide werk distribueert of exploiteert, dit onder dezelfde (of een gelijkwaardige) copyleftlicentie te doen.<sup>384</sup> De copyleftverplichting treedt immers slechts in werking bij de distributie van het werk. Voor louter intern gebruik moet de copyleftverplichting niet worden nageleefd.<sup>385</sup>

**99.** Een afdwingbare copyleftverplichting maakt de cirkel van het opensourcemodel rond, door het voortdurend delen van aanpassingen en verbeteringen.<sup>386</sup> Afgeleide werken die een onderdeel bevatten waarop een copyleftlicentie werd toegestaan kunnen nooit onder een permissieve of een

---

<sup>382</sup> *Ibid.*

<sup>383</sup> *Ibid.* LAMBRECHT omschrijft dit treffend als volgt: "De auteur die een werk tot stand gebracht door te putten uit de gedeelde kennis-pool (...), is verplicht om als wederdienst zijn werk ook in deze kennis-pool toe te voegen, ten voordele van de gebruikersgemeenschap".

<sup>384</sup> P. LAURENT, "Logiciels libres et droit d'auteur: naissance, titularité et exercice des droits patrimoniaux" in Y. COOL, F. DE PATOUL, D. DE ROY, H. HAOUIDEG, P. LAURENT en E. MONTERO (eds.), *Les logiciels libres face au droit*, Brussel, Bruylant, 2005, (23) 56; S. VAN CAMP, "OSS: de ondraaglijke lichtheid van een concept", *TBH* 2006, (487) 494.

<sup>385</sup> P. LAURENT, "Les licences de type open source ou open content ne se fondent pas sur un droit de destination", *IRDI* 2008, (149) 149; M. TRUYENS, "Open Source Software: een stand van zaken", *Computerr.* 2011, (193) 202; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, "Open source software: een analyse naar Belgisch recht", *IRDI* 2007, (369) 378-379.

<sup>386</sup> G. VAN OVERWALLE, "Individualism, Collectivism and openness in patent law: from exclusion to inclusion through licensing" in J. ROSEN (ed.), *European Intellectual Property Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, (194) 225.

closedsourcelicentie worden gedistribueerd.<sup>387</sup> Vanuit *anti-closure* perspectief is een copyleftverplichting dan ook onontbeerlijk voor het opensourcemodel. Vanuit *use-maximisation* perspectief wordt een copyleftlicentie echter als te restrictief beschouwd voor het opensourcemodel, omdat zij de mogelijkheden om het werk te delen en hergebruiken inperkt tot copyleftlicenties.<sup>388</sup> Een vaak gehoorde kritiek is bovendien de moeilijke compatibiliteit van copyleftlicenties onderling.<sup>389</sup>

### a. GNU-General Public License (GNU-GPL)

100. De GNU-GPL<sup>390</sup> is het meest uitgesproken voorbeeld van een copyleftlicentie<sup>391</sup>, die vooral vrijheid vooropstelt in de zin van *anti-closure*.<sup>392</sup> De GNU-GPL dwingt de licentienemer om voor de vrijgave van zowel het oorspronkelijke werk, als van een afgeleid werk, de GNU-GPL of een gelijkwaardige licentie te gebruiken.<sup>393</sup> Deze verplichting geldt eveneens voor werken die een bestanddeel bevatten dat via een GNU-GPL werd verkregen. Dit is het virale, verervende kenmerk.<sup>394</sup>

De GNU-GPL was de bakermat van de opensourcesoftwarebeweging.<sup>395</sup> Ze werd in 1989 opgesteld en gepubliceerd door STALLMAN, de grondlegger van de FSF.<sup>396</sup> De FSF zou men zowel als een voorloper, als, als een tegenhanger van de OSI kunnen beschouwen.

---

<sup>387</sup> S. VAN CAMP, "OSS: de ondraaglijke lichtheid van een concept", *TBH* 2006, (487) 499; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, "Open source software: een analyse naar Belgisch recht", *IRDI* 2007, (369) 378.

<sup>388</sup> N. SHEMTOV en I. WALDEN (eds.), *Free and Open Source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 451.

<sup>389</sup> S. DUSOLLIER, "Sharing Access to Intellectual Property through Private Ordering", *Chicago-Kent Law Rev.* 2007, (1391) 1425; M. LAMBRECHT, "Première decision Creative Commons: contrats de licence et modèles économiques du libre accès", *RDTI* 2011, (70) 72.

<sup>390</sup> Bijlage I.

<sup>391</sup> Art. 5 (c) GNU-GPL.

<sup>392</sup> N. SHEMTOV en I. WALDEN (eds.), *Free and Open Source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 451; G. VAN OVERWALLE, "Individualism, Collectivism and openness in patent law: from exclusion to inclusion through licensing" in J. ROSEN (ed.), *European Intellectual Property Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, (194) 202.

<sup>393</sup> Art. 4, 5 GNU-GPL.

<sup>394</sup> M. MAGGIOLINO en M. MONTAGNANI, "From *open source* software to open patenting – What's new in the realm of openness?", *IIC* 2011, (804) 811.

<sup>395</sup> N. SHEMTOV en I. WALDEN (eds.), *Free and Open Source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 83.

<sup>396</sup> L. GUIBAULT en O. VAN DAALEN, *Unravelling the myth around Open source Licences*, Den Haag, TMC Asser, 2006, 8-11.

## b. European Union Public License (EURL)

101. Op 18 mei 2017 keurde de Europese Commissie een nieuwe, tweede versie van de European Union Public License goed.<sup>397</sup> De eerste versie van deze Europese opensourcecopyleftlicentie<sup>398</sup> dateert van 2007.

102. De Europese Commissie stelde deze licentie op om een Europese 'interpretatie' van de GNU-GPL ter beschikking te stellen van overheden in de Europese Unie.<sup>399</sup> Deze licentie is niet alleen beschikbaar in de 24 officiële talen van de Europese Unie, maar werd ook door juristen uit de verschillende lidstaten getoetst op haar conformiteit met het nationale recht.<sup>400</sup> Op deze manier zou de EURL voor meer rechtszekerheid kunnen zorgen dan de van oorsprong Amerikaanse opensourcelicenties.<sup>401</sup>

## c. Creative Commons Naamsvermelding Gelijk-Delen (CC BY-SA)

103. *Creative commons* zijn niet noodzakelijk copyleftlicenties. De Creative Commons Organization biedt namelijk zes verschillende licenties aan waaruit licentiegevers kunnen kiezen. Slechts twee daarvan zijn in overeenstemming met de opensourcehardware criteria van OSHWA<sup>402</sup>: de *Creative Commons* Naamsvermelding-Gelijk Delen (CC BY-SA)<sup>403</sup> en de *Creative Commons* Naamsvermelding (CC BY). De opensourcehardwaredefinitie laat namelijk zowel een verbod op afgeleide werken, als een verbod op commercieel gebruik, niet toe.<sup>404</sup> De CC BY kwalificeert als permissieve licentie en komt in het volgende deel 3.1.2 aan bod.

De enige voorwaarde die de zes licenties gemeenschappelijk hebben is de verplichte naamsvermelding ('BY'). Het copyleftmechanisme<sup>405</sup> ontstaat bij *Creative Commons* dus enkel door de keuze van de licentiegever. Door zijn keuze voor een bepaalde *Creative Commons* licentie beslist deze immers welke rechten en plichten hij toekent aan zijn licentienemers.<sup>406</sup> Wanneer hij

---

<sup>397</sup> Bijlage II. Aangezien de 24 officiële taalversies van de EURL dezelfde waarde hebben, werd gekozen om deze in het Nederlands op te nemen.

Uitvoeringsbesl. Comm. nr. 2017/863, 18 mei 2017 tot actualisering van de licentie voor open source software EURL met het oog op de verdere vergemakkelijking van het delen en hergebruiken van software die door overheidsdiensten wordt ontwikkeld, *Pb.L.* 19 mei 2017, afl. 128, 59.

<sup>398</sup> Art. 5, § 3 EURL.

<sup>399</sup> M. TRUYENS, "Open Source Software: een stand van zaken", *Computerr.* 2011, (193) 203.

<sup>400</sup> *Ibid.*

<sup>401</sup> *Ibid.* 204.

<sup>402</sup> Bijlage IX. Naast deze zes licenties biedt creative commons ook nog de CC0 en de Publiek Domein Verklaring aan. Beiden zijn geen licenties en worden niet verder besproken.

<sup>403</sup> Gebruikt door Poppy Project, Open Bionics en Wikihouse.

<sup>404</sup> 5<sup>e</sup> en 8<sup>e</sup> criterium (Bijlage IX).

<sup>405</sup> Art. 4 CC BY-SA.

<sup>406</sup> M. LAMBRECHT, "Première decision Creative Commons: contrats de licence et modèles économiques du libre accès", *RDTI* 2011, (70) 71 <sup>11</sup><sub>SEP</sub>.



kiest voor de CC BY-SA, verplicht hij de licentienemers om hun aanpassingen onder dezelfde licentie vrij te geven (d.i. is het virale effect).

### 3.1.2. *Permissieve licenties*

104. De permissieve licenties zijn de tweede grote categorie van opensourcelicenties.

Zij worden 'permissief' genoemd omdat ze ruime gebruiksrechten toekennen aan de licentienemer zonder dat deze hiertegenover noemenswaardige plichten moet voldoen.<sup>407</sup> De enige gebruiksvoorwaarde die hij vanuit de licentie moet naleven is het vermelden van de naam van de auteur en het toevoegen van een exemplaar van de licentievoorwaarden.<sup>408</sup> In tegenstelling tot de copyleftlicenties verplichten de permissieve licenties de licentienemer niet om het (afgeleide) werk onder dezelfde of een gelijkwaardige licentie te verspreiden. Het staat de licentienemer in principe dus vrij om een andere permissieve licentie te gebruiken of om toch een copyleftlicentie te gebruiken of zelfs om het afgeleide werk verder onder een propriëtaire licentie te verspreiden.<sup>409</sup> Deze licenties gaan uit van een *use-maximisation* visie en zijn compatibel met verschillende soorten licenties wat hen uitermate geschikt maakt voor commercieel gebruik.<sup>410</sup>

#### a. Berkely Software Distribution licentie (BSD) & Massachusetts Institute of Technology licentie (MIT)

105. De permissieve licenties worden vaak 'academische licenties' genoemd, omwille van hun ontstaan aan universiteiten.<sup>411</sup>

De BSD-licentie<sup>412</sup> ontstond in 1989 aan de Amerikaanse universiteit van *Berkeley* als tegenreactie op de GNU-GPL.<sup>413</sup> De MIT-licentie<sup>414</sup> werd opgesteld door het wereldbekende *Massachusetts Institute of Technology* en is

---

<sup>407</sup> M. LAMBRECHT, *Licences ouvertes et exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique, subvertir ou réformer?*, Brussel, Larcier, 2018, 89.

<sup>408</sup> *Ibid.*

<sup>409</sup> M. LAMBRECHT, *Licences ouvertes et exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique, subvertir ou réformer?*, Brussel, Larcier, 2018, 89-90; D. ROWLAND, U. KOHL en A. CHARLESWORTH, *Information Technology Law*, Londen, Routledge, 2017, 520.

<sup>410</sup> J. LERNER en J. TIROLE, "The economics of technology sharing: open source and beyond", *Journal of Economic Perspectives* 2005, (99) 103.

<sup>411</sup> M. LAMBRECHT, *Licences ouvertes et exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique, subvertir ou réformer?*, Brussel, Larcier, 2018, 89-90.

<sup>412</sup> Bijlage IV.

<sup>413</sup> L. GUIBAULT en O. VAN DAALEN, *Unravelling the myth around Open source Licences*, Den Haag, TMC Asser, 2006, 11-12.

<sup>414</sup> Bijlage III. Gebruikt door Precious Plastic.

gebaseerd op de BSD-licentie. In wat volgt zullen deze licenties dan ook samen worden besproken aangezien zij zo gelijklopend zijn.<sup>415</sup>

## b. Creative Commons Naamsvermelding (CC BY)

106. De tweede *Creative Commons*-licentie die voldoet aan de opensourcehardware definitie is de *Creative Commons* Naamsvermelding (CC BY).<sup>416</sup> De enige voorwaarde die de permissieve *Creative Commons* Naamsvermelding oplegt is dat de auteur(s) van het werk worden vermeld.

## 3.2. GELDIGHEID EN AFDWINGBAARHEID VAN OPENSOURCELICENTIES IN HET BELGISCH RECHT

107. Het deel 3.1 lijstte de verschillende opensourcelicenties op. Dit deel 3.2.2 bespreekt de geldigheid en afdwingbaarheid van deze licenties in het Belgisch recht. Aangezien de opensourcesoftwarelicenties auteursrechtelijke licenties zijn, zal het onderzoek naar de geldigheid en afdwingbaarheid van deze licenties worden gevoerd vanuit het oogpunt van het auteursrecht en het algemeen verbintennisrecht.

### 3.2.1. Kwalificatie en geldigheid

#### a. Kwalificatie

##### a.1. Overeenkomst sui generis

108. In België zijn er geen bijzondere wettelijke bepalingen omtrent opensourcelicenties.<sup>417</sup> Meer nog, het Belgisch recht kent ook geen bijzondere wettelijke bepalingen inzake de ‘klassieke’ licenties.<sup>418</sup> De rechtspraak en

<sup>415</sup> De MIT-licentie brengt enige verduidelijking aan tegenover de BSD-licentie door de toegelaten ruime gebruiksrechten op te sommen (*use, copy, modify, merge, publish, distribute*) en niet enkel beperkt te blijven tot *redistribution and use* zoals de BSD-licentie.

<sup>416</sup> Bijlage VIII. Gebruikt door OpenDesk. De andere vier *Creative Commons*-licenties acht het OSHWA niet compatibel met de opensourcehardwaredefinitie, aangezien zij meer restricties opleggen aan de vrijheid van de licentienemer dan aan de vrijheid van de licentiegever, doordat de licentienemer of geen afgeleide werken mag maken (CC BY-ND), of geen commerciële doelstellingen mag nastreven (CC BY-NC en CC BY-NC-SA), of geen van beiden mag (CC BY-NC-ND). OSHWA, "OSH FAQ", s.d., <https://www.oshwa.org/faq/>, laatst geraadpleegd op 1 april 2018.

<sup>417</sup> G. L. BALLON, "Privaatrechtelijke aspecten van licentieovereenkomsten", *Themis – Handels- en economisch recht* 2005, (5) 5; A. METZGER en S. HENNINGS, "General Report" in A. METZGER (ed.), *Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models, a Comparative Analysis*, Heidelberg, Springer, 2016, (3) 6.

<sup>418</sup> V. CASSIERS, M.-C. JANSSENS en E. VAN ZIMMEREN, "License Contracts, Free Software and Creative Commons – An Overview of the State of Play in Belgium" in A. METZGER (ed.), *Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models, a Comparative Analysis*, Heidelberg, Springer, 2016, (51) 52; Y. VAN COUTER en B. VANBRABANT, *Handboek Licentieovereenkomsten*, Brussel, Larcier, 2008, 7.

rechtsleer zijn dus op zoek moeten gaan naar de meest correcte juridische kwalificatie.<sup>419</sup>

Uit de reeds vermelde definitie van de licentie blijkt dat licentieovereenkomsten contracten zijn in de zin van de artikelen 1101 en 1102 BW.

**109.** De licentie houdt geen overdracht in van het intellectuele-eigendomsrecht. De houder van het recht, de licentiegever, behoudt de eigendom over dit recht. Zoals reeds eerder vermeld, zijn intellectuele-eigendomsrechten exclusieve verbodsrechten die *erga omnes* gelden. Er mogen dus geen handelingen worden gesteld met betrekking tot het beschermde werk, tenzij en voor zover een gebruiksrecht verkregen werd van de houder van het intellectuele-eigendomsrecht. De licentiegever verleent aan de licentienemer dus een gebruiksrecht dat de licentienemer toelaat om handelingen te stellen die anders verboden zouden zijn.

**110.** In een klassieke licentieverhouding verbindt de licentienemer zich ertoe hier een geldelijke vergoeding voor te betalen.<sup>420</sup> In een opensourcelicentieverhouding verbindt de licentienemer zich er niet toe om een vergoeding te betalen maar wel om bepaalde gedragingen (niet) te stellen.<sup>421</sup>

**111.** De kwalificatie van opensourcelicenties is dan ook moeilijk.

Ten eerste zijn de regels rond de koop-verkoopovereenkomst bij ontstentenis van een prijs niet toepasbaar. Daarnaast vindt ook geen eigendomsoverdracht plaats: de licentiegever behoudt al zijn initiële rechten, weliswaar niet meer exclusief.<sup>422</sup>

Ten tweede is ook de kwalificatie als huur van goederen of diensten niet mogelijk. Hiervoor moet opnieuw onder andere sprake zijn van een prijs.<sup>423</sup> Daarnaast verleent de huur slechts het genot van bestaande goederen

<sup>419</sup> Art. 1101 en 1102 Burgerlijk Wetboek, *BS* 3 september 1807, 0. (hierna: BW).

<sup>420</sup> *Ibid.*

<sup>421</sup> F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Wegwijs in het intellectuele eigendomsrecht*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 106; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, “Open source software: een analyse naar Belgisch recht”, *I.R.D.I.* 2007, (369) 376; G. VAN OVERWALLE, “Individualism, Collectivism and openness in patent law: from exclusion to inclusion through licensing” in ROSEN, J. (ed.), *European Intellectual Property Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, (194) 204.

<sup>422</sup> Y. COOL, “Aspects contractuels de licences de logiciels libres: les obligations de la liberté” in Y. COOL, F. DE PATOUL, D. DE ROY, H. HAOUIDEG, P. LAURENT en E. MONTERO (eds.), *Les logiciels libres face au droit*, Brussel, Bruylant, 2005, (137) 145.

<sup>423</sup> G. L. BALLON, “Privaatrechtelijke aspecten van licentieovereenkomsten”, *Themis – Handels- en economisch recht* 2005, (5) 13; Y. COOL, “Aspects contractuels de licences de logiciels libres: les obligations de la liberté” in Y. COOL, F. DE PATOUL, D. DE ROY, H. HAOUIDEG, P. LAURENT en E. MONTERO (eds.), *Les logiciels libres face au droit*, Brussel, Bruylant, 2005, (137) 148-150.

terwijl de licentie aanleiding kan geven tot de productie van nieuwe goederen.<sup>424</sup> Bruiklening is de enige benoemde overeenkomst die geen prijs veronderstelt. De teruggaveplicht en de tijdelijkheid van deze overeenkomst zorgen er echter voor dat zij niet toepasbaar is op opensourcelicenties.

112. Hieruit moeten we besluiten dat opensourcelicenties in de rechtspraak en de rechtsleer in beginsel gekwalificeerd worden als overeenkomsten *sui generis*<sup>425</sup>, waarop (i) voor zover partijen niets bepaald hebben, (ii) de dwingende regels uit het intellectuele-eigendomsrecht inzake licenties<sup>426</sup> van toepassing zijn, (iii) aangevuld met het algemeen verbintennisrecht, overeenkomstig de artikelen XI.167 WER, 1101, 1107 en 1135 BW.<sup>427</sup>

### *a.2. Dwingende regels uit het auteursrecht inzake licenties*

113. De bestaande opensourcesoftwarelicenties zijn auteursrechtelijke licenties. Dit onderdeel bespreekt daarom aan welke dwingende regels uit het auteursrecht zij moeten voldoen.

Het auteursrecht bestaat uit twee soorten exclusieve rechten: de materiële rechten (art. XI.165, § 1 WER) en de morele rechten (art. XI.165, § 2 WER).

Krachtens artikel XI.165, § 1 *juncto* artikel XI.167, § 1 WER kan de auteur een licentieovereenkomst sluiten met betrekking tot zijn materiële rechten.

---

<sup>424</sup> G. L. BALLON, “Privaatrechtelijke aspecten van licentieovereenkomsten”, *Themis – Handels- en economisch recht* 2005, (5) 13.

<sup>425</sup> V. CASSIERS, M.-C. JANSSENS en E. VAN ZIMMEREN, “License Contracts, Free Software and Creative Commons – An Overview of the State of Play in Belgium” in A. METZGER (ed.), *Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models, a Comparative Analysis*, Heidelberg, Springer, 2016, (51) 59; Y. COOL, “Aspects contractuels de licences de logiciels libres: les obligations de la liberté” in Y. COOL, F. DE PATOUL, D. DE ROY, H. HAOUIDEG, P. LAURENT en E. MONTERO (eds.), *Les logiciels libres face au droit*, Brussel, Bruylant, 2005, (137) 149; S. VAN CAMP, “OSS: de ondraaglijke lichtheid van een concept”, *TBH* 2006, (487) 499; Y. VAN DEN BRANDE J. en KEUSTERMANS, “Open source software: een analyse naar Belgisch recht”, *IRDI* 2007, (369) 381.

<sup>426</sup> Art. XI.167 WER inzake auteursrechtelijke exploitatiecontracten en art. 32 VOGMO inzake licenties van modellen.

<sup>427</sup> V. CASSIERS, M.-C. JANSSENS en E. VAN ZIMMEREN, “License Contracts, Free Software and Creative Commons – An Overview of the State of Play in Belgium” in A. METZGER (ed.), *Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models, a Comparative Analysis*, Heidelberg, Springer, 2016, (51) 52; Y. COOL, “Aspects contractuels de licences de logiciels libres: les obligations de la liberté” in Y. COOL, F. DE PATOUL, D. DE ROY, H. HAOUIDEG, P. LAURENT en E. MONTERO (eds.), *Les logiciels libres face au droit*, Brussel, Bruylant, 2005, (137) 149; L. GUIBAULT en O. VAN DAALEN, *Unravelling the myth around Open source Licences*, Den Haag, TMC Asser, 2006, 47; Y. VAN COUTER en B. VANBRABANT, *Handboek Licentieovereenkomsten*, Brussel, Larcier, 2008, 7.

## a.2.1. Auteursrechtelijk exploitatiecontract

114. Wanneer de licentieovereenkomst betrekking heeft op (materiële) auteursrechten kan zij een auteursrechtelijk exploitatiecontract zijn, in de zin van artikel XI.176 WER. VANHEES definieert auteursrechtelijke exploitatiecontracten als “overeenkomsten waarbij aan één of meerdere anderen het recht wordt verleend om een auteursrechtelijk beschermd werk op één of meerdere wijze(n) te exploiteren,”<sup>428</sup> waarbij ‘exploiteren’ ruim moet worden begrepen. De vier vrijheden die de opensourcelicenties beogen voldoen in beginsel dus aan deze definitie.<sup>429</sup> Opdat er sprake zou zijn van een auteursrechtelijk exploitatiecontract, is echter ook vereist dat de auteur zelf, dit is de persoon die het werk tot stand bracht<sup>430</sup>, partij is bij de overeenkomst.<sup>431</sup> De meeste opensourcelicenties voorzien in een clause die bepaalt dat alle voorgaande auteurs partij worden bij de overeenkomst. In een dergelijk geval gelden naast de regels van het algemeen verbintenisrecht, ook de bijkomende dwingende regels van artikel XI.167 WER.<sup>432</sup>

115. Dit is van belang aangezien dit het principe van de restrictieve interpretatie inhoudt.<sup>433</sup> Volgens de algemene regel van artikel 1162 BW moeten contracten, indien twijfel, uitgelegd worden in het nadeel van de partij die bedongen heeft, *in casu* de licentiegever, auteur. Hiertegenover staat evenwel artikel XI.167, § 1 WER. Deze belangrijke bepaling uit het Belgische

---

<sup>428</sup> H. VANHEES, “Artikel XI.167” in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet, De Belgische Auteurswet, Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2018, (77) 78; H. VANHEES, “Auteurscontract” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, 2012, (63) 70.

<sup>429</sup> V. CASSIERS, M.-C. JANSSENS en E. VAN ZIMMEREN, “License Contracts, Free Software and Creative Commons – An Overview of the State of Play in Belgium” in A. METZGER (ed.), *Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models, a Comparative Analysis*, Heidelberg, Springer, 2016, (51) 54; H. VANHEES, “Artikel XI.167” in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet, De Belgische Auteurswet, Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2018, (77) 78.

<sup>430</sup> Art. XI.170 WER.

<sup>431</sup> “Of de personen die na het overlijden van de auteur, krachtens een universele rechtsovergang, [en dus niet via een bijzonder legaat] in het bezit zijn gekomen van zijn vermogensrechten en gerechtigd zijn om deze uit te oefenen”.

H. VANHEES, “Artikel XI.167” in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet, De Belgische Auteurswet, Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2018, (77) 78; H. VANHEES, “Auteurscontract” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, 2012, (63) 73-78.

<sup>432</sup> H. VANHEES, “Artikel XI.167” in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet, De Belgische Auteurswet, Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2018, (77) 78-81.

<sup>433</sup> Verder vereist art. XI.167 WER dat een contract ten aanzien van de auteur schriftelijk wordt bewezen en moeten de exploitatiewijzen, de vergoeding van de auteur, de reikwijdte en de duur van de rechten uitdrukkelijk worden bepaald. Hier wordt niet verder op ingegaan, gelet op de bevestiging door de rechtspraak van de geldigheid van opensourcelicenties.

H. VANHEES, “Artikel XI.167” in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet, De Belgische Auteurswet, Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2018, (77) 78-81.

auteursrecht stelt dat auteurscontracten *in dubio pro autore* moeten worden uitgelegd.<sup>434</sup>

Dit houdt bijvoorbeeld in dat wanneer uit vage bepalingen in het contract zoals 'overdracht', niet kan worden afgeleid of het hierbij gaat om een vervreemding (d.i. de overdracht van rechten), dan wel een licentie (d.i. de verlening van gebruiksrechten), zal moeten besloten worden tot een licentie.<sup>435</sup> "*Niemand wordt immers geacht zijn rechten meer te hebben beperkt dan hij zelf heeft geëxpliceerd*"<sup>436</sup>, aldus BALLON. Wanneer de opensourcelicentie geen auteurscontract is, geldt de gewone *contra preferentem* bepaling van het algemene contractenrecht.<sup>437</sup>

#### a.2.2. Principiële onvervreemdbaarheid van de morele auteursrechten

116. De morele auteursrechten zijn vervat in artikel XI.165, § 2 WER en bestaan uit het divulgatierecht, het recht op erkenning van vaderschap en het recht op integriteit.<sup>438</sup> Artikel *6bis* van de Bernerconventie herneemt het recht op erkenning van vaderschap en het recht op integriteit als minimale morele rechten. De morele rechten gelden minstens tot na het verstrijken van de vermogensrechten<sup>439</sup> en werken ook door naar de afgeleide werken.<sup>440</sup>

De morele rechten sluiten zo nauw aan bij de persoon van de auteur dat ze in beginsel enkel door hem kunnen worden uitgeoefend. Hieruit volgt dat de morele rechten van een auteur principieel onvervreemdbaar zijn.<sup>441</sup>

117. Het onvervreemdbare karakter van de morele auteursrechten is echter niet absoluut; de auteur kan, schriftelijk, verzaken aan de concrete uitoefening van een *bepaald* moreel recht met betrekking tot een *bepaald* werk.<sup>442</sup> Iedere

---

<sup>434</sup> M. LAMBRECHT, "Première decision Creative Commons: contrats de licence et modèles économiques du libre accès", *RDTI* 2011, (70) 70; A. METZGER en S. HENNINGS, "General Report" in A. METZGER (ed.), *Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models, a Comparative Analysis*, Heidelberg, Springer, 2016, (3) 6.

<sup>435</sup> H. VANHEES, "Auteurscontract" in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, 2012, (63) 88-89.

<sup>436</sup> G. L. BALLON, "Privaatrechtelijke aspecten van licentieovereenkomsten", *Themis – Handels- en economisch recht* 2005, (5) 7.

<sup>437</sup> M. LAMBRECHT, "Première decision Creative Commons: contrats de licence et modèles économiques du libre accès", *RDTI* 2011, (70) 71; E. OTTOY, *Creative commons, onderzoek naar de geldigheid en afdwingbaarheid van CC-licenties in het Belgisch recht*, onuitg. Masterscriptie rechten Ugent, 2013, 38.

<sup>438</sup> Art. XI.165, § 2 WER.

<sup>439</sup> Art. *6bis* Bernerconventie.

<sup>440</sup> F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Brussel, 2000, 43.

<sup>441</sup> Art. XI.165, § 2 WER; F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Brussel, 2000, 147.

<sup>442</sup> F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Wegwijs in het intellectuele eigendomsrecht*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 54; H. VANHEES, *De wettelijke regeling inzake auteurscontracten*,

afstand *in globo* van de toekomstige uitoefening van zijn morele rechten is nietig.<sup>443</sup> Opensourcelicenties zijn evenwel ontstaan in de Verenigde Staten waar een algehele verzaking van de morele rechten wel is toegelaten.<sup>444</sup> Deze licenties houden dan ook minder rekening met het onvervreembare karakter van de morele rechten.

118. Enkel het vaderschapsrecht is prominent aanwezig in de verschillende opensourcelicenties onder de noemer 'attributierecht', waarbij een '*copyright notice*' toegevoegd moet worden bij de verdere verspreiding van het (afgeleide) werk.<sup>445</sup> Dit is niet verwonderlijk aangezien opensource(hardware)projecten vaak ofwel zijn ingegeven vanuit morele of sociale drijfveren waar de auteur zich met wil vereenzelvigen, ofwel vanuit het oogpunt dat een kwaliteitsvol opensource(hardware)product zal zorgen voor de verkoop van de bijbehorende diensten.<sup>446</sup>

119. Het recht op integriteit is tweeledig. Op basis van zijn integriteitsrecht zal de auteur zich enerzijds kunnen verzetten tegen alle wijzigingen van zijn werk, en anderzijds tegen toepassingen of wijzigingen van zijn werk, die zijn eer en goede naam aantasten.<sup>447</sup> Aan de uitoefening van dit eerste onderdeel van het morele integriteitsrecht kan de auteur schriftelijk verzaken.<sup>448</sup> Het tweede luik is daarentegen een absoluut recht waar nooit afstand van gedaan kan worden.<sup>449</sup>

---

Mechelen, Kluwer 2012, 88-91; H. VANHEES, *Handboek intellectuele rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 100.

<sup>443</sup> Art. 6 *bis* Bernerconventie; art. XI.165, § 2 WER; V. CASSIERS, M.-C. JANSSENS en E. VAN ZIMMEREN, "License Contracts, Free Software and Creative Commons – An Overview of the State of Play in Belgium" in A. METZGER (ed.), *Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models, a Comparative Analysis*, Heidelberg, Springer, 2016, (51) 56; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, "Open source software: een analyse naar Belgisch recht", *IRDI* 2007, (369) 375.

<sup>444</sup> B. DE VUYST en L. STEUTS, "De notie morele rechten in een internationale, vergelijkende en transactionele context", *IRDI* 2005, (8) 9-10; R. P. MERGES en S. HAIYAN SONG, *Transnational intellectual property law, text and cases*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, 391; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, "Open source software: een analyse naar Belgisch recht", *IRDI* 2007, (369) 375.

<sup>445</sup> Art. 4 GNU-GPL; art. 5 EUPL; § 1 MIT; art. 1 en 2 BSD; art. 3 CERN; art. 5 TAPR; art. 4 Apache (+ Solderpad); art. 4 (c) Creative Commons.

<sup>446</sup> Y. COOL en P. LAURENT, "Introduction générale: repères pour comprendre le mouvement du logiciel libre" in Y. COOL, F. DE PATOUL, D. DE ROY, H. HAOUIDEG, P. LAURENT en E. MONTERO (eds.), *Les logiciels libres face au droit*, Brussel, Bruylant, 2005, (1) 13; M. LAMBRECHT, *Licences ouvertes et exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique, subvertir ou réformer?*, Brussel, Larcier, 2018, 138; P.-A. VAN MALLEGHEM, "Open source software licencies", *Jura Falconis* 2008-09, (557) 573.

<sup>447</sup> A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur*, Brussel, Larcier, 2008, 272-273; P.-A. VAN MALLEGHEM, "Open source software licencies", *Jura Falconis* 2008-09, (557) 574.

<sup>448</sup> F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Wegwijs in het intellectuele eigendomsrecht*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 54; M. LAMBRECHT, *Licences ouvertes et exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique, subvertir ou réformer?*, Brussel, Larcier, 2018, 124-125.

<sup>449</sup> *Ibid*

De opensource(hardware)definitie, bepaalt echter uitdrukkelijk dat een auteur “*zich niet kan verzetten tegen de aanwending van zijn werk voor bepaalde toepassingsgebieden.*”<sup>450</sup> Dit is in strijd met het absolute morele integriteitsrecht van de auteur. Wanneer een toepassing of wijziging van de auteursrechtelijk beschermde onderdelen van het werk, de eer of goede naam van de auteur aantast, zal hij zich altijd kunnen verzetten, ongeacht wat in de opensourcehardwarelicentie zou zijn bepaald.<sup>451</sup>

KOELMAN concludeert desondanks dat een afdwingbaarheid in rechte van het absolute integriteitsrecht moeilijk zou kunnen zijn, aangezien de opensourcelicenties uitdrukkelijk de aanpassing van werken toelaten.<sup>452</sup> KOELMAN leidt hieruit af dat de auteur op deze manier impliciet afstand heeft gedaan van zijn verzet tegen wijzigingen.<sup>453</sup> Naar mijn mening gaat deze conclusie voorbij aan het absolute karakter van het recht op eer en goede naam van de auteur. Het verzet tegen loutere aanpassingen zal inderdaad moeilijk afdwingbaar zijn, en snel tot rechtsmisbruik doen besluiten.<sup>454</sup> Gelet op het feit dat het wijzigen van een werk een van de vier opensourcevrijheden is die de auteur heeft onderschreven. Wanneer een wijziging echter de eer en goede naam van de auteur aantast, lijkt het mijns inziens perfect mogelijk dat de auteur zich hiertegen kan verzetten. De auteur kan nooit aan deze kern van het integriteitsrecht verzaken, ongeacht wat contractueel bepaald werd.<sup>455</sup>

### *a.3. Intuitae personae overeenkomst?*

Of een licentieovereenkomst *intuitu personae* werd bedongen, zal *in concreto* moeten worden beoordeeld. Er zal een *intuitu personae*-overeenkomst zijn wanneer de licentiegever belang hecht aan de specifieke kwaliteiten van de persoon van de licentienemer bij het toekennen van de licentie. In de rechtsleer geldt een vermoeden dat klassieke licenties *intuitu personae* zijn aangegaan.<sup>456</sup> Bij opensourcelicenties is dit enerzijds moeilijk vol te houden aangezien de licentienemer vaak onbekend is voor de licentiegever. De opensourcelicentie is niet exclusief en staat open voor iedereen.<sup>457</sup> Anderzijds zullen de personen

---

<sup>450</sup> 8<sup>e</sup> criterium (Bijlage IX).

<sup>451</sup> Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, “Open source software: een analyse naar Belgisch recht”, *IRDI* 2007, (369) 376.

<sup>452</sup> K.-J. KOELMAN, “Brothers in arms: *open source* en auteursrecht”, *Computerr.* 2004, (1) 6.

<sup>453</sup> *Ibid.*

<sup>454</sup> A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d’auteur*, Brussel, Larcier, 2008, 139; F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du droit d’auteur et des droits voisins*, Bruylant, Brussel, 2000, 149.

<sup>455</sup> V. CASSIERS, M.-C. JANSSENS en E. VAN ZIMMEREN, “License Contracts, Free Software and Creative Commons – An Overview of the State of Play in Belgium” in A. METZGER (ed.), *Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models, a Comparative Analysis*, Heidelberg, Springer, 2016, (51) 57; H. VANHEES, *De wettelijke regeling inzake auteurscontracten*, Mechelen, Kluwer 2012, 88-89.

<sup>456</sup> *Ibid.*

<sup>457</sup> M. CLEMENT-FONTAINE, *L’oeuvre libre*, Brussel, Larcier, 2014, 48; L. GUIBAULT en O. VAN DAALEN, *Unravelling the myth around Open source Licences*, Den Haag, TMC Asser, 2006, 52.



die een opensourcelicentie aanvaarden, specifieke kwaliteiten delen, in die zin dat zij het opensourcemodel onderschrijven. Er zal dus telkens een beoordeling *in concreto* moeten plaatsvinden.

#### a.4. Toetredingscontract

**120.** De inhoud van de opensourcelicentieovereenkomst staat vooraf integraal vastgelegd. De licentienemer kan de licentievoorwaarden niet wijzigen.<sup>458</sup> Indien hij de licentie wil verkrijgen, dan zal hij met de bijbehorende licentievoorwaarden akkoord moeten gaan.<sup>459</sup>

### b. Geldigheid

#### b.1. Totstandkoming

**121.** Een toetredingscontract is een overeenkomst in de zin van artikel 1101 BW. Artikel 1108 BW legt vier voorwaarden op waaraan een overeenkomst moet voldoen opdat zij rechtsgeldig tot stand zou komen: (i) wilsovereenstemming van de partijen die zich verbinden, (ii) hun bekwaamheid om te contracteren, (iii) een bepaald voorwerp als inhoud van de verbintenis en (iv) een geoorloofde oorzaak van de verbintenis.<sup>460</sup>

**122.** Alvorens dieper in te gaan op de wilsovereenstemming bij toetredingscontracten en de partijen bij de overeenkomst, wordt zeer kort stil gestaan bij de tweede tot en met vierde voorwaarde.

De tweede voorwaarde vereist dat de licentiegever bekwaam is om een licentie te verlenen. Dit houdt in dat hij de houder is van het intellectuele-eigendomsrecht waar hij gebruiksrechten op toestaat (het voorwerp van de overeenkomst).<sup>461</sup> De geoorloofde oorzaak kan bijvoorbeeld het openstellen van het werk zijn.<sup>462</sup>

---

<sup>458</sup> In tegenstelling tot klassieke toetredingsovereenkomsten kan ook de licentiegever de opensourcelicentieovereenkomst niet (vooraf) wijzigen.

E.P.M. THOLE en W. SEINEN, “Open source software licenties: een civielrechtelijke analyse”, *Computerr.* 2004, (221) 223; S. VAN CAMP, “OSS: de ondraaglijke lichtheid van een concept”, *TBH* 2006, (487) 500

<sup>459</sup> M. LAMBRECHT, “Première decision Creative Commons: contrats de licence et modèles économiques du libre accès”, *RDTI* 2011, (70) 73.

<sup>460</sup> Het Belgische recht kent in tegenstelling tot de *common law*-landen geen ‘*consideration*’-voorwaarde.

Y. VAN COUTER en B. VANBRABANT, *Handboek Licentieovereenkomsten*, Brussel, Larcier, 2008, 37.

<sup>461</sup> E. DE GRUYSE, “Licentieovereenkomsten” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, 2003, (9) 13; Y. VAN COUTER en B. VANBRABANT, *Handboek Licentieovereenkomsten*, Brussel, Larcier, 2008, 44.

<sup>462</sup> V. CASSIERS, M.-C. JANSSENS en E. VAN ZIMMEREN, “License Contracts, Free Software and Creative Commons – An Overview of the State of Play in Belgium” in A. METZGER (ed.),

b.1.1. *Browse-wrap* licentie

**123.** Opensourcelicentieovereenkomsten zijn elektronische toetredingscontracten<sup>463</sup>, waarbij de toetreders zelden uitdrukkelijk de licentievoorwaarden zal aanvaarden.<sup>464</sup>

Binnen de elektronische toetredingscontracten onderscheidt de rechtsleer nog drie subcategorieën. De *shrink-wrap*-licentie, de *click-wrap*-licentie, en de *browse-wrap*-licentie.

De geldigheid van de *shrink-wrap*-licentie, waarbij de aanvaarding wordt afgeleid uit het openen van de software, wordt sterk betwist in de Belgische rechtsleer.<sup>465</sup>

De *click-wrap*-licentie, die vereist dat expliciet een vakje moet worden aangeklikt voor ondubbelzinnig akkoord, aanvaardt de Belgische rechtsleer wel algemeen en wordt omwille van het bewijsrecht ook aangeraden door THOLE, SEINEN, KEUSTERMANS, VAN DEN BRANDE, VAN CAMP, VANDENDRIESSCHE en MEUL.<sup>466</sup>

**124.** Opensourcelicenties behoren tot de laatste categorie van ‘*browse-wrap*-licenties’ waarbij de gebruiker de licentievoorwaarden, al dan niet online of op een bijgevoegd ‘*license.txt*’ bestand, kan raadplegen, maar zijn expliciete aanvaarding niet hoeft mee te delen. De geldigheid van ‘*browse-wrap*-licenties’ werd in Europa voor het eerst bevestigd in 2002 in het Nederlandse arrest *Netwise/NTS* en in 2004 in het Duitse arrest *Netfilter/Sitecom*.<sup>467</sup>

---

*Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models, a Comparative Analysis*, Heidelberg, Springer, 2016, (51) 63.

<sup>463</sup> De specifieke regels over elektronische contracten en consumenten behoren niet tot het bestek van dit werk. Zie hierover J. SCHRAEYEN (ed.), *Algemene voorwaarden*, Brussel, Larcier, 2012, 376 p.

<sup>464</sup> S. VAN CAMP, “OSS: de ondraaglijke lichtheid van een concept”, *TBH* 2006, (487) 500; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, “Open source software: een analyse naar Belgisch recht”, *IRDI* 2007, (369) 377.

<sup>465</sup> V. CASSIERS, M.-C. JANSSENS en E. VAN ZIMMEREN, “License Contracts, Free Software and Creative Commons – An Overview of the State of Play in Belgium” in A. METZGER (ed.), *Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models, a Comparative Analysis*, Heidelberg, Springer, 2016, (51) 60; M. CLEMENT-FONTAINE, *L’oeuvre libre*, Brussel, Larcier, 2014, 127; C. DE PRETER en H. DEKEYSER, “De toestandkoming en draagwijdte van *open source*-licenties”, *Computerr.* 2004, afl. 5, 216-220; S. VAN CAMP, “OSS: de ondraaglijke lichtheid van een concept”, *TBH* 2006, (487) 501; G. VANDENDRIESSCHE en K. MEUL, “Creative Commons licenties naar Belgisch auteursrecht”, *A&M* 2011, 538.

<sup>466</sup> E.P.M. THOLE en W. SEINEN, “Open source software licenties: een civielrechtelijke analyse”, *Computerr.* 2004, (221) 223; S. VAN CAMP, “OSS: de ondraaglijke lichtheid van een concept”, *TBH* 2006, (487) 500; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, “Open source software: een analyse naar Belgisch recht”, *IRDI* 2007, (369) 377; G. VANDENDRIESSCHE en K. MEUL, “Creative Commons licenties naar Belgisch auteursrecht”, *A&M* 2011, (534) 537.

<sup>467</sup> Rb. Rotterdam 5 december 2002, LJN AF2059, *Netwise/NTS*, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl); Landgerichts München I 19 mei 2004, *Netfilter/Sitecom*, 21 O 6123/04, *MMR* 2004, 693; J.

**125.** KOELMAN, LAMBRECHT, VAN DEN BRANDE, CRUQUENAIRE, HENROTTE, THOLE, SEINEN en KEUSTERMANS stellen bovendien terecht dat indien een licentienemer achteraf zou beweren dat er geen contract is tot stand gekomen, bijvoorbeeld omdat hij de voorwaarden van de licentie niet wil nakomen, hij hiermee ook meteen impliceert dat hij nooit een geldige intellectuele-eigendomslicentie heeft verkregen en zijn eigen handelingen dus *de facto* als inbreuk kwalificeren.<sup>468</sup>

#### b.1.2. Partijen bij de licentieovereenkomst

**126.** Opdat een rechtsgeldig gesloten overeenkomst afdwingbaar zou zijn, moeten ook de partijen bij die overeenkomst duidelijk vaststaan.<sup>469</sup>

Over de verschillende partijen bij de licentieovereenkomst schreven VAN CAMP, VAN DEN BRANDE en KEUSTERMANS dat opensourcesoftware na verloop van tijd meestal een afgeleid werk zal zijn.<sup>470</sup> Dit geldt eveneens voor opensourcehardware.

Aangezien zo een zeer (lange) ketting van afgeleide werken kan ontstaan, is het voor gebruikers (*downstream*) onbegonnen werk indien zij aan iedere vorige auteur (*upstream*) toestemming moeten vragen. Daarom zorgen de meeste opensourcesoftwarelicenties<sup>471</sup> ervoor dat er een rechtstreekse contractuele band tot stand komt tussen de *downstream*-verkrijger en de oorspronkelijke auteur en alle auteurs van afgeleide werken, telkens voor hun

---

PEETERS, “GPL in court, analyses of the case law in EU countries”, *Jura Falconis* 2007-08, (639) 640.

<sup>468</sup> A. CRUQUENAIRE en J.-F. HENROTTE, “Le mécanisme de la licence ‘libre’ et le droit d’auteur”, *JLMB* 2011, (778)-781; K.-J. KOELMAN, “Brothers in arms: *open source* en auteursrecht”, *Computerr.* 2004, (1) 1; M. LAMBRECHT, “Première decision Creative Commons: contrats de licence et modèles économiques du libre accès”, *RDTI* 2011, (70) 74; M. LAMBRECHT, *Licences ouvertes et exceptions au droit d’auteur dans l’environnement numérique, subvertir ou réformer?*, Brussel, Larcier, 2018, 124-125; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, “Open source software: een analyse naar Belgisch recht”, *IRDI* 2007, (369) 377; E.P.M. THOLE en W. SEINEN, “*Open source* software licenties: een civielrechtelijke analyse”, *Computerr.* 2004, (221) 223.

<sup>469</sup> Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, “Open source software: een analyse naar Belgisch recht”, *IRDI* 2007, (369) 376.

<sup>470</sup> S. VAN CAMP, “OSS: de ondraaglijke lichtheid van een concept”, *TBH* 2006, (487) 494-495; Y. VAN DEN BRANDE, “Introduction to software protection under Belgian Law” in X., *The International Free and Open Source Software Law Book*, <http://ifosslawbook.org/belgium/>, laatst geraadpleegd op 30 april 2018; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, “Open source software: een analyse naar Belgisch recht”, *IRDI* 2007, (369) 376.

<sup>471</sup> Expliciet: art. 10 GNU-GPL; art. 6 EUPL; art. 2 Apache; art. 8 (a) Creative Commons. Impliciet: MIT-licentie en BSD-licentie; dit volgt uit de toestemming om te bewerken en verder te verspreiden. Zie hierover: C. DE PRETER en H. DEKEYSER, “De totstandkoming en draagwijdte van open source-licenties”, *Computerr.* 2004, afl. 5, (216) 216; K. E. MITCHELL, “The MIT license, line by line”, 21 september 2016, <https://writing.kemitchell.com/2016/09/21/MIT-License-Line-by-Line.html>, laatst geraadpleegd op 8 april 2018; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, “Open source software: een analyse naar Belgisch recht”, *IRDI* 2007, (369) 376.

originele bijdrage.<sup>472</sup> Hierdoor "wordt een voortdurend aangroeiende bundel van licentierechten telkens verder 'downstream' doorgegeven"<sup>473</sup>, zo stelt VAN CAMP, en hoeft niet telkens opnieuw de toestemming te worden gevraagd aan al de actoren uit de ketting.<sup>474</sup> De rechtstreekse licentie wordt door de rechtsleer aanvaard en gaat als volgt in zijn werk.<sup>475</sup>

De oorspronkelijke auteur van een werk, A, stelt zijn werk Y feitelijk ter beschikking en verleent gebruiksrechten op zijn auteursrecht door middel van een opensourcelicentie. Een licentienemer, B, voegt vervolgens een originele bijdrage toe, die als afgeleid werk YZ zal kwalificeren en waarop auteursrechten toekomen aan B. Wanneer de *downstream*-licentienemer C, het afgeleid werk YZ feitelijk verkrijgt van B, put C gebruiksrechten op het auteursrecht op de bijdrage Z van B, uit zijn opensourcelicentieovereenkomst met B. De gebruiksrechten op het auteursrecht op het oorspronkelijke werk Y, verkrijgt C echter rechtstreeks van A, titularis van dit auteursrecht.<sup>476</sup> Er bestaat een rechtstreekse contractuele band tussen A en C. Dit geldt evenwel enkel voor zover B de licentievoorwaarden heeft nageleefd en er geen 'breuk' komt in de licentieketting. Indien er zich een 'breuk' voordoet, zal C geen rechtsgeldige licentie verkrijgen van A en bijgevolg een auteursrechtelijke inbreuk plegen bij de verdere verspreiding van het werk.

---

<sup>472</sup> Y. COOL, "Aspects contractuels de licences de logiciels libres: les obligations de la liberté" in Y. COOL, F. DE PATOUL, D. DE ROY, H. HAOUIDEG, P. LAURENT en E. MONTERO (eds.), *Les logiciels libres face au droit*, Brussel, Bruylant, 2005, (137) 160; S. VAN CAMP, "OSS: de ondraaglijke lichtheid van een concept", *TBH* 2006, (487) 507-508; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, "Open source software: een analyse naar Belgisch recht", *IRDI* 2007, (369) 376.

<sup>473</sup> S. VAN CAMP, "OSS: de ondraaglijke lichtheid van een concept", *TBH* 2006, (487) 507-508.

<sup>474</sup> Y. COOL, "Aspects contractuels de licences de logiciels libres: les obligations de la liberté" in Y. COOL, F. DE PATOUL, D. DE ROY, H. HAOUIDEG, P. LAURENT en E. MONTERO (eds.), *Les logiciels libres face au droit*, Brussel, Bruylant, 2005, (137) 160-161; E.P.M. THOLE en W. SEINEN, "Open source software licenties: een civielrechtelijke analyse", *Computerr.* 2004, (221) 222; S. VAN CAMP, "OSS: de ondraaglijke lichtheid van een concept", *TBH* 2006, (487) 507-508; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, "Open source software: een analyse naar Belgisch recht", *IRDI* 2007, (369) 376

<sup>475</sup> Y. COOL, "Aspects contractuels de licences de logiciels libres: les obligations de la liberté" in Y. COOL, F. DE PATOUL, D. DE ROY, H. HAOUIDEG, P. LAURENT en E. MONTERO (eds.), *Les logiciels libres face au droit*, Brussel, Bruylant, 2005, (137) 160; C. DE PRETER en H. DEKEYSER, "De totstandkoming en draagwijdte van open source-licenties", *Computerr.* 2004, afl. 5, (216) 216; E. OTTOY, *Creative commons, onderzoek naar de geldigheid en afdwingbaarheid van CC-licenties in het Belgisch recht*, onuitg. Masterscriptie rechten Ugent, 2013, 90-91; E.P.M. THOLE en W. SEINEN, "Open source software licenties: een civielrechtelijke analyse", *Computerr.* 2004, (221) 222 en 225; S. VAN CAMP, "OSS: de ondraaglijke lichtheid van een concept", *TBH* 2006, (487) 506; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, "Open source software: een analyse naar Belgisch recht", *IRDI* 2007, (369) 376.

<sup>476</sup> Y. COOL, F. DE PATOUL, D. DE ROY, H. HAOUIDEG, P. LAURENT en E. MONTERO (eds.), *Les logiciels libres face au droit*, Brussel, Bruylant, 2005, (137) 160-161; E. OTTOY, *Creative commons, onderzoek naar de geldigheid en afdwingbaarheid van CC-licenties in het Belgisch recht*, onuitg. Masterscriptie rechten Ugent, 2013, 90-91; S. VAN CAMP, "OSS: de ondraaglijke lichtheid van een concept", *TBH* 2006, (487) 507-508.

Bovenstaand voorbeeld illustreert het belangrijke verschil tussen de technische component en de juridische component van opensourcehardware, zoals uiteengezet in het begrippenkader. B geeft materialiter het werk door dat hij zelf heeft gekregen, samen met zijn aanpassingen hieraan (technische component). De gebruiksrechten worden door al de betrokken auteurs rechtstreeks toegekend. C verkrijgt (enkel) een geldig gebruiksrecht met betrekking tot het gehele werk YZ, omdat hij een bundel van licentierechten verstrekt krijgt door het collectief van rechthebbenden (juridische component).<sup>477</sup>

## *b.2. Geldigheid van de copyleftclausule*

127. Dit deel onderzoekt vervolgens de geldigheid van de in de licenties opgenomen gebruiksvoorwaarden. Opensourcelicenties leggen een aantal gebruiksvoorwaarden op in ruil voor gebruiksrechten, minimaal zullen dit een attributieverplichting en de toevoeging van een afschrift van de licentietekst zijn.<sup>478</sup> Deze verplichtingen vindt de rechtsleer geen probleem.<sup>479</sup> Meer bediscussieerbaar is de copyleftverplichting.

De copyleftverplichting<sup>480</sup> zorgt *a priori* voor twee complicaties: ten eerste heeft de auteur van het oorspronkelijke werk geen auteursrechten op het afgeleide werk, ten tweede bevat artikel 1165 BW het beginsel van de relativiteit der overeenkomsten. De volgende twee vragen dringen zich dan ook op: (i) mag een auteur voorwaarden koppelen aan de verspreiding van een afgeleid werk op grond van zijn auteursrecht op het oorspronkelijke werk, en (ii) is een derde-verkrijger gebonden door de copyleftverplichting wanneer hij geen partij is bij de licentieovereenkomst?<sup>481</sup>

---

<sup>477</sup> Y. COOL, “Aspects contractuels de licences de logiciels libres: les obligations de la liberté” in Y. COOL, F. DE PATOUL, D. DE ROY, H. HAUIDEG, P. LAURENT en E. MONTERO (eds.), *Les logiciels libres face au droit*, Brussel, Bruylant, 2005, (137) 160; E.P.M. THOLE en W. SEINEN, “Open source software licenties: een civielrechtelijke analyse”, *Computerr.* 2004, (221) 222; S. VAN CAMP, “OSS: de ondraaglijke lichtheid van een concept”, *TBH* 2006, (487) 508.

<sup>478</sup> Naast het vrijwarings- en exonerationbeding, dat niet aan bod komt in dit werk.

<sup>479</sup> G. L. BALLON, “Privaatrechtelijke aspecten van licentieovereenkomsten”, *Themis – Handels- en economisch recht* 2005, (5) 7; V. CASSIERS, M.-C. JANSSENS en E. VAN ZIMMEREN, “License Contracts, Free Software and Creative Commons – An Overview of the State of Play in Belgium” in A. METZGER (ed.), *Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models, a Comparative Analysis*, Heidelberg, Springer, 2016, (51) 57.

<sup>480</sup> Art. 5 (c) GNU-GPL; art. 5 § 3 EUPL; art. 3, 4 CERN; art. 3,4 TAPR; art. 4 CC BY-SA

<sup>481</sup> Y. VAN DEN BRANDE, “Introduction to software protection under Belgian Law”, in X., *The International Free and Open Source Software Law Book*, <http://ifosslawbook.org/belgium/>, laatst geraadpleegd op 30 april 2018; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, “Open source software: een analyse naar Belgisch recht”, *IRDI* 2007, (369) 379-380.

b.2.1. Geldigheid *inter partes*

128. Het Duitse arrest *Netfilter/Sitecom*<sup>482</sup> beantwoordde de eerste vraag reeds bevestigend<sup>483</sup> en ook de Belgische rechtsleer is het hierover eens.<sup>484</sup>

De opensourcelicentie is namelijk een overeenkomst *sui generis* waarbij de algemene principes van de wilsautonomie en contractvrijheid gelden.<sup>485</sup> Op grond van artikel 1134, lid 1 BW zijn de partijen vrij om overeen te komen wat zij willen en zijn zij gebonden door wat zij zijn overeengekomen (*pacta sunt servanda*).<sup>486</sup>

Het verlenen van een licentie waarin een copyleftvoorwaarde werd opgenomen, is een toepassing van deze algemene verbintenissenrechtelijke beginselen in combinatie met het exclusieve verbodsrecht van de auteur.<sup>487</sup> Enkel de titularis ervan kan kiezen om dit exclusief recht op te heffen<sup>488</sup> en gebruiksrechten toe te kennen via een intellectuele-eigendomlicentieovereenkomst (contractvrijheid). Deze verlening van gebruiksrechten mag de auteur onderwerpen aan gebruiksvoorwaarden of -modaliteiten, zoals een copyleftverplichting; partijen zijn immers vrij om overeen te komen wat zij willen (wilsautonomie). Alles wat niet uitdrukkelijk aan de licentienemer werd toegelaten, is verboden.<sup>489</sup>

Voor de exploitatie van een afgeleid werk is de toestemming van de originele auteur vereist. Volgens DE VISSCHER en MICHAUX is de auteur van het afgeleide werk “*met handen en voeten gebonden aan de voorwaarden van*

<sup>482</sup> Landgerichts München I 19 mei 2004, *Netfilter/Sitecom*, 21 O 6123/04, *MMR* 2004, 693

<sup>483</sup> S. VAN CAMP, “OSS: de ondraaglijke lichtheid van een concept”, *TBH* 2006, (487) 488-499

<sup>484</sup> F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du droit d’auteur et des droits voisins*, Bruylant, Brussel, 2000, 41-43; S. DUSOLLIER en A. DE FRANCOUEN, *Manuel de droit intellectuels*, Limal, Anthemis, 2015, 59; P. LAURENT, “Les licences de type open source ou open content ne se fondent pas sur un droit de destination”, *IRDI* 2008, (149) 149; Y. VAN DEN BRANDE, “Introduction to software protection under Belgian Law” in X., *The International Free and Open Source Software Law Book*, <http://fosslawbook.org/belgium/>, laatst geraadpleegd op 30 april 2018; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, “Open source software: een analyse naar Belgisch recht”, *IRDI* 2007, (369) 376 en 379

<sup>485</sup> V. CASSIERS, M.-C. JANSSENS en E. VAN ZIMMEREN, “License Contracts, Free Software and Creative Commons – An Overview of the State of Play in Belgium” in A. METZGER (ed.), *Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models, a Comparative Analysis*, Heidelberg, Springer, 2016, (51) 59-60; E. DE GRUYSE, “Licentieovereenkomsten” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, 2003, (9) 11; E.P.M. THOLE en W. SEINEN, “Open source software licenties: een civielrechtelijke analyse”, *Computerr.* 2004, (221) 223; Y. VAN COUTER en B. VANBRABANT, *Handboek Licentieovereenkomsten*, Brussel, Larcier, 2008, 30.

<sup>486</sup> Dit wordt wel begrensd door de openbare orde en goede zeden (art. 6 BW).

<sup>487</sup> P. LAURENT, “Les licences de type open source ou open content ne se fondent pas sur un droit de destination”, *IRDI* 2008, (149) 150.

<sup>488</sup> G. L. BALLON, “Privaatrechtelijke aspecten van licentieovereenkomsten”, *Themis – Handels- en economisch recht* 2005, (5) 6; Y. VAN COUTER en B. VANBRABANT, *Handboek Licentieovereenkomsten*, Brussel, Larcier, 2008, 14.

<sup>489</sup> G. L. BALLON, “Privaatrechtelijke aspecten van licentieovereenkomsten”, *Themis – Handels- en economisch recht* 2005, (5) 7.

*de licentie die hem met de originele auteur(s) bindt*<sup>490</sup>. Een afgeleid werk van een oorspronkelijk werk met copyleftlicentie, zal dus verder onder een copyleftlicentie moeten worden geëxploiteerd.<sup>491</sup>

### b.2.2. Geldigheid ten aanzien van derden-verkrijgers

**129.** Over de tweede vraag; meer bepaald over de rechtsgrond van de geldigheid en afdwingbaarheid van de copyleftverplichting naar derden-verkrijgers toe, die geen partij zijn bij de overeenkomst, heerst in de Belgische rechtsleer een tegenstelling tussen enerzijds VAN DEN BRANDE en KEUSTERMANS<sup>492</sup> en anderzijds LAURENT<sup>493</sup>. Beide stromingen besluiten dat de copyleftverplichting geldig en afdwingbaar is naar Belgisch recht maar gaan uit van een verschillende rechtsgrond.

**130.** VAN DEN BRANDE en KEUSTERMANS beroepen zich op het omstreden maar algemeen aanvaarde bestemmingsrecht (*droit de destination*), een jurisprudentiële creatie van het Belgische Hof van Cassatie uit 1956.<sup>494</sup> Het bestemmingsrecht vloeit voort uit een ruime interpretatie van wat nu artikel XI.165, § 1 WER is<sup>495</sup>, en laat de auteur toe om het gebruik van zijn werk aan voorwaarden te onderwerpen die *erga omnes* gelden.<sup>496</sup> Volgens VAN DEN BRANDE en KEUSTERMANS kan de auteur “*de copyleft voorwaarde opleggen op basis van zijn bestemmingsrecht, op voorwaarde dat de derde*

---

<sup>490</sup> F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Brussel, 2000, 43.

<sup>491</sup> P. LAURENT, “Les licences de type open source ou open content ne se fondent pas sur un droit de destination”, *IRDI* 2008, (149) 149; Y. VAN DEN BRANDE, “Introduction to software protection under Belgian Law” in X., *The International Free and Open Source Software Law Book*, <http://ifosslawbook.org/belgium/>, laatst geraadpleegd op 30 april 2018.

<sup>492</sup> Y. VAN DEN BRANDE, “Introduction to software protection under Belgian Law” in X., *The International Free and Open Source Software Law Book*, <http://ifosslawbook.org/belgium/>, laatst geraadpleegd op 30 april 2018; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, “Open source software: een analyse naar Belgisch recht”, *IRDI* 2007, (369) 379-380.

<sup>493</sup> P. LAURENT, “Les licences de type open source ou open content ne se fondent pas sur un droit de destination”, *IRDI* 2008, 149-151.

<sup>494</sup> Cass. 19 januari 1956, *Pas.* 1956, I, 484; F. GOTZEN, “Artikel XI.165” in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet, De Belgische Auteurswet, Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2018, (48) 54-55; P. LAURENT, “Logiciels libres et droit d’auteur: naissance, titularité et exercice des droits patrimoniaux” in Y. COOL, F. DE PATOUL, D. DE ROY, H. HAOUIDEG, P. LAURENT en E. MONTERO (eds.), *Les logiciels libres face au droit*, Brussel, Bruylant, 2005, (23) 65.

<sup>495</sup> Uit het gebruik van de term “onder meer” in art. 1 Auteurswet 1994 werd afgeleid dat het reproductierecht niet limitatief was omschreven. F. GOTZEN, “Artikel XI.165” in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet, De Belgische Auteurswet, Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2018, (48) 54-55.

<sup>496</sup> P. LAURENT, “Logiciels libres et droit d’auteur: naissance, titularité et exercice des droits patrimoniaux” in Y. COOL, F. DE PATOUL, D. DE ROY, H. HAOUIDEG, P. LAURENT en E. MONTERO (eds.), *Les logiciels libres face au droit*, Brussel, Bruylant, 2005, (23) 65; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, “Open source software: een analyse naar Belgisch recht”, *IRDI* 2007, (369) 379.

*redelijkerwijze de bestemming zouden moeten kennen.*<sup>497</sup> Indien uit de concrete omstandigheden blijkt dat de derde redelijkerwijs geen weet kon hebben van de opgelegde gebruiksbeperking kan hem geen inbreuk worden verweten.<sup>498</sup>

131. LAURENT daarentegen vindt het overbodig (en ongewenst) om deze jurisprudentiële creatie in te roepen.<sup>499</sup> De copyleftvoorwaarde steunt volgens hem immers op de exclusieve verbodsrechten van de houder van het auteursrecht die uit zichzelf reeds *erga omnes* gelden.<sup>500</sup>

Naar mijn mening moet de voorkeur worden gegeven aan de stelling van LAURENT. Iedere exploitatie door een derde-verkrijger van het auteursrechtelijk beschermde werk zonder rechtsgeldige toestemming van de houder van dit auteursrecht impliceert *de facto* een inbreuk op het exclusief exploitatierecht van deze laatste. Zodra er intellectuele-eigendomsrechten gelden, is het verbod namelijk de regel en het gebruiksrecht de uitzondering.

### 3.2.2. Afdwingbaarheid en vorderingsgronden

132. Dit deel 3.2.2 staat stil bij de bestaande rechtspraak rond de afdwingbaarheid van opensourcelicenties. Hierbij wordt gekeken naar de mogelijke vorderingsgronden van de houder van het intellectueel recht ten aanzien van de licentienemer en ten aanzien van derden-verkrijgers die geen partij zijn bij de licentieovereenkomst.

133. De copyleftclausule vormt wegens haar verregaande gevolgen de meest 'problematische' voorwaarde inzake geldigheid en afdwingbaarheid. Indien zij doorheen dit deel afdwingbaar wordt geacht, worden de andere licentievoorwaarden naar analogie afdwingbaar geacht.<sup>501</sup>

---

<sup>497</sup> Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, "Open source software: een analyse naar Belgisch recht", *IRDI* 2007, (369) 379-380.

<sup>498</sup> F. GOTZEN, "Artikel XI.165" in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet, De Belgische Auteurswet, Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2018, (48) 54-55.

<sup>499</sup> P. LAURENT, "Les licences de type open source ou open content ne se fondent pas sur un droit de destination", *IRDI* 2008, (149) 150-151.

<sup>500</sup> P. LAURENT, "Les licences de type open source ou open content ne se fondent pas sur un droit de destination", *IRDI* 2008, (149) 150.

<sup>501</sup> G. L. BALLON, "Privaatrechtelijke aspecten van licentieovereenkomsten", *Themis – Handels- en economisch recht* 2005, (5) 7; V. CASSIERS, M.-C. JANSSENS en E. VAN ZIMMEREN, "License Contracts, Free Software and Creative Commons – An Overview of the State of Play in Belgium" in A. METZGER (ed.), *Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models, a Comparative Analysis*, Heidelberg, Springer, 2016, (51) 57.



### a. Afdwingbaarheid *inter partes*

134. De kwalificatie van opensourcelicenties als contracten sluit het intellectueelrechtelijke beschermingsregime niet uit.<sup>502</sup> De rechtsleer onderscheidt dan ook een dubbele vorderingsgrond voor de licentiegever wanneer de licentienemer de licentievoorwaarden niet naleeft: een contractuele wanprestatie en een objectieve aansprakelijkheid wegens een inbreuk op het intellectueel eigendomsrecht.<sup>503</sup> Partijen zijn ten eerste gebonden door wat zij zijn overeengekomen. Ten tweede, “*zijn gebruiksmodaliteiten* [zoals bijvoorbeeld een attributie- of copyleftverplichting] *een essentiële voorwaarde voor de toestemming van de licentiegever om een gebruiksrecht te verlenen. Wanneer de licentienemer deze licentievoorwaarden niet naleeft kan er dan ook geen sprake meer zijn van een rechtsgeldige toestemming en maakt de licentienemer zich schuldig aan een auteursrechtelijke inbreuk*”, aldus het Hof van Cassatie.<sup>504</sup>

135. De eerste echte rechtszaak die de geldigheid en afdwingbaarheid van opensourcelicenties bevestigde, was de Amerikaanse zaak *Jacobsen/Katzer*.<sup>505</sup> De schending van de copyleftvoorwaarde levert hier voor het eerst een schadevergoeding op wegens hoofdzakelijk een inbreuk op het auteursrecht en in mindere mate op basis van het contractenrecht.<sup>506</sup> Hierna zijn in de Verenigde Staten van Amerika nog gelijkaardige uitspraken gevolgd, waarvan de meest recente dateert van 2014.<sup>507</sup>

---

<sup>502</sup> V. CASSIERS, M.-C. JANSSENS en E. VAN ZIMMEREN, “License Contracts, Free Software and Creative Commons – An Overview of the State of Play in Belgium” in A. METZGER (ed.), *Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models, a Comparative Analysis*, Heidelberg, Springer, 2016, (51) 59; M. LAMBRECHT, *Licences ouvertes et exceptions au droit d’auteur dans l’environnement numérique, subvertir ou réformer?*, Brussel, Larcier, 2018, 128.

<sup>503</sup> M. LAMBRECHT, “Première decision Creative Commons: contrats de licence et modèles économiques du libre accès”, *RDTI* 2011, (70) 76; M. LAMBRECHT, *Licences ouvertes et exceptions au droit d’auteur dans l’environnement numérique, subvertir ou réformer?*, Brussel, Larcier, 2018, 128-129; G. VAN OVERWALLE, “Creating universal and sustainable access to plants and seeds: The role of clearinghouses, open source licenses and inclusive patents” in F. GIRARD en C. FRISON (eds.), *The Commons, Plant Breeding and Agricultural Challenges for Food Security and Agrobiodiversity*, New York, Routledge, 2018, (88)-96.

<sup>504</sup> Cass. 7 oktober 2010, AR C.09.0391.F; M. LAMBRECHT, *Licences ouvertes et exceptions au droit d’auteur dans l’environnement numérique, subvertir ou réformer?*, Brussel, Larcier, 2018, 129.

<sup>505</sup> United States Court of Appeals for the Federal Circuit 13 augustus 2008, *Jacobsen/Katzer*, Fed. Cir Aug. 13, 2008.

<sup>506</sup> J. CHO, “Understanding Open Source: Compliance + Enforcement”, *The SciTech Lawyer* 2014, (8) 11. A. METZGER en S. HENNING, “General Report” in METZGER, A. (ed.), *Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models, a Comparative Analysis*, Heidelberg, Springer, 2016, (3) 11.

<sup>507</sup> U.S. District Court for the Western District of Texas Austin Division 10 maart 2014, *Versata Software Inc./Ameriprise Financial Inc.*, No. A-14-CA-12-SS, [www.gpo.gov](http://www.gpo.gov).

De eerste uitspraak op Europese bodem was het Duitse vonnis *Netfilter/Sitecom*<sup>508</sup>, waarin het niet nakomen van de GNU-GPL copyleftgebruiksvoorwaarde als een schending van het auteursrecht werd gezien. Dit vonnis bevestigde daarnaast ook de geldigheid van *browse-wrap*-licenties.<sup>509</sup> De rechter besliste bovendien dat de geldigheid en afdwingbaarheid van de licentie zich uitstrekt tot zowel het oorspronkelijke werk als tot de afgeleide werken.<sup>510</sup> De Duitse rechtspraak oordeelde na dit eerste vonnis nog meermaals in dezelfde zin.<sup>511</sup>

Het Parijse hof van beroep erkende in het arrest *AFPA/EDU4* uit 2009 impliciet de geldigheid van de GNU-GPL.<sup>512</sup>

In de Benelux zijn er twee uitspraken inzake *Creative Commons*. In 2010 oordeelde de rechtbank van eerste aanleg te Nijvel bevestigend over de afdwingbaarheid van de licentievoorwaarden van een *Creative Commons*-licentie.<sup>513</sup> Hierbij kende de rechter een schadevergoeding toe op basis van zowel het contractenrecht, als wegens een schending van het auteursrecht. Voor dit laatste moet geen fout worden bewezen: een inbreuk op het auteursrecht is een vorm van objectieve aansprakelijkheid.<sup>514</sup> Dit vonnis is een mijlpaal aangezien ze de geldigheid en afdwingbaarheid van *Creative Commons*-licenties, en ruimer gezien opensourcelicenties, in België bevestigt, hoewel ze op Amerikaanse leest zijn geschoeid.<sup>515</sup> Dit vonnis kwam in navolging van een Nederlandse beschikking uit 2006.<sup>516</sup>

<sup>508</sup> Landgericht München I 19 mei 2004, *Netfilter/Sitecom*, 21 O 6123/04, *MMR* 2004, 693; M. TRUYENS, "Open Source Software: een stand van zaken", *Computerr*. 2011, (193) 197.

<sup>509</sup> J. PEETERS, "GPL in court, analyses of the case law in EU countries", *Jura Falconis* 2007-08, (631) 639

<sup>510</sup> S. VAN CAMP, "OSS: de ondraaglijke lichtheid van een concept", *TBH* 2006, (487) 499.

<sup>511</sup> Landgericht München I 12 juli 2007, 7 O 5245/07, *LSK* 2008, 080399; Landgericht Frankfurt am Main 6 september 2006, 2-6 O 224/06, *BeckRS* 2007, 16294; Landgericht Berlin 21 februari 2006, 16 O 134/06, *LSK* 2007, 020453.

<sup>512</sup> Cour d'appel Paris (10ième chambre) 16 september 2009, nr. 04/24298, *AFPA/EDU4*, <http://fsfrance.org/news/arret-ca-paris-16.09.2009.pdf>; M. TRUYENS, "Open Source Software: een stand van zaken", *Computerr*. 2011, (193) 197.

<sup>513</sup> *In casu* ging het over muziek die onder CC BY-SA-ND-NC was vrijgegeven en waarbij de licentievoorwaarden werden geschonden.

Rb. Nijvel 26 oktober 2010, *Linchôdmapwa /Théâtre de Spa*, *RDTT* 2011, 67; D. VOORHOOF en K. VAN DER PERRE, *Handboek Auteursrecht, deel 2*, Gent, Academia Press, 2011, 149.

<sup>514</sup> V. CASSIERS, M.-C. JANSSENS en E. VAN ZIMMEREN, "License Contracts, Free Software and Creative Commons – An Overview of the State of Play in Belgium" in A. METZGER (ed.), *Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models, a Comparative Analysis*, Heidelberg, Springer, 2016, (51) 58; M. LAMBRECHT, "Première decision Creative Commons: contrats de licence et modèles économiques du libre accès", *RDTT* 2011, (70) 76.<sup>[1]</sup><sub>SEP</sub>

<sup>515</sup> G. VANDENDRIESSCHE en K. MEUL, "Creative Commons licenties naar Belgisch auteursrecht", *A&M* 2011, (534) 539.

<sup>516</sup> Hierbij ging het om een CC BY-SA-NC.

Rb. Amsterdam (KG) 9 maart 2006, *Curry/Audax*, *A&M* 2006, 273-277; P. LAURENT, "Premières réactions des juges face aux licences Creative Commons" (noot onder Rb. Amsterdam 9 maart 2006), *RDTT* 2007, 329-336.

Een laatste belangrijke opmerking is dat alle bovenstaande rechterlijke beslissingen enkel de geldigheid en afdwingbaarheid van opensourcelicenties tussen contractspartijen bevestigen. Dit zegt echter niets over de afdwingbaarheid naar derden-verkrijgers toe.

### b. Afdwingbaarheid ten aanzien van derden-verkrijgers

136. Deze tweede paragraaf bespreekt de afdwingbaarheid van de licentievoorwaarden ten aanzien van derden-verkrijgers die geen partij zijn bij de licentieovereenkomst. Deze situatie doet zich voor wanneer er zich een 'breuk' voordoet in de opensourcelicentieketting, waardoor de oorspronkelijke auteur geen contractuele rechtsband heeft met de uiteindelijke *downstream*-verkrijger van het werk.<sup>517</sup> Bijgevolg zal de uiteindelijke verkrijger dus ook geen licentie hebben verkregen van de oorspronkelijke auteur.

Het *erga omnes*-karakter van de intellectuele eigendomsrechten<sup>518</sup> verklaart de afdwingbaarheid van de licentieverplichtingen ten aanzien van derden-verkrijgers, als uitzondering op het relativiteitsprincipe van artikel 1165 BW.

137. Het volgende voorbeeld legt dit uit<sup>519</sup>: A, licentiegever, verleent een geldige copyleftlicentie aan B, licentienemer. B leeft de licentievoorwaarden van deze licentieovereenkomst niet na. Hij verspreidt het werk verder en verleent gebruiksrechten aan C onder een permissieve licentie. C bewerkt en verspreidt het werk op zijn beurt.

Ten aanzien van B heeft A zowel een vorderingsgrond op basis van een inbreuk op zijn auteursrecht, als een contractuele vorderingsgrond.

B heeft zijn deel van de overeenkomst met A niet volbracht, waardoor C het werk feitelijk heeft verkregen zonder onderhevig te zijn aan de copyleftlicentie, C zal dus geen partij zijn bij de overeenkomst.<sup>520</sup>

<sup>517</sup> K.-J. KOELMAN, "Brothers in arms: *open source* en auteursrecht", *Computerr.* 2004, (1) 1.

<sup>518</sup> A. CRUQUENAIRE en J.-F. HENROTTE, "Le mécanisme de la licence 'libre' et le droit d'auteur", *JLMB* 2011, (778)-781; G. VAN OVERWALLE, "Inventing inclusive patents. From old to new open innovation" in P. DRAHOS, G. GHIDINI en H. ULLRICH (eds.), *Kritika: Essays on Intellectual Property*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015, (206) 233; G. VAN OVERWALLE en E. VAN ZIMMEREN, "Recente ontwikkelingen in het octrooirecht", *Themis – Intellectuele Rechten* 2011, (53) 75.

<sup>519</sup> S. DUSOLLIER, "Sharing Access to Intellectual Property through Private Ordering", *Chicago-Kent Law Rev.* 2007, (1391) 1420-1421; A. KATZ, "Towards a Functional Licence for Open Hardware", *IFOSS L. Rev.* 2012, (41) 46; P. LAURENT, "Les licences de type open source ou open content ne se fondent pas sur un droit de destination", *IRDI* 2008, (149) 150.

<sup>520</sup> N. ELKIN-KOREN, "What contracts cannot do: the limits of private ordering in facilitating a creative commons", *Fordham Law Rev.* 2005, (375) 402-403 en 406; A. KATZ, "Towards a Functional Licence for Open Hardware", *IFOSS L. Rev.* 2012, (41) 46; N. SHEMTOV en I. WALDEN, (eds.), *Free and Open source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 457.

Hoewel C dus niet contractueel verbonden is met A en in beginsel dus niet gebonden is door de licentievoorwaarden, volstaat omwille van het *erga omnes*-karakter van de intellectuele rechten het loutere bestaan van deze rechten in hoofde van A om C te dwingen om zich alsnog naar de voorwaarden van de licentie te voegen.<sup>521</sup> C heeft namelijk geen rechtsgeldige toestemming, een licentie, verkregen van A (juridische component), waardoor C een auteursrechtelijke inbreuk begaat.<sup>522</sup>

Indien B originele elementen zou hebben toegevoegd aan het werk van A, waardoor er sprake is van een afgeleid werk, gaat dezelfde redenering op. De exploitatie van een afgeleid werk vereist immers de toelating van de oorspronkelijke auteur. Het Hof van Cassatie oordeelde, na een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie<sup>523</sup>, dat het “*van geen belang is of de derde-verkrijger al dan niet op de hoogte was of geacht werd te zijn van de in de licentieovereenkomst opgelegde voorwaarden*”.<sup>524</sup>

**138.** Wanneer er daarentegen geen intellectuele rechten gelden op het werk, blijft enkel een *in personam* afdwingbaar contractueel recht over. A zal zich tot B kunnen wenden voor contractbreuk. C daarentegen gaat vrijuit en kan het werk verder verspreiden zonder door enige contractuele licentievoorwaarde van A te zijn gebonden.<sup>525</sup>

### c. Nuance inzake de copyleftverplichting

**139.** De werkelijke rechtsgevolgen van de juridische afdwingbaarheid van de licentievoorwaarden moet wel genuanceerd worden wanneer het gaat om de niet-naleving van een copyleftgebruiksvoorwaarde.

---

<sup>521</sup> K.-J. KOELMAN, “Brothers in arms: *open source* en auteursrecht”, *Computerr.* 2004, (1) 1; S. VAN CAMP, “OSS: de ondraaglijke lichtheid van een concept”, *TBH* 2006, (487) 499

<sup>522</sup> N. ELKIN-KOREN, “What contracts cannot do: the limits of private ordering in facilitating a creative commons”, *Fordham Law Rev.* 2005, (375) 403; K.-J. KOELMAN, “Brothers in arms: *open source* en auteursrecht”, *Computerr.* 2004, (1) 1; P. LAURENT, “Logiciels libres et droit d’auteur: naissance, titularité et exercice des droits patrimoniaux” in Y. COOL, F. DE PATOUL, D. DE ROY, H. HAOUIDEG, P. LAURENT en E. MONTERO (eds.), *Les logiciels libres face au droit*, Brussel, Bruylant, 2005, (23) 55-56; N. SHEMTOV en I. WALDEN, (eds.), *Free and Open source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 457; S. VAN CAMP, “OSS: de ondraaglijke lichtheid van een concept”, *TBH* 2006, (487) 499.

<sup>523</sup> HvJ 20 oktober 2011, Greenstar Kanzi Europe nv/Jean Hustin en Jo Goossens, C-140/10, ECLI:EU:C:2011:677, ro. 48-49.

<sup>524</sup> Cass. 9 februari 2012, AR C.08.074.N.

<sup>525</sup> N. ELKIN-KOREN, “What contracts cannot do: the limits of private ordering in facilitating a creative commons”, *Fordham Law Rev.* 2005, (375) 402-403 en 406; A. KATZ, “Towards a Functional Licence for Open Hardware”, *IFOSS L. Rev.* 2012, (41) 46; N. SHEMTOV en I. WALDEN, (eds.), *Free and Open source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 457.

Een eerste nuancering betreft het feit dat de opgelegde licentieverplichtingen slechts in werking treden wanneer de licentienemer het (afgeleid) werk distribueert of publiek bekendmaakt.<sup>526</sup>

Ook ingeval van een copyleftlicentie hoeft de licentienemer de aanpassingen en verbeteringen die hij louter voor intern gebruik aanbrengt dus niet met de rest van de opensourcegemeenschap te delen.

**140.** Ten tweede zal de niet-naleving van de copyleftverplichting zelden of nooit tot de verplichte openbaarmaking van de 'bron' van het afgeleide werk leiden.<sup>527</sup> Krachtens artikel 1184 BW zou nochtans de gedwongen uitvoering kunnen worden gevorderd.<sup>528</sup> De bestaande rechtspraak bevestigt echter dat de rechter eerder een vervangende schadevergoeding zal toekennen, al dan niet in combinatie met het verbod om het afgeleide werk nog te verspreiden.<sup>529</sup> De eis om de bron van het afgeleide werk bekend te maken zou immers kunnen voldoen aan de criteria voor rechtsmisbruik in de mate dat het afgeleide werk slechts voor een klein deel bestaat uit een eerder onder copyleft verkregen werk.<sup>530</sup> Hierdoor zullen aanpassingen en verbeteringen, die weliswaar onrechtmatig, closed source zijn geworden, toch niet met de gemeenschap (moeten) worden gedeeld.

Strikt genomen is de copyleftvoorwaarde dus een juridisch afdwingbare gebruiksvoorwaarde, in die zin dat de niet-naleving ervan rechtsgevolgen met zich mee brengt. De inbreukmaker zal een schadevergoeding moeten betalen en de verspreiding van het afgeleide werk eventueel moeten stopzetten. Deze werkelijke rechtsgevolgen bereiken echter niet het doel dat de licentiegever nastreefde met zijn keuze voor een copyleftlicentie: het verplicht moeten teruggeven van aanpassingen en verbeteringen aan de gemeenschap.

---

<sup>526</sup> M. TRUYENS, "Open source software: een stand van zaken", *Computerr.* 2011, (193) 202-203

<sup>527</sup> M. TRUYENS, "Open source software: een stand van zaken", *Computerr.* 2011, (193) 202-203; S. VAN CAMP, "OSS: de ondraaglijke lichtheid van een concept", *TBH* 2006, (487) 497-498.

<sup>528</sup> Y. COOL, "Aspects contractuels de licences de logiciels libres: les obligations de la liberté" in Y. COOL, F. DE PATOUL, D. DE ROY, H. HAOUIDEG, P. LAURENT en E. MONTERO (eds.), *Les logiciels libres face au droit*, Brussel, Bruylant, 2005, (137) 165.

<sup>529</sup> Landgerichts München I 19 mei 2004, Netfilter/Sitecom, 21 O 6123/04, *MMR* 2004, 693; M. TRUYENS, "Open source software: een stand van zaken", *Computerr.* 2011, (193) 196 en 202-203; J. PEETERS, "GPL in court, analyses of the case law in EU countries", *Jura Falconis* 2007-2008, (639) 645; S. VAN CAMP, "OSS: de ondraaglijke lichtheid van een concept", *TBH* 2006, (487) 497-498.

<sup>530</sup> M. TRUYENS, "Open source software: een stand van zaken", *Computerr.* 2011, (193) 202-203; M. VON HALLER GRØNBÆK, "Enforcement of open source licenses?", *Lexology* 2017, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0fc634fb-f236-425c-81f2-24c6f44414a6>, laatst geraadpleegd op 30 april 2018.

### 3.2.3. Tussenconclusie

141. Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat opensourcelicenties verbintenisrechtelijk en auteursrechtelijk geldig en afdwingbaar zijn.

De opensourcelicenties zijn *sui generis*, *browse-wrap*-overeenkomsten die verbintenisrechtelijk voldoen aan de voorwaarden van artikel 1108 BW.

Daarnaast hebben zij betrekking op het auteursrecht. De meeste opensourcelicenties voorzien dat de voorgaande auteurs partij worden bij de overeenkomst, zo hoeft niet telkens opnieuw de toestemming te worden gevraagd aan al de actoren uit de ketting. Er zal sprake zijn van een auteursrechtelijk exploitatiecontract waarbij de materiële rechten in licentie worden gegeven en de voorwaarden van artikel XI.167 moeten worden voldaan.

Ongeacht wat de licentietekst zou bepalen, kan een auteur zich op basis van zijn absoluut integriteitsrecht verzetten tegen aanpassingen van zijn werk die zijn eer en goede naam aantasten.

De opensourcesoftwarelicenties werden door de Europese rechtspraak reeds veelvuldig *inter partes* geldig en afdwingbaar verklaard. De licentiegever bezit over zowel een contractuele vorderingsgrond als een vordering op grond van een auteursrechtelijke inbreuk.

Aangezien de opensourcesoftwarelicenties steunen op een onderliggend auteursrecht, zullen de gebruiksvoorwaarden ook afdwingbaar zijn ten aanzien van derden-verkrijgers. Derden-verkrijgers die het werk na een 'breuk' in de licentieketting, feitelijk ter beschikking gesteld hebben gekregen, zullen zich bij de uitoefening van de vier vrijheden alsnog naar de licentievoorwaarden moeten schikken, op basis van het *erga omnes* verbodsrecht dat de intellectuele rechten inhouden.

Ook de copyleftvoorwaarde wordt juridisch afdwingbaar beschouwd. De werkelijke rechtsgevolgen liggen echter niet helemaal in lijn met de rechtsgevolgen die de licentienemer door zijn keuze voor een copyleftlicentie beoogde, aangezien de onrechtmatig closed source geworden aanpassingen toch vaak niet gedeeld zullen moeten worden met de gebruikersgemeenschap.

142. Tot slot moet worden benadrukt dat wat de licentiegever volgens de licentie hard kan maken, nog steeds in rechte afgedwongen zal moeten worden alvorens enige uitwerking te hebben. Het feit dat de eerste Belgische uitspraak uit 2010 ook meteen de laatste was, doet vragen rijzen inzake de handhaving. Dit is immers niet te verantwoorden op grond van een gebrek aan populariteit van opensource(software): de inleiding van dit werk vermeldde dat 78% van de bedrijven opensourcesoftware gebruikt. Een mogelijke verklaring hiervoor zou eerder zijn dat de opensourcegemeenschap ofwel liever ver weg blijft van het

recht en alles wat daar mee te maken heeft en de handhaving dus slechts bijkomstig vindt aan de filosofie, ofwel dat de kosten en moeite om de licentieverplichtingen in rechte af te dwingen te groot zijn.<sup>531</sup>

## 4. HET OPENSOURCEMODEL IN EEN HARDWARECONTEXT

143. Dit laatste deel onderzoekt of het opensourcemodel zoals we dit kennen voor software, ook toegepast kan worden op de productie van hardware. Het deel 4.1 kijkt hiervoor naar strategieën met bestaande opensourcelicenties.<sup>532</sup>

Het deel 4.2 staat stil bij andere strategieën die reeds gehanteerd worden en naar de rol die hierbij is weggelegd voor het recht.

### 4.1. OPENSOURCELICENTIESTRATEGIEËN

144. Nu we uit het vorige deel weten dat opensourcelicenties, verbintenisrechtelijk en auteursrechtelijk gezien geldig en afdwingbaar zijn, analyseert dit deel of zij ook adequaat zijn voor het open, maar gecontroleerd delen van OSH-projecten. Het deel 4.1.1 kijkt hierbij naar de opensourcelicenties die initieel voor software ontwikkeld werden. Het deel 4.1.2 behandelt drie specifieke opensourcehardwarelicenties.

Aangezien opensourcehardware minder lang bestaat en (nog) niet zo bekend is als opensourcesoftware, is er slechts weinig rechtsleer, en geen rechtspraak, te vinden over het gebruik van opensourcelicenties in een hardwarecontext. De bestaande rechtsleer is bovendien allemaal van buitenlandse oorsprong.

#### 4.1.1. *Het gebruik van een opensourcesoftwarelicentie*

145. Het juridisch raamwerk van opensourcesoftware steunt volledig op het auteursrecht. Software is namelijk vanaf zijn creatie van rechtswege beschermd door het auteursrecht. In een opensourcesoftwarecontext zijn auteursrechtelijke licenties<sup>533</sup> dus adequate juridische instrumenten om gebruiksrechten, gekoppeld aan gebruiksvoorwaarden op te leggen, waardoor de vier vrijheden enkel in overeenstemming met de gebruiksmodaliteiten kunnen worden uitgeoefend (d.i. het open, maar gecontroleerd delen).

---

<sup>531</sup> N. SHEMTOV en I. WALDEN (eds.), *Free and Open Source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 34; M. TRUYENS, “Open Source Software: een stand van zaken”, *Computerr.* 2011, (193) 198.

<sup>532</sup> Het zou eveneens mogelijk zijn om verschillende licenties te combineren om zo telkens tot een aangepaste op maat gemaakte licentie te komen. We veronderstellen echter dat dit wegens de juridische complexiteit geen optie is voor de ontwikkelaars van opensourcehardwareprojecten en dus ook voor weinig rechtszekerheid zou zorgen.

<sup>533</sup> Al dan niet met toevoeging van een octrooi-clausule

146. Uit het onderzoek van deel 2, volgt echter dat in een hardwarecontext, enkel de onderdelen van de documentatie en het uiterlijk van het fysieke object door het auteursrecht beschermd kunnen worden. Het niet-geregistreerd Gemeenschapsmodel kan bovendien het ontwerp en het uiterlijk van het fysieke object gedurende drie jaar beschermen tegen zuivere namaak. De auteursrechtelijke en modelrechtelijke bescherming vereist wel dat de uitdrukking van deze onderdelen niet louter technisch bepaald is. De technische functie van het fysieke object kan enkel, na registratie, door een octrooi beschermd worden. Zonder registratie komt de uitvinding in het publiek domein terecht.

147. Dit deel onderzoekt of opensourcesoftwarelicenties ook in een hardwarecontext een geschikt juridisch instrument kunnen zijn voor het waarborgen van de rechten van zowel de gebruiker als de ontwikkelaar. Hierbij wordt hoofdzakelijk onderzocht of de gebruiksvoorwaarden van de licentie ook nagekomen moeten worden bij de productie van het fysieke object. Misbruik zal namelijk vooral een impact hebben op OSH-projecten wanneer een andere onderneming de mogelijk heeft om het fysieke object te produceren en exploiteren, zonder enige attributie te moeten voorzien aan het oorspronkelijke project. De tweede onderneming teert op de R&D-investeringen van het initiële project en wist alle sporen naar dit oorspronkelijke project uit.<sup>534</sup> Ten tweede zal deze onderneming het fysieke object op gelijk welke manier kunnen exploiteren, ook tegen de wil van de ontwikkelaar in, terwijl ontwikkelaars net meer belang hechten aan de manier waarop met hun werk wordt omgegaan dan aan het verkrijgen van pecuniaire voordelen.<sup>535</sup>

148. Er worden twee hypotheses afgetoetst. (i) Er gelden geen intellectuele rechten, omdat het project te technisch is om de beschermingsvoorwaarden van het auteurs- en modelrecht te vervullen en er geen octrooi aangevraagd werd. (ii) De auteurs- en modelrechtelijke beschermingsvoorwaarden zijn wel vervuld en de ontwikkelaar geniet (cumul van) intellectuele rechten op de verschillende onderdelen, zoals weergeven in Tabel 2. Hierbij wordt uitgegaan van de situatie zonder registratie. De moeilijk te vervullen nieuwevereiste en dure registratie, lijken namelijk een disproportionele drempel voor een OSH-project, dat als doel heeft om vervolgens toch gebruiksrechten op de

---

<sup>534</sup> E. GREENBAUM, "Three-dimensional printing and opensourcehardware", *NYUJ. Intell. Prop. & Ent. L.* 2013, (257) 264; J. PEARCE, "Emerging business models for opensourcehardware", *Journal of open hardware* 2017, afl. 1, (1) 6; C. THOMPSON, "Build it. Share it. Profit. Can opensourcehardware work?" *Wired* 2008, <https://www.wired.com/2008/10/ff-openmanufacturing/>, laatst geraadpleegd op 17 april 2018.

<sup>535</sup> M. LAMBRECHT, "Première decision Creative Commons: contrats de licence et modèles économiques du libre accès", *RDTI* 2011, (70) 72J; J. LERNER en J. TIROLE, "The economics of technology sharing: open source and beyond", *Journal of Economic Perspectives* 2005, (99) 103; J. TIROLE, *Economics for the common good*, Princeton, Princeton University Press, 448-453.



uitvinding te verlenen.<sup>536</sup> De derde paragraaf behandelt tot slot een algemene bijkomende problematiek.

#### **a. Eerste hypothese: opensourcelicentie en geen intellectuele-eigendomsrechten**

149. Deze situatie doet zich voor wanneer een OSH-project dermate technisch bepaald is, dat er noch auteursrecht, noch modelrecht van toepassing zal zijn op de documentatie of het uiterlijk van het fysieke object. Deze onderdelen komen in het publiek domein terecht.<sup>537</sup> Bij gebrek aan octrooiregistratie belandt de uitvinding eveneens in het publiek domein.

De verschillende opensourcesoftwarelicenties werden echter allemaal duidelijk geformuleerd vanuit het aanwezig zijn van een onderliggend intellectuele-eigendomsrecht. Deze intellectuele-eigendomslicentieovereenkomsten kunnen niet dienen als zuiver verbintenisrechtelijke overeenkomsten voor de onderdelen die niet door een intellectueel recht beschermd worden. De toepassing van een intellectuele-eigendomslicentie op een onderdeel in het publiek domein is nutteloos, aangezien de werking van intellectuele-eigendomslicenties steunt op een (bepaald) onderliggend intellectueel eigendomsrecht. Wanneer dit intellectuele recht ontbreekt, zal geen enkele licentievoorwaarde afdwingbaar zijn.<sup>538</sup> De ontwikkelaar heeft geen enkele mogelijkheid om misbruik te vermijden en een gebruiker (licentienemer of derde-verkrijger) kan de onderdelen van het project naar eigen goeddunken aanpassen, (re)produceren of exploiteren.

#### **b. Tweede hypothese: opensourcelicentie en intellectuele-eigendomsrechten zonder registratie**

##### *b.1. Auteursrecht*

150. Het auteursrecht op het ontwerp en het fysieke object is in licentie gegeven. Het staat de licentienemer dus vrij om het ontwerp te (re)produceren of aan te passen. Het staat hem ook vrij om een fysiek object met hetzelfde uiterlijk te produceren en te exploiteren. Weliswaar mogen al deze

---

<sup>536</sup> J. ACKERMANN, "Toward Open Source Hardware", *University of Dayton Law Rev.* 2009, (183) 195; E. GREENBAUM, "Three-dimensional printing and opensourcehardware", *NYU J. Intell. Prop. & Ent. L.* 2013, (257) 266; J. PEARCE, "Emerging business models for opensourcehardware", *Journal of open hardware* 2017, afl. 1, (1) 6.

<sup>537</sup> T. MARGONI, "How to apply Creative Commons Licences to 3D Printed Products in the light of the most recent developments of the European Court of Justice Case Law" in B. VAN DEN BERG (ed.), *3D Printing*, Den Haag, TMC ASSER, 2016, (37) 54.

<sup>538</sup> T. MARGONI, "Not for designers: on the inadequacies of EU design law and how to fix it", *JIPITEC* 2013, (1) 39-40; N. SHEMTOV en I. WALDEN (eds.), *Free and Open Source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 34.

handelingen enkel in overeenstemming met de licentievoorwaarden uitgevoerd worden.<sup>539</sup>

**151.** Een derde-verkrijger die een fysiek object produceert op basis van het auteursrechtelijk beschermd ontwerp, schendt het reproductierecht van de auteur. Dit reproductierecht is technologie-neutraal en het fysieke object vormt een reproductie van de digitale blauwdruk.<sup>540</sup> Deze situatie is te vergelijken met het bouwen van een gebouw op basis van een auteursrechtelijk beschermd plan of maquette.<sup>541</sup> Indien het ontwerp niet (alleen op zichzelf) auteursrechtelijk beschermd is, maar (ook) het auteursrechtelijk beschermde uiterlijk van een fysiek object weergeeft, zal de materiële reproductie hiervan op basis van dit ontwerp, (ook) een inbreuk plegen op het auteursrecht dat het uiterlijk van het fysieke object beschermt.<sup>542</sup> Wanneer bij de productie van het fysieke object aanpassingen worden aangebracht, maar het originele werk nog herkenbaar blijft, zal er sprake zijn van een adaptatie van het ontwerp. Ook hier is toestemming van de oorspronkelijke auteur vereist.<sup>543</sup> Indien aan de originaliteitsvereiste voldaan is, komt in dit laatste geval een afgeleid werk tot stand.

In alle bovenstaande gevallen zal de derde-verkrijger zich alsnog naar de licentievoorwaarden moeten voegen.

**152.** Het auteursrecht beschermt daarentegen niet het achterliggende idee. Dit is niet de bedoeling van het auteursrecht. Een licentienemer of derde-verkrijger kan zich dus 'inspireren' van de auteursrechtelijk beschermde documentatie om een fysiek object produceren met hetzelfde achterliggende idee, maar met

---

<sup>539</sup> Er wordt abstractie gemaakt van de mogelijke toepassing van de regel van 'de Europese uitputting van het reproductierecht' op het fysieke object. Deze geldt enkel na rechtmatige verkoop van het fysieke product binnen de Europese Unie.

<sup>540</sup> A. DE BLEECKERE, "3D-printing onder het Belgisch intellectueel eigendomsrecht", *Computerr.* 2017, (285) 286 en 288-289; C. JASSERAND, "Creative Commons licenses and design: are the two compatible?", *JIPITEC* 2011, (131) 137-139; T. MARGONI, "How to apply Creative Commons Licences to 3D Printed Products in the light of the most recent developments of the European Court of Justice Case Law" in B. VAN DEN BERG (ed.), *3D Printing*, Den Haag, TMC ASSER, 2016, (37) 57-58; T. MARGONI, "Not for designers: on the inadequacies of EU design law and how to fix it", *JIPITEC* 2013, (1) 40-41.

<sup>541</sup> C. JASSERAND, "Creative Commons licenses and design: are the two compatible?", *JIPITEC* 2011, (131) 136-137.

<sup>542</sup> A. DE BLEECKERE, "3D-printing onder het Belgisch intellectueel eigendomsrecht", *Computerr.* 2017, (285) 289.

<sup>543</sup> A. DE BLEECKERE, "3D-printing onder het Belgisch intellectueel eigendomsrecht", *Computerr.* 2017, (285) 286 en 288-289; C. JASSERAND, "Creative Commons licenses and design: are the two compatible?", *JIPITEC* 2011, (131) 138-139; T. MARGONI, "How to apply Creative Commons Licences to 3D Printed Products in the light of the most recent developments of the European Court of Justice Case Law" in B. VAN DEN BERG (ed.), *3D Printing*, Den Haag, TMC ASSER, 2016, (37) 57-58; T. MARGONI, "Not for designers: on the inadequacies of EU design law and how to fix it", *JIPITEC* 2013, (1) 40-41.

een andere uitwerking, zonder door de licentievoorwaarden te zijn gebonden.<sup>544</sup>

153. Ook het auteursrecht op de bijkomende documentatie is in licentie gegeven. Wanneer deze bijkomende documentatie het enige OSH-onderdeel is dat voldoende origineel is, zal het reproduceren of aanpassen van deze handleiding, assemblage-instructies of materiaallijst, gebonden zijn aan de licentievoorwaarden, maar de productie en exploitatie van het fysieke object logischerwijze niet.

### *b.2. Niet-geregistreerd gemeenschapsmodel*

154. Daarnaast is ook cumul van modelrecht en auteursrecht mogelijk op het uiterlijk van het fysieke object, en op het ontwerp dat dit uiterlijk weergeeft. Hierbij laat het in licentie geven van het auteursrecht door de opensourcelicentie, het modelrecht op deze onderdelen onverlet, en dus exclusief.<sup>545</sup> Enkel de GNU-GPL lijkt op het eerste gezicht een modelrechtelijke licentie te voorzien, maar deze biedt bij nader onderzoek geen soelaas.<sup>546</sup>

155. Het gebruik van de verschillende opensourcesoftwarelicentie zorgt, minstens voor de driejarige duurtijd van het niet-geregistreerd Gemeenschapsmodel, voor juridische onzekerheid bij licentienemers binnen de Europese Unie.<sup>547</sup> De reproductie van deze onderdelen zal toegelaten zijn op grond van de auteursrechtelijke licentie, maar deze reproducties mogen niet dezelfde vormgeving en uiterlijke kenmerken hebben.<sup>548</sup> Het niet-geregistreerde Gemeenschapsmodel verbiedt zuivere namaak. Dit zorgt voor een patstelling, waarbij zuivere reproductie onmogelijk wordt. Dit gaat in tegen het grondbeginsel van opensourcehardware, waarbij net ruime gebruikshandelingen gesteld moeten kunnen worden. Het is denkbaar dat de ontwikkelaar deze modelrechten in de praktijk dus niet zal afdwingen. MARGONI stelt echter terecht dat commerciële gebruikers van OSH in een preciaire situatie terecht komen, waarbij zij moeten opereren met het zwaard

<sup>544</sup> A. DE BLEECKERE, "3D-printing onder het Belgisch intellectueel eigendomsrecht", *Computerr*. 2017, (285) 286 en 289.

<sup>545</sup> C. JASSERAND, "Creative Commons licenses and design: are the two compatible?", *JIPITEC* 2011, (131) 135; T. MARGONI, "How to apply Creative Commons Licences to 3D Printed Products in the light of the most recent developments of the European Court of Justice Case Law" in B. VAN DEN BERG (ed.), *3D Printing*, Den Haag, TMC ASSER, 2016, (37) 59.

<sup>546</sup> Zie onder. GNU-GPL 0. *Definitions: "Copyright" also means copyright-like laws that apply to other kinds of works*'.

<sup>547</sup> *Ibid.*; T. MARGONI, "Not for designers: on the inadequacies of EU design law and how to fix it", *JIPITEC* 2013, (1) 44.

<sup>548</sup> HvJ 21 september 2017, Easy Sanitary Solutions bv en EUIPO/Group Nivelles nv, C-361/15 P, ECLI:EU:C:2017:720, ro. 93-95; H. VANHEES, "Europese rechtspraak in kort bestek", *RW* 2017-18, (1236) 1237.

van Damocles boven het hoofd.<sup>549</sup> Deze situatie zal zich vooral voordoen bij OSH-projecten zonder technische functie, maar waarvan het kenmerkende uiterlijk doorslaggevend is, zoals bijvoorbeeld *open design*.<sup>550</sup>

156. Bij meer technische OSH-projecten daarentegen, zal een gebruiker een fysiek object kunnen produceren met eenzelfde technische functie, maar met een andere vormgeving, zonder door het modelrecht te worden begrensd. Indien, omwille van een groot aantal technische beperkingen, de mate van ontwerp vrijheid gering is, zal deze gebruiker op basis van kleine verschillen met het initiële model, bovendien zelf modelbescherming kunnen laten gelden op deze vormgeving.

### *b.3. Geen octrooi*

157. Indien het fysieke object een technische functie heeft, belandt deze zonder octrooiregistratie in het publiek domein. Wie het ontwerp van de uitvinding feitelijk ter beschikking gesteld heeft gekregen, kan deze technische component aanpassen of exploiteren, zonder door enige licentievoorwaarde te zijn gebonden.<sup>551</sup>

158. Theoretisch zal een gebruiker deze bestaande uitvinding echter niet kunnen octrooieren. Door de publieke bekendmaking, waar ook ter wereld, van het ontwerp dat de uitvinding weergeeft, zal de uitvinding namelijk *prior art* geworden zijn. In een hardwarecontext lijkt een dergelijke defensieve bekendmaking dus een goede strategie. In de praktijk is het evenwel niet vanzelfsprekend dat het Europees Octrooibureau (EOB) tijdens het nieuwheidsonderzoek de uitvinding terugvindt.<sup>552</sup> Opdat defensieve publicatie de meeste slaagkans zou hebben, is het aangeraden om documentatie die de uitvinding voldoende gedetailleerd beschrijft, (ook) te publiceren op een daarvoor bedoelde databank.<sup>553</sup>

159. Een volgende ontwerper die de oorspronkelijke opensource-uitvinding aanpast, voldoende uitvindingswerkzaamheid aan de dag legt en de nieuwheidsvereiste vervult, zou deze aangepaste versie wel kunnen laten octrooieren en afsluiten van verder gebruik.

---

<sup>549</sup> T. MARGONI, “Not for designers: on the inadequacies of EU design law and how to fix it”, *JIPITEC* 2013, (1) 40-45.

<sup>550</sup> *Ibid.*

<sup>551</sup> J. LERNER en J. TIROLE, “The economics of technology sharing: open source and beyond”, *Journal of Economic Perspectives* 2005, (99) 102; E. VON HIPPEL, *Democratizing Innovation*, Cambridge, The MIT Press, 2005, 89; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, “Open source software: een analyse naar Belgisch recht”, *IRDI* 2007, (369) 371.

<sup>552</sup> Art. XI.23 WER; N. SHEMTOV en I. WALDEN (eds.), *Free and Open Source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 172.

<sup>553</sup> Bv.: <http://www.defensivepublications.org/>, laatst geraadpleegd op 10 oktober 2018. *Ibid.*

De casus van RepRap en MakerBot toont de leemtes aan van het gebruik van opensourcesoftwarelicenties voor technische OSH-projecten zonder octrooiregistratie.

RepRap<sup>554</sup> is een OSH-project dat betaalbare 3D-printers ontwikkelt. Het stelt al zijn documentatie beschikbaar onder een auteursrechtelijke copyleftlicentie.<sup>555</sup> De documentatie is op zichzelf beschermd door het auteursrecht. Het uiterlijk van de 3D-printer is enkel ingegeven door de technische functie en is dus niet auteursrechtelijk of modelrechtelijk beschermd. Ook indien het uiterlijk wel auteursrechtelijk- of modelrechtelijk beschermd zou zijn geweest, had dit in deze casus geen verschil gemaakt. Beide rechten beschermen de achterliggende uitvinding niet en verbieden niet om zich te inspireren, zolang de concrete uitwerking maar verschillend is. RepRap bezit geen octrooiën.

Makerbot<sup>556</sup> is een bedrijf dat desktop 3D-printers produceert, gebaseerd op de technologie van RepRap.<sup>557</sup> Initieel leefde MakerBot deze copyleftlicentie na en deelde het zijn verbeteringen met de RepRap gebruikersgemeenschap. In 2012 besloot MakerBot echter om closed source verder te gaan. Dit was perfect mogelijk ondanks de GNU-GPL. Makerbot inspireerde zich namelijk slechts van het achterliggende idee van de RepRap 3D-printer en bracht een werk tot stand met dezelfde technische functionaliteit, maar in een andere uitwerking.<sup>558</sup> Twee jaar later vroeg, en kreeg, MakerBot een octrooi op de aanpassingen die verder bouwden op de initiële RepRap uitvinding.<sup>559</sup>

### c. Bijkomende problematiek

160. Naast deze algemene complicaties, zijn de meeste opensourcelicenties bovendien ook suboptimaal, omdat zij begrippen hanteren die aangepast zijn aan een softwarecontext. De GNU-GPL lijkt op het eerste gezicht misschien een adequate licentie, doordat zij impliceert dat zij naast het auteursrecht ook andere intellectuele rechten zoals het modelrecht in licentie geeft en een

---

<sup>554</sup> Opgenomen in bijlage XI, i.

<sup>555</sup> De gebruikte licentie is de RepRapGPLL. <https://reprap.org/wiki/RepRapGPLLicence>, laatst geraadpleegd op 15 oktober 2018. Dit is een GNU-GPL waarvan de softwarebewoordingen werden aangepast om gebruikt te kunnen worden voor documentatie.

<sup>556</sup> Opgenomen in bijlage XI, j.

<sup>557</sup> E. GREENBAUM, "Three-dimensional printing and opensourcehardware", *NYUJ. Intell. Prop. & Ent. L.* 2013, (257) 271.

<sup>558</sup> A. DE BLEECKERE, "3D-printing onder het Belgisch intellectueel eigendomsrecht", *Computerr.* 2017, (285) 286 en 289; E. GREENBAUM, "Three-dimensional printing and opensourcehardware", *NYUJ. Intell. Prop. & Ent. L.* 2013, (257) 271.

<sup>559</sup> J. BIGGS, "MakerBot's saddest hour", 2015, <https://techcrunch.com/2015/04/22/makerbots-saddest-hour/>, laatst geraadpleegd op 3 oktober 2018; J.-P. FERDINAND, *Entrepreneurship in Innovation Communities*, Heidelberg, Springer, 2018, 112; J. PEARCE, "Emerging business models for opensourcehardware", *Journal of open hardware* 2017, afl. 1, (1) 8-9.

octrooi Clausule bevat.<sup>560</sup> Het algemene taalgebruik is echter, net zoals bij de EURL, BSD- en MIT-licentie toegespitst op de wijze waarop opensourcesoftware tot stand komt.<sup>561</sup> Zonder aanpassingen aan de licentietekst, zullen zij zelfs niet kunnen dienen om het auteursrecht op de OSH-onderdelen in licentie te geven. Deze licenties lijken ons dus niet aangeraden aangezien opensourceprojecten er niet altijd bij zullen stilstaan dat de tekst moet worden aangepast. Aanpassingen aan de tekst zorgen echter voor een moeilijkere compatibiliteit met andere licenties, die op hun beurt ook zullen moeten worden aangepast. Dit brengt proliferatie van opensourcelicenties met zich mee, wat de rechtszekerheid niet ten goede komt.<sup>562</sup> *Creative Commons* komen weliswaar tegemoet aan het begripsprobleem door een niet-limitatieve opsomming te geven van wat onder de licentie kan vallen en algemenere bewoordingen te gebruiken. *Creative Commons* vermeldt expliciet dat opdat de licentie van toepassing zou zijn, de enige voorwaarde is dat deze onderdelen door het auteursrecht worden beschermd.<sup>563</sup> Voor het overige gelden bij *Creative Commons*, dezelfde moeilijkheden als zonet uiteengezet.<sup>564</sup>

#### 4.1.2. *Bestaande opensourcehardwarelicenties als adequater alternatief?*

161. Dit deel onderzoekt of dezelfde of andere moeilijkheden zich voordoen bij de drie reeds bestaande licenties die specifiek voor hardware werden opgesteld.

##### a. TARP-licentie en CERN-licentie

162. Sinds 2009 en 2011 bestaan er twee copyleftlicenties<sup>565</sup> die specifiek voor hardware werden opgesteld: de TAPR Open Hardware Licentie<sup>566</sup> (TAPR-OHL) en de CERN Open Hardware Licentie<sup>567</sup> (CERN-OHL).<sup>568</sup>

De TAPR-licentie ontleent zijn naam aan de *Tucson Amateur Packet Radio*-vereniging. Dit is een Amerikaanse organisatie die zich bezighoudt met onderzoek en ontwikkeling op het gebied van digitale communicatie tussen

---

<sup>560</sup> GNU-GPL 0. *Definitions: "Copyright" also means copyright-like laws that apply to other kinds of works*".

<sup>561</sup> Bv.: *source code, object code, corresponding source*.

<sup>562</sup> A. KATZ, "Towards a Functional Licence for Open Hardware", *IFOSS L. Rev.* 2012, 52 en 55.

<sup>563</sup> Art. 1, i) Creative Commons.

<sup>564</sup> C. JASSERAND, "Creative Commons licenses and design: are the two compatible?", *JIPITEC* 2011, (131) 135; N. SHEMTOV en I. WALDEN (eds.), *Free and Open Source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 450.

<sup>565</sup> Art. 3, 4 CERN; art. 3,4 TAPR.

<sup>566</sup> Bijlage VI. Gebruikt door Glia.

<sup>567</sup> Bijlage V. Gebruikt door Axiom.

<sup>568</sup> J. ACKERMANN, "Toward Open Source Hardware", *University of Dayton Law Rev.* 2009, (183) 204; E. GREENBAUM, "Three-dimensional printing and Open Source Hardware", *NYU J. Intell. Prop. & Ent. L.* 2013, (257) 263

niet-professionele software hobbyisten.<sup>569</sup> De TAPR-vereniging publiceerde de gelijknamige licentie voor het eerst in 2007.

De CERN-licentie ontstond vier jaar later in Zwitserland in het grootste elementairedeeltjesfysica-labo ter wereld: de '*Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire*'.<sup>570</sup>

**163.** De TAPR- en CERN-licenties zijn gebaseerd op de principes van de GNU-GPL.<sup>571</sup> In tegenstelling tot de opensourcesoftwarelicenties, zijn het geen intellectuele-eigendomslicenties. Hun voordeel is dat zij zich richten tot het fysieke object dat bij opensourcehardware tot stand komt. Ze maken een onderscheid tussen de documentatie en het fysieke object. In ruil voor de uitoefening van de vier vrijheden, leggen zij de gebruiksvoorwaarde op dat de documentatie moet worden toegevoegd bij de verspreiding van het fysieke object.<sup>572</sup> Hun grote nadeel is dat deze gebruiksvoorwaarden niet afdwingbaar zullen zijn ten aanzien van derden-verkrijgers.<sup>573</sup> Ze maken namelijk gebruik van een zuiver contractueel mechanisme.<sup>574</sup> De tekortkomingen van een zuiver verbintenisrechtelijke overeenkomst om een project 'gecontroleerd' te delen, werden reeds uitvoerig toegelicht

## b. Apache + Solderpad-licentie

**164.** Sinds maart 2018 bestaat ook de permissieve Solderpad-hardwarelicentie versie 2.0 als *wraparound* bij de Apache-softwarelicentie versie 2.0. De Solderpad *wraparound* fungeert enerzijds als aanvulling bij de auteursrechtelijk Apachelicentie, maar past deze anderzijds ook aan.

Het deel 4.1.1 toonde aan dat een deel van de moeilijkheden om een adequate licentie te bieden voor het open, maar gecontroleerd delen van opensourcehardware, haar oorsprong vindt in het ontstaan van het niet-geregistreerd Gemeenschapsmodel door een louter rechtsfeit.<sup>575</sup>

Wat de Apache + Solderpad-licentie onderscheidt van de andere, reeds bestaande opensourcesoftware- en hardwarelicenties, is dat het een

<sup>569</sup> J. ACKERMANN, "Toward Open Source Hardware", *University of Dayton Law Rev.* 2009, 183-222.

<sup>570</sup> M. AYASS en J. SERRANO, "The CERN Open Hardware Licence", *IFOSS L. Rev.* 2012, (71) 72.

<sup>571</sup> Art. 3,4 CERN; art.3,4 TAPR; E. GREENBAUM, "Three-dimensional printing and Open Source Hardware", *NYUJ. Intell. Prop. & Ent. L.* 2013, (257) 263.

<sup>572</sup> Art. 4, lid 1 CERN; art. 5.1 TAPR.

<sup>573</sup> E. GREENBAUM, "Three-dimensional printing and Open Source Hardware", *NYUJ. Intell. Prop. & Ent. L.* 2013, (257) 265.

<sup>574</sup> Art. 1 *juncto* art. 5 TAPR; Art. 4, lid 1 CERN; E. GREENBAUM, "Three-dimensional printing and Open Source Hardware", *NYUJ. Intell. Prop. & Ent. L.* 2013, (257) 264-265, 267; SHEMTOV, N. en WALDEN, I. (eds.), *Free and Open Source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 457.

<sup>575</sup> In de hypothese dat de voorwaarden voor totstandkoming vervuld zijn.

intellectuele-eigendomslicentie is die steunt op het auteursrecht én het modelrecht. Deze licentie vermeldt expliciet het niet-geregistreerd Gemeenschapsmodel.<sup>576</sup>

Door gebruik te maken van de Apache + Solderpad-licentie kunnen dus ook gebruiksrechten op het modelrecht worden verleend. Voor opensourcehardware-objecten zonder technische functie, zou deze licentie dus kunnen volstaan voor het open, maar gecontroleerd delen. Zij verleent namelijk gebruiksrechten op alle onderliggende intellectuele-eigendomsrechten, waardoor de ruime gebruikshandelingen juridisch mogen worden gesteld. Daarnaast kan zij de uitoefening van deze gebruiksrechten dus ook koppelen aan afdwingbare gebruiksvoorwaarden.

Voor de meer technische opensourcehardwareprojecten waarbij vooral de achterliggende technische functie van tel is, blijft het probleem bestaan dat de uitvinding enkel door het octrooirecht kan worden beschermd. Zonder octrooiregistratie komt de uitvinding in het publiek domein terecht en heeft de octrooiclausule die de Apache + Solderpad voorziet, geen effect.<sup>577</sup>

#### 4.1.3. Tussenconclusie

**165.** Een opensourcelicentiestrategie die zowel de rechten van de ontwikkelaar als de gebruiker waarborgt, vereist dat de ontwikkelaar eerst intellectuele rechten heeft op alle onderdelen van zijn project, waarna hij een opensourcelicentie kiest die gebruiksrechten verleent op al deze verschillende intellectuele rechten, in ruil voor gebruiksvoorwaarden. Hierdoor kunnen de ruime gebruikshandelingen, de vier vrijheden, gesteld worden op de verschillende onderdelen. Dit deel analyseerde de situatie waarbij de ontwikkelaar enkel opteert voor intellectuele rechten zonder registratie.

De auteursrechtelijke opensourcesoftwarelicenties bleken inadequaet doordat zij enkel gebruiksrechten verlenen op de auteursrechten. Hierbij laten zij de modelrechten onverlet. Wie de OSH-onderdelen feitelijk ter beschikking krijgt gesteld, kan dus geen ruime gebruikshandelingen stellen zonder een modelrechtelijke inbreuk te begaan.

Wanneer het OSH-project enkel door het auteursrecht en het modelrecht beschermd wordt, en geen uitvinding bevat, kan de Apache + Solderpad-opensourcehardwarelicentie er wel voor zorgen dat deze ruime gebruikshandelingen kunnen worden uitgeoefend (d.i. het open delen). De ontwikkelaar van het project kan het project eveneens gecontroleerd delen doordat hij zijn gebruiksvoorwaarden kan steunen op onderliggende intellectuele eigendomsrechten. Omwille van het *erga omnes*-karakter zullen

---

<sup>576</sup> Art. 1 Solderpad.

<sup>577</sup> Art. 3 Apache.



deze gebruiksmodaliteiten ook afdwingbaar zijn ten aanzien van derden-verkrijgers.

166. Wanneer het OSH-project echter ook een technisch onderdeel bevat, is voor het gecontroleerd delen van dit technische onderdeel van het project eerst een (dure en omslachtige) octrooiregistratie vereist, waarna deze gratis in licentie wordt gegeven. Deze theoretisch optimale licentiestrategie zal in de praktijk dus weinig tot geen bijval krijgen.

167. Een juridisch niet sluitende opensourcelicentiestrategie die in de praktijk wel haalbaar zou kunnen zijn, en op dit ogenblik dan ook de beste of 'minst slechte' oplossing lijkt, is het gebruik van de Apache + Solderpad licentie in combinatie met een defensieve bekendmaking van de uitvinding. De Apache + Solderpad-licentie verleent gebruiksrechten op het auteursrecht en modelrecht, intellectuele rechten waarvoor, minstens gedurende de eerste drie jaar, geen registratie vereist is. Door de defensieve bekendmaking van de uitvinding zal deze *prior art* worden, wat een octrooiaanvraag door een *public domain grabber* onmogelijk maakt. Deze kan de uitvinding echter wel nog steeds toe-eigenen en exploiteren zonder de verplichtingen uit de licentie te moeten nakomen.<sup>578</sup>

168. Het technische element van opensourcehardware dat enkel na registratie kan worden beschermd, maakt een opensourcelicentiestrategie onvolmaakt. Dit is het grote verschil met opensourcesoftware of opensourcehardware die geen uitvinding bevat en gedurende de eerste drie jaar door ongeregistreerde intellectuele rechten kan worden beschermd.

169. Naast deze specifieke problematiek in een hardwarecontext, geldt ook hier bovendien de algemene problematiek van opensourcelicenties zoals aangehaald in deel 3.

#### 4.2. ANDERE MOGELIJKE (AANVULLENDE) STRATEGIEËN

170. BALKA vraagt zich op het einde van haar studie dan ook terecht af of het gebruik van (enkel) opensourcelicenties *sensu lato* wel de meest adequate strategie is in een opensourcehardwarecontext.<sup>579</sup> Ze verwijst echter naar toekomstig onderzoek om de vraag over wat wel een adequate(re) strategie zou kunnen zijn in een opensourcehardwarecontext, te beantwoorden.

---

<sup>578</sup> J. LERNER en J. TIROLE, "The economics of technology sharing: open source and beyond", *Journal of Economic Perspectives* 2005, (99) 102; E. VON HIPPEL, *Democratizing Innovation*, Cambridge, The MIT Press, 2005, 89; Y. VAN DEN BRANDE en J. KEUSTERMANS, "Open source software: een analyse naar Belgisch recht", *IRDI* 2007, (369) 371.

<sup>579</sup> K. BALKA, *Open Source Product Development: The Meaning and Relevance of Openness*, Wiesbaden, Gabler Verlag, 2011, 139.

Het recht hinkt vaak achterop en in afwachting van een nieuwe, al dan niet theoretische oplossing<sup>580</sup>, poogt dit afsluitende deel reeds bestaande strategieën en (juridische) instrumenten aan te reiken die ontwikkelaars van OSH-projecten, ter aanvulling van het gebruik van opensourcelicenties, meteen in de praktijk kunnen toepassen om hun rechten beter te beschermen.

#### 4.2.1. Strategieën los van het recht

171. Een deel van de opensourcebeweging vindt *public domain grabbing* en *free riding* eigenlijk geen probleem. Ze bekijken dit vanuit het globale perspectief dat open source draait om delen en technische vooruitgang. *Public domain grabbing* en *free riding* komt opensource-innovatie als geheel ten goede omdat het bedrijven dwingt om steeds beter te worden en monopolies vermijdt.<sup>581</sup> Er zijn dus vaak andere motivaties dan zuivere winst bij de keuze om een OS-project te ontwikkelen. Vanuit het individuele perspectief van een OS-project is dit weliswaar moeilijker te verdedigen. Vanwege de juridische leemte is dit echter een realiteit. Er ontstonden daarom strategieën, los van het recht.

#### a. De open source gemeenschap

172. Vaak zal de gemeenschap aan *name and shame* doen wanneer een opensourceproject besluit om als closedsourceproject verder te gaan. Een voorbeeld hiervan is de storm van kritiek van de opensourcegemeenschap die volgde op MakerBot's beslissing om closed source verder te gaan. De kritiek werd nog heviger toen MakerBot (overgenomen door Stratasys) in 2014 octrooibeschermering aanvroeg. De opensourcegemeenschap liet MakerBot massaal vallen. Dit zorgde samen met een aantal technische problemen voor de sterke achteruitgang van MakerBot.<sup>582</sup> Het bedrijf dat in 2012 een pionier

---

<sup>580</sup> VAN OVERWALLE suggereert bijvoorbeeld het 'inclusief octrooi'. Zie hierover: G. VAN OVERWALLE, "Inventing inclusive patents. From old to new open innovation", in P. DRAHOS, G. GHIDINI en H. ULLRICH (eds.), *Kritika: Essays on Intellectual Property*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015, 206-277.

<sup>581</sup> J. BIGGS, "Can opensourcehardware companies survive clones?", 2012, <https://techcrunch.com/2012/08/24/can-open-source-hardware-companies-survive-clones/?guccounter=1>, laatst geraadpleegd op 3 oktober 2018; B. BYFIELD, "Why open source freeriding is a good idea", 24 februari 2015, <https://www.datamation.com/open-source/why-open-source-freeriding-is-a-good-idea.html>, laatst geraadpleegd op 3 oktober 2018; J.-P. FERDINAND, *Entrepreneurship in Innovation Communities*, Heidelberg, Springer, 2018, 112; J. FLAHERTY, "Cloning the Makerbot is legal, but does that make it right?", 23 augustus 2012, <https://www.wired.com/2012/08/tangibot-makerbot-clone/>, laatst geraadpleegd op 3 oktober 2018; D. ROWLAND, U. KOHL en A. CHARLESWORTH, *Information Technology Law*, Routledge, Londen, 2017, 521-522; S. WALLI, "Are freeloaders helpful or hurtful to open source communities?", 25 juni 2013, <https://opensource.com/business/13/6/foss-freeloaders>, laatst geraadpleegd op 3 oktober 2018.

<sup>582</sup> J. BIGGS, "MakerBot's saddest hour", 2015, <https://techcrunch.com/2015/04/22/makerbots-saddest-hour/>, laatst geraadpleegd op 3 oktober 2018; J.-P. FERDINAND, *Entrepreneurship in*

was van desktop 3D-printers en een toonbeeld was van een succesvol opensourcehardwareproject ontsloeg in 2015 en 2017 50% van haar werknemers.<sup>583</sup>

173. Daarnaast kan een project dat voldoet aan de twaalf criteria en de definitie van OSHWA, een OSHWA-certificering bekomen, die aantoonst dat het project de opensourcehardwarestandaarden vervult.<sup>584</sup>

174. Tot slot bestaan er platformen als Liberapay<sup>585</sup>, Open Collective<sup>586</sup> en Patreon<sup>587</sup>, waarbij gebruikers van een OS-project een donatie kunnen doen aan dit project.<sup>588</sup> Projecten blijven zo wel afhankelijk van *goodwill* en externe inkomsten.

## b. Een alternatief businessmodel

175. Een meer bestendige strategie bestaat uit het aannemen van een alternatief businessmodel waarbij OS-projecten op een onafhankelijke manier hun inkomsten halen uit andere bronnen.

Dit is bijvoorbeeld wat Adafruit en Arduino doen. Ondanks ontelbare namaak stappen zij niet af van opensourcehardware, maar zorgen ze voor een aangepast businessmodel.<sup>589</sup> MakerBot had dit wellicht ook beter gedaan.

---

*Innovation Communities*, Heidelberg, Springer, 2018, 112; J. PEARCE, "Emerging business models for opensourcehardware", *Journal of open hardware* 2017, afl. 1, (1) 8-9.

<sup>583</sup> R. KING, "MakerBot prepares for another round of layoffs", *Fortune*, 15 februari 2015, <http://fortune.com/2017/02/15/makerbot-3d-printing-layoffs/>, laatst geraadpleegd op 3 oktober 2018.

<sup>584</sup> OSHWA, "OSHWa Certification", s.d., <https://certification.oshwa.org/>, laatst geraadpleegd op 12 oktober 2018; OSHWA, "OSHWa Definition", s.d., <http://www.oshwa.org/definition>, laatst geraadpleegd op 1 april 2018; J. PEARCE, "Emerging business models for opensourcehardware", *Journal of open hardware* 2017, afl. 1, (1) 6.

<sup>585</sup> <https://liberapay.com>, laatst geraadpleegd op 15 oktober 2018.

<sup>586</sup> <https://opencollective.com>, laatst geraadpleegd op 15 oktober 2018.

<sup>587</sup> <https://www.patreon.com>, laatst geraadpleegd op 15 oktober 2018.

<sup>588</sup> D. CRICHTON, "Open source sustainability", juni 2018, <https://techcrunch.com/2018/06/23/open-source-sustainability/>, laatst geraadpleegd op 3 oktober 2018; X, "How Gratipay helps solve the free rider problem", 9 december 2016, <https://opensource.com/article/16/12/how-gratipay-solves-open-sources-free-rider-problem>, laatst geraadpleegd op 3 oktober 2018.

<sup>589</sup> J. BIGGS, "Can opensourcehardware companies survive clones?", 2012, <https://techcrunch.com/2012/08/24/can-open-source-hardware-companies-survive-clones/?guccounter=1>, laatst geraadpleegd op 3 oktober 2018; M. MORITZ, T. REDLICH, J. WULFSBERG, "Best Practices and Pitfalls in *Opensourcehardware*" in A. ROCHA en T. GUARDA (eds.), *Proceedings of the ICITS 2018*, Heidelberg, Springer, 2018, (200) 208; J. PEARCE, "Emerging business models for opensourcehardware", *Journal of open hardware* 2017, afl. 1, (1) 5; C. THOMPSON, "Build it. Share it. Profit. Can opensourcehardware work?" *Wired* 2008, <https://www.wired.com/2008/10/ff-openmanufacturing/>, laatst geraadpleegd op 17 april 2018.

Dit aangepaste businessmodel kan de aanbieder van afgewerkte of complementaire producten inhouden, al dan niet in combinatie met een nadruk op diensten en ondersteuning.

De opensourcelicentie zelf moet altijd gratis zijn. Het fysieke object daarentegen niet.<sup>590</sup> Het businessmodel van bijvoorbeeld Arduino, bestaat uit de aanbieder van afgewerkte microcontroller-pakketten en complementaire producten, naast de open source-microcontroller variant.<sup>591</sup>

Een alternatief businessmodel zou er voorts ook uit kunnen bestaan om af te stappen van de idee dat fysieke objecten het onderwerp van een koop-verkoopovereenkomst moeten zijn om inkomsten te genereren. Bedrijven generen in een dergelijk geval inkomsten door het aanbieden van bijbehorende diensten of ondersteuning, vanuit het oogpunt dat een kwaliteitsvol opensourcehardwareproduct zal zorgen voor de verkoop van deze bijbehorende diensten.<sup>592</sup>

Dit is reeds het geval bij enkele *Internet of Things (IoT)*-ondernemingen. Het *Internet of Things* is “een verspreid netwerk van fysieke objecten die in staat zijn om te interageren met hun omgeving, elkaar, andere machines of computers (smart objects)”<sup>593</sup>. In het domein van het *Internet of Things*<sup>594</sup>, vervagen de grenzen tussen het fysieke en het digitale.<sup>595</sup> “Software is weliswaar het brein van dit fenomeen, maar het hart ervan bestaat uit fysieke objecten”, aldus ALGEO.<sup>596</sup> Het succes van het IoT-fenomeen zal volgens

---

<sup>590</sup> Y. COOL en P. LAURENT, “Introduction générale: repères pour comprendre le mouvement du logiciel libre” in Y. COOL, F. DE PATOUL, D. DE ROY, H. HAOUIDEG, P. LAURENT en E. MONTERO (eds.), *Les logiciels libres face au droit*, Brussel, Bruylant, 2005, (1) 10.

<sup>591</sup> M. MORITZ, T. REDLICH, J. WULFSBERG, “Best Practices and Pitfalls in Opensourcehardware” in A. ROCHA en T. GUARDA (eds.), *Proceedings of the ICITS 2018*, Heidelberg, Springer, 2018, (200) 208. Opgenomen in bijlage XI, h.

<sup>592</sup> Y. COOL en P. LAURENT, “Introduction générale: repères pour comprendre le mouvement du logiciel libre” in Y. COOL, F. DE PATOUL, D. DE ROY, H. HAOUIDEG, P. LAURENT en E. MONTERO (eds.), *Les logiciels libres face au droit*, Brussel, Bruylant, 2005, (1) 11-13.

<sup>593</sup> EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE (EPRS), *Briefing The Internet of Things, opportunities and challenges*, mei 2015, nr. PE 557.012, 2, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/557012/EPRS\\_BRI\(2015\)557012\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/557012/EPRS_BRI(2015)557012_EN.pdf) laatst geraadpleegd op 14 april 2018.

<sup>594</sup> En bijbehorende big data.

<sup>595</sup> K. BALK, Open Source Product Development: *The Meaning and Relevance of Openness*, Wiesbaden, Gabler Verlag, 2011, 24; M. FRESSOLI en A. SMITH, “Impresiones 3D: Fabricación digital, ¿Una nueva revolución tecnológica?”, *Integración & Comercio 2015*, afl. 39, 112-125, <http://www19.iadb.org/intal/icom/data/Impresi%C3%B3n%203D%20y%20fabricaci%C3%B3n%20digital.pdf> laatst geraadpleegd op 14 april 2018; A. SUNDARAJAN, *The sharing economy: the end of employment and the rise of crowd-based capitalism*, Cambridge, MIT Press, 2016, 56.

<sup>596</sup> D. ALGEO, “The Internet of Things: third industrial revolution and hardware as its basis”, 4 maart 2015, <https://www.crucial.com.au/blog/2015/03/04/the-internet-of-things-third-industrial-revolution-and-hardware-as-its-basis/>, laatst geraadpleegd op 14 april 2018.

sommigen dan ook afhangen van opensourcehardware<sup>597</sup>, aangezien alle *smart objects* die in een *IoT*-omgeving met elkaar willen communiceren, interoperabel moeten zijn.<sup>598</sup> Daarnaast is het met een kleine Arduino-microcontroller en een open besturingssysteem als Linux, voor ingenieurs niet moeilijk om in opdracht van hun werkgever *IoT*-toepassingen te ontwikkelen. Ook leken kunnen zo relatief eenvoudig zaken (in huis) automatiseren of vanop afstand bedienen met bijvoorbeeld hun smartphone.<sup>599</sup> Enkele *IoT*-ondernemingen kiezen ervoor om (het ontwerp van) hun fysiek smart object vrij ter beschikking te stellen maar per gebruik een bepaald bedrag in rekening te brengen.<sup>600</sup> Een verdienmodel dat steunt op dienstverlening op maat is reeds een beproefd businessmodel van opensourcesoftware-ondernemingen.<sup>601</sup> Zij bieden ‘*Software as a Service*’ (SaaS) aan.<sup>602</sup>

#### 4.2.2. Ondersteuning door het recht

176. Het deel 4.2.1 besprak de strategieën die de opensourcegemeenschap reeds hanteert om tegemoet te komen aan de juridische beperkingen van het opensourcemodel. Dit deel bekijkt welke ondersteunde rol het recht hierbij kan spelen. De eerste paragraaf kijkt hiervoor naar het intellectuele-eigendomsrecht, de tweede paragraaf kijkt naar een ondersteuning los van enig intellectuele-eigendomsrecht.

### a. Merkenrecht

#### a.4. *Individueel merk*

177. Om op korte termijn rendabel te kunnen zijn, maken bestaande OS-projecten gebruik van een aangepast businessmodel, waarbij ze geen

<sup>597</sup> N. DU MANOIR, “L’industrie 4.0 sera open source... ou ne sera pas”, *Industrie & Technologies* 2016, <https://www.industrie-techno.com/l-industrie-4-0-sera-open-source-ou-ne-sera-pas.45567>, laatst geraadpleegd op 17 april 2018.

<sup>598</sup> EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE (EPRS), *Briefing The Internet of Things, opportunities and challenges*, mei 2015, nr. PE 557.012, 7, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/557012/EPRS\\_BRI\(2015\)557012\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/557012/EPRS_BRI(2015)557012_EN.pdf), laatst geraadpleegd op 14 april 2018; N. DU MANOIR, “L’industrie 4.0 sera open source... ou ne sera pas”, *Industrie & Technologies* 2016, <https://www.industrie-techno.com/l-industrie-4-0-sera-open-source-ou-ne-sera-pas.45567>, laatst geraadpleegd op 17 april 2018; SHEMTOV, N. en WALDEN, I. (eds.), *Free and Open Source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 62.

<sup>599</sup> Zo kan men een *Arduino*-aangestuurde monitor ontwikkelen die een melding stuurt wanneer een plant water nodig heeft (<http://www.instructables.com/id/Arduino-Plant-Monitor>)

<sup>600</sup> D. ALGEO, “The Internet of Things: third industrial revolution and hardware as its basis”, 4 maart 2015, <https://www.crucial.com.au/blog/2015/03/04/the-internet-of-things-third-industrial-revolution-and-hardware-as-its-basis/>, laatst geraadpleegd op 14 april 2018.

<sup>601</sup> S. VAN CAMP, “OSS: de ondraaglijke lichtheid van een concept”, *TBH* 2006, (487) 491.

<sup>602</sup> M. CAMPBELL-KELLY en D.D. GARCIA-SWARTZ, “Pragmatism, not ideology: Historical perspectives on IBM’s adoption of open-source software”, *Information Economics and Policy* 2009, (229) 242; P.G. CAPET, “A history of IBM’s *open source* involvement and strategy”, *IBM Systems Journal* 2005, (249) 252.

inkomsten halen uit de intellectuele-eigendomsrechten op de opensourcehardware-onderdelen, maar waarbij een belangrijke rol lijkt te zijn weggelegd voor een ander intellectueel recht: het merkenrecht.<sup>603</sup>

Het merkenrecht vervult namelijk een herkomstfunctie. Een merk moet onderscheidend vermogen bezitten, dat toelaat om waren en diensten te identificeren als afkomstig zijnde van een bepaalde onderneming.<sup>604</sup> Deze herkomstfunctie is voor OSH-projecten belangrijk om twee samenhangende redenen.

OSH-projecten gedijen ten eerste op reputatie en erkenning.<sup>605</sup> Een OSH-project zal zijn initiële R&D-kosten niet terugverdienen door het laten gelden van intellectuele eigendomsrechten op de OSH-onderdelen, maar door de associatie en bijbehorende valorisatie van zijn reputatie met zijn merk. Dit zal zorgen voor de verkoop van afgewerkte of complementaire producten, of van diensten en ondersteuning.<sup>606</sup>

Ten tweede, zal het merk de gebruiker toelaten om de originele producten te onderscheiden van fysieke objecten die werden gemaakt op basis van de open source documentatie. Een maker die op basis van de OSH-documentatie een (aangepast) fysiek object produceert, zal dit (aangepaste) product niet mogen exploiteren onder de naam van het OSH-project dat een merkregistratie heeft voor deze naam. Zo kan een OSH-project vermijden dat minder kwaliteitsvolle producten onder de naam van het project verkocht worden en de reputatie van het project schade toebrengen. Hoewel er bijvoorbeeld ontelbare goedkopere microcontrollers op de markt verkrijgbaar zijn, blijft de Arduino-microcontroller een van de meest verkochte, omdat de gebruikers de naam 'Arduino' associëren met kwaliteit. Het 'Arduino' woord- en beeldmerk is het enige afdwingbare intellectuele-eigendomsrecht dat Arduino bezit.<sup>607</sup>

Een merkregistratie is goedkoper dan een octrooiregistratie en zal minder snel achterhaald zijn doordat het ook meteen op nieuwe producten

---

<sup>603</sup> Zie hierover: N. SHEMTOV en I. WALDEN, (eds.), *Free and Open source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 110-139.

<sup>604</sup> Art. 4 Verord.Raad en Parl. (EU) nr. 2017/1001, 14 juni 2017 houdende het Uniemerk, *Pb.L.* 16 juni 2017, afl. 154, 1 (hierna: UMVO); art. 2.1 BVIE; F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Wegwijs in het intellectuele eigendomsrecht*, Brugge, Vanden Broele, 2018, 135.

<sup>605</sup> P.-A. VAN MALLEGHEM, "Open source software licenties", *Jura Falconis* 2008-09, (557) 573.

<sup>606</sup> P. S. CHESTEK, "Who Owns the Project Name?", *International FOSS Law Rev.* 2013, (105) 120; Y. COOL en P. LAURENT, "Introduction générale: repères pour comprendre le mouvement du logiciel libre" in Y. COOL, F. DE PATOUL, D. DE ROY, H. HAOUIDEG, P. LAURENT en E. MONTERO (eds.), *Les logiciels libres face au droit*, Brussel, Bruylant, 2005, (1) 12; J. PEARCE, "Emerging business models for opensourcehardware", *Journal of open hardware* 2017, afl. 1, (1) 6.

<sup>607</sup> J. PEARCE, "Emerging business models for opensourcehardware", *Journal of open hardware* 2017, afl. 1, (1) 6; C. THOMPSON, "Build it. Share it. Profit. Can opensourcehardware work?" *Wired* 2008, <https://www.wired.com/2008/10/ff-openmanufacturing/>, laatst geraadpleegd op 17 april 2018.

van het OS-project kan toegepast worden. Het merk zal vaak het grootste vermogensbestanddeel van een OS-project zijn, en zal in tegenstelling tot de andere intellectuele rechten, bewust niet in opensourcelicentie gegeven worden.<sup>608</sup> De EUPL en Apache + Solderpad-licentie vermelden dit uitdrukkelijk.<sup>609</sup>

#### *a.5. Garantiemerk*

**178.** OSH-projecten mogen na certificering door OSHWA, het OSHWA-certificeringslogo<sup>610</sup> dragen, dat ingeschreven is als garantie- of certificeringsmerk.<sup>611</sup> Het logo moet dienen als herkenningsteken van ‘echte’ OSH-projecten. Enkel projecten die de OSHWA-standaarden vervullen mogen dit logo gebruiken. OSHWA kan een vordering wegens inbreuk instellen tegen OSH-projecten die niet (meer) aan deze standaarden voldoen. Het logo omvat een identificatiecode per project, die bestaat uit een landencode en een cijfercode. Gecertificeerde OSH-projecten worden opgelijst in een databank, waarbij de code moet toelaten om aanpassingen en uitbreidingen van een OSH-project terug te vinden.<sup>612</sup>

#### **b. Oneerlijke marktpraktijken**

**179.** Intellectuele-eigendomsrechten zijn uitzonderingen op het principe van vrijheid van mededinging en kopie. Wanneer er dus geen intellectuele eigendomsrechten zijn die dit beperken, is schade aan een concurrent en het kopiëren van producten en handelswijzen in beginsel dus gewettigd.<sup>613</sup> Dit principe is echter niet absoluut en wordt begrensd door de oneerlijke marktpraktijken.

Artikel VI.104 WER verbiedt elke met de eerlijke marktpraktijken strijdige daad, die schade kan veroorzaken aan de beroepsbelangen van een andere onderneming. Buiten de beschermingsregimes van intellectuele eigendomsrechten om, zal het kopiëren van een product toch onrechtmatig zijn wanneer er sprake is van aanhaking of parasitaire concurrentie.<sup>614</sup> Dit zal

---

<sup>608</sup> P. S. CHESTEK, “Who Owns the Project Name?”, *International FOSS Law Rev.* 2013, (105) 120; N. SHEMTOV en I. WALDEN (eds.), *Free and Open Source Software*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 112.

<sup>609</sup> Art. 5 *in fine* EUPL; art. 6 Apache.

<sup>610</sup> Bijlage IX.

<sup>611</sup> Art. 2.35*bis* BVIE; art. 83 UMVO; F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Wegwijs in het intellectuele eigendomsrecht*, Brugge, Vanden Broele, 2018, 137 en 223.

<sup>612</sup> OSHWA, “OSHOWA Certification”, s.d., <https://certification.oshwa.org/>, laatst geraadpleegd op 12 oktober 2018.

<sup>613</sup> Art. II.3 WER; F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Wegwijs in het intellectuele eigendomsrecht*, Brugge, Vanden Broele, 2018, 16-17; H. VANHEES en R. STEENNOT, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 427.

<sup>614</sup> Art. VI.104 WER; H. VANHEES en R. STEENNOT, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 425 en 427-428.

het geval zijn wanneer de overname (al dan niet met detailverschillen) van een product, omwille van de begeleidende omstandigheden, verwarring doet ontstaan in hoofde van de gemiddelde consument tussen het originele product en het gekopieerde product, waardoor de aanhaker rechtstreeks voordeel haalt uit de notoriëteit en het imago van de andere onderneming, zonder zelf creatieve inspanningen geleverd te hebben.<sup>615</sup>

#### 4.2.3. Tussenconclusie

**180.** In de huidige stand van zaken lijkt het voor opensourcehardwareprojecten aangeraden om de Apache + Solderpad-licentie te gebruiken, in combinatie met een defensieve bekendmaking van de uitvinding en aangevuld met een merkregistratie en OSHWA-certificering. Verder hanteren zij best ook een aangepast businessmodel.

Het opensourcemodel laat de principes van intellectuele eigendom duidelijk niet los; het wendt deze exclusieve rechten enkel aan op een verschillende juridische en economische manier. Het verlenen van opensourcelicenties vormt een zuivere juridische uitoefening van deze exclusieve rechten. De mogelijke winsten op deze rechten worden opgegeven, maar worden vervangen door winsten die steunen op het merkenrecht, een ander exclusief intellectuele-eigendomsrecht, dat niet in opensourcelicentie wordt gegeven.<sup>616</sup> Indien er toch geen enkel intellectuele-eigendomsrecht kan worden ingeroepen, zal een OSH-project zich in uitzonderlijke gevallen nog kunnen beroepen op artikel VI.104 WER.

## 5. CONCLUSIE

**181.** In dit onderzoek is gezocht naar een antwoord op de vraag: “*Zijn opensourcelicenties adequate juridische instrumenten om zowel de rechten van de gebruikers, als de rechten van de ontwikkelaars, van opensourcehardwareprojecten, te waarborgen?*”

**182.** In deel 2 werd onderzocht welke intellectuele-eigendomsrechten theoretisch van toepassing kunnen zijn op de verschillende opensourcehardware-onderdelen.

Zonder registratie kan de ontwikkelaar van een opensourcehardwareproject, auteursrecht genieten op het ontwerp, het uiterlijk van het fysieke object en de bijkomende documentatie. Het ontwerp en het

---

<sup>615</sup> H. VANHEES en R. STEENNOT, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 425 en 427-428.

*Ibid.*

<sup>616</sup> Y. COOL en P. LAURENT, “Introduction générale: repères pour comprendre le mouvement du logiciel libre” in Y. COOL, F. DE PATOUL, D. DE ROY, H. HAOUIDEG, P. LAURENT en E. MONTERO (eds.), *Les logiciels libres face au droit*, Brussel, Bruylant, 2005, (1) 12.



uiterlijk van het fysieke object kunnen daarnaast ook bescherming genieten door het niet-geregistreerde Gemeenschapsmodel. De techniciteit van het fysieke object, zal echter enkel na een octrooiregistratie kunnen worden beschermd.

**183.** Vervolgens werd onderzocht welke juridische strategieën zouden kunnen worden gebruikt, opdat wie het werk feitelijk ter beschikking gesteld heeft gekregen de vier vrijheden zou mogen uitoefenen, enerzijds, en, opdat deze vier vrijheden enkel zouden uitgeoefend mogen worden voor zover de gebruiksmodaliteiten ook nageleefd worden, anderzijds.

We kwamen hierbij tot de conclusie dat het publiek domein en de zuiver verbintenisrechtelijke overeenkomst ontoereikend zijn, aangezien zij niet voldoende controle bieden aan de ontwikkelaar. Het enige juridische raamwerk dat dit in een opensourcemodel kan realiseren, is een combinatie van intellectuele rechten op alle onderdelen van het project, en vervolgens het in licentie geven van al deze rechten door middel van een opensourcelicentie.

**184.** De opensourcelicenties zijn een bijzondere categorie van licenties. Ze hanteren evenwel hetzelfde mechanisme als de klassieke licentie, om de opensourceprojecten open, maar gecontroleerd te delen.

Omwille van het *erga omnes*-karakter van intellectuele rechten zullen de gebruiksvoorwaarden die de licentie oplegt, niet enkel de partijen binden maar zullen deze ook afdwingbaar zijn ten aanzien van derden-verkrijgers. Derden-verkrijgers die het beschermde werk feitelijk ter beschikking gesteld krijgen, kunnen niet louter uit deze feitelijke terbeschikkingstelling, gebruiksrechten putten die hen in staat stellen om de vier vrijheden uit te oefenen. Indien zij toch een van de vier vrijheden zouden (willen) stellen, kan de initiële ontwikkelaar hen dwingen om zich te schikken naar zijn gebruiksmodaliteiten. Zonder intellectuele rechten, daarentegen, heeft de originele licentiegever geen controle over de *downstream*-gebruikers.

**185.** Aangezien opensourcehardwareprojecten voornamelijk de opensourcelicenties gebruiken die voor software werden ontwikkeld, onderzocht het volgende deel de bestaande copyleft- en permissieve opensourcesoftwarelicenties. Permissieve licenties houden minimaal een attributieverplichting in. Copyleftlicenties verplichten daarenboven om aanpassingen onder eenzelfde of gelijkwaardige licentie te delen.

De analyse legde zich toe op de vraag of deze licenties auteursrechtelijk en verbintenisrechtelijk geldig en afdwingbaar zijn. Dit moet bevestigend beantwoord worden. Er is sprake van een verbintenisrechtelijke *sui generis* overeenkomst en een auteursrechtelijk exploitatiecontract.

Op basis van het absolute integriteitsrecht, zal de ontwikkelaar kunnen optreden tegen aanpassingen van zijn werk die zijn eer en goede naam

aantasten, ongeacht wat de licentietekst bepaalt. De rechtspraak achtte de auteursrechtelijke opensourcesoftware licenties reeds geldig en afdwingbaar. Enkel de afdwingbaarheid van de copyleftverplichting zal in de praktijk niet de beoogde uitwerking hebben, aangezien de niet-naleving ervan niet zal leiden tot verplichte openbaarmaking. Bovendien zal de juridische afdwingbaarheid nog steeds in rechte gehandhaafd moeten worden, alvorens enige uitwerking te hebben.

**186.** Het deel 4 bracht de bevindingen van de twee voorgaande delen samen om de vraag te beantwoorden of deze geldige en afdwingbare auteursrechtelijke opensourcesoftwarelicenties, ook gebruikt konden worden in een hardwarecontext, waarbij onderdelen niet enkel door het auteursrecht kunnen worden beschermd.

De opensourcesoftwarelicenties zijn auteursrechtelijke licenties. In een softwarecontext volstaat het verlenen van gebruiksrechten op het auteursrecht om de rechten van zowel de gebruikers, als van de ontwikkelaars te waarborgen.

**187.** Aangezien enerzijds de octrooibescherming een dure registratie vereist en anderzijds de nieuwigheidsvereiste van het octrooirecht moeilijk vervuld zal kunnen worden door een OSH-project, gingen we uit van hypothesen zonder geregistreerde rechten.

De eerste hypothese ging uit van het ontbreken van enige intellectuele-eigendomsrechten op de verschillende OSH-onderdelen. Hierbij kwamen de onderdelen in het publiek domein terecht. De tweede hypothese analyseerde de situatie waarbij de onderdelen door zowel het auteursrecht, als het niet-geregistreerde Gemeenschapsmodelrecht beschermd kunnen worden. Hieruit konden we het volgende concluderen.

Ten eerste zijn de opensourcesoftwarelicenties ontworpen om enkel gebruiksrechten op het auteursrecht te verlenen. Inzake het niet-geregistreerde Gemeenschapsmodel op het onderdeel blijft een verbodsrecht gelden. Hierdoor ontstaat gedurende drie jaar juridische onzekerheid rond zuivere reproductiehandelingen op de onderdelen die zowel auteursrechtelijk als modelrechtelijk beschermd zijn. Er is geen sprake van open (maar gecontroleerd) delen. De rechten van de gebruiker kunnen niet gewaarborgd worden.

De techniciteit van het fysieke object zal zonder registratie in het publiek domein komen. Er is geen sprake van het (open, maar) gecontroleerd delen. De rechten van de ontwikkelaar kunnen niet gewaarborgd worden. Misbruik is mogelijk doordat gebruikshandelingen gesteld kunnen worden, zonder door gebruiksmodaliteiten te zijn gebonden. De defensieve publicatie van de uitvinding zal echter wel (theoretisch) de aanvraag van een octrooi voor dezelfde uitvinding door een *public domain grabber* in de weg staan. Deze

kan de uitvinding echter wel nog steeds toe-eigenen en exploiteren zonder de verplichtingen uit de licentie te moeten nakomen.

Ten tweede is het woordgebruik van de GNU-GPL, EUPL, BSD- en MIT-licenties suboptimaal om zelfs het auteursrecht in licentie te geven.

De verschillende opensourcesoftwarelicenties bleken dus inadequaat om de rechten van zowel de gebruiker, als de ontwikkelaar van opensourcehardwareprojecten te waarborgen.

**188.** Dit werk onderzocht aansluitend of dezelfde of andere moeilijkheden zich voordoen bij het gebruik van de specifiek voor opensourcehardware opgestelde, opensourcehardwarelicenties.

In een eerste luik kwamen de CERN- en TAPR-licenties aan bod. Dit zijn zuiver verbintenisrechtelijke overeenkomsten die niet geschikt zijn om de rechten van de ontwikkelaars te waarborgen.

In een tweede luik werd een (gedeeltelijke) oplossing gevonden in de vorm van de Apache + Solderpad-licentie. Deze licentie onderscheidt zich van alle voorgaande licenties, doordat het een intellectuele-eigendomslicentie is die steunt op het auteursrecht én het (niet-geregistreerde Gemeenschaps)modelrecht. Het gebruik van deze licentie zou de bovenstaande problematiek kunnen oplossen, wanneer het gaat om OSH-projecten zonder technische achterliggende functie. Ze kan er namelijk voor zorgen dat enerzijds ruime gebruikshandelingen kunnen worden uitgeoefend en dat anderzijds, gebruiksvoorwaarden steunen op het onderliggende auteursrecht en modelrecht. Hierdoor zullen deze gebruiksmodaliteiten ook afdwingbaar zijn ten aanzien van derden-verkrijgers.

Wanneer het OSH-project ook een technisch onderdeel bevat, is voor het gecontroleerd delen van dit technische onderdeel van het project eerst een (dure en omslachtige) octrooiregistratie vereist, waarna deze gratis in licentie wordt gegeven. Deze theoretisch optimale licentiestrategie zal in de praktijk dus weinig tot geen bijval krijgen.

Het technische element van opensourcehardware dat enkel na registratie kan worden beschermd, maakt een opensourcelicentiestrategie onvolmaakt. Dit is het grote verschil met opensourcesoftware of opensourcehardware die geen uitvinding bevat en gedurende de eerste drie jaar door ongeregistreerde intellectuele rechten kan worden beschermd.

Finaal kunnen we concluderen dat enkel de Apache + Solderpad-licentie een adequaat juridische instrument kan zijn om de rechten van de ontwikkelaars en gebruikers van opensourcehardware te waarborgen, in zoverre het gaat om een OSH-project zonder technisch achterliggende uitvinding.

OSH-projecten waarbij vooral de techniciteit van tel is, zullen deze licentie eveneens kunnen gebruiken, maar deze zal niet zorgen voor controle over de uitvinding. Dit zal enkel een octrooiregistratie kunnen verwezenlijken.

189. Om aan deze problematiek tegemoet te komen, is het voor de ontwikkelaars van een OSH-project aan te raden om naast een defensieve bekendmaking van de uitvinding, gebruik te maken van andere (juridische) strategieën om hun rechten beter te beschermen zoals weergegeven in het deel 4.2. Dit kan de aanvraag van een OSHWA-certificering zijn of het hanteren van een aangepast businessmodel dat focust op afgewerkte of complementaire producten, of op diensten en ondersteuning. De belangrijkste aanvullende juridische strategie, die het businessmodel ondersteunt, ligt in de registratie van een merk, dat niet in opensourcelicentie gegeven wordt. Het merk zal de consument toelaten om de originele producten te onderscheiden van fysieke objecten die werden gemaakt op basis van de opensourcedocumentatie en zal zorgen voor de verkoop van afgewerkte of complementaire producten, of van diensten en ondersteuning.<sup>617</sup> Wanneer al het bovenstaande geen uitkomst biedt, zal artikel VI.104 WER in bepaalde omstandigheden soelaas kunnen bieden.

## BIJLAGEN

Bijlagen I (GNU-GPL), II (EURL)<sup>618</sup>, III (MIT-licentie)<sup>619</sup>, IV (BSD-licentie)<sup>620</sup>, V (CERN-licentie)<sup>621</sup>, VI (TAPR-licentie)<sup>622</sup>, VII (Apache + Solderpad licentie)<sup>623</sup>, VIII (Creative Commons)<sup>624</sup>, IX (Criteria en certificeringslogo OSHWA)<sup>625</sup>, X (illustratieve opensourcehardware ontwerpen)<sup>626</sup> en XI (illustratieve opensourcehardware fysieke objecten)<sup>627</sup>.

---

<sup>617</sup> P. S. CHESTEK, "Who Owns the Project Name?", *International FOSS Law Rev.* 2013, (105) 120; Y. COOL en P. LAURENT, "Introduction générale: repères pour comprendre le mouvement du logiciel libre" in Y. COOL, F. DE PATOUL, D. DE ROY, H. HAOUIDEG, P. LAURENT en E. MONTERO (eds.), *Les logiciels libres face au droit*, Brussel, Bruylant, 2005, (1) 12; J. PEARCE, "Emerging business models for opensourcehardware", *Journal of open hardware* 2017, afl. 1, (1) 6.

<sup>618</sup> Zie P. GEENTJENS, *Van bits naar atomen: naar een opensourcemodel voor fysieke objecten?* in *Scripta Falconis*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 151-157.

<sup>619</sup> *Ibid.* 159.

<sup>620</sup> *Ibid.* 161.

<sup>621</sup> *Ibid.* 163-166.

<sup>622</sup> *Ibid.* 167-172.

<sup>623</sup> *Ibid.* 173-177.

<sup>624</sup> *Ibid.* 179-186.

<sup>625</sup> *Ibid.* 187-190.

<sup>626</sup> *Ibid.* 191-195.

<sup>627</sup> *Ibid.* 197-201.