



eerste blad

81811

Repertoriumnummer <b>2015 / 838</b>
Datum van uitspraak <b>26 januari 2015</b>
Rolnummer <b>2012/AR/3254</b>

**Uitgifte**

Uitgereikt aan	Uitgereikt aan	Uitgereikt aan
op € BUR	op € BUR	op € BUR

Niet aan te bieden aan de ontvanger

(Softwarewet –  
Auteursrechten)  
(Fed. Economie)

# Hof van beroep Gent

## Arrest

zevende kamer

Aangeboden op <b>28 JAN. 2015</b>
Niet te registreren  <b>Anja WILLEMS</b> Adviseur a.i.

COVER 01-00000079942-0001-0017-01-01-1



81812

2012/AR/3254 - In de zaak van:

**AE N.V.**, (NV AE ARCHTECTS FOR BUSINESS & ICT) met maatschappelijke zetel te 3001 HEVERLEE, Interleuvenlaan 27 B, ingeschreven met KBO-nummer 0466.550.303,

appellante, hebbende als raadsman mr. MAEYAERT Paul, advocaat te 1000 BRUSSEL, Havenlaan 86 C B. 414

tegen

1. **FLEXSOFT B.V.B.A.**, met maatschappelijke zetel te 9031 DRONGEN, Brouwerijstraat 1/13, ingeschreven met KBO-nummer 0881.914.201,

2. **DESATEL B.V.B.A.**, met maatschappelijke zetel te 9031 DRONGEN, Brouwerijstraat 1/13, ingeschreven met KBO-nummer 0873.414.031,

geïntimeerden, hebbende als raadsman mr. CRIEL Stephane, advocaat te 9000 GENT, Zuidstationstraat 34 - 36 (ref. C11292)

wijst het hof het volgend arrest:

Partijen werden gehoord ter openbare terechtzitting in hun middelen en conclusies, alsook werden hun stukken ingezien.

1.

Bij verzoekschrift, neergelegd op 19 december 2012, heeft appellante hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van 18 oktober 2012, op tegenspraak gewezen door de 5<sup>de</sup> kamer van de rechtbank van koophandel te Gent (A/11/01054).

Een exploit van betekening ligt niet voor.

#### **Feiten en procedure in eerste aanleg**

2.

2.1.

De NV AE ARCHTECTS FOR BUSINESS & ICT (hierna: "**appellante**") is een adviesbureau dat haar klanten bijstaat bij het beheren van interne processen en informatietechnologie. Daarnaast levert zij ook software die al dan niet op maat voor de klant wordt ontwikkeld en biedt zij ondersteuning voor het gebruik van deze software.



81813

De BVBA FLEXSOFT (hierna: "**eerste geïntimeerde**") werd opgericht bij notariële akte van 8 juni 2006. In de oprichtingsakte werd haar maatschappelijk doel omschreven als: "*De ontwikkeling en verkoop van software voor vrije beroepen en KMO's. De verkoop van ICT hardware, telecom en aanverwante producten. Behalve de broncode van Advosoft, een product van Xcsoft, zijn alle door FLEXSOFT ontwikkelde broncode's, softwarepakketten eigendom van FLEXSOFT. Het aanbieden van service en onderhoudsdiensten voor zowel de software als de hardware maken ook deel uit van de activiteiten van FLEXSOFT.*"

Binnen het kader van de activiteiten van eerste geïntimeerde werd een softwarepakket ontwikkeld dat specifiek gericht is op tandartspraktijken. Dit softwarepakket wordt op de markt aangeboden onder de naam *Titanium Lite* of *Titanium Pro*.

De BVBA DESATEL (hierna: "**tweede geïntimeerde**") staat in voor de verkoop van de door eerste geïntimeerde ontwikkelde *Titanium* software.

## 2.2.

De *Titanium* software maakt het mogelijk om over te gaan tot integratie van de SIS-kaart en de elektronische identiteitskaart in een tandartspraktijk. Hierbij kan de tandarts gebruik maken van een elektronisch leestoeistel om de SIS-kaart en de elektronische identiteitskaart van de patiënt te lezen en te koppelen aan de *Titanium* software, ontwikkeld voor behandeling van patiënten-fiches, behandelpanning en overzicht van de uitgevoerde prestaties.

Toen eerste geïntimeerde in 2008 werd geconfronteerd met een vraag vanuit de sector van de tandartsen (enkel voor prestaties in het "derde-betaler systeem") naar bovenvermelde integratie, zocht zij een mogelijke partner/leverancier die een bestand zou kunnen leveren om tot dergelijke integratie in haar eigen *Flexsoft* software te kunnen overgaan.

De *Titanium* software maakt, voor de integratie van de elektronische identiteitskaart, gebruik van de overheidssoftware *Fedict*. Eerste geïntimeerde was, voor de integratie van de SIS-kaart, op zoek naar een SDK (*Software Development Kit*), een bestand dat kon worden verwerkt in haar *Flexsoft* software, op de markt aangeboden onder de naam *SISLIB*.

## 2.3.

Eerste geïntimeerde voerde een zoekopdracht uit op internet en vond, met de zoekterm "*SISkaart Integrator*" een aantal mogelijke leveranciers van een bestand om te verwerken in het bestaande *Titanium* pakket. Ze opteerde voor een leverancier die slechts met één type kaartlezertoeistel werkte, meer bepaald de NV ARENA IT SOLUTIONS, met zetel te 9400 Ninove, Denderhoutembaan 236.



81814

De NV ARENA IT SOLUTIONS formuleerde op 8 september 2008 aan eerste geïntimeerde een "prijsofferte voor elektronische kaartlezers en SDK of DLL", waarin zij de prijzen opgaf voor zowel identiteits- en SIS-kaartlezers, voor dongles als voor "Arena SIS Pro & Privé SDK + Manual" aan een prijs/stuk van 600,00 EUR (excl. BTW) en voor "Arena SIS Pro & Privé DLL (SIS BPA based) - only for Xi-Pad & Xi-Pass" aan een prijs/stuk van 50,00 EUR (excl. BTW).

Eerste geïntimeerde ondertekende deze offerte voor akkoord en plaatste bij de NV ARENA IT SOLUTIONS een bestelling voor 1 kaartlezer, 1 dongle, 1 licentie Arena SIS Pro & Privé SDK en 1 licentie Arena SIS Pro & Privé DLL.

#### 2.4.

De NV ARENA IT SOLUTIONS had op 12 juni 2008 bij appellante een bestelling geplaatst voor een eID & SIS SDK pakket.

In haar e-mail van 9 september 2008 schreef de NV ARENA IT SOLUTIONS aan appellante: "Wij hadden enkele maanden geleden contact. Wij bestelden een SIS SDK bij jullie (voor privé en publieke gegevens) voor doorverkoop. Wij hebben voor een klant eenzelfde SDK nodig, en wens[ ] deze dan ook te bestellen. Wij kregen toen volgende prijs aangeboden: 300,00 euro excl. BTW voor de SDK en 60,00 euro excl. BTW maintenance. Aanlevering via e-mail of FTP. Facturatie mag op onderstaand adres. Zou deze vandaag nog aangeleverd kunnen worden? Alvast bedankt! Bijkomende vraag: zijn er mogelijkheden om een "Arena versie" te krijgen van deze SDK? Met ons logo en contactgegevens voor een zekere afbakening? idem voor de manual. Dit zou ons toelaten de SDK meer actief te gaan verkopen. Indien hier mogelijkheden voor zijn, bespreek ik deze graag met jullie."

Volgens appellante werden telkens de bibliotheekbestanden – waarvan appellante erkent dat de NV ARENA IT SOLUTIONS haar meldde dat deze voor doorverkoop waren bestemd – geleverd en werd een licentiesleutel aangereikt.

Bij e-mail van 28 oktober 2008 meldde de NV ARENA IT SOLUTIONS aan appellante: "Wij hebben bij uw bedrijf 2 x een SISLIB SDK aangekocht voor doorverkoop. Onze eindklanten wensen maar 1 jaar gebruik te maken van deze service, dus zeggen wij met dit schrijven de maintenance op voor beide SISLIB SDK's. Kunt u mij deze opzeg bevestigen per kerende, zodat wij in 2009 geen nieuwe factuur meer zullen ontvangen."

#### 2.5.

Appellante schreef bij e-mail van 6 februari 2009 aan de NV ARENA IT SOLUTIONS: "Beste Johan en Jeroen,... Ik heb nog een verslag tegoed waarin ik onze afspraken rond de commercialisering van onze AESS-producten oplijst. We hebben het volgende afgesproken :

PAGE 01-00000079942-0004-0017-01-01-4



81815

- We starten met een gewone reseller-overeenkomst zoals hierna beschreven. Vanaf het ogenblik dat Arena 25 klanten heeft aangebracht gaan we terug rond de tafel zitten om te bepalen wat de bepalingen van de overeenkomst [ ] te evalueren en indien nodig aan te passen. AE stelt hierbij dat ze voor Arena de best mogelijke voorwaarden wil geven om zo succesvol mogelijk te kunnen zijn.
  - De overeenkomst betreft de softwareproducten van AE, de hardware wordt door Arena zelf geleverd.
  - Er is geen beperking naar de markten die Arena kan bewerken. Enkel in het geval van ziekenhuizen en mutualiteiten (de core markt van AE) zal Arena voorafgaandelijk overleg met AE plegen.
  - Arena krijgt de volgende vergoedingen :15% op de verkoopprijzen van de softwareproducten (de basisprijzen en volumekortingen staan in bijlage). Arena zal dus 85% van de verkoopprijs betalen aan AE.
  - Arena mag Maintenance & Supportcontracten verkopen voor een door haar vrij te bepalen bedrag. Arena betaalt hiervoor 10% van de verkoopprijs van de softwareproducten aan AE. Een getekend origineel exemplaar dient naar AE gestuurd te worden.
  - Arena zal instaan voor de First Level Support en trachten de eventuele problemen bij klanten zelfstandig op te lossen. Om dit te vergemakkelijken stelt AE gratis het Trouble Detection Tool ter beschikking van Arena. In geval het probleem niet door Arena opgelost kan worden kan Arena beroep doen op de Help Desk van AE. Tenzij onderling anders afgesproken zal AE enkel communiceren met Arena.
  - AE zal de facturatie beperken tot maandelijkse facturen waarop alle vergoedingen van de voorbije maand gegroepeerd worden. Deze facturen moeten betaald worden binnen een termijn van een maand.
  - Arena kan vrij beschikken over het marketingmateriaal van en de teksten over de AESS-producten zoals die op de website staan en deze geheel of deels verwerken in eigen marketingmateriaal.
  - AE zal de EASIS+ software aanpassen zodat het logo van AE vervangen wordt door dat van Arena.
  - Voor elk verkocht product dient Arena een mail te sturen naar de Help Desk met daarin de naam van het product (AESS Public of AESS Private) de verkoopprijs en de naam en adres van de klant. Hierop zal de Help Desk een mail sturen met een license key en de URL van de ftp-site waarvan de software gedownload kan worden.
- Ik denk dat dit omschrijft wat we afgesproken hebben. Graag jullie akkoord of anders jullie aan- of opmerkingen."*

2.6.

Eerste geïntimeerde stelt dat zij haar Flexsoft software verder heeft afgewerkt en (gebruikmakend van de bestelde integrator) de functionaliteit van de eID- en SIS-kaartintegratie in haar Titanium software heeft doorgevoerd.

PAGE 01-00000079942-0005-0017-01-01-4



81816

## 2.7.

De NV ARENA IT SOLUTIONS werd bij vonnis van *30 april 2010* in staat van faillissement verklaard.

Op *4 april 2008* had haar zaakvoerder de heer Johan DE VRIENDT reeds een nieuwe vennootschap opgericht, met name de GCV ARENA SYSTEMS. Deze vennootschap voert identiek dezelfde activiteiten als de failliete vennootschap. Deze nieuwe ARENA-vennootschap biedt tot op vandaag hard- en software aan om SIS-kaart integratie mogelijk te maken.

Eerste geïntimeerde zette in een brief aan appellante van *15 februari 2011* uiteen dat ook actie aangewezen zou zijn tegen de firma ARENA die manifest te kwader trouw zou hebben gehandeld en alle huidige partijen zou hebben misleid en bedrogen.

## 2.8.

Op *9 november 2010* verzocht appellante de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Gent om toelating om beschrijvend beslag inzake namaak te leggen op de maatschappelijke zetel van eerste geïntimeerde. Bij beschikking van dezelfde datum werd dit verzoek toegekend. De aangestelde gerechtsdeskundige Filip Maertens deelde op *25 januari 2011* zijn eindverslag mee.

## 2.9.

Bij dagvaarding, betekend op *24 februari 2011*, en laatst geformuleerd op *14 augustus 2012* bij syntheseconclusie, vorderde appellante:

- te horen vaststellen dat de reproductie, bewerking en distributie van de software *AESS Libraries*, al dan niet als onderdeel van het softwarepakket *Titanium* door geïntimeerden een inbreuk uitmaakt op de auteursrechten van appellante;
- te horen bevelen dat de reproductie, bewerking en distributie van de software *AESS Libraries* of bewerking daarvan door geïntimeerden **gestaakt** wordt en gestaakt zal blijven, op straffe van een dwangsom van 5.000,00 EUR per exemplaar van *AESS Libraries* of bewerkingen daarvan die worden gereproduceerd, bewerkt of verdeeld na de betekening van het tussen te komen vonnis;
- geïntimeerden *in solidum* te horen veroordelen om aan appellante een schadevergoeding te betalen, begroot op **189.000,00 EUR**, meer de intresten vanaf de dagvaarding;
- geïntimeerden tevens *in solidum* te horen veroordelen tot de kosten van het geding en de kosten van het beslag inzake namaak dat werd uitgevoerd conform de beschikking van *9 november 2010* (AR. V415/10), met inbegrip van een rechtsplegingsvergoeding van 5.000,00 EUR voor deze procedure en een rechtsplegingsvergoeding van 1.200,00 EUR voor het beslag inzake namaak.



81817

Geïntimeerden besloten tot de ongegrondheid van de vordering van appellante. Zij vorderden op 20 juli 2012 bij syntheseconclusie :

- dat in *hoofdorde* zou worden geoordeeld dat appellante aan de NV ARENA IT SOLUTIONS de toestemming had gegeven om de software *AESS Libraries* door te verkopen, wat per definitie enkel voor commerciële distributie nodig was; dat minstens zou worden geoordeeld dat sinds tussenkomst van het arrest C-128/11 de *uitputting* een feit is, dat geïntimeerden als rechtmatige verkrijgers te beschouwen zijn en dat de door geïntimeerden gestelde handelingen onder de uitzonderingsregel van artikel 6 van de Softwarewet vallen;
- dat in *ondergeschikte orde* zou worden geoordeeld dat appellante gebonden is door de contractuele afspraken gemaakt tussen de NV ARENA IT SOLUTIONS als erkend distributeur en lasthebber van appellante, minstens dat zou worden geoordeeld dat er schijnmandaat is, dat dienvolgens zou worden vastgesteld dat de door geïntimeerden gestelde handelingen, zelfs al zouden zij een inbreuk uitmaken op de Software-rechten van appellante, aan appellante tegenstelbaar zijn en dat de vordering daardoor ongegrond zou worden verklaard.

Geïntimeerden vorderden *uiterst ondergeschikt* en betreffende de schade :

- dat de cijfermatige begroting zou worden afgewezen als niet bewezen;
- dat minstens de inbreuk van appellante zou worden vastgesteld op de in haar hoofde bestaande schadebeperkingsplicht en dat appellante zou worden veroordeeld om deze schade zelf integraal te dragen;
- uiterst ondergeschikt, dat de schade zou worden herleid tot 45 inbreuken aan 300,00 EUR per inbreuk;
- dat de vordering tot staking zou worden afgewezen bij gebrek aan voorwerp gezien de officiële verklaring van geïntimeerden dat de SDK *AESS Libraries* niet meer wordt aangewend in de *Titanium* software.

Tenslotte vorderden geïntimeerden dat appellante als meest in het ongelijk gestelde partij zou worden veroordeeld tot de kosten van het geding, inbegrepen de basisrechtsplegingsvergoeding van 5.000,00 EUR, evenals tot alle kosten van het beslag inzake namaak.

2.10.

Bij het vonnis a quo van 18 oktober 2012 oordeelde de eerste rechter:

- verklaart de vordering van appellante ontvankelijk, doch **ongegrond**;
- laat de dagvaardingskosten, begroot op 297,50 EUR, ten laste van appellante;
- laat de kosten van het beslag inzake namaak ten laste van appellante;
- veroordeelt appellante om aan geïntimeerden 5.000,00 EUR rechtsplegingsvergoeding te betalen uit hoofde van deze procedure.



81818

**Procedure in hoger beroep**

3.

Het hoger beroep werd ingesteld door de initiële eiseres. Appellante vordert om het vonnis a quo teniet te doen en haar oorspronkelijke vordering integraal toe te kennen (zoals hoger weergegeven), enkel vermeerderd met 5.000,00 EUR rechtsplegingsvergoeding hoger beroep.

Geïntimeerden vragen om het hoger beroep af te wijzen als ontoelaatbaar wegens de nietigheid van het verzoekschrift hoger beroep vanwege strijdigheid met art. 1057, 7° Ger.W. (gebrek aan grieven). Ten gronde vorderen ze om het vonnis a quo te bevestigen in al haar onderdelen en appellante te veroordelen tot de gedingkosten van beide aanleggen en de kosten van het beslag inzake namaak.

*Ondergeschikt* vragen geïntimeerden om te oordelen dat appellante gebonden is door de handelingen gesteld door haar licentienemer de NV ARENA IT SOLUTIONS en dat deze haar toegerekend kunnen worden en de vordering tot schadevergoeding derhalve af te wijzen.

*Uiterst ondergeschikt* vragen ze te horen oordelen dat appellante zelf integraal voor de schade moet instaan, minstens voor de helft; het aantal inbreuken te herleiden tot 45 stuks en de gevorderde hogere schade af te wijzen.

Voor een uitgebreide uiteenzetting van de grieven en argumenten van partijen in hoger beroep, kan verwezen worden naar de beroepsakte en hun syntheseconclusies.

**Beoordeling**

4.

Geïntimeerden vorderen *in limine litis* om het hoger beroep af te wijzen als ontoelaatbaar wegens de nietigheid van het verzoekschrift hoger beroep vanwege strijdigheid met artikel 1057, 7° Ger.W.

Ze stellen dat het verzoekschrift geen "grieven" en nieuwe middelen bevat, maar enkel dezelfde argumenten uit de procedure in eerste aanleg die door appellante worden herhaald.

Het hof stelt vast dat het verzoekschrift hoger beroep 10 bladzijden méér telt dat de syntheseconclusie van appellante voor de eerste rechter. Het verzoekschrift bevat wel degelijk voldoende specifieke grieven o.a. in randnummer 17. Bij relevante onderdelen wordt aangegeven op welke punten het vonnis a quo wordt bekritiseerd (randnummers 29, 34, 36, 37 §4, 51, 52 §1 en 3, 54 § 3 en 6).





81819

Volgens cassatierechtspraak is enkel vereist dat de *grievens* worden weergegeven in het verzoekschrift, zoals in casu het geval is, zonder dat het nodig is om de *middelen* waarop deze grieven steunen reeds te vermelden (Cass. 22 oktober 2012, *J.T.T.* 2013, 10). Eisen dat het verzoekschrift nieuwe middelen bevat, zou neerkomen op het toevoegen van een voorwaarde die niet in artikel 1057 Ger.W. staat.

Voor de nakoming van de verplichting van artikel 1057, 7° Ger.W. is het noodzakelijk maar voldoende dat appellante haar bezwaren tegen de bestreden beslissing vermeldt, dat deze vermelding duidelijk genoeg is om geïntimeerde in staat te stellen zijn conclusie voor te bereiden en om de appelrechter in staat te stellen de draagwijdte ervan na te gaan. Deze verplichting houdt niet in dat ook de middelen tot staving van de grieven moeten worden vermeld (Gent 13 januari 2014, zaak 2012/AR/0112, *onuitgeg.*, stuk V.8 appellante).

In haar beroepsakte heeft appellante in casu voldaan aan deze vereisten. De exceptie van nietigheid wordt verworpen.

5.

Het valt meteen op dat appellante – inzake het gebruik van de *AESS Librairies* - steeds verwijst naar haar 'licentievoorwaarden' en haar 'licentiemodel'. Er ligt echter geen enkel overtuigingsstuk voor van appellante dat deze naam draagt, evenmin dat er een stuk wordt voorgelegd dat als een duidelijk licentiecontract kan doorgaan.

Indien appellante bepaalde modaliteiten wenst(e) af te dwingen van de NV ARENA IT SOLUTIONS en a fortiori (aangezien appellante wist dat deze laatste de licentie aankocht om ze door te verkopen) lastens geïntimeerden als de eindkoper van het product, dan dient zij het bewijs te leveren van:

- het bestaan van licentievoorwaarden;
- het contractueel engagement van geïntimeerden om deze voorwaarden na te leven.

Op *contractueel* gebied bewijst appellante niets zodat elke verwijzing naar miskenning van de licentievoorwaarden als contractuele voorwaarden, niet kan gevolgd worden.

6.

Verder stelt appellante dat het gebruik van de *AESS Librairies* door geïntimeerden een inbreuk zou zijn op de reproductie- en distributierechten van appellante.

Zij verwijst naar artikel 5 van de Wet van 30 juni 1994 houdende omzetting in Belgisch recht van de Europese richtlijn van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, hierna de "*Softwarewet*" genoemd. Deze bepaling handelt over de



81820

vermogensrechten van de auteursrechthebbende en somt alle daden of handelingen op die onderworpen zijn aan diens toestemming.

In casu stellen zich de vragen: a) of het verwerken door eerste geïntimeerde van de *AESS Libraries* in haar *Titanium* software onderworpen is aan de toestemming van appellante; en b) of het distributierecht van appellante niet is uitgeput.

Appellante verzet zich niet tegen het gebruik van haar software voor de integratie in *Titanium* software, maar enkel tegen de reproductie voor commerciële distributie. Appellante betwist ook dat geïntimeerden zouden te beschouwen zijn als een "rechtmatige verkrijger" van de *AESS Libraries*.

#### 6.1.

Het Hof van Justitie heeft zich in haar *UsedSoft* arrest van 3 juli 2012 gebogen over een gelijkaardige discussie betreffende het statuut van de "rechtmatige verkrijger" van software (HvJ, C-128/11, zaak *UsedSoft GmbH/Oracle International Corp*, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)), meer bepaald betrof het de vraag of de koper van tweedehandslicenties van *Oracle* software zich kan opwerpen als "rechtmatige verkrijger" van deze software.

Het Hof bevestigt dat het verlenen van een in de tijd onbeperkt gebruiksrecht in combinatie met het via download ter beschikking stellen, gelijk te stellen is met een eigendomsoverdracht van een exemplaar (zie r.o. 44-47 van het arrest).

Tevens bevestigde het Hof dat ook immateriële software onder de uitputtingsregel valt: *Uit artikel 1, lid 2, van richtlijn 2009/24 volgt dat "[d]e bescherming overeenkomstig deze richtlijn wordt verleend aan de uitdrukkingwijze, in welke vorm dan ook, van een computerprogramma". Punt 7 van de considerans van die richtlijn preciseert dienaangaande dat de „computerprogramma's" waarvan zij de bescherming dient te verzekeren „alle programma's in gelijk welke vorm omvatten, met inbegrip van programma's die in de apparatuur zijn ingebouwd". Bovenstaande bepalingen tonen duidelijk aan dat de wetgever van de Unie voor de door richtlijn 2009/24 geboden bescherming materiële en immateriële kopieën van een computerprogramma heeft willen gelijkstellen. In die omstandigheden moet worden geconstateerd dat de in artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 bedoelde uitputting van het distributierecht zowel geldt voor materiële als immateriële kopieën van een computerprogramma, en dus mede voor kopieën van een computerprogramma die bij de eerste verkoop ervan van internet op de computer van de eerste verkrijger zijn gedownload. (r.o. 57-59).*

Ook beschouwt het Hof de tweedehandskoper als rechtmatige verkrijger. De auteursrechten moeten wijken voor het principe van de vrijheid van handel. De auteursrechthebbende wordt, door ontvangst van betaling van de licentievergoeding, geacht voldoende te zijn vergoed voor zijn intellectuele eigendomsrechten.



81821

Want, indien de uitputtingsleer enkel zou worden toegepast op kopieën van computerprogramma's die op een fysieke drager worden verkocht, zou de houder van het auteursrecht de wederverkoop kunnen controleren van kopieën die van internet zijn gedownload en zou hij bij iedere wederverkoop opnieuw een vergoeding kunnen vragen, ofschoon die houder al bij de eerste verkoop van de betrokken kopie een passende vergoeding heeft kunnen ontvangen.

Een dergelijke beperking van de wederverkoop van kopieën van computerprogramma's die van internet worden gedownload zou verder gaan dan noodzakelijk is voor het behoud van het specifieke voorwerp van de betrokken industriële eigendom (r.o. 63 van het arrest).

In casu heeft appellante aan de NV ARENA IT SOLUTIONS de toestemming gegeven om licenties door te verkopen. Deze laatste bevestigt dat haar nooit een beperking werd opgelegd inzake de doorverkoop zodat er een onbeperkt doorverkooprecht werd bedongen waarvoor appellante werd voldaan (of geacht wordt te zijn voldaan).

Geïntimeerden hebben met de NV ARENA IT SOLUTIONS onderhandeld over een integratie in de bestaande *Titanium* software en onbeperkt gebruik van de *SISLIB*. Zij hebben conform de afspraak de vergoeding aan de licentienemer van appellante betaald (zie de facturen tussen september 2008 en augustus 2009 – stukken 10 geïntimeerden).

Doordat de NV ARENA IT SOLUTIONS aan appellante een vergoeding heeft betaald om de licenties te mogen doorverkopen, kan appellante geen aanspraak maken op nieuwe vergoedingen na doorverkoop aangezien zij geacht wordt met de eerste verkoopprijs te zijn vergoed.

Bijgevolg zijn geïntimeerden te beschouwen als '*rechtmatige verkrijgers*' en zijn de uitzonderingsregels van art.6 § 1 Softwarewet op hen van toepassing.

## 6.2.

Volgens artikel 6 §1 Softwarewet is er geen toestemming van de auteursrechthebbende nodig om de handelingen te stellen opgesomd in artikel 5.a) en b) van dezelfde wet "*wanneer deze handelingen voor de rechtmatige gebruiker noodzakelijk zijn om een computerprogramma te kunnen gebruiken voor het beoogde doel, met inbegrip van het verbeteren van fouten*".

### 6.2.1.

Eerste geïntimeerde heeft met de NV ARENA IT SOLUTIONS onderhandelingen gevoerd met het oog op het bekomen van een licentie voor het vrij en onbeperkt gebruik van een *SISLIB*, waarvan ze toen niet wist noch kon vermoeden dat het de *AESS Libraries* van appellante betrof. Zij wenste het bewuste SDK onder te brengen in haar eigen softwarepakket op een basis die geen opmerkelijke prijsverhoging met zich mee zou brengen.



81822

Op het ogenblik dat eerste geïntimeerde bij de NV ARENA IT SOLUTIONS de bestelling plaatste in september 2008, was deze laatste erkend distributeur en/of licentiehouder van appellante. Appellante wist dat haar distributeur/licentiehouder het betrokken softwarebestand zou doorverkopen.

Uit stuk 14.b van geïntimeerden blijkt dat appellante aan NV ARENA IT SOLUTIONS toelating gaf om het bestand door te verkopen en daarbij aan deze laatste geen enkele beperking oplegde, die de bewuste software zelfs mocht verkopen onder een eigen logo.

Er wordt door appellante geen geschreven overeenkomst voorgelegd betreffende de onderlinge afspraken tussen haarzelf en de NV ARENA IT SOLUTIONS, noch van de modaliteiten daarvan. Dat de NV ARENA IT SOLUTIONS ooit aan eerste geïntimeerde zou hebben gemeld dat de bewuste software niet haar eigendom was maar wel van appellante, blijkt nergens uit. Uit de offerte (stuk 4 geïntimeerden) kon dit niet afgeleid worden: er wordt niet verwezen naar appellante maar wel naar 'Arena SIS Pro & Prive SDK'.

Nergens blijkt dat de NV ARENA IT SOLUTIONS aan geïntimeerden ook maar iets heeft meegedeeld van eventuele contractuele verplichtingen die zij als erkend distributeur bij doorverkoop aan de kopers diende op te leggen.

Volgens appellante heeft de NV ARENA IT SOLUTIONS op 28 oktober 2008 de "licenties" (sic) opgezegd: *"Nauwelijks één maand na de laatste bestelling, op 28 oktober 2008, zegde Arena N.V. beide licenties op voor het daaropvolgend jaar."*

Eerste geïntimeerde is vóórdien tot aankoop overgegaan op 8 september 2008. De NV ARENA IT SOLUTIONS was op dat ogenblik dus nog een door appellante erkende distributeur en/of licentienemer. Eerste geïntimeerde is te beschouwen als een "rechtmatige gebruiker". Zij kocht de door appellante ontwikkelde SDK/AESS Libraries op rechtsgeldige wijze van de distributeur van appellante.

#### 6.2.2.

Appellante stelt dat art.6 Softwarewet alleen betrekking heeft op de reproductie- en adaptatiehandelingen en niet op de commerciële distributie.

Nochtans leverde appellante de software aan de NV ARENA IT SOLUTIONS "voor doorverkoop", klaarblijkelijk onbeperkt. Op deze grond is eerste geïntimeerde tot aankoop overgegaan en tussen haarzelf en de licentienemer van appellante werd niets anders bedongen.



81823

Uit de voorgelegde correspondentie (stuk 14.b geïntimeerden) blijkt duidelijk dat tussen appellante en NV ARENA IT SOLUTIONS volgende principes werden overeengekomen, na de eerste bestellingen:

- een "reseller" overeenkomst;
- zonder enige beperking betreffende 'de markt';
- 'de markt' verwijst per definitie naar een commercieel gebruik na doorverkoop: i) een particulier koopt geen software om SIS-kaarten te kunnen inlezen, en ii) appellante erkende zelf in haar verzoekschrift beslag inzake namaak dat de SDK/AESS Libraries bestemd is om te worden opgenomen in "multifunctionele softwarepakketten", dus commerciële software;
- in de praktijk had de NV ARENA IT SOLUTIONS de software én de licentiesleutel reeds ter beschikking voor doorverkoop.

Niet alleen valt de reproductie en de eventuele aanpassing onder de uitzondering, het blijkt dat er contractueel door appellante was toegelaten dat er voor commercieel gebruik mocht worden doorverkocht. Appellant beweert thans dat die toelating slechts 1 of 2 specifieke exemplaren betrof, doch zij wordt daarin formeel tegengesproken door haar licentienemer.

Bij elke niet toegelaten verkoop had appellante de voorzorg moeten nemen om de NV ARENA IT SOLUTIONS te dwingen de identiteit van de kopers mee te delen. Door dat niet te doen heeft ze impliciet te kennen gegeven dat de door NV ARENA IT SOLUTIONS verkochte bestanden haar goedkeuring wegdroegen: appellante vond het niet nodig om deze kopers aan te spreken of te identificeren.

### 6.2.3.

In bovenvermeld arrest van 3 juli 2012 oordeelde het Hof van Justitie (r.o. 80): "*Daar de houder van het auteursrecht zich niet kan verzetten tegen de wederverkoop van een kopie van een computerprogramma waarvoor het distributierecht van die houder op grond van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 is vervallen, is de tweede verkrijger van die kopie en iedere verdere verkrijger „rechtmatige verkrijger” van die kopie in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2009/24*".

Toegepast in casu: bij de doorverkoop van de AESS Libraries - licentie door de NV ARENA IT SOLUTIONS (eerste verkrijger) aan geïntimeerden (tweede verkrijger) is de tweede verkrijger de rechtmatige verkrijger.

De enige voorwaarde dat de doorverkoper de aan hem onder licentie gegeven software niet zelf blijft gebruiken (r.o. 69) is vervuld aangezien de eerste verkrijger op het ogenblik van de doorverkoop door appellante expliciet werd gemandateerd tot doorverkoop én de NV ARENA IT SOLUTIONS de software zelf niet verder heeft gebruikt (gelet op het faillissement).



81824

## 6.2.4.

Appellante claimt auteursrechtelijke bescherming op de *Software Development Kit (SDK)*, die per definitie bestemd is om te worden geïntegreerd in een ander softwarepakket. Zelfs appellante erkent dat haar *AESS Libraries* bestemd is voor inbouw in andere softwarepakketten. Ze wist dat de NV ARENA IT SOLUTIONS de SDK aankocht om door te verkopen, voor commerciële exploitatie en distributie, om deze te integreren in andere software.

Geïntimeerden hebben de *SISLIB* bestanden niet aangekocht om ze verder als afzonderlijke *SISLIB* bestanden te verkopen of te commercialiseren, maar enkel om ze in het eigen softwarepakket te integreren.

In het kader van de *Titanium* software van eerste geïntimeerde, hebben geïntimeerden conform het beoogde doel de software geïntegreerd zodat de elektronische identiteitskaart en/of de SIS-kaart konden worden ingelezen in de tandartspraktijken die van deze modaliteit gebruik wensten te maken. Eerste geïntimeerde voldoet dan ook aan deze tweede voorwaarde van het gebruik voor het beoogde doel van de door appellante ontwikkelde SDK.

## 6.2.5.

Het Hof van Justitie oordeelde bij voormeld arrest van 3 juli 2012: "*Bij wederverkoop van de kopie van het computerprogramma door de eerste verkrijger van die kopie kan de nieuwe verkrijger dus overeenkomstig artikel 5, lid 1, van richtlijn 2009/24 de hem door de eerste verkrijger verkochte kopie op zijn computer downloaden. Een dergelijke download moet worden gezien als de reproductie van een computerprogramma die noodzakelijk is om die nieuwe verkrijger in staat te stellen dat programma voor het beoogde doel te gebruiken.*" (r.o. 81).

Het loutere feit van de reproductie van de *AESS Libraries* door geïntimeerden is bijgevolg geen inbreuk op de auteursrechten van appellante.

Hetzelfde arrest C-128/11 van 3 juli 2012 stelt dat "*de tweede en iedere latere verkrijger van die licentie zich op uitputting van het distributierecht op grond van artikel 4, lid 2, van die richtlijn kunnen beroepen en bijgevolg kunnen worden beschouwd als rechtmatige verkrijgers van een kopie van een computerprogramma in de zin van artikel 5, lid 1, van die richtlijn en het in deze laatste bepaling bedoelde reproductierecht hebben*".

Bijgevolg heeft de eerste rechter terecht geoordeeld dat de distributierechten van appellante lastens geïntimeerden, die kunnen aanzien worden als rechtmatige verkrijgers, uitgeput zijn.



81825

Het bestand dat eerste geïntimeerde in haar bezit had (na dit te hebben gedownload van de website van de NV ARENA IT SOLUTIONS) werd aangekocht onder de voorwaarde dat het bestand kon worden verwerkt in de *Titanium* software op deze wijze dat enkel bij de tandartsen die dat wensten, zou worden overgegaan tot activering.

De kopie van de software werd meteen geleverd met de bijhorende licentiesleutel voor onbeperkt gebruik en integratie. Aangezien de NV ARENA IT SOLUTIONS als licentienemer van appellante hiermee instemde, zijn de rechten van de auteursrechthebbende uitgeput betreffende deze licentie die aan eerste geïntimeerde werd verschaft.

Zoals hoger reeds geoordeeld ligt geen bewijs voor van beweerde hiervan afwijkende voorwaarden die appellante zou hebben opgelegd bij doorverkoop door de NV ARENA IT SOLUTIONS, noch van enige voorwaarde die deze laatste zou hebben opgelegd aan eerste geïntimeerde. Een inbreuk op licentievoorwaarden wordt niet in het minst aangetoond.

Tevergeefs stelt appellante dat de uitputting enkel betrekking heeft op "één exemplaar", namelijk een fysiek exemplaar. Reeds van bij de eerste bestelling wist appellante namelijk dat de NV ARENA IT SOLUTIONS de *AESS Libraries* aankocht om ze door te verkopen. Appellante verstuurde aan de NV ARENA IT SOLUTIONS elektronisch de bestanden én de licentiesleutel, wetende dat deze verder zouden verhandeld worden.

Appellante wist dat de SDK bestemd is om te worden geïntegreerd in andere software en dus dat er commerciële distributie zou plaatsvinden. Had appellante gewild dat bij doorverkoop die sleutel slechts voor eenmalig gebruik gold, dan had zij dit als expliciete voorwaarde moeten overeenkomen.

Mocht appellante zich werkelijk hebben willen verzetten tegen verdere commerciële distributie van haar SDK, dan had zij onmiddellijk na de beëindiging van de licentieovereenkomst door de NV ARENA IT SOLUTIONS (28 oktober 2008) aan deze laatste moeten vragen om opgave te doen van al de kopers van de SDK/*AESS Libraries*. Zij heeft op dat ogenblik geen enkel initiatief genomen.

Terecht werden de aanspraken vanwege appellante door de eerste rechter als ongegrond afgewezen. Het hoger beroep is ongegrond.



81826

**OM DEZE REDENEN**

**HET HOF:**

Rechtdoende op tegenspraak;

Gelet op art. 24 van de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk, doch ongegrond;

**Bevestigt integraal het bestreden vonnis;**

Veroordeelt appellante tot de gedingkosten van de beroepsprocedure vereffend in hoofde van geïntimeerden op 5.500,00 EUR rechtsplegingsvergoeding hoger beroep;





81827

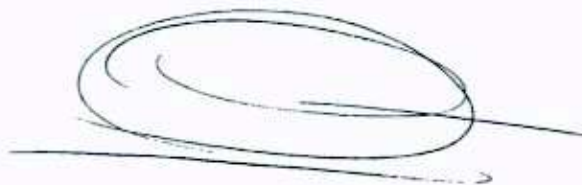
Aldus gewezen door de zevende kamer van het Hof van beroep te Gent, zetelende in burgerlijke zaken samengesteld uit:

Pieter Vanherpe, kamervoorzitter,  
Frank Deschoolmeester, raadsheer,  
Geert De la Ruelle, raadsheer,

bijgestaan door Kristoffel Goossens, griffier en uitgesproken door de kamervoorzitter in openbare terechtzitting op maandag **zesentwintig januari tweeduizend vijftien**.



Kristoffel Goossens



Geert De la Ruelle



Frank Deschoolmeester



Pieter Vanherpe



Eensluitend verklaarde kopie  
Afgeleverd aan: FOD Economie Intellectuele rechten

art. Intellectuele rechten  
Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.



Gent, 29-01-2015



Kristoffel Goossens  
griffier